

الكتاب السابع  
الهِبَةُ



## الهبة

الحمد لله واهب العطايا معطي النعم خالق البرايا الصلاة والسلام على سيدنا محمد مبلغ الهدى وعلى آله وأصحابه وخلفائه أئمة الدين المجتبي .

### في حق الهبة ويشتمل على مقدمة وبابين

إن ذكر مباحث الهبة بعد العارية هو ترقى من الأدنى إلى الأعلى لأن العارية هي تمليك للمنافع فقط فهي أدنى والهبة هي تمليك للعين وللمنفعة معاً فهي أعلا من العارية .

الهبة بكسر الفاء وسكون العين بوزن فعل لأن الأصل مأخوذ من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد فكانت من المصادر التي تحدث أوائلها ويعوض في آخرها بالتاء (الفتح ، والعيني) مشروعية الهبة ثانية بالكتاب والسنة وإجماع الأمة من الأدلة الأربعة فقد ورد في الكتاب الكريم (وإذا حبيبتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها) لآخر الآية الجليلة .

والمقصود من التحية هو العطية على الأظهر وإن قال البعض بأنه يقصد بها السلام (الكفاية) وقد ورد في السنة الشريفة أيضاً (تهادوا تحابوا) (الحديث الشريف) تهادوا بفتح الدال وسكون الواو هي صيغة الخطاب للجماعة كلفظة (تعالوا) كذلك كلمة (تحابوا) بالباء المشددة المضمومة هي صيغة خطاب الجماعة وأصلها (تحابون) فسقطت النون لكونها جواباً للأمر (الهداية والعيني) .

إجماع الأمة : قد أجمعت الأمة على مشروعية الهبة (الهداية) .

محاسن الهبة : إن للهبة محاسن كثيرة فكما يجب على المؤمن تعليم ولده التوحيد والإيمان يجب عليه أيضاً تعليمه الجود والإحسان لأن حب الدنيا هو رأس كل خطيئة وسيئة (البحر) وقد سمي الله سبحانه وتعالى نفسه بالوهاب إذ ورد في الآية الكريمة (العزیز الوهاب) ويكفي ذلك لاثبات محاسن الهبة (الفتح) إذا باشر الإنسان فعل الهبة فقد اكتسب أشرف الصفات واستعمل الكرم وأزال من نفسه الشح وأدخل السرور إلى قلب الموهوب له وأورث المودة والمحبة بينه وبين الموهوب له وأزال الحسد فيما بينه وبين الموهوب له وتصدق في حقه الآية الكريمة (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون) فحيثئذ يكون من المفلحين (الطحاوي)



## المقدمة

### في بيان الاصلاحات الفقهية المتعلقة في الهبة

﴿المادة ٨٣٣﴾ - الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضاً).

الهبة: في اللغة هو التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له أي المعطى له سواء أكان ذلك الشيء مالاً كهبة شخص لآخر فرساً أم غير مال كقول الإنسان لآخر ليهب الله لك ولدك مع أن ولد ذلك الشخص حر ليس بمال وقد ورد في الآية الكريمة (فهب لي من لدنك ولياً) وقد ورد أيضاً (هب لمن يشاء آناً ويهب لمن يشاء الذكور) (أبو السعود المصري) فعلى ذلك فنقل الهبة عن معناها اللغوي إلى معناها الاصطلاحي هو نقل الإسم العام إلى الخاص لأن الهبة بالمعنى الاصطلاحي لا تكون إلا في المال وجمع الهبة: هبات ومواهب (الفتح) والهبة باصطلاح الفقهاء هي تملك مال لآخر بلا عوض ويسمى المملك واهباً ويسمى ذلك المال موهوباً ويسمى الشخص الذي يقبل ذلك التملك موهوباً له كما إن الإتهاب بكسر الهمزة وتشديد التاء هو بمعنى قبول الهبة كما إن الاستيهاب هو بمعنى طلب الهبة (الكفاية والفتح) ويفهم من هذا التعريف أن الهبة عبارة عن التملك إلا أنه يطلق أحياناً كلمة هبة بمعنى الموهوب وأن الهبة الواردة في عنوان الفصل الأول من الباب الثاني هي بمعنى الموهوب ويطلق أيضاً على المال الموهوب لفظة موهبة (الفتح)

ويدخل في تعريف الهبة المتقدم الهدية والصدقة وإن تعريف كل منها على حدة كما سيأتي ذلك لا يوجب خروجها من الهبة.

إيضاح القيود :-

(التمليك) إن تقييد التمليك بقيد بلا عوض هو مربوط بالتمليك ومؤخر عنه في المعنى لأن تعريفه في اللغة العربية هو عبارة عن تملكه المال بلا عوض وعلى ذلك يكون لفظ التمليك الجزء الأول المعنوي للتعريف وهو بمثابة جنسه ويكون من وجه قيداً مدخلاً فيدخل فيه التملكيات الأخرى كالبيع والإجارة والإعارة ويكون من وجه آخر قيداً مخرجاً ويخرج ذلك اللفظ أربعة أشياء من التعريف وهي:

١ - فراغ المستغلات الوقفية والأراضي الأميرية مجاناً فتخرج من التعريف على رأي القائلين بأن الفراغ هو نزول عن الحق العادي المجرد.

٢ - بما أن كلمة التمليك تفيد التمليك حالاً فيخرج بهذا القيد أيضاً الوصية.

٣ - يخرج بلفظ التمليك هبة الدين لمن عليه الدين الوارد ذكرها في المادة (٨٧٣) فيجب خروجها

لأنه وإن حصلت تلك الهبة بلفظ الهبة ولكنها في الحقيقة هي إسقاط وليست تمليكاً والدليل على أنها لم تكن كونها لا يتوقف صحتها على قبول الهبة كما بين ذلك في شرح المادة (٨٧٣) بعد الإيجاب . بخلاف الهبة لأنها تتوقف على قبول وقبض الموهوب له .

رابعاً - يخرج أيضاً الإقرار الذي يقع بلفظ التمليك وبطريقة نفي الملك لأن الإقرار المذكور لم يكن تمليكاً في الحال بل هو عبارة عن الإخبار بأن المال هو مال للمقر له في الأصل فلذلك الإقرار الواقع صورة نفي الملك فيكون خارجاً عن التعريف لأن هذا الإقرار لم يكن هبة وحتى لا يلزم القبض مع أنه يشترط القبض لتمام عقد الهبة مثلاً إذا قال شخص لآخر (أين تراسست) فيكون بقوله هذا قد أقر بأن المال المذكور لذلك الشخص وقت التكلم فلا يشترط تسليم ذلك المال لصحة الإقرار أما إذا قال (أين ترا) فيكون قد جعل ذلك المال ملكاً له في المستقبل وبما أن ذلك يحصل بالهبة فأصبح هذا الإقرار هبة فيجب فيه التسليم (الهندية) .

فلذلك إذا أقر شخص قائلاً أن جميع ما أملكه هو لفلان فيكون إقراره هذا هبة فيجب فيه التسليم حاله كونه لو أقر قائلاً أن جميع الأموال التي تنسب لي هي لفلان فيكون قوله هذا إقراراً فلا يشترط لصحة التسليم أنظر المادة (١٥٩١) وشرح المادة (٨٤٨) .

الأحكام المستفادة من لفظ التمليك : -

يوجب لفظ التمليك أن يكون المملك أي الواهب مالاً لذلك المال وأهلاً لتمليكه وقد أشير بهذا اللفظ إلى المادتين (٨٥٧ و ٨٥٩) كما أنه أشير بذلك إلى عدم جواز هبة الأشياء المباحة حيث إن الحطب والأخشاب التي توجد في الجبال المباحة غير مملوكة لأحد فتخليتها من الواهب لآخر يكون محالاً لأنه يكون تمليكاً لشيء غير مملوك (البحر) .

(٢) قيل في النص التركي في تعريف الهبة تمليك مال واحد ولم يقصد بهذا التعبير الاحتراز من أن يكون الموهوب مالين أو أزيد من مالين بل جاء ذلك للتكثير والتعميم ليس إلا فهو يشمل الموهوب له فيما إذا كان مالاً واحداً وكذا إذا كان مالين فأكثر .

(٣) قيل تمليك مال وبذلك تخرج الإباحة وتخرج أيضاً العارية والإجارة والمهاياة الزمانية والمكانية لأن ذلك تمليك المنافع وتخرج أيضاً فراغ المسقفات والمستغلات الوقفية (على رأي من يقول ان الفراغ فيها هو إيجار) .

الفرق بين الإباحة والهبة قد أخرجت الإباحة من تعريف الهبة لأنه يوجد بين الإباحة والهبة ثلاثة فروق (١) فرق من حيث الماهية فالهبة هي تمليك المال بلا عوض وأما الإباحة فهي إعطاء الإذن بأكل مال حسب تعريفها الوارد في المادة (٨٣٦) فعليه الهبة تختلف عن الإباحة من حيث الماهية .

(٢) فرق أيضاً من حيث الحكم لأن في الهبة تزول ملكية الواهب من الموهوب بعد الإيجاب والقبول وحصول القبض مع أنه في الإباحة لا تزول ملكية المبيع ما لم يأكله ويتناوله المباح له .

(٣) يشترط في الهبة أن يكون الموهوب له والموهوب معلوماً مع أنه لا يشترط في الإباحة علم المباح له والمباح أي لا يشترط في صحة الإباحة معلومية الشيء الذي أبيح كما أنه لا يشترط معلومية المباح له فلذلك لو قال شخص كل من يأكل مالي فمالي حلال له فيكون ذلك منه إباحة كما سيوضح في المادة (٨٧٥) (الخانية في فصل براءة الغاصب والمديون) (والهندية في الباب الثامن من الغصب).

أما لو قال شخص لآخر مهيا أخذت من مالي فهو حلال لك فليس لذلك الشخص أن يأخذ مال ذلك الشخص لأن هذا القول هو هبة وقد صرحت المادة (٨٥٨) بعدم جواز هبة المجهول وقد جاء في الخانية :

(رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل ولا يجز له الأخذ والإعطاء لأن إباحة الطعام المجهول جائزة فإن من قدم مائدة بين قوم حل لهم الأكل منها وتمليك المجهول باطل).

(٤) ويقيد بلا عوض يخرج البيع والقسمة لأن العوض شرط في البيع كما أنه شرط في القسمة وهي مبادلة مال بمال كما هو مذكور في المادة (١١١٦).

أسئلة وأجوبتها. يرد على هذا التعريف اعتراض بصور أربع تحتاج للإجابة عليها.

١ س - قد ورد في التعريف لفظ المال والمال بحسب تعريفه الوارد في المادة (١٢٦) لا يشمل الدين ويخرج بهذا التعريف هبة الدين لغير المديون وهو التمليك الوارد ذكره في المادة (٨٤٨) فعليه يكون هذا التعريف غير جامع لإفراده.

إن المال المقصود في هذه المادة هو بمعنى المال المذكور في المادة (٦٣١) وهو المال حالاً ومالاً أي أنه بمعنى المال الأعم فحينئذ صحة التمليك المار ذكرها في المادة (٨٤٨) تتوقف على أمر الواهب والموهوب له بقبض ذلك الدين وحينئذ يقبضه بناءً على هذا الأمر يكون القابض قابضاً أولاً عن الواهب بحكم النيابة ثم يكون قابضاً بنفسه بحكم الهبة ويكون ذلك الدين وقت القبض عيناً فإذا عمم التعريف بحيث يشمل الموجودة حالاً والعين الموجودة مآلاً فيكون صحيحاً أي أنه يدخل فيه تمليك الدين أيضاً (الدرر وشرحه) والحاصل أن الهبة على هذا الوجه تتم بعد القبض فحينئذ يكون المال الموهوب عيناً.

٢ س - يخرج بتعبير المال هبة الطاعات مع أن هبة الطاعات صحيحة عند أهل السنة إذ ورد في الهندية في الباب الثاني عشر في الصدقة ما نصه (رجل تصدق على الميت أو دعى له فإنه يصل الثواب إلى الميت وإذا جعل ثواب عمله إلى غيره من المؤمنين جان).

ج - إن المقصود من الهبة المعرفة هي الهبة التي تتعلق بالمعاملات وبتعبير آخر هي الهبة التي تتعلق بها أحكام دنيوية أي تثبت بها ملكية الموهوب له وحق الواهب بالرجوع عند الهبة وهبة الطاعات لم تكن من هذا القبيل فكما أنها خارجة عن التعريف فهي خارجة أيضاً عن المعرف.

٣ س - قوله بلا عوض يخرج بذلك الهبة بشرط العوض الوارد ذكرها في المادة (٨٥٥) فلذلك

يكون التعريف المذكور غير جامع لإفراده فلذلك ينتقض التعريف المذكور عكساً بالهبة بشرط العوض (الفتح) لأن القول بلا عوض هو نص في عدم اشتراط العوض فتكون الهبة بشرط العوض نقيضته .

ج . قوله أيضاً بلا عوض معناه بلا شرط العوض وفيه حذف المضاف وليس لفظه بلا عوض بمعنى التملك بشرط عدم العوض وأن يكن المعنى الثاني (أي الهبة بشرط عدم العوض) منافياً للهبة بشرط العوض أما المعنى الأول أي بلا شرط العوض ليس منافياً لذلك (الدرر) وتفصيل ذلك أن الماهية كما هو مقرر في العلوم العقلية هي على ثلاثة أنواع :

(١) الماهية بشرط شيء وتفسر هنا بشرط العوض والبيع من نوع هذه الماهية .

(٢) ماهية لا بشرط شيء وتفسر هنا بعدم شرط العوض والهبة من نوع هذه الماهية كما سيوضح ذلك قريباً .

(٣) الماهية بشرط لا شيء وتفسر هنا بشرط عدم العوض والعارية من نوع هذه الماهية وبلا عوض الواردة هنا هي بمعنى الماهية الثانية أي ماهية لا بشرط شيء وليست بماهية بشرط لا شيء ولذلك تدخل الهبة بشرط العوض في هذا التعريف يعني أن ماهية بشرط لا شيء وإن كانت منافية للهبة بشرط العوض إلا أن ماهية لا بشرط شيء لم تكن مبيّنة للهبة بشرط العوض بل بينها عموم مطلق لأنه قد تقرر في العلوم العقلية أن ماهية بلا شرط شيء هي أعم من ماهية بشرط شيء وماهية بشرط لا شيء (فتح القدير)

وإن يكن أن بعض الفقهاء كالحموي قد اعترض على هذا الجواب قائلاً بأن الهبة بشرط العوض لا تجتمع بماهية الهبة بلا عوض بسبب أن قول بلا عوض هو نص على عدم اشتراط العوض فلا تجتمع نقيضتها الهبة بشرط العوض بالهبة بلا عوض إلا أنه قد نشأ الإعتراض المذكور من عدم تدقيق المسألة كما يجب إذ أن تعبير بلا عوض ليس نصاً على عدم اشتراط العوض كما قال بل هو عام وعلى اشتراط العوض لأنه وإن وجد تناف بحسب المفهوم بين المشروط بالشيء وعدمه فلا يوجد تباين بينها بحسب الصدق فلذلك يجوز أن يكون ما يصدق عليه هذا أن اللفظين واحد كالإنسان فهو مشروط بالنطق والحيوان غير مشروط به ولا شك أنه يوجد تناف بين المشروط وبين عدمه (الفتح وأبو السعود المصري) .

إلا أنه ينتج من ذلك اعتراض آخر وهو أن قيد بلا عوض الواقع في تعريف الهبة إذا اعتبر بمعنى الماهية بلا شرط فيصدق حينئذ تعريف الهبة على البيع فيكون هذا التعريف متناقضاً لكونه ليس مانعاً لإغياره فلا يندفع بذلك المحذور بل يشتد وعلى هذه الصورة ينتقض تعريف الهبة طراداً (فتح القدير) .

إن هذا الاعتراض ليس وارداً على جواب صاحب الدرر لأن خلاصة ذلك الجواب هو أن وجود العوض في الهبة ليس أمراً لازماً فإذا وجد العوض جاز كالهبة بشرط العوض وإذا لم يوجد العوض جاز أيضاً كالهبة بلا عوض أما في البيع فالعوض أمر لازم ولا يصح البيع مطلقاً بلا عوض أي بنفي العوض . فبعد أن اعترض ابن الهمام على هذا الوجه أجاب على أصل السؤال بما يأتي :

إن المقصود من قيد بلا عوض الوارد في تعريف الهبة أي بلا اكتساب العوض وحيثذ يكون تعريف الهبة على هذا الوجه وهي تملك مال لآخر بشرط عدم اكتساب العوض لأنه وإن وجد في الهبة بشرط العوض عوض إلا أن تلك الهبة لم تكن بشرط الإكتساب ألا ترى أن الفقهاء عندما عرفوا البيع بأنه (مبادلة مال بمال) بطريق الاكتساب صرح بقيد (بطريق الاكتساب) لإخراج الهبة بشرط العوض من التعريف:

إلا أنه ما دام معنى الإكتساب هو الكسب والربح والواهب بشرط العوض يكون كاسباً العوض والموهوب له يكون كاسباً المال الموهوب فما هي فائدة هذا الجواب في دفع الاعتراض.

الجواب الثاني - إن تعريف المجلة هو مبني على مذهب المتقدمين الذين يجوزون التعريف بالأعم والتعريف بالأخص (الطحطاوي).

الأجوبة الأخرى: إن منلا مسكين والشربلاي قد أجابا على السؤال الثالث بأجوبة أخرى إلا أنه لم تكن أجوبتهما ظاهرة وكافية لدفع السؤال وأن الجواب المقبول أكثر من غيره هو الجواب الذي ذكره صاحب الدرر وتقدم آنفاً.

٤ - إن الوصية تدخل في هذا التعريف فلو قال شخص إعط ساعتي هذه إذا مت لزيد ثم مات ذلك الشخص وكان ثلث ماله مساعداً فيصير زيد مالكاً لثلث الساعة مجاناً ولذلك حينها عرف (ابن كمال) (الهبة) ضم عليه قيد في الحال فأصبح تعريف الهبة (تمليك المال في الحال بلا عوض) وبقيد في الحال خرجت الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وبما أنه لم يرد في تعريف المجلة هذا القيد فأصبحت الوصية داخلة في تعريف الهبة وعندني التعريف لذلك غير مانع لإغياره.

ج - يتبادر من لفظ التملك الوارد في التعريف التملك في الحال (القهستاني) أما الوصية فهي ليست تملكاً في الحال بل هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت (الفتح)

﴿المادة ٨٣٤﴾ - (الهدية هي المال الذي يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراماً له).

الهدية بفتح الهاء وكسر الدال وتشديد الياء هي المال الذي أعطي أو أرسل لشخص بطريق الإكرام وتجمع الهدية على الهدايا وخرج بقيد الإكرام الرشوة من التعريف لأن الرشوة لا ترسل إكراماً بل تعطى بشرط الإعانة وهذا فرق بين الرشوة والهدية من جهة الماهية كما أنه يوجد فرق آخر بينهما من حيث الحكم وهو أن المهدي إليه يقبضه الهدية يصبح مالكاً لها بعكس المرثي فهو لا يصبح مالكاً لها بالقبض وعلى هذا فيكون بين الرشوة والهدية فرقان (١) إذا استهلك المهدي إليه الهدية فلا يكون ضامناً أما المرثي إذا استهلك الرشوة فيضمن (٢) وإذا كانت موجودة يجب عليه ردها عيناً وعلى ذلك إذا أخذ شخص من آخر رشوة لقضاء أمر له فلذلك الشخص الحق أن يسترد الرشوة من المرثي. لو أن المرثي قضى له ذلك الأمر الذي دفعت الرشوة لأجله حتى لو أنه أعطى مقابل الرشوة عوضاً فلا يسقط ذلك حق استرداد الرشوة ولذلك إذا أبرأ شخص آخر من الدين على أن يجري لهم مصلحة من المصالح فيها أن

الإبراء المذكور هو رشوة فلا يصح كما أنه إذا أعطى العشيقيان بعضها بعضاً أشياء فهي رشوة ولا يثبت فيها الملك فللدافع حق في استردادها (القنية).

### ﴿المادة ٨٣٥﴾ - (الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب).

الصدقة هي المال الذي يوهب لأجل الثواب ولوجه الله تعالى. هي تعطى للفقير ويفهم من هذا التعريف أن الصدقة أخص مطلقاً من الهبة وحيث إن الصدقة هي للثواب فالهبة للغني ولو حصلت بلفظ الصدقة فهي هبة كما أن الصدقة لو أعطيت للفقير بلفظ الهبة فهي صدقة (الخانية والقهستاني والأنقروي) ويقسم الناس نظراً إلى الثروة إلى ثلاثة أقسام غني، وفقير، ومسكين، فالغني شرعاً هو الذي يملك من المال نصيباً يزيد عن حوائجه الأصلية أي أن يكون مالاً ما يتين درهم فضة على الأقل أو أن يكون مالاً مالياً آخر هذه القيمة فلا تعطى له الزكاة. إن الغني ليس محدوداً بحد فكما أنه يعد الشخص الذي يملك مائتي درهم فضة زائدة عن حوائجه الأصلية أو بدوها غنياً فكذلك يعد الشخص الذي يملك ألف درهم الدراهم الدنانير غنياً أيضاً أما الفقير فهو الشخص الذي لا يملك مائتي درهم فضة تزيد عن حوائجه الأصلية. فإذا ملك مالا أقل من مائتي درهم فهو فقير والمسكين هو الذي لا يملك شيئاً وهو أسوأ حالاً من الفقير.

### ﴿المادة ٨٣٦﴾ - (الإباحة هي عبارة عن إعطاء الرخصة والإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض).

معنى الإباحة لغة التخيير فيقال إن فلاناً أباح ماله لفلان أي أذنه بأخذه أو تركه أي جعله مختاراً في الأخذ والترك ومعناها شرعاً إعطاء الإذن والرخصة لآخر بأكل وتناول شيء من المطاعم أي المأكولات والمشروبات بلا عوض، فلفظ (الأكل) تعبير مخصوص بالمأكولات ولفظ (التناول) عام في المأكولات والمشروبات فعطف تناول على لفظة الأكل من قبيل عطف العام على الخاص فهو جائز إذ الإباحة ليست خاصة بالمأكولات كما سيجيء ذلك في المادة (١٢٢٦)

فالتعريف الظاهر والأنسب للسياق هو ان تعرف الهبة بالتعريف الآتي (هو المال الذي يوهب لشخص اكراماً) (القهستاني)

## الباب الأول

### بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبة ويحتوي على فصلين

ينظر في الهبة إلى أربعة أشياء .

(١) سببها وهو قصد الواهب عمل الخير وهذا الخير إما أن يكون ثواباً دنيوياً كالعوض والثناء أو دفع شر الموهوب له (الطحطاوي) وأما أن يكون ثواباً آخروياً كالنعيم المخلد وهذا إذا حسنت نية الواهب .

واهبة مندوبة وقبولها سنة ما لم يكن المال الموهوب مالاً حراماً أو كان معلوماً بأن الواهب سيمتن على الموهوب له بما وهب إليه (الطحطاوي)

(٢) شرط الهبة سيجيء بيان ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب .

(٣) حكم الهبة وهو ثبوت ملك الموهوب له ملكية غير لازمة ولذا يصح الرجوع عن الهبة وفسخ عقدها حيث أن أثبت الملك للموهوب له غير لازم ويجوز فيها خيار الشرط ولا تبطل الهبة بالشروط الفاسدة .

(٤) ركن الهبة وسيجيء ذكره في الفصل الأول (أبو السعود)

## الفصل الأول

### في بيان مسائل متعلقة بركن الهبة وقبضها

يهم من مطالعة هذا الفصل أنه يحتوي على مسائل أخرى غير متعلقة بركن الهبة ولذلك أصبح العنوان أخص من المعنون .

#### ﴿ المادة ٨٣٧ ﴾ تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض .

تنعقد الهبة والهدية والصدقة بالإيجاب والقبول وتتم بقبض الهبة والهدية والصدقة قبضاً كاملاً أي بقبض الموهوب له أو نائبه ومعنى تتم أي يفيد الملكية فعلى هذا الوجه يكون الإيجاب والقبول هما ركن الهبة والصدقة والهدية كما أن الإيجاب والقبول هما ركن البيع والإجارة والعقود الأخرى أنظر المادتين (١٤٩ و ٤٣٣) .

قلنا أن ركن الهبة الإيجاب والقبول لأن الهبة عقد (وقيام العقد يكون بالإيجاب والقبول) لأن ملك الإنسان لا ينتقل للغير ما لم يملك من طرفه للغير ويوجب المالك ذلك كما أن إيجاب الهبة هو إلزام المالك للغير ولا إلزام بدون قبول (الكفاية والقهستاني) .

ولا يقال انه لا يشترط القبول في ذلك لأن الأمر الملزم به فيه فائدة الملزم لأنه ليس لأحد أن يثبت ملكاً لآخر بدون رضاه ذلك الآخر كما ذكر في المادة (١٦٧) .  
اختلاف الفقهاء في ركن الهبة وأدلة كل منهم:

إن ركن الهبة عند بعض الفقهاء كصاحب المحيط هو عبارة عن الإيجاب في حق الواهب وأما القبول . فلا يعد ركن الهبة رغباً عن أن ركن الهبة في حق الموهوب له هو الإيجاب والقبول فلذلك لو حلف شخص قائلاً إني لا أهب مالي لفلان ثم بعد ذلك وهب مالهً لذلك الشخص أي أوجب الهبة بحنث يمينه ولو لم يقبل الموهوب له الهبة (النهاية)

كذلك إذا حلف أن يهب ماله لفلان وبعد حلفه أوجب الهبة له إلا أن ذلك الشخص لم يقبل الهبة فلا يحنث والحال أنه لو لم يكن مجرد الإيجاب ركن الهبة وكان القبول ركناً ففي الصورة الأولى لا تنعقد الهبة بعدم قبول الإيجاب ولوجب أن لا يعد الواهب حائناً بيمينه كما هو الحال في البيع لأنه لو حلف شخص بإبني لا أبيع فلاناً مالهً ثم بعد حلفه أوجب مالهً لذلك الشخص ولم يقبل ذلك الشخص فلا يكون الموجب حائناً (النهاية) . وتكون الهبة في هذه الصورة بمنزلة الإقرار والوصية (العناية) حتى أن

القهستاني قد ذكر بكون القبول ليس ركناً هو قوله وذكر أنه لو وضع شخص مالا في الطريق على أن يكون ملكاً لمن يأخذه فهو جائزاً أما (ابن الممام) فقد قال: إن القبول في الهبة ركن قياساً إلا أنه ليس ركناً استحساناً.

تسيب الدابة. إذا تخلى شخص عن حيوانه وتركه حبله على غاربه بعد أن أصبح عاطلاً وغير نافع وأخذه آخر فأصلحه ثم قام صاحبه مطالباً به ينظر فإذا قال صاحبه حين تركه للحيوان فليأخذه من يريده فيصبح ذلك الحيوان ملكاً لذلك الشخص لأن الموهوب له وإن كان مجهولاً إلا أنه عند القبض يصير معلوماً سواء أكان ذلك الشخص غائباً حينما تكلم صاحب الحيوان ذلك الكلام وعلم به من شخص آخر أم كان حاضراً حين قال ذلك وسمع الكلام باذنه أما إذا لم يقل صاحب الحيوان ذلك القول فيبقى ذلك الحيوان ملكاً لصاحبه ولو قال حين تركه أياه إنني لا أريده بعد الآن وكذا لو قذف شخص بثوبه إلى الخارج ملكاً لصاحبه ولو قال صاحبه حين تركه أياه إنني لا أريده بعد الآن وكذا لو قذف شخص بثوبه إلى الخارج فلا يجوز لأحد أخذه ما لم يقل صاحبه حين قذفه فليأخذه من أراده (الخانية) ويتحقق قول صاحب المال ذلك باقراره أو بالبينة التي يقيمها الشخص الذي التقط ذلك المال وأصلحه أو بنكول صاحب المال عن حلف اليمين لدى استحلافه (الهندية في الباب الثالث).

أما بعض الفقهاء كصاحب الكافي والكفاية فيقول بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول كركن البيع والإجارة وأن الإيجاب وحده ليس بركن لأن الهبة عقد وقيام العقد الإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله (الفتح) أما حث حالف اليمين بعدم الهبة في حالة إيجاب الهبة هو لأن الحالف لليمين يكون قد منع نفسه من الشيء الذي في وسعه أي الإيجاب إذ أن القبول لم يكن في وسعه (الكفاية) إلا أنه إذا حلف شخص على عدم البيع ثم أوجب البيع بعد الحلف لا يحنث والحال كان من الواجب أن يعد حائثاً حسب هذا الرأي لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب للقبول مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به (الفتح)

وكذلك يفرق في هذه المسألة بين الإيجاب في الهبة وبين الإيجاب في البيع.

القول الذي قبلته المجلة. يفهم من قول المجلة الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول أنها اعتبرت كلا الإيجاب والقبول ركن الهبة وتتفرع بعض مسائل على انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول.

١ - مسألة: لا تنعقد الهبة بوعده الهبة مثلاً لو وعد شخص آخر قائلاً له إنني سأهبك ما في ذمتك من الدين لي إلا أنه لم يهبه أياه فلا يجبر ذلك الشخص على الهبة للوعد الذي وقع منه إذ ليس الوعد من حكم «البهجة وعلي أفندي»

٢ - مسألة: لو قال الواهب للموهوب له إنني وهبتك هذا المال إلا أنك لم تقبله وعجز الموهوب له عن إثبات قبوله الهبة فالقول للواهب «الهندية» لأن الواهب منكر للهبة والموهوب له مدع بها أنظر المادة (٧٦)

إيضاحات في حق القبض في الهبة.

إن ثبوت ملك الموهوب له بالموهوب الذي هو حكم الهبة أي ترتب حكم على الهبة يتوقف على قبض الموهوب فلذا ليس للهبة من حكم قبل القبض بل يبقى المال الموهوب ملكاً للواهب كما كان وبتعبير آخر أنه لا يشترط القبض في صحة الهبة إلا أنه يشترط القبض في ثبوت الملك «الهداية»، وجواهر الفقه، وأبو السعود المصري».

إن القبض في الهبة ليس ركن العقد بل هو خارج عن الركن إلا أنه شرط ثبوت الملكية.

ليس للهبة حكم قبل القبض بصورة مطلقة أي سواء أكان الموهوب له أجنبياً أم كان ذا رحم

محرم:

وبما إن تمام الهبة موقوف على القبض الكامل فيمجرد الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض مثلاً إذا أقر شخص قائلاً قد وهبت مالي للفلاني لفلان فعلى القول الأصح لا يعد الواهب قد أقر بأن الموهوب له قبض مال الموهوب «الأقروى والهندية في الباب الحادي عشر» أما إذا أقر الواهب بالهبة وبالقبض معاً فيثبت حصول القبض ولذلك إذا ادعى شخص على آخر قائلاً إنك كنت وهبتي هذا المال الذي تحت يدك وسلمته لي وقد أقررت بقبضي آياه وأنكر ذلك الشخص دعوى المدعي فأقام البينة على ذلك وشهد الشهود على أن الواهب أقر بالهبة والقبض تقبل شهادتهم والحكم في الرهن والصدقة هو على هذا الوجه أيضاً «الترخانبة»<sup>(١)</sup>

العقود الموقوفة على القبض: إن العقود الموقوفة تمامها على القبض هي إثنا عشر عقداً وهي:

(١) الهبة (٢) الصدقة (٣) الرهن (٤) العمري (٥) النحلة (٦) الصلح (بعد أقسامه) (٧) رأس مال السلم (٨) إذا ظهر بعض رأس مال السلم زيواً قبض بدله بذلك المجلس (٩) الصرف (١٠) الكيل إذا بيع بكيل من جنس آخر قبض بدله بذلك المجلس (١١) الوزن إذا بيع بوزن من جنس آخر قبض بدله بمجلس البيع (الطحطاوي) (١٢) البيع الفاسد أنظر المادة (٣٧١) الأدلة على لزوم القبض في الهبة مع أن البيع يفيد الملكية قبل القبض أما الهبة فلا يحصل فيها حكم الملكية قبل القبض ويثبت من وجهين:

الوجه الأول الحديث الشريف القائل بأنه لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمقصد في ذلك نفي الملك «أبو السعود» أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك إذا الجواز ثابت قبل القبض بالإتفاق (الهداية)

الوجه الثاني هو أن الهبة تبرع ولا يتم التبرع إلا بالقبض حسب ما ذكر في المادة (٥٧) لأن إثبات الملك في الهبة قبل القبض يوجب إجبار المتبرع شيئاً لم يتبرع على تسليمه به وهو غير صحيح أي أن إيجاب شيء على المتبرع لم يتبرع به أمر مخالف لموضوع التبرعات «الفتح».

(١) إلا أن قانوني أصول المحاكمات الحقوقية والشريعة العثمانية منع قبول البينة الشخصية على الإقرار الواقع خارج مجلس الحاكم ما لم توجد قرينة تؤيد وقوع ذلك الإقرار «المعرب»

والحاصل لو ثبتت الملكية في الموهوب بمجرد عقد الهبة لأصبح الواهب مطالباً بتسليم الموهوب ووجوب تسليم شيء لم يتبرع به .

وقد ورد على الدليل الثاني أسئلة ثلاثة :

(١) س - إن الواهب يهته المال يكون قد التزم تسليمه فيجب عليه التسليم لالتزامه ذلك إذ أنه لو التزم شخص نقل شيء لا يلزمه نقله وشرع في نقله وجب عليه الإكمال :

ج - للمالك في العين ملكان الأول ملك المال والثاني ملك اليد وملك اليد مقصود كملك المال فإذا غصبت فكما أن المال مضمون كذلك تكون اليد مضمونة أيضاً إذا غصبت إذ المادة (١٦٣٧) تبحث عن الوديعة والمستعار والمأجور وكل ما جاء فيها يدل على أن ملك اليد مضمون وضمان ملك اليد هو برده وإعادته . كذلك ما ذكر في مباحث اللقطة إذا أخذت اللقطة من يد الملتقط فللملتقط استردادها وذلك لأن اليد مضمونة ولما كان المقصود في الهبة هذين القسمين من الملك بنفسهما فالتزام الواهب أحدهما لا يوجب التزامه الآخر «الكفاية والهداية بزيادة»

(٢) س - إذا حصل الإيجاب والقبول في الهبة وكان ذلك مفيداً للملكية بصورة ألا يجب تسليم الموهوب فلا يجبر الواهب على التسليم .

إن الملكية التي تثبت على هذا الوجه لا فائدة منها لأن فائدة الملك هو أن يتصرف فيه المالك كيفما يشاء حسبما ذكر في المادة (١١٩٢) ولا يحصل هذا التصرف إلا بوجود حق القبض «الكفاية»

فلذلك إذا باع الموهوب له المال الموهوب فلا يستطيع أخذه من الواهب وتسليمه للمشتري

(٣) س - بما أن الوصية هي تبرع وهبة بعد الموت وتم قبل القبض وغير موقوفة على تسليم الوارث لها بعد موت الموصي فيجب قياساً على ذلك أن تتم الهبة أيضاً قبل القبض ولا سيما فإن الوصية هي هبة معلقة على الموت والهبة التي هي موضوع بحثنا هبة مرسله ولما كانت الهبة المرسله أقوى من الهبة المعلقة وبما أن الهبة المعلقة تتم بلا قبض فبالأولى أن تتم الهبة المرسله بلا قبض أيضاً .

ج - إن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وبوفاة الموصي تزول ملكيته عن الموصي به فلا يحصل هنا إلزام شخص على أن يتبرع بشيء لم يتبرع به كما هو الحال في الهبة وحتى لم يبق لزوم لوجود الأهلية في المتبرع . أما حق الوارث فهو مؤخر عن الوصية إذ أن الوارث ليس بمالك للموصي به حتى تتوقف صحة الوصية على تسليم الوارث للموصي به «الهداية والكفاية والعناية» «أنظر شرح المادة ٥٧» .

وتتفرع المسائل الآتية على أن ليس للهبة حكم قبل القبض .

«١» - مسألة: إذا وهب شخص شيئاً من ماله لآخر وقبل تسليمه أودعه لشخص خلافه وسلمه له وسلم المستودع ذلك المال بلا إذن الواهب إلى الموهوب له استناداً على تلك الهبة واستهلكها الموهوب له فللواهب الخيار في تضمين ذلك المال إما للمستودع وإما للموهوب له «أنظر المادة ٩١٠» «النتيجة» .

«٢» - مسألة: إذا أمر شخص شريكه بأن يعطي مالا من أمواله لابنه وامتنع شريكه عن الإعطاء وبما أن هذا الأمر لا يتضمن الإعطاء بطريق الهبة بل كان بطريق الوكالة أي أنه يكون ذلك الشخص قد وكل ابنه بقبض ذلك المال من شريكه فإذا كان الشريك مقراً بالمال وبهذه الوكالة فللابن المذكور أن يخاصم الشريك ويطلب تسليم ذلك المال له أما إذا كان ذلك الأمر يتضمن إعطاء المال على طريق الهبة فليس لذلك الابن أن يخاصم الشريك ويطلب تسليم المال له لأن الهبة لم تتم لعدم القبض «البحر والهندية في الباب الحادي عشر».

«٣» - مسألة: إذا أخذ شخص شيئاً من ماله ليعطيه لفقير فلم يجد الفقير في بيته فللشخص المذكور أن يتصدق بذلك الشيء على فقير آخر أو أن يصرف ذلك الشيء على أموره ويستهلكه «الوجيز».

«٤» مسألة - إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة حسب ما جاء في المادة «٨٤٩».

«٥» مسألة - إن التوكيل في الهبة يتضمن التوكيل بتسليم الموهوب لأن الهبة لا تتم بدون القبض «الهندية» ولذلك للتوكيل بالهبة بعد إيجابه الهبة أن يسلم الموهوب بعد الإيجاب والقبول وليس للموكل أن يقول إني وكلته بالهبة فقط ولم أوكله بتسليم الموهوب.

تقسيم القبض قد ذكر في الشرح أنه يجب أن يكون القبض كاملاً والقبض على قسمين؛

القسم الأول - القبض الكامل . وهو يكون بقبض كل موهوب بالصورة المناسبة لقبضه فإذا كان الموهوب داراً فقبض مفتاحها هو قبض للدار.

القسم الثاني - القبض الناقص كقبض حصة شائعة في مال وهب بعضه وكان ذلك المال قابلاً للقسمة ولا يكفي القبض الناقص في تمام الهبة فعليه إذاً وهب بعض مال قابل للقسمة يجب إفراز وتقسيم الحصة الموهوبة وتسليمها وقبضها من الموهوب له أما إذا سلمت الحصة الموهوبة مع الحصة الغير موهوبة بدون إفراز وقبضها الموهوب فلا تتم الهبة كما سيوضح ذلك في المادة «٨٥٨».

وقديين في المواد «٨٤١ و ٨٤٢ و ٨٤٣» أنواع هذا القبض وشروطه أما إذا وهب المال الغير قابل للقسمة فتمت الهبة بالقبض الواقع بالتبع أي القبض الذي يحصل ضمناً بقبض كل المال «الدرر والطحاوي».

تقسيم القبض الكامل: القبض الكامل على نوعين:

النوع الأول - القبض الحقيقي وهو كأخذ الموهوب له المال الموهوب بيده أو حمل الموهوب له المال الموهوب وذهابه به «الطحاوي».

النوع الثاني - القبض الحكمي كالقبض بطريق التخلية ومثاله إذا وهب شخص لآخر مالا موجوداً

محضراً في مجلس الهبة وصالحاً للقبض في ذلك المكان وقال الموهوب له للواهب قبضته أي أن يقول ذلك مع كونه لم يقبض المال الموهوب . ويشترط في القبض بطريق التخلية وجود المال الموهوب في مجلس الهبة على الوجه المشروح فعليه إذا وهب شخص لآخر مالاً وسلطة على قبضه حينئذ يجده فاهبة فاسدة على رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله أما عند الإمام زفر فاهبة صحيحة «الدر وشروحه» وتصح الهبة بالقبض بالنوع الثاني على رأي الإمام محمد وهو الرأي المختار أما عند الإمام أبي يوسف فلا تتم الهبة «الأنقروي والدرر وجامع الفقه والطحاوي» .

إلا أن هذا الاختلاف واقع في الهبة الصحيحة أما في الهبة الفاسدة فقد اتفقوا على أن التخلية ليست بقبض .

التخلية وما يتفرع عنها من المسائل .

التخلية هي عبارة عن أن يجعل الواهب المال الموهوب بحالة يستطيع معها الموهوب له أخذه وأن يلزمه بقبضه (الدرر والأنقروي) فلذلك إذا وهب شخص مالاً موضوعاً ضمن خزانة مغلقة وسلم ذلك المال مع تلك الخزانة وقبضها الموهوب له على ذلك الوجه فلا يحصل بذلك قبض الموهوب لأن القبض يحصل في حالة إمكان الانتفاع بالموهوب ولما كانت الأموال الموهوبة ضمن خزانة مغلقة فلا يحصل الانتفاع أما إذا كانت الخزانة مفتوحة فيحصل القبض .

