احقية الرجوع في هبة المال الشائع (دراسة مقارنة)

The right to return the gift of common money (comparative study)
(Research extracted from PhD thesis)

ا. د. حميد سلطان علي
كلية القانون جامعة بغداد
Mr. Dr. Hamid Sultan Ali
College of Law - University of Baghdad
Sultanlaw1973@yahoo.com

حسن محمد حسن
طالب دكتوراه كلية القانون جامعة بغداد
PhD Student - Hassan Mohammed Hassan
College of Law - University of Baghdad
hasan.mohammed1101a@colaw.uobaghdad.edu.iq

الملخص

ان الرجوع في الهبة حق اقرته الشريعة الاسلامية والقانون المدني ، وهو حق يتعارض مع القواعد العامة لنظرية العقد ، فهو استثناء على هذا الاصل العام الذي يقضي بعدم جواز حل العقد او نقضه الا بالتراضي او بالنص ، لكنه استثناء قررته الشريعة الاسلامية باحكام واضحة ونص عليه القانون المدني وفق قيود خاصة ، والمبدا الاساس الذي يستند الرجوع عليه هو مبدا العدالة بان لا يضار الواهب بهبته.لقد اختلفت مذاهب الفقه الاسلامي فيما بينها حول الكثير من احكام الرجوع في الهبة ، كما تباينت القوانين المدنية وانقسمت جوانب الفقه القانوني كذلك ، لكن بوجه عام فان كل من الامامية والاحناف يجيزون الرجوع في الهبة ان ارتفع المانع ، وكذلك الحال في كل من القانون المدني العراقي والمصري ، الا ان المشرع القانوني اشترط مضافا للموانع التي استمدها من الفقه الاسلامي توافر السبب المقبول لكي يحكم للواهب بالرجوع قضاء ، ان لم يتم الرجوع رضاء ، وهذه الاسباب استمدتها القوانين المدنية من الشرائع الاجنبية ، خصوصا القانون المدني الفرنسي الذي يعد الهبة عقدا لازما من الابتداء ، الا انه وضع مجموعة من الاسباب على سبيل الحصر تجيز للواهب الرجوع ، خلافا للفقه الاسلامي الذي يجعل من عقد الهبة عقدا جائزا كاصل عام ، واللزوم يطرا عليه باعراض خارجة عن ذاتية العقد ، و ان ما يسري في الرجوع بالهبة بصورة يسري على هبة المال الشائع مع الاحتفاظ بخصوصية كل منهما .

Abstract

Returning in the gift is a right recognized by Islamic law and civil law, a right that contradicts the general rules of contract theory ،It is an exception to this general origin, which stipulates that the contract may not

be dissolved or revoked except by mutual consent or by text, but it is an exception decided by Islamic law with clear provisions and stipulated by civil law according to special restrictions ،The principle of the basis for reference is the principle of justice that the donor is not harmed by his gift.The doctrines of Islamic jurisprudence differed among themselves about many provisions of recourse in the gift, as civil laws varied and aspects of legal jurisprudence were divided as well ،But in general, both the front and the faucets allow the return in the gift if the barrier rises, as is the case in both the Iraqi and Egyptian civil law ،However, the legal legislator stipulated, in addition to the barriers he derived from Islamic jurisprudence, that the acceptable reason be available for the donor to be judged by reference, if no return is satisfied ،These reasons were derived from civil laws from

مقدمة

تعرف هبة المال الشائع على انها (تمليك الشريك لحصته في المال الشائع دون عوض)، وان هبة المال الشائع من العقود المسماة كما انه من عقود التبرع [1]، لكنه يتميز عن باقي عقود التبرع كونه ينصب على المال ، وينفرد عن العقود المسماة ببعض الخصائص ، ومن هذه الخصائص التي ينفرد بها هبة المال الشائع هو جواز الرجوع فيه وهو استثناء يرد على الاصل العام القاضي بعدم قدرة المتعاقد على حل القوة الملزمة للعقد بارادته المنفردة ، الا انه استثناء بنص القانون ، اي انه تطبيق للمادة (146) من القانون المدني العراقي النافذ [2]، وان الرجوع في هبة المال الشائع بشكل عام حق اقرته الشريعة الاسلامية و القوانين المدنية ، وهو حق يكاد ان يتعارض مع الاحكام في القواعد العامة لنظرة العقد، اذا هو استثناء على الاصل العام القائل بعدم جواز حل العقد او نقضه الا بالتراضي او عن طريق النص في القانون ، و هذا الاستثناء اقرته الشريعة الاسلامية بموجب احكام واضحة ، و كذلك القوانين المدنية وفق محددات خاصة،

[1] عقود التبرع : هي مجموعة العقود التي يقدم فيها احد العاقدين شيئا دون مقابل فهي تقع في تقسيم العقود مقابل عقود المعاوضات ، فاذا انصب العقد على عمل سميت عقود تفضل ، وان انصبت على المال والملكية سميت هبات ، اي ان العلاقة بين التبرع و الهبة علاقة العام والخاص فكل هبة هي تبرع ، وليس كل تبرع هو هبة اي بينهما منطقيا علاقة عموم وخصوص مطلق ، فالتبرع اعم مطلقا و الهبة اخص مطلقا ، ينظر كل من: حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954، ص 6، وايضا محمد حسني عباس ، العقد والارادة المنفردة ، ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1959، ص 53.

[2] م (1/146) مدني عراقي :(اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ، الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي).

ويستند الرجوع في هبة المال الشائع على مبدأ عام و هو العدالة بان لا يضار الواهب بهبته الشائعة. و نجد ان مذاهب الفقه الاسلامي تختلف فيما بينها حول الكثير من احكام الرجوع في هبة المال الشائع ، و كذلك الحال بالنسبة للقوانين المدنية و الفقه القانوني ، لكن بصورة عامة بعض المذاهب كما في مذهب الامامية و الحنفية تجيز الرجوع في هبة المال الشائعان ارتفع المانع ، وكذلك الحال في بعض القوانين كما في القانون المدني العراقي و المصري و اللبناني ، و ان هذه القوانين اشترطت اضافة للموانع التي استسقتها من الفقه الاسلامي توافر السبب المقبول لكي يحكم للواهب بالرجوع قضاء ، مالم يتم الرجوع بهبة المال الشائع رضاء، وهذه الاسباب استسقتها القوانين المدنية من القوانين الاجنبية ، خصوصا وان القانون المدني الفرنسي الذي يقي بان هبة المال الشائع عقدا لازما من الابتداء، مع انه قد وضع مجموعة من الاسباب على سبيل الحصر تجيز للواهب الجوع ، خلافا لاحكام الفقه الاسلامي الذي يجعل من عقد هبة المال الشائع عقدا جائزا كاصل عام، و الالزام يطرا عليه باسباب خارجة عن العقد. و ان رجوع الواهب عن هبة المال الشائع تطبيقيا يتم باحدى الطريقتين ، اما عن طريق التراضي مع الموهوب له، والذي يراه الراي الغالب في الفقه القانوني انه اقالة ، او عن طريق القضاء، و يكون في هذه الحالة فسخ قضائي ، و الراي المتقدم لا يمكن التسليم به مطلقا ، اذ ان الطبيعة القانونية تدور مدار طبيعة عقد هبة المال الشائع ان كان ملزما لجانب واحد او لجانبين ، كما ان الاساس الذي اعتمده المتعاقدان له تاثير في ذلك ، هل ان الرجوع استند الى النظام القانوني لاحكام هبة المال الشائع والرجوع فيها؟ ام ان المتعاقدان استندا على الى الاتفاق القائم بينهما تحت مسمى العقد شريعة المتعاقدين من حيث اقتران هبة المال الشائع بعوض او شرط او تكليف، الامر الذي يتطلب الوقوف فيه على كل حالة منهما ، و بناء ما تقدم فلا بد من البحث في امكانية الرجوع في هبة المال الشائع ، فالرجوع في العقد بوجه عام وهبة المال الشائع بوجه خاص يعد نظاما من النظم التي تؤدي الى انحلال العقد[3] وحل قوته الملزمة ، بارادة واحدة ، بعد نفاذه وترتب اثاره القانونية ، وهو نظام تطبق احكامه على هبة المال الشائع بقيود مخصوصة ، افرغتها القوانين المدنية في نصوص معينة ، و من ثم فان الرجوع لا يرد الا على هبة المال الشائع الملزم لجانب واحد بصوة عامة ، شريطة انعقادها بصورة صحيحة خالية من كل خلل

[3] نظم حل الرابطة التعاقدية : هي الانقضاء والانحلال والابطال ، تفصيلا ينظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، ط 3 ، مطبعة نهضة مصر، 2011، =ص 289، وايضا عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مجلد 2، ج 6 ، ط2، منشورات الحلبي ، بيروت ، 1998 ، ص 187 وما بعدها.

يعتريها [4]، و للوقوف على امكانية الرجوع في هبة المال الشائع ، سنتناول ما تقدم في ثلاثة ، المطلب الاول في مدى امكانية في هبة المال الشائع ، و المطلب الثاني في حدود امكانية الرجوع في هبة المال الشائع ، و المطلب الثالث في طبيعة الرجوع في هبة المال الشائع.

المطلب الاول
مدى امكانية الرجوع في هبة المال الشائع

جاءت القوانين المدنية محل المقارنة و كذلك الفقه الاسلامي خالية من تعريف للرجوع في هبة المال الشائع بغية الوقوف على امكانية الرجوع لا بد من التطرق الى جوازية هذا الرجوع و اساسه و شروطه ، لكي نخرج بنتيجة عن تحقق هذه الامكانية من عدمها ، و من ثم فاننا سنتكلم هذا المطلب عن جوازية الرجوع في هبة المال الشائع ، و اساس الرجوع في هبة المال الشائع، و شروط الرجوع في هبة المال الشائع .و لمعرفة فيما اذا كان الرجوع في هبة المال الشائع جائزا من عدمه ، لا بد لنا من الكلام عن تعريف هذا الرجوع من النواحي اللغوية و الفقهية و القانونية ، مستعرضين في ذلك ما يشير الى تحقق هذا الجوازية في الرجوع من عدمه ، فالرجوع من الناحية اللغوية ، على عدة معان ، منها الانصراف و الترك[5] ، و منها العود [6]، و منها الرد[7] ، و التكرار [8]، و العدول[9], و اما من ناحية الفقه الاسلامي ، فانه لم يعرف الرجوع في العقود و هبة المال الشائع بصورة عامة وفي هبة المال الشائع بصورة خاصة ، و ان فقهاء المسلمين لم يعرفوا الرجوع تعريفا محددا ، انما تناولوا اسبابه و مناشئه ، و كذلك الحال بالنسبة للفقهاء المتقدمين ، و قد يمكن السبب منو وراء ذلك في ان الفقهاء ينظرون الى مصطلح الرجوع نظرة واضحة و التي لا يتطلب معها الامر بايراد تعريف خاص به [10] ، الا انهم و بصورة عامة لم يذهبوا كثيرا عن المعنى اللغوي لهذا المفهوم عند استخدامهم له ، و من الجدير بالذكر بانهم قد استخدموا مصطلح الرجوع في العقود بصورة عامة ، و في هبة المال الشائع بصورة خاصة عند النص على احكام الهبات ، الا انه مايؤاخذ في هذا المقام انهم لم يفرقوا في بعض الاحيان ، بين الرجوع و ما يشابه هذا المصطلح من الفاظ لغوية اخرى قريبة منها في

---

[4] حسين عبد الرضا الكلابي ، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي و القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، العدد 1 ، 2018 ، ص 694 و ما بعدها .

[5] محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، معجم القاموس المحيط، ط 2، دار المعرفة ، بيروت ،2007، ص 493.

[6] الحسين بن محمد ، ابوالقاسم الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القران ، ط 1 ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، 2008 ، ص 195 ، و كذلك ، احمد بن فارس بن زكريا الانصاري ، معجم مقاييس اللغة ، مجلد 1 ، طبعة 3 دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2011 ، ص 512 و 513.

[7] الحسين بن محمد الراغب الاصفهاني ، المرجع السابق ، ص 196.

[8] اسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، ط 3 ، دار المعرفة ، بيروت ، 2008 ، ص 394.

[9] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، ط 1، دار صادر، بيروت، 2008، ص 154.

[10] اسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط 1 دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2013، ص 137.

الاثار ، او التي تشابهها من بعض الجوانب التي تدخل ضمن طرق نظم انهاء العقد ، كالاقالة والفسخ والالغاء ، ومن الامثلة على ذلك ما يصفه احد الفقهاء عند الايضاح لما يرفع هبة المال الشائع (و اما بيان ما يرفعه – اي هبة المال الشائع - هو الفسخ اما بالاقالة او الرجوع بقضاء القاضي) [11] ، فالذي يلاحظ ان هذا الفقيه قد استخدم اربعة مصطلحات في ان واحد ، هي ، الرفع ، والفسخ ، والاقالة ، والرجوع ، موسعا في ذلك مفهوم الفسخ و جاعلا نطاقه يشمل كل من الاقالة و الرجوع، و بهذا يكون مفهوم الرجوع في الفقه الاسلامي من مفاهيم الفسخ مع عدّه نظاما لانهاء العقد. و اما من الناحية القانونية ، فلم يذهب المشرعون ، العراقي والمصري او الفرنسي بعيدا عما ذهب اليه الفقه الاسلامي و لم يضعوا تعريفا خاصا للرجوع في العقود و هبة المال الشائع بصورة عامة و الرجوع في هبة المال الشائع بصورة خاصة ، و انما اكتفى المشرع العراقي بالنص على جواز الرجوع في هبة المال الشائع في المادة (620) من القانون المدني بالقول : (للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع) ، و كذلك فعل المشرع المصري اذ نصت المادة (500) من القانون المدني على القول : (1 – يجوز للواهب ان يرجع في الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك - 2– فاذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع) ، واما المشرع الفرنسي ، فان القانون المدني فيه الاصل عدم الرجوع في الهبة و كذلك هبة المال الشائع ، و من ثم فهو لا يعرف الرجوع مطلقا و اما بالنسبة لتعريف الرجوع في هبة المال الشائع على وجه الخصوص ، فقد عرف فقهاء و شراح القانون المدني الرجوع في الهبة بتعريفات متعددة ، و انقسموا على اربعة اتجاهات ، الاتجاه الاول يرى بان الرجوع هو حق للواهب ،و الاتجاه الثاني يرى بان الرجوع مكنة قانونية للواهب ، بينما ذهب الاتجاه الثالث الى القول بان الرجوع هو مجرد رخصة للواهب ، اما الاتجاه الرابع فيقول بان الرجوع في هبة المال الشائع هو حالة خاصة من حالات انحلال العقد .فالاتجاه الاول يرى بان الرجوع في الهبة هو حق للواهب ، و هذا الاتجاه تبناه جانب من الفقه المصري و الذي يرى بان الرجوع في الهبة ما هو الا هو حق للواهب يستطيع بموجبه ان يسترد هبته من الموهوب اذا توافر له عذر يبرر

(11) مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مجلد 8 ، كتاب الهبة ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، 1986، ص 135.

ذلك ولم يكن هناك مانع من الرجوع [12] ، و نجد ان هذا التعريف يشير الى ان الرجوع هو حق للواهب ، و هذا ما ذهب اليه الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي والقانوني ، و قد اشار المشرع العراقي في المادة (620) من القانون المدني على ان للواهب الحق في الرجوع ، و لكن هذا التعريف قد ينصدم بالمبنى الفقهي القانوني للحق و الذي معه لا يمكننا التسليم بصحة هذا التعريف كون ان الحق له ميزات تتمثل بالتنازل عنه و الانتقال بالارث و نقله الى الغير ، و هذا ما لا يتوافر مع الرجوع ، فضلا عن ان هذا الحق – الرجوع – لا يمكن ادراجه ضمن التقسيمات القانونية للحق ، حيث ان لكل نوع من هذه التقسيمات له خصائص تميزه عن الحقوق الاخرى ، كالحق العيني و الحق الشخصي ، و من ثم فان حق الرجوع لا يحمل خصائص هذه الحقوق بصورة تامة ، بينما ذهب المشرع المصري الى اعتبار الرجوع رخصة للواهب بدلالة المادة (2/500) من القانون المدني المصري و التي نصت على القول : (...2.جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع) [13] .و ذهب الاتجاه الثاني ، الى القول بان الرجوع في الهبة عبارة عن مكنة قانونية للواهب و هذا الرأي تبناه جانبا آخر من الفقه المصري عند تعريفه للرجوع و الذي نص على القول بانه : (مكنة مطلقة للواهب يستعملها متى شاء ولاي سبب من الاسباب)[14] ، من الملاحظ على هذا التعريف انه غير متفق عليه ، لان الاعم الاغلب من فقهاء القانون المدني يرون بان الرجوع هو حقا للواهب ، و البعض الاخر يعدّه رخصة [15] ، و كون الرجوع هو مكنة للواهب فقد عرفها احد الفقهاء على انها : (مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص ان يحدث اثرا قانونيا بمحض ارادته)[16] . و ذهب اتجاه ثالث الى القول بان

---

[12] ياسر احمد كامل الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، بدون عدد طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون سنة طبع او نشر ، ص 259.، و كذلك جليل الساعدي ، شرط المنع من التصرف القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد العشرون ، العدد الاول ، 2005 ، ص 184 و ما بعدها .

