

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

بيان ماهية الرجوع .

و أما بيان ماهية الرجوع و حكمه شرعا فنقول و بإﻻ التوفيق : لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ و اختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فإنهم قالوا : يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة و لو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيعاء و كذا لا تقف صحته على القبض .
و لو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض و كذا لو وهب لإنسان شيئا و وهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع و لو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ و قال زفر : إنه هبة مبتدأة .
وجه قوله : إن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض و الدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة : إن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث و هذا حكم الهبة المبتدأة .

و لنا : أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه و استيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي و الدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ و إنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي .

و أما ما ذكر محمد فمن أصحابنا من التزم و قال : هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة و ما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسألة روايتان و منهم من قال : هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب و الموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة و هذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالإقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما و إذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب و يملكه الواهب و إن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع و الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك

أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات .
و لو لم يتراضيا على الرجوع و لا قضى القاضي به و لكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب و
قبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه و إذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء
القاضي و ليس للموهوب له أن يرجع فيه و كذا الصدقة .

أما وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ و ملك الواهب لا
يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع إن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما
على الرجوع اتفاق على الفسخ و لا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام
ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق و لا تقع موقع الهبة
المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها