

عقد الهبة وإشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي

وكيفية معالجتها من الناحية الفقهيّة

د. عادل سالم محمد الصغير⁽¹⁾

مقدمة:

يعد الفقيه الحنفي الشهير بابن عابدين أول من تكلم من الفقهاء على التأمين، نتيجة الاتصال التجاري بين العالم الإسلامي والدول الأوروبية في زمنه، حيث تحدث عن حكم (السوكرة)، وهي كلمة غير عربية، يقصد بها التأمين البحري على البضائع المستوردة بواسطة السفن، وفي ذلك قال ابن عابدين: "وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا، وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال (سوكرة) على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له، بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا، يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من السلطان مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم"⁽²⁾.

وابن عابدين هو أول من أفتى من الفقهاء في التأمين، فقال بعدم جوازه، لعدم ورود دليل شرعي في إلزام صاحب السوكرة -وهو المؤمن- بدفع التعويض⁽³⁾، وبعدها جرت مناقشات مستفيضة بين الفقهاء المعاصرين في مؤتمرات عديدة حول حكم التأمين، فتفاوتت

¹ - عضو هيئة التدريس بجامعة عمر المختار.

⁽²⁾ - رد المختار على الدرر المختار: ابن عابدين، 209/6، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، وعقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ص19، ط1، 2008م، دار السلام، القاهرة، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة للتأمين فكرياً وتطبيقاً": محمد زكي السيد، ص71، ط1، 1406هـ - 1986م، دار المنار.

⁽³⁾ ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص19، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي: ص72-73.

الأقوال بين الإباحة والتحريم، واشتد الاختلاف بين هؤلاء الفقهاء، وعقدت المناظرات ودارت المعارضات والردود بينهم في هذا الأمر لأكثر من ستين عاماً⁽⁴⁾.

ولا حاجة بنا هنا إلى عرض أقوال المجيزين والمانعين وأدلتهم في حكم التأمين؛ لأنهم يكادون يتفقون على إباحة التأمين بوصفه نظاماً عاماً، وذلك على أساس عموم الدليل في التعاون على البر والتقوى في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽⁵⁾.

ومن خلال خبرتي الأكاديمية -بوصفي أستاذاً مشاركاً في فقه المعاملات المالية المعاصرة- وخبرتي العملية في مجال التأمين التكافلي، وموقعي بوصفي رئيساً وعضواً في هيئة الرقابة الشرعية لشركة المتحدة للتأمين بطرابلس، أرى أن جوهر الخلاف -والله أعلم- يكمن في العقد الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الداخلة فيه، ولذلك نجد أن الاعتراضات التي وجهت ضد التأمين انصببت على العقد الحاكم لهذا النوع من المعاملات، وليس على التأمين بوصفه نظاماً.

فعقد التأمين التجاري من عقود المعارضات، يقدم المؤمن بموجبه الضمان لتغطية المخاطر المعنية في مقابل أقساط التأمين التي قدمها المستأمنون، ولذلك منع المانعون هذا التأمين التقليدي التجاري، لأجل الربا والغرر الفاحش والجهالة التي تغلب على عقود التأمين التقليدي، أما الربا؛ فمن جهة أن المستأمن قد يبذل قسطاً ضئيلاً، ويأخذ عند وقوع الخطر تعويضاً كبيراً بلا مقابل، فليس ثمة تعادل ومساواة بين أقساط التأمين وعوضه، وأما الغرر الفاحش والجهالة الفاحشة؛ فمن جهة لا يعلم أي من طرفي العقد عند إنشائه -وهما الشركة

(4) ينظر المعاملات المالية المعاصرة: د. وهبة الزحيلي، ص 363، ط1، 2002م، دار الفكر، دمشق.

(5) سورة المائدة: الآية (3).

المؤمنة والمشارك- ما سيأخذ وما سيعطي، وهو من العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه، لأنه يتعلق بوقوع الخطر، وهو محتمل⁽⁶⁾.

ولما كان الاجتهاد الجماعي المعاصر في إطاره الجماعي قد وصل إلى قول قاطع في تحريم التأمين التجاري⁽⁷⁾، فكان لا بد من وجود البديل الإسلامي له، والمتمثل في التأمين التعاوني أو التكافلي، الذي تجتمع فيه مصالح التأمين التجاري، دون الوقوع في المحظورات الشرعية.

وحيث إن هذا البحث يُعنى بدراسة بعض الجوانب الفنية التطبيقية في التأمين التكافلي من الناحية الشرعية، ألا وهي إشكالات تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية، فلا حاجة بنا بدراسة أحكام التأمين التكافلي، وأقوال الفقهاء المعاصرين في مشروعيته بشكل مفصل؛ لأن المقام لا يتسع لذلك، ومن أراد الاطلاع عليها يمكنه الرجوع إليها في مظانها، وحسبي أن أقتصر من ذلك على التكييف أو التخريج الفقهي لعقد التأمين التكافلي، لأخلص إلى نتيجة مفادها أن من بين العقود التي يتركب منها هذا العقد، هو عقد الهبة المعروف في الفقه الإسلامي، الذي أعتزم في هذا البحث دراسة إشكالات تضمينه في عقد التأمين التكافلي، وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية.

ولكن قبل الغوص في تلك الإشكالات وكيفية معالجتها، فإن من المناسب التأسيس للموضوع ببيان معنى الهبة وأحكامها في الفقه الإسلامي، كل ذلك جاءت دراسته على النحو الآتي:

المبحث الأول: التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي.

المبحث الثاني: تعريف الهبة ومشروعيتها وأركانها.

المبحث الثالث: شروط عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

(6) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، 4/444-445، ط3، 1417 هـ 1996 م، دار الفكر، دمشق، والمعاملات المالية المعاصرة: وهبة الزحيلي، ص264-265.

(7) ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ص38-45.

المبحث الرابع: حكم عقد الهبة وصفته لدى الفقهاء.

المبحث الخامس: إشكالات تضمين عقد الهبة في وثيقة التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية.

المبحث الأول

التكييف الفقهي للتأمين التكافلي

التأمين التكافلي: هو من عقود التبرعات التي تتحد فيها شخصية المؤمن والمستأمن، وهم المشتركون الذين يتبرعون في تضمين المخاطر فيما بينهم، ويتكافل بعضهم مع بعض في مواجهة المخاطر المسماة، فهم شركاء في صندوق المشتركين حسب نصيبهم فيه، ثم يتبرعون فيما بينهم في تضمين المخاطر التي تصيب بعضهم، لاستيفاء التعويضات، فهم المؤمنون والمؤمن لهم في الوقت نفسه، والعلاقة بينهم علاقة تكافل وتضامن وتعاون محض. أما علاقة الشركة بالمشاركين فتخرج حسب ما تقوم به من نشاط في هذا المجال على النحو الآتي:

أ- الجانب التأميني:

باعتبار أن الشركة ليست هي المؤمن في التأمين التكافلي، كما هو الحال في التأمين التجاري، فإنها تقوم بمهمة الوكيل في تدبير الشؤون الإدارية من تجميع اشتراكات المشتركين، وتحديد التعويضات؛ لجبر الأضرار وتوزيعها وغير ذلك من الأعمال المناطة بها كوكيل عن المشتركين.

ب- الجانب الاستثماري:

ينبغي ألا يترك الرصيد -الذي قامت الشركة بتحصيله من مجموع الاشتراكات في صندوق المشتركين- جامداً يتناقص بدفع جبر الأضرار للمستأمنين؛ بل الأفضل أن يستثمر في القطاعات المشروعة؛ لكي يعود على كل من الشركة والمشاركين بالربح. فتحقيق الربح لا

يتعارض مع فكرة التأمين التكافلي، بل هو مرغوب فيه، حتى تزداد سبل المنافع والمصالح للجميع، فعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: "من وُلِّيَ يتيماً له مالٌ فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"⁽⁸⁾، وعلى الرغم مما يقال في سند هذه الرواية، إلا أن عمل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقويه، حيث كان يثمر لليتيم في ماله ويدفع له زكاته⁽⁹⁾. فعن الشعبي "أن عمر بن الخطاب كان عنده مال يتيم فأعطاه مضاربة في البحر"⁽¹⁰⁾ حتى لا تأكله الصدقة.

وينظم العلاقة بين المشتركين والشركة في الجانب الاستثماري عقدان: المضاربة أو الوكالة، أو المركب من هذين العقدين؛ وبيان ذلك يتجلى في صورتين الآتيتين، الأولى: "المضاربة" حيث يعتبر المشتركون هم أصحاب الأموال، وأما الشركة فهي العامل الذي يستثمر أموال المشتركين، على أن يكون الربح المتحصل من هذه الأموال بينهما بنسبة معينة. الثانية: "الوكالة"، حيث تعد الشركة وكيلاً عن المشاركين في الاستثمار بأجرة متفق عليها بين الفريقين، أما في حال انخفاض رصيد حساب المشتركين، وعدم كفايته لتغطية قيمة التعويضات المقدرة لجبر الأضرار المشمولة بوثائق التأمين التكافلي، فتقوم الشركة بإقراض صندوق المشتركين قرضاً حسناً، يكفي لدفع هذه التعويضات، ثم تسترده من الصندوق نفسه،

(8) قال الترمذي: إنما يروي هذا الحديث من هذا الوجه وفي إسناده مقال؛ لأن المثني يُضعف في الحديث، وقال أحمد بن حنبل عن هذا الحديث: ليس بصحيح (نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: عبدالله بن يوسف الزيلعي، كتاب الزكاة 331/2، صححه ووضع الحاشية: عبدالعزيز الديوبندي الفنجاني إلى كتاب الحج، وأكملها يوسف الكاملقوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، بجدة، السعودية، 1997م، ط1).

(9) موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته: محمد رواس قلعه جي، ص353، ط1، 1981م، مكتبة الفلاح، الكويت.

(10) مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، 390/4، كتاب البيوع والأقضية، حديث رقم (21369) تحقيق كمال يوسف الحوت، ط1، 1409هـ، مكتبة الرشد، الرياض.

إما من مجموع الاشتراكات اللاحقة، أو من عوائد استثمار أموال المشتركين، أو تقوم الشركة بتقسيم قيمة العجز على المشتركين، كل حسب اشتراكه.

المبحث الثاني

تعريف الهبة ومشروعيتها وأركانها

من خلال علاقتي بهيأت الرقابة الشرعية لمجموعة من شركات التأمين التكافلي في ليبيا وغيرها من بعض البلدان الإسلامية التي سبقتنا في هذا المجال، ومشاركتي في الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بتاريخ 18/ مايو/ 2014م في فندق هلتون- أبو ظبي، بالإمارات، يظهر لي أن اللفظ المستعمل في التأمين هو التبرع، وهو مرادف للفظ الهبة أو الصدقة أو الهدية أو العطية، حيث إن الألفاظ كلها ذات معانٍ متقاربة، ولا يختلف بعضها عن بعض اختلافاً جوهرياً، فالتمليك بلا عوض هو الهبة، فإن انضم إليه حملُ الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له؛ تقديرًا له أو إكراماً فهو هدية، فإن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقرباً إلى الله وطلباً لثواب الآخرة فهو صدقة، والعطية: الهبة في مرض الموت⁽¹¹⁾، ونظراً لترادف معاني هذه المفردات وتقاربها، سأقتصر على بيان ما له علاقة مباشرة منها بهذا البحث، وهو مصطلح التبرع ومصطلح الهبة.

(11) ينظر اللباب في شرح الكتاب: عبدالغني الغنيمي الميداني، ومعه تنزيه أولى الألباب بتخريج أحاديث اللباب، خرج أحاديثه وعلق عليه عبدالرزاق المهدي، 92/2، ط4، 1999م، دار الكتاب العربي، بيروت، والاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، 61/3، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه: خالد عبدالرحمن العك، دار المعرفة، بيروت، وحاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، 537/12-538، 541، تحقيق: عبدالمجيد طعمة حلي، دار المعرفة، بيروت، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي، 315/7، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان؛ وينظر: مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، 573/3، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية؛ والمغني: عبدالله ابن أحمد بن قدامة المقدسي، 41/6، مكتبة القاهرة، 1968م.