[13] اسماعيل عبدالنبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 144 ، و كذلك رمضان ابو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بدون عدد طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 43 وما بعدها.

[14] مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، احكام الرجوع القضائي في الهبة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 30.

[15] الرخصة في الفقه الاسلامي : هي عبارة عن الاعتبارات والاحكام الشرعية التي يكون المكلف معها في سعة من جهة عدم ترتيب اثارها ، محمد صنقور علي ، المعجم الاصولي ، مجلد 2 ، ط2 ، مطبعة ستارة ، قم المقدسة، ايران ، 2007 ، ص164

[16] هذه المكنة تتمخض عادة عن احداث اثر قانوني معين ، هذا الاثر في نهاياته يتحقق اما في صورة حق شخصي ، او حق عيني ، اما قبل ذلك فان حق صاحب هذا المركز القانوني الوسطي ، قاصر على تلك المقدرة دون التسلط على شئ معين ، فهي منزلة وسطى بين الرخصة والحق ، هذا الراي اقتبسه العلامة السنهوري واجرى له مقارنة مع راي القرافي في فكرة (من ملك ان يملك) حيث يقول : الادق ان يقال ان هذا المركز القانوني لا يتولد عن مجرد رخصة في التملك بل يتولد عنه حق الشخص في ان يتملك ، وذلك انه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك ، والحق في الملك وهي حق الشخص في ان يتملك ، فحق التملك يعد رخصة وحق الملك يعد بمنزلة الحق ، وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص ان يتملك ، فنجد ان بعض جوانب الفقه يعد الرجوع عن الهبة ما هو الا مكنة قانونية ، محاولة منهم لاعطاء الرجوع عن الهبة كتصرف قانوني مرتبة اعلى من كونه رخصة ، وادنى من مرتبة الحق ؛ لان خصائص الرجوع في الهبة لا تساعد للقول انه حق تام الخصائص بحسب الفقه القانوني ، فهو لا يمكن ان يكون حقا شخصيا ؛ لانه لا يشكل

الرجوع في الهبة هو رخصة للواهب ، ويرى اصحاب هذا الاتجاه ، (بان الرجوع هو سبب لانحلال العقد نص عليه القانون بخصوص الهبة ، فاذا لم يقبل الموهوب له رجوع الواهب ، جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع ، متى ما كان يستند في ذلك الى عذر مقبول و لا يوجد مانع من الرجوع ، ويقع الرجوع باثر رجعي وتعد هبة المال الشائع كان لم تكن)[17] ، و يلاحظ على هذا التعريف بانه يبين لنا الرجوع في هبة المال الشائع طريق مستقل عن طرق انحلال العقود بوجه عام ، و هو يقترب من وجهة النظر القائلة بان الرجوع في هبة المال الشائع رخصة للواهب وليس حقا تجسيدا لما ذهب له بالقول (جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص) ، و اما عن النص بكون الرجوع في هبة المال الشائع هو رخصة ، فقد ذهب جانب من الفقه المصري الى القول بان الرجوع : (هو رخصة قانونية يمنحها القانون لاشخاص بعينهم ، لاسباب يرى المشرع انها كافية لمنح هذه الرخصة ، ولوجود اعتبارات تفرض نوع من التوازن العقدي ، كما هي الحال بين الواهب والموهوب له ، حيث تحفظ للواهب تبرعه وتفضله للموهوب له ، كما توفر له نوع من الامتياز في حال صدر من الموهوب له نوع من الجحود او الاخلال)[18],و الاتجاه الرابع ذهب الى القول بان الرجوع في الهبة هو حالة من حالات انحلال العقد ، ,هذا الرأي تبناه جانب من الفقه العراقي والذي يرى بان الرجوع (هو حالة خاصة من احوال انحلال العقد مقصورة على عقد الهبة) [19] ،و يلاحظ على هذا التعريف بانه يقتصر الرجوع على هبة المال الشائع دون العقود الاخرى بالرغم من اتسامه بالعمومية . و نخلص مما تقدم ان الرجوع في الهبة بصورة عامة ،وهبة المال الشائع بصورة خاصة ما هو الا حق و ان كان لا يحمل الخصائص التي تحملها الحقوق الاخرى و نؤيد ما ذهب اليه الاتجاه الاول على انه حق للواهب في هبة المال الشائع, و اما عن اساس الرجوع في هبة المال الشائع، فقد عرف العراق قديما الكثير من العقود ، مثل عقد البيع ، و عقد الايجار ، وعقد الوكالة

رابطة بين شخصين، ومن جانب اخر لا يتضمن سلطة مباشرة تمتاز بالاستئثار الحقيقي ، لكي يمكن اعتباره حقا عينيا ، انما هو مكنة قانونية تمكن صاحبها من احداث اثر قانوني بارادته المنفردة دون توقف على ارادة الطرف الاخر ، لكن وفق الشروط والقيود التي وضعها المشرع ورسمها القانون ، ومن ثم فهي ليست سلطة كاملة بل محدودة ومقيدة بارتفاع الموانع ووجود السبب المقبول وسلطة القاضي التقديرية في بعض الاحيان ، لمزيد من التفاصيل انظر : هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، بدون عدد طبعة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت، 1996، ص 60 وما بعدها ، و كذلك عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مجلد 2 ، ج 6 مصدر سابق ، ص 9 وما بعدها ، و كذلك عزت حنورة ، نظرية الشّفعة في القانون المدني المصري ، ط 2 ، نادي القضاة ، مصر ، 2011 ، ص 19 وما بعدها.

[17]عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، بدون عدد طبعة ، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 576.

[18]اسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 144.

[19] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، طبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد ، 1976 ، ص 200.

التجارية ،,عقد الشركة ،و عقد المقاولة وعقد الوصية وعقد الهبة [20]، و قد تناولت شريعة حمورابي نظام الالتزامات ومنها احكام هبة المال الشائع[21] و يرى الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي ان الاساس بالرجوع في العقود بصورة عامة يعود الى قاعدة اصالة اللزوم في العقود، اي ان الاصل في العقد انه لازم ، والعقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك احد العاقدين فسخه او ابطاله[22]، اي ان العقد يلزم طرفيه وخصوصا بعد نفاذه وترتب اثاره ، فلا يستطيع احد العاقدين بعد نفاذ العقد التحلل من الالتزامات التي يرتبها العقد بمحض ارادته المنفردة ، و سندهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ **يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود** ﴾ [23] وهو دليل يثبت فيه ان الاصل اللزوم في كل العقود[24] واستدل الفقهاء المسلمون من الامامية وغيرهم على اصالة اللزوم في العقود بموارد معينة [25].و اما العقد غير اللازم ، فان عدم لزومية العقد في

---

[20] شعيب احمد الحمداني ، قانون حمورابي ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2016 ، ص129 وما بعدها.

[21] وقد ورد ذكر الهبة بوجه عام في نصوص شريعة حمورابي وخصوصا هبة المال الشائع الاموال من الاب للبنت ، كما ان الهبات بوجه عام كانت من التصرفات والمجاملات الاجتماعية والاعراف المتداولة في المجتمع البابلي ، مثل الهبات التي يقوم بها الملك للافراد او للمعابد ، او لمن قدم خدمة جليلة للملك و للدولة ، اي يغلب عليها الصبغة الدينية التي تقترب من مفهوم النذر في الفقه الاسلامي كما ورد ذكر الهبات في شريعة حمورابي بمناسبة النص على هدايا الخطبة اذ ورد النص: (اذا جاء خطيب بهدية الى بيت حميه واعطى صداقا ثم احب امراة اخرى وقال لحميه لن اخذ ابنتك زوجة ، فسوف يحتفظ والد الفتاة بكل ما جئ له بهفي اشارة الى عدم امكانية الرجوع في هبات وهدايا الخطبة و التي تسمى عندهم (الترخانو) ، كما ان الزوج في شريعة حمورابي يقدم الهبة للزوجة والاولاد كنوع من انواع الادخار المستقبلي لافراد الاسرة تسمى (النورونو) ، يمكننا القول و بناء على ما تم العثور عليه من محررات قانونية ، ما يشير لوجود تنظيم واضح بمقدار لا باس به كخطوات اولى لتقنين احكام للرجوع في الهبة في شريعة حمورابي ، لمزيد من التفاصيل انظر : عباس العبودي ، تاريخ القانون ، ط 4 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2014، ص 160 ، و كذلك محمود سلام زناتي ، قانون حمورابي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع 1 ، س 13 ، 1971، ص 36 ، نقلا عن بدر جاسم اليعقوب ، الهبة في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، الكويت ، 1986، ص 440 و 441.

[22] رمضان علي الشرنباصي ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 119.

[23] سورة المائدة ، الاية (1).

[24] جعفر السبحاني ، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، دراسة موضوعية على ضوء الكتاب والسنة ، ط 2 ، منشورات جامعة المصطفى العالمية ، قم المقدسة ، ايران ، 2009 ، ص 18.

[25] حيث يرون هؤلاء الفقهاء ان اصالة اللزوم تعود الى احد الاسباب الاتية : 1- اصالة اللزوم : الاصل في العقود اللزوم ، وهذا مجمع عليه عند الامامية وغيرهم من المذاهب الاسلامية ، فالاصل في البيع اللزوم وكذا سائر العقود ويخرج عن هذا الاصل في مواضع محددة و لعلل خارجة عن العقد ، 2- الاستصحاب : ان القول بالاستصحاب معناه انه عند الشك يصار الى الاصل ، فلو فسخ احد المتعاقدين العقد ، وقام عنده الشك حول تاثير هذا الفسخ او عدم تاثيره فالاصل بقاء العقد استصحابا، والاستصحاب هنا يقتضي عدم زوال الملك الناشئ عن العقد بهذا الفسخ ، الا بمزيل شرعي وهو اللزوم بعينه ،(فالملكية التي حصلت بالعقد قد شككنا في زوالها بالفسخ نتيجة الشك في لزوم العقد وجوازه فنستصحب بقاءه ، والملكية التي زالت بالعقد شككنا في رجوعها وعدمه نتيجة الشك في لزوم العقد وجوازه فنستصحب عدمها) ، 3 - الوفاء بالعهد :اصل معنى لفظ العقد في اللغة العربية هو الربط المحكم ، ثم اتسع مدلوله ليشمل في اصطلاح الفقهاء المسلمين العهد الذي ياخذ الانسان نفسه على الالتزام به فمن الناحية اللغوية كل عهد عقد ، وليس كل عقد عهد ، ولكن العقد بمعناه الاصطلاحي اخص من العهد ، وقد ادى هذا الاتساع في الدلالة الناشئة عن الاصل اللغوي الى ان اطلق الفقهاء المسلمون لفظ - العقد - على كل تصرف من شانه ان يرتب اثرا شرعيا ، وكيفما كان فان العقد يدور في اصطلاح الفقهاء المسلمين حول معنيين عام وخاص ، والمعنى العام للعقد يفرض على الملتزم به الوفاء سواء التزم في مقابل التزام اخر كالبيع او نحوه ، ام كاليمين والنذر ، و سواء كان التزامه دينيا كالفرائض ام دنيويا كالوفاء بالعقد ، ان راي الفقهاء هذا وحكمهم بان الاصل في العقود اللزوم ناشئ من المفهوم اللغوي للعقد ، والذي يتقارب بدوره من المعنى العام للعقد، لان العقد ما هو الا عهد مشدد بحسب هذا الراي فيلزم فيه الوفاء ، 4-الغاية من العقد :ان الغاية المتوخاة من العقد بداهة لا تحصل الا بالوفاء ، والوفاء لا يتم الا باللزوم ، فان كانت الغاية من العقد لا تتحصل الا باللزوم فيحكم باللزوم ، وهو ما افاد به القرافي بقوله : (اعلم ان الاصل في العقود اللزوم ، لانها انما شرعت لتحصيل

الفقه الاسلامي ، اساسها يعود الى ثلاث اسباب [26]ارجحها هو طبيعة العقد ، و هو عدم اللزوم الناشئ عن طبيعة بعض العقود ، و يتمثل عدم اللزوم في عقود التبرع والتفضل و منها الهبة [27] و كذلك هبة المال الشائع .و اما عن اساس اللزوم في الهبة بصورة عامة وهبة المال الشائع بصورة خاصة ، فقد اختلف فقهاء المسلمين حول مصدر اللزوم في هبة الهبة ، فمنهم من قال ان مصدر اللزوم هو ذات عقد الهبة [28]ذهب البعض الاخر الى القول ان مصدر اللزوم هو

المقصود من المعقود به والمعقود عليه ، ودفع حاجات الناس ، فيناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة ، وتحصيلا للمقصود) ، الا انه لا يحكم على جميع العقود مطلقا بل بحسب طبيعة العقد، 5-مقتضى الدليل : ان مقتضى الادلة سواء من العموم او الاطلاق كاية الوفاء بالعقود ، واية حلية البيع تثبت كون الاصل في العقود اللزوم الا ما خرج بدليل عن هذا الاصل ، الا انه كما ان الاصل في عقود المعاوضات المبنية على التغابن هو اللزوم الا ما خرج بدليل ، فكذلك الاصل في عقود التبرعات هو الجواز الا ما خرج بدليل ايضا ، ففي المعاوضات عند الشك في عقد - بيع مثلا - يتم الاستناد للاصل ، كذلك في التبرعات عند الشك في لزوم او الهبة يبنى على الاصل ، فاصل الرجوع في الهبة حتى مع تحققها بالقبض هو الجواز الا ما خرج باليقين ، وجواز الرجوع هنا ومشروعيته انما يؤسسان من وجهة نظر الفقه الاسلامي على فكرة عدم لزومية العقد ، فعدم اللزوم هو الاصل واللزوم طارئ عليه ، لمزيد من التفاصيل فيما تقدم ينظر : يعقوب علي البرجي ، فقه العقود المالية ، ط1 ، مركز المصطفى العالمي للترجمة و النشر، قم المقدسة ، ايران، 1425، ص37-44 ، و كذلك محمد صنقور علي ، المعجم الاصولي ، ج 1 ، ط 3 ، مطبعة ستارة ، قم المقدسة ، ايران ، 2007 ، ص 140 وما بعدها ، و كذلك كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، ج1 ، ط3 ، مطبعة خاتم الانبياء ، قم المقدسة ، ايران ، 1428، ص 285 ، و كذلك عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الاسلامي ، بدون مكان طبع او نشر ، 1984 ، ص 38، و كذلك اسماعيل عبدالنبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 22 و كذلك رمضان الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 10 ، و كذلك علي محي الدين القرة داغي ، مبدا الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ج 1 ، ط 2 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، 2002 ، ص111و112، و كذلك احمد بن ادريس القرافي ، الفروق ، ج 4 ، طبعة خاصة ، دار النوادر الكويتية ، الكويت ، 2010 ، ص 13 ، و كذلك جعفر السبحاني ، المرجع السابق ، ص14 وما بعدها ، وكذلك هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت، 1996، ص374، و كذلك محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج 3 ، ط 1 ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، مطبعة خاتم ، طهران ، 2004 ، ص77، و كذلك عزيز كاظم جبر ، نظرية العقد ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا – الماجستير ، في معهد العلمين للدراسات العليا ، النجف الاشرف ، 2014-2015،ص 50 ، و كذلك ينظر : خالد محمد صالح ، الشرط الجعلي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون جامعة بغداد ، المجلد الثامن و العشرون ، العدد الاول ، 2013 ، ص 143 و ما بعدها.

[26] ان عدم لزومية العقد في الشريعة الاسلامية تعود الى ثلاث اسباب ، اولها، طبيعة العقد وهو عدم اللزوم الناشئ عن طبيعة بعض العقود ، ويغلب ان يكون هذا الجواز او عدم اللزوم في عقود التبرع والتفضل ومنها عقد الهبة ، و ثانيهما ، اقتران العقد بالخيار اتفاقا قد يكون العقد غير لازم لاحد طرفيه ؛ بسبب اقتران العقد باحد الخيارات عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين ، فالخيار يرفع اللزوم بالكلية عن العقد اللازم بالاصل ، و ثالثهما اقتران العقد بالخيار حكما قد يقترن العقد بالخيار حكما لا اتفاقا ، كما هي الحال في خيار الرؤية وخيار العيب ، اذ يثبتان حكما دون الحاجة للاشتراط الصريح بين المتعاقدين ، فقد ورد عن الامام الرضا عليه السلام انه قال:(ان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري ، فالخيار اليه ، ان شاء رد ، وان شاء اخذ ، ورد بلا قيمة ارش المعيب) ، لمزيد من التفاصيل ينظر : عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الاسلامي، ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011، و كذلك رمضان الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 126 ، و كذلك يعقوب علي البرجي ، المرجع السابق ، ص 110، و كذلك جليل الساعدي، أصول العقد في القانون الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية،جامعة بغداد ، كلية القانون المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2010 ، ص 152.

