

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
قسم الشريعة والقانون

كلية الشريعة والاقتصاد

مواريث وترعات 2

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة تخصص شريعة وقانون

السداسي السادس

إعداد: د/ ساعد تبيّنات

السنة الجامعية: 2023/2022

مقدمة

الحمد لله نحْمَدُهُ ونستعينُ بِهِ ونستغفِرُهُ ونَعُوذُ بِهِ مِنْ شَرِّ أَنفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا وَنَصْلِي وَنَسْلِمُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَمَنْ اتَّبَعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ وَبَعْدِهِ:

تقسم عقود التمليلات إلى قسمين هما: عقود المعاوضات: وهي العقود التي يكون التملك من الطرفين عن طريق المبادلة مبادلة عين بعين أو مال بمال أو مال بمنفعة أو منفعة بمنفعة أو غير ذلك كالبيع والإيجار والاستصناع والمزارعة وغيرها؛ وعقود التبرعات: وهي ما كان التمليل فيها من غير مقابل، كالهبة والوصية والوقف والعارية والوديعة بدون أجر وغيرها.

وهذه مذكرة في عقود التبرعات، موجهة لطلبة السنة الثالثة تخصص الشريعة والقانون، متوافقة مع البرنامج المقرر، والذي يشمل الوصية والوقف والهبة والعارية والوديعة دون أجر؛ والتزمت فيها بدراسة كل عقد من الناحية الفقهية والناحية القانونية، والتزمت في الدراسة الفقهية فيها المذهب المالكي مع الإشارة في بعض الأحيان إلى آراء الفقهاء في المسائل الخلافية، بالإضافة إلى الدراسة القانونية بالرجوع إلى القانون المدني وقانون الأسرة وقانون الأوقاف وغيرها، وعملت على بيان ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيها.

واعتمدت على مصادر المذهب المالكي وبعض المراجع الحديثة منها: المدونة لسحنون، وموهاب الجليل للخطاب، وبلغة السالك للصاوي، والذخيرة للقرافي، ومدونة الفقه المالكي للغربياني، وعلى مصادر المذاهب الفقهية والفقه المقارن منها: البدائع للكاساني، والمعنى لابن قدامة، وبداية المجتهد لابن رشد؛ كما اعتمدت على بعض المراجع الحديثة في فقه التبرعات بأنواعها منها: الوصية ومحاضرات في الوقف كلاماً لمحمد أبو زهرة، وأحكام التبرعات للتجكاني، وعقود التبرعات لحمدي باشا عمر، واعتمدت في القانون على موسوعة الوسيط في شرح القانون المدني للسنهاوري، ومجموعة من الرسائل العلمية ذات الصلة.

والله أعلم أن يجعل هذا العمل متقبلاً عندك، وأن ينفع به طلبة العلم، والحمد لله رب العالمين.

المحاضرة الأولى

مقدمة في تعريف عقود التبرعات

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

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

أ- التبرع في اللغة: التبرعات جمع تبرع، 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، قال الخليل: تقول برع بروع وبراعة، وهو يتبرع من قبل نفسه بالعطاء)¹، وقال ابن منظور: (تبرع بالعطاء أعطى من غير سؤال أو تفضل بما لا يجب عليه)²، فمعنى التبرع هو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو دون أن تطلب عليه عوضاً أي مقابلة.

ب- التبرع في الاصطلاح:

1- في الفقه الإسلامي: لم يضع فقهاء المذاهب تعريفاً للتبرع، وإنما عرفوا أنواعه كالوصية والوقف والمبة وغيرها، ووضعوا تعريفاً لكل نوع من هذه الأنواع يحدد ماهيتها، ومع هذا فإن معنى التبرع عندهم لا يخرج عن كونه: (بذل المكلف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً)³، وعرفه علي حيدر: (إعطاء الشيء غير الواجب، إعطاؤه إحساناً من المعطي)⁴.

ومن الألفاظ القرية 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

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 1، ص 221.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 8.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 10، ص 65.

⁴ علي حيدر، درر الحكم، ج 1، ص 57.

بواجية، و فعله و تركه يعود للإنسان، وهذا المعنى موجود في التبرع، لكن الملاحظ أنه يستعمل التبرع فيما كان تطوعاً بمال أو منفعة بالخصوص، ويستعمل التطوع استعملاً أعم من ذلك فيشمل العبادات أيضاً.

وبناء على ما سبق عرف الفقهاء المعاصرون عقود التبرع: فقد عرفها مصطفى الزرقا بقوله: (هي العقود التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للأخر كالهبة والإعارة)¹، ومؤدي هذا التعريف أن عقد التبرع هو عقد بين طرفين، يقوم على تملك مال أو منفعة دون عوض.

2- في القانون: لم يعرف قانون الأسرة عقد التبرع، وقد عقد كتاباً للتبرعات وذكر ثلاثة عقود وهي الوصية والهبة والوقف، وكذا القانون المدني لم يعرف عقد التبرع، ولذلك سنذكر تعريف فقهاء القانون، فقد عرف السنهوري عقود التبرع بقوله: (عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلاً لما أخذه)²، وهذا التعريف يتوافق مع التعريف الفقهي، فمدار عقود التبرع هو عدم وجود مقابل بين الطرفين.

ثانياً- خصائص عقود التبرعات عن غيرها من العقود: لعقود التبرع خصائص تميزه عن سائر التصرفات المالية أهمها³:

1- التبرع تصرف إرادي أي أن الإرادة فيه عنصر أساسي بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية، فلذلك يكون عقداً ويكون تصرفًا بالإرادة المنفردة، وتغلب عليه في الفقه الإسلامي أنه تصرف بالإرادة المنفردة أو بعبارة أدق الإيجاب، وهي مندوبة شرعاً غير واجبة موكولة إلى إرادة الإنسان وقوته وإيمانه، 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 فعلاً، 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 فعلاً أو لا.

3- عقود التبرع يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها من العقود، فيغتفر فيها الغرر والجهالة اليسيرة؛ لأنها مبنية على اليسر والتوصعة، بخلاف عقود المعاوضات حيث اعتبر العوض فيها، وشرطه أن يكون معلوماً، كثمن البيع، وعوض الأجرة ونحوهما.

¹- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 607.

²- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 162.

³- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، ص 29 وما بعدها؛ ويوسف نواسة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحکامه ومقاصدها، ص 239.

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 أيضاً، فالعارض المؤجلة لازمة عندهم إلى انتهاء الأجل، كما تلزم عندهم المببة بالقبول، فإن امتنع الواهب من تسليمها يغير عليها. أما عقود المعاوضة فالوفاء بما يتعهد له العقدان في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة ونحوهما واجب، فإذا ثبت صحيحة بشرطها، لأن في عدم الوفاء بها ضرراً للعقد الآخر، لضياع ما بذلك من العرض في مقابلته.

5- اشتراط الحيازة 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.

ثالثاً- الحكمة من تشريع عقود التبرعات ومقاصدتها: جاءت النصوص متواترة في الحديث على التبرع والترغيب فيه، وإنفاق المال على هذه الصفة له فضائل كثيرة، كما أن استقراء النصوص الشرعية يرشدنا إلى مقاصد التبرعات، كل ذلك نلخصه في النقاط الآتية¹:

1- التقرب إلى الله وتحصيل الأجر، وتربيبة النفس على العطاء، وتدارك ما فرط فيه الإنسان في حياته من أعمال الخير، وهو الدافع الأساسي للمسلم من أجل التبرع قال تعالى: (وما أنفقت من نفقة أو نذرتم من نذر فإن الله يعلمه وما للظالمين من أنصار إن تبدوا الصدقات فنعموا هي وإن تخفوا وتوتوها الفقراء فهو خير لكم ونكفر عنكم سيئاتكم والله بما تعملون خبير) (البقرة، 270-271)، وقال تعالى: (سارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنّة عرضها السماوات والأرض أعدت للمتقين الذين ينفقون في السراء والضراء والكافرين الغيظ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين) (آل عمران، 133-134)، 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 بيديه وإن كانت قرة، فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربى أحدكم فلوه)².

2- تحقيق التعاون والتكافل 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

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص 487 وما بعدها؛ ومحمد التاويل، الوصايا والتزيل، ص 45.

² - رواه البخاري (1410)، ومسلم (1014) واللفظ له؛ والفلو المهر الصغير.

الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجية جليلة، وأثر خلق إسلامي جميل، بها تحصل مساعدة الموزين، وإناء المقترين، وإقامة الجم من مصالح المسلمين.

3- إقامة مصلحة ضعاف المسلمين: وقضاء حوائجهم التي لا تستقيم حياتهم العادلة إلا بتمامها، ولا يبلغ هذا المقصد تمامه إلا إذا كان الإنفاق بمقادير لها بال وبصورة دائمة وعامة، حيث يستمر معها الإنفاق بمقادير متماثلة فيسائر الأوقات، قال تعالى: (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو) (البقرة، 219)، لأن دوام الإنفاق وعمومه لا يحصل إلا ببذل الفاضل على حاجات المنفقين، فلا يشق عليهم ولا يتخلّف عن ذلك أحد، وقد قال صلّى الله عليه وسلم: (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابداً من تعول)¹، وأنه 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 شيئاً، ولذلك قال: (أفضل الصدقة جهد المقل)².

4- التكثير منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وإذا قد كان شح النفوس حائلاً 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 ثلاثة: صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعوه له)³. كما وصفت الشريعة الذين يقون أنفسهم من شحها ويروضونها على السخاء والعطاء بالملحقين قال تعالى: (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون) (الحشر، 9)، كما أثبتت على المنفقين المتصدقين وذمت المقترين المانعين قال تعالى: (فاما من أعطى واتقى، وصدق بالحسنى، فسيسره للحسنى، أما من بخل واستغنى، وكذب بالحسنى، فسيسره للعسرى، وما يغنى عنه ماله إذا تردى) (الليل، من 5 إلى 11)، قال ابن عباس رضي الله عنه: (سادات الناس في الدنيا الأشخاص وفي الآخرة الأنقياء).

5- أن تكون التبرعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، لأنها من المعروف والسعاد، وأن فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخالفه. فتتحقق أن يكون قصد التبرع النفع العام والثواب الجزييل. ولذلك كان من مقصد الشارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدوراً من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضر 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) (البقرة، 233). فطيب النفس المقصود في التبرعات أخص من طيب النفس المقرر في المعاوضات.

¹ - رواه البخاري (1426)

² - رواه أبو داود (1677)، وأحمد (8702).

³ - رواه مسلم (1631)

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)¹.

وهذه الحالة تقتضي التأمل والعزم دون التردد إلى وقت المضيق، ويتحقق حصول مهلة النظر بأحد أمرتين هما التحويز والإشهاد.

6- التوسيع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبوعين: 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) (البقرة، 268)، وقد تبين ترغيب الشريعة فيها في المقصد الأول. ففي التوسيع في كيفيات انعقادها خدمة للمقصد الأول.

ولأجل هذا المعنى أباحت الشريعة تعليق العطية على حصول موت المعطي بالوصية، مع أن ذلك مناف لأصل التصرف في المال لأن المرء إنما يتصرف في ماله مدة حياته. ومن أجل ذلك أعملت شروط المتبوعين في مصارف تبرعاتهم، من تعليم وتحصيص وتأجيل وتأييد 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 بفوائتها. والذي رجحه نظار المالكية في شأن الشروط في الحبس والحبة والصدقة إمساؤها، مثل اشتراط الاعتراض في الصدقة والحبة، واشتراط المتصدق أو الواهب على الآخر أن لا يبيع ولا يهب.

7- أن لا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حق وارث أو دائم: وقد كانت الوصايا في الجاهلية قائمة مقام المواريث، وكانوا يميلون بها إلى حرمان قرابتهم وإعطائهم 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 يتکفرون الناس)²، ومن أجل هذا منع المريض مرضًا مخوفاً من التبرع ولم يمنع من المعاوضة بالبيع ونحوه؛ لأن في البيعأخذ عوض بخلاف التبرع، فالتهمة في تبرع المريض قائمة.

¹ - رواه البخاري (1419)، ومسلم (1032).

² - رواه البخاري (3936).

ثالثاً- أنواع التبرعات:

أ- 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 تبرعا في الابتداء لكنها معاوضة في الانتهاء كعقد القرض، فإن المفترض متبرع عند الإقرار لكنه عند رجوعه على المقترض بمثل ما أخذ يئول إلى المعاوضة. وكذلك عقد الكفالة بأمر المدين، فإنها تبرع في الابتداء، حينما يتلزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن ورجع على المدين بمثل ما دفعه تصبح عقد معاوضة.

وفي سياق تعريف الالتزام ذكر الخطاب أنواعا من التبرعات هي¹: الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمري، والعرى، والمنحة، والإرافق، والإلحاد، والإسكان والنذر إذا كان غير معلق؛ وفرق الخطاب بينها بأمور اعتبارها الفقهاء في كل باب:

فخصوصاً الصدقة والهبة بتملّك الرقاب وجعلوا الأولى في ما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة، والثانوية في ما كان لقصد ثواب من المعطي أو لوجه المعطي لصداقة أو قرابة ونحو ذلك.

وخصوصاً الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة فإن كان ذلك على التأبدي فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حيَاة المعطي فهو العمري، وإن كان محدوداً بمدة أو غير محدود فهو العارية، فإن كان ذلك في عقار أطلق على الإسكان، وإن كان ذلك في ثمرة أطلق على العرى، وإن كان في غلة حيوان أطلق على المنحة، وإن كان في خدمة عبد أطلق على الإلحاد، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق على الإرافق.

هذه أنواع من التبرعات في الفقه الإسلامي، ولم يقصد الفقهاء إلى حصرها، بل ذكرروا 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، كالtransfer بالحقوق المعنوية، والأسهم والسنادات، والتبرع بالأعضاء سواء في الحياة أو بعد الممات.

ب- تقسيم التبرعات في القانون:

تقسم التبرعات عند فقهاء القانون باعتبارات مختلفة، فإذا كان المعتبر أن يكون الالتزام المقدم هو تملّك فيما كان كذلك فهو هبة وإلا ففضل، وإن إذا كان المعتبر في ذلك الشروط الشكائية اللازم

¹ - الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص 20.

توافرها، فتقسم إلى هبات مباشرة، وهبات غير مباشرة وهي التي لا تستلزم تلك الشروط، وهكذا، وهو ما سنوضحه فيما يأتي¹:

-1- تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضيل: تقسم عقود التبرع (*actes à titre gratuit*) إلى قسمين:

- عقود الهبات (*actes de libéralités*): وفيها خرج المتبرع عن شيء من ماله وينتقل إلى الطرف الآخر، كالمهبة مثلاً والوصية أى ضا.

- عقود التفضيل (*contrats à titre gracieux, actes de bienfaisance*) هي عقود التبرع التي لا يترتب علىها خروج مال من ذمة المتبرع، وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمة هذا المتبرع مقابل ما يؤدى له من خدمة للطرف الآخر. ولهذا يمكن القول بأن التبرع في عقود التفضيل يؤدي إلى افتقار سلبي، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارضة والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر.

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن البعض يرى اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون عقود التفضيل، والتي يكفي فيها أهلية التصرف.

-2- تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة: يقسم فقهاء القانون التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة:

- الهبة المباشرة التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للمتبرع له. وهذا النوع هو وحده الذي يجب إفراغه في الشكل الواجب قانوناً في الهبة؛ ومن أمثلة الهبة المباشرة: أن يعطي شخص آخر داراً أو سيارة بدون مقابل على سبيل التبرع، فيكون قد نقل له حقاً عينياً هو حق الملكية على الدار أو على السيارة، أو أن يلتزم شخص لآخر بدفع مبلغ من النقود على سبيل التبرع.

- الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إلىه هذا الحق مباشرة من المتبرع؛ ومن أمثلة الهبة غير المباشرة: الترول عن حق عيني، الترول عن حق شخصي أي الإبراء، الاشتراط لمصلحة الغير، قبول المحال علىه لحالة الدين دون مقابل، ففي هذه الأمثلة يكسب المتبرع له الحق المتبرع به، ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 162؛ وسماحي، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

وفائدة التقسيم هو التمييز بين التبرع الذي يفتقر إلى الشكلية والعينية (الخيازة)، والمتمثل في الهبات المباشرة، وبين التبرع الذي لا يحتاج إلى الشكلية وهو الهبة غير المباشرة، بالإضافة إلى الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر فلا تحتاج إلى الشكلية، وإنما تأخذ شكل العقد الذي يسترها.

3- تقسيم التبرعات إلى تبرع محض وغير محض: يندرج تحت هذا التقسيم ثلاثة أنواع:

- تبرع محض مقصود قصداً أولئك ظاهراً، كالمهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة.
- تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء، كالقرض، والكفالة في بعض صورها، ولهبة بشرط العوض.
- تبرع ضمن عقد معاوضة، كالمحاباة في البيع والشراء، وكالزكادة على المهر.

المحاضرة الثانية

الوصية

أولاً - تعريف الوصية:

أ- لغة: هي مشتقة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به¹، كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

ب- اصطلاحاً:

1- في الفقه الإسلامي: الوصية في الشرع أخص منها في اللغة، وأعم منها عند الفقهاء، كما أنها عند الفقهاء أعم منها عند الفرضيين، فعرفها ابن عرفة المالكي بقوله: (الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعده)²، ومقتضى هذا التعريف:

- اشتمل هذا التعريف على نوعين: النوع الأول وصية نيابة عن الموصي، كإيصاء على الأطفال وعلى قبض الديون وتفرقة التركة، وهو ما يطلق عليه عند غير المالكية مصطلح الوصاية؛ والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو قضاء دينه، وهي الوصية عند الفراض، فالوصية عند الفقهاء أعم من الوصية عند الفراض.

- أن الوصية عقد يعقده الإنسان على نفسه ويلترمه، وليس مجرد وعد.

- ثبوت حق الموصي له في تركة الموصي في حدود الثلث لا يتجاوزه.

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

2- في القانون: نص القانون المدني الجزائري على الوصية 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.

وتعريفها في المادة 184 من ق آ بأنها: (تمليك مضاد إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)، وهذا التعريف يتطابق مع تعريف الحنفية، فالمقصود بالتمليك أن الوصية تكون بالأعيان سواء كانت منقولاً أو عقاراً، وتكون بالمنافع، كما أفادت عبارة مضاد إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذي تم في حياة

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج 15، ص 393.

² - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص 528.

الوصي لا يترتب إلا بعد موته، ودللت عبارة بطريق التبرع أن الوصية تتم بغير عوض فلا يأخذ الوصي مقابلاً لوصيته.

ثانياً- الفرق بين الوصية والميراث: يتوافق الميراث والوصية في بعض الأحكام، ويختلفان في بعضها، فمما يتوافقان فيه¹:

- 1- أن كلاً منهما حق متعلق بتركة الميت، يصل إلى الغير مجاناً وبدون عوض.
- 2- أن كلاً منهما مشروط بوفاة المالك، لا يستحق إلا بموت صاحب التركة فلا حق للموصى له، ولا للوارث في شيء من التركة في حياة المالك.
- 3- أن كلاً منهما يبطل بوفاة المستفيد قبل صاحب الشأن، أو معه أو في حال الشك، فالموصى له إذا مات قبل الموصي أو معه أو جهل السابق منهما تبطل وصيته، وكذلك الوراث.
- 4- أن كلاً منهما يبطل بالقتل العمد العدوان على خلاف بين الفقهاء يأتي في محله.

ويختلف الميراث والوصية في أحكام نذكر منها:

- 1- فالميراث يرتبط بأسباب معينة حددها الشرع، لا يستطيع الميت التحكم فيها، كما يتأثر بموانع معروفة لا يملك الميت حق تحاوزها، بينما الوصية لا تتوقف على أسباب، ولا تتأثر بموانع الإرث، إلا في حدود ضيقية.
- 2- الميراث حق جيري، ينتقل إلى الوراث بمقتضى الشرع، بغير إرادته، ولا إرادة الموروث، ولا يملك أحدهما حق التدخل في تقريره أو رفضه، ولا في تحديد مقداره، أو تعين المستفيد منه، بينما الوصية تصرف اختياري يتم بارادة الطرفين الموصي والموصى له، يمكن للموصى أن يوصي وأن لا يوصي، كما يمكنه التدخل في تحديد مقدار الوصية، و اختيار الشخص الموصى له في حدود معينة، وللموصى 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، وحق الرد بالعيوب، أحذى بعموم حديث: (من ترك حقاً أو مالاً فلورثته)، بخلاف الوصية فإنها تنقل للموصى له الملكية، دون حق الرد بالعيوب، فإذا اشتري شخص سلعة معيبة لا علم له بعيوبها ومات، فإن للورثة حق ردتها على البائع، وإذا أوصى بها فمات فإنه لا حق للموصى له في ردتها بالعيوب، والفرق بينهما أن الوصية تملك مبتدأ، والإرث خلافة وولاية.

¹ - محمد التاويل، المرجع السابق، ص75؛ ومحمد الحبيب التحكماي، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، ص134.

ثالثاً - مشروعيتها: القياس يقتضي عدم جواز الوصية؛ لأنها تمليك مضارف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتفعل بالإضافة إلى زمان زوال الملك، فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح، ولهذا قال الفقهاء الوصية خلاف الأصل، إلا أنه رغم هذا فإن الوصية ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنّة والإجماع:

- **الكتاب:** قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيراً، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقاً على المتقين) (البقرة، 180)، وقوله سبحانه: (من بعد وصية يوصى بها أو دين) (النساء، 12)، فالآية الأولى دلت على مشروعية الوصية للأقارب، والآية الأخرى جعلت 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 أو دين، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية)¹.

