موانع الرجوع في الهبة الصحيحة

إعـــداد
د/ مصباح المتولى حماد(*)

الرجوع في الهبة وإن كان مشروعاً في بعض المواضع إلا أنه قد توجد أمور تمنع الرجوع في بعض الأحوال.

ونود التنبية إلى أن موانع الرجوع التى سنتحدث عنها هي في الهبة الصحيحة لا الفاسدة يقول ابن عابدين: «وفي القستهاني عن العمادي أنه يصح الرجوع في الهبة الفاسدة وإن وجد أحد الموانع لأن المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله فالمانع إنما هو في الصحيحة»(١).

وموانع الرجوع كما نظمها بعض الحنفية سبعة موانع. قال الناظم:

ومانع من الرجوع في الهبة: ياصاحبي حروف «دمع خذقة»(٢).

قيل: هو من نظم الإمام النسفي، وقيل لغيره. وقال الرملي: قد نظم ذلك والدي العلامة شيخ الإسلام محيى الدين فقال:

منع الرجوع من المواهب سبعة .·. فزيادة موصولة، موت، عوض

---

*) المدرس بقسم الفقه المقارن - كلية الشريعة والقانون - القاهرة.

١) تكملة ابن عابدين جـ٢ ص ٣٢٥.

٢) قال البرجندى: هذا التركيب لمجرد الضبط، وليس معه معنى يعتد به. وفي الصحاح: خذقتهم بالنبل أصبتهم بها، فالمعنى أصابه دمع. وفي الدرر: الخذق الطعن، والخارق السنان فكأنه شبه الدمع بالسنان. وهذا وما قبله يفيد تنوين دمع، وأن خذق فعل ماض، والهاء ضمير يرجع إلى الشخص. قال القهستاني: والمعنى التركيبي أن دمعه لكثرته كأن أطرافه نصول تجرح وجهة. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥.

وخروجها عن ملك موهوب له ـ ـ. زوجية، قرب، هلاك قد عرض

فالنظم الثاني صرح بالموانع، أما الأول فقد رمز بالحروف وكل حرف يشير إلى مانع فالدال: الزيادة في الهبة عند الموهوب له، والميم: موت أحد المتعاقدين.

والعين: العوض من الموهوب له للواهب. والخاء: خروج الموهوب عن ملك الموهوب له. والزاي: الزوجية. والقاف: القرابة والهاء: اهلاك العين الموهوبة(١).

وهذه السبعة موانع يظهر أنها محل اتفاق في الجملة عند الحنفية، ومازاد فلعله محل خلاف كالنقصان في العين الموهوبة أو هو كالتفصيل كقول بعضهم: «إن كانت زوجته، أو كان زوجها» وهذا هو المعبر عنه بالزوجية. وفي خزانة الفقه أثنى عشر ينقطع به حق الرجوع(٢).

وسنتخذ هذه السبعة منهجاً في الكلام عن الموانع مع ذكر المقارنات، وكذلك ذكر الموانع التى قد تختص بها بعض المذاهب، وذلك في مطالب ثمانية. المطلب الأول: الزيادة في الموهوب، والمطلب الثاني: النقصان في الموهوب، المطلب الثالث: موت أحد العاقدين بعد القبض. المطلب الرابع: العوض من الموهوب له (الثواب). المطلب الخامس: هلاك العين الموهوبة. المطلب السادس: خروج الموهوب عن ملك الموهوب له وعودة الملك بعد زواله. المطلب السابع: موانع أخرى. المطلب الثامن: الاتفاق على الرجوع حيث لا رجوع.

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠ ومابعدها، تكمله ابن عابدين والدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٥ ومابعدها بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨ ومابعدها.

٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠.

المطلب الأول
الزيادة في الموهوب

الزيادة في الهبة عند الموهوب له إما أن تكون زيادة متصلة بالأصل، وإما أن تكون منفصلة عنه، والزيادة المتصلة قد تكون حسية كالسمن والطول ونحوهما، وقد تكون في المعانى كتعلم الصناعة مثلاً في العبد الموهوب. والكلام في الزيادة في فرعين.

الفرع الأول: الزيادة المتصلة الحسية والمعنوية. الفرع الثاني: الزيادة المنفصلة.

الفرع الأول
الزيادة المتصلة الحسية والمعنوية

وفيه خمس مسائل. المسألة الأول: الزيادة المتصلة الحسية. المسألة الثانية: الزيادة المتصلة المعنوية. المسألة الثالثة: شرط الزيادة المتصلة المانعة من الرجوع عند القائلين بذلك. المسألة الرابعة: زوال الزيادة. المسألة الخامسة: الاختلاف في الزيادة.

المسألة الأولى
الزيادة المتصلة الحسية

الزيادة المتصلة الحسية هى المتصلة بنفس العين الموهوبة اتصالاً حسياً سواء كانت بفعل الموهوب له أولاً بفعله، متولدة من العين، أو غير متولاة. كما لو كانت هذه العين حيواناً هزيلاً فسمن، أو أنثى خالية من الحمل فحملت، أو صغيرة فكبرت، أو جارية فطرأ عليها جمال أو داراً فبنى فيها، أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو أقام مضخة ماء أو نصب دولاباً وثبت ذلك في الأرض وبنى عليه وغير ذلك مما يستقى به وهو مثبت في الأرض مبنى عليها على

وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلاً كان ذلك أو كثيراً، أو كان الموهوب قد تغير اسمه بهذه الزيادة كما لو كان الموهوب ثوباً فصبغه، أو قطعه وخاطه، أو حنطة فطحنها. أو دقيقاً فخبزه، أوسويقاً فلتّه بسمن، أو لبناً فاتخذه جبناً أو سمناً، أو عنباً فصيره زبيباً ونحو ذلك مما سيذكر بعد(١) فان حصل شيء من ذلك للعين الموهوبة وهي بيد المتهب فان للفقهاء في اعتبار هذه الزيادة مانعة من الرجوع قولين.

القول الأول: أن الزيادة المتصلة الحسية في العين الموهوبة تمنع من الرجوع في الهبة وبه قال الحنفية(٢) والمالكية(٣) والحنابلة في رواية صححه في التصحيح ونصره ابن رجب، والمنصوص عليه في رواية ابن منصور(٤) وهو قول عند الاباضية قال به ابن عبد العزيز، والربيع، والشماخي، وأبو عبيدة فهو الراجح عندهم(٥) وبه قال ابن حزم الظاهري إن كانت هذه الزيادة

١) أنظر في هذه الأمثلة، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، تكملة ابن عابدين والدر جـ ٢ ص ٣٢٧ ومابعدها. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥. الشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥. الانصاف جـ ٧ ص ١٥١، ١٥٢. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠. الايضاح جـ ٨ ص ٩٩، ١٠٠. شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٤ وغير ذلك من المصادر التى ستذكر بعد.

٢) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥، ٣٢٦. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.

٣) الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥ الدسوقى والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١. قالوا: وهل الزيادة الحسية المتصلة مانعه من الرجوع على العموم في الدواب والرقيق، أو في الدواب فقط كما في الاقالة؟ قولان كما في الدسوقي.

٤) الانصاف جـ ٧ ص ١٥١، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣ ٣١٥. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣، ٦٧٤. هداية الراغب ص ٤١٣.

٥) الايضاح جـ ٨ ص ٩٩، ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.

قد أسقطت الاسم عن الموهوب، أما إذا لم يسقط إسمه لم تكن مانعاً من الرجوع(١).

القول الثاني: أن الزيادة الحسية في العين الموهوبة لا تمنع من الرجوع فمن حق الواهب الرجوع في العين مع الزيادة هذه. وبه قال الشافعية في الصحيح إلا في صورتين(٢) وفي الروضة قول بأن للمتهب إمساك الموهوب، وبذل قيمته بلا زيادة(٣)، وممن قال بأن هذه الزيادة لا تمنع الرجوع الحنابلة في رواية حنبل وهو اختيار القاضى وأصحابه(٤) وهو قول ابن عباد من الاباضية(٥) وقول ابن حزم الظاهرى إذا لم يسقط بها الاسم عن الموهوب(٦) وهو أيضاً قول عمر بن عبد العزيز(٧) وقول لبعض مشايخ الحنفية في سمن الحيوان وكبره لكن لايهتم به الكثير منهم(٨).

١) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.

٢) الصورة الأولى: مالو وهب أمة أو بهيمة حائلاً ثم رجع فيها وهي حامل لم يرجع إلا في الأم دون الحمل بناء على أن الحمل يعلم وهو الأصح ويرجع في الأم ولو قبل الوضع في أحد وجهين صححه القاضي وهو المعتمد كما أجاب ابن الصباغ وغيره، الصورة الثانية: مالو وهب نخلاً فأطلعت تمراً غير مؤبد فلا يرجع فيه على المذهب لأنه لا معاوضة ولاتراض كالصداق قاله الحاوي في باب بيع الأصول والثمار، لكن في الروضة في التفليس عن الشيخ أبى حامد مايقتضى ترجيح التبعية، أي تبعية الطلع، واقتصر عليه، والأول أوجه قياساً على الحمل. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩ المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٥. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١ تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣ «قال الشافعى رضى الله عنه، ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشيء وله فيه الخيار» تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٧٥.

٣) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٥.

٤) الأنصاف جـ ٧ ص ١٥١، ١٥٢. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣، ٦٧٤.

٥) الايضاح جـ ٨ ص ٩٩، ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.

٦) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.

٧) المحلى السابق ص ١٢٩ مسألة ١٦٢٩.

٨) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧. وسيأتي في التطبيقات في المسألة الثالثة.

ويثور السؤال على هذا القول بشأن هذه الزيادة ماحكمها؟ ولمن تكون؟ هل تكون للواهب لاتصالها بعينه التى رجع فيها؟ أم للموهوب له لأنها نمت في ملكه؟ أم يكون شريكاً للواهب بها؟ أم ماذا؟.

لا خلاف أنها لا تكون للواهب. أما العلاقة بين الواهب والمتهب، فان عمر بن عبد العزيز يقول: ليس للواهب إلا عين هبته أما النماء فليس له شيء منه، وإن كان الموهوب شيئاً متنبتاً فحسن عند الموهوب له فانه يقضى له بشرائه يوم وهبت له(١)، وقال الحنابلة: يشارك الموهوب له الواهب بهذه الزيادة المتصلة(٢) وفصل الشافعية فقالو: أنه لو كان الموهوب ثوباً فصبغه أو قصره، أو حنطة فطحنها، أو غزل فنسجه شارك الواهب بعد الرجوع بما زاد على قيمته فان لم تزد فلا شركة.

وإن كان الموهوب أرضاً فغرس المتهب فيها غرساً، أو بنى عليها بناء، تخير الواهب بين تبقيته بأجره كالعارية، أو قلعه بأرش نقصه، أو تملكه بقيمته.

أما لو كان المتهب قد زرع الأرض فانه يجب على الواهب ابقاء زرعه إلى الحصاد مجاناً لاحترامه بوضعه له حال ملكه الأرض(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بأن الزيادة الحسية

١) المحلى جـ ٩ ص ١٢٩ مسألة ١٦٢٩.
٢) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٢.
٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. نهاية المحتاج والشبراملسى جـ ٥ ص ٤٢١ روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٣.

المتصلة مانع من الرجوع في الهبة بالآتى:

١- أنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع هذا النوع من الزيادة لأنها ليست بموهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً(١) ولأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل إليه من جهة الواهب فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة(٢) وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصل لئلا يفضى إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسح النكاح أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشترى، وقد يفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشترى وقد رضى ببذل الزيادة(٣).

٢- القياس على الزيادة المنفصلة كما هو في كلام الحنابلة السابق، وكما هو عند ابن عبد العزيز من الاباضية(٤).

٣- استدل ابن حزم لقوله بأنها إذا تغيرت حتى سقط عنها الاسم كانت غير الهبة التى وهبها الواهب، فهى غير التى جعل له النبى -ﷺ- الرجوع فيه(٥).

دليل القول الثاني: استدل من قال بأن الزيادة المتصلة لا

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.
٢) الحنابلة قاسوها على الزيادة المنفصلة كما في هذا الدليل.
٣) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥.
٤) المراجع السابقة، وانظر الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠ - شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.
٥) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.

تمنع الرجوع في الهبة. بأن هذه الزيادة تتبع الأصل(١) فكانت زيادة في الوهوب فلم تمنع الرجوع لتبعيتها كالزيادة قبل القبض، وكالزيادة المنفصلة عن العين فانها لا تمنع الرجوع في الأصل نفسه لكن الرجوع فيها ممتنع(٢)، وقال ابن حزم: أنه إن لم يزل عنها الاسم كانت هى الهبة التى جعل له النبى -ﷺ- الرجوع فيها(٣). وقد ضعف الاباضية قول ابن عباد منهم والقائل بهذا القول(٤).

والراجح هو القول الأول من أن الزيادة المتصلة هذه تمنع الرجوع في الهبة لأن هذه الزيادة نماء ملك الموهوب له، ولايمكن رد الأصل إلا بها، وأيضاً منعاً لضرر المشاركة، والقسمة.

المسألة الثانية
الزيادة المعنوية المتصلة

إذا كانت الزيادة في الموهوب زيادة معنوية لها بال كما لو كان الموهوب رقيقاً فتعلم صنعة أو تعلم كتابة، أو قرآناً أو علماً، أو إسلاماً، أو قفص دينا عنه، أو كانت الزيادة في الموهوب ببرء من مرض، أوصمم، أو عمى. فان للفقهاء في اعتبارها مانع من الرجوع قولان:

القول الأول: أن هذا النوع من الزيادة مانع من الرجوع

١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣.
٢) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣.
٣) المحلى ص ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.
٤) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.

وبه قال المالكية(١) والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد، وصححه في التصحيح ونصره ابن رجب، ونص عليه في رواية ابن منصور عن الإمام أحمد(٢) وهو قول الاباضية في الراجح(٣) وهو مختار الحنفية قال به أبو يوسف، وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه كما في الشرنبلالية(٤) وذكر ابن قدامة الحنبلى أنه قول محمد بن الحسن من الحنفية(٥) لكن ابن عابدين ذكر أن محمد بن الحسن وزفر قالا: أنها لا تمنع من الرجوع(٦).

القول الثانى: أن هذا النوع من الزيادة لايمنع من الرجوع في الهبة. وبه قال الشافعية(٧) والظاهرية(٨) وابن عباد من الاباضية (٩) والحنابلة في رواية حنبل وهو اختيار القاضى وأصحابه (١٠) وبه قال زفر، ومحمد من الحنفية، وأبو حنيفة في

١) الشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٥، الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.
٢) الانصاف جـ ٧ ص ١٥١، ١٥٢. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣.
٣) الايضاح جـ ص ١٠٠. شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.
٤) تكملة ابن عابدين ومعها الدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٥ ومابعدها، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١.
٥) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣.
٦) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨.
٧) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥.
٨) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠. فالزيادة المانعة عنده هى التى تسقط اسم الموهوب عنه، والزيادة المعنوية لا تسقطه.
٩) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.
١٠) الانصاف جـ ٧ ص ١٥١، ١٥٢.

إحدى الروايتين(١).

وعلى هذا القول يثور سؤال كما هو الحال في المسألة الأولى، مامصير قيمة هذاه الزيادة؟ والجواب أنها تكون للموهوب له لأنها زادت في ملكه وهذا هو الراجح خلافاً للشافعية في وجه لبعض الأصحاب أنه يفوز بها الواهب(٢).

وعلى الرجح يقضى للموهوب له بشرائه يوم وهب له عند عمر بن عبد العزيز(٣) وقال الحنابلة(٤) والشافعية(٥) يكون الموهوب له شريكا للواهب بقيمة هذه الزيادة، وفي الروضة للشافعية قول كعمر بن عبد العزيز: "وقيل للمتهب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة(٦)".

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بأن هذا النوع من الزيادة مانع من الرجوع في الهبة بنفس الأدلة التى سبق ذكرها في الزيادة الحسية لحدوث زيادة في العين أدت إلى زيادة قيمتها(٧)

١) هذه الرواية ذكرها ايضاح ابن قدامة عن أبى حنيفة لكنه ذكرها عنه في تعليم القرآن وقضاء الدين عنه فقط. ورد عليه ابن قدامة قائلاً: ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣. وانظر للحنفية، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١.
٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣.
٣) المحلى جـ ٩ ص ١٢٩ مسألة ١٦٢٩.
٤) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٢.
٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج والشبراملسي جـ ٥ ص ٤٢١.
٦) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٥.
٧) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.

قال ابن قدامة: أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن في الحيوان(١).

دليل القول الثاني: استدل من قال بأن هذا النوع من الزيادة لايمنع الرجوع في الهبة بنفس الأدلة المذكورة في الزيادة الحسية أي لتبعيتها للأصل(٢) ومن قال به من الحنفية قال: ان هذه الزيادة ليست في العين فأشبهت الزيادة في السعر(٣) لرغبة الناس فيها للزيادة في العين(٤).

الراجح: والذى نراه راجحاً هو قول من قال أن الزيادة المعنوية إن أدت إلى زيادة القيمة بأن كانت زيادة لها بال تمنع الرجوع في الهبة لأن هذه الزيادة نماء في ملك الموهوب له تزيد في قيمة الموهوب، وأيضاً هذا القول يدفع سوء المشاركة وضرر القسمة.

المسألة الثالثة
مايشترط في الزيادة المتصلة المانعة من الرجوع عند القائلين بذلك

يشترط في الزيادة الحسية أو المعنوية لكي تكون مانعاً من الرجوع شرطان

١- أن تكون الزيادة لها بال أي يقابلها زيادة في القيمة المالية.

١) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣ ولاحظ ما سبق في أدلة المانعين للرجوع بالزيادة الحسية المتصلة.
٢) راجع هذه الأدلة في الزيادة الحسية المتصلة في المسألة الأولي.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨ ولاحظ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١.
٤) ابن عابدين السابق ص ٣٢٥.

٢- أن لا تكون الزيادة في القيمة فقط دون الزيادة في العين كغلاء السعر.

يقول ابن قدامة: «وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد في قيمته شيئاً لم يمنع الرجوع لأن ذلك ليس بزيادة مالية»(١) ويقول البهوتي في شروط صحة الرجوع «الشرط الثالث: أن لا تزيد العين الموهوبة عند الولد(٢) زيادة متصلة تزيد قيمتها كالسمن والكبر والحمل وتعلم صنعة أو تعلم كتابة أو قرآن»(٣) ويقول الدسوقى «الزيادة في القيمة مع بقاء الذات من غير تغير فيها لا يمنع الاعتصار لعدم فواتها بها لبقاء الموهوب بحاله وزيادة القيمة عارض لا يعتد به»(٤).

وعند الحنفية قال في الدر: «الزيادة في نفس العين» قال ابن عابدين «قيد به لأنها لو كانت في قيمتها لا يمنع لأنها حينئذ لرغبة الناس إذ العين بحالها»(٥) وفي الهندية «إذ زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة فله الرجوع»(٦). وفي الدر «الزيادة في نفس العين، أى المتصلة الموجبة لزيادة القيمة. أما إذا كانت الزيادة في العين لا توجب الزيادة في القيمة فانه لا ينقطع بها حق الرجوع كما في محيط السرخسي»(٧) وفي المجمع «ثم المراد

١) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣.
٢) لأن الصحيح والذى عليه مذهب الحنابلة أن لا رجوع في الهبة إلا للوالد فيما وهبه لولده.
٣) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥.
٤) الدسوقى والشرح جـ ٤ ص ١١١. شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٥.
٥) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥. ولاحظ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠.
٦) تكملة ابن عابدين السابق.
٧) الدر والتكملة السابق ص ٣٢٦.

بالاتصال هو أن يكون في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة في القيمة كالخياطة والصبغ والجمال ونحو ذلك. وإن زاد من حيث السعر فله الرجوع لأنه لا زيادة للعين، وكذا إن زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما إذا طال الغلام الموهوب لأنه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع»(١) وفي البحر أيضاً أن طول الغلام وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ زيادة في العين فقط فلا تمنع الرجوع لكن عن قاضيخان ماينافيه(٢) ويرى الحنابلة أن الطول في الموهوب زيادة مانعة من الرجوع(٣) وفي التبيين: إن وهب عبد احلال الدم فعفا ولي الجناية وهو في يد الموهوب له، لا يرجع الواهب. ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع، ولا يستَرد الفداء(٤). فمحل الخلاف عند الحنفية هو الجناية الخطأ، أما الموجبة للقصاص إن عفا ولي الدم وهو في يد الموهوب له كان ذلك مانعاً من الرجوع لأنها حياة مع زيادة في القيمة.

وللفقهاء تطبيقات تندرج تحت المسألتين السابقتين نذكر بعضها لمزيد من الايضاح وبعض التفصيل.

البناء والغراس في الأرض الموهوبة:

البناء والغراس في الأرض الموهوبة لا يعدان مانعاً من الرجوع عند القائلين بذلك إلا إذا كان فيهما زيادة في قيمة الأرض كما قدمناه في الشروط. فان كان لا يوجب ذلك لايمنع الرجوع،

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦.
٣) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣.
٤) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦.

وإن كان يوجب الزيادة في القيمة في قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع الرجوع في تلك القطعة دون غيرها كما في المنح. وفي المنهاج: رجل وهب لرجل أرضاً بيضاء أنبت في ناحية منها نخلاً، أو بنى فيها بيتاً أو دكاناً، أو داراً(١) للدواب كان ذلك زيادة فيها وليس له أن يرجع في شيء منها، أما إذا لم يعد زيادة أصلاً كبناء تنور الخبز في غير محله كأن بناه في بيت الضيافة فإنه لا يمنع الرجوع وعزاه للزيلعي، وكذا في الظهيريه. وفي الهندية عن الكافي: ان وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت الموهوب له في ناحية منها نخلاً أو بنى بناء أو دكاناً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها فان كان لايعد زيادة أو يعد نقصاناً فانه لا يمنع الرجوع حتى لو بنى دكاناً صغيراً بحيث لا يعد زيادة أصلاً فلا عبرة به، وإن كانت الأرض عظيمة لا يعد ذلك زيادة في الكل إنما يعد زيادة في تلك القطعة فله أن يرجع في غيرها. وعلى هذا التفصيل تحمل العبارات المطلقة في المنع كما في السراجية وغيرها حيث فيها: إذا وهب أرضاً فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع(٢).