[27] ابراهيم الدسوقي ابوالليل ، العقد غير اللازم ، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ،1994 ، ص 24 وما بعدها.

[28] ذهب جانب من فقهاء المذاهب الاسلامية الى القول ان الهبة عقد لازم لا جائز ومن الابتداء ، اي من وقت الانعقاد الهبة تلزم بل ويجبر الواهب على اقبضاها في حال ممانعته ، لكن لو مات الواهب قبل الاقباض بطلت الهبة ، ومعنى هذا الكلام ان الهبة انما تلزم بالايجاب والقبول ، اي ان السبب الناقل للملك هو الايجاب والقبول الدال على التمليك او ما يقوم مقامهما في الدلالة على ذلك ، من قول او فعل فيعتبر هو ركن الهبة مضافا للموهوب والواهب كما ان القبض عندهم شرط تمام لا شرط صحةفهو شرط في تمام واستقرار الملك لا في الصحة واللزوم، اي ان عقد الصدقة و الهبة يصح

واقعة القبض[29] ، فيما ذهب اخرون الى القول بان الهبة هو عقد جائز قبل القبض وبعده ولا يلزم الا لطارئ خارجي عن العقد ذاته في الغالب[30] .

عند اصحاب هذا الاتجاه من غير قبض ، والقبض ما هو الا شرط في نفاذ العقد وتمامه ، كما انهم ادرجوا الصدقة الهبة تحت حكم واحد من حيث اللزوم ابتداء، واعتمد فقهاء المالكية على كل من دعوى الاجماع على لزوم القبض وذلك لسد الذريعة ، لكنهم جعلوا القبض شرط تمام لا شرط صحة وانعقاد ، كما اعتمدوا على القياس ايضا من حيث ان الهبة كاي عقد من العقود لم يكن عندهم من شروط صحتها القبض ، و من ثم فان مالك ومن قال برايه يقول انها تنعقد بالايجاب والقبول بل ويجبر الواهب على التسليم ، وعلى نفس هذا الراي كل من الفقيهين ابوثور وداود الظاهري اذ ينزلون عقود التبرع منزلة عقود المعاوضة، من جانب اخر ذهب كل من ابو ثور واحمد بن حنبل الى القول ان الهبة تصح بالعقد وان القبض لا هو شرط صحة ولا شرط تمام وانما هو شرط في الهبة المكيل والموزون فقط ، اي ان منشا اللزوم هو العقد ذاته و الهبة تلزم بالايجاب والقبول فقط دون الحاجة للاقباض، كما يذهب بعض من فقهاء الحنابلة ايضا الى عقد الهبة ينعقد ويلزم بمجرد العقد ، لكن ان كانت الهبة معينة، فعلى الاقوال السابقة يلاحظ ان عقد الهبة عندهم - ينعقد ويلزم - ايضا بالايجاب والقبول دون الحاجة للقبض اصلا ، فهو عقد رضائي لا عقد شكلي او عيني ، والى نفس هذا الراي ذهبت مجلة الاحكام العدلية في المادة (837) بالقول : (تنعقد الهبة بالايجاب و القبول ، و تتم بالقبض)، و لمزيد من التفاصيل انظر : محمد بن احمد بن جزي الكلبي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، بدون مكان و سنة طبع او نشر ، ص 241 وما بعدها ، و كذلك عبدالله بن نجم بن شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، دار الغرب الاسلامي ، بدون سنة طبع ، ص 978 ، و كذلك المبروك بن علي زيد الخير ، تلخيص الفوائد وتلميع الفرائد في شرح الالفية ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ،2006 ، ص 660 ، و كذلك عبدالله بن نجم بن شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، دار الغرب الاسلامي ، بدون سنة طبع او نشر ، ص 979 ، و كذلك عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن انس ، ج 3 ، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، بدون سنة طبع او نشر ، ص 1607 ، و كذلك عبد العزيز بن ابراهيم التونسي ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين ، مجلد 2 ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2010 ، ص1410 ، و كذلك محمود مجيد المغربي ، احكام العقد في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2002 ، ص 21 ، و كذلك محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، بيت الافكار الدولية ، عمان ، الاردن ، 2007 ، ص 860 وما بعدها، و كذلك ابن الجوزي ، المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد ، مطبعة بومباي ، الهند ،1959 ، ص 80 ، و كذلك سليم رستم باز اللبناني ، شرح المجلة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، 2010م، ص 317.

[29] و قد قال فقهاء الامامية لا خلاف في ان القبض في غير المنقول يتم بالتخلية، وانما وقع الخلاف في المنقول وعلى عدة اقوال ، فقالوا هو التخلية ايضا ، وقالوا هو بحسب المحل فان كان مكيلا فالقبض هو الكيل ، وان كان موزونا فالقبض هو الوزن ، و ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى القول ان ركن الانعقاد ومنشا اللزوم في الهبة في ان واحد هو واقعة القبض ، ولا يمكن للواهب الرجوع في هبته مطلقا بعد القبض الا هبة الوالد لولده وهذا الراي هو مشهور راي فقهاء الشافعية و بعض الحنابلة الذين يشترطون القبض في هبة المكيلات والموزونات ايضا ، لمزيد من التفاصيل ينظر : ابو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، المعاملات ، ط 1 ، دار الصفوة ، بيروت ، 2009 ، ص 67، و كذلك باقر الايرواني ، الفقه الاستدلالي ، المعاملات ، ج 2 ، ط 1 ، دار الاميرة للطباعة والنشر، بيروت ، 2012 ، ص 341 ، و كذلك زكريا بن محمد الانصاري ، تحرير تنقيح اللباب في فقه الامام الشافعي ، ط 1 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت 2003 ، ص 99، و كذلك نسيبة ابراهيم حمو ، رهن الدين في الشريعة و القانون ، بحث مقارن ، منشور في مجلة العوم القانونية و السياسية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الرابع ، العدد الاول و الثاني ، 1985 ، ص 354 .

[30] و ان اصحاب هذا الراي كل من فقهاء الامامية والاحناف - وهو الراي الذي يتبناه القانون المدني العراقي والمصري نفسه - والذي يذهب الى ان الهبة عقد جائز ويبقى كذلك ، ولا يتاثر العقد لزوما او جوازا بواقعة القبض ، انما واقعة القبض حسب راي اصحاب هذا الاتجاه تعد ركنا من اركان الانعقاد لا يتم العقد الا بها ، بل هو ركنها الاهم، فواقعة القبض لها مدخلية في نشوء العقدلا لزومه، فقد ورد عن ابي بصير عن الباقر عليه السلام انه قال: (الهبة جائزة قبضت او لم تقبض) ، وقال صاحب مهذب الاحكام : (الهبة جائزة مطلقا قبضت او لم تقبض ، الا في موارد خاصة دل فيها دليل خاص على اللزوم)، وقال صاحب المدارك ان عليه اجماع الامامية، وهذا ما يذهب له الفقه الامامي المعاصر بالقول : (اذا وقعت الهبة وصحت بالقبض لم تلزم، وكان للواهب الرجوع فيها الا في موارد) ، و من ثم فان الهبة انما تلزم نتيجة وقائع واسباب خارجة عن نشوء العقد ، لمزيد من التفاصيل ينظر : محمد حسين كاشف الغطاء ، المرجع السابق ، ص 43 وما بعدها ، و كذلك عبد الهادي محمد تقي الحكيم ، الفتاوى الميسرة ، وفق فتاوى علي الحسيني السيستاني ، ط 9 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ،2013 م ، ص265، و كذلك حسين النوري الطبرسي ، مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل ، ج 14 ، ط 1 ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، قم المقدسة ، ايران ،1407 ، ص 72، و كذلك عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، ج 21 ، ط 4 ، مؤسسة المنار ، قم المقدسة ، ايران ، 1416 ، ص 260، و كذلك احمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، ج 4 ، الوقوف والصدقات والهبات ، ط 2 ، مكتبة الصدوق ، قم المقدسة ، ايران ، 1405 هـ ، ص 41، و كذلك محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، الاحكام الفقهية ، العبادات والمعاملات ، ط 7 ، مؤسسة المرشد ، بيروت، 2003 ، ص 312.

و لم ينظم المشرع العراقي العقدغير اللازم بل عالجه ضمن احكام متفرقة في نصوص القانون المدني[31] ، بالرغم من تنظيمه لنظرية العقد اللازم ، و اما عن موقف القانون المدني العراقي من التاسيس للرجوع في هبة المال الشائع، نجده قد اسس لهذا الرجوع بصورة عامة في عقد الهبة ، و قد تبنى فكرة عدم اللزومية فيها ، مؤسسا ذلك على مبدا الرجوع عن العقد بصورة عامة ، كون ان عقد الهبة من العقود غير اللازمة ، و من ثم يمكن الرجوع عن الهبة بصورة عامة ، و الرجوع عن هبة المال الشائع بصورة خاصة ، كون الرجوع من مقتضيات العقد بصفته عقدا تبرعيا ، و هو يقتضي الجواز لا اللزوم ، الا ان هذا الرجوع لم يكن مطلقا انما قيده بقيود تضيق من نطاق هذا الرجوع ، اضافة لما تضمنه الفقه الاسلامي من موانع جعلت جانبا من الفقه القانوني[32] يلوح بالزامية هذا العقد للجانبين ، كون المشرع قد كسا هذا العقد قوة الزامية كما في العقود الملزمة لجانبين كسائر العقود الاخرى . وان ما يسري في الاساس على الهبة بصورة عامة يسري على هبة المال الشائع ، و ان والرجوع في هبة المال الشائع حسب ما ورد في القانون المدني العراقي ليس مطلقا ، بل لابد من وجود تراضي بين الواهب و الموهوب له ، و في حال رفض الموهوب له فان بتم بالتقاضي او بالتقاضي ، مع توافر السبب المقبول في ذلك [33]و قد جعل المشرع العراقي حل الرابطة العقدية من حين الرجوع في حالة ما اذا تم الرجوع رضاء او قضاء ، و استسقى من الفقه الحنفي موانع الرجوع ، مضيفا لها مانعا اخرا وهو هبة الدين ، و قد اشار الى الموانع على سبيل الحصر لا المثال ، جاعلا للهبة و هبة المال االشائع لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، ما لم يكون التراضي على الرجوع بين الواهب و المموهوب له منعقدا ، فيتم الرجوع مع وجود بعض هذه الموانع و ليس كلها ، اذ ان التراضي لا يستغرق كل الموانع بل بعضها لان هنالك من الموانع لا يجوز التراضي بخلافها [34] ، و قد اخذ المشرع العراقي اسباب الرجوع في الهبة و هبة المال الشائع من القانون المدني الفرنسي ، و ان هذه الاسباب ذكرها على سبيل المثال لا الحصر على عكس الموانع ، جاعلا منها مجموعة من الاسباب التي تكون مقبولة لخصوصيتها في الرجوع بهبة المال الشائع ، و لا ضير في من توافر سبب جدبد تراه المحكمة جديرا بان يكون سببا للرجوع مع توافر المانع ، شريطة ان يقبله

---

[31] عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، ط 6 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009م ، مرجع سابق ، ص 314 ، و كذلك عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج 1 ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد، 1967 ،ص 528 .

[32] منير القاضي ، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، الكتاب الثاني ، العقود المسماة ، الفصل الثاني ، الهبة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1948 ، ص 6 .

[33] المرجع السابق نفسه ، ص 5.

[34] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج5 ، مرجع سابق ،ص 182 .

قاضي الموضوع ، وان لا يكون هناك مانع من الرجوع ؛ لان المانع يقدم على السبب ، و من ثم فان هبة المال الشائع في القانون المدني العراقي و القوانين المقارنة هو عقد غير لازم في الاصل ، لكنه قد يكون ملزما في بعض الاحيان ، فلا يجوز الواهب الرجوع في هبته ، باسباب و اسس تلزم الواهب في عدم الرجوع ، و قد اشترط المشرع العراقي في القبض لتمام هبة المال الشائع المنقول ، كركن للانعقاد لا شرطا للزوم في هبة المال الشائع وعدم امكانية الرجوع فيها، و ان القبض الذ ينص عليه القانون المدني العراقي استمدت احكامه من الفقه الاسلامي ، فيكون و هذه الحالة ركنا للانعقاد ، اي انه شرط صحة وفقا لما يراه الفقه الاسلامي لا شرط تمام او نفاذ بحسب فهم بعض فقهاء المذاهب الاسلامية ، مع ملاحظة ان بعض فقهاء المالكية وبعض فقهاء القانون المدني العراقي يرون بان شرط التمام دليل على اللزوم ، بينما القبض في الهبة هو دليل على الانعقاد لا اللزوم ، مما يترتب عليه ان هبة المال الشائع في القانون المدني العراقي عقد عيني في المنقول وعقد شكلي في هبة العقارالشائع ، و من ثم فان الهبة لا تنعقد الا بالقبض، و قبل ذلك - قبل القبض- ما هو الا وعد بعقد ، والوعد بالعقد العيني يقع باطلا و لا ينتج اثرا[35]، و عليه فان هبة المال الشائع عقد غير لازم في الاصل في القانون المدني العراقي ، و انما يلزم استثناء ، و اساس اللزوم فيه امر طارئ عليه ، وهو ما يسمى بالمانع المتزامن مع الانعقاد او الذي قد يحدث لاحقا، و من ثم فان الاساس الذي يستند له الرجوع بالهبة في القانون المدني العراقي هو عدم لزومية الهبة ، ما لم يقم المانع ، كما فعل ذلك القانون المدني المصري ، فيجوز الرجوع بالهبة بصورة عامة ويجوز ايضا الرجوع في هبة المال الشائع ايضا وفقا للقيود القانونية التي نص عليها المشرع ,و اما عن الاساس الذي تبناه المشرع المصري في الرجوع عن هبة المال الشائع ، نجده ان قد تبنى موقف الفقه الحنفي القائل باعطاء الحق للواهب بالرجوع في هبته [36]، مقيدا في ذلك ان يكون الرجوع باسباب قانونية و مشددا في عدم توافر مانع من ذلك ، و قد اعطى قوة الزامية لعقد الهبة ، جاعلا من حرية الواهب مقيدة في الرجوع مخالفا في ذلك ما ذهب اليه المذهب الحنفي ، و ذلك عن طريق اشتراطه للعذر المقبول في طلب الرجوع ، مما جعل جانبا من الفقه المصري يرى بان المشرع باشتراطه هذه الشروط في الرجوع جعل من الهبة اقرب الى العقد اللازم منه الى العقد غير اللازم [37]، على ان القانون المدني المصري لا

(35) حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954 ، ص 15.
(36) عبد الوهاب البنداري ، شرح العقود المدنية ، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ، الهبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973، ص 174.
(37) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج 5، المرجع السابق ، ص 180 .

يجيز الرجوع بالهبة ما لم يتم برضاء الموهب له او بحكم المحكمة [38]، شريطة ان يكون هناك عذر مقبول و لا يوجد مانع من الرجوع [39]. و باجازة الرجوع في الهبة بصورة عامة فان الرجوع في هبة المال الشائع يكون جائز ايضا ,لارث ، ان يعوض على الورثة اصحاب الحصص المحفوظة في حدود الجزء الزائد من التبرع مهما كانت الزيادة) ، و كذلك نص على حق الانقاص[40], و بالنسبة للرجوع في هبة المال الشائع فان القانون المدني الفرنسي الاصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة المال الشائع[41] فمن باب اولى لا يجوز الرجوع بهبة المال الشائع ، و اما قانون الموجبات و العقود اللبناني فقد استسقى اساس الرجوع من القانون المدني الفرنسي و قد تاثر تاثرا واضحا فيه من حيث تحديد الحالات التي يجوز فيها الرجوع و الاعذار على سبيل لحصر لا المثال و لا يمكن التوسع بها و اضافة حالات مستقبلا [42]، و كاساس عام فان هذا القانون يرى هبة المال الشائع بان هو عقد غير لازم و لكن بحالات معينة ، اذ ان الاصل فيه لزومية العقد و هذا ما كرسه في المادة (221) منه و التي نصت على القول : (ان العقود المنشاة على وجه قانوني تلزم العاقدين و يجب ان تفهم و تفسر و تنفذ وفاقا لحسن النية و الانصاف و العرف) ، و بما ان هذا القانون قد اجاز الرجوع في الهبة بحالات معينة فان ما يسري على الرجوع في الهبة يسري على الرجوع في هبة المال الشائع , و من الملاحظ ان المشرع الفرنسي ينظر للهبة بصورة عامة بشيء من عدم الارتياح ، مما جعله يشدد القوة الالزامية لهذا العقد، من حيث عدّه لعقد الهبة من العقود اللازمة و كاصل عام [43] اذ نصت المادة (894) منه على القول : (الهبة بين الاحياء عمل يتجرد الواهب بموجبه حاليا وبصوره لا رجوع عنها عن الشئ الموهوب لصالح الواهب الذي يقبله) ، و كذلك اشتراطه للشكلية في انعقادها بصورة اكثر شدة من القوانين المدنية الاخرى ، و تقييده لحرية الواهب في النصاب

---

[38] ابراهيم الدسوقي ابوالليل ، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الاسلامية و تطبيقاته في القانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية ، جمعية المحامين الكويتية ، السنة الثامنة ، الاعداد (يوليو ، اغسطس ، سبتمبر ،) ، 1985 ، ص29 .