أولاً- التبرع:

التبرع لغة مأخوذ من برع الرجل براعة، أي فاق أصحابه في العلم وغيره، فهو بارع، وفعلت كذا متبرعاً، أي: متطوعاً من غير شرط، وتبرّع بالأمر: فعله غير طالب عوضاً⁽¹²⁾، أما التبرع في الاصطلاح فلم يضع الفقهاء تعريفاً له، وإنما عرفوا أنواعه من وصية وهبة ووقف، فهو عندهم لا يخرج عن كونه: "بذل المكلف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض، بقصد البر والمعروف"⁽¹³⁾، والتبرع بوجه عام من التصرفات المشروعة التي حث الإسلام عليها. قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ وقال أيضاً: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافاً كَثِيراً﴾⁽¹⁴⁾. وعن عدي بن حاتم رضي الله عنه قال: قال صلى الله عليه وسلم: "فليتقين أحدكم النار ولو بشق تمرة"⁽¹⁵⁾، وقد يكون التبرع واجباً كبذل الطعام للمضطر، وكإعارة الحبل، لإنقاذ غريق⁽¹⁶⁾.

وللتبرع أنواع متعددة، كالهبة، والوصية، والوقف، والقرض، والعارية، والكفالة مع عدم الرجوع، وغير ذلك. وتتضح آثار هذا التقسيم من خلال ما قاله الزركشي، حيث اشترط أن يكون العوض في عقد من الطرفين -أو من أحدهما- معلوماً كثن المبيع، وعرض الأجرة ونحوهما⁽¹⁷⁾، وأما عقود التبرع فلأنه لا عوض فيها، فإنه يُغتفر فيها الغرر والجهالة اليسيرة؛ لأنها مبنية على اليسر والتوسعة⁽¹⁸⁾.

(12) ينظر: المصباح المنير: أحمد بن محمد المقرئ الفيومي، مادة (برع) ص44، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف القاهرة، ومعجم المصطلحات الفقهية: جرجس جرس، ص111، الشركة العالمية للكتاب، بيروت.

(13) الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية، 65/10، 2007م، ومعجم المصطلحات الاقتصادية: د: نزيه حماد، ص90، 1993م، المعهد العالي للفكر الإسلامي.

(14) سورة البقرة: الآية (245).

(15) صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، 109-108/2، كتاب الزكاة، باب الصدقة قبل الرد، حديث رقم (1413)، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت.

(16) ينظر دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية: بيت التمويل الكويتي، ص59، ط1، 1412هـ، الكويت.

(17) ينظر القواعد في الفقه الإسلامي: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ص74، دار الفكر، بيروت.

(18) ينظر الفروق: أحمد بن إدريس القرافي، 151/1، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، 1344هـ، دار إحياء الكتب العربية.

وهناك عقود تعد تبرعاً في الابتداء، لكنها معاوضة في الانتهاء كعقد القرض؛ فإن المقرض متبرع عند الإقراض، لكنه عند رجوعه على المقرض بمثل ما أخذ يؤول إلى المعاوضة، وكذلك عقد الكفالة بأمر الدين؛ فإنه تبرع في الابتداء، حينما يلزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن، ورجع على المدين بمثل ما دفعه، فإن الكفالة عندئذٍ تصبح عقد معاوضة⁽¹⁹⁾.

وتتفق التبرعات مع المعاوضات في كونها تفيد شيئاً واحداً، وهو التمليك، فعقود المعاوضات تنتج تمليك البدل، وعقود التبرعات تنتج ما تم عليه التبرع، ولذا يمكن جمع المعاوضات والتبرعات في مجموعة واحدة يطلق عليها التمليكات، لكن التبرعات أهم من المعاوضات في نظر الشارع؛ لأن فيها ما يشجع عليه الشارع من البر والمعروف والإحسان، وتختص التبرعات بالخصائص الآتية:

1. إذا كانت المعاوضات تقوم على أساس التشحيح؛ فإن التبرعات تقوم على أساس المسامحة، ومن هنا جاء التخفيف فيها من الشارع في القيود والضوابط.
2. إذا كانت المعاوضات تفسد بكل من الغرر الكبير والجهالة الفاحشة؛ فإن التبرعات لا تفسد بهما؛ لأنه يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.
3. التبرع لا يوجب ضماناً على المتبرع للمتبرع له.
4. إذا كانت المعاوضات تتم بدون قبض العوضين، فإن التبرعات لا تتم إلا بالقبض، وبالنظر إلى هذا الأصل، يعتبر تسليم العين في الهبة أو الإعارة أو الإيداع عنصراً متمماً لانعقاد العقد، لا مجرد تنفيذ له، ولذلك يطلق عليها العقود العينية؛ لأنه لا يتم عقدها إلا بتسليم العين وليس بمجرد صدور الإيجاب والقبول⁽²⁰⁾. قال السرخسي: "الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا"⁽²¹⁾، أي أن الملك للمتبرع له لا يتحقق إلا بالقبض.

(19) ينظر: الموسوعة الفقهية: 235/3، ونظرية القرض في الفقه الإسلامي: د. أحمد أسعد محمود الحاج، ص 91-92، ط 1، 2008م، دار النفائس، عمان الأردن.

(20) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية: د. محمد عثمان شبير، ص 47، ط 1، 1423 هـ، 2004م، دار النفائس، عمان- الأردن.

ثانياً. الهبة:

1. تعريفها:

الهبة لغة العَطِيَّة بلا عوض، وَتَهَبْتُ الهبة: قَبَلْتُهَا، واستوهبْتُها: سألْتُها، وتواهبُوا: وهب بعضهم لبعض⁽²²⁾، واختلفت تعريف الفقهاء للهبة في ألفاظها؛ لكنها تتحد في المعنى، من ذلك أن الهبة "عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً"⁽²³⁾، ومعناها كذلك "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه"⁽²⁴⁾، موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً"⁽²⁵⁾.

ولعل من المفيد، الوقوف على بعض القيود التي جاء ذكرها في هذا التعريف، ليكون مانعاً من دخول أي معنى آخر غير مراد، من ذلك ذكر أصحاب هذا التعريف لكلمة "تمليك" لإخراج العارية، وذكرهم للفظ "المال"؛ لإخراج ما ليس بمال، كثمر الخمر والخنزير والكلب، وذكر "المقدور على تسليمه" لإخراج الحمل والطير في الهواء والسمك في الماء، وذكر مصطلح "غير الواجب" احترازاً من الديون والنفقات، وذكر مصطلح "الحياة" لإخراج الوصية، ومصطلح "بلا عوض" لإخراج عقود المعاوضات.

2. مشروعية عقد الهبة:

الهبة مشروعة بنص الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾⁽²⁶⁾، بل نذب الشرع الحكيم إلى الهبة بجميع أنواعها، قال تعالى: ﴿فَإِنْ طُبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽²⁷⁾، وروى مالك عن عطاء بن

(21) المبسوط: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، 57/12، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.

(22) المصباح المنير: مادة (وهب) ص 673-674.

(23) ينظر: اللباب في شرح الكتاب، 92/2، وحاشية رد المختار 534/12، ومغنى المحتاج 559/3.

(24) كان اختلط بمال آخر فوهب أحدهما الآخر ماله.

(25) مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، 377/4، ط2، 1994م، المكتب الإسلامي، وكشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، 298/4، دار الكتب العلمية.

(26) سورة البقرة: الآية (176).

(27) سورة النساء: الآية (4).

عبدالله الخرساني قال: قال ﷺ: "تَهَادُوا تَحَابُّوا"⁽²⁸⁾، وعن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال: "يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن⁽²⁹⁾ شاة"⁽³⁰⁾، وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "أربعون خصلة أعلاهن منيحة العنز، ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها إلا أدخله الله بها الجنة"⁽³¹⁾، وعن زيد بن أسلم عن أبيه ؓ قال: سمعتُ عمر ؓ يقول: "حملتُ على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه، وظننتُ أنه يبيعه، برخص، فسألتُ النبي ﷺ فقال: لا تشتري، ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته كالعائد في قبئه"⁽³²⁾، وقد حمل بعض المالكية النهي على كراهة التنزيه، وحمله الباجي على التحريم، وهو الظاهر والأقوى، لتشبيهه العائد في الصدقة بأقبح صورة، وهي الكلب حينما يعود في قبئه⁽³³⁾.

3. أركان عقد الهبة:

اتفق الفقهاء على أن عقد الهبة لا يمكن تصوره ولا تحقيقه إلا إذا وُجد الطرفان؛ وهما الواهب والموهوب، والصيغة، والمحل وهو الشيء الموهوب، ولكنهم اختلفوا في جعل هذه الأمور كلها أركاناً لهذا العقد، فذهب الحنفية إلى القول بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول قياساً؛ لأنه عقد كالبيع⁽³⁴⁾، وأضاف بعضهم إليه ركناً آخر، وهو القبض، لأنه لا بد منه لثبوت الملك بخلاف البيع، وغيره من عقود المعاوضات⁽³⁵⁾، في حين نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم (837) على أنه "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالقبض"⁽³⁶⁾.

(28) رواه مالك مرسلاً عن عطاء الخرساني. موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس، 1334/1، حسن الخلق، ما جاء في المهاجرة، حديث رقم (3368)، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي.

(29) أي ظلفها، وهو في الأصل خف البعير فاستعير للشاة، الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي 6/5.

(30) صحيح البخاري، 153/3، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، حديث رقم (2566).

(31) المصدر السابق، 166/3، كتاب الهبة وفضلها، باب فضل المنيحة، حديث رقم (2631).

(32) صحيح البخاري، 127/2، كتاب الزكاة، باب هل يشتري الرجل صدقته، حديث رقم (1490).

(33) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، 112/4، دار الفكر.

(34) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبوبكر الكاساني، 115/6، دار الكتب العلمية، بيروت، وحاشية رد المختار 541، 550/4.

(35) ينظر المبسوط، 57/12، وينظر بدائع الصنائع، الموضع نفسه.

وينطلق الحنفية في قولهم هذا من أن طرفي عقد الهبة ومحلّه ليسوا من ماهية العقد، وإنما هم من لوازمه، فيلزم من وجود الإيجاب وجود موجب، وهو الواهب، ويلزم من وجود القبول وجود قابل، وهو الموهوب له، ويلزم من وجود الإيجاب والقبول مرتبطين وجود محل يظهر فيه هذا الارتباط⁽³⁷⁾، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الهبة أربعة؛ تتمثل في الواهب والموهوب له، والشيء الموهوب (محل العقد) والصيغة؛ لأن كل هذه الأمور - مع الصيغة - لابد منها في وجود العقد وتصوره⁽³⁸⁾، وتفصيل القول في هذه الأركان على النحو الآتي:

الركن الأول- الواهب (الطرف الأول):

وشروطه أن يكون صحيحاً، رشيداً، طائعاً، غير مكره، ولا محجور عليه، ولا مرتدّاً، فمن كان ليس أهلاً للتبرع، كالصبي والمجنون والسكران والمحجور عليه لسوء تصرف، فهبته باطلة، ولو أجازها وليه؛ لأن ولايته مشروطة بما فيه منفعة لهم، وانتفاء الضرر عنهم، فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الهبة بشرط العوض عندهما تبرع ابتداءً، أي قبل القبض، ثم تصير بيعاً انتهاءً، أي بعد القبض، والأب لا يملك التبرع.

في حين ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى القول بأنه تجوز الهبة من الأب بشرط العوض، لأن ذلك في معنى البيع، والعبرة باتفاق المعنى، ومن كان مرتدّاً، فلا تصح هبته؛ لأن ماله فيء، فهو غير مالك، أما من كان مريضاً على فراش الموت، فله الحق في هبة ثلث ماله، وما زاد على ذلك، فلا يصح إلا بإجازة الورثة، وكذلك المدين الذي أحاط الدين بماله،

(36) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ص162، المادة رقم (837)، تحقيق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كراخانة تجارت كتب، كراتشي.

