Al-rafidain of Law (ARL)
www.alaw.mosuljournals.com

Gift properties attached to the sales contract

Abdel Moneim Fares Abdel Aziz[1]
Assistant Commander of Nineveh Operations
abdulmounam87@gmail.com

Fathi Ali Fathi[2]
College of Law/ University of Mosul
fathilaw@uomosul.edu.iq

Article information
Article history
Received 22 July, 2020
Revisit 27 August, 2020
Accepted 29 December, 2020
Available Online 1 September, 2024

Keywords:
- Gif
- Attached
- The contract of sale
- Dedicated to him

Correspondence:
Abdel Moneim Fares Abdel Aziz
abdulmounam87@gmail.com

Abstract

Today the market is promoting the gift attached to the contract of sale of all kinds, and even if it reaches its provider until it makes it in most of the contracts that it enters into, and this gift has characteristics that you will enjoy, so what are the characteristics of the gift that is attached to the sales contract from other contracts of other donations? Dealing with it legally and legally, and it is based on the consideration of the person as in the donation contract? And it must have controls in order to make it permissible to deal with it legally and legally, so what are those controls that make the gift attached to the contract of sale legitimate and correct to deal legally and legally?

Doi: 10.33899/alaw.2024.184558
© Authors, 2024, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

خصائص الهدية المرفقة بعقد البيع

عبد المنعم فارس عبد العزيز
معاون قائد عمليات نينوى

فتحي علي فتحي
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ٢٢ تموز، ٢٠٢٠

التعديلات ٢٧ آب، ٢٠٢٠

القبول ٢٩ كانون الأول، ٢٠٢٠

الكلمات المفتاحية

- هدية
- مرفقة
- عقد البيع
- مهدى
- مهدى إليه

المستخلص

اصبح السوق اليوم يروج للهدية المرفقة بعقد البيع بكل انواعها، وحتى ان وصل بمقدمها الى ان يجعلها في اغلب العقود التي يبرمها، ولهذا الهدية خصائص تستم بها، فما تلك الخصائص التي تتميز بها الهدية المرفقة بعقد البيع عن سائر عقود التبرعات الاخرى ؟ التعامل بها شرعاً وقانوناً و انها تقوم على الاعتبار الشخص كما في عقد التبرع ؟ ، كما يجب ان يكون لها ضوابط لكي تجعلها جائز التعامل بها شرعاً وقانوناً، فما تلك الضوابط التي تجعل الهدية المرفقة بعقد البيع مشروعة وصحيح التعامل فيها شرعاً وقانوناً؟

المقدمة

اولاً:- مدخل تعريف عن الموضوع

ان الهدية المرفقة بعقد البيع من العقود العصرية التي استحدثت في عصرنا هذا، اذ يلجأ لتقديمها البائعون من اجل جذب المتعاقدون لأبرام العقد معهم او لتحفيزهم على شراء السلع، ولحداثة هذا النوع من العقود وخلو التشريعات والنصوص من بيان احكامه وما فيه من خصائص و ميزات دفعنا الى البحث في هذا الموضوع وتسليط الضوء عليه، اذ انها اتسمت بخصائص خاصة بكل صور التي تكون تحت مظلة عقد البيع، فلا يمكن ان تكون العمومية في الخصائص على جميع الصور، فكل صورة من الهدايا تتخذ خصائص خاصة بها، وكذلك هو الحال في الاسباب والاهداف او الاغراض التي دعت الى تقديمها من قبل المهدي الى المهدى له، كما انها تختلف عن الوصية والوقف والعارية ام انها ليست الا الفاظ تشتبه بها وتختلف عن الهدية المرفقة بعقد البيع، كما ان لها ضوابط يجب ان تتسم بها لتجعل الهدية المرفقة بعقد البيع جائزة شرعاً وقانوناً.

ثانياً:- اهمية الموضوع وسبب اختيار الموضوع

كثرت التعاملات التي اعدها البائعون للمشتري وقد اختلفت الهدايا في للترغيب على ابرام العقد وشراء السلع، مع قصور في القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ عن تنظيم احكام هذه العقود في نصوصه، وكان لاشك في بيان خصائص الهدية التي ترافق عقد البيع وتسليط الضوء على تلك الخصائص ، مع بيان الالفاظ الاخرى التي قد تشتبه بها والتفصيل في ذلك، ودعوة المشرع العراقي للأخذ به.

ثالثاً:- التساؤلات في البحث

١- هل خصائص الهدية المرفقة بعقد البيع هي خاصة بالهدية ام انها خصائص عامة كسائر عقود التبرع الاخرى؟

٢- هل ان الهدية المرفقة بعقد البيع تقوم على الاعتبار الشخصي كسائر عقود التبرعات الاخرى ام لا؟

٣- هل ان لجوء التجار الى استخدام هذا النوع من العقود اي(الهدية المرفقة بعقد البيع) تعد من المنافسات المشروعة ام لا؟

٤- ما هي الضوابط التي تجعل الهدية المرفقة بعقد البيع مشروعة وصحيح التعامل فيها قانوناً؟

رابعاً:- اهداف البحث

يهدف البحث بالدرجة الاساسية الى مناقشة وتحليل النصوص القانونية والاطلاع على اراء الفقهاء وبيان مدى تطبيقها على محل الدراسة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة الاخرى بهدف الوصول الى اسس يمكن القيام عليها لتحديد خصائص و ضوابط الهدية المرفقة بعقد البيع مع تمييز الهدية عن الالفاظ التي تشابهها فضلا عن اقتراح نصوص قانونية تعالج احكام الموضوع محل الدراسة في القانون المدني العراقي.

خامساً:- منهجية البحث

سنعتمد في دراستنا ان شاء الله الاسلوب التحليلي المقارن ، من خلال بيان موقف التشريعات من موضوع البحث والمقارنة بينهما وما جاء في الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة، مع الاعتماد على اسلوب الترجيح كما سنحرص على ان تكون مقارنتنا موضوعية وشاملة قدر المستطاع ان شاء الله.

سادساً:- هيكلية البحث

ستكون هيكلية البحث كالاتي :-

المطلب الاول :- خصائص الهدية المرفقة بعقد البيع وتمييزها مما يشتبه بها من الفاظ.

المطلب الثاني:- ضوابط الهدية المرفقة بعقد البيع.

المطلب الاول

خصائص الهدية المرفقة بعقد البيع وتميزها مما يشتبه بها

تتميز للهدية المرفقة بعقد البيع عن غيرها من عقود التبرع بخصائص خاصة تختلف عن التبرعات الاخرى، كما ان هناك الفاظ تشابه الهدية في بعض الخصائص مما يوقع الاخرين في الاعتقاد على انها هدية ملحقة بالمبيع، كما هو الحال في الصدقة والعارية وغيرها من التبرعات التي يقوم بها الاشخاص، وللوقوف على كل هذا نتبع الاتي:-

اولاً:- خصائص الهدية المرفقة بعقد البيع

تتسم الهدية المرفقة بعقد البيع بعدد من الخصائص التي يمكن حصرها بأربعة نقاط، إذ تتميز الهدية بكونها- ١- عقد تبعي ٢- لا تقوم على اساس الاعتبار الشخصي ٣- منافسة مشروعة ٤- كما انها من العقود العينية التي تستند الى القبض[1]، بالاتي:-

١- الهدية المرفقة بعقد البيع (عقد تبعي)

ان للهدية المرفقة بعقد البيع اثر في زيادة معاملات البيع التي يجريها البائع في هذا العقد وهي بذلك تكون بمثابة مرغبات تجارية او بتعبير ادق عبارة عن حوافز ترغيبيه، ولذلك يمكن ان تكون الهدية مرتبطة بالسلع او مفصولة عنها او كانت مستورة داخل علبتها، إذ ان البائع يسعى الى زيادة مبيعاته بشرط ان لا يكون هناك زيادة في ثمن المبيع

(١) ويمكن ان يضاف لها خصيصة خامسة بكونها هدية احتمالية وتبرز هذه الصورة خصوصاً في الهدية عن طريق القرعة او المسابقة ويمكن الرجوع الى الصور التي بيناها سابقاً؛ للمزيد من التفصيل ينظر: مصطفى الزرقا، فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٩٩٣، ص ٥٥١؛ و الشيخ عبد العزيز ابن باز واخرون، فتاوى التجار ورجال الاعمال، ط١، (دار القلم، دمشق| ١٩٩٨)، ص ٥٨، ود. خالد بن عبد الرحمن الجريسي، فتاوى علماء البلد الحرام، ط١، طبعة مؤسسة الجريسي، السعودية، ١٩٩٩، ص ٦٣٦ – ٧١٦؛ و د. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة للقرضاوي، ج٢، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٦١؛ ود. رفيق يونس المصري، الميسر والقمار "المسابقات والجوائز"، ط ١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٣، ص ١٦٧.