(الإقرار بالقبض) . إذا وهب الواهب مالاً وسلمه للموهوب له وأقر الموهوب له بقبضه وقبوله الهبة ثم إذا ادعى الواهب عدم قبض الموهوب له وأنه كان كاذباً في إقراره فعلى رأي الإمام أبي يوسف يحلف الموهوب له توفيقاً للمادة (١٥٨٩) أما عند الإمام محمد فلا يحلف (الأنقروي)

### ﴿المادة ٨٣٨﴾ الإيجاب في الهبة هؤلاء الألفاظ المستعملة في معنى تمليك المال

مجاناً كأكرمت ووهبت وأهديت والتعبيرات التي تدل على التمليك مجاناً إيجاب للهبة أيضاً كإعطاء الزوج زوجته قرطاً أو شيئاً آخر من الحلي أو قوله لها خذي هذا وعلقه .

وكذلك كلمات أعطيتك وملكتك وهذا المال لك هبة وكلمة (أين ثرا) الفارسية هي من ألفاظ إيجاب الهبة والحاصل أن الإيجاب في الهبة يحصل بالألفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً ما لم تقل تلك الألفاظ على طريق المزاح ولذلك فعقد الهبة غير منحصر بلفظ الهبة بل يجوز استعمال ألفاظ أخرى مستعملة في معنى الهبة وتصح الهبة بلفظ التمليك في حالة وجود قرينة تدل على قصد الهبة وإلا لا تصح لأن لفظ التمليك هو لفظ عام يشمل البيع والإجارة والوصية والقاعدة في جنس هذه المسائل هي أنه إذا كانت الألفاظ التي قيلت من المملك تفيد تمليك الرقة فالعقد عقد هبة وإذا كانت تفيد تمليك المنفعة فهي عارية وإذا كانت تحتل المعنيين ينظر إلى نية المتكلم فإذا كانت نيته الهبة فالعقد هبة وإذا كانت نيته العارية فالعقد عقد عارية أنظر المادة (٢) .

والألفاظ التي تتعقد بها الهبة على ثلاثة أنواع :

النوع الأول: الألفاظ التي تتعقد بها الهبة وضعاً كقول الواهب للموهوب له وهبتك هذا الشيء أو بالفارسية (أين جيزترا أو أين مال تري كردم أو بنام تو كردم أو آن تو كردم وما اشبه ذلك من الكلمات).  
النوع الثاني: الألفاظ التي تتعقد بها الهبة كناية وعرفاً كقول الواهب للموهوب له: اكتس هذا الثوب أو قوله قد جعلت لك هذه الدار عمري.

النوع الثالث: وهي الألفاظ التي تحتل الهبة والعارية معاً كقول الواهب قد جعلت هذه الدار رقياً لك أو حبستها لك ثم يسلمها له فهذا اللفظ عند الطرفين عارية وعند أبي يوسف هبة (الهندية).

قد ذكر في هذه المادة الإيجاب فقط ولم يذكر القبول كما ذكر ذلك في كتاب البيع والإجارة والرهن وسكوت المجلة عن ذكر ذلك في كتاب الهبة هو لكونه يعلم ذلك مقايسة فلم تر حاجة لتكراره والقبول بالهبة يكون بالألفاظ الدالة على القبول كقول الموهوب له اتهمت أو قبلت الهبة وما اشبه ذلك من الألفاظ القبول والحاصل أنه كما تتعقد الهبة بلفظ الهبة تتعقد الهبة أيضاً بلفظ النحل والإعطاء «الهداية».

وكذلك تتعقد الهبة باللغة التركية بكلمة «جيه» المستعملة في تلك اللغة بمعنى الهبة فلذلك لو قال الدائن لمدينه باللغة التركية «دين سكاچه أيتدم» يكون الدائن قد وهب دينه للمدين: كذلك إذا قال شخص لولده الصغير باللغة الفارسية «أين مال ترا كردم أو بنام تو كردم أو أزان تو كردم» يكون قد وهب ماله (الهندية في الباب الثامن) وكذلك إذا خاطب شخص قوماً معينين قائلاً لهم قد وهبت هذا المال لأحدكم فليأخذه من يريده وقام أحد هؤلاء الناس في ذلك المجلس وأخذه تتعقد الهبة (أبو السعود).

وكذلك إذا أعطى الزوج قرطاً أو شيئاً آخر من الخلي وقال لها خذي هذا فاستعمله فمعنى قوله إنني وهبته لك فاستعمله كذلك لو أعطى زوجته ثياباً قائلاً لها اكتسبها أو مقدراً من المال قائلاً لها اشترى بها ثياباً لتلبسها عندي وغير ذلك من الألفاظ الدالة على التملك مجاناً أي الألفاظ القطعية التي تدل على التملك ولا تحتل عقداً آخر أنظر المادة (٦٨).

بناءً عليه لو قبضت الزوجة الخلي أو الثياب أو النقود تمت الهبة ولو أعطت الدراهم التي أخذتها من زوجها على أن تشتري بها ثياباً للتجارة ولم تأخذ بها ثياباً فليس لزوجها دخل فيها (القنية). أنظر المادة (١١٩٢).

وكذلك لو قالت الزوجة لزوجها أعطيتك هذا المال وقبله الزوج وقبضه كان ذلك هبة.  
إيضاح القيود:

١ - الكاف، تدل على أن عقد الهبة لا ينحصر بلفظ الهبة. كما صار إيضاحه.

كذلك لو قال أحد إنني أغرس هذا الكرم على اسم ابني الصغير أو جعلت هذا الكرم لابني

الصغير كان هبة أما إذا قال جعلت هذا الكرم لاسم ابني الصغير وإن يكن أن الأمر في ذلك متردد إلا أنه أقرب للوجه الأول (اللولوالية). قال في الهندية أبو الصغير غرس كرمًا أو شجرًا ثم قال جعلته لابني فهو هبة وإن قال جعلته باسم ابني فكذلك هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا وإن لم يرد الهبة يصدق ولو قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة فعليه الاعتماد (الطحطاوي)

٢ - تملك المال مجاناً، يستفاد من هذه العبارة أن الهبة لا تنعقد بالألفاظ التي لا تستعمل بمعني التملك مجاناً.

وعليه لو قال أحد لآخر هب لي مالك هذا فقال مجيباً له على ذلك باللغة الفارسية (فداي توباد) أو (أزتو دريغ نيسن) فلا تنعقد الهبة. كذلك لو كان لإثنين دابة مشتركة بينهما فقال أحدهما للآخر بالفارسية «من حصه خود رابتو أرزاني داشتم» فلا يكون ذلك هبة (الهندية في الباب الأول)

٣ - «في معنى» و«التي تدل على التملك مجاناً» فإن هاتين العبارتين تدل على أن مجرد إعطاء أحد آخر شيئاً لا يكون قد وهبه أياه. حتى لو قال لولده الصغير تصرف في هذه الأرض فأخذ يتصرف فيها لا تصير ملكاً له (الهندية في الباب السادس)

رجل دفع إلى ابنه في صحته مالاً يتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب فإن كان أعطاه هبة فالكل له وإن دفع إليه لأن يعمل فيه للاب فهو ميراث (الهندية).  
وعليه لو أنام أحد ابنه الصغير على فراش تمانى سنوات أو عشر سنوات ولم يملكه أياه فيبقى الفراش ملكاً له (الهندية).

كذلك لو قال الزوج بعد طلاق زوجته إن الأثواب التي أعطتها أياها محسوبة من مهرها وقالت الزوجة إنك وهبتي أياها صدق الزوج شرعاً (أبو السعود العمادي).

كذلك لو اشترى الزوج حلياً ودفعه لزوجته وسلمها أياه ثم بعد ذلك توفت الزوجة فقال الزوج هو لي لأنني أعرتها أياه وقال ورثة الزوجة لا بل وهبتها أياه فهو ميراث لنا واختلف الطرفان على هذا الوجه فالقول مع اليمين للزوج. يعني لو حلف على أنه أعطها أياه عارية ولم يعطه لها هبة يأخذ الزوج ذلك الحلي. لأن الزوج منكر للهبة. والقول مع اليمين للمنكر. أنظر المادة (٧٦). (الهندية في الباب التاسع) راجع شرح المادة الآتية أيضاً.

لو كان لأحد دراهم أو دنانير عند آخر فقال صاحب الدراهم أو الدنانير لذلك الشخص أصرف هذه الدراهم أو الدنانير في حوائجك وصرفها الآخر كان ذلك قرصاً لكن لو كان حنطة وقال له كلها كان هبة (الخاتية في أول الهبة). كذلك لو قال أحد لآخر تصرف في هذه العرصة وبقي مداوماً على التصرف فلا يكون قد وهبه أياها.

كذلك لو أعطى أحد لابنه مقداراً من الدراهم فتاجر بها الابن وتزايدت ثم توفي الأب فإذا كان قد أعطاه أياه بطريق الهبة فالكل للابن وإذا كان قد أعطاه أياه على أن يتجر بها له فالكل ميراث (الهندية).

٤ - الألفاظ، هذه العبارة خاصة بالإيجاب. لأن الإيجاب على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠١) يكون بالألفاظ فعليه الهبة لا ينحصر إنعقادها باللفظ فقط بل أيضاً بالتعاطي كما سيذكر في المادة الآتية. ويكون القبول فعلاً أيضاً على ما ذكر المادة (٨٤١).

كذلك إن عبارة الألفاظ هي بالنسبة إلى الناطق ليس إلا لأن الهبة تنعقد بإشارة الأخرس المعهودة أيضاً (أنظر المادة ٧٠).

فعليه لو وهب الأخرس شيئاً من ماله بإشارته المعهودة لزوجته وسلمها ذلك ثم ندم فلا فائدة له من ذلك إلا أنه لا تنعقد الهبة بإشارة الناطق «البهجة أبو السعود العمادي».

٥ - بصورة قطعية أي بصورة لا تحتمل عقداً آخر، لأن القرض لما كان أدنى من الهبة فإذا كان لفظ يحتمل القرض والهبة معاً فالتملك الواقع باللفظ المذكور يصرف إلى القرض. لأن القرض الأقل والسبب في ذلك أن ملك المالك في القرض يزول في مقابل بدل بخلاف الهبة فإنه يزول بلا بدل «الأنقروي».

وعليه لو أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم وقال له إصرفها في حوائجك فلا يكون ذلك هبة بل قرضاً. أما لو أعطاه أثواباً وقال إلبسها فيما أن اقراض الأثواب غير صحيح كان ذلك اللفظ هبة تصحيحاً للتصرف. كما أنه لو أعطى أحد حنطة لآخر وقال له كلها كان هبة لا قرضاً (الأنقروي) وعليه لو اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب قد كان المال المدفوع قرضاً وقال الموهوب له بل هبة فالقول مع اليمين للدافع (التنقيح).

كذلك لو اعطت الزوجة لزوجها مقداراً من الدراهم لينفقه على البيت وأنفقه الزوج ثم بعد ذلك توفيت المرأة وتركت زوجها وسائر الورثة فلسائر الورثة تضمنين الزوجة حصتهم من المبلغ المذكور (علي أفندي) وفي الأنقروي ما يخالفه حيث قال كانت تدفع لزوجها ورقاً عند الحاجة إلى النفقة أو إلى شيء آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها أن ترجع بذلك عليه (إنتهى ومثله في الطحطاوي).

وعلى ذلك لو أرسل الزوج لزوجته قبل الزفاف أموالاً وأراد بعد ذلك استردادها عند مفارقتها بداعي إنها عارية فالقول للزوج منكر التملك (أنظر المادة ٧٦). وإذا أقام كل منهما البينة يعني لو جمع في مسألة بين بينة الهبة وبينة العارية رجحت بينة الهبة. وعلى هذا التقدير إذا أعطت الزوجة في مقابل الهدايا المذكورة عوضاً فيما أن تلك الهدايا لم تكن هبة فلا يكون عوض الزوجة في نفس الأمر عوضاً ولها استرداده. لكن حق استرداد الزوجة على هذا الوجه إذا صرحت وقت الإعطاء بكونه عوضاً. (أنظر المادة ٨٦٨ وشرحها). أما إذا لم تصرح بذلك بل نوت أن تكون عوضاً فيما أنه لا تترتب الأحكام الشرعية التي هي من المعاملات على مجرد النية كما هو موضح في شرح المادة الثانية فلا تعد عوضاً بل تكون هبة مستقلة فليس للزوجة استردادها بناءً على المادة (٨٦٧) (التنقيح).

٦ - قيل ألا يكون على سبيل المزاح. لأنه لو قال أحد هازلاً لآخر وهبتي مالك هذا؛ فقال له قد وهبتك أياه وقبله الآخر وتسلمه وقبضه جازت الهبة كما هو مبين في بعض الكتب الفقهية وبين بعض

الفقهاء استدلالاً لذلك بأن إيجاب الهبة إذا كان على وجه المزاح كان جائزاً. وقال البعض الآخر بأن الهبة لا تنعقد بالإيجاب والقبول الواقعين بطريق المزاح. والمزاح في المسألة المذكورة بما أنه في طلب الهبة وليس في الهبة والتسليم فلا محل للاستدلال بذلك على انعقاد الهبة بالمزاح (الحموي، أبو السعود المصري؛ الطحطاوي) وقد بين في شرح المادة (١٦٩) أنه يشترط الجد في البيع وأنه لا ينعقد بالهزل.

### ﴿المادة ٨٣٩﴾ تنعقد الهبة بالتعاطي أيضاً.

كما تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول تنعقد أيضاً بالتعاطي أي بإعطاء الواهب وقبض الموهوب له وتتم يعني تنعقد الهبة بالتعاطي الواقع مع القرينة الدالة على التملك مجاناً وتكون تامة وفي هذه الصورة يحصل فرق حكمي بين الإيجاب والقبول القولين وبين التعاطي. فتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول القولين فقط أما بالتعاطي فتنعقد وتتم معاً. وقد جاءت المجلة بالمادة (٨٤١) لإفادة هذا الحكم وعلى هذا الحكم وعلى هذا التقدير لو قالت المجلة في هذه المادة (تنعقد وتتم) فلم يكن ثمة من حاجة إلى المادة (٨٤١).

مثلاً لو أعطى أحد فقيراً نقوداً وأخذها الفقير دون أن يفوه أحد الطرفين بشيء تنعقد هبة خصوصية أي صدقة (القستھاني).

قد اشترط لانعقاد الهبة بالتعاطي وجود قرينة دالة على التملك على ما هو موضح في شرح المادة الأنفة.

وعليه لو أعطى أحد ابنه مالاً وتصرف الابن في المال فيبقى المادة لذلك الشخص أيضاً. إلا إذا وجدت قرينة تدل على كونه ملك ابنه ذلك المال.

مثلاً لو قال أحد لابنه تصرف في هذه الأرض كما هو مذكور في شرح المادة الأنفة وتصرف الآخر مدة فيه فلا يكون الابن المذكور مالاً لها كذلك لو أنام أحد ابنه على فراشه المملوك فلا يصبح ذلك الفراش للابن ما لم يملكه «الهندية»

### ﴿المادة ٨٤٠﴾ الإرسال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام الإيجاب والقبول لفظاً.

الإرسال في الهبة والصدقة والهبة من طرف والقبض من الطرف الآخر يقوم مقام الإيجاب والقبول لفظاً مع القبض وبناءً عليه تنعقد بهما الهبة وتتم. وهذا القبض بما أنه كالقبول في البيع على ما هو مصرح به في المادة (٨٤١) الآتية تتم به الهبة يعني أنه يفيد الملكية. وهذه المادة تبين انعقاد الهبة بالتعاطي والتعاطي في الهبة هو عبارة عن الإعطاء من طرف الواهب والقبض من جانب الموهوب له ليس بمعنى الإعطاء من الجانبين.

وبما أن الإرسال يكون في مجلس والقبض في مجلس آخر فيفترق عن التعاطي الواقع في مجلس واحد وليست هذه المادة استدراكاً للمادة الأنفة يعني أن الهبة الواقعة على وجه هذه المادة وإن انعقدت بالتعاطي

فالفرق بينهما وبين التي جاءت في المادة السالفة هو ما يأتي: إن المادة المذكورة في حق التعاطي الواقع في مجلس واحد.

أما في هذه المادة فالإرسال يكون في مجلس والقبض يكون في مجلس آخر. وعليه يكون التعاطي في الهبة على نوعين: النوع الأول، ما كان التسليم والقبض في مجلس واحد. النوع الثاني، ما كان الإرسال في مجلس والقبض في مجلس آخر. وإن كان تسليم الرسول في هذا الإرسال وقبض الموهوب له في مجلس واحد. والسبب في قول المجلة (والقبض) عدم تمام الهبة والهدية والصدقة قبل القبض كما يستفاد من المادة (٨٣٧).

حتى أنه لو أرسل أحد لآخر هدية وتوفي المهدي إليه قبل وصولها فتبقى الهدية في ملك المهدي كما أنه لو كان المتوفي هو المهدي فلا تسلم الهدية إليه. أنظر المادة «٨٤٩» مجموع الفتاوي.

﴿المادة ٨٤١﴾ القبض في الهبة كالقبول في البيع بناءً عليه تتم الهبة إذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون أن يقول قبلت أو اتهمت عند إيجاب الواهب أي قوله وهبتك هذا المال

قبض الموهوب في الهبة والهدية والصدقة كقبول الإيجاب في البيع يعني أنه كما يتعقد البيع ويتم إذا وقع الإيجاب من أحد الطرفين وبعد ذلك وقع قبول ذلك الإيجاب من الطرف الآخر تتعقد وتتم الهبة والهدية والصدقة أيضاً بقبض الموهوب له الهبة بعد إيجاب الواهب لفظاً ولو لم يتكلم الموهوب له بأي كلام يدل على قبول الهبة كقوله اتهمت لأن قبض الموهوب له الهبة في مجلس الهبة دليل على قبول الهبة. (الدرر) فعليه لم تقل المجلة بأن القبض بالهبة قبول بل قالت إن القبض في الهبة كالقبول في البيع مشبهة القبول في الهبة بالقبول في البيع وقد قصدت بذلك الإشارة إلى المسألة المهمة وهي انعقاد الهبة. تمامها معاً بالقبض ووجه الشبه في ذلك هو تمام الهبة بالقبض إذ لا حاجة أن يكون المشبه مماثلاً للمشبه به في كل حكم لذلك جاز القبض بعد إيجاب الهبة. لو حصل في غير مجلس الهبة فعليه لا يرد السؤال من أن البيع الذي يقع فيه القبول في غير مجلس الإيجاب غير صحيح أن حكم هذه المادة من أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ليس خاصاً بالإيجاب القولي بل يشمل الهبة بالتعاطي أيضاً رغماً عن أن المجلة في مثالها الآتي قد صورت المسألة بالإيجاب القولي إلا أن ذلك قد ورد في صورة المثال فلا يفهم منه التخصيص فعليه إذا أعطى شخص حسباً ذكر في المادة (٨٦٩) قرشاً وسلمه آياه وقبض السائل ذلك القسط يكون هذا القبض كالقبول في البيع كما أنه لو أرسل شخص حسباً المادة (٨٤٠) إلى جاره طبقاً من ثمر كرمه مع خادمه وقبضه الجار فهذا القبض أيضاً كالقبول في البيع بناءً عليه تتعقد الهبة وتتم إذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المادة الموهوب وقبل ذلك القبض فعلاً بدون أن يقول قبلت أو اتهمت عند إيجاب الواهب أي قول وهبتك هذا المال أو أهديتك آياه. ويكون الموهوب له مالكا الموهوب لتتحقق القبض (الزليعي). والقبول كما يكون صراحة يكون دلالة أيضاً. وقبض الموهوب له قبول دلالة (رد المحتار).

قبول الهبة نوعان : -

يفهم من هذا أن قبول الهبة على ما ذكر في المادة (٨٣٩) كما يكون بالقبول أحياناً يكون أخرى بالفعل . والقبول بالفعل أقوى من القبول بالقول ووجه ذلك أن الهبة تنعقد بالقبول القولي إلا أنها لا تكون تامة أما في القبول الفعلي فتتعقد به وتكون تامة معاً .

مثال آخر : لو قال أحد لجماعة قد وهبت هذا المال لأحدكم فمن أراده منكم فليأخذه فأخذه أحدهم كان مالكاً له وقبض الموهوب له هذا قبول فعلي على وجه هذه المادة .

هل قول المجلة في مثالها هذا (إذا قبضه في مجلس الهبة) تعبير احترازي أم لا؟ ولنبادر إلى تفصيل ذلك وبيان الاختلاف في ذلك الشأن . للهبة بعد إيجاب الوهاب ثلاث احتمالات في قبض الموهوب له .

الاحتمال الأول، إعطاء إذن الوهاب صراحة بقبض الموهوب . وعلى هذا التقدير يوجد صورتان ، الصورة الأولى أن يقبل الموهوب له إيجاب الوهاب قولاً في مجلس الإيجاب وللموهوب له في هذه الحال قبض الموهوب في مجلس آخر كما هو مذكور في المادة (٨٤٤) . الصورة الثانية، أن لا يقبل الموهوب له إيجاب الوهاب في مجلس الإيجاب ويسكت .

وفي هذه الصورة مثلاً إذا قال الوهاب وهبتك مالي هذا فخذ وقبضه الموهوب له بدون أن يقول قبلت قولاً في ذلك المجلس فلا شبهة في تمام الهبة . إلا أنه إذا لم يقبل الموهوب له في ذلك المجلس كلاماً يدل على القبول كما أنه لم يقبض الهبة فهل للموهوب له أن يقبضها في مجلس آخر فقد اختلف الفقهاء في ذلك فقال بعضهم بصحة القبض لأن الوهاب قد أذن صراحة بالقبض فيجوز القبض في مجلس آخر كما هو مصرح في المادة (٨٤٤) وتم الهبة بذلك وقد رجح هذا القول قاضيخان الذي هو من أعظم أرباب الترجيح (الفتاوى القاعدية والنهاية وعبد الحليم وأبو السعود المصري) فسبب قول المجلة في مجلس الهبة هو أنه حيث لم يذكر في مثال المجلة الإذن بالقبض صراحة فأصبح حسب الفقرة الثانية من المادة (٨٤٤) قبض الهبة في مجلس الهبة شرطاً ومع أنه اشترط اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول في البيع (أنظر الفصل الثاني من الباب الأول) فعلى هذا القول لم يشترط ذلك في الهبة فانه تمليك يحتاج إلى القبول في المجلس (الهندية في الباب الحادي عشر) .

وجاء في فتح القدير جواباً على هذا . إن ركن الهبة عبارة عن إيجاب الوهاب فقط أما القبول فليس معدوداً من الركن استحساناً وإن كان معدوداً منه قياساً انتهى . وعليه فقد وجد هذا القول مبنياً على الاستحسان . لكن المجلة قد اختارت القول القائل بأن القبول ركن للهبة أيضاً كما هو موضح في شرح المادة (٨٣٧) فكان هذا الجواب غير مقبول على رأي المجلة وعند البعض الآخر بما أن القبض المذكور قائم مقام قبول الهبة فيعتبر فيه مجلس العقد المذكور في المادة (١٨٢) يعني بما أن القبول مقيد بمجلس العقد فلا تنعقد الهبة بالقبض في مجلس آخر وهذا القول للقياس لأن ركن الهبة لمقتضى القياس هو عبارة عن الإيجاب والقبول معاً والإيجاب فقط ليس بركن والحال أنه يلزم أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس

واحد (الفتح) وبما أن المجلة تعتبر ركن الهبة عبارة عن الإيجاب والقبول معاً فهل يلزم أن يقال ان هذا القول في هذه المسألة هو المعتبر؟

إحتمال ثان، عدم إذن الواهب بالقبض صراحة وسكوته . وحكم ذلك كما سيأتي في المادة (٨٤٥) هو أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في ذلك المجلس كان صحيحاً أما إذا قبض في مجلس آخر فلا .  
إحتمال ثالث، نهي الواهب له عن قبض الموهوب وحكم هذا سيذكر في المادة (٨٦٣) .

### ﴿المادة ٨٤٢﴾ - (يلزم إذن الواهب صراحة أو دلالة في القبض).

أي في قبض الموهوب الذي تتم به الهبة .

وفي هذه الصورة لا يعتبر القبض الواقع بدون إذن الواهب . لأن القبض لما كان تصرفاً في ملك الواهب فلا يكون صحيحاً ما لم يوجد إذن به من الواهب صراحة أو دلالة . لأن الموهوب ما لم يقبض يبقى في ملك الواهب بعد الإيجاب والقبول أيضاً (الهداية) (نظر المادة (٩٦) .  
يبين في المادة الآتية الإذن بالقبض صراحة أو دلالة .

فعل ذلك إذا قبض الموهوب له الهبة بدون أن يوجد إذن من الواهب على هذا الوجه فلا تتم الهبة بذلك القبض فعليه إذا قبض الموهوب له الهبة بدون الإذن المذكور وتلفت في يده يضمن فعلى ذلك إذا ادعى شخص على آخر قائلاً إن الدار التي تحت يدي قد تصدقت بها علي وأذنتني بقبضها وأدعى الآخر قائلاً إنك قبضتها بدون إذني فالقول للآخر أنظر المادة (٧٦) أما إذا ادعى شخص على آخر قائلاً إن الدار كانت في يدي وتصدقت بها علي فجازت الصدقة بحكم المادة (٨٤٦) وأدعى الآخر إن الدار كانت في يدي وقت التصديق وقد قبضتها بدون إذني فالقول للمتصدق . أنظر المادة (٧٦) .

أما لو ادعى الأول قائلاً للآخر إنك تصدقت بها علي وهي في يده وقد جازت الصدقة بمقتضى المادة (٨٤٦) وقال له الآخر قد كانت في يدي وقت التصديق وقبضتها بلا إذني فالقول للأول .

### ﴿المادة ٨٤٣﴾ - (إيجاب الواهب إذن دلالة بالقبض وأما إذنه صراحة فهو

قوله خذ هذا المال فإني وهبتك أياه إن كان المال حاضراً في مجلس الهبة وإن كان غائباً فقولته وهبتك المال الفلاني إذ ذهب وخذه هو أمر صريح) .

إيجاب الواهب إذن دلالة بالقبض أي إيجاب الواهب تسليط على القبض .

بناءً عليه لو قبض الموهوب له الموهوب بإذن الواهب دلالة على هذا الوجه يملكه ويصبح القبض بالإذن دلالة استحساناً والقياس عدم صحة القبض ما لم يكن للواهب إذن صريح . لأن القبض المذكور بما أنه تصرف في ملك الغير بلا إذن فالقياس بمقتضى المادة (٩٦) عدم الجواز . لأن ملك الواهب قبل القبض باقٍ (العناية) .

وجه الاستحسان: هو أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له وهو متوقف على القبض فأصبح بذلك القبض في الهبة كالقبول في البيع ولما كان لا يشترط في البيع إذن البائع صراحة بعد الإيجاب والقبول فكذلك لا يشترط في الهبة الإذن بالقبض يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك للموهوب له فإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذناً دلالة (الفتح والعناية والهداية).

مثلاً: بما أن قول الواهب وهبتك هذا المال يدل على أنه قال له إقبض هذا المال فلو قبض الموهوب له الموهوب تتم الهبة ولو لم يقل الواهب بعد الإيجاب للموهوب له إقبضه صراحة (الهداية).  
استثناء: لكن كون الإيجاب إذناً دلالة فيما إذا لم يته الواهب بعد الإيجاب عن القبض. كما جاء في المادة (٨٦٣). وإلا فلا يكون في هذه الصورة إذناً (الهداية) أنظر المادة (١٣). فعليه ليس للموهوب له بعد هذا النهي قبض الموهوب في مجلس الهبة ولا بعد الافتراق (الدرر)

أما الإذن صراحة فهو قوله خذ هذا المال فإني وهبتك إياه إن كان حاضراً وموجوداً في مجلس الهبة وإن كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني إذهب وخذ أمر صريح. وصحة القبض بهذا فيما إذا لم يمنع الواهب الموهوب له عن قبض الموهوب يعني إذا لم ينهه عنه بعد الأذن الصريح. أما إذا ناه عن القبض بعد الإذن وقبل القبض فلا حكم للإذن السابق. وليس له بعد ذلك حسب المادة (٨٦٣) قبض الموهوب للإذن بالقبض ثلاث صور: الصورة الأولى، أمر الواهب بالقبض يعني إعطاء الإذن صراحة بالقبض. والفقرة الأولى من المادة تبين حكم هذا. الصورة الثانية، نهي الواهب عن القبض. وحكم ذلك يأتي في شرح المادة (٨٤٤) المذكورة. الصورة الثالثة، سكوت الواهب عن القبض وحكم ذلك يأتي في الفقرة الثانية من المادة الآتية (عبد الحلیم)

﴿المادة ٨٤٤﴾ - (إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق أما الإذن دلالة فمعتبر بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق.

مثلاً: لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح وأما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل إذهب وخذه فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح.

إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب سواء في مجلس الهبة أو بعد الافتراق أي افتراق الطرفين من مجلس الهبة. يعني تتم الهبة بهذا القبض ويملك الموهوب له المال الموهوب بهذا القبض قياساً واستحساناً. لأنه لما كان أمر الواهب بالقبض مطلقاً فيجري على إطلاقه بناء على المادة (٤٦) فلا يتقيد بالمجلس أو بغيره. لأن الثابت بالنص لما كان يثبت على كل وجه فيتحقق الإذن بالقبض

في المجلس وبعده (الفتح) وبما أن مثال هذه الفقرة يظهر من المادة الآتية ولم تذكر لها المجلة مثلاً فنورد لذلك لزيادة الإيضاح مثلاً فيما يأتي: لو قال الموهوب له قبلت بناءً على قول الواهب له وهبتك هذا المال فخذته. فكما أن للموهوب له قبضه في ذلك المجلس فله قبضه أيضاً بعد الافتراق. إذا لم ينه الواهب قبل القبض عن القبض أنظر المادة (١٣٢).

كذا لو قال الواهب قد وهبتك مالي الذي في المحل الفلاني إذهب فخذته وذهب إليه وقبضه تمت الهبة ولو لم يقل الموهوب له في مجلس الهبة قبلت وهذا بناءً على ترجيح قاضيخان كما هو مذكور في شرح المادة (٨٤١). (عبد الحلیم).

أما الإذن بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة بناءً عليه إذا قبضه في المجلس المذكور وكان الموهوب عيناً كان هذا القبض معتبراً استحساناً (لا قياساً). أما بعد الافتراق فلا يعتبر القبض استحساناً ولا قياساً ولا يصبح الموهوب له بهذا القبض مالکاً للموهوب. وتتوقف صحة القبض بعد الافتراق على الإذن الصريح. لأن القول بأن إيجاب الهبة تسليط وإذن بالقبض هو لإلحاق القبض بقبول الإيجاب وبما أن القبول يتقيد بمجلس الإيجاب فالقبض يتقيد بذلك أيضاً (العيني، الطحطاوي).

مثلاً: لو قال الواهب وهبتك هذا المال ولم يقل له إقبض وقبضه الموهوب له أيضاً في ذلك المجلس صح وتمت الهبة وقد أشير في هذا المثال بقوله هذا المال إلى أن تمام الهبة بقبضها بالإذن دلالة في مجلس الهبة على وجوب أن يكون المال الموهوب عيناً.

أما إذا كان الموهوب ديناً فما لم يكن إذناً بالقبض صراحة فليس له قبضه في المجلس لا تتم الهبة أيضاً وقد أشارت المادة (٨٤٨) بقولها (إذهب فخذته صراحة) إلى ذلك (عبد الحلیم).

حتى أنه لو قال أحد لآخر قد وهبتك خمس كيلات من صبرة الحنطة هذه وكال الموهوب له الحنطة من تلك الصبرة في حضور الواهب وأخذها فلا يكون مالکاً لها. أما لو قال له وهبتك من هذه الصبرة خمس كيلات حنطة فكلها وكال الموهوب له الحنطة يملكها (الهندية في الباب الثاني فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز) «أنظر شرح المادة ١٥٨».

ويفهم من التفصيلات الآتية أن فقرة المادة هذه وإن كانت مطلقة فقد تقيدت بالمادة (٨٤٨) السالفة الذكر.

أما لو قبض بعد الافتراق عن مجلس الهبة فلا يصح ولا تتم الهبة (الهندية) متى أنه لو قبض بعد ذلك كان غاصباً.

كذلك لو قال الواهب قد وهبتك مالي الذي في المحل الفلاني ولم يقل له إذهب فخذته فلو ذهب الموهوب له وقبضه فلا يصح. فإذا قبضه يعد غاصباً فللواهب استرداده وطلب بدله إذا تلف.

﴿المادة ٨٤٥﴾ - (للمشتري أن يهب المبيع لآخر قبل قبضه من البائع، ويأمر الموهوب له بالقبض).

وإذا قبض الموهوب له على وجه المادة الأتفة المبيع المذكور بناءً على هذا الأمر والهبة كانت الهبة تامة (الحموي) سواء أكان المال الموهوب منقولاً أم عقاراً.

وبما أن بيع المبيع المنقول غير جائز قبل القبض كما هو مصرح في المادة (٢٥٣) فنتفرق الهبة في هذا الخصوص عن البيع ووجه الفرق هو أن كل تصرف يتم بالقبض كما ورد في المادة (٢٥٣) كالهبة والإعارة والتصديق والإقراض فللمشتري التصرف بالمبيع المنقول بذلك التصرف وله أن ينيب آخر بالقبض ويصبح بعد ذلك النائب قابضاً لنفسه ويعتبر في هذه الحالة أن الهبة حصلت بعد القبض إلا أن هبة المشتري للمبيع على هذا الوجه لا يسقط حق حبس البائع للمبيع الثابت له بموجب المادة (٢٧٨) وقد فصلت هذه المسألة في المادة (٢٥٣)

إيضاح القيود:

- (١) قبل القبض، فهو ليس قيداً احترازياً إذ جواز الهبة بعد القبض أولى.
- (٢) لأخر، هذا القيد احترازي. لأن المشتري إذا وهب المبيع للبائع قبل قبضه منه وقبل البائع الهبة فيكون ذلك إقالة للبيع وتجري فيها أحكام الإقالة أنظر المادة (٣). كذلك لو وهب الآخر بدل إيجار العين للمستأجر قبل قبضه منه وقبله المستأجر فالحكم على هذا المنوال. يعني أنه يكون قد أقال بذلك عقد الإيجار ففي هاتين الصورتين قد كانت الهبة إقالة مجازاً أنظر المادة (٦١)
- (٣) الهبة: إن هذه العبارة هي كما بين آنفاً من وجه ليست احترازية فكل تصرف تمامه القبض. والحكم في هذا كالهبة. ومن وجه احترازية لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض من آخر ليس جائزاً أنظر المادة (٢٥٣).

### ﴿المادة ٨٤٦﴾ - (من وهب ماله الذي هو في يد آخر له تتم الهبة ولا

حاجة إلى القبض والتسليم مرة أخرى).

إذا تجانس القبضان قام أحدهما مقام الآخر. أما إذا تغيرت أرقام الأقوى مقام الأضعف. لكن الأضعف لا يقوم مقام الأقوى. لأنه يوجد في الأقوى مثل الأدنى وزيادة أما الأدنى فليس فيه الأقوى فلا يقوم مقامه (الزيلعي. الطحطاوي)

وعليه لو وهب أحد ماله الذي هو في يد آخر مضموناً كالوديعة والإجارة واللقطة أو الأمانة بصورة أخرى والمقبوض بالبائع الفاسد أو يغبص لذلك الشخص تتم الهبة وتنقذ بقول الموهوب له قبلت أو انتهت ولو لم يكن ذلك المال حاضراً وموجوداً في مجلس الهبة ولا حاجة لتمام الهبة إلى تسليم جديد من طرف الواهب وإلى القبض من جانب الموهوب له أو مرور وقت بعد الإيجاب والقبول يقتدر به على القبض (العناية). بناءً عليه تتم هذه الهبة بدون حاجة إلى مرور وقت يتمكن فيه الموهوب له من البلوغ إلى المحل الذي يوجد فيه الموهوب (القهستاني) حتى إن الموهوب لو تلف في يد الموهوب له قبل تجديد القبض تلف على أنه مال الموهوب له بناءً عليه إذا كان المال الموهوب فرساً وهلك في يد

الموهوب له قبل تجديد القبض فنفقات إلقاء جيفته في البحر على الموهوب له (أبو السعود بتغيير ما) يفهم من التفصيلات السالفة أن قبض الوديعة والعارية يقوم مقام قبض الهبة التي هي من جنس واحد كما إن القبض بالغصب والبيع الفاسد يقوم مقام القبض في الهبة التي هي دونها لكن القبض في الوديعة والعارية لا يقوم مقام قبض الشراء (الهداية) لأنه لما كان قبض الأمانة ضعيفاً فلا يقوم مقام قبض الضمان (العناية).

إيضاح القيود:

١ - المال .

بما أن لفظ المال كما ذكر في المجلة مطلقاً فيشمل الأمانة والمضمون والمنقول والعقار أنظر المادة

(٦٤)

٢ - قبلت .

قد أشير بهذه الكلمة إلى القبول صراحة شرط وليست مقيسة على المادة (٨٤١) لأن القبول إذا لم يكن لازماً فلا حاجة للقبض ويلزم أن يملك الموهوب له الموهوب بدون رضاه (رد المحتار) والواقع أنه ليس لأحد أن يثبت ملكاً لآخر أي أن يملك آخر بدون رضاه كما هو مصرح به في شرح المادة (١٦٧) . فإذا لم يكن الموهوب له راضياً فلا يمكن أن يثبت له ملك لأن احتمال الضرر موجود (الطحطاوي) ويستثنى من هذه القاعدة الميراث فقط أنظر المادة (٨٤١) .

٣ - ولا يحتاج إلى القبض . وتفصيل ذلك كما يأتي :

القبض ثلاثة أقسام .

القسم الأول، قبض مضمون بقيمة المقبوض أو بمثله . كالقبض في المال المغصوب لأن قبض الغاصب في المال المغصوب موجب للضمان على ما هو مذكور في المادة (٨٩١) . كذلك الحكم على هذا المنوال في المال المقبوض بطريق سوم الشراء مع تسميته الثمن والمال المقبوض بالبيع الفاسد أنظر المادتين (٢٩٨ و ٣٧١) .

وعليه لو باع صاحب المال المقبوض على هذا الوجه ماله هذا من قابضه بيعاً صحيحاً فلكون القبضين متفقين أي لأنها مضمونان فلا حاجة إلى تجديد القبض ويقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق اللازم في البيع كما أنه لو وهبه للقابض فيملكه الموهوب له بمجرد قبول الهبة ولا حاجة لقبض آخر ويرأ الموهوب له من الضمان بقوله بمجرد الهبة (أبو السعود) .

سؤال - بما أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند القبض كما هو في المادة (٣٦٦) فكيف يصح للبائع هبته للمشتري يعني أنه ما دام ملكاً للمشتري فما معنى تملكه للمشتري مرة أخرى بالهبة؟

الجواب على ثلاثة أوجه :

أولاً: كأن البائع والمشتري فسخاً البيع الفاسد وبعد فسخه وهبه البائع للمشتري القابض .

ثانياً: إن المشتري قد قبض المبيع ببيع فاسد بلا أمر البائع فأصبح غير مالك له فوهب البائع ذلك المقبوض للمشتري (الفتح) فيه أن هذا هو المقبوض بالغصب .

ثالثاً: ليس بعيداً أن تكون نفس الهبة فسحاً للبيع الفاسد اقتضاء يعني إذا وهبه البائع للمشتري بعد البيع الفاسد وقبض المشتري أياه بإذن البائع يفسخ البيع الفاسد بهذه الهبة ويملك المشتري المبيع هبة .

والحاصل . إن القبض السابق في الأموال الثلاثة يعني في المغصوب والمقبوض بسوم الشراء مع تسمية الثمن وفي المبيع بيعاً فاسداً يقوم مقام القبض اللاحق أي أن القبض السابق يقوم مقام القبض اللاحق لأن القبض السابق أعلى وأقوى من القبض اللاحق اللازم في الهبة (الكفاية وأبو السعود) .

القسم الثاني - القبض المضمون بغيره كقبض المبيع المضمون بالثمن والرهن المضمون بالدين أنظر المادة (٢٩٣) مع اللاحقة التي في شرح المادة (٧٤١) .

وهذا القسم الثاني من القبض قد اختلفت الكتب الفقهية في قيامه مقام قبض الهبة وإننا ننقل هنا المسائل التي تخالف بعضها بعضاً في الكتب الفقهية ونترك ترجيحها لأهل الاقتدار فقد ذكر القهستاني والهندية والتبيين في هذا القسم من القبض أنه يقوم مقام القبض اللازم في الهبة أما الكفاية وجواهر الفقه والمجتبي فقد ذكروا أن هذا القسم الثاني من القبض لا يقوم مقام القبض اللازم في الهبة ولا بد من قبض جديد (نقول البهجة) . لأن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجبة له فلم تكن الهبة براءة وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض (الطحطاوي)

القبض الجديد عبارة عن مرور وقت يتمكن الموهوب له بلوغ الموضع الذي يوجد فيه المال الموهوب (جواهر الفقه، العناية، الطحطاوي) . وقد مر نظير ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧٠)

القسم الثالث: قبض الأمانة كقبض الوديعة والعارية والمأجور والمال الموهوب لأن القبض في مال الوديعة والعارية على ما هو مذكور في المادتين (٧٧٧ و ٨١٣) لا يوجب الضمان كما إن القبض في الموهوب على ما هو مسطور في المادة (٨٧١) غير موجب للضمان أيضاً وكل ذلك قبض أمانة بناء عليه فهذا القسم الثالث أيضاً يقوم مقام القبض في الهبة (الزيلعي) .

