

الهبة بعوض في الشريعة والقانون

د.بن ناصر نذير

جامعة يحي فارس بالمدينة

ملخص

تعدُّ الهبة بشرط العوض أو ما يسمى بجهة الثواب تصرفاً قانونياً هاماً، وقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 202 / 2 من قانون الأسرة على أن تؤخذ باقي أحكامها من الشريعة الإسلامية؛ عملاً بالإحالة المقررة بالمادة 222 من القانون نفسه. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يتبين أن الفقهاء على خلاف بينهم حول تكييفها ومدى مشروعيتها. وبالتالي كان الأجدر بالمشرع أن ينظّمها بنصوص دقيقة ومفصّلة.

Abstract

The donation on condition of compensation or so-called gift of reward is considered an important legal act, and referred to by the Algerian legislator in article 202 of the Family Code, and the rest of its provisions shall be taken from the Islamic Shari'a; pursuant to the referral prescribed in article 222 of the same law. In reference to the provisions of the Islamic Shari'a, it turns out that jurists disagree on their adaptation and legitimacy. It was therefore better for the legislator to organize it with precise and detailed texts.

مقدمة

لا يستغني الشخص في حياته عن إجراء التصرفات القانونية المختلفة؛ نظراً لضرورتها، وهذه الأخيرة متنوعة تارة تكون تبرعية، وطوراً على سبيل المعاوضة. وأحياناً يجتمع الوصفان معاً في تصرف واحد؛ فيجمع بين التبرع والعوض، وحينئذ يعطى حكماً متميزاً، ومن هذا النوع: عقد الهبة بعوض أو ما يسمى في الفقه الإسلامي كذلك بجهة الثواب.

تعدُّ الهبة بعوض عقداً هاماً ومتداولاً بين الأفراد، لكنها لم تحظ بتنظيم قانوني كافٍ، ولا يبحث بوضوح مختلف جوانبها وأحكامها. ومن ثم يطرح السؤال حول معنى الهبة بعوض وحدودها ومدى مشروعيتها وتكييفها شرعاً وقانوناً؟

أولاً- تعريف الهبة بعوض

قبل بحث تفاصيل أي موضوع كان لابد من البدء بتوضيحه وتحديد المقصود به، وهذا ينطبق على مسألة الهبة بعوض.
ولما كان البحث مقارناً؛ فإنه ينبغي تحديد تعريف للهبة بعوض شرعاً (1)، وكذا قانوناً (2)،
ويأتيان تباعاً.

1 - تعريف الهبة بعوض شرعاً

تعُدُّ الهبة بعوض تصرفاً من التصرفات القولية في الشريعة الإسلامية، ويصطلح عليها فقهاء
المالكية ب: « هبة الثواب » (1)، كما يسمونها أيضاً ب: هبة المعاوضة (2). بينما يعرّف عنها الحنفية
بأُتها: الهبة بشرط العوض (3).

وقد عرّفها المالكية بأُتها: « .. عطية قصد بها عوض مالي ... » (4)، وهي أحد قسمي
الهبة؛ إذ تنقسم الهبات إلى قسمين: هبات بلا عوض، وهبات بعوض (5).

بينما خلت مصنفات المذاهب الثلاثة الأخرى - والتي أمكن الاطلاع عليها - من تعريف
الهبة بعوض، لكن بالنظر في كلامهم عنها وما بحثوه فيها يمكن استنباط تعريف لها، وعليه:
يمكن تعريف الهبة بعوض عند الحنفية بأُتها: الهبة التي يشترط فيها الواهب عوضاً عما وهبه (6).
ويفهم عند الشافعية في الجديد أن الهبة بعوض هي: الهبة التي يشترط فيها الواهب ثواباً
معلوماً (7).

أما عند الحنابلة؛ فيمكن تعريفها بأُتها: الهبة التي يشترط فيها الواهب ثواباً على الموهوب له، أو
هي: الهبة التي تقتضي الثواب (8).

وعرّفها بعض المعاصرين بأُتها: « هي الهبة يدفعها الرجل يلتبس أفضل منها » (9).
يلاحظ أن كل التعاريف تنفق في مسألة أن الهبة بعوض هي: الهبة التي تقتضي ثواباً أو عوضاً.

2 - تعريف الهبة بعوض قانوناً

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً للهبة بعوض، وهذا صائب؛ لأن تقديم التعاريف والتفسيرات من
مهام الفقهاء والشراح وليس من مهام المشرع.

غير أنه يمكن استنباط تعريفها من نص المادة 202 / 2 من قانون الأسرة، والقول بأنها: عقد هبة ملزم لجانبين يتوقف تمامه على تقديم الموهوب له للواهب عوضاً في مقابل الشيء الموهوب.

ثانياً - تمييز الهبة بعوض عما يشابهها

إن مما يزيد في توضيح معنى الهبة بعوض ويحدد مجالها بدقة أكبر؛ تمييزها عما قد يلتبس بها أو يتشابه معها، فالتمييز بإظهار أوجه الاختلاف خصوصاً؛ يحمي القارئ من أن تختلط عليه التصرفات والأحكام.

وعليه، ينبغي تمييز الهبة بشرط العوض عن كل من: الهبة بغير عوض (1)، والهبات المتبادلة (2)، والهبة المقيدة (3)، والمعاوضات (4)، وذلك على التوالي.

1 - تمييز الهبة بعوض عن الهبة بغير عوض

يقصد بالهبة بغير عوض: تلك العطية التي يقدمها الواهب بنية التبرع بدون مقابل، أو هي: التملك بلا عوض، كما نصّت عليها المادة 202 / 1 من قانون الأسرة. والهبة بغير عوض جائزة شرعاً بلا خلاف بين الفقهاء⁽¹⁰⁾، وجائزة قانوناً؛ طبقاً للمادة 202 / 1 من قانون الأسرة.

والأصل في الهبة أنها من عقود التبرعات؛ أي أن الموهوب له لا يعوّض الواهب شيئاً عما وهبه له⁽¹¹⁾، ومن هنا يفهم أن الهبة بعوض تعدّ استثناء في الهبات. وتصدر الإشارة هنا إلى أن الهبة المطلقة تعدّ هبة بغير عوض؛ أي أنه إذا لم يذكر الواهب في هبته شرط العوض؛ فهي بغير عوض، وبه قال الحنفية⁽¹²⁾، والشافعي في الجديد وهو الأصح⁽¹³⁾، والحنابلة⁽¹⁴⁾، حيث صرّحوا بأن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت من أعلى لأدنى أو من أدنى لأعلى أو بين متماثلين.

بينما ذهب المالكية⁽¹⁵⁾، والشافعي في القديم⁽¹⁶⁾، إلى أن الهبة المطلقة تُحمل على الثواب إذا اختلف الطرفان حول قصد الثواب من عدمه؛ خصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك، كأن يهب الأدنى لأعلى منه، مثل أن يهب الفقير للغني أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب؛ لأن العرف عندهم أنه إذا وهب الأدنى لأعلى فإنما هو يلتبس بالثواب؛ فكان العرف كالشرط.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يصرح بحكم هذه المسألة، لكن يفهم من نص المادة 202 من قانون الأسرة أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً؛ لأن الهبة تملك بلا عوض في الأصل؛ فلا تقتضي عوضاً بدون اشتراطه، كما أن العرف الجزائري جارٍ على أن الهبة تبرع محض لا يلتمس فيها الواهب عوضاً في الغالب الأعم.

وقد ذهب قضاء المحكمة العليا إلى العمل بأن الهبة المطلقة؛ أي المجردة من شرط العوض لا تقتضي عوضاً؛ فقد جاء في قرارها بتاريخ 16 جوان 1998 أنه: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط. ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الهبة لا يتضمن أي شرط للعناية بالواهب أو أي التزام نحوها من طرف الطاعن، فإن القضاة بقضائهم بإلغاء عقد الهبة عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه » (17).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قرار المحكمة العليا صائب، حيث أنه اختار من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية قولاً يتماشى مع العرف السائد في الجزائر. ويقترح على المشرع الجزائري أن يقنن موقف المحكمة العليا في نصٍ صريح نظراً لما له من أهمية بالغة، كأن ينصّ أن: « الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب ».