كلاً او جزءً لان هذا الامر قد يجعل الزيادة محرمة[١].

ان تعدد اساليب جعل الهدية المرفقة بعقد المبيع لغرض الترويج او الترغيب للسلع والحصول على اكبر عدد من الاشخاص الراغبين في شراءها، ويبرز ذلك من خلال تعدد الصور المرفقة بعقد البيع المبينة سابقاً، ويجب ان نفرق هنا فيما اذا كانت الهدية جزء من المبيع او بعبارة ادق جزء من عقد البيع فأنها تبقى تبعية وينبغي اعطاء التابع حكم متبوعه، إذ لا يمكن تصورها ابتداءً الا بوجود عقد بيع صحيح مستوفي الاركان والشروط

وان المرجع في تحديد المتبوع (تابع) وبين تابع(المتبوع) يبنى على العرف والقصد فان كان الاصل قد بني على اساس او سبب غير مشروع استتبع ذلك ما يلحق به فان كان محل عقد البيع غير مشروع لحق عدم المشروعية بالهدية[٢].

اما اذا كانت الهدية ليست جزء من عقد البيع، إذ ان لها الاستقلالية عن عقد البيع وانها عقد مستقل قائم بأركانه وذاته، وتختلف احكامه عن احكام عقد البيع، اذ ان سيختلف ايضاً من حيث اثاره[٣]، وهو ما جعل لموضوع بحثنا خصوصية.

٢- الهدية المرفقة بعقد البيع (لا تقوم على اساس الاعتبار الشخصي)

ليس للاعتبار الشخصي اثر في استلام الهدية المرفقة بعقد البيع لان البائع عادة يتعاقد مع جميع الاشخاص كأصل عام دون النظر الى شخصية المشتري، إذ ان العقد ينعقد بتوافر الايجاب والقبول، لأنه لو منحت الهدية على اساس الاعتبار الشخصي فان ذلك سيؤدي ابتداءً الى امتناع المشترين عن الدخول الى المحل والشراء منهم لانهم سيشعرون بانهم عوملوا بشكل غير عادل وسنكون امام غش وتدليس صادر من المتعاقد (البائع) ضد

(١) عبدالواحد زاوي، التبعية في الجوائز الترويجية وضمان صلاحية المبيع من منظور الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، (بحث منشور في مجلة حكم الاسلام، العدد ١٠ ،ج٢| ٢٠١٢)، ص١٣٥.

(٢) عبدالواحد زاوي، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٣) نور الدين شريعتمداد الجزائري، بطاقات المسابقات، (مجلة مجمع الفقهي الاسلامي الدولي، العدد ١٤، ج١|٢٠٠٤) ص ٢٤٣.

المتعاقدين الاخرين (المشترين) ونجد ان المشرع العراقي ذكر في قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠،اذ نصت المادة (١٠) على "تحظر اية ممارسات او اتفاقيات تحريرية او شفهية تشكل اخلالاً بالمنافسة ومنع الاحتكار او الحد منها او منعها وبخاصة ما يكون موضوعها او الهدف منها ما يأتي :- اولاً- تحديد اسعار السع او الخدمات او شروط البيع وما في حكم ذلك. ثانياً- تحديد كمية السلع واداء الخدمات. ثالثاً- تقاسم الاسواق على اساس المناطق الجغرافية او كميات المبيعات او المشتريات زيادة العملاء او على اساس اخر يؤثر سلباً على المنافسة ومنع الاحتكار. رابعاً- التصرف او السلوك المؤدي لعرقلة دخول مؤسسات الى السوق او اقصائها عنه او تعريضها لخسائر جسيمة بما في ذلك البيع بالخسارة. خامساً- التواطؤ في العطاءات او العروض في مناقصة او مزايدة ولا يعد من قبيل التواطؤ تقديم عروض مشتركة يعلم فيها اطرافها عن ذلك منذ البداية على ان لا يكون الغاية منها المنافسة غير المشروعة والاحتكار وبأية صورة كانت. سادساً- التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة بالنسبة لأسعار السلع والخدمات او شروط بيعها وشرائها. سابعاً- ارغام عميل لها على الامتناع على التعامل مع جهة منافسة لها. ثامناً- رفض التعامل دون مسوغ قانوني مع عميل معين بالشروط التجارية المعتادة. تاسعاً- السعي لاحتكار مواد معين ضرورية لممارسة جهة المنافسة لنشاطها او شراء سلعة او خدمة معينة بالقدر الذي يؤدي الى رفع سعرها في السوق او منع انخفاضه. عاشراً- تعليق البيع او تقديم خدمة بشراء سلعة او سلع اخرى او بشراء كمية محددة منها او بطلب تقديم خدمة اخرى. حادي عشر- ارغام جهة او طرف او حصول أيا منهما على اسعار او شروط بيع او شراء خاصة غير مبررة بشكل يؤدي الى اعطائه ميزة في المنافسة او الى الحاق الضرر به".

ونستنج ان المشرع العراقي قد حظر أي ممارسة او اتفاقية تشكل اخلالاً بالمنافسة ومنع الاحتكار وخصوصاً ا

اذا كان الغرض منها التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة، كما فرض المساواة بين المستثمرين بجميع المزايا والتسهيلات..

كما ان اشتراط الاعتبار الشخصي في العقد يرتب عليه اثار او احكام اخرى منها ابتداءً ان لاحد الطرفين ان يطلب تنفيذ العقد جبراً اذا كان تنفيذه ممكناً وتحققت الشروط

المتحققة بشروط التنفيذ العيني الجبري[١]، إذ يشترط فيه ان يكون شخصية المدين محل اعتبار، ومن ثم يستطيع المشتري ان يطلب من البائع القيام بالالتزامات المترتبة عليه لأنه لولا تدخله ما انعقد العقد.

كما ان اشتراط الاخذ بالجانب الشخصي في العقد سيضيق من نطاق انعقاد هذا العقد كما انه سيفسح المجال للمطالبة بتعويض اذا ما امتنع احد الاطراف عن القيام في الالتزامات المترتبة عليه وهذا سيأخذنا الى فسخ العقد بين الاطراف، وهذا ما يتنافى مع فكرة الترويج للبضاعة او السلعة.

٣- الهدية المرفقة بعقد البيع هي (منافسة مشروعة)

ان الهدية المرفقة بعقد البيع يجب ان تخلو من الاشياء التي تخرجها من مشروعيتها فقها وقانوناً، اي انها لا تضر بالتجار الاخرين، ويلجأ اليها مروجيها الى تحفيز المهدى له على التعاقد وابرام العقد، ولا يمكن للهدية المرفقة بعقد البيع ان تلحق بالبائعين الاخرين اي اضرار ولا في المعاملات الاخرى، اذ انها من فبيل المنافسة المشروعة في ترويج السلع والخدمات والبضائع، وان العقود تكون مباحة بشكل عام ما لم يقم دليل على حرمتها[٢].

٤- الهدية المرفقة بعقد البيع (عقد عيني)

ان الهدية المرفقة بعقد البيع هي من العقود العينة التي تستند الى القبض، وان الاصل في عقود البيع انها عقود رضائية تنعقد بمجرد الايجاب والقبول دون الحاجة الى اتخاذ شكلية

(١) المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، المعدل النافذ، و التي نصت على: "اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعا عن ذلك".

(٢) مصطفى القرداغي، فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الاسلامية، ج٢، (دار البشائر الاسلامية، بيروت| ٢٠٠٥)، ص ٨٤٦.

معينة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[١] فعقد البيع من العقود الرضائية التي يقتضي فيها انتقال ملكية المبيع منذ لحظة انشاء العقد، مع ذلك فان الهدية وان كانت تلحق بعقد البيع فهي لا تنتقل الا بالقبض، ويتضح هنا ان القبض في الهدية كالقبض في المبيع إذ انه في الاخير يكون حكماً تبعياً واجب لكي يتمكن المتعاقد الاخر من الانتفاع بما تعاقد عليه (المبيع) ولهذا القبض دور مهم في تقييد البائع والمشتري في المبيع اذا لم يتم قبضه او تسليمه[٢] وذات الحكم يتعلق بالهدية الملحقة بعقد البيع فحكمها تبعي وتلحق بعقد البيع متى تم على انه قد يتوجب الحاقها بالمبيع اذا كان هناك شروط لتمليكها، إذ ان الشرط هو امر مستقبلي غير محقق الوقوع وفي هذه الحالة لا يقبض المشتري الهدية الا اذا تحقق الشرط المتعلق بيه[٣].

وخلاصة القول التي نستطيع الخروج بها ان للهدية المرفقة بعقد البيع خصائص منها ان لا تقوم على الاعتبار الشخصي وهي عقد تبعي وتعد من طرق المنافسة المشروعة، لذا نامل من المشرع العراقي النص على انه:- **(تعد الهدية من قبيل المنافسة المشروعة، وتتميز بكونها عقد تبعي وغير قائم على الاعتبار الشخصي).**

(١) وتتطلب الشكلية في عقد نقل الملكية في موجب النصوص الواردة في المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون" وكذلك في حالة بيع المركبات، إذ لا تتنقل الملكية الا بتسجيلها في الدائرة المختصة ولمزيد من التفصيل ينظر: د. جعفر الفضلي، العقود المسماة، ط ٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون ١٩٨٩، ص٨٠.

(٢) نوفل مشرف حردان، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٠٤)، ص ١٥.

(٣) المادة (٢٨٥) القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١،المعدل النافذ، والتي نصت على: "العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير متعلقة على شروط ولا مضافة الى وقت مستقبل، ويقع حكمه في الحال".

ثانياً:- تمييز الهدية المرفقة بعقد البيع مما يشتبه بها من الفاظ

ان عقد الهدية الملحقة بالمبيع تشتبه في بعض التصرفات الخاص بالتبرعات، اذ ان لها اوجه في الاختلاف والتشابه مما يشابهها من الالفاظ، و لمعرفة الهدية وما يشتبه بها من التصرفات القانونية، وذلك يكون بالتعرف على الهدية لغة وما يشتبه بها من الالفاظ ايضاً وسيكون على النحو الاتي:-

١- **الهدية والوصية:** الهدية في اللغة ما يُهدى لأحد إكراماً، وتكون بين شخصين كل منهما على قد الحياة". فقد عرفها الاصطلاحين على انها "تمليك عين بلا عوض مع النقل إلى مكان الموهوب له إكراماً، وهي تمليك في الحياة"[١].

الوصية فهي "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع"[٢] وذهب السرخسي الى ان الوصية "تبرع بعد الموت"[٣].

ان وجه التشابه بين الوصية والهدية تكمن صفتها التبرع والعطية، الا انهما اختلافا في امور عديدة ومنها :-

أ- الهدية تصرف في حالة الحياة، بينما الوصية هو تصرف مضاف الى ما بعد الموت.

ب- يصح للإنسان في الهدية ان يهدي جميع امواله[٤]، بينما في الوصية فلا يمكن للموصي ان يوصي بأكثر من ثلث التركة الا بإجازة الورثة.

---

(١) ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابد، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٥، (دار الطباعة، مصر)، ص٦٨٧.

(٢) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج، ج ٢، (دار الفكر، بيروت)، ص ٣٩٦- ٣٩٧.

(٣) شمس الدين السرخسي، المسبوط، ج٣، (دار المعرفة، بيروت)، ص ٢١٣.

(٤) راي جمهور الفقهاء "في جواز هبة جميع الاموال، وشذ عن هذا الراي بعض محققي المذهب الحنفي محمد بن الحسن: لا يصح التبرع بكل المال ولو في وجوه الخير, وعدوا من يفعل ذلك سفيها يجب الحجر عليه"؛ لمزيد من التفصيل ينظر الى: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٨، دار الفكر،=

ج- الهدية لا يجوز الرجوع فيها باتفاق جمهور الفقهاء، بينما الوصية فيجوز الرجوع فيها مادام الموصي على قيد الحياة.

د- الهدية تصح للجميع ومنهم الورثة، بينما الوصية لا تصح للورثة وهذا ما اكده الرسول صل الله عليه وسلم في حديث هِشَامُ بن عَمَّارٍ ثنا إسماعيل بن عَيَّاشٍ ثنا شُرَحْبِيلُ بن مُسْلِمٍ الْخَوْلَانِيُّ سمعت أَبَا أُمَامَةَ الْبَاهِلِيَّ يقول سمعت رَسُولَ اللَّهِ "يقول في خُطْبَتِهِ عَامَ حِجَّةِ الْوَدَاعِ إِنَّ اللَّهَ قد أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ"(١).

٢- الهدية والصدقة

عرفت الصدقة لغة على انها "ما أعطيته في ذات الله تعالى"، وفي اصطلاح الفقهاء "تمليك شيء بغير عوض في حياة الإنسان، ويبتغي بها ثواب الآخرة"(٢).

نرى أن الهدية والصدقة يتفقان من ناحية التمليك ويدخل كل منهما تحت مسمى البر، بينما يختلفان من امور اخرى منها :-

أ- من ناحية نية التمليك او العطية فإذا ملّك إحداها لشخص آخر باسم الإكرام فهي هدية، إن ملّكها لمحتاج بغية ثواب الآخرة فهي صدقة .

ب- تكون الصدقة فريضة على المسلمين، بينما الهدية فعل مندوب للأشخاص.

ت- الصدقة تعطى لأشخاص محددين(٣)، بخلاف الهدية فتكون للجميع دون النظر الى الاشخاص.

=بيروت، ١٩٩٥، ص٢٠٤؛ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧١، ص ٢٤١.

(١) محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجة، ج ٢، (دار الفكر، بيروت)، رقم الحديث ٢٧١٣، ص ٩٠٥.

(٢) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغنى المحتاج، ج٢، ، (دار الفكر، بيروت) ، ص٣٩٧.

(٣) نرى ان الآية الكريم حددت الاشخاص الذين يستحقون الصدقة في اكثر من موضع لكن حددت، الآية ٦٠ من سورة التوبة "إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا=

٣- الهدية والعارية

عرفت العارية من التعاون بمعنى التداول في لغة العرب، وفي اصطلاح الفقهاء هي "إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه"[١]، وعرفها بن ادريس الشافعي على انها "تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض وهي لمنفعة فيها للمستعير"[٢].

