

محاضرات في مادة المواريث والتبرعات 2

قسم التبرعات

المحاضرة الأولى

مقدمة في تعريف عقود التبرعات ومترلتها وحكمتها.

تمهيد: عقود التمليكات هي العقود التي يكون الغرض منها تمليك شيء عين أو منفعة مقابل عوض أو دون عوض، وتنقسم إلى قسمين هما: عقود المعاوضات: وهي العقود التي التملك من الطرفين عن طريق المبادلة مبادلة عين بعين أو مال بمال أو مال بمنفعة أو منفعة أو غير ذلك كالبيع والإجارة والاستصناع والمزارعة وغيرها؛ وعقود التبرعات: وهي ما كان التملك فيها من غير مقابل، كالهبة والوصية والوقف والعارية وغيرها.

أولاً- تعريف عقود التبرعات في الفقه والقانون: قبل الحديث عن أحكام التبرعات في الفقه والقانون يقتضي بيان مفهوم التبرع وتمييزه عن غيره التصرفات القريبة منه أو من جنسه.

أ- التبرع في اللغة: التبرعات جمع تبرع مأخوذ من برع الرجل وبرع بالضم أيضاً براءة، أي: فاق أصحابه في العلم وغيره فهو بارع، وفعلت كذا متبرعاً أي: متطوعاً، وتبرع بالأمر: فعله غير طالب عوضاً. قال ابن فارس: (الباء والراء والعين أصلان أحدهما التطوع بالشيء من غير وجوب والآخر التبريز والفضل)، وقال ابن منظور: (تبرع بالعطاء أعطى من غير سؤال أو تفضل بما لا يجب عليه)، فمعنى التبرع هو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو دون أن تطلب عليه عوضاً أي مقابلاً.

ب- التبرع في الاصطلاح: في الفقه والقانون

- **في الفقه الإسلامي:** لم يضع فقهاء المذاهب تعريفاً للتبرع، وإنما عرفوا أنواعه كالوصية والوقف والهبة وغيرها، ووضعوا تعريفاً لكل نوع من هذه الأنواع يحدد ماهيته، ومع هذا فإن معنى التبرع عندهم لا يخرج عن كونه: (بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً).

وقد عرفه أبو حامد الغزالي: (حد التبرع وهو إزالة الملك عن مال مجانا من غير وجوب)، فقوله مجانا أي بلا عوض، وقوله من غير وجوب إخراج للزكاة والكفارة وقضاء الديون، لأنها تستند إلى وجوب.

وعرفه علي حيدر: (تمليك مال بغير عوض)، وتعقب بأنه غير جامع ولا مانع، فلفظة مال تصدق على النفقات والكفارات الواجبة وهي تمليك بغير عوض، ولا تشمل التبرع بالمنفعة على رأي الحنفية الذين يقصرون المال على العين دون المنفعة، كما أن استعمال لفظ تمليك يخرج التبرعات التي ليست تمليكا كالإبراء ونحوه.

ومن الألفاظ القريبة من التبرع لفظ التطوع، وهو اسم لما شرع زيادة على الواجب، وهو فرد من أفراد التبرع، قال المناوي: (التطوع لغة تكلف الطاعة وعرفا التبرع بما لا يلزم كالتنفل)، وقال ابن الكمال: (التطوع اسم لما شرع زيادة على الفرض والواجب)، فالتطوع يشمل الأعمال والطاعات التي ليست بواجبة، وفعله وتركه يعود للإنسان، وهذا المعنى موجود في التبرع لكن الملاحظ أنه يستعمل التبرع فيما كان تطوعاً بمال أو منفعة بالخصوص، ويستعمل التطوع استعمالاً أعم من ذلك فيشمل العبادات أيضاً.

وبناء على ما سبق عرف الفقهاء المعاصرون عقود التبرع حيث عرفها مصطفى الزرقا بقوله: (هي العقود التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر)، وعرفها أبو العيين بدران: (هي العقود التي يكون فيها التملك بغير مقابل)؛ ومؤدى هذه التعريفات واحد وإن اختلفت ألفاظها، وهو تملك مال أو منفعة دون عوض.

2- في القانون: لم يعرف قانون الأسرة عقد التبرع، وقد عقد كتابا للتبرعات وذكر ثلاثة عقود وهي الوصية والهبة والوقف، وكذا القانون المدني لم يعرف عقد التبرع، ولذلك سنذكر تعريفات بعض القانونيين، فقد عرف السنهوري عقود التبرع بقوله: (عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه).

ثانيا- خصائص عقود التبرعات عن غيرها من العقود: للتبرع خصائص تميزه عن سائر التصرفات المالية أهمها:

1- التبرع تصرف إرادي أي أن الإرادة فيه عنصر أساسي بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية، فلذلك يكون عقدا ويكون تصرفا بالإرادة المنفردة، وتغلب عليه في الفقه الإسلامي أنه تصرف بالإرادة المنفردة أو بعبارة أدق الإيجاب، وهي مندوبة شرعا غير واجبة موكولة إلى إرادة الإنسان وقوة إيمانه، والتزام من المتبرع وحده، ولا يوجد له مقابل من الطرف الآخر

2- قصد التبرع فلا يوجد في غيره فلا بد من فحص نية المتصرف بالتبرع، وأنه قاصد بتصرفه التبرع فعلا، فهي عقود غير نفعية لا يقصد بها تحصيل نفع مادي أو معنوي، إنما يقصد بها وجه الله تعالى؛ بخلاف التصرفات الأخرى لا يبحث فيها ولا يسأل عن النيات، فمن يعاوض لا يفحص عن نيته إذا أراد المعاوضة فعلا أولا.

3- عقود التبرع لا عوض فيها فيغتفر فيها الغرر والجهالة اليسيرة؛ لأنها مبنية على اليسر والتوسعة، بخلاف عقود المعاوضات حيث اعتبر العوض فيها، وشرطه أن يكون معلوما، كتمن المبيع، وعوض الأجرة ونحوهما.

4- عقود التبرع لا يجب الوفاء فيها بما تعهد المتبرع لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل، مع تفصيل في مختلف العقود. ومع ذلك فإن الفقهاء صرحوا باستحباب الوفاء في عقود التبرع؛ لأنها من البر والإحسان، وهذا عند جمهور الفقهاء، وعند المالكية يجب الوفاء في بعض عقود التبرع أيضا، فالعارية المؤجلة لازمة عندهم إلى انقضاء الأجل، كما تلزم عندهم الهبة بالقبول، فإن امتنع الواهب من تسليمها يجبر عليه.

أما عقود المعاوضة فالوفاء بما يتعهده العاقدان في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة ونحوهما واجب، إذا تمت صحيحة بشروطها، لأن في عدم الوفاء بها ضررا للعاقد الآخر، لضياح ما بذله من العوض في مقابلته.

5- اشتراط الحيابة في عقود التبرع فلا بد من قبض المتبرع له لمحل التبرع كي يتم التبرع ويستطيع بعد ذلك التصرف فيه، ويحصل ذلك عن طريق وضع اليد، كما يتحقق عن طريق التوثيق أو الإشهاد عليه إضافة إلى الرسمية في بعضها.

ثالثا- فضل التبرع ومقاصده: جاءت النصوص متواترة في الحث على التبرع والترغيب فيه، وإنفاق المال على هذه الصفة له فضائل كثيرة منها:

1- التقرب إلى الله وتحصيل الأجر والثواب وتكفير الذنوب، وتربية النفس على البذل والعطاء، وتدارك ما فرط فيه الإنسان في حياته من أعمال الخير، وهذا المقصد يعتبر الدافع الأساسي للمسلم من أجل التبرع والتطوع. قال تعالى: (وما أنفقتم من نفقة أو نذرتم من نذر فإن الله يعلمه وما للظالمين من أنصار إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها

وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ونكفر عنكم سيئاتكم والله بما تعملون خبير)، وقال تعالى: (إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا قرضا حسنا يضاعف لهم ولهم أجر كريم)، وقال تعالى: (سارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السماوات والأرض أعدت للمتقين الذين ينفقون في السراء والضراء والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: (ما تصدق أحد بصدقة من طيب - ولا يقبل إلا الطيب - إلا أخذها الرحمن بيمينه وإن كانت تمرة فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربي أحدكم فلوه) رواه البخاري ومسلم. (والفلو بفتح الفاء وضم اللام وهو المهر لأنه يفلأ عن أمه أي يعزل).

2- تحقيق التعاون والتكافل والتضامن بين المسلمين، وترسيخ قيم الأخوة والمحبة والتراحم بين مختلف أفراد المجتمع، وحفظ حق الفقراء في العيش الكريم؛ فعقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة. فهي مصلحة حاجية جلية، وأثر خلق إسلامي جميل. فبها حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء المقترين، وإقامة الجمل من مصالح المسلمين.

3- إقامة مصلحة ضعاف المسلمين: وقضاء حوائجهم التي لا تستقيم حياتهم العادية إلا بتماهمها، ولا يبلغ هذا المقصد تمامه إلا إذا كان الإنفاق بمقادير لها بال وبصورة دائمة وعامة، حيث يستمر معها الإنفاق بمقادير متماثلة في سائر الأوقات، قال تعالى: (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو)، لأن دوام الإنفاق وعمومه لا يحصل إلا ببذل الفاضل على حاجات المنفقين فلا يشق عليهم ولا يتخلف عن ذلك أحد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول)، ولأنه لا يجب أن يفهم من هذا الحديث أن الإنفاق الصادر عن غير غنى هو دون ذلك، فإن ثناء الشريعة على إنفاق الغني لا ينقص من فضل إنفاق المقل شيئا، ولذلك قال: (أفضل الصدقة جهد المقل).

4- التكثير منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وإذ قد كان شح النفوس حائلا دون تحصيل كثير منها، دلت أدلة الشريعة على الترغيب فيها، فجعلت من العمل غير المنقطع ثوابه بعد الموت، ففي الحديث الصحيح: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له). كما فوصفت الشريعة الذين يقون أنفسهم من شحها ويروضونها على السخاء والعطاء بالمفلحين قال تعالى: (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون)، كما أثنت على المنفقين المتصدقين وذمت المقترين المانعين قال تعالى: (وأما من أعطى وتقى، وصديق بالحقنى، فسنيسره للحنى، أما من بخل واستغنى، فسنيسره للعسرى، وما يغني عنه ماله إذا تردى)، قال ابن عباس رضي الله عنه: (سادات الناس في الدنيا الأسخياء وفي الآخرة الأتقياء).

5- أن تكون التبرعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، لأنها من المعروف والسخاء، ولأن فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخلفه. فتمحض أن يكون قصد المتبرع النفع العام والثواب الجزيل. ولذلك كان من مقصد الشارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدورا من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضرر للمحسن من جراء إحسانه فيحذر الناس فعل المعروف، إذ لا ينبغي أن يأتي الخير بالشر كما أشار إليه قول الله تعالى: (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده). فطيب النفس المقصود في التبرعات أخص من طيب النفس المقرر في المعاضات.

ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها. ففي الحديث الصحيح: (أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغناء وتخشى الفقر، ولا تترك حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا).

وهذه الحالة تقتضي التأمل والعزم دون التردد إلى وقت المضيق. ويتحقق حصول مهلة النظر بأحد أمرين هما التحفيز والإشهاد.

6- التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين: ووجه هذا المقصد أن التبرع بالمال عزيز على النفس فالباعث عليه أريحية دينية، ودافع خلقي عظيم، وهو مع ذلك لا يسلم من مجاذبة شح النفوس تلك الأريحية، وذلك الدافع في خطرات كثيرة أقواها ما ذكره الله تعالى بقوله: (الشيطان يعدكم الفقر). وقد تبين ترغيب الشريعة فيها في المقصد الأول. ففي التوسع في كفيات انعقادها خدمة للمقصد الأول.

ولأجل هذا المعنى أباح الشريعة تعليق العطية على حصول موت المعطي بالوصية وبالتدبير، مع أن ذلك مناف لأصل التصرف في المال لأن المرء إنما يتصرف في ماله مدة حياته. ومن أجل ذلك أعملت شروط المتبرعين في مصارف تبرعاتهم، من تعميم وتخصيص وتأجيل وتأيد وسائر الشروط ما لم تكن منافية لمقصد أعلى، فإن الجمع بين المقاصد هو غرض التشريع. وإن كانت تفوت بذلك بعض جزئيات من المقصد الواحد فإنها لا يعبأ بفواتها. والذي رجحه نظار المالكية في شأن الشروط في الحبس والهبة والصدقة إمضاؤها، مثل اشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة. وكذلك مسألة اشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب.

7- أن لا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حق وارث أو دائن: وقد كانت الوصايا في الجاهلية قائمة مقام الموارث، وكانوا يميلون بها إلى حرمان قراباتهم وإعطائها كبراء القوم لحب المحمدة والسمعة. فمن أجل ذلك قصرت الوصية على غير الوارث وجعلت في خاصة ثلث المال، كما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال له: (الثلث والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس). وقد مضى آنفا قول أبي بكر لعائشة: (وإنما هو الآن مال وارث). ومن أجل هذا منع المريض مرضا مخوفا من التبرع ولم يمنع من المعاوضة بالبيع ونحوه؛ لأن في البيع أخذ عوض بخلاف التبرع، فالتهمة في تبرع المريض قائمة.

ثالثا- أنواع التبرعات:

- في الفقه الإسلامي: التبرعات أنواع متعددة منها: تبرع بالعين، ومنها تبرع بالمنفعة، وتكون التبرعات، حالة أو مؤجلة، أو مضافة إلى ما بعد الموت، وهناك عقود تعتبر تبرعا في الابتداء لكنها معاوضة في الانتهاء كعقد القرض، فإن المقرض متبرع عند الإقراض لكنه عند رجوعه على المقرض. بمثل ما أخذ يقول إلى المعاوضة. وكذلك عقد الكفالة بأمر المدين، فإنها تبرع في الابتداء، حينما يلتزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن ورجع على المدين بمثل ما دفعه تصير عقد معاوضة.

وفي سياق تعريف الالتزام ذكر الخطاب أنواعا من التبرعات هي: الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمرى، والعري، والمنحة، والإرفاق، والإحدام، والإسكان والنذر إذا كان غير معلق؛ و فرق الخطاب بينها بأمر اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كل باب: فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب

من الله تعالى خاصة، والثانية فىما كان لقصد ثواب من المعطي أو لوجه المعطى لصداقة أو قرابة ونحو ذلك؛ وخصوا الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة فإن كان ذلك على التأييد فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حياة المعطى فهو العمرى، وإن كان محدوداً بمدة أو غير محدود فهو العارىة، فإن كان ذلك في عقار أطلق عليه الإسكان، وإن كان ذلك في ثمرة أطلق عليه العرىة، وإن كان في غلة حيوان أطلق عليه المنحة، وإن كان في خدمة عبد أطلق عليه الإخدام، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق عليه الإرفاق...

هذه أنواع من التبرعات في الفقه الإسلامى، ولم يقصد الفقهاء إلى حصرها، بل ذكروا الشائع منها، وعليه يمكن أن يضاف إليها تصرفات أخرى نصوا على أنها من التبرع في مواضعها ولم يذكروها في النصوص السابقة، مثل الوكالة بدون أجر، والوديعة بدون أجر وغيرهما، أو أصنافاً من التبرعات ظهرت حديثاً، كال تبرع بالحقوق المعنوية، والأسهم والسندات، والتبرع بالأعضاء سواء في الحياة أو بعد الممات.

المحاضرة الثانية

الوصية

أولاً- تعريف الوصية:

- لغة: هي مشتقة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

- اصطلاحاً:

- في الفقه: الوصية في الشرع أخص منها في اللغة، وأعم منها عند الفقهاء، كما أنها عند الفقهاء أعم منها عند الفرضيين، ومن هنا اختلفت تعاريف العلماء لها، باعتبار المنظور الشرعي العام، والاصطلاح الفقهي والفرضي الخاصين.

- عرفها الحنفية: (الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)، فهي عندهم خاصة بالوصية بالمال.

- وعرفها الشافعية: (الوصية تبرع بحق مضاف إلى بعد الموت).

- وعرفها الحنابلة: (تبرع بالمال بعد الموت).

- أما المالكية: فقال ابن عرفة: (الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعده).

ومقتضى هذا التعريف:

- اشتمل هذا التعريف على نوعين: وصية نيابة عن الموصي، كالإيصاء على الأطفال وعلى قبض الديون وتفرقة التركة. والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو قضاء دينه، وأما الوصية عند الفراض فهي عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده فقط، فالوصية عند الفقهاء أعم من الوصية عند الفراض.

- أن الوصية عقد يعقده الإنسان على نفسه ويلتزمه، وليست مجرد وعد.

- ثبوت حق الموصى له في تركة الموصي في حدود الثلث لا يتجاوزها.

- هذا الحق في التركة لا يكون لازماً إلا بعد موت الموصي، أما قبل موته فلا يكون العقد لازماً بحيث يكون للموصي أن يتراجع وأن يغير في وصيته كما يشاء قبل موته.