وإذا كانت الهبة بعوض والهبة بغير عوض من الهبات، ويتوفر فيهما نية التبرع، إلا أنهما يختلفان من حيث انعقادهما، ومن حيث آثارهما أيضاً، فالأولى عقد ملزم لجانين، والثانية عقد ملزم لجانب واحد فقط وهو الواهب الذي يلتزم بتقديم الشيء الموهوب للموهوب له. كما لا يخفى أن الهبة بعوض أقل ضرراً على ذمة الواهب لما فيها من العوض من الهبة بغير عوض.

2 - تمييز الهبة بعوض عن الهبات المتبادلة

يقصد بالهبات المتبادلة: تقديم عطايا أو هدايا بين نفس الطرفين؛ فيكون الواهب في الهبة الأولى موهوباً له في الهبة الثانية، والعكس صحيح؛ أي أن الموهوب له في الهبة الأولى يكون واهباً في الهبة الثانية، وهذا مع مراعاة أنه لا يوجد شرط بأن يهب أحدهما للآخر. ومثالها: أن يهب عمر لأحمد كتاباً، ثم يهب أحمد لعمر مكتباً، ... إلخ.

وتعدُّ الهبات المتبادلة هبات بغير عوض، وتأخذ كل هبة من الهبتين المتبادلتين بين الطرفين أحكام الهبة بغير عوض.

وتعدُّ الهبات المتبادلة جائزة شرعاً، وقانوناً، رغم عدم وجود نصوص خاصة بهذا النوع إلا أنها من الهبات التي بغير عوض، وهذه الأخيرة مشروعة. والهبات المتبادلة ينطبق عليها مصطلح: « الهدايا أكثر »، والهدايا تُتبادل، وقد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « تصافحوا يذهب العُلُّ، وتهادوا تحابُّوا، وتذهب الشحنةاء » (18).

وإذا كانت كل من الهبة بعوض، والهبات المتبادلة، تجعل للواهب بدلاً يأخذه مقابل هبته، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الهبات المتبادلة لا يشترط فيها على الموهوب له أن يقدِّم عوضاً عن الموهوب، ومن ثم حتى ولو لم يقدِّم هبة من طرفه؛ فإنه يستحق الموهوب؛ لأن كل هبة من الهبتين المتبادلتين تعدُّ هبة بدون عوض (19). بينما في الهبة بعوض يشترط على الموهوب له بذل العوض؛ فإن وفي بالتزامه وقدم العوض استحق الهبة، وإن لم يف به جاز للواهب أو لورثته من بعده استرداد الشيء الموهوب (20).

وتجدر الإشارة إلى أن الهبة التي يقدمها الموهوب له للواهب بدلاً لا عوضاً تعدُّ هبة مبتدأة، وتسري عليها أحكام الهبة لا أحكام العوض، كما أنه في الهبات المتبادلة يبقى لكل طرف أن يرجع عن هبته حيث يجوز الرجوع عن الهبة، ولا يمتنع عليه الرجوع بسبب الهبة المبتدأة التي قدَّمها له الطرف الآخر. بينما في الهبة بعوض لا يجوز للواهب الرجوع عن هبته إذا أثبت منها؛ أي إذا أخذ العوض عنها. وهذا ما قال به كل من الحنفية (21)، والحنابلة (22).

3 - تمييز الهبة بعوض عن الهبة المقيدة

يقصد بالهبة المقيدة: تلك الهبة المقترنة بالتزام لمصلحة الموهوب له (23). ومثالها: أن يهب الواهب مبلغاً من المال للموهوب له ويلزمه إنفاقه في القيام برحلة علمية يستفيد منها، أو في الإنفاق منه على تحصيل العلم، أو في شراء عقار أو نحو ذلك مما هو في مصلحة الموهوب له (24). وتتفق كل من الهبة بعوض والهبة المقيدة في كونهما مثقلتين بأعباء وتكاليف (25)، إلا أنهما تختلفان في كون الهبة بعوض تُلزم الموهوب له ببذل عوض للواهب؛ بينما الهبة المقيدة تقيد الموهوب له في التمتع بالموهوب ولا تلزمه بشيء لصالح الواهب، أو بعبارة أخرى: الهبة بعوض تفرض على

الموهوب له التزاماً لمصلحة الواهب؛ بينما الهبة المقيدة تفرض على الموهوب له التزاماً في مصلحته هو غالباً لا في مصلحة الواهب.