يتفقان الهدية والعارية بانه تمليك بدون عوض بينما يختلفان في عدة امور وهي :-

أ- الهدية يكون التمليك فيها على عين الشيء، بحلاف العارية فأنها ترد على المنفعة فقط.

ب- الهدية ترد على جميع الاصناف حتى الاشياء التي تستهلك كالأطعمة وغيرها، بخلاف العارية لأنها واجبة الرد بعد انتهاء الانتفاع وهذا لا يتحقق مع الاشياء التي تكون قابلة للاستهلاك[٣].

=وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ".

(١) محب الدين محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٢، (طبع دار الفكر، بيروت| ١٤١٤ هـ)، ص ٢٣٤.

(٢) الامام ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج ٧، ط ٢ ، (دار المعرفة، بيروت| ١٣٩٣ هـ)، ص ٩٦.

(٣) المادة(٨٤٧) من القانون المدني العراقي، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة الا بالقبض"؛ والمادة (٦٣٥) من القانون المدني المصري، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "العارية عقد يلتزم به المعير أن يُسلّم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معيّنة أو في غرض معيّن على أن يردّه بعد الاستعمال"؛ والمادة(١٨٧٥) من القانون المدني الفرنسي، لسنة ١٨٠٤ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "تشكل عارية الاستعمال عقداً يسلم بموجبه احد الطرفين شيئاً الى الطرف الاخر كي يستعمله ان يرد اليه الشيء ذاته بعد استعماله".

٤- الهدية والوقف

عرف الوقف لغة على انه "الحبس" وفي اصطلاح الفقهاء هو "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح"[١]، وقال عنه بن قدامة الشافعي على انه (تحبيس الاصل و تسبيل المنفعة)[٢].

يتفقان الوقف والهدية في انتفاع الغير في المعطى لكنهما يختلفان في امور اخرى منها:-

أ- الهدية ترد على ذات العين، بينما الوقف يرد على منفعة العين.

ب- الهدية تؤدي الى زوال ملك الواهب في الشيء المهدى، بخلاف الوقف اذا يبقى الموقوف على ملك الواقف[٣].

٥- الهدية والرقبى

عرف الرقبى لغة على انها "المراقبة والانتظار، فإذا قال له: هي لك رقبى مدة حياتك فكان له ذلك مدة حياتهما.

كما عرفها الاصطلاحين على انها "جعل المالك شيئاً يملكه لشخص آخر مدة حياتهما، بشرط الاسترداد إذا مات الموهوب له قبل الواهب"[٤].

يتفقان الهدية والرقبى في التمليك عين الشيء، لكنهما في نفس الوقت يختلفان عدة امور منها:-

---

(١) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج، ج٢، مصدر سابق، ص ٣٧٦

(٢) الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٥، ط١، (دار الفكر، بيروت| ١٤٠٥ هـ)، ص ٣٤٩.

(٣) حسن محمد بوردى، موانع الرجوع في الهبة، (دار الكتب القانونية، مصر|٢٠٠١)، ص ٤٤-٤٦.

(٤) الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٦، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

أ- الهدية يكون التمليك فيها قائم على التأبيد، بينما نجد الرقبى التمليك فيها قائم على التأقيت فتمليك الشيء في الرقبى موقف على حياة احد اطرافها.

ب- الهدية لا يجوز اعادتها باتفاق جمهور الفقهاء الا اذا كانت بين الوالد وابنه بينما الرقبى تعود الى مالكها او ورثتهم في حالة موت احد اطرافها.

٦- الهدية و العمرى

عرفت العمرى لغة من أعمرته الدار أي: جعلته يسكنها طوال عمره، وفي الاصطلاح "جعل شخص داره لشخص آخر مدة عمر ذلك الشخص بشرط رجوع الدار إلى المعمر أو لورثته إذا مات المعمر والشخص المعمر له"[١].

يتفق الهدية والعمرى في التمليك والمنفعة لكن يختلفان بعدة امور ومنها :-

أ- الهدية ترد على جميع الاشياء العين الباقية والعين المستهلكة، بخلاف العمرى فأنها ترد على الاعيان الباقية كالدار.

ب- الهدية التمليك فيها قائم على التأبيد، بخلاف العمرى التمليك قائم على التأقيت فيرجع العين اذا مات احد اطرافه.

٧- الهدية و الهبة

الهبة لغة هي من وهب الشيء يهبه وهباً ووهبه أي اعطاه بلا عوض فهو واهب[٢]، وعرفها الاصطلاحين، إذ عرفها الحنفية[٣] الهبة بأنها تمليك العين بلا شرط العوض في

(١) الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص ٦٨٦.

(٢) ابراهيم مصطفى واحمد الزنات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، معجم الوسيط، ج١، (مكتبة الشروق الدولية، القاهرة| ٢٠٠٤)، ص ١٠٥٥٩.

(٣) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع ، ج٤، ط ٢، (دار الكتاب العربي، بيروت|١٩٨٢)، ص ١٧٤.

الحال[١]، وهذا يعني أن الشخص الذي يملك عيناً معينة، يحق له أن يملكها غيره بدون عوض مالي، ولكن يجوز للمالك أن يهب تلك العين بشرط أن يأخذ عوضاً وهي الهبة بشرط العوض مثال ذلك أن يقول الواهب للموهوب له: وهبتك هذا الدار بشرط ان تعطيني مائة جنيه[٢]، وعرفها الحنابلة[٣] بأنها تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض[٤].

يتفقان الهدية والهبة في أنهما تبرعٌ في الحياةِ لأي صديق أو حميم، غنيّ كان أو فقير، بقصد تحقيق المودة والتحاب في الله تعالى، فلو كان المقصود شيئا آخر، كأن يكون الإهداء لصديق من أجل منصبه وعمله، أو بقصدِ تحصيل غرض دنيوي أو استكثار مادي فهو مذموم كما قال تعالى: ﴿ وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ ﴾[٥]، وقد يكون رشوة محرمة شرعاً، ويحاسب عليها الشرع والقانون.

بينما يختلفان في الشيء المهدى، فإذا كان عينًا باقية فهو هبة، وإن كان عينًا قابلة للاستهلاك فهو هدية، ومعنى العين الباقية: هي التي لا يزول ذاتها بمجرد الاستعمال

---

(١) ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابد، رد المختار على الدر المحتار والمعروف بحاشية ابن عابدين، ج ٤،(دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت| ٢٠٠٠)، ص ٥٣٠.

(٢) ينظر: المادة (٧٧) والتي نصت على تعريف الهبة بانها: "الهبة تمليك العين بلا عوض وقد تكون بعوض)"، من محمد قدري باشا، المرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، "في المعاملات الشرعية على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الامم الاسلامية"، نظارة المعارف العمومية، القاهرة، ١٨٩٠؛ خلافاً للمادة (٦٠١) من قانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ والت عرفت الهبة على انها: "الهبة هي تمليك مال لأخر بلا عوض".

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، الروض المربع شرح زاد المستقنع، (دار المؤيد مؤسسة الرسالة، بيروت| ١٩٩٣)، ص ٤٦٠.

(٤) الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

(٥) سورة المدثر اية (٦).