(37) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات المالية: د. محمد عثمان شبير، ص210-211.

(38) ينظر القوانين الفقهية، محمد بن أحمد جزي، ص295، تحقيق: عبدالله المنشاوي 1426هـ - 2005م، دار الحديث، القاهرة؛ وحاشية الدسوقي 97/4؛ وروضة الطالبين، 365/5، وشرح زاد المستتفع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، 251/4، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية.

فيتم الحجر عليه صيانة لحقوق الغرماء⁽³⁹⁾، فلا يجوز له التبرع إلا بإذنهم؛ لأن تبرعه قد يضر بحقوقهم المستقرة في ذمته.

الركن الثاني- الموهوب له (الطرف الثاني):

ويشترط فيه أن يكون من أهل التملك، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً؛ موجوداً أو سيوجد، كمن سيولد عما قريب، ولا يشترط في الموهوب له أن يكون مسلماً، إذ تجوز الهبة لغير المسلم؛ لقوله تعالى ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾⁽⁴⁰⁾، ومن المعلوم أن الأسير لا يكون إلا مشركاً.

الركن الثالث- الشيء الموهوب (محل العقد): ويشترط فيه:

الشرط الأول: أن يكون مما يُنتفع به شرعاً حال السعة والاختيار⁽⁴¹⁾ من غير ضرورة أو حاجة⁽⁴²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكاً في نفسه، إذ لا تتعد هبة المباحات⁽⁴³⁾.

الشرط الثالث- أن يكون موجوداً وقت الهبة: حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بعدم انعقاد هبة ما ليس موجوداً وقت العقد؛ لأنه غرر⁽⁴⁴⁾، كأن يهب شخص ثمار أشجاره أو ما تلده بقرته هذا العام، فالعقد في هذه الحال باطل، لأنه بُنيَ على تمليك لمعدوم، ولو مكن الواهب الموهوب له من القبض عند نضج الثمار أو ولادة العجل؛ لاحتمال الوجود والعدم، فانتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن، وقد يولد العجل حياً أو ميتاً، وقد ينضج الثمر أو يتضرر بسبب آفة من الآفات.

(39) الغرماء جمع غريم، وهو المدين. (المصباح المنير: مادة غرل، ص446)

(40) سورة الإنسان: الآية (8).

(41) وما يباح حال السعة والاختيار لا شك أنه من الطيبات، بخلاف ما يباح حال الضرورة والحاجة كالميتة والخنزير والدم وصيد الحرم والإحرام وغير ذلك.

(42) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات المالية: ص87.

(43) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 14/5.

(44) ينظر المبسوط، 85/12؛ والهداية شرح بداية المبتدي: برهان الدين علي بن أبي بكر عبدالجليل المرغيناني، 249/2، دار الفكر، القاهرة، وبدائع الصنائع: 119/6، وحاشية رد المحتار 539/12 ومغنى المحتار 563/3، والمغني: 26/5.

ويستنتج من ذلك أن كل ما صح بيعه صحت هبته لدى الحنفية والشافعية والحنابلة، بينما يرى المالكية جواز هبة ما لا يصح بيعه من جهة الغرر، مجهولاً كان، أو مغضوباً، أو معدوماً متوقع الوجود، كالبعير الشارد في الصحراء⁽⁴⁵⁾، والحري بالتقرير أن الشروط الثلاثة الأولى جميعها شروط انعقاد.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكاً للواهب، أو مما يجوز له التصرف فيه بمقتضى الوكالة في تسليم الهبة، أما من لا يملك ولاية التصرف كالغائب والفضولي فلا تصح هبتهما. وقد اختلف الفقهاء في صحة التصرفات والعقود التي يبرمها الفضولي على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وأحمد في رواية⁽⁴⁶⁾ إلى أن العقود التي يبرمها الفضولي تقع صحيحة، لكنها تتوقف على إجازة صاحب الشأن (المالك)، فإن أجازها نفذت، وإلا فلا، وتعد عقودهم في هذه الحالة باطلة، ويستنتي المالكية من صحة تصرفات الفضولي وإيقافها على إجازة من يملك التصرف كلاً من الهبة والوقف والصدقة والعق، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً⁽⁴⁷⁾.

الثاني: ذهب الشافعية ومالك في رواية وأحمد في رواية كذلك عنه⁽⁴⁸⁾ إلى القول بأن العقود التي يبرمها الفضولي تقع باطلة لا تصح، ولو أجازها صاحب الشأن (المالك). ويرجع منشأ الاختلاف بين الرأيين إلى التساؤل هل الإجازة اللاحقة كالإذن السابق؟ وإلى اختلاف ظاهر الأحاديث الواردة في المسألة. وقد استدلل القائلون بصحة العقود التي يبرمها الفضولي بالأدلة الآتية:

(45) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد، 534/2، ط1، 1989م، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة؛ والقوانين الفقهية: ص295.

(46) ينظر بدائع الصنائع: 177/4، 135/5، 147، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، 164/6، ط2، دار الكتاب الإسلامي، والمغني، 187/4.

(47) ينظر حاشية الدسوقي، 98/4.

(48) ينظر مغنى المحتاج: 351/2، وكشاف القناع: 488/3.

الأول: ما روي عن عروة البارقي رضي الله عنه قال: "دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداها بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك"⁽⁴⁹⁾، فباع عروة الشاة الثانية دون وكالة، وأجازه الرسول ﷺ على ذلك.

الثاني: يصح تعاقد الفضولي إذا كان يتمتع بالأهلية، لأن هذا التعاقد قد يكون فيه منفعة للمالك، فإذا أبطلناه فوتنا عليه تلك المنفعة، فيترك له أمر إنفاذه⁽⁵⁰⁾.
واستدل القائلون بعدم صحة العقود التي يبرمها الفضولي بالأدلة الآتية:

الأول: ما روي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: "يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع؟ قال: لا تبع ما ليس عندك"⁽⁵¹⁾، وليس أدل على حرمة بيع مالا يملكه البائع، وهو لا يتمتع بولاية تبيح له التصرف، من هذا الحديث.

الثاني: لا يتمتع الفضولي حال إبرام العقد بالولاية الذاتية أو غير الذاتية الناشئة بموجب الشرع أو الاتفاق، فكان تصرفه باطلاً⁽⁵²⁾، لعدم تمتعه بولاية التصرف.

والراجح عندي ما ذهب إليه المالكية من أصحاب الرأي الأول، وهو عدم صحة تصرفات الفضولي في الهبة والوقف والصدقة والعق؛ لعدم وجود أي مصلحة مادية تنتظر من الحكم بالصحة ابتداء على هذه العقود الأربعة، وإرجاء نفاذها إلى إجازة من يملك التصرف فيه، في حين أتفق مع أصحاب هذا الرأي في القول بصحة تصرفات الفضولي في

(49) جامع الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، 236/2، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ حديث رقم (1258)، دار الغرب الإسلامي، 1998م.

(50) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات: ص236.

(51) جامع الترمذي، 514/2، أبواب البيع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (1232).

(52) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات: ص236.

غير هذه العقود الأربعة، كعقد البيع والإجارة وغيره من عقود المعاوضات، مع توقف نفاذها إلى حين إجازة من يملك التصرف، فإذا أجازته فإنه يكون نافذاً من تاريخ انعقاده، لا من وقت الإجازة؛ لأن الفضولي في الغالب يقصد من وراء تصرفه العون لمن يعقد له، لكن قد يخطئ الظن فيما يراه حسناً، في حين يراه المعقود له سيئاً، ولذا كان موقوفاً على إجازته، وعليه فإن هذا الشرط هو شرط انعقاد في الهبة والوقف والصدقة والعتق، وشرط نفاذ في غيرها من عقود المعاوضات المالية كعقد البيع والإجارة.

الشرط الخامس: أن يكون محرراً "أي مفرزاً"، وهذا شرط صحة لدى الحنفية (53)، إذ لا تصح عندهم هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة كالبيت الكبير (54)، في حين ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن هبة المشاع جائزة كالبيع (55)، ويرجع منشأ الاختلاف بين الفريقين إلى: هل يمنع الشيوع في الموهوب من القبض أم لا؟ فمن قال بأن الشيوع في الموهوب يمنع من القبض، ذهب إلى عدم صحة هبة المشاع، ومن قال بأن الشيوع في الموهوب لا يمنع من القبض ذهب إلى القول بأن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع، وصفته: أن يسلم الواهب جميع الشيء إلى الموهوب له، فيستوفي منه حقه، ويكون نصيب شريكه في يده كالوديعة. وقد استدل القائلون بعدم صحة المشاع بقولهم: إن القبض في الهبة شرط كالرهن، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن التصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى

(53) ينظر: المبسوط، 82/12، وبدائع الصنائع: 119/6، والهداية، 248/2؛ وحاشية رد المحتار، 539/12.

(54) وتجوز الهبة عند الحنفية إذا كان مشاعاً لا يحتمل القسمة، كالسيارة والحمام والبيت الصغير والجوهر، وجواز الهبة للضرورة؛ لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك، ويُكتفى بصورة التولية مقام القبض. والضابط فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها: أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاناً في ماليته؛ يكون مما لا يحتمل القسمة، وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها. ينظر رد المحتار على الدر المختار: 561/12.

(55) ينظر: القوانين الفقهية: ص 295، وبداية المجتهد 534/2، والمهذب فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، 333/2، دار الكتب العلمية، والمجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: يحيى بن شرف النووي، 375/15، دار الفكر، والمغنى: 45/6، والفقه الإسلامي وأدلته: 15/5.

نصف الدار شائعاً محالاً، ولا يتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل، والعقد لم يتناول كل البيت، فعدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وتاممه⁽⁵⁶⁾.

واستدل القائلون بصحة وجواز هبة المشاع على ذلك بحديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: "كنا مع رسول الله ﷺ بحنين، فلما أصاب من هوازن ما أصاب من أموالهم وسباياهم، أدركهم وفد هوازن بالجعرانة، وقد أسلموا، فقالوا يا رسول الله: أمن علينا، من الله عليك، فقال ﷺ: نساؤكم وأبناؤكم أحب إليكم أم أموالكم؟ فقالوا: يا رسول الله خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا، بل أبناؤنا ونساؤنا أحب إلينا، فقال ﷺ: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم"⁽⁵⁷⁾، وهذا الصنيع من رسول الله ﷺ لا شك أنه من هبة المشاع، فدل ذلك على جواز هذا النوع من الهبات.

الشرط السادس: ألا يكون الموهوب مشغولاً بغيره، وهو شرط صحة في القبض عند الحنفية⁽⁵⁸⁾؛ لأن شغل محل الهبة (الموهوب) بغيره يمنع من تحقق القبض، وهو التمكن من التصرف في المقبوض⁽⁵⁹⁾، وتأسيساً على ذلك لو وهب رجل أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع، أو زرعاً دون الأرض، أو وهب داراً فيها متاع للواهب، أو دابة عليها حمل للواهب دون الحمل، وقبض الموهوب فإن ذلك لا يجوز؛ لأن عقد الهبة على هذا الوجه يشوبه الفساد، ولا يترتب عليه انتقال الملك عن الواهب إلى الموهوب له؛ لأن الموهوب مشغول بغيره، فيكون بمنزلة هبة المشاع، فلو ميز الموهوب عن غيره بحصاد الزرع، وأخذ المتاع من الدار أو الحمل من على ظهر الدابة، وسلم الموهوب وحده، جازت الهبة، لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك قد زال⁽⁶⁰⁾.

(56) ينظر رد المحتار: 560/12؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته: 14/5.

(57) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، محمود بن أحمد الغيتاني بدر الدين العيني، 136/12، باب إذا وهب شيئاً لوكيل أو شفيع قوم، جاز، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(58) بينما يرى مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور صحة ذلك؛ لأن القبض في الهبة يصح كالقبض في البيع (ينظر الشرط الخامس).

(59) ينظر المبسوط، 84-83/12، وبدائع الصنائع: 125/6، وحاشية رد المحتار: 555/12، والفقهاء الإسلامي وأدلته: 17/5.