- **السنّة:** حديث سعد بن أبي وقاص السابق: (الثلث والثلث كثير)، وحديث (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم)²، وحديث: (ما حق امرئ مسلم بيته ليتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)³، 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 يؤمن أن تفجأه المنية فلا يمكنه ما يريد من الوصية، فليس من الخزم 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 الموت⁴.

- **الإجماع:** فإن الأمة من لدن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، ولذلك أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية⁵.

رابعاً - حكمة تشريع الوصية: أن يستدرك المسلم ما فاته في حياته من خير، وما قصر فيه من واجبات، وأعطاه الشارع الحكيم فرصة الانتفاع بما جمعه وإنفاقه فيما تطيب به نفسه، وفرض احترام رغباته وتصرفاته المشروعة حين قال سبحانه: (فمن بدلها بعدما سمعه فإنما إثمها على الذين يبدلونه) (البقرة، 181)، لذا شرعها الشارع تمكيناً من العمل الصالح، ومكافأة من أسدى للمرء معرفة، وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين، وسد خلة المحتاجين، وتحقيق الكرب عن الضعفاء والمساكين؛ وذلك بشرط التزام

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 74؛ وابن قدامة، المعنى، ج 6، ص 137.

² - رواه ابن ماجة (2207).

³ - رواه البخاري (2738)، ومسلم (1627).

⁴ - ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج 3، ص 111.

⁵ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 6، ص 137.

المعروف أو العدل، وتجنب الإضرار في الوصية يقول تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضر) (النساء، 12). ول الحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (الإضرار في الوصية من الكبائر)¹، والعدل المطلوب هو أن تكون في حدود ثلث التركة المحدد شرعاً، وأن تكون لغير وارث، ولا تنفذ الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة الآخرين، لمنع التbagض والتتحاصل وقطيعة الرحم.

خامساً - حكم الوصية: الوصية عند الجمهور مندوبة لما فيها من زيادة الزاد للمير، ولو ل الصحيح غير مريض؛ لأن الموت يأتي فجأة، فلا تجحب 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: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً، الوصية للوالدين والأقربين بالمعرفة، حقاً على المتدينين) (البقرة، 180)، فالمعرفة في الآية خاص بالمندوب، ولا يطلق على الواجب، قوله تعالى: (حقاً على المتدينين)، يدل بمفهومه على عدم وجوبها على غيرهم، ولو كانت الوصية واجبة لوجبت على المتدينين وغيرهم.

و الحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق أمرى مسلم له شيء ي يريد أن يوصي فيه بيته ليترين إلا ووصيته مكتوبة عنده)، حيث جعل الوصية موكلة إلى إرادة الموصي، ولو كانت الوصية واجبة لما علقها على إرادة الموصي، وجعل الوصية حقاً للموصي: (ما حق أمرى مسلم)، ولم يجعلها حقاً 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 فقيل فيه من حقه أن يفعل كذلك أو كذا وكذا، فالظاهر فيه الندب لا الوجوب، وما 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 لكن 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)².

والوصية تعترىها أحوال أخرى تخرجها عن الندب هي³:

¹ - رواه سعيد بن منصور موقوفاً بإسناد صحيح، ورواه النسائي ورواه رجاله ثقات (ينظر: ابن حجر، فتح الباري، ج 13، ص 214)

² - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 150.

³ - الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 364؛ والتاویل، الوصايا والتزیل، ص 75.

أ- الوجوب: فتحب الوصية فيما إذا كان على الإنسان حق شرعى لله تعالى، كزكاة أو كفارة أو نذر أو هدي ونحو ذلك، وخشى 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 الوراث.

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

ومن الوصية المحرمة، الوصية بقصد الإضرار بالورثة، ومنعهم من أخذ نصيبيهم المقدر لهم شرعاً، وقد نهى الله تبارك وتعالى عن الإضرار بالوصية، فقال تعالى: (غير مضار وصية من الله والله علیم حليم) (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، فتحب لهما النار)، ثم قرأ أبو هريرة: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) إلى قوله تعالى: (وذلك الفوز العظيم)¹.

ج- الإباحة: قال اللخمي: هي الوصية التي لا تتعلق بها طاعة، ولا معصية، واستوى 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 غالب على ظن الموصي أنه يستعينون بها على معاصيهم.

ثم إن إنفاذ ما عدا المحرم مأموري، وقال ابن رشد إن إنفاذها ينقسم على الخمسة المذكورة، فالمراد إنفاذها من قبل 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 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:

¹ - رواه أبو داود (2867).

أ- في الفقه الإسلامي: وهو المالك الظاهر تمييزه التام ملكه؛ فتصح الوصية من اجتمعت فيه الشروط التالية¹:

1- العقل: وهو شرط لا بد منه، وخاصة في المبادات والتبرعات، فلا تصح الوصية من مجنون ومعتهوه، ولا من مغمى عليه، ولا من سكران، لفقد هؤلاء العقل الذي هو مناط التكليف، فقدوا بذلك أهلية التبرع، فإن كان المجنون يفique أحياناً، ويجهن أحياناً، فما أوصى به في حال إفاقته فووصيته به صحيحة، وما أوصى به في حال جنونه فووصيته به باطلة.

2- التمييز: فلا تصح الوصية من صبي لا تمييز له غير واع لما يقول حال الإيضاء، وتصح من المميز، فعند المالكية وأحد قول 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، فلومن عن 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 لها ثوابها بعد غناه عن ماله، فلا يلحقه ضرر في دنياه، ولا أخراء، فلا يمنع منه.

3- الاختيار: أن يكون الموصي وقت إبصائه راضيا بوصيته، غير مكره عليها بوجه من وجوه الإكراه، وهو شرط متفق عليه، فلا تصح من مكره، لأن الوصية تبرع بحق، فلا بد فيه من رضا المتبوع واختياره.

4- الملك التام للموصى به: فغير المالك للموصى به لا تصح وصيته، فوصية الفضولي في مال غيره باطلة 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 تماما 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 أحازوها مضت وإن ردوها بطلت.

وببناء على ما ذكر من شروط في الموصي، فإنه تصح وصية²:

¹- ينظر: التجkan، المرجع السابق، ص137؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج7، ص14.

²- ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص150.

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، وثرة الصحة الحكم بإنفاذها إذا ترافقوا إلينا.

2 - المحجور عليه بسفهه، لصحة عبارته، واحتياجه للثواب بعد موته، أو صغر، فتصح من السفيه والصغر المميز لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فلو منعا منها لكان الحجر عليهما لحق غيرهما.

ب- الموصي في القانون: نص المشرع على شروط الموصي في المادة 186 من قانون الأسرة: (يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل)، فلم يأخذ القانون برأي المالكية في حواز وصية الصبي المميز، واشترط في الموصي البلوغ، وحده ببلوغه تسع عشرة سنة، كما نصت المادة 200: (تصح الوصية مع اختلاف الدين)، وهو ما يتوافق مع الفقه الإسلامي بعدم اشتراط الإسلام في الموصي، فوصية الكافر صحيحة أيضا في القانون.

الركن الثاني- الموصى له: وهو المستفيد من الوصية

أ- في الفقه الإسلامي: شروطه -مع اختلاف الفقهاء في بعضها- هي¹:

1- أن يكون موجودا وقت الوصية: وهو شرط مختلف فيه²، فذهب المالكية إلى أنه لا يشترط وجود الموصى له حين الوصية مطلقا سواء كان الموصى له شخصا أم جهة من جهات البر، فلا يشترط المالكية أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية، بل ولا وقت وفاة الموصى؛ ومن ذلك أجازوا الوصية للحمل الموجود أو للحمل الذي سيوجد في المستقبل، فيستحقه إن استهل صارخا ونحوه مما يدل على تحقق حياته، فإذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له سواء كان موجودا بأن كان حملأ حين الوصية أو غير موجود أصلا، فيؤخر الموصى به للوضع على كل حال، فإذا وضع واستهل أخذ ذلك الشيء الموصى به، فإن نزل ميتا أو لم تحصل ولادة أصلا رجع الموصى به لورثة الموصى.

كما تصح الوصية للميت عند المالكية بشرط علم الموصى بموته حين الوصية، ويصرف الشيء الموصى به للميت في وفاته إن كان عليه دين، فإن لم يكن عليه دين فلوارثه، فإن لم يكن عليه دين ولا وارث له بطلت الوصية، ولا تكون لبيت المال.

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص140؛ والتاويل، المرجع السابق، ص163 وما بعدها.

² - ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراطه مطلقا، وفرق الحنفية بين الموصى له المعين فاشترطوا وجوده، وبين غير المعين فلم يشترطوا وجوده حين الوصية، ويكتفى وجوده عند وفاة الموصى.

2- 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 بجهة من جهات البر ولو كانت غير مخصوصة، كالوصية للمساجد والمدارس والقراء والمساكين وللعلماء وطلبة العلم ونحو ذلك.

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

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

4- عدم المعصية: فلا تجوز الوصية لأهل الحرب بسلاح أو مال لوجود المعصية في كل ذلك، ولا تجوز الوصية لناد قمار أو لصانع حمر، لأن ذلك من الإعانة على الإثم والعدوان وهو منهي عنه شرعاً. وأجاز أكثر الفقهاء الوصية للذمي كان قريباً أو أجنبياً قال ابن حزم وابن عبد البر: لا خلاف في ذلك.

5- أن يكون غير وارث للموصي: 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 يقع بينهم العداوة والبغضاء.

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

¹ - رواه الترمذى (2141)، وأبو داود (2870)، كلاماً عن أبي أمامة.

² - رواه الدارقطنى (4251).

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

6- أن يكون غير قاتل للموصى: فالوصية صلة للموصى له وقربي إلى الله عز وجل والقتل ينافي هذه المعانٰي، فيمنع القاتل من الوصية عقوبة له وزجراً تطبيقاً للقاعدة الفقهية: من استعجل شيئاً قبل أوانه عقب بحرمانه، وقياساً على الإرث، ويرى المالكية أن ذلك متتحقق في القتل العمد العداون دون غيره.

ب- الموصى له في القانون: لا تختلف شروط الموصى له في القانون عن ما ورد في الفقه الإسلامي؛ حيث نص على صحة الوصية للحمل في المادة 187 من قانون الأسرة: (تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس)، ونص على أن القتل العمد مانع لاستحقاق الوصية في المادة 188: (لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمداً)، كما نص على أن من شروطه أن لا يكون وارثاً وأن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أحازها الورثة بعد وفاة الموصى جاء في المادة 189: (لا وصية لوارث إلا إذا أحازها الورثة بعد وفاة الموصى).

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

أ- في الفقه الإسلامي: هذه الشروط هي¹:

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

2- 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 منهي عنه شرعاً: (ولاتعاونوا على الإثم والعداون).

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

¹ - ينظر: التاویل، المرجع السابق، ص314؛ التحکماني، المرجع السابق، ص146.

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

وأجاز الفقهاء الوصية بالحقوق المالية والحقوق التي تكون في معنى المال، فتصح الوصية بمحقق الارتفاق التي تنتقل بالإرث كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلی ونحوها.

وأجاز المالكية الوصية بحق الخلوة 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.

كما تحوز الوصية بالحقوق المعنوية كحق المؤلف بالنسبة لمؤلفه لنشر مصنفه.

4- 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)¹.

5- غير زائد عن الثالث: ينبغي للموصي، ويطلب منه ندبًا ألا يزيد وصيته عن ثلث ماله، عملاً بحديث سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال: (عادني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع، من وجمع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع، وأنا ذومال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، فأفتصدق بثلثي ملي؟ قال: " لا " قلت: فأفتصدق بشطره؟ قال: لا، الثالث، والثالث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذر هم عالة يتکفرون الناس، ولست تنفق نفقة تتبعني بها وجه الله إلا أجرت بها، حتى اللقمة تجعلها في في أمراتك)².

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

وبناء على الشروط السابقة، فإن الوصية تصح في الأمور التالية³:

¹ - سحنون، المدونة، ج 4، ص 350.

² - رواه البخاري (2591)، ومسلم (1628) واللفظ له.

³ - التاویل، المرجع السابق، ص 220.

1- تصح الوصية بالمال المجهول، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، لأن الوارث يختلف المورث في هذه الأشياء، فكذلك الموصى له، ولأن الوصية تحتمل الجهالة.

2- تصح الوصية بالمعدوم عند الوصية، كأن يوصي بشمرة ستحدث، أو حمل سيكون، لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر، رفقاً بالناس وتوسيعه عليهم، وهي رخصة لتدارك ما فات فناسب التيسير والتساهل فيها.

3- تصح الوصية بالمبهم، كأن يقول: أوصيت بأحد ثوي، لأن الوصية تحتمل الجهالة، فلا يؤثر فيها الإبهام، ويعينه الوارث.

4- تصح الوصية بالمنافع وحدها مؤقتة ومؤبدة، لأنها أموال مقابلة بالأعواض، كالأعيان، كما أنه تصح الوصية بالأعيان وحدها دون المنافع لإمكان صدوره المنافع إلى الموصى له بإجارة أو إعارة أو إباحة أو نحو ذلك، وعلى هذا تصح الوصية بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، كأن يوصي برقة داره لزيد، وبسكنها خالد.

5- تصح الوصية بنجاسة يحل الانتفاع بها ككلب معلم، وزبل، وحمر محترمة، وهي ما عصرت بقصد الخلية، لثبت الاختصاص فيها وانتقامها بالإرث.

ب- الموصى به في القانون: أجاز المشرع الوصية بالأعيان والمنافع في المادة 190 من قانون الأسرة: (للوصي أن يوصي بالأموال التي يملكتها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة)، وجاء في المادة 196: (الوصية، منفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى)، أي تكون مدة حياة الموصى له، كما نص على أن يكون الموصى به في حدود الثلث جاء في المادة 185: (تكون الوصية في حدود ثلاثة، وما زاد على الثالث توقف على إجازة الورثة)، ونص على الوصية بالحقوق المعنوية كحق المؤلف في التركة، وما زاد على الثالث 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 و 25 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.

أ- في الفقه الإسلامي: يرى جمهور الفقهاء أن الوصية عقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول معاً لأن الإنسان لا يملك رغم أنفه وأن الموصى قد تكون له منة في الوصية والمنة ضرر، فيحتاج إلى تبين الموصى له وإرادته بالقبول.

فإليحاب يكون باللفظ الصريح أو الكنية؛ فالصريح: كأوصيت له ألف، أو أدفعوا له بعد موتي ألفاً، أو أعطوه بعد موتي، أو هو له بعد موتي، واللفظ الصريح تتعقد به الوصية وتصح بمجرد اللفظ، ولا يقبل قول القائل إنه لم ينوي به الوصية، ومثل هذا الإشارة المفهومة من الآخرين، وتتعقد الوصية بالإشارة ولو من قادر على النطق.

وأما الكنية فلا بد من النية مع اللفظ، لاحتمال اللفظ غير الوصية، فيحدد المراد من اللفظ بالنية. ومن الكنية: كتابي هذا لزید، والكتابة من الناطق كنایة تتعقد بها الوصية مع النية، كما في البيع.¹

ويشترط المالكية قبول الموصى له، إن كانت الوصية لمعين؛ فإن كانت الوصية بجهة عامة، كالقراء أو العلماء، لم يشترط القبول، لتعذرها، وتلزم عندئذ بموت الموصى².

والقبول من الموصى له لا يكون ولا يقع إلا بعد موت الموصى، فلا عبرة بقبوله أو رده في حياة الموصى، إذ لا حق له قبل الموت، فأشباه إسقاط حق الشفعة قبل البيع، وبناء على هذا، فإنه يصح للموصى له – إن قبل الوصية في حياة الموصى – الرد بعد موته، وكذلك له القبول بعد موته، إن كان رد الوصية في حياته، لأن العبرة في القبول والرد أن يكون بعد موت الموصى، وبثبت القبول للموصى له 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 الموصى بطلت الوصية، لأنها قبل موت الموصى غير لازمة، فإن مات الموصى له بعد موت الموصى، ولكن قبل قبول الوصية، صحت الوصية، وقام ورثته مقامه في القبول أو الرد، لأنهم فرعيه، فيقومون مقامه في ذلك.

وحق القبول يورث عن الموصى له عند المالكية، فإذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول حل محله ورثته في حق القبول، فيجوز لهم أن يقبلوا الوصية وأن يردوها لقوله صلى الله عليه وسلم: (من ترك حقاً فلورثته)، وإذا قبل الموصى له أصبحت لازمة، وإذا ردها عادت إلى التركة من جملة ما يورث³.

بـ- الصيغة في القانون: جاءت شروط الصيغة موافقة للفقه الإسلامي؛ حيث جاء في المادة 197: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصى)، وفي المادة 198: (إذا مات الموصى له قبل القبول

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 346.

² - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 149.

³ - التاویل، المرجع السابق، ص 336.

فلورثه الحق في القبول أو الرد). ونصت المادة 199 على الوصية المعلقة على شرط وجاء فيها: (إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط).

سابعاً - أنواع الوصية: أنواع الوصية متعددة وباعتبارات مختلفة¹، وسنقتصر على أنواعها باعتبار الموصى به، وقد سبقت الإشارة إلى بعضها، فهي أنواع كثيرة أهمها²:

1 - الوصية بالأعيان: أي بعين من أعيان التركة، فقد تكون الوصية بعين معينة بذاتها، وقد تكون بعين غير معينة شائعة مطلقة أو شائعة في جنسها أو في جميع المال، كما قد تكون بجزء معلوم شائع في المال كالنصف أو الثلث، أو بجزء مقدر بنصي وارث، أو جزء شائع مجهول غير مقدر بسهم، ولكل منها حكم، وأهم ما يشترط فيها أن تكون في حدود الثلث إلا إن أحازها الورثة كما سبق ذكره.

2 - الوصية بالمنافع: أي ما قابل الأعيان والرقب، فتشمل المنفعة المحسنة كالسكنى والركوب، وتشمل الغلة أيضاً كثمار الأشجار ونتاج الحيوان وصوفه ولبنه وكراء ما يكرى من العروض والعقار والحيوان وغير ذلك، وهي جائزة عند جمهور الفقهاء غير الظاهرية، وذلك لعموم نصوص الوصية، وأنه إذا حازت الوصية بالعين فمن باب أولى جواز الوصية بالمنفعة لأن الوصية بالعين يشمل العين والمنفعة، والوصية بالمنفعة وصية بالمنفعة فقط.

ويشترط فيها باتفاق الفقهاء أن يحملها الثلث، والمعتبر في ذلك عند المالكية قيمة العين الموصى بمنفعتها مطلقاً سواء كانت مؤبدة أم مؤقتة أم مطلقة، فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار، وإن كانت بثمار البستان اعتبرت قيمة البستان وهكذا.

3-الوصية بالمرتبات: والمقصود بالمرتب مبلغ من المال يصرف كل يوم أو كل شهر أو كل سنة لشخص أو لجهة من جهات البر بصفة دائمة أو مؤقتة، كإطعام الفقراء كل يوم مقدار من الطعام، أو إعطاء مبلغ من المال كل شهر لفلان، لمدة سنة أو أكثر أو مدة حياته.

وقد اتفق الفقهاء على جوازها لعموم أدلة الوصية ولا تفاق الفقهاء على جواز الجهة والغرر في الوصية، ويوقف ثلث التركة لتنفيذها إذا لم يكن معها وصايا أخرى، أو ما ينوب المرتب في المحاصة إذا كانت معها وصايا أخرى، وينفق المال الموقوف في المرتب الموصى به إلى نفاده.

ثامناً - الوصية الواجبة والتزيل:

¹ - تقسم باعتبار حكمها إلى واجبة ومندوبة ومتاحة ومكرورة ومحرمة، وتقسم باعتبار لزومها إلى حكمية واختيارية، وباعتبارها صيغتها إلى مطلقة ومقيدة.

² - ينظر: التأويل، المرجع السابق، ص 352 وما بعده؛ وشلي، المرجع السابق، ص 140.

أ- في الفقه الإسلامي: سبق أن ذكرنا بأن جمهور الفقهاء يرون بأن الأصل في الوصية هو الندب، ولا تكون واجبة إلا في بعض الحالات، وخالف في هذا الظاهرية حيث ذهبوا إلى القول بوجوب الوصية أخذها من قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتدين) (البقرة، 180)، فنسخ ذلك بآيات المواريث فيما يخص الورثة، وبقي الوجوب فيما عدا الورثة.

ويرتب الظاهرية على هذا أن من مات ولم يوصي يكون فرضاً على الورثة أن يتصدقوا عنه بما لا يجحف بهم، وكان رأي الظاهرية هو مرجع القوانين الحديثة في تشريع الوصية الواجبة أو التتريل كما هو في قانون الأسرة الجزائري.

أما التتريل عند المالكية: هو أن يتول الموصي أحدهما من غير الورثة متولة أحد ورثته، بأن يقول المتول لورثته فلان وارث مع ولدي أو مع عدد من ولدي، أو ورثوه في مالي، أو يكون له ابن ابن وقد مات أبوه، فيقول ورثوه مكان أبيه؛ والقاعدة العامة في هذه الصيغ أنها وصايا عادية، وتطبق عليها أحكام الوصية، فتجوز في حدود الثلث إلا إذا أجازها الورثة فيما زاد على ذلك.¹

إذا قال الموصي: اجعلوا فلاناً وارثاً مع ابني، وأجاز الابن الوصية كان الموصى له النصف من التركة، فتقسم التركة بين الابن والموصى له بالتساوي، وإذا لم يجز الابن الوصية أخذ المتول الثلث واقتصر على ذلك.

وتتفق الوصية الواجبة مع التتريل عند المالكية: في أنهما تطبق عليهما أحكام الوصية، فيكونان في حدود الثلث، ولا ينفذ ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة؛ ويكونان لغير وارث.

وتحتفل الوصية الواجبة عن التتريل عند المالكية: في الصيغة: فالتريل يكون بلفظ أنزل وما قاربه والوصية تكون بلفظ الوصية ومشتقاته؛ وفي أن الوصية الواجبة تقتصر على الأحفاد الذين توفي أبوهم أو أمهم في حياة أصلهما، أما التتريل فلا ينحصر في الأحفاد، فيكون في سائر الأقارب غير الوارثين، كما يمكن أن يكون في غير الأقارب، لأن المالكية طبقوا على التتريل حكم الوصية، فتكون على وفق إرادة الموصى.

ب- في القانون: لم ينص القانون على الوصية الواجبة بهذا المصطلح، ونص عليها تحت مصطلح التتريل في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة، في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث، وطبق على التتريل أحكام الوصية، حيث يكون في حدود الثلث ويكون لغير وارث.

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 154.

جاء في المادة 169 من قانون الأسرة: (من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب ترتيلهم متزلاً أصلهم في التركة بالشروط التالية)، وجاء النص على الترتيل في هذه المادة، على وفق الوصية الواجبة التي قال بها الظاهرية، كما أنه لم يقل بالوصية الواجبة بمفهومها الواسع، وإنما أخذ بها في حالة معينة، وهي حالة ما إذا توفي الجد وترك أبناء وأبناء ابن وأبناء بنت توفي أبوهم أو أحدهم في حياة هذا الجد، ونص المادة يدل على أن الترتيل يتم بقوة القانون ولا حاجة لأن يوصي الجد بترتيل الأحفاد كما يقول المالكية، فإن أوصى لهم كان ذلك من قبيل الوصية الاختيارية وليس من قبيل الترتيل.

ونص قانون الأسرة في نص المادة 169 على أن الترتيل يكون بشرط، وهو ما جاء في المواد 170 و 171 و 172، وهو ما يتفق مع القوانين العربية التي نصت على الوصية الواجبة أو تحت مسمى الترتيل، وهذه الشروط هي:

- أن لا يكون الفرع المترتب مستحقاً للميراث ولو قليلاً في تركة المتوفى جداً كان أم جدة، جاء في المادة 171 من ق: (لا يستحق هؤلاء الأحفاد الترتيل إن كانوا وارثين للأصل جداً كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بالعوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحد دعم بأقل من ذلك وجب الترتيل بمقدار ما يتم به نصيبيهم أو نصيب أحد them من التركة).

- أن لا يكون الجد أو الجدة قد أعطيا لفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالترتيل حسب ما أفادته المادة 171 السالفة الذكر.

- أن لا يكون الجد أو الجدة قد أوصيا لفرع مقدار ما يستحقه بالترتيل، جاء في المادة 172: (ألا يكون الأحفاد قد ورثوا أصلهم أباً كان أم أما مقدار ما كان سيرته لهذا الأخير لو كان حياً من الجد أو الجدة جاء في المادة 170: (ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم وأمهما ما لا يقل عن نصاب مورثهم من أبيه أو أمه).

فإذا تحققت هذه الشروط وجب ترتيل الفرع متزلاً أصله على ألا يتجاوز مقدار ما يأخذه ثلث التركة، فإن استحق أقل من الثلث أخذه دون زيادة كما جاء في نص المادة 170: (أنهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة).

ويظهر من نص المادة 169 الأنفة الذكر أن أصحاب الحق في الترتيل هم:

فرع الولد الذي توفي حقيقة أو حكماً كالمفقود في حياة أصله.

فرع الولد الذي توفي مع أبيه وأمه ولم يعرف أيهما مات أولاً.

ولم يحدد القانون بدقة الأحفاد الذين يقصدهم، هل هم أبناء الأبناء وأبناء البنات مهما نزلوا، أم يقصد أبناء الأبناء أي الأبناء الذكور فقط، ويذهب أكثر شراح القانون إلى أنهم أحفاد الأبناء والبنات، سواء كان ذكورا أم إناثا ترجيحا للنص العربي للمادة على النص باللغة الأجنبية، وقد نصت المادة 172 على أن الترتيل في هذه الحالة يكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

تاسعا - الأحكام العامة للوصية: وتناول الأحكام الآتية: إثبات الوصية، حدود الوصية، الرجوع عن الوصية، وبطيلات الوصية، كل ذلك في الفقه والقانون:

1- إثبات الوصية:

أ- 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، بيت ثلات ليال إلا ووصيته مكتوبة عنده)¹.

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

فإن ثبت لدى القاضي أن ما اشتملت عليه الورقة بخط الموصي، أو قرأها على الشهود، لكنه لم يشهد الموصي على الوصية في الصورتين، بأن لم يقل: أشهدوا على وصيتي، أو لم يقل: نفذوها، لم تنفذ بعد موته، لاحتمال رجوعه عنها، فإن قال الموصي للشهود: أشهدوا، أو قال: أنفذوها، نفذت، وقال التسويي المالكي: إن الإشهاد على عقود التبرعات كالوصية شرط في صحتها، والإشهاد إما كتابي أو شفوي².

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

¹ - سبق تحريرجه.

² - التأويل، المرجع السابق، ص 510.

وحيث أن الوصية من التصرفات الخاضعة للشهر بطريق التسجيل، ولما كانت الوصية تملك مضارف إلى ما بعد موت الموصي، فإن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصى، وللموصى حال حياته شهر وصيته، فيتقدم أمام الموثق الذي يتولى بدوره تحرير العقد ثم شهر العقار الموصى به في دائرة اختصاصه، وتبقى الملكية للموصى حال حياته، وما دام لم يتراجع الموصى صراحة أو ضمناً، انتقلت الملكية بحكم القانون إلى الموصى له من وقت وفاة الموصى، ودون حاجة إلى إجراء آخر إذا استوفى الشهر كافة شروطه وعلق أثره الناقل للملكية على أجل وفاة الموصى، وللموصى له بعد ذلك أن يتقدم أمام مكتب الموثق أو مكتب الشهر بطلب مرفقاً به إقرار بقبوله الوصية، وشهادة بوفاة الموصى للتأشير بها على هامش تسجيل الوصية، حتى يتمكن من نقل التكاليف من اسم الموصى إلى اسم الموصى له¹.

2- حدود الوصية: يعتبر في الوصية أحكام شرعية تبين حدود تنفيذها وهي كالتالي²:

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

أما غلة الموصى به الحادثة بعد الموت وقبل القبول قيل كلها للموصى، 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 معاً، وهما وقت القبول وقت الموت، وفيها أقوال ثلاثة: فمن اعتبر في تنفيذها وقت القبول قال الغلة كلها للموصى، 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 وفاة الديون المتعلقة بمال الميت أو بدمته، فلو أوصى بثلث ماله، فإنما تنفذ الوصية من ثلث ما بقي له بعد وفاة ديونه. قال الله تعالى: (من بعد وصية يوصي بما أودين) [النساء: 11]. والدين مقدم على الوصية بالإجماع. فلو كان عليه دين مستغرق كل ماله، لم تنفذ وصيته في شيء من ماله.

ج- إذا كان للموصى وصايا وتبارات في مرض موته تزيد على ثلث ماله، ولم يجز الورثة الزائد، رويعي في إخراجها الترتيب التالي³:

1 - إذا كان بعض هذه التبارات منجزاً، وبعضها معلقاً، قدم المنجز على المعلق، لأن المنجز لازم لا يمكن الرجوع عنه، بخلاف المعلق، فلو وقف داراً بـألف ليرة، وأوصى بعد موته بـألف ليرة، وكانت تركته

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 40.

² - التحكاني، المرجع السابق، ص 151؛ والتاويل، المرجع السابق، ص 318.

³ - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 160؛ والتاويل، المرجع السابق، ص 498.

عند الموت ثلاثة آلاف، قدم الوقف، ولغت الوصية، إلا أن يحيى زوجها 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.

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

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

3- الرجوع عن الوصية:

أ- في الفقه الإسلامي: الوصية من العقود الجائزه، وليس من العقود الالزمه، كعقد البيع وعقد النكاح، وبناء على هذا، فإنه يصح للموصي أن يرجع عن وصاياه جميعها، كما يصح له أن يرجع عن بعضها، ويتحقق له أيضاً أن يعدل فيها، ويدخل عليها شروطاً وقيوداً، 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 لورثي؛ كما يكون الرجوع بالوصية بتصريف في الموصى به يشعر بإبطال الوصية، والإعراض عنها، وذلك: كأن يبيع الموصى به، أو يجعله صداقاً، 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 برهن الشيء الموصى به؛ لأن ملك الموصى لم يتقل فإذا مات فتخليصه على الوارث.¹.

وبناء على ما سبق نقول إذا أوصى بمحنطة فطحنتها أو بذرها، أو بقطرن فغزله، أو بشباب فخاطها، أو بعرصه فبنها أو غرسها، عد جميع ذلك رجوعاً عن الوصية، وذلك لأمرتين: أحدهما: زوال الاسم قبل استحقاق الموصى له الوصية، فكان كتلف الموصى به. ثانيهما: الإشعار بالإعراض عن الوصية، في هذه التصرفات وأمثالها.

¹ - التأويل، المرجع السابق، ص 329.

ب- في القانون: جاء في المادة 192 من ق أ: (يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً)، فالرجوع الصريح يكون بواسائر إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها، ولم يجعل القانون الرهن رجوعاً عن الوصية، جاء في المادة 193: (رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية)، لأن الرهن ملك لصاحبها.

4- مبطلات الوصية:

أ- في الفقه الإسلامي: تبطل الوصية بأمور هي¹:

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

2- الوصية بمعصية: أي أوصى بمال لها أو بفعلها، فالوصية باطلة، ويفعل الورثة بالمال ما شاء لهما؛ كوصية بمال يشرب به حمراً، أو دفعه لمن يقتل نفساً ظلماً.

3- الوصية لوارث: ولو بقليل زيادة على حقه، فإن أوصى للوارث ولغيره بطلت حصة الوارث فقط. حديث: «لا وصية لوارث».

4- الوصية بأكثر من الثالث: ويعتبر الزائد يوم التنفيذ لا يوم الموت، وظاهره بطلان الزائد وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال، وهو مذهب مالك والجمهور، وذهب أبوحنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوله. وإن أحiz ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثالث: أي أحازه الورثة فعالية منهم أي ابتداء عطية، لا تنفيذ لوصية الموصى وهو المشهور، فلا بد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع للمحiz، وكون المحiz من أهل التبرع. فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله مثلاً أو بقدر معين يبلغ ذلك نفذت الوصية بالثالث ورد ما زاد عليه ولو لم يكن له وارث لحق بيت المال.

ب- في القانون: نص المشرع على بطلان الوصية في حالتين كما جاء في المادة 201 من ق أ: (تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى أو بردتها).

5- العمل في حساب الوصية:

يدرك الفرضيون طرقاً كثيرة في حساب الوصية، واحتراضاً طريقة منها إذا كانت بنصيب معلوم السادس أو الثمن أو الرابع، سواء كان أقل من الثالث أو أكثر من الثالث، والقاعدة العامة في حل الفريضة إذا كانت فيها وصية، تكون باتباع الخطوات التالية²:

¹ - ينظر: الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 367؛ والخبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 7، ص 20.

² - الشطي: لباب الفرائض، ص 143؛ وعمر أحمد الرواи، مرجع الطلاق في المواريث على المذهب المالكي، ص 144.

- ترسم الفريضة أولاً، فإن كان فيها كسر تصحح، وإن كان فيها عول يقسم عولها، وإن كان فيها فيه ردها.

- ترسم الوصية أسفل الفريضة سواء كانت واحدة أو متعددة، وتحلها مسألة ثانية، أصلها من مقام الوصية أو الوصايا، وتعطي للموصى له سهم، ويجعل الباقى تحت أصل مسألة الوصية.

- تقارن بين الباقى وبين أصل الفريضة بالأنظار الأربع وذلك للوصول إلى جزء السهم، لتصحيح كل مسألة، والوصول إلى المسوالة الجامعة.

ويكون الحل بحسب الوصية، ونميز بين حالتين:

الأولى: إذا كانت أقل من الثالث: لا تحتاج إلى إجاز الورثة، سواء كانت واحدة أو أكثر ما دامت لا تزيد عن الثالث، وهذه أمثلة توضح طريقة الحل:

- **مسألة 1:** توفي وترك بنت وابنين ووصية بالسدس.

الحل:

	6	5		
6	5			
1		1		بنت
2		2	ع	ابن
2		2		ابن
1	1	$\frac{1}{6}$	وصية بـ	

الشرح: نقارن بين الباقى من بعد الوصية وبأصل الفريضة، بينهما تماثل، فجزء السهم هو 1، فيضرب في أصل مسوالة الوصية وفي سهام الورثة.

مسألة 2: توفي عن زوجة وثلاثة أبناء وبنت ووصية بالسبعين.

الحل:

4	3
---	---

28	7 6	8		
3		1	$\frac{1}{8}$	زوجة
3		1		بنت
6		2		ابن
6		2		ابن
6		2		ابن
4	1	$\frac{1}{7}$	وصية بـ	

الشرح: نقارن بين الباقى بعد الوصية وبين أصل الفريضة، بينهما توافق في 2، فجزء السهم الفريضة هو 3، وجزء سهم مسألة الوصية هو 4، ونضرب كل جزء سهم فيما تخته لنصل إلى الجامعة كما في الجدول أعلاه.

مسألة 3: تعدد الوصية وتكون أقل من الثالث ومثاله: توفي عن أم وأخت ش، وأخ لأم، وأخ لأب، ووصتين: إحداهما بالتسع والأخرى بالسبعين.

الحل:

378	6 63 47	47		
47		1	$\frac{1}{6}$	أم
141		3	$\frac{1}{2}$	أخت ش

47		1	$\frac{1}{6}$	أخ لأم
47		1	ع	أخ لأب
54	9		$\frac{1}{7}$	وصية بـ
42	7		$\frac{1}{9}$	وصية بـ

الشرح: بما أن مجموع الوصايا أقل من الثالث، فنقارن بين الباقي بعد الوصايا وبين أصل الفرضية، بينهما تباين، فنضرب كل مسألة في الأخرى، لنصل إلى الجامعة كما في الجدول أعلاه.

الحالة الثانية: إذا كانت أكثر من الثالث: ففيها ثلاثة صور: أن يحيز الورثة الزيادة، أو أن لا يحيزوا الزيادة، أو أن يحيز البعض ولا يحيز البعض الآخر، وتفصيل ذلك فيما يلي:

1- أن يحيز الورثة الزيادة عن الثالث: طريقة الحساب كطريقة الحساب في الحالة الأولى التي تكون أقل من الثالث، سواء كانت الوصية واحدة أو متعددة، وهذه مسائل توضح طريقة الحل:

مسألة 1: توفي عن جدة، بنت ابن وجدة وأختين ش، وأخ لأب، ووصية بالنصف، وأجاز الورثة الزيادة.

الحل:

	12	1	2		
24	2				
	1	12	6		
1		2	1	$\frac{1}{6}$	جدة
6		6	3	$\frac{1}{2}$	بنت
2		2	1	$\frac{1}{6}$	بنت ابن
2		2	1	ع	أختين ش

/		/	/	ح	أخ لأب
12	1	$\frac{1}{2}$	وصية بـ		

الشرح: بعد حل الفريضة وتصحيحها، نقارن بين الباقي بعد الوصية وبين أصل الفريضة، بينهما توافق في 1، لنصل إلى جزء السهم للفريضة وهو 1 وجاء السهم لمسألة الوصية هو 12، لنصل إلى الجامدة كما في الجدول أعلاه.

مسألة 2: مجموع الوصايا أكثر من الثلث، وتحل بالطريقة نفسها ومثاله: توفي عن زوجتين، وأختين ش، وأخ لأم، وجدة، وعم ش، ووصيتان إحداهما بالخمس، والأخرى بالثلث، وأجاز الوراثة الزيادة:

الحل:

	90	7	6			
1350	15	90	15	12		
	7					
126		18	3	3	$\frac{1}{4}$	زوجتين
336		48	8	8	$\frac{2}{3}$	3 أخوات ش
84		12	2	2	$\frac{1}{6}$	أخ لأم
84		12	2	2	$\frac{1}{6}$	جدة
0		0	0	0	ع	عم ش
270	3	$\frac{1}{5}$	وصية بـ			
450	5	$\frac{1}{3}$	وصية بـ			

الشرح: بعد إعالة الفريضة وتصحيفها، نقارن بين الباقي بعد الوصايا، وبين أصل الفريضة، بينهما تباين، فنضرب 7 في سهام الورثة، ونضرب 90 في أصل الوصية، لنصل إلى الجامعة ونصيب كل واحد ومقدار كل وصية، كما في الجدول أعلاه.

-2 - **ألا يجيز جميع الورثة الزيادة على الثلث:** فهنا لا تنفذ إلا في حدود الثلث، فإذا كانت الوصية واحدة وهي أثر من الثلث فترد إلى الثلث لعدم إجازة الورثة ما زاد عن الثلث وتحل بنفس الطريقة السابقة.

أما إذا كانت الوصايا متعددة ومجموعها أكثر من الثلث، فبعد حساب الوصايا نعيد حسابها من الثلث ونجعلها مسألة ثانية وهي التي نقارن بينها وبين الفريضة على الشكل الآتي:

مسألة 1: توفيتك عن زوج، وبنت ابن، وأم، وأب، ووصيتان، إحداهما بالثلث، والأخرى بالربع، ولم يجيز الورثة الزيادة.

الحل:

	13		14			
273	21	12	13	12		
	14	5				
42			3	3	$\frac{1}{4}$	زوج
84			6	6	$\frac{1}{2}$	بنت ابن
28			2	2	$\frac{1}{6}$	أم
28			2	2	$\frac{1}{6}$ + ع	أب
39	3	3	$\frac{1}{4}$ وصية بـ			
52	4	4	$\frac{1}{3}$ وصية بـ			

الشرح: بعد حل الفريضة وإعالتها، نحل مسألة الوصايا، وبما أن مجموع الوصايا أكثر من الثالث، ولم يجز الورثة الزيادة فترد إلى الثالث، فنجمع الوصايا ونضربها في مقام الثالث هكذا: $(3+4) \times 3 = 21$ ثم نقارن بين الباقي بعد الوصايا وأصل الفريضة، وجدنا بينهما تباين، فنضرب كل مسألة في الأخرى لنصل إلى الجامعة كما هو مبين في الجدول أعلاه.

3- أن يجيز البعض الزيادة ولا يجيز البعض الآخر: يعامل كل وارث بحسب حاله، فتنفذ الزيادة في نصيب المحيزين، ولا تنفذ في نصيب غير المحيزين، وطريقة العمل تكون بحل المسألة على أساس الإجازة الجميع، وتحل مرة ثانية على أساس عدم الإجازة، ثم نعامل كل وارث بحسب موقفه، كما في المسألة الآتية: توفي عن زوجة وثلاث أبناء، وبنت، ووصية بالنصف، أجازت البنت والزوجة الزيادة، ولم يجز الأبناء الثلاث الزيادة.

الحل:

	4	4	1		3	8	1				
48	12	3	8	48	16	2		8	8		
		2				1					
4	1		1	<u>3</u>	1		1	1	$\frac{1}{8}$		زوجة
4	1		1	<u>3</u>	1		1				بنت
<u>24</u>	6		6	18	6		6		7	ع	3 أبناء
16	4	1	وصية	—————	24	8	1	وصية	$\frac{1}{2}$	—————	
			$\frac{1}{3}$								
على أساس عدم الإجازة				على أساس الإجازة							

الشرح: بعد حل المسألة على طريقتين، نعامل كل وارث بحسب موقفه، فالأبناء الثلاث يعطون نصيبهم كاملاً على أساس عدم الإجازة وهو 24، ونعطي للزوجة والبنت نصيبهما على أساس الإجازة وهو 3 لكل منها، والفارق في نصيبهما يضاف للوصية بالثالث، هكذا: $16 + 1 + 4 = 24$.

6- العمل في حساب مسائل التتريل:

أ- حساب التتريل دون وجود وصية: التتريل له صيغتان¹:

الأولى: أن يقول المترل أنزلت فلانا متولة والده لو كان حيا أو أنزلته متولة والدته لو كانت حية على أن يحل محله أو محلها في الإرث.

وطريقة الحل في هذه الصورة: توضع فريضتان:

فريضة أولى: يعتبر فيها المترل متولته أي الميت كأنه حي حياة حقيقة لمعرفة نسبة ما ينوبه من التركة فإن كان في حدود الثالث فأقل أحده المترل ولا يتوقف على إجازة الورثة، وإن كان أكثر من الثالث رد إلى الثالث إلا إذا أجازه الورثة.

وفريضة ثانية: يعتبر فيها ميتا ثم ينظر بين نسبة سهامه من الفريضة الأولى وبين أصلها فيجعل المقام أصلا لجامعة التتريل.

وهذه مسألة توضح طريقة الحساب: توفي عن أم وابن وبنت وابن ابن متوله أبيه لو كان حيا، وتحل على الشكل الآتي:

	9	1	3				
27	3						
	2	18	6	6			
3		3	1	1	$\frac{1}{6}$		أم
5		5		1			بنت
10		10		2			ابن
9	1	/	/	2			متوله أبيه
الجامعة	جامعة الوصية	يقدر ميتا	يقدر حيا				

¹ - ينظر: الشطي، المرجع السابق، ص148 وما بعدها؛ وعمر أحمد الروي، المرجع السابق، ص162 وما بعدها.