(س) لما كان وضع يد المستودع على الوديعة للمودع فأصبح المستودع نائباً للمودع في يده على الوديعة وحفظه له وعاملاً لها فيجب أن لا يقوم هذا القبض مقام القبض اللازم في الهبة ويكون الموهوب قد وهب وهو في يد الواهب

الجواب: إن المستودع وإن كان عاملاً للمودع وإن يد المستودع كيد المودع ولكن بعد الهبة لا يكون عاملاً للمودع وبما أنه واضح يده بناءً على الوديعة حقيقة يكون المستودع بهذا الاعتبار قابضاً (الزيلعي) .

حق الرجوع بعد هبة الوديعة لذي اليد إذا ظهر مستحق:

اذ وهبت الوديعة لذي اليد على الوجه المحرر آنفاً يعني للمستودع وظهر بعد تلفها في يده مستحق كان المستحق مخيراً. إن شاء ضمنها للواهب وإن شاء للموهوب له أنظر المادة (٩١٠). وإذا ضمن الموهوب له ينظر فيما إذا جدد الموهوب له القبض بعد الإتهاب وقبل تضمين المستحق الواهب المودع فليس للموهوب له أن يرجع على الواهب بما ضمنه. (أنظر المادة ٨٦١) أما إذا لم يجدد قبضه فللموهوب له الرجوع على الواهب بما ضمنه والفرق هو إذا لم يجدد الموهوب له القبض لا يتنقض عقد الوديعة بالهبة فيكون ذلك غروراً في عقد عائد نفعه للدافع كما بين ذلك في شرح المادة (٦٥٨) الذخيرة فصل «١٣» فعليه إذا ظهر مستحق بمال وهبه الأب لطفله الصغير وتلف ذلك المال فضمن المستحق الأب فليس للأب الرجوع بذلك على ولده الصغير أما إذا ضمن الصغير المال بعد البلوغ ينظر فإذا جدد الصغير بعد البلوغ القبض في ذلك المال فليس له الرجوع على أبيه أما إذا لم يجدد القبض بعد البلوغ فله الرجوع على أبيه «الهندية في الباب الثالث في الهبة للصغير» أنظر المادة ٦٥٨.

﴿المادة ٨٤٧﴾ - (إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يرد المديون تصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال).

لا يشترط القبول في هبة الدين للمديون أو إبرائه منه. لكن يرد برده. لأن هبة الدين للمديون والإبراء من الدين هما من وجه تمليك ومن وجه آخر إسقاط. فمن حيث أنه إسقاط يصح بلا قبول ومن حيث إنه تمليك فيرد برده (الولوالجية). كما ترد التمليكات التي كالبيع بعد الإيجاب برد الطرف الآخر أياها.

وعليه فقد صارت هبة الدين والإبراء منه تمليكاً من وجه. لأن الدين مال من وجه أي مالياً وباعتبار الآتي حتى تجب الزكاة فيه كما يصح اشتراء الدائن متاعاً من المديون في مقابل دينه. أما البيع فهو مبادلة مال بمال. وقد صار من وجه إسقاطاً. لأن الدين باعتبار الحال وصف شرعي حتى إنه إذا لم يكن عيناً وحلف من له دين على أن لا مال له لا يحنث كما أنه لا يصح أن يشتري أحد مالا من عمرو بما له على زيد من الدين فعليه يرد التمليك بالرد باعتبار الدين مالاً أما باعتباره وصفاً فيسقط لأن الإسقاط يتم بوجود المسقط ولا يتوقف على القبول (الزيلي في الإجارة مع الإيضاح)

بعض مسائل متفرعة عن الضابط الأول: -

المسألة الأولى: إذا وهب أحد دينه لمديونه أو أبرأ ذمته أو أباحه دينه ولم يرد الآخر الهبة أو الإبراء أو الإباحة تصح الهبة أو الإبراء أو الإباحة ويسقط عنه الدين في الحال بدون توقف على قبول المديون وتكون الهبة بمعنى الإبراء مجازاً. وبما أنه يلزم في الهبة القبول دون الإبراء كما هو مذكور في المادة (٨٣٧) فتفترق الهبة عن الإبراء من هذه الجهة.

المسألة الثانية: لو قال أحد لمديونه تركت لك ديني أو قال «حق خویش بتوماندم أو ترابحل كردم» فيكون قد أبرأه وليس له أن يطلب دينه المذكور منه كما أنه لو قال أحد (همه غر بما نراجمل كردم) برئ

مديونو ذلك الشخص (الهندية وواقعات المفتين)

المسألة الثالثة، لو أباح الدائن مديونه الدين عندما بلغته وفاته أو أبرأه منه وثبت بعد ذلك أن المديون حي فليس له أخذ دينه بعد بناء على المادة (٥١) (الأنقروي).

المسألة الرابعة - لو وهب أحداً الشركاء الدائنين حصته في الدين المشترك للمديون صحت الهبة. كذلك لو توفي أحد قبل أن يأخذ دينه الذي في ذمة زيد ووهب الورثة ذلك الدين للمديون كانت الهبة صحيحة في حصته (علي أفندي).

كذلك إذا كان لشخصين على زيد دين أربعمائة قرش مناصفة ووهب أحدهما حصته لزيد يعني لو قال وهبتك حصتي برئ زيد من مائتي قرش وإذا قال وهبتك نصفه نفذ في ربه وبقي في الربع الثاني موقوفاً على إذن الشريك الثاني. أنظر المادة (٨٥٨) (البرازية والأنقروي). كما في هبة نصف العين المشتركة. (الخانية قبيل فصل في هبة المشاع)

ولو باع أحد صاحبي مال مشترك بينهما مناصفة نصف ذلك المال ينصرف ذلك إلى حصته. لكن لو باع الفضولي نصف المال المذكور وأجاز أحد الشركاء نفذ في ربع المال فقط «الفصولين في الفصل الرابع والعشرين» وقد مر في هذا الشأن بعض المسائل في البيوع.

المسألة الخامسة - ويفهم من قوله إذا لم يرد أنه لا حاجة أن يقول المديون قبلت الهبة أو الإبراء لتامهما حتى أنه توفي المديون قبل القبول لزمت الهبة (جواهر الفقه، الهندية).

فائدة: إذا كان مقدار من دين الدائن على مديونه معجلاً ومقدار مؤجلاً ووهب الدائن قسماً من هذا الدين للمديون وانصرفت الهبة إلى المعجل والمؤجل مناصفة لأنه لا مرجح لصرفه إلى أحد هذين القسمين وليس أحدهما أولى من الآخر مثلاً لو كان للدائن على مديونه ألف قرش معجلة وألفاً أخرى مؤجلة وقال الدائن للمديون بدون تعيين وهبتك خمسمائة قرش فتسقط مائتان وخمسون من المعجل ومائتان وخمسون من المؤجل (الهندية في الباب الحادي عشر).

إيضاح قيود المسألة الأولى:

١ - مديونه، هذا التعبير باعتبار احترازي فخرجت الهبة بغير المديون وسببين حكم ذلك في المادة الآتية وباعتبار آخر ليس احترازياً فلو وهب دائن المتوفي دينه لورثته كانت هبة صحيحة. ولو كانت تركته مستغرقة بالدين وإذا رد الوارث هذه الهبة ردت عند أبي يوسف أما عند الإمام محمد فلا ترد برد الوارث (التاتار خانية، الهندية في الباب الرابع). المديون يفهم من ذكر هذا التعبير بصورة مطلقة أن الهبة للمدين صحيحة ولو كان قد توفي بناءً عليه لو وهب الدائن دينه الذي على المتوفي له كانت صحيحة وإذا رد الوارث هذه الهبة يجري الاختلاف المذكور آنفاً كذلك لو وهب الدائن دينه لبعض ورثة المتوفي تكون الهبة صحيحة أيضاً وتكون كالهبة للمتوفي بناءً عليه يستفيد جميع الورثة منه ويرد هذا الإبراء على القول الثاني برده.

وفهم من التفصيلات الأنفة في هبة الدين ثلاثة احتمالات.

أولها للدائن، أن يهب دينه لمديونه الحي .  
 ثانيها، للدائن أن يهب لمديونه المتوفي .  
 ثالثها، للدائن أن يهب لبعض ورثة مديونه المتوفي أو لكلهم (الأنقروي).

٢ - الهبة، يستفاد من ذكر كون الهبة صحيحة على الإطلاق إن بقاء الدين في هبة الدين للمديون أو إبرائه منه ليس شرطاً يعني انه لا يشترط في ذلك ألا يكون قد قبض الدين . بناءً عليه لو أبرأ الدائن مديونه من الدين بعد استيفائه منه إبراء إسقاط أو وهبه له كان صحيحاً فلو قال الدائن بعدما أخذ دينه من مديونه (وامي كه مرا بوده است بتوبخشيدم) كان صحيحاً . ويسترد المديون ما أعطاه لدائنه أنظر شرح المادة (١٥٨) كذلك لو أدى أحد ذلك الدين للدائن تبرعاً وقال بعد ذلك الدائن الكلام المذكور كان الإبراء صحيحاً أيضاً ويسترد المتبرع ما أعطاه للدائن (الهندية في الباب الرابع).

٣ - الإبراء، يستفاد من ذكره مطلقاً أنه لا يشترط أن يكون الحق الذي يبرأ منه معلوماً . حتى انه لو قال أحد لآخر (إجعلني في حل من كل حق لك علي وأحله الآخر) فإذا كان صاحب الحق عالماً بما له من حق على ذلك الشخص برئاً حكماً وديانة . أما إذا لم يكن عالماً فبرأ عند أبي يوسف حكماً وديانة أيضاً والمفتي به هو هذا أيضاً لأن جهالة الساقط ليس مانعاً لصحة الإسقاط . أما عند الإمام محمد فبرأ حكماً ولا يبرأ ديانة (الولولجية).

لكن إذا كان الإبراء مشروطاً بشرط فيلزم مراعاة ذلك الشرط . وإلا فلا يكون الإبراء صحيحاً والدين ساقطاً . ولو قال أحد لزوجته لا أهلك هذا المال حتى تبرئيني من مهرك فإبرائه الزوجة فامتنع عن أن يهبها المال المذكور بقي مهر الزوجة كما كان بناء على المادة (٨٥٥) «البزازية» .  
 كذلك قد بين في شرح المادة (٨٣٤) عدم صحة الإبراء أيضاً بطريق الرشوة .  
 بعض مسائل مستثناة من الضابط الأول يستثنى من ضابط :  
 لا يشترط القبول في هبة الدين وإبرائه ثلاث مسائل :  
 (١) الإبراء من بدل الصرف (٢) الإبراء من بدل السلم .

وعليه إذا كان الدين بدل صرف أو بدل سلم فيما أن الإبراء من هذا الدين موجب لانفساخ عقد الصرف والسلم وليس لأحد العاقدين وحده فسخ العقد اللازم فيلزم القبول في هبته وإبرائه . ولا يبرأ المديون بدون القبول .

وتوفي قبل القبض والتسليم ثم قبضه بعد ذلك وقال الموهوب له قبضته في حياته فيما أن الوارث يكون منكراً لزوم الهبة فالقول قوله حسب المادة (٧٦) سواء أكانت العين الموهوبة في يد الوارث أم كانت في يد مدعي الهبة (الدر المختار ورد المحتار، والمنح) . قوله والعين في يد الوارث هذا ليس بقيد لما في الهندية قال المدعي عليه وهب لك والذي هذا العين فلم تقبضه إلا بعد موته . قال الموهوب له قبضته في حياته والعين في يد الذي يدعي الهبة فالقول للوارث لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٥٠﴾ - (إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئاً يلزم التسليم والقبض).

قبض العاقل البالغ في الهبة شرط. ولا يكفي قبض الآخرين فضولاً كالأب والزوج. وعليه لو وهب أحد لولده الكبير أي ابنته أو ابنه العاقل البالغ شيئاً سواء أكان ذلك الشيء في يد الشخص أم في يد المستودع أم الغاصب أم المستأجر فيلزم تسليم الواهب وقبض الموهوب له ولو كان الولد الموهوب له لا يزال في عيال ذلك الشخص. يعني يلزم التسليم والقبض في الهبة للوالد الكبير كما في الهبة لأجنبي إذ لا يجري في ذلك حكم المادة الآتية فلا يكفي أن يكون المال الموهوب في يد الأب الواهب أو أن يجدد الأب بعد الهبة القبض (مثلاً مسكين) أنظر المادة (٨٣٨).

وعليه لو وهب أحد داراً لابنيه أحدهما صغير في عياله وثانيهما كبير كانت الهبة فاسدة في الكل لأن ذلك الشخص كما انه قد وهب فهو قابض لحصة الصغير بمقتضى المادة الآتية ثم بما أنه يلزم بمقتضى هذه المادة قبض الكبير بالذات والهبة وقت القبض مشاع وهبة المشاع فاسدة. أما لو وهب لابنين كبيرين وسلمهما معاً جاز. لأنه لا شيع وقت القبض (الولولاجية في الفصل الثاني من الهبة) وستأتي تفصيلات في هذا الشأن في لاحقة شرح المادة (٨٥٨).

كذلك لو وهب شيئاً ما لامرأة بالغة فلا تكون تلك المرأة مالكة لذلك الشيء بقبض زوجها اياه فضولاً.

كذا لو قطع أحد لزوجته ثوباً فلا تتم الهبة بمجرد قطعه اياه ويلزم التسليم. (الأنقروي) كذلك لو قطع أحد لابنته الكبيرة أثواباً فإن لم يسلمها اياها فلا تتم الهبة. أما لو قطعها لابنته الصغيرة فإنها تملكها كما سيأتي في شرح المادة الآتية.

وقد فسر لفظ كبير بالعاقل البالغ لأنه كما سيذكر في شرح المادة (٨٥١). إذا كان ابنه صغيراً أو كبيراً وكان مجنوناً جنوناً مطبقاً فالحكم فيها على وجه المادة الآتية. يعني إذا كان ذلك الشيء في يد ذلك الشخص أو عند المستودع أو المستعير فتم الهبة بمجرد الإيجاب ولا يلزم التسليم.

حادثة الفتوى: لو عين الحاكم جد الصغير الصحيح وصياً له «وإن لم يكن حاجة لتعيينه لكونه بمقتضى المادة (٩٧٤) ولياً مجبراً» وبلغ السنة الثامنة عشر من عمره وأصبح بمقتضى حكم المادة (٩٨٦) بالغاً، فوهب الجد لحفيده مالاً في يده قبل أن يثبت رشده في حضور الحاكم فهل يلزم القبض حسب هذه المادة. أو يعد بحكم الصغير ويكفي في ذلك حسب المادة الآتية أن يكون المال في قبض الجد حيث أنه يعد الحفيد المذكور بوجوده تحت الوصاية محجوراً إذ أنه وإن كان رشيداً لكن لم يثبت رشده هذا أمام الحاكم باقامة الشهود فأصبح الحفيد بحكم الصغير.؟

ويجاب على ذلك بأن الفقهاء قالوا بأن الحجر يرتفع عن الصغير بسنين الأول اذن الولي والثاني بلوغه (التنقيح) فبلوغ الصغير لا تبقى ولاية الغير عليه لانقطاع الولاية بالبلوغ (الدر المنتقى، شرح المنتقى في باب الأولياء والأكفاء).

قال الطحطاوي الهبة للولد الكبير لا تتم إلا بقبضه ولو كان في عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبد المحجور (انتهى).

﴿المادة ٨٥١﴾ - (يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه أو مربيه يعني من هو في حجره وتربيته سواء أكان المال في يده أم كان وديعة عند غيره بمجرد الإيجاب أي بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج إلى القبض).

يملك الصغير والصغيرة المال المعلوم الذي وهبه اياه أو تصدق به وليه كأبيه وجدته أو وصيه ولولم يكن الصغير أو الصغيرة في عياله أي في حجرهما وتربيتهما أو مربيهما يعني من هو في حجره وتربيته سواء أكان أقرباء الصغير والصغيرة كأخيها وعمها وخالها أم من الأجانب وسواء أكان المال في يده أم كان وديعة أو عارية عند غيره بمجرد الإيجاب أي بقول الواهب وهبت ولا يحتاج إلى القبض وكلمة يعني الواردة في هذه المادة هي تفسير المربي وليست تفسير الوصي كما أشير ذلك آنفاً وسيفصل ذلك آتياً. إيضاح القيود:

١ - الصغير: إن الحكم الذي في حق الصغير هو في حق الصغيرة أيضاً كما هو مشروح في المادة الآتية فلو قيل الطفل بدلاً من الصغير لكان يعم ويشمل الصغير والصغيرة (عبد الحلیم). لكن ترتيب الحكم في مسائل كهذه على الذكور ليس معناه ترك الإناث خارجات عنه بل هو لتغليب الذكور على الإناث كما هو المتعارف يعني أنه ناشئ عن اعتبار بيان أحكام الذكور بياناً أيضاً لأحكام الإناث كما هو مذكور في أصول الفقه من أن خطاب الشرع هو على هذا الوجه (الفتح). وحكم المجنون جنوناً مطبقاً في ذلك كحكم الصغير (النتيجة).

٢ - وصيه: بما أنه يشتمل هذا الحكم ولي الصغير بطريق الأولى فلو قالت المجلة وليه أو وصيه أو قالت وليه بدلاً عن وصيه واشتملت الوصي بالحكم لكان أولى. والمقصود بالولي في هذا، الأب وإذا لم يكن الأب موجوداً فالجد وإليك الترتيب الآتي:

أولاً: الأب ثانياً: الوصي الذي اختاره الأب عند عدم الأب أي عند وفاته أو غيبته غيبة متقطعة أو وصي هذا الوصي.

ثالثاً: الجد الصحيح أي أبو الأب عند عدم الوصي للأب المتوفي أو الغائب.

رابعاً: الوصي الذي اختاره الجد عند وفاة الجد أو غيابه غيبة متقطعة أو وصي هذا الوصي.

خامساً: الوصي الذي يعينه الحاكم. أنظر المادة (٩٧٤) (ومجمع الأنهر، الدر المنتقى، تكملة رد

المحتار) يعني أن المقصود من عبارة المجلة (وصيه) أعم من الوصي المختار والوصي المنسوب.

وهبة الولي أو الوصي المال الذي عنده أو في يد المستودع أو المستعير للصغير أي الطفل صحيحة

على الإطلاق كما أشير إلى ذلك في الشرح، سواء أكان الطفل المذكور في حجر وليه أو وصيه وتربيته أم لم يكن.

٣ - أو مربيه: قد استعملت كلمة المربي في المادة (٨٥٢) بمعنى مقابل للولي فقد استعمل هنا في معنى من لم يكن ولياً ولا وصياً. وعليه فهبة المربي صحيحة بلا قبض على الوجه المذكور إلا أنه يشترط فيه شرطان الشرط الأول: يجب أن يكون الطفل في حجر ذلك المربي وترتيبه حجر تقرأ بفتح الحاء وكسرهما جمعها حجور ويطلق الحجر على المحل الذي من الأبط إلى الكشح أي البكور فمعنى في حجره أي في ترتيبه وقوله (في ترتيبه) أيضاً إشارة إلى ذلك بعطف تفسيري (أبو السعود المصري، الطحطاوي) وقد ذكر هذا الشرط في المجلة في عبارة (في حجره وترتيبه).

والحكم واحد في المربي سواء أكان من ذوي قرى الطفل كالأخ والأم والخال أم كان أجنبياً كالملتقط.

وعليه لو وهب أحد أقرباء الصغير أو أجنبي لم يكن في حجره وترتيبه للصغير وترتيبه للصغير مآلاً له في يده أو وديعة عند غيره لذلك الصغير فلا يملك الصغير ذلك المال بمجرد الإيجاب ويلزم القبول والقبض على ما سيأتي في المادة الآتية.

الشرط الثاني: يجب ألا يكون ولي للصغير أو وصي. لأن عدم وجود ولاية هؤلاء المربين على التصرف في مال الصغير ووجود من له الولاية على التصرف في مال الصغير مانعان لثبوت حق القبض هؤلاء. إن ولاية القبض هؤلاء تثبت إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء أكان الصبي في عيال القابض أم لم يكن وسواء أكان ذا رحم محرم منه أم أجنبياً (الفتح) وإن قال الطحطاوي الاختلاف المبين الظاهر في شرح المادة (٨٥٢) يجري هنا أيضاً فلم أر غيره من قال بهذا.

وعليه لو وهب من كان الصغير في حجره وترتيبه مآلاً في يده وأبوه حي لزم قبول الأب وقبضه. حتى أنه لو وهب أحد لحفيده أي ابن ابنه الذي في حجره وترتيبه شيئاً لكن لم يسلمه إياه وأبوه موجود فلا حكم لتلك الهبة (النتيجة، والملتقى، مجمع الأنهر، العناية). والمقصد من عدم وجود الولي وفاته أو كان مفقود بغيبته غيبة متقطعة أي أن يكون مفقوداً (الكتب السابقة).

٤ - سواء أكان في يده أو وديعة عند غيره، هذا التعبير ليس احترازياً من وجه. لأن الحكم في المستعار أيضاً على هذا المنوال كما لو وهب أحد شيئاً لإعارة لآخر. فالحكم فيه كالحكم في الوديعة. فلو وهب المعير للطفل الذي في حجره وترتيبه مآلاً قد أعاره لأحد ملكه الطفل المذكور بمجرد الإيجاب ولا حاجة لتجديد القبض. لأن الإعارة ليست عقداً لازماً (البيزاية). والحاصل تتم هبة ثلاثة أنواع من الأموال بمجرد الإيجاب. أولها: ما كان في يد الواهب. ثانيها: ما كان عند مستودع الواهب. ثالثها: ما كان عند مستعير الواهب.

واحترازي من وجه آخر. ويمتدز بالتعبير المذكور عن ستة أنواع من الأموال:

أولها: المال الذي في المشتري شراء ببيع فاسد. يعني لو باع أحد مآلاً له من آخر بيعاً فاسداً

وسلمه اياه ثم أن البائع وهب ذلك المال وهو في يده إلى طفله لا تصح الهبة (مجمع الأنهر). يعني له وهبه بعد الفسخ والمشاركة. وإلا فكيف يهب مال المشتري. وقد ذكر نظير ذلك في شرح المادة (٨٤٦). ثانيها: كذلك لا تتم الهبة بمجرد الإيجاب إذا وهب البائع نصف ماله الذي باعه وسلمه للمشتري وشرط فيه خيار الشرط للمشتري.

ثالثها: المال الذي في يد الغاصب مثلاً لو غضب أحد دابة آخر ووهب المغصوب منه تلك الدابة لطفله وهي في يد الغاصب فلا تتم الهبة بمجرد العقد. لأن الدابة المذكورة مضمونة على الغاصب والضمان بما أنه يكون بتفويت اليد فقط فتلك الدابة كما أنها ليست في يده حقيقة فليست في يده حكماً (مجمع الأنهر).

رابعها: المال الذي في يد المرتهن. لو رهن أحد ماله عند آخر في مقابل ما له عليه من الدين وسلمه اياه ووهب طفله ذلك المال وهو في يد المرتهن فلا تتم الهبة. حتى أنه لو فك المال بعد ذلك فلا يملك الطفل المذكور المال المذكور بتلك الهبة.

خامسها: المال الذي في يد المستأجر وهو لو أجر أحد داره وسلمه اياها ووهب تلك الدار قبل تمام مدة الإجارة وهي في يد المستأجر لطفله وتوفي كان لورثته أن يدخلوا الدار المذكورة في ميراثه. أما لو وهبه اياها بعد انقضاء مدة الإجارة فتكون حينئذ الهبة تامة (رد المحتار). كذلك لو أجر أحد مزرعته لآخر ووهبها لطفله وهي مشغولة بزراع المستأجر فلا تصح (الهندية).

سادسها: التهب يعني المال الذي في يد الموهوب له، لو وهب أحد ماله لطفله بعد أن وهبه لأجنبي بلا عوض وسلمه اياه فلا تتم الهبة. حتى إنه لو استرد المال الموهوب من الموهوب له بالفسخ الأول فلا يملك الطفل أيضاً (مجمع الأنهر، علي أفندي).

والسبب في عدم تمام الهبة في هذه الأنواع الستة هو: -

أنه لما كان قبض المشتري مع قبض الآخرين لأنفسهم فلا يوجد فيهم القبض الذي تتم فيه الهبة. (أبو السعود المصري، الدر المنتقى، الهندية). وإن يكن المستعار قد قبض لمنفعة المستعير إلا أنه يوجد فرق بينهما في صورة أخرى. فالإجارة عقد لازم أما عقد العارية فهو غير لازم.

٥ - ماله. يلزم أن يكون هذا المال حائزاً على شرطين. أولهما: يجب أن يكون معلوماً. فإذا كان مجهولاً فلا تصح الهبة. أنظر المادة (٨٥٨). لأن تملك المجهول غير صحيح أنظر المادتين (٢١٣، ٤٤٩) مثلاً لو قال وهبتك شيئاً من مالي فلا تصح الهبة «أبو السعود وتكملة رد المحتار».

ثانيهما: يشترط أن يكون هذا المال نافعاً للصغير كما سيوضح ذلك في شرح المادة الآتية.

٦ - الهبة، الصدقة في الأحكام المذكورة كالهبة. فلو تصدق أحد بماله المودع عند آخر على طفل أو تصدق الأب بمنزله الساكن فيه على طفله جازت «البرازية والهندية». كذلك لو تصدق الأب بارضه المملوكة والمشغولة بزراعته على طفله جازت أيضاً أما إذا لم يكن الزرع له وكان للمستأجر فلا تصح

«الهندية في الباب السادس» ويجوز الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد ثمة مانع (البزازية والهندية).

٧ - بمجرد الإيجاب، وفي هذا حكمان: الحكم الأول، عدم لزوم القبول. لأن الأصل في هذا الباب هو أن كل عقد يتولى طرفاه شخص واحد أي يتولى فيه طرف الإيجاب والقبول معاً يكفي في ذلك العقد الإيجاب فقط (رد المحتار) هذا إذا كان عاقد العقد يوجب العقد أصالة عن نفسه بأن يستعمل تعبيراً يدل على الإيجاب بالأصالة لذلك.

وعليه لو وهب الأب لطفله شيئاً في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله وهبت ولا حاجة إلى القبول لتتمام الهبة سواء أكان الطفل المذكور في عيال الأب أم لم يكن. لأن هذا المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير.

إذ أنه يشترط في الهبة قبض أبي الصغير لولايته عليه (الزيلعي، مجمع الأنهر، الدر المنتقى).

مثلاً لو قال الأب ان دكاني الفلانية المملوكة هي لابني الصغير كان ذلك هبة فإذا كانت الدكان المذكورة في يد الأب تمت الهبة. كذلك لو وهب أحد منزله الذي في ديار أخرى لولده الصغير وأشهد الحاضرين في المجلس على ذلك تمت الهبة المذكورة (الفنية وفتاوى يحيى أفندي).

وعليه لو استصنع أحد لولده الصغير أثواباً فليس له بعد ذلك أن يهبها لآخر. ما لم يكن قد بين وقت صنعها واستعمالها عارية (البزازية). لأن المعتبر في هذا الباب العرف والعرف في ذلك قصد الصلّة والإحسان، ومع ذلك فيما أنه لما كان يحتمل أن تكون عارية فلو بين وقت صنعها أنها عارية كانت عارية وإلا كانت هبة (أنظر المادة ٣٦) وشرحها (الولوالجية).

وكذلك لو قال أحد أخذت هذا المال لولدي الصغير فكما أن الصغير يملكه فلو أخذ له دستاً من الثياب وفصلها له تمت الهبة (انقروي) ولا يمنع تمام الهبة الذي يقع على هذه الصورة كون الموهوب مشغولاً أو مشاعاً.

فلو وهب أحد داره التي يسكنها لطفله أو التي وضع فيها أمتعه أو التي يسكنها آخر بلا أجره أي بطريق العارية أو أرضه المزروعة إعارة أو حصته الشائعة في الملك القابل للقسمة أو بستانه الذي في أرض أميري أو كرومه ملك الطفل ذلك بمجرد إيجابه. لأن البستان والأرض لما كانا في قبض الأب فهما في حكم قبض الطفل. ولا يمنع من الهبة وجود أمتعة الطفل في الدار بل يقررهما (أبو السعود العمادي علي أفندي، الزيلعي، الهندية في الباب الثالث).

رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها جاز وعليه الفتوى (الهندية باختصار).

الحكم الثاني - إذا كان الموهوب في يد الواهب أو وديعة في يد آخر فلا حاجة في ذلك إلى تجديد القبض لأنه إذا وهب شيء لطفل تتم الهبة بقبض هؤلاء إياه على ما هو مذكور في المادة (٨٤٢) وبما أنه يكفي كون الموهوب في يد الموهوب له بمقتضى المادة (٨٤٦) ولا يلزم تجديد القبض فلا لزوم لقبض آخر «الهداية، مجمع الأنهر، الأنقروي». لأن قبض الإنسان ماله بما أنه قبض وبما أن القبض في الهبة

قبض أمانة أيضاً فيقوم أحدهما مقام الآخر كما هو مذكور في شرح المادة «٨٤٦» «النهاية». وعليه فكون الحكم المذكور يجري في المال الموجود في يد الواهب ظاهر. أما المال الذي في يد المستودع قيد المستودع كيد المالك لكن يد المستعير ليست كيد المعير كما سبق إيضاحه في شرح المادة «٧٨٧». وبناءً عليه يرد سؤال وهو ألا يجب أن تكون هبة المستعار غير جائزة ويجب على ذلك بأنه تجوز الهبة في ذلك حيث أن عقد العارية غير لازم كما ذكر آنفاً ويجب على من يهب مالاً لطفله الذي في حجره وتربيته أن يعلم ويشهد على ذلك ووجود الاعلام لازم لكونه بمنزلة القبض أما الإشهاد فهو ليس بشرط في صحة الهبة وتصح الهبة بدونه إلا أنه يقتضي الإشهاد منعاً لإنكار الواهب أو إنكار ورثته بعد موته (رد المحتار والبرازية).

### ﴿المادة ٨٥٢﴾ - إذا وهب أحد شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض وليه أو مربيه).

إذا وهب أحد شيئاً لطفل أي إذا وهب شخص غير ولي أو وصي أو مربي الصغير أي الذي يتربى الصغير في حجره للصغير المميز أو غير المميز مالاً فتمت الهبة في ذلك بقبض الولي أو مربي الصغير الذي يتربى الصغير في حجره لأن الولي الصغير إجراء العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة في حق الصغير ولما كانت الهبة للصغير من العقود التي فيها نفع محض له فللولي إجراء ذلك بطريق الأولى (الهداية).

إيضاح القيود:

١ - لطفل: هذا التعبير كما أنه عام وشامل للصغير والصغيرة فالحكم في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة على هذا المنوال أيضاً.

٢ - شيئاً: يجب أن يكون هذا الشيء نافعاً للصغير. حتى انه لو وهبه حماراً أعمى فلا تصح الهبة لأن هذا الحمار فضلاً عن أنه غير نافع فإنه يحتاج إلى الإنفاق عليه وهذا مما يضر الصغير. (أنظر المادة ٥٨)

٣ - وهب: فالصدقة والهبة كالهبة أيضاً. وعليه إذا وهب للصغير وكان المال غير مأكول كالدرهم والدنانير فليس لأبوي الصغير أن يستهلكاه في أمورهما. ما لم يكونا فقيرين محتاجين. (أنظر شرح المادة ٧٩٩) وإذا كان مالاً مأكولاً كالعنب فلا يوبه عند بعض الفقهاء أكله لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية. أما عند بعضهم فليس لهما أكله (أبو السعود) قاله أكثر أئمة بخارى (الطحطاوي). ويجب في هذه الحال أن يباع ويصرف ثمنه في مرافق الصغير.

٤ - القبض: ويشار به إلى كون المال لم يكن في قبض الولي أصلاً أما إذا كان المال في الأصل في قبض الولي ينظر فإذا كان المال المذكور عيناً تتم بمجرد القبول (أنظر المادة الآتية). أما إذا لم يكن عيناً بل كان ديناً تابتاً في ذمة الولي فقد اختلف الفقهاء فيه. لا يلزم القبض على قول المختار.

يعني يلزم قبض الدين الذي في ذمة الولي باسم الصغير. ولا يلزم القبض على قول آخر (منقاري زادة ورد المحتار).

مثلاً: لو وهبت امرأة مهرها الذي في ذمة زوجها لابنها منه وسلطت زوجها على قبضه فلا تتم الهبة بمجرد القبول على القول المختار أما لو أفرز الزوج المهر المذكور بعد القبول وقبضه للصغير تتم الهبة حينئذ. وفي القنية تتم الهبة بالقبول بعد الإيجاب ولو لم يقبضه بعد الإفراز على ذلك الوجه ولا حاجة للتسليط على القبض كما لا حاجة للإفراز والقبض (الحموي في شرح الأشباه). وصارت الهبة تامة بقبض الولي. لأن حق التصرف في مال الطفل للولي على وجه المادة (٩٧٤) وقبض الهبة أيضاً من باب حق التصرف في مال الصغير. وتتم الهبة سواء أكان الطفل في حجر وليه وتربيته أم لم يكن (الزيلعي).

والولي المقصود هنا تسعة أشخاص وهم (١) الأب (٢) وصي الأب (٣) وصي وصي الأب (٤) الجد أي أبو الأب (٥) وصي الجد (٦) وصي وصي الجد (٧) القاضي (٨) وصي القاضي (٩) وصي وصي القاضي (تكملة رد المختار) وولاية هؤلاء على هذا الترتيب أيضاً. فمتى كان وصي الأب موجوداً مثلاً فلا ولاية للجد. وعليه إذا توفي أحد وترك وصيه وأباه فالوصي المذكور أولى في الولاية على الصغير من أبيه (تكملة رد المختار قبيل الوكالة بالخصومة).

مثلاً لو وهب أجنبي لصغير مالا وأبو الصغير موجود وقبض جد الصغير أي أبو أبيه، الهبة فلا تتم الهبة. إذا لم يكن الصغير المذكور في عيال هذا الجد. لأن تصرف الأولياء المؤخرين عن الأب كان للضرورة ولا ضرورة لذلك مع وجود الأب (الهندية، البحر القاعدية، تكملة رد المختار). أنظر المادة (٢٣).

والمقصود من (موجود) هو الحضور. بناءً عليه إذا كان الأب غائباً غيبة متقطعة انتقلت الولاية إلى من بعده. لأن التأخير إلى أن يأتي الغائب باعث على تفويت منفعة الصغير فتنتقل الولاية إلى من بعده (تكملة رد المختار)

وتتم الهبة أيضاً بقبض المربي. لأن المربي لما كان أحق بحفظ الطفل لثبوت يده كما أن تحصيل المال اللازم للأكل والكسوة هو من ضرورات الحفظ فلذلك للمربي ولاية على الصغير في التصرفات النافعة أيضاً (تكملة رد المختار).

وإذا توفي الأولياء المحررة درجاتهم آنفاً أو غابوا غيبة متقطعة فقبض المربي كاف ولكن هل يكفي قبض المربي في حالة وجود أحد هؤلاء الأولياء اختلف الفقهاء في ذلك فقد رجح بعض الفقهاء كالنرجندي، والقهستاني، والولوالجي جهة كونه كافياً وذكر قاضيخان أن ذلك هو الصحيح والمفتي به ويعتمد على تصحيح العلامة المذكور وقد بين العلامة قاسم أنه لا يعدل عن هذا التصحيح لكون قاضيخان من الفقهاء المعتمد على أقوالهم لمزاياه العلمية (تكملة رد المختار). قال شيخ الإسلام جواهر زادة في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأب والجد والأخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عياله وإن كان الأب حاضراً الفتح وهو المختار والصحيح وبه يفتي (الطحطاوي).

وقد ذكرت المجلة المسألة أيضاً هنا بصورة مطلقة أي أنها لم تقيد صحة قبض المربي بقيد عدم حضور الولي ولما كان المطلق يجري على إطلاقه حسب المادة (٦٤) فتكون المجلة قد قبلته .

بناءً عليه لو وهب أجنبي لصغير مالا وهو في عيال جده الصحيح وقبل الجدة الهبة تتم الهبة بقبض الجد المذكور ولو كان أبو الصغير المذكور بقيد الحياة وموجوداً كذلك تتم الهبة للصغير لو وهبه أحد مالا وهو في عيال أخيه أو أمه أو الوصي عليه أو في عيال أجنبي وقبضه من كان الصغير في عياله من هؤلاء . ولو كان ولي الصغير المذكور كالأب والجد بقيد الحياة وموجوداً . كذلك تتم الهبة لو وهب أحد للبنات الصغيرة التي زوجها وليها وزفت إلى زوجها مالا وهي في عيال الزوج بقبض الزوج إياه . ولو كان الأب حاضراً لأن الأب قد أقام الزوج المذكور مقامه في حفظ الصغير وقبض الهبة أيضاً من الحفظ، ولو قبض الأب هذه الهبة أيضاً تتم . لأن الولاية للأب (الزيلي) سواء أكان ممن يجامع مثلها أم لا في الصحيح (البحر) وليس للزوج حق في قبض ديون الصغير (الطحطاوي) . كذلك لا حق للزوج قبل الزفاف في قبض الهبة .

وقد رجحت الهداية والتجريد والجوهرية والبحر والمنح وشرح المجمع جهة كفايته وقالوا بأن جواز تصرف غير الأولياء للضرورة . وإلا فإذا لم يكن تفويض من الأب فلا ضرورة لذلك مع حضور الأب (الجوهرة، تكملة رد المحتار، الدرر المنتقى) أنظر المادة (٢٢) .

٥ - قيل بقبض وليه ومربيه . لأنه إذا لم يقبض هؤلاء فلا حكم لقبض شخص آخر فعليه لو وهب شخص أجنبي مالا لطفل كان في حجر وتربية زيد وقبض شخص أجنبي آخر ذلك باسم الطفل فلا تتم الهبة .

﴿المادة ٨٥٣﴾ - إذا وهب شيء للصبى المميز تتم الهبة بقبضه إياه وإن كان له ولي .

لو وهب شيء نافع أي مال للصبى المميز أو للصبية المميّزة تتم الهبة استحساناً بقبوله إياها وقبضه ولو كان له ولي كالأب أو مرب لأن في القبض المذكور نفعاً محضاً للصغير والصغير أهل مباشرة الشيء الذي فيه نفع محض له كما هو مبين في المادة (٩٦١) (الهداية والكفاية) . ووجه الاستحسان هو:

إن عدم اعتبار عقل المميز لعدم نظره بعواقب الأمور الظاهرة أنظرة تامة بسبب عدم اعتدال عقله فعليه كما أنه يرد التصرف المضر (كهبة الصغير لآخر) لمنفعة الصغير كذلك ترد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع من أجل منفعة الصغير أيضاً حتى لذلك لو أن ولي الصغير إذا رأى نفعاً في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر فله إجازته .

وكل تصرف فيه نفع محض للصغير فالنظر والفائدة للصغير في نفاذه إذ أن لا حكمة من رد تلك التصرفات التي فيها نفع محض للصغير (الزيلي) .

قد عرف الصغير المميز في المادة (٩٤٣) إلا أن الزيلي فسر المميز في هذا البحث بالشخص الذي يدرك ويعقل التحصيل والجمع .

سؤال: عقل الصبي إما معتبر أو ليس معتبراً. فإذا لم يكن معتبراً يلزم ألا تتم الهبة بقبضه. وإذا كان معتبراً فيقتضي ألا يعتبر قبض خلفه أي وليه ما دام فيه أهلية؟

جواب: إن عقله معتبر في النفع المحض وإذا اعتبر فعله مع خلفه فيكون قد فتح باب لتحصيل المنفعة للصغير وبما أن في هذا توفيراً للمنفعة فهو جائز (العيني).

إيضاح القيود:

١ - المميز: هذا التعبير ليس احترازياً من وجه إذ الحكم في الميزة أيضاً على هذا المنوال. لكن قد اكتفى الفقهاء في مثل هذه المسائل المشتركة بين الرجل والمرأة بذكر الرجل واحترازي من وجه آخر فيحترز فيه عن الصبي غير المميز فعليه لو وهب شيء للصبي غير المميز فلا تتم الهبة بقبضه (الحموي) وإنما يجب أن يقبضه وليه أو مربيه كما هو مبين في المادة الأنفة.

٢ - نافع: هذا القيد احترازي فعليه إذا كان الموهوب للصغير الغير المميز غير نافع كأن كان تراباً في بيت الواهب مما إذا بيع في محله لا يساوي شيئاً وإذا نقل إلى محل آخر يحتاج لمؤونة تزيد على فائدته مما توجب ضرر الصغير فالهبة لا تكون صحيحة ويرد الموهوب للواهب ويترك له (الحموي).

كذلك لو وهب للصغير المميز شيء يحتاج للإنفاق ولا نفع له كأن يوهب للصغير حمار أعمى فلا يصح قبول الهبة وترد إلى الواهب (أبو السعود، الشرنبلالي).

٣ - الهبة: والحكم في الهبة والهدية والصدقة على هذا المنوال أيضاً. لكن يحترز بهذا التعبير عن أداء الدين فعليه وإن لم يبرأ المديون للصغير المميز في أدائه الدين للصغير إلا أن أداء الدين للصغير لا يقاس على الهبة (الحموي) أنظر المادة (٨٩٦).

