هبة الدين .. بحث فقهي مقارن

للدكتور مصباح المتولى السيد حماد(*)

حمداً لمن أنزل الفرقان على سيدنا محمد سيد ولد عدنان، فارقاً به بين الحق الموجب للرضوان، والباطل الموجب للخسران، ولم يزل يرشد إلى الحق المبين به وبما بلغه من واضح البراهين حتى ظهر دين الله على جميع الأديان، صلى الله وسلم عليه وعلى آله الطاهرين وأصحابه الباذلين نفوسهم في تشييد قواعد الدين ومعالم الايمان. أما بعد.

فان الهبة مشروعة في الإسلام وهي آية الكرم وسبب لجلب الود والمحبة بين الأنام. وهي أنواع منها هبة العين، ومنها هبة المنافع، ومنها هبة الدين. والبحث الذي بين أيدينا هو بحث فقهي مقارن في النوع الثالث أسميته «هبة الدين» فقد يقع الإنسان في دين فيترفق به الدائن ويهبه له، وقد يترفق الدائن بالغير فيهب ذلك الدين له. ولهذا النوع من الهبة أحكامه التى تناولها الفقهاء بالبحث والدراسة، فأردت إظهار هذه الأحكام في هذا البحث المتواضع.

الله أسأل أن يهدينى إلى الصواب، ويجنبني الزلل. آمين.

والبحث قائم على المقارنة بين المذاهب الفقهية. المصحوبة بالدليل والمناقشة والترجيح كلما أمكن. وأيضاً مصحوبة بعزو كل قول إلى مصدره الأصلي مع تخريج الآيات والأحاديث كلما وجدت.

والبحث فيه تمهيد، وفصلان. ثم ثبت المراجع.

(*) الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

أما التمهيد: فهو في بيان ماهية الدين، وهبته.

وأما الفصل الأول: فهو في هبة الدين لغير من عليه الدين. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين.

المبحث الثاني: شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين.

وأما الفصل الثاني: فهو في هبة الدين لمن عليه الدين. وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول: في ماهية الاسقاط، والترك، والتمليك، والابراء، وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: ماهية الاسقاط. المطلب الثاني: ماهية الترك.

المطلب الثالث: ماهية التمليك والموازنة بينه وبين الاسقاط.

المطلب الرابع: ماهية الابراء.

المبحث الثاني: موقف الفقهاء من هبة الدين لمن عليه الدين.

المبحث الثالث: تكييف الابراء، وأثر هذا التكييف على القبول والرد. وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تكييف الابراء.

المطلب الثاني: موقف الفقهاء من القبول في الابراء.

المطلب الثالث: أثر الخلاف في القبول.

المبحث الرابع: أحكام وتطبيقات في هبة الدين والابراء منه. وفيه مسائل:

١- حكم الرجوع عن هبة الدين.

٢- مات مفلساً فتبرع إنسان بقضاء دينه.

٣- هبة الدين لورثة المديون.

٤- تمليك الدين بنية الزكاة.

٥- أبرأه لمهمة عند الحاكم.

٦- الابراء من المجهول.

٧- أبرأه ويعتقد أن لاشيء عليه.

٨- إبراء الميت من دينه.

٩- تعليق الابراء بالشرط.

١٠- شرط الخيار في الابراء.

١١- هبة الدين المشاع.

١٢- دفع المدين الدين للواهب بعد هبته لغيره.

١٣- أوفاه دينه فأبرأه منه.

١٤- غصب عيناً فحلله من كل حق.

١٥- هبة أحد الدائنين دينه للمديون.

١٦- أرادت الزواج ممن طلقها فطلب أن تهبه مالها عليه.

١٧- هبة المرأة مهرها لزوجها إذا كان ديناً.

تمهيد

في بيان ماهية الدين وهبته

ماهية هبة الدين:

الهبة في اللغة: تعم التفضل على الغير بالمال وغيره، كما تعم تمليك الأعيان والمنافع[١].

وأما في الاصطلاح الشرعي فانها قد استعملت في معنيين أحدهما خاص وهو « تمليك عين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً » وهذا التعريف هو المراد عند الاطلاق وهو السائد في كتب الفقه وهو لايدخل فيه هبة الدين[٢] وقد أخرج صاحب مجمع الأنهر هبة الدين ممن عليه الدين من تعريف الهبة حين عرف الهبة بقوله « تمليك عين بلا ذكر عوض » ثم قال: « خرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فإن عقد الهبة إسقاط وإن كان يلفظ الهبة »[٣] من هذا يتضح أن هبة الدين ممن عليه الدين إسقاط لا تمليك.

أما المعنى الثاني للهبة فهو عام يشمل هبة الدين ممن هو عليه وتكون إبراء. جاء في الفتح لابن حجر « الهبة بالمعنى الأعم تطلق على أنواع منها

---

(١) لسان العرب جـ ١ ص ٨٠٣ ومابعدها. مختار الصحاح ص ٣٠٧. المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٧٣ مادة (وهب) ط دار المعارف. التعريفات للجرجاني ص ١١٢ ط بيروت.

(٢) وقد استقصينا تعريف الهبة بهذا المعنى وفصلنا القول فيه مع مقارنة المذاهب في كتابنا « الهبة بحوث فقهية مقارنة » ط أولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م السلام للطباعة والنشر حلمية الزيتون. ومنه نسخة بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

(٣) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٣. ولاحظ ص ٣٦٠ ط. دار إحياء التراث العربي.

الابراء وهو هبة الدين ممن هو عليه »[٤] والابراء كما سيأتي مختلف فيه بين الفقهاء هل هو تمليك أم إسقاط؟

وهناك من الفقهاء من يعتبر ذلك هبة كهبة العين منهم زفر والكاساني وغيرهما من الحنفية لأنه إذا وهب الدين لمن هو عليه فانه يكون هبة لما في ذمته وذمته في قبضة فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة[٥] فلا منافاة مع شرط القبض في الهبة. هذا عن هبة الدين لمن هو عليه. وقد تكون هبة الدين لغير من هو عليه وقد اختلف الفقهاء في صحتها وسيأتى بيان ذلك.

وبناء على ما تقدم فانه يمكن أن نضع تعريفاً لهبة الدين فنقول: « هي تمليك الدين أو إسقاطه بلا عوض حال الحياة تطوعاً ».

وسيأتى بيان معنى التمليك، والاسقاط.

ماهية الدين:

أولاً: في اللغة. الدين عند العرب ماكان غائباً، والعين ماكان حاضراً[٦] فهو في اللغة يطلق على شيء غير حاضر وجمعه ديون ، والفعل منه «دان». يقال: دان الرجل. بدين ديناً، استقرض وصار عليه دين وداينته أعطيته الدين، ودنته استقرضت منه، وأدان إذا صار له دين على الناس، وأدان فلان الناس أعطاهم الدين وأقرضهم وأدان فلان إدانة إذا باع من القوم إلى أجل فصار له عليهم دين. والمداينة مفاعلة لأن أحدهما يرضاه والآخر يلزمه[٧].

---

(٤) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٨٨. دار احياء التراث العربي بيروت. نقلاً عن فتح البارى.

(٥) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩. دار الكتاب العربي. بيروت.

(٦) لسان العرب جـ ١٧ ص ٢٥، ٢٦ ط. بيروت ١٣٧٥هـ.

(٧) المرجع السابق. وانظر المصباح المنير جـ ١ ص ٢٠٥ (دين) ط. دار المعارف.

وقوله تعالى ﴿إذا تداينتم بدين﴾[٨] أى إذا تعاملتم بدين من سلم وغيره فثبت بالآية وبما تقدم أن الدين لغة: هو القرض وثمن المبيع. فالصداق والغصب ونحوه ليس بدين لغة بل شرعاً على التشبيه لثبوته واستقراره في الذمة[٩].

والمدين والمديون من عليه الدين، وقيل: المديون كثير الدين وهو لغة بنى تميم، وأهل الحجاز لا يقولون مديوناً وإنما يقولون مديناً[١٠].

قال الجرجانى، والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء. وبدل الكتابة دين غير صحيح لأنه يسقط بدونهما وهو عجز المكاتب عن أدائه[١١].

ثانياً: في الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الدين فقد عرفه الكمال بن الهمام بقوله: « الدين اسم لمال وجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين »[١٢].

---

(٨) سورة البقرة / ٢٨٢

(٩) المصباح المنير السابق.

(١٠) لسان العرب السابق ص ٢٤ .

(١١) التعريفات للجرجانى ط . بيروت، دار السرور.

(١٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٣١، طـ. مصطفى محمد. طـ محمد محمود الحلبى، ولاحظ حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٠ طـ. الأميرية ببولاق، طـ. ثالثة.