(60) ينظر بدائع الصنائع، 125/6؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته: 17/5.

الشرط السابع- قبض الموهوب: حيث اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الهبة إلى ثلاثة آراء، فذهب الحنفية والشافعية إلى القول بأن القبض شرط للزوم الهبة، حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض⁽⁶¹⁾، وذهب الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد إلى القول بأن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم، وهذا ما يفهم من قول ابن قدامة: "إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر العلماء، أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه"⁽⁶²⁾.

بينما لا يشترط المالكية القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط عندهم لتمامها وكمال فائدتها، وبناء على ذلك فإن الموهوب تنتقل ملكيته من الواهب إلى الموهوب له بمجرد العقد، ويشترط القبض فقط لإتمام الهبة، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب⁽⁶³⁾.

ويستنتج من ذلك كله أن الموهوب عند المالكية يملك بالعقد، في حين يملك عند غيرهم بالقبض لا بغيره، ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الآتي:

أ- هل الهبة تشبه البيع وغيره من عقود التملكيات أم لا؟ فمن شبهها بالبيع قال بعدم اشتراط القبض لصحتها، ومن لم يشبهها به قال بأنها عقد لا يصح بالقبض.

ب- اختلافهم في الأخذ بالآثار الواردة في هذه المسألة.

وقد استدل القائلون باشتراط القبض للزوم الهبة بالآتي:

1. ما ثبت أن النبي ﷺ قال: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"⁽⁶⁴⁾.

(61) ينظر رد المحتار: 539/12 ومغني المحتاج: 400/2.

(62) ينظر المغني: 44/6.

(63) ينظر بداية المجتهد: 534/2-535؛ وحاشية الدسوقي: 101/4.

(64) قال الزيلعي: حديث غريب رواه عبدالرزاق من قول النخعي (نصب الراية: عبدالله بن يوسف الزيلعي، 121/4، كتاب الهبة).

2. ما روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها قال لها: "إني أهديت إلى النجاشي أواقيا من مسك وحُلّة، وإنني لا أراه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد، فإذا رُدّت إليّ فهو لك أم لكم؟ فكما كان قال هلك النجاشي، فلما ردت إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك وأعطى سائرهم أم سلمة وأعطاهما الحُلّة" (65).

3. روى مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: "إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحدٌ أحب إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحلّك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جدّتيه واحترتيه كان لك، وإنما هو اليوم مالٌ وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية" (66)، فقله: "لو كنت جدّتيه واحترتيه، كان لك" فيه دلالة على أن الهبة عقد إرفاق وتبرع كالقرض، فلا يملك إلا بالقبض وأن القبض شرط للزومها.

4. عن عبدالرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "ما بال رجال يَنحَلون أبناءهم نُحلاً، ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم، قال: ما لي بيدي، لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة" (67) فلم يحزها الذي نُحِلها -وأبقاها- حتى تكون إن مات لورثته، فهي باطل" (68).

(65) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. المستدرک علی الصحیحین، الحاكم النيسابوري: باب أما حديث سالم، المستدرک، 205/2،

حديث رقم (2766) دار المعرفة، بيروت.

(66) موطأ الإمام مالك: 1089/1، كتاب الأفضية، ما لا يجوز في النحل، حديث رقم (2783).

(67) النحلة: الهبة والعطية من غير عوض.

(68) موطأ مالك، 1090/1، كتاب الأفضية، ما لا يجوز في النحل، حديث رقم (2784).

5. أجمع الصحابة على اشتراط القبض في الهبة؛ وعلى رأسهم أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، إذ يرى جميعهم أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة⁽⁶⁹⁾.
6. لو صحت الهبة من دون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع⁽⁷⁰⁾.
- أما القائلون بأن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون دون غيره بإجماع الصحابة فاستدلوا بأن غير المكيل والموزون لا يشترط في هبته القبض؛ بل تلزم الهبة فيه بالعقد بما روى عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالاً: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض"⁽⁷¹⁾.
- أما من لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها -المالكية- فاستدل بما يلي:
1. أن النبي ﷺ قال: "العائد في هبته كالعائد في قبئه"⁽⁷²⁾.
 2. استدل المالكية على ذلك أيضاً بالأثر السابق المروي عن سيدنا علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما.
 3. استدلوا على عدم اشتراط القبض في صحة الهبة بقياسها على البيع وغيره من التملكيات⁽⁷³⁾ التي تنتقل ملكيتها من أحد الطرفين إلى الآخر بمجرد العقد.
 4. يترتب على عقد الهبة إزالة ملك بغير عوض، فيلزم بمجرد العقد؛ لأنه عقد لازم ينقل الملك، فلا يتوقف لزومه على القبض كالبيع⁽⁷⁴⁾.

(69) ينظر المبسوط، 57/12 والبدائع 123/6، والفقه الإسلامي وأدلته 20/5.

(70) ينظر بدائع الصنائع: 123/6، والمعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: د. أختار زيتي بنت عبد العزيز، ص 329، 2008م، دار الفكر، دمشق.

(71) المغنى: 44/6.

(72) سبق تخريجه في ص 52 من البحث.

(73) ينظر بداية المجتهد: 534/2-535؛ وحاشية الدسوقي 101/4.

(74) ينظر بداية المجتهد: الموضع نفسه.

وبعد ذكر الأدلة الواردة في المسألة يتراءى للباحث رجحان الرأي القائل باشتراط القبض في الهبة، لقوة الأدلة الواردة في ذلك من جهة، وإجماع الصحابة من جهة أخرى.

الشرط الثامن- أن يكون القبض بإذن الواهب: وقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط، حيث ذهب الجمهور إلى القول بأنه يشترط لصحة القبض أن يكون بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذن دخل في ضمانه، ولكنه لم يملكه؛ لأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه، ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع، ففي الهبة من باب أولى؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها بعكس البيع.

غير أن الحنفية ينظرون إلى هذه المسألة من جهة القياس والاستحسان معاً؛ فأما من جهة القياس فلا يجوز عندهم قبض الهبة إلا بإذن الواهب، سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق؛ لأن القبض تصرف في ملك الواهب، وأما من جهة الاستحسان فإن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب، جاز له ذلك استحساناً؛ لأن الإيجاب فيه دلالة على الإذن بالقبض، فالإذن بالقبض وجد بطريق الدلالة، أما بعد الافتراق عن المجلس فالقياس أنه لا يجوز له ذلك؛ لأن القبض بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم، فكما لا يجوز القبول بعد الافتراق عن مجلس العقد، فإنه لا يجوز القبول بعد الافتراق، لعدم اتصال الإيجاب بالقبول، بينما يرى المالكية في اتجاه آخر أن القبض يصح، ولو بلا إذن من الواهب؛ بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، إذ يجبر الواهب لديهم على تمكين الموهوب من القبض إذا طلبه؛ لأن الهبة تملك بالإيجاب على المشهور عندهم.

الركن الرابع- الصيغة:

هي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل، بقصد التملك بغير عوض، سواء أكان القول صريحاً، مثل أن يقول الواهب: وهبت هذا الشيء لك، أم ما يجري مجرى الصريح

كقوله: جعلته لك، أم هو لك، أو خذه ونحوه⁽⁷⁵⁾، أم كان فعلاً مقروناً بقريضة تدل على التملك، كمنأولة الأب ابنه مفتاح سيارة عند نجاحه أو حفظه للقرآن الكريم، فيعد ذلك هبة انتقلت بها ملكية السيارة من الأب إلى ابنه، إلا إذا صدر عن الأب ما يدل على أنه يقصد بذلك العارية لا الهبة، وكل هذه الصيغ تكون في الإيجاب المطلق، أما إذا اقترن الإيجاب بعوامل أخرى كالوقت أو الشرط أو المنفعة، فيترتب على الاقتران المسألتان الشرعيتان الآتيتان:

المسألة الأولى- اقتران الإيجاب بالوقت "العمرى":

وتتلخص في أن يقول أحد الطرفين للآخر: "جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك، فإذا متُّ أنا فهي رد علي ورثتي" وهو ما يسمى لدى الفقهاء بالعمرى، فالعمرى إذاً هي إحدى صور الهبة⁽⁷⁶⁾، ولئن اتفق الفقهاء على صحتها وجوازها، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "العمرى جائزة"⁽⁷⁷⁾، لكنهم اختلفوا في هل تستقر في ملك المعمر له أم أنه ليس للمعمر له فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت العمرى للمعمر أو إلى ورثته بعد وفاته؟ فذهب الجمهور إلى القول بأن العمرى كالهبة، يملكها المعمر له في حياته، ويملكها ورثته بعد وفاته، فلا ترجع للمعمر ولا لورثته أبداً⁽⁷⁸⁾، وذهب المالكية إلى القول بأن حكمها النذب، وهي عندهم لا تتعدى كونها تملك منفعة بلا عوض مدة حياة المعمر له، ثم ترجع للمعمر أو وارثه بعد موت المعمر له.

ويرجع سبب اختلافهم في المسألة -كما يقول ابن رشد- إلى اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للمرويات⁽⁷⁹⁾ الواردة في المسألة، فمن غلبها -أي الروايات- قال بحديث أبي

(75) ينظر تبين المسالك: عبد العزيز حمد آل مبارك الإحساني شرح محمد الشنقيطي، 279/4، ط2، 1995م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس الرملي، 406/5، 1984م، دار الفكر، بيروت، والمبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن مفلح، 192/5، ط1، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت.

(76) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 8/5.

(77) سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، 317/3، كتاب الإجارة، باب في العمرة، دار الكتاب العربي، بيروت، وتبيين المسالك: 297/4.

(78) ينظر بدائع الصنائع: 116/6، ومغنى المحتاج: 562/3، والمغنى: 70/6.

(79) ينظر بداية المجتهد: 538/2.

الزبير عن جابر، وحديث مالك عن جابر، وهو كونها هبة مبتوتة لا ترجع للمعمر، ولا لورثته من بعده، ومن غلب الشرط، "وهو شرط الواهب رد العمرى إلى ورثته بعد موت الموهوب له"، قال بأنه ليس المعمر له فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته من بعده⁽⁸⁰⁾، واستدل القائلون بعدم رجوع العمرى إلى الواهب "المعمر" بالآتي:

1. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي أعطى، لا ترجع إلى الذي أعطاه؛ لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث"⁽⁸¹⁾.
 2. إذا وقع الإيجاب مقترناً بقرينة الوقت في عقد الهبة، صح التملك وبطل التوقيت؛ لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بخلاف عقود المعاوضات المالية فإنها تفسد بالشرط الفاسد⁽⁸²⁾.
 3. خروج العمرى من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، ترتب عليه تعلق هذا العطاء بذمة طرف ثالث، وهو ورثة الموهوب له بعد موت مورثهم، الأمر الذي يتعذر معها رجوعها إلى المعمر، "لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث"⁽⁸³⁾.
- بينما استدل القائلون برجوع العمرى إلى المعمر بعمل أهل المدينة، ففي الموطأ: "عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، والقاسم قد أدرك جماعة من الصحابة وكبار التابعين، وقال مالك: الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أعمارها، إذا لم يقل هي لك ولعقبك"⁽⁸⁴⁾، بل ذهب ابن عبد البر إلى أبعد من ذلك، حيث قال: "وكذلك إذا قال: هي لك ولعقبك، ترجع إلى صاحبها أيضاً بعد انقراض عقب

(80) ينظر المصدر نفسه: الموضع نفسه.

(81) صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري 67/5، كتاب الهبات، باب العمرى، دار الجيل، بيروت.

(82) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 9-8/5.

(83) تبين المسالك: 298/4.

(84) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبدالله بن عبد البر، 114/7، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبدالكبير البكري،

1387 هـ وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.

المعمر، لأنه على شرطه في عقب المعمر، كما هو على شرطه في المعمر، ورقبتها عند مالك وأصحابه على ملك صاحبها أبداً⁽⁸⁵⁾.