الشرح: بعد حل الفريضتين، نظرنا بين سهام المترل في الفريضة الأولى وبين أصل فريضته، ونسبة 2 إلى 6 هو الثالث، لذا جعلنا مقام الثالث أصلاً لجامعة الوصية، ثم نقوم بالعمليات كما ذكرنا سابقاً في حساب الوصية للوصول إلى الجامعة.

الثانية: أن يقول المترل: أُنزلت فلاناً متزلاً والده أن لو كان حياً على أن يرث كأحد أعمامه، والعمل فيها يختلف عن الصيغة الأولى، حيث تقام فريضة على أساس عدم المترل متزلاً ثم يعطى المترل كأحد أعمامه الموجودين معه محمولاً على أصلها كالعول.

ومثاله: توفي عن أم أم البنين ومترل متزلاً أبيه يرث كأحد عميه، وهذا رسمها:

		2		
17	12	6		
2	2	1	$\frac{1}{6}$	أم
5	5	5	ع	ابن
5	5			ابن
5	متزلاً أبيه يرث كأحد عميه			

ب - اجتماع التريل والوصية: وهو أن يكون في المسألة غير وارث مترل متزلاً وارث، ويوصي لآخر بوصية، ويشترط أن يكون مجموع ما يخرج لهما في حدود الثالث، فإن كان أكثر من الثالث لم ينفذ إلا بإجازة الورثة، وهذه مسائل توضح طريقة العمل والحساب:

مسألة 1: توفي عن ثلاثة أبناء وبنت ومترل متزلاً أبيه يرث كأحد أعمامه ووصة بالعشر، وهذا رسمها:

		2			
10	10	9	7		
	9				
1		1	1	ع	بنت

2		2	2		ابن
2		2	2		ابن
2		2	2		ابن
2		2	متر مترلة أبيه يرث كأحد أعمامه		
1	1	$\frac{1}{10}$	وصية بـ		

الشرح: مجموع سهام المترل والوصية 3 من 10 وهي أقل من الثالث فيعطي لهم دون توقف على إجازة الورثة.

مسألة 2: توفي عن ابن وبنتين ومتر مترلة أبيه يرث كعممه، ووصية بخمسين ورد الورثة الزيادة على الثالث.

	6	3	2	1				
18	3		5		6	4		
	2		3					
3		1		1	1			بنت
3		1		1	1		ع	بنت
6		2		2	2			ابن
2		2		2	متر مترلة أبيه يرث كعممه			
4	1	$\frac{1}{3}$	4	2	$\frac{2}{5}$	وصية بـ		

الشرح: مجموع سهام المترل وسهام الوصية، وهو 6 من 10 أكثر من الثالث، وبما أن الورثة منعوا الزيادة، فترت مجموع السهام إلى الثالث، ونقوم بالعمليات للوصول إلى الجامدة.

المحاضرة الثالثة

الهبة

أولاً - تعريف الهبة:

أ- لغة: وهبت له هبة، وموهبة، ووهبا، إذا أعطيته؛ وفي أسماء الله تعالى الوهاب وهو المنعم على العباد، والهبة العطية الخالية عن الأعراض والأغراض¹.

ب- اصطلاحاً:

1- في الفقه الإسلامي: عرفها المالكية بأنها: (تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل على التملك)². وهذا شرح التعريف كما جاء عند المالكية³:

قوله تمليك: وهو صفة الملك الذي هو الواهب ليحترز بذلك من الهبة يعني الشيء الموهوب، إذ لا يصح الإخبار عنه بتمليك ويصح أن يراد هنا المعنى الاسمي، وبقدر مضارف في الخبر فيقال الهبة ذات تمليك فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه فارتفاع ارتفاعه.

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

قوله ذاتا: خرج تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة والوقف والعمري.

قوله تنقل شرعا: خرج به ما لا يقبله شرعا 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 حربيا لأنه لا يجوز نفعه ولا التودد معه ونحو المصحف لذمي، وأما هبة غير المصحف لذمي فجائزه. والمراد بالذمي ما عدا الحربي.

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

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج 1، ص 803.

² - الرصاع، المرجع السابق، ص 421.

³ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 4، ص 139.

2- تعريف الهبة في القانون: عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من ق.أ. بما يلي: (المهبة تمليلك 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 المهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...)، يستفاد من نص المادتين أن المهبة من التصرفات القانونية الناقلة لملكية 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.¹

3- الألفاظ ذات الصلة بالمهبة: من الألفاظ ذات الصلة بالمهبة نذكر ما يأتي²:

أ- العطية: العطية لغة: كل ما يعطى، والجمع عطايا. والعطية اصطلاحاً كالمهبة، إلا أنها أعم من المهبة والصدقة والمهدية، وتطلق العطية على المهر أيضاً. والصلة بين المهبة والعطية أن بينهما عموماً وخصوصاً، فالمهبة أحد أنواع العطايا.

ب- المهدية: هي المال الذي أتحف به وأهدي لأحد إكراماً له، والصلة بين المهبة والمهدية أن كلاً منهما تمليلك في الحياة بلا عوض، غير أن المهبة يلزم فيها القبول عند أكثر الفقهاء، ولا يلزم ذلك في المهدية.

ج- الصدقة: تمليلك مال بلا عوض طلباً لثواب الآخرة. والصلة بين الصدقة والمهبة أن الصدقة تكون طلباً لثواب الآخرة، بينما المهبة تكون للتودد والمحبة غالباً، وأن المهبة يلزم فيها القبول، وأما الصدقة فلا يلزم فيها القبول عند بعض الفقهاء، كما أن المهبة يجوز الرجوع فيها، بينما الصدقة لا يجوز الرجوع فيها باتفاق.

ثانياً - مشروعية المهبة: المهبة مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع³:

- الكتاب: قوله تعالى: (إِن طَّبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِئًا مَرِيئًا) (النساء، 4)، حيث أباح الشارع الأكل عن طريق المهبة إذا كان عن طيب نفس من الواهب، وهو نص على مشروعية المهبة.

- السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: (قَادُوا تَحَابَّوَا)⁴، والمهدية هي المهبة، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لَا تَحْقِرُنَّ جَارَتَهَا وَلَا فَرْسَنَ شَاهَ)⁵، وقال صلى الله عليه وسلم: (وَلَا دُعِيتُ إِلَى ذرَاعٍ أَوْ

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.7.

² - التمجيكي، المرجع السابق، ص.24 و99؛ وينظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج.6، ص.41.

³ - ينظر: ابن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.407؛ وابن قدامة، المغني، ج.6، ص.41.

⁴ - رواه البخاري في الأدب المفرد (594).

⁵ - رواه البخاري (2566)، ومسلم (1030)، الفرسن: الظلف.

كُرَاعٌ لِأَجْبَتُ، وَلَوْ أَهْدِي إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ¹، وَقَبْولُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَدِيَةً المَقْوَصَسُ وَهُوَ كَافِرٌ، كَمَا قَبْلَ هَدِيَةِ النَّجَاشِيِّ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَتَصْرِفُ بِهَا وَأَهْدَاهُ أَيْضًا.

- **الإِجْمَاعُ:** فَقَدْ انْعَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِهَا وَمَشْرُوعِيَّتِهَا، بَلْ عَلَى اسْتِحْبَابِهَا بِجَمِيعِ أَنْوَاعِهَا، لِمَا فِيهَا مِنَ التَّعَاوُنِ عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوَى وَإِشَاعَةِ الْحُبُّ وَالتَّوَادُّ بَيْنَ النَّاسِ.

أَمَّا عَنْ حُكْمِهَا: فَالْهَبَةُ مَنْدُوبَةٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَقَدْ يُطْرَأُ عَلَيْهَا مَا يَجْعَلُهَا مُحْرَمةً إِذَا قَصَدَ بِهَا مُعْصِيَةً أَوْ إِعْانَةً عَلَى ظَلْمٍ، أَوْ قَصَدَ بِهَا رِشْوَةَ أَصْحَابِ الْوَلَايَاتِ وَالْعَمَالِ، وَقَدْ تَكُونُ الْهَبَةُ مُكْرَوَّهَةً إِذَا قَصَدَ الْوَاهِبُ بِهَا الرِّيَاءَ وَالْمَبَاهَةَ وَالسَّمْعَةَ².

ثالثاً - خصائص عقد الْهَبَة: يَخْتَصُ عَقْدُ الْهَبَةِ عَنْ غَيْرِهِ مِنْ عَقُودِ التَّبْرِعِ بِمَا يَلِي³:

1 - عَقْدُ الْهَبَةِ عَقْدُ مَا بَيْنَ الْأَحْيَاءِ: إِعْمَالًا لِنَصِّ الْمَادَةِ 206 مِنْ قَانُونِ الْأَسْرَةِ الْمُعَدِّلِ وَالْمُتَمَمِّ، الْهَبَةُ عَقْدٌ، تَتَمَّ بِتَطَابِقِ إِيجَابِ الْوَاهِبِ مَعَ قَبْولِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَطَالَمَا الْأُمْرُ كَذَلِكَ فَهِيَ عَقْدُ مَا بَيْنَ الْأَحْيَاءِ، تَتَمَّ فِي حَالِ حَيَاةِ كُلِّ مِنَ الْوَاهِبِ وَالْمَوْهُوبِ لَهُ.

2 - عَقْدُ الْهَبَةِ عَقْدُ مُلْزَمٍ بِجَانِبِ وَاحِدٍ: عَقْدُ الْهَبَةِ هُوَ عَقْدُ مُلْزَمٍ بِجَانِبِ وَاحِدٍ، فَلَا يَلْتَزِمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ بَشَيْءٍ إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الْوَاهِبُ عَوْضًا عَنْ هَبَتِهِ، فَتَكُونُ الْهَبَةُ مُلْزَمَةً بِجَانِبِيْنِ.

3 - عَقْدُ الْهَبَةِ تَمْلِيكَ بِلَا عَوْضٍ: لِقِيَامِ عَقْدِ الْهَبَةِ لَابِدَّ مِنْ مَقْوِمَيْنِ اثْنَيْنِ، أَوْ لِهِمَا تَقْدِيمِ التَّزَامِ بِمَحَانَةِ أَيِّ بَدْوِنِ مَقْبَلٍ، وَهُوَ الْعَنْصُرُ الْمَادِيُّ، وَثَانِيَهُمَا نِيَّةُ التَّبْرِعِ بِهَذَا الْتَّزَامِ، أَيِّ قَصْدُهُ أَنْ لَا يَقْبَلَ التَّزَامَهُ أَيِّ عَوْضٍ وَهُوَ الْعَنْصُرُ الْمَعْنَوِيُّ، فَهِيَ افْتَقَارٌ مِنْ جَانِبِ الْوَاهِبِ وَإِثْرَاءٌ مِنْ جَانِبِ الْمَوْهُوبِ لَهُ سَبَبِهِ عَقْدُ الْهَبَةِ، وَلَا يَمْنَعُ أَنْ تَكُونَ الْهَبَاتُ مُتَبَادِلَةً بَيْنَ طَرَفَيِّ الْعَقْدِ، فَيَهُبُ الْمَتَعَاقِدُ الْأَوَّلُ الَّذِي هُوَ الْوَاهِبُ مَا لَا مَعِينًا مِنْ أَمْوَالِهِ لِلْمَتَعَاقِدِ الثَّانِي الَّذِي هُوَ الْمَوْهُوبُ لَهُ، وَيَهُبُ هَذَا الْآخِيرُ لِلْوَاهِبِ شَيْئًا مُمْلُوكًا لَهُ عَلَى أَنْ تَكُونَ الْهَبَاتُ خَالِيَّاتٍ مِنْ أَيِّ عَوْضٍ، أَيِّ دُمُّرَتِ الْمَتَعَاقِدِ الْأَوَّلِ عَلَى الْآخِرِ بِأَنْ يَهُبَ مَا لَا مَعِينًا مَقْبَلًا لِهَبَتِهِ، فَنَكُونُ أَمَامَ هَذَا الْإِشْتَرَاطِ أَمَامَ هَبَةٍ بِعَوْضٍ لَأَنَّ كُلَّ مِنْهُمَا عَوْضًا عَنِ الْهَبَةِ الْأُخْرَى.

وَتَقْرَرُ الْمَادَةُ 202 الْفَقْرَةُ 2 مِنْ قِبَلِهِ، عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَفْرُضَ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ الْقِيَامِ بِالْتَّزَامِ مَعِينٍ سَوَاءً لِمَصْلِحَتِهِ أَوْ لِمَصْلِحَةِ الْغَيْرِ أَوْ لِلْمَصْلِحَةِ الْعَامَّةِ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ أَنْ تَكُونَ الْهَبَةُ بِعَوْضٍ شَرِيعَةً أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَوْضِ أَقْلَى مِنْ قِيمَةِ الشَّيْءِ الْمَوْهُوبِ وَإِلَّا اعْتَدَ التَّصْرِيفُ مَعَاوِضَةً.

¹ - رواه البخاري (2568)

² - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 139.

³ - ينظر: التجكاني، المرجع السابق، ص 16؛ يوسف نواسة، عقود التبرع، ص 72؛ وحمدي باشا، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

4- عقد الهبة عقد شكلي وعيي: نصت المادة 202 الفقرة 1 من ق أ على أن: (الهبة تمليلك بلا عوض)، ومعنى ذلك أن الهبة من التصرفات الناقلة للملكية على وجه التبرع، ونصت المادة 206 من ق أ على أنه: (تعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتم 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 رضاهمَا 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 عيي أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكليّة، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقاراً أو منقولاً أو حق عيي عقاري آخر كحق الانتفاع مثلاً، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب، وسيتم توضيح ذلك لاحقاً من خلال التكلم على 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 لابنهقصد فتح 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 أحکام المادة 206 من ق أ لانتفاء نية التبرع.

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

رابعاً- أركان الهبة وشروطها: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنَّ أركان الهبة هي: العاقدان (الواهب والموهوب له)، والعقود عليه (الشيء الموهوب)، والصيغة؛ وتفصيل هذه الأركان كما يلي¹:

أولاً- الواهب:

أ- في الفقه الإسلامي: اشترط الفقهاء في الواهب أن يكون من أهل التبرع، وذلك بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، وأن يكون مالكاً للشيء الموهوب، فلا تصح الهبة من حجر عليه التصرف بوجه كالمجنون

¹ - ينظر: الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 139؛ يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 95؛ وحمدي باشا، المرجع السابق، ص 8.

والصغير ميّزا أو غير ميّزا بلا خلاف، كما لا تصح من محجور بالدين أو السفه، ومنع هؤلاء المحجورين من الهبة بسبب كونها ضرراً محضاً لأنّها نقل الملك إلى الغير بدون عوض.

أما المريض مرض الموت فإنّ حكم هبته حكم وصيته، فله هبة ثلث أمواله، وفيما زاد لا يجوز إلا موافقة الورثة، ويرى المالكية أنّ هبة المريض فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، إلا أنّ العدوي قال: أفاد بعض مشائخنا أنّ الراجح بطلانه في المريض. ومقابل الراجح الوقف على إجازة الورثة.

كما الحق المالكية وأحمد في رواية الزوجة في حجرها عن الهبة بأكثر من الثلث، ويكون الزائد على الثلث موقوفاً على إجازة زوجها؛ كما أنّ هبة المحجور بدين موقوفة على إذن الغارمين لأنّه محجور لصلحتهم.

ويتفق الفقهاء على عدم جواز هبة الأب أموال ابنه الصغير بدون عوض لأن يده على ماله يد ولاية لا يد ملك، وتصرفه منوع إلا فيما كان فيه مصلحة لابنه، ولذلك أحياز المالكية هبة الأب مال ابنه بشرط العوض¹.

بـ- الواهب في القانون: يتبيّن من خلال أحكام قانون الأسرة أنه أولى عناية خاصة بالأهلية كون عقد الهبة من العقود الضارة ضرراً محضاً، فيتطلب في الواهب أهلية التبرع وهي أقوى من أهلية التصرف، ويشترط أن تكون كاملة وصحيحة غير معيبة، وهذا ما نصت عليه المادة 203 من قـ أـ: (يشرط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر 19 سنة وغير محجور عليه).

فالصبي غير الميّزا والمحنون والمعتوه في نظر القانون عديمي الأهلية مثلهما مثل الصبي غير الميّزا 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، وهو ما نصت عليه المادة 82 من قـ أـ: (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً لنص المادة 42 تعتبر جميع تصرفاته باطلة).

أما الصبي الميّزا والسفهاء ذو الغفلة فهم في نظر القانون ناقصو الأهلية، ومن ثم لا يجوز قانوناً القيام بالهبة من طرف هؤلاء لأنعدام أهلية التبرع، وهي تمام السن التاسع عشرة والتاسع عشرة والستون بالقوى العقلية، فإذا كان الواهب صبياً ميّزاً أو راشداً ولكن أهليته اعترافها عارض من العوارض المنقصة للأهلية فإن هبته تقع باطلة ولا تتحقّق الإجازة، وهذا تطبيقاً لنص المادتين 83 و 85 من قـ أـ.

ونشير إلى أن الوالي أو الوصي أو القائم، يباشر على فاقد الأهلية أو ناقصها أهلية الاغتناء وأهلية الإداره وأهلية التصرف، أما أهلية الافتقار كالتيبرع فلا يستطيع مباشرتها عنه، كما لا يمكن للولي ومن في

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 16؛ يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 100.

حكمه استئذان القاضي من أجل الحصول على ترخيص من أجل هبة الأموال العقارية المملوكة للشخص الذي تحت ولابته لعدم جواز قيامه بهذا التصرف القانوني غير الوارد ضمن المادة 88 من قانون الأسرة، لأن الهدف من الولاية هو الحفاظ على الأموال واستثمارها إلى غاية زوال سبب انعدام أو نقص الأهلية.¹

كما أن القانون يرى أن الهبة من المريض مرض يغلب فيه الهملاك ويتصال به الموت فعلاً، 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:

أ- في الفقه الإسلامي: يشترط الفقهاء في الموهوب له أن يكون أهلاً لملك ما يوهب له، فإن كان الموهوب له عاقلاً بالغاً فإنه يقبض الهبة، أما إذا لم يكن من أهل القبض، فإن الهبة له صحيحة، لكن يقبض عنه من يصحّ منه القبض من وليٍّ وغيره².

ويتفق أهل العلم على أن الأب إذا أعطى لأولاده صحت عطاياه، واستحببت التسوية بينهم عند أكثر الفقهاء، ويرى الحنابلة والمالك في رواية عنه وجوب التسوية، ويكره عند الجميع التفضيل بينهم.

وذهب المالكية دون باقي المذاهب إلى جواز الهبة للحمل قياساً على صحة الحبس عليه بجامع كونهما تبرعاً³.

ب- الموهوب له في القانون: لم ينص قانون الأسرة على أهلية الموهوب له، وباعتبار الهبة تصرف نافع نفعاً محضاً 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 موجوداً حقيقة أو حكماً كالجنين في بطن أمه، فيكفي في الموهوب له أهلية التمييز، أما إذا كان عدم التمييز بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوها لا يكون أهلاً لقبول الهبة بنفسه ويقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم، حيث نصت المادة 210 من ق: أ: (يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً)، أما إذا كانت الهبة مقتنة 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 عملاً بنص المادة 83 من ق: أ.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.8.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج.4، ص.141.

³ - يوسف نواسة، المرجع السابق، ص.101.

كما أجاز القانون الهبة للحمل أخذًا بالذهب المالكي حيث نصت المادة 209 من ق أ: (تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيًا)، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب، وإذا ولد حيًا 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 صدورها من أب الجنين، وفي هذه الحالة وجب على الموثق ذكر هوية الولي الشرعي للجنين مع الاسترشاد بشهادة طبية تثبت حمل الأم، فإذا ولد الجنين حيًا حرر محضر وأرفقه بشهادة الميلاد للقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية ، وإذا ولد ميتا أرفقه بشهادة الوفاة من أجل إلغاء إجراءات نقل الملكية.¹.

الثالث: الموهوب: الشيء الموهوب هو المعقود عليه في الهبة، والقاعدة أنّ ما صحّ بيعه صحّت هبته مع استثناءات ذكرها الفقهاء على هذا الضابط.

أ- في الفقه الإسلامي: شروط الموهوب على وجه التفصيل هي كما يأتي²:

1 - أن يكون الشيء الموهوب موجوداً: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يتشرط في الشيء الموهوب أن يكون موجوداً حين الهبة، لأنّها تملك في الحال، وبناء عليه لا يصحّ هبة ما ليس موجوداً وقت العقد، كما لو وفاته ما يشمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ونحوه. وهذا بخلاف ما إذا وفاته صوفاً على ظهر غنم وجذره وسلمه، فإنه يجوز لأنّ الشيء الموهوب موجود ومملوك في الحال، لكنّه لم ينفذ حالاً مانع، وهو كون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، فإذا جذبه فقد زال المانع فينفذ عند وجود القبض، وصار كما لو وفاته شخصاً مشاعاً ثمّ قسمه وسلمه. وبناء على ما تقدم فإنّ هبة المدعوم والمحظوظ لا تجوز، لأنّ الهبة تملك، وتملك المدعوم والمحظوظ لا يجوز، فيقع العقد باطلًا، وهذا على مذهب الجمهور.³.