وأيضاً إن تغيير الغرض من الموهوب فانه لا يمنع من الرجوع إلا بالزيادة في العين زيادة يقابلها زيادة في القيمة. ففي المحيط: لو وهب له حماماً فجعله مسكناً، أو وهب له بيتاً فجعله حماماً فان كان البناء على حاله لم يزد فيه شيئاً فله أن يرجع، وإن كان زاد فيه بناء أو علق عليه باباً أو جصصه وأصلحه أو طيّنه

١) الدارب هو معلف الدواب.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧، ٣٢٩.

فليس له أن يرجع الواهب في شيء فيه.

وفي الوجيز للكردى: إن هدم البناء رجع في الأرض، ولو استهلك البعض له أن يرجع في الباقي(١).

السمن وكبر الصغير:

السمن والكبر في الحيوان والرقيق زيادة مانعة من الرجوع في الهبة عند فريق من الفقهاء كما تقدم في الأقوال. لكن عند المالكية قول بأنه خاص بالدواب فقط دون الرقيق، وقول آخر أنه عام في الدواب والرقيق، والظاهر لنا أنه هو المشهور لأن عبارات الأكثر جاءت عامة، وأشار الدسوقي إلى هذا التفصيل(٢) وتقدم أن للحنابلة روايتين(٣) وكذلك اختلف مشايخ الحنفية فيه فالجمهور على أن ذلك مانع من الرجوع بل قاضيخان الذي لا يعدل عن تصحيحه في المذهب لم يذكر غيره. وقال بعض المشايخ ليس مانع من الرجوع. فقد ذكر الناطفي في أجناسة: لو وهب أمة فسمنت وكبرت له أن يرجع وكذا جميع الحيوانات. لكن في الهندية عن المحيط: ولو وهب أمة فشبت وكبرت لا يرجع وكذلك جميع الحيوانات. قال ابن عابدين: فهما قولان للمشايخ لكن الموافق لما في قاضيخان أوفق حيث ذكر عدم الرجوع ولم يتعرض لخلافه. وعبارة قاضيخان: رجل وهب عبداً صغيراً فشب وصار رجلاً طوالاً، لا يرجع الواهب فيه لأن الزيادة في البدن تمنع الرجوع وان كانت تنقص القيمة. وعلله أيضاً في الاختيار: بأنه زاد في بدنه ثم انتقص

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٩.
٢) الخرشي جـ ٧ ص ١١٥، الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١.
٣) راجع الحنابلة في المسألة الأولى.

بوجه آخر فلا يرجع. وفي الحواشي اليعقوبية قيد السمن بالمعتدل، وهو حسن(١).

تغير العين الموهوبة أو خلطها:

إذا تغير الموهوب عن حاله بأن كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سويقاً فلتّه بسمن أو كان لبناً فاتخذه جبناً أو سمناً امتنع الرجوع(٢) قال ابن عابدين: وكذا لو وهب عنباً فصيره زبيباً لعدم بقاء الاسم(٣)وعندالمالكية: ومما يفوت الرجوع في الهبة خلط الموهوب له لها بمثلها(٤) قال الدردير: وكذا يفوت الاعتصار بخلط مثلي بغيره دراهم أو غيرها فليس للأب أعتصارها حينئذ ولا يكون شريكاً للولد بقدرها(٥) ومما يعتبر تغيراً مانعاً للرجوع عند المالكية جعل الدنانير حلياً لأن فيها نقصاً(٦). وعند الشافعية أنه إن وهبه حباً فبذره ونبت، أو بيضاً فصار فراخاً امتنع الرجوع كما جزم به ابن المقري تبعاً لصاحب الحاوي الصغير قال النووي في الروضة: لأن ماله مستهلك(٧) أي صار غير المال الموهوب. والحق

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧.
٢) المرجع السابق، وانظر المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠. الخرشي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥. الدسوقى والشرح جـ ٤ ص ١١١. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧.
٤) شرح الخرشى جـ ٧ ص ١١٥.
٥) الشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١. وذكر الأب والولد لأن عندهم لا رجوع إلا للوالد فيما وهب لولده أما الأجنبى فلا رجوع له إلا إذا اشرط الاعتصار.
٦) الخرشى والعدوي جـ ٧ ص ١١٤.
٧) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨١، ٣٨٢.، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٢١٠ ومابعدها. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣، جـ ١ ص ٥٢٥.

به الأذرعي دبغ جلد الميتة، وفي تخمر العصير وجهان(١).

ومن الحنفية من قال بأن تغير السويق والحنطة لا يمنع الرجوع. قال الخير الرملي: وفي الوالوالجية: رجل وهب سويقاً فلته بالماء يرجع الواهب لأنه بقى الاسم وهذا نقصان كمن وهب لرجل حنطة فلتها بالماء. وفرق بين هذا وبين ماإذا وهب تراباً فلته بالماء حيث لا يرجع، والفرق أن هنا اسم التراب لم يبق فلم يبق الموهوب(٢).

والخلاف في الحنطة والسويق عند الحنفية هيّن وبسيط فمن يرى أن هذا تغير يزيل الاسم منع الرجوع، ومن قال لا يزيله وأنه نقصان أجاز الرجوع.

خياطة الثوب، وصبغة، أو تقصيره ونحو ذلك:

خياطة الثوب زيادة متصلة تمنع من الرجوع في الهبة عند فريق من الفقهاء كما تقدم، ومن ثم فإنه إذا قطعه فقط لم يمتنع الرجوع، ولو قطعه نصفين فخاط نصفه وبقى النصف الآخر له الرجوع في الآخر غير المخيط(٣) وإن كان الموهوب ثوباً فصبغه صبغاً يزيد فيه كما لو صبغه بعصفر أو زعفران امتنع الرجوع(٤) حتى ولو صبغه بأسود لأنه بما ينفق على السواد أكثر مما ينفق على صبغ آخر قاله قاضيخان. وقال ابن عابدين: ولون الأسود في زماننا من أحسن الألوان ويزداد به الثوب قيمة عن غيره من الألوان،

١) المراجع السابقة.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧.
٣) تكمله ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠.
٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.

وما نقل عن الإمام أنه مما ينقص الثمن فهو اختلاف زمان(١). قال الكاساني «أنه إن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله أن يرجع لأن المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم»(٢).

كما يمتنع الرجوع بتقصير الثوب لزيادة قيمة الموهوب بها. قال في الهندية: ولو وهب كرباساً فقصره الموهوب له لا يرجع الواهب لأنه زيادة متصلة وصفة متقومة. أما لو غسل الموهوب له الثوب، فان ذلك لا يمنع الواهب من الرجوع كما فى محيط السرخسي، وفي الوجيز للكردى: إن فتل الثوب لا يرجع إن كان يزيد بذلك في الثمن(٣). وعلى كل حال فان ماذكر من الصبغ، والتقصير ونحوه يخضع للزمان، والمكان، فقد يكون ذلك زيادة في زمان دون غيره. وفي مكان دون آخر. وقد يكون نقصاً، أو لا زيادة ولا نقص، فان كان زيادة منع الرجوع، وإن كان نقصاً أو لا هذا ولا ذاك لم يمنع الرجوع.

مداواة الموهوب وبرئه من مرضه:

إذا كان الموهوب مما يمرض فعالجه الموهوب له وداواه من مرضه حتى برئ فهذا زيادة تمنع الرجوع وذلك إذا كان هذا المرض قائماً بالموهوب عند الواهب، أما إذا طرأ عليه عند الموهوب له فدواؤه لا يمنع الرجوع، وأيضاً لابد من حصول البرء فالمداواة بدون حصول البرء لا تكون زيادة. والبرء بدون المداواة

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧.
٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤.

زيادة مانعة من الرجوع(١).

العفو عن الجناية:

لو كان الموهوب رقيقاً وصدرت منه جناية وهو عند الواهب وكانت هذه الجناية تحل دمه لكن ولي الدم عفا عنه وهو في يد الموهوب له فان ذلك يمنع رجوع الواهب لأنها حياة وزيادة في قيمة الرقيق تمت في ملك الموهوب له. وإن كانت الجناية خطأ فقداه الموهوب له فان الواهب لا يمنع من الرجوع ولا يسترد منه الفداء كما في التبيين. ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة كما في الهندية عن محيط السرخسي، وفي تاضيخان ماينا فيه(٢).

التعليم ونحوه من الزيادة المعنوية:

سبق موقف الفقهاء من هذه الزيادة، وعلمنا أن جمعاً من الفقهاء قال بأنها مانعة من الرجوع، ومن هذه الزيادة سماع أصم وإبصار أعمى وإسلام رقيق، ومداوة مريض، وعفو جناية عن رقيق، وتعليم قرآن أو قراءة، ونقط مصحف باعرابه(٣)، أو كان أعجمياً فعلمه الكلام أو شيئاً من الحروف.

وكون تعليم نقط المصحف واعرابه مانعاً من الرجوع إنما إذا كان على الصواب أما لو كان خطأ فهو تنقيص فلا يمنع الرجوع.

١) تكملة ابن عابدين السابق، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٢٨، ٣٢٩. وقد سبقت هذه المسألة.
٣) أي بيان إعرابه من رفع ونصب وخفض وجزم.

وكون هذه الزيادة مانعة من الرجوع عند الحنفية هو رواية عن الإمام أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، والمختار في الملتقى كما في المضمرات، وكما في التتار خانية عن واقعات الناطفي وكما في الحموي. والرواية الأخرى عن أبي حنيفة أنها لا تمنع الرجوع. وهو قول محمد وزفر، وهو المذكور في منية المفتي نقلاً عن السراجية لأن هذه الزيادة ليست زيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر.

وحجة المختار: أنها زيادة في العين فمنعت الرجوع. قال ابن عابدين: إنما امتنع الرجوع في هذه المسائل لحدوث الزيادة في العين عند أبي يوسف، قال الحموي: وهو المختار، وعن محمد وزفر لا يمنع الرجوع. إلا أن الزيلعي روي الخلاف بين أبي يوسف، وبين محمد وزفر بالعكس. وفي الشرنبلالية روايتان في الزيادة المعنوية عن الإمام أبي حنيفة. أ. هـ.(١).

الزيادة في السعر بدون نقل للهبة، أو مع النقل:

إذا كانت الزيادة في قيمة الموهوب ليست ناشئة عن زيادة العين بل ناشئة عن زيادة في السعر لحوالة الأسواق مثلاً أو لرغبة الناس فيها فالمشهور والمعتمد عند المالكية أنها لا تمنع الرجوع، ومقابل المشهور ما في بعض شراح الجلاب من أنه مفيت للرجوع.

جاء عند المالكية: وأما حوالة السوق بغلو أو رخص أي بزيادة أو نقص في القيمة مع بقاء الذات من غير تغير فيها فلا يمنع الاعتصار لعدم فواتها بها لبقاء الموهوب بحاله، وزيادة القيمة

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١، وراجع ماسبق في المسألة الثانية.

أو نقصها عارض لا يعتد به(١) قال ابن عرفة: تغيير الأسواق لغو(٢) وقال الخرشي: وأما حوالة الأسواق فلا تفيت الاعتصار في الهبة على المشهور لأن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بالهبة ولا تأثير له في صفتها فلم تمنع الاعتصار(٣) كنقلها من موضع إلى آخر(٤). قال العدوي: ومقابل المشهور مافي بعض شراح الجلاب من أنه مفيت لأنه نقص صفة وهو فوت في الرد بالعيب فأحرى ما هنا(٥).

والمشهور عند المالكية يتفق مع الحنابلة(٦) والاباضية(٧) والحنفية: يقول الكاساني معللاً: وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لأنه لا تعلق لها بالموهوب، وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع، ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع، فلا تغيّر ضمان الرهن، ولا الغصب، ولا تمنع الرد بالعيب(٨)، والمالكية، والحنابلة، والاباضية على أن الزيادة في السعر لا تمنع من الرجوع حتى ولو كان بنقل الموهوب من مكان إلى آخر(٩) وبه قال أبو يوسف من الحنفية. وقال أبو حنيفة

١) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١١١، بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.
٢) الشرح الصغير السابق.
٣) شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.
٤) بلغة السالك السابق.
٥) حاشية العدوي على الخرشي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥.
٦) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣. هداية الراغب ص ٤١٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥.
٧) الايضاح جـ ٨ ص ٩٩، ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.
٨) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٨.
٩) أنظر مراجعهم السابقة.

ومحمد ينقطع به الرجوع إن كان النقل قد احتاج إلى مؤنة وكلفة. ومشى صاحب الدر المختار مع أبي حنيفة ومحمد حيث عدّ ذلك من موانع الرجوع فقال: وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلاً. قال ابن عابدين: فان فيه زيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان كما في البحر أ.هـ. ومثله في الهندية عن التبيين للزيلعي. وحجة أبي يوسف أن الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر. وحجة أبي حنيفة ومحمد أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل بخلاف نفقة العبد لأنها لبدل وهو المنفعة، والمؤنة بلا بدل. وفي شرح السير الكبير للسرخسي: أن لو كانت الهبة في دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له فانها كانت مشرفة على الهلاك في مضيعة وقد أحياها بالاخراج من ذلك الموضع أ.هـ. لكن ماالحكم ما لو نقلها بمؤنة ولم تزد في السعر، وقد علم أن محل كون زيادة السعر لا تمنع الرجوع إذا لم ينقل الهبة؟. أقول: هذا التساؤل طرحه أحد مشايخ الحنفية ولم يذكر جواباً(١). وفي نظرنا أن هذه الصورة لا يمتنع فيها الرجوع عملاً بقاعدة «الغرم بالغنم» ولو زادت في السعر لغنمها الموهوب له بامتناع رجوع الواهب.

الحمل (الحبل):

الحمل قد يكون في إناث الحيوانات، وقد يكون في الاماء من بنى آدم وهن الجواري.

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥، ٣٢٨، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.

ولا خلاف في أن الحبل في البهائم مرغوب فيه وزيادة خير يطلبها الناس ويسعون ورآها كما هو مشاهد وملموس. وقد عبر عن ذلك بعض الفقهاء كما في النهر في باب خيار العيب «الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم»(١).

ومن ثم فان الحبل في البهائم مانع من الرجوع في الهبة لأنه زيادة متصلة، هذا إذا حصل عند الموهوب له، أما لو كان قد وهبها وهي حبلى صح رجوع الواهب لأنه قد وُهِبَ تبعاً(٢).

أما الحبل بالنسبة للجارية فانه إن وهبها وهي حبلى وراجع فيها وهي كذلك صح الرجوع لأن الحمل قد وهب أيضاً بالتبعية، وهذا يبدو إتفاقاً عند الحنفية لكن في الهندية تفصيل حيث فيها: إن وهب جارية حاملاً فرجع قبل الوضع إن كان رجوعه قبل أن تمضى مدة يعلم فيها زيادة الحمل جاز الرجوع وإلا فلا.

ثم حدث خلاف بين صاحب السراج، وبين عامة الحنفية في الحبل العارض أي بأن وهبها حائلاً فحملت عند الموهوب له فأراد الواهب الرجوع فيها وهي حبلى.

فالذى في السراج: أنه يمنع من الرجوع لأن الحمل زيادة متصلة لم تكن موهوبة فالولد يحدث جزءاً فجزءا فلا يصل إلى الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب كالزيادة المتصلة.

والذى عليه عامة الكتب أنه إن زادت الجارية خيراً بالحبل وأراد الواهب الرجوع وهي حبلى فليس له أن يرجع فيها، وإن كانت قد ازادت شراً فله أن يرجع فيها لأنه حينئذ نقصان. ففي الهندية عن المبسوط: والجوارى في هذا تختلف فمنهن

١) التكملة السابق ص ٣٢٦، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٢) التكملة السابق ص ٣٢٩، ٣٣٠.

إذا حبلت سمنت، وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع، ومنهن إذا حبل اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصاناً فيها لا يمنع الواهب من الرجوع أ. هـ.

وقد حاول ابن عابدين التوفيق بين مافي السراج وغيره بما جاء في النهر من أن الحبل عيب في الآدمية لا في البهيمة، وبما في الهندية من أن الجواري تختلف فمنهن من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع ومنهن بالعكس فيكون نقصاناً لا يمنع الرجوع ثم قال: ويؤيد هذا التوفيق أن الحبل إن زاد خيراً منع الرجوع، وان نقص لا يمنع أ. هـ.

أي أن اطلاق المنع في السراج يحمل على هذا التفصيل أي إن ازدادت به خيراً منع الرجوع، وإن نقصت به لا يمنع الرجوع.

فاذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ولا يتبعها حملها بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له بعد أن يستغنى عن أمه، لكونه حدث على ملكه كما قالوا فيما لو بنى في الدار الموهوبة بناء منقضاً كبناء تنور في بيت الضيافة والسكنى فانه لا يمنع الرجوع وللموهوب له أخذ التنور لأنه ملكه.

وهل النقصان بالحبل يجيز الرجوع مطلقاً؟ الذى في مجمع الأنهر تبعاً للزيلعى في التبيين. نعم أي سواء كان الحبل بفعل الموهوب له أم من غيره. وقال ابن عابدين: ينبغى أن يحمل على ما إذا كان الحبل من غير السيد أي الموهوب له، أما إذا كان منه فلا رجوع لأنها ثبت لها منه بالحمل وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل. ذكره أبو السعود

عن شيخه، وأقره الحموي، وذكره بعض المتأخرين تفقهاً(١).

وللاباضية قولان، أحدهما يتفق مع الحنفية وهو أنه إن ازدادت خيراً بالحبل امتنع الرجوع، والاجاز للواهب الرجوع، وهو الراجح عندهم وقال به مشايخهم كالربيع وأبي عبيدة مسلم، والشماخى. وابن عبد العزيز. والثاني لأبن عباد وهو جواز الرجوع مطلقاً وضعفه جمهورهم(٢) وقول ابن عباد السابق يتفق مع ابن حزم الظاهري فالحمل عنده ليس مانع من الرجوع لأن المانع من الرجوع عنده كما يقول: هو تغير بالعين الموهوبة يسقط عنها الاسم(٣) والحمل لا يسقط عنها الاسم كما فهمته إلا في الجارية. ولم يتعرض المالكية للحمل في مفوتات الاعتصار فيما اطلعت عليه من كتبهم لكن الحكم عندهم في الزيادة المتصلة أنها مانعة من الاعتصار كما تقدم عنهم، ومن ثم فانه يمكن القول أنهم كالحنفية، وجمهور الاباضية بمعنى أنه إن أدى الحمل إلى زيادة في العين والقيمة كان مانعاً من الاعتصار، والا فلا(٤).

أما الشافعية فانه كما تقدم عنهم لا يرون الزيادة المتصلة مانعة من الرجوع في الهبة(٥) أما الحمل فان كان مقارناً للهبة بأن

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١. تكملة ابن عابدين والدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٢٨ وما بعدها. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.

٢) شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤. الايضاح جـ ٨ ص ٩٩، ١٠٠. المصنف جـ ٢٧ ص ١٩٩.

٣) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.

٤) لاحظ الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١.
- القوانين الفقهية ص ٣٦٢. بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢. شرح الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥ بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.

٥) راجع المسألة الأولى والثانية.

وهب الجارية أو البهيمة وهى حامل فانه يصح رجوعه فيه أيضاً مع الأم وإن انفصل لأنه من جملة الموهوب، وبناء على أن الحمل يعلم وهو الأصح. وإن كان قد وهبها وهي حائل ثم رجع فيها وهي حامل أي قبل الوضع فإنه لا يرجع إلا في الأم دون الحمل لحدوثه على ملك الموهوب له فلا يتبع الأم، وبناء على أن الحمل يعلم وهو الأصح، فاذا انفصل الحمل أخذه المتهب بعد أن يستغنى عن أمه، وفي الروضة وجه بأن له الرجوع في الأم بحملها إن قلنا لا حكم للحمل، والصحيح غيره، وهل للواهب الرجوع في الحال، أم عليه الصبر إلى الوضع؟ وجهان.

ومثل الحمل تمر النخل غير المؤبرة فلو وهبه نخلاً حائلاً فأطلعت تمراً غير مؤبر فلا يرجع إلا في النخل أما التمر فلا يرجع فيه على المذهب لأنه لا معاوضة ولا تراض كالصداق قاله الحاوي في باب بيع الأصول والثمار. لكن في الروضة في التفليس عن الشيخ أبي حامد ما يقتضى ترجيح التبعية أي تبعية التمر للنخل فيرجع فيه الواهب أيضاً، واقتصر عليه، وما قاله الحاوي أوجه قياساً على الحمل(١).

واما الحنابلة فقد تقدم عنهم رواية تجعل الزيادة المتصلة مانعة من الرجوع(٢) ومن ثم فان الحمل مانع من الرجوع فى الهبة لأنه زيادة متصلة هكذا فى بعض الكتب دون تفصيل(٣). وفصل لابن قدامة والبهوتى فقالا: إن وهبه جارية أو بهيمة حاملا فولدت

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج والشبراملسي جـ ٥ ص ٤٢١ تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩.
٢) راجع المسألة الأولى والثانية.
٣) الانصاف جـ ٧ ص ١٥١، ١٥٢، هداية الراغب ص ٤١٣.

فى يد الموهوب له، فالولد زيادة متصله باعتبار الكبر فيمتنع الرجوع. وان وهبه حاملا ورجع فيها وهى حامل جاز الرجوع إن لم تزد قيمتها، وإن زادت قيمتها فهى زيادة منفصلة وفى كونها مانعة من الرجوع روايتان.

وإن وهبه حائلا فحملت فهى زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها، وإن قلنا: أن الحمل لا حكم له فزادت به قيمتها فهى زيادة متصلة تمنع الرجوع. وان لم تزد قيمتها جاز الرجوع. قاله ابن قدامة: وقال البهوتى: ان وهبه أمة أو بهيمة حائلا ثم رجع الواهب فيها حاملا فان زادت قيمتها بالحمل فزيادة متصلة تمنع الرجوع. فهما وجهان للحنابلة.

وقال البهوتى: إن كانت الزيادة ولد أمة بأن حملت الأمة وولدت عند الموهوب له امتنع الرجوع فى الأم لتحريم التفريق بين الأم وولدها.