٤ - ولو كان له ولي: يشار بهذا التعبير أي بعبارة الولي أنه لو وهب أحد شيئاً للصغير المميز تتم الهبة بقبضه كما تتم أيضاً بقبض وليه أو مربيه وعليه فلتحصيل النفع للصبي المميز طريقان وتكون بذلك قد توفرت المنفعة العائدة للصغير (الزيلعي).

٥ - بقبوله إياه وقبضه: فكما أن للصغير المميز أن يقبل ما يوهب إليه من المال فإذا رده الصغير المذكور رد أيضاً. لأن هذا الرد بما أنه لا يؤدي إلى إبطال حق ثابت للصغير كان له رده ان يملك الرد (الحموي في الهبة).

سؤال: بما أنه قد ثبت للصغير حق القبول عند إيجاب الهبة ألا يكون رده قد أدى إلى إبطال هذا الحق الثابت له؟

الجواب: إن حق القبول ليس حقاً مالياً وهو عبارة عن الحقوق المجردة.

أما إذا وهب للصغير المميز مال ورد وليه هذه الهبة فالظاهر أن هذا الرد غير صحيح. وليس عدم صحة الرد بمعنى تمام الهبة. لأن الهبة لا تتم بدون القبول. وإنما معناه: لو رد الولي المذكور الهبة وقبل بعد ذلك الصغير المميز الهبة في مجلس الهبة كان صحيحاً (رد المحتار والطحطاوي بزيادة). فعليه لما كان يجوز

الرجوع عن الهبة للصغير حسب ما هو المذكور في هذه المادة فيجب على الحاكم بيع المال الموهوب لإسقاط حق الرجوع . وانظر ما حكمه وإن نظرنا إلى ما عللنا به كان واجباً أن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه في حكم القاضي (الطحطاوي) لأن في بيع الهبة فائدة للصغير أما إذا لم يسقط فلا يعطى للبائع عوض من مال الصغير بحق رجوعه كما سيوضح في شرح المادة (٨٥٥) الأنقروي .

﴿المادة ٨٥٤﴾ - (الهبة المضافة ليست بصحيحة مثلاً لو قال وهبتك الشيء الفلاني اعتباراً من رأس الشهر الآتي لا تصح الهبة).

الهبة المضافة ليست بصحيحة أي إذا وهب أحد شيئاً اعتباراً من وقت سيأتي غير صحيحة . لأنه كما صار أيضاً في شرح المادة (٨٢) لا تصح على الإطلاق إضافة التملك وتعليقها بشرط .

مثلاً: لو قال وهبتك الشيء الفلاني اعتباراً من رأس الشهر الآتي أو اعتباراً من غد وقال الموهوب له قبلت أيضاً لا تصح الهبة . وكذلك الرقبى ليست صحيحة لأنها هبة مضافة أيضاً (الطحطاوي ، الدرر).

الرقبى ، هي تملك أحد ماله لآخر بعد وفاته ويكون ذلك تمليك مضافاً إلى ما بعد موت ذلك الشخص والرقبى ، بمعنى الإنتظار مأخوذة من الارتقاب لأن الموهوب له ينتظر ويرتقب وفاة الواهب (الزيلعي) . يعني كأن يقول أحد لآخر إذا توفيت قبلك فليكن هذا المال لك وإذا توفيت قبلي فليبق لي . كأن ينتظر كل منهما موت الآخر . ولا يملك الموهوب له المال الموهوب عند الطرفين وقد أفتى بذلك علي أفندي أيضاً أو معناها رقة داري لك وذلك جائز ولكن لما احتمل الأمرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية (مجمع الأنهر ملخصاً) .

لكن قد قال أبو يوسف بصحة ذلك (الخانية) .

ويوجد احتمالان في معنى الصحة هذه عند أبي يوسف (١) كون هذه المقابلة صحيحة تماماً . ففي هذا الحال إذا توفي أيها يلزم أن يبقى المال للآخر . (٢) كون الهبة صحيحة والشرط باطلاً . يعني إذا كانت هبة الواهب صحيحة وتوفي الموهوب له قبلاً فلا يعود الموهوب للواهب . والظاهر أن هذا المعنى الثاني هو المقصود . (الشارح) لكن عند الطرفين الموهوب عارية في يد الموهوب له فللدافع ولورثته بعد وفاته استرداد المال المدفوع (الهداية ، عبد الحلیم) وهذا القول يحتمل العارية والهبة معاً ولما كانت الهبة أعلى من العارية ولا تثبت الطرف الأعلى بالشك فيحمل القول على العارية التي هي أدنى (مجمع الأنهر) قوله في هذه المادة (مضافة) ليس احترازاً من المعلقة . لأن الهبة المعلقة على شرط محتمل وجوده أو عدم وجوده غير صحيحة سواء أكان المال الموهوب عيناً أو ديناً فإن قال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غداً فهو جائز (الهندية في الباب الثامن) .

مثال للعين : لو قال وهبتك هذا المال إذا دخل الشخص الفلاني هذه الدار أو عاد فلان من سفره فلا تصح الهبة (عزمي زاده).

مثال للدين : لو قال شخص لآخر إذا جاء غد فلنكن لك الألف قرش التي لي عليك ديناً أو أنت بريء منها أو إذا أعطيت نصف الدين فأنت بريء من النصف الآخر أو فليكن لك النصف الآخر تكون باطلة (الهندية في الباب الثامن).

كذلك لو قالت الزوجة لزوجها إذا توفيت في هذا المرض فأنت في حل من مهري كان ذلك باطلاً كما أنه لو قالت الزوجة المريضة لزوجها إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل منه أو فهو لك صدقة مني كان هذا القول باطلاً وبقي المهر كالأول. (الهندية في الباب الثامن). إلا أنه لو قال الدائن لمديونه إذا أنا مت فأنت بريء من الدين أو فأنت في حل الدين صح وحمل على الوصية كما أن التعليق على شرط كائن تنجيز كأن يقول الدائن لمديونه إذا كان لي عليك دين فأنت بريء منه يكون ذلك صحيحاً ويتم الإبراء (رد المحتار في مسائل شتى).

وتعبير الهبة المضافة احتراز عن العمرى لأن العمرى صحيحة وليست هبة مضافة.

العمرى : هي أن يقول أحد لآخر «أعطيتك هذه الدار ما دمت حياً على أن ترد لي بعد وفاتك» أو (أعطيتك هذه الدار ما دمت حياً على أن ترد لورثتي بعد وفاتي) فالتمليك الواقع على الوجه الأنف الذكر جائز ولو توفي الموهوب له فلا يرد المال الموهوب للواهب أو لورثته ويصبح إرثاً لورثة الموهوب له (الدرر). لأن العمرى بشرط الاسترداد بعد وفاة المعمر له بما أنها تمليك في الحال كان التمليك صحيحاً والشرط باطلاً. لأن الهبة من العقود التي لا تبطل بالشرط الفاسدة. والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن أنظر شرح المادة (٨٣) (الزليعي، أبو السعود المصري، الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو توفي الواهب كان المال الموهوب للموهوب له وليس لورثة الواهب (الدرر). وكما تكون العمرى في العقار تكون أيضاً في المنقولات والحيوانات أيضاً (عبد الحلیم).

﴿المادة ٨٥٥﴾ - (تصح الهبة بشرط عوض ويعتبر الشرط مثلاً لو وهب أحد لآخر شيئاً بشرط أن يعطيه كذا عوضاً أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة كذلك لو وهب أحد وسلم عقاراً مملوكاً له لآخر بشرط أن يقوم بنفقته حتى الممات وكان الموهوب له راضياً بانفاقه حسب ذلك الشرط فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن هبته واسترداد ذلك العقار).

إن الهبة والصدقة اللتين بشرط العوض صحيحتان والشرط معتبر لأنه يجب مراعاة الشروط بقدر الإمكان بمقتضى المادة (٨٣). والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرطه (الهندية في الباب السابع).

﴿١١﴾ - عوض : يفهم من ذكر العوض هنا مطلقاً أنه لا فرق بين أن يكون العوض حقيقياً كما في مثالي المجلة الآتية الذكر أو حكماً كالسكنى معاً وعدم التطبيق وترك الظلم وسيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة .

«٢»- بشرط: والمقصود من هذا الشرط الشرط التقييدي أنظر شرح المادة «٨٢» وتفصيل ذلك هو: إذا ذكر في الهبة شرط فالشرط إما أن يكون تعليقاً وهذا يكون بأداة الشرط (كان أو إذا) وهذه الهبة باطلة سواء والموهوب سواء أكان عيناً كما لو وهب أحد شيئاً لآخر بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته أو بشرط أن يعوله ويلاحظه إلى وفاته أو لو وهبت الزوجة لزوجها عقاراً بشرط أن يحسن معاشرتها إلى وفاتها تكون الهبة باطلة «الأنقروي النتيجة» أو كان الموهوب ديناً لو كما قالت الزوجة المريضة لزوجها إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل من مهري الذي في ذمتك فلا تكون الهبة صحيحة «النتيجة» لأن تعليق التمليكات بالشرط باطل كما هو مذكور في شرح المادة «٨٢» متى لو أعطى للواهب العوض المشروط في هذه الهبة وسلم له فلا تنقلب الهبة إلى الصحة «الفيضية» أنظر المادة «٥٢». والشرط المذكور إما أن يكون تقييداً ويذكر مع كلمة «على» أو كلمة «أو» كقولك وهبتك هذا المال على أن تعوضني هذا الثوب «الدرر» وهذا الشرط لا يخل بالهبة. إلا أنه باعتبار الشرط توجد التفصيلات الآتية.

الهبة مع الشرط التقييدي قسمان: -

القسم الأول: كون الشرط المذكور ملائماً وهذه الهبة والشرط صحيحان. والمبين في المجلة هو هذا. وقد ذكرت أمثلته فيها.

القسم الثاني: كون الشرط المذكور مخالفاً يعني غير ملائم وعلى هذا التقدير فالهبة صحيحة ولكن الشرط باطل ولا تفسد الهبة بالشرط الفاسد كما يفسد البيع به لأن الشرط الفاسد بمعنى الربا والربا يجري في المعاوضات ولا يجري في الهبة التي هي من التبرعات. ولأنه صلى الله عليه تعالى وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها بعد موت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له «العناية» فلذلك لو وهب أحد مالاً لآخر وسلمه إياه على شرط أن لا يوهب الشخص المذكور ذلك المال لآخر ويسلمه أو أن لا يبيعه فالهبة صحيحة والشرط باطل «التنقيح، الهندية».

كذلك لو وهب أحد كرومه التي في أرض مملوكة لحفيده على أن يكون محصوها له إلى أن يموت أو وهبه داره على أن يبقى ساكناً فيها إلى أن يموت وسلمها له كانت الهبة صحيحة والشرط باطل «علي أفندي».

كذلك لو وهب الواهب هبة بشرط الرجوع فيها فالهبة صحيحة والشرط باطل كذلك لو وهب أحد ماله لآخر أو تصدق عليه به وسلمه إياه وشرط عليه أن يرجع له مقداراً من الموهوب المذكور كالثلث والربع فالهبة والصدقة صحيحتان والشرط باطل ولا يجبر الشخص المذكور على رد شيء من المال المذكور أو إعطاء بدل عوض له.

كذلك لو وهب أحد داراً لآخر وسلمه إياها على شرط إعطاء جزء معين أو غير معين منها للواهب كانت الهبة صحيحة والشرط باطل «الهندية».

أمثلة على العوض الحقيقي:

١ - مثلاً لو وهب أحد لآخر شيئاً بشرط أن يعطيه كذا عوضاً معلوماً أو يؤدي دينه المعلوم المقدار

تلزم الهبة أي يمتنع الرجوع عن الهبة حسبها هومبين في المادة (٨٦٨) إذا راعى الموهوب له الشرط أي إذا أعطى العوض المذكور أو أدى ذلك الدين . سواء أكان الموهوب له أجنبياً أم كان من الأقارب المذكورين في المادة (٨٦٦) . لكن لزوم هذه الهبة يكون بتقايض العوضين وليس كالبيع بمجرد الإيجاب والقبول والتعهد بالعوض . أنظر المادة (٨٦٨) . يعني يهب الواهب ماله بشرط العوض ويسلمه وبعد أن يقبض الموهوب له ذلك المال أيضاً يعطى العوض للواهب ويسلمه اياه ويقبضه الآخر ويستلمه فتكون الهبة لازمة من الجهتين وليس للواهب استرداد الموهوب كما أنه ليس للموهوب له استرداد العوض . أما بدون التقايض فلا تلزم الهبة . فعليه لو اتفق الواهب والموهوب له على ذلك أي على العوض لكن . لم يسلم الموهوب له العوض للواهب فلا تلزم الهبة ولو كان الموهوب له حاضراً ومهيئاً لتسليم العوض . وللواهب عدم قبول العوض والرجوع عن هبته فللموهوب له الرجوع عن العوض أيضاً ولو كان الواهب راضياً بتسليم المال الموهوب . كذلك لو وهب أحد بعض أشياء لوالدته على أن تعطيه عوضاً كهذا وسلمها اياها ولم تعطه والدته العوض المذكور فله الرجوع عن هبته (علي أفندي) .

وعليه إذا لم يراع الموهوب له الشرط فيما أن للواهب حق الرجوع عن الهبة فإذا استهلك الموهوب له المال الموهوب يؤمر الموهوب له بأعطاء العوض المشروط . فإذا أعطاه فيها . وإذا لم يعطه اياه ضمن الموهوب له بدل الموهوب الذي استهلكه . ولا يقال في ذلك أنه لم يبق للواهب حق للرجوع باستهلاك الموهوب له للموهوب (علي أفندي ، الهندية) .

والحاصل - انه إذا كان العوض في الهبة بشرط العوض معلوماً ومذكوراً بكلمة «على» فهي هبة ابتداءً بحسب اللفظ وبيع انتهاءً بحسب المعنى . لأنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب أعمالهما لأن أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما «العناية» .

كأهية في مرض الموت . فهذه الهبة بما أنها تعتبر ابتداء هبة ويلزم فيها القبض والشيوخ يكون مانعاً لتمامها وبما أنها تعتبر إنتهاء وصية فقد اعتبرت من الثلث بعد الدين «أنظر شرح المادة ٨٧٧» .

أما إذا ذكر العوض مع حرف الباء مثلاً لو قال وهبتك هذا الثوب بمالك هذا وقيل الآخر ذلك فلا يكون العقد المذكور هبة فهو بيع ابتداء وانتهاء «الدرر» أنظر المادة «٣» .

تنفرد المسائل الخمس الآتية على كون الهبة بشرط العوض هبة ابتداء :

أولاً - التقايض شرط في العوضين . يعني يلزم القبض في مجلس الهبة مطلقاً وفي غير مجلس الهبة بإذن صريح ولما كان الملك لا يثبت قبل القبض فيمكن للطرفين الامتناع عن التسليم «الطحطاوي» كما قد صار تفصيله في شرح المادة «٨٣٧» .

ثانياً - الهبة بشرط العوض في المال القابل القسمة ليست صحيحة بالشيوخ . وعليه لو وهب قسم من مال شائع قابل القسمة هبة بشرط العوض كانت باطلة «أبو السعود» . يعني إذا وهب نصف مال قابل

القسمة هبة بشرط العوض وسلمه شائعاً فكما أن الهبة لا تتم فلو أعطى نصف مال قابل القسمة عوضاً لا تتم الهبة أيضاً «رد المحتار عبد الحلیم» .

ثالثاً - لو وهب أبو الصغير مال ولده بشرط العوض فليس بجائز عند الإمام الأعظم وأبي يوسف . سواء أشرط إعطاء هذا العوض مالم أو شرط إعطاؤه بعد مدة . ولو كان العوض المذكور أكثر من المال الموهوب لأن هذه الهبة تبرع ابتداء وليس للأب التبرع بمال ابنه الصغير (الزيلي، الطحطاوي) (أنظر المادة ٥٨) .

رابعاً - خيار الغبن والتغريد لا تفسخ الهبة بخيار الغبن والتغريد وقلة العوض (رد المحتار) .

خامساً - إذا اختلف في مقدار العوض فلا يجري التحالف . كما سيبين في المبحث الأول من اللاحقة الآتية .

وتفرع المسألان الآتيتان عن كونها بيعاً انتهاءً : -

أولاً - يصح العقد بعد التقابض ويكون في حكم البيع . بناءً عليه يمكن رد العوض والمعوض بخيار العيب وخيار الرؤية (الطحطاوي) .

ثانياً - إذا كان عقاراً فيؤخذ العوض والمعوض بالشفعة . (أنظر المادة ١٠٢٢) .

أما إذا كان العوض غير معلوم أي مجهولاً فيكون هبة ابتداء وانتهاء (أبو السعود، رد المحتار) لأن شرط العوض المجهول باطل ولا تفسد الهبة . بالشرط الفاسد (الدرر، عبد الحلیم، الفتح) .

وقد قال محشي الدرر عزمي زاده إن بيان الدرر هذا وإن كان موافقاً لما في الخانية إلا أنه مخالف لقول الحلواني تجوز الهبة بشرط العوض غير المعين لأن الهبة تقتضي العوض المجهول . والقول في العوض للمعوض أي الموهوب له انتهى . والعوض مجهول في المثال الآتي أيضاً . لأنه كما لا يعلم وقت موته فلا يعلم أيضاً صورة إطعامه وما سيطعمه ويكسى .

٢ - وهو لو وهب أحد عقاره المملوك أو ماله المنقول لآخر بشرط أن يعوله إلى أن يموت وسلمه إياه وبعد أن عال الموهوب له الواهب مدة بحسب الشرط وكان راضياً بإعادته بعد ذلك فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن الهبة واسترداد عقاره . ولو توفي الواهب في الهبة على هذا الوجه بعد أن عال الموهوب له مدة فليس لوارثه مداخله في الموهوب . كذلك لو عال الموهوب له الواهب على الشرط المذكور وتوفي الواهب بدون وارث فليس لأمين بيت المال المداخله في العقار المذكور (النتيجة) إلا أنه إذا لم يرض بإعاشته وامتنع عن ذلك فللواهب استرداد الموهوب فلذلك ليس للموهوب له أن يخرج المال الموهوب من ملكه بوجه من وجوه الملك كالهبة والبيع ما دام الواهب في قيد الحياة لأن الموهوب له لم يكن مالكاً تملكاً قطعياً ولم ينقطع بعد حق الواهب منه . ففي هذه الصورة ليس للشفيع في مثل هذه الهبة أن يدعي الشفعة .

أما إذا عال الموهوب له الواهب مدة على الوجه المشروط ثم بعد ذلك توفي الموهوب له والواهب حي فما الحكم في ذلك؟ ليس في الكتب الفقهية شيء صريح في هذا الشأن . لكن بما أن الموهوب

له لم يتمكن من إيفاء الواهب العوض المشروط بتمامه يعني أنه لم يعل الواهب حتى الممات ولم يبق عوله في الإمكان فعلياً لم تلزم الهبة بعد ولندكر مسألتين نظيرتين لذلك فيما يلي :-

المسألة الأولى - لو وهب أحد داره المملوكة لآخر على أن يعوضه عنها بعشرة دنانير وسلمه إياها وأعطى الموهوب له ستة دنانير فقط ولم يعط الباقي وامتنع عن إعطائه فللواهب أن يرد للموهوب له الستة الدنانير التي أعطاه إياها ويسترد داره.

كذلك إذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق كما هو في شرح المادة (٨٩٨) فللموهوب له أن يرد الباقي من العوض للواهب ويسترد الموهوب.

المسألة الثانية - لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها على ألا يطلقها إلى الوقت الفلاني وطلقها الزوج قبل ذلك الوقت بطلت الهبة. أما إذا لم يبين وقت للإمسك وعدم التطليق وطلقها بعد مدة كانت الهبة لازمة (الأنقرووي). فقبل إذا لم توفت لذلك وقتاً كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم إلا أن العبرة بإطلاق اللفظ (الهندية في الباب الثامن) وعليه يحظر على البال احتمالان فيما إذا توفي الموهوب له بعد أن عال الواهب مدة :-

١ - قياساً على المسألتين اللتين مر ذكرهما يضمن الواهب مثل نفقة المدة التي عاله فيها الموهوب له لورثته ويسترد المال الموهوب منهم. وإلا فلا يجوز أن يضبط ورثة الموهوب له أو بيت المال عند عدم الورثة ذلك العقار ويترك الواهب محروماً منه.

٢ - قول ورثة المتوفي للواهب اننا نضبط المال بالإرث ولا نرده لك وإنما نعولك كما تعهد بذلك مورثنا لكن بما أنه لم يسبق بين ورثة الموهوب له والواهب عقد أو مقاوله على العول فليس من حق دعوى وخصومة بينها.

كما لو وهب فرساً بشرط أن يعوضه الموهوب له عشرة ريبالات وسلمه إياه وأعطى الموهوب له خمسة ريبالات سلفاً واستمهله في الباقي على أن يعطيه إياها بعد ثلاثة أيام وتوفي في اليوم الثاني فليس لوارثه حق في إعطاء الخمس الريالات الباقيات وضبطه بدون رضی الواهب. بناءً عليه فهذا الإحتمال الثاني ساقط من الإعتبار والاحتمال الأول موافق للعدالة والفقهاء.

وإن يكن أنه يحق لورثته المفروغ له أن يعول الفارغ الذي أفرغ لمورثهم أراضيهم الأميرية أو مسقفاته ومستغلاته الموقوفة مجاناً بشرط عوله بدلاً عن مورثه إلا أنه لا تقاس تلك المسألة الشرعية على هذه المسألة.

جاء في المجلة إلى الممات. هذا القيد ليس احترازياً فلو قال تعولني إلى السنة الفلانية يكون صحيحاً أيضاً. وفي هذه الصورة إذا عاله لتلك السنة فيكون العوض قد أدى تماماً ولزمت الهبة. ولا يكون بعد ذلك مجبراً على عوله (الشارح).

وتلزم الهبة بشرط العوض كما صار إيضاح ذلك آنفاً بالتقابض وعلى ذلك فللواهب في المثال

المذكور حق الرجوع أي لو وهب أحد عقاره المملوك لآخر بشرط أن يعوله وسلمه إياه ولم يباشر الموهوب له بإعاشة الواهب ولو كان راضياً يعوله فله حق الرجوع أيضاً فلذلك قد جاء في الشرح علاوة على المتن قيد (بعد أن عاله مدة). والواقع أنه لو عال الموهوب له مدة فيما أنه قد قبض عوض المدة التي عاله فيها وإذا كان راضياً يعوله بعد ذلك يعني ان كان راضياً بإعطاء ما شرط إيفاؤه تدريجاً وتقسيطاً فليس للواهب الرجوع عن هبته ويوجد هذا القيد أيضاً في الفتوى التي أفتاها شيخ الإسلام علي أفندي على هذه المسألة.

جاء في المثال (وهو راض يعوله). لأنه إذ عاله مدة ثم امتنع عن ذلك فللواهب استرداد المال الموهوب عيناً إذا كان موجوداً وتضمينه بدله إذا كان مستهلكاً ولا يجبر على عوله. لأن الهبة تبرع ولا يجوز الإيجار على التبرع.

العوض الحكمي :

الهبة بشرط العوض الحكمي صحيحة أيضاً والشرط معتبر. العوض الحكمي كعدم التطلق وترك الظلم والسكنى معاً. فلو وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط أن يسافر بها للحج أو يحسن إليها أو يكسوها مرتين في السنة وهذه أي نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب هي بمنزلة شرط العوض وقد قال بعض المشايخ بأنه إذا وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط تركه ظلمها أو بشرط سكنه معها أو على أن لا يطلقها. فيكون ذلك بحكم الهبة بشرط العوض وحكموا بطلان الهبة إذا ظلم الزوج زوجته أو امتنع عن مساكنتها وإن يكن ترك الظلم والمساكنة ليسا بعوض حقيقي إلا أنه مشابه في الجملة للعوض لأن الزوجة تنتفع منها (أبو السعود المصري).

كذلك لو وهبت امرأة مهرها لزوجها كي لا يضرها ولا يظلمها ثم ظلم الزوج زوجته أو ضربها بدون حق يبقى مهرها أيضاً على حاله. وإن ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود (المهر الهندية في الباب الثامن).

وكذا لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها لشرط أن يقطع لها في السنة ثوبين وقبل الزوج ذلك وممرت سنتان ولم يقطع لها الأثواب وكان قد شرط في الهبة المذكورة الشرط المذكور بقي المهر على حاله، لأن هذه الهبة لما كانت بمنزلة الهبة بشرط العوض فإذا لم يحصل العوض فلا تصح الهبة ولا تلزم (الأنقروي).

وتدل هذه المسألة على أن جهالة العوض غير مضرة. كما نقل ذلك عزمي زاده. وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض (الخانية في فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج).

## لاحقة

## تحتوي على أربعة مباحث

## المبحث الأول

## في بعض الاختلافات بين الواهب والموهوب له

المسألة الأولى - إذا اختلف الواهب والموهوب له في مقدار العوض مع اتفاقهما على وقوع الهبة بشرط العوض يعني لو قال الواهب قد كان العوض عشرة دنانير وقال الموهوب له بل خمسة فالواهب يكون مخيراً إذا كان المال الموهوب قائماً والعوض غير مقبوض . إن شاء قبل العوض خمسة دنانير وإن شاء رجع عن الهبة وأما في حالة تلف الموهوب فللواهب تضمين الموهوب له قيمة الموهوب .

المسألة الثانية - إذا اختلف الواهب والموهوب له في أصل العوض يعني لو اختلفا فقال الواهب قد كان العوض مشروطاً وقال الموهوب له أنه لم يشترط فالقول للموهوب له المنكر . وفي هذه الحال للواهب الرجوع عن الهبة إذا كان المال الموهوب موجوداً . أما إذا كان مستهلكاً فلا يلزم الموهوب له شيء . أنظر المادة (٨٧١) .

المسألة الثالثة - إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة فقال الموهوب له إنني أخوك أو إنني أعطيتك عوضاً أو أن المال الذي أعطيته لي لم يكن هبة بل كان صدقة فليس لك الرجوع حسب أحكام المواد (٨٦٦ و ٨٦٨ و ٨٧٤) وأنكر الواهب ذلك فالقول استحساناً للواهب «أبو السعود المصري» .

المسألة الرابعة - لو وهب أحد مالاً لآخر ثم بعد ذلك أنكر الهبة وأدعى أنه أعطاه وديعة فالقول مع اليمين للواهب فإذا حلف الواهب اليمين أخذ الموهوب : وإذا تلف الموهوب في يد الموهوب له ينظر فإذا كان تلفه قبل دعوى الهبة فلا يلزم الضمان أما إذا كان بعد دعوى الهبة كان المستودع ضامناً «الهندية في الباب التاسع» .

## المبحث الثاني

## في بعض الشهادات المتعلقة بالهبة

المسألة الخامسة - إذا وهب الواهب مالاً للمستودع على الوجه المذكور في المادة «٨٤٦» ثم أنكر الهبة وشهد شاهدان على ذلك ولم يشهدا على رؤيتهما القبض صح ذلك أنظر شرح المادة «٨٤٦» كذلك

لو أنكر الواهب وجود الهبة وقت الهبة في يد المستودع وشهدت الشهود بالهبة ولم تشهد على رؤية القبض أو على إقرار الواهب بقبض الموهوب له وكان الموهوب وقت المخاصمة في يد الواهب والواهب في قيد الحياة صح أيضاً أنظر المادتين «١٠٥ و١٠٥» أما إذا توفي الواهب فالشهادة المذكورة باطلة «الهندية».

المسألة السادسة - لو ادعى أحد على آخر أنه قد وهبه المال الذي في يده وسلمه اياه ولدى إنكار الواهب ذلك شهدت الشهود على أن الواهب قد أقر بالهبة والقبض قبلت شهادتهم. أما لو وقع هذا الاختلاف بين الشاهدين كان ذلك موجباً لرد الشهادة.

مثلاً: لو شهد أحد الشهود على رؤية الهبة والتسليم والآخر شهد على أن الواهب أقر بالهبة والتسليم فلا يقبل. كما أنه تقبل شهادة الشهود على إقرار الواهب بالقبض في حالة وجود المال الموهوب حين الدعوى في يد الموهوب له «الهندية في الباب التاسع من الهبة»

## المبحث الثالث

### في حق الهبة والبراءة بخيار الشرط

المسألة السابعة - لو وهب الواهب مالاً على أن الموهوب له مخير كذا أياماً وأجاز الهبة قبل الافتراق جازت أما لو افترقا قبل الإجازة لم تجز، أما إذا وهب الواهب على أنه مخير كذا أياماً فالهبة صحيحة والشرط باطل. لأنه لما كانت الهبة عقداً غير لازم أنظر المادة (٨٦٤) فلا يصح فيها خيار الشرط كما ذكر ذلك في فصل خيار الشرط من شرح كتاب البيوع.

لكن هل يصح شرط خيار الشرط في الهبة اللازمة كالهبة لمحرم ذي رحم أو لأحد الزوجين أو الهبة بشرط العوض أو الصدقة؟

والحكم في البراءة أيضاً على هذا المنوال. فلو قال أبرأتك من حقي الفلاني على أن أكون مخيراً في ذلك كذا يوماً كانت البراءة صحيحة والخيار باطلاً (الهندية في الباب الثامن).

## المبحث الرابع

### في الاستثناء من الموهوب

المسألة العاشرة - ما تجوز هبته منفرداً يجوز استثناءه من الموهوب. لو وهب الواهب ثمر شجرة على أن يبقى له منه كذا رطلاً وأذنه بجمعها من الشجرة صح ذلك أنظر المادة (٢١٩). لكن ما لا تجوز هبته منفرداً لا يجوز استثناءه من الموهوب يعني يكون الاستثناء باطلاً وتصح الهبة فيه جميعه فلو وهب الواهب فرساً على أن يبقى للواهب حملها الذي في بطنها وسلمه اياها فتكون الفرس وقلوها للموهوب له.

لأن الاستثناء إنما يكون في المحل الذي يمكن إيراد العقد عليه فيما أن عقد الهبة لا يرد على الحمل الذي هو من قبيل الوصف مقصوداً فالإستثناء المذكور يكون من قبيل الشرط الفاسد المخالف لمقتضى العقد. والشرط الفاسد لا يبطل الهبة (العناية).

## الفصل الثاني

### في بيان شرائط الهبة

سيبين هنا شرائط صحة الهبة وشرائط نفاذها والشرائط المذكورة ثلاثة أقسام:

القسم الأول - ما يعود على نفس الركن

القسم الثاني - ما يعود على نفس الواهب

القسم الثالث - ما يعود على نفس الموهوب

ويبين كل منها على الوجه الآتي:

القسم الأول - يلزم أن لا تعلق الهبة للمال على خطر الوجود العدم وأن لا تكون مضافة إلى وقت كما بين ذلك في متن وشرح المادة (٨٥٤).

القسم الثاني - كون الواهب أهلاً للهبة يعني أن يكون الواهب حراً عاقلاً وسيذكر ذلك في المادة (٨٥٩) (الهندية).

القسم الثالث - خمسة أنواع: - النوع الأول: كون الموهوب موجوداً وسيبين ذلك في المادة (٨٥٦) الآتية.

النوع الثاني: كون المال الموهوب متقوماً. بناءً عليه لا تجوز هبة الشيء الذي ليس بمال كالأدمي الحر والجيفة.

النوع الثالث: كون الموهوب مملوكاً بناءً عليه لا يجوز تملك المباحات أنظر شرح المادة (٨٣٣)، الهندية.

النوع الرابع: كون الموهوب مقبوضاً وقد بين ذلك في المادتين (٨٣٧ و ٨٦١).

النوع الخامس، يلزم أن يكون الموهوب القابل القسمة مقسوماً وأن يكون المال الموهوب متميزاً عن غير الموهوب، وألا يكون الموهوب متصلاً أو مشغولاً بغير الموهوب كما سيفصل ذلك في اللاحقة التي في شرح المادة (٨٥٨) (الهندية).

﴿المادة ٨٥٦﴾ - (يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة بناءً عليه لا تصح

هبة عنب بستان سيدرك أو فلو فرس سيولد).

يشترط في صحة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة. لأنه لما كان الشيء المعدوم غير محل للملك وتعليكه بعقد محال فالهبة المذكورة باطلة (الزيلي). حتى انه لا تنقلب الهبة إلى الصحة بعدئذ فيما لو أذنه

قبضه عند وجوده وقبضه بعد الوجود أنظر المادة (٥٢). كذلك الحكم على هذا المنوال في البيع كما هو مذكور في المادتين (١٩٧ و ٢٠٥).

بناءً عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك أو فلو فرس أو حمل شاة سيولد في هذه السنة أو لو وهب الحمل الذي في بطن فرسه الحامل وسلطه على قبضه عند الولادة وسلمه إياه بناء على هذه الهبة بعد الولادة فلا تصح أي تبطل. لأنه في حكم المعدوم لاحتمال وجود الحمل وعدمه (أبو السعود المصري). ويفهم من الإيضاحات السالفة أن تعبير (أو فلو فرس سيولد) الوارد في متن المجلة عام في حق الفرس الحامل وقت الهبة وفي حق غيرها (مجمع الأنهر). كذلك لو أضع أحد دبوساً من ألماس فوهبه لأحد وسلطه على قبضه وأذنه بالتفتيش عنه والآخر جد في طلبه وقبضه فالهبة باطلة. لوجود الخطر وقت طلبه (أبو السعود).

كذلك لو وهب السمن الذي يستخرج من هذا اللبن أو الدقيق الذي سيعمل من هذه الخنطة أو (السيرج) الذي يستخرج من هذا السمسم وسلطه على قبضه وقت حدوثه فلا تنقلب الهبة إلى الصحة ولو سلمه بعد الحدوث بناءً على الهبة السابقة. لأن هذه معدومة وإنما توجد بالطنح والعصر. والواقع أنه وإن كان لهذه وجود بالقوة فلا يطلق عليها أنها موجودة وإن كان ما يوجد بالقوة من عامة الممكنات (العناية). وإن يكن الوصية بهم جائزة إلا أن هذا الجواز ناشئ عن صحة الوصية بالمعدوم (الزيلي) وهبة المعدوم وإن كانت باطلة كما وضع آنفاً إلا أنه إذا وجد المعدوم وجددت الهبة بعد ذلك فلا شك في صحة الهبة (الهداية).

وأما لو وهب الصوف الذي على هذه الشاة والزرع الذي في هذه الأرض والتمر الذي على هذه الشجرة والحليب الذي في ثدي هذه الشاة فيما أنها بمنزلة (هبة المشاع) فإذا قص بعد ذلك الصوف وسلم للموهوب له تتم الهبة لأن امتناع الجواز ناشئ عن الإتصال وهذا مانع للقبض الكامل كما في الشائع (الهداية) يعني لو حلب اللبن وسلم حصل القبض الكامل وكفي فصل الموهوب له إياه باذن الواهب (أبو السعود، الهداية) وإنما جاز في اللبن وإن كان في وجوده شك لأنه قد يكون ريحاً أو دماً لترجح جانب الوجود، بالتصرف فيه فإنه بانفصاله يتيقن وجوده بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقت الهبة (الطحطاوي). وإن يكن بيع نوى التمر الذي في البلح غير جائز ولا ينقلب إلى الصحة ولو أخرجت بعد ذلك وسلمت بل يلزم فيه بيع جديد ويقضي لذلك عدم جواز هبة اللبن في الثدي إلا أنه لما كانت الهبة عقد تبرع وكفي فيه وجود الموهوب بالفعل ولا يقتضي فيه تعيين الموهوب بالفعل لعكس البيع هو عقد معاوضة الذي يحتاج لانعقاده للقدرة على التسليم (سعدي جليبي).

﴿المادة ٨٥٧﴾ - (يشترط أن يكون الموهوب مال الواهب بناءً عليه لو وهب أحد مال غيره بلا إذنه لا تصح إلا أنه لو أجازها صاحب المال بعد الهبة تصح).

يشترط في نفاذ الهبة كون الموهوب مال الواهب. كما هو شرط في البيع (أنظر المادتين ٣٦٥ و ٣٧٨) وعليه فلا تصح الهبة. إذا لم يكن الموهوب مال الواهب. (أنظر المادة ٩٦).

وللموهوب ثلاثة أوجه لا يكون فيها للواهب . الوجه الأول - كأن يكون غير مال أبداً كالهيئة والدم المسفوح أو يكون مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير . بناءً عليه لو وهب أحد آخر ميتة وسلمه اياها كانت باطلة . وكما ان هبة ذلك باطلة فاعطاء العوض في هبة كهذه باطل أيضاً . كذلك المعاوضة بين المسلم وغير المسلم في الخمر ولحم الخنزير ليست جائزة سواء كان معطي الخمر عوضاً للمسلم أو غير المسلم لكن تجوز المعاوضة في الخمر والخنزير بين غير مسلمين (الهندية في الباب الحادي عشر) وعليه لو وهب غير مسلم لمسلم مالاً وأعطاه المسلم خمراً عوضاً للواهب الرجوع عن الهبة (الهندية) .

الوجه الثاني - يكون الموهوب مالاً للموهوب له وهو لو أعطى أحد نقوداً لآخر قرضاً أو أجرة في مقابل عمل ووهب ذلك الشخص النقود وهي . لا تزال في يده عيناً لمن أعطاه اياها فلا تصح الهبة . حتى إنه ليس له استرداد النقود لو رجع عن هبته هذه (القاعدية) .

الوجه الثالث - يكون مالاً للشخص الأجنبي . وما يتفرع عن ذلك هو كما يأتي . فلو وهب أحد مال غيره بلا اذنه لآخر ولو كان ذلك الغير زوج الواهب أو ابنه الصغير أو الكبير وسلمه اياه فلا يصح أي لا ينفذ (أنظر المادة ٩٦) . لأن تملك أحد مالاً يملكه محال (الهندية) .

وعليه لو وهب أحد أشياء زوجته بدون إذنها لشخص وسلمه اياها ولم تجز الزوجة المذكورة تلك الهبة فلها أن تسترد الأشياء المذكورة من الموهوب له .

كذلك لو وهب الأب مال ابنه لآخر بدون إذنه وسلمه اياه فللابن استرداده إذا لم يجز الهبة (هامش البهجة) .

وإذا تلف المال الموهوب في هاتين الهبتين في يد الموهوب له فلصاحب المال أن يضمن الواهب أو الموهوب له .

وكذا إذا حول الدائن دينه المطلوب من آخر لدائنه حوالة مقيدة وقيل أن يأخذ الشخص المذكور الدين من المدين وهب الدائن المبلغ المذكور للمدين صحت الهبة ولا تبطل الحوالة (الأنقروبي، الولولجية) (أنظر المادة ٦٩٢) .

لكن كما تصح هبة أحد مال غيره باذنه ابتداء يعني هبته مال غيره بالوكالة تصح هبة مال آخر بلا إذنه إذا أجاز صاحب المال بعد ذلك أي تنفذ . لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة كما هو مذكور في المادة (١٤٥٣) كما في البيع (أنظر المادة ٣٨٨) . لكن يشترط في وقت الإجازة كما في البيع قيام الواهب والموهوب له والمجيز والمال الموهوب .

قد استعملت المجلة في المادة (١٠٦) لفظ الصحيح مقابلاً للنافذ وفي المادة (١٠٨) قد استعملت اللفظ المذكور في معنى شامل للنافذ أيضاً وهنا قد استعملته في معنى النافذ فقط . والهبة التي تتعقد وتنفذ بتلك الإجازة تقع من طرف صاحب المال أي المجيز .

كذلك لو وهب المأمور بالهبة شيئاً من ماله فتكون هذه الهبة واقعة من طرف الأمر كما سيوضح قريباً .

فعلية إذا أعطى الموهوب له للواهب فضولاً عوضاً أو كان بين الموهوب له والواهب القرابة المانعة للرجوع الواردة في المادة (٨٦٦) فلصاحب المال الرجوع عن هذه الهبة (القنية) وبالعكس لو أعطى الموهوب له لصاحب المال عوضاً أو كان بين الموهوب له وبين صاحب المال القرابة المحررة في المادة (٨٦٦) المذكورة هنا آنفاً فليس له الرجوع (الهندية).

استثناء: -

المسألة الأولى - لا بأس في تصدق الزوجة بالشيء اليسير من دار زوجها كقطعة من الخبز (البيزانية).

المسألة الثانية - لو أمر أحد آخر قائلًا له هب لفلان من طرفي ألف قرش ووهبه الآخر فتقع من طرف ذلك الشخص أي الأمر ولما كان الأمر الذي عد واهباً غير مالك لذلك المال فليس للمأمور الرجوع على الأمر كما أنه ليس له استرداد الموهوب من الموهوب له إلا أنه يحق للأمر إذا لم يوجد ثمة مانع من الرجوع أن يرجع عن هذه الهبة ويسترد المبلغ المذكور من الشخص الموهوب له لكن لو أمره قائلًا (هب للشخص الفلاني ألف قرش على إني ضامن) ووهب الآخر المبلغ تقع أيضاً هذه الهبة من الأمر وللأمر حق الرجوع عنها فيما لو كان لا يوجد مانع من موانع الرجوع . أما المأمور وإن كان ليس له حق الرجوع عن الهبة المذكورة فله الرجوع على الأمر بالمبلغ الذي وهب (البحر).

﴿المادة ٨٥٨﴾ - (يلزم أن يكون الموهوب معلوماً معيناً بناءً عليه لو قال الواهب لا على التعيين قد وهبت شيئاً من مالي أو وهبت أحد هاتين الفرسين لا يصح وأما إذا قال لك الفرس التي تريدها من هاتين الفرسين وعين الموهوب له في مجلس الهبة أحدهما صحت الهبة ولا يفيد تعيينه بعد المفارقة عن مجلس الهبة).