وذهب المالكية إلى جواز هبة كل ملوك وإن كان مجھولاً جنساً أو قدراً حيث حصل القبول، كوهبتك ما في يدي أو بيتي أو هذه الدنانير، وكذا وإن كان لا يصحّ بيعه كالبعير الشارد والمحظوظ، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغضوب، إذ الأصل عند المالكية أنه يصحّ هبة كل ما يقبل النقل شرعاً وإن كان مجھولاً، كما صرّح المالكية بالنسبة لهبة المدعوم بأنّ الذي يهب ثرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر أنّ ذلك حائز⁴.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 32.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 435.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 46.

⁴ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 154.

2- أن يكون مملوكاً للواهب: من الشروط الواجبة في الشيء الموهوب أن يكون مملوكاً في نفسه، فلا يجوز هبة المباحثات، وذلك لعدم الإحراز، ولأنَّ الهبة تملِك، وتُملِك ما ليس بملك محال. كما يلزم أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب؛ لأنَّ هبة مال الغير ممنوع بغير إذنه.

ويستوي أن يكون الملك للواهب عيناً أو ديناً: أمّا هبة العين فظاهر الجواز لإمكانية قبضه بعينه. أمّا هبة الدين: فإنَّ كان الواهب قد وهب الدين لمن هو عليه، فإنه جائز عند الفقهاء بلا خلاف، لأنَّه بمثابة إبراء للمدين أو إسقاط الدين عنه، ولا حاجة لقبض جديد؛ أمّا هبة الدين لغير من هو عليه فقد ذهب المالكيَّة إلى جوازه، وبين الجواز على أنه إنابة في قبض الدين، ولأنَّ ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، حيث يجبر المدين على تسليمه إلا أنَّ قبضه بقبض عينه، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلا أنَّه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحاً، ولا يكتفى فيه بالقبض بحضور الواهب بخلاف هبة العين.¹.

3 - أن يكون الموهوب متقوماً: المال المتقوم هو ما كان مالاً في نظر الشرع له قيمة يضمن بها عند الإتلاف؛ وبناء عليه لا يجوز هبة ما ليس مالاً أصلاً كالميتة ولحم الخنزير والدم، ولا هبة ما ليس متقوماً كالخمر والمسكرات، ولا هبة كل ما هو محروم شرعاً.

4 - أن يكون الموهوب موزعاً: ويخص هبة المشاع واحتلَف فيه الفقهاء، وذهب الجمهور ومنهم المالكيَّة إلى أنَّ هبة المشاع جائزة كالبيع، فيسسلم الواهب جميع الشيء الموهوب إلى الموهوب له يستوفي منه حقَّه، ويكون حقُّ الشريك في يده وديعة، وقيل: إنَّ قبضه ليتفعل به فإعارة، وهو قول الشافعية والحنابلة، وحجتهم كما قال ابن رشد: أنَّ القبض فيها يصح كالقبض في البيع.².

5- اشتراط قبض الشيء الموهوب: أي أنَّ الهبة حين تصدر صيغتها فهل تعتبر عقداً تاماً يفيد الملك في الحال أم لا بدًّ من قبض الشيء الموهوب؟، ومذهب المالكيَّة: أنَّ القبض ليس شرطاً في صحة الهبة، بل إنَّ القبض شرط في تمامها، فإنَّ عدم لم تلزم مع كونها صحيحة³، قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران، إلا أنَّ القبول ركن والحيازة شرط، وتبطل الهبة إن تأخر حوزها لدین محيط بمال الواهب ولو بعد عقدها، أو وهبها لشخص ثان، وحاز الثاني قبل الأول، فالهبة للثاني لتقوي الهبة بالحيازة، ولا قيمة على الواهب للأول لأنَّه فرط في الحوز، وهذا هو المشهور، وسواء علم الأول وفرط أم لا، مضى من الزمان ما يكنته فيه القبض أم لا.

¹- التجكاني، المرجع السابق، ص 37 و 43.

²- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، ج 4، ص 114.

³- ابن رشد، المرجع نفسه، ج 4، ص 115؛ والتجكاني، المرجع السابق، ص 18.

وأما عن كيفية تحقق القبض، فالأصل أنّ المناولة والأخذ إقراض وقبض، كذلك تكون التخلية قبضاً إذا خلّى الواهب بين الموهوب له والشيء الموهوب، أمّا لو كان الشيء الموهوب مقيضاً قبل المبة، كما لو وهب المودع الوديعة للوديع، والمعير العارية للمستعير، فإنّ المبة جائزة، ولا يحتاج إلى قبض جديد.

بـ- الموهوب في القانون: أي المحل وهو الشيء المعقود عليه، ولما كان الأصل في أن تكون بلا عوض، فإن المحل هو الشيء الموهوب، لأن المبة في هذه الحالة تكون ملزمة للواهب فقط، أمّا إذا كانت ملزمة لجانبين، بأن تكون بعوض، كان محل المبة مزدوجاً يشمل الشيء الموهوب الذي يتلزم به الواهب، والمقابل الذي يتلزم به الموهوب له.¹

أـ- الشيء الموهوب: الشيء الموهوب هو المال الذي يهب الواهب للموهوب له، سواء كان عقاراً أو منقولاً، أو حق انتفاع أو دين، وهذا ما أشارت إليه المادة 205 من ق. (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير)، فيكون له أن يهب ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع أو حقوق دائئنه، أو جزء منها يتولى تحديدها بإرادته المنفردة في عقد المبة.

بـ- العوض: العوض في المبة هو التزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه مقابل التزام الواهب بالمبة، وقد يكون هذا مقابل التزاماً بإعطاء مثيله أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالالتزام بإعطاء مثيله أن يتلزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يتلزم بوفاء ديون الواهب الذي في ذمة هذا الأخير أو المثقلة بالشيء الموهوب، والالتزام بالعمل مثله أن يتلزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهб كأن يزرع له أرضاً أو يبني له مسكنًا، والالتزام بالامتناع عن عمل مثيله أن يتعهد الموهوب له بآلا يتصرف في الشيء الموهوب.

ثانياً: شروط المحل: الأصل في المبة أنها عقد ملزم لجانب واحد إلا إذا كانت هناك التزامات من جانب الموهوب له الذي هو العوض المشرط، وقد نصت المادة 2/202 من ق. أنه: (يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط)، ويسري على المحل في عقد المبة ما يسري على محل العقد بوجه عام، ويشترط في محل المبة أو الشيء الموهوب ما يلي²:

1ــ أن يكون الموهوب موجوداً: وقت العقد حيث لا تصح هبة شيء غير موجود أو شيء سيكون في المستقبل، فإذا كان غير موجود فإن عقد المبة يكون باطلًا بطلاً مطلقاً، حيث جاء في المادة 92 من ق. (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحقاً)، ويلاحظ أن هبة الأموال المستقبلة باطلة، أخذنا بقول جمهور الفقهاء وهو على خلاف ما يقول به المالكية.

¹ـ ينظر: السنهوري، المرجع السابق، ج 5، ص 112؛ وحمدي باشا، المرجع السابق، ص 37.

²ـ السنهوري، المرجع السابق، ج 5، ص 112؛ يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 103.

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

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 يتبيّن ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسلیم شيء من صنف المتوسط، ولا يوجد في قانون الأسرة ما يخالف هذا الحكم.

3- أن يكون الشيء الموهوب صالحًا للتعامل فيه: حيث توجد هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحسب طبيعتها كالماء والأهار... الخ، وهذا راجع إلى استحالتها وعدم استطاعة أحد الاستحواذ عليها، وهناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها مثل الأموال العامة أو المخصصة للمنفعة العامة كالشوارع والمتاحف والطرق العامة، وهناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون، مثل التعامل في الأشياء المستقبلة، فلا يجوز قانوناً هبة المال الموهوب الذي يتوقع اكتسابه مستقبلاً بالميراث وهذا تطبيقاً لنص المادة 2/92 من القانون المدني المعدل والمتمم، أو هبة الأموال الموقوفة لتناف ذلك مع نص المادة 23 من القانون رقم 10/91 المعدل والمتمم التي تنص على ما يلي: (لا يجوز التصرف في أصل أملاك الملك الواقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو المحبة أو التنازل أو غيرها)، أو أن يكون هذا التعامل مخالفًا للنظام العام والآداب العامة، وفق ما جاء في المادة 93 من ق.م: (إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلًا).

4- أن يكون الشيء الموهوب ملوكًا للواهب: وهو ما نصت عليه المادة 205 ق.أ: (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها...)، أما إذا لم يكن مالكاً للشيء الموهوب فلا يجوز له ذلك، فالأشياء التي لا مالك لها كالسمك في البحر والطير في الهواء، فلا تجوز هبة هذه المباحثات، لأن المحبة تملّك، وكل ما ليس مملوكًا لا يجوز التصرف فيه.

وتطبّيقاً لنص المادة 205 ق.أ، لا يجوز للواهب أن يهب مالاً مملوكاً لغيره، أي يجب أن يكون الشيء الموهوب ملوكاً حالصاً للواهب بموجب سند رسمي صحيح سواء كان عقداً رسمياً مشهراً أو حكماً قضائياً إذا كانت الأموال العقارية محل التصرف بالمحبة مثلاً تتواجد بمنطقة لم يشملها المسح بعد، أو بموجب دفتر عقاري إذا تواجدت في المناطق الممسوحة باعتباره الدليل الوحيد في إثبات الملكية العقارية عملاً بنص المادة 19 من الأمر رقم 74/75 السالف الذكر.

وتطبّيقاً لنص المادة 714 من ق.م المعدل والمتمم، يجوز هبة حصة مشاعرة، على اعتبار أن كل شريك في الشيئ يملك حصته ملكاً تاماً، 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 رضائياً أو قضائياً. وإذا تعذر قسمة المال المشاع، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة الأرض يبيت بالزاد حسب الكيفيات المبينة في قانون الإجراءات المدنية ويمكن أن تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

الركن الرابع- الصيغة:

أ- في الفقه الإسلامي: ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكيّة إلى أنَّ ركناً صيغة الهبة يتكون من الإيجاب والقبول وهو القياس، وحجتهم أنَّ الهبة تصرف شرعي، ووجود التصرف الشرعي هو اعتباره شرعاً وهو انعقاده في حقِّ الحكم (التمليك)، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب، فلا يكون ذات الإيجاب هبة شرعاً بدون قبول، ولهذا لم يكن الإيجاب بدون القبول في البيع بيعاً، كذلك هنا¹.

1- ألفاظ الهبة: يصح إيجاب الواهب بلفظ: وهبتك هذا الشيء أو ما يفيد معناه في إفادة التملك بلا ثمن، قوله: أعطيتك هذا الشيء، أو نحلته لك أو أهديتها، أو أطعمتك هذا الطعام أو غير ذلك مما يراد به الهبة وهذا باتفاق.

أما القبول فإنَّه يصح بكل قول أو فعل يشعر بالرضا من جانب الموهوب له قوله: قبلت، ورضيت، أو يأخذها بدون لفظ².

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

2- اقتران الشروط بصيغة الهبة: الشرط المقتضى بالهبة قد يكون صحيحاً أو غير صحيح؛ فالشرط الصحيح هو ما كان مؤكداً لمقتضاه 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 ومقتضاه، كما لو قال: وهبتك هذا بشرط أن لا تقبه ولا تبيعه لأحد، أو وهبتكه بشرط أن تعده لي بعد شهر، وذهب المالكيّة إلى أنَّه يبطل العقد والشرط معاً.

وللماكية تفصيل في مسألة من وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب، فقد نقل الخطاب فيها خمسة أقوال، ورجح القول بأنَّ الشرط عامل، والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة بين المتصدق عليه

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 17.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 142.

كالحبس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث. قال الخطاب: وهذا القول هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأنّ الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء¹.

3- الهبة بشرط العوض: الأصل في الهبة أنّها من عقود التبرّعات أي أنّ الموهوب له لا يعوض الواهب شيئاً عمّا وله له. إلاّ أنه لو صدرت الهبة من الواهب مقتربة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب، فذهب الجمهور إلى أنه يصحّ هذا الشرط، وبه قال المالكيّة، وحجّتهم ما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنّه قال: (الواهб أحقّ بهبته ما لم يثبت منها)².

وعلى مذهب الجمهور يشترط أن يكون العوض معلوماً معيناً كما في البيع، فإنّ كان العوض مجهولاً فيرى المالكيّة أنّه إذا كان الثواب غير معين ولم يحصل قبض، فإنّ الهبة لا تلزم الواهب، أمّا إذا قبض الموهوب له الهبة فإنّها تكون لازمة بالنسبة للواهب، أمّا الموهوب له فإنّها لا تلزم في حقّه؛ ولذلك له أن يردّها بعينها، فإنّ فاتت عنده بزيادة أو نقص وجوب عليه دفع القيمة.

ويرى المالكيّة أنّ الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء، وثبتت فيها أحكام البيع، فلا يبطل بالشّيوع، ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض، ولا يملّكان الرجوع عن التصرف، وحجّة هذا القول أنّ معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأنّ البيع تمثيل العين بعوض وقد وجد، إلاّ أنه اختلفت العبارة، واحتلافها لا يوجب اختلاف الحكم، كحصول البيع بلفظ التمثيل³.

4- لزوم العوض بدون اشتراط: يرى المالكيّة وجوب العوض إذا دل العرف وحال الواهب عليه، ويفرغ المالكيّة على هذا: أنه لو تنازع الواهب والموهوب له في وجوب الثواب، فإنّ القول قول الواهب إن شهد له العرف أو لم يشهد له ولا عليه؛ أمّا إن شهد العرف للموهوب له بأنّ كان مثل الواهب لا يطلب في هبته عوضاً، فإنّ القول حينئذ قول الموهوب له، وفي طلب حلف الواهب مع تصديقه قولهان⁴.

والعوض يكفي أن يكون مما يعاوض به الناس في البيع، وعلى الواهب قبوله، وإنّ كان معيناً طالما أنّ في قيمته وفاء أو يكمله له، أمّا إذا كان العوض مما لم يعتد الناس التعاوض به كالخطب والتّبن، فإنه لا يلزم الواهب قبوله، على أنه لا يصدق الواهب في طلب العوض على النقود المسكونة أو السبائك أو الحلبي المكسر إلاّ أن يشترط ذلك في العقد، فإذا اشترطه عوض عروضاً أو طعاماً، ومثل الشرط: العرف والعادة،

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 50.

² - رواه ابن ماجة (2387).

³ - التحکانی، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 156.

ولو وهب أحد الزوجين شيئاً للآخر ثم طلب العوض على ذلك فإنه لا يصدق؛ لأنّ العرف قاض ببني الشّواب بينهما.

بـ- الصيغة في القانون: نصت المادة 206 ق أ: (تعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المقولات).

ونص القانون على الهبة المعلقة على شرط، سواء لمصلحة الواهب أو للموهوب له، وتصبح حينئذ الهبة عقداً ملزماً للجانبين، إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة لالتزامات القائمة في جانب الواهب وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/202 من ق أ، 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 ملوكاً للواهب انتقلت الملكية باعتقاد الهبة والحيازة، ذلك أن الهبة عقد عيني يتم بالقبض وهو ما نصت عليه المادة 206 من ق أ: (تعقد 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 عقار، فيجب أن توثق طبقاً للمادة 12 من قانون التوثيق، والمادة 206 من ق أ¹.

والأساس القانوني للهبة المعلقة على شرط هو نص المادة 2/202 من ق أ 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 مقابلأ للموهوب².

كما جاء في نص المادة 204 من ق م ج على أنه: (لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان الشرط فاسحاً، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام)، ونستخلص من هذا النص أن الشرط هو أن يكون ممكناً أو غير ممكناً، فالممكناً هو ما كان في إمكانية الشخص فعله، أما غير الممكناً وهو ما يعبر عنه بالمستحيل وهو الذي يتعدى على الإنسان تحقيقه، ومثال ذلك الهبة المترتبة بشرط مستحيل كأن يهب شخص آخر داراً ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له إراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص، ثم يتبيّن أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة، فهنا الهبة افترنت بشرط مستحيل، ومن ثم

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 36.

² - عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات، ص 146.

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 المبة 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 المبة تبقى صحيحة.¹

رابعاً - **أحكام المبة:** ونذكر فيه حكم الوعد بالمبة، وحكم الرجوع فيها، وبطلان المبة، وتفصيلها

فيما يلي:

1- الوعد بالمبة:

أ- في الفقه الإسلامي: تطرق المالكية للوعد بالمبة عند بيان حكم المبة المعلقة على شرط: وهي المبة التي اقترنت بصيغتها ما يعلق إيجابها على شرط ممكن غير موجود، كقوله: إذا نجحت وهبتك ساعتي، فإن المبة تكون معلقة على أمر متعدد بين الوجود وعدمه، والعقد المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط الذي علق عليه؛ لأنّه لو ثبت التصرّف قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط، وذلك محال.

وإذا كان ما علقت المبة عليه وقتاً مستقبلاً، كرأس الشّهر الآتي أو الأسبوع القادم، كانت المبة مضافة إلى المستقبل. ولما كانت المبة من عقود التّملّيكات، ومقتضى التّملّيك هو الجزم والتّنجيز؛ إلا أن المالكية ذهباً إلى أنّ الوعد في التّبرّعات إذا كان على سبب، ودخل الموعود له بسبب الوعد في شيء على المشهور، فإنه يكون لازماً ويقضى به على الوعاد، وذلك بناءً على ما اشتهر عن مالك رحمه الله: أنّ من ألزم نفسه معروفاً لزمه إلاّ من موت أو فلس.²

ب- في القانون: فيه اتجاهان: الأول: يعتبر أن عقد المبة من العقود المنجزة والفورية، وعليه لا يجوز للمتعاقدين القيام بأي إجراء أمام الموثق لإبرام وعد بالمبة، لأنه لا يوجد نص صريح يتناول الوعد بالمبة؛ والثاني: هو القول بجوازية لجوء المتعاقدين إلى الموثق لإبرام عقد الوعد بالمبة.³

وعليه، فالمشرع يرى صحة وجوازية إبرام عقد الوعد بالمبة 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 ق.م: (الاتفاق الذي يعد له كلاً من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر

¹ - عبد المالك راجح، المرجع السابق، ص 147.

² - التحكاني، المرجع السابق، ص 22.

³ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 25.

إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامها فيها)، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك وهو اللجوء إلى القضاء في حالة عدم تنفيذ الوعد متن توافرت الشروط، وهو نص المادة 72 من ق م: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد).

والمسائل الجوهرية في الهبة المراد إبرامها والمنصوص عليها في المادة 71 من ق م ج هو بيان المال الموعود هبته بياناً كافياً عقاراً 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.¹

2- الرّجوع في الهبة (اعتصار الهبة):

أ- في الفقه الإسلامي:

1- حكم الرجوع في الهبة: ذهب المالكية إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إلا للأب فيما وهب ولده، وأحق المالكية الأم بالأب بشرط أن يكون الابن غير يقيم، وحجّة هذا القول ما روي عن النبي صلّى الله عليه وسلم قال: (لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده)²، فالحديث نص في عدم جواز رجوع غير الأب في هبته لولده وقوله صلّى الله عليه وسلم: (العائد في هبته كالعائد في قيئه)، وفي رواية: (ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه)³.

2- موانع الرجوع في الهبة: يذهب المالكية إلى سقوط حقّ الأب أو الأم في اعتصار الهبة (أي الرجوع فيها) حين يهب لولده بوجود أحد الموانع الآتية⁴:

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

- أن يقصد الناس مدaiنة الولد أو تزويجه لأجل الهبة، لكونه أصبح بالهبة موسراً، فمن عقد زواج الذكر أو الأنثى لأجل يسرهما بالهبة أو أعطى أحدهما ديناً لأجل ذلك، أو اشتريا شيئاً في الذمة، فإنه لا يجوز للأب الرجوع في هبته، أما إذا كان الزواج والمدaiنة لأمر غير الهبة فإنه لا يمنع الرجوع.

¹ عبد المالك راجح، المرجع السابق، ص 110.

² رواه أبو داود (3539)

³ رواه البخاري (2622) واللفظ له، ومسلم (1622)

⁴ الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 153؛ يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 142.

- أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت؛ وذلك لتعلق حقّ ورثته بالهبة، فيمتنع الرّجوع، وكذلك الحكم إذا مرض الواهب ذلك المرض، فإنّ مرضه هذا يمنعه من الرّجوع فيما وهب لولده؛ لأنّ رجوعه يكون لغيره، أي يموت فتكون الهبة التي رجع فيها لغير الولد، كزوجة الأب مثلاً، أمّا إذا وهب الوالد ولده المتزوج أو المدين أو المريض، أو كان الوالد مريضاً وقت الهبة - فإنّه لا يمنع الرّجوع.

- أن تفوت الهبة عند الموهوب له بما يخرجها عن ملكه من بيع أو هبة أو نحوهما أو تفوت بصفة فيها مما يغيّرها عن حالها يجعل الدّنانير حليّاً.

3- ماهيّة الرّجوع في الهبة: لم يشترط المالكية في الرّجوع قضاء القاضي ولا التّراضي؛ لأنّهم حين أجازوا رجوع الأب فيما وحبه لولده إنّما اعتمدوا نصّاً من الشرّع، فالرجوع بعدئذ لا يفتقر إلى أيّ شرط؛ خلو النّصّ الذي أجازه عن مثل هذا الشرّط؛ فإذا رجع الأب فإنّه خيار في فسخ عقد الهبة كالفسخ في خيار الشرّط، ولا يكون الرّجوع هبة مبتدأة. وإذا كانت الهبة بعوض فإنّ حكمها حكم البيع، وتأخذ أحکامه في الفسخ والإقالة.¹.