وقريب من هذا التعريف ما عرفه بعضهم بقوله « مايثبت من المال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة للدين. غمز عيون البصائر للحموى على أشباه ابن نجيم جـ ٢ ص =

وقد ذكر الكمال تعريف أبي حنيفة للدين وهو تعريف له بالفعل وذلك في معرض ثبوت الدين في ذمة الكفيل كثبوته في ذمة الأصيل فقال « إذ فعل الأداء واجب عليه »[١٣]. أى أن الدين هو فعل الأداء من الكفيل مثل الأصيل. ونقل الكمال أيضاً عن الإمام بأن الدين فعل حقيقة ولذلك يوصف بالوجوب[١٤].

وعرفه ابن نجيم في أشباهه بأنه « مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما »[١٥].

=٢٠٩. الطباعة العامرة، الاستانة ١٢٩٠هـ المعاملات الشرعية لاحمد أبو الفتح جـ ١ ص ١١٥ طـ ١٩٢٣م.

والأسباب الموجبة للدين في الذمة هى:

أ - العقود والقرض والبيع والاجارة والكفالة والصلح. والديون التى تثبت بها هي بدل القرض، والثمن، والأجر وغير ذلك.

ب - الفعل الضار كما في دين التعويض فالأفعال كالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى يثبت بها أمثالها إن كانت من المثليات، أو قيمتها إن كانت من القيميات في ذمة الغاصب والمستهلك.

حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٣٠، ٥٤٨ طـ الأميرية بولاق طـ ثالثة.

بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٦٤، ١٦٥ طـ بيروت.

جـ - النصوص، مثل النصوص الشرعية التى توجب الزكاة على المكلفين بها وكذلك النصوص الدالة على نفقة الأقارب فانها تكون ديناً في ذمة من وجبت عليهم بسبب هذه النصوص من غير عقد أو فعل. المعاملات الشرعية لأحمد أبو الفتح جـ ١ ص ١١٥.

(١٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٩٠.

(١٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٤١٩.

(١٥) الأشباه والنظائر ص ١٩٤. طـ. ١٢٩٨هـ وطبعة ١٣٨٧هـ

وتعريف الكمال للدين بأنه مال يدخل فيه أسباب الدين المالية[١٦] سواء كانت يعقد كثمن المبيع في عقد البيع، أو بدون عقد مثل بدل المتلف، وسواء أكان المال المطلوب بمقابل كما في البيع فالثمن يقابله المبيع، أو كان بدون مقابل مثل الزكاة، ويخرج بكونه مالاً ما يثبت في الذمة وليس مالاً كوجوب الصلاة الفائتة في الذمة.

وتعريف الكمال يفيد بأن الدين مال حقيقة، بينما تعريف ابن نجيم يفيد انه مال حكمي وهو الذى يلائم مذهب الحنفية إذ هو السائد عندهم، ومعنى حكمي أي له حكم المال.

أما تعريف الإمام له بأنه « فعل الأداء » فهو تعريف له بما يستلزمه الدين من وجوب أدائه من المدين.

وعرفه المالكية بقولهم « كل معاملة كان أحد العوضين نقداً وا لآخر في الذمة نسيئة » يقول القرطبي في آية المداينة « وحقيقة الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة، فان العين عند العرب ماكان حاضراً والدين ماكان غائباً »[١٧].

ويلاحظ من تعريف الفقهاء للدين أن الذمة عنصر من عناصره، فالدين مال ثابت في الذمة.

والذمة في اللغة: العهد، والعهد لا يكون إلا للإنسان فكذلك الذمة لا تكون إلا للإنسان.

يقول الفيومي: وتفسر الذمة بالعهد وبالأمان وبالضمان أيضاً، وقوله « يسعى بذمتهم أدناهم » فسر بالأمان، وسمى المعاهد « ذمياً » نسبة إلى

(١٦) راجع الهامش السابق.

(١٧) تفسير القرطبي جـ ٣ ص ٢٤٣ طـ. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

الذمة بمعنى العهد. وقولهم في « ذمتى » كذا أي في ضماني والجمع «ذمم » مثل سدرة وسدر[١٨].

أما في الاصطلاح الشرعي فقد اختلفت تعاريف الفقهاء اللذمة.

فقد عرفها الحنفية بأنها « وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه»[١٩].

وعرفتها المالكية بقولهم « هي أهلية التعامل » فإذا قيل عن شخص: له ذمة معناه أنه أهل للتعامل[٢٠].

والذمة أمر فرضي اعتباري فرض موجوداً ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات. وبعبارة عامة أن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحاً للالتزام والالزام. وفرض أمر تقديرى على هذا الوجه ليس بغريب في قضايا الشرع وكثير من الأمور الشرعية تقديرية فرض الشارع وجودها[٢١].

وقد أنكر البعض الحاجة إلى فرض الذمة وقال ان تقديرها من الترهات لا حاجة للشرع والعقل إليها بل يكفى أن الشارع مكن للدائن الاستيفاء من

(١٨) المصباح المنير جـ ١ ص ٢١٠ (ذممته) طـ. دار المعارف.

(١٩) الدكتور/ محمود شوكت العدوى في نظرية العقد ص ٤٦ نقلاً عن الأزميرى على المرآة جـ ٢ ص ٤٣٤. وانظر هذا التعريف في الحق والذمة للشيخ على الخفيف وتأثير الموت فيهما ص ٨٥، ٨٦ طـ ١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م كشف الاسرار على أصول البزدوى جـ ٢ ص ٢٣٨. التقرير والتحبير جـ ٢ ص ١٦٤ طـ بولاق ١٣١٦هـ.

(٢٠) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢٢٧. طـ دار إحياء الكتب المصرية ١٣٤٦هـ.

(٢١) أصول الفقه للإمام أبي زهرة ص ٣٣٠. مطبعة مخيمر ١٩٥٧م.
ولاحظ نظرية العقد ص ٤٦، ٤٧ للدكتور/ محمود شوكت العدوي على الآلة الكاتبة.

المدين[٢٢] ويكفى للرد على من قال بذلك ما جاء في كشف الاسرار من قول البخارى « بأن هؤلاء لم يشموا رائحة الفقه »[٢٣].

وإذا كانت الذمة ثابتة للإنسان فهل تثبت للشخصية المعنوية مثل المؤسسات والمعاهد العلمية ونحو ذلك.

رأيان في الفقه الإسلامي، والراجح في نظرنا ثبوتها[٢٤].

(٢٢) ذكر ذلك في المرجعين السابقين.

(٢٣) كشف الاسرار على أصول البزدوى جـ ٤ ص ١٣٥٨ طـ. بيروت وأدلة كل فريق مبسوطة في كتب أصول الفقه. وهو خلاف لا ثمرة له ومن ثم فلا داعى لذكره في هذا المختصر.

(٢٤) أنظر العقود الدرية في تنقيح الحامدية جـ ٢ ص ٢٠٢ وهو لابن عابدين الحنفى طـ المنيرية ١٣٠٠هـ.

البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٢٢٦، ٢٢٧. المطبعة العلمية طـ أولى. نظرية العقد ص ٤٨ للدكتور/ محمود شوكت العدوي.

الفصل الأول

هبة الدين لغير من عليه الدين

وفيه مبحثان. المبحث الأول: موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين.

المبحث الثاني: شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين.

المبحث الأول

موقف الفقهاء من هبة الدين لغير من عليه الدين

إذا وهب الدائن دينه لغير من هو عليه فان للفقهاء في صحة ذلك قولين:

القول الأول: تصح هبة الدين لغير من هو عليه. وبه قال جمهور الحنفية استحساناً إن أذن له في القبض[٢٥] وبصحته قال المالكية[٢٦] وقال به الشافعية في مقابل الأصح ونقل عن نص الأم وصححه جمع تبعاً للنص كما في بيعه على ما صححه في الروضة: قيل: بل أولى من البيع[٢٧] وهو احتمال في مذهب الحنابلة يقول ابن قدامة « فأما هبة الدين لغير

(٢٥) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩، ١٢٤، ١٢٥. مجموع الأنهر جـ ٢ ص ٣٦٧. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها.

(٢٦) القوانين الفقهية ص ٣٦١. الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ٢٩٠. الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩. شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٠٣، ١٠٤.

(٢٧) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣٠٤، ٣٠٥. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧. نهاية المحتاج والشبراملسي جـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٧٦.

٣- واستدل جمهور الحنفية بالاستحسان فقالوا: هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض وهو قول زفر.

وجه الاستحسان: أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه إلا أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين مافي الذمة إلا أنه لابد من الاذن بالقبض صريحاً ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين[٤١] ولأنه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب[٤٢].

دليل القول الثاني: استدل من قال بالبطلان بالآتي:

١- استدل زفر بالقياس ووجهه: أن القبض شرط جواز الهبة ومافي الذمة لايحتمل القبض بخلاف ماإذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة[٤٣] وبنحوه قال الاباضية قالوا: ولا تجوز هبة الدين لأن مافي الذمة معدوم غير موجود ولا يصح فيه القبض[٤٤].