4 - تمييز الهبة بعوض عن المعاوضات

يقصد بالمعاوضات: تلك العقود التي يأخذ فيها كل طرف من طرفيها عوضاً؛ أي مقابلاً أو بدلاً عما التزم به⁽²⁶⁾. وعكسها التبرعات التي لا يأخذ فيها المتبرع عوضاً عما تبرع به، ومثال المعاوضات: البيع، المقايضة، الإيجار، ... إلخ.

وإذا كانت كل من الهبة بعوض والمعاوضات تقتضيان تقديم مقابل للمتعاقد الآخر؛ فهما يختلفان في أكثر مما يتفقان فيه، فالهبة بعوض تصرف يشتمل على نية التبرع، واشتراط العوض لا ينفي نية التبرع لدى الواهب⁽²⁷⁾. أما في المعاوضات؛ فالمعاوض لا ينوي التبرع إطلاقاً؛ بل لا يتعاقد إلا على أساس الحصول على العوض الذي سيقدمه له المتعاقد الآخر. وفي الفقه الإسلامي ميّز الفقهاء بين الهبة بعوض والمعاوضات، وفي ذلك قول الحنفية: «... الهبة بشرط العوض فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب. ألا ترى أنهم فسّروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض»⁽²⁸⁾.

ثالثاً - مدى مشروعية الهبة بعوض

ينبغي قبل البحث في أحكام أمر ما معرفة مدى مشروعيته؛ لأنه لا جدوى من بحث أحكام أمر في أصله غير مشروع؛ إذ مصيره عندئذ البطلان والاندعام. وبما أن البحث مقارن لا بد من بحث مدى مشروعية الهبة بعوض في الشريعة الإسلامية (1)، وفي القانون (2)، ويأتيان تبعاً.

1 - مدى مشروعية الهبة بعوض شرعاً

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى مشروعية الهبة بعوض، وانقسموا على رأيين:
- الرأي الأول: وبه قال الحنفية⁽²⁹⁾، والمالكية⁽³⁰⁾، والشافعية في الأظهر⁽³¹⁾، والحنابلة في المذهب⁽³²⁾.

ومضمون هذا الرأي: إن الهبة بعوض أو هبة الثواب مشروعة وصحيحة، وقد دل على مشروعيتها: القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة.

فمن الكتاب العزيز:

- قوله تعالى: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لَّيْرُبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْتَبُوا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّكَاتٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾ (33).

قال ابن عباس وابن جبير وطاوس ومجاهد رضي الله تعالى عنهم: نزلت هذه الآية في هبة الثواب (34). وقد: « قال عكرمة في قوله تعالى: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لَّيْرُبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ ﴾ قال: الربا ربوان: ربا حلال، وriba حرام؛ فأما الربا الحلال فهو الذي يهدي، يلتمس ما هو أفضل منه. وعن الضحاك في هذه الآية: هو الربا الحلال الذي يهدي ليثاب ما هو أفضل منه، لا له ولا عليه، ليس له فيه أجر وليس عليه فيه إثم. وكذلك قال ابن عباس: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا ﴾ يريد هدية الرجل الشيء يرجو أن يثاب أفضل منه؛ فذلك الذي لا يربوا عند الله ولا يؤجر صاحبه ولكن لا إثم عليه، وفي هذا المعنى نزلت الآية » (35).

- - قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَمَنَّوْا تَسْتَكْثِرُوا ﴾ (36).