كالعقار والأثاث ووسائل الركوب ونحوها، **الا ان الوضع الغالب يؤكد بان الهدية هي صورة من صور الهبة.**

المطلب الثاني

ضوابط الهدية المرفقة بعقد البيع

ان للهدية المرفقة بعقد البيع احكام تمس بالصلة بعض المعاملات المالية كالرهان والجعالة والقمار والميسر وغيرها من المعاملات التي نهى الشرع الالهي التعامل بها، إذ كان من الاهمية البحث في هذه الضوابط الشرعية للهدية بشكل عام لكي تكون واضحة لمن لديه الرغبة في الخوض في هذا الموضوع والضوابط الخاصة التي تخص الهدية بعقد البيع لكي نتجنب الوقوع في المعاملات التي نهى عنها الشارع وابطلها المشرع الوضعي، وعلى النحو الاتي:-

١- ان تكون الهدية خالية من القمار

ان القمار في اللغة تقامروا: لعبوا القمار، اي راهنه، و قميرك: الذي يقامرك عن ابن جني، وجمعه أقمار عنه أيضا[١] وعرفه الاصطلاحين على انه مصدر قامر هو كل لعب يشترط فيه غالبا أن يأخذ الغالب شيئا من المغلوب وأصله أن يأخذ الواحد من صاحبه شيئا فشيئا في اللعب ثم عرفوه بأنه تعليق الملك على الخطر والمال في الجانبين[٢] وقالوا ايضا هو التردد بين الغنم والغرم[٣].

(١) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٥، ط ١، (دار المعارف، القاهرة |٢٠٠٣)، ص ١١٥.

(٢) محمد عميم الإحسان المجدي البركتي، قواعد الفقه، ج١، ط١،(الصدف بلشرز – كراتشي| ١٩٨٦)، ص ٣٤٣.

(٣) محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد ،الوسيط، ج٧، ط١،(دار السلام، القاهرة |١٤١٧)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم , محمد تامر، ص ١٧٨.

ان هذا التعريف الشائع عند اغلب الفقهاء ويمكن حمل تعريفهم على ان المراد من القمار[١]، هو علاقة مخاطرة او المنافسة بين الطرفين اذا غنم فيها احدهما وغرم الاخر، ويجب ان تكون موضوع الهدية المرفقة بعقد البيع او الهدايا الترويجية خالية من القمار والا اصبحت محرمة على القابل والمعطي ويكون اثماً كل من تعامل بها وهذا ما اكدته الشريعة الاسلامية بقول الله سبحانه وتعالى في محكم التنزيل (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[٢]، وما ورد في الحديث الشريف حدثنا عبد اللَّهِ بن مُحَمَّدٍ أخبرنا هِشَامُ بن يُوسُفَ أخبرنا مَعْمَرٌ عن الزُّهْرِيِّ عن حُمَيْدِ بن عبد الرحمن عن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قال رسول اللَّهِ صل الله عليه وسلم من حَلَفَ فقال في حَلِفِهِ وَاللَّاتِ وَالْعُزَّى فَلْيَقُلْ لَا إِلَهَ إلا الله وَمَنْ قال لِصَاحِبِهِ تَعَالَ أُقَامِرْكَ فَلْيَتَصَدَّقْ[٣].

ان للهدية المرفقة بعقد البيع صور عديدة، اذ قد يرفق بعقد البيع بعض الهدايا المنظمة من خارج الضوابط، ولبيان حكم الهدية ان كانت مشروعة يجب النظر الى امرين وسنبينهما تباعاً:-

أ- تحديد حكم الهدية من خلال الجهة المانحة

ان بعض الهدايا المرفقة بعقد البيع لو نظرنا الى الجهة المانحة اليها نرى بأنها تدخل المعاملات التي تشتمل القمار وهذا ما نهى عنها الشرع الاسلامي وما ذهب اليه بعض الفقهاء وان هناك صور اخرى اجازها باتفاق جمهور الفقهاء.

اما الصور التي اجازها وهي الهدايا التي تقدم من قبل طرفاً اجنبياً عن المسابقة من الامام او غيره او احد الرعية او اي جهة معينة كالمؤسسة او شركة او غير ذلك فقد اجاز

(١) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، ج٢، (دار الفكر، بيروت| ١٤١٢)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ص ٥٤٦؛ و محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٢٨٧؛ وعون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحق العظيم آبادي، ج٧، ط٢، (دار الكتب العلمية، بيروت| ١٩٩٥م)، ص١٧٦.

(٢) سورة المائدة، اية (٩٠).

(٣) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج٤، ط٣، (دار ابن كثير، بيروت |١٩٨٧م)، ص ١٨٤١.

بذل الهدية فيها وقبولها دون اي شك[١]، كما اجازوا بذل الهدية المقدم من احد المتسابقين كالذي يقول انا اعطيك كذا اذا قمت بعمل معين وظفرت به وانا ليس لي عليك شيئاً فهذه الصورة ايضا اجازها جمهور الفقهاء[٢]، وقد اختلفوا في تحديد الهدايا المقدمة من جميع المتسابقين اي يشترك جميع المتسابقين في ثمن او قيمة الهدية فمنهم من ذهب الى جوازها اذا دخل فيها طرف ثالث (المحلل)[٣] واذا لم يدخل الطرف الثالث اعدوها قماراً واستدلوا

(١) الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ١٣، مصدر سابق، ص ٤٠٨.

(٢) اجاز تقديم و قبول هذا النوع من الهدايا والجوائز جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية و الشافعية والحنابلة، للمزيد من التفصيل ينظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، مصدر سابق ،ص ٣٠٦؛ و محمد بن عبد الرحمن المغربي ابو عبد الله، مواهب الجليل، ج ٣، ط٢، (دار الفكر، بيروت| ١٣٩٨هـ)، ص ٣٩١؛ وأحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، مصدر سابق، ص ٤٢٢؛ ومصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب اولى النهي في شرح غاية المنتهى، ج ٣، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م، ص ٧٠٦.

(٣) ذهب جمهور الحنفية و بعض المالكية والشافعية و جمهور الفقهاء على اجازة هذا النوع من الهدايا والجوائز بإدخال المحلل لهذه الهدية او الجوائز، للمزيد من التفصيل ينظر: الامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ١٣، مصدر سابق، ص ٤١٣؛ و علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٣، ط١، (دار الكتب العلمية، بيروت| ١٩٨٤م)، ص ٣٤٨؛ و يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط١، (دار الكتب العلمية، بيروت| ١٤٠٧هـ)، ص ٢٢٤؛ و أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، مصدر سابق، ص ٤٢٢.

بادله ومنهم من لم يجيزوا وعدوا قماراً حتى وان ادخلوا الطرف الثالث (المحلل)[١] ومنهم من اجاز التعامل بها ولم يحرم التعامل بها[٢].

ب– تحديد حكم الهدية من خلال بذل المال

ذهب بعض الفقهاء باتجاه ان الهدية المرفقة بعقد البيع ما هي الا ضرب من ضروب المقامرة، إذ ان المشتري يبذل مالاً للحصول على سلعة، وقد يحصل معها على هدية او قد لا يتحقق حصوله على الهدية فهو بين غُنْم بتحصيل الهدية وبين غُرْم بفواتها عليه مما يثير البغيضة والكراهية والحسد بين الناس لحصول بعض المشاركين دون آخرين وهو عين الميسر أو القمار الذي نهى عنه الشرع[٣] ويعد اصحاب هذا الراي ان الميسر (القمار) قد تحقق في هذا النوع من الهدايا الترويجية اذا انه لا يخلو الداخل فيه من ان يكون غانماً او غارماً – وتحريم الميسر اصل من اصول الشريعة الاسلامية[٤].

إن العقد يصح ان يرد على أي شيء اخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام والآداب العامة[٥]، إذ ان لعب القمار هو امر مجرم بموجب قانون

(١) وكان اصحاب هذا الراي بعدم اجازة هذا النوع من الهدايا وعدوه قمارا وبذ الهدية او الجائزة فيه حرام ومن يتعامل بها كقابض و معطي اثم وهذا كان المشهور من مذهب الامام مالك، للمزيد من التفصيل ينظر: أحمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٢، (دار الفكر، بيروت) ، ص ٢١٠.