وان وهبه نخلاً فحملت عند الموهوب له فهي قبل التأبير أي التشقق زيادة متصلة تمنع الرجوع، وبعد التأبير زيادة منفصلة وفي منعها للوجوع روايتان، نقل الحارثي هنا عن الموفق واقتصر عليه أنها لا تمنع الرجوع(١).

مسائل أخرى:

ذكر في المنح مسائل من هذا الباب منها مالو وهب له حلقة فركب فيها فصارا فإن كان لايمكن نزعه إلا بضرر لا يصح الرجوع للواهب، وإن أمكن نزعه بلا ضرر كان له الرجوع. وفي الدر

١) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥، ٣١٦، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤، ولاحظ الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، ١٥١.

فيها لزوال المانع فكذلك هنا كما في ابن عابدين.

وعلى المعتمد فان الرجوع يعود حتى ولو بعد القضاء بعدمه لوجود الزيادة.

فى الدر: قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع. فأفاد صحة الرجوع ولو بعد القضاء بعدمه عند وجود المانع، إذا زال ذلك المانع، لا من باب الساقط حتى لا يرجع يؤيده خروج الموهوب عن ملك الموهوب له فانه مانع من الرجوع إلا إذا رجع فله الرجوع، وفي شرح المجمع لابن ملك: ولو منع القاضى الرجوع لثبوت الزيادة ثم زالت عاد للواهب حق الرجوع.

وفي غاية البيان والكافي: رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضى فقال له القاضى: ليس لك أن ترجع فيها، ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها.

قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجاني: يريد به أن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض، وإنما وقع فتوى بناء على مانع فاذا زال تغير الحكم.

وفي الظهيرية وقاضيخان: وإذا قضى القاضى بابطال الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد حق الرجوع، بيانه إذا بنى في الدار الموهوبة بناء أبطل القاضى رجوع الواهب بسبب البناء، ثم هدم الموهوب له البناء وصارت كما كانت فله الرجوع فيها(١).

١) تكملة ابن عابدين والدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٩، ص ٣٤١، ٣٤٢، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠.

المسألة الخامسة
الاختلاف في الزيادة المتصلة

لو اختلف الواهب والموهوب له في حدوث الزيادة في الموهوب بأن قال الموهوب له فيه زيادة فمنعت الرجوع، وقال الواهب ليس فيه زيادة ليرجع، فالقول للواهب عند أكثر الفقهاء، وبه قال جمهور الحنفية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة لأنه ينكر لزوم العقد وهو الأصل في عقد الهبة، ولأن الأصل عدم الزيادة، فقوله موافق للأصل، وقال زفر القول للموهوب له، وهو قول الحنابلة(١).

وهناك من الحنفية من فرق بين الزيادة المتولدة، وغيرها. ففي المتولدة ككبر وسمن وجمال يكون القول للواهب، وفي غير المتولدة كنحو بناء، وخياطة، وصبغ، فالقول للموهوب له إلا إذا كذبته العادة كما لو كانت الزيادة بناء لا يبنى في مثل تلك المدة، أو ثوباً لايخاط فيها كما في الخانية، والحاوي، والمحيط(٢).

الفرع الثاني
الزيادة المنفصلة

الزيادة المنفصلة كولد البهيمة أو ولد الأمة، وثمرة الشجرة، وكسب العبد، وأرش جناية على الموهوب، وعقد الجارية، والغلة، هل تمنع رجوع الواهب في الهبة؟

يرى المالكية أنها لا تمنع الرجوع لأن الزيادة المانعة

١) أنظر. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٣. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٨. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥. الانصاف جـ ٧ ص ١٥٢.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٣، تكملة ابن عابدين والدر جـ ٢ ص ٣٢٨.

عندهم هى الزيادة في ذات العين أي المتصلة(١) وبه قال الاباضية (٢) وابن حزم الظاهرى لأنها لا تسقط الاسم عن الموهوب (٣) وهو قول الشافعية(٤) والصحيح في مذهب الحنابلة وعليه الأصحاب(٥) وبه قال الحنفية(٦).

وقال الحنابلة في رواية وردت في الموجز أنها تمنع الرجوع (٧) ولعل ابن قدامة قد أغفل هذه الرواية عندما ذكر أن لا يعلم خلافاً في أنها لا تمنع الرجوع حيث قال: «وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه»(٨) لكن ماحكم هذه الزيادة على قول الجمهور؟ قولان للفقهاء.

القول الأول: أنها للواهب وهو رواية عند الحنابلة في الفائق وغيره، وذكره القاضي وجها، وعليه يرجع الواهب فيها وفي الأصل، واستبعده ابن قدامة(٩).

١) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥، الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١١، ١١٢، بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.
٢) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ١٥.
٣) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.
٤) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣، تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٧٥.
٥) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، ١٥١، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٣ ومابعدها كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥، ٣١٦.
٦) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٢٩.
٧) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، ١٥١ كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥، ٣١٦.
٨) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤.
٩) الانصاف السابق. المغنى السابق ص ٦٧٣، ٦٧٤.

القول الثاني: أنها تكون للموهوب له فلا يرجع الواهب إلا في الأصل وهو قول عامة المذاهب فهو قول الجمهور لأنها زيادة حادثة في ملك الموهوب له، ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هنا، إذ هي زوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وإنما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لأن المانع هناك هو الربا لأنه يبقى الولد بعد رد الأم بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لايقابله عوض، وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور في الهبة لأن جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز أن يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع.

وهذا الحكم كما قال الكاساني ثابت سواء كانت هذه الزيادة متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر، أو غير متولدة كما في أرش الجناية على العبد الموهوب، وكما في عقر الجارية. والكسب، والغلة(١).

ويلاحظ أنه بالنسبة للحمل إذا انفصل عند الموهوب له يحق للواهب الرجوع فيه إن كان قد وهبها وهي حامل مادمنا قلنا أن للحمل حكم وهو الأصح وعليه الجمهور، وفي وجه للشافعية يرجع في الأم فقط إن قلنا لا حكم له، أما إن كان قد وهبها حائلا

١) أنظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٢٩.
- وانظر روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١.
- حاشية الجمل جـ ٢ ص ٥٩٩ . تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣. الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، ١٥١، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥، ٣١٦. المغنى جـ ٥ ص ٦٢٣ ومابعدها. الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ١٥.

فحملت وولدت عند الموهوب له فإنه يمتنع الرجوع في الجميع كما تقدم(١).

وأيضاً صرح الحنابلة في هذا المقام بأنه إذا كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم، فهذا مستثنى من كون الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع، إلا أن نقول أن الزيادة المتصلة للواهب كما في رواية عند الحنابلة فلا يمتنع الرجوع لأنه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال الموهوب له(٢).

وعند الحنفية أنه لا يرجع في الجارية الموهوبة إذا ولدت حتى يستغني ولدها عنها ونبه أكثرهم على أن هذا هو قول أبي يوسف، وعند غير أبي يوسف يرجع بالأم دون الولد وإن لم يستغن، وحينئذ ينبغي أن تجبر على حضانته بأجر المثل، وفي الهندية قال بشر: قلت وإن اختصموا في الرجوع والولد صغير ثم أدرك الصغير وقد كان القاضي أبطل الرجوع في الأم قال: له الرجوع فيها.

قال ابن عابدين: فأفادت أن القاضي يبطل الرجوع قبل كبر الولد وهل على هذا يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع؟ مقتضى القواعد أن ينظر إلى الولد، تارة يقبل غير أمه وتارة لا، فان لم يقبل إلا إياها أمسكها للرضاع ولا أجرة وامتنع أخذها، وإن قبل غيرها لا تمنع إلا برضاها الواهب وله الأجر.

١) راجع تطبيقات المسألة الثالثة في الحمل.
٢) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، ١٥١. كشاف القناع جـ ٤ ص ١٥. المغني جـ ٥ ص ٦٧٣، ٦٧٤.

وظاهر الخانية اعتماد خلاف قول أبي يوسف حيث قال: ولو ولدت الهبة ولداً كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال، وقال أبو يوسف لا يرجع حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع في الأم دون الولد(١).

المطلب الثاني
نقصان العين الموهوبة

إذا حدث نقص في العين الموهوبة، سواء كان النقص في ذاتها، أو في قيمتها، سواء كان النقص في الذات حسياً كهزال السمين مثلاً، أو معنوياً كزوال معنى من المعاني كالسمع مثلاً، أو نسيان صنعة لها بال فان للفقهاء قولان في كون هذا النقص مانعاً من الرجوع.

القول الأول: أن هذا النقصان مانع من الرجوع وهو قول عند الاباضية لم أره لغيرهم قال به الربيع، وأبي عبيدة مسلم وتمسكوا بأحاديث النهي عن الرجوع في الهبة كقوله -ﷺ-: «الراجع في هبته كالراجع في قيئه» والقئ حرام(٢).

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء الحنفية(٣) والمالكية(٤)

١) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٩. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠.
٢) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ١٥.
٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦ ومابعدها.
٤) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥، الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١، ١١٢، بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.

والشافعية (١) والحنابلة(٢) وابن حزم الظاهرى(٣) وقول للاباضية قال به ابن عباد، وابن عبد العزيز(٤)، هؤلاء قالوا: أن هذا النقص لا يمنع من الرجوع، وحجتهم أن ذلك رجوع في بعض الموهوب وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا إذا نقص(٥) . ولبقاء العين على ملك الموهوب له(٦) ولأن النقص في القيمة مع بقاء الذات من غير تغير فيها، أو فواتها نقص عارض لا يعتد به فحوالة الأسواق لغو(٧).

وأمثلة النقص كثيرة منها ماهو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وأعتقد أن اعتبار شيء ما منقصاً للعين والقيمة يراعى فيه نوع الموهوب كما يراعى فيه اختلاف الزمان والمكان والعادات.

ومن أمثلة النقص هزال السمين، وجعل الدنانير حلياً ونسيان صنعة لها بال، ورخص السعر نتيجة لحوالة الأسواق هكذا عند المالكية.

وتلف بعض العين، وإباق العبد، وارتداد الموهوب له

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، المهذب جـ ١ ص ٤٤٨، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ص ٣١٣.
٢) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٠، هداية الراغب ص ٤١٣، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٦، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤، ٦٧٥.
٣) المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.
٤) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ١٥.
٥) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.
٦) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤، ٦٧٥، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٦.
٧) المغنى السابق، كشاف القناع، الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١١، ١١٢، الخرشى والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٥، بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.

وجناية العبد الموهوب جناية يتعلق أرشها برقبته، أو الجناية عليه كقطع يده مثلاً فهذه من الأمثلة للنقصان عند الحنابلة.

ومن أمثلة النقصان عند الحنفية. الحبل عند بعضهم في الآدميات، وكذلك قطع الثوب دون خياطة، وقطع يد العبد مثلاً، ورخص السعر، والطول الفاحش الذى تنقص به القيمة وكبر طحال، والسمن المفرط والسويق إذا لته بالماء، وكذلك الحنطة، وغسل الثوب والصبغ للثوب إذا كان بلون ينقص القيمة، وتعليم الموهوب له العلم والقرآن وكتابته خطاً ونحو ذلك. وكما قدمنا هذه مجرد أمثلة منها مالايختلف بالزمان أو المكان كالهزال، ونقص عضو من أعضاء الموهوب أو حاسة من حواسه، ومنها ما يختلف كالسمنة أو الطول مثلاً، أو الصبغ ولونه للثوب فعند الحنفية «ولون الأسود في زماننا من أحسن الألوان ويزداد به الثوب قيمة عن غيره من الألوان، وما نقل عن الإمام أنه مما ينقص الثمن فهو اختلاف زمان»(١).

ضمان النقص:

تقدم أن الراجح في الفقه الإسلامي أن نقصان الموهوب في الذات أو القيمة لا يمنع رجوع الواهب في هبته لكن هل يغرم المتهب للواهب قيمة النقص؟ قولان للفقهاء.

القول الأول: يغرم المتهب للواهب أرش النقص أي يضمن له العوض المالي الذي يقدر لقيمة النقص، وهو وجه عند الشافعية قياساً على رد القيمة إذا تلفت العين. وفي وجه آخر للواهب ترك

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٧، وانظر هذه الأمثلة في مصادر المذاهب السابق ذكرها.

العين والمطالبة بكمال قيمتها(١).

القول الثاني: ليس على المتهب أرش النقص فلا يضمن الموهوب له النقصان وهو قول جمهور الفقهاء والصحيح وسواء كان النقص بفعل الموهوب له أم بغير فعله(٢) لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون(٣) ولأن النقص كان على ملكه حتى لو كانت جارية قد وطئها المتهب رجع الواهب فيها ولا مهر على المتهب لأن وطء ملكه(٤) فان حملت فالولد للمتهب بلا نزاع لأنه ابنه حدث في ملكه(٥).

زوال النقصان:

إذا زال النقصان قبل الرجوع فان رجعت إلى حالها الأول التي وهبت عليه جاز الرجوع باتفاق(٦) أما إن زادت فوق ذلك وزادت بها القيمة امتنع الرجوع عند من يرى أن الزيادة تمنع الرجوع. يقول العدوي: «فلوزال النقص ورجع الزيد كأن حدث

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥، المهذب جـ ١ ص ٤٤٨.
٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، ٣٨٥، المهذب جـ ١ ص ٤٤٨، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٢، ٣١٣، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٦، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤، ٦٧٥، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣.
٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.
٤) روضة الطالبين السابق ومابعدها من المصادر.
٥) الانصاف جـ ٧ ص ١٥١.
٦) أي باتفاق المجوزين للرجوع في الهبة. وباتفاق من لم يجعل الزيادة مانعة من الرجوع، ومن جعلها مانعة لان زوال النقصان هنا يكون بالزيادة كأن كانت سمينة ثم هزلت ثم سمنت، فهذه ليست من الزيادة المانعة من الرجوع وإنما لتكميل النقص والعودة إلى الحال الأول.

نقص ثم زال وحدث زيد ثم رجعت لحالها الأول فانه يعود الاعتصار»(١) فيفهم أنها لو زادت عن حالها الأول امتنع الاعتصار.

المطلب الثالث
موت أحد العاقدين بعد القبض

موت الواهب أو الموهوب له قد يكون قبل قبض الهبة، أو بعد قبضها، أما الموت قبل القبض فان للفقهاء في بطلان الهبة بموت الواهب أو المتهب قولان.

القول الأول: ان الهبة تبطل بموت احدهما وبه قال الحنفية(٢) والمالكية إن لم يكن الموهوب له جاداً في الطلب غير تارك حتى مات الواهب(٣) والبطلان بالموت هو رواية عند الحنابلة(٤) وقول للاباضية(٥) ووجه للشافعية(٦).

القول الثاني: الهبة لا تبطل بموت الواهب أو الموهوب له

١) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٥، ١١٦، الشرح الكبير جـ ٤ ص ١١٢، بلغه السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٤، ٣٦١، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥، ٣٣٠.
٣) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١٠٦، ١١٠، القوانين الفقهية ص ٣٦٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٩، ٣٣٠، الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١٠٢، بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٠.
٤) الانصاف جـ ٧ ص ١٢٣، ١٢٤، هداية الراغب ص ٤١٢، المغنى جـ ٥ ص ٦٥١، ٦٥٢ كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٣.
٥) المصنف جـ ٢٧ ص ١٦٦، ١٦٧، ١٨٠، ١٨١، جوهر النظام ص ٣٧٧، الايضاح جـ ٨ ص ١١١٠، شرح النيل جـ ١٢ ص ٨، ٢١، ٤٦، نتائج الأقوال جـ ٢ ص ٧١.
٦) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٥، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٥، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣٠٧، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٨، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠١، المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٠، ٣٨١.

قبل القبض بل تلزم ويقوم الوارث مقامه في الرجوع ونحوه ورد المذهب عند الحنابلة والمنصوص عند الشافعية والمالكية ان كان الموهوب له جاداً في الطلب وقو للاباضية(١) وأما الموت بعد القبض فهل يمنع الرجوع في الهبة؟

أقول: الفقهاء متفقون على أن موت الموهوب له مانع من الرجوع في الهبة، ثم اختلفوا في موت الواهب على قولين:

القول الأول: أن موت الواهب لا يمنع الرجوع في الهبة وهو رواية عن الإمام أحمد اختاراها ابن بطة وأبو خطاب العكبريان، وهو قول عروة بن الزبير واسحاق(٢) وبه قال الاباضية في مقابل الراجح(٣).

القول الثاني: أن موت الواهب كموت الموهوب له كلاهما يمنع الرجوع في الهبة وبه قال الحنفية(٤) وابن حزم الظاهري(٥) والاباضية في الراجح(٦) وهو قول الشافعية(٧) والحنابلة في

١) المراجع السابقة لهذه المذاهب.
٢) المغني جـ ٥ ص ٦٧٦.
٣) شرح النيل جـ ١٢ ص ٥٦ ومابعدها.
٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٠، ٣٣١.
- وقد نظم مصنف التنوير ما يسقط بالموت فقال:

كفارة دية خراج ورابع ضمان لعتق هكذا نفقات
كذاهبة حاكم الجميع سقوطها بموت لما أن الجميع صلات.

وتفصيل هذه الأمور والخلاف في بعضها بينه ابن عابدين وغيره، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣١، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٥) المحلى جـ ٩ ص ١٢٠ مسألة ١٦٢٩، ص ١٤٩ مسألة ١٦٣٢.
٦) شرح النيل جـ ١٢ ص ٥٦ ومابعدها، المصنف جـ ٢٧ ص ١٦٦، ١٨٠، ١٨١، ١٩١ مسألة متفرقة.
٧) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠ ومابعدها، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢٨.

المنصوص عن الإمام أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر(١) وهو قول المالكية فهم وان لم يصرحوا به في موانع الاعتصار إلا أنهم ذكروا من هذه الموانع مرض أحد العاقدين، وهذا في نظرنا يجعل الموت مانعاً من باب أولى، وقد صرح ابن حزم الظاهرى بأن المالكية يجعلون الموت مانعاً من الاعتصار، وكذلك ابن قدامة(٢) فهو قول أكثر أهل العلم يقول ابن قدامة بعد ذكره لرواية امتناع الرجوع بالموت «وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأى وأكثر أهل العلم»(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بجواز الرجوع لو كان الميت هو الواهب بأن الرجوع جائز للتسوية بين الورثة فاذا مات الواهب فلسائر ورثته أن يرتجعوا ما وهبه لأحدهم(٤).

دليل القول الثاني: استدل من قال بأن موت الواهب يمنع

١) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٦، هداية الراغب ص ٤١٣، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٠.
٢) القوانين الفقهية ص ٣٦٢، الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١١، ١١٢، الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٥ بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٣، وانظر المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٢٩ المغنى جـ ٥ ص ٦٧٦.
٣) المغنى السابق.
٤) هداية الراغب ص ٤١٣، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٦، شرح النيل جـ ١٢ ص ٥٦ ومابعدها، المصنف جـ ٢٧ ص ١٦٦، ١٨٠ ومابعدها.
مع ملاحظة أن الاباضية، والحنابلة لايجيزون الرجوع إلا للوالد فيما وهب لولده، ومن ثم فان التعليل جاء بهذه الصيغة. وأيضاً فانهم يوجبون التسوية بين الورثة في العطية، وقد يكون الرجوع هو طريق التسوية.

الرجوع في الهبة مثل موت الموهوب له بالآتي:

أ - أما موت الواهب: فلأن وارثه لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه(١) وكما يقول ابن عابدين: أنه إذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو لم أوجبه، وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط، ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب(٢) ويقول داماد أفندي: وأما موت الواهب فتلعذر الرجوع منه والوارث ليس بواهب والنص في حق الواهب(٣) ولأنها عطية لذي رحم فلزمت بالموت كما لو أنفرد الموهوب له(٤).

ب - أما موت الموهوب له: فلأنه بموته قد خرج الموهوب عن ملكه، وانتقل إلى وارثه(٥). وكما يقول ابن عابدين: لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته فصار كما إذا انتقل حال حياته. ولأن تبديل الملك كتبديل العين فصار كعين أخرى(٦) وأحتج المالكية بما روي عن أبي قلابة قال: «كتب عمر بن الخطاب يعتصر الرجل من ولده ما أعطاه مالم يمت أو يستهلك أو يقع به دين» (٧) ولأن الرسول -ﷺ- جعل الرجوع على الموهوب له لا غيره، فان مات فلا رجوع للواهب على ما لم يجعل له النبي ﷺ الرجوع عليه(٨).

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٠.
٣) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٤) وهذا الدليل لمن يقول بأنه لا رجوع إلا للوالد فيما وهبه لولده، والمفضي انفراد الولد بالميراث فقاسوا على حالة الانفراد، حالة وجود ورثة معه.
٥) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٠.
٦) تكملة ابن عابدين السابق.
٧) ذكره ابن حزم الظاهري للمالكية، المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٢٩.
٨) المحلى جـ ٩ ص ١٢٠ مسألة ١٦٢٩.

والقول بأن موت أحد العاقدين مانع من الرجوع في الهبة هو الراجح في نظرنا لقوة أدلته كما هو واضح ولكثرة القائلين به من أهل العلم.

ويأخذ حكم الموت عند الحنفية ما لو حكم على الواهب باللحاق بدار الحرب مرتداً فانه يمتنع الرجوع لأنه موت حكمي(١) ولو ارتد الموهوب له وقلنا لايزول ملكه بالردة ثبت حق الرجوع للواهب. وإن قلنا يزول فلا رجوع. وإن قلنا ملكه موقوف فان الواهب لا يرجع لأن الرجوع لا يقبل الوقف كما لا يقبل التعليق(٢)، وقيل: ان قلنا ملكه مراعى، فكذلك الرجوع(٣)، فان عاد إلى الإسلام والموهوب باق ثبت الرجوع على الصحيح. وقيل على الخلاف فيما لو زال ملك الموهوب عنه ثم عاد إلى ملكه(٤).