وبقطع النظر عن اختلاف هذه التعاريف، فإنها تتفق في اعتبار الوصية عقداً، سواء الذين عبروا عنها بالعقد، كابن عرفة، أو الذين عبروا عنها بالهبة، أو التملك أو التبرع أو العهد، لأن هذه عقود أيضاً، اختلفت أسماؤها باختلاف طبيعتها.

ويبقى تعريف ابن عرفة أسلم هذه التعريفات وأحسنها، رغم ما قيل حوله من نقاش، ولذلك تلقاه العلماء بالقبول والتسليم.

والخلاصة أن الوصية في اصطلاح الفقه المالكي تشمل الوصية بالمال والنظر، وفي اصطلاح الفقه الشافعي والحنفي تختص بالوصية بالمال، والوصية بالنظر تسمى عندهم بالوصاية، وفي اصطلاح الفرضيين كذلك الوصية تختص بالوصية بالمال.

- **في القانون:** أما المشرع الجزائري فقد نص القانون المدني عليها ضمن أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الكتاب من 775 إلى 777، وأحال على قانون الأسرة باعتباره النص الخاص. فقد نظم الوصية في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة.

وعرفها في المادة 184 منه بأنها: (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)، وهذا التعريف يتطابق مع تعريف الحنفية، فالمقصود بالتمليك أن الوصية تكون بالأعيان سواء كانت منقولا أو عقارا، وتكون بالمنافع، كما أفادت عبارة مضاف إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ودلت عبارة بطريق التبرع أن الوصية تتم بغير عوض فلا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

ثانيا- الفرق بين الوصية والميراث: الفرق بين الوصية والميراث من الواضح بمكان، يكاد يكون الحديث عنه قليل الفائدة، لولا ما يتضمنه من توضيح بعض الجوانب التي قد تخفى أو يغفل عن ملاحظتها:

1- فالميراث يرتبط بأسباب معينة حددها الشرع، لا يستطيع الميت التحكم فيها، كما يتأثر بموانع معروفة لا يملك الميت حق تجاوزها، بينما الوصية لا تتوقف على أسباب، ولا تتأثر بموانع الإرث، إلا في حدود ضيقة.

2- الميراث حق جبري، ينتقل إلى الوارث بمقتضى الشرع، بغير إرادته، ولا إرادة الموروث، ولا يملك أحدهما حق التدخل في تقريره أو رفضه، ولا في تحديد مقداره، أوتعيين المستفيد منه، بينما الوصية تصرف اختياري يتم بإرادة الطرفين الموصي والموصى له، يمكن للموصي أن يوصي وأن لا يوصي، كما يمكنه التدخل في تحديد مقدار الوصية، واختيار الشخص الموصى له في حدود معينة، وللموصي له في جميع الأحوال حق القبول أو الرفض إذا كان معيناً.

3- أن الإرث سبب لنقل الملكية الموروثة بجميع حقوقها القابلة للنقل، بما في ذلك حق الشفعة والتقدم، وحق الرد بالعيب، أخذاً بعموم حديث: (من ترك حقا أو مالا فلورثته)، بخلاف الوصية فإنها تنقل للموصى له الملكية، دون حق الرد بالعيب، فإذا اشترى شخص سلعة معينة لا علم له بعيبها ومات، فإن للورثة حق ردها على البائع، وإذا أوصى بها فمات فإنه لا حق للموصى له في ردها بالعيب، والفرق بينهما أن الوصية تمليك مبتدأ، والإرث خلافة وولاية. ورغم هذا التباين بين الوصية والإرث في الاسم، والحقيقة والأحكام، فإنهما يلتقيان في بعض الأشياء:

1- أن كلا منهما حق متعلق بتركة الميت، يصل إلى الغير مجانا وبدون عوض.

2- أن كلا منهما مشروط بوفاء المالك، لا يستحق إلا بموت صاحب التركة فلا حق للموصى له، ولا للوارث في شيء من التركة في حياة المالك.

3- أن كلا منهما يبطل بوفاء المستفيد قبل صاحب الشأن، أو معة أوفي حال الشك، فالموصى له إذا مات قبل الموصي أو معة أوجهل السابق منهما تبطل وصيته، وكذلك الوارث.

4- أن كلا منهما يبطل بالقتل العمد العدوان على خلاف بين الفقهاء يأتي في محله.

ثالثا- مشروعيتها: القياس يقتضي عدم جواز الوصية؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح، ولهذا قال الفقهاء الوصية خلاف الأصل، إلا أنه رغم هذا فإن الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

- الكتاب: قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيراً، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقاً على المتقين)، وقوله سبحانه: (من بعد وصية يوصى بها أودين)، وقوله تعالى: (من بعد وصية يوصون بها أودين). فالآية الأولى دلت على مشروعية الوصية للأقارب، والآيتان الأخريان جعلتا الميراث حقاً مؤخراً عن تنفيذ الوصية وأداء الدين، لكن الدين مقدم على الوصية، لقول علي رضي الله عنه: (إنكم تقرؤون هذه الآية: (من بعد وصية يوصى بها أودين)، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية).

- السنة: فحديث سعد بن أبي وقاص السابق: (الثلث والثلث كثير)، وحديث (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم)، وحديث: (ما حق امرئ مسلم يبني ليلتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)، قال بعض فقهاء المالكية: معناه وهو موعوك، وأما الصحيح فليس بمفرط في ترك كتاب وصيته. والصواب حمل الحديث على ظاهره من العموم في الموعوك والصحيح، لأن الصحيح لا يأمن أن تفجأه المنية فلا يمكنه ما يريد من الوصية، فليس من الحزم ولا صواب الرأي ترك كتاب الوصية في الصحة ولا في المرض، وإن كان الأمر في المرض أكد عليه منه في الصحة، لأن المرض سبب من أسباب الموت.

- الإجماع: فإن الأمة من لدن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك.

- المعقول: فهو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات والحسنات، وتداركاً لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير.

رابعاً- حكمة تشريع الوصية: أن يستدرك المسلم ما فاتته في حياته من خير، وما قصر فيه من واجبات، وأعطاه الفرصة الأخيرة أو فرصة الانتفاع بما جمعه وإنفاقه فيما تطيب به نفسه، وفرض احترام رغباته وتصرفاته المشروعة حين قال سبحانه: (فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه)، لذا شرعها الشارع تمكيناً من العمل الصالح، ومكافأة من أسدى للمرء معروفًا، وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين، وسد خلة المحتاجين، وتخفيف الكرب عن الضعفاء والمساكين. وذلك بشرط التزام المعروف أو العدل، وتجنب الإضرار في الوصية، لقوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أودين غير مضار) [النساء: 12/4]. ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (الإضرار في الوصية من الكبائر)، والعدل المطلوب هو أن تكون في حدود ثلث التركة المحدد شرعاً، وأن تكون لغير وارث، وعدم نفاذ الوصية لو ارث إلا بإجازة الورثة الآخرين، فهو لمنع التباغض والتحاسد وقطيعة الرحم.

خامساً- حكم الوصية: الوصية عند الجمهور مندوبة لما فيها من زيادة الزاد للميت، ولولصحيح غير مريض؛ لأن الموت يأتي فجأة، فلا تجب الوصية على أحد بجزء من المال، إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات، وطريقه الوصية.

واستدل الجمهور على عدم وجوبها بقوله تعالى: (وكتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقاً على المتقين)، فالمعروف في الآية خاص بالمندوب، ولا يطلق على الواجب. وقوله تعالى: (حقاً على المتقين)، يدل بمفهومه على عدم وجوبها على غيرهم، ولو كانت الوصية واجبة لوجبت على المتقين وغيرهم.

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)، حيث جعل الوصية موكولة إلى إرادة الموصي، ولو كانت الوصية واجبة لما علقها على إرادة الموصي، وجعل الوصية حقا للموصي: (ما حق امرئ مسلم)، ولم يجعلها حقا عليه، يقول ابن رشد: (وقد تعلق من أوجب الوصية بظاهر هذا الحديث وقال إن لفظة الحق تقتضي الوجوب، وهذا غير صحيح، لأن لفظ الحق إذا قيل فيه عليه فهو محتمل للوجوب والندب، وأما إذا أضيف إليه وجعل له فقليل فيه من حقه أن يفعل كذلك أو كذا وكذا، فالأظهر فيه الندب لا الوجوب، ومما يدل على أن المراد بالحديث الحض والندب لا الوجوب أن بعض رواته يقول فيه: (له مال يريد أن يوصي فيه)، وتعليق الوصية بإرادة الموصي نص في سقوط وجوبها، ولو حمل الحديث على الوجوب لكان معناه في الأمور الواجبة عليه من قضاء الدين ورد الأمانات وأداء ما فرط فيه من الزكوات وما أشبه ذلك من الأمور المعينات، فإن ما يلزم الرجل في حياته يجب عليه أن يوصي به عند وفاته، بخلاف الوصية بشيء من ماله في وجه من وجوه البر).

والوصية تعترئها أحوال أخرى تخرجها عن الندب هي:

أ- الوجوب: فتجب الوصية فيما إذا كان على الإنسان حق شرعي لله تعالى، كزكاة أو كفارة أو نذر أو هدي ونحو ذلك، وخشي أن يضيع إن لم يوص به، أو حق لآدمي، كوديعة ودين، إذا لم يعلم بذلك من يثبت هذا الحق بقوله، أوله حقوق عند غيره يخشى ضياعها على ورثته، فإنه يجب عليه الوصية بها، لحفظ مال الوارث.

ب- الحرمة: ما كانت بحرام، أو تتعلق بمعصية، مثل الوصية بالخمير والخنزير، لمسلم، والوصية ببناء كنيسة، أو الاتفاق على المشاريع المحرمة وغير ذلك من المنكرات والمحرّمات، لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان، المنهي عنه بنص قوله تعالى: (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)، وهذه الوصية مع حرمتها باطلة لا تنفذ.

ومن الوصية المحرمة، الوصية بقصد الإضرار بالورثة، ومنعهم من أخذ نصيبهم المقدر لهم شرعا. وقد نهي الله تبارك وتعالى عن الإضرار بالوصية، فقال عز من قائل: (غير مضار وصية من الله والله عليم حلیم) [النساء: 12]. روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار، ثم قرأ أبو هريرة: (من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) إلى قوله تعالى: (وذلك الفوز العظيم).

ج- الإباحة: قال اللّحمي: هي الوصية التي لا تتعلق بها طاعة، ولا معصية، واستوي فيها ثواب الفعل والترك، وقال غيره هي الوصية بمباح كالبيع والشراء وغيرهما من المباحات.

د- الكراهة: وتكره الوصية إذا كان الموصي قليل المال، وكان له ورثة فقراء يحتاجون إلى المال، كما تكره لأهل الفسق والمعاصي، إذا غلب على ظن الموصي أنهم يستعينون بها على معاصيهم.

ثم إن إنفاذ ما عدا المحرم مأمور به، وقال ابن رشد إن إنفاذها ينقسم على الخمسة المذكورة، فالمراد بإنفاذها قبل موت الموصي فيجب إنفاذ ما يجب منها ويحرم عليه الرجوع عنه ويندب إنفاذ ما يندب منها، فإن خالف ولم ينفذ فقد

ارتكب خلاف المندوب وهو إما الكراهة أو خلاف الأولى، وإنفاذ ما يكره منها مكروه والمطلوب منه الرجوع عنه وإنفاذ ما يباح منها مباح فله فعله والرجوع عنه.

سادسا- أركان الوصية: للوصية عند الجمهور أربعة أركان: الموصي والموصى له والموصى به والصيغة، وهذا بيان كل ركن وشروطه:

الركن الأول- الموصي: وهو المالك الظاهر تمييزه التام ملكه؛ فتصح الوصية ممن اجتمعت فيه الشروط التالية:

أ- العقل: وهو شرط لا بد منه، وخاصة في الهبات والتبرعات، فلا تصح الوصية من مجنون ومعتوه، ولا من مغمى عليه، ولا من سكران غير متعد بسكره، لفقد هؤلاء العقل الذي هو مناط التكليف، ففقدوا بذلك أهلية التبرع، فإن كان المجنون يفيق أحيانا، ويجن أحيانا، فما أوصى به في حال إفاقة فوصيته به صحيحة، وما أوصى به في حال جنونه فوصيته به باطلة.

ب- التمييز: فلا تصح الوصية من صبي لا تمييز له غير واع لما يقول حال الإيصاء، وتصح من المميز، فعند المالكية وأحد قولي الشافعية ووجه عند الحنابلة يرون أن وصية الصبي المميز صحيحة، وإن لم يبلغ الحلم، وعللوا ذلك بأن علة الحجر عليه هي تبذير ماله وإتلافه، وهي علة منتفية بعد موته، وأن الحجر عليه لحق نفسه، خشية تضرره بإتلاف ماله في حياته، فلومنع من الوصية لكان الحجر عليه لحق غيره من ورثته، كما أن الوصية لا تزيل الملك في الحال، وإنما تزيله بعد الموت، ومن ثم صارت الوصية تصرفا نافعا له نفعا محضا، فتصح منه، لأنها صدقة يحصل له ثوابها بعد غناه عن ماله، فلا يلحقه ضرر في ديناه، ولا أخراه، فلا يمنع منه.

ج- الاختيار: أن يكون الموصي وقت إيصائه راضيا بوصيته، غير مكروه عليها بوجه من وجوه الإكراه، وهو شرط متفق عليه، فلا تصح من مكروه، لأن الوصية تبرع بحق، فلا بد فيه من رضا المتبرع واختياره.

د- الملك التام للموصى به: فغير المالك للموصى به لا تصح وصيته، فوصية الفضولي في مال غيره باطل لأن تبرعاته محض ضرر للمالك لا نفع له فيها، وكذا لا تصح وصية مستغرق الذمة، فيشترط الفقهاء أن يكون الموصي مالكا لما أوصى به ملكا تاما لا شائبة فيه لغيره، بأن يكون سالما من الدين المحيط بماله ومن الحقوق المستغرقة له، فيمنع من التصرف لعدم تمام الملك، ولا تنفذ وصيته إلا بعد أداء ديونه، ويرى المالكية وجمهور الفقهاء بأن وصيته صحيحة موقوفة على إجازة غرمائه، فإن أجازوها مضت وإن ردوها بطلت.

وبناء على ما ذكر من شروط في الموصي، فإنه تصح وصية:

1 - الكافر: لأنه أهل للتبرع، فإن كان كافرا فتصح وصيته ما لم يوص لمسلم بنحو خمر، أي من كل ما لا يصح تملكه لمسلم فإن أوصى لكافر بذلك صح لصحة تملكه ذلك، وثمرة الصحة الحكم بإنفاذها إذا ترافعوا إلينا.

2 - المحجور عليه بسفه، لصحة عبارته، واحتياجه للشواب بعد موته، أو صغر، فتصح من السفه والصغير المميز لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فلمنعا منها لكان الحجر عليهما لحق غيرهما.

- شروط الموصي في القانون: نص على شروطه في المادة 186 من قانون الأسرة: (يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسعة عشرة سنة على الأقل)، فلم يأخذ القانون برأي المالكية في جواز وصية الصبي المميز، واشترط في الموصي البلوغ، وحده ببلوغه تسعة عشرة سنة، كما نصت المادة 200: (تصح الوصية مع اختلاف الدين).
الركن الثاني- الموصى له: وهو المستفيد من الوصية واختلف الفقهاء في شروطه كما يلي:

أ- أن يكون موجوداً وقت الوصية: وهو شرط مختلف فيه، فذهب المالكية إلى أنه لا يشترط وجود الموصى له حين الوصية مطلقاً سواء كان الموصى له شخصاً أم جهة من جهات البر، وذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراطه مطلقاً، وفرق الحنفية بين الموصى له المعين فاشتراطوا وجوده، وبين غير المعين فلم يشترطوا وجوده حين الوصية ويكفي وجوده عند وفاة الموصي.

فلا يشترط المالكية أن يكون الموصى له موجوداً وقت الوصية، بل ولا وقت وفاة الموصي، ومن ذلك أجازوا الوصية للحمل الموجود أول للحمل الذي سيوجد في المستقبل، فيستحقه إن استهل صارخاً ونحوه مما يدل على تحقق حياته، فإذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له سواء كان موجوداً بأن كان حاملاً حين الوصية أو غير موجود أصلاً، فيؤخر الموصى به للوضع على كل حال، فإذا وضع واستهل أخذ ذلك الشيء الموصى به، فإن نزل ميتاً أو لم تحصل ولادة أصلاً رجع الموصى به لورثة الموصي.

كما تصح الوصية للميت بشرط علم الموصي بموته حين الوصية، وصرف الشيء الموصى به للميت في وفاء دينه إن كان عليه دين، فإن لم يكن عليه دين فلوارثه، فإن لم يكن عليه دين ولا وارث له بطلت الوصية، ولا تكون لبيت المال.