ومعنى الآية: « لا تعط عطية تلتمس بها أفضل منها؛ قاله ابن عباس وعكرمة وقتادة. وقال الضحاك: هذا حرمه الله تعالى على رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأنه مأمور بأشرف الآداب وأجل الأخلاق، وأباحه لأُمَّته؛ وقاله مجاهد » (37).

قال القرطبي: أظهر ما قيل في تفسير هذه الآية هو قول ابن عباس رضي الله عنه: لا تعط لتأخذ أكثر مما أعطيت من المال (38).

ومن السنة النبوية:

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها » (39).

- عن أبي هريرة رضي الله عنه: « أن رجلاً من أهل البادية أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة، فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثاً فلم يرض، ثم أعطاه ثلاثاً فلم يرض، ثم أعطاه ثلاثاً فرضي بالتسع، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((لقد هممتُ أن لا أهب هبة إلا من قرشي، أو أنصاري، أو ثقيفي، أو دوسي)) . قال سفيان: وقال غير ابن عجلان: قال أبو هريرة: لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا القول، التفت فرآني، فاستحي، فقال: ((أو دوسي)) . » (40).

- عن أبي غطفان بن طريف المري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه 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 يُرض منها » (41).

الرأي الثاني: وبه قال الشافعية في مقابل الأظهر (42)، والحنابلة في قول (43).

ومضمون هذا الرأي هو أن: الهبة بشرط العوض باطلة لا تصح مطلقاً؛ أي غير مشروعة. واستدلوا لرأيهم هذا بأن:

- شرط الثواب يخالف مقتضى العقد، وعلى هذا يكون حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه (44).

- هبة الثواب مجهولة العوض وذلك حرام، مجهول الأمر، وذلك لا يجوز، وهي معقبة بالمنازعة، وتلك مزابنة منهي عنها بالإجماع، محظورة باتفاق (45).

وهذه الحجج ليست قوية، وقد رد عليها القائلون بالرأي الأول بما يكفي ويدحضها.

2 - مدى مشروعية الهبة بعوض قانوناً

تنص المادة 202 / 2 من قانون الأسرة أنه: « يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط » (46).

ويتبين بوضوح من هذا النص أن الهبة بعوض مشروعة قانوناً، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثاً - تكييف الهبة بعوض

ينبغي من أجل تحديد الأحكام التي تطبق على الهبة بعوض؛ تحديد تكييفها.

ولما كان البحث مقارناً؛ يتعين تحديد كل من: التكييف الشرعي (1)، والتكييف القانوني (2)،

ويأتيان تبعاً.

1 - تكييف الهبة بعوض شرعاً

تعدُّ الهبة بشرط العوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومُحمَّد رحمهم الله تعالى هبة ابتداء ثم تصير

بيعاً في الانتهاء (47).

وبترتب على القول بأن الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء أنه: « ... يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض والبيع بعده ... » (48).

وقال زفر رحمه الله تعالى: الهبة بشرط العوض ابتداء وانتهاء بيع (49).

وقال المالكية بأن: « ... هبة الثواب في الحقيقة بيع من البيوع ... » (50).

وجاء في المعونة: الهبة بعوض تأخذ حكم المعاوضات، ويراعى فيها ما يراعى في البيع، ولا تفارقه إلا في وجه واحد وهو السكوت عن البديل فيه وعن مقداره، وأما ما عدا ذلك من أحكامها؛ فإنها تجري مجرى سائر المعاوضات (51).

وقال الشافعية في الصحيح عندهم: إن الهبة بعوض معلوم بيع من البيوع ملاحظة للمعنى، وتثبت فيه أحكام البيع عقب العقد، كالشفعة وثبوت الخيار ولزوم القبض (52)؛ أي أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء.

وقالوا في مقابل الصحيح: الهبة بعوض معلوم تعدُّ هبة، مراعاة للفظ؛ فتثبت فيها أحكامها (53)، ومن ذلك أنه: لا يثبت فيها الخيار، ولا الشفعة، ولا تلزم قبل القبض (54).

وذهب الحنابلة في المذهب إلى أن الهبة بشرط العوض بيع، حكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وغيرها (55).