الاختلاف بعد الموت في وقت القبض

لو اختلفت وارث الواهب مع الموهوب له في وقت القبض فقال وارث الواهب ما قبضته في حياته وإنما قبضته بعد وفاته، وقال الموهوب له بل قبضته في حياته والعين في يد الوارث فالقول للوارث(٥) وإن كانت في يد الموهوب له فالقول قوله(٦) وقال ابن عابدين القول للوارث حتى ولو كانت العين في يد

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٠.
٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨١، ٣٨٢. مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠ ومابعدها. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢٨، الانصاف جـ ٧ ص ١٥٤.
٣) الانصاف السابق.
٤) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٢، وسيأتي عودة الملك بعد زواله في مانع الخروج عن ملك الموهوب له (المطلب السادس).
٥) الدر المختار جـ ٢ ص ٣٣٠. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٦) مجمع الأنهر السابق.

الموهوب له لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض(١).

وإنما يدعى الوارث ذلك ليبطل الهبة فالموت قبل القبض مبطل لها لعدم الملك ويدعى الموهوب له ذلك ليدفع عن نفسه رجوع الورثة في هبة مورثهم حيث أن موت أحد العاقدين بعد القبض مانع من الرجوع في الهبة(٢).

المطلب الرابع
العوض (الثواب)

الثواب أو العوض عن الهبة قد يكون عوضاً مالياً، وقد يكون غير مالي، وسنتحدث عن كونه مانعاً من الرجوع في فرعين: الفرع الأول: العوض المالي، الفرع الثاني: العوض غير المالي.

الفرع الأول
العوض المالي

الهبة بالنسبة للثواب نوعان. إما مطلقة عن نفي الثواب أو إثباته، وإما مقيدة بالثواب، أما المطلقة فقد ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنها لا تقتضي ثواباً، وقال آخرون أنها تقتضي الثواب. فمن قال أنها لا تقتضي ثواباً قال: أن حق الرجوع لا ينقطع فلو أعطاه المتهب ثواباً كان ذلك ابتداء هبة حتى لو وهب الوالد لابنه فأعطاه الابن ثواباً لاينقطع حق الرجوع، ومن قال أنها تقتضي ثواباً قال: يمتنع الرجوع إذا دفع المتهب العوض للواهب، أي

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٠، ٣٣١.
٢) تكملة ابن عابدين السابق. مجمع الأنهر السابق.

أن العوض بعد قبضه مانعاً من الرجوع(١).

وأما المقيدة بالثواب أي المشترط فيها الثواب فان من قال ببطلانها كابن حزم الظاهري ومن وافقه فلا مدخل له هنا لأنها باطلة من أصلها، ومن قال بصحتها، منهم من قال أن العقد ينقلب بيعاً باشتراط العوض فينطبق عليه أحكام البيع، ومنهم من قال أن العقد هبة وأيا كان القول فانه إذا دفع المتهب العوض للواهب انقطع حقه في الرجوع أي أن العوض مانع من الرجوع في الهبة وبه قال الحنفية(٢).

والطبري(٣) والمالكية إذا لم يعين الثواب، فاذا كان معيناً فانه يمتنع الرجوع حتى ولو لم يتم التقابض ويجبران عليه(٤) وقال به الحنابلة ولو لم يتم التقابض ويجبران عليه كالبيع(٥) وكون قبض العوض مانعاً من الرجوع في الهبة هو قول الاباضية(٦) وقول الشافعية على القول بصحة هبة الثواب عندهم(٧).

١) انظر روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٦، المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٢، ٣١٣، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٧ مغنى المحتاج جـ ٤٠٤، ٤٠٥.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠ ومابعدها، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣١، ٣٣٢، ٣٥٤، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، ١٣٠.
٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣، سبل السلام جـ ٣ ص ٩٢، فتح البارى جـ ١١ ص ٥٠.
٤) الدسوقى والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١٠، ١١٤.، الخرشى والعدوي جـ ٧ ص ١١٣، ١١٧، بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٣ ومابعدها، القوانين الفقهية ص ٣٦٢، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣١ ومابعدها.
٥) المغني جـ ٥ ص ٦٨٥، ٦٨٦، كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٠، الأنصاف جـ ٧ ص ١١٦، ١١٧.
٦) شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ١٦، ٢٥، ٣٥، الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠، ١٠٧، نتائج الاقوال جـ ٢ ص ٧٢، المصنف جـ ٢٧ ص ١٩٤.
٧) المهذب جـ ١ ص ٤٤٨، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٧، ٤٢٣، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٤، ٤٠٥، حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٥٩، ٦٠٠، تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠، تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨١، ٣٨٦.

واستدلوا على أن العوض المالى مانع من الرجوع في الهبة، بالسنة، والأثر، والمعنى أما السنة: فقوله -ﷺ- «الواهب أحق بهبته مالم يثب منها «أي مالم يعوض(١) قال الحافظ: وفيه دليل على جواز الرجوع في الهبة التى لم يثب عليها، وعدم جواز الرجوع في الهبة التى أثاب عليها الموهوب له الواهب(٢). وقد ورد هذا الحديث من طرق متعددة، ووردت عليه مناقشات فعن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى -ﷺ- «من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثب عليها» رواه الحاكم وصححه لكن المحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر أنه قوله. قال الصنعاني: وصححه أيضاً ابن حزم وفيه دليل على جواز الرجوع في الهبة التى لم يثب عليها، وعدم جواز الرجوع في الهبة التى أثاب عليها الموهوب له الواهب(٣).

وأما الأثر: فانه قد روي عن عمر بن الخطاب، وعثمان، وعلى، وابن عمر، وأبي الدرداء، وفضالة بن عبيد وغيرهم -رضى الله عنهم جميعاً -، قال الكاساني: ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون اجماعاً(٤).

وهذه الآثار نوقشت من ابن حزم الظاهرى.

وأما المعنى: فيقول الكاساني: ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لما روينا من الحديث من غير فصل(٥).

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩، ١٣٠.
٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣. سبل السلام جـ ٣ ص ٩٣.
٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٩٣.
٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨.
٥) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، ويقصد الحديث المذكور هنا في الاستدلال بالسنة.

شرائط العوض المانع من الرجوع:

العوض إما أن يكون مشروطاً في العقد، أو متأخراً عنه ولكي يكون العوض المتأخر عن العقد مانعاً من الرجوع في الهبة ينبغى أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون بلفظ يعلم الواهب أنه عوض عن هبته بأن يكون مضافاً إلى الهبة كأن يقول المتهب للواهب: خذه عوض هبتك أو بدلها أو مكانها أو فى مقابلتها أو جزاء عنها أو مكافاة عنها أو نحلتك هذا عن هبتك، أو تصدقت بهذا بدل عن هبتك أو جازيتك، أو أثبتك أو مايجرى هذا المجرى من كل لفظ يدل على المقابلة(١) وإنما كان ذلك كذلك لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلابد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب إنسان شيئاً وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضا وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لأنه لم يجعل الثاني مقابلاً بالأول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع(٢). وفي ابن عابدين: إنما شرط ذكر اللفظ لأن حق الرجوع ثابت للواهب ولا يسقط إلا بعوض يرضى به ولا يتم ذلك بدون رضاه، ولأن التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك.

لكن هناك مايدل على أن في المسألة خلاف، فمنهم من قال: يكفى العلم بأنه عوض وأيضاً يقال: أن المعروف كالملفو، ففي

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣١، ٢٣٢، ص ٣٥٤، ٣٥٥، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦١، المبسوط جـ ١٢ ص ٧٦، ٨٢.
٢) بدائع الصنائع السابق، تكملة ابن عابدين السابق ص ٣٥٤، المبسوط السابق.

الجوهرة يكفى العلم بأنه عوض هبته يؤيده مافي اليعقوبية من أن الأصل أن المعروف كالملفو وصرح به في الكافي فقال: وفي العرف يقصد التعويض ولا يذكر لفظاً من هذه الألفاظ استحياء فينبغى ألا يرجع وإن لم يذكر البدلية.

ومما يدل على أن في المسألة خلاف مافى الخانية من أن لو بعث إلى امرأته متاعاً هدايا وبعثت له أيضاً هدايا عوضاً للهبة صرحت بالعوض أو لم تصرح(١) ثم افترقا بعد الزفاف(٢) فادعى الزوج أن مابعثه لها كان عارية لا هبة وحلف(٣) وأراد أن يسترد، وأرادت المرأة أيضاً أن تسترد العوض(٤) فالقول للزوج في متاعه لأنه أنكر التمليك، فله أن يسترد ما أعطى إذ لا هبة، ولها أيضاً أن تسترد ما أعطت لأنها إنما قصدت التعويض عن هبته فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض من جهتها فلها الرجوع(٥) وبعبارة أخرى: لا هبة فلا عوض فلكل منهما استرداد متاعه(٦).

وقال أبو بكر الاسكاف: إن صرحت المرأة حين بعثت أنه

١) لأن القرينة تدل أنها ماأرسلت إليه إلا مكافأة لصنيعه.

٢) هذا قيد لبيان الواقع لأنه بعد الافتراق يظهر التجاحد، فلو ادعى الزوج ذلك من غير افتراق فالحكم كذلك لأنه هو الدافع فهو أعلم بجهة الدفع.

٣) إنما لم يطالب ببينة لاتفاقهما على الملك له فجهة التمليك لغيره تعلم منه فاذا تخالفا حلف ومحله فيما يظهر إذا لم تقم بينة على مدعاها.

٤) فاذا لم ترد الاسترداد سقط حقها لا حقه.

٥) لأنه إذا ظهر أنه لم يهدتبين أن عوضها لم يصادف محلها لأنها لم تقصد ابتداء البر بل مكافأة له على صنيعه وقد تبين أن لا صنيع منه فتسترد مادفعت.

٦) ولو استهلك أحدهما مابعثه الآخر ضمنه لأن من استهلك العارية ضمنها. أما الهلاك فلا ضمان فيه إذ هو عارية، والتفرقة بين الهلاك والاستهلاك إنما تظهر فيما للزوج أما هي فلم تدفعه إلا عوضاً فيلزمه مطلقاً. انظر فيما تقدم كله. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٦، ٣٤٧.

عوض فكذلك، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضاً كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها قال في اليعقوبية: ولا يخفى أنه على هذا ينبغى أن يكون في مسئلتنا اختلاف(١). وفي الأنقروي: أنه متى تم قبض المقابل على أنه عوض الهبة سقط حق الرجوع من الجانبين الواهب والمعوض سواء دل على العوض اللفظ أم العرف والقرائن(٢).

الشرط الثاني: أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد. فلو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً، لأن ذلك ليس بمقصود للواهب إذ لو كان مقصوده لأمسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده فلا يبطل حق الرجوع(٣).

الشرط الثالث: أن لا يكون العوض بعض الموهوب. فان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فاما أن يكون الموهوب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد، وإما أن يكون وهب شيئين في عقدين. فهما حالتان.

أما عن الحكم فيما لو كان الموهوب شيئاً واحد أو شيئين في عقد واحد ثم عوضه بعض الشيء، أو أحد الشيئين(٤) فان كان الموهوب على حاله التى وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لأن التعويض ببعض الموهوب لايكون مقصود الواهب عادة إذ لو كان

١) المرجع السابق ص ٣٣١، ٣٣٢، ٣٥٤.

٢) المرجع السابق ص ٣٣٢.

٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٤.

٤) مثاله: رجل وهب لرجل هبة أو تصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها. فهذا شيء واحد، أما الشيئين فكرجل وهب لرجل ثوباً وخمسة دراهم مثلاً وسلم الكل إليه ثم عوضه الثوب أو الدراهم. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٥.

ذلك مقصوده لأمسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض مادخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع، وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقى لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضا(١) فدقيق الحنطة يصلح عوضا عنها لحدوثه بالطحن أي فهو غير الحنطة فلا يقال أنه عين الموهوب أو بعضه وكذا لو صبغ الثياب أو لت بعض السويق ثم عوضه صح لأن الشيء مع غيره، غيره مع نفسه فالثوب المصبوغ والسويق الملتوت بالسمن ونحوه يصلح عوضا أي يصبح ذلك البعض الذي جعله عوضا عن الهبة لحصول الزيادة فيه فكأن شيء آخر(٢) أما إن كان الموهوب على حاله كما لو كان داراً والعوض حجرة منها، أو ألف درهم والعوض درهم منها: أو ثوبا وخمسة دراهم ثم عوضه الثوب أو الدراهم فان ذلك لا يكون عوضا فلا ينقطع حق الرجوع استحسانا كما تقدم فانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به، قال الزيلعى أيضا: وإنما له الرجوع في الباقي حينئذ لأن حقه كان ثابتاً في الكل فاذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي.

وخالف زفر فقال: ينقطع الرجوع بهذا لأن الموهوب قد التحق بسائر أموال الموهوب له، وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا(٣).

هذا حكم ما لو كان الموهوب شيئاً واحداً، أو شيئين في عقد واحد. أما إن كان شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٤، ٣٥٥.
٢) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٣، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١.
٣) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٣، ٣٥٤، ٣٥٥.

قد اختلف فيه أيضا. فقال أبو حنيفة ومحمد يكون عوضا فيسقط حق الرجوع. وقال أبو يوسف: لا يكون عوضا فلا يمتنع الرجوع(١)، وجه قول أبي يوسف: أن حق الرجوع ثابت في غير ماعوض لأنه موهوب، وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف مإذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضا عن الباقى أنه يجوز وكان مكانا عوضا لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض.

ووجه قول أبى حنيفة ومحمد: أنهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضا عن الآخر لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى لأن الإنسان قد يهب شيئاً ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين أخرى فكان اختلاف العقد كاختلاف العين بخلاف ماإذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التى وقع عليها العقد لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الإنسان لا يهب شيئاً ليسلم له بعضه عوضا عن باقية. أما قول أبي يوسف: حق الرجوع ثابت شرعاً. فنعم، لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه(٢).

وأجمعوا على انقطاع حق الرجوع فيما لو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة عن الهبة فحينئذ تكون الصدقة عوضا بالاجماع على اختلاف الأصلين. أما على أصل أبي حنيفة

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٣، ٣٥٤. وقد ذكر ابن عابدين صورة هذا الخلاف في الحالة الأولى ولعله خطأ في النقل.
٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، الدر المختار جـ ٢ ص ٣٣٣.

العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة(١).

ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضاً عن نصفها وكان للواهب أن يرجع بما لم يعوض وهو النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لأن المانع قد خص النصف، ولأن حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ، ألا ترى أنه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف الآخر جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف الذي لم يعوض عنه بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لأن ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاط عن الكل، قد يقال: ان رجوع الواهب في النصف الذي لم يعوض عنه يؤدي إلى الشيوع، والشيوع إذا كان في هبة القابل للقسمة أفسد الهبة. والجواب: نعم هذا الرجوع يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه شيوع طارئ فلا يضر، فالشيوع الطارئ لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وان كان محتملاً في الباقي، وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة أنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يخل بالقبض الممكن من التصرف، والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع(٢).

الشرط الخامس: سلامة الموهوب (المعوض) للموهب له، فهذه السلامة شرط لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كله كان للموهوب له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائماً، وبمثله

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، ١٣١، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٥٤.

٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٢، ١٣٤، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٦، ٣٦٣، ٣٦٤، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٥٥.

إن كان هالكاً وهو مثلي وبقيمته إن كان قيمياً. لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة فاذا استحق الموهوب تبين أن حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين أنه لا دين عليه(١). وفي الروضة «خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب رجع بما أثاب على الواهب»(٢) وإذا استحق كل الهبة، والعوض قد استهلك، فهل يضمن الواهب كل قيمة العوض؟ الذى ذكر في الأصل أنه يضمن كل قيمة العوض ولم يذكر فيه خلافاً(٣) لكن الكاسانى ذكر الخلاف فقال: وهو إحدى روايتى بِشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف.

وجه رواية الأصل: أن القبض في العوض لما وقع مجاناً وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الهبة فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته إذ هلك.

أما وجه رواية عدم الضمان: فلأن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتداة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك(٤) وإن استحق بعض الموهوب كنصفه فللموهب له أن يرجع في نصف العوض لأن نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع

١) البدائع السابق ص ١٣١، تكملة ابن عابدين السابق ص ٣٣٥، ٣٥٤، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣.

٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.

٣) البدائع جـ ٦ ص ١٣١، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٤، ولاحظ الروضة السابق.

٤) البدائع جـ ٦ ص ١٣١.

العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة(١).

ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضاً عن نصفها وكان للواهب أن يرجع بما لم يعوض وهو النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لأن المانع قد خص النصف، ولأن حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ، ألا ترى أنه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف الآخر جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف الذي لم يعوض عنه بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لأن ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاط عن الكل، قد يقال: ان رجوع الواهب في النصف الذي لم يعوض عنه يؤدي إلى الشيوع، والشيوع إذا كان في هبة القابل للقسمة أفسد الهبة. والجواب: نعم هذا الرجوع يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه شيوع طارئ فلا يضر، فالشيوع الطارئ لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وان كان محتملاً في الباقي، وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة أنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يخل بالقبض الممكن من التصرف، والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع(٢).

الشرط الخامس: سلامة الموهوب (المعوض) للموهب له، فهذه السلامة شرط لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كله كان للموهوب له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائماً، وبمثله

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٠، ١٣١، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣، الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٥٤.

٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٢، ١٣٤، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٦، ٣٦٣، ٣٦٤، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٥٥.

إن كان هالكاً وهو مثلي وبقيمته إن كان قيمياً. لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة فاذا استحق الموهوب تبين أن حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين أنه لا دين عليه(١). وفي الروضة «خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب رجع بما أثاب على الواهب»(٢) وإذا استحق كل الهبة، والعوض قد استهلك، فهل يضمن الواهب كل قيمة العوض؟ الذى ذكر في الأصل أنه يضمن كل قيمة العوض ولم يذكر فيه خلافاً(٣) لكن الكاسانى ذكر الخلاف فقال: وهو إحدى روايتى بِشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف.

وجه رواية الأصل: أن القبض في العوض ما وقع مجاناً وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الهبة فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته إذ هلك.

أما وجه رواية عدم الضمان: فلأن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك(٤) وإن استحق بعض الموهوب كنصفه فللموهب له أن يرجع في نصف العوض لأن نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع

١) البدائع السابق ص ١٣١، تكملة ابن عابدين السابق ص ٣٣٥، ٣٥٤، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣.

٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.

٣) البدائع جـ ٦ ص ١٣١، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٤، ولاحظ الروضة السابق.

٤) البدائع جـ ٦ ص ١٣١.

بنصف العوض أى لأنه لم يدفعه إلا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات(١) وعبارة الكاساني: لأنه إنما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص في السعر، أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان. وإنما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لأنه تبين له أنه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد(٢).

هذا وقد ذكر الكاساني أنه يرجع في نصف العوض إذا استحق نصف الموهوب إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة(٣) ونقله عنه أيضاً ابن عابدين(٤) لكن الكاساني بعد ذلك ذكر أن هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض لأن بالاستحقاق تبين أن الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل(٥). ومثله في السراج والجوهرة. ففي السراج: هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه، فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة ان كانت هى المستحقة، وإذا بطل العوض رجع في

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٥٤. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣.
٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١، ولاحظ تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٤.
٣) البدائع السابق.
٤) التكملة السابق.
٥) البدائع السابق.

الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض(١). وفي الجوهرة: وهذا الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة، أما فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل في الباقى ويرجع في العوض لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد من الأصل فلو جاز في الباقى كان هبة مشاع فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء التمليك بالهبة(٢).

وقال السمرقندى: أن رجوع الموهوب له في نصف العوض يكون إذا استحق نصف معين من الموهوب، أما إذا لم يكن معيناً فان الهبة تبطل أصلاً(٣).

وإن استحق بعض الموهوب، فقال الموهوب له أرد ما بقى من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لأن العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض. فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ماوجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض(٤).

وقالت الشافعية: إن خرج الموهوب مستحقاً فالموهوب له بالخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب. ويرى بعضهم بطلان الهبة في

١) التكملة السابق ص ٣٥٤، ٣٥٥.
٢) التكملة السابق ص ٣٣٥.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥.
٤) المرجع السابق، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١.

الكل لكن البعض قال: لا يجيئ قول الابطال هنا(١).

الشرط السادس: أن يكون العوض مضافاً إلى الهبة نحو خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها أو في مقابلتها لأن الشرط في كونه عوضاً أن يذكر الموهوب له لفظاً يعلم منه الواهب أنه عوض (٢) فلو لم يضف العوض إلى الهبة فلكل منهما أن يرجع فيما وهب. والعوض يكون غير مضاف إلى الهبة كما لو لم يقل: خذ عوض هبتك ونحوه فيكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضاً فيشترط فيه ما يشترط في الهبة من القبض وغيره من الشروط(٣).

الشرط السابع: يشترط في العوض ما يشترط في الهبة كقبض وافراز وعدم شيوع. والمراد بالافراز: الافراز عن مال الموهوب له فانه إن عوضه ثمرا على شجر فانه لايتم العوض حتى يفرزه. ففي الهندية: العوض المتأخر حكمه حكم الهبة يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به إلا في اسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في التى لم يعوض عنها، ولا يثبت في التى عوض عنها(٤).

ويقول الكاسانى: فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة. ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا فى اسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الأولى، ولا يثبت في الثانية، فأما فيما وراء ذلك فهو

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.
٢) راجع الشرط الأول حيث أن في اشتراط اللفظ خلاف فمنهم من قال أن العرف كاللفظ.
٣) راجع الشرط الأول. وانظر مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢ تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٣٦، المبسوط جـ ١٢ ص ٧٦، ٨٢.
٤) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٢ ولاحظ ص ٣٣٦، ٣٤٢، ٣٤٣.

في حكم هبة مبتدأة لأنه تبرع بتمليك العين للحال، وهذا معنى الهبة إلا أنه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الأولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع في الهبة الأولى(١).

الشرط الثامن: وهو شرط ذكر في المجتبى فقط ولم يصرح به غيره. وهو أن يكون العوض مشروطاً في عقد الهبة أما لو عوضه بعده فلا يكون مانعاً من الرجوع. ففي مجمع الأنهر «ويشترط اشتراطه في عقد الهبة أما لو عوضه بعده فلا كما في المجتبى ولم أره لغيره فتبصر»(٢). وفي الدر «تنبيه: نقل في المجتبى أنه يشترط في العوض أن يكون مشروطاً في عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا، ولم أرمن صرح به غيره»(٣). «وفي المنح نقلا عن المجتبى أن العوض المانع من الرجوع هو المشروط في عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا، ولم أر من صرح به غيره»(٤).