ب- أن يكون معلوماً: والمراد بذلك أن لا يكون مجهولاً جهالة تمنع معرفته والتعرف عليه، كالوصية لرجل من الناس أو امرأة من النساء، أو الوصية لأحد هذين الرجلين، لأن الموصى له مجهول، والجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فتكون الوصية باطلة باتفاق العلماء.

وتصح الوصية لجهة من جهات البر ولو كانت غير محصورة كالوصية للمساجد والمدارس والفقراء والمساكين، وللعلماء وطلبة العلم ونحو ذلك.

ج- أن يكون أهلاً لتملك الموصى به: حقيقة أو حكماً حالاً أو مآلاً، فتصح الوصية للحمل وللمعدوم الذي سيوجد على ما سبق ذكره، كما تصح الوصية لجهة من الجهات العامة، كمسجد أو مدرسة، والمقصود هم أهلها المستفيدون منها والقائمون عليها، فإذا كان الموصى له مسجداً، صرف الموصى به في مصالحه من مرملة وحصر وزيت وما زاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم، احتاجوا أم لا، كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم.

بينما لا تصح الوصية للحيوان، لأنه ليس أهلاً للتملك، وهذا إذا لم يفصل الوصية للدابة، فلوفصلها، بأن أوصى بالصرف على علفها صحت الوصية، وتكون عندئذ للمالكها، لأن علفها عليه، ويلزم بصرف الوصية على علف الدابة، رعاية لغرض الموصي.

د- عدم المعصية: فلا تجوز الوصية لأهل الحرب بسلاح أو مال لوجود المعصية في كل ذلك، ولا تجوز الوصية لناد قمار أو لصانع خمر، لأن ذلك من الإعانة على الإثم والعدوان وهو منهي عنه شرعاً.

وأجاز أكثر الفقهاء الوصية للذمي كان قريبا أو أجنبيا قال ابن حزم وابن عبد البر: لا خلاف في ذلك،

هـ - أن يكون غير وارث للموصي: فقد أجمع الفقهاء على أن يكون الموصى له غير وارث بقليل أو كثير، لقوله صلى الله عليه وسلم: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه، لا وصية لوارث)¹، وفي رواية ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة)². وعلل الفقهاء ذلك بأن جواز الوصية للوارث يؤدي إلى إبطال الحكمة من توزيع الإرث، كما يؤدي إلى تفضيل بعض الورثة على بعض مما يوقع بينهم العداوة والبغضاء.

ولذلك قال جمهور الفقهاء بأن الوصية للوارث إذا وقعت تكون موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإذا أجازها بعض الورثة وردها بعضهم بعد الموت، كان لكل منهم حكمه، فترد الوصية في حصة من رد، وتنفذ في حصة من أجاز، وذلك على مقدار حصصهم من التركة.

وينبغي التنبيه إلى أن المعتبر في كون الموصى له وارثا أو غير وارث هو وقت موت الموصي لا وقت الوصية، فمن كان وارثا يوم الموت فلا وصية له ولو كان يوم الوصية غير وارث، ومن كان يوم الموت غير وارث فالوصية له صحيحة ولو كان يوم الوصية وارثا، فلو أوصى لأخيه، ولم يكن له ولد عند الوصية، ثم ولد له ولد قبل أن يموت، صحت الوصية ونفذت، لأنها تبينت أنها لغير وارث، لوجود الولد للموصي عند الموت، والولد كما هو معلوم يحجب الإخوة إذا كان ذكرا.

و- أن يكون غير قاتل للموصي: فالوصية صلة للموصى له وقربى إلى الله عز وجل والقتل ينافي هذه المعاني، فيمنع القاتل من الوصية عقوبة له وزجرا تطبيقا للقاعدة الفقهية: من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقياسا على الإرث، ويرى المالكية أن ذلك متحقق في القتل العمد العدوان دون غيره.

- شروط الموصى له في القانون: نص القانون على بعض شروط الموصى له في المواد 187 و188 و189، حيث نص على صحة الوصية للحمل في المادة 187: (تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس). ونص على أن القتل العمد مانع لاستحقاق الوصية في المادة 188: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا)، كما نص على أن من شروطه أن لا يكون وارثا وأن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة بعد جاء في المادة 189: (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي).

الركن الثالث- الموصى به: الموصى به هو المال الذي جعله الموصي للموصى له بعد موته، وللموصى به شروط إذا تحققت صحت الوصية، وإذا لم تتحقق، لغت، وهذه الشروط هي:

أ- أن يكون مما يحل الانتفاع به: فلا تصح الوصية بما يحرم الانتفاع به، كالخمر والخنزير والقمار.

ب- أن يكون غير معصية: فلا تصح الوصية بمعصية باتفاق لأن الوصية شرعت للتقرب إلى الله تعالى ولا يتقرب إليه بمعصية، ولأن الوصية بمعصية إعانة عليها وهو منهى عنه شرعا: (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان).

¹ - رواه الترمذي (2141) في (كتاب الوصايا)، باب (ما جاء لا وصية لوارث)، ورواه أبو داود (2870) أيضا، كلاهما عن أبي أمامة.

² - رواه الدارقطني.

ج- أن يكون قابلاً للدخول في ملك الموصي والموصى له معاً: وقد عبر الفقهاء عن ذلك بأنه ما يكون قابلاً للنقل ويجري فيه الإرث، فلا تصح الوصية بالقصاص، لأنه لا يقبل النقل، لأن مستحقها لا يمكن من نقله.

وتحوز الوصية بالمنافع عند الجمهور، فقد أجازوا وصية الإنسان بمنفعة ما يملكه لشخص معين مع بقاء الموصى به على ملك الورثة مثل أن يوصي بسكنى داره أو غلة بستانه لفلان.

وأجاز الفقهاء الوصية بالحقوق المالية وبالحقوق التي تكون في معنى المال، فتصح الوصية بحقوق الارتفاق التي تنتقل بالإرث كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلي ونحوها.

وأجاز المالكية الوصية بحق الخلو وهو حق الأولوية في استئجار عقار موقوف، وذلك أن يحتاج الوقف إلى عمارة وليس له ما يعمر به فيتقدم من يقوم بعمارته مقابل أن يكون له الأولوية في استئجاره، فإذا أوصى هذا الشخص بما يثبت له من هذا الحق صحت الوصية.

وتكون الوصية بالحقوق المعنوية كحق المؤلف بالنسبة لمؤلفه لنشر مصنفه.

د- أن يكون موجوداً: وقت الوصية والذي علم به الموصي، فلا تتناول الوصية المال الموجود بعد الوصية ولا المال الموجود وقت الوصية الذي لم يعلم به الموصي قال الإمام مالك: (لأن الناس إنما يوصون فيما علموا من أموالهم).

ج- غير زائد عن الثلث: ينبغي للموصي، ويطلب منه ندبا ألا يزيد وصيته عن ثلث ماله، عملاً بحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: (عادي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع، من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع، وأنا ذومال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: " لا " قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال: لا، الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها، حتى اللقمة تجعلها في في امرأتك)¹.

لكن الموصي لو أوصى بأكثر من ثلث ماله، فما حكم هذه الوصية؟ قال جمهور الفقهاء الوصية بأكثر من الثلث مكروهة شرعاً، ولكنها صحيحة، بيد أن الزيادة على الثلث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، فإن ردوا هذه الزيادة، بطلت بالإجماع، لأن هذا القدر الزائد على الثلث حقهم، وإن أجازوه نفذت الوصية، إمضاء لتصرف الموصي بالزيادة. أما إذا لم يكن للموصي ورثة، وأوصى بأكثر من الثلث، فالوصية بالزائد على الثلث لغو، لأنه حق المسلمين، فلا مجيز له.

وبناء على الشروط السابقة، فإن الوصية تصح في الأمور التالية:

أ- تصح الوصية بالمال المجهول، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، لأن الوارث يخلف المورث في هذه الأشياء، فكذا الموصى له، ولأن الوصية تحتل الجهالة.

ب- تصح الوصية بالمعدوم عند الوصية، كأن يوصي بثمره ستحدث، أو حمل سيكون، لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر، وفقاً للناس، وتوسعة عليهم، فتصح بالمعدوم، كما تصح بالمجهول، فالوصية تبرع يغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات، وهي رخصة لتدارك ما فات فناسب التيسير والتساهل فيها.

1 - هذا لفظ مسلم (1628) في (كتاب الوصايا)، باب (الوصية بالثلث)، ورواه البخاري (2591) بمثله في (كتاب الوصايا)، باب (أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس).

ج- تصح الوصية بالمبهم، كأن يقول: أوصيت بأحد ثوبي، لأن الوصية تحتل الجهالة، فلا يؤثر فيها الإبهام، ويعينه الوارث.

د- تصح الوصية بالمنافع وحدها مؤقتة ومؤبدة، لأنها أموال مقابلة بالأعواض، كالأعيان، كما أنه تصح الوصية بالأعيان وحدها دون المنافع لإمكان صيرورة المنافع إلى الموصى له بإجارة أو إعارة أو إباحة أو نحوه، وعلى هذا تصح الوصية بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، كأن يوصي برقبة داره لزيد، وبسكنائها لخالد.

هـ - تصح الوصية بنجاسة يحل الانتفاع بها ككلب معلم، وزبل، وخمر محترمة، وهي ما عصرت بقصد الخلية، لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالإرث.

- شروط الموصى به في القانون: أجاز المشرع الوصية بالأعيان والمنافع في المادة 190 من قانون الأسرة: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة)، كما نص على أن يكون الموصى به في حدود الثلث جاء في المادة 185: (تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة)، ونص على الوصية بالحقوق المعنوية كحق المؤلف في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بموجب الأمر رقم 97-10 بتاريخ 6 مارس 1997 في المادة 22: (يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة...) وفي المادة 26: (تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و25 من هذا الأمر من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسندت له هذه الحقوق بمقتضى وصية).

الركن الرابع- الصيغة: وهي الإيجاب والقبول ويرى جمهور الفقهاء أن الوصية عقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول معا لأن الإنسان لا يمكنه رغم أنفه ولأن الموصي قد تكون له منة في الوصية والمنة ضرر، فيحتاج إلى تبين الموصى له وإلى إرادته بالقبول.

فالإيجاب يكون باللفظ الصريح، أو الكناية؛ فالصريح: كأوصيت له ألف، أو أدفعوا له بعد موتي ألفا، أو أعطوه بعد موتي، أو هو له بعد موتي، واللفظ الصريح تنعقد به الوصية وتصح بمجرد اللفظ، ولا يقبل قول القائل إنه لم ينوبه الوصية، ومثل هذا الإشارة المفهومة من الأخرس، وتنعقد الوصية بالإشارة ولو من قادر على النطق والكناية لا بد من النية مع اللفظ، لاحتمال اللفظ غير الوصية، فيحدد المراد من اللفظ بالنية. ومن الكناية: كتابي هذا لزيد. والكتابة من الناطق كناية تنعقد بها الوصية مع النية، كما في البيع.

ويرى المالكية قبول الموصى له، إن كانت الوصية لمعين، فإن كانت الوصية لجهة عامة، كالفقراء، أو العلماء، لم يشترط القبول، لتعذره، وتلزم عندئذ بموت الموصي.

والقبول من الموصى له لا يكون ولا يقع إلا بعد موت الموصي، فلا عبرة بقوله أو رده في حياة الموصي، إذ لا حق له قبل الموت، فأشبه إسقاط حق الشفعة قبل البيع، وبناء على هذا، فإنه يصح للموصى له - إن قبل الوصية في حياة الموصي - الرد بعد موته، وكذلك له القبول بعد موته، إن كان رد الوصية في حياته، لأن العبرة في القبول والرد أن يكون بعد موت الموصي، كما قدمنا.

فإذا توفي الموصي بدأ حق القبول ويتسع هذا الحق من حيث الزمن فللموصى له أن يقبل بعد الموت مباشرة وله أن يؤخر ذلك فالقبول يثبت على التراخي لا على الفور، إلا أن عليه أن يتخذ موقفاً بالقبول والرد خلال مدة كافية لا تضر أي طرف من الموصى له أو الورثة.

وإذا مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية، لأنها قبل موت الموصي غير لازمة، فإن مات الموصى له بعد موت الموصي، ولكن قبل قبول الوصية، صحت الوصية، وقام ورثته مقامه في القبول، أو الرد، لأنهم فرعه، فيقومون مقامه في ذلك.

وحق القبول يورث عن الموصى له فإذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول حل محله ورثته في حق القبول فيجوز لهم أن يبلوا الوصية وأن يردوها لقوله صلى الله عليه وسلم: (من ترك حقه فلورثته)، وغذا قبل الموصى له أصبحت لازمة وإذا ردها عادت إلى التركة من جملة ما يورث.

- **شروط الصيغة في القانون:** وجاءت شروط الصيغة موافقة للفقهاء الإسلاميين، حيث جاء في المادة 197: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي)، المادة 198: (إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد).

سابعاً- الأحكام العامة للوصية:

1- طرق إثبات الوصية:

- **في الفقه الإسلامي:** ذهب الفقهاء إلى أنه يستحب للمسلم إذا أوصى أن يكتب وصيته لقوله صلى الله عليه وسلم: (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ثلاث ليال إلا ووصيته مكتوبة عنده)، ويستحب للموصي أن يبدأها بالبسملة، والثناء على الله تعالى بالحمد ونحوه والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، ثم الشهادتين كتابة أو نطقاً، ثم الإشهاد على الوصية، لأجل صحتها ونفاذها، ومنعاً من احتمال جحودها وإنكارها. روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم: (بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين، أوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: (إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون)).

طرق إثبات الوصية: تثبت الوصية بطرق الإثبات الشرعية:

فعند المالكية: تثبت الوصية إن كانت بخط الموصي مع الإشهاد عليها، وإن لم يقرأها على الشهود ولم يفتح كتاب الوصية، وتنفذ الوصية حيث أشهد بقوله للشهود: اشهدوا بما في هذه، ولم يوجد فيها محو، حتى ولو بقي كتاب الوصية عند الموصي، ولم يخرجها حتى مات.

فإن ثبت لدى القاضي أن ما اشتملت عليه الورقة بخط الموصي، أقرأها على الشهود، لكنه لم يشهد الموصي على الوصية في صورتين، بأن لم يقل: اشهدوا على وصيتي، أو لم يقل: نفذوها، لم تنفذ بعد موته، لاحتمال رجوعه عنها، فإن قال الموصي للشهود: اشهدوا، أو قال: أنفذوها، نفذت، وقال التسولي المالكي: إن الإشهاد على عقود التبرعات كالوصية شرط في صحتها، والإشهاد إما كتابي أو شفوي.

- في القانون: جاء في المادة 191 من قانون الأسرة: (تثبت الوصية: 1) بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،
(2) وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية)، فالوصية تثبت قانونا بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد في ذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فتثبت الوصية بحكم، فلا تقبل الورقة العرفية حيث أن الموثق باعتباره ضابطا عموميا مكلفا بتحرير وتوثيق جميع تصرفات الأطراف، والشكل المنصوص عليه مطلوب في القانون لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركنا في الوصية، فلو أقر الورثة بالوصية أوجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية، وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفا شكليا، والكتابة المطلوبة على مختلف أنواعها ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية، فهي وحدها الدليل الذي لا يقبل غيره في الإثبات.

وحيث أن الوصية من التصرفات الخاضعة للشهر بطريق التسجيل، ولما كانت الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد موت الموصي، فإن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، وللموصي حال حياته شهر وصيته، فيتقدم أمام الموثق الذي يتولى بدوره تحرير العقد ثم شهر العقار الموصى به في دائرة اختصاصه، وتبقى الملكية للموصي حال حياته، وما دام لم يتراجع الموصي صراحة أو ضمنا، انتقلت الملكية بحكم القانون إلى الموصى له من وقت وفاة الموصي، ودون حاجة إلى إجراء آخر إذا استوفي الشهر كافة شروطه وعلق أثره الناقل للملكية على أجل وفاة الموصي، وللموصى له بعد ذلك أن يتقدم أمام مكتب الموثق أو مكتب الشهر بطلب مرفقا به إقرار بقبوله الوصية، وشهادة بوفاء الموصي للتأشير بها على هامش تسجيل الوصية، حتى يتمكن من نقل التكاليف من اسم الموصي إلى اسم الموصى له.

2- حدود الوصية:

أ- يعتبر المال عند موت الموصي، لا عند وصيته، لأن الوصية تمليك بعد الموت. فلو أوصى بألف دينار، وكان ماله عند الوصية ثلاثة آلاف، إلا أنه لم يبق معه عند الموت إلا ألفان، تثبت الوصية في ثلث الألفين، وتوقف الباقي على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن ردوه بطل.

أما غلة الموصى به الحادثة بعد الموت وقبل القبول قيل كلها للموصي، وقيل كلها للموصى له، وقيل له ثلثها فقط وهو المشهور، وسبب هذا الخلاف هل المعتبر في تنفيذ الوصية وقت قبول المعين لها أو وقت الموت أو الأمران معا، وهما وقت القبول ووقت الموت، ففيها أقوال ثلاثة: فمن اعتبر في تنفيذها وقت القبول قال الغلة كلها للموصي، ومن اعتبر وقت الموت قال كلها للموصى له، ومن اعتبر الأمرين أعطى للموصى له منها ثلثها وهذا هو المشهور وأعدل الأقوال.