(٤١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩، ١٢٤. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ ومايليها. المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠.

(٤٢) المراجع السابقة. والفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٢٣ أ.د/ وهبة الزحيلي.

(٤٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩. المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠. الدر المختار وتكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها.

(٤٤) المصنف جـ ٢٧ ص ١٦٧. الايضاح جـ ٨ ص ٩٦. شرح النيل جـ ١٢ ص ١١، ١٢.

٢- واستدل ابن حزم بنفس الأدلة التى استدل بها على بطلان هبة المعدوم وقال: ولأنه لايدرى ذلك الحق الذي له عند فلان في أي جوانب الدنيا هو ولعله في ملك غيره الآن[٤٥].

٣- واستدل الشافعية والحنابلة لهذا القول عندهم بأن الدين غير مقدور على تسليمه لكونه في الذمة. قال في المغنى: ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق[٤٦] وقال الشافعية: أنه غير مقدور على تسليمه لأن ما يقبض من المدين عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه، وذلك بخلاف بيعه فانه يصح ولهذا لم يختلف الشيخين في بطلان هبة الدين لغير من هو عليه وهو المعتمد، واختلف في ترجيح البيع له. وعلى هذا يستثنى من طرد القاعد[٤٧] لأنه يجوز بيعه ولا تجوز هبته.

قال الجمل والرملي: ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فانها لا تتضمن الالتزام إذ لامقابل فيها فكانت بالوعد أشبه فلم تصح[٤٨].

(٤٥) المحلى جـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦.

(٤٦) المغنى جـ ٥ ص ٦٥٩. وانظر كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤. الانصاف جـ ٧ ص ١٢٧، ١٢٩.

(٤٧) فعندهم قاعده تقول « ما يجوز بيعه تجوز هبته ».

(٤٨) حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧. نهاية المحتاج والشبراملسي جـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤. وانظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠. تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣٠٤، ٣٠٥. تكملة المجموع جـ ١٥ ص ٣٧٦.

المبحث الثاني

شروط صحة هبة الدين لغير من عليه الدين

مذهب الحنفية في قبض الدين إن وهب لغير من هو عليه:

رأينا أن جمهور الحنفية قال بجواز هبة الدين لغير من عليه الدين. وقد اشترطوا لصحة ذلك الاذن بالقبض صريحاً ولا يكتفى فيه بالقبض دلالة كالقبض بحضرة الواهب، وهذا بخلاف هبة العين.

فإذا وهب الدين لغير من عليه الدين وسلطة على القبض بالاذن فانه يصح استحساناً كما تقدم لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجوداً مملوكاً للحال مقدور القبض بطريقه.

فان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لايجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين. ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لاتصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالاذن بالقبض، لأنه إذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضاً للواهب أولاً، ويصير المقبوض ملكاً له أولاً، ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكر واهباً ملك نفسه والموهوب له قابضاً ملك الواهب فصحت الهبة والقبض.

وإذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقى المقبوض من المال العينى على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين

العينى والدين[٤٩] فهذه كيفية قبض الدين الموهوب لغير من عليه الدين عند الحنفية. وهل الأذن يتوقف على المجلس؟ قال ابن عابدين: الظاهر نعم[٥٠].

هذا وقد يفهم من تعريف الحنفية للهبة أن تمليك الدين لغير من هو عليه خارج عن هذا التعريف ومن ثم لا يكون هبة فهم قد عرفوها بأنها « تمليك عين بلا ذكر عوض » مع أنهم قالوا: أن ذلك هبة كما تقدم وقال صاحب الدر «وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فان أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين »[٥١].

قال ابن عابدين: هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف. فأجاب بأنه يكون عيناً مآلاً. فالمراد بالعين في التعريف ماكان عيناً حالاً أو مآلاً، وهو خارج عن القياس إذ الهبة لا تصح إلا في الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عيناً مملوكة. وقد يفرق بأن تمام الحمل غير متحقق إذ هو متوقف على إتمام الله تعالى له وفصله عن أمه والعبد لا يقدر عليه، والدين ثابت في ذمة المديون مأمور بدفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعاً فيقدر على تسليمه قال بعض الفضلاء: ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه حيث كان بحكم النيابة عن القبض[٥٢] ونصوص الحنفية ومسائلهم كثيرة على اشتراط الاذن بالقبض. قال في البحر عن المحيط: ولو وهب ديناً له على

(٤٩) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩، ١٢٤، ١٢٥. المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥ وما يليها.

(٥٠) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥.

(٥١) الدر المختار جـ ٢ ص ٢٩٥.

(٥٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٥، ٣٤٧، ٣٤٨.

ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز إلا بأن يسلطه على قبضه والصغير لا قبض له إلا بقبض وليه وهو من عليه الدين فلا يوجد القبض، هذا قول.

والمعتمد الصحة. ويفهم من هذا جواز عكسه وهو هبة الأب ديناً على طفله لأنه مقبوض للأب إذا كان للطفل مال في يده[٦١].

وفي الدر: تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا في ثلاث.

حوالة: ووصية. وإذا سلط المملك غير المديون على قبض الدين فيصح حينئذ[٦٢].

فيستثنى من بطلان تمليك الدين لمن ليس عليه الدين الآتي:

١- الحوالة. وذلك إذا كان المحال عليه مديون المحيل وقد أحال شخصاً عليه فان الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. والتعبير بالانتقال يفيد أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين وإنما هو لما رضي بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما، وأيضاً المحال مسلط على قبضه من المحال عليه.

٢- الوصية. بأن أوصى بالدين الذي له على زيد لعمر فانه يصح لأن الموصى له خليفة عن الميت. وكذا إذا أوصى بثلث ماله مثلاً وفي التركة ديون فان الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته أي يملك المطالبة وإنما يصير ملكاً حقيقة إذا صار عيناً. ويقال في الوصية ليس فيها تمليك وإنما هو تسليط أيضاً فرجع الأمر إلى التسليط في الكل.

(٦١) المرجع السابق ص ٣٤١.

(٦٢) الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٧.

٣- تسليط المملك غير المديون على قبض الدين وقبضه فيصح لأنه يصير حينئذ وكيلاً عن الدائن في القبض من المديون ثم يقبض لنفسه. ومقتضاه صحة عزله عن التسليط كما في الأشباه.

قال في جامع الفصولين: هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه فقبضه جاز فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضة.

قال ابن عابدين: وحينئذ يصير وكيلاً في القبض عن الآمر، ثم أصيلاً في القبض لنفسه ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض[٦٣].

لكن إن كان الدين دراهم مثلاً فقبض بدلها دنانير هل يصح؟

الجواب نعم لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال.

ففي الواقعات الحسامية: لو قال وهبت منك الدراهم التي لي على فلان فاقبضها منه فقبض مكانها دنانير جاز لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال[٦٤].

٤- ومن المستثنى كما قال الحموي: مالو قال الأجنبي للدائن هب دينه لي أو حلله لي، أو قال: إجعل ذلك لي فقال: قد فعلت. يبرأ استحساناً ولو وهب له ابتداء لا يبرأ[٦٥].

(٦٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧، ٣٤٨.

(٦٤) المرجع السابق ص ٣٤٨. قال في الدر بعد أن ذكر هذا الأصل وهو « تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا في ثلاث .. » ويتفرع على هذا الأصل أنه لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلاً بالبيع كما في الفصولين. الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٨.

(٦٥) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٧.

٥- ومن المستثنى ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه وأمرته بالقبض صحت الهبة وإلا لم تصح لأنها هبة الدين من غير من عليه الدين.

فالمعتمد في هذه المستثنيات الصحة للتسليط أي للتسليط على القبض.

والمقصود بالتسليط كما قدمنا هو التسليط الصريح لا حكماً وعادة كما فهمه السائحاني وغيره.

قال في الحاوي القدسي: إن سلطة على قبضه وهو الصواب لكن ينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل[٦٦] فان القبض يكون لأبيه فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفى قبوله كما في هبة الدين ممن عليه؟ ثم قال: يراجع ولم يذكر جواباً[٦٧].

شروط صحة هبة الدين لغير من عليه عند المالكية:

سبق أن المالكية يقولون بجواز هبة الدين مطلقاً أي سواء كانت لمن عليه الدين أو لغيره. فان كانت لغير من عليه الدين فانهم يشترطون لصحتها شروط ثلاثة. الاشهاد. الجمع. دفع ذكر الحق.