[39] انظر : المادة (500) من القانون المدني المصري و التي نصت على القول : (ا- يجوز للواهب ان يرجع في الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك . 2- فاذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع).

[40] وهو حق يلتزم به الموهوب له الاجنبي ، اذا كانت الهبة تزيد على نصاب الوصية ، وعليه فالهبة والوصية في القانون المدني الفرنسي متصلتان بالميراث ، لمزيد من التفاصيل انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5، المرجع السابق ،ص 21 و 22 .

[41] م (953) مدني فرنسي : (لا يمكن الرجوع عن الهبة الا بسبب عدم تنفيذ الشروط المفروضة على الموهوب له ، وبسبب العقوق ، وبسبب ولادة اولاد).

[42] نادر عبد العزيز شافي ، عقد الهبة في القانون اللبناني و المقارن ، ج 1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،لبنان 2002 م ، ص 437 و ما بعدها .

[43]الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، العقود المسماة ،ج 11 ،الهبة ، مرجع سابق ، ص12 .

المحدد كما فعل المشرع اللبناني ذلك ، و قد ربط القانون المدني الفرنسي بين الهبة و الميراث ، و تقريره لحق الارجاع ، اذ نصت المادة (924) منه على القول : (عندما يزيد التبرع عن النصاب الحر ، يتوجب على المتبرع له ، المستحق او غير المستحق للان الهبات وفقا للقانون االمدني الفرنسي بين الاحياء تنعقد لازمة لا رجوع فيها ، الا ان هذا المنع من الرجوع فيه استثناء اذ ان هذا القانون اورد اسبابا للرجوع كاستثناء على الاصل ، و ما يؤكد ان الاصل فيه عدم الرجوع ما نصت عليه المادة (894) سالفة الذكر ، فالمقرر ان الهبة تكون بين الاحياء و تنعقد لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، و لكن هناك استثناء من هذا الاصل وردت في ثلاثة حالات اضافة لحالة جوازية الرجوع بين الازواج دون قيد او شرط [44]، تتمثل في عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها في الهبة ، و كذلك الجحود ، و ولادة ولد للواهب ، و يمكنننا القول بان ما يسري عليه هذا الاستثناء في الهبة بصورة عامة من الممكن ان يسري على هبة المال الشائع خصوصا و ان النصوص جاءت مطلقة و لا يوجد فيها ما يقيد ذلك ,و بعد ان تكلمنا عن جوازية و اساس الرجوع في هبة المال الشائع ، فلا بد لنا من تناول الشروط التي يتطلبها تحقق امكانية الرجوع في هبة المال الشائع ، و بالرجوع الى حقيقة الرجوع في هبة المال الشائع نجده من التصرفات التي يملكها الواهب لكن بقيود معينة ، و بما انه تصرف فيسري عليه الشروط التي تنظمها القواعد العامة للتصرفات القانونية و له شروط خاصة لخصوصيته في الهبة ، و من ثم يمكننا القول بان الرجوع في هبة المال الشائع له شروط عامة ، و شروط خاصة . اما الشروط العامة فتتمثل في كون الرجوع في هبة المال الشائع تصرف قانوني لذا فهو يستلزم توافر الاركان الضرورية لكل التصرفات القانونية من رضا ومحل و سبب طبقا للقواعد العامة في القانون المدني ، و ان وجود الرضا ، و الذي يقصد به التعبير عن الارادة فالارادة لا يعتد بها دون الاعلان عنها ، و في اطار الرجوع في هبة المال الشائع فان التعبير عن الارادة يكون من قبل الواهب لهذه الهبة ، اذ يقوم الواهب بالاعلان عن ارادته باحد الاساليب التي نص عليها القانون مع مراعاة الشكلية التي يتطلبها القانون اذا كان الرجوع يعبر عن هبة في عقا شائع ، و يشترط في هذا الرضا ان يكون صحيحا ، اذ ان وجود الرضا لا يكفي لانعقاد الرجوع فلا بد من ان يكون خاليا من عيوب الارادة و صادرا من شخص يتمتع بالاهلية القانونية ، و كذلك يجب ان تتوافر في الهبة محل الرجوع ما يشترط في القواعد العامة و كذلك السبب و تجنبا للتكرار فاننا نحيل الكلام عن هذه الشروط الى ما تكلمنا عنه في الفصل الثاني في اركان هبة المال الشائع , و اما عن الشروط الخاصة ، فيشترط في الرجوع بهبة المال الشائع بصورة خاصة ، ان يكون

[44] للمزيد من التفاصيل انظر : المواد من (954 – 966) من القانون المدني الفرنسي .

هناك سبب مشروع للرجوع ، منها ما يتعلق بالواهب و منها ما يتعلق بالموهوب له ، و كذلك عدم وجود مانع من موانع الرجوع ، و بما اننا سنتكلم عن هذه الاسباب او الاعذار المشروعة و كذلك الموانع في المبحث الثالث من هذا الفصل فاننا الكلام عن هذه الشروط الى هناك تجنبا للتكرار. و من ثم يمكننا القول بانه يشترط في الرجوع في هبة المال الشائع ما يشترط في التصرفات القانونية بصورة عامة، مع الاحتفاظ بخصوصية هذا التصرف من حيث توافر شروط خاصة لصحته اشترطها القانون والتي بعدم توافرها لا يمكن تحقق امكانية الرجوع في هبة المال الشائع.

المطلب الثاني

حدود امكانية الرجوع في هبة المال الشائع

يتميز الرجوع في هبة المال الشائع بعناصر و خصائص و مشخصات قانونية يتكون منها مظهره العام ، والتي بموجبها تكون له مجموعة من الاحكام التي تميزه عن غيره من الاوضاع القانونية الاخرى ، ومن هذه العناصر او الخصائص انه حق قائم على الاعتبار الشخصي ، وان اغلب احكامه من النظام العام ، و انه حق يقبل الاسقاط و له انواع ، منها ما يكون رجوعا رضائيا , ومنها ما يكون رجوعا قضائيا , واخر رجوعا قانونياو لا بد من معرفة نطاق هذا الرجوع ، و بغية الوقوف على حدود امكانية الرجوع في هبة المال الشائع لا بد لنا من ان نتناول مقومات الرجوع في هبة المال الشائع ، و انواع الرجوع في هبة المال الشائع ، و نطاق الرجوع في هبة المال الشائع , ان المراد هنا من مقومات الرجوع عن هبة المال الشائع او عناصرها ، ما يتميز به الرجوع من خصائص تمييزه عن بقية التصرفات القانونية الاخرى ، و ان هذه المقومات او العناصر تعدّ من مشخصات الرجوع القانونية التي يتكون منها مظهره العام و ما يبنى عليه من احكام قانونية ، كون ان الرجوع من الحقوق التي لا يمكن اسقاطها ، و كذلك كونه غير قابل للانتقال للورثة الا بموراد معينة نص عليها القانون ،و كذلك كونه خاضع لقواعد امرة يجعل منه حقا من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه و ان كان هناك من يرى خلاف ذلك .فمن مقومات الرجوع في هبة المال الشائع بانه حق غير قابل للاسقاط ، اذ تعدّ شخصية الواهب في هبة المال الشائع في الرجوع محل اعتبار و ذلك كونه من الحقوق اللصيقة به، و ان هذه الخصيصة تبناها الفقه الحنفي في رايه الغالب القائل بعدم جواز الاسقاط والتنازل عن حق الرجوع ، و ان الحكم فيه واحد سواء كان هذا الاسقاط او التنازل قبل ابرام العقد او بعده ، و بالرغم من وجود من يخالف هذا الراي، و لكن يجوز للواهب ان يتصالح مع الموهوب له على ذلك ، و ان المبلغ الناشئ عن هذا التصالح (العوض)عن الهبة و ان كان قابلا للتصالح الا انه لا يجوز اسقاطه ايضا [45] .قد ورد في حاشية ابن عابدين ما مضمونه ان حق الرجوع لا يسقط باسقاط الواهب ، و يصح رجوعه بعد ذلك ، على ان

(45) احمد ابراهيم بك ، التزام التبرعات ، بحث منشور ، مجلة القانون والاقتصاد ، ع 3 ، ص 53 ، نقلا عن عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 186.

التصالح على حق الرجوع في الهبة جائز و المبلغ المتصالح عليه يعدّ عوضا [46]عن الرجوع في الهبة [47].و اما فقهاء الامامية فهم يرون ان هذا الحق قابل للاسقاط و يستندون في رايهم هذا الى مفهوم الحق بكونه نوعا من نواع السلطنة و الملكية ، و ان قوام الحق يكون قابلا للاسقاط [48]، و لو لا جوازية الاسقاط فلا يكون هناك مبرر من وجود و اقرار السلطنة لصاحب الحق بل قد يكون من قبيل الحكم المفروض عليه ، خصوصا و ان السلطنة بمفهومها العام تعني ان تكون زمام الامور بيد صاحب الحق ، بينما ذهب جانب اخر من الفقه الامامي على عكس الراي المتقدم ، بالقول ان الرجوع هو حق غير قابل للاسقاط و عللوا ذلك في كون هذا الحق يعدّ من حقوق الشارع لا من حقوق المكلف و من ثم لا يجوز اسقاطه و ما عدا ذلك فانه يجوز [49]. و اما قانونا [50]و فقها فانه من المسلم به ان حق الرجوع هو حق خاص و استثنائي وارد على الاصل المتفق عليه بعدّ الرجوع من الحقوق القائمة على الاعتبار الشخصي للواهب[51] ، و من ثم فان هذا الحق ما اذا تقرر للواهب فانه لا يجوز له ان يتنازل عنه قبل اوانه [52] و بهذا اخذت التشريعات المقارنة في قوانيها المدنية ، القانون المدني العراقي و المصري و اللبناني ، و ان تنازل فان تنازله يعدّ من العدم و لا عبرة فيه ، على ان يبقى للشريك في المال الشائع حق الرجوع عن هبته في التنازل قائما و ثابتا فيما لو نشئ له هذا الحق بعد انعقاد الهبة و قبل الانعقاد فانه يكون قد تنازل عن حق لا يملكه و هذا ما اكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي المصري و التي نصت على القول : (يلاحظ ان الواهب اذا

---

(46) جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الهدى ، السيدة زينب ، مصر ، 1978، ص 247.

(47) محمد امين (ابن عابدين) ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج 8 ، طبعة خاصة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003 ، ص 504.

(48) و يرى فقهاء الامامية ان الحق ما هو الا هو نوع من السلطنة و الملكية الا انه من مراتبها الضعيفة ، و يكون متعلق الحق تارة الشخص كحق القصاص وحق الحضانة ، وتارة يكون متعلق الحق هو الاعيان كحق التحجير وحق الرهن ، وتارة اخرى يكون متعلق الحق هو العقد كحق الخيار ، والفقه الاسلامي الامامي يميز في هذا الصدد بين ثلاث مفاهيم وهي متدرجة من حيث قوة السلطنة صعودا كما يلي : ا– الحق : وهو جواز الفعل والترك او عبارة عن سلطنة ضعيفة على المال والسلطنة على المنفعة اقوى منه والاقوى منهما السلطنة على العين ، مثال ذلك حق التحجير وهو حق ضعيف لا يترتب عليه اغلب اثار الملكية كالبيع والوقف ونحوهما.- ب – الملك : وهو الحق القابل لكل التصرفات ، فيكون الشئ المملوك امره بيد من جعل له الملك فيكون ذا سلطنة عليه وهو ما يعبر عنه باصطلاح الامامية بالواجدية ، وهي الاضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الاضافة ، مثل احياء الارض الموات بعد تحجيرها يثبت فيها حق الملك التام الذي تترتب عليه كافة الاثار والحقوق الاخرى من القدرة على البيع وهبة المال الشائع والوقف.-ج– الحكم : هو المجعول الشرعي المتعلق باعمال المكلفين اقتضاء او تخييرا ، والحكم الشرعي لا يستتبع للاضافة والسلطنة ، فهو متباين عن الحق والملك رغم ان الحكم الشرعي يشترك مع الحق في بعض الاثار كجواز الرجوع في الهبة وجواز الفسخ لذي الخيار، الا انهما مختلفان فالجواز في الرجوع الهبة _و كذلك هبة المال الشائع حكم شرعي ، بينما الجواز في الرجوع للخيار انما هو ملك واضافة ، والضابط الجوهري بين الحق والحكم هو قابلية الحق للاسقاط وامتناع الحكم من ذلك ، ولهذا يعدون الحق سلطنة ضعيفة اذا ما قيست بكل من الملك والحكم ، وعليه فان الحكم يتصف بانه لا يقبل الاسقاط ولا النقل ولا الانتقال القهري ،لان كل صفة مما سبق التدخل فيها يعتبر تدخل في التشريع الالهي ، واما الحقوق فانها قابلة للنقل والانتقال والاسقاط ، للمزيد من التفاصيل انظر: كاظم الحسيني الحائري ، المرجع السابق ، ص 132وما بعدها ، و كذلك محمد حسين النائيني ، منية الطالب في شرح المكاسب ، ط 1 ، مؤسسة التاريخ العربي ، ج 1 ، بيروت ، 2011 ، ص 105.

(49) كاظم الحائري ، المرجع السابق ، ص 137و 138.

(50) و قد نص القانون المدني الفرنسي في المادة (965) منه على القول : (يستطيع الواهب في اي وقت كان ، ان يتنازل عن ممارسة حق عن الهبة بسبب ولادة ولد).

(51) يراد بالاعتبار الشخصي ان شخصية المتعاقد محل اعتبار في التصرف القانوني ، فكثير من التصرفات يراعى فيها هذا الاعتبار بشكل واضح وقد يختفي في البعض منها او يضمحل ، فاذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد فان هذا العقد سيخضع لاعتبارات خاصة تميزه عن غيره من العقود ، صلاح الدين الناهي ، الخلاصة الوافية في القانون المدني ، مبادئ الالتزامات ، ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1968 ، ص 66 ، 67.

(52) ياسر احمد الصيرفي ، مصدر سابق ، ص 262.

تنازل عن حق الرجوع تنازله لا يؤخذ به ، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل) [53] ، و من ثم فان الشريك الواهب له حق الرجوع في هبته متى ما ثبت له هذا الحق و بخلافه يقع باطلا اي تنازل او اي اتفاق على اسقاطه قبل ثبوته ، و لا مانع في ذلك بعد الثبوت [54] ، الا ان هذا الكلام المتقدم لم يسلم من النقد اذ انه جانبا من الفقه المصري[55] ذهب الى القول بان التنازل عن حق الرجوع في الهبة – و هبة المال الشائع ايضا – لا يمكن التسليم به و لا يمكن الحكم بصحته كون القانون يهدف الى زيادة القوة الالزامية للهبة و ما الرجوع الا حق استثنائي و الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ، و كذلك ان الرجوع في الهبة لا يكون الا لعذر مقبول فيه فكرة مبنية على ايقاع الجزاء بحق الموهوب له في بعض الحالات التي نص عليه القانون و الذي فيه حماية للواهب و من ثم فان هذا الحق من الممكن ان يتنازل عنه الواهب لمصلحة الموهوب له و عن ايقاع الجزاء عليه ، و كذلك ان حق الرجوع في الهبة هو حق ضعيف و ان كان يسمح به القانون الا انه لا يكون الا لاسباب عرضية محضة ما ان تزول هذه الاسباب فانه يزول بزوالها ,و من مقومات الرجوع في هبة المال الشائع بانه غير قابل للانتقال للورثة، اذ ان الحق في الرجوع بهبة المال الشائع لا يورث في الاصل ، و من منظور الفقه الاسلامي ، فان فقهاء الامامية يذهبون الى القول بان ورثة الواهب لا ينشا لهم حق الرجوع على الموهوب له ، لان الهبة و هذه الحالة اصبحت لازمة و ما يؤكد الزاميتها اكثر اذا كانت بعوض ، و من ثم فان الرجوع فيها يعدّ حكما لا حقا ، لكي قابلا للتوريث ، و ان عدّ الرجوع بخلاف ذلك (حق) فان التوريث فيها يمنع من باب لزومية الهبة [56]. و يذهب الامامية الى القول ان ليس لورثة الواهب الرجوع على الموهوب له بعد موت مورثهم ، لان هبة المال الشائع اصبحت لازمة سواء كانت لذي رحم او اجنبي ، وتتاكد اذا كانت معوضة ، كل ذلك لاصالة اللزوم ؛ لان الرجوع في هبة المال الشائع عند البعض يعد حكما شرعيا ، وليس حقا لكي يورث ومن عده حقا للواهب منع التوريث ايضا للزوم في عقد الهبة [57] ، اما فقهاء الحنفية فلا يخالفون فقهاء الامامية من هذه اناحية اذ انهم يرون بان موت احد طرفي الهبة مانعا من الرجوع .و اما عن القوانين المدنية محل الدراسة ، فهي لم تذهب بعيدا عن موقف الفقه الاسلامي المشار اليه انفا ، فقد عدّت حق الرجوع من الحقوق التي لا تنتقل للورثة بالتوريث ، كون الحق في الرجوع من الحقوق القائمة على الاعتبار الشخصي اذ انه هذا الحق يكون محصورا لمن تقرر له ، و من ثم فان القانون المدني العراقي لا يورث هذا الحق ، و هو نفس موقف المشرع المصري ، و هذا ما ذهبت المادة (623) من القانون المدني العراقي بدلالتها الضمنية على ذلك و التي نصت على القول : (يمنع الرجوع في الهبة: ...ب - ان يموت احد المتعاقدين) ، و الذي يفهم من النص المتقدم عدم تحقق امكانية رجوع الواهب على ورثة الموهوب له حال وفاته ، و نفس الحكم بالنسبة لورثة

(53) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، هامش ص 186.
(54) عبد الوهاب البنداري ، مصدر سابق ، ص 173.
(55) أكثم الخولي، العقود المدنية، ط1 ، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ، 1957م ، ص182 و 183 .
(56) عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال و الحرام ، ج 21 ، ط 4 ، مؤسسة المنار ، قم المقدسة ، ايران ، 1416 هـ ، ص 275 .
(57) عبد الاعلى السبزواري ، مصدر سابق ، ص 275.