ب- يعتبر ثلث المال بعد وفاء الديون المتعلقة بمال الميت أو بدمته، فلو أوصى بثلث ماله، فإنما تنفذ الوصية من ثلث ما بقي له بعد وفاء ديونه. قال الله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين) [النساء: 11]. والدين مقدم على الوصية بالإجماع. فلو كان عليه دين مستغرق كل ماله، لم تنفذ وصيته في شيء من ماله.

إذا كان للموصي وصايا وتبرعات في مرض موته تزيد على ثلث ماله، ولم يجز الورثة الزائد، روعي في إخراجها الترتيب التالي:

1 - إذا كان بعض هذه التبرعات منجزا، وبعضها معلقا، قدم المنجز على المعلق، لأن المنجز لازم لا يمكن الرجوع عنه، بخلاف المعلق، فلو وقف دارا بألف ليرة، وأوصى بعد موته بألف ليرة، وكانت تركته عند الموت ثلاثة آلاف، قدم الوقف، ولغت الوصية، إلا أن يجيزها الورثة، لأن التبرع في مرض الموت يعتبر من ثلث التركة.

2 - إذا كانت تبرعاته كلها متعلقة بما بعد الموت، وكانت تزيد عن الثلث، ولم يجز الورثة تلك الزيادة، قسط الثلث بين الجميع على حسب مقاديرهم. فلو أوصى لزيد بمائة، ولخالد بخمسين، ولعمرو بخمسين وكان ثلث ماله مائة، أعطى زيد خمسين، وأعطى خالد خمسا وعشرين، وكذلك عمرو خمسا وعشرين.

3 - إذا اجتمعت في مرض الموت تبرعات منجزة، كوقف، وصدقة، وكان مجموعها يزيد على ثلث المال، قدم الأول فالأول منها، حتى يتم ثلث المال، وتقدم الأول على الثاني، لقوته، لأنه لا يفتقر إلى إجارة الورثة.

4 - إذا اجتمعت تبرعات منجزة في مرض الموت، وكانت دفعة واحدة، قسط بينها ثلث التركة بالقيمة، لعدم استحقاق تقدم بعضها على بعض.

3- الرجوع عن الوصية: الوصية من العقود الجائزة، وليست من العقود اللازمة، كعقد البيع وعقد النكاح، وبناء على هذا، فإنه يصح للموصي أن يرجع عن وصيته جميعها، كما يصح له أن يرجع عن بعضها، ويحق له أيضا أن يعدل فيها، ويدخل عليها شروطا وقيودا، لأن المال الذي أوصى به، لم يخرج من ملكه، ما دام على قيد الحياة، فله حرية التصرف فيه كما يشاء.

ويكون الرجوع عن الوصية باللفظ الذي يدل على ذلك، مثل أن يقول: نقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت عنها أو فسختها أو هي لورثتي؛ كما يكون الرجوع بالوصية بتصرف في الموصى به يشعر بإبطال الوصية، والإعراض عنها، وذلك: كأن يبيع الموصى به، أو يجعله صداقا، أو يهبه لأحد ويدفعه إليه، كل هذه التصرفات في الوصية تعني إلغائها والرجوع عنها، وذلك لزوال ملكه في بعض هذه التصرفات عن عيون الوصية، وتعرض الموصى به للبيع في البعض الآخر، ولا تبطل الوصية برهنه الشيء الموصى به؛ لأن ملك الموصي لم ينتقل فإذا مات فتخليصه على الوارث.

وبناء على ما سبق نقول إذا أوصى بمنحة فطحنها أو بذرها، أو أوصى بدقيق فعجنه، أو بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بشباب فخطاها، أو بعرة فبناها أو غرسها، عد جميع ذلك رجوعا عن الوصية، وذلك لأمرين: أحدهما: زوال الاسم قبل استحقاق الموصى له الوصية، فكان كتلف الموصى به. ثانيهما: الإشعار بالإعراض عن الوصية، في هذه التصرفات وأمثالها.

- في القانون: المادة 192 : (يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا)، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها، ولم يجعل القانون الرهن رجوعا عن الوصية، جاء في المادة 193: (رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية)، لأن الرهن ملك لصاحبه.

4- تنفيذ الوصية: إذا كانت موجودات التركة كلها مالا حاضرا، لا غائب منها، ولا دين للموصي على أحد، تنفذ الوصية من جميع المال، سواء أكان الموصى به نقودا مرسلة أي مبلغا غير معين، كألف دينار مثلا، أم شيئا معيننا كدار معينة، أم سهما شائعا كربع التركة أو ثلثها، فتقدر التركة جميعها، ويأخذ الموصى له سهمه من كل المال.

5- مبطلات الوصية: تبطل الوصية بأمور هي:

- الردة: وبطلت الوصية بردة الموصي أو الموصى له، فإن رجع للإسلام فقال أصبغ إن كانت مكتوبة جازت وإلا فلا.

- الوصية بمعصية: أي أوصى بمال لها أو بفعلها، فالوصية باطلة، ويفعل الورثة بالمال ما شاء لهما؛ كوصية بمال يشتري به خمرًا يشرب، أو دفعه لمن يقتل نفسًا ظلمًا، أو يبيي به مسجدًا في أرض محبسة للموتى، أو لمن يصلي عنه، أو يصوم عنه. بخلاف الوصية لمن يقرأ على قبره فإنها نافذة كالوصية بالحج عنه.

- الوصية لوارث: ولوقليل زيادة على حقه فإن أوصى للوارث ولغيره بطلت حصة الوارث فقط. لحديث: «لا وصية لوارث».

- بطلان الوصية بأكثر من الثلث: ويعتبر الزائد يوم التنفيذ لا يوم الموت. وظاهره: بطلان الزائد وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال، وهو مذهب مالك والجمهور وذهب أبو حنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوليه. وإن أجز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث: أي أجازته الورثة فعطية منهم أي ابتداء عطية، لا تنفيذ لوصية الموصي وهو المشهور، فلا بد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع للمجيز، وكون المجيز من أهل التبرع. فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله مثلاً أو بقدر معين يبلغ ذلك نفذت الوصية بالثلث ورد ما زاد عليه ولو لم يكن له وارث لحق بيت المال.

- في القانون: نص المشرع على بطلان الوصية في حالتين كما جاء في المادة 201 من قانون الأسرة: (تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها).

المحاضرة الثالثة

الهبة

أولاً- تعريف الهبة:

لغة: جاء في لسان العرب الهبة هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض كما جاء في لسان العرب.

اصطلاحاً: اختلفت عبارة الفقهاء في تعريفها:

عرفها الحنفية بأنها تملك العين بغير عوض، وانتقد بأنه غير مانع لأنه يشمل الوصية بالمال، وغير جامع لعدم شمول التعريف هبة الثواب وهبة الدين لغير المدين.

وعرفها الشافعية بأنها: (تمليك تطوع حال الحياة لا لإكرام ولا ثواب أو احتياج)، فتخرج الصدقة لأنها لأجل الثواب وتخرج الهدية لأنها تبذل لأجل الإكرام.

وعرفها الحنابلة بقولهم: (تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في هذه الحياة بلا عوض)

وعرفها المالكية بأنها: (تمليك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل على التملك). قوله تملك: وهو صفة المملك الذي هو الواهب ليحترز بذلك من الهبة بمعنى الشيء الموهوب، إذ لا يصح الإخبار عنه بتمليك ويصح أن يراد هنا المعنى الاسمي، ويقدر مضاف في الخبر فيقال الهبة ذات تملك فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه فارتفع ارتفاعه.

قوله من له التبرع: أي من له أن يتبرع بالذات الموهوبة في غير هبة، وخرج بقوله: " من له التبرع " الصبي، والمجنون، والرقيق، والسفيه ومن أحاط الدين بماله، والسكران، وكذا المريض، والزوجة فيما زاد على ثلثهما. إلا أن هبتهما فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على الوارث والزوجة، فكذا من أحاط الدين بماله، فإنها موقوفة على رب الدين - بخلاف المجنون والسفيه والصغير فباطلة.

قوله ذاتاً: خرج تملك المنفعة كالإجارة والإعارة والوقف والعمرى

قوله تنقل شرعاً: خرج به ما لا يقبله شرعاً كأم الولد والمكاتب

قوله بلا عوض: خرج به البيع ومنه هبة الثواب

قوله لأهل: أي مستحق، خرج الحربي فلا تصح له الهبة بأي شيء من الأموال ما دام حربياً لأنه لا يجوز نفعه ولا التودد معه ونحو المصحف لذمي، وأما هبة غير المصحف لذمي فجائزة. والمراد بالذمي ما عدا الحربي.

قوله بصيغة: صريحة أو ما يدل على التملك، وإن معاطاة.

- تعريف الهبة في القانون الجزائري: عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بما يلي:

(الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط)، وتنص المادة

206 من نفس القانون على ما يلي: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...)، يستفاد من نص المادتين أن الهبة

من التصرفات القانونية الناقلة للملكية الشيء بلا عوض، تتم بإرادتين، إرادة الواهب والموهوب له، بحيث تؤدي إلى افتقار

ذمة الواهب واغتناء في ذمة الموهوب له، على أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، دون أن يتجرد من نية التبرع.

– الألفاظ ذات الصلة بالهبة:

أ– **العطية:** العطية لغة: كل ما يعطى، والجمع عطايا. والعطية اصطلاحاً كالهبة، إلا أنها أعم من الهبة والصدقة والهدية، وتطلق العطية على المهر أيضاً. والصلة بين الهبة والعطية أن بينهما عموماً وخصوصاً، فالهبة أحد أنواع العطايا.

ب– **الهدية:** هي المال الذي أتخف به وأهدي لأحد إكراماً له، والصلة بين الهبة والهدية أن كلا منهما تمليك في الحياة بلا عوض، غير أن الهبة يلزم فيها القبول عند أكثر الفقهاء، ولا يلزم ذلك في الهدية.

ج– **الصدقة:** تمليك مال بلا عوض طلباً لثواب الآخرة. والصلة بين الصدقة والهبة أن الصدقة تكون طلباً لثواب الآخرة، بينما الهبة تكون للتودد والمحبة غالباً، وأن الهبة يلزم فيها القبول، وأما الصدقة فلا يلزم فيها القبول عند بعض الفقهاء، كما أن الهبة يجوز الرجوع فيها، بينما الصدقة لا يجوز الرجوع فيها باتفاق الفقهاء.

ثانياً – مشروعية الهبة: الهبة مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع.

– **الكتاب:** قوله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)، حيث أباح الشارع الأكل عن طريق الهبة إذا كان عن طيب نفس من الواهب، وهونص على مشروعية الهبة.

– **السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم: (تهادوا تحابوا)، والهدية هي الهبة، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة)، والفرسن: الظلف، وقبول النبي صلى الله عليه وسلم هدية المقوقس وهو كافر، كما قبل هدية النجاشي وهو مسلم وتصرف بها وأهداه أيضاً.

– **الإجماع:** فقد انعقد على جوازها ومشروعيتها، بل على استحبابها بجميع أنواعها، لما فيها من التعاون على البر والتقوى وإشاعة الحب والتواد بين الناس.

الحكم التكليفي: الهبة مندوبة بالإجماع، وقد يطرأ عليها ما يجعلها محرمة إذا قصد بها معصية أو إعانة على ظلم، أو قصد بها رشوة أصحاب الولايات والعمال، وقد تكون الهبة مكروهة إذا قصد الواهب بها الرياء والمباهاة والسمة.

ثانياً- خصائص عقد الهبة:

1– **عقد الهبة عقد ما بين الأحياء:** إعمالاً لنص المادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، الهبة عقد، تتم بتطابق إيجاب الواهب مع قبول الموهوب له، وطالما الأمر كذلك فهي عقد ما بين الأحياء، تتم في حال حياة كل من الواهب والموهوب له.

2– **عقد الهبة عقد ملزم لجانب واحد:** عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد، فلا يلتزم الموهوب له بشيء إلا إذا اشترط الواهب عوضاً عن هبته، فتكون الهبة ملزمة للجانبين.

3– **عقد الهبة تمليك بلا عوض:** لقيام عقد الهبة لا بد من مقومين اثنين، أولهما تقديم التزام مجانياً أي بدون مقابل، وهو العنصر المادي، وثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام، أي قصده أن لا يقابل التزامه أي عوض وهو العنصر المعنوي، فهي

افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له سببه عقد الهبة، ولا يمنع أن تكون الهبات متبادلة بين طرفي العقد، فيهب المتعاقد الأول الذي هو الواهب مالا معيناً من أمواله للمتعاقد الثاني الذي هو الموهوب له، ويهب هذا الأخير للواهب شيئاً مملوكاً له على أن تكون الهبتان خاليتين من أي عوض، أي عدم اشتراط المتعاقد الأول على الآخر بأن يهبه مالا معيناً مقابل هبته، فنكون أمام هذا الاشتراط أمام هبة بعوض لأن كل منهما عوضاً عن الهبة الأخرى.

وتقرر المادة 2/202 من قانون الأسرة، على أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، فلا يمنع من أن تكون الهبة بعوض شريطة أن تكون قيمة العوض أقل من قيمة الشيء الموهوب وإلا اعتبر التصرف معاوضة.

4- عقد الهبة عقد شكلي وعيني: نصت المادة 1/202 من قانون الأسرة على أن (الهبة تمليك بلا عوض)، ومعنى ذلك أن الهبة من التصرفات الناقلة للملكية على وجه التبرع، ونصت المادة 206 من قانون الأسرة على أنه: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات)، وتبعاً لذلك وجب إخضاع الهبة إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، فلا يكفي لانعقادها وجود وصحة التراضي بين الواهب والموهوب له، بل وجب إفراغ رضاهما في شكل معين من قبل الأشخاص المؤهلين في تحرير العقود الرسمية المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم.

ومعنى عقد الهبة عقد عيني أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكلية، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقاراً أو منقولاً أو حق عيني عقاري آخر كحق الانتفاع مثلاً، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب، وسيتم توضيح ذلك لاحقاً من خلال التكلم على ركن الحيازة في عقد الهبة.

5- عقد الهبة من عقود التبرع: إن التصرف في المال المملوك لأي شخص طبيعي بدون عوض يستلزم وجود نية التبرع، أي قيام العنصر المعنوي في الهبة، فإذا قام الواهب بتجهيز ابنته للزواج، أو إعطاء مبلغ من النقود لابنه قصد فتحه محل تجاري، فإنما الواهب يوفي بالتزام طبيعي، فهو لا يتبرع ويكون تصرفه اتجاه أبنائه وفاء لا هبة، فالواهب قد تصرف في ماله بدون عوض ودون توافر العنصر المعنوي، وبالتالي تخرج هذه التصرفات عن أحكام المادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم لانتفاء نية التبرع.

ولا يعتبر التصرف من قبيل الهبات، قيام الشخص بإعطاء المكافآت مقابل الخدمات الممنوحة أو إعطاء مال دون نية التبرع قاصداً جني منفعة مادية أو أدبية، فالعبرة في الهبة أن تتجه نية الواهب للتبرع، دون الحصول على أي مقابل، إثابة على صنيع أو جني منفعة له.

ثالثاً- أركان الهبة وشروطها: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الهبة هي: العاقدان (الواهب والموهوب له)، والمعقود عليه (الشيء الموهوب) والصيغة؛ وتفصيل هذه الأركان كما يلي:

أولاً- الواهب: اشترط الفقهاء في الواهب أن يكون من أهل التبرع، وذلك بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، وأن يكون مالكا للشيء الموهوب، فلا تصح الهبة ممن حجر عليه التصرف بوجه كالمجنون والصغير مميزاً أو غير مميز بلا

خلاف، كما لا تصحّ من محجور بالدين أوالسّفه، ومنع هؤلاء المحجورين من الهبة بسبب كونها ضررا محضا لأنّها نقل الملك إلى الغير بدون عوض.

أمّا المريض مرض الموت فإنّ حكم هبته حكم وصيّته، فله هبة ثلث أمواله، وفيما زاد لا يجوز إلّا بموافقة الورثة، ويرى المالكيّة أنّ هبة المريض فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، إلّا أنّ العدويّ قال: أفاد بعض مشائخنا أنّ الرّاجح بطلانه في المريض. ومقابل الرّاجح الوقف على إجازة الورثة.

كما ألحق المالكيّة وأحمد في رواية الزّوجة في حجرها عن الهبة بأكثر من الثلث، ويكون الزّائد على الثلث موقوفا على إجازة زوجها؛ كما أنّ هبة المحجور بدين موقوفة على إذن الغارمين لأنّه محجور لمصلحتهم. ويتفق الفقهاء على عدم جواز هبة الأب أموال ابنه الصّغير بدون عوض، وأجاز المالكيّة هبة الأب مال ابنه بشرط العوض.