لكن فروع المذهب على خلاف ماذكره صاحب المجتبى ففي الدر «وفروع المذهب مطلقة فتدبر»(٥) وفي المنح «وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من أن دقيق الحنطة يصلح عوضاً عنها، ومنها أنه لو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع»(٦).

وأيضاً فان ابن وهبان قال: أن ماتفرد به الزاهدي لا يعول عليه، مع أنه مؤول بأن العوض إذا لم ينص عليه أنه عوض عن

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٤.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢.
٣) الدر المختار جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٣٦.
٤) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣.
٥) الدر المحتار السابق.
٦) مجمع الأنهر السابق.

الهبة لا يكون مانعاً من الرجوع ويكون لكل من الواهبين أن يرجع في هبته، ويكون معنى قوله «إذا كان مشروطاً في العقد». أى عقد التعويض، ولذا قال بعده: فأما إذا عوضه بعده فلا، وهى هبة مبتدأة وهذا قد صرحوا به أنه عند عدم التصريح بالتعويض لكل منهما أن يرجع فتوافق عبارة المجتبى بقية نصوص الفقهاء.

قال ابن عابدين: وقد سلم الخير الرملى، والخير بن الياس بما فى المجتبى من اشتراط هذا الشرط، لكنه غير مسلم لاطلاق المتون والشروح والفتاوى صحة التعويض من غير اشتراطه فى عقد الهبة فيتعين تخطئته لو لم يحمل العقد على عقد التعويض كما سمعت(١) أى كما تقدم فى التأويل.

ويقول السائحانى: فروع المذهب صريحة فى ضده كما فى الخانية فلا يلتفت، لما فى المجتبى(٢).

والخلاصه: أن العوض المتأخر إذا استوفى شروطه كان مسقطا لحق الرجوع ومن ثم فليس من شروط العوض المانع من الرجوع أن يكون مشروطا فى العقد.

ظهور عيب بالموهوب أو بعوضه المتأخر:

إذا وجد الواهب بالعوض عيبا ولو فاحشا لم يكن له أن يرد العوض ويرجع فى الهبه وكذلك الموهوب له لو وجد بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرده ويرجع فى العوض لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات، والعوض إذا لم يكن مشروطاً

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٥.

٢) وقد ذكرنا بعض هذه الفروع وانظر المزيد من أقوال الشروح والمتون والفتاوى في تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٣٦.

في العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه إلا فى إسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه أما الواهب فلأنه قد سلم له العوض عن الهبة وأنه يمنع الرجوع وأما الموهوب له فلأنه قد سلم له ما هو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام: "الواهب أحق بهبته مالم يثب منها"(١).

والخلاصة أن العوض المتأخر مانع من الرجوع حتى ولو ظهر به عيب.

العوض من الأجنبى:

العوض المضاف إلى الهبة إذ قبضه الواهب مانع من الرجوع فيها ولو كان التعويض من أجنبى، فهو كالعوض من الموهوب له في اسقاط حق الرجوع سواء كان التعويض باذن من الموهوب له، أو بغير إذنه ولاضمان على الموهوب له للأجنبي إلا إذا اشترط الضمان صريحاً بأن قال الموهوب له للأجنبي: عوض فلاناً عني على أني ضامن. وكذلك لايرجع الأجنبي على الواهب بالعوض. وكون التعويض من الأجنبي على الوجه السابق مانع من رجوع الواهب في هبته، فلأن الأجنبي إذا عوض باذن الموهوب له، فهو نائبه فقام تعويضه مقام تعويض الموهوب له بنفسه ولو عوض بنفسه لم يرجع الواهب، فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره.

وإن عوض الأجنبي الواهب بغير إذن الموهوب له، فهو قد

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٥، وانظر الحديث في سبل السلام جـ ٣ ص ٩٣ نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣.

تبرع باسقاط الحق عنه، والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها، أو تبرع بالمال في الصلح عن دم العمد.

وأما عدم رجوع الأجنبي (المعوض) على الواهب، فلأن مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له، وإسقاط حق الرجوع وقد سلم له ذلك. وأما عدم رجوع الأجنبي (المعوض) على الموهوب ولو كان شريكه، فلأن التعويض منه إذا كان بغير إذنه فهو قد تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضموناً عليه. أي أن التعويض ليس بواجب على الأجنبي فاذا فعل صار متبرعاً ومن ثم فلا ضمان له(١).

أما إذا عوض بأمره فانه لا يرجع عليه أيضاً لأن التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال الموهوب له للأجنبي: عوض فلاناً عنى على أني ضامن لك. وإنما كان ذلك كذلك فلأنه إذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر إلا بشرط الضمان. وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني، أو أدّ زكاتي ففعل لا يرجع بذلك على الآمر إلا ان صرح بشرط الضمان كأن يقول الآمر له: على أني ضامن لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه.

وهذا بخلاف ماإذا أمر الإنسان غيره بقضاء الدين، فانه يرجع على الآمر وإن لم يشترط الضمان صريحاً، أي وإن لم يقل

١) وعند الشافعية: لو شريكان في الهبة فأثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه ورضي به الواهب، لم يرجع الواهب على واحد منهما، ثم إن أثاب بغير إذن الشريك لم يرجع عليه، وإن أثاب باذنه رجع بالنصف إن أثاب مايعتاد ثواباً لمثله، فان زاد فمتطوع بالزيادة. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.

الآمر: على أني ضامن، لأن الدين ثابت في ذمة الآمر وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون أمراً بأن يملكه ماكان للطالب وهو الدين فصار كما لو أمره أن يكمله عيناً(١). قال الاتقاني: والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستقرضاً منه ذلك القدر وموكلاً إياه بالصرف إلى غيره لأنا لو لم نجعله كذلك لا يتصور فراغ ذمته عما عليه لأن الذمة لاتفرغ إلا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء إلا إذا انتقل في المؤدى إلى من عليه الدين أوّلاً حتى إذا قبض رب الدين وجب للمديون مثل ما عليه فيلتقيان قصاصاً، وهذا لايحتاج إليه في الهبة لأنه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج إلى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه.

وعن الذخيرة: أنه إن قال: ادفع إلى فلان قِضاء له ولم يقل عني، أو قال: اقض فلاناً ألفاً ولم يقل عنى ولا على أني ضامن لها أو كفيل بها فدفع. فلو كان المأمور شريكاً للآمر أو خليطاً له رجع على آمره، ومعنى الخليط أن يكون بينهما أخذ واعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه فانه يرجع على الآمر اجماعاً إذ الضمان بين الخليطين مشروط إذ العرف أنه إذا أمر شريكه أو خليط بدفع مال إلى غيره بأمره يكون ديناً على الآمر، والمعروف كالمشروط، وكذا لو كان المأمور في عيال الآمر أو بالعكس يرجع إجماعاً وان لم يقل على أني ضامن ولم يشترط الرجوع. قال ابن عابدين: وأفاد التعليل بالضمان عرفاً أن ماجرى به العرف في الرجوع على الآمر يرجع وان لم

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١، ١٣٢. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٣ ومابعدها وكذلك ص ٣٥٥. ولاحظ نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢٣. مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٤. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.

يكن خليطاً ولا في عياله، ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفي فليحفظ.

وخلاصة ذلك أن التعويض في الهبة من الأجنبى لا يجعل له حق الرجوع على الموهوب له بالعوض حتى لو أمره به إلا إذا أمره به واشترط الضمان صريحاً. أما في قضاء الدين فان له الرجوع على من أمره بذلك ولو لم يشترط الضمان صريحاً.

وقد وضع الحنفية أصلاً وضابطاً في جنس هذه المسائل فقالوا: والأصل في جنس هذه المسائل أن كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه سبباً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وكل مالا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لايكون الأمر بأدائه سبباً للرجوع إلا بشرط الضمان. فيدخل بالمطالبة: النفقة على الزوجة والأولاد. وخرج بالحبس والملازمة، الأمر بالتكفير عنه، وأداء النذر، فانه وان كان يطالب بهما لكن لا بالحبس والملازمة. ولهذه القاعدة شروح مطولة واستثناءات تنظر في كتبهم(١).

العوض من مال الصغير إذا وهب له:

إذا وهب للصغير وعوض الولي الواهب من مال الصغير فهل يمنع ذلك رجوع الواهب؟. لا يجوز للولي أو الأب أن يعوض عما وهب للصغير من مال الصغير(٢) لأنه تبرع ابتداء وليس له أن يتبرع من مال الابن، ومن ثم فان عوض فللواهب أن يرجع في هبته لبطلان التعويض، وللولي أيضاً أن يرجع بما عوض لأن التعويض حينئذ هبة من كل وجه فصح الرجوع به ولا كراهة في

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣١، ١٣٢، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٣ ومابعدها وكذلك ص ٣٥٥.

٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٢. شرح النيل جـ ١٢ ص ٣٨.

الرجوع فيه لأنه لم يتبرع فيه ابتداء بل لقصد التعويض ولم يتم له فكان كما لو استحق الموهوب فانه يرجع بالعوض فكذا هنا.

ولا يجوز للولي أو الأب التعويض وإن كانت الهبة للصغير بشرط التعويض. ومما يتفرع على كون العوض بمعنى الهبة أنه لا يجوز لأنها تبرع وليس للأب أن يتبرع بمال ابنه(١) وله مندوحة عن رجوع الواهب في الهبة مع أن المسلم له مانع من دينه أن يرتكب المكروه. ومع ذلك فان الولى لو باع العين الموهوبة للصغير امتنع الرجوع على الواهب هذا إذا كان الموهوب منقولاً، فان كان عقاراً وأجزنا له بيعه للضرورة انقطع أيضا حق الرجوع، فهى مسألة تزاد على المسائل التى يباع فيها عقار الصغير.

أما لو كان العوض من مال الأب أو الولي صح العوض لما تقدم من صحة التعويض من الأجنبي(٢).

ويرى الاباضية أن العوض يلزم الولي في ماله إذا صرح الواهب بأنها للصغير وأخذها الولي على ذلك، أما إذا أعطى الواهب للولي ولم يبين له فانه إن أخذه لنفسه ولم ينو من ولي أمره لزمه ثوابها، وان أخذها لمن ولى عليه فهى له ويدرك عليه الواهب ثوابها، ويرجع به الولي على من أخذها له..(٣).

التعويض من العبد المأذون:

لو وهب العبد التاجر شيئاً ثم ان الموهوب له عوض العبد عن هبته فليس ذلك بمانع من الرجوع فلكل من الواهب

١)تكملة ابن عابدين السابق.

٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٢.

٣) شرح النيل جـ ١٢ ص ٣٨.

والموهوب له الرجوع، وكذلك إذا وهب له شخص وعوضه العبد، لأن ذلك في الحالين تبرع من العبد وهو ليس من أهله. قال الفقهاء: ووجهه في العبد ظاهر لأن الهبة تبرع وهو ليس من أهله فاذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذلك الموهوب له يملك الرجوع بالعوض لأن التعويض مبنى على الهبة وقد بطلت. وكذلك التعويض من العبد كذلك تبرع وهو ليس من أهله فيبطل فاذا بطل كان للواهب الرجوع. قال في الخانية «العبد المأذون إذا وهب لرجل فعوضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع لأن هبة العبد باطلة مأذوناً أو محجوراً وإذا بطلت الهبة بطل التعويض(١).

تعويض غير المسلم:

أهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. فالعوض مانع من الرجوع إذا كان شيئاً غير محرم سواء كان دافع العوض المسلم أم الذمي. أما إذا كان العوض محرماً كالخمر والخنزير، أو ميتة، أو دماً مسفوحاً فان العوض لا يصح سواء كان المسلم هو المعوض للخمر ونحوه، أو الذمي لا نانهينا عن تمليك الخمر ونحوها وتملكها، ومن ثم فان لكل من الواهب والموهوب له الرجوع. وإن صارت الخمر خَلاً في يد القابض لم تصر عوضاً ويرده إلى صاحبه. وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المعاوضة قاله في المبسوط، وفي محيط السرخسي: وهب المرتد للنصراني أو النصراني له على أن يعوضه خمراً فذلك

١) تكلمة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٢، ٣٣٣.

باطل(١).

العوض المشروط في العقد:

الشروط والأحكام السابقة إنما كانت في العوض المتأخر عن العقد، أما العوض المشروط في العقد فهو مبادلة(٢) وصرح في المجتبى أنه مانع من الرجوع(٣) وقال زفر أنه مانع من الرجوع فالعقد المشروط فيه العوض بيع ابتداء وانتهاء فتثبت فيه أحكام البيع فيفيد المالك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع.

وقال أبو حنيفة والصاحبان: أنه هبة ابتداء بيع في الانتهاء، ولما كان هبة في الابتداء أي قبل التقابض فانه لا يثبت الملك لكل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته مالم يقبضا، وكذا إن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعاً.

أما بعد التقابض فان العقد بمنزلة البيع فينطبق عليه أحكام البيع فيمتنع الرجوع إلا أن لكل واحد منهما الرد بالعيب وعدم الرؤية، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة إن كان عقاراً(٤) وهو أيضاً قول كل من قال أن الهبة المشترط فيها الثواب بمنزلة البيع، ومن قال أنها هبة ابتداء وانتهاء كالشافعية في وجه، والحنابلة في رواية يمتنع عنده الرجوع بقبض العوض.

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٥٧.
٢) مجمع الأنهر السابق ص ٣٦٣.
٣) المرجع السابق ص ٣٦٢، تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٣٦.
٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٢. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٤. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٣٥.

مقدار الثواب المانع من الرجوع:

العوض إذا كان مشروطاً في العقد ومعلوماً فهو على اتفاقهما وهو مبادلة كما قدمناه في البند السابق، وإن لم يكن كذلك كأن كان متأخراً عن العقد فما رضى به الواهب وقبضه فهو مانع من الرجوع قل أم كثر جاء عند الحنفية في العوض المتأخر: «قال زفر: وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع»(١) وفي شرح الطحاوى «ولو عوض عن جميع الهبة قليلاً كان العوض أو كثيراً فانه يمنع الرجوع» (٢). وفي الشرنبلالية عن البر جندي «أنه يصح العوض ولو كان أقل منها وهو من جنسها ولا ربا فيه ولا تحالف لو اختلفا في قدر العوض..»(٣).

وفي المبسوط «هذا سواء، كانت الهبة شيئاً قليلاً أو كثيراً، وسواء كان العوض من جنسها أو من غير جنسها لأنها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربا وإنما لقطع الرجوع»(٤).

وهب لاثنين بشرط الثواب وأثابه أحدهما:

هذه المسألة لا تصح عند الحنفية إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة لأن الشيوع فيه يفسد الهبة. أما الجمهور فهبة المشاع صحيحة مطلقاً وقد نص الشافعى رحمة الله ورضى عنه، أنه لو وهب لاثنين بشرط الثواب، فأثابه أحدهما فقط، لم يرجع في

١) تكمله ابن عابدين والدر جـ ٢ ص ٣٣٢، ٣٣٣. البدائع جـ ٦ ص ١٣٠، ١٣١. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢.
٢) التكملة السابق ص ٣٥٤، ٣٥٥.
٣) المرجع السابق ص ٣٤٢.
٤) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٥، ٣٣٦. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٥.

حصة المثيب، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه ورضي به الواهب لم يرجع الواهب على واحد منهما. ثم إن أثاب بغير إذن الشريك، لم يرجع عليه، وإن أثاب باذنه رجع بالنصف إن أثاب مايعتاد ثواباً لمثله، فان زاد فمتطوع بالزيادة(١).

الفرع الثاني
العوض غير المالي

يقصد بالعوض غير المالى، العوض من حيث المعنى، ويحصل هذا العوض في الصدقة، وفي الهبة لوجه الله وثواب الآخرة، وفي الهبة لصلة الرحم. وسنقتصر هنا على الاشارة إلى هذا العوض جملة.

وللفقهاء في كون القرابة مانعة من الرجوع ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: انها مانعة من الرجوع مطلقاً وبه قال الحنابلة في رواية(٢) وحكى عن أبى حنيفة(٣) والناصر والمؤيد بالله(٤) وقول للاباضية(٥) وحكى عن أهل الظاهر(٦).

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٧.
٢) المغنى جـ ٥ ص ٦٦٨. الانصاف جـ ٧ ص ١٤٥، ١٤٦. فتح البارى جـ ١١ ص ٢٥ تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٤. نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٣. بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢. القوانين الفقهية ص ٣٦٢.
٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣.
٤) المرجع السابق.
٥) شرح النيل جـ ١٢ ص ٣٣.
٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢. القوانين الفقهية ص ٣٦٢.

الاتجاه الثانى: القرابة مانعة من الرجوع إذا كان القريب ذى رحم محرمة نسباً وبه قال الحنفية(١) والهادوية(٢) والثورى والعنبرى (٣) وعمر بن عبد العزيز، وشريح وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعى وعطاء وربيعة وعمر بن الخطاب(٤) واسحاق(٥) والرحم المحرم هو الذي يحرم نكاحه.

الاتجاه الثالث: القرابة المانعة من الرجوع هى قرابة غير الأصول كالأخوة والأعمام وغيرهم من الأقارب. أما الأب فله الرجوع واختلفوا فيمن يلحق بالأب من الأصول وفي بعض القيود. وبه قال الجمهور(٦).

وأما الصدقة ومافي معناها فللفقهاء اتجاهان:

الاتجاه الأول: قصد وجه الله وثواب الأخرة مانع من

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٢، ١٣٣. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٤، ٣٣٨. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢.

٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٩٠. نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢، ١٣. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٣.

٣) المغنى جـ ٥ ص ٦٦٨، ٣٨٢، ٣٨٣.

٤) المحلى جـ ٩ ص ١٣٠، ١٣٢. مسألة ١٦٢٩. المغنى جـ ٥ ص ٦٨٣.

٥) فتح البارى جـ ١١ ص ٢٥. المغنى السابق.

٦) الخرشى والعدوى جـ ٧ ص ١١٣ ومابعدها. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٣، ٢٩٤. الدسوقى والشرح جـ ٤ ص ١١٠ ومابعدها. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢، ٣٣٣. نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤. فتح البارى جـ ١١ ص ٢٥. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣، ٣١٤. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٩. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٦. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠١، ٤٠٢. المحلى جـ ٩ ص ١٢٧ ومابعدها مسألة ١٦٢٩. شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤، ٣٣. الايضاح جـ ٨ ص ٩٧، ١٠٠. جوهر النظام ص ٣٧٧. مختصر الخصال ص ١٥٤.

الرجوع وبه قال الحنفية(١) والطبرى(٢) والاباضية(٣) وقول للمالكية إن لم يشترط الرجوع(٤) وبالمنع من الرجوع قال الشافعية في قول مرجوح(٥) ورواية عن الإمام أحمد(٦).

الاتجاه الثاني: كون المتصدق عليه غير أصل للمتصدق مانعاً من الرجوع وبه قال الشافعية في المنصوص والحنابلة في الصحيح وابن حزم الظاهرى والمالكية في الراجح(٧).

والعوض غير المالى ثلاثة أنواع كما عند الحنفية:

الأول: صلة الرحم(٨). الثاني: الزوجية. الثالث: إذا قصد بالهبة وجه الله تعالى(٩).

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ومابعدها. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٢ ومابعدها. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٧.

٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٩٢. فتح الباري جـ ١١ ص ٥٠. نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣.

٣) الايضاح جـ ٨ ص ١٠٢، ١٠٩. نتائج الأقوال جـ ٢ ص ٧٢. شرح النيل جـ ١٢ ص ٦، ١٤، ٢٦ ومابعدها.

٤) بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٣، ١١٤ الدسوقى جـ ٤ ص ١١٠، ١١١. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢، ٣٣٣.

٥) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٢. تحفة المحتاج جـ ٥ ص ٢٩٦. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٤، ٥٩٩.

٦) الانصاف جـ ٧ ص ١٤٦ ومابعدها. المغنى جـ ٥ ص ٦٦٨ ومابعدها.

٧) انظر مراجعهم السابقة

٨) صلة جمعها صلات بكسر الصاد وهي عبارة عن أداء مال ليس بمقابلة عوض مالي وفي الأشباه: لا جبر على الصلات إلا في أربع شفعة، ونفقة زوجته، وعين موصى بها، ومال وقف. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥١.

٩) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٢ ومابعدها. ولاحظ الزوجية في المصنف جـ ٢٧ ص ٢١٢.

ومن المسائل المتعلقة بالنوع الأول وهو صلة الرحم المحرمة: الهبة للعبد، وفيها ثلاث صور عند الحنفية.

الصورة الأولى: إن كان العبد الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب، والمولى أجنبياً، كأن وهب لأخيه وهو عبد لأجنبي. ففي هذه الصورة للواهب أن يرجع بلا خلاف لأن حكم العقد لم يقع للأخ حينئذ بل وقع للمولى وهو أجنبي لأن العبد لا يملك وان تملك فهو ومافي يده لسيده. فالذى وقع للعبد صورة العقد بلا حكم وهو لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلاً.

الصورة الثانية: إن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً كما لو وهب لعبد أخيه والعبد أجنبي. فهذه الصورة وقع فيها خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. فقال أبو حنيفة: يرجع الواهب، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يرجع الواهب.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لم يهب للأخ صورة وان وقعت له في الحقيقة لأنه المولي فقام الشك في المانع فلا يثبت مع الشك، ولأن الملك لم يقع في الهبة للمولى وهو الأخ من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه. فالهبة وقعت للمولى من وجه وهو ملك الرقبة، وللعبد من وجه ملك اليد فوقع الشك في المانع. ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما، والصلة الكاملة هى المانعة من الرجوع فلا تتعدى إلى القاصرة.

وكما يقول الكاساني: أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لأنها وقعت للعبد بدليل أن القبض إليه لا إلى المولى، وإذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع ومع أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه، وللعبد من وجه لأن الايجاب أضيف إلى العبد والملك وقع

للمولى فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فلا يمتنع الرجوع.

وجه قول الصاحبين: أن الملك في الحقيقة يقع للمولى لكان هو المعتبر فامتنع الرجوع، حيث أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لأنها في معنى العوض ومعنى الصلة إنما يتحقق إذا وقع الحكم للقريب، والحكم قد وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء فامتنع الرجوع.

الصورة الثالثة: إن كان العبد ومولاه ذا رحم محرمة من الواهب بأن كان أخوه لأبيه عبداً لأخيه من أمه. والأصح في هذه الصورة امتناع الرجوع اتفاقاً كما في البحر وذكره الفقيه أبو جعفر الهندواني لأن الهبة إما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمه كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع فليس في المانع شك. وعن المبسوط: أن الهبة في الصورة وقعت لذي رحم وكذا في الحقيقة فامتنع الرجوع للوجهين هذا هو الأصح.

وذكر الكرخي عن محمد أن قياس قول الإمام أبي حنيفة أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة. فقرابة العبد لا تؤثر في إسقاط الرجوع لأن الملك لم يقع له، وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لأن الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الأصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط. وأيضاً فانه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده، ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع.

وعلى هذا التفريع إذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب أنه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها. إن كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لايرجع لأنه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن

الهبة وقعت له وهو حر. ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لايرجع كذا هذا. وان عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة أنه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها فان كان أجنبياً فللواهب الرجوع، وان كان قريباً فلا يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على معنى أنه ان أدى فعتق تبين أن الملك وقع له من حين وجوده، وان عجز ورد في الرق يظهر أنه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء.

وعلى قول محمد لا يرجع في الأحوال كلها لأن عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل إلى المولى بالعجز كأنه وهب لحين فمات وانتقل الموهوب إلى ورثته(١) وفي المنح: لو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافاً لأبي يوسف وإن عتق لا رجوع. قال ابن عابدين: فأفاد أنه لا يرجع مادام مكاتباً اتفاقاً لأنه حرّيدًا. ويمكن تصوير المسألة بأن يكون لرجل أختان لكل واحد منهما ولد وأحد الولدين مملوك للآخر(٢).

وعند الشافعية وهم من القائلين بأن لا رجوع إلا للوالد فيما وهبه لولده. أن عبد الولد غير المكاتب كالولد، فلو وهب لعبد ولده رجع لأن الهبة لعبده هبة له بخلاف عبده المكاتب فلو وهب لمكاتبة ولده لايرجع لاستقلاله فهو كالأجنبي، فان انفسخت الكتابة فقد بان بآخر الأمر أن الملك للولد فهو كهبة اثنين لو تنازعا فيه ثم ألحق بأحدهما فانه يرجع لثبوت بنوته. وهبته

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٣. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢. تكملة ابن عابدين والدر جـ ٢ ص ٣٣٨، ٣٣٩.
٢) التكملة السابق ص ٣٣٩.

لمكاتب نفسه كهبته للأجنبي لايصح الرجوع فيها(١).

مسألة يلغز بها عند الحنفية:

في ألغاز الأشباه: أب وهب لابنه وله الرجوع(٢) فقل: إذا كان الابن مملوكا لأجنبي. قال الحموي: وانما قيد بكونه مملوكا لأجنبي لأنه إذا كان مملوكا لقريب ذي رحم محرم منه تكون الهبه واقعة للقريب لا رجوع فيها. وانما قيد القريب بكونه ذا رحم لا يمكن تصور المسألة وإلا فلا يمكن تصورها(٣) وهب لأخيه وأجنبي.

إن وهب إنسان هبة لأخيه وأجنبي مالا يقسم فقبضاه كان له الرجوع في حق الأجنبي لعدم المانع اعتبارا للبعض بالكل كما في المبسوط. ومعنى مالا يقسم أي مالا يقبل القسمة مع بقاء الانتفاع. واحترز به عما إذا وهب لهما ما يقسم فلا تصح لواحد منهما لأن هبة ما يحتمل القسمة لاثنين غير صحيحة لأنه وهب لكل منهما مشاعا (٤). أقول: والمقصود من المسألة هنا أنه لو وهب هبة صحيحة لاثنين أحدهما يجوز الرجوع عليه. والآخر لا يجوز الرجوع عليه رجع فقط على من يجوز الرجوع عليه وهو هنا الأجنبي.

١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٩. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢.
٢) وإنما كانت لغزاً عندهم لأن الهبة لذي الرحم المحرمة لايصح الرجوع فيها كما تقدم.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٨، ٣٣٩.
٤) المرجع السابق ص ٣٣٩.

زوال الزوجية أو العوض:

يوجد عند الحنفية أن زوال المانع يؤدى إلى عودة حق الرجوع للواهب لكن ليس هذا على اطلاقه لأن هناك من الموانع ما لا يتصور زوالها كالقرابة، وهلاك العين، والموت.

وإنما يتصور زوال المانع فى الزوجية، والزيادة المتصلة، والعوض المالى، والخروج عن الملك. وقد تقدم الكلام عن زوال الزيادة المتصلة. والعوض. وسيأتى العودة إلى الملك فى موضعه.

أما زوال الزوجية فقد صرح الحنفية بأنه لا يعود معه حق الرجوع لأن المانع الذى بزاوله يعود حق الرجوع هو زوال المانع العارض فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل. كما صرحوا بأن زوال العوض المالى يؤدى إلى عودة حق الرجوع للواهب. «كتب الطحاوى: لا يظهر زوال المانع فى الزوجية والقرابة وهلاك العين والموت والعوض لأنه بيع انتهاء، وأما الخروج عن الملك فيزول إذا عاد إليه بفسخ» لكن ابن عابدين قال بعد ذلك مباشرة «والحاصل أن ما يمكن زواله من الموانع السبعة. الزوجية، والزيادة، والعوض(١)، والخروج عن ملكه فبزوال الزوجية لا يعود الرجوع، وبزوال الثلاثة الباقية يعود الرجوع ... ولعل المراد زوال المانع العارض فالزوجية وان زالت لكنها مانع من الأصل...»(٢).

ادعاء الموهوب له مايسقط حق الرجوع:

في الشرنبلالية عن البر جندي: أن الواهب لو أراد

١) كما لو استحق العوض كما تقدم فى شروط كون العوض مانعا من الرجوع.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤١، ٣٤٢.

الرجوع في هبته فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو عوضتك، أو إنما تصدقت بها عليّ، فالقول للواهب استحساناً(١). وهل يحلف الواهب عند إنكاره ليتمكن من الرجوع؟ نعم يحلف. قالوا في دعوى الأخوة: أن الموهوب له يدعي المال لا النسب أي يدعي سبب(٢) النسب، ولو كان المقصود النسب لا يجري فيه اليمين على قول الإمام خلافاً لقول الصاحبين المفتى به من أن التحليف يجري في النسب.

قال ابن عابدين: وحاصل التحقيق في هذه المسألة أنه لو ادعى بسبب النسب مالاً لازماً وكان المقصود اثباته دون النسب يحلف عليه كما في عامة الكتب حتى قال في البحر: يستحلف الواهب عند الكل لأنه ادعى بسبب النسب مالاً لازماً فكان المقصود اثباته دون النسب. لكن الرحمتى له في ذلك نظر هو أن المال ليس بسبب النسب بل المعنى الصحيح أن يقال: أن الأمر الذي بسببه النسب وهو مسبب عنه وهو لزوم الهبة وعدم صحة الرجوع فيها وهذا يحلف منكره اتفاقاً أما ما قاله الإمام من أنه لا تحليف في النسب أي إذا ادعى عليه نسباً لقصد اثباته، أما هنا فالمقصود من دعوى الأخوة (النسب) إثبات أمر آخر وهو لزوم الهبة فهو المدعي في الحقيقة(٣).

١) المرجع السابق ص ٣٤٢، ٣٤٣.
٢) مسبب بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء الأولى وفتح الثانية.
٣) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٩، ٣٤٠، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢، ٣٦٣.

المطلب الخامس
هلاك العين الموهوبة

يرى الفقهاء أن هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانع من الرجوع في الهبة وليس للواهب الرجوع بقيمتها حتى لو أتلفها الموهوب له بنفسه. والحكم كذلك إذا هلكت عامة منافع العين مع بقاء الملك كما لو وهب سيفاً فجعله سكيناً أو سيفاً آخر.

وان تلف أو استهلك البعض فانه يرجع في الباقي منها(١).

والحجة في ذلك أنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها(٢) ولتعذر الرجوع بعد الهلاك إذ هو غير مضمون على الموهوب له(٣) ولأنه بالهلاك يزول الملك قطعاً وزوال الملك مانع من الرجوع(٤) ولاضمان على الموهوب له حتى لو كان الاتلاف بفعله لأنه أتلف ملكه فلم يكن متعدياً(٥). وقد كتب عمر بن الخطاب: يعتصر الرجل من ولده ما أعطاه مالم يمت أو يستهلك أو يقع فيه دين(٦).

١) أنظر: مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦١، ٣٦٢. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٩. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٧. الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١، ١١٢، ١١٤. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧، ٤٤٨. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠ ومابعدها. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٥٩، ٦٠٠. هداية الراغب ص ٤١٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٥، ٣١٦. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٤. المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠. الايضاح جـ ٨ ص ١٠٠. شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤. جوهر النظام ص ٣٧٧.

٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨، ١٢٩.

٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٩. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢.

٤) المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠ وسيأتى زوال الملك كمانع من الرجوع.

٥) جوهر النظام ص ٣٧٧.

٦) المحلى جـ ٩ ص ١٣٥ مسألة ١٦٢٩.

استحقت العين وضمنها المتهب، فهل يرجع على الواهب؟

لو تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق فضمن الموهوب له قيمتها للمستحق فانه لا يرجع على الواهب بما ضمن لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له بل لنفسه وعقد التبرع لا يستحق فيه السلامة ولا يثبت به الغرور الموجب للضمان، والاعارة كالهبة هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه، بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له. وبخلاف المعاوضات لأن عقود المعاوضات تقتضى السلامة ويثبت فيها الغرور فللمشترى الرجوع على بائعه، وأيضاً كل عقد يكون للدافع كالوديعة والاجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق الوديعة والمستأجرة وضمن المودع والمستأجر فانهما يرجعان على الدافع بما ضمنا وكذا كل ما كان فى معناهما.

قال ابن عابدين: والحاصل أن المغرور يرجع بأحد أمرين. إما بعقد المعاوضة، أو بعقد يكون للدافع وقد انتفيا فى الهبة والعارية لأن قبض المستعير والمتهب كان لنفسه. لكن فى الذخيرة: أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً فانه يرجع عليه بما ضمنه للمستحق(١).

الاختلاف فى الهلاك:

لو ادعى الموهوب له هلاك العين الموهوبة حتى لا يرجع الواهب صدق بلا يمين لأنه ينكر وجوب الرد عليه، ولأن دعواه الهلاك أخبار منه بهلاك ملكه وأنه لا يوجب يميناً. قال العينى «فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه

١) تكملة ابن عابدين جـ٢ ص ٣٤٢. مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٦٤.

المودع». وتصديق الموهوب له بلا يمين هو ما عليه سائر المتون عند الحنفية وعليه الكنز ففى الخلاصة «لو قال الموهوب له: هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه، وعليه الكنز وسائر المتون». لكن في الوهبانية قال: إذا ادعى المودع ضياع الوديعة وحدها يستحلف. وقد قال العينى سابقاً لا يمين على الموهوب له لأنه كالمودع وهذا يعني التناقض، وأيضا فان المقرر وإن كان القول قول المنكر لكنه بيمينه، ولأن كل من أنكر مالو أقر به لزمه يحلف عند إنكاره، والموهوب له لو أقر بعدم الهلاك يلزمه رد الموهوب فلم لم يحلف عند انكاره بدعوى الهلاك؟. والجواب كما قال ابن عابدين: الظاهر أن العلة في تصديق الموهوب له هنا بلا يمين هي عدم تأكد ملك الواهب.

وإن قال الواهب: هي هذه العين حلف الموهوب له أنها ليست هذه لأنه منكر. والحاصل: أنه لا يمين على الموهوب له بدعوى الهلاك مالم يعين الواهب عيناً ويدعي أنها هى الهبة لا الهالكة ويريد استردادها وأنكر الموهوب له ذلك وادعى أن الموهوب غيرها حلف أنها ليست هذه كما يحلف الواهب أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى الموهوب له ذلك حتى لا يرجع لكونه ذى رحم محرمة وهى مانعة من الرجوع كما تقدم في العوض غير المالى(١).

١) الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٩، ٣٤٠. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢، ٣٦٣.

المطلب السادس
خروج الموهوب على ملك الموهوب له

وفيه فرعان. الفرع الأول: حكم الرجوع بعد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له. الفرع الثاني: حكم الرجوع إن عاد الملك للموهوب له بعد زواله.

الفرع الأول
حكم الرجوع بعد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له

يرى الفقهاء أن خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بسبب من الأسباب مانع من رجوع الواهب فيها. فان خرج البعض دون البعض كان له الرجوع فيما لم يخرج وامتنع الرجوع فيما خرج ولم أر خلافاً بين الفقهاء في هذا. ومن أسباب الخروج التى ذكرها الفقهاء البيع، والهبة، والوقف، والموت (الارث)، والغصب، أو جعله صداقاً لا مرأة أو عوضاً عن صلح أو رهناً ما لم ينفك، أو أعتق العبد، أو دبره وغير ذلك من أسباب الخروج من الملك إلا أن بعض هذه الأسباب مختلف فيها كالغضب، والتدبير، والرهن والكتابة(١).

١) أنظر الحنفية. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٠، ٣٦٢، ٣٦٣. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٦، ٣٣٦، ٣٣٩. بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. وللمالكية: الخرشي جـ ٧ ص ١١٤. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤. الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١. القوانين الفقهية ص ٣٦٢. وللشافعية: روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٥. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١١، ٣١٢. وللحنابلة: هداية الراغب ص ٤١٣. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣، ٣١٤. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٠، ٦٧١. الانصاف جـ ٧ ص ١٤٦، ١٥٣، ١٥٤. وللظاهرية: المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠. وللاباضية: جوهر النظام ص ٣٧٧. شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤.

وقد استدل الفقهاء على أن خروج الموهوب عن ملك الموهوب له مانع من الرجوع بالآتي:

أنه لو جاز الرجوع للواهب بعد خروجه من ملك الموهوب له لكان في ذلك إبطال لغير ملك الموهوب له(١) ولأن تبدل الملك كتبدل العين، فلو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى فكذا إذا أوجب ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر، فالملك يختلف باختلاف هذه التصرفات، واختلاف الملكين كاختلاف العينين(٢) ولأن هذا الخروج حصل بتسليط الواهب عندما وهب وسلمه فلا ينقصه.(٣).

يقول الكاساني: "ومن الموانع الخروج من ملك الموهوب له بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لأن الملك يختلف بهذه الأشياء أما البيع والهبة ونحوهما فظاهر، وكذا بالموت لأن الثابت للوارث غير ماكان ثابتاً للمورث حقيقة لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان إلا أنه مع تجدده حقيقة جعل متجدداً تقديراً في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى فكذا إذا أوجبه ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر"(٤).

١) تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٥. المغنى جـ ٥ ص ٦٧٠. المحلى جـ ٩ ص ١٣٦ مسألة ١٦٣٠.
٢) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢. ولاحظ المحلى السابق. وانظر الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٣٢.
٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٦.
٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. وانظر المبسوط جـ ١٢ ص ٨٤. تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٣٢ ومابعدها.

أما إذا خرج البعض فان للواهب أن يرجع في الباقى فقط لأن المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملك الموهوب له لم يوجد إلا في البعض فيتقدر الامتناع بقدره، ولأن له الرجوع في كل الهبة إن لم تخرج عن الملك ففي البعض أولى أن يرجع(١).

ويلاحظ أن الخروج عن الملك قد يمنع من الرجوع ولو كان سببه آت من جهة الواهب. فعند الحنفية إذا وهب الإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها(٢) وهو قضية كلام الأصحاب عند الشافعية كأن كان البيع للواهب. أما في الرهن والهبة فقد حدث خلاف فالظاهر أنه يمتنع الرجوع بعد القبض فيهما لزوال سلطنة الموهوب له عن الموهوب لكن نقل عن الأذرعي أن محل ذلك إذا كان لغير الواهب بخلاف ما إذا كان له لأن الحق له ولم يتعلق به حق الغير(٣).

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٣. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٦. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠، ٣١١.
٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٩، ٣٣٦ "لو وهب درهماً ثم استقرضه من الموهوب له فأقرضه إياه جاز، وليس للواهب أن يرجع أبداً كما في خزانة المفتين".
٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨، ٤٢٠. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠.

أحكام ومسائل تتعلق بمانع الخروج عن الملك

إذا كان الموهوب مما يذبح وذبح:

الخروج عن الملك المانع من الرجوع هو الخروج بالكلية أي الخروج عن ملك الموهوب له من كل وجه. فلو كان الموهوب مما يذبح كشاة أو بدنة أو بقرة ونحو ذلك فذبحها الموهوب له وصارت لحماً ولم تطبخ فان كان الذبح لغير أضحية ونحوها كان للواهب الرجوع اتفاقاً عند الحنفية لأنه لم تخرج عن ملك الموهوب له أصلاً، أما إن ذبحها الموهوب له لأضحية أو هدي أو جزاء صيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة، أو أوجبها تطوعاً ففي محيط السرخسي: للواهب أن يرجع في الروايات الظاهرة وعند أبي يوسف لا يرجع.

وفي المحيط: ولو ضحى بها أو ذبحها في هدي المتعة لم يكن للواهب أن يرجع فيها في قول أبي يوسف، وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الأضحية والمتعة ولم ينص على قول أبي حنيفة، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: انه كقول محمد وهو الصحيح(١).

وبيان ماتقدم أن الموهوب له إن ذبحها للتضحية وصارت لحماً ولم تطبخ جاز الرجوع فيها على قول الطرفين (أبو حنيفة ومحمد) أما لو طبخها بعد أن ضحى بها أو بدون التضحية فانه لا يرجع لأنه بمنزلة الاستهلاك. وقال أبو يوسف: إن ذبحها للتضحية وصارت لحماً لم يكن للواهب الرجوع مخالفاً بذلك قول الطرفين، ومثل الأضحية الذبح للتمتع والقران والنذر.

وحجة أبي يوسف أنه في التضحية خرجت لله تعالى وماكان

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٢٩.

لوجه الله يمتنع فيه الرجوع والطرفان قالا: وان وقعت التضحية لله تعالى لكنها إنما وقعت القربة باراقة الدم ولذا له أن يأكل لحمها فلم تخرج عن ملكه بالكلية.

قال ابن عابدين: وهذا ظاهر في الأضحية، وأما في النذر فهو وإن لم يبح له أكل المنذور ولكنه باق على ملكه بعد الذبح ولذا يتصدق به، والصدقة لاتكون إلا بما هو ملكه.

لكن هل تجزئ عن الأضحية ونحوها مما ذكر؟ قال محمد: تجزيه عن الأضحية أو المتعة أو القران، وسكت عن النذر، والظاهر كما ذكر ابن عابدين عدم الاجزاء لعدم الوفاء بالنذر، لكن السائحاني قال: يظهر أنها تجزء عن النذر والقران(١).

جعل الموهوب صدقة:

لو وهب رجل لآخر هبة كثوب مثلاً فجعله الموهوب له صدقة لله تعالى ففيه الخلاف السابق ذكره في الأضحية ونحوها. قال الطرفان: للواهب الرجوع، وقال أبو يوسف لا يرجع.

وفي المنهاج: وان وهب له ثوباً فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع مالم يقبضه للمتصدق عليه. ولو وهب له شيئاً وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له. ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له. يأخذ الشاة المذبوحة من غير تغريم بخلاف ما لو كان ثوباً فقطعه الواهب فان الموهوب له يأخذ الثوب ويغرم الواهب له مابين القطع والصحة.

وهذا التفصيل أورده ابن عابدين، أما صاحب مجمع الأنهر

١) المرجع السابق ص ٣٣٦، ٣٣٧. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢.

فقد أورد المسألة باجمال ربما أحدث خطأ في فهمها(١).

التدبير للعبد:

يرى الحنفية(٢) والمالكية(٣) أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع حق الرجوع للواهب فهو كالعتق. وهو قول عند الحنابلة مفرع على القول بمنع بيع المدبر فمنع الرجوع كاستيلاد الأمة(٤).

وقال الشافعية أن التدبير لايمنع الرجوع كالعتق المعلق على صفة لبقاء سلطنة الموهوب له على المدبر، والمعلق عتقه على صفة(٥) وبه قال الحنابلة في الصحيح من المذهب وهو مفرع على القول بجواز بيع المدبر. وعليه فالتدبير لا يمنع التصرف في الرقبة بالبيع ونحوه فلم يمنع الرجوع(٦).

غصب الموهوب:

يرى المالكية أن غصب الموهوب من يد الموهوب له فيت للموهوب ومن ثم فهو مانع من اعتصار الواهب للهبة(٧). وقال

١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٦، ٣٣٧.
٢) التكملة السابق ص ٣٢٦.
٣) الخرشى جـ ٧ ص ١١٤. الدسوقى والشرح جـ ٤ ص ١١١. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤. القوانين الفقهية ص ٣٦٢.
٤) الأنصاف جـ ٧ ص ١٥٤.
٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨، ٤٢٠. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠.
٦) الانصاف جـ ٧ ص ١٥٤. المغنى جـ ٥ ص ٦٧١، ٦٧٢. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣ ومابعدها.
٧) الخرشي جـ ٧ ص ١١٤. الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١١. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.

الشافعية ان الغصب لايمنع رجوع الواهب في الهبة لبقاء سلطنة الموهوب له على المغصوب، فالذي زال هو جواز التصرف أما الملك فهو باق(١).

الرجوع في الهبة للعبد:

سبق أن خروج الموهوب عن ملك الموهوب مانع من الرجوع لتبدل الملك، وتبدل الملك كتبدل العين، واختلاف الملكين كاختلاف العينين، ومن ثم فانه إذا وهب إنسان لعبد هبة فقبضها العبد فان للواهب أن يرجع فيها لأن الملك لم يختلف لأن الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك حيث أن الهبة للعبد هبة لمولاه. والمكاتب كذلك إذا وهب له هبة وقبضها فللواهب أن يرجع لما ذكرنا، وكذلك إن أعتق المكاتب لأن الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكأنه وهب له بعد العتق. لكن ماالحكم إن عجز المكاتب ورد في الرق. قال محمد لايرجع الواهب في الهبة، وقال أبو يوسف: للواهب أن يرجع.