يعني يلزم أن يكون المال الموهوب الذي هو عين معلوماً معيناً والموهوب له سواء أكان صغيراً أم كبيراً . لأن تملك المجهول ليس صحيحاً (تكملة رد المحتار).

فعلية إذا قال الواهب لا على التعيين (١) يجوز عده من جملة مقول القول كما أنه يصح عدم عده واعتباره وهبت لك مالي شيئاً أو وهبت لك مقداراً مما أملكه (٢) أو وهبتك أحد هاتين الفرسين لا تصح الهبة لأن الموهوب في الصورة الأولى ليس معلوماً وفي الصورة الثانية ليس معيناً أيضاً .

كذلك لو وهب أحد حصته في تركة قبل أن يعلم ما يصيبه منها من المال لأحد الورثة لا تصح الهبة كما لا تصح الهبة فيما لو قال أحد وهبت مقداراً من الأشياء التي أملكها لابني الصغير ولم يعين الأشياء التي وهبها ولم يعلم بها (التنقيح وعلي أفندي).

وشرط كون الموهوب معلوماً بالنظر إلى الواهب .  
وعليه لو وهب الواهب حصته في هذا المعلومة المقدار عنده صحت الهبة ولو لم يعلم الموهوب له  
حصّة الواهب في ذلك المال كما ذكر ذلك في البزازية، لكن قد جاء في الولوالجية لوقال وهبت نصيبي في  
هذا الحصان ولم يعلم الموهوب له مقدار ذلك النصيب فلا تجوز الهبة لجهالة الموهوب انتهى بتغيير ما .

وأما إذا قال لك الفرس التي تريدها من هاتين الفرسين وعين الموهوب له مجلس الهبة أحدهما  
صحت الهبة لأن معنى قول الواهب فهي لك قد وهبتك اياها فهي لك أي انه إيجاب بطريق الإقتضاء كما  
أن تعيين وقبض الموهوب له هو قبول حسبما جاء في المادة (٨٤١) .

والسبب في كون الجهالة غير مانعة في هذه الصورة هو زوال سبب الفساد قبل تأكد الفساد  
بتفرق المجلس وبذلك تعود الصحة الممنوعة . أنظر المادة (٢٤) . لأن ارتفاع الجهالة في المجلس  
بمنزلة البيان وقت العقد (الخانية في أوائل الهبة) .

أما التعيين بعد الافتراق من مجلس الهبة فلا فائدة فيه يعني لو قال الواهب أيما أردت من هذين  
المالين فهولك ولم يعينه الموهوب له في مجلس الهبة وقبضه وعينه بعد المفارقة في مجلس آخر فلا يفيد التعيين  
الواقع إزالة الفساد . لأن الفساد تأكد بملازمة التفرق عن المجلس فلا ينقلب بالتعيين إلى الصحة بعد  
ذلك . وإن تفرقا قبل البيان لا يجوز لتقرر الجهالة (الخانية أوائل الهبة) .

ولزوم كون الموهوب معلوماً ومعيناً فيما إذا كان الموهوب عيناً كما أشير إلى ذلك أثناء الشرح .

أما إذا كان ديناً فلا يلزم أن يكون معلوماً ومعيناً . وبعبارة أخرى لا يلزم أن يكون الدين الموهوب  
معلوماً في الهبة . لأن هبة الدين إسقاط والجهالة لا تمنع صحة الإسقاط ويعود بيان المجهول إلى المسقط  
(الخانية في أوائل الهبة) .

مثلاً إذا كان لأحد على آخر ألف قرش من جهة قرض وألف أخرى من جهة بدل إجارة وقال ذلك  
الشخص وهبتك ألفاً من الألفي قرش المذكورين صحت الهبة ويعود تعيين أيهما على الواهب إذا كان حياً  
وعلى ورثته بعد وفاته . لأن هبة الدين للمديون إبراء والجهالة في الإبراء لا تحل بصحته (الولوالجية) .

## لاحقة

### تحتوي على مبحثين

#### المبحث الأول

### في حق الشروط الباقية المتعلقة بالموهوب

بما أن بعض التصرفات في المشاع صحيحة وبعضها غير صحيحة فبعد تعداد ذلك إجمالاً (سنذكر  
بعض الإيضاحات في هبة المشاع) .

١ - البيع، يجوز بيع المشاع للمشارك وللأجنبي . أنظر المادتين (٢١٤ و ٢١٥) سواء أكان قابلاً

للقسمة أم لم يكن .

- ٢ - الإجارة، إذا أوجر المشاع المشترك صح وإذا أوجر لأجنبي كان فاسداً أنظر المادة (٤٢٩) .
- ٣ - الإجارة، تجوز إجارة المشاع للشريك كما أنه لو أعار شخص لأجنبي نصف الدار التي يملكها وسلمها كلها له جاز وتكون الإجارة مستأنفة في الكل وإلا فلا أنظر شرح المادة (٨١١) .
- ٤ - الرهن، رهن المشاع فاسد على الإطلاق والرهن سواء كان قابلاً للقسمة أم غير قابل وسواء كان للشريك أم لأجنبي أنظر شرح المادة (٧١٠) .
- ٥ - الوقف، إن وقف المشاع القابل للقسمة جائز عند الإمام الثاني وأما عند الإمام الثالث فليس بجائز . أما وقف المشاع غير القابل للقسمة فجائز بالاتفاق .
- ٦ - الإيداع، يجوز إيداع الشريك الحصة الشائعة . أما تسليم حصة الشريك للغير مع حصته بلا إذن المشارك فغير جائز أنظر المادة (١٠٨٧) .
- ٧ - القرض، يجوز إقراض الحصة الشائعة . فلو سلم أحد لآخر ألف قرش وقال له إن نصفها قرض لك والنصف الآخر اعمل بها للشركة كان صحيحاً (الطحطاوي، فتح القدير، الأنقروي) .
- ٨ - الهبة، إن هبة المشاع مع أنها ذكرت إجمالاً في مثال المادة (٥٤) ولم تذكر في هذا الكتاب فقد رؤي إيضاحها على الوجه الآتي:

المسألة الأولى - يلزم أن يكون الموهوب القابل للقسمة غير شائع وقت قبضه . لأن القبض في الهبة منصوص عليه فيشرط القبض الكامل في المنصوص عليه . وعليه فيدل النص على الإعتناء والاهتمام بوجود المنصوص عليه . فعليه يشترط القبض الكامل في الهبة لتنفيذ وتثبيت للموهوب له الملك وفي هبة المشاع لا يحصل القبض الكامل . لأن القبض بسبب كهذا عبارة عن صيرورة الشيء بتمامه في حيز القابض والشائع لا يكون في حيز القابض من كل وجه فيكون من وجه في حيز القابض ومن وجه آخر في حيز الشريك والكامل هو الشيء الموجود من كل وجه (الزليعي) فكل جزء في حيزه يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضاً من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم الناقية للاعتناء بشأنه (العناية) .

سؤال، يجوز في الوصية والبيع الصحيح والقرض والبيع الفاسد والسلم والصرف قبض الشائع اما في الهبة فلا يجوز فما الفرق في ذلك؟

جواب، بما انه لا يشترط في الوصية والبيع الصحيح القبض فلا يضر فيها الشبوع كما انه وان شرط القبض في البيع الفاسد والسلم والقرض والصرف فيما انه ليس منصوصاً عليه فلا تقتضي مراعاة كماله (ابو السعود المصري) . كالقرض والوصية بان دفع اليه الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرصاً عليه ويعمل في النصف الآخر لشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشبوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً (الفتح) . فالجواب ما ذكرناه .

وعليه لو وهب حصته من مال قابل للقسمة اي الحصة التي يجوز افرازها وتقسيمها فالهبة

جائزة في نفسها الا انه يلزم افرازها وتسليمها لتفيد الملك للموهوب له اذ لا تتم الهبة بتسليمها مشاعاً ولا تفيد الملك للموهوب له (العناية) ولو كانت الهبة من الاب لطفله فعليه لو قال احد الشريكين للآخر قد وهبتك حصتي من الربح وكانت الحصص المذكورة قائمة تماماً في يد الموهوب له وموجودة فلا تكون الهبة صحيحة. لأنها تكون هبة شائع قابلة للقسمة (الهندية قبيل الباب الثالث).

استثناء:

لكن لو وهب احد الشريكين حصته في المال المشترك بينهما شائعاً للآخر مثلاً لو كان قصر مشتركاً بين زيد وعمرو شائعاً ووهب زيد لعمره حصته وسلمه اياها فهذه الهبة صحيحة عند بعض الفقهاء اما البعض الآخر منهم فقالوا بان القول بصحة هذه الهبة هو لابن ابي ليلى اما ظاهر اقوال الفقهاء فهو بعدم صحة الهبة للشريك ايضاً (الطحطاوي) وكذلك كما هو مذكور في شرح المادة (٨٥١) ان الاب لو وهب نصف ماله القابل للقسمة لطفله كان صحيحاً.

المسألة الثانية - اختلف في هبة المشاع فقد ذهب بعض الفقهاء الى كون الهبة المذكورة فاسدة والهبة الفاسدة تفيد الملك على القول المقتضى به كما هو مبين في الدرر (ابو السعود المصري).

وعلى هذا القول يصح تصرف الموهوب له في المال الذي يتهبه شائعاً. قال الطحطاوي يفيد الملك ملكاً فاسداً وبه يفتى.

فعليه لو وقف احد العرصة الموهوبة له هبة فاسدة صح الوقف وضمن قيمتها (ابو السعود المصري) وقال البعض الآخر بعدم تمام هبة المشاع «ابو السعود، علي افندي» والاصح ان هبة المشاع لا تفيد الملك كالهبة قبل القبض «الطحطاوي بتغيير ما».

وعلى القول الثاني اذا وهب مال مشاع ثم افرز وقسم بعد الهبة وسلم للموهوب له اصبحت الهبة المذكورة تامة وانقلبت الى الصحة «عبد الحلیم» أنظر المادة «٢٤» والحكم واحد سواء اقسام الواهب بالذات ام اناج احداً فقسمه ام امر الموهوب له فقسمه مع الشريك «رد المحتار».

مسائل متفرعة على هذا القول اي عن كون هبة الشائع غير تامة:

أولاً - إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب بوجه من الوجوه كالبيع مثلاً لا ينفذ تصرفه «الأنقروبي والدرر» فعليه لو وهب أحد نصف داره القابلة للقسمة وسلمها كلها به ثم باع الموهوب له بعد تسلمه الكل الحصص الموهوبة من آخر فلا تصح «الهداية» وتكون مضمونة على الموهوب له «الزليعي والحانية في فصل في هبة المشاع».

ثانياً - ينفذ تصرف الواهب في المال الموهوب والذي سلم مشاعاً «الزليعي».

المسألة الثالثة - الشيوع الذي يحل بتمام الهبة هو الشيوع الذي يكون وقت القبض كما هو مبين في المسألة الأولى وليس الشيوع وقت الهبة فقط «النهاية».

والحاصل - في هذا أربع صور:

الأولى - كونه غير شائع وقت الهبة ووقت التسليم معاً. والهبة في هذه الصورة صحيحة.  
والثانية - كونه وقت الهبة مشاعاً ووقت التسليم غير مشاع والهبة في هذه الصورة صحيحة أيضاً.  
فعليه لو سلم أحد داره كلها لآخر على أن نصفها هبة والنصف الآخر صدقة صح له أن يرجع في القسم  
الموهوب (الولولجية والهندية) لأن تمامها بالقبض ولا شيوع عند القبض (أبو السعود المصري).

كذلك لو وهب أحد نصف ماله لشخص وقبل تسليمه وهبه النصف الآخر وسلمها له معاً  
صحت الهبة «البحر» وعليه ففي هاتين المسألتين وإن كان شيوع وقت الهبة ولكن وقت القبض لا شيوع.  
الثالثة - كونه وقت الهبة غير شائع ووقت التسليم شائعاً. وعليه فلو وهب شخص مجموع مال  
بتمامه لآخر وسلمه متفرقاً كانت الهبة صحيحة قال في الهندية في الباب الثاني ولو وهب الجميع وسلم  
متفرقاً جاز كذا في التاتار خانية.

لكن شيوع في هذه الصورة قد زال بتسليم القسم الآخر ومتى زال مانع الصحة عاد  
الممنوع. أما إذا لم يزل الشيوع فلا تصح.  
فلو وهب شخص داره بتمامها لآخر ثم رجع قبل التسليم عن هبة نصفها وسلم النصف الشائع  
الآخر فيقتضي عدم صحة الهبة إلا أنه يجب تحري مسألتها وإجادها.  
الرابعة - كونه شائعاً وقت الهبة ووقت التسليم معاً. والهبة ليست صحيحة في هذه الصورة ما لم  
تكن الهبة للشريك «أنظر المسألة الأولى».

وعليه لو وهب أحد نصف ماله القابل القسمة لشخص وسلمه اياه شائعاً ثم بعد ذلك وهبه  
النصف الآخر وسلمه اياه شائعاً. فلا يخرج عن الشيوع «القهستاني».

المسألة الرابعة - على الشخص الذي يريد هبة حصته الشائعة لآخر من مال قابل القسمة أن يبيع  
نصف ذلك المال للموهوب له ويبرئه من ثمنه (الأنقروبي).

وفي هذه الصورة يكون الواهب قد أوصل للموهوب تمام المنفعة التي يريد هبتها له.

المسألة الخامسة - يوجد اختلاف في كون الشيوع من طرف الموهوب له مانع لتمام الهبة

(القهستاني).

فلو وهب مالاً واحداً قابلاً القسمة لاثنتين فلا يجوز ذلك عند الإمام الأعظم، ومع ذلك لو كان  
الموهوب له واحداً ووكّل شخصين اثنتين لقبض الدار الموهوبة إليه فلا شيوع في ذلك (رد المحتار).

مثلاً لو وهب أحد قصره بقوله مخاطباً زيداً وعمراً قد وهبتكما قصري أي إذا لم يذكر حصة كل من  
الموهوب لهما فقد اختلف الإمام الأعظم والإمامان على الوجه المذكور. (الطحطاوي)

أما لو وهب مالاً واحداً قابل القسمة لاثنتين جاز عند الإمامين ولا شيوع في هذا.

أما إذا فصلت الحصص الموهوبة ينظر فإذا كان هذا التفصيل رافعاً بعد الإجمال فلا يجوز عند  
الإمام الأعظم سواء أكان التفصيل مع التفصيل أم لا. أما عند الإمام محمد فيجوز مطلقاً.

مثال للتفصيل: لو قال أحد خطاباً لزيد وعمرو وهبتكما أنتم الإثنان هذا القصر لك يا زيد الثلثان

ولك يا عمر الثلث.

مثال على عدم التفضيل: لو قال أحد خطاباً لزيد وعمرو وهبتكما أنتما الإثنينان هذا القصر نصفه لك يا عمرو والنصف الآخر لك يا زيد .

وإذا كان هذا التفضيل ابتداء يعني من غير سابقة الإجمال فلا يجوز بالإتفاق، سواء كان التفصيل بالتفضيل أم بلا تفضيل ونوضح هذه الفقرة على الوجه الآتي . وتكون هبة شخص لاثنين من غير سابقة الإجمال على أربعة أوجه .

الوجه الأول - كون العقد والقبض مختلفين ففي هذه الهبة التي على هذا الوجه شيوع بالإتفاق كما لو وهب أحد نصف ماله القابل القسمة لشخص وسلمه اياه ثم بعد ذلك وهب النصف الآخر لآخر وسلمه (أنظر المسألة الأولى).

الوجه الثاني - كون العقد متفقاً والقبض مختلفاً ولما كان الاعتبار بالقبض كما وضح آنفاً فالهبة على ذلك الوجه غير جائزة كهبة شخص ماله القابل القسمة ابتداء بتفصيل وبعقد واحد لشخصين وتسليمه بعد ذلك مرة لأحدهما ومرة للآخر .

الوجه الثالث - كون العقد مختلفاً والقبض متفقاً .

الوجه الرابع - كون العقد والقبض متفقين فقد قال الإمام الأعظم بعدم جواز الهبة في الوجه الثالث والرابع . ما لم تكن الهبة والتسليم بالمعينة واقتسماً جازت الهبة حينئذ «أبو السعود العمادي، البحر، الهداية، الفتح» وقد أفتى شيخ الإسلام علي أفندي بقول الإمام الأعظم .

المسألة السادسة - لو وهب أحد ماله الذي في يده القابل القسمة لولديه الصغير والكبير وسلمهما اياه فلا تتم الهبة . لأنه كما صار إيضاحه في شرح المادة «٨٥١» .

تعتقد وتم الهبة للصغير بمجرد الإيجاب أما هبة الكبير، فانها تتوقف على القبول والتسليم وبذلك تتأخر عن هبة الصغير فيحصل بالإتفاق الشيوع في هذه الهبة «البرازية والبحر» والحيلة لتصحيح هذه الهبة أن يسلم المال أولاً لولده الكبير ثم يهبه بعد ذلك على الوجه المذكور لولديه الكبير والصغير «التنقيح» لأن في هذه الحال كما هو مذكور في المادة (٨٤٦) لا تتوقف على التسليم للكبير ولا تتأخر عن هبة الصغير وكل حيلة يتخلص بها من الحرامي أو يتوصل بها إلى الحلال فهي حسنة (الطحطاوي).

المسألة السابعة - قابلية التقسيم هي بالنظر إلى الحصة الموهوبة فعليه لو وهب شخص قصراً إلى أولاده الأربعة وكان ممكناً تقسيمه إلى أربعة أقسام صحت الهبة كما أنه لو كان غير ممكن تقسيمه إلى أربعة أقسام بل كان ممكناً تقسيمه إلى قسمين أو إلى ثلاثة أقسام صحت الهبة أيضاً فعليه لو وهب ربع ماله الذي يمكن قسمته إلى قسمين فقط جاز (التنقيح) .

المسألة الثامنة - إن الشيوع الذي من طرف الواهب فقط ليس مانعاً من تمام الهبة بالإتفاق . فلو وهب شخصان أموالهما المشتركة القابلة القسمة لشخص واحد فيما أنه قد سلم المال جملة وقبض جملة جازت إذ لا شيوع في ذلك (القهستاني، الهداية) .

المسألة التاسعة - لا يجز في الصدقة الشيوع الذي من طرف المتصدق عليه في تمامها كما هو مبين في الجامع وخزانة المفتين (الهداية، وهامش الأنقروي) .

مثلاً لو تصدق أحد بمال له قابل القسمة على شخصين وسلمهما إياه معاً كان صحيحاً كما لو تصدق أحد بعشرة ريالاً إلى فقيرين أو وهبهما إياهما جاز لا لغنيين لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوع أي لا تملك فلو قسمها وسلمها صح (الدر المختار) .

والفرق بين ذلك وبين الهبة أي بين المسألة الخامسة: أنه يقصد بالصدقة وجه الله تعالى وهذا واحد والفقير نائب عنه أما في الهبة فيقصد وجه الغني وهما إثنان<sup>(١)</sup> (الهداية، وأبو السعود، البحر، الدر المختار) .

أما لو تصدق أحد بنصف الشائع القابل القسمة على أحد فلا تصح ولا تتم الهبة ما لم تسلم بعد الإفراز كما في الهبة (البحر والأنقروي) .

المسألة العاشرة - الشيوع المانع لتمام الهبة هو الشيوع المقارن وليس الشيوع الطارئ انظر المادة (٥٥) لأنه إذا وهبه غير شائع وبعد أن تمت الهبة بالقبض الكامل ثم طرأ بعد ذلك شيوع فيما أنه يكون هذا الشيوع طارئاً على ملك الموهوب له وجادئاً بعد الهبة والتسليم فلا ينافي هذا الشيوع الملك ولا يخل بالهبة التي صحت وتمت سابقاً (تكملة رد المحتار) .

مثلاً: لو وهب أحد مجموع مال القابل القسمة وبعد أن سلمه رجع عن نصفه وإن طرأ برجوعه هذا شيوع على المال الموهوب إلا أنه لما كان هذا الشيوع طارئاً غير مقارن فلا يمنع تمام الهبة انظر المادة (٥٦) .

لذلك لو وهب أحد وهو في مرض الموت داره التي لا يملك سواها لآخر وتوفي بعد أن سلمه إياها ولم تجر الورثة الهبة فبطلت الهبة في الثلثين وتبقى في الثلث بناءً على المادة (٨٧٩) (رد المحتار) .

المسألة الحادية عشرة - والشيوع العارض ضبط بعض الموهوب بالاستحقاق بالبينة فهو شيوع طارئ لا يضر بالهبة كما في المثاليين المذكورين في المسألة الأنفة كما ذكره ابن كمال وصدر الشريعة والكرمانى والنهاية والهندية . إلا أن قاضيخان وجامع الفقه والظهيرية والكافي قالوا بعدم تمام الهبة لمقارنة الشيوع المذكور .

مثلاً لو وهب شخص داراً قابلة القسمة إلى قسمين لآخر وسلمه إياها ثم بعد ذلك ظهر لنصفها الشائع مستحق تبطل الهبة في باقيها أيضاً .  
حتى ان صاحب الدرر قد خطأ القائلين يكون الشيوع المذكور طارئاً وقد وردت هذه التخطئة في مثال المادة (٥٥) والمادة (٤٣٠) .

ومسألة كون الشيوع العارض للموهوب لاستحقاق وبالبينة شيوعاً مقارناً مسألة مشهورة ليست محلاً للتردد (نوح أفندي) .

وقد قال المقهستاني نقل في الشيوع العارض بالاستحقاق قولان أحدهما أن الشيوع المذكور مقارن والآخر طارئ .

(١) في هذه المسألة (العرب)

وإذا ثبت الاستحقاق بالبينة فيقال مع بيان كون الشيوخ مقارناً إذا تبين كون نصف الموهوب ملكاً للمستحق في وقت الهبة وكان الموهوب بستاناً واستهلك الموهوب له الأثمار الحاصلة في المدة الواقعة بعد الإتيان وقبل الاستحقاق لزمه ضمان حصة المستحق في الأثمار لأن البينة تثبت الملك من الأصل أنظر المادة (٧٨) وشرحها.

أما إذا ثبت الاستحقاق بالاقرار فإذا ثبت باقرار الواهب فهذا الإقرار الذي يحق أخذ الموهوب من يد الموهوب له لغو لأنه إقرار في حق الغير وهذا باطل. وإذا ثبت باقرار الموهوب له فيؤاخذ بلا شك الموهوب له باقراره هذا ولكن هل تبطل الهبة في هذه الصورة بعروض الشيوخ (الطحطاوي).

قد ذكرنا آنفاً المسائل المذكورة في الكتب الفقهية في الشيوخ العارض للموهوب بعد الهبة ولأبادر الآن إلى بيان رأيي العاجز في هذه المسألة وبالله التوفيق:

إذا عرض شيوخ للموهوب بالاستحقاق سواء أكان الاستحقاق ثابتاً بالبينة أو باقرار الموهوب له فهذا الشيوخ طارئ لأن المستحق إذا أثبت مدعاه بالبينة أو بالإقرار تحقق أن الواهب فضولي في هبة نصف الموهوب وكان موقوفاً على إجازة المستحق. لأنه يستفاد من المسائل المبينة في الباب التاسع من كتاب الهبة والباب الرابع من كتاب الغصب من الهندية أنه قد اختلف في كون ظهور مستحق للمعقود عليه في العقد الفضولي مستلزماً انفساخ العقد الواقع أم غير مستلزم.

ويتبين من المادة (٦٣٨) من المجلة أيضاً أن عقد الفضولي لا يفسخ بمجرد الاستحقاق وأنه تجوز الإجازة بعد ذلك. فعليه لو أجاز المستحق بعد ذلك الهبة جازت ونفذت بمقتضى المادة (٨٥٧) وإذا لم يجزها تنسخ الهبة في النصف المستحق عند عدم الإجازة. ولذلك يحدث الشيوخ في زمان عدم الإجازة والفسخ ولم يكن موجوداً قبلاً فلذلك لا يستحق صدر الشريعة التخطئة في هذه المسألة بل يستحقه مخطؤه وهذا إنجاز ما وعدناه من التفصيل في شرح المادة (٥٥).

المسألة الثانية عشرة - إن هبة حصة من مال غير قابل للقسمة كحجرة واحدة، دابة واحدة وثوب واحد وحائط واحدة صحيحة. لأنه لما كان القبض الكامل لا يتصور في مشاع كهذا فيلزم الاكتفاء بالقبض الفاصر (أبو السعود المصري) لأنه لو اعتبر القبض الكامل في هذا أيضاً لاقتضى ذلك انسداد باب الهبة في هذا النوع من الأموال.

سؤال: تستلزم هبة الحصة الشائعة في الأموال التي ليست قابلة للقسمة إيجاب المهايأة على المتبرع والحال أن الإيجاب على المتبرع غير جائز.

جواب: بما أن المهايأة كما هو مذكور في المادة (٤١٩) عبارة عن قسمة المنافع والتبرع وإنما وقع على العين والإيجاب المذكور واقع على الشيء الذي لم يتبرع به ولا ضرر من ذلك (الزليعي والطحطاوي).

مثلاً: تصح هبة حصة معلومة من دابة واحدة أو ريال واحد أو ثوب واحد (المهايأة والبهجة).

ولا بد أن تكون الحصة الموهوبة معلومة أنظر المادة (٨٥٨). بناءً عليه لو وهب حصته في دابة معلومة ولم يكن عالماً بمقدار الحصة فلا تجوز الهبة (أبو السعود المصري).

وليس للموهوب له الذي وهب له مال مشاع كهذا أن يطلب القسمة مع الواهب لأن المال غير قابل للقسمة إلا أن له طلب المهابة (البحر) أنظر المادتين (١١٣٠) (١١٨٣) والدين غير مقابل للقسمة أيضاً أنظر المادة (١١٢٣).

بناءً عليه لو قال أحد الشريكين لصاحبه وهبتك حصتي من الريح واستهلك الموهوب له تلك الحصة كانت الهبة صحيحة (الهندية قبيل الباب الثالث) أنظر المادة (٨٧٣). والمال القابل للقسمة سيبين في المادة (١١٣١).

المسألة الثالثة عشرة - كون الموهوب محرراً يعني يلزم أن يكون مفرزاً من ملك الواهب وحقوقه. بناءً عليه لا تجوز هبة الأراضي بدون المزروع عليها إذا كان زرعها قائماً وغير محصول ولا الشجر بدون ثمر قبل جمع ثمرها. لأن الزرع والثمر لما كانا من أجزاء الأرض والشجر فالهبة المذكورة بمنزلة هبة الجزء الشائع (الولولجية، والبهجة) وعليه فتكون الهبة هذه هي في حكم هبة المشاع (رد المحتار).

وعليه لو أراد أحد أن يهب مزرعته مع زرعها فوهب أولاً المزرعة ثم الزرع أو وهب أولاً الزرع ثم المزرعة فإذا جمع بينهما في التسليم كانت هبة الإثنين جائزة وأما إذا فرق بينهما في التسليم فسلم أولاً المزرعة ثم الزرع أو أولاً الزرع ثم المزرعة فلا تصح (الهندية) أنظر المسألة الثالثة.

كذلك إذا وهب شخص أشجاره المملوكة في أرض الوقف المربوطة بالمقاطعة أي في الأرض المستحكرة بدون أن يفرغ الأرض باذن المتولي أو وهب كرمه المزروع في أرض أميرية بدون أن يفرغ الأرض باذن صاحب الأرض كان ذلك غير صحيح لأنه لما كانت عروق كانت الشجرة داخلية في الأرض أصبحت في حكم المشاع «أبو السعود العمادي» أما الهبة للصغير فهي جائزة كما مر ذكره في شرح المادة «٨٥١» «علي أفندي».

إلا أنه إذا وهب الواهب البناء بدون عرصه أو الزرع بدون أرض أو ما على الشجر من الثمر بدون شجر واذن الواهب صراحة للموهوب له بنقص البناء أو حصاد الزرع أو جمع الثمر ونقض الآخر البناء وحصد الزرع وجمع الثمر وقبضه كان صحيحاً. لأن فعل الموهوب له بأمر الواهب كفعل الواهب بالذات (الولولجية) أما إذا لم يأذنه الواهب صراحة فلا تصح الهبة ويضمن الموهوب ولو بعض الموهوب له أو حصد أو جمع في مجلس الهبة (الهندية).

لكن تجوز هبة الدار التي على أرض وقف ذي مقاطعة أي محكرة والدار المبنية التي على أرض أميرية والدار التي ليست مماثلة للكرم والبستان، لأن البناء ليس كالغرس ولما كان اتصاله بالأرض ضعيفاً فليس في حكم الشائع (أبو السعود العمادي).

وبما أن الهبة في ذلك تكون هبة للأبنية فقط فللواهب أن يأمر الموهوب له برفع الأبنية ولا تكون العرصه موهوبة تبعاً للأبنية على أفندي قبيل نوع في الهبة للصغير. هبة البناء بدون الأرض جائزة

(الهندية في الباب الحادي عشر).

المسألة الرابعة عشرة - هبة الشاغل جائزة يعني لو وهب أحد ماله الشاغل ملكه جاز لأن المظروف يشغل الظرف أما الظرف فلا يشغل المظروف (الحموي).

مثلاً: لو وهب الواهب ما في داره من أشياء لأحد وسلمها مع الدار له صح ذلك كذلك لو وهب كل ما في مكتبته من الكتب لابنه وسلمها مع المكتبة وقبض الآخر الكتب والمكتبة تمت الهبة (علي أفندي) كذلك لو وهب الدقيق الذي في غرارة وسلمه مع الغرارة جاز.

كذا لو وهب حمل الدابة فقط وسلمه مع الدابة أو وهب الماء الذي في القرية فقط وسلمه مع القرية جاز (الهندية) لأن الموهوب في هذه الصور غير مشغول بل شاغل الملك الواهب وهذا لا يوجب ثبوت يد الواهب على الموهوب والواقع أن يد الواهب وإن كانت قائمة في الظرف فيما أن الظرف آلة للحفاظ فهو تابع فثبوت اليد التابع لا يوجب قيام اليد في الأصل (أبو السعود المصري).

أما هبة المشغول فلا تجوز أي لا تجوز هبة المال المشغول بمتاع الواهب وملكه (البهجة) لأن الموهوب إذا كان مشغولاً بمتاع الواهب كان كالمشاع وفي حكمه.

مثلاً لو وهب أحد داره المشغولة بامتعته وسلمه إياها فلا تجوز. إلا إذا سلمها بعد تحليتها من الأمتعة المذكورة. فحينئذ تصح الهبة كما تصح لو وهبه الأمتعة أيضاً وسلمه الكل معاً (أنظر المادة ٢٤) «الطحطاوي».

وقوله في هذه الأمثلة إذا سلم الموهوب والمشغول به معاً ليس احترازاً عن تسليم الموهوب وحده وتمام الهبة في هذه الصورة أولى فيما إذا سلم الموهوب وحده: كذلك لو وهب أحد هاتين الغرفتين وسلم إحداهما مشغولة فلا تصح الهبة في كليهما (الهندية). ويلزم أن يكون الإذن بالقبض بعد التولية والتسليم.

ولا اعتبار للإذن الذي يكون قبل التولية. كما لا اعتبار للتسليم قبل التولية. إلا أن الهبة تصح إذا وجد في الدار الموهوبة إنسان أجنبي حر ولا تعد مشغولة بقعوده لكن لو سلم الواهب الدار وهو موجود فيها أو أهله فلا يصح هذا التسليم (الهندية عن الخانية).

مستثنيات، تجوز هبة ثلاثة أنواع للمشغول.

أولاً - لو وهب الأب المشغول لطفله جازت «الدر المختار».

مثلاً لو وهب أحد داره المشغولة بامتعته أو مزرعته المشغولة بزراعته أو تصدق بها عليه وأشهد على ذلك كان ذلك صحيحاً أما لو وهب أحد ولده الكبير الساكن معه في منزل مملوك ذلك المنزل وهو مشغول بمتاعه فلا تصح الهبة بلا تولية وتسليم «علي أفندي».

ثانياً - لو وهبت الزوجة دارها الساكنة فيها وزوجها والتي فيها أمتعتها لزوجها جازت «الدر المختار» لأن المرأة مع الدار والمتاع في يد الزوج فكانت الدار في يد الموهوب له معنى فصحت الهبة

«الطحطاوي» .

حتى إنه لو توفي الزوج قبل التخلية والتسليم فللورثة إدخال تلك الدار في الميراث لأن الزوجة مع ما في يدها من الأمتعة في يد الزوج «الحموي، علي أفندي» .

ثالثاً - لا يخل تمام الهبة انشغال الموهوب بملك غير المالك (مجمع الأنهر وعلي أفندي) مثلاً لو وهي أحد دكانه المملوكة وهب مشغولة باغلال شخص آخر وسلمها له مع الاغلال تكون الهبة صحيحة في الدكان (البهجة وعلي أفندي) .

كذلك لو وهب المعير للمستعير الدار التي شغلت بأمتعته كانت الهبة صحيحة (أبو السعود) لو أعار داراً إنساناً ثم أن المستعير غضب متاعاً ووضع في الدار وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار لأنه تبين أن الشاغل ملك غير الواهب (الطحطاوي) . كذا لو سلمت الدار وفيها المتاع الذي غصبه الواهب أو الموهوب له صحت الهبة لأن يد غيره قاصرة عنها فلم يظهر أنها مشغولة بمتاع الواهب «البحر» ومن صور ذلك ما لو وهب داراً بما فيها من المتاع أو وهبه جوالق بما فيها من المتاع وسلمها إلى الموهوب له ثم استحق المتاع فالهبة تامة في الدار والجوالق لأن يد الواهب كانت ثابتة على الدار والمتاع جميعاً حقيقة فصح تسلمه (الطحطاوي) .

المسألة الخامسة عشرة - لو أقر أحد في المجلس الذي وهب فيه داره لحفيده بأنه وهب داره هذه لحفيده وسلمه اياها وإنه لم يبق شيء في الدار واشهد على ذلك ثم بعد ذلك توفي وادعى ورثته أن الدار كانت مشغولة بمتاع المورث حين الهبة والتسليم فلا تسمع دعواهم . لأن إقرار ذلك الشخص هذا صحيح أنظر المادة (١٥٨٧) . (علي أفندي، وهامش البهجة) .

المسألة السادسة عشرة - الحيلة في هبة المشغول هي أن يودع المال الشاغل للموهوب له ويسلم إليه أولاً ثم تسلم الدار إليه . وفي هذا الحال تكون الهبة والتسليم صحيحين . (الحموي في أول كتاب الهبة)

المسألة السابعة عشرة - إذا وهب المشغول والشاغل على انفرادهما وفرق بينهما في التسليم ينظر إذا وهبت الدار أولاً وسلمت مشغولة فالهبة غير صحيحة أنظر المسألة (١٤) أما إذا وهب المتاع أولاً وسلم ثم وهبت الدار وسلمت صحت الهبة فيها (الهندية عن الخانية) .

المسألة الثامنة عشرة - ليست هبة المشغول فاسدة بل هي غير تامة وموقوفة كما هو مبين في البنائة (علي أفندي، الحموي في أول الهبة) .

المسألة التاسعة عشرة - قد اختلف فيما إذا كان قبض المال الموهوب هبة فاسدة يفيد الملك فالقول المفتى به إن الهبة الفاسدة تفيد الملك كما هو مبين في المسألة الثانية (الدرر، مجمع الأنهر، رد المحتار) ومع ذلك فتفترق الهبة الفاسدة عن الهبة الصحيحة في ثلاثة أحكام .

الحكم الأول - كما أن القرابة المذكورة في المادة «٨٦٦» وسائر موانع الرجوع لا تمنع في الهبة الفاسدة من الرجوع فلو توفي الواهب أيضاً فللوارث الرجوع فيها . لأن الهبة الفاسدة مضمونة

والمضمونة بعد الهلاك مستحقة أيضاً للرد قبل الهلاك فلذلك للواهب الرجوع عن الهبة ويسترد الموهوب «أبو السعود المصري، الطحطاوي».

الحكم الثاني - إن المال المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له، يعني لو هلك المال الموهوب في يد الموهوب له لزم الموهوب له الضمان مع أنه لا يلزم الضمان في الهبة الصحيحة كما يستفاد من المادة «٨٧١». قد ورد في رد المحتار نقلاً عن النهاية وعن خير الدين الرملي بلزوم الضمان بصورة مطلقة إلا أن الشرنبلالي في حاشيته الدرر قد قيد الضمان قائلاً لما كان قبض المال الموهوب هبة فاسدة واقعاً باذن الواهب فلا يلزم ضمان على الموهوب له فيما إذا تلف في يده بلا تعد ولا تقصير ويلزم الضمان على الموهوب له حالة حصول التلف بصنعه وفعله أو في حالة قبضه المال الموهوب بدون إذن الواهب صراحة انتهى.

تفرع على مضمونية الهبة الفاسدة الفروع الآتية وهي :-

أولاً - لو سلم أحد آخر عشرة دنانير قائلاً له لك ثلاث منها وسلم الباقي لفلان وتلفت عشرة الدنانير بعد ذلك في يده ضمن ذلك الشخص ثلاثة الدنانير لأنه قبضها هبة فاسدة أما البقية بما أنها أمانة فلا ضمان فيها.

ثانياً - لو سلم أحد آخر عشرة دنانير وقال له خمسة منها هبة لك والخمسة الباقية وديعة في يدك ثم بعد ذلك استهلك ذلك الشخص خمسة دنانير منها وتلفت الخمسة الباقية في يده لزم القابض ضمان سبعة دنانير ونصف دينار لأن الدنانير الخمسة المعطاة هبة مضمونة لفساد الهبة كما أن نصف الدنانير الخمسة التي استهلكها مضمون والنصف الآخر أمانة فلزم ضمان الدنانير السبعة ونصف الدينار (الحانية في الغصب).

الحكم الثالث - ليست التخلية في الهبة الفاسدة كما هو مذكور في شرح المادة (٨٣٨) قبضاً بالإتفاق.

## المبحث الثاني

### في حق الأشياء التي تدخل في الهبة بدون ذكر صريح وما لا تدخل

المسألة العشرون - يدخل في هبة الأرض بدون ذكر كل شيء يدخل في بيع الأرض من غير ذكر فعلية لو وهب أحد عرصه وسلمها يدخل ما عليها من أبنية وأشجار من غير ذكر. أما في هبة الأرض والصدقة بها فلا يدخل الزرع من غير ذكر كما لا يدخل في هبة الأشجار، الأثمار والأوراق المتقومة وفي هذه الحال تكون الهبة فاسدة لأنه يمنع التسليم. أنظر المسألة الرابعة عشرة (الهندية في الباب الحادي عشر).

المسألة الحادية والعشرين - لا تدخل في هبة البيت العلو والسلاليم المفرزة ولو قيل حين الهبة

مع مرافقتها لأنها بمنزلة متاع موضوع في البيت والعلو لا يدخل في بيع البيت بذكر المرافق فلا يدخل في الهبة (الحانية في أوائل الهبة).

﴿المادة ٨٥٩﴾ - يشترط أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً بناءً عليه لا تصح

هبة الصغير والمجنون والمعتوه وأما الهبة لهؤلاء فصحيحة

كون الواهب والمتصدق عاقلاً بالغاً حكماً أو حقيقة يعني كونه أهلاً للتبرع شرط في صحة الهبة لأنه لما كان يشترط في التصرف المضر الأهلية الكاملة فلا يصح التصرف المذكور إذا لم توجد الأهلية الكاملة (الدر المنتقى، مجمع الأنهر) أنظر المادة (٩٦٧).

جميع تصرفات المجنون في حال الجنون باطلة سواء أكانت مضرّة أو نافعة. وسواء أكان الجنون مطبقاً أو غير مطبق والعاقلة حقيقة ظاهر والعاقلة حكماً هو عبارة عن السكران بالخمر أو أحد المحرمات إذ يعد ذلك السكران حكماً عاقلاً ومكلفاً وتصح هبته (الطحطاوي).

بناءً عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه ماله ولو بعوض ولو كان العوض أزيد من المال الموهوب أي باطلة. ولذلك لا تجوز الإجازة لو أجاز بعد البلوغ أو الإفاقة. لأن الإجازة تلحق بالعقود الموقوفة ولا تلحق بالعقود الباطلة أما إذا عقد الهبة مجدداً بعد البلوغ والإفاقة فصحت الهبة (الدر المنتقى) ان تعريف المجنون المذكور في المادة (٩٤٤) وتعريف المعتوه في المادة (٩٤٥).

ويفهم من ذكر لفظ الصغير مطلقاً في هذه المادة سواء أكان الصغير مميزاً أم غير مميز وسواء أكان الصغير المميز مأذوناً أم غير مأذون وسواء أكان الصغير المأذون مأذوناً إذناً عاماً أم إذناً هبياً مال له معلوم ومعين فهو أعم يعني أن هبتهم كلهم باطلة.

وعليه لو باع الصبي المميز المأذون ماله ووهب دراهمه كلها أو بعضها للمشتري سواء وهبه ذلك قبل القبض على ما جاء في المادة (٨٤٨) أم وهبه بعد القبض فلا تصح. كذلك لو تصدق الصغير بماله باذن والده فلا تصح صدقته (الهندية) وفي هذه الحال للصبي حق استردادها كما أنه لا تحل الصدقة للفقير.