- **الواهب في القانون:** يتبين من خلال أحكام قانون الأسرة أنّه أولى عناية خاصة بالأهلية كون عقد الهبة من العقود الضارة ضررا محضا، فيتطلب في الواهب أهلية التبرع وهي أقوى من أهلية التصرف، ويشترط أن تكون كاملة وصحيحة غير معيبة، وهذا ما نصت عليه المادة 203 من قانون الأسرة: (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا من العمر 19 سنة وغير محجور عليه).

فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه في نظر القانون عديمي الأهلية مثلهما مثل الصبي غير المميز الذي يقل سنه عن 13 سنة، وعديم التمييز غير أهل لأن يهب إذ أن التعاقد عن طريق الهبة يقوم على الإرادة ولا إرادة لعديم التمييز، وهوما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة: (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لنص المادة 42 تعتبر جميع تصرفاته باطلة).

أما الصبي المميز والسفيه وذوالغفلة فهم في نظر القانون ناقصو الأهلية، ومن ثم لا يجوز قانونا القيام بالهبة من طرف هؤلاء لانعدام أهلية التبرع، وهي تمام السن التاسع عشرة والتمتع بالقوى العقلية، فإذا كان الواهب صبيا مميزا أورايدا ولكن أهليته اعتراه عارض من العوارض المنقصة للأهلية فإن هبته تقع باطلة ولا تلحقها الإجازة، وهذا تطبيقا لنص المادتين 83 و85 من قانون الأسرة.

ونشير إلى أن الولي أوالوصي أوالقيم، يباشر على فاقد الأهلية أوناقصها أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف، أما أهلية الافتقار كالتبرع فلا يستطيع مباشرتها عنه، كما لا يمكن للولي ومن في حكمه استئذان القاضي من أجل الحصول على ترخيص من أجل هبة الأموال العقارية المملوكة للشخص الذي تحت ولايته لعدم جواز قيامه بهذا التصرف القانوني غير الوارد ضمن المادة 88 من قانون الأسرة، لأن الهدف من الولاية هوالحفاظ على الأموال واستثمارها إلى غاية زوال سبب انعدام أونقص الأهلية.

كما أن القانون يري أن الهبة من المريض مرض يغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت فعلا، أو صدرت الهبة في الحالات المخيفة كالأمراض المزمنة أو الذهاب إلى الحرب، تأخذ حكم الوصية، لا تنفذ إلا في حدود ثلث المال، وهو ما نصت عليه المادة 204 ق أ: (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية).

الثاني: الموهوب له: يشترط الفقهاء في الموهوب له أن يكون أهلا لملك ما يوهب له، فإن كان الموهوب له عاقلا بالغاً فإنه يقبض الهبة، أما إذا لم يكن من أهل القبض، فإن الهبة له صحيحة، لكن يقبض عنه من يصح منه القبض من وليّ وغيره.

هبة الأب لأولاده: يتفق أهل العلم على أن الأب إذا أعطى لأولاده صحّت عطاياه. واستحبت التسوية بينهم عند أكثر الفقهاء، ويرى الحنابلة ومالك في رواية عنه وجوب التسوية، ويكره عند الجميع التفضيل بينهم.

- **الموهوب له قانونا:** لم ينص قانون الأسرة على أهلية الموهوب له، وباعتبار الهبة تصرف نافع نفعا محضا للموهوب له، فيكفي أن يكون الموهوب له له أهلية التصرف، ولذلك نجد أن المشرع قد خفف من أهلية الموهوب له، ولذلك يشترط فيه أن يكون موجودا حقيقة أو حكما كالجنين في بطن أمه، فيكفي في الموهوب له أهلية التمييز، أما إذا كان عديم التمييز بأن كان صغيرا أو مجنونا أو معتوها لا يكون أهلا لقبول الهبة بنفسه ويقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم، حيث نصت المادة 210 من ق أ: (يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا)، أما إذا كانت الهبة مقترنة بشرط أو مثقلة بالتزامات معينة على الموهوب له لم يجز للولي قبولها عن الصغير إلا بإذن من المحكمة، فهي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي عملا بنص المادة 83 من ق أ.

كما أجاز القانون الهبة للحمل أخذا بالمذهب المالكي حيث نصت المادة 209 من ق أ: (تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا)، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الوهاب، وإذا ولد حيا ثم مات كان المال الموهوب لورثته ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي، وهو الأب في حالة تلقي الهبة من أجنبي، أو الأم في حالة صدورهما من أب الجنين.

الثالث: الموهوب: الشيء الموهوب هو المعقود عليه في الهبة، والقاعدة أن ما صحّ بيعه صحّت هبته مع استثناءات ذكرها الفقهاء على هذا الضابط. أما شروطه على وجه التفصيل فهي ما يأتي: أن يكون الشيء الموهوب موجودا ومملوكا للواهب ومتقوماً ومحوزا ومقبوضا؛ وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ - أن يكون الشيء الموهوب موجودا: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا حين الهبة، لأنها تملك في الحال، وبناء عليه لا يصح هبة ما ليس موجودا وقت العقد، كما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ونحوه. وهذا بخلاف ما إذا وهبه صوفا على ظهر غنم وجزه وسلّمه، فإنه يجوز لأن الشيء الموهوب موجود ومملوك في الحال، لكنّه لم ينفذ حالا لمانع، وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع فينفذ عند وجود القبض، وصار كما لو وهب شخصا مشاعا

ثمّ قسمه وسلّمه. وبناء على ما تقدّم فإنّ هبة المعلوم والمجهول لا تجوز، لأنّ الهبة تمليك، وتمليك المعلوم والمجهول لا يجوز فيقع العقد باطلا، وهذا على مذهب الجمهور.

وذهب المالكيّة إلى جواز هبة كل مملوك وإن كان لا يصحّ بيعه كالبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب، إذ الأصل عند المالكيّة أنّه يصحّ هبة كل ما يقبل النقل شرعا وإن كان مجهولا، كما صرح المالكيّة بالنسبة لهبة المعلوم بأنّ الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر أنّ ذلك جائز.

ب - أن يكون مملوكا للواهب: من الشّروط الواجبة في الشّيء الموهوب أن يكون مملوكا في نفسه، فلا يجوز هبة المباحات، وذلك لعدم الإحراز، ولأنّ الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال. كما يلزم أن يكون الشّيء الموهوب مملوكا للواهب؛ لأنّ هبة مال الغير ممنوع بغير إذنه. ويستوي أن يكون المملوك للواهب عينا أو ديناً: أمّا هبة العين فظاهر الجواز لإمكانية قبضه بعينه.

أمّا هبة الدّين: فإن كان الواهب قد وهب الدّين لمن هو عليه فإنّه جائز عند الفقهاء بلا خلاف، لأنّه بمثابة إبراء للمدين أو إسقاط الدّين عنه، ولا حاجة لقبض جديد. أمّا هبة الدّين لغير من هو عليه فقد ذهب المالكيّة إلى جوازه وبني الجواز على أنّه إنابة في قبض الدّين، ولأنّ ما في الدّمة مقدور التسليم والقبض، حيث يجبر المديون على تسليمه إلّا أنّ قبضه بقبض عينه، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الدّمة، إلّا أنّه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحا، ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين.

ج - أن يكون الموهوب متقوماً: المال المتقوم هو ما كان مالا في نظر الشرع له قيمة يضمن بها عند الإتلاف؛ وبناء عليه لا يجوز هبة ما ليس مالا أصلا كالهيئة ولحم الخنزير والدّم، ولا هبة ما ليس متقوماً كالخمر والمسكرات، ولا هبة كل ما هو محرّم شرعا.

د - أن يكون الموهوب محوزا: ويخص هبة المشاع واختلف فيه الفقهاء، وذهب المالكية إلى أنّ هبة المشاع جائزة كالبيع، فيسلّم الواهب جميع الشّيء الموهوب إلى الموهوب له يستوفي منه حقّه، ويكون حقّ الشريك في يده وديعة وقيل: إن قبضه ليتنفع به بإعارة، وهو قول الشافعيّة والحنابلة، وحجّتهم كما قال ابن رشد: أنّ القبض في هبة المشاع غير المقسوم يصحّ كالقبض في بيع المشاع غير المقسوم.

و - اشتراط قبض الشّيء الموهوب: أي أنّ الهبة حين تصدر صيغتها فهل تعتبر عقدا تامّا يفيد الملك في الحال أم لا بدّ من قبض الشّيء الموهوب؟، ومذهب المالكيّة: أنّ القبض ليس شرطا في صحّة الهبة، بل إنّ القبض شرط في تمامها فإن عدم لم تلزم مع كونها صحيحة، قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران، إلّا أنّ القبول ركن والحيازة شرط، وتبطل الهبة إن تأخّر حوزها لدين محيط بمال الواهب ولو بعد عقدتها، أو وهبها لشخص ثان، وحاز الثّاني قبل الأوّل، فالهبة للثّاني لتقوي الهبة بالحيازة، ولا قيمة على الواهب للأوّل لأنّه فرط في الحوز، وهذا هو المشهور، وسواء علم الأوّل وفرط أم لا، مضى من الزّمان ما يمكنه فيه القبض أم لا.

كيفية تحقق القبض: الأصل أن المناولة والأخذ إقباض وقبض، كذلك تكون التخلية قبضا إذا خلّى الواهب بين الموهوب له والشيء الموهوب، أمّا لو كان الشيء الموهوب مقبوضا قبل الهبة، كما لو وهب المودع الوديعة للوديع والمعير العارية للمستعير، فإنّ الهبة جائزة ولا يحتاج إلى قبض جديد.

- الموهوب في القانون: أي المحل وهو الشيء المعقود عليه، ولما كان الأصل في أن تكون بلا عوض، فإن المحل هو الشيء الموهوب لأن الهبة في هذه الحالة تكون ملزمة للواهب فقط، أما إذا كانت ملزمة لجانبين، بأن تكون بعوض، كان محل الهبة مزدوجا يشمل الشيء الموهوب الذي يلتزم به الواهب، والمقابل الذي يلتزم به الموهوب له.

أ- الشيء الموهوب: الشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب للموهوب له، سواء كان عقارا أو منقولا، أو حق انتفاع أودين، وهذا ما أشارت إليه المادة 205 من قانون الأسرة: (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير)، فيكون له أن يهب ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع وحقوق دائنيه، أو جزءا منها يتولى تحديدها بإرادته المنفردة في عقد الهبة.

ب- العوض: العوض في الهبة هو التزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه مقابل التزام الواهب بالهبة، وقد يكون هذا المقابل التزاما بإعطاء مثله أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالالتزام بإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب الذي في ذمة هذا الأخير أو المثقلة بالشيء الموهوب، والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب كأن يزرع له أرضا أو يبني له مسكنا، والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بألا يتصرف في الشيء الموهوب.

ثانيا: شروط المحل: الأصل في الهبة أنها عقد ملزم لجانب واحد إلا إذا كانت هناك التزامات من جانب الموهوب له الذي هو العوض المشترك، وقد نصت المادة 2/202 من قانون الأسرة أنه: (يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط)، ويسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام، ويشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب ما يلي:

1- أن يكون الموهوب موجودا: وقت العقد حيث لا تصح هبة شيء غير موجود أو شيء سيكون في المستقبل، فإذا كان غير موجود فإن عقد الهبة يكون باطلا بطلانا مطلقا، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 91 من القانون المدني: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا)، ويلاحظ أن هبة الأموال المستقبلية باطلة، أخذا بقول جمهور الفقهاء وهو على خلاف ما يقول به المالكية.

2- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين: حيث لا يكفي أن يكون موجودا فحسب، بل يجب أن يكون معيناً وقت الهبة أو قابلاً للتعين، وفي هذا نص القانون المدني في المادة 94: (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره)، وإلا كان العقد باطلا، على خلاف ما قال به المالكية.

ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن يتبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف المتوسط، ولا يوجد في قانون الأسرة ما يخالف هذا الحكم.

3- أن يكون الشيء الموهوب صالحا للتعامل فيه: حيث توجد هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحسب طبيعتها كالهواء والأثمار... الخ، وهذا راجع الى استحالتها وعدم استطاعة أحد الاستحواذ عليها، وهناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها مثل الأملاك العامة أو المخصصة للمنفعة العامة كالشوارع والمتاحف والطرق العامة، وهناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون، مثل التعامل في الأشياء المستقبلية، فلا يجوز قانونا هبة المال الموهوب الذي يتوقع اكتسابه مستقبلا بالميراث وهذا تطبيقا لنص المادة 2/92 من القانون المدني المعدل والمتمم، أو هبة الأموال الموقوفة لتنافي ذلك مع نص المادة 23 من القانون رقم 10/91 المعدل والمتمم التي تنص على ما يلي: (لا يجوز التصرف في أصل أملاك الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)، أو أن يكون هذا التعامل مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهو ما أكدته المادة 96 من القانون المدني: (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا).

4- أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب: وهو ما نصت عليه المادة 205 ق أ: (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها...)، أما إذا لم يكن مالكا للشيء الموهوب فلا يجوز له ذلك، فالأشياء التي لا مالك لها كالسماك في البحر والطير في الهواء، فلا تجوز هبة هذه المباحات، لأن الهبة تمليك، وكل ما ليس مملوك لا يجوز التصرف فيه. وتطبيقا لنص المادة 205 ق أ، لا يجوز للواهب أن يهب مالا مملوكا لغيره، أي يجب أن يكون الشيء الموهوب ملكا خالصا للواهب. بموجب سند رسمي صحيح سواء كان عقدا رسميا مشهرا أو حكما قضائيا إذا كانت الأملاك العقارية محل التصرف بالهبة مثلا تتواجد بمنطقة لم يشملها المسح بعد، أو بموجب دفتر عقاري إذا تواجدت في المناطق المسوحة باعتباره الدليل الوحيد في إثبات الملكية العقارية عملا بنص المادة 19 من الأمر رقم 74/75 السالف الذكر. وتطبيقا لنص المادة 714 من القانون المدني المعدل والمتمم، يجوز هبة حصة مشاعة، على اعتبار أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها دون إلحاق أي ضرر بحقوق سائر الشركاء في الشيوع، وبحلول الموهوب له محل الواهب في المال المشاع، يحق للموهوب له طلب الخروج من الشيوع بفرز الحصص رضائيا أو قضائيا. وإذا تعذر قسمة المال المشاع، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة الأرض بيعت بالمزاد حسب الكيفيات المبينة في قانون الإجراءات المدنية ويمكن أن تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

الرابع- صيغة الهبة: ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية إلى أن ركن صيغة الهبة يتكوّن من الإيجاب والقبول وهو القياس، وحثّهم أن الهبة تصرف شرعي، ووجود التصرف الشرعي هو اعتباره شرعا وهو انعقاده في حقّ الحكم (التمليك)، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب، فلا يكون ذات الإيجاب هبة شرعا بدون قبول، ولهذا لم يكن الإيجاب بدون القبول في البيع بيعا، كذلك هنا.

ألفاظ الهبة: يصحّ إيجاب الواهب بلفظ: وهبتك هذا الشيء أو ما يفيد معناه في إفادة التّملك بلا ثمن، كقوله: أعطيتك هذا الشيء، أو نخلته لك أو أهديتك، أو أطعمتك هذا الطّعام أو غير ذلك ممّا يراد به الهبة وهذا باتّفاق. أمّا القبول فإنّه يصحّ بكل قول أو فعل يشعر بالرّضا من جانب الموهوب له كقوله: قبلت، ورضيت، أو يأخذها بدون لفظ.

وذهب المالكية في ظاهر مذهبهم إلى جواز تراخي القبول عن الإيجاب، ويشترط في القبول أن يكون موافقا للإيجاب فيقع على ما كان إيجاب الواهب عينه هبة.

- اقتران الشرط بصيغة الهبة: الشرط المقترن بالهبة قد يكون صحيحا أو غير صحيح. فالشرط الصحيح هو ما كان مؤكداً لمقتضاها غير مخالف لأحكامها، كما لو قال الواهب: وهبتك هذا الشيء فقبل فوراً وقبضه، أو يشترط فيها العوض؛ أما الشرط غير الصحيح فإنه الشرط الذي يخالف أحكام الهبة ومقتضاها، كما لو قال: وهبتك هذا بشرط أن لا تقبه ولا تبيعه لأحد، أو وهبتك بشرط أن تعيده لي بعد شهر، وذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد والشرط معا.

وللمالكية تفصيل في مسألة من وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب، فقد نقل الحطاب فيها خمسة أقوال، ورجح القول بأن الشرط عامل، والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة بين المتصدق عليه كالحبس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية، وقول مطرف في الواضحة. قال الحطاب: وهذا القول هو أظهر الأقوال وأولها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء.

- الهبة بشرط العوض: الأصل في الهبة أنها من عقود التبرعات أي أن الموهوب له لا يعوّض الواهب شيئاً عما وهبه له. إلا أنه لو صدرت الهبة من الواهب مقترنة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب، كما لو قال الواهب: وهبتك هذا الشيء على أن تشييني أو تعوّضني فهل يصح مثل هذا الشرط؟، فذهب الجمهور إلى أنه يصح هذا الشرط، وبه قال المالكية، وحجتهم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها.

وعلى مذهب الجمهور يشترط أن يكون العوض معلوماً معيناً كما في البيع، فإن كان العوض مجهولاً فيرى المالكية أنه إذا كان الثواب غير معين ولم يحصل قبض، فإن الهبة لا تلزم الواهب، أما إذا قبض الموهوب له الهبة فإنها تكون لازمة بالنسبة للواهب، أما الموهوب له فإنها لا تلزم في حقّه؛ ولذلك له أن يردّها بعينها، فإن فاتت عنده بزيادة أو نقص وجب عليه دفع القيمة.

تكييف الهبة بشرط العوض: ذهب المالكية إلى أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيها أحكام البيع، فلا يبطل بالشيوع، ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض، ولا يملك الرجوع عن التصرف. وحجة هذا القول أن معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم، كحصول البيع بلفظ التملك.

لزوم العوض بدون اشتراط: يرى المالكية وجوب العوض إذا دل العرف وحال الواهب عليه. ويفرّع المالكية على هذا: أنه لو تنازع الواهب والموهوب له في وجوب الثواب فإن القول قول الواهب إن شهد له العرف أو لم يشهد

له ولا عليه. أمّا إن شهد العرف للموهوب له بأن كان مثل الواهب لا يطلب في هبته عوضاً، فإنّ القول حينئذ قول الموهوب له، وفي طلب حلف الواهب مع تصديقه قولان.

والعوض يكفي أن يكون ممّا يعاوض به الناس في البيع، وعلى الواهب قبوله وإن كان معيباً طالما أنّ في قيمته وفاء أو يكمله له. أمّا إذا كان العوض ممّا لم يعتدّ الناس التّعاوض به كالحطب والتّبن، فإنّه لا يلزم الواهب قبوله. على أنّه لا يصدّق الواهب في طلب العوض على النّقود المسكوكة أو السّبائك أو الحليّ المكسّر إلّا أن يشترط ذلك في العقد، فإذا اشترطه عوضاً عروضا أو طعاماً، ومثل الشّروط: العرف والعادة، ولو وهب أحد الزوجين شيئاً للآخر ثمّ طلب العوض على ذلك فإنّه لا يصدّق؛ لأنّ العرف قاض بنفي الثّواب بينهما.

– الصيغة في القانون: نصت المادة 206 ق أ: (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات)

الهبة المعلقة على شرط في القانون: كثيراً ما تنعقد الهبة باشتراطات معينة سواء لمصلحة الواهب أو للموهوب له، وتصبح حينئذ الهبة عقداً ملزماً للجانبين، إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/202 من قانون الأسرة، فمفاد النص أن يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وفي هذا الخصوص نرجع إلى القواعد العامة فإن كان محل الهبة منقولاً معيناً بالذات مملوكاً للواهب انتقلت الملكية بانعقاد الهبة والحيازة، ذلك أن الهبة عقد عيني يتم بالقبض وهو ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة)، فالحيازة إذن ركن في انعقاد الهبة، ومن ثم فإن التسليم ليس التزاماً ناشئاً عن الهبة بل هو شرط لتمامها، أما إذا كان محل الهبة عقاراً، فيجب أن توثق طبقاً للمادة 12 من قانون التوثيق والمادة 206 من قانون الأسرة.

والأساس القانوني للهبة المعلقة على شرط هو نص المادة 2/202 من قانون الأسرة على أنه: (يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط)، حيث أجاز للواهب أن يشترط على الموهوب له أي شرط يراه مناسباً سواء كان مفيداً له أو للموهوب له أو لهما معاً أو للغير، ويلزم بمقتضاه القيام بالتزام يتوقف على إنجاز هذا الشرط، وهو ما يسمى بالالتزام المعلق على شرط، كما يمكن للواهب أن يهب أي شيء منقولاً أو عقاراً، ويشترط على الموهوب له عوضاً مقابلًا للموهوب.

كما جاء في نص المادة 204 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان الشرط فاسخاً، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام)، ونستخلص من هذا النص أن الشرط هو أن يكون ممكناً أو غير ممكن، فالممكن هو ما كان في إمكانية الشخص فعله، أما غير الممكن وهو ما يعبر عنه بالمستحيل وهو الذي يتعذر على الإنسان تحقيقه، ومثال ذلك الهبة المقترنة بشرط مستحيل كأن يهب شخص لآخر داراً ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له إيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة، فهنا الهبة اقترنت بشرط مستحيل،

ومن ثم ننظر إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له، وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وهو قد انعدم، أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث على التبرع وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين أن الشرط مستحيل، فإن الهبة تبقى صحيح.

رابعاً- أحكام الهبة: ونذكر فيه حكم الوعد بالهبة وحكم الرجوع فيها وبطلان الهبة، وتفصيلها فيما يلي:

1- الوعد بالهبة: تطرق المالكية للوعد بالهبة عند بيان حكم الهبة المعلقة على شرط: وهي الهبة التي اقترن بصيغتها ما يعلّق إيجابها على شرط ممكن غير موجود، كقوله: إذا نجحت وهبتك ساعتي، فإنّ الهبة تكون معلقة على أمر متردّد بين الوجود وعدمه. والعقد المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط الذي علّق عليه؛ لأنّه لو ثبت التصرف قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط، وذلك محال. وإذا كان ما علّقت الهبة عليه وقتاً مستقبلاً، كرأس الشهر الآتي، أو الأسبوع القادم، كانت الهبة مضافة إلى المستقبل. ولما كانت الهبة من عقود التمليكات، ومقتضى التملك هو الجرم والتنجيز؛ غير أن المالكية ذهبوا إلى أنّ الوعد في التبرعات إذا كان على سبب ودخل الموعود له بسبب الوعد في شيء على المشهور، فإنّه يكون لازماً ويقضى به على الواعد. وذلك بناء على ما اشتهر عن مالك رحمه الله: أنّ من ألزم نفسه معروفًا لزمه إلّا من موت أو فلس.

- في القانون: فيه اتجاهان: الأول: يعتبر أن عقد الهبة من العقود المنجزة والفورية، وعليه لا يجوز للمتعاقدين القيام بأي إجراء أمام الموثق لإبرام وعد بالهبة، لأنه لا يوجد نص صريح يتناول الوعد بالهبة؛ والثاني: هو القول بجوازية لجوء المتعاقدين إلى الموثق لإبرام عقد الوعد بالهبة.

وعليه، فالمشرع يرى صحة وجوازية إبرام عقد الوعد بالهبة لعدة أوجه: أولاً عدم وجود نص قانوني يمنع اللجوء إلى هذا العقد، وثانياً أن المشرع قد أخذ بمبدأ الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة 71 من القانون المدني بقولها (الاتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلّا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها)، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك وهو اللجوء إلى القضاء في حالة عدم تنفيذ الوعد متى توافرت الشروط، وهونص المادة 72 من القانون المدني: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد).

والمسائل الجوهرية في الهبة المراد إبرامها والمنصوص عليها في المادة 71 من القانون المدني الجزائري هو بيان المال الموعود هبته بيانا كافيا عقارا كان أو منقولاً، ولا يشترط أن يكون المال موجوداً وقت العقد، وإنما يشترط وجوده وقت ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة والا كانت الهبة باطلة، كما لا يشترط أن يكون المال مملوكاً وقت الوعد للواعد في حالة الوعد بالإيهاب أو الموعود له في حالة الوعد بالاتهاب.

2- الرجوع في الهبة (اعتصار الهبة): ذهب المالكية إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إلّا لأب فيما وهب ولده، وألحق المالكية الأمّ بالأب بشرط أن يكون الابن غير يتيّم، وحجّة هذا القول ما روي عن النّبي صلّى الله عليه

وسلم قال: (لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده)، فالحديث نصّ في عدم جواز رجوع غير الأب في هبته لولده وقوله صلى الله عليه وسلم: (العائد في هبته كالعائد في قبته)، وفي رواية: (ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قبته).

- **موانع الرجوع في الهبة:** يذهب المالكية إلى سقوط حق الأب أو الأم في اعتصار الهبة (أي الرجوع فيها) حين يهب لولده بوجود أحد الموانع الآتية:

أ- أن يزيد الشيء الموهوب أو ينقص في ذاته، كأن يكبر الصغير أو يسمن الهزيل أو يهزل السمين، أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب بسبب تغير الأسواق فإن ذلك لا يمنع الرجوع، لأن الهبة على حالها، وزيادة القيمة أو نقصانها لا تعلق لها بالشيء الموهوب، كاختلاف السعر من مكان إلى مكان.

ب- أن يقصد الناس مداينة الولد أو تزويجه لأجل الهبة، لكونه أصبح بالهبة موسرا، فمن عقد زواج الذكر أو الأنثى لأجل يسرها بالهبة أو أعطى أحدهما دينا لأجل ذلك، أو اشتريا شيئا في الذمة، فإنه لا يجوز للأب الرجوع في هبته. أما إذا كان الزواج والمداينة لأمر غير الهبة فإنه لا يمنع الرجوع.

ج- أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت؛ وذلك لتعلق حق ورثته بالهبة، فيمتنع الرجوع، وكذلك الحكم إذا مرض الواهب ذلك المرض، فإن مرضه هذا يمنعه من الرجوع فيما وهب لولده؛ لأن رجوعه يكون لغيره، أي يموت فتكون الهبة التي رجع فيها لغير الولد، كزوجة الأب مثلا، أما إذا وهب الوالد ولده المتزوج أو المدين أو المريض، أو كان الوالد مريضا وقت الهبة - فإنه لا يمنع الرجوع.

د- أن تفوت الهبة عند الموهوب له بما يخرجها عن ملكه من بيع أو هبة أو نحوهما أو تفوت بصفة فيها مما يغيرها عن حالها كجعل الدنانير حليا.

- **ماهية الرجوع في الهبة:** لم يشترط المالكية في الرجوع قضاء القاضي ولا التراضي؛ لأنهم حين أجازوا رجوع الأب فيما وهب لولده إنما اعتمدوا نصا من الشرع، فالرجوع بعدئذ لا يفتقر إلى أي شرط؛ لخلو النص الذي أجازاه عن مثل هذا الشرط؛ فإذا رجع الأب فإنه خيار في فسخ عقد الهبة كالفسخ في خيار الشرط، ولا يكون الرجوع هبة مبتدأة. وإذا كانت الهبة بعوض فإن حكمها حكم البيع، وتأخذ أحكامه في الفسخ والإقالة.

- **الآثار المترتبة على الرجوع في الهبة:** إذا حصل الرجوع في الهبة ترتبت عليه الآثار التالية:

أ - يعود الشيء الموهوب إلى ملك الواهب.

ب - يملكه الواهب وإن لم يقبضه؛ لأن القبض يعتبر في انتقال الملك لا في عود ملك قديم.

ج - الشيء الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة بيد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخت الهبة بقي قبض الواهب قائما وعلى الموهوب له أن يعيد الهبة، لا يضمن إلا بالتعدي؛ لأنها أمانة بيده.

- الرجوع في الهبة في القانون: عقد الهبة في القانون عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة إلا استثناء، في حدود ما جاءت به المادتان 211 و212 من قانون الأسرة، فالمادة 211 نصت على: (للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛ 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛ 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته).

وقد ذكر المشرع هذه الحالات على سبيل الحصر لا المثال، ومن الملاحظات التي نراها حول هذه المادة:

- أن حق الرجوع عن الهبة هو حق شخصي يقتصر على الأب والأم، ولا يشمل غيرهما من زوج أو أخ أو جد أو جدة... إلخ، إذ يمكن لهؤلاء الطعن في عقد الهبة بالبطلان أو الإبطال متى تحققت أسباب ذلك، كما يجوز لهم المطالبة باسترداد ما زاد عن ثلث المال الموهوب إذا تم إثبات تحريرها في مرض الموت والحالات المخيفة كما سبق بيانه، ولكن لا يمكنهم ممارسة الرجوع، فالرجوع كما أشرنا هو حق مقرر للوالدين اتجاه أبنائهم فقط، وقد أخذ المشرع الجزائري في إقرار هذا الحق برأي المالكية وجمهور الفقهاء في هذه المسألة

- أن حق الرجوع في الهبة المقرر للأبوين هو حق شخصي لا ينتقل للورثة، كما لا يحق لهم ممارسة ذلك بعد وفاة الوهاب أثناء سير دعواه الرامية إلى الرجوع في الهبة، كما لا يمكن للواهب ممارسة حق الرجوع عن هبته بعد وفاة الموهوب له، ذلك أن الشيء الموهوب قد انتقل إلى ورثة الهالك عن طريق الإرث وثبت حقهم فيه.

- أن المشرع لم يحدد مدة معينة في الرجوع في الهبة، فهي مفتوحة ومتروكة تبعاً للظروف المحيطة بحق الرجوع، حتى وإن كان عقد الهبة أصبح نافذاً واستوفي جميع أشكاله القانونية، ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر ببعض القوانين العربية التي سبقتها في هذا المجال، ولما هو مستقر عليه في المجتمع والعادات الراسخة في الأسر، ولما تألف عليه أفراد المجتمع، مما استوجب على الوالدين التدخل للحماية وللمحافظة على أموال أبنائهم.

- أن المشرع لم يشترط على الأبوين تبريراً للرجوع عن هبتهما، فالرجوع في الهبة وفقاً للمادة 211 هو حق للواهب يستطيع بموجبه أن يسترد هبته من الموهوب له دون أي عذر، ما لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة المذكورة سابقاً.

هذا، وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك عندما نص في المادة 212 من قانون الأسرة بأن: (الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها)، وهو تأكيد للزوم عقد الهبة، ولبدأ عدم الرجوع فيه، وكذلك عدم جواز الرجوع بإرادة الواهب المنفردة، لكنها لا تمنع من طلب فسخ عقد الهبة عن طريق القضاء، إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، وهنا نكون بصدد هبة بعوض فهي تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشروط، مثل أن يهب شخص مبلغاً من المال لفائدة جمعية خيرية قصد إقامة مشروع خيري أو بناء مستشفى، فعدم قيام الموهوب له بتنفيذ هذا الشرط، يحق للواهب رفع دعوى للمطالبة بفسخ العقد.

- موانع الرجوع عن الهبة في القانون: إن الرجوع في الهبة من طرف أحد الأبوين، هو حق استثنائي لا يمكن التوسع فيه أو القياس عليه، وهو حق غير مطلق بل مقيد بالحالات الواردة في نص المادتين 211 و212 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا ما توافر واحد منها أو أكثر، كانت الهبة لازمة لا رجوع فيها، نبينها كما يلي:

1- الهبة من أجل زواج الموهوب له: وقد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج، فلا رجوع للواهب في هبته بعد أن تحقق الغرض، ويترتب عن ذلك أن الهبة في هذه الحالة أصبحت لازمة منذ صدورها ولا يجوز للوالد الرجوع فيها.

2- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: إذا كانت الهبة لتسديد دين مترتب في ذمة الواهب أو قام الموهوب له باستعمال المبلغ لقضاء دين في ذمته، أو تقديم ضمان في مواجهة دائني الواهب كتقديم رهن رسمي أو كفالة عينية، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها ولا يجوز للواهب الرجوع فيها لتحقيق غرضه من الهبة.

3- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً قانونياً إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً قانونياً بالبيع أو الهبة أو الوقف مثلاً، وكان هذا التصرف نافذاً في مواجهة الواهب باستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة قانوناً في المادة 206 من قانون الأسرة والمادتين 165 و793 من القانون المدني، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع فيها، لأن شيء الموهوب قد انتقلت ملكيته إلى غير الموهوب له الذي يجب حماية حقوقه التي اكتسبها عن وجه حق وبحسن نية؛ أما إذا كان الشيء الموهوب لا يزال في ملك الموهوب له بسبب عدم مباشرة الإجراءات الشكلية المطلوبة في نقل الملكية (عقار أو منقول)، جاز للواهب الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع.

4- هلاك الشيء الموهوب: في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعله، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، لأن الموهوب له لا يضمن الهلاك، غير أن الهلاك نوعين: هلاك كلي وهلاك جزئي، ففي الحالة الأولى لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، غير أنه وحسب الحالة الثانية جاز له الرجوع في الباقي لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الجزء.

5- التغيير في طبيعة الشيء الموهوب: التغيير في الشيء الموهوب يكون نتيجة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً مادياً نتج عنه زيادة في قيمته كالبناء أو الغرس، فإن هذه الزيادة تمنع الرجوع وتجعل الهبة لازمة. ومع ذلك إذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع كإزالة البناء أو قلع الغرس، فإن حق الواهب في الرجوع قائم لانتفاء المانع من ذلك.

ولا يدخل في نطاق التغيير في طبيعة الشيء الموهوب، الأعمال التي يجريها الموهوب له كأعمال الصيانة أو التحسينات من مظهر الموهوب، كما لا يمنع من الرجوع أيضاً ارتفاع ثمن الشيء الموهوب لأن ثمن لم يزد في ذاتها وإنما في قيمتها.

6- الهبة بقصد المنفعة العامة: الهبة بقصد المنفعة العامة نصت عليها المادة 212 من قانون الأسرة، فكثيراً ما يلجأ الأفراد إلى هبة أموالهم إلى الدولة أو الجماعات المحلية، وتكون الهبة في هذه الحالة مشروطة بإلزام الموهوب له برصد الهبة للمنفعة العامة، وفي هذه الحالة لا يمكن للواهب مهما اختلفت أوصافه الرجوع في هبته.

3- بطلان الهبة: تبطل الهبة بحصول مانع قبل الحوز أي قبل حوزها من واهبها وإن بغير إذنه، ومن هذه الموانع:

- إحاطة دين بمال الواهب سواء كان سابقاً على الهبة أو لاحقاً.

- جنون الواهب أو مرض اتصالاً بموته.

- موت الواهب قبل الحوز، فهو مبطل للهبة وإن لم يكن عليه دين لانتقال المال لغيره، وهذا معلوم بالأولى من الجنون والمرض المتصلين بالموت، وإن مات الواهب قبل إيصالها للموهوب له إن استصحبها الواهب معه في سفر أو أرسلها له فإنها تبطل، وترجع ميراثاً إذا مات الواهب قبل إيصالها له - كان الموهوب له معيناً أم لا.

- تبطل هبة من واهبها لشخص ثان غير الأول، وحاز الثاني قبل الأول؛ فتكون للثاني لتقوي جانبه بالحيازة. ولا قيمة على الواهب للأول ولو جد في الطلب على المشهور، وقد راعوا في هذه الفروع القول بأن الهبة لا تلزم بمجرد القول مع تشوف الشارع للحرية وتقوى الثاني بالقبض فلذا قيل ببطالان الهبة فيها وعدم القيمة للموهوب له على الواهب.

- في القانون: إذا تخلف ركن من أركان الهبة كان العقد باطلا، وهذا تطبيقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة: (إذا اختل أحد القيود السابقة بطلب الهبة)، والبطالان نوعان: بطلان مطلق وبطلان نسبي:

أ- **البطلان المطلق لعقد الهبة:** إذا اختلت أحد أركان عقد الهبة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب والرسمية والعينية (الحيازة)، أو شرط من شروطها، بطلت الهبة بطلانا مطلقا، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا مضى على إبرام عقد الهبة 15 سنة سقط الحق في التمسك ببطالانها إعمالا لنص المادة 102 من القانون المدني، ولا يعني هذا أن العقد الباطل يصحح بالتقادم لأنه عقد معدوم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من عدم وجود.

ب- **قابلية عقد الهبة للإبطال:** نكون أمام حالة قابلية عقد الهبة للإبطال، إذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة أو في حالة نقص الأهلية، وعيوب الرضا هي المتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال المنصوص عليها في المواد من 81 إلى 91، فإذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيب من هذه العيوب كان عقد الهبة قابلا للإبطال.

كما يكون عقد الهبة قابلا للإبطال في حالة نقص الأهلية، إذ لا يجوز قانونا لناقصي الأهلية أو من ينوب عنهم القيام بإبرام عقد الهبة، كونها من التصرفات الضارة ضررا محضا إعمالا لنص المادة 83 من قانون الأسرة ومفادها: (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر...)، ويستوي الأمر في هذه الحالة بالنسبة للبطالان المطلق أو النسبي، فالبطالان المقرر في نص المادة، عاما لا تخصيص فيه.

وتطبيقا لنص المادة 100 من القانون المدني يمكن تصحيح عقد الهبة بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ويسقط الحق في إبطال الهبة خلال خمسة سنوات يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي أنه لا يمكن التمسك بحق الإبطال لغلط أو التدليس أو الإكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تتمم العقد وهذا ما أقرت به المادة 101 من القانون المدني.

المحاضرة الرابعة

الوقف

أولاً- تعريف الوقف:

- لغة: الوقف والتحبس والتسبيل بمعنى واحد، وهولغة: الحبس والمنع، يقال: وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها، ومنه الموقوف؛ لأن الناس يوقفون أي يحبسون للحساب. ووقف الدار حبسها، ولا يقال أوقفت لأنها لغة رديئة، وهي بمعنى سكت وأمسك وأقلع، والحبس: بضم الحاء وسكون الباء الموحدة بمعنى الوقف، وهو كل شيء وقفه صاحبه من أصول أو غيرها، يحبس أصله وتسبيل غلته، وجمع الحبس الحبس والأحباس.

- اصطلاحاً: والفقهاء يعبرون أحياناً بالوقف، وأحياناً بالحبس، إلا أن التعبير بالوقف عندهم أقوى، وقد عرفه الفقهاء بتعاريف مختلفة تبعاً لاختلاف مذاهبهم في الوقف:

عرفه المالكية: (هو التصديق بالانتفاع بالشيء بمدة وجوده)، فالوقف من تمليك الانتفاع لا المنفعة، لا يجوز لمن وقف عليه أن يأخذ عوضاً عنه ببيع أو إجارة، وله أن يتنازل عنه لمن توفرت فيه الصفة التي يستحقه بها.

ومن تعاريفه الموجزة الجامعة، ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني: (تحبىس الأصل وتسبيل الثمرة)، أخذاً من قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)، قال الشيخ محمد أبوزهرة: (أجمع تعريف لمعاني الوقف عند الذين أجازوه أنه حبس العين وتسبيل ثمرتها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها).

وعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 3 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف بقوله: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه منوجوه البر والخير)، كما عرفه قانون الاسرة في المادة 213 بأن: (الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد والتصدق)، وويتفق هذا التعريف مع التعريف الفقهي إلا أن القانون اعتبر الوقف مؤبداً ولا يكون مؤقتاً.

ثانياً- مشروعية الوقف: نظام الوقف نظام إسلامي أصيل؛ فهو يقوم على الإحسان، ويستمد إطراره العام من القرآن الكريم، وأصوله من السنة النبوية الشريفة، وتفاصيل أحكامه من اجتهادات الفقهاء؛ فهو من خصائص الإسلام، قال الإمام الشافعي: (لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت، وإنما حبس أهل الإسلام)، أي على وجه التبرر، وأما بناء الكعبة وحفر زمزم فإنما كان على وجه التفاخر.

والوقف مندوب إليه من أعظم القربات وأبواب البر، والأدلة على مشروعية الوقف كثيرة منها:

- الكتاب: النصوص العامة التي تحت على الإنفاق في وجوه الخير وترغب فيه منها: قوله تعالى: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم) (آل عمران: 92)، فالآية تأمر بالإحسان، والوقف صورة من صورته الرئيسية، وقال تعالى: (من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة) (البقرة: 245)، وقال في موضع آخر: (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون) (الحج: 77)، فهذه الآيات - وغيرها كثير - تحت المؤمنين على فعل الخير لنيل أعظم الثواب وأجل الأجر؛ والوقف من هذه السبل التي تعتبر من أعظم القربات التي يتقرب بها العبد إلى خالقه.

- السنة النبوية: أحاديث كثيرة منها:

عن أنس -رضي الله عنه- قال: (كان أبوطلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالا من نخل، وكان أحب أمواله بيرحاء، وكانت مستقبله المسجد، وكان رسول الله يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت هذه الآية: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) (آل عمران: 92)، قام أبوطلحة إلى رسول الله فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون)، وإن أحب مالي إلي بيرحاء، وإني صدقة لله تعالى، أرجو برها وذخرها عند الله تعالى، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، فقال رسول الله: بخ، ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين"، فقال أبوطلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمها أبوطلحة في أقاربه وبني عمه).

- وما رواه ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: (أصاب عمر أرضا بخير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، قال: (إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها. قال: فتصدق بها عمر، غير أنه لا يباع أصلها، ولا يورث، ولا يوهب، فتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ولا يطعم صديقاً).

- وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)، وقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت المذكورة في الخير على الوقف؛ لأن منافع الموقوف تبقى دائمة يذكر صاحبها بالخير والرحمة.

- وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال -في حديث طويل: (بعث رسول الله عمر على الصدقة، جاء فيه: (وأما خالد فقد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله).

- وعن عثمان -رضي الله عنه- أن النبي قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: (من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة؟)، فاشتريتها من صلب مال).

- الإجماع: حكى الكاساني في البدائع الإجماع على جواز وقف المساجد، ونقل عن القرطبي قوله: (لا خلاف بين الأئمة في تحبيس القناطر والمساجد واختلفوا في غير ذلك). وقال الترمذي معلقا على حديث ابن عمر السابق في وقف عمر للأرض التي أصابها في خيبر: (والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافا في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك)، فهو مجمع عليه في الجملة.

ثالثا- خصائص الوقف: يتمتع الوقف بجملة من الخصائص لا توجد في غيرها من التبرعات نذكر منها

1- أنه لا يجوز التصرف في الوقف بالبيع أو الهبة أو غيرها من التصرفات: كما جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه، ومن الناحية القانونية نص المشرع في المادة 23 من قانون الأوقاف: (لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقف المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)، كما نصت المادة 220 من قانون الأسرة على أنه: (يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته، وإذا نتج عن التغيير تعويض يتزل متزلة الحبس).

2- عدم خضوع الوقف للتقادم والرهن والحجز: عملا بالقاعدة التي تقضي بأن كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم، وقد نص المشرع على ذلك في المواد 674 إلى 689 من القانون المدني والمادة 4 من القانون المتعلق

بالأموال الوطنية جاء فيها: (الأموال الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز...)، كما نصت المادة 23 من قانون الأوقاف على أنه: (لا يجوز أن تكون الأملاك الوقفية عقارية كانت أو منقولة محلا للرهن بنوعيه الحيازي والرسمي ولا الحجز عليها).

3- عدم خضوع الوقف للضرائب والرسوم: نص في المادة 44 من قانون الأوقاف على أنه: (تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير).

4- عدم خضوع الوقف للمصادرة والترع: فالأصل في الوقف أن يكون دائما غير أنه يجوز انتهاء الوقف استثناء كما سيأتي تفصيله عند الملكية، أما القانون لم يجز الترع إلا في حالات محددة نصت عليها المادة 24 من قانون الأوقاف: (كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام فقط، والتعويض للوقف يكون عينا لا نقدا ولا يكون ذلك إلا بعد صدور قرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد إجراء المعاينة والخبرة من قبل أشخاص لهم دراية وخبرة بمجال الوقف).

رابعا- أركان الوقف: أربعة وهي: الواقف والموقوف عليه والشيء الموقوف والصيغة، وفيما يلي تفصيلها:

1- الواقف: هو المالك للعين أو المنفعة التي أوقفها، وشرط صحة وقفه أن يكون من أهل التبرع، وهو البالغ العاقل الرشيد المختار، فلا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا مكره.

- الواقف في القانون: نص المشرع في المادة 10 من القانون المتعلق بالأوقاف على أنه: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: أن يكون مالكا للعين الماردا وقفها ملكا مطلقا، أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)، وبالرجوع إلى القانون المدني فيشترط في الواقف أن أهلا للتبرع أي يكون لديه 19 سنة كاملة وإلا كان تصرفه تصرفا باطلا بطلانا مطلقا جاء في المادة 30 من القانون المتعلق بالأوقاف: (وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي)؛ كما يشترط أن يكون الواقف عاقلا غير مجنون أو معتوه جاء في المادة 31 من القانون المتعلق بالأوقاف: (لا يصح وقف المجنون والمعتوه)، كما يشترط أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين كما جاء في المادة 10، ونص المادة 101 من قانون الأسرة: (من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه). ويشترط أيضا أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكية مطلقة جاء في المادة 17 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا)؛ كما نصت المادة 215 من قانون الأسرة على: (يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون)، وتدل على أن الوقف في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة يعتبر وصية.

2- الموقوف عليه: وهو المستحق لصرف المنافع عليه، وهو كل من جاز صرف منفعة الوقف إليه كأن يكون شخصا أو شخصا معينين كزيد والفقراء والمساكين والعلماء وطلبة العلم، أو صرفها في مصالحه كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، فإنها تستحق صرف غلة الوقف أو منافعه عليها لإصلاحها وإقامة منافعها، ونحو من سيولد في المستقبل لزيد مثلا فيصح الوقف عليه، فتوقف الغلة إلى أن يوجد، فيعطاهما فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت للواقف أو وراثته. قبول الموقوف عليه يكون بنفسه إن كان أهلا يتأتى منه القبول، فإن رد الوقف رجع للواقف، إن كان الموقوف عليه مقصودا من الواقف لذاته وشخصه، فإن كان قصد الواقف البر والصدقة رجع الوقف حبسا على غيره من الفقراء لأن

مقصوده البر ويتحقق في أي جهة كانت؛ أما من لا يتأتى منه القبول فيكفي صرف الوقف في مصالحه أو تخليته للناس يصلون فيه أو يشربون منه أو ينتفعون به على الوجه الذي وضع له.

لا يشترط في الموقوف عليه أن يكون مسلما ولا أن يكون فقيرا، فيجوز الوقف على الذمي إن ظهرت في الوقف عليه قرينة ككونه قريبا أو فقيرا لقوله تعالى: (ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا)، والأسير لا يكون إلا كافرا، كما روي أن صفية زوج النبي وقفت على أخ لها يهودي، ويجوز الوقف على الأغنياء من المسلمين لأن الوقف وإن كان من باب الصدقات فله شبه بالعطايا والهبات، فيشرع متى وجد أصل القرينة.

ولا يجوز الوقف على الكنيسة ولومن كافرا؛ لأنها مكان وضع للكفر، ولا يجوز الوقف على المعاصي والصرف على السفه كصرفه على الفساق أو شرب الخمر لانتفاء الطاعة والقرينة في هذه الوجوه.

الوقف على المجهول (الوقف المبهم): من وقف شيئا ولم يعين الموقوف عليه، كأن يقول داري حبس، ولم يعين جهة تصرف فيها غلة الحبس وتعذر سؤال المحبس فإن الحبس صحيح، ولا يرجع ملكا لصاحبه وتصرف غلته إلى الفقراء والمساكين، إلا إذا كان هناك في بلد المحبس عرف يعين المراد.

– الموقوف عليه في القانون: نصت المادة 13 من القانون المتعلق بالأوقاف على أن: (الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا)، فيكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا أو معنويا، إلا أن هذه المادة عدلت بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 2002/12/14 بقولها: (الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)، وهي تدل دلالة واضحة على أن الموقوف عليه لا يكون إلا جهة عامة معنوية ولا يكون خاصا، وهذه الجهة يشترط أن تكون جهة بر وخير، وقد قسم المشرع الوقف إلى قسمين: قسم محدد الجهة وقسم غير محدد الجهة: (الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت غنائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان: وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه البر غلا إذا استنفذ، ووقف لا يعرف فيه وجوه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات) وأجاز المشرع أن يكون الموقوف عليه هو الشخص نفسه في المادة 214 من قانون الأسرة: (يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية)، وهذا تماشيا مع المذهب الحنفي الذي يجيز الوقف على النفس.

3- الموقوف: وهو ما ملك من ذات أو منفعة ولو حيوانا أو غيره يوقف على مستحق للانتفاع بخدمته أو ركوبه أو الحمل عليه، فيجوز وقف العقار والمنقول من كل ما ينتفع به مع بقاء عينه، كالأراضي والبيوت والمساجد والطرق والجسور والمدارس والمستشفيات والآبار والأشجار والسيارات والبواخر وسائر العروض والكتب وغيرها.

وأما ما لا ينتفع به إلا بذهابه كالطعام، فلا يوقف إلا للسلف إذا كان مما يسرع إليه الفساد كالقمح والشعير يتسلفه من يحتاج إليه ويرده، وحكمه حكم النقود يجوز وقفها للسلف، ويتزل رد البدل متزلة بقاء العين.

ويشترط فيه أن يكون معلوما معينا، فلا يصح وقف المجهول الذي لا تعلم حدوده، ويجوز الوقف بالشيء المجهول إذا كانت الجهالة متعلقة بمقداره لا بتحديدده وتمييزه، فإذا كان مشهورا متميزا بحيث لا يلتبس بغيره جاز وقفه، فالجهالة

بالمقدار لا تفسد الوقف لأنه من التبرعات بخلاف المعاوضات، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي فهو صدقة).

وقف المشاع: يجوز وقف جزء مشترك من عقار مشاع مع الغير لم يقسم، ويجبر الواقف على القسمة إن أرادها الشريك وكان العقار يقبل القسمة دفعا للضرر عن الشريك، حتى يتميز حقه عن حق الوقف، فإن كان لا يقبل القسمة فإنه يباع ويجعل ثمن ما ينوب الوقف في وقف مثله، وقد وقع من الرسول والصحابة.