وفي قول ثانٍ: الهبة بعوض بيع مع التقابض (56)، وهذا كقول الحنفية؛ أي أنهم يعتبرون الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء، تسري عليها أحكام البيع بعد قبض الموهوب والعوض.

وقال أبو الخطاب: إنه قد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة، فلا تثبت أحكام البيع المختصة به (57)، وشرح القاضي هذا بقوله: الهبة بعوض ليست بيعاً، وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً، وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق، ولا يخرجان عن موضوعهما (58).

والذي يمكن ترجيحه من كل هذه الأقوال هو ما قال به أبو حنيفة وصاحباها، والحنابلة في أحد أقوالهم، وهو أن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء، وبهذا تطبق عليها بعض أحكام الهبة وبعض أحكام البيع، وهو الأمر الوسط والأمر الممكن؛ لأن الهبة بشرط العوض تصرف مميز لا يمكن إخضاعه لأحكام البيع مطلقاً ولا لأحكام الهبة مطلقاً؛ فتطبق عليه الأحكام التي يمكن أن تطبق عليه من أحكام البيع والهبة معاً.

2 - تكييف الهبة بعوضاً قانوناً

لم ينص المشرع الجزائري بشكل صريح على تكييف الهبة بعوض هل هي بيع أم هبة أم هبة ابتداءً بيع انتهاءً، وبطبيعة الحال هذا نقص جسيم في المنظومة القانونية، ولا تجبره الإحالة المقررة بالمادة 222 من قانون الأسرة؛ نظراً لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة، ولصعوبة الترجيح بين أقوالهم.

وكل ما يمكن استخلاصه لدى المشرع الجزائري هو أنه نصَّ على الهبة بعوض ضمن أحكام الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة، وهذا يوحي إلى أنه يستبعد الأخذ بالرأي الذي يعدُّ الهبة بعوض بيعاً ابتداءً وانتهاءً.

وبالرجوع إلى الفقه القانوني، يتبين أن شراح القانون أيضاً على خلاف في تكييف الهبة بعوض، حيث:

ذهب فريق منهم إلى أن العبرة في وصف التصرف هي دائماً قصد التبرع. فإذا توفرت نية التبرع؛ فالتصرف هبة دون النظر إلى الالتزام الذي يفرض على الموهوب له؛ أي ولو تجاوزت قيمة هذا الالتزام قيمة المال الموهوب فالتصرف يعدُّ هبة (59).

وذهب غالبية الشراح، وكذلك القضاء، إلى أن العبرة في تكييف التصرف هي بالعنصر المادي في الهبة؛ فيعتبر التصرف معاوضة إذا كانت قيمة التزام الموهوب له تقارب أو تساوي أو تفوق قيمة المال الموهوب، وإلا فالتصرف هبة، وهذا يعني أن الهبة بعوض يجب أن تبقى قائمة على نية التبرع؛ فإذا كانت الهبة بعوض مجردة من نية التبرع؛ فهي عقد آخر، كالبيع والمقايضة. والذي يفهم هنا هو أن العوض يجب أن يكون أقل من قيمة المال الموهوب حتى تستبقي الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً (60).

والذي يبدو صائباً هو أن الهبة بعوض قانوناً عقد غير مسمى يجمع بين أحكام الهبة وأحكام البيع، ولا يمكن الاكتفاء بتطبيق أحكام أحد العقدين عليه دون أحكام العقد الآخر. وهذا القول يعضده أسباب كثيرة منها:

- العوض في الهبة حسب المادة 202 / 2 من قانون الأسرة هو التزام يفرض على الموهوب له، والالتزام قد يكون تقديم شيء أو قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل، وفي هذه المسألة يتعذر