١- الاشهاد. وهو أن يشهد الواهب على الهبة كاشتراط الاشهاد على الرهن. واشتراط الاشهاد على الهبة إنما هو إذا حصل مانع كموت الواهب وإلا فلا يشترط الاشهاد كما قال الدسوقي والاشهاد شرط صحة عند توافر سببه باتفاق.

(٦٦) قال ذلك تعليقاً على ما في الخانية: وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج. الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكاً للولد إذا قبض. تكملة ابن عابدين ومعها الدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٨.

(٦٧) المرجع السابق.

ويرى المالكية أنه إذا وهبه الدين وقام بذلك شاهد واحد حلف الموهوب له لا الواهب لأن الشخص لا يحلف ليستحق غيره. وإن دفع المدين الدين للواهب بعد العلم بالهبة ضمن.

٢- الجمع. والمراد الجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين. وهل هو شرط صحة أم شرط كمال؟ قيل شرط كمال باتفاق. وقيل فيه قولان. أنه شرط صحة كما في البناني وذكره الدسوقى والصاوي. القول الثاني أنه شرط كمال وهو المعتمد صرح بذلك الصاوي.

٣- دفع ذكر الحق. والمراد أن يدفع الواهب للموهوب له وثيقة الدين. وهل هو شرط صحة أم شرط كمال؟ قولان في المذهب القول الأول: أنه شرط صحة وهو لابن عبد الحق. القول الثاني: أنه شرط كمال وهو قول الوثائق المجموعة كما في الدسوقي.

والمعتمد أنه شرط صحة كما في بلغة السالك للصاوي.

وإنما شرط في هبة الدين لغير من هو عليه هذه الشروط ليكون كالحوز حيث قرر المالكية أن القبض في مسألتنا كقبض دين الرهن أي بالاشهاد، والجمع، ودفع ذكر الحق.

وصورة رهن الدين أن يشترى سلعة من زيد بعشرة إلى أجل ويرهن المشترى عليها دينه الذي له على خالد فيجوز إن أشهد على الرهينة، وجمع بين البائع ومن عليه الدين، ودفع للبائع ذكر الدين أي الوثيقة قالو: ويؤخذ من كون ذلك كرهن الدين صحة التصرف في الوظائف وهو أن يتجمد لإنسان مال معلوم من وظيفة أو جامكية فينزل عنها لغيره إن كان ذلك النزول من غير مقابلة شيء بل هبة. أما إن كان في مقابلة شيء يؤخذ فان سلم من الربا جاز وإلا منع.

والحنفية قالوا بالمنع لأنه من باب بيع الدين بالدين[٦٨] والدسوقي المالكي لم يذكر غير المنع معللاً ذلك بأنه بيع نقد بنقد نسيئة[٦٩].

شروط صحة هبة الدين لغير من هو عليه عند الشافعية:

سبق أن للشافعية قولان في جواز هبة الدين لغير من هو عليه. ويشترطون لصحة ذلك أن يكون الدين مستقراً فان لم يكن مستقراً بطلت جزماً وذلك كنجوم الكتابة فهو غير مستقر لتعرضه للسقوط. وقال بعض الأصحاب: المراد بالمستقر ما يصح الاعتياض عنه ليخرج نحو نجوم الكتابة.

قال الجمل: والظاهر أن التقييد بالمستقر لما ذكر من الخلاف في هبة الدين لغير من هو عليه بخلاف غير المستقر فانه لا تصح هبته لغير من هو عليه قطعاً. وإلا فنجوم الكتابة يصح الابراء منها فينبغي صحة هبتها للمكاتب[٧٠].

وهل تفتقر هذه الهبة إلى قبض؟ وجهان ذكرهما النووي فقال: وإن وهبه لغير من هو عليه لم يصح على المذهب. وقيل في صحته وجهان كرهن الدين. فان صححنا ففي افتقار لزومها إلى قبض الدين وجهان. فان قلنا لا

(٦٨) راجع مذهب الحنفية السابق بالهامش.

(٦٩) أنظر في هذه الشروط. حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩.
بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٩٠.
شرح الخرشي وحاشية العدوي جـ ٧ ص ١٠٣، ١٠٤.

(٧٠) حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧. نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي جـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤.

يفتقر، فهل يلزم بنفس الايجاب والقبول كالحوالة أم لابد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لا يمكن نقله وجهان[٧١].

(٧١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤.

الفصل الثاني

هبة الدين لمن عليه الدين

لما كان عامة الفقهاء يرون أن هبة الدين لمن عليه الدين « إبراء ». ولما كانوا قد اختلفوا في الابراء هل هو إسقاط أ تمليك؟ فاننا سنعرض دراسة هبة الدين لمن عليه الدين في أربعة مباحث:

المبحث الأول: ماهية الاسقاط، والترك، والتمليك، والإبراء.

المبحث الثاني: موقف الفقهاء من هبة الدين لمن عليه الدين.

المبحث الثالث: تكييف الابراء، وأثر هذا التكييف على القبول والرد.

المبحث الرابع: أحكام وتطبيقات في هبة الدين والابراء منه.

المبحث الأول

ماهية الاسقاط والترك والتمليك والابراء

وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول

ماهية الاسقاط

الاسقاط في اللغة مصدر من الفعل « أسقط ». ويأتي لأكثر من معنى وكلها ترجع إلى معنى الازالة والرفع ففي اللسان « أسقط إسمه من الديوان رفعه وأزله »[٧٢].

(٧٢) لسان العرب لابن منظور جـ ٩ ص ١٨٧ وما يليها ط. بولاق ١٣٥١هـ. ولاحظ المصباح المنير جـ ١ ص ٢٨٠ (سقط) ط. دار المعارف. مختار الصحاح للرازي ص ٤٢٦، ٤٢٧. ط. بولاق.

أما في اصطلاح الفقهاء. فانه « إزالة الحق الثابت وتلاشيه نهائياً مع عدم نقله إلى غير المختص به سواء أكانت هذه الازالة بعوض أم كانت بغير عوض » وقد استخلص هذا التعريف من عبارات الفقهاء الواردة في الاسقاط كعبارة صاحب تهذيب الفروق « ... والقسم الثاني الاسقاط وهو تصرف لا يفتقر إلى القبول وهو إما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما. وإما بغير عوض كالابراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول »[٧٣].

وهذا التعريف إنما هو للاسقاط المحض أي الاسقاط الذي ليس فيه معنى التمليك للحق المسقط. فالحق يفنى ويتلاشي بعد إسقاطه دون أن يتملكه أحد من الناس بنفس الاسقاط[٧٤].

وصيغة الاسقاط تقتصر على أحد أركان الصيغة وهو « الايجاب » فقط وهو الصادر من صاحب الحق أي المسقط. وهناك قاعدة عامة في الشريعة تقول: أن كل تصرف هو في الأصل للاسقاط فانه يتم بارادة منفردة هي إرادة

(٧٣) إدارد الشروق على أنواء الفروق جـ ٢ ص ١٣٥، ١٣٦. وانظر الفروق جـ ٢ ص ١١١ عالم الكتب. بيروت.

(٧٤) نظرية الاسقاط في الشريعة الإسلامية ص ٥. رسالة دكتوراه على الآلة الكاتبة. دكتور/ عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر حقوق أسيوط عام ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

من يملك التصرف ولو ترتب على ذلك حقوق وواجبات[٧٥] ومن ثم فان الركن الآخر وهو (القبول) لا حاجة إليه هنا من المسقط عنه لأن الاسقاط لا يرتد بالرد « فالساقط لا يعود » والفعل كالمعاطاة لا يأتي في الاسقاط لكون الاسقاط مزيل للحق ومعدم له دون أن يتملكه آخر والمعاطاة تفيد تمليك المعطى ما أعطاه، وتملك المعطَى ما أعطي إليه[٧٦].

فالاسقاط ينعقد بقول المسقط: أسقطت وأبطلت وعفوت أو غير ذلك من الأفاظ الدالة على إزالة الحق وتلاشيه دون أن يتملكه أحد كأن يقول صاحب الحق (المسقط): أبطلت حقي في كذا، أو أسقطت حقي فيه.

ولما كانت الاسقاطات قد ميزت في الفقه الإسلامي بأسماء متعددة إختصاراً للعبارة فقد جاءت الصيغة القولية متعددة أيضاً ترتيباً على ذلك، ففي الدر المختار للحصكفي في أول كتاب العتق: « ميزت الاسقاطات بأسماء اختصاراً، فاسقاط الحق عن القصاص عفو، وعما في الذمة إبراء، وعن البضع طلاق، وعن الرق عتق » قال ابن عابدين معلقاً « قوله ميزت الاسقاطات » جمع إسقاط والمراد به ما وضعه الشارع لاسقاط حق للعبد على آخر. وأشار « قوله اختصاراً » لأن أعتق أخصر من اسقط حقه عن مملوكه وكذا الباقي[٧٧]. ولكنها ترجع في النهاية إلى مدلول واحد هو: إزالة

(٧٥) فالطلاق مثلاً يتم بإرادة واحدة ومع ذلك تترتب عليه حقوق وواجبات للطرف الآخر (المرأة) حيث يجب لها مؤخر الصداق وتجب عليها العدة وغير ذلك. نظرية العقد ص ٢٧ أ.د/ محمود شوكت العدوي على الآلة الكاتبة.