الحوز شرط لإتمام الوقف: ومعناه تسلم الوقف والتصرف فيه من قبل الموقوف عليه، كأن يستلم مفتاح الدار أو السيارة أو يستلم الأرض ويستغلها، وهو شرط لإتمام الوقف لا لصحته، فيصح الوقف دونه ويجبر الواقف على تسليمه لمستحقه لكن إن وقع مانع للواقف من موت أو إفلاس أو مرض قبل أن يتم الحوز بطل الوقف.

- الموقوف في القانون: نصت المادة 11 من القانون المتعلق بالأوقاف على: (يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة)، ونصت المادة 216 من قانون الاسرة على: (يجب أن يكون المال المحبس مملوكًا للواقف معينًا خالياً من النزاع ولو كان مشاعاً)، فيشترط في محل الوقف أي الموقوف أن يكون مالا متقوماً وهو ما أمكن حيازته والانتفاع به أو بريعه شرعاً، فأجاز المشرع أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة كما يذهب إليه المالكية، كما يشترط أن يكون معلوماً وقت الوقف علماً نافياً للجهالة وخالياً من النزاع، وأن يكون مشروعاً أي غير محرم فكل ما كان محرماً شرعاً لا يجوز وقفه كوقف محال بيع الخمور والقمار، لأن الوقف يقصد به التبرع والتقرب إلى الله تعالى، كما أجاز المشرع وقف المشاع، إلا أنه في هذه الحالة تتعين القسمة، وعليه إذا كان المال المشاع غير قابل للقسمة لا يجوز وقفه كما لو كانت سيارة أو محل تجاري.

4- الصيغة: وهي كل ما يدل على التحبيس ولو تعليقاً كقول الواقف: إن حصلت على مال كذا فهو حبس، فإنه يكون حبساً بمجرد حصوله.

وتكون الصيغة باللفظ الصريح: وقفت وسبلت وحبست، وتفيد التأييد عند الإطلاق، فإن قيد اللفظ بشخص فهي صدقة من الصدقات، وإن قيدت بزمان كالشهر والسنة رجع الحبس بعد انقضاء المدة إلى الواقف أو ورثته.

وتكون باللفظ غير الصريح كتصدق وتصدق ومنحت إذا اقترن بها ما يدل على التأييد، كقوله: صدقة لا تباع ولا توهب أو تصدقت به على بني فلان طائفة بعد طائفة، أو عقبهم ونسلهم، أو تكون الجهة المتصدق عليها لا تنقطع والغرض السكنى والاستغلال، أو تكون على غير معينين سواء كانوا محصورين كفلان وعقبه أو غير محصورين كطلبة العلم، فلفظ تصدقت بهذه القرائن يكون حبساً مؤبداً لا يباع ولا يوهب.

فإن تجرد لفظ الصدقة عما يدل على التأييد فهو مجرد صدقة، كقوله داري صدقة على الفقراء، فإنها تباع ويصرف ثمنها على الفقراء بالاجتهاد إلا لعرف أوق رينة تدل على التحبيس، وتباع ويتصدق بثمنها عليهم بالاجتهاد، فلا يلزم التعميم بل لمتولي التفرقة أن يعطي من شاء، ويمنع من شاء، وإنما كانت تباع لأن بقاءها يؤدي للنزاع.

وينوب عن الصيغة التخلية بين الناس والموقوف كالمسجد فيقع وقفه بالتخلية بينه وبين الناس وإن لم يتلفظ بها.

ولا يشترط فيه التأيد بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا له أو لغيره، ولا يشترط فيه تعيين المصرف في محل صرفه فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى، من غير تعيين من يصرف له، وصرف فيما يصرف له في غالب عرفهم فإن لم يكن غالب في عرفهم فيصرف على الفقراء، وهذا إذا لم يختص الموقوف بجماعة معينة، وإلا صرف لهم ككتب العلم.

ومن المسائل ذات الصلة بالصيغة نذكر ما يلي:

الوقف المعلق على أجل: الوقف الخالي عن الأجل يحمل على التنجيز، فإن كان معلقا بأجل، فلا يقع الوقف إلا بعد الأجل اتباعا للفظ الواقف وشرطه، فإن مات قبل الأجل أو أفلس أو مرض ولم يحز عنه الوقف، بطل لأن الحوز شرط لإتمام الوقف، فإن حيز عنه وحصل المانع صح الوقف لصحة حيازته عن الواقف.

الوقف المنتهي إلى أجل: الوقف عند الإطلاق يحمل على التأيد ولا يجوز الرجوع فيه، ولا يجوز ابتداء توقيت الوقف بوقت كأن يقول: إن احتاج الموقوف عليهم فلهم بيعه، أو يقول هذا العقار وقف على الفقراء فإن احتجت إليه بعته، ولا يجوز الإقدام عليه ابتداء لمخالفته لسنة الوقف، لكن إن وقع هذا الشرط واشترطه الواقف عند الوقف صح العمل به، وأصله صحة الاشتراط في الإحرام بالحج.

- الصيغة في القانون: نصت المادة 12 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على: (تكون صيغة الوقف باللفظ والكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدّد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه)، ويلاحظ أن المشرع قد توسع في صور صيغة الوقف وذلك تماشيا مع أحكام القانون المدني في المادة 60 منه: (يكون لتعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا)، غير أنه لا يعتد بصيغة الوقف إلا إذا كانت تدل دلالة واضحة على أن صاحبها أراد إنشاء الوقف ولهذا يشترط فيها أن تكون تامة ومنجزة وأن لا تقترن بما يدل على التأقيت وأن لا تقترن بشرط باطل، جاء في المادة 28 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يطل الوقف إذا كان محددًا بزمان)، والمادة 29 منه أيضا: (لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)، وهو ما نصت عليه المادة 218 من قانون الأسرة.

خامسا- إثبات الوقف: يثبت بالبينّة والإشاعة بين الناس وبالكتابة على أبواب المدارس والمستشفيات وعلى كتب العلم المنسوبة إلى مدارس بما كتب مشهورة بالوقفية.

- في القانون: ونص المشرع على ما يثبت به الوقف في المادة 217 من قانون الأسرة: (يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون)، وعليه يثبت الوقف: بتصريح من الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فيثبت الوقف بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

كما نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على: (يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري...)، وبناء على ذلك فإن عقد الوقف لا يثبت غلا بالعقد الرسمي المشهر بالمحافظة العقارية المختصة.

أما ما نصت عليه المادة 31 من القانون نفسه: (يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية) فلا ينطبق حكمه إلا على وقف المنقول الذي يسوغ غثباته بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا.

سادسا - مبطلات الوقف: عند المالكية هي:

1- عدم الحيازة: يبطل الوقف إذا حصل مانع للواقف بأن مات أو أفلس أو مرض قبل أن يخرج من يده ويجوز له الموقوف عليه، حتى ولو كان الواقف يتصرف فيه لصالح الموقوف عليهم، فلا يعد حوزا عنه، ففي هذه الحالة ينتقل إلى الورثة وبتفليسه ينتقل إلى غرمائه لما ورد عن أبي بكر في هبته لعائشة: (فلو كنت جددتني واحترتني كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث...).

وإن حاز الموقوف عليه بعض الوقف قبل المانع ولم يحز البعض صح وقف ما حيز وبطل وقف ما لم يتم حوزها أما ما حبسه في مرضه المتصل بالموت فهو وصية من الوصايا تنفذ في الثلث، والوصية لا يشترط فيها الحوز، فإن لم يتصل المرض بأن صح المريض صح الوقف ولو كان لوارث.

2- الوقف على البنين دون البنات: ورد النهي عنه من الشارع، والحبس بإخراج البنات باطل عند مالك لما فيه من الشبه بعمل الجاهلية قال تعالى: (وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا...)، (وتأكلون التراث أكلا لما)، وهي الرواية المعمول بها في المذهب. فمن حبس أملاكه على بنيه دون بناته، أو جعل لهن الحق ابتداء لكن شرط من تزوجت منهن خرجت بطل الحبس كله، ولا يجوز للذكور الاختصاص به، لأن حرمان البنات من عمل الجاهلية.

3- تقدم الدين المحيط على الحبس: من حبس حبسا وكان عليه دين محيط بماله، فالحبس كسائر التبرعات لا يصح ويصرف المال في خلاص دينه تقدما للواجب على التطوع، وهذا إن تحقق سبق الدين، فإن علم سبق الوقف وحازه الموقوف عليه، صح الوقف لأن الحق للسابق.

4- الوقف على النفس: باطل لا قرينة فيه، وليس فيه سوى التحجير على نفسه وعلى وارثه من بعده، ويبطل على نفسه ولو مع شريك غير وارث، كأوقفته على نفسي مع فلان، فإنه يبطل ما يخصه وكذا ما يخص الشريك، إلا أن يجوز الشريك قبل المانع فإن كان شائعا فإن حاز الجميع قبل المانع صح له منابه وإلا فلا، فإن أوقفه على نفسه ثم على أولاده وعقبه رجع حبسا بعد موته على عقبه، إن حازوا قبل المانع، وإلا بطل، هذا إن أوقف في صحته فإن أوقف في مرضه صح إن حملة الثلث، ورجع الأمر للتفصيل المتقدم في مسألة أولاد الأعيان، وحاصله أن الوقف على النفس باطل وعلى غيره يصح تقدم الوقف على النفس أو تأخر أو توسط.

5- اشتراط الواقف أن يكون ناظرا على وقفه: فإذا تولى ذلك بالفعل حتى حصل له المانع بالموت أو الإفلاس بطل الوقف لاستيلائه على الموقوف وعدم صحة حوزة، فإن أمكن جبر الواقف على رفع يده عنه قبل حصول المانع صح الوقف وبطل الشرط. فإن اطلع عليه قبل حصول مانع كان صحيحا وأجبر على جعل النظر لغيره.

6- الوقف على المعصية والمكروه: فالوقف باطل ومردود إلى الواقف أو ورثته، إلا إذا أرادوا تحويله إلى جهة أخرى فيها طاعة وقرينة. فيبطل الوقف على معصية ككنيسة وكصرف غلته على خمر أو شراء للسلاح لقتال حرام أو على حربي ويبطل الوقف من كافر لكمسجد ورباط ومدرسة من القرب الإسلامية؛ وأما وقف الذمي على كنيسة فإن كان على مرمتها أو على المرضى بها فالوقف صحيح معمول به، فإن ترافعوا إلينا حكم بينهم بحكم الإسلام أي من إمضائه وإن كان على عبادها حكم ببطلانه كذا نقل عن ابن رشد.

7- الوقف في مرض الموت على الوارث: فهو من قبيل الوصية، والوصية للوارث لا تصح، فإن كان الوقف في مرض الموت على وارث وغير وارث بطل ما كان على الوارث وصح ما كان على غير الوارث فيما لا يتجاوز ثلث التركة وبطل ما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة فيكون ابتداء عطية منهم.

ويستثنى من بطلان الوقف على الوارث في المرض الوقف المعقب، وهو الذي جعل فيه الوقف على الوارث مع غير الوارث مع ذكر العقب والنسل، فهو صحيح فيما لا يتجاوز الثلث، لأنه ليس فيه حرمان وارث ولا ظلم أحد.

سابعاً- أحكام الوقف: نذكر منها ما يلي:

1- اشتراطات الواقف: يجب تنفيذ الشروط التي اشترطها الواقف، فشرط الواقف كنص الشارع، ومثل المالكية للشرط الجائز كتخصيص أهل مذهب من المذاهب الأربعة بصرف الغلة لهم أو بتدريس في مدرسته أو بكونه إماماً في مسجده، أو تخصيص ناظر معين بأن شرط الواقف أن فلاناً ناظر وقفه فيجب اتباع شرطه ولا يجوز العدول عنه لغيره.

فإن اشترط شرطاً يؤدي إلى حرام يلغى شرطه، ولا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم: (إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً). ولا ينفذ شرط الواقف أيضاً إذا كان يؤدي إلى تعطيل الوقف بحيث لا ينتفع به، كأن يشترط ألا تخرج الكتب من خزائنها فلا ينفذ هذا الشرط، وتخرج الكتب بحيث ينتفع بها عملاً بقصد الواقف عند تعذر تنفيذ مدلول لفظه.

- في القانون: يرى المشرع وجود تنفيذ شروط الواقف احتراماً لإرادته إذا كان الشرط صحيحاً غير مناف لمقتضيات الوقف، جاء في المادة 218 من قانون الأسرة: (ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً وإلا بطل الشرط وبقي الوقف)، كما أجاز المشرع في المادة 15 والمادة 16 من قانون الأوقاف للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد؛ ويجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف إذا كان منافياً لحكم الوقف وهو اللزوم إذ يبطل البند المنصوص في العقد القاضي بجواز رجوع الواقف في وقفه؛ أو كان ضاراً بمحل الوقف أو ضاراً بمصلحة الموقوف عليه.

2- بيع الوقف: يختلف حكم بيع الوقف بين أن يكون عقاراً أو غيره:

- **بيع العقار:** لا يجوز بيع الحبس إذا كان عقاراً أو أرضاً أو داراً ولو خرب في مذهب الإمام مالك، فبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، ويستثنى من ذلك المسجد إذا ضاق والطريق العامة إذا ضاقت على الناس وتضرروا من ضيقها والمقبرة إذا ضاقت عن الدفن، فهذه الثلاثة يجوز توسعة بعضها من بعض أو من أرض أخرى محبسة بجوارها تشتري ويوسع بها المسجد أو الطريق أو المقبرة للضرورة، لأن ما كان لله لا بأس أن يستعان ببعضه في بعض، وقد أدخل في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وسع دوراً كانت محبسة.

وإذا بيع الحبس في حالة من هذه الحالات يشتري بثمنه عقاراً آخر يجعل حبساً مكان الأول حفاظاً على بقاء الحبس ودوام نفعه ما أمكن.

ولا يجوز بيع عقار الحبس في غير الحالات الثلاث ولو خرب، لأنه قد يوجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان. وروي عن الإمام مالك جواز بيعه إذا خرب ولم تمكن عمارته إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة، ويجعل ثمنه في وقف مثله وهو ما أفتى به المتأخرون من فقهاء المالكية، وذلك بالشروط الآتية: ألا تكون له غلة يصلح بها، وألا ترجى عودته إلى حالته بإصلاح أو غيره، وألا يوجد من يتطوع بإصلاحه.

- بيع غير العقار من الأحباس: يجوز بيع كل ما أصبح عديم النفع فيما حبس فيه من غير العقارات من الحيوان والعروض فيجوز بيع ما ضعف من الدواب الموقوفة أو قدم واستهلك من المنقولات كالكتب والأثاث والسيارات يباع، ويوضع ثمنه في جديد مثله، ثياب أو حيوان أو سيارة أو كتب حسب الوقف المباع، فإن لم يف ثمن القديم بالجديد يعن به في شراء وقف مثله وإلا تصدق بالثمن.

3- رجوع الحبس عند انقطاع الجهة المحبس عليها: الحبس عند الإطلاق عن التقييد بمدة يكون مؤبداً، فإن انقضت الجهة المحبس عليها فمرجه يختلف باختلاف الجهة المحبس عليها:

- الحبس على فلان وعقبه: إذا كان الحبس على فلان وعقبه وانقضى العقب، فلم يبق له ولد فإن الحبس يرجع إلى أقرب فقراء عصابة المحبس حبسا ينتفعون به لا ملكا، ولا يرجع إلى الواقف ولو فقيرا ولا إلى الأغنياء من عصبته، استدامة لنفعه ما أمكن، لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة: (اجعله لفقراء أقاربك)، فإن كان العصابة كلهم أغنياء أو لم يوجد عصابة وزع على فقراء المسلمين.

- الحبس على المعينين وبعدهم على الفقراء: من حبس على أشخاص معينين من الناس كعلي وخالد ثم بعدهم على الفقراء، فإن مات من المعينين ينتقل نصيبه إلى الفقراء لا إلى الآخرين، فيحتاط للفقراء، بخلاف من حبس على معينين حياتهم ولم يرجعه بعدهم على الفقراء، فإن مات منهم ينتقل نصيبه إلى الآخرين استدامة لبقاء الحبس ما أمكن، وذلك أولى من أن يرجع ملكا إلى الواقف، فإذا انقضوا جميعا رجع الحبس ملكا للواقف أو وارثه. فإن حبس على أشخاص معينين ولم يقل حياتهم فإنه بعد موتهم يرجع مرجع الأحباس على أقرب فقراء عصابة المحبس.

- الحبس المحدد بأجل: فإنه بعد انتهاء المدة يرجع ملكا للواقف أو وارثه، إذا مات بعض من وقف عليهم قبل انتهاء المدة رجع الوقف للباقيين منهم كما تقدم.

- الحبس على المساجد ونحوها: إن كان الحبس على منفعة كمدرسة أو مسجد وخربت الجهة المحبس عليها ولم يرج إصلاحها صرف الوقف إلى جهة مثلها إن أمكن، فما كان على مسجد ينقل إلى مسجد آخر، وما كان على مدرسة ينقل إلى مدرسة أخرى، حفاظا على تنفيذ إرادة الواقف ما أمكن، فإن لم يمكن صرفه على مثله صرف في قربة أخرى.