ومبنى الخلاف في هذا هو هل المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة يملك المولى أكسابه بحكم الملك الأول؟ أو يملكها ملكاً مبتدأ؟ فعند أبي يوسف يملكها بحكم الملك الأول فلم يختلف الملك فكان له أن يرجع، وعند محمد يملكها ملكاً مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع.

وجه قول محمد كما قال الكاساني: أن ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لأن المكاتب صار أحق بأكسابه بالكتابة فبطل ملك

١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨، ٤٢٠.

المولى بالكسب، والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث.

وعلل ابن عابدين قول محمد بأن الهبة انتقلت من ملك المكاتب إلى ملك مولاه، حيث قال: «ولو وهب إنسان لمكاتب هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك في الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافاً لأبي يوسف».

وجه قول أبي يوسف: أن سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة إلا أنه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل إلى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ(١).

تفصيل في هذا المانع للشافعية، والحنابلة:

الشافعية، والحنابلة من المذاهب التى لا تجيز الرجوع إلا للوالد فيما وهب لولده. وقد وضع كل مذهب شروط لهذا الرجوع فان تخلفت امتنع الرجوع ونخص بالذكر هنا ما يتعلق بالخروج عن الملك وما يتصل بذلك من مسائل وأحكام.

فعند الشافعية لكى يصح الرجوع لابد أن يكون الموهوب باقياً فى سلطنة المتهب فيمتنع الرجوع فى الموهوب بزوال السلطنة.

يقول الشربينى «وشرط رجوع الأب أو أحد سائر الأصول

١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٩. تكملة ابن عابدين جـ ٦ ص ٣٣٦. المبسوط جـ ١٢ ص ٨٤. تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٣٢ ومابعدها.

بقاء الموهوب فى سلطنة أى ولاية المتهب وهو الولد... فيمتنع الرجوع فى الموهوب بزوال السلطنة سواء أزالت بزوال ملكه عنه ببيعه كله ووقفه وعتقه ونحو ذلك أم لا كأن كاتب الموهوب أو استولد الأمة أما لو خرج عن ملكه بعضه فله الرجوع فى الباقى»(١) وحكمة التعبير «ببقاء السلطنة» دون التعبير «ببقاء الملك» هي أن السلطنة قد تزول بزوال الملك، وقد تزول مع بقاء الملك كما لو حجر على الموهوب له بفلس مثلاً فانه يمتنع معه الرجوع لزوال السلطنة وان كان الملك باقياً(٢) وعلى هذا تفريع المذهب ومسائله.

أما الحنابلة فانهم وضعوا شرطين للخروج عن الملك. يقول ابن قدامة «وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة، أحدها: أن تكون باقية في ملك الابن فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها .. الثاني: أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فان استولد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها..»(٣) وعلى هذا تفريع المذهب. وفي نظرنا أن هناك تقارب كبير بين الشافعية، والحنابلة يظهر من بعض التطبيقات التى سنذكرها.

١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢. وانظر نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠ ومابعدها. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١١، ٣١٢. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٥.

٢) المراجع السابقة.

٣) أنظر المغنى جـ ٥ ص ٦٧٠، ٦٧١. هداية الراغب ص ٤١٣. الأنصاف جـ ٧ ص ١٤٦، ١٥٣، ١٥٤. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣ ومابعدها.

خروج العين بالرهن:

يرى الشافعية والحنابلة أن رهن المتهب للعين الموهوبة لا يمنع رجوع الواهب قبل قبض الرهن فهو كالخروج بالهبة لبقاء السلطنة وجواز التصرف، أما بعد القبض فلا رجوع للواهب ولا قيمة أيضاً لزوال سلطنة المتهب وعدم جواز تصرفه مالم ينفك الرهن.

ونقل الشافعية عن الأذرعي أن امتناع الرجوع بعد القبض في الرهن والهبة إذا كان لغير الواهب أما إذا كان للواهب فانه لا يمنع الرجوع لأن الحق له ولم يتعلق به حق الغير.

وفي الروضة حكى الخلاف في أن الرهن هل يمنع الرجوع؟ وهو خلاف مبنى على خلاف آخر في صحة هبة المرهون؟ فان قلنا لا تصح لم يصح الرجوع، وإلا توقفنا فان فك الرهن بان صحة الرجوع.

مكاتبة العبد:

إذا كاتب المتهب العبد كتابة صحيحة فان للشافعية والحنابلة وغيرهم قولان في منع الرجوع للواهب. ومبنى الخلاف هو هل يجوز بيع المكاتب أم لا يجوز بيعه؟ فعلى القول أنه لا يجوز بيعه وهو الصحيح عند الشافعية وجماعة ومقابل المذهب عند الحنابلة. يمتنع الرجوع وإن كان الملك باقياً لزوال السلطنة مالم تنفك الكتابة أي مالم تفسخ بعجز المكاتب، فاذا انفسخت ثبت الرجوع لعود السلطنة.

وعلى القول بصحة بيع المكاتب وهو المذهب عند الحنابلة، وقول للشافعية لا يمتنع الرجوع. قال الحنابلة: لو كاتب الولد العبد ملك الأب الرجوع لأن الكتابة لا تمنع التصرف في الرقبة

بالبيع ونحوه كما لو زوج العبد الذى كاتبه أو أجره وهو باق على كتابته، فاذا أدى إلى الأب باقي مال الكتابة عتق، وأن عجز رق كما لو باعه الأبن، وما أخذه الأبن من دين الكتابة قبل الرجوع لم يأخذه منه أبوه لاستقرار ملكه عليه بل يأخذ مايؤديه وقت رجوعه وبعده فان عجز عاد إليه.

استيلاد أو وطء الأمة:

لو استولد الولد الأمة التى وهبها له أبوه فان الأب لا يملك الرجوع فيها عند الشافعية وان كان الملك باقياً لزوال السلطنة، وهو قول الحنابلة لأن الملك فيها لايجوز نقله إلى غير سيدها فنقل الملك في أم الولد ممتنع ومثل الاستيلاد ما لو وهبها الوالد لولده للاستعفاف فان الوالد لا يملك الرجوع فيها وان استغنى الولد أو لم يستولدها لأن إعفافه واجب عليه.

ولاخلاف في أن المتهب يستبيح الوطء قبل الرجوع فلو وطئ الأبن الأمة الموهوبة له من أبيه فان ابن القطان الشافعي قال: لا رجوع وان لم تحبل لأنها حرمت على الأب، والصحيح في مذهب الشافعية ثبوت الرجوع ويحرم على الأب الوطء لأنها موطوءة ولده، وهو قول الحنابلة لأن الوطء لا يمنع تصرف الأبن في رقبتها والشرط أن لا يملك التصرف في رقبتها كما في الاستيلاد(١).

١) وقال الحنفية: يمتنع الرجوع لأنها ثبت لها منه بالحمل وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولد كما إذا ولدت منه بالفعل. راجع (الحمل) في مانع الزيادة (المطلب الأول).

عتق العبد، وتدبيره، وتزويجه، واباقه:

لو وهب الوالد لابنه رقيقاً فأعتقه الأبن امتنع الرجوع لزوال الملك، أما إن كان العتق معلقاً على صفة فانه لا يمنع الرجوع قبل وجودها، وكذلك التدبير لا يمنع الرجوع لبقاء السلطنة، ولأن التدبير لا يمنع التصرف في الرقبة بالبيع ونحوه فلم يمنع الرجوع وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة، وعلى القول بأن التدبير يمنع البيع منع الرجوع.

والتدبير والعتق المعلق بصفة لا يبقى حكمهما في حق الأب لأنهما لم يصدرا منه ومتى عاد المدبر أو المعلق عتقه بصفه إلى ملك المتهب وهو الأبن عاد حكمهما لعود الصفة.

وتزويج الرقيق كأن زوج الأبن الجارية التى وهبها له أبوه لا يمنع الرجوع عند الشافعية والحنابلة لبقاء سلطنة الأبن، ولأن التزويج لا يمنع المتهب من تصرف في الرقبة.

واباق العبد لا يمنع الرجوع كالغصب عند الشافعية والحنابلة لبقاء الملك حيث أن المتهب يملك التصرف في رقبة العبد الآبق.

الاجارة، والمزارعة، والمضاربة، والشركة، والزراعة:

إجارة المتهب للموهوب لا تمنع الرجوع للواهب وبه قال الحنابلة، والشافعية على المذهب وبه قطع الأكثرون، وفي مقابل المذهب تردد في الرجوع. وإنما جاز الرجوع على الصحيح لأن العين باقية بحالها، ومورد الاجارة المنفعة، وللمتهب التصرف في رقبتها فيجوز رجوع الواهب لكن المستأجر مستحق للمنافع مدة الاجارة فيستوفيها إلى أنقضاء المدة.

وزراعة المتهب للأرض الموهوبة لا تمنع الرجوع قطعاً لانها لا تزيل الملك أو السلطنة والمزارعة بها، وجعل الموهوب مضاربة، أو في عقد شركة، أو جعله وصية كل ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لايمنع تصرف المتهب في رقبتها أي لبقاء السلطنة على الموهوب. ويلاحظ أنه إن رجع الواهب، وكان تصرف المتهب لازماً كالاجارة والتزويج والكتابة فالتصرف باق بحاله كاستمراره مع المشترى من المتهب لأن المتهب لايملك ابطاله فكذلك من أنتقل إليه وإن كان التصرف جائزاً كالوصية، والهبة قبل القبض والمزارعة والمضاربة والمشاركة. بطل ذلك التصرف لأن استمرار حكمه مقيد ببقاء المعقود عليه وقد فات. ولأن المتهب يملك إبطا له.

الردة:

لو ارتد الموهوب له ففي رجوع الواهب قولان، القول الأول: للواهب الرجوع وهو مبنى على أن الملك لا يزول بالردة. القول الثانى لا رجوع للواهب وهو مبنى على أن الملك يزول بالردة، وكذلك لا رجوع للواهب إن قلنا بأن ملك المتهب موقوف بردته لأن الرجوع لا يقبل الوقف كما لا يقبل التعليق، وفي قول للحنابلة إن قلنا بأن ملكه مراعى فكذلك الرجوع مراعى.

والصحيح عند الحنابلة أن ملك المرتد باق، وعند الشافعية أن الملك موقوف فان عاد الموهوب له إلى الإسلام والموهوب باق صح الرجوع على المذهب، وقيل: على الخلاف فيما لو زال ملكه

ثم عاد(١).

أما إذا ارتد الواهب فقد قال الرملي: يمتنع الرجوع بردة الواهب أيضاً مالم يسلم لأن مال المرتد موقوف والرجوع لا يوقف ولا يعلق فان أسلم صح رجوعه إذا رجع في الهبة بعد الإسلام، هذا هو الصحيح. ومقابلة على ما سبق في ردة المتهب.

البيع على الخيار:

سبق أن بيع المتهب للعين الموهوبة يمنع الرجوع باتفاق لكن هذا إذا كان البيع مطلقاً عن الخيار فان كان البيع على الخيار للمتهب إما لشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فان الحنابلة قالوا أيضاً بمنع الرجوع لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك المتهب في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته. وقال الشافعية أنه لو باع الموهوب له الشيء الموهوب بشرط الخيار له أو لهما فان حق الرجوع يظل للواهب لبقاء سلطنة الموهوب له لأن الملك إما له، وإما موقوف على الخلاف فيه في زمن الخيار حيث لا ينتقل الملك عنه في مدة الخيار.

الحجر على المتهب:

إذا أفلس المتهب وحجر عليه امتنع الرجوع للواهب في الصحيح عند الشافعية، والحنابلة لتعلق حق الغرماء بالعين وفي الرجوع إبطال لحق غير المتهب فهو كالرهن حيث يمتنع الرجوع في الموهوب إذا رهنه المتهب لتعلق حق المرتهن به، ولزوال سلطنة المتهب بالحجر إذ السلطنة عبارة عن التصرف وهو لا

١) سيأتي عودة الملك بعد زواله.

يتصرف، فمجرد الحجر للفلس يزيل السلطنة بمعنى جواز التصرف وان كان لا يزيل الملك.

لكن إن انفك الحجر والعين باقية ثبت الرجوع كما ذكره الرملي في النهاية. والقول الثاني للشافعية والحنابلة أن الحجر للفلس غير مانع من الرجوع، لأن حق الواهب في الرجوع سابق فانه يثبت من حين الهبة. والذي قال بهذا القول من الحنابلة صاحب المقنع وتبعه في المنتهى، لكن الحارثي قال: امتناع الرجوع بالحجر للفلس هو الصواب بلا خلاف كما في الرهن ونحوه، وبه أيضاً صرح في المغني وصاحب المحدد وغيرهما. فان أفلس المتهب ولم يحجر عليه ففيه روايتان، فان حمل كلام المقنع والمنتهى على فلس لا حجر معه وافق ماذكره الحارثي وغيره.

وإن كان الحجر على المتهب للسفه ثبت الرجوع للواهب قطعاً لأنه لم يتعلق به حق غيره كما قاله المتولي وآخرون. وكذلك الحجر للمرض لا يمنع الرجوع(١) فلو مرض المتهب ورجع الواهب ثم مات المتهب اتجه صحة الرجوع كما صرح به الأذرعي ولا يقدح فيه كونه صار محجوراً عليه في مرضه كما قال الرملي في النهاية لأن ذلك خاص بالتبرعات ونحوها، ويفرق بينه وبين حجر الفلس بأنه أقوى لمنعه التصرف وإيثار بعض الغرماء، والمرض إنما يمنع المحاباة ولا يمنع الإيثار.

تعلق أرش الجناية برقبة الموهوب:

لو كان الموهوب رقيقاً فجنى عند المتهب وتعلق أرش

١) سيأتي أن المرض مانع من الرجوع عند المالكية، والاباضية، والحنابلة (المطلب السابع).

الجناية برقبة الرقيق. فان الحنابلة قالوا للواهب الرجوع فيه لبقاء ملك المتهب عليه ويضمن الواهب أرش الجناية لتعلقه برقبة العبد فيفديه الواهب أو يسلمه أو يبيعه فيها. وقال الشافعية يمتنع الرجوع للواهب وإن كان ملك المتهب باقياً، وذلك لعدم جواز تصرف المتهب بزوال السلطنة فمجرد تعلق الأرش برقبة الرقيق يزيل السلطنة بمعنى جواز التصرف فامتنع الرجوع لكن هذا إذا لم يؤد الواهب أرش الجناية فلو قال الواهب: أنا أؤدى أرش الجناية وأرجِع مُكِّنَ من الرجوع في الأصح.

واعترض بأنه لو رهنه وقبضه المرتهن وقال: أنا أبذل قيمته وأرجع لم يمكن فهلا كان هنا كذلك؟.

وأجيب بما في الروضة بأن ذلك لم يصح في الرهن لما فيه من إبطال تصرف المتهب، وأيضاً فانه لا يؤمن من خروج دراهمه مستحقة فيفوت الرهن لأنه فسخ عقد ولا يقع موقوفاً. بخلاف بذل الأرش لأنه ليس بعقد فجاز أن يكون موقوفاً فان سلم مابذله والإرجع إليه. نعم له أن يفديه بكل الدين لأن له أن يقضى دين الأجنبي لكن بشرط رضا الغريم.

يقول الرملى «إنما لم يكن من الرجوع لأداء قيمة الرهن الناقصة عن الدين لأن أداءها يبطل تعلق حق المرتهن به لو خرجت القيمة مستحقة فيتضرر، وأداء الأرش لا يبطل تعلق المجنى عليه به لو بان مستحقاً، والفرق أن الرهن عقد وفسخه لا يقبل وقفاً بخلاف أرش الجناية فانه يقبله».

انتقال الموهوب إلى ولد المتهب(١):

لو وهب الأب لولده عيناً ثم ان الولد وهبه لولده فان الصحيح عند الشافعية والحنابلة أنه لا رجوع للواهب الأول (الجد) لأن الملك غير مستفاد منه عند الشافعية. وعلل الحنابلة بقولهم: لأن فيه إبطال لملك غير ابنه وقالوا: إلا أن يرجع الواهب الثاني في هبته لابنه فيملك الواهب الأول الرجوع حينئذ على الصحيح من المذهب لأن رجوع الواهب الثاني في هبته فسخ لها تعاد إليه بسببه الأول فيملك الأب الرجوع. وعندهم احتمال أن الواهب الأول لا يملك الرجوع أيضاً في هذه الحالة لأن الموهوب رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه ما لو وهب ابن الابن لابيه أي كأنها هبة مبتدأة.

وفي المذهبين قول بأن للجد الرجوع مطلقاً ذكره من الحنابلة أبو الخطاب لكن غيره استبعده بل قال الحارثي: وأبو الخطاب وَهِم.

وعند الشافعية أنه لو باعه المتهب لابنه أو انتقل بموته إليه لم يرجع الجد قطعاً لأن ابنه (المتهب) لا رجوع له فالأب أولى.

وهب لولده فوهبه لأخيه من أبيه:

لو وهب لولده عيناً فوهبها الولد لأخيه من أبيه فان الشافعية قالوا ليس للأب الرجوع لأن الواهب لا يملك الرجوع فالأب أولي. وإنما الواهب لا رجوع له هنا لأن الشافعية لا رجوع عندهم

١) الشافعية والحنابلة من القائلين بأنه لا رجوع إلا للوالد فيما وهبه لولده مع اختلافهم في تفسير الوالد.

إلا فيما وهبه الأصل لفرعه، والواهب عندما وهب لأخيه فانما هبة فرع لفرع. والذي في البيان أن عدم الرجوع للأب في هذه المسألة ينبغي أن يكون على القطع بلا خلاف لأن الواهب لا يملك الرجوع فالأب أولى. لكن النووي في الروضة قال: لا يبعد تخريج الخلاف، وبامتناع الرجوع قال الحنابلة أيضاً.

وهب لابنه فوهبها لجده فوهبها لولد ولده:

لو وهب لابنه عيناً فوهبها الابن لجده فوهبها الجد لابن ابنه الذي وهبه فان حق الرجوع للجد الذي يحصل منه الملك، لا للأب. أما عدم رجوع الولد الواهب فلخروجها عن ملك جده بالهبة، وقبل ذلك هي هبة من الفرع للأصل وهذه لا يصح فيها الرجوع، ولأن ملك ولد الولد مستفاد من الجد(١).

جنون الواهب:

إذا جن الواهب فانه لا يصح رجوعه حال جنونه، ولا رجوع لوليه بل إذا أفاق كان له الرجوع. وهذا عند الشافعية مستثنى من ضابط «أنه لا رجوع إلا مع بقاء السلطنة» فهنا المتهب له سلطنة على الموهوب ومع ذلك امتنع رجوع الواهب لأمر في هو لا في المتهب.

١) أنظر في هذه المسائل للشافعية: روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨٠، ٣٨١ ومابعدهما. مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٢، ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٨، ٤٢٠. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٩، ٦٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١٠ ومابعدها. وللحنابلة: الانصاف جـ ٧ ص ١٤٦، ١٥٣، ١٥٤. المغني جـ ٥ ص ٦٧١، ٦٧٢. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣ ومابعدها.

وهبه صيداً فأحرم:

لو وهبه صيداً فأحرم المتهب بحج أو عمرة فان الواهب لا يملك الرجوع في الحال لأنه لا يجوز اثبات يد المتهب على الصيد في حال الاحرام فلو حل من احرامه والموهوب باق على ملكه رجع الواهب.

وعبارة الرملي تفيد أنه لا رجوع مطلقاً فيكون في المسألة وجهان في الرجوع بعد التحلل يقول الرملي «لو وهبه صيداً فأحرم الفرع (الأبن) ولم يرسله حتى تحلل امتنع الرجوع لزوال ملك الفرع عنه بالاحرام ولم يعد بالتحلل إذ يجب عليه إرساله بعد تحلله على الأصح المنصوص، والمنقول عن الدميري»(١).

وهبه مشاعاً فاقتسمه:

لو وهبه مشاعاً فاقتسمه ثم رجع الوالد فيما خص ولده بالقسمة جاز إن كانت افرازاً وإلا لم يرجع إلا فيما لم يخرج عن ملكه فلو كانت الشركة بالنصف رجع في نصفه فقط ولا تنقض القسمة، وإنما يرجع في نصفه فقط لأن النصف الذي آل إليه بالقسمة كان له نصفه قبلها شائعاً فلم يخرج عن ملكه(٢).

وهبه عصيراً فتخمر ثم تخلل:

لو وهب عصيراً ثم تخمر ثم تخلل كان للواهب الرجوع على المذهب عند الشافعية لأن الملك الكائن في الخل سببه ملك العصير فسلطنة المتهب على الموهوب باقية فيصح رجوع الواهب.

١) انظر المراجع السابقة للشافعية. ومغني المحتاج جـ ١ ص ٥٢٥ باب الحج.
٢) نهاية المحتاج وحاشية المغربي جـ ٥ ص ٤١٨.

قال النووي في الروضة: ولو وهب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلاً فله الرجوع على المذهب، وحكى بعض وجهين في زوال الملك بالتخمر، ووجهين في عود الرجوع تفريعاً على الزوال. وقال الرملي: يمتنع الرجوع بتخمر عصير ما لم يتخلل لأن ملك الخل سببه ملك العصير(١).

ضاع الموهوب فالتقطه ملتقط:

وهبه عيناً فضاعت فالتقطها ملتقط وعرفها سنة ولم يتملكها فحضر المتهب وتسلمها من الملتقط جاز للواهب الرجوع لأن ملك المتهب لم يزل بل أشرف على الزوال(٢).

ادعاء الواهب الرجوع قبل الخروج عن الملك:

لو ادعى الواهب أنه رجع في الهبة قبل أن تخرج عن ملك المتهب بالبيع ونحوه لم يقبل قوله إلا ببينة(٣).

الفرع الثانى
حكم الرجوع بعد عودة الملك والسلطنة

علمنا في الفرع الأول أن خروج الموهوب عن ملك المتهب وسلطنته مانع من رجوع الواهب في هبته لكن هل يعود حق الرجوع بعود الملك واليلطنة مرة أخرى؟ أقول: للحنفية،

١) مغنى المحتاج جـ ١ ص ٥٢٥، جـ ٢ ص ٤٠٣. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨١. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٦٠٠. نهاية المحتاج وحاشية المغربي جـ ٥ ص ٤١٨.
٢) نهاية المحتاج السابق ص ٤٢١.
٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٤.

والشافعية والحنابلة تفصيل في هذا فقالوا: أن العود إلى الملك والسلطنة قد يكون بسبب جديد، أو يكون بفسخ.

فان كان بسبب جديد كالصدقة، أو البيع ولو مع خيار، أو الهبة، أو الارث، أو الوصية، أو نحو ذلك كأن أخذ المتهب الموهوب عوضاً عن أرش جناية أو قيمة متلف فان الواهب لم يملك الرجوع في الهبة عند الحنفية، والحنابلة، وهو قول الشافعية في الأصح، وحجتهم أن عود الملك إلى المتهب بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت العين الموهوبة بمنزلة عين أخرى غيرها فلا يملك الواهب فسخه وإزالته كالذى لم يكن موهوباً للمتهب. ومقابل الأصح عند الشافعية للواهب الرجوع نظراً إلى ملك المتهب السابق فالملك قد زال عنه ثم عاد إليه إي أن العائد هو الملك القديم فيملك الواهب الرجوع.

أما إن عاد الملك إلى المتهب بفسخ كما لو كان الخروج عن ملكه بهبة بأن وهب العين الموهوبة له ثم رجع في هبته كان للواهب الأول الرجوع، لأن الرجوع فسخ فاذا عاد إلى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان متعلقاً فيرجع الواهب الأول، وكذلك لو خرجت العين الموهوبة عن ملك المتهب ببيع فعادت إليه بفسخ البيع لعيب فيها أو في الثمن، أو عادت باقالة(١) أو عادت بفسخ لفلس المشتري بالثمن، أو بفسخ خيار الشرط أو المجلس كان للواهب الرجوع عند الحنفية، وعند الشافعية في مقابل الأصح، وهو وجه للحنابلة صححه في التصحيح لعود الملك بالسبب الأول فكأنه ما انتقل فالعائد هو الملك القديم بما كان متعلقاً به فيرجع

١) وقلنا أن الاقالة فسخ، أما على القول بأنها بيع مستأنف فان الرجوع يمتنع قطعاً.

الواهب. وبه فارق العود ببيع أو هبة أو نحوهما لأن هذه اسباب جديدة للملك غير مستفادة من جهة الواهب.

والوجة الثاني للحنابلة وهو المذهب كما في الأنصاف، والأصح عند الشافعية أن العود بالفسخ لا يعيد للواهب حق الرجوع ولا يسوغ له ذلك لأن الملك غير مستفاد منه حتى يزيله بالرجوع فيه(١).

والمالكية والاباضية لم ترد عندهم تفرقة بين العود بسبب جديد وبين غيره فالنص عند الاباضية جاء عاماً فالخروج عن الملك مانع من الرجوع حتى ولو عاد الملك مرة أخرى إلى المتهب(٢) وهو بذلك يتفق مع الأصح في مذهب الشافعية. وأما المالكية فهم لم يصرحوا بجعل زوال المانع مؤدياً إلى عودة حق الرجوع للواهب إلا في مانع واحد من الموانع وهو مرض الواهب أو الموهوب له فاذا زال المرض عاد حق الرجوع(٣) لكن تعليلهم للمرض يقتضى أيضاً أن زوال الفوات كزوال المرض كما صرح به شراح المتون، وهذا التعليل كما قاله ابن القاسم «أن المرض لم يعامله الناس عليه بل هو أمر من عند الله فاذا زال عاد الاعتصار». والفوات هذا يقصد به فوات العين الموهوبة، وقد حصر الدردير والخرشي هذا الفوات في الزيادة المتصلة، والهلاك، فالهلاك مانع

١) أنظر للحنفية مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٢. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٣٦، ٣٤١، ٣٤٢. وللشافعية: روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٨١، ٣٨٢. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٨٥. المهذب جـ ١ ص ٤٤٧. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٦٠٠. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٣. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢١. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣١١، ٣١٢. وللحنابلة: الأنصاف جـ ٧ ص ١٥٢. المغنى جـ ٥ ص ٦٧١، ٦٧٢. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣ ومابعدها.

٢) شرح النيل جـ ١٢ ص ١٤. جوهر النظام ص ٣٧٧.

٣) سيأتى هذا المانع وزواله.

من الاعتصار وهو لايتصور زواله، والزيادة المتصلة مانعة من الرجوع لكن يمكن زوالها فان زالت عاد حق الرجوع. ومن ثم فانه في نظرنا أن الخروج عن الملك فوات للملك فاذا عادت العين الموهوبة إلى ملك المتهب فعلى الحصر المصرح به عندهم لا يصح الرجوع حيث يمتنع القياس حينئذ على زوال المرض. لكن في الشرح الصغير أطلق الفوات(١) وعلى هذا يمكن قياس مانع الخروج عن الملك على مانع المرض بمعنى أنه إن زال المانع بالعودة إلى الملك عاد حق الرجوع. هذا ما ظهر لي والله أعلم بالصواب.

المطلب السابع
موانع أخرى للرجوع

وفيه خمسة فروع. الفرع الأول: المرض، الفرع الثاني: النكاح والمداينة، ووطء الموهوبة أو مكاتبتها. الفرع الثالث: الاشهاد على الهبة. الفرع الرابع: شرط عدم الاعتصار. الفرع الخامس: صغر الموهوب له.

الفرع الأول
المرض

إن مرض الواهب، أو الموهوب له مرضاً مخوفاً وهو مرض الموت فان هذا يكون مانعاً من رجوع الواهب في هبته. يقول النجدي من الحنابلة «ولا رجوع لمريض في عطيته بعد لزومها

١) أنظر، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٥، الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١٢، ١١٤. بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.

المرض غير المخوف فلا يمنع الاعتصار.

زوال المرض:

إذا زال المرض عن الواهب، أو الموهوب له عاد للواهب حق الاعتصار على ما اختاره اللخمي لأن المرض أمر لم يعامله الناس عليه(١) بل هو من عند الله فاذ زال عاد الاعتصار، وهو أيضاً قول ابن القاسم وأشهب والمغيرة، لكن في الواضحة عن مالك قول بأن الاعتصار لايعود بزوال المرض وبه قال اصبغ وسحنون، ورجح اللخمي الأول وهو المختار(٢).

الفرع الثاني
النكاح والمداينة، ووطء الموهوبة أو مكاتبتها

أولاً: النكاح والمداينة:

يرى المالكية، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد أن من شروط صحة الاعتصار أيضاً أن لا يكون الموهوب له قد تزوج أي عقد الزواج لأجل الهبة وسواء كان الولد صغيراً أو كبيراً فان عقد الولد للنكاح مفوت للاعتصار وكذلك ان تداين الموهوب له لأجل الهبة، والمعنى أن الناس لم يزوجوه ولم يداينوه إلا من أجل الهبة، ومن ثم فانه يمتنع الرجوع سواء كان الولد ذكراً أو أنثى

---

١) أي غير داخلين عليه مترقبين له.
٢) المراجع السابقة للمالكية.

ولابد من قصد صاحب الدين في التداين لأجل الهبة(١)، كما لابد من قصد ولي الزوجة ذلك، فلا يكفى قصد الموهوب له وحده بل لابد من قصدهما معاً.

وقد أفاد البعض كالعدوي أن مفاد المواق أن المعتمد خلاف ذلك وأنه يكفي قصد الموهوب له وحده، وكذا مفاد غيره، ويكون قصد الغير من باب الأولى. لكن الأظهر هو قصدهما معاً وهو مذهب الموطأ وقول مطرف واصبغ وابن القاسم في توضيحه وأصله لابن رشد في البيان ومشى عليه خليل.

فلو تداين الموهوب له لغير الهبة بأن كان غنياً أو كانت الهبة قليلة في نفسها لا يزوج ولا يعامل لأجلها فان التزويج والتداين حينئذ لا يمنع من الاعتصار فيكون للواهب الرجوع(٢).

كما يشترط لكون نكاح الموهوب له أو مداينته مانعان من الاعتصار أن لا يهب الواهب للموهوب له وهو على هذه الحال أي وهو متزوج أو مدين فان وهبه وهو كذلك كان للواهب اعتصاره.

واحتج المالكية على كون النكاح والمداينة لأجل الهبة من موانع الاعتصار بأن كلا منهما أمر عامله الناس بعد الهبة عليه أي دخلوا عليه لأجل يسره بها فيستمرون على المعاملة لأجل ذلك لانفتاح بابه فيستمر عدم الاعتصار(٣).

---

١) أي لأجل يسر الموهوب له بالهبة.

٢) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٥، ويلاحظ أن المالكية والحنابلة ممن يقولون بعدم جواز الرجوع في الهبة إلا للوالد فيما يهب لولده، ومن ثم قد نعبر بلفظ الأب والأم والأبن والولد، وقد نعبر بكلمة الواهب والموهوب له ونعنى الوالد والولد كما يفعلون هم أحياناً. فيلاحظ ذلك عندهم ومن وافقهم كالشافعية، والظاهرية، والاباضية في سائر أحكام الرجوع.

٣) الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١١، ١١٢. بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤. الخرشي والعدوي السابق.

واحتج ابن قدامة بقوله: أنه تعلق بالموهوب حق غير الموهوب له، ففي رجوع الواهب إبطال حق هذا الغير وقد قال عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك(١).

وقد تكلم ابن حزم الظاهري عن مذهب المالكية في هذا وذكر لهم حجة من الأثر.

١- كتب عمر بن الخطاب «يعتصر الرجل من ولده ماأعطاه مالم يمت أو يستهلك أو يقع في دين».

٢- أن سعداً مولى الزبير نحل ابنته جارية فلما تزوجت أراد ارتجاعها فقضى عمر بن الخطاب «أن الوالد يعتصر مادام يرى ماله مالم يمت صاحبها فتقع في ميراث، أو تكون امرأة تنكح ثم تلاه عثمان على ذلك».

قالوا: فهذا عمل عمر وعثمان بحضرة الصحابة رضى الله عنهم، وقد رد ابن حزم ذلك فقال: قد روينا عن عمر وابنه بأصح من هذا السند ما يخالفه، وعن عثمان مثله فما الذى جعل هذه الرواية أولى من تلك؟ وقد خالفوا عمر وعثمان في غير هذا فلا حجة لهم أصلاً في كل ماأظهروا أنهم تعلقوا به عن الصحابة(٢).

وقد ذهب الحنابلة في رواية أخرى عن الإمام أحمد أن للواهب الرجوع لعموم قوله -ﷺ- «لايحل لأحد أن يعطي عطية ويرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذى وحسنه عن ابن عمر وابن عباس ولأن حق المتزوج والدائن لم يتعلق بعين هذا

---

١) المغنى جـ ٥ ص ٦٧٢. الانصاف جـ ٧ ص ١٤٦. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣، ٣١٤.

٢) المحلى جـ ٩ ص ١٢٧، ١٢٨، ١٣٥ مسألة ١٦٢٩.

المال فلم يمنع الرجوع فيه(١). وهو قول ابن حزم الظاهري والشافعية(٢).

زوال النكاح أو المداينة:

هل زوال النكاح أو المداينة يؤدى إلى عودة حق الرجوع للواهب عند القائلين بأنهما من موانع الاعتصار؟. أقول: إذا زال هذا المانع فان المالكية اتفقوا على عدم عودة حق الاعتصار للواهب ولم يحك اللخمي فيه خلافاً والفرق بينهما وبين زوال المرض السابق ذكره أن المرض لم يعامله الناس عليه بل هو من عند الله أي غير داخلين عليه مترقبين له فاذا زال عاد الاعتصار، بخلاف النكاح والمداينة فان الناس يعاملونه عليه فيستمرون على المعاملة لأجله لانفتاح بابه فيستمر عدم الاعتصار بعد زوالهما وهذا الفرق نقل في التوضيح عن ابن القاسم(٣) ولم يصرح الحنابلة بشيء من هذا في زوال مانع الاعتصار على رواية عدم الرجوع، والذي يظهر من تعليلهم السابق لكونهما من موانع الاعتصار هو الاتفاق مع المالكية في هذا(٤).

ثانياً: وطء الأمة الموهوبة أو مكاتبتها:

تقدم عن الشافعية والحنابلة قولان في الكتابة والأصح عند الشافعية، ومقابل المذهب عند الحنابلة امتناع الرجوع بعقد

١) المغني جـ ٥ ص ٦٧٢.
٢) أنظر المحلى السابق.
٣) الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٥. الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١٢. بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤.
٤) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣١٣، ٣١٤. المغني جـ ٥ ص ٦٧٠ ومابعدها.

الكتابة بناء على أنه لا يجوز بيع المكاتب، مالم تنفك الكتابه بفسخها لعجز المكاتب. وكذلك وطء الأمة من المتهب لهم قولان الأصح ثبوت الرجوع لأن الوطء بمجرده لا يزيل السلطنة أي لا يمنع الابن من التصرف في رقبتها فاذا رجع الأب حرم عليه وطؤها لأنها موطوءة ولده. ومقابل الأصح عندهما امتناع الرجوع لأنها حرمت على الواهب وهو الأب. أما إذا أحبلها المتهب فانه يمتنع الرجوع عندهما وعند الحنفية لأنها تأهلت لأن تكون أم ولد لايجوز نقل الملك فيها إلى غير سيدها(١).

ووافقهم المالكية في امتناع الرجوع بالوطء وبالأولي الا حبال فعند المالكية أن الهبة لو كانت أمة فوطئها الموهوب له البالغ فان ذلك مانع للواهب من الاعتصار ومن باب أولى إذا حملت، وكذلك إذا كاتبها أو دبرها أو أعتقها إلى أجل، والأمة التى يفوت الوطء اعتصارها هي الأمة الثيب، أما البكر الموهوبة فيفوت اعتصارها بافتضاض الموهوب له بكارتها ولو كان غير بالغ لأن الافتضاض نقص، والنقص عند المالكية مفوت للاعتصار. وأما إن وطء غير البالغ ثيباً فان ذلك لا يمنع الاعتصار ولو مراهقاً(٢). والظاهر كما يقول الدسوقي أن وطء البالغ للأمة الموهوبة له مفوت للاعتصار حتى ولو كانت على حالة يحرم الوطء فيها كأن كانت حائضاً. وذكر العدوي أن الأمة التى يفوت الوطء اعتصارها هي الأمة العلية لا الوخش فلا يفوته الوطء.

١) راجع ذلك في تفصيلات مانع الخروج عن الملك مع ملاحظ أن الحنفية يعتبرون ذلك مانعاً من الرجوع في الهبة من الأجنبي لأنهم يجيزون الرجوع للأجنبي مع الكراهة، أما الجمهور فلا يجيز الرجوع إلا للوالد فيما وهب لولده.
٢) المراهقة تكون قبل البلوغ من سن العاشرة تقريباً.

ويصدق الموهوب له في أنه حصل منه الوطء لتلك الجارية الموهوبة إذا علمت الخلوة بينهما.

قال الدسوقي: وحاصل المسألة أن الأمة الموهوبة إما أن تكون ثيباً أو بكراً، والولد الموهوب له إما بالغ أو غير بالغ. فان كانت ثيباً أفات اعتصارها وطء الولد البالغ لا وطء الصغير. وان كانت بكراً فيفوت اعتصارها بافتضاضها مطلقاً من بالغ أو صبي(١).

١) الدسوقي والشرح جـ ٤ ص ١١٢. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٥.

الفرع الثالث
الاشهاد على الهبة

يرى الخرشي وعبد الباقي من المالكية أن المشهور في الاشهاد على الهبة أنه مانع من اعتصارها وقد أنكر غيرهما من فقهاء المذهب ذلك ولم يرتضوا الاشهاد مانعاً من الاعتصار. يقول الخرشي "وكذلك لا اعتصار لأحدهما أي الأب أو الأم في الهبة إذا أشهد عليها على المشهور"(١) قال الدسوقي "وأما الاشهاد على الهبة فلا يكون مانعاً من اعتصارها خلافاً لما في الخرشي وعبد الباقي، فانظر من أين أتيا به كما في البناني"(٢). وقال الصاوي "وأما الاشهاد على الهبة فلا يكون مانعاً من اعتصارها خلافاً لما في الخرشي وعبد الباقي، قال البناني: وانظر من أين أتيا به"(٣) أقول: ولم أر الاشهاد مانعاً من الاعتصار في المذاهب الأخرى.

الفرع الرابع
شرط عدم الاعتصار

يرى المالكية أن الموهوب له إن شرط على الواهب عدم اعتصار الهبة كان له شرطه كما لو شرط أن يرجع كان له شرطه، يقول الدردير "فان شرط أنه يرجع فيما تصدق به على ولده أو فيما أعطاه له على وجه الصلة كان له الرجوع فيه عملاً بشرطه كما أنه يعمل بشرط عدمه في الهبة" قال الدسوقي "أي يعمل بشرط عدم

١) شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٤.
٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١.
٣) بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤.

الاعتصار»(١) وفي الخرشي «ومثل الصدقة في عدم الرجوع الهبة التى لا تعتصر أي بأن شرك فيها عدم الاعتصار فانه يعمل بالشرط»(٢).

أقول: ومعنى ذلك أن الواهب إذا قبل هذا الشرط فان قبوله يعني اسقاط حقه في الرجوع وقد قدمنا موقف الفقهاء من هذه المسألة بأدلتها. ورأينا أن الحنفية، والشافعية، وجمهور الحنابلة يقولون أن حق الرجوع لا يسقط باسقاط الواهب له. بينما قال بعض الحنابلة أنه يسقط حقه باسقاطه له، ومن ثم فهو يتفق مع المالكية في النتيجة وهي أنه إذا أسقط حقه في الرجوع امتنع رجوعه في الهبة ولو كان المسقط شرط عدم الاعتصار.

الفرع الخامس
صغر الموهوب له

يرى الاباضية في قول لهم أن الهبة إذا كانت لمن هو دون البلوغ امتنع على الواهب الرجوع(٣) وهو قول الحنفية بتفصيل. ففي المبسوط، ومنية المفتى: أنه إذا وهب للصغير شيئاً لا يرجع فيه. لكن المحققين كابن عابدين قالوا: إن هذا ليس على اطلاقه وإنما يمتنع الرجوع فيما وهب للصغير إذا عوض الأب أو الأجنبي من مالهما، أو كان الواهب قد نوى الصدقة عند الاعطاء.

وإنما قيد العوض بأن يكون من غير مال الصغير لأن العوض من مال الصغير لا يجوز، ومن ثم فللواهب الرجوع لبطلان

١) الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١، ١١٤. بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٤، ٢٩٥.
٢) شرح الخرشي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٧.
٣) المصنف جـ ٢٧ ص ١٩١ ومابعدها مسائل متفرقة.

الرجوع وجزم به صاحب الأنوار، وتوجيه ذلك كما قال الجمل: أن الفسخ والتقايل لا يدخلان الهبة لأنهما إنما يناسبان المعاوضات لأنه يقصد بهما الاستدراك والهبة إحسان فلا يليق بها ذلك. والوجه الآخر هو جواز ذلك(١) وبه قال الحنابلة، ولا يفتقر إلى قبض الواهب وتكون العين أمانة في يد المتهب(٢) وهو أيضاً قول الحنفية فعندهم أنه لو اتفق الواهب والموهوب له على الرجوع في موضع من المواضع التى لا يصح الرجوع فيها كما في الهبة للمحارم جاز هذا الاتفاق منهما، وتصح الاقالة في الهبة والصدقة لكن بشرط القبض لأنها حينئذ هبة مستقلة أي هبة مبتدأة. ولا يظهر ذلك في مانع الموت لأن الاتفاق حينئذ من الوارث والباقي أحد العاقدين. ويكون الرجوع في مانع العوض بالتراد، وفي الهلاك برد البدل.

وإذا كان الاتفاق جائزاً كما قدمنا فانه يشترط فيه ما يشترط في الهبة مما تقدم في شروطها لما قلنا أنه هبة مبتدأة. فعن المحيط «رجل تصدق بصدقة فسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز حتى تقبض لأنها هبة مستقلة مستأنفة لأنه لا رجوع فيها، وكذا الهبة إذا كانت لذي رحم محرم».

قال ابن عابدين: والحاصل أنه تصح الاقالة في الهبة والصدقة في المحارم بالقبض مع أنه وجد فيها ما يمنع من الرجوع ومع ذلك جاز بتراضيهما لأنا جعلناه هبة مبتدأة ولذا اشرط فيها ما يشترط للهبة.

١) حاشية الجمل جـ ٣ ص ٦٠٠. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٢٢. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٤.
٢) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤.

والتقييد بالمحارم ظاهره يفيد أن القبض لا يشترط في غيرهم، لكن أبا يوسف أطلق في رواية ابن سماعة خلافه قال «تصدق وسلم ثم استقاله فأقاله لم يجز حتى يقبض».

قالوا «وكل شيء لا يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه» أي يفتقر للقبض قال ابن عابدين: ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لا رجوع في هبتهم.

ويظهر مما تقدم أن الهبة عند قيام مانع من موانع الرجوع لا يصح فسخها إلا بالاتفاق ومن ثم فانه مثلا في الهبة للمحارم والصدقة مطلقاً إذا رفعت للحاكم وأراد صاحبها الرجوع فيها، يفسخ دعواه الحاكم بمعنى أنه يبطلها ويحكم عليه بعدم صحتها، فان اتفقا عليها كانت هبة مبتدأة فيشترط لها شروط الهبة(١).

أما المالكية فانهم يقولون بعمل شرط الاعتصار في مواضع موانع الاعتصار بمعنى ان الواهب لو اشترط على الموهوب له اعتصارها منه في موضع لا يصح اعتصارها فيه عمل بهذا الشرط، وهو باتفاق عندهم فيما وهبه الأب أو الأم لولده، أما إذا كان الواهب أجنبياً عن الموهوب له فالذى في وثائق ابن الهندي والباجي يعمل بالشرط فيجوز الاعتصار، والذي عند المشذالي أنه لا يعمل بشرطه(٢).

١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤١. مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٤.
٢) الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ١١١. الخرشي والعدوي جـ ٧ ص ١١٤، ١١٧. بلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٤، ٢٩٥.