(٧٦) نظرية الإسقاط ص ٣٠٧.

(٧٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ ٣ ص ٦٣٩ ط. العثمانية.

الحق وتلاشيه دون أن يتملكه غير المسقط فكل لفظ على هذا المعنى يعتبر صيغة قولية للاسقاط فليس لها ألفاظ مخصوصة إلا في الطلاق[٧٨].

أما انعقاد الاسقاط بغير القول فانه تخريجاً على صيغة العقد. ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً كالكتابة الواضحة المستبينة مثل أن يكتب: أسقطت أو أبطلت أو عفوت أو غير ذلك. أما إذا كانت غير واضحة ولا مستبينه كالكتابة في الهواء أو الماء فإنها تكون غير معتبرة في انعقاد التصرفات مطلقاً.

وينعقد التصرف بالكتابة من غير قادر على النطق عند الجمهور ومن قادر عليه عند الحنفية[٧٩] والمالكية[٨٠] قياساً على النطق لأنها مستبينه.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الكتابة من الكناية ومن ثم فلابد من النية. وينعقد أيضاً بالاشارة المفهمة والجمهور على أن الإنعقاد بالاشارة المفهمة إنما يصح من العاجز عن النطق كالأخرس والممنوع عن الكلام ولا تصح من القادر. ومشهور الاباضية في الاشارة والكتابة أنه لا يجوز الانعقاد بها إلا من العاجز عن النطق وهو أيضاً قول ابن حزم الظاهري. وقالت الشيعة الإمامية: لا يصح العقد بغير لفظ مطلقاً قادراً كان أم عاجزاً لكن صرح جم غفير منهم بالعدول عن هذا الأصل في العاجز عن النطق والاكتفاء فيه بدل اللفظ بالاشارة الكاشفة عن مراده كشفاً جزمياً. وقالت المالكية يعتد بالاشارة

(٧٨) نظرية الاسقاط ص ٣١١.

(٧٩) الهداية حـ ٣ ص ٢١ مع فتح القدير ط. مصطفى محمد.

(٨٠) بلغة السالك والشرح الصغير حـ ٢ ص ٣ ط. عيسى الحلبي.

المفهمة في جميع التصرفات لأنها كلام. قال تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾(٨١).

والاسقاط المحض من التصرفات التى تقبل التعليق على الشرط(٨٢) سواء كان الشرط ملائماً أم غير ملائم. كما أنه يقبل الاضافة إلى زمن مستقبل فهو في ذلك كالوصية والايصاء والوكالة(٨٣).

وعلة جواز ذلك في الاسقاط عدم ترتب ضرر بالمسقط ولا بالمسقط عنه ولأن الاسقاطات تخلو من الخطر المؤدى للغرر المفسد للتصرفات الناقلة

(٨١) سورة آل عمران/ ٤١. وانظر اللحنفية: مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٢، ٣٥٣. دار إحياء التراث العربي. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٩. دار إحياء التراث العربي. فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ط. بولاق ١٣١٨هـ. وللمالكية: القوانين الفقهية ص ٣٦١. دار إحياء التراث العربي. شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٠٤، ١٠٥. دار صادر بيروت. حاشية الدسوقي والشرح جـ ٣ ص ٣، جـ٤ ص ١٠٠، ١٠١. دار الفكر. بلغة السالك والشرح جـ ٢ ص ٢٨٩. دار الفكر.

وللشافعية: مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧، ٣٩٨. دار الفكر. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٥، ٥٩٦. دار الفكر نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٠٦، ٤٠٧. دار الفكر. وللحنابلة: المغنى جـ ٥ ص ٦٥٤، ٦٥٥. ط. الرياض. كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦، ١٤٧، جـ ٤ ص ٣٠٠. دار الفكر. وللظاهرية: المحلى جـ ٨ ص ٣٥٠ دار الفكر. وللاباضية: شرح النيل جـ ٨ ص ٢٠٥، ٢٠٦. الارشاد جدة. وللإمامية: الدر المنضود ص ٣٩.

(٨٢) يرى الحنفية أن التعليق يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق الاسقاطات من وجه دون وجه كالابراء من الدين، ولا الاسقاطات من كل وجه ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص، والحجر على المأذون، وعزل الوكيل، والابراء من الدين. مجمع الأنهر والدر المنتقى جـ ٢ ص ٢٦٦. تكملة ابن عابدين والدر المختار جـ ٢ ص ٣٤٥.

(٨٣) نظرية العقد ص ٤٤، ٤٥. أ.د/ محمود شوكت العدوي.

للملكية لانعقادها بالإرادة المنفردة، وهذه العلة لما كانت موجودة في عقود التمليكات كالبيع لم يجز تعليقها منعاً لضرر المتعاقدين أو أحدهما.

ولما جاز تعليق الاسقاط على الشرط جاز أيضاً إضافته إلى زمن مستقبل فالذي يقبل التعليق يقل الإضافة.

والاسقاط المعلق هو ما كان بصيغة ترتب وجوده على امر سيوجد في المستقبل. وأدوات التعليق هى إن أو إحدى أخواتها.

والاسقاط المضاف هو ماكان بصيغة أضيف فيها الايجاب إلى زمن مستقبل. فالمعلق والمضاف يشتركان في عدم ترتب الأثر في الحال. لكنهما يختلفان في أن الاسقاط المضاف يوجد في حال صدوره عن المسقط بخلاف المعلق فانه لا ينشأ إلا بعد حصول المعلق عليه. فمثلاً لو قال رجل لزوجته: أنت طالق إذا دخلت الدار فالطلاق وهو إسقاط الحق في الاستمتاع بالزوجة لا يوجد إلا بعد دخول الزوجة الدار أما قبل ذلك فلا يوجد الطلاق. والمضاف كأن يقول: اسقطت شفعتى غدا فيوجد الاسقاط في الحال لكن يتأخر الأثر إلى الغد.

أما الاسقاط المنجز فهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل وحكمه ترتب الأحكام والأثار عليه في الحال كقول الشفيع بعد علمه ببيع الشريك: أسقطت حقي في الشفعة(٨٤).

(٨٤) المرجع السابق ص ٣٩ ومايليها. وانظر الأشباه لابن نجيم ص ٢٠١ جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢. كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ ٤ ص ٥٩٢. فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٥٩. الفروق للقرافي جـ ١ ص ٢٢٩. البحر الرائق جـ ٦ ص ١٩٤ ومايليها. حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٠٧ ومايليها. نظرية الاسقاط ص ٤١٣ ومايليها.

والاسقاط لايرد على ملكية الأعيان باتفاق الفقهاء لأنها بالاسقاط تصبح سائبة أي لا مالك لها ولا سائبة في الإسلام قال تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام﴾(٨٥) فقد عاب الله على العرب ماكانت تفعل من تسييب البهائم(٨٦).

(٨٥) سورة المائدة / ١٠٣. وأنظر نظرية الاسقاط ص ٢٨٠. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي. محمد مصطفى شلبي ص ٣٦٢. أشباه ابن نجيم ص ٣١٦، ٣٥٦. البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٦، ٩٧. العقود الدرية لابن عابدين جـ ٢ ص ٢١٦ ط. ثانية بولاق.

أشباه السيوطى ص ٣٥١. ثواعد الأحكام لابن عبد السلام جـ ٢ ص ١٩٧.

قواعد ابن رجب ص ٤٢٦. الفروق للقرافي جـ ٤ ص ١٨ ومايليها.

(٨٦) تفسير القرطبي جـ ٦ ص ٢١٨. والسائبة: البعير يسيّب بنذر يكون على الرجل إن سلمه الله من مرض، أو بلغه منزله أن يفعل ذلك فلا تحبس عن رعى ولا ماء ولا يركبها أحد وقال به أبو عبيد. وقد يسيبون غير الناقة، وكانوا إذا سيبوا العبد لم يكن عليه ولاء. وقيل السائبة هي المخلاّة لا قيد عليها، ولا راعى لها. والبحيرة: عن ابن المسيب هي التى يمنع دَرَّها للطواغيت فلا يحتلبها أحد من الناس. وقيل: هي الناقة المشقوقة الأذن وقيل غير ذلك وأما الوصيلة والحام فقال مالك: الوصيلة من الغنم إذا ولدت أنثى بعد أنثى سيبوها. وقال ابن عزير: الوصيلة من الغنم إذا ولدت الشاة سبعة أبطن نظروا فان كان السابع ذكراً ذبح وأكل منه الرجال والنساء وإن كان أنثى تركت في الغنم وان كان ذكرا وأنثى قالوا: وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكان لحماً حراماً على النساء ولبن الأنثى حراماً على النساء إلا أن يموت منهما شيء فيأكله الرجال والنساء. وقيل: غير ذلك.

فأما الحام فمن الابل. قال مالك: كان الفحل إذا انقضى ضرا به جعلوا عليه من ريش الطواويس وسيبوه. ويقال: إذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا: قد حمى ظهره فلا=

المطلب الثاني

ماهيـــة الترك

الترك لغة: جاء في المصباح المنير « تركت » المنزل « تركاً » رحلت عنه. و« تركت » الرجل فارقته ثم استعير للاسقاط في المعاني فقيل « ترك » حقه إذا أسقطه و« ترك » ركعة من الصلاة لم يأت بها فانه إسقاط لما ثبت شرعاً(٨٧).

فالترك لغة الرحيل والمفارقة وهذا في المحسوسات أما في المعانى فانه قد استعير للاسقاط وعليه فان الاسقاط والترك في اللغة معناهما واحد، وهما في الاصطلاح كذلك من حيث الظاهر لكن الحقيقة أن بينهما فرقاً في الاصطلاح. فالاسقاط لكي يوجد لابد من وجوب الحق وثبوته ومن ثم فان الحق غير الثابت لايقبل الاسقاط لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لايجوز. ولو جرى سبب وجوبه(٨٨). وإذا كان الحق غير الثابت لا يقبل الاسقاط فانه يقبل النزول عنه. لكن لا يسمى هذا النزول إسقاطاً وإنما يسمى تركاً أو امتناعاً وهما مجرد وعد ومن ثم فأن الترك لا يلزم التارك وله حق الرجوع فيه بعد أن تثبت له هذه الحقوق وتتقرر بالفعل(٨٩).

=يركب ولا يمنع من كلأ ولا ماء. وقيل: الحامي الفحل إذا ركب ولد ولده. تفسير القرطبي جـ ٦ ص ٢١٦، ٢١٧.

(٨٧) المصباح المنير جـ ١ ص ٧٤. دار المعارف.

(٨٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٩٠. المدخل في الفقه الإسلامي ص ١٨٣، ١٨٤ د./ محمد سلام مدكور. العناية والكفاية على الهداية بهامش فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧. دار إحياء التراث العربي. بيروت.

(٨٩) نظرية الاسقاط ص ١٥. الاشباه لابن نجيم ص ٣١٨، ٣١٩.

فمثلاً لو ترك الشفيع حقه في الشفعة قبل قيام سبب الشفعة أي قبل بيع الشريك فهذا الترك لا يمنع الشفيع من المطالبة بحقه في الشفعة بعد بيع الشريك أي بعد قيام السبب.

يقول القرافي: « الفرق الثالث والثلاثون ... المسألة الثانية: الأخذ بالشفعة له سبب وهو بيع الشريك وشرط وهو الأخذ فتثبت الشفعة حينئذ فان أسقطها قبل البيع لم يعتبر إسقاطه لعدم اعتبارها حينئذ واعتبار الاسقاط فرع اعتبار المسقط أو اسقطها بعد الأخذ سقطت إجماعاً وإن أسقطها بعد البيع وقبل الأخذ سقطت ولا أعلم في ذلك خلافاً » مثال آخر: نزول الزوجة عن حقها في نفقتها المستقبله فهذا لا يعد اسقاطاً لعدم ثبوت هذه النفقة بعد، وكما يقول القرافي: « أسقطت النفقة قبل سببها فيكون كاسقاط الشفعة قبل بيع الشريك » وإنما يعد تركاً لها لا يلزم الزوجة ومن ثم لها الحق في المطالبة بالنفقة بعد وجوبها(٩٠).

والملاحظ أن القرافي وغيره يستعمل لفظ الاسقاط في مثل هذه الصور إلا أن من الباحثين من يعتبر ذلك من باب التوسع في معنى الاسقاط تجاوزا أو لأن الترك يؤول بعد وجوب الحق وتقرره إلى إسقاط إذا لم يرجع التارك عن تركه(٩١).

(٩٠) الفروق وإدرار الشروق جـ ١ ص ١٩٦ : ٢٠٠ ط. عالم الكتب بيروت « الفرق الثالث والثلاثون بين قاعدة تقدم الحكم على سببه دون شرطه أو شرطه دون سببه وبين قاعدة تقدمه على السبب والشرط جميعاً » وفيه ثمانية مسائل اقتصرنا على أثنين منها. وانظر المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٣١. ط. الخيرية الفتاوى الخانية بهامش الهندية جـ ٣ ص ٥٥٤. ط. بولاق.

فتح العلي المالك جـ ١ ص ٣٢٢ ط. مصطفي الحلبي.

(٩١) دكتور/ عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر في نظرية الاسقاط ص ١٦.

فالخلاف بين الترك والاسقاط محصور في أمرين.

الأمر الأول: الترك يرد على الحق الذي لم يجب بعد. أما الاسقاط فانه لا يرد على الحق إلا بعد وجوبه وتقرره.

الأمر الثاني: الترك مجرد وعد من التارك فهو لازم له ومن ثم يحق له العدول عنه متى شاء.

أما الاسقاط فهو تصرف تام لازم للمسقط لا يجوز له العدول عنه والرجوع فيه. ومن هنا قال الفقهاء: ان الساقط لا يعود أبداً(٩٢).

المطلب الثالث

ماهيـــة التمليـــك

التمليك في اللغة: جعل الشيء ملكاً للآخر. جاء في المصباح: والملاك بفتح الميم اسم من (ملكته) بالتشديد و(ملكته) الأمر بالتشديد (فملكه) من باب ضرب. و(ملكناه) علينا بالتشديد أيضاً (فتملك)(٩٣).

وأما في الاصطلاح فهو (نقل الحق الثابت لشخص معين إلى شخص آخر بواسطة تصرف من التصرفات الناقلة لملكية الحقوق سواء كان هذا النقل بعوض أم كان بغير عوض) وفي التصرفات العوضية قد يكون العوض بدلاً عن الأعيان كالبيع أو عن المنافع كالاجارة. أما التصرفات غير العوضية فهي كالصدقات والهبات، والوصايا، والهدايا والعطايا(٩٤).

(٩٢) نظرية الاسقاط ص ١٦. وانظر الأشباه لابن نجيم ص ٣١٨، ٣١٩.

(٩٣) المصباح المنير جـ ٢ ص ٥٨٠.

(٩٤) نظرية الاسقاط ص ١١. الذخيرة للقرافي جـ ١ ص ٥٥١، ٥٥٢ ط. كلية الشريعة بجامعة الأزهر عام ١٣٨١هـ. نظرية العقد ص ٤٣ ومايليها. أ. د/ محمود شوكت العدوي وفي الفروق جـ ٢ ص ١١٠ « الفرق التاسع والسبعون بين قاعدة النقل=

وقد اتفق الفقهاء على صحة التمليك إذا تم القبض أما إذا لم يتم القبض ففيه قولان. القول الأول: يجوز وعليه أكثر المشايخ وعليه الفتوى وعمل الناس. القول الثاني: لا يجوز قياساً على الهبة. وهو مردود بأن الهبة والتمليك مختلفان إسماً وحكماً، أما الاسم فظاهر، وأما حكماً فلأنه لو وهب الثمار على رؤوس الأشجار لايجوز. ولو أقر بالتمليك يجوز فثبت أن التمليك يصح بدون التسليم وأنه غير الهبة[٩٥].

موازنة بين التمليك والاسقاط:

يظهر من المقارنة بين تعريف التمليك وبين تعريف الاسقاط أنهما مختلفان من وجوه:

الأول: أن التمليك ينقل الملكية أما الاسقاط فانه يزيل هذه الملكية فلا تثبت لأحد غير الأول. يقول القرافي « الفرق التاسع والسبعون بين قاعدة النقل وقاعدة الاسقاط. إعلم أن الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط. فالنقل ينقسم إلى ماهو بعوض .. وإلى ماهو بغير عوض .. فان ذلك كله نقل ملك .. وأما الاسقاط فهو إما بعوض كالخلع

=وقاعدة الاسقاط. اعلم أن الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل واسقاط فالنقل ينقسم إلى ماهو بعوض في الأعيان كالبيع والقرض، وإلى ماهو في المنافع كالإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة. وإلى ماهو بغير عوض كالهدايا والوصايا والعمرى والوقف والهبات والصدقات والكفارات والزكاة والمسروق من أموال الكفار والغنيمة في الجهاد فان ذلك كله نقل ملك في أعيان بغير عوض » وأنظر أيضاً تهذيب الفروق بهامش الفروق جـ ٢ ص ١٣٥. ط. عالم الكتب. بيروت.

(٩٥) أنظر تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٤٩، ٣٥٠ (مطلب في معنى التمليك والفرق بينه وبين الهبة) ط. دار احياء التراث العربي. بيروت.

والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ماكان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما. وأما بغير عوض كالابراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول »[٩٦].

الثاني: التمليك يرتد بالرد من المملك بخلاف الاسقاط فانه لا يرتد بالرد من المسقط عنه.

الثالث: الاسقاط يصح تعليقه بصريح الشرط ومعناه. أما التمليك فانه لا يصح تعليقه لا بصريح الشرط وهو ماصدر بأن أو متى أو إذا، ولا بمعنى الشرط نحو أنت برئ من كذا على أن تؤدي لي غدا كذا.

الرابع: تمليك المجهول لا يصح بخلاف اسقاطه فانه صحيح.

الخامس: تمليك الشخص المبهم شيئاً لا يصح كما لو في يد كل واحد سيارة فقال: ملكت أحدكما السيارة التى في يده فانه لا يصح وهذا بخلاف الاسقاط فانه يصح مع جهالة الشخص المسقط عنه.

السادس: الاسقاط لا يشترط فيه القبول من المسقط عنه، بينما التمليك يشترط فيه القبول ممن يراد النقل إليه.

هذه الفروق أمكن استخلاصها من القاعدة الثامنة (الابراء هل هو إسقاط، أو تمليك) في أشباه السيوطي[٩٧] ومن ثم فهى فروق أيضاً بين الاسقاط والابراء كما سيأتى.

(٩٦) الفروق جـ ٢ ص ١١٠. إدرار الشروق جـ ٢ ص ١٣٥، ١٣٦ مطبوع مع الفروق ط. عالم الكتب. بيروت.

(٩٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٩. ط. عيسى الحلبي. =

المطلب الرابع

ماهيـــة الابـــراء

الابراء لغة يأتى بمعنى الاسقاط أي إسقاط الدين عن المدين، ويأتى بمعنى المفارقة، والا عذار، والانذار، والشفاء[٩٨].

والابراء وإن كان يأتى بمعنى الاسقاط إلا أنه ليس إسقاطاً محضاً عند أكثر العلماء لأن فيه معنى التمليك[٩٩].

وأما في الاصطلاح الفقهى فقد عرفه الحنفيـة بأنـه إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر. فاذا كان إنسان مديناً لآخر بخمسين جنيهاً مثلاً فقال

= وأنظر. بدائع الصنائع للكساني جـ ١٠ ص ٤٨٤١ ط. الإمام.

الفتاوي الخانية بهامش الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٢٦٦.

الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٤. نظرية الاسقاط ص ١٣.

(٩٨) جاء في المصباح المنير جـ ١ ص ٤٧ ط. دار المعارف: برئ زيد من دينه يبرأ براءة سقط عنه طلبه فهو برئ وبارئ وبراء. وأبرأته منه وبرأته من العيب جعلتـه برئياً منه، وبرئ منه مثل سلم وزنا ومعنى. وبرئ أيضاً وبرأ الله تعالى الخليقة يبرؤها خلقها فهو البـارئ. وبرأ من المرض يبرأ من باب تعب ونفع أ. هـ. وانظر مختـار الصحـاح ص ٤٥ ط. دار المعارف.

وفي المعجم: تبارأ الشريكان تفـاصلا وافترقـا، وتـبرأ مـن كـذا تخلص وتخلى عنه. وفي الكتاب العزيـز ﴿إذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين اتبعوا﴾ سـورة البقـرة / ١٦٥. والـبراءة الاعذار والانذار ومنه قوله تعالى ﴿براءة من الله ورسوله﴾ سورة التوبة / ١.

المعجم الوسيط جـ ١ ص ٤٢ ط. ١٩٦٠ باب الباء مع الراء والهمزة.

(٩٩) نظرية العقد ص ٢٦ أ. د/ محمود شوكت العدوي. نظرية الاسقاط ص ٥.

الدائن للمدين ابرأتك مما لي عليك من الدين فكأنـه قـد أسـقط الديـن الـذي فـي ذمته[١٠٠].

وعرفه الزيدية بأنه: « إسقاط ما في الذمة من حق أو دين »[١٠١].

وهذا التعريف عام لشمول الحق والدين.

وعرفه الشيخ أحمد أبو الفتح بأنه « إبراء الدائن مدينة من كل الدين أو بعضه الثابت له في ذمته »[١٠٢] فالابراء قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً.

وعرفه في الفتح بأنه «هبة الدين ممن هـو عليـه» جـاء «الهبـة بـالمعنى الأعم تطلق على أنواع منها الابراء وهو هبة الدين ممن هو عليه»[١٠٣].

ويلاحظ على التعريف الأول والثـاني أنـه عـرف الابـراء بالاسـقاط أمـا التعريف الثالث فلم يصرح بشيء. ومن ثم فقد طـرح بعـض البـاحثين سـؤالاً قال: لكن ما هو مصير الدين أو الحق الذى أسقط؟

ثم أجاب قائلاً: لابد من وضع قيد يوضح لنا ذلك فنقـول « الإبـراء هـو إسقاط مافي ذمة المدين من حق أو دين مع تملكه إياه » فمصيره أن المدين قد تملكه[١٠٤].

---

(١٠٠) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٦ ط. ثالثة. بولاق.

(١٠١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٦ ط أولى ١٣٦٧هـ. أنصار السنة المحمدية.

(١٠٢) المعاملات في الشريعة الإسلامية جـ ١ ص ١٣٣ ط. ثانية.

(١٠٣) نقله الشوكاني في نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٨٨ عن فتح الباري.

(١٠٤) دكتور/ محمود محمد عوض سلامة في رسـالته للماجستير « انقضـاء الالـتزام دون وفـاء بالابراء واستحالة التنفيذ بين كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي » ص ١٠ علـى الآلة الكاتبة مكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة تحت رقم / ٤٨٠.

وهذا التعريف يقترب تماماً من تعريف باحث آخر قال فيه «الإبراء هو إزالة حق الدين الثابت في ذمة المدين مع تمليكه إياه»[١٠٥]

أما عن صيغة الابراء فانه يكون بكل لفظ يدل عليه. يقول البهوتي «وان أبرأ غريم غريمه من دينه صح أو تصدق به عليه صح أو وهبه له صح أو تصدق به عليه صح أو عفا عنه صح وبرئت ذمته، وكذا لو قال اعطيتكه ونحوه ويكون ذلك ابراء وإسقاطاً، ولفظ الهبة والصدقة والعطية ينصرف إلى معنى الابراء، لأنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ..ويصح الابراء من الدين بالألفاظ السابقة ولو كان الدين المبرأ منه مجهولاً لهما..»[١٠٦] ويقول ابن حزم « ومن كان له عند آخر حق في الذمة دراهم أو دنانير أو غير ذلك أو أي شيء كان فقال له: قد وهبت لك مالي عندك، أو قال: قد أعطيتك مالي عندك .. فلا يلزم شيء من ذلك » ثم استدرك فقال « وإنما يجوز هذا بلفظ الابراء، أو العفو، أو الاسقاط، أو الوضع، ويجوز أيضاً بلفظ الصدقة »[١٠٧].

مما سبق يتضح أن الابراء يكون بواحد من الصور الآتية:

فقد يكون في صورة انشائية كأن يقول الدائن لمدينة: أبرأتك من الدين الذي لي عليك، وقد يكون الابراء في صورة إخبارية كأن يقول الدائن: أبرأت فلاناً من دينه الذي لي عليه، أو أبرأت فلاناً من ديني ويعد هذا إقراراً منه بالابراء.

وقد يكون الابراء من الدين في صورة هبة كأن يقول الدائن لمدينة: وهبت لك مالي في ذمتك من دين.

(١٠٥) دكتور/ عبد الرحمن محمد عبد القادر في نظرية الاسقاط ص ٧.

(١٠٦) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ ط عالم الكتب بيروت.

(١٠٧) المحلى جـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ط دار الفكر.

وقد يكون في صورة وصية كأن يقول الدائن لمدينة: أوصيت لك بما في ذمتك من دين لي، ولهذا فان المدين لايبرأ إلا بعد وفاة الدائن في صورة الوصية وذلك لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت.

وقد يكون الابراء بلفظ الصدقة أو العطية أو العفو، أو الترك. وقد يكون بلفظ الحط[١٠٨] أو الحل[١٠٩].

ولفظ الهبة والصدقة والعطية ينصرف إلى معنى الابراء بقرينة أنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ.

وخالف ابن حزم في لفظ الهبة والعطية فهما لا يدلان على الابراء ولعل ذلك راجع إلى تمسكه بأسماء العقود المنصوص عليها فلكل عقد أو تصرف اسمه القاصر عليه دون غيره.

ولا يصح الابراء بقوله: أبرأك الله، وذلك لأن الحق له لا لله[١١٠].

وفي الحاوي: قال لأخاصمك ولا أطلبك. مالي قبلك، قالوا: ليس هذا بشيء وحقه عليه على حاله. وفي الخلاصة: قال: جعلتك في حل الساعة أي في الدنيا. برئ في الساعات كلها والدارين[١١١].

فالجمهور على انعقاد الابراء بكل لفظ دل على البراءة كلفظ الحل أو الصدقة أو الاسقاط أو الترك أو العفو، أو التمليك، أو الوضع، أو الهبة ونحو ذلك مما تقدم.

(١٠٨) لاحظ أشباه ابن نجيم جـ ٣ ص ١٥٠. حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٦.

(١٠٩) يقول ابن قدامة « إذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه » المغنى جـ ٥ ص ٦٥٨ ط. الرياض الحديثة. ط منفردة.

(١١٠) البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٦، ٩٧.

(١١١) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٣.

أما لفظ الصدقة فان القرآن الكريم ورد في الابراء بلفظ الصدقة. يقول الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾[١١٢]. وأخرج ابن حزم من طريق مسلم بسنده عن أبى سعيد الخدرى قال « اصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه » قال ابن حزم: فهذا عموم للغرماء وغيرهم[١١٣] فان قال: تصدقت به عليك صح.

وإن قال عفوت لك عنه صح لأن الله تعالى قال: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح﴾[١١٤] قال ابن قدامة: يعنى به الابراء من الصداق. وإن قال: أسقطته عنك صح لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له. وإن قال ملكتك إياه صح لأنه بمنزلة هبته إياه، ولفظ الوضع كالاسقاط.

وإن قال: أحللتك منه صح، قال المرداوي: وفي صحيح مسلم « أن أبا اليسر الصحابي قال لغريمه: إذا وجدت قضاء فاقض وإلا فأنت في حل » وأعلم به الوليد بن عبادة بن الصامت وابنه وهما تابعيان فلم ينكراه. قال في الفروع: وهذا متجه واختاره شيخنا[١١٥] وهل الهبة حينئذ صريحة في الابراء

(١١٢) سورة النساء / ٩٢.

(١١٣) المحلى جـ ٩ ص ١١٧ مسألة ١٦٢٦ ط. دار الفكر.
المغنى جـ ٥ ص ٦٥٨، ٦٥٩. الرياض الحديثة. هداية الراغب ص ٤١٢. دار البشير جدة. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤ دار الفكر. الأنصاف جـ ٧ ص ١٢٧، ١٣٠ ط. ثانية. دار إحياء التراث العربي ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠. ط. دار الفكر. نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤. دار الفكر. حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٩٧ ط. دار الفكر. تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٣. دار إحياء التراث العربي.

(١١٤) سورة البقرة / ٢٣٧.

(١١٥) المراجع السابقة.

أم كناية؟ قضية كلام النووي أن هبة الدين صريح في الابراء، قال الخطيب: وهو كذلك، لكن في الذخائر إنه كناية وترك الدين للمدين كناية إبراء[١١٦].

وعند الاباضية: من قال لرجل: تركت لك دينى الذي عليك أو نصيبي من الميراث الذي بيني وبينك لم يجز حتى يقول: أعطيته، وقيل: جائز لأن ذلك لغة جارية بين الناس في العطاء[١١٧].

هكذا نرى أن الابراء يكون بما دل عليه من ألفاظ. وهذا اللفظ وإن أفاد إزالة الحق في جانب الدائن فإنه يفيد أيضا التمليك لهذا الحق في جانب المدين[١١٨] وركن صيغة الابراء هو الايجاب والقبول. أما الايجاب فمتفق عليه، وأما القبول فمختلف فيه تبعاً لاختلاف الفقهاء في تكييف الابراء هل هو إسقاط أم تمليك؟ فمن قال إنه اسقاط قال: لا يحتاج إلى قبول وسيأتى في تكييف الابراء.

ويشترط في الابراء أن يكون من حق ثابت ومن ثم لا يصح من حق لم يثبت كما لو أبرأت الزوجة زوجها من نفقة العدة قبل الطلاق[١١٩] جاء « لا يصح الابراء من الدين قبل وجوبه ذكره الأصحاب ونقله الحلواني عن الإمام أحمد. لقوله صلى الله عليه وسلم - لاطلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما

(١١٦) مغنى المحتاج السابق.

(١١٧) شرح النيل جـ ١٢ ص ٢٣. الارشاد. جدة.

(١١٨) أي على قول فريق من الفقهاء وسيأتي.

(١١٩) الفروق وإدرار الشروق جـ ١ ص ١٩٦، ٢٠٠. المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٣١. الأشباه للسيوطي ص ٤٩٠. العناية والكفاية على الهداية بهامش فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤٧.
أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٦٣، ٢٦٤. الأشباه لابن نجيم ص ٤٦٢.
المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ١٨٦. المعاملات لأحمد أبو الفتح جـ ١ ص ١٣٣.

تملك - والابراء في معناها »[١٢٠] وفي أشباه السيوطى « قاعدة: لا يصح الابراء عما لم يجب ولو جرى سبب وجوبه في الأظهر إلا في صورة: وهي: ما لو حضر يبرأ في ملك غيره بلا إذن، وأبرأه المالك، ورضى ببقائها، فانه يبرأ مما يقع فيها، قاله صاحب التتمات في فتاويه »[١٢١].

ويلاحظ أن الأجل لا يمنع ثبوته في الذمة، ومن ثم يصح الابراء من الدين المؤجل قبل حلول أجله، فعند الحنابلة « يصح الابراء من الدين قبل حلول أجله لأن تأجيله لا يمنع ثبوته في الذمة »[١٢٢] وعند الحنفية « في التتارخانية: رجل له على آخر مائة وخمسون درهماً مائة حالة وخمسون مؤجله فوهب رب الدين للمديون خمسين فذلك الموهوب ينصرف إلى الحال أم إلى المؤجل؟ أفتى الإمام الأجل برهان الدين المرغياني ينصرف إليهما وبه أفتى القاضى بديع الدين »[١٢٣].

وصرح بذلك الاباضية أيضاً في الراجح عندهم. وقيل: لا يصح[١٢٤].

كما يشترط أيضاً في محل الابراء أن لا يكون عيناً من الأعيان لما في الابراء من معنى الاسقاط، والأعيان لا تقبل الاسقاط[١٢٥].

(١٢٠) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٥. الانصاف جـ ٧ ص ١٣٠.

(١٢١) الأشباه للسيوطى صـ ٤٩٠.

(١٢٢) كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٤. هداية الراغب ص ٤١٢.

(١٢٣) تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٦.

(١٢٤) شرح النيل جـ ١٢ ص ٢١.

(١٢٥) ولكن يصح الابراء من حق الادعاء بالأعيان فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك لأن حق الادعاء حق وهو يقبل السقوط.

أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٦٣، ٢٦٤.

ولما كان الابراء من قبيل التبرعات فانه يشترك في المبرئ أن يكون من أهل التبرع. ولا تشترط أهلية المبرأ لأن الابراء تصرف نافع ولا يضر مصالحه.

ويشترط في المبرأ أن يكون معلوماً فلو قال أبرأت مديناً لي أو كل مدين لي لم يصح الابراء لأنه لابد من معرفة الذمة التى تعلق بها هذا الدين[١٢٦] ففي أشباه السيوطي « إبراء المبهم كقوله لمدينيه أبرأت أحدكما. والأصح فيه التمليك فلا يصح كما لو كان له في يد كل واحد عبد فقال: ملكت أحدكما العبد الذي في يده لا يصح »[١٢٧].

وقال الحارثي والحلواني من الحنابلة أنه لو كان له دينان على شخصين وأبرأ أحدهما لا بعينه صح ويرجع إلى المبرئ بالبيان، قال المرداوي: ويؤخذ بالبيان كطلاق إحداهما وعتقه أحدهما، قال في الفروع: يعنى ثم يقرع على المذهب، والمذهب عند الحنابلة أنه لا يصح الابراء مع إبهام المحل كأبرأت أحد غريمى[١٢٨].

وللموضوع بقية في العدد القادم إن شاء الله

(١٢٦) الأشباه للسيوطى ص ١٨٩.

(١٢٧) الأشباه للسيوطي ص ١٨٩. القاعدة الثامنة « الإبراء هل هو إسقاط أم تمليك؟ قولان» والترجيح مختلف في الفروع. أ. هـ.

وفي مسألتنا التمليك هو الراجح.

(١٢٨) الانصاف جـ ٧ ص ١٢٨، ١٢٩. كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٠٥.