ب- الرّجوع في الهبة في القانون:

1- حكم الرّجوع في الهبة: عقد الهبة في القانون عقد لازم لا يجوز الرّجوع فيه بالإرادة المنفردة إلا استثناء، في حدود ما جاءت به المادتان 211 و212 من قانون الأسرة، فالمادة 211 نصت على: (للأبدين حق الرّجوع 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 المادة²:

- أن حق الرّجوع عن الهبة هو حق شخصي يقتصر على الأب والأم، ولا يشمل غيرهما من زوج أو أخ أو جد أو ... الخ، إلا أنه يمكن لهؤلاء الطعن في عقد الهبة بالبطلان أو الإبطال متى تحققت أسباب ذلك.

- أن حق الرّجوع في الهبة المقرر للأبدين هو حق شخصي لا ينتقل للورثة، كما لا يمكن للواهب الرّجوع عن هبته بعد وفاة الموهوب له، لأن الشيء الموهوب قد انتقل إلى ورثة المالك وثبت حقهم فيه.

¹ - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص451، ويوسف نواسة، المرجع السابق، ص157.

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص42.

- 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 واستوفى جميع أشكاله القانونية، ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر ببعض القوانين العربية، ولما هو مستقر عليه في المجتمع والأسر، مما استوجب على الوالدين التدخل للحماية وللحفاظة على أموال أبنائهم.

- أن المشرع لم يشترط على الأبوين تبريراً للرجوع عن هبتهما، فالواهب يستطيع 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 ق آ بأن: (الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها)، وهو تأكيد للزوم عقد الهبة، ولمبدأ 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 للفائدة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، وهنا تكون بقصد هبة بعوض فهي تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المنشط، 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 العقد¹.

2- موانع الرجوع عن الهبة في القانون: إن الرجوع في الهبة من أحد الأبوين، هو حق استثنائي لا يمكن التوسيع فيه أو القياس عليه، وهو حق غير مطلق بل مقيد بالحالات الواردة في نص المادتين 211 و 212 من ق آ ج، فإذا ما توافر واحد منها أو أكثر، كانت الهبة لازمة لا رجوع فيها، وهي كما يلي²:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له: بمجرد إبرام عقد الزواج، تصبح الهبة لازمة، ولا يجوز للوالد الرجوع فيها.

- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: حيث قام الموهوب له باستعمال المبلغ لقضاء دين في ذمته، أو تقديم ضمان في مواجهة دائن الواهب كتقديم رهن رسمي أو كفالة عينية.

- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا قانونياً: بالبيع أو الهبة أو الوقف مثلاً، وكان هذا التصرف نافذاً في مواجهة الواهب باستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانوناً في المادة 206 من ق آ والمادتين 165 و 793 من ق م، لأن الشيء 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

¹ - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 160.

² - يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 152؛ وحمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

الموهوب له بسبب عدم مباشرة الإجراءات الشكلية المطلبة في نقل الملكية (عقار أو منقول)، حاز للواهب الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موافع الرجوع.

- **هلاك الشيء الموهوب:** في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعله، لأن الموهوب له لا يضمن الحال، والهلاك نوعان: هلاك كلي وهلاك جزئي، ففي الحالة الأولى لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، غير أنه وحسب الحالة الثانية حاز له الرجوع في الباقى لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الجزء.

- **التغيير في طبيعة الشيء الموهوب:** نتيجة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا ماديًا نتج عنه زيادة في قيمته كالبناء أو الغرس؛ 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 أيضًا ارتفاع ثمن الشيء الموهوب لأن الثمن لم يزد في ذاتها وإنما في قيمتها.

- **الهبة بقصد المنفعة العامة:** الهبة بقصد المنفعة العامة نصت عليها المادة 212 ق، فكثيراً ما يلتجأ الأفراد إلى هبة أموالهم إلى الدولة، 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:

أ- في الفقه الإسلامي: تبطل الهبة عند المالكية بحصول مانع قبل الحوز أي من واهبها وإن بغير إذنه، ومن هذه الموافع¹:

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

- جنون الواهب أو مرض اتصلاً 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 إيقاعها للموهوب له إن استصحبها الواهب معه في سفر أو أرسلها له فإنهما تبطل، وترجع ميراثاً إذا مات الواهب قبل إيقاعها له - كان الموهوب له معيناً أم لا.

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 143.

- تبطل بحسبها لشخص ثان غير الأول، وحاز الثاني قبل الأول؛ فتكون للثاني لتفويي جانبه بالحيازة. ولا قيمة على الواهب للأول ولو حد في الطلب على المشهور، وقد راع المالكية في هذه الفروع القول بأن المبة لا تلزم بمجرد القول مع تشوف الشارع للحرية وتفويي الثاني بالقبض، فلذا قيل ببطلان المبة فيها وعدم القيمة للموهوب له على الواهب.

ب - في القانون: إذا تختلف ركن من أركان المبة كان العقد باطل، وهذا تطبيقاً لنص المادة 206
ق أ: (إذا احتل أحد القيود السابقة بطلب المبة)، وبطلان نوعان: بطلان مطلق وبطلان نسبي¹:

1- **البطلان المطلق لعقد المبة:** إذا احتلت أحد أركان عقد المبة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب والرسمية والعينية (الحيازة)، أو شرط من شروطها، بطلت المبة بطلاناً مطلقاً، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا مضى على إبرام عقد المبة 15 سنة سقط الحق في التمسك ببطلانها إعمالاً لنص المادة 2/102 من ق م ج: (وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد)، ولا يعني هذا أن العقد الباطل يصح بالتقادم لأن عقد معدهم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجوداً.

2- **قابلية عقد المبة للإبطال:** تكون أمام حالة قابلية عقد المبة للإبطال، إذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة أو في حالة نقص الأهلية، وعيوب الرضا هي المتمثلة في الغلط والإكراه والتدعيس والاستغلال المنصوص عليها في المواد من 81 إلى 91 من ق م ج، فإذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيب من هذه العيوب كان عقد المبة قابلاً للإبطال.

كما يكون عقد المبة قابلاً للإبطال في حالة نقص الأهلية، إذ لا يجوز قانوناً لناقصي الأهلية أو من ينوب عنهم القيام بإبرام عقد المبة، كونها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً إعمالاً لنص المادة 83 من ق أ: (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً 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 متعددة بين النفع والضرر...)، ويستوي الأمر في هذه الحالة بالنسبة للبطلان المطلق أو النسبي، فالبطلان المقرر في نص المادة، عام لا تخصيص فيه.

وتطبيقاً لنص المادة 100 من ق م ج: (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية...)، يمكن تصحيح عقد المبة بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ويسقط الحق في إبطال المبة 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 للغلط أو التدعيس أو الإكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تمام

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج 5، ص 72.

العقد¹، وهذا ما أقرته المادة 101 من ق م: (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت إثبات العقد).

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 34.

المحاضرة الرابعة

الوقف

أولاً - تعريف الوقف:

أ- لغة: الوقف والتحبيس والتسبيل بمعنى واحد، وهو لغة: الحبس والمنع، يقال: وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها، ومنه الموقف؛ لأن الناس يوقدون أي يحبسون للحساب. ووقف الدار حبسها، ولا يقال أوقفت لأنها لغة رديئة؛ والحبس: حبسه يحبسه حبسا، فهو محبوس ومحبس، واحتبسه وحبسه: أمسكه عن وجهه. والحبس: ضد التخلية، والحبس بالضم: ما وقف. وحبس الفرس في سبيل الله وأحبسه، قال الأزهري: والحبس جمع المحبس يقع على كل شيء، وقفه صاحبه وقفها محظما لا يورث ولا يباع من أرض ونخل وكرم ومستغل¹.

ب- اصطلاحا: والفقهاء يعبرون أحيانا بالوقف، وأحيانا بالحبس، إلا أن التعبير بالوقف عندهم أقوى، وقد عرفه الفقهاء بتعاريف مختلفة تبعا لاختلاف مذاهبهم في الوقف:

فعرفه المالكية: (هو التصدق بالانتفاع بالشيء بمدة وجوده)²، فالوقف من تملك الانتفاع لا المنفعة، لا يجوز لمن وقف عليه أن يأخذ عوضا عنه ببيع أو إجارة، وله أن يتنازل عنه لمن توفرت فيه الصفة التي يستحقها بها.

ومن تعاريفه الموجزة الجامعة، ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني: (تحبيس الأصل وتسبيل الشمرة)³، أخذها من قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)، يقول محمد أبو زهرة: (أجمع تعريف لمعاني الوقف عند الدين أجازوه أنه حبس العين وتسبيل ثرثها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها)⁴.

وعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 3 من القانون رقم 91-10 المتعلقة بالأوقاف بقوله: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)، كما عرفه قانون الأسرة في المادة 213 بأن: (الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج 9، ص 360.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 98؛ والتجكاني، المرجع السابق، ص 118.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 3.

⁴ - أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 39.

وجه التأييد والتصدق)، ويتفق هذا التعريف مع التعريف الفقهي إلا أن القانون اعتير الوقف مؤبداً ولا يكون مؤقتاً.

ثانياً - مشروعية الوقف: نظام الوقف نظام إسلامي أصيل؛ فهو يقوم على الإحسان، ويستمد إطاره العام من القرآن الكريم، وأصوله من السنة النبوية الشريفة، وتفاصيل أحكامه من اجتهدات 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 أعظمقربات وأبواب البر، والأدلة على مشروعية الوقف كثيرة منها¹:

- **الكتاب:** النصوص العامة التي تحت على الإنفاق في وجوه الخير وترغب فيه منها: قوله تعالى: (لن تزالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم) (آل عمران: 92)، فالآية تأمر بالإحسان، والوقف صورة من صوره 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 وأجزل الأجر؛ والوقف من هذه السبل التي تعتبر من أعظمقربات التي يتقرب بها العبد إلى حالقه.

- **السنة النبوية: أحاديث كثيرة منها:**

عن أنس - رضي الله عنه - قال: (كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت هذه الآية: (لن تزالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) (آل عمران: 92)، قام أبو طلحة إلى رسول الله فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: (لن تزالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون)، وإن أحب ما لي إلى بيرحاء، وإنما صدقة لله تعالى، أرجو بربها 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، وإن أرى أن يجعلها في الأقربين، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عممه)².

- ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: (أصاب عمر أرضاً بخمير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إنني أصبت أرضاً بخمير لم أصب مالاً قط هوأنفس عندي منه، قال: (إن شئت حبس أصلها، وتصدق بها). قال: فتصدق بها عمر، غير أنه لا يباع أصلها، ولا يورث،

¹ - ينظر: التحكاني، المرجع السابق، ص 118؛ وأبو زهرة، المرجع السابق، ص 43.

² - أخرجه البخاري (1461)، ومسلم (998)

ولا يوهب، فتصدق بها في الفقراء، وفي القربي، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من ولديها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقا¹.

- 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)²، وقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الشواب بعد الموت المذكورة في الخبر على الوقف؛ لأن منافع الموقوف تبقى دائمة يذكر أصحابها بالخير والرحمة.

- وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال - في حديث طويل: (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة، جاء فيه: (وأما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله)³.

- وعن عثمان - رضي الله عنه - أن النبي قدم المدينة وليس لها ماء يستذهب غير بئر رومة، فقال: (من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بغير له منها في الجنة؟، فاشترتها من صلب مال)⁴.

- الإجماع: حكى الكاساني في البدائع الإجماع على جواز وقف المساجد⁵، ونقل عن القرطبي قوله: (لا خلاف بين الأئمة في تحبيس المساجد والقنطر والمقابر، واختلفوا في غير ذلك)⁶. وقال الترمذى معلقا على حديث ابن عمر السابق في وقف عمر للأرض التي أصاها 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)⁷، فهو مجمع عليه في الجملة.

ثالثاً- **خصائص الوقف:** يتمتع الوقف بجملة من الخصائص لا توجد في غيره من التبرعات منها:⁸

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 المتبع به بأية صفة من صفات التصرف بالبيع أو

¹ - أخرجه البخاري (2772)، ومسلم (1632).

² - رواه مسلم (1631).

³ - رواه البخاري (1468).

⁴ - الترمذى (3703).

⁵ - الكاساني، البدائع الصنائع، ج 6، ص 218.

⁶ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 19، ص 22.

⁷ - الترمذى، سنن الترمذى، ج 3، ص 53.

⁸ - التيجانى، المرجع السابق، ص 118؛ عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 215.

المبهة أو التنازل أو غيرها)، كما نصت المادة 220 من ق أ على أنه: (يبقى الحبس قائماً مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته، وإذا نتج عن التغيير تعويض يتوله الحبس).

2- عدم خضوع الوقف للتقادم والرهن والمحجز: عملاً 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 ق م والمادة 4 من القانون المتعلق بالأملاك الوطنية جاء فيها: (الأملاك 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 منقوله محلاً للرهن ب نوعيه الحيازي والرسمي ولا المحجز عليها).

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

4- عدم خضوع الوقف للمصادرة والترع: فالاصل في الوقف أن يكون دائماً غير أنه يجوز انتهاء الوقف استثناءً كما سيأتي تفصيله عند المالكية، 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 عيناً لا نقداً ولا يكون ذلك إلا بعد صدور قرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد إجراء المعاينة والخبرة من قبل أشخاص لهم دراية وخبرة بمحال الوقف).

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

الركن الأول- الواقف:

أ- في الفقه الإسلامي: 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 مكره¹.

ب- في القانون: نص المشرع في المادة 10 من القانون المتعلق بالأوقاف على أنه: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاماً يأتى: أن يكون مالكاً للعين المراد وقفها مطلقاً، وأن يكون الواقف من يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)، وبالرجوع إلى القانون المدني فيشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع أي يكون لديه 19 سنة كاملة وإلا كان تصرفه تصرفاً باطلًا مطلقاً، جاء في المادة 30 من القانون المتعلق بالأوقاف: (وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو

¹- التجكاني، المرجع السابق، ص 121.

أذن بذلك الوصي)؛ كما يشترط أن يكون الواقف عاقلاً غير مجنون أو معتوه جاء في المادة 31 من القانون المتعلقة بالأوقاف: (لا يصح وقف المجنون والمعتوه)، كما يشترط أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين، جاء في المادة 10، وفي المادة 101 من ق.أ: (من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأ عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه). ويشترط أيضاً أن يكون مالكاً للعين الموقوفة ملكية مطلقة جاء في المادة 17 من القانون المتعلقة بالأوقاف: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحًا أن يكون مالكاً للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً)؛ ونصت المادة 215 من ق.أ: (يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقاً للمادتين 204 و205 من هذا القانون)، وتدل على أن الوقف في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة يعتبر وصية¹.

الركن الثاني - الموقوف عليه:

أ- في الفقه الإسلامي: وهو المستحق لصرف المنافع عليه، وهو كل من جاز صرف منفعة الوقف إليه كأن يكون شخصاً أو أشخاصاً معينين كزيرد والفقراء والمساكين والعلماء وطلبة العلم، أو صرفها في مصالحه كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، فإنما تستحق صرف غلة الوقف أو منافعه عليها لإنصافها وإقامة منافعها، ونحو من سيولد في المستقبل لزيد مثلاً فيصبح الوقف عليه، فتوقف العلة إلى أن يوجد، فيعطى لها فإن حصل مانع من موته أو يأس منه رجعت للواقف أو وارثه².

وقبول الموقوف عليه يكون بنفسه إن كان أهلاً يتأنى منه القبول، فإن رد الوقف رجع للواقف، إن كان الموقوف عليه مقصوداً من الواقف لذاته وشخصه، فإن كان قصد الواقف البر والصدقة رجع الوقف بحسباً على غيره من الفقراء لأن مقصوده البر ويتحقق في أي جهة كانت؛ أما من لا يتأنى 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 مسلماً ولا أن يكون فقيراً، فيجوز الوقف على الذمي إن ظهرت في الوقف عليه قربة ككونه قريباً أو فقيراً لقوله تعالى: (ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيمها وأسيراً) (الإنسان، 8)، والأسير لا يكون إلا كافراً، كما روی أن صفية زوج النبي وقفت على أخ لها

¹ - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 219.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 101.

يهودي¹، ويجوز الوقف على الأغنياء من المسلمين، لأن الوقف وإن كان من باب الصدقات فله شبه بالعطايا والهبات، فيشرع متى وجد أصل القربة².

ولا يجوز الوقف على الكنيسة ولو من كافر؛ لأنها مكان وضع لللكرف، ولا يجوز الوقف على المعاصي والصرف على السفه كصرفه على الفساق أو شرب الخمر لانتفاء الطاعة والقربة في هذه الوجوه.

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

ب- الموقوف عليه في القانون: نصت المادة 13 من القانون المتعلقة بالأوقاف على أن: (الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً)، فيكون الموقوف عليه شخصاً طبيعياً أو معنوياً، إلا أن هذه المادة عدلت بالقانون رقم 10-02 المؤرخ في 14/12/2002 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 خاصة، وهذه الجهة يتشرط أن تكون جهة بر وخير، وقد قسم المشرع الوقف إلى قسمين: قسم محمد الجهة وقسم غير محمد الجهة: (الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه وينحصر ريعه للمساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان: وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه، فيسمى وقفاً عاماً محمد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه البر إلا إذا استنفذ، ووقف لا يعرف فيه وجوه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفاً عاماً غير محمد 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 تماشياً مع المذهب الحنفي الذي يجيز الوقف على النفس³.

الركن الثالث- الموقوف:

أ- في الفقه الإسلامي:

1- شروطه: وهو ما ملك من ذات أو منفعة ولو حيواناً أو غيره يوقف على مستحق للانتفاع بخدمته أو ركوبه أو الحمل عليه، فيجوز وقف العقار والمنقول من كل ما ينتفع به مع بقاء عينه، كالارضي

¹- ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 39.

²- التحكاني، المراجع السابق، ص 121.

³- حمدي باشا عمر، المراجع السابق، ص 91.

والبيوت والمساجد والطرق والجسور والمدارس والمستشفيات والأبار والأشجار والسيارات والبواخر وسائر العروض والكتب وغيرها¹.

وأما ما لا ينفع 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، ويترتب رد البدل متصلة بقاء العين.

ويشترط فيه أن يكون معلوماً معيناً، فلا يصح وقف المجهول الذي لا تعلم حدوده، ويجوز الوقف بالشيء المجهول إذا كانت الجهة متعلقة بمقداره لا بتحديده وتمييزه، فإذا كان مشهوراً تميزاً بحيث لا يلتبس بغيره جاز وقفه، فالجهة بالمقدار لا تفسد الوقف لأنها من التبرعات بخلاف المعاوضات، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملٍ فهو صدقة)².

2- وقف المشاع: يجوز وقف جزء مشترك من عقار مشاع مع الغير لم يقسم، ويجب الواقف على القسمة إن أرادها الشريك وكان العقار يقبل القسمة دفعاً 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 والصحابة³.

3- الحوز شرط لإتمام الوقف: ومعنى 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 ويجب الواقف على تسليمه لمستحقه، لكن إن وقع مانع للواقف من موته أو إفلاسه أو مرضه قبل أن يتم الحوز بطل الوقف⁴.

ب- الموقوف في القانون: جاء في المادة 11 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة، ويجب أن يكون محل الوقف معلوماً محدداً ومشروعًا ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة)، ونصت المادة 216 من قانون⁵: (يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف معيناً حالياً من التراب ولو كان مشاعاً)، فيشترط في محل الوقف أي الموقوف أن يكون مالاً متقوحاً وهو ما يمكن حيازته والانتفاع به أو بريعه شرعاً، فأجاز المشرع أن يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة كما يذهب إليه المالكية، كما يشترط أن يكون معلوماً وقت الوقف عملاً نافياً للجهة وحالياً من التراب،

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 101.

² - رواه البخاري (3096).

³ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 102.

⁴ - التمكاني، المرجع السابق، ص 124.

وأن يكون مشروعاً أي غير محروم فكل ما كان محراً 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 تعيين القسمة، وعليه إذا كان المال المشاع غير قابل للقسمة لا يجوز وقفه كما لو كانت سيارة أو محل تجاري¹.

الركن الرابع- الصيغة:

أ- في الفقه الإسلامي: وهي كل ما يدل على التحبيس ولو تعليقاً كقول الواقف: إن حصلت على مال كذا فهو حبس، فإنه يكون حبسًا مجرد حصوله.

وتكون الصيغة باللفظ الصريح: وقفت وسبلت وحبست، وتفيد التأييد عند الإطلاق، فإن قيد اللفظ بشخص فهي صدقة من الصدقات، وإن قيدت بزمن كالشهر والسنة رجع الحبس بعد انقضاء المدة إلى الواقف أو ورثته².

وتكون باللفظ غير الصريح كتصدق ومنتحت 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 تصدق بهذه القرائن يكون حبسًا مؤبدًا لا يباع ولا يوهب.

فإن تجرد لفظ الصدقة بما يدل على التأييد فهو مجرد صدقة، كقوله داري صدقة على القراء، فإنها تباع ويصرف ثمنها على القراء بالاجتهاد إلا لعرف أو قرينة تدل على التحبيس، وتباع ويصدق بثمنها عليهم بالاجتهاد، فلا يلزم التعميم بل لم توالي التفرقة أن يعطي من شاء، ويبن عن من شاء، وإنما كانت تباع لأن بقاءها يؤدي للتزاع.

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

ولا يشترط فيه التأييد بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكاً له أو لغيره، ولا يشترط فيه تعيين المصرف في محل صرفه فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى، من غير تعيين من يصرف له،

¹ - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 237.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 103.

وصرف فيما يصرف له في غالب عرفهم فإن لم يكن غالب في عرفهم فيصرف على الفقراء، وهذا إذا لم يختص الموقف بجماعة معينة، وإلا صرف لهم ككتب العلم.¹

بـ الصيغة في القانون: نصت المادة 12 من القانون 91-10 المتعلقة بالأوقاف على: (تكون صيغة الوقف باللفظ والكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه)، ويلاحظ أن المشرع قد توسع في صور صيغة الوقف وذلك تماشياً مع أحكام القانون المدني في المادة 60 منه: (يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً)، غير أنه لا يعتد بصيغة الوقف إلا إذا كانت تدل دلالة واضحة على أن صاحبها أراد إنشاء الوقف، ولهذا يتشرط فيها أن تكون تامة ومنحرفة وأن لا تقترب بما يدل على التأكيد وأن لا تقترب بشرط باطل، جاء في المادة 28 من القانون المتعلقة بالأوقاف: (يبطل الوقف إذا كان محدداً بزمن) على خلاف ما يذهب إليه المالكية، والمادة 29 منه أيضاً: (لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلقاً على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)، وهو ما نصت عليه المادة 218 من ق أ².

خامساً- أحكام الوقف: نذكر منها ما يلي:

1- اشتراطات الواقف:

أـ في الفقه الإسلامي: يجب تنفيذ الشروط التي اشترطها الواقف، فشرط الواقف كنص الشارع، ومثل المالكية للشرط الجائز كتخصيص أهل مذهب من المذاهب الأربعة بصرف الغلة لهم أو بتدریس 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.³

فإن اشترط شرطاً يؤدي إلى حرام يلغى شرطه، ولا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلال حراماً)⁴; ولا ينفذ شرط الواقف أيضاً إذا كان يؤدي إلى تعطيل الوقف بحيث لا ينفع به، لأن يشترط ألا تخرج الكتب من خزائنهما فلا ينفذ هذا الشرط، وتخرج الكتب بحيث ينفع بها عملاً بقصد الواقف عند تuder تنفيذ مدلول لفظه.

بـ في القانون: يرى المشرع وجوب تنفيذ شروط الواقف احتراماً لإرادته إذا كان الشرط صحيحاً غير مناف لمقتضيات الوقف، جاء في المادة 218 من ق أ: (ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 125.

² - عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 241.

³ - الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 117.

⁴ - أخرجه الترمذى (1352) واللفظ له، وابن ماجه (2353).

ومقتضيات الوقف شرعاً وإلا بطل الشرط وبقي الوقف)، كما أجاز المشرع في المادتين 15 و16 من قانون الأوقاف للوافد أن يتراجع عن بعض الشروط إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد؛ ويجوز للقاضي أن يلغى أي شرط من الشروط التي يشرطها الوافد 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 عليه¹.

2- بيع الوقف:

أ- في الفقه الإسلامي: 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 والمقبة إذا ضاقت عن الدفن، فهذه الثلاثة يجوز توسيعها من بعض أو من أرض أخرى محبسة بجوارها تشتري ويوسع بها المسجد أو الطريق أو المقبرة للضرورة، لأن ما كان لله لا يأس أن يستعان بعضه 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 سنتين فيعود كما كان. وروي عن الإمام مالك جواز بيعه إذا خرب ولم تتمكن عماراته 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 يتطلع بإصلاحه².

- **بيع غير العقار من الأحباس:** يجوز بيع كل ما أصبح عديم النفع فيما حبس فيه من غير العقارات من الحيوان والمعروض، 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.

¹ - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 232.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 418.

ب- في القانون: ضبط المشرع مسألة بيع الأوقاف عند بيانه لمسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر، حيث جعل الأصل في هذه المسألة، هو عدم جواز الاستبدال، ووضع استثناء بالجواز في حالات عددها المشرع حصراً، حيث جاء في المادة 24 من قانون الأوقاف ما يلى: (لا يجوز أن تغوص عن موقوفة أو يبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع والاندثار.

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.

- حالة ضرورة عامة، كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، في حدود ما تسمح به الشرعية الإسلامية.

- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بمنفعة فقط، شريطة توقيضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه.

تشتت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة).

3- إثبات الوقف:

أ- في الفقه الإسلامي: يثبت بالبيبة والإشاعة بين الناس وبالكتابة على أبواب المدارس والمستشفيات وعلى كتب العلم المنسوبة إلى مدارس بها كتب مشهورة بالوقفية.

ب- في القانون: نص المشرع على ما يثبت به الوقف في المادة 217 من ق أ: (يثبت الوقف بما تشتم به الوصية طبقاً للمادة 191 من هذا القانون)، وعليه يثبت الوقف: بتصریح من الواقف أمام المؤوث وتحریر عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فيثبت الوقف بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية.¹

كما نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على: (يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى المؤوث وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري...)، وبناء على ذلك فإن عقد الوقف لا يثبت غالباً بالعقد الرسمي المشهور 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 المنشول الذي يسوغ إثباته بكلفة وسائل الإثبات المقررة قانوناً.

¹ - حمدي باشا، المرجع السابق، ص 101.

4- مبطلات الوقف:

أ- في الفقه الإسلامي: عند المالكية هي¹:

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

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

- 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...) (الأنعام، 139)، (وتأكلون التراث أكلاً لما) (الفجر، 19)، وهي الرواية المعتمدة في المذهب. فمن حبس أملاكه على 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.

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

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

¹ - ينظر: الصاوي، امرأة سابق، ج 4، ص 107؛ والجعبي بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 409.

- 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 حوزه، 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.

- الوقف على المعصية والمكرر: فالوقف باطل ومردود إلى الواقف أو ورثته، إلا إذا أرادوا تحويله إلى جهة أخرى فيها طاعة وقربة. فيبطل الوقف على معصية ككنيسة وكصرف غلته على خمر أو شراء للسلاح لقتال حرام أو على حربى ويبيطل 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 الإسلام أي من إمضائه وإن كان على عبادها حكم ببطلانه كذا نقل عن ابن رشد.

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

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

ب- في القانون: نص القانون على مبطلات الوقف في المواد من 28 إلى 32 من قانون الأوقاف وحصر البطلان في الحالات التالية:

- إذا كان الوقف محدداً بزمن، وهذا على خلاف ما ذهب إليه المالكية الذين يقولون بجواز تأثير الوقف.

- إذا كان الوقف معلقاً على شرط باطل مخالف لأحكام الشريعة، إلا أن القانون ذهب إلى أنه يبطل الشرط، ويصبح الوقف.

- إذا كان الواقف مستغرق الذمة، بدين يستغرق أمواله، فجعل للدائنين الحق في إبطال الوقف، إذا كان الوقف في مرض الموت.

المحاضرة الخامسة

الوديعة دون أجر

أولاً - تعريف الوديعة:

أ- لغة: الوديعة: واحدة الودائع، وهي ما استودع، وقوله تعالى: (فمستقر ومستودع)؛ المستودع ما في الأرحام، واستودعه مالاً وأودعه إياه: دفعه إليه ليكون عنده وديعة. وأودعه: قبل منه الوديعة.¹

ب- اصطلاحاً: بالمعنى الاسمي هي: (مال وكل على حفظه)، وأما بالمعنى المصدري فقال خليل: (الإيداع توكيلاً بحفظ مال)²، وقال ابن عرفة: (نقلٌ مجرد حفظٌ ملكٌ يُنقل)³، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج وضع الأب ولده عند من يحفظه لانتفاء لوازם الوديعة من الضمان، وخرج الإيصال والتوكيل لأن الوصي والوكيلاً ليس لهما مجرد حفظ المال بل لهما مع الحفظ النظر والتصرف فيه، وخرج قوله مجرد حفظ: الإجارة على حراسة المال، وقوله ينقل تقتضي إخراج الرابع ونحوه من أنواع العقار التي لم تقبل النقل حساً، مع أن ظاهر المدونة أن الإيداع لا يتقييد بما ينقل حساً، فيكون الإيداع فيه ليحفظه المودع من يتسرّع عليه.

وفي القانون: المادة 590: (الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة على أن يرده علينا).

ثانياً- خصائص الوديعة: يخلص من التعريف المتقدم أن عقد الوديعة خصائص نحملها فيما يأتي⁴:

1- الوديعة عقد رضائي: إذ هي تم ب مجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص، ولأنها ليست كذلك بعقد عيني إذ لا يشترط في انعقادها تسليم الشيء المودع إلى المودع لديه، وتسلم الشيء المودع ليس ركناً في الوديعة بل هو التزام في ذمة المودع لديه بعد أن تتعقد الوديعة.

2- الوديعة من عقود التبرع: وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر. والوديعة غير المأجورة، كالعارية، من عقود التفضل (*actes de bienfaisance*) لا من الهبات (*Libéralités*). وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة، فهي أيضاً كالوكالة المأجورة ليست من عقود المضاربة، وهذا ما يميز بينها وبين المقاولة وعقد العمل.

¹- ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 387.

²- الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 250.

³- الرصاع، المرجع السابق، ص 336.

⁴- السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 675.

3- الوديعة عقد ملزم لجانب واحد: وتبقى على هذا الأصل في الغالب لأنها لا تكون عادة مأجورة، بخلاف الوكالة فيغلب فيها الأجر. وإذا كانت الوديعة غير مأجورة، فإن المودع لا يترتب عادة في ذمته بالوديعة أي التزام، وتكون الالتزامات كلها في جانب المودع لديه فيلتزم بتسلمه الشيء المودع وبحفظه وبرده. ولكن يقع أن تكون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر، كما يقع أن يترتب في ذمة المودع التزام برد المصارف أو بالتعويض وسوى أن هذا التزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففي هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين.

4- الوديعة تتميز بتغلب الاعتبار الشخصي: وهذا الاعتبار أبرز في شخص المودع لديه منه في شخص المودع، ومن ثم تنتهي الوديعة بموت المودع لديه، ولا يجوز للمودع لديه أن يحمل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك، وهو ما جاء في المادة 593 من ق.م

.ج.

5- الوديعة عقد غير لازم من جانب المودع: حيث يكون للمودع طلب رد الشيء المودع في أي وقت ولو قبل انقضاء الأجل، ما لم يكن الأجل في مصلحة المودع لديه.

6- الوديعة عقد يلتزم به المودع لديه التزاماً أساسياً بحفظ الشيء المودع: فلا ودية إذا لم يكن هناك التزام عقدي بالحفظ. فإذا ترك الشيء صاحبه عند آخر، دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو ضمناً بحفظه، لم يكن هناك عقد ودية. مثل أن يضع العامل ملابسه التي يرتديها بعد العمل، أو يضع الشخص معطفه أو مظلته في مطعم أو مقهى أو محل للحلاقة، ففي جميع هذه الأحوال لا يوجد عقد ودية؛ إلا إذا تبين من الظروف أن المودع لديه قصد أن يلتزم بحفظ الشيء المودع، كأن شخص مكاناً لحرز هذه الأشياء، أو وكل إلى مستخدم تسلمه وإعطاء صاحبها ورقة تحمل رقماً (ticket) ليستردها بها، أو أعد مرآباً لحفظ السيارات والدراجات.

وليس يكفي أن يلتزم المعير بحفظ الشيء المعارض، والمقابل بحفظ المادة التي قدمها رب العمل، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التي يعهد بها إليه، والمرهن يلتزم بحفظ المال المرهون، ولا يعتبر أي عقد من هذه العقود ودية؛ وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات. أما الإيجار والعارة فالغرض الأساسي منها هو الانتفاع بالشيء، والمقولة والوكالة غرضهما الأساسي القيام بعمل معين، والشركة غرضها الأساسي اقتسام ما قد ينشأ من نشاط الشركة من ربح أو خسارة، والرهن غرضه الأساسي تأمين الدين، والالتزام بالحفظ في هذه العقود إنما يدخل تبعاً للغرض الأساسي وبصفة غير أصلية.

ثالثاً - حكم الوديعة: الودائع وما أشبهها من الأمانات التي يأتمن الناس بعضهم ببعضها فيها، وحكم الإيداع في الأصل الجواز للمودع والمودع، والأصل في مشروعيتها¹:

- الكتاب: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخْوِنُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَتَخْوِنُوا أَمَانَاتَكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [الأنفال: 27]. وقال: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا) [النساء: 58]. وقال: (إِنْ أَمْنَهُ بَعْضَكُمْ فَلَيُؤْدِيَ الَّذِي أَوْتَمْنَاهُ وَلِيُقْرَأَ اللَّهُ رَبُّهُ) [البقرة: 283] وقال: (وَمَنْ أَهْلَ الْكِتَابَ مِنْ إِنْ تَأْمُنَهُ بِقُنْطَارٍ يَؤْدِي إِلَيْكُمْ إِلَّا مَا دَمْتُ عَلَيْهِ قَائِمًا) [آل عمران: 75].

- السنة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنْتُكَ وَلَا تَخْنُ مِنْ خَانَكَ»²، وأداء الأمانات من علامات الإيمان وعمل المؤمنين، والخيانة من علامات النفاق وعمل الفساق؛ قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَحْصَلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَحْصَلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا: إِذَا أَوْتُمْنَ خَانَ، وَإِذَا حَدَثَ كَذَبَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا حَدَثَ خَاصَّمَ فَجَرَ)³. وقال - صلى الله عليه وسلم -: (اَكْفُلُوا لِي سَتْ خَصَالٍ أَكْفُلُ لَكُمُ الْجَنَّةَ: إِذَا حَدَثَ أَحَدُكُمْ فَلَا يَكْذِبَ، وَإِذَا وَعَدَ فَلَا يَخْلُفَ، وَإِذَا أَوْتَمَنَ فَلَا يَخْنَ، غَضِبُوا أَبْصَارَكُمْ، وَكَفُوا أَيْدِيكُمْ، وَاحْفَظُوا فِرْوَاجَكُمْ)⁴.

- الإجماع: أجمعَتِ الأُمَّةُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الإِيدَاعِ وَجُوازِهِ.

وقد يعرض لها الوجوب كخائف فقد هاجر لها ل kakه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، والحرمة كإيداع الغاصب الشيء المغصوب عند من لا يقدر على حجدها ليردتها لربها أو للقراء إن كان المودع (بالكسر) مستغرق الذمة، لأن عياضا ذكر أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردتها إليه بضمها للقراء، وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق، وكرهتها حيث يخشى ما يحررها دون تتحقق.

والمودع قد يحب عليه قبول الوديعة إذا تعينت عليه بأن لم يوجد غيره وخيف عليها من غاصب أو ظالم وقد يحرم عليه أخذها إن علم من نفسه الخيانة والتفریط، أو كان صاحبها مستغرق الذمة بالمال الحرام⁵.

¹ - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 90.

² - أخرجه أبو داود (3534).

³ - أخرجه البخاري (2459)، ومسلم (58).

⁴ - رواه أحمد (22809)، والحاكم (399/4). وصحح إسناده، وقال الذهبي في (المهذب) (2451/5): إسناده صالح.

⁵ - الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج 4، ص 18.

رابعاً - أركان عقد الوديعة: أربعة وهي:

الركنان الأول والثاني - المودع (بالكسر)، والمودع (بالفتح).

أ- في الفقه الإسلامي: وشرطهما أهلية التوكيل في الجملة ليشمل المأذون له في التجارة، لأنه يجوز قبول الوديعة وإن كان لا يتوكل إلا بإذن سيده، وأما الصبي والسفيه فلا يودع ولا يستودعان، لكن إن أودعا شيئاً وجب على الرشيد حفظه، وإن أودع عندهما فاختلفا أو فرطا لم يضمنا، قال خليل: (وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو قرضه أو باعه فأتلفه لم يضمن وإن بإذن أهله).¹

ب- في القانون: الأهلية في عقد الوديعة: يجب التمييز هنا بين المودع والمودع لديه:

فالمودع، حتى لو كانت الوديعة بأجر، يقوم بعمل من أعمال الإدراة لا من أعمال التصرف. فلا تشرط فيه أهلية التصرف، وتكفي أهلية الإدراة؛ ومن ثم يكون الصبي المميز والمحجور عليه المأذون لهما في إدارة أموالهما من ذوي الأهلية للإيداع. ومن باب أولى يكون أهلاً للإيداع البالغ سن الرشد. أما الصبي المميز غير المأذون له في إدارة أمواله، ومن يلحق به من المحجور عليهم، فلا يكونون أهلاً للإيداع لأنه عمل من أعمال الإدراة كما سبق القول، فيدخل في ولاية النائب عن المحجور عليه. وإذا أودع الصبي المميز غير المأذون له في إدارة ماله، كانت الوديعة قابلة لإبطال، وجاز لولييه، أو له عند بلوغه سن الرشد، أن يطلب إبطال الوديعة.

أما المودع لديه، حتى لو كان يأخذ أجراً، فإنه يلتزم بحفظ الشيء وبرده، وقد يجر عليه الالتزام بالحفظ مسؤوليات ثقيلة، ومن ثم يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة أي أهلية التصرف والالتزام، ولا تكفي أهلية الإدارة، فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد. وإذا قبل الوديعة الصبي المميز ومن هو في حكمه، ولو كان مأذوناً له في الإدارة، فإن الوديعة تكون قابلة لإبطال. ويستطيع الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، أو وليه قبل ذلك، أن يطلب إبطال الوديعة، فيتحلل من التزاماته، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب فإذا أضاع الشيء المودع، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر، أو أتلفه الغير، لم يكن مسؤولاً عن رده سليماً إلى المودع، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع. وهذا ما لم يكن المودع لديه قد ارتكب خطأ تقصيرياً، فإنه في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن التعويض الكامل، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملاً بخطأ التقصير.

والذي يملك أن يودع الشيء هو في الأصل مالكه، فيجوز للملك أن يودع ملكه، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن الملك. وكيلاً كان أو ولها أو وصيها أو قيماً؛ ولكل من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء أن يودعه ولو لم يكن مالكاً له، فيجوز الإيداع من صاحب المنفعة، ومن المستأجر، ومن المستعير،

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص252.

ومن المرken رهن حيازة، ولهؤلاء جميعاً أن يودعوا الشيء حتى عند المالك نفسه. أما من لا يملك التصرف في الانتفاع بالشيء فلا يجوز له في الأصل الإيداع، فالمودع لديه لا يملك أن يودع الشيء من الباطن إلا بإذن المودع ما لم يكن مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة (م 593 من ق. م). وإذا أودع الشيء من لا يملكه وليس له التصرف في الانتفاع به، لم تنفذ الوديعة في حق المالك، فإذا أودع السارق المسروق عند شخص آخر، صحت الوديعة فيما بين المتعاقدين، ولكنها لا تنفذ في حق المسروق منه، وهذا له أن يسترد الشيء المسروق من المودع لديه.¹

الركن الثالث- الشيء المودع:

- أ- في الفقه الإسلامي: وهو كل ما يحتاج إلى من يحفظه ولو عقاراً.²
- ب- في القانون: المحل الأصلي في عقد الوديعة هو الشيء المودع، ويجب أن يتوافر في الشيء المودع الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل³:

 - أن يكون موجوداً، فلو كان الشيء الذي يراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة.
 - أن يكون معيناً تعيناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً للتعيين.
 - غير مخالف للنظام العام ولا للآداب، وإذا كان الشيء المودع غير قابل للتعامل فيه، لم يجوز إيداعه. فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة، ولا المخدرات، ولا الأسلحة غير المرخص فيها، ولا الكتب أو الصور الممنوعة.
 - أن يكون منقولاً: لا يجوز إيداع إلا المنقول دون العقار وهو ما نصت عليه المادة 590: (الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً...)، إذ المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار، فيجوز إيداع البضائع والسيارات والملابس والمفروشات والمجوهرات والكتب والمجلات. كما يجوز إيداع الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية على أن ترد بعينها، إذ لا يجوز في الأصل للمودع لديه أن يستعمل الشيء المودع. وقد يودع مبلغ من النقود أو شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، ويكون المودع لديه مأذوناً له في استعماله، فلا يرده بالذات ولكن يرد مثله، وهذه هي الوديعة الناقصة وهي تعتبر قرضاً حسب المادة 598: (إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً).

¹ - السنوري، المرجع السابق، ج 7، ص 691.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 90.

³ - السنوري، المرجع السابق، ج 7، ص 694.

وгинي عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تودع، فلا يودع الدائن حقه الثابت في ذمة مدینه، لأن هذا الحق يستعصي بطبيعته على الإيداع، ولكن يجوز إيداع الأسهم والسنادات والأوراق المالية، وكذلك يجوز إيداع سنادات الحقوق المعنوية كسنادات الديون والأوراق التجارية.

الركن الرابع- الصيغة:

أ- في الفقه الإسلامي: هي شرط وقيل ركن رابع، وهي كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال، ولا يتوقف على إيجاب وقبول باللفظ، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت، وذهب الواضع لحاجته، فإنه يجب على الموضوع عنده المتاع حفظه بحيث يضمنه إن فرط في حفظه حتى ضاع، لأن سكوته رضا منه بالإيداع عنده، وأما الأعمى فلا بد أن يضع يده عليها حتى يضمن إن فرط¹.

ب- في القانون: الوديعة كما قدمنا عقد رضائي، فيكفي لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع لديه، وليس التسليم ركنا، ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة في هذا الصدد، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة في نظرية العقد. فإذا أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون وديعة، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية، لم يتوافق الإيجاب والقبول، فلا ينعقد العقد باعتباره هبة ولا باعتباره عارية ولا باعتباره وديعة. كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة، وقبله الآخر على أنه وديعة، لم يكن هناك لا هبة ولا وديعة، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقاً على ماهية العقد².