كذلك لو وهبت امرأة زوجها مهرها بداعي كونها بالغة وقالت بعد ذلك لم أكن بالغة وقت الهبة ينظر. فإذا كان هيئة تلك المرأة وقامتها كهيئة وقامة النساء أو وجدت فيها علامة البلوغ فلا يقبل قولها من أنها غير بالغة أما إذا لم تكن على هذه الصورة فالقول لها (الهندية) أنظر المادة (٩٨٩).

ويستفاد من ذكر الهبة مطلقة أن الهبة سواء كانت في مقابل عوض أو بلا عوض وإذا كانت بعوض سواء كانت قيمة العوض مساوية للمال الموهوب أو أزيد أو أقل فهي أعم يعني لا تكون الهبة صحيحة في الصور المذكورة كلها (الضمانات).

وعليه لو وهب الصغير ماله لأحد وسلمه آياه وأعطى ذلك الشخص الصبي عوضاً فكما تبطل الهبة

فلا يصح العوض أيضاً وللموهوب له رد المال الموهوب واسترداد العوض (الخانية) وعدم صحة هبة الصغير كما أشير إليه في الشرح تكون فيما إذا وهب الصغير ماله أما لو أحضرت الصغير لأحد هدية وقال له أرسلني أبي بهذه الهدية لك فلذلك الشخص تناول تلك الهدية ما لم يقع في قلبه أن الصغير المذكور كاذب في قوله هذا (الهندية).

ليس لولي الصغير هبة مال الصغير بعوض أو بلا عوض أنظر المادة (٥٨).  
وعليه لو وهب أبو الصغير أو وصيه أو القاضي مال الصغير بعوض أو بلا عوض لأحد فلا تصح هذه الهبة لأن في ذلك ضرراً دينياً (جواهر الفقه والدر المنقح).

كذلك إذا تبين أن اللبن الرائب الذي أهده أحد لآخر من صنع لبن بقره ابنه الصغير فلا تجوز الهبة ولا يكون الأب المذكور قد ملك اللبن بصنعه إياه راتباً (الهندية).

كذلك لو وهب وصي الصغير ما لأبيه في ذمة شخص من الدين للمدين ذاته وأبراه من عامة الدعاوي فلا يصح ذلك وللصغير عند بلوغه أخذ دينه من الشخص المذكور أما إذا كان الدين الذي وهبه ولي الصغير أو وصيه قد لزم بعقده فهذه الهبة والإبراء صحيحان عند الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمنه الوصي المذكور للصغير أما عند الإمام أبي يوسف فلا يكونان صحيحين (علي أفندي) والحكم في هبة المتولي وبراءته على المتوال المشروح أنظر شرح المادة (٦٨٥).

أما كون الموهوب له عاقلاً وبالغاً فليس بشرط بناءً عليه فالهبة للصغير والمجنون والمعتوه صحيحة وتتم الهبة بقبض ولي الصغير أو مربيه على ما هو محرم في المادة (٨٥٢) أو بقبض الصغير المميز كما هو مذكور في المادة (٨٥٣) أنظر المادة (٨٦٩) لأن كل تصرف للصغير يكون فيه نفع محض له أي نافع للصغير من كل وجه وليس فيه أي ضرر له فيصح فيه تصرف الصغير المميز بدون أن يكون موقوفاً على إذن وليه لأنه يكفي أهلية الصغير القاصرة في التصرفات التي فيها نفع محض للصغير (مجمع الأنهر والدر المنقح).

والهبة للصغير كهذه وإن كانت صحيحة كما هو محرم آنفاً فليس للصغير أن يعطى عوضاً في مقابل هذه الهبة ولو كانت الهبة بشرط العوض حتى انه لو وهب شيء للصغير وأعطى ولي الصغير من مال الصغير شيئاً عوضاً للواهب ولو جزئياً لمنع رجوعه فلا يصح أي باطل وللواهب الرجوع عن الهبة (البزازية والأنقوي).

وعلى ولي الصغير أن يبيع المال الموهوب بقيمته لاسقاط حق رجوع الواهب عن الهبة.

وقوله لهؤلاء احتراز عن الحمل فلو كان الموهوب له حملاً يعني جنيناً في بطن امه كانت الهبة باطلة مثلاً لو وهب أحد للجنين الذي في بطن زوجته مالاً أو تصدق به عليه فلا تصح (البهجة) كذلك لو وهب أحد ماله الحي وميت معاً أو لإنسان وحائط معاً فتكون الهبة كلها للحي أو للإنسان (الهندية في الباب الثاني) أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ولمن لا يملك بوجه من الوجوه كان الإيجاب

يكامله لمن يملك (الهدية في الباب الثاني عشر).

﴿المادة ٨٦٠﴾ - يلزم في الهبة رضا الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والإكراه).

يلزم رضا الواهب في نفاذ الهبة والهدية والصدقة والإبراء ويكون عدم رضا الواهب على صورتين. الصورة الأولى - يكون بالجبر والإكراه بناءً عليه لا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والإكراه بدون رضا يعني لا تنفذ بالقسم الذي وقع الإكراه عليه وإنما تكون فاسدة أنظر المادة (١٠٠٦). وعليه لو ضرب أحد زوجته وشمها أو منعها من زيارة أبويها وأكرهها بذلك على هبة مهرها فلا تكون هذه الهبة صحيحة (الأنقروزي).

كذلك لو وهب أحد مكرهاً فلا تصح الهبة ولو سلمه طائعاً في حضور المجبر لأن الإكراه على الهبة يستلزم الإكراه على تسليم الموهوب وقيل في حضور المجبر لأنه إذا لم يكن المجبر حاضراً وقت التسليم تكون الهبة صحيحة (رد المحتار في الإكراه).

فلذلك لو ادعى أحد بعد أن وهب شيئاً لآخر أن الهبة كانت باكراه وأثبت مدعاه فيسترد الموهوب إذا كان موجوداً (علي أفندي) وإذا كان الموهوب غائباً ولم يكن استرداده ممكناً أخذ بدله من المجبر (الضمانات) أنظر المادة (١٦٣٥).

كذلك لو تلف المال الموهوب في يد الموهوب له فللواهب حق التضمين.

ولو أكره الواهب على الهبة كما أكره الموهوب له على قبول الهبة وقبلها ينظر فإذا قال الموهوب له قد قبضتها لاعتادتها إلى الواهب يصدق بيمينه وتكون في يد الموهوب له أمانة أما لو قال الموهوب له قد أخذتها ملكاً لي أو لاعتادتها للمجبر فالمكره مخير إن شاء ضمن المجبر وإن شاء ضمن الموهوب له حسب المادة (٩١٠) أنظر المادة (٢) وشرحها كذلك إذا أخذ الموهوب له من غير إكراه فالواهب مخير في التضمين على الوجه المحرر. بما أن الهبة التي بالجبر والإكراه صحيحة ولكنها ليست نافذة بل فاسدة فيملك الموهوب له المال الموهوب بملك فاسد. وتتوقف الإجازة بعد زوال الإكراه. لأن عقد الهبة والتسليم يثبتان الملك. ولو كانا بالإكراه. لكن الإكراه يمنع النفاذ (مجمع الأنهر في الإكراه على البيع، والدر المنتقى في الإكراه).

وعليه فيما أن الهبة والتسليم الذين يقعان بالإكراه قابلان للإجازة فلو أجاز المكره بعد زوال الإكراه الهبة المذكورة كانت نافذة والإجازة. أما أن تكون قولاً كاجزت أو رضيت أو فعلاً كتسلمه المال الموهوب في غير حضور المجبر طائعاً أو كقوله عوض الهبة وقبضه اياه طائعاً. حتى إن الواهب لو قبل العوض طائعاً بعد أن عقد الهبة مكرهاً يكون قد أجاز الهبة الواقعة بالإكراه (علي أفندي والضمانات).

ويستفاد من قول المجلة ليست الهبة صحيحة حكمان: -

الحكم الأول - ليست الهبة نافذة في القسم الذي وقع فيه الإكراه فقط. أما في القسم الذي لم يقع الإكراه فيه فنافذة. فلو أكره شخص على هبة حصّة من مال غير قابل للقسمة لشخص فوهب المكره ذلك

المال لذلك الشخص ولشخص آخر معه فاهبة وإن كانت غير صحيحة في حق الشخص الأول فهي صحيحة في حق الثاني (الضمانات).

كذلك لو وهب الواهب غير الواهب غير المال الذي أجبر على هبته كانت الهبة نافذة. فعليه لو أكره المجرر شخصاً على هبة خمسين ريالاً فوهب المكره عشر ذهبات جازت ويكون الواهب في هبته طائعاً لتخالف الجنسين.

الحكم الثاني - لو أوقع المكره عقداً غير العقد الذي أكره عليه كان ذلك العقد نافذاً. بناءً عليه لو أكره المجرر على الهبة فتصدق المكره كان نافذاً كما أنه لو أجبر على الصدقة فوهب نفذت الهبة (الضمانات).

الصورة الثانية - تكون بتلقين الواهب ألفاظاً تدل على الهبة بلغة يجهلها الواهب فلو لقن الموهوب له الواهب بأن يقول عبارة (وهبت منك مالي عليك من الألف فقهاها) وكان الواهب يجهل اللغة العربية وغير واقف على معنى هذه الجملة فلا تكون بذلك وهب الدين وإن يكن أنه ليس في هذه المسألة إكراه إلا أنه ليس فيها رضاء (الأنقرووي) أنظر الفائدة الأولى الآتي ذكرها.

فائدتان:

١ - قد قال بعض الفقهاء لا يصح العقد بلفظ غير معلوم للعاقد وبعضهم قال بصحة كل عقد به وبعضهم قال بصحة العقد إذا كان مما يستوي فيه الجد والهزل كالنكاح وبعدم صحة العقد الذي فيما لا يستوي فيه كالبيع (الدر المنتقى) شرح الملتقى في أول النكاح.

٢ - لو أعطى السائل أربعين بارة وهو يظن أنها عشر بارات فله الإسترداد عند بعض الفقهاء إذا قال عند الإعطاء أعطيت عشر بارات أما إذا قال أعطيت هذه فليس له ذلك أما البعض الآخر فقد قال بعدم الاسترداد على الحالين «المهندية في الباب الثاني عشر».

## الباب الثاني

### في بيان أحكام الهبة ويشتمل على فصلين

#### الفصل الأول

#### في حق الرجوع عن الهبة

يعني سيبين في هذا الفصل المسائل التي يجوز الرجوع فيها عن الهبة والتي لا يجوز. ولفظ الهبة الذي في هذا العنوان بمعنى الموهوب. لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان ولا يكون في حق الالفاظ (أبو السعود) وقد تبين في شرح المادة (٨٣٣) أن الهبة تستعمل بمعنى الموهوب. وبما أن الهدية تدخل في الهبة أيضاً فللمهدي الرجوع عن الهدية في المسائل التي للواهب الرجوع فيها عن الهبة (القهستاني).

وبما أن الرجوع عن الصدقة غير جائز فتعبير الهبة هنا للاحتراز عن الصدقة كما أن هبة المقصودة هنا هي الهبة للغني أما الهبة التي تكون للفقير فيما أنها صدقة فلا يمكن الرجوع عنها أيضاً. والرجوع عن الهبة وإن كان صحيحاً كما سيذكر فيما سيأتي ففضلاً عن أنه ذناء فهو عند بعض العلماء مكروه كراهة تحريمية (التنوير، القهستاني). وعند البعض الآخر مكروه كراهة تنزيهية والكراهة التنزيهية أخف من الكراهة التحريمية وهي من قبيل المباح أو قربة منه (مجمع الأنهر، الدر المنتقى).

#### ﴿المادة ٨٦١﴾ - يملك الموهوب له بالقبض الموهوب).

يملك الموهوب له بطريق الهبة الموهوب بعد الإيجاب وقبض الموهوب بالذات أو بواسطة نائبه ملكاً غير لازم (الهداية) فإذا كان الموهوب له واحداً ملكه مستقلاً وإذا كان متعدداً فيملكونه بالاشتراك وهذا الملك ليس متسحق السلامة. مثلاً لو قال أحد خطاباً لاثنتين قد وهبتهما هذا المال وسلمهما إياه واتهمه الآخرين وتسلمها كان الموهوب لهما مالكين له مناصفة. لكن يلزم وجود الشرائط الآتية في ثبوت الملك فيه.

- ١ - كون الموهوب محرراً يعني كونه مفرزاً عن ملك الواهب وحقوقه ٢ - كون الموهوب غير مشغول بملك الواهب ٣ - ألا تكون الهبة بطريق المواضعة ٤ - كون القبض المذكور قبضاً كاملاً يعني يشترط ألا يكون الموهوب القابل القسمة مشاعاً وقت القبض كما ذكرت التفصيلات في شرح المادة (٨٥٨) وقريباً توضح المواضعة أيضاً.

والحاصل، يشترط في قبض الموهوب ثبوت ملك الموهب للموهوب له. وسيبين بعض المسائل المتفرعة عن ذلك فيما يلي :-

- ١ - الزوائد الحادثة بعد العقد وقبل اللواهب والواقع أن الزوائد التي تحدث في البيع بعد البيع وقبل القبض للمشتري كما هو مصرح في المادة (٢٣٦) ويفترق البيع عن الهبة في هذا الخصوص (القاعدية).
- ٢ - اللواهب الرجوع بنفسه قبل القبض أنظر المادة (٨٦٢).
- ٣ - اللواهب أن ينهى الموهوب له عن القبض بعد الإيجاب وليس للموهوب له القبض بعد النهي أنظر المادة (٩٦).
- ٤ - إذا توفي أحد الطرفين قبل القبض كانت الهبة باطلة. أنظر المادة (٨٦٢).
- ٥ - تصرف الواهب في الموهوب قبل القبض صحيح وتصرف الموهوب له فيه غير صحيح. أنظر المادة (٩٦).

حتى لو وهب الواهب دراهم لرجل غائب وأرسلها مع رسول وقال الموهوب له للرسول تصدقت بهذا عليك فكما أنها لا تجوز فلو قال للرسول تصدق به على الفقراء من طرفي وتصدق بها فللواهب تضمين الرسول «الخانية في أوائل الهبة».

إيضاح القيود:

١ - قبضه بالذات أو قبض نائبه. فقبض الموهوب له ظاهر أما قبض النائب فيوضح على الوجه الآتي. فلو وهب أحد ماله له لآخر فوهب الموهوب له ذلك المال قبل القبض في المجلس المذكور لآخر أو أجره منه وقبضه الشخص المذكور فهذا القبض يقوم مقام قبض الموهوب له الأول وتجوز الهبة. ولا يجوز البيع والهبة الثانية والإيجار (القاعدية).

٢ - يملك الموهوب له الموهوب بالهبة ولا يملكها بشيء آخر فعليه لو وهب المديون ماله لدائته وسلمه إياه ملك الدائن المال المذكور بالهبة ولا يكون قد ملكه في مقابل دينه «الهندية» وفي هذا الحال على المديون أن يؤدي الموهوب له دينه على حدة.

٣ - غير لازم: يملك الموهوب له الموهوب بالقبض فهذا الملك بما أنه لا يلزم فيما عدا الصور السبع فللواهب الرجوع عن هبته مع كراهة التحريم (مجمع الأنهر، الطحطاوي).

٤ - بالاشتراك لو وهب الواهب ماله لابنه ولا بنته دون تعيين حصة كل منهما بطريق الإجمال يملكه عند أبي يوسف مناصفة. وليس الثلث والثلث كما في الإرث «الأنقروبي».

٥ - ليس يستحق السلامة: بما أن عقد الهبة وعقد الصدقة عقدا تبرع فليساً بمستحقى السلامة «الدرر» فعليه لو تلف الموهوب بعد قبضه في يد الموهوب له وظهر مستحق بعد ذلك فيكون المستحق المذكور مخيراً إن شاء ضمن الواهب وفي هذا الحال ليس له الرجوع على الموهوب له. وإن شاء ضمن الموهوب له وإذا ضمن الموهوب له فليس له الرجوع على الواهب «الهداية والكنز، الهندية». أنظر المادة (٦٥٨) وشرحها.

إلا أنه إذا ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له وضمنه المستحق للموهوب له بسبب تلفه في يده فللموهوب له الرجوع على الواهب (عبد الحليم، العناية عن الذخيرة، والهندية في الباب الخامس).

ويشترط أن لا تكون الهبة بطريق المواضعة حتى يملك الموهوب له المال الموهوب فعليه إذا كانت الهبة بطريق المواضعة فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب فعليه لو وهب شخص داره بطريق المواضعة لزوجته وبعد أن سلمها إياها توفي فتصبح تلك الدار مورثة لجميع الورثة وليس للزوجة أن تستقل بها هذا فيما إذا غير مشروع فله بعد ذلك طلب وأخذ المبلغ المذكور (البهجة).

٧ - ولو أسقط حق رجوعه - حق الرجوع للواهب مطلق. يعني إذا لم يسقط الواهب أثناء الهبة حق رجوعه فكما أن له حق الرجوع فلو اسقطه وأبرأه فلا حكم لهذا الإسقاط ولا تأثير ويبقى حق الرجوع. لأنه لما كان هذا الحق غير قابل للإسقاط والإبراء فلا يكون من فروع المادة (١٥٦٢) (أنظر شرح المادة ٥١) أيضاً إلا أنها إذا تصالحا عن حق الرجوع على مال كان صحيحاً ويكون ذلك المال عوضاً للهبة وسقط حق الرجوع (الأنقروبي، جواهر الفتاوى، الدر المختار).

وإذا لم يرض الموهوب له برجوع الواهب وأنكر الهبة لدى مراجعة الحاكم يطلب الواهب باثبات الهبة أو بنكول الموهوب عن اليمين المكلف بها استرداد المال الموهوب. ويفهم من هاتين الفقرتين كما أن الرجوع عن الهبة صحيح بتراضي الطرفين يكون صحيحاً أيضاً بحكم القاضي فجاز الرجوع برضا الطرفين. لأن للطرفين ولاية على نفسيهما وجاز الرجوع بحكم الحاكم. لأن للحاكم ولاية عامة أي أن له ولاية على من كان في حكم قضائه من الناس.

أما الرجوع على هذا الوجه بدون رضا الطرفين وبدون حكم الحاكم فغير جائز لأن في حصول الشيء المقصود من الهبة وعدم حصوله خفاء إذ يجوز ويحتمل أن يكون قصد الواهب من الهبة الثواب والتحبب وفي هذه الحال يلزم أن يرجع الواهب إذ تكون الهبة قد أفادت مقصود الواهب وحصلت غايته منها كما أنه يحتمل أن يكون مقصود الواهب العوض وفي هذه الحال يجب أن يكون للواهب الرجوع بسبب أنه لم يحصل من العقد مقصد الواهب فلذلك لزم الرضا والقضاء لتعيين وتخصيص هذين الاحتمالين (مجمع الأنهر والدرر).

وللحاكم فسخ (١) الهبة إن لم يكن ثمة مانع (٢) من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية

حال عقد الهبة . يعني يجب عليه فسخه . أما إذا لم يرضى الموهوب له وقبل أن يحكم الحاكم بفسخها فلا يخرج ذلك المال من ملك الموهوب له وأما إذا وجد أحد موانع الرجوع فليس للحاكم فسخ الهبة .

إيضاح القيود : -

١ - موانع الرجوع ، فإذا وجد أحد موانع الرجوع السبعة يحكم الحاكم ببطلان الرجوع يعني يحكم بعدم حق الرجوع للواهب . إلا إذا وجد مانع الرجوع في الهبة الفاسدة فيجوز الرجوع ويصح . لأن الهبة الفاسدة لما كانت مضمونة بعد الهلاك فمن الظاهر أن يكون للواهب حق الرجوع قبل الهلاك (الطحطاوي).

كما ذكر في المسألة التاسعة عشرة في شرح المادة (٨٥٨) . وقد جمعت موانع الرجوع في (دمع خزقه) وستفصل في شرح المادة (٨٦٦) .

لكن إذا زال المانع بعد هذا الحكم عاد حق الرجوع أيضاً . أنظر المادة (٢٤) . ولا يزول مانع الرجوع في صور الزوجية ، والقربة ، وهلاك العين ، وموت العاقدین (الطحطاوي) أما في صور العوض عن الهبة والخروج عن الملك والزيادة المتصلة فيزول .

الزوال في العوض ، إذا ضبط العوض المعطى على ما هو موضح في شرح المادة (٨٦٨) بالاستحقاق فللواهب الرجوع أيضاً .

الزوال في الزيادة المتصلة ، يوضح على الوجه الآتي : -

مثلاً إذا حصل في العرصة الموهوبة زيادة متصلة بإنشاء بناء كما جاء في المادة (٨٦٩) وبعد أن حكم الحاكم لعدم وجود حق للرجوع فهدم الموهوب له البناء حتى رجعت العرصة إلى هيئتها الأصلية عاد للواهب حق الرجوع وهذا وإن كان منافياً لقاعدة الحق الساقط لا يعود إلا أنه لم يسقط حق الرجوع هنا ولم يحصل الرجوع لوجود مانع يمنع حق الرجوع . وهذا من باب زوال المانع كما إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة ثم إذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع (الطحطاوي) .

والتفصيلات المذكورة ليست منافية لفقرة (بعكس الزوجية) المذكورة في شرح المادة (٨٦٨) . لأن المانع المراد هنا هو موانع الرجوع الطارئ بعد الهبة ويعود حق الرجوع بزوال المانع الطارئ المذكور لكن لما كان مانع الرجوع في الفقرة المذكورة مانعاً مقارناً فلا يعود حق الرجوع بزواله (الدرر) .

وصورة زوال المانع في الخروج عن الملك هي كما يأتي إذا وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص آخر وسلمه إياه فليس للواهب الرجوع عن الهبة بعد ذلك أما إذا رجع الموهوب له عن الهبة واسترد الموهوب فللواهب حينئذ الرجوع عن هبته .

والامتناع عن الرجوع يقدر بمقدار المانع . فعليه لو وهب أحد فرساً له لأخيه ولرجل آخر أجنبي فليس له الرجوع عن حصة أخيه . أما حصة الأجنبي فله الرجوع عنها . كذلك لو أعطى أحد مالا له

لزيد وعمرو على أن يكون هبة لزيد وصدقة لعمرو فله الرجوع عن الهبة وليس له الرجوع عن الصدقة (الوقاعات). أنظر المادة (٨٧٤). وكذا إذا أعطى الموهوب له عوضاً في مقابل نصف المال الموهوب وقبلة الواهب أيضاً فليس له الرجوع عن النصف المذكور بناءً على المادة (٦٦٨) وأما النصف الثاني فله الرجوع عنه (أبو السعود المصري).

٢ - له الفسخ يدل هذا التعبير على أن الموهوب يبقى في ملك الموهوب له قبل فسخ الهبة ولحق الحكم.

وعليه لو طلب الواهب الموهوب مبيئاً أنه قد رجع عن الهبة وامتنع الموهوب له عن إعادته وتلف في أثناء ذلك أو استهلكه بأن وهبه لآخر وسلمه إياه أو باعه منه كان جائزاً ولا يلزم الموهوب له ضمان لأن ملك الموهوب له لا زال باقياً (العناية).

حتى لو كانت التصرفات المذكورة في أثناء المحاكمة والمرافعة (البرازية وإصلاح الإيضاح). كذلك لو استرد الواهب المال الموهوب بعد القبض من الموهوب له بلا رضا ولا قضاء كما هو محرم في المادة الآتية كان غاصباً.

أما بعد الحكم بفسخه فيخرج المال الموهوب من ملك الموهوب له ويبقى أمانة في يده وعليه لو تلف المال الموهوب في يد الموهوب بعد حكم الحاكم فلا يضمن لأنه لما كان القبض ابتداءً غير مضمون فلا ينقلب باستمراره مضموناً (الزيلي).

أما إذا طلب الواهب الموهوب بعد حكم الحاكم بالرجوع وتلف في يده بعد أن امتنع عن إعادته فيكون ضامناً أنظر المادة (٨٩٤) (الهداية، الدرر) أنظر ما لو منعه بعد الرجوع بالرضا والظاهر أن الحكم واحد (الطحطاوي).

قد استعمل في هذا تعبير الفسخ لأن الرجوع بالقضاء يعني فسخ الحاكم عقد الهبة بناءً على دعوى الواهب الرجوع فسخ في المستقبل وليس هبة مبتدأة يعني لا يكون الموهوب له بالفسخ المذكور قد وهب المال الموهوب للواهب. فلهذا لا يشترط فيه قبض الواهب والموهوب يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن (الطحطاوي).

أما الرجوع بالرضا فهو على بعض الروايات فسخ وعلى البعض الآخر عقد جديد مبتدأ (الدرر). والمسائل الآتية تدل على كون الرجوع بالرضا فسحاً أيضاً.

أولاً - لو وهب مالاً قابلاً للقسمة وسلمه ثم رجع عن نصف الحصص الشائعة كان الرجوع صحيحاً والحال أنه لو كان هبة جديدة ولو لم يكن فسحاً لما صح.

ثانياً - لا تتوقف صحة الرجوع عن الهبة على القبض لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في

عول ملك قديم . فلو كانت الهبة مبتدأة لتوقف على القبض .

ثالثاً - إذا رجع الموهوب له بعد أن وهب المال الموهوب وسلمه إياه عن الهبة واسترده فللواهب أيضاً الرجوع عن هبته أيضاً . ولو كان رجوع الموهوب له الأول هبة جديدة لما كان للواهب حق الرجوع أنظر المادة (٩٨) «الهندية في الباب الخامس» .

المراد بقوله في المستقبل هو فسخ يتبدى اعتباراً من حكم القاضي بفسخ الهبة إلى ما بعد ذلك من الزمن وليس فسخاً للهبة من وقت الهبة إلى ما بعد ذلك من الزمن (عبد الحلیم ورد المحتار) وبعبارة أخرى أن الموهوب يبقى في ملك الموهوب له من زمن هبة الواهب وتسليمه إلى أن يحكم الحاكم ويخرج الموهوب من ملكه اعتباراً من وقت الفسخ .

والحاصل - أن هذا الفسخ ليس فسخاً لما سبق بل هو فسخ للآتي .  
وتتفرع المسائل الآتية عن كونه ليس فسخاً لما سبق :

٢ - وإن عاد المال الموهوب لملك الواهب بالفسخ المذكور إلا أنه لا يعود إليه بالملك القديم فعليه تبقى الزوائد المنفصلة الحاصلة من الموهوب قبل الفسخ وبعد الهبة والقبض ملكاً للموهوب له ولا يرجع ذلك إلى ملك الواهب كاصل الموهوب مثلاً لو وهب أحد فرساً لآخر وبعد أن ولدت عند الموهوب له رجع الواهب عن هبته فالمره يبقى للموهوب له (أنظر المادة ٨٦٩) .

٢ - لو بيع عقار مجاور لدار وهبت وسلمت وبعد ذلك رجع الواهب عن هبته فليس له أخذ ذلك العقار بالشفعة (رد المحتار، وعبد الحلیم) ولو عاد إليه ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تنزل عن ملكه كان له الأخذ بالشفعة (الهندية في الباب الخامس) .

والرجوع المذكور فسخ للآتي وتتفرع عن كونها ليست هبة مبتدأة المسائل الآتية (أبو السعود المصري) .

١ - لا يلزم قبض الواهب لتمام هذا الفسخ والواقع أنه لو كانت هبة مبتدأة لا تتم بدون القبض

٢ - لو وهب الواهب مالاً له قابلاً للقسمة كاملاً وسلمه وبعد ذلك رجع عن جزء شائع منه فهذا الرجوع صحيح لأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها وقد كان هبة الجزء الشائع من المال القابل للقسمة غير جائز (رد المحتار) .

٣ - للواهب أن يرد المبيع بالعيب إلى بائعه بعد رجوعه على هذا الوجه عن هبته سواء كان الرجوع بالرضاء أم القضاء (رد المحتار) .

هذا إذا كان الواهب غير مطلع على عيبه قبل الهبة والحال لو كان ذلك هبة مبتدأة لكان ليس له الرد لأنه حسب حكم المادة (٩٨) ان تبدل سبب الملك يقوم مقام تبدل الملك (الدرر) .

بخلاف الرد بالعيب أي لو اشترى شيئاً ثم باعه ثم رد المشتري الثاني على الأول بعيب قديم فإن رده لقضاء كان فسخاً فيثبت حق الرد للمشتري الأول على بائعه وإن كان برضاه لا لأنه بمنزلة البيع الجديد (الطحطاوي) والفرق يطلب من الطحطاوي قبيل فصل في مسائل متفرقة من الهبة.

٤ - لو هب أحد ماله لآخر وسلمه إياه ووجهه هذا الآخر وسلمه إياه وبعد ذلك لورجع الأخير عن هبته وأخذ المال ممن وهبه إليه فلوأهبه أيضاً أن يرجع عن الهبة ويسترد ماله منه سواء أكان رجوع الأول رضاء أو قضاء . والحال أنه لو كان رجوع ذلك الشخص عن هبته غير فسخ وكان هبة مبتدأة فليس لذلك الشخص الرجوع عن الهبة . (أنظر المادتين (٩٨) و (٨٧)) «الهندية والعناية» .

وإنما أعتبر الرجوع عن الهبة بالرضا هبة جديدة في بعض الروايات في المسألة الآتية الذكر وهي إذا اتهم شخص في حال صحته ماله وقبضه من الواهب وبأثناء مرضه الموت رد الموهوب للواهب رضاه بسبب رجوع الواهب عن الهبة فيعد هذا الرد من المريض بمنزلة الهبة الجديدة حتى لو كان الموهوب له غير مدين فيعتبر رده هذا في ثلث ماله فقط (أنظر المادة ٨٧٩) أما إذا كان دين المريض مستغرقاً لمال فيكون الرجوع المذكور باطلاً ويعاد المال الموهوب إلى تركة الموهوب له (الهندية) .

أما إذا لم يكن الرجوع المذكور بالرضا بل كان بالقضاء فلا حق للدائنين أو الورثة في المداخلة بعد وفاة الموهوب له . (الهندية، البزازية) .

وكون الرجوع الذي يقع برضا الموهوب له في مرض موته بمنزلة هبة مبتدأة هو على بعض الروايات كما ذكرنا آنفاً أما على الروايات الأخرى فيعد فسخاً من كل وجه ويعتبر في جميع مال الموهوب له (رد المحتار والهندية في الباب العاشر) . وستذكر هذه المسألة مرة أخرى في شرح المادة (٨٨٠) .

﴿المادة ٨٦٥﴾ - (لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض من نفسه بدون رضا الموهوب له أو بدون حكم الحاكم وقضائه كان غاصباً وفي هذه الصورة لو تلف أو ضاع في يده كان ضامناً) .

ليس الرجوع عن الهبة صحيحاً بدون الرضاء أو القضاء . فعليه لو قبض الموهوب له المال الموهوب باذن الواهب صراحة أو دلالة فليس للواهب بعد ذلك استرداد الموهوب من نفسه من الموهوب له بدون رضاه أو بدون حكم الحاكم وقضائه فإذا فعل كان غاصباً لأنه ليس للواهب أن ينفرد في الرجوع بدون الرضاء والقضاء كما هو مذكور في المادة السابقة . وفي هذه الصورة للموهوب له أن يسترد الهبة من الواهب عيناً . إلا أن للواهب بعد ذلك أن يراجع الحاكم على ما جاء في المادة الأنفة ويفسخ ويسترد الموهوب .

وفي هذه الصورة لو استهلك الواهب الموهوب يكون ضامناً كما أنه يضمن للموهوب له بدله أي قيمته إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات إذا تلف أو ضاع وهو في يده . أنظر المادة (٨٩١) .  
وفي هذه الصورة ليس للمواهب الرجوع عن هبته . أنظر المادة (٨٧١) .

إذا استهلك الواهب الهبة الذي أخذها اختلاصاً من الموهوب له كان ضامناً كما أنه لو أودع الموهوب له الهبة بعد القبض للمواهب فندم الواهب على هبته واستهلاك المال الموهوب بدون رضاء الموهوب له أو بدون قضاء الحاكم كان ضامناً أيضاً (الأنقروي وعلي أفندي) .

ولو وهب له شيئاً وقبضه فاختمه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تعريم بخلاف ما لو كان ثوباً فقطعه الواهب فان الموهوب له يأخذ الثوب ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة (الطحطاوي) .

سؤال - في بعض الكتب الفقهية للأب الرجوع حكماً عن الهبة لولده الصغير مع مخالفة ذلك للمرأة إذ يفهم صحة الرجوع بدون الرضاء والقضاء لعدم إمكان حصول الرضاء من الصغير .

جواب - ليس معنى هذا أن للأب الرجوع عن الهبة الواقعة منه لولده الصغير . لأن هذا المعنى مخالف لحكم المادة (٨٦٦) وإنما للأب في حال احتياجه أن يأخذ مال ولده الصغير الذي من جنس النفقة لصرفه على نفقة نفسه . حتى لو كان ذلك المال مالاً قد وهب للصغير (أبو السعود المصري) (أنظر شرح المادة ٧٩٩) .

﴿المادة ٨٦٦﴾ إذا وهب شخص شيئاً لأصوله وفروعه أو لأخيه أو لاخته أو لأولادهما أو لأخ واخت أبيه وامه فليس له الرجوع بعد الهبة .

قراءة النسب يعني ذي الرحم أي المحرمية بالنسب الوارد ذكرها في كتاب النكاح مانعة عن الرجوع في الهبة الصحيحة حتى لو اختلفا ديناً وداراً يعني من وهب شيئاً لأصوله كإبيه أو لأبي أبيه وكذا لأبي هذا وامه أو لامه وام أبيه ولأبي أمه وفروعه يعني لابنه أو ابنته أو لأولادهما أو لأولاد أولادهما أو لأخيه أو لاخته أو لأولادهما يعني لابن أخيه أو ابن اخته أو لأخ واخت أبيه وامه أي لأعمامه وعماته ولأخواله وخالاته هبة صحيحة فليس له الرجوع بعد ذلك .

ولو كان القابل لهذه الهبة وكياً أجنبياً لهم . لأن العقد والمملك قد وقعا في هذه الهبة لأخيه (الهندية في الباب الرابع) . وعدم الرجوع هذا يثبت على وجهين :

الوجه الأول ، السنة ، فقد قال الرسول الأكرم ﷺ : إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها .

الوجه الثاني ، الدليل العقلي . وهو أن المقصود من الهبة المذكورة صلة الرحم وبما أن هذا المقصد يحصل بالهبة المذكورة ولما كان كل عقد يفيد المقصود لازم فالهبة المذكورة لازمة أيضاً إذ أن الرجوع عن الهبة التي تحصل بها صلة الرحم قطع للرحم فالرجوع غير جائز (الزيلي ، الدرر) .

كما أنه لو كان أحد من الواهب والموهوب له مسلماً والآخر نصرانياً أو كان أحدهما من رعايا دولة والآخر من رعايا دولة أخرى أي كان بينهما اختلاف في الدين أو الدار فليس للواهب حق الرجوع كما أشرنا إلى ذلك شرحاً وكما يفهم ذلك من ذكر المادة على وجه الإطلاق (الزيلي وأبو السعود المصري). كذلك لو وهب أحد لوكيل أخيه المعين للاتهاب شيئاً وسلمه إياه فليس له الرجوع لأن الملك والعقد واقعان لأخيه (القنية) أنظر المادة (١٤٦٠).

أما الهبة لغير هؤلاء أي الهبة لذي رحم غير محرم فليست مانعة من الرجوع وذوو الرحم غير المحرم كابن العم وبنت العم وابن العممة، وبنت الخال، وابن الخال، وبنت الخال، وابن الخالة، وبنت الخالة. فعليه لو وهب أحد لابن عمه شيئاً فله الرجوع عن هبته والحكم على المنوال المذكور في أولاد العممة. كذلك لو وهب أحد لابن خاله شيئاً فكما أن له الرجوع فالحكم في الهبة لأولاد الخالة على هذا المنوال أيضاً لأنه وإن كان بين هؤلاء قرابة لكنها لا تستلزم تحريم النكاح بينهم (الهداية) كذا إذا وهب شيئاً لأي رحم محرم بغير النسب فليس يمنع للرجوع. فلو وهب أحد مالا لابن عمه نسباً وأخيه رضاعاً فله الرجوع عن هبته لأنه وإن كان ذلك الشخص ذا رحم لكونه ابن عمه ومحرمًا لكونه أخاه رضاعاً إلا أن ذلك التحريم ليس من جهة النسب بل كان بسبب آخر غير النسب وهو الرضاع.

وكذا قرابة المحرمة بالسبب ليست مانعة للرجوع كالقرابة رضاعاً أو كالقرابة مصاهرة كامهات النساء والربائب وزواج البنين والبنات (الهندية في الباب الرابع).

فلو وهب أحد شيئاً لأمه أو لأبيه في الرضاع أو لحماته أو لابن زوجته أو ابن زوجته أو لزوج ابنته أو زوجة ابنه فله الرجوع.

كذلك لو وهب أحد كل أشيائه لربييه وسلمه إياها فله الرجوع (منقاري زاده). والمقصود من الهبة في هذا المبحث الهبة الصحيحة. لأن القرابة المحرمة بالرحم وسائر موانع الرجوع ليست مانعة للرجوع عن الهبة الفاسدة. لأن الهبة الفاسدة كما هو مذكور في شرح المادة (٨٥٨). لما كانت مضمونة بعد الهلاك فله حق الرجوع والاسترداد قبل الهلاك (الطحطاوي وأبو السعود). مثلاً لو وهب أحد حصاة شائعة من ماله القابل القسمة لولده وسلمها له شائعة فله الرجوع عن هذه الهبة (الأنقروي).

ملخص موانع الرجوع:

قد جمع الفقهاء موانع الرجوع السبعة عن الهبة في حروف (دمع خزقه). فالدال إشارة إلى الزيادة وستذكر في المادة (٨٦٩). والميم، إشارة إلى موت أحد من الواهب والموهوب له ستذكر في المادة (٨٧٢) والعين إشارة إلى العوض وستذكر في المادة (٨٦٨). والحاء، إشارة إلى خروج المال الموهوب من يد الموهوب له وهو مسطور في المادة (٨٧٠). والزاي، إشارة إلى الزوجية وهي مسطورة في المادة

(٨٦٧). والقاف، إشارة إلى القرابة وقد ذكرت في هذه المادة والهاء إشارة إلى الهلاك وستذكر في المادة (٨٧١). وهذه الموانع السبعة مجموعة في الآيات الآتية التي من البحر الكامل.

منع الرجوع من الموهوب سبعة      فزيادة موصولة موت العوض  
وخروجها عن ملك موهوب له      زوجية قرب هلاك قد عرض

﴿المادة ٨٦٧﴾ لو وهب كل من الزوج والزوجة لآخر شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع

حتى لو وقعت الفرقة بينهما أو كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة فليس له الرجوع لأن الزوجية نظيرة القرابة كما أنه يجري التوارث بينهما بلا حاجب. ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر وعليه المقصود في هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد كما في هبة الأقارب وليس العوض. وإذا حصل الغرض المقصود من الهبة على الوجه المحرر فلا رجوع فيها (الزيلعي).

وعلى ما يفهم من تعبير (حال كون الزوجية قائمة) إن الزوجية المانعة من الرجوع عن الهبة هي الزوجية الموجودة وقت الهبة أما الزوجية وقت الرجوع فليست مانعة عن الرجوع (الملتقى).

فعليه لو وهب أحد امرأة أجنبية شيئاً ثم بعد ذلك تزوج منها فله الرجوع عن هبته. إذا لم يكن مانع آخر. لأن مقصود الواهب في هذه الصورة العوض بناء عليه حق الرجوع ثابت ولا يسقط هذا الحق بالتزوج (الزيلعي).

كما أنه لو أرسل أحد بعض الأمتعة لزوجته الغير المدخول بها هدية وأرسلت الزوجة له هدايا عوضاً عن هداياه لها سواء أصرحت عند الإرسال بكونها عوضاً أم لا تصرح ثم زفا لبعضهما وحصل افتراق بينهما وادعى الزوج أن ما أرسله للزوجة كان عارية وليس هبة وحلف اليمين على ذلك فللزوجة أيضاً استرداد ما أرسلته له لأنه إذا لم يكن ما أرسله الزوج هبة فلا عوض عليه.

وإذا استهلكه أحد من الزوج والزوجة كان ضامناً لأن استهلاك العارية موجب للضمان (الدر المختار).

كذلك لو وهب أحد مالاً لزوجته التي طلقها طلاقاً بائناً فله بعد ذلك الرجوع إذا لم يكن مانع آخر وبالعكس لو وهبها والزوجية قائمة وافتراقاً بعد ذلك يعني لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً فليس له الرجوع عن هبته. وإن كانت حليلة وكان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة (الطحطاوي).

أما الوصية فالحكم على خلاف ذلك يعني أن المعتبر فيها وقت الوفاة وليس وقت الوصية ومع أنه يعتبر في الهبة وقت الهبة ففي الوصية يعتبر وقت الموت ولا يعتبر فيها وقت الإيصاء وعليه لو طلق أحد

زوجته طلاقاً بائناً بعد أن أوصى لها وصية وتوفي بعد ذلك مصراً على إيصائه تصح الوصية كما أنه لو تزوج أحد من أجنبية بعد أن كان أوصى لها وتوفي بعد ذلك فلا تصح الوصية (جواهر الفقه).