الواهب في المال الشائع ، لان هذا الهبة الت اليهم عن مورثهم و اختلاف مصدر الملكية [58]، و كذلك اشار المشرع الفرنسي الى عدم جواز انتقال حق الرجوع الى ورثة طرفي عقد الهبة ، ما لم يكن هناك جحود و قد تم اقامة دعوى خلال مدة سنة من تاريخ حصول الجرم بالجحود ، و ان قانون الموجبات و العقود اللبناني فقد اجاز لورثة الواهب اقام دعوى الرجوع على الموهوب ذاته دون ورثته ما لم يكن اقامة الدعوى في حياة الموهوب له و توفي اثناء السير في الدعوى فيمكن الاستمرار بالدعوى حسب القواعد العامة و ان مدة اقامة هذه الدعوى يكون خلال خمسة سنوات من حصول السبب المقبول للرجوع و ذلك بدلالة المواد (526-530) منه [59]. و ان هذا المنع من الانتقال الى الورثة في حق الرجوع غير مطلق و قد اورد المشرع العراقي استثناء على ذلك و هو ما نصت عليهالمادة (622) من القانون المدني العراقي و التي نصت على القول : (اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بلا وجه حق ، كان لورثته حق ابطال الهبة) و بهذا تكون هذه المادة قد اوردت احد الاسباب المعقولة الذي بموجبه يحق لورثة الواهب في المال الشائع و غيره الرجوع على الموهوب له اذا ثبت بشكل قطعي قيامه عمدا بقتل مورثهم الواهب بابطال الهبة امام المحكمة المختصة ، و هذا الحكم انفرد به المشرع العراقي دون المشرع المصري ، و هو بهذه الحالة قد اغلق الباب امام الاجتهادات القضائية و الفقهية لانه لا اجتهاد في مورد النص ,ومن مقومات الرجوع في هبة المال الشائع بانه من النظام العام ، فهناك من يرى بان القواعد التي تحكم الرجوع في هبة المال الشائع تعد من النظام العام [60]و من ثم لا يجوز الاتفاق على خلافها او استبعادها و ان النصوص الحاكمة فيها هي نصوص امرة ، و سندهم من القول في ذلك على مقدرة الواهب و الموهوب له في هبة المال الشائع الاتفاق على خلاف الاحكام التي يخضع لها الرجوع ، فضلا عن انه ليس للواهب ان يتفق مع الموهوب له على الرجوع مقدما او التنازل عنه[61] ، فليس كل الحقوق تكون قابلة للتنازل عنها فتبقى النصوص القانونية حاكمة لها و لصاحب المصلحة في ذلك التمسك بها حتى مع اسقاطه او تنازله عن حقه [62] ، و هذا ما دفع احد فقهاء القانون المدني [63]الى القول بان الرجوع في الهبة مقيدا بهذه القيود و من ثم انها تعد من النظام العام ، و قد اكدت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي المصري ما جاء به هذا الجانب من الفقه القانوني و التي نصت على القول :(يلاحظ ان الواهب اذا تنازل عن حق الرجوع فان تنازله لا يعتبر ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل..)[64], بينما ذهب جانب اخر من الفقه[65]الى القول بان احكام الهبة

---

[58] عبدالوهاب عرفة ، المرجع في العقود الناقلة للملكية والمنشئة لها ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية، بدون سنة طبع او نشر ، ص 361.

[59] نادر عبد العزيز شافي ، ج1، المرجع السابق ،ص 462 و ما بعدها

[60] لمزيد من التفاصيل عن مفهوم النظام العام في القانون و الشريعة الاسلامية ، انظر : عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون سنة طبع او نشر ، ص 213 وما بعدها ، عبدالهادي يونس العطافي ، نظرية الالتزامات ، المصادر ، ج 1 ، العقد مقارن بالمبادئ العامة في الشريعة الاسلامية ، بدون عدد طبعة ، الشركة المصرية للطباعة والنشر ، 1976 ، ص 172 وما بعدها .

[61] ياسر احمد كامل الصيرفي ، مرجع سابق ، ص 262.

[62] منير القاضي ملتقى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ج 1 مطبعة العاني بغداد 1952 ، ص 15.

[63] عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ،ج 5 ، المرجع السابق ، ص 186.

[64] المرجع السابق نفسه ، ص 186.

[65]أنور طلبة ، العقود الصغيرة الهبة والوصية ، المكتب الجامعي الحديث ، 2004م ، ص94.

– هبة المال الشائع - ليست من النظام العام ، و انه يجوز للواهب ان ينص على التنازل او اسقاط حقه في الرجوع كون القانون المدني قد اورد احكام الهبة ، و بما فيها هبة المال الشائع ، بوصفها من العقود المالية كسائر العقود الاخرى مجيزا في ذلك ان يتضمن عقد الهبة شرطا باحقية الواهب في هبته ان يتقف مع الموهوب له على الرجوع فيها بعد ابرام العقد ، و من ثم يجوز الرجوع و هذه الحالة و يجوز الاتفاق على الرجوع في الهبة عند الابرام بوضع شرط يخص ذلك او يكون باتفاق بينهما بعد الابرام في وقت لاحق , و اما عن انواع الرجوع في هبة المال الشائع ، فينقسم الرجوع في الهبة من حيث طريقته الى رجوع رضائي و الذي يتم عن طريق الاتفاق بيني طرفي عقد الهبة ، و رجوع قضائي و الذي تم عن طريق المحكمة في حال رفض الموهوب له الرجوع بالتراضي ، و رجوع قانوني و الذي يكون بموجب نص قانوني و بحكم القانون , والرجوع الرضائي في هبة المال الشائع ، يرى فيه جانب من الفقه الاسلامي ، و هم فقهاء الامامية بان الرجوع لا توجد فيه تقسميات ، سواء كان رضائيا او قضائيا ، اذ ان الهبة لا خصومة فيها ، و من ثم لا يتوقف الرجوع على رضا الموهوب له من عدمه و لا على حكم المحكمة ،و انما هو حق مقرر للواهب و من ثم لا يمكن ان يكون هناك تقسيم لهذا الرجوع [66]، اما فقهاء الحنفية فهم يرون خلاف ذلك ، كونهم يقررون حق الواهب في الرجوع ان لا يكون الا عن طريق الرضاء او عن طريق القضاء او المحكمة . و بخلافه فان اي تصرف من الواهب يعدّ كتصرف الغاصب و الرجوع الرضائي وفقا لنظرة القوانين المدنية محل المقارنة ، فهو الرجوع الذي عادة ما يتم بتراضي الواهب مع الموهوب له في هبة المال الشائع ، ، ومن البديهي ان يعرض الواهب الرجوع اولا على الموهوب له ، و عند الرفض من قبل الموهوب له يتم اللجوء الى المحكمة ، شريطة ان يكون هناك عذر او سبب مقبول له و عدم وجود مانع من ذلك ، و هذا ما قررته المادة (620) من القانون المدني العراقي و التي نصت على القول : (للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب له) ، و كذلك المادة (1/500) من القانون المدني المصري و التي نصت على القول : (يجوز للواهب ان يرجع في الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك) ، و لا يوجد نص مقابل في قانون الموجبات و العقود اللبناني الا انه وفقا للقواعد العامة الرجوع على اعادة الحال الى ما قبل التعاقد باتفاق الطرفين قبل اتمام الهبة[67] ، و كذلك لا يوجود نص مقابل لهذا النص في القانون المدني الفرنسي ولا مقابل لهذا الطريق فيه ، كون الهبة تنعقد لازمة كما لاحظنا ذلك في ما تقدم و من ثم لم يقرر المشرع الفرنسي الرجوع الرضائي. و بخصوص الرجوع القضائي في هبة المال الشائع ، فقد لاحظنا في تقدم من الكلام عن الرجوع الرضائي ان جانب من الفقه الاسلامي و هم فقهاء الامامية لا يقرون مسالة التقسيمات التي اجازتها الفرق الاسلامية الاخرى و القانون الوضعي ، لان الهبة و هبة المال الشائع لا خصومة فيها[68] ، و اما

(66) محمد حسين كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، ص 79 وما بعدها.
(67) نادر عبد العزيز شافي ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 447 .
(68) محمد حسين كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، ص 79 وما بعدها.

فقهاء الحنفية فانهم يجيزيون الرجوع في الهبة بحكم القضاء ، اذا لم يتم بالتراضي [69]، شريطة تعذر التراضي على الرجوع قاصدين في ذلك مجرد الترخيص بالرجوع دونما توافر العذر و مقبوليته من قبل القاضي كما اشارت الى ذلك القوانين المدنية [70].و قد قررت القوانين المدينة ومنها المشرع العراقي والمصري ايضا للواهب ان يلجا للمحكمة في اقامة دعوى الرجوع بالهبة ، مع ملاحظة ان النصوص ججاءت مطلقة و لم تحدد فيما اذا الهبة المراد الرجوع عنها في الملكية المستقلة او الملكية الشائعة و من ثم يمكننا القول بانه اذا لم يتم التراضي مع الموهوب له حول الرجوع بالهبة او هبة المال الشائع يجوز اللجوء الى المحكمة لغرض اقامة دعوى الرجوع و هذا ما نصت عليه المادة (620)[71] من القانون المدني العراقي و التي نصت على القول : (للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب ، فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع) ، مع توافر السبب او العذر المشروع المصنوص عليها قانونا او اي سبب اخر تراه محكمة الموضوع منتجا في الدعوى و عدم وجود مانع من الرجوع ، ولم ينص قانون الموجبات و العقود اللبناني و لا القانون المدني الفرنسي على هذه الطريقة و انما هناك حالات محددة و حصرية يتم بها الرجوع و كما سنرى ذلك في الفقرة التالية . واما الرجوع القانوني في هبة المال الشائع ، فقد نصت القوانين المدنية على حالات معينة تتضمن امكانية الرجوع عن الهبة قانونا، و ايا كانت هذه الهبة واردة على مال مستقل او شائع لان النصوص و كما تم الاشارة الى ذلك جاءنت مطلقة و لا يوجد فيها ما يمنع الرجوع عن هبة المال الشائع و من ثم ما يسري في الرجوع القانوني على هبة المال المستقل يسري على الرجوع في هبة المال الشائع ، هذا و قد اشر المشرع العراقي على حالة للرجوع القانوني اي ان الرجوع و هذه الحالة يكون بحكم القانون و لكن عن طريق المحكمة و ان قرار المحكمة و هذه الحالة يكون كاشفا و ليس منشا ، و قد نص القانون المدني العراقي في المادة (622) منه و التي نصت على القول : (اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بلا وجه حق ،كان لورثته حق ابطال الهبة) ، و النص المتقدم فيه الحكم لورثة الواهب المقتول بابطال الهبة للسبب الوارد فيه دون غيره و ان هذا الابطال يكون لعقد الهبة نفسه و ليس لاثر الهبة كما هو الحال بالنسبة لباقي اسباب الرجوع[72] .و لا يوجد نص مقابل في القانون المدني المصري ، و قد اشار المشرع اللبناني الى حالات حصرية يتم بموجبها الرجوع نظمها في المواد (524-530) من قانون الموجبات والعقود ، و قد نصت المادة (524) على صحة الرجوع فيما لوظهر للواهب اولاد بعد الهبة ، و نصت المادة (527) من القانون نفسه على صحة الرجوع في الهبة فيما اذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشروط او التكاليف المفروضة عليه في عقد الهبة ، ونصت المادة (528) من القانون نفسه على صحة الرجوع بالهبة في حالة الجحود ، و لكن بشروط معينة لصحة

---

[69] ابو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة ، مجلد 1 ، ط 1، مطبعة دار السلام ، القاهرة ، 1999 ، ص 713.

[70] اسماعيل عبدالنبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 575 وما بعدها .

[71] و التي تقابلها المادة (500) من القانون المدني المصري .

[72] منيرالقاضي المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1948 ، ص 5.

هذا الرجوع و ان قرار المحكمة ايضا يكون كاشفا لهذه الاسباب القانونية و ليست منشئة لها[73] ,و اما القانون المدني الفرنسي [74]فهو ايضا اشار الى حالة بحكم القانون يجوز الرجوع بالهبة و هي حالة ولادة ولد للواهب و بالرغم من انعقاد الهبة فان القوة الملزمة لهذا العقد تحل بقوة القانون – انفساخ الهبة - و باثر رجعي يشمل كل الحقوق التي رتبها هذا العقد ، بل انه شمل حالة ترتب حق للغير على الموهوب فلهذا الغير الرجوع على الموهوب له ، و يرى بعض الفقه القانوني ان هناك افكار معينة تحكم هذه الحالة ، منها فكرة الشرط الفاسخ الضمني [75]، و الراي الاخر ذهب الى فكرة الحماية [76]، بينما ذهبراي ثالث الى فكرة مهلة التفكير [77]، و هذه الافكار تصب في نتيجة واحدة و هي ان الرجوع في الهبة في هذه الحالة بحكم القانون مع اختلاف الاساس الذي يبنى عليه هذا الحكم.و اما نطاق الرجوع في هبة المال الشائع ، فانه يمتد بتعدد الهبة و انواع الطريقة التي تتم فيها و المحال التي ترد عليها و الاثار التي ترتبها لذا نجد من الضروري معرفة في اي منها يصح الرجوع من عدمه ، و على اية حال، فان هبة المال الشائع تنقسم من حيث الحقوق التي يكتسبها الموهوب له الى هبات مباشرة [78] و هبات غير مباشرة ، و هبة المال الشائع المباشرة يسري عليها احكام الهبة بصورة عامة ، و يشترط فيها ما يشترط في الهبة و التي منها توافر الشكلية في التصرفات التي و من ثم فان هذا النوع من الهبة يجوز الرجوع فيها ، و ان هذه الاحكام تنفرد بها هذا النوع من الهبة دون غيرها[79] ،و اما هبة المال الشائع غير المباشرة [80] و التي يطلق جانب من الفقه على

---

(73) نادر عبد العزيز شافي ، ج1، المرجع السابق ، ص 440 و ما بعدها .

(74) فقد نصت المادة (960) من القانون المدني الفرنسي على القول : (كل الهبات بين الاحياء المعقودة من قبل اشخاص ليس لهم ولد او فرع حي في حين عقد الهبة ،و مهما كانت قيمة هذه الهبات، ومهما كان الاساس الذي تم الاستناد اليه لعقدها ، وحتى لو كانت متبادلة او بعوض ، وحتى تلك الحاصلة بمناسبة الزواج من قبل غير اصول الزوجين او من قبل الزوجين الواحد لصالح الاخر، يمكن الرجوع عنها اذا كان صك الهبة يلحظ ذلك اذا ولد للواهب حتى بعد وفاة هذا الاخير او تبناه وفق الاشكال وضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل الاول من الباب الثامن من الكتاب الاول)، نقلا عن نادر عبد العزيز شافي ، المرجع السابق ،ص 448 .

(75)علل البعض ذلك بفكرة الشرط الفاسخ الضمني ، الا ان هذا التبرير لا يمكن الاخذ به في القانون المدني الفرنسي ، لانه لو كان التبرير صحيحا لجاز التنازل عنه ، فالقانون الفرنسي يجعل الرجوع واقعا بقوة القانون ، بل ويعتبره من النظام العام ويقع رغما عن ارادة كل من الواهب و الموهوب له، لمزيد من التفاصيل انظر : نادر عبد العزيز شافي ، مصدر سابق ، ص 448.