(٢) هذا الراي يتبناه شيخ الاسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم وغيرهم، للمزيد من التفصيل ينظر: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج ١، ط ١، (مكتبة المعارف، الرياض| ١٤٠٥هـ)، ص ٣٩٢؛ وأحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، الفروسية، ط ١، (دار الأندلس، السعودية| ١٩٩٣)، ص ٢٢٨.

(٣) سورة المائدة، اية (٩٠) بقوله سبحانه وتعالى "يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون".

(٤)محمد عبدالله الشباني، الجوائز والترويج السلعي من المنظور الاسلامي، (بحث منشور بمجلة البيان، عدد (١٠٥)| ١٩٩٦)، ص ٥٩.

(٥) المادة (٧٥) من القانون المدني العراقي، رقم(٤٠)، لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او للآداب".

العقوبات العراقي رقم لسنة ١١١ لسنة ١٩٦٩ الذي نص في المادة (٣٨٩) منه على: "١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد عن مائة دينار وبإحدى هاتين العقوبتين كل من فتح او ادار محلاً للعب القمار واعده لدخول الناس وكذلك كل من نظم العاباً من هذا القبيل في محل عام او محل مفتوح للجمهور او في محل او منزل اعد لهذا الغرض"، ولذلك فان هذا الشرط يتفق مع احكام القواعد العامة في القانون المدني التي نصت على عدم جواز ايراد العقد على مخالف للقانون او مخالف للنظام او الآداب العامة، ومن ثم فان توافرت كلا الضابطين كنا امام لعب قمار وهو ما جرمه قانون العقوبات ومن ثم نكون امام عقد باطل(١).

٢- ان تكون الهدية خالية من الغرر

الغرر في اللغة حمل النفس على الغرر، وقد غرر بنفسه تغريرا و تغرة(٢)، ويقال غرر بنفسه وماله أي عرضها للهلكة من غير ان يعرف(٣)، وعرفه الاصطلاحيين على انه ما يكون مستور العاقبة(٤).

بينما قد نهى الشارع عن الغرر لما فيه جهالة والمخاطرة في الاموال فقد نهى الرسول الكريم في البيع في الغرر(٥) نهى الشارع عن الغرر في عقود المعاوضات لأنه ينشأ

(١) المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، المعدل النافذ، والتي نصت على: "يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً".

(٢) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسنان العرب، ج٥، مصدر سابق، ص ١٤.

(٣) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، قاموس المحيط، ط ٨ ، (مؤسسة الرسالة| ٢٠٠٥)، ص ٥٧٧.

(٤) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٣، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٥) حديث أبو بَكْرِ بن أبي شَيْبَةَ حدثنا عبد اللَّهِ بن إِدْرِيسَ وَيَحْيَى بن سَعِيدٍ وأبو أُسَامَةَ عن عُبَيْدِ اللَّهِ ح وحدثني زُهَيْرُ بن حَرْبٍ واللفظ له حدثنا يحيى بن سَعِيدٍ عن عُبَيْدِ اللَّهِ حدثني أبو الزِّنَادِ عن الْأَعْرَجِ عن أبي هُرَيْرَةَ قال نهى رسول اللَّهِ صل الله عليه وسلم "عن بَيْعِ=

العداوة والبغضاء وهذا ما نهى عنه الرسول الكريم والحقوه بسائر المعاوضات المالية وقد ذهب الفقهاء الى ان الغرر المنهي عنه في عقود المعاوضات هو الغرر الفاحش اما الغرر اليسير فيعفى منه لصعوبة الاحتياط منه[١]، فيما نجد هناك اختلاف بين الفقهاء حول وجود الغرر في عقود التبرعات والهبات وقد ذهب جمهور الفقهاء الى الغرر غير مغتفر في عقود التبرعات والهبات [٢]، بينما نجد بان البعض الاخر من مذهب المالكية قد غفر الغرر في عقود التبرعات والهبات كما ذهب بتجاه هذا القول الشيخ ابن تيمية و ابن القيم[٣].

نظم القانون المدني العراقي احكام الغبن مع التغرير بوصفه عيباً مستقلاً عن عيوب الارادة واشترط ان يقترن التغرير بغبن فاحش كي يمنع نفاذ العقد وينتج اثره بوصفه عيب يلحق بالإرادة فيفسد الرضا[٤]، اذ نصت الفقرة الاولى من المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي على "اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغرير لوارثه"، وكذلك نص المادة (١٢٢) من قانون المدني العراقي "اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد"، إذ ان شروط الغرر هي اربعة في القانون

=الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ"، للمزيد من التفصيل ينظر: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم/ كتاب البيوع، ج ٣، (دار الاحياء العربي، بيروت)، رقم الحديث ١٥١٣، ص ١١٥٣.

(١) أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على الصحيح مسلم، ج ١٠، ط ٢، (دار احياء التراث العربي، بيروت| ١٣٩٢هـ)، ص١٥٦.

(٢) قد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى ان الغرر لا يمكن الغفران فيه في عقود التبرعات والهبات و ينظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٧٠؛ ومحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢ ،مصدر سابق، ص ٥١٥؛ والامام موفق الدين ابو محمد عبد الله احمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٨، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٣) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مصدر سابق، ص ٦٦٣.

(٤) عبدالمجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، "مصادر الالتزام"، ط ١، (المكتبة القانونية، بغداد | ١٩٨٦)، ص ٨٥.

العراقي اولها التدليس ويقصد به استخدام وسائل احتيالية بقصد تضليل المشتري او المتعاقد للوصول لغرض غير مشروع وثانيها ان ينتج العقد عن التغرير بما معناه ان المتعاقد لم يكون ليقدم على العقد لولا هذه الوسائل الاحتيالية، وثالثها ان يستخدم احد المتعاقدين التغرير او يكون على علم ان صدر من الغير فان لم ين يعلم به ولم يكن من السهل العلم به وقت ابرام العقد فلا يتوقف العقد، والرابعة ان يقترن التغرير بغبن فاحش.

٣- ان تكون الهدية مشروعة بحد ذاتها

ان تكون الهدية المرفقة بعقد البيع والتي يقدمها المهدي كهدية لا بد ان تكون ترويجية السلع مباحة أي لا تكون من الاشياء التي لا يجوز التعامل فيها، ولا يجوز ان تعطى تلك الاشياء المحرمة كالخمر و لحم الخنزير وكل الاشياء التي نهى الشارع عنها او ما يروج ويشيع الفساد والفجور بين الناس وهذا ما يخالف النظام والآداب العامة.

كما ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي[١] والمصري[٢] والفرنسي[٣] اشترط

---

(١) المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "١ – يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً.٢ – ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة الانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

(٢) المادة(١٣٧) من القانون المدني المصري، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "١- كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يُثبِت ما يدّعيه".

(٣) المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي، لسنة ١٨٠٤ المعدل النافذ؛ والتي نصت على: "ان الالتزام الذي لا سبب له، او له سبب غير صحيح او غير مشروع، لا يمكن ان يكون له اي اثر"؛ والمادة(١١٣٣) من نفس القانون.

ان يكون المحل وسبب الالتزام مشروعاً غير ممنوع قانوناً ومخالفة للنظام العام والآداب العام.

٤- ان تكون الهدية معلومة

ان تكون الهدية المرفقة بعقد البيع المعلومة والتي قدمها المهدي معلوم من قبل المهدى له، لكي يكون العقد صحيح ففي هذه الحالة لا بد ان تكون الهدية جزء من المبيع او كانت عقداً مستقلاً عن المبيع، اما اذا كانت الهدية مجهولة ولا يعلم جنسها من قبل المهدى له فأننا امام محل غير معين تعيناً نافياً للجهالة ويكون العقد باطل.

فان كانت مجهولة، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الهدية المرفقة بعقد البيع من حيث الجهالة فقد انقسموا الى فريقين وكما يلي:-

القول الاول:- ذهب اصحاب هذا الراي[١] الى عدم الجواز واستندوا الى ان هذه العقود يكون فيه غرر، فالمهدى له يقوم بإبرام عقد مع المهدي لشراء السلعة ويجهل ما بداخلها اي انه لا يعلم نوع وجنس الهدية، كما ان المهدي يقوم برفع اسعار السلعة لتغطية قيمة الهدية وهذا يأخذنا الى القمار الممنوع شراعاً، كما انها وسيلة للتبذير والاسراف في الاستهلاك قد يلجأ الناس لشراء ما لا حاجة لهم فيه.

القول الثاني:- اجازة التعامل فيها إذ ذهبت لجنة الافتاء المصرية في الراي الى جواز التعامل لمثل هكذا عقود، ولكن اشترطوا ان لا يكون زيادة في ثمن السلعة بيعت في العقد حتى وان كانت الهدية مجهولة ولا يعلم عنها شيء المهدى له، ولا حرمة في العامل معها كون ان الهدية التي تلحق في عقد البيع تكون من عقود التبرع ولا يشترط العلم بها[٢].

اما في القانون فلم نجد نصوص تشريعية قد خصصت لهذا النوع من العقود، وعلى ذلك يمكننا الرجوع الى القواعد العامة لمعرفة ما حكم هذا النوع من الصور التي تلحق بالعقد.

---

(١) محمد الحامد، ردود على اباطيل وتمحيصات لحقائق دينية ، ج٢، ط٥، (دار الفكر، بيروت| ٢٠٠٤)، ص٢٨٨؛ ود. رفيق يونس المصري، مصدر سابق، ١٦٨.

(٢) اعلام المفتين من سنة١٨٩٥ الى ١٩٩٦، الفتاوى الاسلامية من دار الافتاء المصري، ج٧، (دار الافتاء المصرية، القاهر، مصر، ٢٠١٠)، ص ٢٥٠١.

اما الهدية التي تزيد من ثمن المبيع، ففي هذه الحالة يجب ان نقف عند الزيادة الحاصلة في قيمة المبيع، فقد يتحقق عيب الاستغلال في هذه الصور من الهدية ان كانت هناك زيادة في قيمة الشيء بغبن فاحش، خاصة ان كان المهدى له في حالة طيش او هوى او ضعيفة الادراك او قليل خبرة، ففي حالة تحقق العنصرين الشخصي والموضوعي ونكون امام استغلال لإرادة المهدى له، ففي هذه الحالة يكون للمهدي له المطالبة برفع الاستغلال عنه الى الحد المعقول(١).

بينما ينطق هذه الاحكام على الهدية التي تلحق بالعقد وتكون ظاهرة ويمكن للمهدى له مشاهدتها ومعرفته لأوصافها، اما اذا كانت الهدية مجهولة ولا يعلم المهدى له عنها شيء ففي كلا حالتين في حالة تكييف الهدية جزء من عقد البيع او انها ليست جزء منه، ففي الحالين لا يمكن ان تكون الهدية ليست معينة تعييناً نافياً للجهالة، فيكون العقد فيها مختل لاحد اركانه وهو ركن المحل ويأخذنا بذلك الى بطلان العقد(٢).

اما نحن نتفق مع الراي الذي يذهب الى ان الهدية لا ترفع قيمة المبيع وان تكون معلومة من قبل المهدى له كي لا تكون غير جائز التعامل فيها شرعاً وقانوناً، ونأمل من المشرع العراقي النص على الاتي

(١- يجب ان تكون الهدية المرفقة بعقد البيع، معلومة للمهدى له وتكون خالية من القمار وان لا تؤدي به الى الوقوع بالغرر.

٢- واذا كانت الهدية المرفقة بعقد البيع مشروطة بشرط شراء السلع، يجب ان لا تزيد من قيمة المبيع وتكون معلومة من قبل المهدى له، متى ما كانت ذات قيمة مالية كبيرة).

---

(١) المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي، رقم(٤٠)، لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ والي نصت على: "اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه"؛ ود. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، (دار النهضة العربية، القاهرة| ١٩٩٢)، ص ٢٣٧.

(٢) د. ضو ابو غرارة، بطلان العقد لجهالة المحل/ دراسة مقارنة، (بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية بجامع قاريونس، بالعدد ١٦| ٢٠١٥)، ص ٦٩.

الخاتمة

أولاً: النتائج :

١. لقد خلت التشريعات العراقية من تنظيم قانوني لعقد الهدية المرفقة بعقد البيع الذي يعدّ تنظيمه ضرورة لتنظيم التعاملات المدنية للأفراد في المجتمع، لحداثة هذا النوع من العقود والتي تعد من العقود المركبة، إلا أننا لجئنا الى القواعد العامة للقانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. إنَّ عقد الهدية المرفقة بعقد البيع غير مُسَمّى، قد ينشأ عنه منازعات أمام القضاء –خاضعة لأحكام القواعد العامة المتفرقة في القانون المدني– في أثناء الممارسات العملية التطبيقية والتي تثور بسبب إخلال أحد طرفي ه بالتزاماته.

٣. إنَّ عقد الهدية المرفقة بعقد البيع يتفرد بطبيعة قانونية خاصة تعود الى طبيعة الالتزامات محل هذا العقد المتعددة والمختلفة باختلاف طبيعته، إذ هو عقد مركب من عقدين مسميين، وهذه العقود هي: عقد البيع ، وعقد الهبة بعوض.

٤. يمكن تعريف الهدية المرفقة بعقد البيع بأنها: عقد يتصرف بمقتضاها المهدي بمال له بعوض على ان يكون العوض التزاما غير واجب او مستحيل، ولا ينعقد الا بقبولها من قبل المهدى له او من ينوب عنه.

٥. عقد الهدية المرفقة بعقد البيع ليست من العقود ذات الاعتبار الشخصيّ بالنسبة للمهدى له، لأنَّ الهدية المرفقة بعقد البيع تكون مقدمة للكافة دون التقيد بشخص معين أو مجموعة اشخاص ذو صفة معينة.

٦. تتسم الهدية المرفقة بعقد البيع بخصائص بانها عقد تبعي وعيني تستند الى القبض ومن ضمن المنافسة المشروعة.

ثانيا: الـتـوصيـات:

١. ندعو الـمـشـرع الـعـراقـي أن يحصر عـقـد الـهـدية المرفـقـة بـعـقـد البيـــع بصورة الـهـدية بعـوض كونها مـــن الصور المشروعة شرعاً وقانوناً، عـلـى خـلاف باقي الصور التي تعد غير مشروعة فـــي التعاملات الـمـدنـية.

٢. نـأمـل مـــن الـمـشـرع الـعـراقـي ان يضم نصاً خاصاً فـــي القانون الـمـدنـي فـــي المواد الخاصة بالـهـبـة، بعدها عـقـد ملزم بجانبين وجواز اجتماعها بـــعـقـد آخر ويكون صياغته كالاتي:-

(تكون الـهـدية المـرفـقـة بـــعـقـد البيـــع ، هبـــة بعـوض ملزمة للجانبين، ويجوز ان تجتمع مع عـقـد اخر).

(تعد الهدية من قبيل المنافسة المشروعة، وتتميز بكونها عقد تبعي وغير قائم على الاعتبار الشخصي).

(يجب ان تكون الهدية المرفقة بعقد البيع، معلومة للمهدى له وتكون خالية من القمار وان لا تؤدي به الى الوقوع بالغرر).

(١- يجب ان تكون الهدية المرفقة بعقد البيع، خالية من القمار وان لا تؤدي بالمهدى له في الوقوع بالغرر.

٢- واذا كانت الهدية المرفقة بعقد البيع مشروطة بشرط شراء السلع، يجب ان لا تزيد من قيمة المبيع وتكون معلومة من قبل المهدى له، متى ما كانت ذات قيمة مالية كبيرة).