- تطبيق أحكام البيع؛ لأن البيع حسب المادة 351 من القانون المدني يتمثل في نقل ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي فقط.
- الواهب في الهبة بعوض يتصرف بنية التبرع، ومن ثم يكون الموهوب له محل اعتبار، وليس كالبيع، حيث لا يكون المشتري محل اعتبار لدى البائع.
 - الواهب في الهبة بعوض لا يتصرف بمشاهدة مع الموهوب له، بخلاف البيع، حيث يتصرف البائع بمشاهدة مع المشتري.
 - ففي كل هذه الأمور المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، تخالف الهبة بعوض أحكام عقد البيع، وتوافق فيها أحكام الهبة.
 - كما تخالف الهبة بعوض أحكام الهبة وتتفق أو تتقارب على الأقل مع أحكام البيع في بعض المسائل أيضاً، ومنها:
 - الواهب في الهبة بعوض لو اشترط عوضاً أكبر قيمة من الشيء الموهوب أو يساويه؛ فتصرفه هذا تنطبق عليه أحكام المعاوضات أكثر؛ لأن الهبة مبنية على نفع الموهوب له بشيء دون مقابل ودون إفقار ذمته، والواهب هنا هو من استفاد وكسب نفعاً وليس الموهوب له.
 - الموهوب له لو دفع عوضاً أكبر من قيمة الشيء الموهوب لا يعدّ موهوباً له في الحقيقة والواقع، وينطبق عليه مصطلح المشتري أكثر.
 - في حالة عدم تقديم الموهوب له العوض يجوز للواهب أن يرجع في هبته، وهذا بطريق الفسخ على أساس أن الطرف الآخر لم يف بالتزامه؛ لأن العقد ملزم لجانبين، وهذا يتفق مع أحكام البيع.

خاتمة

يستخلص مما تقدّم أن الهبة بعوض تصرف مشروع في الشريعة الإسلامية والقانون، وكما قال المالكية هبة الثواب مندوبة؛ أي مستحبة (61).

ورغم أهمية هذا النوع من الهبات إلا أن المشرع الجزائري لم ينظّمه، وإنما اكتفى بالإشارة إليه في الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة فقط، وترك التفاصيل للإحالة المقررة بالمادة 222

من القانون نفسه؛ أي للشريعة الإسلامية. لكن لما اختلف فقهاء الشرع في تفاصيل هذا التصرف؛ فإنه يصعب العمل بالإحالة المقررة بالمادة 222 من قانون الأسرة.

لذا يقترح على المشرع الجزائري وضع نصوص صريحة ودقيقة تنظم موضوع الهبة بعوض بمختلف جوانبها؛ لأنه من الضروري تحديد بعض الأحكام الخاصة بها؛ لا سيما تحديد تكييفها لما يترتب عليه من نتائج هامة.

والذي يقترح على المشرع في تكييف الهبة بعوض هو الأخذ بقول أبي حنيفة وصاحبه ومن وافقهم، حيث قالوا: إن الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء، وبالتالي يسري عليها بعض أحكام الهبة وبعض أحكام البيع، طالما أمكن الجمع بين أحكام العقدين بشكل متناسق وغير متناقض، والحرص على تحقيق العدالة التعاقدية.

قائمة الهوامش:

- (1) عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، تونس، 1339 هـ، ص 27.
- (2) أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر والتوزيع، لبنان، (د. ت. ن)، ص 91.
- (3) شمس الدين أحمد بن قودر، أكمل الدين مُحمَّد بن محمود البابرقي، سعد الله بن عيسى، تكملة فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية وحاشية الجلبي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317 هـ، ص 113.
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثالث، (د. ط)، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، (د. ب. ن)، (د. ت. ن)، ص 53.
- (4) عثمان بن المكي التوزري، المرجع السابق، ص 27.
- (5) أبو بكر بن حسن الكشناوي، المرجع السابق، ص 91.
- (6) أبو الحسين أحمد بن مُحمَّد بن جعفر القدوري، التجريد، المجلد الثامن، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2004، ص 3840.