(76) يذهب راي اخر من الشراح الى القول ان الرجوع بسبب ولادة ولد للواهب يبرره انه نوع من الحماية لحق الولد ، وما تقتضيه مصلحته، لمزيد من التفاصيل انظر : حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص49.

(77)من جانب اخر ذهب البعض للقول انها لا تعدو ان تكون فرصة للتفكير والتروي ، ومراجعة الحسابات، انظر : نادر عبد العزيز شافي ، مصدر سابق ، ص 449.

(78) و تعرف هذا الهبة على انها : الهبة التي يكتسب الموهوب له بمقتضاها حقا عينيا او حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع ، بحيث ينتقل اليه هذا الحق مباشرة من الواهب ، و الهبة المباشرة هي الاصل وغيرها استثناء عليها ، كما انها هي التي يتحقق فيها نقل حق عيني للموهوب له او حق شخصي النوع من الهبات هو الذي تسري عليه احكام الهبة الكاملة مثل الشكلية ، فهي وحدها التي يتوجب افراغها في الشكل الواجب قانونا لانعقاد الهبة وبذلك يخرج من نطاق وجوب توافر الشكلية كل من الهبة غير المباشرة الهبة المستترة ، ويتوجب فيها ايضا اهلية التبرع ، ويخفف فيها من ضمان العيب ، وضمان الاستحقاق و الهبة المباشرة عقد ملزم لجانب واحد هو الواهب ، فلا يلتزم الموهوب له الا اذا اشترط عليه العوض ، فتكون الهبة حينها عقدا ملزما للجانبين ، كما انها تعد من التبرعات اذ يكون نية التبرع من مقوماتها، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 20- 78 .

(79) عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 78.

(80) و تعرف هذه الهبة على انهاعبارة عن انتقال الحق العيني او الشخصي من الواهب للموهوب له دون مقابل ، لكن لا بطريق مباشر كما في هبة المال الشائع المباشرة ، مثال ذلك النزول عن الحق العيني ، والنزول عن الحق الشخصي اي

بعض تطبيقاتها مفهوم (الهبة في ذمة الغير) [81]، والتي تعني قيام الواهب بهبة شيء موجود في ذمة الموهوب له انعقاد هبة المال الشائع ، و ايا كان نوع الحيازة التي بموجبها حاز الموهوب له الموهوب قبل انعقاد الهبة ، كما في حالة الوديعة او العارية او الدين و غيرها من الاحوال الاخرى[82] ، و تصح ايضا في الدين غير المعلوم المقدار خصوصا اذا كانت الهبة بغير عوض ، و الحكم المتقدم من باب اصالة الصحة و المسامحة و التي لا يسمح بها في غيرها من العقود الاخرى [83]، و ان كانت هذه الهبة لا يشترط فيها الاحكام الشكلية في الهبة بصورة عامة الا ان بعض الاحكام الموضوعية في الهبة تسري عليها و التي بضمنها جواز الرجوع بها [84].و تنقسم هبة المال الشائع من حيث وجود عقد ساتر لها الى هبة مال شائع مكشوفة[85] و التي تشمل هبة المال الشائع المباشرة و غير المباشرة ومن ثم يسري عليهما احكام الرجوع في هبة المال الشائع ، و الى هبة مال شائع مستترة[86] ، و ان هذا النوع من الهبات تكون معفية من الشكلية للهبة بصورة عامة الا انها تخضع في احكامها لها و التي بضمنها الرجوع ان كانت قد اعفيت من سريان الاحكام الشكلية للهبة المال الشائع عليها الا انها بدورها تخضع للاحكام الموضوعية التي

الابراء وكذلك الاشتراط لمصلحة الغير، لانهما لا يشتملان على نقل ملكية، وايضا قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل تعد هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل وكذلك القانون والقضاء الفرنسي يعد كل من البيع بثمن بخس ، ورفض الوارث لحصته من التركة ، والتفرغ عن الايجار ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والتنازل عن حق المنفعة، ونقل ملكية السندات كلها طرق للهبات غير المباشرة ، هذا وان بعض الاحكام الموضوعية للهبة والتي تسري باجمعها على الهبات المباشرة بوصفها الاصل في الهبات اي الصورة التامة للهبة المحضة ، فان الهبة غير المباشرة لا تسري عليها الاحكام المتعلقة بالشكلية او العينية ، و قد حاول بعض جوانب الفقه القانوني وضع معيار منضبط للهبة غير المباشرة فردها الى ما سماه (التصرف المحايد) او (التصرف غير المتصف) ، وبموجب هذا المعيار دخل ضمن نطاق الهبات غير المباشرة كل من التصرفات المجردة ، والاقرار بالدين ، والتعهد عن الغير و حوالة الحق ، وحوالة الدين ، لكن هذا الراي لم يسلم من النقد والمعارضة من قبل بعض جوانب الفقه القانوني ، حيث ان بعض التصرفات التي ذكرناها انفا عدها منتقدو معيار التصرف المحايد ، انها هبات مستترة وليست هبات غير مباشرة ، بل انهم قالوا ان البعض منها بالامكان اعتباره هبات مباشرة ، للمزيد من التفاصيل انظر : الياس ناصيف ، مرجع سابق ،ص 55 - 62 ، و كذلك حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، مرجع سابق ،ص 7 ، و كذلك عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 80 و 81 ، القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ، هبات غير مباشرة ، جامعة القديس يوسف ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، 2009 ، ص 939 ، و ينظر كذلك جليل حسن الساعدي ، حازم اكرم الربيعي ، اثر الارادة الباطنة في تفسير العقد (دراسة مقارنة في القانون العراقي و الانكليزي) ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، مجلد 19 ، العدد 2 ، 2017 ، ص 13 و ما بعدها .

[81] عبدالاعلى السبزواري ، المرجع السابق ، ص 262.

[82] المرجع السابق نفسه ، ص 262.

[83] ابراهيم اسماعيل الشهركاني ، معجم المصطلحات الفقهية ، ط 1 ، منشورات ذوي القربى ، قم المقدسة، إيران، 1430 هـ ، ص 601.

[84] و يسري عليها ايضا ما يسري على الهبة بخصوص الطعن فيها بالدعوى البولصية ، وكذلك الاهلية المطلوبة للتبرع، والتصرف في مرض الموت تكون سارية عليها ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ، المرجع السابق ،ص 78 و ما بعدها .

[85] و تعرف هذه الهبة على : الهبة التي لا يسترها عقد اخر وهي بهذا الوصف تشمل كل من الهبة المباشرة وغير المباشرة ، فكلاهما يعتبران من الهبات المكشوفة غير المستترة تحت غطاء عقد اخر ، انظر : بديوي مجاهد مطر ، الرجوع في الهبة ، رسالة ماجستير من معهد العلمين للدراسات العليا – النجف الاشرف ، 2017 م. ،ص 53 .

[86] و تعرف هذه الهبة على انها : هي الهبة التي توضع ظاهرا تحت عقد اخر من العقود ، وهي من اقسام الهبات المباشرة في حقيقتها ، ولكنها تظهر تحت اسم وستار عقد اخر، ومن امثلتها الهبة المستترة في صورة عقد بيع وهذا هو الغالب في التعامل ، او المستترة في صورة عقد قرض او اقرار بدين ، وكذلك عقود المحاباة ، وكيف كان فهي لا تخضع للاحكام الشكلية للهبة ، حالها في ذلك حال هالبة غير المباشرة ، وهذا من اوجه الشبه بينهما ، لكن الهبة المستترة تختلف عن الهبة غير المباشرة في انها اولا من اقسام الهبة المباشرة ، وثانيا ان الهبة المستترة ظاهرها يختلف عن حقيقتها ، بينما الهبة غير المباشرة ظاهرها كحقيقتها تماما فهي الهبة في الظاهر كما يشترط في العقد الساتر ان يستوفي جميع الشروط التي يتطلبها القانون ، انظر : عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 86.ط

تسري على هبة المال الشائع ، ومن ذلك الاحكام المتعلقة بالرجوع فيها ,و تنقسم ايضا من حيث اشتراط العوض فيها من عدمه الى هبات مال شائع بدون عوض [87] ، او كما يطلق عليها في الفقه الاسلامي بالهبات المطلقة [88] , وهذا هو الاصل سواء في الفقه الاسلامياو القانون ، و قد نص القانون المدني العراقي عليها في المادة (1/601) بالقول : (الهبة هي تمليك مال لاخر بلا عوض)[89] ان القانون و الفقه الاسلامي يعدّ هذا النوع هو الاصل في حقيقة الهبة و بقية الهبات الاخرى تعدّ استثناء عليها ، و من ثم تسري عليها كافة الاحاكم الشكلية و الموضوعية و التي بضمنها الرجوع ، و النوع الثانني من هذا التقسم هو هبة المال الشائع بعوض[90] ، وقد اشار المشرع العراقي في المادة (611) من القانون المدني الى صحة اقتران العوض بالهبة المال الشائع بالقول : (تصح الهبة بشرط العوض ويصح الشرط)[91] والعوض هنا يكيف بانه شرط ، و ان تكييف هذا العوض يلحق بهبة المال الشائع اتفاقا فيقلب طبيعة العقد من عقد ملزم لجانب واحد الى عقد ملزم للجانبين[92] و هذا ما استدركته المادة سالفة الذكر من القانون المدني العراقي في شطرها الاخير و الي نصت على القول : (...فان لم يقم الموهوب له بالشرط كان للواهب اما ان يطالبه بالتنفيذ او ان يفسخ العقد) و كذلك نصت المادة (2/486) من القانون المدني المصري على القول : (يجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع ، ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين) ، و لا يوجد نص مقابل في قانون الموجبات و العقود اللبناني ، الا ان بعض نصوصه قد اشارت الى ذلك ضمنا ، و هي المواد (517 و 522

---

[87] و تعرف هذا الهبة على انها : هبة المال الشائع التي لا اشتراط فيها ولم تكن بعوض ، اي ان الواهب يهب ولا يقيد الهبة باي قيد بل يطلق العبارة، والاصل فيها ان تكون بلا عوض ؛ لانها عقد تبرع ، وان يكون محلها مال بلا مقابل

[88] ابراهيم اسماعيل الشهركاني ، المرجع السابق ، ص 601.

[89] و التي تقابلها المادة (1/486) من القانون المدني المصري ، و المادة (504) من قانون الوجبات و العقود اللبناني ؤ، و المادة (893) من القانون المدني الفرنسي .

[90] و تعرف هذه الهبة على انها :الهبة التي يهبها الواهب بشرط العوض بما يتفقان عليه او بمثلها او بقيمتها مع الاطلاق ، حينئذ تكون الهبة لازمة لا يحق للواهب الرجوع فيها ، وقد يقدم الموهوب له عوضا عن الهبة سواء بطلب الواهب او ابتداء منه او قد يلتزم الموهوب له بتكليف ، سواء كان التكليف لمصلحة الموهوب له نفسه او لمصلحة الواهب او لاجنبي عنهما ، فتصبح الهبة اهنا مقترنة بعوض ، فيكون هبة المال الشائع حينها عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه وملزما للجانبين ، انظر : الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 126.

[91] م (611) مدني عراقي.

[92] وتكيف الهبة بعوض من الناحية الشرعية بانها هبة ابتداء وبيع انتهاء عند البعض ، فيثبت فيها الشفعة والخيار ، ومن البديهي ان كل من المطالبة بالتنفيذ او بالفسخ هما من مستلزمات واحكام نظام الفسخ لا نظام الرجوع ، ومن البديهي ايضا ان نظام الفسخ هو الذي يطبق على العقود الملزمة للجانبين ، وورود الشرط بهذه الصفة في الهبة يؤدي بدوره الى اسقاط حق الرجوع المقرر اساسا للواهب والشرط بهذا المعنى يكون جزءا من العقد وبند من بنوده ، فهو التزام ينشؤه الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب او لمصلحة اجنبي او للمصلحة العامة ، ومن ثم فان الواهب اذا اراد حل الرابطة العقدية لهذا النوع من الهبات فليس له الا ان يتراضى مع الواهب فيتقايل معه العقد ، او ان ظهر اخلال من الواهب في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها فليس للواهب الا ان يسلك طريق الفسخ طبقا للقواعد العامة في القانون العراقي و التي نصت عليها المادة (1/177) منه على القول : (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته) ، و كذلك فعل المشرع المصري ، للمزيد من التفاصيل انظر : عبدالله بن محمد بن سليمان الداماد ، مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ، ج 2 ، كتاب الهبة ، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع ، ص 352 ، و كذلك الياس ناصيف ، المرجع السابق ،ص 126 ، و كذلك حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1946 ، ص 55، و كذلك حسن علي الذنون، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 7 .

و 523 و 527 و 529) ، و من ثم فان الهبة بعوض لا يرد عليها الرجوع و انما تسري عليها احكام الفسخ . نخلص مما تقدم ان الرجوع في هبة المال الشائع له عناصر و مشخصات تبنى عليه احكامه القانونية و اثاره و هذه الاحكام قد يكون اساسها الرجوع الرضائي او الرجوع بحكم من المحكمة و الرجوع القانوني ، و ان هذا الرجوع يقع في معظم انواع الهبات باستثناء الهبة بعوض التي تسري عليها احكام الفسخ لا الرجوع .

المطلب الثالث

التكييف القانوني للرجوع في هبة المال الشائع

تنازع التكييف القانوني للرجوع في هبة المال الشائع عدة اراء ، فمنها من قال بان الرجوع في الهبة ما هو الا اقالة اذا كان بالتراضي بين الواهب و الموهوب له ، و راي اخر ذهب الى القول بان التكييف القانوني للرجوع يخضع للاحكام العامة في الفسخ اذا كان عن طريق المحكمة، و الراي الثالث يذهب الى ان الرجوع في الهبة ما هو الا الغاء لهذه الهبة بصرفالنظر عن طريقته بالتراضي او بالتقاضي ، و هناك تكييف خاص للرجوع في حالة قتل الموهوب له للواهب وهو نص القانون . ويرى اغلب الفقه القانوني العراقي[93] والذي يوافقه الفقه المصري[94] ان التراضي على الرجوع في هبة المال الشائع بين الواهب والموهوب له ما هو الا اقالة[95] للهبة ، قد نصت المادة (183) من القانون المدني العراقي على القول : (الاقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد)، و الذي معه يكون للرجوع وجه شبه مع الاقالة من حيث الاثر كون كل من الرجوع والاقالة ينتجان اثرا رجعيا و كان عقد الهبة لم ينعقد اصلا [96]،و هذا ما دفع القائلين بان الرجوع في الهبة ما هو الا اقالة لهبة المال الشائع بالتراضي مستشهدين بنص المادة (181) من القانون المدني العراقي التي نصت على القول : (للعاقدين ان يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده) .و ان هذا الراي لا يمكن التسليم به الا اذا كانت هبة المال الشائع بعوض ، و هي قد لا تصلح مع الهبة بدون عوض و التي يكون معها الرجوع انسب من الناحية القانونية و اصح من الاقالة، مع ملاحظة ان الالتزمات المتقابلة بين الواهب و الموهوب له في هبة المال الشائع دون عوض تكاد ان تكون منعدمة في الاصل الا ان القوانين المدنية بفرضها بعض الموانع التي تحول

---

[93]حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص60 ، و كذلك عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 م ، ص 237.

[94] عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ،ج5 ، المرجع السابق ، ص 205 ، و كذلك اسماعيل عبدالنبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 446.

[95] و تعرف الاقالة على انها : قيام المتعاقدين بعد ابرام العقد بالاتفاق على الغاءه والرجوع فيه ، و كذلك عرفت على انها : هي اتفاق المتعاقدين على انهاء العقد واعادة الحال الى ما كانت عليه ، لمزيد ن التفاصيل انظر: ابراهيم الدسوقي ابوالليل ، نظرية الالتزام ، المصادر الارادية العقد وا لارادة المنفردة ، ط1 ، جامعة الكويت ، الكويت ، 1995 ، ص 432 ، و كذلك عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و زهير البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ط 4 ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، 2010، ص 186.

[96] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج6 ، مرجع سابق ، ص 246 ، و كذلك عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 ، ط 1 ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل ، العراق ، 2011، ص 481.