ولا أدل على أن القول برجوع العمرى إلى ملك المعمر هو ما عليه عمل أهل المدينة من أن قضاتهم ما انفكوا عن القضاء في المسائل التي تنتظر أمامهم بهذه الفتوى، وعزوفهم عن الأخذ بحديث ابن شهاب الوارد في المسألة، حيث جاء في خزانة الفقه المالكي الموسوم بتبيين المسالك: "قال مالك: رأيت عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم يعتب أخاه محمداً، ومحمد يومئذ قاض؛ مَالِكٌ لا تقضي في العمرى بحديث ابن شهاب؟ قال: يا أخي، لم أجد العمل عليه، فقد أباه الناس، قال مالك: فليس العمل عليه، ووددت لو محي"⁽⁸⁶⁾، والراجح عندي قول الجمهور للحديث الصحيح الوارد في المسألة، لأنه لا اجتهد مع نص.

المسألة الثانية- اقتران الإيجاب بالشرط "الرُقْبَى":

والرُقْبَى هي أن يكون بين شخصين عقار، فيقول كل منهما للآخر: "إذا متُّ أولاً كان لك" أو يقول: "هذه الدار لك رقبى أو حبيسة"⁽⁸⁷⁾، أو يقولان: "من مات منا كانت حصته للآخر". وقد سميت بذلك لأن كلا منهما يترقب، وينتظر موت الآخر قبل موته⁽⁸⁸⁾.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الرقبى، فذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني وفقهاء المالكية إلى القول ببطلانها، حيث يرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن بأنه إذا قال لصاحبه: "هذه الدار لك رقبى"، فهي عارية في يده، ويأخذها منه متى شاء⁽⁸⁹⁾، بينما يرى المالكية أنها إذا أُطْلِعَ عليها قبل الموت، فُسِخَتْ، وإن لم يُطْلَعْ عليها إلا بعد الموت، رَجَعَتْ للموجب أو لوارثه ملكاً، يقول عبد الباقي الزرقاني: وإنما منع ذلك لخروجهما عن وجه المعروف إلى المخاطرة، فإن نزل ذلك، واطلع عليه قبل الموت فسُخ، وإن لم يطلع عليه إلا بعده رجعت له أو لوارثه

(85) المصدر نفسه: الموضع نفسه، وتبيين المسالك 298/4.

(86) تبيين المسالك، 299/4.

(87) ينظر الهداية: 254/2، وتبيين المسالك، 299/4؛ والفقه الإسلامي وأدلته، 9/5.

(88) ينظر المصباح المنير: (مادة رقب) ص 234.

(89) ينظر الهداية: 254/2، وتبيين المسالك: 299/4، والفقه الإسلامي وأدلته: 9/5.

ملكاً، ولا ترجع مراجع الأحباس؛ لأنه عقد باطل⁽⁹⁰⁾، وذهب أبو يوسف من الحنفية⁽⁹¹⁾، والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الرقبي جائزة، لا فرق بينها وبين العمرى في أنها كالهبة⁽⁹²⁾، ويرجع اختلافهم في حكم هبة الرقبي إلى نفس السبب الذي اختلفوا لأجله في حكم هبة العمرى؛ وهو اختلاف الآثار، ومعارضة شرط الواهب منهما للحديث الوارد في المسألة، وقد استدل القائلون ببطلان الرقبي وعدم جوازها بالآتي:

1. أن النبي ﷺ "أجاز العمرى ورد الرقبي"⁽⁹³⁾، ويعد هذا الحديث هو الأصل في بطلان الرقبي وعدم جوازها.
2. بطلان الرقبي وحرمتها جاء من جهة تعليق التمليك فيها بأمر على خطر الوجود وخطر العدم، والتمليكات لا تحتل التعليق بالخطر الاحتمالي المتردد بين الوجود وعدمه⁽⁹⁴⁾.
3. "لا تجوز الرقبي ولا تصح في مملك ولا حبس"⁽⁹⁵⁾؛ لأنها لا تقوم على المعروف والإحسان - وهو الأصل في الهبة - بل على المخاطرة والخسران. واستدل القائلون بجواز الرقبي بالآتي:

1. عن جابر بن عبد الله قال: قال ﷺ قال: "العمرى جائزة لأهلها، والرقبي جائزة لأهلها"⁽⁹⁶⁾.
2. تجوز هبة الرقبي قياساً على هبة العمرى.
3. قوله "هذه الدار لك" تمليك للعين لا تمليك للمنفعة⁽⁹⁷⁾.

(90) شرح الزرقاني علي خليل: عبد الباقي الزرقاني، 104/7، دار الفكر، بيروت.

(91) ينظر الهداية: 254/2.

(92) ينظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، 540-539/7، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد

عبد الموجود، ط1، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، والمبدع: 198/5.

(93) قال الزيلعي: غريب (نصب الراية: 128/4، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة).

(94) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 9/5.

(95) تبين المسالك: 299/4.

(96) قال الترمذي: هذا حديث حسن، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، 3/ 27-26، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في الرقبي، حديث

رقم (1351).

(97) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 10/5.

والراجح عندي رأي أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية، وهو القول ببطلان الرقبي؛ وذلك لما يأتي:

1. إن هذا الاشتراط في الهبة يخرجها من المعروف والإحسان إلى المخاطرة والغرر، فتكون باطلة، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر في العقود.
2. الهبة تمليك العين للحال، وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر، فيجب أن تكون الهبة مطلقة غير معقدة بحدوث شيء آخر في المستقبل⁽⁹⁸⁾.

المبحث الرابع

صفة حكم عقد الهبة

اختلف الفقهاء في صفة حكم عقد الهبة إلى ثلاثة آراء:
الرأي الأول: ويمثله الحنفية، الذين يقولون بعدم لزوم عقد الهبة، وأن ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، ومن ثم يصح الرجوع عليه وفسخ العقد من جهة الواهب، وإن تم القبض⁽⁹⁹⁾، ولكن صحة الرجوع في الهبة عند الحنفية مشروطة بعدم حصول مانع يمنع من الرجوع في الهبة، وفيما يلي ذكر هذه الموانع:

الأول: حصول زيادة متصلة في الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، مثل الغرس والبناء والسمن والجمال؛ "لأن الموهوب اختلط بغيره، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب؛ لأنه ليس بموهوب، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل بدون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلاً"⁽¹⁰⁰⁾.

(98) ينظر المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: ص330.

(99) ينظر بدائع الصنائع: 6/127.

(100) ينظر رد المحتار، 591/12، والاختيار لتعليل المختار، 62/3، والفقہ الإسلامي وأدلته: 32/5.

الثاني: موت أحد المتعاقدين؛ "لأن الملك انتقل إلى ورثته فصار كما إذا انتقل في حياته، وكذا إذا مات الواهب؛ لأن الملك ينتقل إلى وارثه، وهو أجنبي لم تحدث منه هبة" (101).

الثالث: العوض؛ لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الرجل أحق بهبته ما لم يُثَبِّ منها" (102)، وليس أول من هذا الحديث على أن الواهب أحق بهبته ما لم يأخذ عوضاً، وأن الرجوع في الهبة يصح ما لم يتقاض الواهب تعويضاً وإن تم القبض.

الرابع: خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له بأي سبب كان؛ كالبيع أو الهبة أو نحوهما؛ لأن الملك يختلف بهذه التصرفات، واختلاف الملكين كاختلاف العينين، فلو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى، فكذا إذا أوجب ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر (103).

الخامس: الزوجية، فلا يصح أن يرجع أحد الزوجين فيما وهبه لزوجه "لأن هذه الصلة تجري مجرى صلة القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال.

السادس: القرابة وصلة الرحم، "فلا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم؛ لأن هذه الصلة عوض معنوي، ولأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصر، وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان ذلك أقوى من المال.

السابع: الهبة إذا خرجت بمعنى الصدقة، فتكون من الغني للفقير، ويقصد بها الثواب من الله تعالى، فلا يصح الرجوع فيها بعد قبض الفقير لها (104).

الثامن: هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها، فإذا هلكت العين الموهوبة أو استهلكتها فلا سبيل إلى الرجوع في هبتها، أو المطالبة بقيمتها، إذ يُعَدُّ هلاك العين الموهوبة مانعاً يتعذر معه

(101) المرجع نفسه: 33/5 وينظر الاختيار: 62-63. وحاشية رد المحتار: 598/4.

(102) سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، 467/3، أبواب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، حديث رقم (2387)، ط1، 2009م، دار الرسالة العالمية.

(103) الفقه الإسلامي وأدلته: 32/5 بدائع الصنائع: 129/6، وحاشية رد المحتار: 609-608/12؛ والاختيار لتحليل المختار، 62/3. والمبسوط،

67/12.

(104) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 31/5.

الرجوع فيها من جهة المالك، كما يعد مانعاً من المطالبة بقيمتها؛ لأنها ليست مضمونة في ذمة الموهوب له⁽¹⁰⁵⁾.

ولئن صحّ فقهاء الحنفية الرجوع في الهبة حال انتفاء هذه الموانع، لكنهم يرون في ذلك الكراهة؛ لأنه من باب الدناءة، وترفضه الطباع السليمة، وباعتبار كراهة فسخ العقد والرجوع في الهبة من جهة الواهب، وأحقية الموهوب له في الامتناع عن الرد ابتداءً، فإنه لا يصح الرجوع إلا بتراضي الطرفين، أو بقضاء القاضي؛ لأن الرجوع فسخٌ بعد تمام العقد، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض، فالرجوع في الهبة بالتراضي يُعدُّ من الإقالة⁽¹⁰⁶⁾.

الرأي الثاني: ويمثله الشافعية والحنابلة، ويتلخص في أنه لا يحل للواهب أن يرجع في هبته، إلا الوالد فيما أعطى لولده، فإنه يجوز له دون غيره عند الحنابلة أن يرجع في هبته لابنه، بينما أجاز الشافعية ذلك للوالد وسائر الأصول وإن علت⁽¹⁰⁷⁾، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالآتي:

- أ- أن النبي ﷺ قال: "... فإن العائد في صدقته كالعائد في قبئه"⁽¹⁰⁸⁾.
- ب- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "ليس لنا مثل السوء: العائد في هبته، كالكلب يعود في قبئه"⁽¹⁰⁹⁾.
- ج- عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: "لا يحل لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده"⁽¹¹⁰⁾.

(105) المرجع نفسه: 33/5.

(106) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 26/5-27.

(107) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف النووي، 171/1، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، 2005م، دار الفكر، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: أبو يعلى محمد بن الفراء، 443-442/1، تحقيق: عبدالكريم بن محمد اللاحم، ط1، 1985م، مكتبة المعارف، الرياض.

(108) سبق تخريجه في ص10 من هذا البحث.

(109) جامع الترمذي، 569/2، أبواب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، حديث رقم (1298).

(110) المصدر السابق: 570/2، الباب نفسه.

وتعد هذه الأحاديث نصاً في عدم جواز الرجوع في الهبة، باستثناء الوالد فإنه يجوز له الرجوع في هبته لابنه لأي سبب كان، وليس أدل على عدم حل الرجوع في الهبة من تشبيهه ﷺ للعائد في هبته بالكلب الذي يعود في قيئه، لما في ذلك من منافاة للذوق والخلق الكريم.

الرأي الثالث: ويمثله المالكية، الذين يقولون بثبوت الملك في الهبة بمجرد العقد، وأن هذا العقد يصير لازماً بالقبض ومن ثم لا يجوز الرجوع⁽¹¹¹⁾ في الهبة بعد القبض لأي مسلم أو مسلمة، ولو كانوا أقارب، كالأجداد والأخوة، عدا الأب والأم، فإنه يجوز لهما الرجوع فيما أعطياه لابنهما، ما لم يترتب على ذلك حق للغير، كأن يتزوج امرأة أو يستحدث ديناً، إلى غير ذلك من القيود التي سيأتي ذكرها بعد قليل، لما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي ﷺ قال: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها، كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه"⁽¹¹²⁾.