قيل في هذه المادة أحد من الزوج والزوجة لأنه لو وهب أحد من أقرباء الزوج أو الزوجة لأقرباء الآخر شيئاً فيجوز الرجوع عن هذه الهبة. فعليه لو وهب قريب البنت شيئاً لأبي الولد وسلمه إياه ثم افترق الزوج والزوجة فللواهب الرجوع عن الهبة (القاعدية) ما لم يكن مانع للرجوع.

﴿المادة ٨٦٨﴾ إذا أعطي للهبة عوض وقبضه الواهب فهو مانع للرجوع فعليه لو أعطي للواهب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء على كونه عوضاً عن هبته وقبضه فليس له الرجوع عن هبته بعد ذلك.

إذا أعطي مال غير المال الموهوب هبة أو هدية أو صدقة للواهب على كونه مقابلاً لكل الموهوب وقبض الواهب العوض المذكور فإن ذلك مانع للرجوع في الهبة والعوض معاً سواء أكان ذلك العوض مشروطاً أثناء الهبة أم لم يكن يعني كأن يعطي بعد الهبة والقبض بلا شرط وقد قال بعض الفقهاء إن هذا العوض الثاني لا يسقط حق الرجوع إلا أن فروع المذهب تقول باسقاط العوض حق الرجوع على الإطلاق (الطحطاوي).

فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ولا يخالفها إلا في إسقاط حق الرجوع فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة (الهندية باختصار) ما لم يبق العوض سالماً للموهوب له. لأن الرسول الأكرم ﷺ قال الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها (الزيلعي) كما أن ثبوت الرجوع في الهبة مبني على وقوع الخلل في مقصود الواهب على ما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) ولما كان الخلل يزول باعطاء العوض فلا يكون حق الرجوع أيضاً كما هو الحال في رد المشتري للمبيع بالعيب القديم إذ أنه ليس للمشتري رد المبيع بعينه القديم فيما إذا زال ذلك العيب (الزيلعي).

إيضاح القيود:

- ١ - كل الهبة قد زيدت في الشرح لفظة (كل) لأنه لو أعطي عوض في مقابل نصف الموهوب وإن كان ليس للواهب الرجوع عن هبته في هذا النصف إلا أن له الرجوع في النصف الآخر. لأن الإمتناع عن الرجوع يقدر بقدر المانع كما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) (الهداية والعناية) فالتعويض الذي يمنح الرجوع بما أنه في نصفه فقط فإمتناع الرجوع ينحصر في نصفه أيضاً وعليه لما كان بالرجوع على هذا الوجه بولد الشيوع في الموهوب إلا أن ذلك طارئٌ فلا يخل بصحة الهبة أنظر المادة (٥٥).
- ٢ - مال غير الموهوب وستأتي إيضاحات ذلك قريباً.

٣ - إذا أعطي عوض في مقابلة الهبة صدقة أو عمرى فيسقط باعطائها حق الرجوع عن الهبة كما يسقط باعطاء العوض لأنه لما كان يحصل بذلك العوض الذي هو مقصود الواهب فلا يبقى اعتبار لاختلاف اللفظ (الولولاجية).

٤ - عوض، يستفاد من ذكر هذا اللفظ مطلقاً سواء أكان العوض المذكور من جنس المال الموهوب كأن يكون المال الموهوب شعيراً والعوض شعيراً أيضاً. لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا (العناية). لأن العوض ليس يبدل حقيقة إذ لو كان كذلك لما جاز بالأقل للربا يحقق ذلك أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وإنما يعطي عوضه ليسقط حقه في الرجوع (الطحطاوي).

أو كان من جنس آخر كأن يكون الموهوب شعيراً والعوض حنطة أو يكون الموهوب حنطة والعوض دقيقاً من تلك الحنطة (الدر المنتقى) ويشترط فيه شرائط الهبة قبضه وإفرازه عن مال المعوض فإن عوضه ثمراً على شجرة لا يتم حتى يفرزه وعدم شيوع ولو كان العوض مجاناً ويسيراً (الطحطاوي). ويلزم ثلاثة شروط ليكون هذا العوض مانعاً للرجوع:

الشرط الأول، يجب أن يعطي الموهوب له العوض بلفظ يعلم به الواهب أنه أعطى عوضاً عن هبته كقول الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو ثواباً لهبتك وما مائل ذلك من الألفاظ (منلا مسكين والزيلعي) لأن المسقط لحق الرجوع هو العوض وهذا إنما يتم برضا الواهب (الزيلعي) ويلزم في الرضا العلم وقد أشارت المجلة إلى ذلك في مثالها الآتي الذكر بقولها على أن يكون عوضاً.

فعلية لو وهب أحد شيئاً لآخر وبعد أن قبضه الآخر وهب الموهوب له أيضاً للواهب شيئاً ولم يقل كلاماً كقوله هو عوض لهبتك فيما أنها تكون هبة مبتدأة فللإثنين حق في الرجوع (الهداية والهندية في الباب السابع). وفي الجوهر ما يفيد أنه يكفي العلم بأنه عوض عن هبته (الطحطاوي).

الشرط الثاني: يلزم أن يكون العوض غير الموهوب يعني أنه يقتضي أن يكون المال المعطى في مقابل الهبة عوضاً غير المال الموهوب وعليه إذا وجد في العوض المذكور جزء من المال الموهوب تفسخ الهبة في الجزء المذكور وبذلك لا يكون عوضاً حقيقة فلا يكون العوض المذكور مانعاً للرجوع (الدر المنتقى والأنقروبي) لأنه لما كان للواهب حق الرجوع في كل الموهوب ووصول بعض الموهوب إلى يد الواهب باسم العوض لا يسقط حقه في الرجوع بباقي الموهوب أما عند الإمام زفر فيصح أن يكون بعض الموهوب عوضاً (الزيلعي).

كذا لو أعطيت غرفة من الدار الموهوبة عوضاً فلا تكون مانعة في الرجوع. كذلك لو وهب أحد حصاناً وفرساً في عقد واحد معاً وسلمه إياهما ثم بعد ذلك أعطى الموهوب له الحصان عوضاً للفرس فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع وله استرداد الفرس أيضاً.

فعلية لو شرط إعطاء جزء معين أو غير معين من الموهوب كان الشرط المذكور لغواً ولا يمنع الشرط المذكور من الرجوع (عبد الحلیم) ويستثنى من هذا الشرط مسألتان:

١ - لو تغير الموهوب على وجه يمنع الرجوع عن الهبة فيه فجعل بعضه عوضاً صحيح كأن يهب الواهب عشر كيلات حنطة ويسلمها ويطحن منها الموهوب له كيلة واحدة ويجعلها دقيقاً ثم يعطيها

للوهاب عوضاً صح ذلك وسقط حق رجوع الوهاب كذلك لو وهب أحد ثوبين وسلمهما وأعطى الوهاب أحدهما بعد أن صبغه أو خاطه كان صحيحاً (رد المحتار والخانية في فصل في العوض والهندية).

٢ - إذا كان عقد الهبة متعدداً يجوز أن يكون الموهوب في عقد عوضاً للموهوب في عقد آخر. لأن اختلاف العقد كاختلاف العين (عبد الحلیم، رد المحتار) فلو وهب أحد حصاناً بعقد وفرساً بآخر لأحد وسلمه إياهما فأعطى الموهوب له الفرس عوضاً للحصان أو الحصان عوضاً للفرس كان صحيحاً.

كذلك لو أخذ أحد مالا من آخر هبة وأخذ من ذلك الرجل نفسه مالا آخر صدقة وأعطى المال الذي أخذه صدقة عوضاً للمال الذي أخذه هبة كان صحيحاً (الهندية في الباب السابع) كذلك لو وهبت فرساً فولدت وهي في يد الموهوب له وأعطى الموهوب له المهر للوهاب عوضاً عن الموهوب كان صحيحاً لأنه ليس للوهاب حق الرجوع في الولد فصح العوض (التنوير وشرحه للعلائي).

الشرط الثالث: للوهاب سلامة العوض. فعليه لو ضبط العوض من يد الوهاب بالاستحقاق فيما أنه لا يكون عوضاً للوهاب الرجوع عن كل هبته فيما إذا كان الموهوب موجوداً بعينه ولم يحصل فيه زيادة ولم يحدث فيه حال آخر مانع للرجوع (الهندية في الباب السابع).

أما إذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق وكان العوض المذكور غير مشروط أثناء العقد وأعاد الوهاب القسم الباقي من العوض فله الرجوع عن كل هبته. هذا إذا لم يحدث حال مانع للرجوع عن الهبة. لأن إسقاط الوهاب حق رجوعه ناشئ عن بقاء كل العوض له فإذا لم يبق كل العوض سالماً فيثبت له حق استرداد الموهوب برده باقي العوض (العناية). وليس للوهاب الرجوع عن الهبة إذا لم يعد للموهوب له باقي العوض لأن باقي العوض هو صالح لأن يكون عوضاً ابتداءً ولما كان البقاء أسهل من الابتداء فالبقاء أيضاً صالح لأن يكون عوضاً (الدرر والكنز والعناية).

وإذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق رحدث مانع للرجوع كتلف الموهوب أو حصول زيادة فيه ولم يكن قد شرط العوض أثناء العقد فليس ثمة حق يضمن. لأنه إذا تلف الموهوب كان ذلك مانعاً للرجوع حسب المادة (٨٧١) لاستحالة الرجوع وشرط التعويض أو عدمه في ذلك بيان كما أن حصول الزيادة هو مانع للرجوع كالتلف بمقتضى المادة (٨٦٩) (الطحطاوي).

كذلك لو وهب الوهاب مالا وسلمه وبعد أن أعطى الموهوب له أيضاً عوضاً وتلف الموهوب في يد الموهوب له أو حصلت فيه زيادة ضبط العوض بالاستحقاق فليس للوهاب تضمين بدل المال الموهوب حتى لو كان الموهوب له قد أتلف الموهوب (عبد الحلیم، رد المحتار، أبو السعود المصري) أما إذا كان العوض مشروطاً في أثناء عقد الهبة فيوجد حق في التضمين. وسيوضح في الآتي:

إن سلامة الموهوب المعوض شرط في التعويض أيضاً. فعليه لو ضبط كل الموهوب بالاستحقاق بعد أن أعطى عوضاً له فكما أن للموهوب له الرجوع بكل العوض فلو ضبط نصف الموهوب بالاستحقاق فللموهوب له الرجوع بنصف العوض أيضاً. لأنه لم يبق للموهوب له مال سالم في مقابل

نصف عوضه (العناية والهندية) وفي هذه الحالة ليس للموهوب له إعادة باقي المال الموهوب واسترداد كل العوض (الهندية).

كذلك لو ضبط الموهوب بالاستحقاق وتلف العوض أو حصلت فيه زيادة وحدث فيه مانع للرجوع فلا يلزم الواهب ضمان على رواية الإمام أبي يوسف والإمام الأعظم وعلى هذا القول لا فرق بين العوض واصل الموهوب. وفي الهندية ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتل القسمة سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في الهدن أو نقص فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان انتهى.

وإذا كان العوض مشروطاً أثناء العقد يعني لو وهب أحد ماله بشرط أن يعطى عوضاً معلوماً وسلمه وبعد أن قبض العوض المذكور ضبط كل العوض بالاستحقاق فكما أن للواهب استرداد الموهوب الموجود عيناً فلو تلف أو أتلفه الموهوب له فللواهب أن يضمه بدله.

كذلك لو ضبط نصف العوض بالاستحقاق فللواهب أيضاً أن يسترد نصف الموهوب. لأن العوض إذا كان مشروطاً أصبح عقد الهبة عقد مبادلة فلذا يوزع البديل على المبدل ويقسم (رد المحتار، أبو السعود المصري، العناية، جواهر الفقه).

إذا ضبط الموهوب المشروط فيه العوض بالاستحقاق بعد التقابض فللموهوب له استرداد العوض عيناً إذا كان موجوداً وأن يضم إن تلف أو أتلف (الهندية).

وقد حصر عبد الحلیم والهندية مسألة الاستحقاق الأنفة البيان بالمال الغير قابل القسمة وذكر أن ضبط بعض الموهوب أو العوض القابل القسمة بالاستحقاق يوجب بطلان الهبة فيرجع عن كل الموهوب والعوض. وقول الطحطاوي (هذا إذا استحق نصفاً معيناً أما إذا لم يكن معيناً فتبطل الهبة أصلاً) مبني على ذلك.

وبما أن هذا البيان هو حسبما فصل في شرح المادة (٨٥٨) باعتباران الشيعو العارض بالاستحقاق هو شيعو مقارن ولما كان الشيعو المذكور حسب رأي المجلة شيعو طارئاً فلذلك البيان المذكور غير مقبول هنا ولا تختلف الأحكام المبنية في شرح هذه المادة سواء أكان الموهوب أو العوض قابلاً للقسمة أم لم يكن (أبو السعود).

#### الاختلاف في اشتراط العوض:

إذا اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب قد شرط العوض وقال الموهوب له لم يشرط فالقول للموهوب له (أنظر المادة ٧٦) ويحلف الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله أن الواهب لم يشرط الواهب العوض.

وفي هذه الحال للموهوب له الرجوع عن هبته إذا كان الموهوب موجوداً أما إذا تلف فليس له الرجوع حسبما جاء في المادة (٨٧١).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع فقال له الموهوب أعطيتك عوضاً وأنكر الواهب ذلك فالقول للواهب (رد المحتار).

أما إذا اجتمعت البينة على الهبة بشرط العوض والبينة على الهبة مجاناً رجحت بينة الهبة بشرط العوض (عبد الرحيم).

كذلك إذا اتفق الطرفان على أنها هبة بشرط العوض لكنهما اختلفا في مقدار العوض وكان الموهوب موجوداً والعوض غير مقبوض فالواهب مخير إن شاء صدق الموهوب له وقبض المقدار الذي ادعاه الموهوب له وإن شاء رجع عن الهبة واسترد الموهوب. وإذا تلف الموهوب ضمن قيمته (المهنية في الباب التاسع رد المحتار).

بناءً عليه لو أعطي الواهب شيء على أنه عوض عن كل هبته وقبضه سواء أكان هذا الإعطاء طرف الموهوب له أو من جانب شخص آخر أي أجنبي باذن وأمر الموهوب له أو بلا اذنه فليس للواهب بعد ذلك الرجوع عن أي مقدار من هبته.

يعني إن إعطاء العوض من أحد غير الواهب صحيح وهذا يسقط حق رجوع الواهب أيضاً. لأن العوض لما كان سالماً للواهب فلا يبقى للواهب حق الرجوع وعليه فكما أنه ليس للواهب بعد التعويض المذكور الرجوع عن هبته فليس للأجنبي المذكور أيضاً الرجوع عن عوضه يعني ليس له استرداد العوض الذي أعطاه من الواهب. لأن الأجنبي المذكور قد كان متبرعاً من طرف الموهوب له لاسقاط حق الرجوع (الدرر، نوح أفندي). كذلك ليس للأجنبي المذكور أن يرجع على الموهوب له بطلب بدله سواء أعطى العوض باذن الموهوب له وأمره أو بلا اذنه وأمره (البحر، والدرر). وعدم الرجوع على تقدير أن الأجنبي أعطاه بلا أمر ظاهر وإذا أعطاه بأمره فليس له الرجوع لأن الأصل والقاعدة في الرجوع هو:

إذا كان أحد مطالباً بحبس شيء وملازمته كالدين ونفقة الزوجة والأولاد فلو أمر ذلك الشخص، الشخص الآخر بإداء ذلك الشيء بلا شرط الضمان كان حق رجوع ذلك الشخص مثبتاً أيضاً وإلا فلا. ما لم يشترط الأمر الضمان على نفسه. وقد خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وإداء النذر فإنه وإن كان يطالب بها لكن لا بالحبس والملازمة وتتفرع هاتان المسألتان الآتيتان عن هذه المسألة (الطحطاوي).

١ - المديون إذا أمر المدين شخصاً بإداء دينه فأداه فله الرجوع على المدين بما أداه ولو لم يشترط الضمان (انظر المادة ١٥٥٦). «أبو السعود في الرهن والكفالة والخانية».

٢ - لو أمر أحد بأن ينفق على أهله وعياله وأنفق الآخر عليهم فله الرجوع على أمره (انظر المادة ١٥٠٨).

وعليه وبما أن الموهوب له غير مطالب بالحبس والملازمة بالتعويض المذكور فأمره بالتعويض ليس موجباً للرجوع. وإنما يصرف الأمر المذكور إلى التبرع وهذا لا يوجب الرجوع ضماناً. إلا إذا شرط الضمان (العناية) فلو أمر الموهوب له الأجنبي بقوله اعط العوض على أن أكون ضامناً واعطى

الاجنبي العوض بناء على ذلك فله الرجوع بالعوض على الموهوب له (الانقروي).

وستعطى الإيضاحات في هذا الشأن في كتاب الوكالة . ويستثنى بعض المسائل من هذه القاعدة فلو قال أحد الآخر اين داري أو عمرها وعمل المأمور ذلك فله الرجوع على أمره لأن العرف جار بالرجوع في ذلك (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٦٩﴾ إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان أرضاً وأحدث الموهوب له عليها بناءً أو غرس فيها شجراً أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن عند الموهوب له أو غير على وجه تبدل به اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ وأما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس التي وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له .

حصول الزيادة المتصلة الموجبة لازدياد قيمة عين الموهوب مانع للرجوع (العناية) لأن الرجوع إنما يصح في الموهوب وبما أن الزيادة ليست موهوبة فلا يجوز الرجوع فيها كما أنه يمتنع الرجوع فيها أصلاً لتعذر فصل الأصل عن الزيادة حتى يمكن الرجوع في الأصل وعدم الرجوع في الزيادة (أنظر المادة ٤٦) أما إذا لم تكن تلك الزيادة موجبة لتزايد القيمة أو كان تزايد القيمة لمجرد ترقى الأسعار فلا تكون مانعة للرجوع .

سؤال، إن منع الرجوع في الأصل وفي الزيادة معاً مستلزم لبطلان حق الواهب والرجوع فيهما مستلزم لبطلان حق الموهوب له أيضاً . فما السبب في ترجيح الأول؟

جواب، إن حق الواهب عبارة عن حق تملك في الأصل فقط أما حق الموهوب له فهو ملك حقيقة في الأصل والزيادة معاً، بناءً عليه تكون مراعاة الملك حقيقة عند تعذر الفصل أولى . وليس في الإمكان إيجاب الضمان على الموهوب له لأنه لا يجوز أخذ العوض في مقابل حق التملك ولذلك لزم بطلان حق الواهب (الزيلعي) .

مسائل عديدة متفرعة عن هذا :

أولاً، إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان أرضاً وأحدث الموهوب له عليها كلها بناءً أو غرس فيها شجراً بصورة توجب زيادة قيمتها أو أخرج الماء منها بإنشاء ساقية أو كان الموهوب ثياباً وخاطها أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن عند الموهوب له أو كان كاغداً وكتب عليه أو كان الحيوان صغيراً وكبر في يد الموهوب له أو كان ثوباً وصبغه بأحد الألوان أي حصلت في الموهوب زيادة متصلة في العين توجب زيادة القيمة سواء كانت تلك الزيادة حاصلة بفعل الموهوب له أو بغير فعله وسواء كانت تلك الزيادة متولدة أو غير متولدة أو كان الموهوب حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً أو كان دقيقاً فجعل خبواً أو

كان لبناً فصنع جيناً أو سمناً أو كان بيضة فصارت فرخاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ والتغيير الأخير لم يكن في الحقيقة من قبيل الزيادة في الموهوب بل من قبيل هلاك الموهوب حكماً فعليه لو ذكرت فقرة كأن كان حنطة وطحنت في المادة (٨٧١) لكان أنسب كما أنه يفهم من ذكر المادة (٨٩٩) مقابلاً للمادة (٨٩٨) ان ذلك لم يكن من قبيل الزيادة.

قيل في المجلة (واحد بناء... الخ) فالمقصود هو ذلك البناء والغرس والزيادة المتصلة التي توجب الزيادة في قيمة الأرض. وعليه إذا كانت الأرض كبيرة وأحدث البناء والغرس في قطعة منها وأوجب ذلك الزيادة في قيمة تلك القطعة ولم يكن مستلزماً الزيادة في قيمة غيرها فيجوز الرجوع عن هبة تلك القطعة (الهداية، الطحطاوي).

مثلاً لو أحدث أحد كوخاً في الأرض الموهوبة أو أشجاراً غير ذات أهمية وكان ذلك لا يوجب ازدياد قيمة الأرض فلا يسقط حق الرجوع في أي قسم منها. كذلك لو بنى في مكان غير مناسب تنوراً من طين لخبز الخبز ولم يوجب الزيادة في قيمة الأرض فليس يمنع عن الرجوع في الهبة (الطحطاوي والزليعي). ويعرف كونه موجباً لزيادة البناء أو الغرس على الوجه الآتي:

تقوم الأرض مرة واحدة خالية من البناء والغرس وتقوم أخرى على أن فيها البناء والغرس. فإذا كان تفاوت بين القيمتين يعني إذا كانت قيمتها أزيد في حال وجود البناء مثلاً يفهم أن البناء موجب للزيادة وإذا لم يكن ثمة تفاوت بينهما يتبين أنها ليست مستلزماً للزيادة.

ثانياً - لو جعل الحمام الموهوب له داراً فإذا كان البناء باقياً على حاله فليس مانعاً للرجوع أما إذا حصلت زيادة كفتح باب وتطين فهي مانعة للرجوع (الهندية).

ثالثاً - وإذا نقل المال الموهوب من مكان لآخر وأوجب النقل المذكور الزيادة في قيمة الموهوب ومست الحاجة إلى مؤونة للنقل فذلك مانع للرجوع عند الإمام الأعظم والإمام محمد لأنه لو جاز الرجوع في ذلك لكان مؤدياً إلى إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤونة النقل (الأنقروبي، الشرنبلالي رد المحتار، الطحطاوي). أما عند الإمام أبي يوسف فليس مانعاً للرجوع لأن الزيادة لما كانت حاصلة في العين فهي كالزيادة في السعر (الزليعي).

رابعاً - لو مسح المرأة التي اتبها من الغبار أو كسر الحطب الذي اتبها فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع (القنية، والحموي).

خامساً - إن الزيادة التي لا توجب الزيادة في قيمة الموهوب بل توجب النقصان ليست مانعة للرجوع لأن الزيادة التي لا توجب الزيادة في القيمة هي صورية وهي في الحقيقة نقصان (الفتح) لو ظهر للحيوان الذي اتبها أحد وقبضه سن شاخصه أي خارجه عن اسنانه فوق المعتاد فلا تعد مانعة للرجوع لأن ذلك ليس بزيادة حقيقية بل من العيوب التي تبعث على النقصان. كذلك الطول الفاحش الموجب نقصان القيمة ليس زيادة مانعة للرجوع أيضاً. كذلك لو فصل الموهوب له القماش الموهوب ثوباً ولم يخطه فذلك ليس مانعاً للرجوع (الطحطاوي، أبو السعود).

إذا لم تكن الزيادة في عين الموهوب بل كان الزيادة في القيمة حاصلة من ترقى الأسعار فهي غير مانعة للرجوع .

فعليه لو وهب أحد مالا لآخر قيمته خمسون قرشاً وسلمه أياه بعد ذلك ترقى الأسعار فصعدت قيمته إلى مائة قرش فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع (الكنز، أبو السعود) وفرق بين هذه المسألة وبين الزيادة الحاصلة بنقل الموهوب من مكان إلى آخر التي بيننا أنها مانعة للرجوع بأن الزيادة في هذه المسألة ليست من فعل الموهوب له وصنعه أما الزيادة الحاصلة في صورة النقل فهي من فعل الموهوب له وعمله .

الاختلاف في حصول الزيادة .

لو ادعى الموهوب له أن الحيوان الموهوب قد كان ضعيفاً فسمن عنده وقد حصل مانع للرجوع وأنكر الواهب فالقول للواهب لأن الواهب ينكر لزوم العقد (أنظر المادة ٧٦) . والحكم على هذا المنوال في كل زيادة متصلة لكن القول للموهوب له في البناء والخياطة والصبيغ يعني في الأشياء التي كالصبيغ (رد المحتار، مجمع الأنهر، البزازية الهندية) .

مثلاً لو كان الموهوب أرضاً وكان فيها بناءً وشجر فادعى الموهوب له أن الواهب قد وهبه الأرض صحراء وسلمها إليه كذلك وقد أحدث البناء والشجر الذي فيها وادعى الواهب أن البناء والشجر الذي فيها كان موجوداً عند هبته الأرض وتسليمها واختلفاً على هذه الصورة فالقول للموهوب له . وإذا كان الموهوب ثوباً مخيطةً أو مصبوغاً أو سيفاً محلى فالحكم على الوجه المشروح (الهندية) .

إلا أنه تستثنى الأشياء التي لا يمكن بناؤها وإنشاؤها في المدة التي وجدت فيها في يد الموهوب له من تاريخ المال الموهوب للموهوب له (البحر) . لأن كذب الموهوب له في هذا متيقن . لأن أحداث بناء كهذا في هذه المدة محال عادة (الطحطاوي) .

سادساً - وحصول الزيادة المالية وإن كان مانعاً للرجوع، فالنقصان ليس مانعاً للرجوع . والنقصان المذكور سواء أكان حاصلًا بفعل الموهوب له أم حاصلًا بسبب آخر ولا يضمن الموهوب له هذا النقصان (الأنقروي، والهندية) . مثلاً لو ذبح الموهوب له الشاة الموهوبة فللواهب الرجوع عن هبته واستردادها أما بعد الطبخ فليس له استردادها (الهندية) كذلك لو بل الموهوب له الكعك الموهوب بالماء فقط لا يكون مانعاً للرجوع كما لو بل الخنطة الموهوبة بالماء أيضاً لا يكون ذلك مانعاً للرجوع .

سابعاً، إذا كان الموهوب كريباساً أي قماش الكتان الخام وقصره الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن في هذا الحال قد حدث زيادة متصلة وصفة متقومة . أما لو غسله فليس بمانع للرجوع .

ثامناً، إذا سن السكين الموهوبة أو كان الموهوب سيفاً فجعله سكيناً أو كان سكيناً فجعله سيفاً فليس له الرجوع .

تاسعاً، لو كان الموهوب شجرةً وصرف عليها وقطعها الموهوب له بإذن الواهب فللواهب الرجوع .

عاشراً، إذا كان الموهوب خشباً وعمل الموهوب له منه خزانة أو باباً فليس للواهب الرجوع .  
الحادي عشر، إذا كان الموهوب تراباً أو كلساً فعمل الموهوب له منه طيناً للبناء فليس للواهب  
الرجوع (الهندية في الباب الخامس والخانية في فصل الرجوع).  
الثاني عشر، لو كان الموهوب حيواناً وحمل وهو في يد الموهوب له فلا يرجع عن الهبة كما هو مبين في  
السراج وقال الزيلعي يرجع .

الثالث عشر، إذا كان الموهوب حيواناً حاملاً وأراد الواهب الرجوع قبل وضع الحمل فالرجوع  
قبل مرور مدة يزيد فيها الحمل صحيح أما الرجوع بعد مرور المدة التي يعلم فيها زيادة الحمل فغير جائز  
(الهندية في الباب الخامس، الدر المختار).

أما الزيادة المنفصلة فليست بمانعة للرجوع لأنه يمكن الرجوع في الأصل مع ترك الزيادة في يد  
الموهوب له (الكفاية).

وهذه الزيادة سواء أكانت متولدة من أصل الموهوب كالولد واللبن، والثمر أو كانت غير متولدة  
كبدل إيجار الموهوب (الهندية في الباب الخامس).

إن الزيادة المنفصلة مع أنها مانعة للرد بالغيب فهي ليست مانعة للرجوع عن الهبة . أما الزيادة  
بعكس الزيادة المتصلة فهي مانعة للرجوع عن الهبة وليست مانعة للرد بالغيب .

وأجيب بأن الرد في المنفصلة أما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل وحده لا سبيل إلى  
الأول لأن الزيادة أما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والفسخ  
يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة وإلى الثاني لأنه تبقى  
الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو رباً بخلاف الرجوع في الهبة فإن الزيادة لوبقيت في يد الموهوب له مجاناً لم  
تفرض إلى الربا وأما في المتصلة فلأن الرد بالغيب إنما هو ممن حصلت في ملكه فكان فيه إسقاط حقه  
برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فإن الرجوع ليس برضاً ذلك ولا  
باختياره فكانت مانعة (العناية) فعليه لو حملت الفرس التي وهبها أحد لآخر وهي في يد الموهوب له  
فليس للواهب الرجوع عن الهبة لأن الحمل زيادة متصلة . وهذا التفريع متفرع عن الفقرة الأولى  
من هذه المادة .

أما بعد أن تلد تلك الفرس فيما أن مانع الرجوع قد زال فله الرجوع بناء على المادة (٢٤) وهل  
يمنتع الرجوع إلى أن يستغني الفلوعن الرضاعة؟ وقد ذكر في الخانية إذا ولد الموهوب للواهب فالرجوع  
بالأم في الحال . أما عند الإمام أبي يوسف فلا يمكن الرجوع عن هبة الأم إلى أن يستغني الفلوعن اللبن  
ويمكن الرجوع بعد ذلك ولا يمكن الرجوع بالفلو انتهى . وفي الطحطاوي مسألة أيضاً في هذا الخصوص  
ويفهم من ذكر المجلة حق الرجوع في هذه الفقرة مطلقاً أنه يمكن الرجوع بالفرس قبل الاستغناء أيضاً .  
وفي هذه الصورة يبقى الفلوعن الموهوب له يعني يعود حق الرجوع بزوال مانع الرجوع وزوال مانع  
الرجوع سواء قبل المرافعة والحكم أو بعد المرافعة والحكم .

أمثلة على الزوال قبل الحكم :

المثال الأول: إذا حملت الفرس التي وهبها أحد لآخر في يد الموهوب له وسلمها له ثم بعد ذلك ولدت فيمكن الرجوع.

كذلك لو وهب أحد فرساً حاملاً لآخر وسلمه اياها فوضعت تلك الفرس في يد الموهوب له فله الرجوع عن الهبة أيضاً وفي هاتين الصورتين يبقى الفلور للموهوب له (ابن نجيم).  
المثال الثاني: إذا انهدم البناء الذي بناه الموهوب له في العرصه الموهوبه ورجعت العرصه إلى حالها الأصلي عاد للواهب حق الرجوع (الأنقروبي).

مستثنى: لو اتهم رضيعاً واسن في يده فليس له الرجوع ولو نزلت قيمته عن قيمته وقت الهبة لأنه قد كبر وقتئذ وزادت قيمته فسقط حق الرجوع ولا يعود حق الرجوع بحصول التقصان بعدئذ (الزيلعي).

أمثلة على زوال مانع الرجوع بعد الحكم:

المثال الأول: إذا طلب الواهب الرجوع عن هبة الفرس الحامل قبل أن تلد وحكم الحاكم ببطلان الرجوع ثم ولدت الفرس فيعود للواهب حق الرجوع.

المثال الثاني: إذا كان الموهوب أرضاً وراجع الواهب الحاكم وادعى فسخ الهبة بعد أن حصلت زيادة فيها كالبناء والغرس ولم يحكم الحاكم بفسخ الهبة بناء على وجود الزيادة المتصلة إلا أنه بعد ذلك هدم الموهوب له البناء وأرجع الأرض إلى حالها الأصلي فيعود للواهب حق الرجوع أنظر المادة (٢٤) مع كونه لو حكم القاضي بسقوط الخيار بسبب وجود المانع عند الرد وزوال بعد ذلك مانع الرد فلا يعود الخيار أنظر المادة (٥١) مثلاً لو اشترى أحد دابة على أن يكون مخيراً عشرة أيام وبعد ثلاثة أيام مرضت الدابة وراجع المشتري الحاكم طالباً بفسخ البيع من جهة الخيار وحكم الحاكم ببطلان حق الفسخ لحدوث العيب في البيع ووجوده وهو في يد المشتري ثم في اليوم الثامن أي في مدة الخيار برى الحيوان من المرض فليس للمشتري أن يدعى أن له حق الرد بداعي أن الحيوان برى في مدة الخيار وعليه فالفرق بين الهبة والبيع في هذا الباب هو كما يلي:

لا يسقط ولا يبطل حق الرجوع في الهبة بالإسقاط والإبطال. كما ذكر في شرح المادة (٨٦٤).

فعليه قد امتنع الرجوع بسبب الزيادة وإذا زال المانع عاد حق الرجوع أيضاً. أما في البيع فيسقط بالإسقاط خيار شرط وحق فسخ المشتري كما أنه يسقط ذلك باسقاط ذلك الحاكم لها (الكفاية شرح الهداية).

﴿المادة ٨٧٠﴾ إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بالهبة والتسليم

لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع

خروج الموهوب من ملك الموهوب له مانع للرجوع. أي إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بهبته لآخر وتسليمه آياه أو بوقفه على جهة بر وتسليمه للمتولي وتسجيله التسجيل الشرعي فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع حتى ولو عاد بعد ذلك إلى ملكه مرة أخرى. يعني إذا عاد الموهوب إلى

ملك الموهوب له بعد أن خرج من ملكه ينظر فإذا عاد الموهوب إلى ملك الموهوب له بسبب آخر فليس له الرجوع. وبما أن بعض الكتب الفقهية قد ذكرت بدلاً من هذه المادة عبارة (خرج من ملكه . .) فقد أدخلت بتعبير (الخروج) انتقال الموهوب بوفاء الموهوب له إلى وارثه (الهندية).

مسائل متفرعة عن هذا:

أولاً، ليس للواهب الأول طلب ذلك المال من الواهب الثاني ولو دخل في ملكه بسبب آخر، لأن تبدل بسبب الملك في شيء قائم مقام تبدل ذلك الشيء انظر المادة (٩٨).

وليس له طلبه من الموهوب له الثاني أيضاً. لأن إخراج الموهوب له المال الموهوب من ملكه وتمليكه لآخر قد كان بتسليط الواهب فرجوعه بعد ذلك يتضمن نقض الشيء الذي تم من طرفه أنظر المادة (١٠٠) (الزيلي).

ثانياً، لو أخرج الموهوب له نصف المال الموهوب فقط من ملكه سواء أكان نصفاً شائعاً أم كان نصفاً مقسوماً فليس للواهب الرجوع بهذا النصف وله الرجوع بالنصف الآخر (الفتح).

لأنه يلزم أن يقدر الامتناع عن الرجوع بقدر المانع ومانع الرجوع في هذا النصف فقط (الزيلي) كما أن للواهب الرجوع بنصف الموهوب في حال عدم إخراج أي مقدار منه من ملك الموهوب له. لأن لذلك الشخص حق الرجوع في الكل فكما أن له أن يستوفي كل حقه فله استيفاء بعض حقه ويترك البعض الآخر. كما أن له حق بترك كل حقه فله حق بترك بعضه أيضاً (العيني) أنظر شرح المادة (٨٦٢).

ثالثاً، لو وهب الواهب مبلغاً لأحد وسلمه آياه وبعد ذلك استقرضه منه أو أقرضه الموهوب له لغيره فيما أن الموهوب قد استهلك فليس من رجوع.

رابعاً، لو باع الموهوب له المال الموهوب من شخص آخر ثم اشتراه منه بعد التسليم فليس للواهب الرجوع من هبته.

خامساً، لو وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص آخر وسلمه آياه وبعد ذلك لو عاد المال المذكور بإرث أو وصية للموهوب له أي الواهب الثاني فليس للواهب حق الرجوع.

سادساً، لو وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص وسلمه آياه وبعد ذلك باع الشخص المذكور ذلك المال من الموهوب له أو وهبه آياه وسلمه إليه أو كان الموهوب له فقيراً وتصدق عليه به وسلمه له فليس للواهب الرجوع أيضاً (الهندية البهجة، الدرر، عزمي زاده، الأنقروي).

سابعاً، إذا باع الموهوب له المال الموهوب لآخر ورده المشتري بخيار العيب فليس للواهب الرجوع (الهندية).

أما إذا لم تعد عين الموهوب إلى ملك الموهوب له بسبب آخر وعادت بسبب الفسخ فيعود حق رجوع الواهب الأول أيضاً. فلو وهب الموهوب له المال الموهوب لآخر وسلمه آياه ورجع بعد

ذلك عن هبته سواء أرجع بالرضاء أم بالقضاء وحكم الحاكم فللواهب الأول الرجوع أيضاً أنظر المادة (٢٤) (الأنقروى، وعزمي زاده). لأن هذا الرجوع فسخ كما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) وليس عقداً جديداً.

### ﴿المادة ٨٧١﴾ إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يبقى للرجوع محل

هلاك الموهوب مانع للرجوع. يعني إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له أي استهلاكاً حقيقياً أو حكماً فلا محل للرجوع في المستهلك. أما إذا وجد قسم غير مستهلك فيمكن الرجوع به يعني ليس للواهب تضمين الموهوب له بدل الموهوب المستهلك. سواء استهلكه الموهوب له أم استهلكه غيره أم تلف بنفسه (الهندية) لأنه كما يتعذر رد المال الموهوب بعد الهلاك لا يلزم أيضاً تضمين بدله لكونه غير مضمون (الزليعي).

والهالك أولاً، يكون حقيقياً. وهذا يحصل بتلف عين الموهوب كأكل وذبح الشاة. ثانياً، يكون حكماً ويكون ذلك بتلف عامة منافع الموهوب مع بقاءه ووجوده كجعل السيف الموهوب سكيناً وطحن الحنطة الموهوبة دقيماً أو قطع الأشجار النابتة في الأرض الموهوبة وجعلها حطباً أو عمل التراب الموهوب أو الرمل طيناً أو خلط خمسة ريبالات موهوبة بأخرى مثلها أنظر المادة (٨٦٩) (القهستاني، رد المحتار، الدرر المتقى) ويفهم من التقرير المشروح أن هذه المادة لا يستغني عنها بالمادة الأئفة.

اختلاف الواهب والموهوب له: وعلى ذلك لو ادعى الموهوب له بتلف الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع عن الهبة فالقول بلا يمين للموهوب له أنظر المادة (١٧٧٣) لأن الموهوب له منكر لوجوب الرد عليه. فأصبح مشابهاً للمستودع (أبو السعود المصري) وعدم لزوم اليمين ناشئاً عن كون الموهوب له ينجز عن تلف ماله.

أما إذا ادعى الواهب أن هذا المال هو المال الموهوب فله يجلف الموهوب له على أن المال الموهوب هو ليس المال المذكور (ابن نجيم).

كذلك إذا أقام الواهب دعوى الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له أنه أخو الواهب وأنه لا يجوز الرجوع عن الهبة حسب المادة (٨٦٦) فللواهب له عند الإنكار تحليف الواهب على أنه ليس أخاً له والحال أنه لا توجه اليمين في دعوى النسب عند الإمام إلا أنه لم يكن مقصوداً هنا النسب بل المقصود المال الذي هو مسبب النسب والحقيقة أن المقصود الأصلي في ذلك هو المال وليس النسب (الطحطاوي).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع عن هبته وادعى الموهوب له إعطائه العوض فالقول للواهب (الهندية).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع وقال الموهوب له اعطيني آياه صدقة وكذبه الواهب فالقول للواهب. لأن الواهب مملك فتعرف جهة التملك منه (الطحطاوي).

يفهم من ذكر لفظ الموهوب مطلقاً أنه لا يرجع عن الموهوب التالف فيما إذا تلف كله كما أنه لا

يرجع عن بعضه إذا تلف البعض أما القسم الذي لم يتلف فيرجع فيه مثلاً لو كان الموهوب داراً فهدمت الدار فللواهب الرجوع عن هبته في العرصة (الأنقروي).

﴿المادة ٨٧٢﴾ - وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع فعليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا توفي الموهوب له كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفي الواهب

ووفاة كل من الواهب والموهوب له بعد التسليم مانعة من الرجوع فعليه إذا توفي الموهوب له فليس للواهب الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب من ورثته كذلك إذا توفي الواهب فليس لورثته الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب أي أن وفاة الواهب مانعة من الرجوع في الهبة أي يبطل بوفاة الواهب خيار فسخه لأنه لما كان الخيار المذكور عبارة عن الوصف فلا يورث كخيار الرؤية والشرط. كما أنه قد شرع الشارع الرجوع عن الهبة للواهب ولما كان وارثه ليس بواهب. كانت وفاة الموهوب له مانعة للرجوع لأنه بوفاة الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ولا ينتقل إليهم من الواهب ولما كان ليس للواهب الرجوع عن الهبة في حالة انتقال ملكية الموهوب لآخر في حياة الموهوب له فكذلك ليس له ذلك في حالة انتقال الملك إلى الورثة بوفاة الموهوب له ولأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل العين فيصير الموهوب عيناً أخرى بانتقاله إلى الورثة. أنظر المادة (٩٨) (الزيلي).

سؤال: كان يكفي أن يذكر في هذه المادة أن وفاة الواهب مانعة من الرجوع لأنه يدخل في المادة (٨٧٠) كون وفاة الموهوب له مانعة من الرجوع ولذلك كان لا حاجة من ذكر ذلك في هذه المادة حيث أنه بوفاة الموهوب له يخرج الملك من الموهوب له وينتقل إلى الورثة.

الجواب: لما كان المتوفي في حكم الحي في الأحكام المتعلقة بتجهيزه وتكفيله وقضاء دينه وتنفيذ وصيته فلا تنتقل الأموال المقضية لذلك (القهستاني) إذ ربما يظن أن الهبة من تلك الأشياء فكان النص صريحاً على الموت أولى (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٧٣﴾ إذا وهب الدائن الدين للمدين فليس له الرجوع بعد ذلك أنظر المادتين (٥١، ٨٤٨).