The Authors declare That there is no conflict of interest

List of sources

First: - Books

1. bin Dhawan. Ibrahim, Manar al-Sabeel in Explaining the Evidence, Part 1, 1st Edition, (Ketabat Al-Maarif, Riyadh |1405 AH)
3. Mustafa. Ibrahim, & Al-Zanat. Ahmed, & Abdel-Qader. Hamed & Al-Najjar. Muhammad, Al-Waseet Dictionary, Part 1, (Al-Shorouk International Library, Cairo| 2004).
4. Abed. Ibn Abdin, The Druze Contracts in the Revision of the Hamidiya Fatwas, Part 5, (The Printing House, Egypt)

5. Abed. Ibn Abdin, Al-Mukhtar's response to the confused Al-Durr, known as the footnote to Ibn Abdin, part 4, (Dar Al-Fikr for Printing and Publishing, Beirut | 2000).
6. Al-Maliki. Abu al-Hasan, The Adequacy of the Divine Student, Part 2, (Dar Al-Fikr, Beirut | 1412).
7. Al-Nawawi. Abu Zakaria, Sharh al-Nawawi Ali al-Sahih Muslim, vol. 10, 2nd floor, (Arab Heritage Revival House, Beirut | 1392 AH)
8. Al-Shafi'I. Abu Abdullah & mother, c 7, 2nd floor, (Dar Al-Maarefa, Beirut | 1393 AH)
9. Informing the muftis from 1895 to 1996, Islamic Fatwas from part 7, the Egyptian (Dar Al Iftaa, Al-Qaher, Egypt| 2010)
10. Al-Fadhli. Ja`far, The so-called contracts, 2nd edition, (Al-Atak for Book Production, Cairo, without | 1989).
11. Al-Masry. Jamal, Lisan Al-Arab, Vol. 5, 1st Floor, (Dar Al-Maarif, Cairo| 2003)
12. Bordi. Hassan, "Contraindications in Return," (Legal Books House, Egypt| 2001).
13. Al-Jeraisy. Khaled, Fatwas of the Sacred Country Scholars, 1st edition, (Al-Jeraisy Foundation Edition, Saudi Arabia | 1999).
14. Al-Masry. Rafeeq, facilitator and gambling, "Contests and Awards", 1st edition, (Dar Al-Qalam, Damascus| 1993).
15. Al-Sarkhasi. Shams, Al-Masbout, Part 3, (Dar Al-Maarefa, Beirut)
16. Al-Shafii. Shams al-Din, Mughni al-Muhtaj, part 2, (Dar al-Fikr, Beirut)
17. Ibn Baz et al. Abdel Aziz, Fatwas of Merchants and Businessmen, First Edition, (Dar Al-Qalam, Damascus| 1998).
18. Al-Sadah. Abdel Moneim, Sources of Commitment, The Arab Renaissance House, Cairo| 1992).
19. Al-Hakim. Abdul Majeed, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in Iraqi Civil Law, Part 1, "Sources of

Commitment", 1st edition, (The Legal Library, Baghdad| 1986)
20. Al Samarqandi. Aladdin, Masterpiece of Jurists, Vol. 3, I 1, (Dar Al Kutub Al Alami, Beirut| 1984).
21. Al-Kasani. Alaeddin, Bada'i Al-Sanaya, Part 4, 2nd Edition, (Dar Al-Kitab Al-Arabi, Beirut| 1982)
22. Al-Zubaidi. Muheb, the crown of the bride from the jewels of the dictionary, part 2, printed by (Dar al-Fikr, Beirut| 1414 AH).
23. Al-Hamid. Muhammad, Responses to nullities and scrutiny for religious facts, part 2, 5th edition, (Dar Al-Fikr, Beirut| 2004).
24. Al-Gharnati. Muhammad, Jurisprudence Laws, (Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut| 1971).
25. Abu al-Walid. Muhammad, The Beginning of the Mujtahid and the End of the Muqtasid, Part 8, (Dar al-Fikr, Beirut| 1995).
26. Al-Jaafi. Muhammad, Sahih Al-Bukhari, part 4, 3rd floor, (Dar Ibn Katheer, Beirut| 1987 AD).
27. Muhammad bin Muhammad bin Muhammad al-Ghazali Abu Hamid, the mediator, part 7, 1st floor, (Dar al-Salam, Cairo| 1417).
28. Al-Qazwini. Muhammad, Sunan Ibn Majah, part 2, (Dar Al-Fikr, Beirut).
29. Majd Al-Din. Muhammad, Al-Muheet Dictionary, 8th Edition, (Al-Risala Foundation| 2005).
30. Al-Mubaraki. Muhammad, Tuhfat al-Ahdudi, explained by Al-Tirmidhi Mosque, vol. 5, (Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut).
31. Al-Barakti. Muhammad, Jurisprudence of Jurisprudence, Part 1, First Edition, (Al-Sadaf Balshars – Karachi | 1986).
32. Al-Nisaburi. Muslim, Kitab al-Bayu ', part 3, (Dar al-Ahya al-Arabi, Beirut).
33. Al-Zarqa. Mustafa, Fatwas of Mustafa Al-Zarqa, (Dar Al-Qalam, Damascus| 1993).

34. Al-Qaradaghi. Mustafa, Fatwas of the Fatwa and Sharia Supervision Board of Dubai Islamic Bank, Part 2, (Dar Al Bashaer Al Islamiyyah, Beirut| 2005).
35. Al-Hanbali. Mansour, Al-Rawd al-Muraba'a, Sharh Zad al-Mustaqni`, (Dar al-Muayyad, al-Resala Foundation, Beirut| 1993)
36. Al-Maqdisi. Mowaffaq, Al-Mughni, vol. 5, 1st floor, (Dar al-Fikr, Beirut | 1405 AH).
37. Al-Zaraei. Ahmed, Al-Furousiya, First Edition, (Dar Al-Andalus, Saudi Arabia | 1993).
38. Abadi. Muhammad, Aoun al-Ma'bud Sharh Sunan Abi Dawood, vol. 7, 2nd edition, (Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut| 1995).
39. Al-Rahibani. Mustafa, First Forbidden Demands in Explaining the Purpose of the End, Part 3, (The Islamic Office, Damascus | 1961 AD).
40. Al-Qaradawi. Youssef, Contemporary Fatwas of Al-Qaradawi, Part 2, (Wahba Library, Cairo | 2003).
41. Al-Qurtubi. Yusef, Al-Kafi in Fiqh of the People of the City, 1st floor, (Dar Al-Kutub Al-Alami, Beirut | 1407 AH).

Second: - Research and theses

1. Hardan. Nofal, Commitment to Extradition in the Sale Contract, (Master Thesis submitted to the College of Law / University of Babylon | 2004)
2. Al-Jazaery. Nour, Competition Cards, (Journal of the International Islamic Fiqh Academy, Issue 14, Part 1 | 2004).
3. Al-Shabani. Muhammad, Awards and Merchandise Promotion from an Islamic Perspective, (Research published in Al-Bayan Magazine, No. (105)| 1996).
4. Zawy. Abdel Wahid, dependency on promotional awards and ensuring the validity of the sale from the perspective of Islamic jurisprudence, a comparative study, (Research published in the rule of Islam, No. 10, c 2 | 2012).

5. Abu Gharara. Dou, The invalidity of the contract for the store's ignorance / a comparative study, (Research published in the Journal of Legal Studies at Qaryounis University, No. 16 | 2015).

Second: - Laws.

1- Iraqi Civil Law No. (40) of 1951 amending the law in force.
2- The Egyptian Civil Law, Qum (131) of 1948, as amended.
3- The French Civil Code for the year 1804, as amended, in force.