صفة هبة الآباء والأمهات للأبناء:

هبة الآباء والأمهات للأبناء غير ملزمة، سواء قبل القبض أم بعده، ما لم يترتب على ذلك حق للغير، فالاعتصار أو الرجوع في الهبة جائز عند المالكية فيما يهبه الآباء والأمهات لأبنائهما، صغاراً كانوا أم كباراً؛ ولكن هذا الجواز مقيد بالقيود الآتية:

1. ألا يلتزم الابن لغيره التزامات مالية من أجل الهبة، كأن يتزوج أو يداينه الناس لأجلها، فإن كان متدايناً قبلها، أو متزوجاً قبلها، فلا يمنع ارتجاعها منه، لأنه لم يداينه الناس أو يزوجه من أجلها.

⁽¹¹¹⁾ يطلق المالكية على صورة الرجوع في الهبة مصطلح "الاعتصار في الهبة" ينظر: بداية المجتهد 534/2-539، والقوانين الفقهية: ص 315-

316.

⁽¹¹²⁾ سنن أبي داود، 315/3، كتاب الإجارة باب الرجوع في الهبة، حديث رقم (3539).

- وزوال النكاح أو الدين لا يبيح إرجاع الهبة من الموهوب له، فمن تداين أو نكح من أجل الهبة، ثم زال الدين أو النكاح فلا يحق إرجاع الهبة منه، لأن الدين والنكاح عامله الناس عليه، وترتب في ذمته، فزواله لا يعطي الحق للواهب في إرجاع الهبة.
2. عدم فوات الشيء الموهوب عند الموهوب له، كأن يتصرف فيه ببيع أو هبة أو صنعة، فإن فات فليس من حق الأب أو الأم ترجيعه واعتصامه.
3. ألا يشترط الواهب، سواء كان أباً أم أمّاً، على نفسه عدم الرجوع في الهبة، فإن شرط أحدهما ذلك على نفسه كانت الهبة في حقه لازمة، عملاً بمقتضى شرطه، فعن النبي ﷺ قال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً"⁽¹¹³⁾.
4. ألا يمرض الواهب أو الموهوب له بعد الهبة، فإن مرض الواهب فلا يحق له ارتجاع الهبة حال المرض؛ لأنه يُتَّهم بترجييعها لورثته لا لنفسه، وإن كان الموهوب له هو المريض فلا يجوز إرجاع الهبة منه، لتعلق حق ورثته بها، باستثناء حدوث الهبة حال مرض الواهب أو الموهوب له، فإنه يصح إرجاعها حال المرض، لأن صاحب المال وقت الهبة هو صاحبه وقت الترجيع، فلم يتغير المالك الحقيقي للمال الموهوب عن حاله الأول.
- كما يصح إرجاع الهبة كذلك حال زوال المرض، إذ لا محذور حينئذ من أخذ مال وارث، أو أخذه إلى وارث لا يستحقه، بخلاف زوال النكاح أو الدين، فإنه لا يبيح إرجاع الهبة من الموهوب له⁽¹¹⁴⁾؛ لما سبق ذكره في القيد الأول من هذه القيود⁽¹¹⁵⁾.
5. أن تكون الهبة مراداً بها ذات الولد، فإن كان مراداً بها الصدقة وثواب الآخرة، فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصار؛ إذ لا يجوز لمن تصدق بصدقة أن يملكها مرة أخرى اختياراً بوجه

⁽¹¹³⁾ قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. (جامع الترمذي، 27/3، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين

الناس، حديث رقم (1352).

⁽¹¹⁴⁾ ينظر الشرح الكبير 110/4.

⁽¹¹⁵⁾ ينظر ص 70 من البحث.

من وجوه التملك، كالشراء أو الهبة أو الهدية، لا من المتصدق عليه، ولا من غيره، سواء كانت الصدقة زكاة واجبة أو صدقة تطوع⁽¹¹⁶⁾.

ويستدل على ذلك بما سبق ذكره مما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أراد شراء فرس تصدق بها، فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال له: "لا تشتتر ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن مثل العائد في صدقته كالعائد في قيئه"⁽¹¹⁷⁾، بخلاف رجوع الصدقة إلى المتصدق جبراً، كأيلولتها إليه بطريق الإرث، فإن ذلك جائز شرعاً ولا حرج فيه.

التسوية بين الأبناء في العطايا والهبات:

اختلف الفقهاء في حكم التسوية بين الأبناء في الهبات وغيرها من ألوان المعاملات الأخرى إلى رأيين:

الأول: ويمثله الإمام أحمد بن حنبل وبعض علماء المالكية، ويتلخص هذا الرأي في أنه يجب على الوالدين أن يعدلوا بين أبنائهم في الهبات وغيرها من ألوان المعاملات الأخرى؛ بل شدد بعض أهل العلم على أن يسوي بينهم حتى في الملاطفة والقبلة⁽¹¹⁸⁾.

الثاني: ويمثله جمهور العلماء الذين يرون أن التسوية بين الأبناء غير واجبة، فإن وقع تفضيل بين الأبناء صح مع الكراهة⁽¹¹⁹⁾.

جاء في بدائع الصنائع: "ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، لا حق لأحد فيه، إلا أنه لا يكون عدلاً، سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا"⁽¹²⁰⁾، لذا يستحب لدى أصحاب هذا الرأي

(116) ينظر تبين المسالك، 292/4.

(117) سبق تخريجه ص 51 من البحث.

(118) ينظر: بداية المجتهد، 533/2، و الفروع: محمد بن مفلح المقدسي، 413-412/7، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1، 2003م، مؤسسة الرسالة.

(119) ينظر بدائع الصنائع: 127/6، وتبيين المسالك: 293/4، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن حجر الهيتمي، 307/6، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، 1983م.

(120) وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطي المتأدبين والمنفقيين دون الفسقة الفجرة. بدائع الصنائع، 127/6.

الرجوع إلى العدل بين الأبناء، ولكنهم اختلفوا في الكيفية التي يتحقق بها ذلك العدل الذي أمرنا الله تعالى به، وبيان ذلك ما يأتي:

الطريقة الأولى: منح الأبناء على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين.

الطريقة الثانية: التسوية بينهم في العطية، ولا يفضل الذكر على الأنثى (121).

ويرجع سبب الاختلاف في المسألة إلى اختلاف الفقهاء في الأمر بالعدل في قوله ﷺ: "اتقوا الله واعدلوا في أولادكم"، فمن رأى بأن الأمر في الحديث يفيد الوجوب قال بوجوب التسوية بين الأبناء، ومن حمّله على النّدب قال بصحة ذلك مع الكراهة، وقد استدل القائلون بوجوب التسوية بين الأولاد في العطايا والهبات بأدلة منها:

1. قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (122)، إذ تدخل التسوية بين الأبناء في الهبات في عموم الأمر بالعدل والإحسان الذي أمرنا الله تعالى به في هذه الآية الكريمة.
2. عن النعمان بن بشير الأنصاري: أن أمّه ابنة رواحة سألت أباه بعض الموهبة من ماله لابنها، فالتوى بها سنة، ثم بدا له فوهبها له، فقالت: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أم هذا ابنة رواحة، قاتلتنني على الذي وهبت له، فقال ﷺ: "يا بشير ألك ولد سوى هذا؟ قال: نعم، فقال ﷺ: أفكلهم وهبت لهم مثل الذي وهبت لابنك هذا؟ قال: لا، قال ﷺ: فلا تشهدني إذاً، فإني لا أشهد على جورٍ" (123).

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر بالعدل بين الأبناء في الحديث يفيد وجوب التسوية بينهم في العطايا والهبات وغير ذلك من المعاملات داخل الأسرة الواحدة.

2. تجب التسوية على الوالدين بين أبنائهم في المعاملة؛ لما في ذلك من تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو دوام المودة بين الإخوة والعون على بر الأبناء بأبائهم،

(121) ينظر المصدر السابق: الموضع نفسه، والمبسوط، 67/12.

(122) سورة النحل، الآية 90.

(123) سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، 730/1، حديث رقم (3683) ط1، 2007م، دار المعرفة، بيروت.

ونبذ التفرقة بينهم في المعاملة، احترازاً من الفرقة والخصام والتباغض والعقوق وقطع الأرحام، وهي ما سماها النبي ﷺ جوراً.

أما القائلون بكراهة عدم التسوية بين الأبناء في الهبات فاستدلوا بما يلي:

1. ما روى مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: "إن أبا بكر الصديق كان نحلها جادّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحدٌ أحب إليّ غنيّ بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلّك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جدّدتيه واحتزّتيه كان لك، وإنما هو اليوم مالٌ وارثٌ، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذو بطن بنت خارجه، أراها جارية" (124)
 2. ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه "نحل ابنه عامراً، دون سائر ولده" (125)، ولا شك أن القول بعدم وجوب التسوية بين الأبناء هو الراجح، إذ لو كان حراماً ما فعله سيدنا أبو بكر الصديق وسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، والحال أنهما أحرص الناس التزاماً وحثاً لغيرهما من المسلمين على اتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه.
- والحريّ بالتقرير أن القول بعدم وجوب التسوية بين الأبناء لا يعني الجواز؛ بل هو مكروه، ويستحب لمن فعله أن يبادر بالرجوع إلى التسوية، إذ لا يكون يسر حال بعض الأبناء دون بعض مبرراً للتفرقة بينهم في العطايا والهبات؛ لأن الله تعالى أمرنا بالعدل دون تفرقة بين الفقير والغني، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (126)، ولئن كان الآباء والأمهات مطالبين بالعدل

(124) سبق تخريجه في ص 59 من البحث.

(125) لم أقف عليه فيما تيسر لي الرجوع إليه من كتب الحديث والآثار.

(126) سورة النساء، الآية 134.

بين الأبناء دون تفرقة بين غني وفقير، فإنهم مطالبون كذلك في الهبات والمنح بالتزام القسمة التي رضيها الله تعالى في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

هبة الثواب وسلامتها من الربا:

أولاً- حكم هبة الثواب:

هي هدية يطلب بها عوض مالي من المهدى إليه، وهي جائزة عند المالكية، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردّها، فإن قبلها فيجب أن يكافئ الواهب بقيمة الموهوب، دون إلزام الواهب بزيادة القيمة أو إلزام الموهوب له بإنقاصها⁽¹²⁷⁾، وهي إذا انعقدت على هذا النحو- بتعيين الواهب العوض "الثواب" الذي يريده مقابل هبته وحصول الرضى على ذلك من الموهوب له- فإنها تكون ملزمة للطرفين، لا يجوز الرجوع فيها؛ لأن العقود مبناهما الرضا والالتزام، فإن لم يعين الواهب العوض فلا يكون العقد ملزماً إلا بعد أن يقبض الموهوب له الهبة، ومما يستدل به على جواز هبة الثواب:

1. أن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها"⁽¹²⁸⁾.
2. أن النبي ﷺ قال: "من وهب هبة فهو أحق بها، ما لم يثب منها"⁽¹²⁹⁾.
3. روي في الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرضَ منها"⁽¹³⁰⁾.

(127) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 27/5.

(128) صحيح البخاري، 157/3، كتاب الهبة وفضلها، باب المكافأة في الهبة، حديث رقم (2585).

(129) صححه الحاكم على شرط الشيخين ولم يخرجاه. المستدرك على الصحيحين: 52/2، كتاب البيوع، لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه، حديث رقم (2336).

(130) موطأ الإمام مالك: 1091/1، كتاب الأفضية، القضاء في الهبة، حديث رقم (2790).

ثانياً سلامة هبة الثواب من الربا:

اختلف علماءنا المالكية حول اشتراط السلامة من الربا في الهبة إلى قولين:

الأول: ومفاده أنه يشترط في هدية الثواب ما يشترط في البيع والشراء من السلامة في الربا، وهو المشهور عند المالكية، وبناء عليه فمن أهدي إليه نقود لا يرد نقوداً، لا مساوية للهدية ولا أكثر منها، حتى لا يترتب على الهدية بيع نقد بنقد نسيئة أو بيع نقد بنقد متفاضلاً، بل يجب على من أهدي إليه نقود أن يرد ما يساويها من اللباس أو الأثاث أو الطعام، ومن أهدي إليه طعام لا يجوز له أن يرد طعاماً، حتى لا يترتب على ذلك بيع الطعام بالطعام إلى أجل، بل يرد قيمة ذلك الطعام نقوداً أو عروضاً كالعقار والأثاث واللباس والسيارات.