هبة الدين للمدين إبراء.

وعليه إذا وهب الدائن الدين للمدين منجزاً فليس للواهب الرجوع ما لم ترد هذه الهبة من جانب المدين، ولو لم يوجد موانع الرجوع المذكورة في المواد الأنفة (ابن نجيم) لأن هذه الهبة اسقاط والساقط لا يعود أنظر المادتين (٥١ و ٨٤٨) (الدر المنتقى).

وبما أنه مسطور في هذه المادة عدم إمكان الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع فتفرق هبة العين عن هبة الدين يعني يفترق الإبراء (الحموي).

مثلاً لو باع أحد منزله الملك من أمه في مقابل ثمن معلوم وبعد ذلك وهب في حال صحته الثمن لأمه المذكورة وتوفي فليس لسائر الورثة المطالبة بالثمن المذكور أو المداخلة في الدار (علي أفندي).  
إيضاح القيود:

١ - للمديون، هذا التعبير احترازي . لأنه لو وهب الدين لغير المديون وسلطه على قبضه وبعد أن قبل الآخر ذلك وقبضه فللواهب استرداد المقبوض الذي في يد الموهوب له بالرجوع عن هبته . لأن الهبة التي تقع على هذا الوجه هي تملك للعين وليست باسقاط دين (أبو السعود).

٢ - منجزاً، هذا القيد احترازي فلو وهب هبة معلقة تكون الهبة باطلة . يعني أن ذكر وإنشاء هبة الدين للمديون معلقة بالشرط باطل .

مثلاً لو قال الدائن للمديون إذا جاء الغد فليكن ديني لك أو أنت بريء منه أو إذا أعطيت نصفه فليكن النصف الآخر لك أو هو لك كان باطلاً أما الإبراء فلا يتوقف على القبول لأن الإبراء هو وإن يكن من وجه اسقاطاً لعدم توفقه على القبول إلا أنه من وجه آخر تملك لرده بالرد ولما كان التعليق يصح بالإسقاطات المحضة كالطلاق ولا يصح في التملكيات وفي الإسقاطات من وجه فلذلك لا يصح هبة الدين للمديون معلقاً على شرط (العناية).

وإن لم تكن الهبة بالشرط التعليقي على الوجه المحرر صحيحة إلا أنها صحيحة بالشرط التقييدي . فلو قال الدائن لمديونه أنك بريء من نصف ديني بشرط أن تؤديني النصف الآخر . كان هذا الشرط صحيحاً لأن الشرط المذكور ليس شرطاً تعليقياً بل هو شرط تقييدي (أبو السعود).

﴿المادة ٨٧٤﴾ - (لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من

الوجوه).

سواء أوجد مانع من موانع الرجوع أم لم يوجد (إصلاح الإيضاح) لأن المتصدق ينال في مقابل الصدقة ثواباً فيحصل بذلك العوض ولذلك لم يجز الرجوع .

سؤال، إن حصول الثواب على عمل الخير كالصدقة هو فضل وإحسان من الله تعالى وغير واجب على الله كما يقول المعتزلة فكان حصول الثواب غير مقطوع ومجزوم به ولذا كان يجب أن يجوز الرجوع عن الصدقة .

الجواب، المراد بالثواب حصول الوعد بالثواب . وهذا عوض (أبو السعود، العناية) ومع ذلك فالثواب مقطوع بحصوله في الدار الأخيرة . ولا شبهة في حصول الثواب . لأن الله تعالى لا يخلف الميعاد . (سعدي جليبي).

الصدقة ثلاثة أنواع . (١) الصدقة لفظاً ومعنى كاعطاء الفقير مالاً بلفظ الصدقة (٢) الصدقة معنى فقط كاعطاء مال للفقير أي المحتاج بلفظ الهبة . كذلك لو أعطى أحد للسائل أو المحتاج مالاً على وجه الحاجة ولم ينص على كونه صدقة فليس له الرجوع استحساناً (الهندية في الباب الثاني عشر) . (٣)

الصدقة لفظاً فقط كإعطاء الغني مألأ بلفظ الصدقة . ولا يمكن الرجوع في نوع من هذه الأنواع ومن ثم كان عدم الرجوع عن الصدقة التي تعطى للغني باعتبار اللفظ . لأن الصدقة التي تعطى للغني يقصد بها الثواب أحياناً بسبب كثرة العيال (أبو السعود)

ونظراً لأن التصديق على الغني هبة على ما هو مذكور في شرح المادة (٨٣٥) والرجوع في ذلك ممكن فعدم الرجوع في ذلك استحساناً . أما عدم الرجوع عن الهبة التي تعطى للفقير والمحتاج فباعتبار المعنى . حتى أنه لو أعطى أحد آخر مألأ بنية الصدقة وإعاده ذلك الشخص إلى الدافع له ظاناً أنه قد أعطاه آياه وديعة أو عارية فلا يحل للدافع أخذ المال المذكور أنظر المادة (٧٢) فإذا أخذ عليه أن يعيده (الهندية) كذلك لو أعطى أحد للمحتاج أو لسائل على وجه الحاجة مألأ بدون أن ينص على كونه صدقة فليس له الرجوع استحساناً لأنها تكون صدقة (الهندية في الباب الثاني عشر)

وإذا اجتمعت الصدقة والهبة معاً في مال يرجع عن الهبة أما عن الصدقة فلا يرجع فلو وهب أحد نصف دار لآخر وتصدق عليه بالنصف الآخر فله الرجوع عن الهبة وليس له الرجوع عن الصدقة (الهندية) . وتعبير بعد القبض مبني على المادة (٨٣٧) الاختلاف في كون المال المعطى هبة أو صدقة :

إذا اختلف الواهب والموهوب له في الموهوب فقال الواهب قد كان هبة فلي حق الرجوع وقال الموهوب له قد كان صدقة فالقول للواهب (بجمع الأهن) وإذا اختلف في التعويض أو القرابة المانعة للرجوع أو في حصول الزيادة المتولدة في الموهوب فالقول للواهب استحساناً (الهندية في الباب التاسع) . المسألة الأولى ، لو أعطى الوكيل بإعطاء صدقة لشخص تلك الصدقة لشخص آخر فيلزم الوكيل الضمان عند بعض الفقهاء أما عند البعض الآخر فلا يلزم ضمان لأن المقصود من الصدقة استحصال رضا الباري تعالى فيحصل هذا المقصد أيضاً فيما لو أعطيت الصدقة لفقير آخر (الهندية) .

﴿المادة ٨٧٥﴾ إذا أباح أحد لآخر شيئاً من مطعموماته فأخذه فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته مثلاً إذا أكل أحد من كرم آخر باذنه وإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب الكرم مطالبة ثمنه بعد ذلك .

إذا أباح أحد من مطعموماته أي مما يؤكل ويشرب وأخذه فليس له التصرف فيه وجه من لوازم التملك كالبيع والهبة والهدية والصدقة لأنه إذا لم يأكل فلا يزول منه ملك المبيع . وللمبيع أن ينهيه قبل الأكل ويرجع عن إباحته . وفي هذه الصورة يكون تصرفه في ذلك تصرفاً في ملك الغير بلا إذن وهذا ليس جائزاً . (أنظر المادة ٩٦) كما أنه لو أكله ذلك الشخص لا يمكن التصرف فيه (الولولجية) .

إلا أنه لو أومل أحد وليمة وقسم ضيوفه على عدة اخونة فلو أعطى الجالس على خوان للضيف الذي

على خوانه أو للخادم شيئاً جاز كما يجوز لو اعطى من كان على الخوان الآخر. أما عند بعض الفقهاء فلا يجوز وهذا هو القياس (الدرر، الهندية قبيل الباب الرابع من الهبة).

لكن يمكنه أن يأكل ويتناول من ذلك الشيء ومعنى تناول إعطاء الطعام أو الإحسان ولكن يستفاد من الفقرة الأولى أنه لا يقصد هنا المعنى الثاني. ومع أن الأكل مخصوص بالماكولات فالتناول يشمل الماكولات والمشروبات معاً وعليه فعطف تناول على الأكل عطف العام على الخاص. وليس لصاحبه بعد أن يطالب بقيمة الشيء المأكول إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات.

مثلاً، إذا أكل أحد من كرم آخر باذن وإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب الكرم مطالبة ثمنه أو مثله بعد ذلك.

ولو قال أحد لآخر أدخل كرمي واقطف عنياً فعند الفقهاء لذلك الشخص أن يقطف من العنب ما يشعبه لأن هذا القول إذن يقطف المقدار المحتاج إليه المخاطب في الحال (الخانية) وعند البعض الآخر من الفقهاء أن للمخاطب قطف عنقود واحد فقط بهذا الإذن (البيزانية).

كذلك لو أكلت امرأة ما لها مع زوجها يعني لو صرفت تلك المرأة ما لها بيدها وأكلته مع زوجها ثم بعد مدة توفت المرأة فليس للورثة تضمين الزوج حصتهم فيما صرفته الزوجة على زوجها (أبو السعود العمادي)

أما لو اعطته لزوجها وصرفه الزوج فحكم ذلك قد بين في شرح المادة (٨٣٨).

ويجوز الرجوع عن الإباحة كما يجوز الرجوع عن الهبة فلذلك للمبيح حق الرجوع عن إباحته كما بين ذلك في المادة (١٢٢٦).

ولا يمنع الشبوع صحة الإباحة كما أنه لا يشترط معلومية المال الذي أبيع والشخص الذي أبيع له المال كما قد بين ذلك في شرح المادة (٨٣٢) هل يشترط وقوف المباح له بإباحة المبيح؟ لنوضح ذلك وقد حصل في هذه المسألة اختلاف بين الفقهاء فمقتضى بيان القنية ليس ذلك شرطاً فعليه لو أكل المباح له الشيء المباح دون أن يعلم باباحه المبيح فلا يلزم الضمان (الخانية في براءة الغاصب والمديون وجامع الفتاوى) وهو شرط كما هو مذكور في البحر والواجية.

فعليه إذا قال أحد قد أذنت الناس جميعاً وأبحث لهم أكل العنب من كرمي وكل من أخذ عنياً من كرمي فهو له فكل من سمع هذا الكلام وجهاً أو غياباً فله الأخذ أما من لم يستمع هذا القول فليس له الأخذ فإن تناول فلان من ذلك بالجهل فإنه يتناول حراماً ولا يسعه ذلك ما لم يعلم بالإذن والإباحة (الهندية في الباب الثالث).

لأن الإباحة عبارة عن الإطلاق والإطلاق كالوكالة فهو لا حكم له قبل العلم.

المسألة الأولى - إذا ربط أحد حيوانه في اصطبل عام وذهب فلكل أن يأخذ الزبل الحاصل من ذلك الحيوان ولا يكون صاحب الإصطبل أحق من غيره في ذلك (الهندية).

## لاحقة

### الفصل الأول

### في بيان الأمور المتعلقة بالتحليل

المسألة الثانية - لو قال أحد لآخر (ما تأكل من مالي فهو لك حلال) فلذلك الشخص أكل ماله . ما لم يكن في كلامه أمانة نفاق (الهندية في الباب الثاني) كذلك لو قال من يأكل من مالي فهو له حلال فيحل للغني والفقير الأكل من ماله (الهندية) . قال لرجل (مرا بحل كن) فقال : (بجل كردم أكر مرا بحل كنى) فقال (بحل كردم) لا يصح ابرأوه ويصح إبراء الثاني (الهندية في الباب الرابع وفيها تفصيل) .

المسألة الثالثة - لو قال أحد لآخر اجعلني في حل ممالك على من كل حق واحله وابراه منه كان ذلك الشخص بريئاً سواء أكان ذلك الشخص عالماً بالحقوق المذكورة أو غير عالم (الهندية) . لأن جهالة الساقط ليست مانعة للإسقاط . كذلك لو قال المديون للدائن ابرئني من كل حق لك علي وأبراه بريء المديون قضاء من كل حق . لأن القضاء مبني على الظاهر وظاهر اللفظ عام . لكن عند بعض الفقهاء أنه يبرأ من المقدار الذي يظن الدائن أنه هو المطلوب له ولا يبرأ من شيء زائد عنه . لأن الأجرة مبينة على الرضا والرضا إنما هو في هذا المقدار (البرازية في الغصب، الطحطاوي في أوائل الهبة)

المسألة الرابعة، يقع التحليل على الشيء الواجب في الذمة . وليس على العين القائم . بناء عليه لا يملك الغاصب المال المغصوب الموجود في يده عيناً بتحليل المغصوب منه (الهندية في الباب الثالث) . بل يبقى المال بعد قوله هذا للمغصوب منه إلا أن الغاصب يبرأ من ضمانه ويبقى المغصوب بعد ذلك أمانة في يده (الطحطاوي) .

﴿المادة ٨٧٦﴾ الهدايا التي تأتي في الختان أو الزفاف تكون لمن تأتي باسمه من المختون أو العروس أو الوالد والوالدة وإن لم يذكر أنها وردت لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها .

يعني إذا كان المهدي له بالغاً يملك الهدية بقبضه نفسه وإن كان صغيراً بقبض وليه أو وصيه أو مربيه . وفي هذه الفقرة ست صور كما يفهم ذلك من أدنى ملاحظة وهذه الفقرة فرع عن المادة (٨٦١) فحكم ذلك وإن بين في المادة المذكورة فقد ذكرت هنا توطئة للفقرة الآتية ومع ذلك فهذه المادة ليست من مسائل هذا الفصل .

مثلاً، لو احضر أحد في ختان ديبوساً الماسياً أو حلقاً أو ساعة أو ملاءة خاصة بالنساء أو معطفاً خاصاً بالكبار وقال إن هذا للصبي أو لأبيه أو لأمه أي لو قال وهبته لفلان ووقع القبول والقبض في دائرة الأصول كان له . ولا يقال ماذا يصنع الصبي بالدبوس الألباس أو الحلق أو الملاءة أو ماذا تصنع أم

الصبي بالمعطف . لأنه يشترط في الهبة أن يكون الموهوب مالاً ولا يشترط أن يكون صالحاً لاستعمال الموهوب له في حالته وإن لم يذكر أنها وردت لمن وكان السؤال والتحقيق منهم قابلاً فيتحقق من أصحابها ومتى بينوا لمن أتوا لها قبل كلامهم . لأنهم المملكون (الهندية) .

مثلاً، لو قال المهدي في الصورة الأولى قد احضرت الهدية للأب أو للأم يقبل كما يقبل فيما لو قال في الصورة الثانية قد أحضرته للزوج أو للعروس (الطحطاوي)

أما إذا لم يكن السؤال أو التحقيق منهم قابلاً فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها . أنظر المادة

(٣٦)

فعليه الهدايا التي أتت في حفلة الختان إذا كانت صالحة للصبيان أو عما يستعمله الصبيان فتكون للصبي كالصولجان والكرة وسائر اللعب وثياب الصبيان لأن هذا تمليك للصبي عادة وإذا كانت صالحة للرجال فقط فتكون للأب كالتياب الخاصة بالرجال وكالأسلحة الحربية وإذا كانت صالحة للنساء فللأم كالتياب الخاصة بالنساء والمجوهرات أما إذا كانت صالحة للإثنين كالدراهم والدنانير والكأس والملقعة والساعة ينظر فإذا كان الشخص الذي أحضر الهدية من أقرباء الأب أو أحيائه كانت الهدية للأب وإذا كان من أقرباء أو أحياء الأم فهي للأم ولما كان المعول عليه في هذا وأمثاله هو العرف والعادة فإذا وجد سبب ووجه يدل على حكم مخالف لهذا فيلزم الإعتماد عليه (البحر والفتاوى الجديدة، الطحطاوي) .

فقله في هذه المادة الختان والزفاف ليس بتعبير احترازي . فلو جاء أحد من سفر ونزل ضيفاً عند آخر فأعطى صاحب المحل أشياء قائلاً قسمها بين أولادك وزوجك فإذا كان ممكناً مراجعة ذلك الشخص وسؤاله عن تعيين الشيء الذي يخص كل واحد من أفراد عيال المهدي إليه فيعمل بموجبه وإذا كان غير ممكن سؤاله ينظر فالأشياء التي تصلح لصغار الذكور فهي لهم «وإذا كان أولئك الصغار متعددين فكيف تقسم» وما يصلح لصغار الإناث فهي هن . وما يصلح للفتيات (البنات الكبار) فهي هن أيضاً وما يصلح للرجال فهي لهم وما يصلح للرجال والنساء معاً فإذا كان المهدي من أقرباء الرجل وأحيائه فهو له وإن كان من أقرباء المرأة فهو لها (الولولجية، الهندية) .

(الخاتمة) إن الأشياء التي ترسل في حفلات كهذه إذا كانت تدفع عرفاً وعادة على وجه البذل فيلزم القابض مثلها إذا كانت من المثليات وقيمتها إذا كانت من القيميات وإذا كان لا يرسل بمقتضى العرف والعادة على وجه البذل بل ترسل على طريق الهبة والتبرع فحكمها كحكم الهبة ولا رجوع بعد الهلاك والإستهلاك والأصل في هذا الباب هو أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . أنظر المادة (٤٣) الخيرية .

## الفصل الثاني في حق هبة المريض

والمراد من المريض هنا . هو المريض مرض الموت المعرف في المادة (١٥٩٥) .  
المريض ، هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة (ابن ملك شرح المنار) إن تصرفات المريض ليست كتصرفات الصحيح بل يوجد في تصرفاته بعض تقييدات وقد ذكرت في حق المريض بعض الأحكام الشرعية .

ألا ترى أن الصحيح له أن يبيع ماله ويهبه لمن شاء بالثمن الذي يريد وأن يقر بكل شيء لمن أراد مع أنه ليس للمريض ذلك . فقد بنيت أحكام بيع المريض في المادة (٣٩٣) وما يتلوها من المواد وإجارة المريض في شرح المادة (٤٤٤) وكفالة المريض في شرح المادة (٦٢٨) ورهن المريض في شرح المادة (٧٠٨) وهبة المريض في هذا الفصل وإقرار المريض أيضاً في المادة (١٥٩٥) وما يتلوها من المواد .

المرض بما أنه سبب الموت الذي هو العجز الخالص فيوجب ذلك تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض . فعليه قد جعل المرض بشرط أن يكون متصلاً بالموت أحد أسباب الحجر صيانة لحقوق هؤلاء . وهذا الحجر يكون بالقدر الذي يمكن به صيانة هذا الحق . وهو بالنسبة إلى الوارث عبارة عن ثلثي المال وبالنسبة إلى الغريم عبارة عن مقدار الدين .

وإذا كان المرض متصلاً بالموت كان الموت من أسباب الحجر مستنداً إلى ذلك المرض .  
والسبب في استناد الموت لذلك المرض هو:

إن المريض المتصل بالموت موصوف بالأمانة من أوله . لأن كل جزء من المرض موجب للألم أما الموت فيحصل من ترادف الألم وتعقبه عليه فالموت مضاف إلى كل الآلام . وليس مضافاً للألم الأخير ويتفرع عن كونه يشترط أن يكون المرض متصلاً بالموت ليكون من أسباب الحجر المسألة الآتية وهي كل تصرف محتمل للفسخ كالهبة والمحابة (أنظر المادة ٣٩٤) ويكون تصرف المريض المذكور في الحال صحيحاً . لأن سببية المرض للحجر مشكوك فيه ما لم يتصل بالموت فلذلك كان الحجر مشكوكاً فيه أيضاً فلا يثبت ولا يكون في ذلك فوات حق الغريم أو حق الوارث لأنه إذا اتصل المرض بالموت وأفضى إليه يحفظ حقها بنقض التصرف المذكور (ابن ملك ، شرح المنار) .

﴿المادة ٨٧٧﴾ - (إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها تصح وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته) .

إذا وهب من لا وارث ولا دين عليه جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها صح لأن الهبة في

مرض الموت وصية وبما أن عدم جواز وصية غير المديون في أكثر من ثلث ماله كان لأجل حق الورثة فإذا لم يكن ثمة ورثة كانت الوصية المذكورة صحيحة (مجمع الأنهر في الفرائض).

كما أن عدم جواز وصية المديون المستغرقة تركته بالمديون هي لأجل حق الغرماء فإذا لم يوجد غرماء كانت الوصية صحيحة. وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته أو أخذ أي مقدار من الموهوب لأن بيت المال كما هو مبين في علم الفرائض مؤخر عن الموصى له بأكثر من الثلث والمستحقون للتركة كما هو مذكور في علم الفرائض عشرة أصناف. وإن كان عاشرها بيت المال فوضع مال المتوفي في بيت المال ليس بطريق الأثر وإنما هو بطريق الفيء. لأنه لو كان وضعه في بيت المال بطريق الأثر فإذا لم يكن لأحد وارث خاص وأوصى بثلث ماله لفقير معين فهذه الوصية بما أنها وصية للوارث فهي غير صحيحة يعني يلزم أن تكون موقوفة على إجازة بقية الورثة أي إجازة سائر الفقراء (رد المحتار في الفرائض).

قيل في هذه المادة إذا وهب وسلم لأنه لو وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لأحد وتوفي قبل التسليم فلا حكم للهبة. وإن تكن الهبة في مرض الموت وصية وتعتبر من ثلث المال ولا يلزم في الوصية القبض إلا أنها لما كانت حقيقة هبة فتتوقف على القبض حسب ما جاء في المادة (٨٣٧) (رد المحتار). (أنظر شرح المادة ٨٥٥).

﴿المادة ٨٧٨﴾ - (إذا وهب الزوج الذي ليس له وارث غير زوجته جميع أمواله في مرض موته لزوجته وسلمه أياها أو وهبت الزوجة التي ليس لها وارث غير زوجها جميع أموالها في في مرض الموت إلى زوجها وسلمته أياها كان صحيحاً وبعد الوفاة ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركة أحدهما أي إذا لم يكن مديوناً أيضاً لأن الهبة في مرض الموت وصية وتصح الوصية أيضاً للوارث عند عدم وجود المزاحم (الدر المنتقى في الفرائض).

وحكم هذه المادة قد خصص بالزوج والزوجة فقط لأن غير هذين من الوارثين يرثون التركة كلها فرضاً ورداً فلا حاجة للوصية والهبة إليهما (الدار المنتقى في إقرار المريض) يعني يحتاج كل من الزوج والزوجة لإحراز مال الآخر إلى الوصية. لأنها وإن أخذت حصتها الإرثية فيما ليسا ممن يرد عليهما فلا يأخذان حصه رداً بخلاف سائر الورثة فإنهم يحجزون جميع أموال المتوفي فرضاً ورداً فلا فائدة للإيصاء إليهم. مثلاً لو توفي أحد لا وارث له سوى زوجته فترث زوجته ربع ماله وتبقى ثلاثة الأرباع لبيت المال بناءً عليه لو وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لزوجته وسلمها أياها فتبقى لها ليس لأمين بيت المال المداخلة فيها. لكن لو توفي أحد لا وارث له غير ابنة له فكما تأخذ ابنته نصف تركته فرضاً تأخذ النصف الآخر رداً وتحزراً لتركة جميعها. وإذا وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لابنته وسلمها أياها وإن كان هبة صحيحة فلو لم يهبها الأموال ويسلمها لها فتأخذها فرضاً ورداً وبذلك أصبح لا فائدة في الهبة.

وليس لأمين بيت المال المداخلة في تركة أحدهما بعد وفاته وليس له استرداد الزائد عن حصته الأثرية لأن عدم صحة الوصية بزيادة عن الثلث لأجل حق الورثة فإذا لم يكن للوارث المذكور وارث آخر فالهبة صحيحة للوارث أيضاً. لأنه كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة أن وضع مال من لا وارث له في بيت المال ليس بطريق الإرث بل بطريق الفيء (مجمع الأنهر في الفرائض).

مثلاً لو وهب من لا وارث له غير زوجته جميع أمواله لها وسلمها إياها وتوفي بعد ذلك فليس لأمين بيت المال أن يقول للزوجة (خذي حصتك الأثرية الربع وإني آخذ الثلاثة الأرباع لبيت المال).

﴿المادة ٨٧٩﴾ إذا وهب أحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون لا تصح تلك الهبة أما لو وهب وسلم لغير الورثة فإن كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح وإن لم يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبوراً برد الباقي.

لو وهب أحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته المتعددين أي لمن سيكون وارثاً له وقت موته وسلمه أباه كانت هبته موقوفة على إجازة باقي الورثة بعد وفاته من هذا المرض بناء عليه إذا أجاز الورثة المذكورون هذه الهبة بعد وفاة المورث كانت الهبة نافذة أنظر المادة (٢٤) الفيضية.

وإذا تعددت الورثة فأجازها بعضهم وفسخها البعض الآخر فتنفذ في حصة المجيزين وتنفسخ عن حصة الفاسخين. لكن يلزم لصحة هذه الإجازة أن يكون معطي الإجازة عاقلاً بالغاً وصحيحاً أي غير مريض حتى لو أجاز أحد الورثة هذه الهبة وكان صغيراً مميزاً ومجنوناً فلا تعتبر إجازتهم ويأخذ أوصياؤهم حصصهم الأثرية حتى بعد الإجازة أيضاً (الهبجة).

لكن يشترط أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة الواهب إذ لا حكم للإجازة قبل موت الواهب لأن حقوق الورثة تثبت بعد وفاة المورث الواهب ولا حق للورثة قبل الوفاة حتى يمكن إسقاط ذلك الحق بالإجازة (جامع الفصولين).

مثلاً، لو وهبت المرأة المريضة مهرها لزوجها وبعد أن أجازت ورثتها هذه الهبة توفيت فلا تنفذ الهبة المذكورة (الأنقروي).

لأنه لاحق للورثة في المهر الذي وهبته الورثة قبل وفاة المرأة مطلقاً، وتتحقق حقوق الورثة بصيرورة المال الموهوب موروثاً للورثة والإرث إنما يكون بعد وفاة المورث. وعدم نفاذ هذه الهبة هو لأجل حقوق الورثة وليس ناشئاً عن عدم أهلية الواهب. وكذلك يستفاد من المسائل الأصولية المبينة في شرح عنوان هذا الفصل فعليه إذا وهب مريض ماله لوارثه وسلمه أياه وبعد ذلك لو أدمى المريض أن هذه الهبة غير نافذة لوجود ورثة آخرين فلا تقبل دعواه هذه.

كذلك لو وهبت المرأة المريضة مهرها لزوجها ثم بعد ذلك لو أذعت بمهرها بيان أن هذه الهبة قد وقعت في مرض الموت مع وجود الورثة الآخرين فهي غير نافذة وترد دعواها. ثم بعد ذلك لو ماتت بذلك المرض فلسائر الورثة أن يطلبوا حصصهم الارثية من الموهوب له (الهندية في الباب العاشر). كذلك لو وهبت امرأة في مرض موتها لزوجها مهرها الذي في ذمته وتوفي بعد ذلك زوجها وهي في حال الحياة فليس لها الإدعاء بالمهر المذكور بعد. ولورثتها الإدعاء به بعد وفاتها (القنية).

والورثة المقصودون في هذه المادة الوراثون وقت الموت يعني أن المعتبر في أمر كون الموهوب له وارثاً أو غير وارث هو وقت الموت وليس وقت الهبة.

بناءً عليه لو وهب المريض الذي له ابن مალأ لأخيه في مرض موته وسلمه أياه ثم توفي ولده قبل وفاته وأصبح الأخ وارثاً للواهب وكان له وارث آخر فلا تكون الهبة المذكورة نافذة. وبالعكس لو ولد له ولد بعد أن وهب أخاه الوارث له المال وسلمه أياه كانت الهبة المذكورة صحيحة (رد المحتار).

كذا لو وهب المسلم في مرض موته مالا لولده غير المسلم وبعد ذلك أسلم الولد المذكور وتوفي المريض بعدئذ لا تجوز الهبة (مجمع الأنهر في الوصايا).

كذلك لو وهب أحد في مرض موته عدة أشياء لامرأة ثم تزوج منها وتوفي في ذلك المرض فللورثة أن لا يقبلوا الهبة المذكورة وأن يدخلوا الأشياء الموهوبة في التركة (النتيجة).

أما في الإقرار فالحكم بعكس ذلك فإذا أقر المريض لوارثه فيعتبر وقت الإقرار في كون الإقرار واقعاً للوارث أو لغير الوارث. لأن الإقرار تصرف في الحال فيلزم اعتبار الحال الذي في الوقت المذكور. أنظر المادة (١٥٩٩) (ومجمع الأنهر في الوصية)

وإذا لم تجز الورثة الهبة المذكورة فلا تكون الهبة المذكورة صحيحة يعني تكون باطلة. لأن الهبة في مرض الموت وصية. ولا تصح الوصية للوارث. لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث فلذلك تكون الوصية للوارث على أربعة أوجه وكلها باطلة. الوجه الأول، الوصية صورة. لو باعها المريض في مرض موته بعض أمواله لبعض ورثته كان غير نافذ. أنظر المادة (٣٩٣). حتى لو باع بالقيمة الحقيقية. لأنه يكون بهذا البيع قد حصل إيثار الوارث المشتري بالعين المذكورة دون سائر الورثة.

الوجه الثاني، الوصية معنى. كإقرار المريض في مرض موته بأمواله المعينة لبعض ورثته. هذه الوصية معنى أيضاً. لأن المقر به قد خصص للمقر له بلا عوض سالم وشبهة الحرام حرام أيضاً.

الوجه الثالث، الوصية حقيقة، كإيصال المريض في مرض موته ببعض أمواله المعينة لبعض ورثته. وما بين في هذه المادة هو من هذا القبيل.

الوجه الرابع، الوصية شبهة كبيع المريض في مرض موته مالا له جيداً لبعض ورثته في مقابل مال رديء لذلك البعض. (كشف الأسرار شرح المنار في فصل الأمور المعترضة على الأهلية).

وقد أشير بقوله في المجلة ليست تلك الهبة صحيحة إلى أن الهبة لا تكون صحيحة في أي مقدار منها. ولا يقال إنها تكون صحيحة فيما يكون الثلث مساعداً عليه كما سيأتي.

إيضاح القيود:

١ - في مرض موته: هذا التعبير احترازي. لأن هبة المريض في مرض غير مرض الموت هبة صحيحة كهبة الصحيح (الوالوجية)

٢ - وبعد الوفاة - ويستفاد من هذا التعبير أنه إذا لم يتوف ذلك الشخص وأفاق من مرضه تكون الهبة صحيحة ونافذة ولو توفي بعد ذلك فلا مداخلة لباقي الورثة في الموهوب. مثلاً لو مرضت امرأة فوهبت لزوجها مهرها الذي في ذمته ثم أفاقت وبعد مرور مدة توفيت كانت الهبة لازمة كذلك لو وهب أحد جميع أمواله في حال صحته لأحد ورثته وسلمه أياها وتوفي بعد ذلك فليس لسائر الورثة المداخلة في الهبة المذكورة (علي أفندي).

مثلاً لو وهب من كان له عدة أولاد جميع أمواله لأحدهم في حال صحته وسلمه أياها كانت صحيحة (البيزانية).

ومع ذلك فترجيح بعض الأولاد على البعض مكروه كراهة تحريمية (أبو السعود المصري) ويكره ذلك عند تساويهم في الدرجة أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهم مشتغلاً بالعلم لا بالكسب لا بأس أن يفضل على غيره أي لا يكره إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين. فعليه على الواهب مراعاة المساواة في الهبة لأولاده حتى لو وهب لأبنته وابنته يجب أن يعطي البنت كما يعطي الصبي وهذا هو المفتى به (الطحطاوي).

وقد روى أحد الصحابة رضي الله عنه أن أباه قد وهبه مالا وأراد أن يشهد النبي ﷺ على هذه الهبة فتمثلت أنا مع أبي في حضور النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أبي له الأمر فسأله الرسول ﷺ ألك أولاد غيره فأجابته أبي نعم يا رسول الله فقال له، هل وهبتهم مثل ما وهبت هذا، فقال أبي كلا، فقال ﷺ هذا جور أي ظلم (العناية).

إلا أنه إذا كان أحد الأولاد يفضل غيره في العلم والكمال فلا بأس من ترجيحه على غيره كما بين في الكتب الفقهية مساعداً للترجيح (أبو السعود المصري) وإن كان في أولاده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معينا له في المعصية ولو كان ولده فاسقا فأراد أن يصرف ماله إلى وجهه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه (الطحطاوي باختصار).

الاختلاف في الصحة والمرض:

لو ادعى الموهوب له أن الهبة والتسليم وقعا في حال صحة الواهب وأدعت الورثة أنها وقعت حال المرض فالقول قول من يدعي وقوع الهبة في حال المرض على قول (أنظر المادة ١١). لأنه ينكر لزوم العقد والملك. وعلى قول آخر لمن يدعي وقوعه حال الصحة لأن تصرفات المريض

نافذة وإنما تنتقض بعد الموت واختلفا فيه فالقول لمن ينكر النقض .

أما البينة فعلى من يدعي وقوعها في حال الصحة . (أنظر المادة ١٧٦٦) (التنقيح الهندية في الباب التاسع من الهبة ونقول على أفندي في ترجيح البينات) .

٣ - هبة - يدل على هذا التعبير على أن هذا الحكم يعني عدم ترجيح أحد من الورثة في مرض الموت خاص بالأملك أما في فراغ الأراضي الأميرية والموهوبة في مرض الموت معتبر سواء أكان لبعض أصحاب الانتقال يعني الورثة أم للأجنبي . وسواء كان المتفرغ مديوناً مستغرقة تركته بالديون أم لا فعليه كما أنه لا يمنع حين الفراغ فلا يفسخ الفراغ بعد موت المريض بداعي عدم إجازة الورثة آياه وكذلك إذا لم يكن للمريض أحد من أصحاب الانتقال فليس لمأمور الأراضي أن يمتنع عن الفراغ بقوله إنك تهرب الأراضي عن أن تكون محلولة وأن يتداخل في الأراضي بعد الفراغ والوفاة .

كذلك للمتصرف بوقف على طريق الإيجارين أن يفرغ باذن المتولي ما يتصرفه إلى أصحاب الانتقال أو إلى أجنبي ولو كان الفارغ مديناً مستغرقاً بالدين كما أنه ليس لورثته الآخرين أو لمداينيه المداخلة في المفروغ منه بداعي وقوع الفراغ في مرض الموت . كذلك ليس للمتولي الإمتناع عن إعطاء الإذن بالفراغ أصلاً . إلا أنه تفرغ المريض في مرض موته باذن المتولي على الوجه المحرر وتوفي بعد ذلك وليس له أحد من أصحاب الانتقال فلمتولي الوقف أن يسترد المفروغ به من المفروغ له ويضبطه للوقف ويطلب المفروغ له بدل الفراغ من تركة المتوفي .

وسبب ذلك النظام الخاص به . أما لو وهب المريض في مرض موته لغير وارثه شرط العوض وسلمه الموهوب فإذا كان ثلث ماله مساعد التمام الموهوب كانت هذه الهبة صحيحة ونافذة . لأنه لما كانت الهبة للأجنبي في مرض الموت في حكم الوصية فتعتبر في ثلث الأموال الباقية بعد التجهيز والتكفين وإداء الدين سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا . ويجب أن يعلم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كان لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث فشرط في هذا العقد قبض الموهوب قبل موت الواهب (الطحطاوي) .

وإذا لم يكن مساعداً وأجازها الورثة كلهم صحت الهبة في الكل وإن لم يجيزوا تصح الهبة في المقدار الذي يساعد عليه ثلث المال ويجبر الموهوب له رد الباقي للورثة ولا يكون الموهوب له مخيراً في ذلك مع أن المشتري في البيع كان مخيراً كما هو مذكور في المادة (٣٩٤)

ويجري الحكم المذكور ولو تمادى مرض الموت ثمانية أشهر أو تسعة . مثلاً لو وهب المريض في مرض موته ماله في ذمة آخر من الدين له وكان ثلث ماله يساعد على مائة قرش فقط وتلزم ويجبر على إيفاء الباقي (علي أفندي) .

كذا لو كان المال الموهوب داراً ولم يكن للواهب سواها تجوز الهبة في الثلث ويرد الثلثان إلى الورثة والحكم هكذا في القابل القسمة أو غير القابل (الهندية في الباب العاشر) . كذلك لو وهب أحد في مرض

موته البقرة التي لا يملك سواها لآخر وسلمه أياها وتوفي الواهب بعد أن باعها الموهوب له من آخر فلا يفسخ البيع ويضمن الموهوب له ثلثي قيمة البقرة للورثة (الأنقروي).

إذا وهب المريض مالا سواء كانت الهبة للوارث أو لأجنبي وسلمها للموهوب له وباعها الموهوب له لآخر وتوفي الواهب بعد ذلك فلا ينقض البيع ويضمن الموهوب له تمام بدله إذا كان وارث ويقسم البديل بين الورثة أما إذا كان الموهوب له أجنبياً فيضمن المقدار الذي لا يساعد عليه ثلث المال يعطي للورثة (القاعدية والأنقروي).

قد قيل شرحاً بلا شرط العوض لأن المريض لو وهب مالا له في مرض موته لغير وارث بشرط إعطاء عوض معادل لثلاثي قيمة أو أكثر وسلمه أياه تصح الهبة ولو لم يكن له مال غير المال المذكور. أما إذا كان العوض المذكور أقل من قيمة ثلثي الموهوب ولم يكن للواهب مال غيره فالموهوب له مخير فإن شاء أبلغ وأكمل العوض وأعطى الموهوب له العوض فالحكم على هذا المتوال أيضاً (الهندية في الباب العاشر عن التاتار خانية).

والحكم في الشفعة هكذا أيضاً. فلو وهب أحد في مرض موته داره التي تساوي قيمتها ثلاثمائة جنية لآخر بشرط أن يعطيه فرسه المعلوم الذي قيمته مائة جنية عوضاً وسلمه أياها وضبط الشفيع بعد ذلك الدار بالشفعة بناءً على المادة (١٠٢٢) وأعطى الموهوب له قيمة الفرس وتوفي الواهب بعد ذلك ولم تجزها الورثة فالشفيع مخير إن شاء رد ثلث الدار وأبقى الثلثين وإن شاء رد الكل ويسترد البديل الذي أعطاه ولكن إذا لم يكن العوض مشروطاً حين الهبة وأعطى بعد ذلك فلا تجزي الشفعة (من المحل المذكور).

﴿المادة ٨٨٠﴾ إذا وهب من استغرقت تركته بالديون في مرض موته أمواله لوارثه أو لغيره وسلمها ثم توفي فلا أصحاب الديون إلغاء الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء.

أنظر المادة (٤٦).

ومعنى تركته مستغرقة بالديون هو أن يكون الدين مساوياً لتركته أو زائداً عليها. إن المال الذي يوهب ويسلم على هذا الوجه مضمون في يد الموهوب بقيمته. فعليه يكون المال الموهوب والمسلم على هذا الوجه في يد الموهوب له مضموناً بقيمته فلذلك لو باع الموهوب له المال الموهوب قبل موت الواهب فليس للغرماء نقض البيع ويضمنون الموهوب له (جامع الفصولين).

إيضاح القيود:

١ - في مرض موته. فهذا القيد احترازي فلو وهب في حال صحته وسلم الهبة ومريض بعد ذلك وتوفي فليس للدائنين مداخلة في الموهوب (علي أفندي).

٢ - الوفاة من ذلك المرض : هذا القيد احترازي أيضاً . لأنه لو وهب أحد في حال مرضه أمواله لوارثه أو لغيره وسلمه أياها وأفاق بعد ذلك من هذا المرض كانت الهبة صحيحة ولازمة . لأنه قد تحقق أن المرض المذكور ليس بمرض موت (الهندية) .

٣ - أمواله . هذا التعبير للاحتراز عن الأراضي الأميرية والمستغلات الوقفية . لأنه إذا أفرع من استغرقت ديونه تركته في مرض موته كل ما يتصرف فيه من الأراضي الأميرية أو المستغلات الوقفية التي يتصرف بها بالإيجارين لأجنبي أو لوارثه في مقابل بدل أو مجاناً بإذن صاحب الأرض أو برأي المتولي كان ذلك صحيحاً . وليس للدائنين حق المداخلة بالمفروغ به ، لأن حقوق الدائنين تتعلق بأموال المريض وهذه ليست من أمواله .

٤ - إذا وهب : هذا التعبير ليس للاحتراز عن رد الموهوب بالرضا وإعادته . فلورد الموهوب له الموهوب للواهب بناءً على طلبه وهو مريض أي الموهوب له وأعاده إليه فهذه الإعادة في حكم الهبة الجديدة . بناءً عليه إذا لم يكن الموهوب له مديوناً اعتبر من ثلث ماله .  
أما إذا كان مديوناً مستغرقة تركته فرجوعه عن الهبة ورده باطلاق ويلزم إعادة المال الموهوب لتركة الموهوب له . أما إذا لم يرده ويعيده برضاه في مرض موته وأعاده بحكم الحاكم وقضائه كان هذا الرجوع والإعادة صحيحين . وليس لغرماء الموهوب له ولا لورثته المداخلة في المال الموهوب (الهندية) . أنظر شرح المادة (٨٦٤)

٥ - كان لهم : يدل هذا التعبير على أن الغرماء إذا كانوا كلهم من أهل التبرع وأجازوها فليس لهم الفسخ وإذا أجاز بعضهم فالهبة في حصة المحيز صحيحة والله سبحانه وتعالى أعلم .