دون الرجوع تعدّ بمثابة التزامات يتوجب على الواهب الالتزام بها ، فان رجوع الواهب لايصح الا بسبب مشروع مع عدم وجود المانع و بخلافه لا يكون مشفوعا امام المحكمة ، و بهذا لا يكون امام الواهب الا التراضي مع الموهوب له و ان هذا التراضي قد يعدّ بمثابة التقايل المراد به في المادة السالفة الذكر .فان كانت الاقالة تشابه الرجوع في الاثر الرجعي الا انها تختلف عن الرجوع في مواطن عدة، منها ان الاقالة لا تتم الا بتلاقي ارادتين و هي ارادة الطرفين المتعاقدين، اما الرجوع فانه ينشا بارادة واحدة و هي ارادة الواهب و هذا ما يراه الفقه الاسلامي، الا ان القوانين المدنية اشترطت ان يكون الرجوع الا بالتراضي اي تلاقي الارادتين و الموافقة على الرجوع ، او عن طريق المحكمة بعذر مشروع و عدم وجود مانع يحول دون ذلك دون موافقة الموهوب له و رضاءه بخلاف الاقالة التي تتطلب ارادة طرفي العقد المتقايلان المشتركة [97] .و تختلف الاقالة عن الرجوع من حيث المحل ، اذ ان محل الاقالة هو العقد الذي تم التقايل منه ، بينما المحل في الرجوع هو الهبة التي يتم الرجوع فيها ، فيشترط في الاقالة ان ترد على عقد لازم لطرفيه كما في حالة هبة المال الشائع بعوض او كعقد البيع ، و اما الرجوع فان نطاقه يتحدد في الغالب في العقد الملزم لجانب واحد كما في هبة المال الشائع دون عوض و دون توقف على التراضي مع الموهوب له و لامعنى للاقالة في مثل هكذا عقود[98] ، و كذلك ان ماهية الاقالة تختلف عن ماهية الرجوع ، لان الاقالة تنعقد بايجاب و قبول [99]، بينما الرجوع ترصرف قانوني من جانب واحد و هو حق ممنوح للواهب بشروط معينة ، و كذلك نطاق الاقالة اوسع من الرجوع ، اذ ان الاقالة ترد على العقود اللازمة للطرفين كما في البيع و هبة المال الشائع بعوض [100] ,بينما الرجوع يرد على هبة المال الشائع بدون عوض ، كما ان الرجوع بهبة المال الشائع لا يمكن ان يجد مكانه الصحيح الا بعد تنفيذ الهبة و اما الرجوع الذي يحصل قبل تنفيذ الهبة لا يكون رجوعا عن عقد الهبة و انما رجوع عن التعاقد في الهبة في حقيقة الامر، بينما الاقالة فانه من الممكن ان يقع بعد تنفيذ العقد جزئيا و و بعد الابرام و قبل التنفيذ ، و لا تقع بعد اتمام التنفيذ لان العقد ينقضي و هذه الحالة [101].و بعد الكلام المتقدم يثار تساؤل حول مدى عدّ الرجوع الرضائي اقالة لهبة المال الشائع من عدمه ؟ و للاجابة على هذا التساؤل فان اصحاب هذا الاتجاه

---

(97) سندس عبدالله رجب السراج ، انحلال العقد بالتقايل ، دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الازهر، غزة ، فلسطين ، 2013، ص16 و17.

(98) عبد الله شافي العجمي ، تكييف الاقالة واثره في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور ، مجلة الحقوق ، العدد الاول ، السنة و الرابعة والثلاثون ، جامعة الكويت ، الكويت ، 2010 ، ص 198،197.

(99) د . عصمت عبدالمجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ، ص235 .

(100) محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، ج 1 ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 727.

(101) سندس عبدالله رجب السراج ، المرجع السابق ، ص 16.

ان الرجوع بالتراضي ما هو الا اقالة اذا تم بالتراضي من عدة اوجه منها ، ان هبة المال الشائع من العقود الملزمة لجانب واحد و ان القوانين المدنية بفرضها بعض الموانع التي تحول دون الرجوع تعدّ بمثابة التزامات يتوجب على الواهب الالتزام بها ، فان رجوع الواهب لايصح الا بسبب مشروع مع عدم وجود المانع و بخلافه لا يكون مشفوعا امام المحكمة ، و بهذا لا يكون امام الواهب الا التراضي مع الموهوب له و ان هذا التراضي قد يعدّ بمثابة التقايل ، و كذلك حالة ما اذا كانت هبة المال الشائع بعوض ، فمن الممكن ان ينطبق عليها الاقالة ، و من ثم يمكننا القول بان الرجوع بالتراضي في هبة المال الشائع بوجود المانع او تعذر السبب المقبول فهو اقالة ، و كذلك الحال بالنسبة لهبة المال الشائع بعوض ، و اما هبة المال الشائع بدون عوض فلا يمكن ان يطبق عليها نظام الاقالة ،و انما يطبق عليها الرجوع مع وجود عذر مشروع و عدم وجود مانع و عدم قبول بالرجوع من الموهوب له و كل ذلك بقرار من المحكمة فنكون امام رجوع قضائي لهبة المال الشائع لا فسخا لها ,و يرى جانبا آخر من الفقة القانوني العراقي [102] و يوافقه في ذلك جانب من الفقه المصري[103] ، بان الرجوع في هبة المال الشائع عن طريق المحكمة ما هو الا فسخ ، و الفسخ هو احد انظمة انحلال الرابطة العقدية[104] ، بطريق غير عادي كونه ناتج عن اخلال احد طرفي العقد ، متضمنا في ماهيته جزاء مدنيا ، و هو يعدّ وسيلة تهديدة تحمل الطرف المخل على تنفيذ التزاماته العقدية[105] ، و يقترب الفسخ من الرجوع بان كل منهما له اثر رجعي، و هو اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد [106] ، مع اختلاف نطاق كل منهما من حيث الاثر[107] ، و كذلك يقترب الفسخ من الرجوع بان كل منهما طريق غير عادي لانحلال الرابطة العقدية ، على عكس الطريق العادي و الذي يكون في انقضاء العقد بالتنفيذ و ترتب اثاره

---

[102] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1946 ، ص 61، وكذلك المرجع نفسه ، العقود المسماة ، ص 60 .

[103] عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 231، 232 و محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، ج 2 ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 163 ، وايضا اسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع ، مصدر سابق ، ص 441.

[104] ان انحلال العقد يكون نتيجة عدم تنفيذه ، سواء رجع عدم التنفيذ لخطا المدين ام للسبب الاجنبي ام لارادة المتعاقد او المتعاقدين فانحلال العقد يكون بعدة طرق هي الفسخ والانفساخ والتفاسخ ، لمزيد من التفاصيل : انظر رضا عبدالحليم عبد المجيد عبدالباري ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2012 ، ص 311 وما بعدها.

[105] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المرجع السابق ، ص 42 .

[106] محمد حسن قاسم و نبيل ابراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 113.

[107] وهذا ما اشارت اليه المادة(1/503) من القانون المدني المصري و التي نصت على القول :(يترتب على الرجوع في هبة المال الشائع بالتراضي او بالتقاضي ان تعتبر هبة المال الشائع كان لم تكن)، و كذلك ما نصت عليه المادة (624) من القانون المدني العراقي و التي نصت على القول : (اذا رجع الواهب في هبته كان رجوعه ابطالا لاثر العقد من حين الرجوع ، واعادة لملكه).

و يختلف الفسخ عن الرجوع من حيث التعريف و الغاية و الاساس الذي بموجبه ينشا كل منهما و غيرها من اوجه الاختلاف الاخرى ، و اما من حيث عدّ الرجوع القضائي فسخ لهبة المال الشائع ، فان الفروق الجوهرية التي تحكم هذين النظامين تجعل كل واحد منهما مستقل عن الاخر ، و لا يمكن عدّ الرجوع في الهبة عن طريق المحكمة فسخا قضائيا لان سبب الرجوع قد لا يكون اصله واحد ، و كذلك عدم اتفاق بين المنادين بالفسخ حول طبيعة هذا الفسخ كون ان البعض منهم يرجع اساس الفسخ الى كون الهبة كسائر العقود الاخرى و الذي يقع بسبب الاخلال [109]، بينما يرى الجانب الاخر ان الرجوع بحكم المحكمة ما هو الا فسخ في حقيقة الامر الا انه لا يرجع الى الاخلال كما في سائر العقود و انما يرجع الى طبيعة العقد ذاته [110]، و من ثم فان الرجوع يختلف عن الفسخ و معيار الاختلاف في هبة المال الشائع فيما اذا كانت الهبة بعوض او بدن عوض ، فاذا كانت بعوض فان هذا الاخير يعدّ مانعا من الرجوع و لا يمكن انهاء الرابطة العقدية في الهبة الا عن طريق الفسخ ، و اما اذا كانت الهبة بدون عوض فلا يمكن انهاء الرابطة العقدية فيها الا بالرجوع ، و هذا ما جسده المشرع العراقي في نص المادة (611) من القانون المدني العراقي و التي نصت على القول : (.... فان لم يقم الموهوب له بالشرط كان للواهب اما ان يطالبه بالتنفيذ او ان يفسخ الهبة) ، و هذا يعني ان هبة المال الشائع بعوض تنتهي اما بطريق عادي و هو التنفيذ ، او بطريق غير عادي و هو الفسخ . و من الجدير بالذكر ان هناك جانب من الفقه يرى بان الرجوع بالتراضي او التقاضي ما هو الا الغاء [111]لهبة المال الشائع ، و ان المشرع العراقي عالج هذا النظام مع نظام الفسخ بالرغم من اختلاف هذا الاخير عن نظام

---

(108) حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، ص 188.

(109) عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج5، المرجع السابق ، ص 185 ، و كذلك المرجع نفسه ، نظرية العقد ، ج 2 ، ص724 .

(110) حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 60.

(111)و يختلف الالغاء عن الانهاء في ان بعض فقهاء القانون يعترض على مصطلح الالغاء ويقول انه اطلاق غير دقيق والاولى ان يطلق عليه مفهوم الانهاء ؛ لان مصطلح الالغاء يوحي بمعنى قريب من الانعدام ، بينما القول بالانهاء يقصد به وضع حد لسريان اثار العقد المستقبلية ، فهو ينطبق على ما يسمى الغاء العقد المستمر، حيث ينهى اثار العقد باتجاه المستقبل دون اثاره السابقة ، اي انه وضع حد لاثار العقد ، و قد عرف الالغاء على انه : هو نوع خاص من انواع الفسخ مجاله العقود المستمرة ، و عرف كذلك بانه : تصرف قانوني يصدر من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط انهاء علاقة قانونية لم يعين لها المتعاقدان من اول الامر اجلا منهيا ، و عرف ايضا بانه : تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط انهاء العقد القابل لذلك بناء على نص القانون او اتفاق المتعاقدين ، للمزيد من التفاصيل انظر : عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ،ص 576، 577 ، و كذلك محمد كامل مرسي ، الالتزامات ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 199 ، و كذلك عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 236، و كذلك عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ،ص 420 ، و كذلك عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر و الدوري التنفيذ ، رسالة دكتوراة ، القاهرة ، 1950 ، ص 221 ، و كذلكاسماعيل عبدالنبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 141 و 142 ، و كذلك حسين عامر ، الغاء العقد ، ط 1 ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1953، ص 3.

الالغاء، هذا و ان الفقه القانوني قد تباين في تحديد واثبات مصطلح واحد لهذا التصرف – الالغاء- فذهب البعض الى القول على انه الغاء للعقد بارادة منفردة ، و منهم من قال بانه يفضل تسميته انهاء العقد ، و منهم من قال ان هذا التصرف القانوني تختلف تسميته باختلاف العقود التي يرد عليها ، فهو يقال عنه رجوع اذا كان في الهبة – و كذلك هبة المال الشائع – ، و يقال عنه انهاء اذا ورد على عقد الوكالة ، و يقال عنه حل اذا ورد على عقد الشركة و هكذا [112]، و يقترب نظام الالغاء بالكثير من اوجه الشبه مع الرجوع من حيث ان كل منهما يعد حق استثنائي بشروط معينة ، و انهما من الحقوق الشخصية القائمة على الاعتبار الشخصي و انهما من النظام العام [113]، و ان وقت نشؤهما يكون لاحقا على العقد [114]، و انهما لا يعدان جزاء مدنيا بل انهما حق لمن تقرر لهما[115] ، الا انهما يختلفان من حيث الاثر و التطبيق ,و مع ما تقدم فان الفقه القانوني قد انقسم على اتجاهين بخصوص تكييف الرجوع في هبة المال الشائع على انه الغاء او من عدمه ، فمن يقول بان الرجوع هو الغاء للهبة ، و قد استند هذا الاتجاه في قوله بكون الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد و ان الفسخ لا يرد عليها اذ ان الرجوع فيها ما هو الا الغاء لها [116]، و كذلك الاسباب التي قررها القانون لانحلال العقد يكون بضمنها الالغاء في بعض العقود، كما في الهبة اذ يجوز للواهب دون الموهوب له ان يرجع بالهبة مع توافر السبب او العذر المشروع و عدم وجود مانع يحول دون ذلك [117]، و اما الراي الاخر الذي يذهب عكس الاتجاه الاول و الذي يرى بان الالغاء لا يصلح للتكييف الرجوع على انه الغاء و سندهم في ذلك هو ان الالغاء في العقود لا يتم الا بارادة المتعاقدين و هذا هو الاصل ، و حتى ان القائلين بعدم امكانية عدّ الرجوع الغاء للهبة فانهم و في مواطن اخرى قالوا بان الالغاء لا يقع الا بالتراضي و استثناء من ذلك فانه يجوز ان يقع الالغاء بدون التراضي في احوال ثلاثة و التي بضمنها الرجوع بالهبة [118] و اما عن امكانية اعتبار الرجوع في هبة المال الشائع الغاء ، فان الرجوع في الهبة حق

---

(112) عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 420.

(113) ياسر احمد كامل الصيرفي ، المرجع السابق ،ص 267 و 268.

(114) حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ،ص 199 ، و كذلك عصمت عبد المجيد البكر ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 236 .

(115) اسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء و الرجوع في القانون المدني ، المرجع السابق ،ص 218 و ما بعدها .

(116) عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، مجلد 1 ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصدر سابق ، ص 158.

(117) عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مجلد 2 ، ج 6 ، مصدر سابق ، ص 188.

(118) و ان حالات الالغاء دون التراضي تتمثل بالاتي : ان الدليل على ان الاصل في الالغاء ، ان يكون بتراضي الطرفين ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري حيث تقول : (الاصل ان الغاء العقود لا يقع الا بتراضي المتعاقدين ولكن يجوز ان يقع الالغاء دون حاجة للتراضي في احوال ثلاث : الحالة الاولى : حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها ، كالمزارعة فيقع الغاؤها بموت من كانت شخصيته محلا للاعتبار. الحالة الثانية : حالة العقود التي يحتفظ فيها احد المتعاقدين لنفسه بحق الالغاء ، فيكون له ان يلغي العقد بارادته المنفردة. الحالة الثالثة : حالة العقود التي ينص القانون بصددها على تخويل حق الالغاء بارادة منفردة ، والاصل في هذه العقود ان تكون غير محددة المدة (كالشركة والاجارة) او ان تكون قابلة للنقض بطبيعتها كالوكالة ، ويقع الالغاء في هذه الحالة بالارادة المنفردة التي

يقرره القانون للواهب و الذي بموجبه يسترد الواهب هبته من الموهوب له بتوافر العذر المشروع و عدم وجود المانع ، و من ثم لا يمكن عدّه الغاء ، و ذلك كون الهبة عقد ملزم لجانب واحد ، و ان الاسباب التي ساقها القائلين بالالغاء لا تصمد امام اختلاف هذين النظامين من حيث اثرو تطبيق كل منهما اذ ان الالغاء يحل الرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل بينما الرجوع يحل الرابطة العقدية باثر رجعي ، و ان الاغاء يرد على العقود المستمرة بينما الرجوع يرد على عقد الهبة على وجه الخصوص ، و من ثم فان الرجوع له ذاتيته في الهبة بالرغم من وجود تشابه الى حد كبير بينه و بين الالغاء ، و لا يمكن لهذا الاخير ان يتحقق في الرجوع بهبة المال الشائع . و هناك من يرى بان التكييف القانوني لهذا النوع من الرجوع يكون بنص القانون فقد افرد المشرع العراقي نصا في حالة قتل الموهوب له للواهب يحق فيها لورثة الواهب اقامة دعوى ابطال هبة المال الشائع امام المحكمة ، و قد نصت المادة (622) من القانون المدني العراقي على القول : (اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بوجه حق ، كان لورثته حق ابطال الهبة)[119] ، و هذا يعني ان المشرع قد نص على هذا النوع من الرجوع بنص منفرد عن حالات الرجوع بشخص الواهب فقط ، و من ثم يمكننا القول ان هذا الحق منحصر بورثة الواهب فقط دون غيرهم ، و هو حق استثنائي ، مع ملاحظة ان هذا الابطال اساسه القانون ، و السبب في ذلك يكمن في ان ورثة الواهب هم ليس طرفا في العقد لذلك نص المشرع على الابطال ، و ان علة الابطال تكمن في معاقبة الموهوب بما اقترفه من فعل دنيئ ، هذا و ان الابطال يقودنا الى اثار تتمثل باعادة الحال الى ماكان عليه قبل الهبة لا من حين صدور الحكم بالابطال ، و ان الحق المقرر للواهب يتنقل بوفاته بالقتل الى ورثته دون غيرهم ن و هو استثناء على على حق الرجوع الذي لا يقبل الانتقال الى الورثة او لغيرهم ، و كذلك ان الحقوق التي نشئت عن هبة المال الشائع تعدّ ساقطة في المدة الممتدة بين الابرام و صدور الحكم بالابطال ، و ان المتضرر من الاغيار له حق الرجوع على الموهوب له بالتعويض ان كان له مقتضى ، و من ثم يمكننا القول بان التكييف القانوني لهذا الرجوع مقرر بحكم القانون و هو الابطال و ذلك لعدم وجود اي علاقة عقدية بين ورثة الواهب و الموهوب له ، و بهذا فان هذا الرجوع يخرج عن نطاق الرجوع الذي قد يقع ضمن احكام

خولها القانون ذلك) ، لمزيد من التفاصيل انظر : محمد كامل مرسي ، الالتزامات ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 762 و 764.

[119] يلاحظ في هذا الخصوص خطا المشرع الكويتي الذي نص في المادة (540) من القانون المدني على انه : (يجوز لاي من ورثة الواهب فسخ الهبة اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا وبدون حق او اشترك في قتله) ، فنلاحظ ان المادة السالفة تنص على فسخ عقد الهبة في مثل هذه الحالة ، اذ لا عقد بين الورثة والموهوب له كما ان الفسخ اصلا يفترض ان يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، ينظر حول هذا النقد من الفقه الكويتي بدر جاسم اليعقوب ، مرجع سابق ، ص 434 و435.

الانظمة الاخرى ، كالفسخ او الاقالة او الالغاء حسب القائلين بان الرجوع يقع ضمن احد هذه الانظمة . و ان المشرع اللبناني قد نص على حالات الرجوع على سبيل الحصر لا المثال بنص القانون و التي نص عليها في المواد (508) من قانون الموجبات و العقود و في هذ الحالة نص على حالة الرجوع قبل اتمام القبول ، و في المادة (524) من القانون نفسه نص على حالة ظهور اولاد للواهب بعد الهبة ، و في المادة (527) من القانون نفسه نص على حالة عدم تنفيذ الشروط التكاليف ، و في المادة (528) نص على حالة الحجود، مع ملاحظة ان المشرع اللبناني نص على بطلان الهبة في حالتي عدم تنفيذ الشروط و التكاليف و حالة جحود و ليس الرجوع الا ان الفقه و القضاء اللبناني درج على عدّ هاتين الحالتين من ضمن الحالات الحصرية التي نص عليها قانون الموجبات و العقود بخصوص الرجوع عن الهبة[120] ، و بهذا يكون التكييف القانوني لهذا النوع من الرجوع بنص القانون ايضا ومن ثم يمكننا القول بان معيار التكييف في الرجوع في الاحوال المتقدمة تختلف باختلاف نوع هبة المال الشائع ، فاذا كانت هبة المال الشائع بعوض فان الرجوع بها يكون خاضعا للقواعد العامة في الفسخ او الاقالة ، واما اذا كانت هبة المال الشائع بدون عوض فان الرجوع اما ان يكون بالتراضي و هنا ياخذ الرجوع حكم الرجوع الرضائي مع عدم وجود العذر المشروع و المانع من الرجوع ، و اما في حالة عدم وقوع الرجوع مع وجود العذر المقبول و المانع فانها تاخذ حكم الاقالة ، و تاخذ حكم الرجوع القضائي اذا رفض الموهوب له الرجوع لكن شريطة وجود عذر مشروع و عدم وجود مانع يحول دون الرجوع ، و تاخذ حكم الرجوع بنص القانون و هو ابطال هبة المال الشائع من قبل ورثة الواهب اذا كان الموهوب له قاتلا للواهب عمدا و دون وجه حق [121].

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (احقية الرجوع في هبة المال الشائع) ، توصلنا الى مجموعة من النتائج و المقترحات تتمثل لنا جوازية الرجوع في هبة المال الشائع ، اذا كان هناك سبب مقبول او عذر مشروع و عدم وجود مانع ، و نظمت القوانين المدنية محل المقارنة و الفقه الاسلامي الية هذه الرجوع من حيث امكانية الرجوع و اسايه و شروطه و عناصره و انواعه و نطاقه ، تبين لنا التشريعات المدنية محل المقارنة و الفقه الاسلامي موانع معينة لا يجوز معها الرجوع حتى و ان كان هناك سبب مقبول او عذر مشروع ، بغية المحافظة على القوة الملزمة لعقد الهبة ، و تجنبا لاجتهادات القضاء و سلطة المحكمة التقديرية في ذلك ، التكييف القانوني في

(120) نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 442 .

(121)المادة (622) من القانون المدني عراقي ، و المادة (957) من القانون المدني الفرنسي ، و لا يوجد نص مقابل في القانون المدني المصري و قانون الموجبات و العقود اللبناني .

الرجوع في الهبة بالتقاضي يختلف باختلاف ما اذا كانت الهبة بعوض او بغيره. فاذا كانت الهبة بعوض فان الرجوع فيها يعد فسخا قضائيا له خصوصيته من حيث انه يتم باثر رجعي. اما اذا كانت الهبة بدون عوض فان الحكم بالرجوع فيها قضاء يستند الى نص قانوني خاص لا يسري حكمه الا على عقد الهبة باعتبارها عقدا مسمى له تنظيم تشريعي يستقل عن القواعد العامة التي تسري على العقود عموما ,ومن الممكن ان نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (620) من قانوننا المدني ويحل محلها الاتي : (للواهب ان يرجع بالهبة الواردة على الحقوق المالية المفرزة و الشائعة الواردة في هذا القانون والقوانين الاخرى والتي لم يرد بشانها نص برضا الموهوب عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع ، ويسري في الرجوع بهبة الحقوق المالية الشائعة ما يسري على الرجوع بهبة الحقوق المالية المفرزة

المصادر و المراجع

القرآن الكريم

اولا : المراجع اللغوية :

1. ابراهيم اسماعيل الشهركاني ، معجم المصطلحات الفقهية ، ط 1 ، منشورات ذوي القربى ، قم المقدسة، إيران، 1430 هـ .
2. احمد بن فارس بن زكريا الانصاري ، معجم مقاييس اللغة ، مجلد 1 ، طبعة 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2011 م.
3. جيرار كونر، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، ج 1 ، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1998 م.
4. المبروك بن علي زيد الخير ، تلخيص الفوائد وتلميع الفرائد في شرح الالفية ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ،2006م.
5. محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، معجم القاموس المحيط، ط 2، دار المعرفة ، بيروت، 2007م. محمد صنقور علي ، المعجم الاصولي ، ج 1 ، ط 3 ، مطبعة ستارة ، قم المقدسة ، ايران ، 2007 م .
6. محمد صنقور علي ، المعجم الاصولي ، مجلد 2 ، ط2 ، مطبعة ستارة ، قم المقدسة ، ايران ، 2007 م.

ثانيا : كتب تفسير الحديث و شروحه

1. اسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، ط 3 ، دار المعرفة ، بيروت ، 2008م.
2. الحسين بن محمد ، ابوالقاسم الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القران ، ط 1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 2008 م.
3. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، ط 1، دار صادر، بيروت، 2008م.

ثالثا : كتب الفقه الاسلامي :

1. ابن الجوزي ، المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد ، مطبعة بومباي ، الهند ،1959 م.

2. ابو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، المعاملات ، ط 1 ، دار الصفوة ، بيروت ، 2009م.
3. ابو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة ، مجلد 1 ، ط 1، مطبعة دار السلام ، القاهرة ، 1999 ، ص 713.
4. احمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، ج 4 ، الوقوف والصدقات والهبات ، ط 2 ، مكتبة الصدوق ، قم المقدسة ، ايران ، 1405 هـ
5. احمد بن ادريس القرافي ، الفروق ، ج 4 ، طبعة خاصة ، دار النوادر الكويتية ، الكويت ، 2010م.
6. باقر الايرواني ، الفقه الاستدلالي ، المعاملات ، ج 2 ، ط 1 ، دار الاميرة للطباعة والنشر، بيروت ، 2012م.
7. جعفر السبحاني ، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، دراسة موضوعية على ضوء الكتاب والسنة ، ط 2 ، منشورات جامعة المصطفى العالمية ، قم المقدسة ، ايران ، 2009م.
8. حسين النوري الطبرسي ، مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل ، ج 14 ، ط 1 ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، قم المقدسة ، ايران ،1407هـ.
9. رمضان علي الشرنباصي ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 م.
10. زكريا بن محمد الانصاري ، تحرير تنقيح اللباب في فقه الامام الشافعي ، ط 1 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، 2003 م.
11. عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، ج 21 ، ط 4 ، مؤسسة المنار ، قم المقدسة ، ايران ، 1416هـ .
12. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج2، ج 6 ، ط 2 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 1998 م.
13. عبد العزيز بن ابراهيم التونسي ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين ، مجلد 2 ، ط 1 دار ابن حزم ، بيروت ، 2010 م.
14. عبد الهادي محمد تقي الحكيم ، الفتاوى الميسرة وفق فتاوى علي الحسيني السيستاني ط 9 دار المؤرخ العربي ، بيروت ،2013 م .
15. عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن انس ، ج 3 ، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، بدون سنة طبع او نشر .
16. عبدالله بن محمد بن سليمان الداماد ، مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ، ج 2 ، كتاب الهبة دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع .
17. عبدالله بن نجم بن شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، دار الغرب الاسلامي ، بدون سنة طبع .
18. كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، ج1 ، ط3 ، مطبعة خاتم الانبياء ، قم المقدسة ، ايران ، 1428هـ.
19.محمد امين (ابن عابدين) ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج 8 ، طبعة خاصة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003م.
20. محمد بن احمد بن جزي الكلبي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، بدون مكان و سنة طبع او نشر .
21. محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، بيت الافكار الدولية ، عمان ، الاردن ، 2007 م.
22. محمد حسين النائيني ، منية الطالب في شرح المكاسب ، ط 1مؤسسة التاريخ العربي ج 1 بيروت ، 2011 م.

23. محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج 3 ، ط 1 ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، مطبعة خاتم ، طهران ، 2004 م.
24. محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، الاحكام الفقهية ، العبادات والمعاملات ، ط 7 ، مؤسسة المرشد ، بيروت، 2003 م.
25. محمود مجيد المغربي ، احكام العقد في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2002 م.
26. مسعود بن احمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مجلد 8 ، كتاب الهبة ، ط 2 دار الكتب العلمية ، 1986م.
27. هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، بدون عدد طبعة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت، 1996م.
28. يعقوب علي البرجي ، فقه العقود المالية ، ط1 ، مركز المصطفى العالمي للترجمة و النشر، قم المقدسة ، ايران ، 1425هـ.

رابعا : الكتب القانونية :

1. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، العقد غير اللازم ، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ،1994 م.
2. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، نظرية الالتزام ، المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة ، ط1 ، جامعة الكويت ، الكويت ، 1995 م.
3. اسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2013م.
4. اسماعيل عبدالنبي شاهين ، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني
5. أكثم الخولي، العقود المدنية، ط1 ، مطبعة نهضة مصر، القاهرة 1957م
6. أنور طلبة ، العقود الصغيرة الهبة والوصية ، المكتب الجامعي الحديث ، 2004م.
7. بدر جاسم اليعقوب ، الهبة في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، الكويت ، 1986م.
8. جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الهدى ، السيدة زينب ، مصر ، 1978م.
9. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، طبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد ، 1976 م.
10. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1946 م.
11.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954م.
12. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد 1954م.
13. حسين عامر ، الغاء العقد ، ط 1 ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1953م.
14. رضا عبدالحليم عبد المجيد عبدالباري ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2012 م.
15. رمضان ابو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بدون عدد طبعة دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2006 م.

16. سليم رستم باز اللبناني ، شرح المجلة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن، 2010م.
17. شعيب احمد الحمداني ، قانون حمورابي ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2016م.
18. صلاح الدين الناهي ، الخلاصة الوافية في القانون المدني ، مبادئ الالتزامات ، ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1968م.
19.عباس العبودي ، تاريخ القانون ، ط 4 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2014م.
20. عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون سنة طبع او نشر .
21. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 و ج2 و ج5 ، ط 3 ، نهضة مصر ، 2011 م .
22. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الاسلامي ، بدون مكان طبع او نشر ، 1984م.
23. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 و ج 2 ، احكام الالتزام ، ط 6، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009م
24. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج 1 ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد، 1967م.
25. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 م.
26. عبد الوهاب البنداري ، شرح العقود المدنية ، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ، الهبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973م.
27. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و زهير البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ط 4 ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، 2010م.
28. عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية، بيروت، 1974م.
29. عبدالهادي يونس العطافي ، نظرية الالتزامات ، المصادر ، ج 1 ، العقد مقارن بالمبادئ العامة في الشريعة الاسلامية ، بدون عدد طبعة ، الشركة المصرية للطباعة والنشر ، 1976 م.
30. عبدالوهاب عرفة ، المرجع في العقود الناقلة للملكية والمنشئة لها ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع او نشر .
31. عزت حنورة ، نظرية الشّفعة في القانون المدني المصري ، ط 2 ، نادي القضاة ، مصر ، 2011 م.
32.عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الاسلامي، ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011م.
33.عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 م.
34. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 ، ط 1 ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل ، العراق ، 2011م.
35. علي محي الدين القرة داغي ، مبدا الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ج 1 ، ط 2 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، 2002 م.
36. القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ، هبات غير مباشرة ، جامعة القديس يوسف ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، 2009 م.

37. محمد حسن قاسم و نبيل ابراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 م.
38. محمد حسني عباس ، العقد والارادة المنفردة ، ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1959م. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، ج 1 ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2005م.
39. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، احكام الرجوع القضائي في الهبة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 م.
40. منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، ج 1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952 م.
41. نادر عبد العزيز شافي ، عقد الهبة في القانون اللبناني و المقارن ، ج 1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،لبنان ، 2002 م .
42. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، العقود المسماة ،ج 11 ،الهبة .
43. ياسر احمد كامل الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع او نشر .

خامسا : الرسائل و الاطاريح

1. بديوي مجاهد مطر ، الرجوع في الهبة ، رسالة ماجستير من معهد العلمين للدراسات العليا – النجف الاشرف ، 2017 م.
2. سندس عبدالله رجب السراج ، انحلال العقد بالتقايل ، دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير، من كلية الحقوق ، بجامعة الازهر، غزة ، فلسطين ، 2013م.
3. عبد الحافظ يوسف عليان ، الاثر الرجعي و تطبيقاته في الاحكام الشرعية ، اطروحة دكتوراه ، من كلية الدراسات العليا ، بالجامعة الاردنية ، 2005م.
عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر و الدوري التنفيذ ، رسالة دكتوراة ، من كلية الحقوق ، بجامعة القاهرة ، 1950 م.

سادسا : البحوث المنشورة:

1. ابراهيم الدسوقي ابوالليل ، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الاسلامية و تطبيقاته في القانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية ، جمعية المحامين الكويتية ، السنة الثامنة ، الاعداد (يوليو ، اغسطس ، سبتمبر ،) ، 1985 م.
2. احمد ابراهيم بك ، التزام التبرعات ، بحث منشور ، مجلة القانون والاقتصاد ، ع 3 ، 1936م .
3. جليل الساعدي ، شرط المنع من التصرف القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد العشرون ، العدد الاول ، 2005 م.
4. جليل الساعدي، أصول العقد في القانون الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية،جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2010م.
5. جليل حسن الساعدي ، حازم اكرم الربيعي ، اثر الارادة الباطنة في تفسير العقد (دراسة مقارنة في القانون العراقي و الانكليزي) ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، مجلد 19 ، العدد 2 ، 2017 م.
6. حسين عبد الرضا الكلابي ، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي و القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، العدد 1 ، 2018 م.

7. خالد محمد صالح ، الشرط الجعلي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون جامعة بغداد ، المجلد الثامن و العشرون ، العدد الاول ، 2013 م.
8. عبد الله شافي العجمي ، تكييف الاقالة واثره في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور ، مجلة الحقوق ، العدد الاول ، السنة و الرابعة والثلاثون ، جامعة الكويت ، الكويت 2010م.
9. محمود سلام زناتي ، قانون حمورابي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ع 1 ، س 13 ، 1971م.
10. نسيبة ابراهيم حمو ، رهن الدين في الشريعة و القانون ، بحث مقارن ، منشور في مجلة العوم القانونية و السياسية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الرابع ، العدد الاول و الثاني ، 1985م.

سابعا : المذكرات الايضاحية و المحاضرات :
أ.المذكرات الايضاحية :
- منير القاضي ، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، الكتاب الثاني ، العقود المسماة ، الفصل الثاني ، الهبة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1948 م.
ب. المحاضرات الملقاة :
- عزيز كاظم جبر ، نظرية العقد ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا – الماجستير ، في معهد العلمين للدراسات العليا ، النجف الاشرف ، 2014-2015م.

ثامنا : القوانين :
1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
3. قانون الموجبات و العقود اللبناني لسنة 1932.
4. القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1948
5. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980
6. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (الى تعديل حزيران 2012)
7. مجلة الاحكام العدلية