- (7) شرف الدين إسماعيل بن المقرئ، روض الطالب ونهاية مطلب الراغب، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، الكويت، 2013، ص 970.
- (8) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 280.
- (9) ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد الثامن عشر، الطبعة الثانية، (د. د. ن)، المملكة العربية السعودية، 1432 هـ، ص 525.
- (10) سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، (د. د. ن)، سوريا، 1996، ص 1217.
- (11) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثاني والأربعون، الطبعة الأولى، (د. د. ن)، الكويت، 2004، ص 139.
- (12) عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكلبولي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، محمد بن علي بن محمد الحصني، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى في شرح المنتقى، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 502.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، مكتبة الصفا للنشر، مصر، 2005، ص 29.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1986، ص 131.
- (13) أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد الثامن، الطبعة الأولى، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 132.
- (14) نصير الدين محمد بن عبد الله السامري، المستوعب، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، (د. د. ن)، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 151.
- (15) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، 1982، ص 331.
- (16) أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، المرجع السابق، ص 131 - 132.

- (17) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 197336، قرار بتاريخ 16 / 06 / 1998، قضية: (م. م) ضد: (م. م)، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، السنة 2001، ص 284.
- (18) مالك بن أنس، الموطأ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، حديث رقم 1685، ص 632 - 633.
- (19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس: العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 12.
- (20) موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة، الجزء السادس، (د. ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 21.
- (21) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 440.
- (22) نصير الدين مُجَّد بن عبد الله السامري، المرجع السابق، ص 151.
- (23) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 13 (الهامش رقم 3).
- (24) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 13.
- (25) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 13 (الهامش رقم 3).
- (26) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معزراً بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص 60.
- (27) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 15 (الهامش رقم 1).
- (28) شمس الدين أحمد بن قودر، أكمل الدين مُجَّد بن محمود البابرتي، سعد الله بن عيسى، المرجع السابق، ص 113.
- (29) أبو الحسين أحمد بن مُجَّد بن جعفر القدوري، المرجع السابق، ص 3840.
- (30) خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، (د. ط)، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1922، ص 240.

- (31) شمس الدين مُجَّد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص 522.
- (32) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (د. د. ن)، (د. ب. ن)، 1956، ص 117.
- (33) سورة الروم، الآية 39.
- (34) أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص 29.
- (35) أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص 28.
- (36) سورة المدثر، الآية 6.
- (37) أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، الجزء التاسع عشر، ص 49.
- (38) أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجزء التاسع عشر، المرجع السابق، ص 49 - 50.
- (39) أبو عبد الله مُجَّد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، (د. ط)، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1998، حديث رقم 2585، ص 489.
- (40) أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي، مسند الحميدي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار السقا للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1996، حديث رقم 1082، ص 237.
- (41) مالك بن أنس، المرجع السابق، حديث رقم 1477، ص 527.
- (42) شمس الدين مُجَّد بن الخطيب الشريبي، المرجع السابق، ص 522.
- (43) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص 117.
- (44) أبو مُجَّد الحسين بن مسعود بن مُجَّد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص 530.
- (45) أبو بكر مُجَّد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، المجلد السادس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي للنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص 449.
- (46) قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.
- (47) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 132.

- (48) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع السابق، ص 53.
- (49) شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني عشر، (د. ط)، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1989، ص 79.
- (50) عثمان بن المكي التوزري، المرجع السابق، ص 27.
- (51) أبو مُجَدَّ عبد الوهاب علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 499.
- (52) كمال الدين أبي البقاء مُجَدَّ بن موسى بن عيسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، دار المنهاج للنشر والتوزيع، (د. ب. ن)، 2004، ص 567.
- (53) المرجع نفسه والصفحة.
- (54) أبو مُجَدَّ الحسين بن مسعود بن مُجَدَّ بن الفراء، المرجع السابق، ص 530.
- (55) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص 116.
- (56) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص 116.
- (57) موفق الدين أبي مُجَدَّ عبد الله بن أحمد بن مُجَدَّ بن قدامة، المرجع السابق، ص 280.
- (58) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص 116.
- (59) مُجَدَّ تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996 - 1997، ص 161.
- (60) المرجع نفسه، ص 161 - 162.
- (61) عثمان بن المكي التوزري، المرجع السابق، ص 27.