الثاني: ويتلخص في أنه لا يشترط في هدية الثواب ما يشترط في البيع من السلامة من الربا⁽¹³¹⁾. قال ابن العربي: "...وكذلك يجوز الربا في هدية الثواب"⁽¹³²⁾، ومما يستدل به على أن هبة الثواب مستثناة من الممنوع الداخل في عموم التحريم قول عمر رضي الله عنه "من أعطى شيئاً ولم يُسأل، فليس له ثواب من هبته، وإن سُئل فأعطى فهو أحق بهبته حتى يثاب منها، حتى يرضى"⁽¹³³⁾.

وما يميل إليه الباحث أن الهدايا إن كانت غالية الثمن يجب أن يتقيد فيها بالقول المشهور من السلامة من الربا؛ لأن صاحبها ينتظر ردها، ومعنى المعاوضة فيها متحقق كالبيع والشراء؛ أما الهدايا البسيطة فالغالب فيها المكارمة والمعروف، فلا تطبق عليها أحكام الربا، وتكون مستثناة من التحريم، كما قال ابن العربي، والله أعلى وأعلم.

(131) ينظر شرح مختصر خليل، وبهامشه حاشية العدوي: محمد بن عبدالله الخرشى، 119/7، دار الفكر، بيروت؛ ومناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، علي سعيد الرجراجي، 406/9، 2007م اعتنى به أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي.

(132) ينظر أحكام القرآن، محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربي، 324/1، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبدالقادر عطا، ط3، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت.

(133) مصنف عبدالرزاق: عبدالرزاق بن همام الصنعاني: 107/9، كتاب المواهب، باب الهبات، حديث رقم (16527) المكتب الإسلامي بيروت.

المبحث الخامس

إشكالات تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية لا شك أن روح التعاون تبرز وتتجلى في التأمين التكافلي أكثر منه في التأمين التجاري، إذ يقوم التأمين التكافلي على التبرع في سداد التعويضات لتخفيض آثار المخاطر التي تصيب بعض المشتركين، ولكن تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي تعثره بعض الإشكالات الفقهية المتعلقة بالجوانب الفنية التطبيقية، وطرح هذه الإشكالات ومعالجتها فقهياً بإيجاد الحلول الناجعة لها من الناحية الشرعية هو ما يُعنى به هذا المبحث من خلال دراسة المسائل الآتية:

- انعقاد الهبة من دون القبض.

- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر.

- الرجوع عن الهبة.

- معالجة الإشكالات الفقهية الثلاث.

أولاً- انعقاد الهبة من دون القبض:

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الهبة إلى ثلاثة مذاهب سبق الحديث عنها بالتفصيل، وذكر ما استدل به كل فريق في معرض الحديث عن شروط الركن الثالث لعقد الهبة، وهو الشيء الموهوب الذي يمثل محل العقد، لذا سأقتصر في هذا المطلب على ذكر ما يسمح به المقام، وما يقتضيه البحث لتسليط الضوء على القضية التي أودّ طرحها في هذا المطلب، وتتلخص هذه القضية في كون التأمين التكافلي يصدر فيه الإيجاب من قبل المشترك في هبته أو تبرعه في الصندوق، ولكن لا يحصل فيه القبض؛ لأن القبض يكون بعد حدوث المخاطر، فعلى قول الحنفية والشافعية باشتراط القبض لصحة الهبة⁽¹³⁴⁾ لا يكون تبرع

(134) ينظر ص 58 من هذا البحث.

المشتركين صحيحاً لفوات شرط القبض، وأما على قول المالكية -الذي لا يشترطون القبض لصحة الهبة ولا للزومها⁽¹³⁵⁾، وقول الحنابلة الذين يشترطون ذلك في المكيل أو الموزون فقط⁽¹³⁶⁾ فإن تبرع المشتركين يقع صحيحاً؛ لأن القبض ليس شرطاً لصحتها؛ بل هو شرط لتاممها فقط.

ثانياً- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر:

سبق أن ذكرت في معرض حديثي عن أحد أركان عقد الهبة، وهو الصيغة، أن من شروط الهبة لدى أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية ألا تكون معلقة بما له خطر الوجود والعدم، مثل دخول زيد أو قدوم عمرو، أو تعليقها باتفاق شخصين يملكان عقاراً فيقولان: من مات منا كانت حصته للآخر، وهو ما يسميه الفقهاء بالرقبي، وذكرت عند تحرير إطار هذا الاختلاف حول هذه المسألة أن أبا يوسف والشافعية والحنابلة يقولون بجواز الرقبى، وقمت بسوق أدلة كل من الفريقين، ثم ختمت المسألة بذكر الرأي الراجح فيها، وهو رأي الحنفية والمالكية، القائل ببطلان الرقبى لاعتبارات ذكرتها في ذلك المقام، يمكن لمن أراد الاطلاع عليها الرجوع إليها في موضعها من هذا البحث، وما يهمني تصويره أو طرحه في هذا المطلب من إشكال هو أن ما تقوم به شركات التأمين التكافلي من تعليق للهبة أو التبرع بحدوث المخاطر المؤمن عليها⁽¹³⁷⁾، وعدم استحقاق الموهوب له أو المستفيد من التأمين شيئاً إلا بعد حدوث ما يستدعي ذلك، وهو الخطر المؤمن منه؛ يتعارض بل يصطدم مع الرأي الراجح في المسألة، والذي يقضي باشتراط إطلاق الصيغة وعدم تعليقها بما له خطر الوجود والعدم.

(135) ينظر ص 58 من هذا البحث.

(136) ينظر ص 58 من هذا البحث.

(137) ينظر الضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين التكافلي مع التطبيق العملي: د. محمد أحمين، ص 181، بحث منشور في أعمال الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، المنعقد يومي الأحد والاثنين 18-19 مايو 2014م، فندق هيلتون- أبوظبي، تنظيم الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي.

ثالثاً- الرجوع عن الهبة:

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في الهبة إلى ثلاثة آراء، سبق الحديث عنها بالتفصيل، وذكر ما استدل به كل فريق في معرض حديثي عن صفة حكم هذا العقد، لذا سأقتصر هنا على ذكر ما يسمح به المقام، وما تقتضيه الدراسة لتسليط الضوء على القضية التي أروم طرحها في هذه المسألة.

ويَتَلَخَّصُ الاختلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة في ذهاب الحنفية إلى القول بعدم لزوم عقد الهبة، وصحة رجوع الواهب على الموهوب له فيما أعطاه له من غير تعويض، وعدوا ذلك من الكراهة التي لا ترقى إلى مستوى التحريم، وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بلزوم عقد الهبة، وتحريم الرجوع فيها من جهة الواهب، وعدم جواز ذلك على اختلاف بينهم فيما يستثنى من هذا التحريم، حيث يرى المالكية استثناء الأب والأم من هذا التحريم، وأنه يجوز لهما الرجوع فيما أعطياه لابنهما، ولكن وفق القيود الشرعية التي سبق ذكرها عند الحديث عن هذه المسألة بالتفصيل، بينما يرى الشافعية أن الاستثناء يشمل الوالد وسائر الأصول، في حين حَصَرَ الحنابلة هذا الاستثناء في الوالد فيما أعطى لولده، إذ يجوز له دون غيره أن يرجع في هبته لابنه، وإذا أردنا إسقاط هذه الآراء الفقهية على ما يحدث في شركات التأمين التكافلي في حياتنا المعاصرة، فإنه يمكن تصوير مسألة رجوع المشترك عن هبته أو العودة فيها في الحالتين الآتيتين:

الأولى: فيما إذا وقع خطر عليه، فيستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه يرجع في تبرعه.

الثانية: استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات.

فإذا اعتبرنا استفادة المشترك من صندوق التبرعات رجوعاً عن هبته، فلا يجوز له ذلك بناء على رأي الجمهور الذين لا يجيزون الرجوع عن الهبة أصلاً، باستثناء حالات لا تنطبق على المشتركين في شركات التأمين التكافلي، كما لا يجوز له ذلك أيضاً بناء على رأي

الحنفية؛ لوجود أو تحقق عدة موانع للرجوع، مثل موت أحدهما، إذا كان التأمين على الحياة، وحصول العوض وهو الهبة في مقابل التأمين أو التضامن والتكافل ضد المخاطر.

رابعاً- معالجة الإشكالات الفقهية الثلاث:

بعد الانتهاء من طرح الإشكالات الفقهية المتعلقة بالجوانب التطبيقية لتضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، اتضح أن هذه الإشكالات تتجسد في مسائل ثلاثة؛ وهي مسألة انعقاد الهبة دون القبض، ومسألة تعليق الهبة بالخطر، ومسألة الرجوع عن الهبة في حالتين: إحداهما: فيما إذا وقع المشترك (المؤمن عليه) في الخطر المؤمن منه، فإنه يستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه رجع في تبرعه. والحالة الثانية: استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات، ومن ثم يعتبر أيضاً رجع في جزء من هبته التي أودعها في صندوق المشتركين. وفي محاولة لبعض الفقهاء المعاصرين اقترحوا معالجة هذه الإشكالات باعتبار اشتراكات المشتركين مجرد مساهمة، وليست من التبرع أو الهبة، ولا تأخذ حكم الهبة، والفرق بين التبرع والهبة وبين المساهمة أن الهبة تقتضي خروج ملكية عين الموهوب عن الواهب أو المتبرع في الحال، ولا يمكنه الاستفادة منها بعد خروجها من يده، أما المساهمة فلا تخرج بها الملكية من أيدي المساهمين، فيجوز للمساهم الاستفادة منها، كما يجوز ذلك لغيره حسب الاتفاق، وتأسيساً على هذا الاتجاه تعتبر اشتراكات المشتركين بمثابة قاعدة لإنشاء أو إيجاد صندوق عام يشترك فيه على نحو الملكية عامة المشتركين جميعهم، ويثبت حق الاستفادة منه للجميع عند حصول المخاطر بصرف النظر عن مبلغ حصة كل مشترك أو مساهم في المساهمة⁽¹³⁸⁾.

وإذا كان الباحث يتفق مع أصحاب هذا الرأي في أن التصرف الذي يقع بين المشتركين في حساب التبرع لا يُعد تبرعاً أو هبةً لفقدان القبول والقبض، بناءً على رأي الحنفية والشافعية

(138) ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص145-146، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي: ص126-128، والمعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: 351.

الذي سبق ترجيحه، والذي يقضي باشتراط القبض في الهبة، ومن ثم عدم تحقق القبول من المستفيد أو الموهوب له في هذه المعاملة، وكذلك عدم تحقق القبض حتى بعد تحقق المخاطر المؤمن ضدها، إلا أنني أرى أن الذي يتم بينهم في هذه المرحلة هو الوعد بالتبرع أو الهبة، وليس عين التبرع، ومهما يكن من أمر فإنه يلزم الوفاء بهذا الوعد؛ لعموم الأمر الوارد في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»⁽¹³⁹⁾، ويتحقق التبرع أو الهبة بشروطها الفقهية الصحيحة بعد تمام القبض، أي بعد حلول المخاطر وتسليم التعويضات لمستحقيها، وحينئذ يجوز تعليق الهبة بالمخاطر المتوقعة في المستقبل، كما يجوز للمشاركين الاستفادة من حساب التبرع (وهو الوعد بالتبرع)، وهذا ليس من الرجوع عن الهبة في شيء؛ لعدم تمام الهبة، ومما يدعم القول بجواز استفادة المشاركين مما تبقى في حساب المشاركين (أي حساب التبرع) أنه يجوز لهم ذلك، "لا على أنه عوض عما دفعوه؛ بل على أنه قد بقي من تبرعهم بعد أن حقق هذا التبرع أغراضه التكافلية... مثل من يقول لوكيله: خذ هذا المال، فادفع منه حاجات المحتاجين، وإذا بقي شيء منه بعد ذلك فأعده إليّ. ومن ثم ليس الذي يسترده المشاركون في نهاية المدة عوضا عما دفعوه؛ بل هو بقيته بعد قيامه بما قصد منه"⁽¹⁴⁰⁾.

(139) سورة المائدة: الآية (1)

(140) عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص 157-158.

الخاتمة

لئن كان التأمين التجاري يشكل في الأساس معاوضات مالية، تستهدف الربح من التأمين نفسه، وتنطوي على ربا وغرر، فإن التأمين التكافلي في جوهره يقوم على التبرع في سداد التعويضات لتخفيض آثار المخاطر التي تصيب بعض المشتركين، ولعل مضمون قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽¹⁴¹⁾ كاف في الدلالة على حرمة النوع الأول وجواز النوع الثاني، ولكن هذا الجواز للتأمين التكافلي من الناحية النظرية يطرح عدة تساؤلات؛ بل يثير بعض الإشكالات الفقهية تتعلق بالجوانب الفقهية عند التطبيق، وعلى رأسها تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، وطرح هذه الإشكالات ومعالجتها فقهياً بإيجاد الحلول الناجعة لها من الناحية الشرعية هو من أهم ما يُعنى به هذا البحث، وهذه الإشكالات تتمثل في الآتي:

الإشكال الأول- انعقاد الهبة من دون القبض: وتتلخص هذه القضية في كون التأمين التكافلي يصدر فيه الإيجاب من قبل المشترك في هبته أو تبرعه في الصندوق، ولكن لا يحصل فيه القبض؛ لأن القبض يكون بعد حدوث المخاطر، فعلى قول الحنفية والشافعية باشتراط القبض لصحة الهبة لا يكون تبرع المشتركين صحيحاً لفوات شرط القبض، وأما على قول المالكية -الذين لا يشترطون القبض لصحة الهبة ولا للزومها- وقول الحنابلة- الذين يشترطون ذلك في المكيل أو الموزون فقط فإن تبرع المشتركين يقع صحيحاً؛ لأن القبض ليس شرطاً لصحتها؛ بل هو شرط لتمامها فقط.

الإشكال الثاني- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر: يكمن هذا الإشكال فيما تقوم به شركات التأمين التكافلي من تعليق للهبة أو التبرع بحدوث المخاطر المؤمن عليها، وعدم استحقاق الموهوب له أو المستفيد من التأمين شيئاً إلا بعد حدوث ما يستدعي ذلك، وهو الخطر المؤمن منه؛ وهذا يتعارض بل يصطدم مع الرأي الراجح في المسألة، وهو رأي أبي حنيفة

(141) سورة المائدة: الآية (3).

ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية، والذي يقضي باشتراط إطلاق الصيغة وعدم تعليقها بما له خطر الوجود والعدم.

الإشكال الثالث- رجوع الواهب عن الهبة: عند إسقاطنا للآراء الفقهية على ما يحدث في شركات التأمين التكافلي في حياتنا المعاصرة، فإنه يمكن تصوير مسألة رجوع المشترك عن هبته أو العودة فيها في حالتين، الأولى: فيما إذا وقع خطر عليه، فيستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه يرجع في تبرعه، والثانية: استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات، فإذا اعتبرنا استفادة المشترك من صندوق التبرعات رجوعاً عن هبته، فلا يجوز له ذلك بناء على رأي الجمهور الذين لا يجيزون الرجوع عن الهبة أصلاً، باستثناء حالات لا تنطبق على المشتركين في شركات التأمين التكافلي، كما لا يجوز له ذلك أيضاً بناء على رأي الحنفية؛ لوجود أو تحقق عدة موانع للرجوع، مثل موت أحدهما إذا كان التأمين على الحياة، وحصول العوض وهو الهبة في مقابل التأمين أو التضامن والتكافل ضد المخاطر.

ومعالجة هذه الإشكالات الفقهية الثلاث يكون على النحو الآتي:

سبق أن ذكرت في ثنايا هذا البحث أن بعض الفقهاء المعاصرين اقترحوا معالجة هذه الإشكالات باعتبار اشتراكات المشتركين مجرد مساهمة، وليست من التبرع أو الهبة، ولا تأخذ حكم الهبة، والفرق بين التبرع أو الهبة وبين المساهمة أن الهبة تقتضي خروج ملكية عين الموهوب عن الواهب أو المتبرع في الحال، ولا يمكنه الاستفادة منها بعد خروجها من يده، بينما المساهمة لا تخرج بها الملكية من أيدي المساهمين، فيجوز للمساهم الاستفادة منها، كما يجوز ذلك لغيره حسب الاتفاق.

وتأسيساً على هذا الاتجاه تعتبر اشتراكات المشتركين بمثابة قاعدة لإنشاء أو إيجاد صندوق عام يشترك فيه على نحو الملكية عامة المشتركين جميعهم، ويثبت حق الاستفادة منه للجميع عند حصول المخاطر بصرف النظر عن مبلغ حصة كل مشترك أو مساهم في

المساهمة، وسبق أن قلت أنه، وإن كنت أوافق مع أصحاب هذا الرأي في أن التصرف الذي يقع بين المشتركين في حساب التبرع لا يُعد تبرعاً أو هبةً لفقدان القبول والقبض، بناءً على رأي الحنفية والشافعية الذي سبق ترجيحه، والذي يقضي باشتراط القبض في الهبة، ومن ثم عدم تحقق القبول من المستفيد أو الموهوب له في هذه المعاملة، وكذلك عدم تحقق القبض حتى بعد تحقق المخاطر المؤمن ضدها، إلا أنني أرى أن الذي يتم بينهم في هذه المرحلة هو الوعد بالتبرع أو الهبة، وليس عين التبرع.

ومهما يكن من أمر فإنه يلزم الوفاء بهذا الوعد؛ لعموم الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وبهذا يتحقق التبرع أو الهبة بشروطها الفقهية الصحيحة بعد تمام القبض، أي بعد حلول المخاطر وتسليم التعويضات لمستحقيها، وحينئذ يجوز تعليق الهبة بالمخاطر المتوقعة في المستقبل، كما يجوز للمشاركين الاستفادة من حساب التبرع (وهو الوعد بالتبرع)، وهذا ليس من الرجوع عن الهبة في شيء؛ لعدم تمام الهبة، ومما يدعم القول بجواز استفادة المشتركين مما تبقى في حساب المشتركين (أي حساب التبرع) أنه يجوز لهم ذلك، "لا على أنه عوض عما دفعوه؛ بل على أنه قد بقي من تبرعهم بعد أن حقق هذا التبرع أغراضه التكافلية ... مثل من يقول لو كي له: خذ هذا المال فادفع منه حاجات المحتاجين، وإذا بقي شيء منه بعد ذلك فأعده إليّ، ومن ثم ليس الذي يسترده المشتركون في نهاية المدة عوضاً عما دفعوه؛ بل هو بقيته بعد قيامه بما قصد منه".

هذا وبعد انتهائي من هذا البحث فإنني لا أبرئ نفسي من زلة السهو من نقص أو خطأ أو تقديم أو تأخير، فإن كنت قد وفقت فله تعالى المنّة والشكر، وهو الموفق والهادي إلى سواء السبيل، وإن كانت الأخرى، فالكمال لله وحده، وعزائي صدق النية وبذل غاية الجهد، والله من وراء القصد.

المصادر

❖ القرآن الكريم :

1. أحكام القرآن: محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبدالقادر عطا، ط3، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت.
2. الاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه خالد عبدالرحمن العك، دار المعرفة، بيروت.
3. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ط2، دار الكتاب الإسلامي.
4. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبوبكر الكاساني، دار الكتب العلمية.
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد، ط1، 1989م، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
6. تبیین المسالك: عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي شرح محمد الشنقيطي، ط2، 1995م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
7. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، 1983م.
8. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، 1387هـ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.
9. جامع الترمذي: محمد بن عيسى بن سَورة الترمذي، 1998م، دار الغرب الإسلامي.
10. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
11. حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، ودار المعرفة، بيروت.

12. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت.
13. دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية: بيت التمويل الكويتي، ط1، 1412هـ، الكويت.
14. روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان.
15. سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، ط1، 2009م، دار الرسالة العالمية.
16. سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
17. سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، ط1، 2007م، دار المعرفة، بيروت.
18. شرح زاد المستنفع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية.
19. شرح الزرقاني علي خليل: عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت.
20. شرح مختصر خليل، وبهامشه حاشية العدوي: محمد بن عبد الله الخرشى، دار الفكر، بيروت.
21. صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت.
22. صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الجيل، بيروت.
23. الضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين التكافلي مع التطبيق العملي: د. محمد أحمين، بحث منشور في أعمال الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، المنعقد يومي الأحد والاثنين 18-19 مايو 2014م، فندق هيلتون- أبوظبي، تنظيم الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي.

24. عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ط1، 2008م، دار السلام، القاهرة.
25. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
26. الفروع: محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1، 2003م، مؤسسة الرسالة.
27. الفروق: أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، 1344هـ، دار إحياء الكتب العربية.
28. الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ط3، 1417هـ 1996م، دار الفكر، دمشق.
29. القواعد في الفقه الإسلامي: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار الفكر، بيروت.
30. القوانين الفقهية، أحمد بن أحمد جزري، تحقيق: عبدالله المنشاوي، 1426هـ 2005م، دار الحديث، القاهرة.
31. كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية.
32. اللباب في شرح الكتاب: عبد الغني الغنيمي الميداني، ومعه تثبيت أولى الألباب بتخريج أحاديث اللباب، خرج أحاديثه وعلق عليه عبدالرزاق المهدي، ط4، 1999م، دار الكتاب العربي، بيروت.
33. المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن مفلح، ط1، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت.
34. المبسوط: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
35. مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كاراخانة تجارت كتب، آرام باغ كراتشي.

36. المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي: يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
37. المدخل إلى فقه المعاملات المالية: محمد عثمان شبير، ط1، 1423هـ، 2004م، دار النفائس، عمان-الأردن.
38. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: أبو يعلى محمد بن الفراء، تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط1، 1985م، مكتبة المعارف، الرياض.
39. المستدرک علی الصحیحین: الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت.
40. المصباح المنير: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة.
41. مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط1، 1409هـ، مكتبة الرشد، الرياض.
42. مصنف عبدالرزاق: عبدالرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت.
43. مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، ط2، 1994م، المكتب الإسلامي.
44. المعاملات المالية المعاصرة: د. وهبة، ط1، 2002م، دار الفكر، دمشق.
45. المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: د. اختر زيتي بنت عبد العزيز، 2008م، دار الفكر، دمشق.
46. معجم المصطلحات الاقتصادية: نزيه حماد، 1993م، المعهد العالي للفكر الإسلامي.
47. معجم المصطلحات الفقهية: جرجس جرس، الشركة العالمية للكتاب، بيروت.
48. المغني: عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1968م.
49. مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية.

50. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، علي سعيد الرجراجي، 2007م، اعتنى به أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي.
51. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، 2005م، دار الفكر.
52. المذهب فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
53. موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته: محمد رواس قلعه جي، ط1، 1981م، مكتبة الفلاح، الكويت.
54. الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية، 2007م.
55. موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي.
56. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: عبدالله بن يوسف الزيلعي، صححه ووضع الحاشية: عبدالعزيز الديوبندي الفنجاني إلى كتاب الحج، وأكملها يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، ط1، 1997م، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبلية للثقافة الإسلامية، جدة.
57. نظرية التأمين في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة للتأمين فكرياً وتطبيقاً": د. محمد زكي السيد، ط1، 1406هـ - 1986م، دار المنار.
58. نظرية القرض في الفقه الإسلامي: أحمد أسعد محمود الحاج، ط1، 2008م، دار النفائس، عمان الأردن.
59. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس الرملي، 1984م، دار الفكر، بيروت.
60. الهداية شرح بداية المبتدي: برهان الدين علي بن أبي بكر عبدالجليل المرغيناني، دار الفكر، القاهرة.