خامساً- أحكامها:

1- التصرف في الوديعة والانتفاع بها:

أ- في الفقه الإسلامي: إذا أذن رب الوديعة للمودع في استعمال الشيء المودع أو تسلفه، أو الانتفاع به، أو التجارة فيه، جاز له ذلك، لأن حلية الأموال للغير، متوقفة على طيب نفس أصحابها، ونفس المودع قد طابت حيث أذن، فإن لم يأذن رب الوديعة للمودع بالتصرف فيها، فحكم الانتفاع بها، أو تسلفها يكون على التفصيل الآتي: ففي الانتفاع بالاستعمال كاستعمال السيارة أو الجهاز، يجوز له ذلك إذا كان يعلم من حال ربه أنه لا يكره، استعمالها لما فيه من كرم الطبع، ولما بينه وبين المودع من المودة، لأن هذا الحال يقوم مقام الإذن، فإن علم من صاحبها كراهة استعمالها، فلا يجوز له ذلك، لعدم طيب نفسه، فإن أشكلت معرفة كراهة صاحبها من عدمها كره له استعمالها تزها واحتياطاً.

¹- الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص90.

²- السنوري، المرجع السابق، ج7، ص686.

أما تسلف الوديعة أو الاتجار فيها، فإن كان بإذن ربها فلا حرج، سواء كانت الوديعة من المقومات كالثياب والمعدات أو من المثلثيات كالنقود، إلا إذا كان المودع فقيراً مُعدماً، فلا يجوز له تسلفها، لأن تسلف الفقير مظلة عدم الوفاء.

فإن منع ربها المودع من تسلفها فلا يجوز له تسلفها، سواء كانت الوديعة من المقومات أو من المثلثيات لأن المال لا يحل إلا بطيب نفس صاحبه والإذن أو المنع قد يكون بتصريح المقال، وقد يعلم من قرائن الأحوال، فإن أشكل الأمر ولم يعلم إذن ربها في تسلفها من عدمه، فلا يجوز تسلفها إن كانت الوديعة من المقومات كالسيارة والأثاث والثياب والأجهزة والمعدات، لاختلاف الأغراض في المقومات فلا يقوم غيرها مقامها، فإن كانت من المثلثيات كالنقود حاز للمودع تسلفها مع الكراهة، إلا إذا كان معدماً فقيراً، فلا يجوز له تسلفها، لأنه مظنة عدم القدرة على الوفاء.

والربح الحاصل من الاتجار في الوديعة للمودع، وليس لرب المال، سواء انحر فيها بوجه جائز مأذون فيه أو كان متعدياً، لأنه في حالة التعدي، هو ضامن إذا ضاع المال أو خسرت تجارتة، والقاعدة أن الخراج بالضمان، ومن عليه الغرم له الغنم.

وإذا كانت الوديعة مما يمكن كراؤها كالسيارة والأثاث والثياب، وأكرراها المودع من غير إذن ربها مدة طويلة تضرر منها رب الوديعة، بأن فاتت عليه فرصة بيعها بسعر عالٍ، فربها مخier بعد انتهاء مدة الكراء: بين أخذ قيمتها يوم كرايتها، لأنه يوم التعدي عليها من المودع ولا كراء له، وبين أخذ الوديعة وأنخذ الكراء معها؛ فإن لم يفوت على ربها فرصة بسبب كرايتها، فربها مخier عند إعادتها إليه بين الكراء الذي أكريت به وبين كراء المثل، له الحق في الأكثر منهما¹.

بـ- في القانون: تنص الفقرة 2 من المادة 719 من قـ م على: (ليس له (أي المودع لديه) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً)، فالمودع لديه لا يجوز له أن يستعمل الوديعة، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها، بل ليس له، كما تقول المادة 1931 مدني فرنسي، أن يكشف عنها ليعرف ما هي إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مغلق أو في غلاف مختوم؛ ويتصل هذا الالتزام السلي اتصالاً وثيقاً بالتزام المودع عنده بحفظ الشيء، إذا الغرض من الوديعة هو كما قدمنا حفظ الشيء لا استعماله. وإذا كان الشيء المودع يتبع غلة، وجب على المودع لديه أن يحفظ غلته معه دون أن يفصلها عنه إلا لحفظها، ويجب عليه في كل حال أن يقدم حساباً للمودع عن هذه الغلة.

على أنه يجوز للمودع أن يأذن للمودع لديه في استعمال الشيء، ويبيّني العقد مع ذلك وديعة، بشرط أن يكون حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد، واستعماله ليس إلا أمراً ثانوياً، فإن كان

¹ - الغرياني، المرجع السابق، ج 4، ص 30.

الاستعمال غرضاً أساسياً لم يكن العقد وديعة، بل كان عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك، وفرضأ إذا كان الشيء قابل للاستهلاك، فالمودع لديه يجوز له استعمال الشيء بشرطين: أن يكون هذا الاستعمال أمراً ثانوياً بالنسبة إلى الغرض الأساسي وهو حفظ الشيء، وأن يكون المودع قد أذن له في الاستعمال.

والإذن كما يكون صريحاً قد يكون ضمنياً، ويستخلص الإذن الضمني من الظروف؛ فإذا أودع شخص ساعة مثلاً، فالغالب أنه لا يمانع في أن ينظر المودع لديه في الساعة ليعرف الوقت، بل أن للمودع عنده أن يشحن الساعة من وقت على آخر حتى تستمر في السير؛ وكذلك إذا أودع شخص كتاباً عند آخر، فلا مانع من أن يقرأ المودع لديه في هذه الكتب بشرط الا يترك فيها أثراً من القراءة، وهذا ما لم ينهه المودع عن القراءة صراحة أو ضمناً.

وإذا أخل المودع لديه بالتزامه، فاستعمل الشيء دون إذن صريح أو ضمني، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أي تصرف آخر، كان مسؤولاً عن ذلك مسؤولية مدنية، وحازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبذيد بالنسبة إلى المودع، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له. والإذن بالاستعمال لا يفترض، بل يقع على المودع لديه عبء إثباته.

2- ضمان الوديعة:

أ- في الفقه الإسلامي: الوديعة أمانة، وكل أمانة لا يضمنها الأمين إلا إذا فرط من يصح توكيله فيها، فتضمن بتفريط رشيد، لا بتفرط صبي ولا سفيه، لعدم صحة وكانتهم. فمن استودع واحداً منهم فهو المفرط في ماله، وإن أذن أهله: أي ولد الصبي والسفيه فلا ضمان، إلا فيما يصون به ماله وهو مليء^١. أما ما يضمن فهو المثل إن كانت مثالية، والقيمة إن كانت مقومة، والضمان لها في ذمة الحر الرشيد، وأما لو كان المودع صبياً أو سفيهاً فلا ضمان عليه لأن صاحبها هو المسلط لها عليها ولو كان قبولاً بما إذن ولهم، اللهم أن يصونا بما مالهما فيضمنا الأقل من قيمتها وما صوناه لا إن تلف ما صوناه واستفاداً غيره.

ب- في القانون: لما كانت الوديعة لا تنتقل ملكية الشيء المودع إلى المودع لديه، بل يبقى المودع مالكاً للشيء ويسترده عيناً عند انتهاء الوديعة، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أو بعده بسبب أجنبي، كان هلاكه على المالك أي على المودع، أما إذا هلك الشيء المودع بخطأ من المودع لديه، كان هذا مسؤولاً عن الملاك.

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج3، ص550؛ والحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص92.

وفي التزام المودع لديه بحفظ الوديعة، ميز القانون بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر أو كانت بأجر، جاء في المادة 592: (إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله. وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوماً أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتمد)، فإن كانت الوديعة بغير أجر تكون في مصلحة المودع دون المودع لديه، ويكون المودع لديه غير مسئول إلا عن العناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هي دون عناية الشخص المعتمد، لم يكن مسؤولاً إلا عن عناية الشخص المعتمد. فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسؤولاً عن عنايته الشخصية، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسؤولاً عن عناية الشخص المعتمد. والسبب في ذلك أن المودع لديه غير مأجور فيكون متفضلاً، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسؤولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتمد، كما لا يجوز أن يكون مسؤولاً عن أكثر من عنايته الشخصية، فلا يكون مسؤولاً إلا عن أدنى العنايتين.

أما إذا كانت الوديعة بأجر، فإنه يجب على المودع لديه أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص المعتمد، أي أن المعيار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً. فإذا لم يبذل هذه العناية، حتى لو ثبت أن العناية الأقل التي يبذلها فعلاً هي العناية التي يبذلها في حفظ مال نفسه، كان مع ذلك مسؤولاً، لأن ملزم ببذل عناية الشخص المعتمد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية. أما إذا بذل عناية الشخص المعتمد، فإنه يكون قد نفذ التزامه، حتى لو نزلت هذه العناية بمعاييرها الموضوعي عن عنايته هو بمعاييرها الشخصي.

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع لديه مسؤولاً إذا وضع المجوهرات المودعة في خزانة غير مقفلة فسرقت، أو وضع القطن المودع بجوار مواد ملتهبة فاحتراق، وذلك سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة. فإنه يصعب تصور أن يصل المودع لديه في نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد إذا كانت الوديعة غير مأجورة، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبذل عناية الشخص المعتمد في حفظ الوديعة.

وإذا اضطر أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت، فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسؤولاً إذا كانت الوديعة بأجر، حتى لو ثبت أنه كان لا يؤمن عليها أو أنها كانت ماله الخاص. أما إذا كانت الوديعة بغير أجر، وأثبت ذلك، فإنه لا يكون مسؤولاً.

3- انتهاء الوديعة:

أ- في الفقه الإسلامي: نص الفقهاء على حالات انقضاء عقد الوديعة وهي¹:

- موت أحد العاقدين (المودع أو المودع)، أما المودع فلأن ملكية المال المودع أنتقلت بموته إلى ورثته أو دائنيه؛ أما المودع فلأن أهليته للحفظ قد زالت بموته، وعليه إذا مات صاحب الوديعة لزم المودع رد الوديعة إلى ورثته أداء لحق الأمانة فإن لم يفعل صار ضامنا لها.

- زوال أهلية أحدهما للتصرف بجهون ونحوه.

- عزل المودع نفسه أو عزل المودع له مع علمه، فإذا وقع ذلك انفسح عقد الإيداع، وتكون الوديعة في يده أمانة شرعية تكون لها حكم الأمانات من حيث وجوب المبادرة لردها إلى صاحبها.

- نقل المالك ملكية الوديعة إلى غيره: كما لو باعها لآخر ونحو ذلك.

- إقرار المودع بالوديعة لغير صاحبها: لأن ذلك ينافي حفظها للمالك فينفسح عقد الإيداع ضرورة لعدم فائدة البقاء وتصير مضمونة بيده لتعديه بذلك الإقرار.

- جحود الوديعة: إذ لا خلاف بين الفقهاء في انفساخ عقد الوديعة وانتهائه بالجحود المضمن لها، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضمونا عليه فإذا هلك تقرر الضمان.

ب- في القانون: تنص المادة 594 ق م ج على: (يجب على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه. وللمودع لديه أن يلزم المودع بتسلیم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع). ويخلص من نص المادة أن الوديعة تنتهي بالأسباب الآتية:

- انقضاء الأجل: قد يتفق المتعاقدان على أجل للوديعة، صراحة أو ضمنا، فتنتهي الوديعة بانقضاء هذا الأجل. وإذا لم يتفق على أجل وجب وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضي لتعيين أجل تنتهي فيه الوديعة.

- موت المودع لديه: ولأن الوديعة يلاحظ فيها شخص المودع لديه، إذ يكون محل ثقة المودع، وجب أن ينحل العقد بموت المودع لديه، إلا إذا اتفق على غير ذلك. ومن أخل العقد، استقرت في تركة

¹ - نزيه حماد، عقد الوديعة، ص 161 وما بعدها.

المودع لديه الالتزامات التي ترتب عليه إلى وقت انحلاله، فتبقى التركة مثقلة بها، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة.

وإذا مات المودع وكانت الوديعة في مصلحته، حاز لورثته الرجوع في الوديعة في أي وقت، لأن موت المودع، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع في الوديعة لو كان حيا إذ الوديعة في مصلحته، فينتقل هذا الحق إلى ورثته. أما إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع لديه ومات المودع، فإن الوديعة لا تنتهي بموته، بل يبقى المودع لديه حافظا للوديعة إلى أن ينقضي أجلها إذ هي لمصلحته، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع في الوديعة بإراداته المنفردة مادامت لمصلحته.¹

¹ - السنوري، المرجع السابق، ج 7، ص 750.

المحاضرة السادسة

العارية

أولاً - تعريف العارية:

أ- في اللغة: وهي مأخوذه من التعاور: بمعنى التداول، أو من العروء بمعنى الإصابة والعرض، يقال: اعتراه كذا: بمعنى أصابه وعرض له أو بمعنى الخلو، يقال: عرا عنه بمعنى خلا. وأنكر على من قال إنها من العار¹.

ب- في الاصطلاح:

1- في الفقه الإسلامي: تسمى الشريعة هبة المنفعة باسم الإعارة أو العارية، ويعرف الفقه المالكي والحنفي العارية بأنها تملك منفعة المال دون عوض، بينما يعرفها الشافعية والحنابلة بأنها إباحة بعض منافع المال كالدابة للركوب والثوب للباس والفسس للقطع والقدر للطبخ والإبرة للخياطة وما إلى ذلك.

والتفريق بين تملك المنفعة وإباحتها له آثاره المهمة، فالتملك يدخل المنفعة باعتبارها مالا في ملكية المستفيد ب مجرد العقد بينما الإباحة بصفة عامة لا تدخل المال في الملكية إلا بالاستيفاء بالإضافة إلى أن مالك المنفعة له حق التصرف بعوض وبدونه. فالعارضية عند المالكية عقد لازم بمجرد التراضي إلا أنه يبطل بموت المعير قبل القبض ولا يتاثر بموت المستعير قبله².

وحقيقة العارية الشرعية عند المالكية كما قال ابن عرفة: (تملك منفعة مؤقتة لا بعوض)³، فيخرج تمليك الذات وتمليك الانتفاع، لأن العارية فيها تملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع، قوله: مؤقتة حقيقة أو حكما لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج الحبس فإن الغالب فيه التأييد، وليس المقصود اشتراط التأكيد لفظا فيها بل المعنى أنها مؤقتة لفظا أو عادة حقيقة أو حكما، فلو قال أعرتك هذا الشيء ولم يؤقّت أجالا لزم الوقت المعتاد في إعارة مثله؛ قوله لا بعوض لإخراج الإجارة والكراء وفيهما تملك المنفعة مؤقتا لكن بعوض.

2- في القانون: تناول القانون المدني الجزائري أحكام عقد العارية في الفصل الثاني من الباب الثامن المخصص للعقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، وعرف العارية في المادة 538 على أنها: (عقد يلتزم بمقتضاه

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج 4، ص 618.

² - التحكاني، المرجع السابق، ص 45.

³ - الرصاع، المرجع السابق، ص 345.

المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال).

ثانياً- خصائص عقد العارية: ويتبين من خلال التعريف أن عقد العارية له عدة خصائص¹:

1- عقد رضائي: تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص، وهي ليست بعقد عيني، لأنه لا يشترط في انعقادها تسليم الشيء المعاور إلى المستعير، فالتسليم ليس ركناً بل مجرد التزام في ذمة المعير ينشأ بعد أن تتعقد العارية.

وبما أن عقد العارية عقد رضائي فلا يتشرط إخضاعه لشكلية معينة، يمكن إبرامه مشافهة أو كتابة، ولا مانع من أن يبرم بشكل رسمي إذا اتفق الطرفان على ذلك كتحرير العقد من طرف المؤوث. غير أنه بناء على نص المادة 333 من ق م ج: (في غير المواد التجارية إذا كانت التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج يجب إثباته كتابة)، وعليه يجب أن يتم عقد العارية كتابة إذا كانت قيمة العارية 100.000 دج². ومن المهم أن تكون في يد المعير كتابة ثبت العارية، حتى لا يصطدم بدعوى المستعير من أن الشيء قد سلم له على سبيل المبة اليدوية، والظاهر يؤيده في ذلك لأنه حائز للشيء، كذلك من المهم أن يكون في يد المستعير كتابة ثبت العارية، حتى يدفع دعوى المعير في المطالبة بأجرة أو بتعويض عن الانتفاع بالشيء إذا أدعى هذا الأخير أن العقد إيجار أو أنكر أن هناك عقد عارية.³

2- ملزم للجانبين: فالمuir يلتزم بتسلیم الشيء المعاور للمستعير، وكذلك المستعير يلتزم باستعمال الشيء المعاور في الغرض المعد له والمحافظة عليه ورده عند انتهاء العارية، فإذا أخل المستعير بهذا الالتزام وقصر في المحافظة على الشيء المعاور حاز للمuir أن يتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد واسترداد ما أعاره قبل انتهاء العارية.⁴

3- أنه من عقود التبرع: حيث نصت المادة 538 من ق م ج بأن المستعير يستعمل الشيء المعاور: (بلا عوض)، ولو كان هناك عوض للعارية لانقلبت إيجاراً إذ أن العوض هو الفرق بين الإيجار والعارية، فالعارية تبرع بالنسبة إلى المعير، فلا يأخذ شيئاً من المستعير مقابل استعمال الشيء المعاور، وتبرع بالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمuir في مقابل هذا الاستعمال.

¹- السنهوري، المرجع السابق، ج 6، ص 1508.

²- ريم لعور رفيعة، آثار عارية الاستعمال، ص 3.

³- السنهوري، المرجع السابق، ج 6، ص 1508.

⁴- السنهوري، المرجع نفسه، ج 6، ص 1509.

4- لا ينقل ملكية الشيء المumar: بل ينجل للمستعير حق الانتفاع بالشيء المumar فقط، ولذلك نصت المادة 538 على وجوب استرداد الشيء المumar بعد الاستعمال.

ثالثاً- حكمها:

وهو الندب هذا حكمها الأصلي لأنها إحسان، وتأكد في الأقارب والجيران والأصحاب، وقد عرض لها الوجوب أو الحرمة أو الكراهة، فالوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه وطلبه من يخشى عليه الملال بتركه، ككساء في زمن شدة برد، والحرمة إذا كانت تعين على معصية، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروره، والإباحة إذا أعن بها غنياً.¹

ودل على مشروعيتها الكتاب والسنة وإجماع الأمة:

- الكتاب: عموم الآيات الأمرة بالمعروف وفعل الخير منها: قوله تعالى: (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون) [الحج: 77]، وقوله تعالى: (لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقه أو معروف أو إصلاح بين الناس) (النساء، 114)، وقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) (المائدة، 2)، وقوله تعالى: (فوويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون والذين هم يراغعون وينعنون الماعون) (المعاون، 4-7)، والآية أصل في العارية.

- السنة: فما رواه أنس بن مالك أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعار فرسا من أبي طلحة²، واستعار من صفوان بن أمية درعه يوم حنين فقال له: أغضب يا محمد؟ قال: "بل عارية مضمونة"³. وفي حديث أمامة قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والريع غارم»⁴، والمعنة الشاة أو نحوها تعار لأحد لبنيها.

- الإجماع: نقل العلماء ذلك قال ابن قدامة: (وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع)⁵.

رابعاً- صورها: تتعدد صور العارية من حيث الموضوع الذي ترد عليه، فقد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً، والمنقول بدورة قد يكون مما يغاب كالجواهر والملابسويكن إحفاؤه وقد يكون مما لا يغاب

¹ - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 106.

² - أخرجه البخاري (2627)، ومسلم (2307).

³ - رواه أبو داود (3562).

⁴ - أخرجه أبو داود (3565)، وأحمد (22294) باتفاق يسir، والترمذi (2120) واللفظ له، وابن ماجه (2713) مختصرأ.

⁵ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 5، ص 163.

كالفرس والجمل، وقد ترتبط العارية بسد حاجة لدى محتاج وقد ترتبط بروابط أخرى كالتودد وتوظيف العلاقات. وهذه أهم صورها¹:

1- إعارة الماعون: الماعون لغة اسم جامع لمنافع البيت كالقدر والدلو والقصعة والفأس ونحوها مما جرت العادة بإعاراته، وجمهور المفسرين يأخذون الماعون في سورة الماعون بهذا المعنى، قال ابن مسعود: (كنا نعد الماعون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عارية الدلو والقدر).

2- إعارة الظهر (الإلقار): الظهر اسم لما يركب أو يركب عليه من الدواب كالفرس والجمل والبغل والحمار، ويعبر عن هذا بالإلقار بمعنى إعارة فقرات الظهر، والأصل فيها ما رواه أبو سعيد الخدري قال: (بينما نحن في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل على راحلة له قال: فجعل يصرف بصره يميناً وشمالاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان معه فضل من زاد له قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أن لا حق لأحد منا في فضل)².

3- إعارة الفحل (الإطراق - الإحجال): الفحل هو الحيوان الذكر المستعمل لإحجال الماشي الإناث في موسم الضراب قصد الحصول على الإنزال وتنمية الشروء الحيوانية، فقد سئل الرسول صلى الله عليه وسلم: ما حق الإبل؟ فقال: (تعطى الكريمة وتحنح الغزيرة وتفقر الظهر وتطرق الفحل وتسقى اللبن)³، ويقاس على الإبل ما سواه من الماشي.

4- إعارة منافع العقار (الإرفاق): الإرفاق إعارة بعض منافع العقار بصفة مؤقتة أو دائمة؛ ومن أمثلتها: السماح للجار أن يغرز خشبة أو خشبات في دار جاره من أجل التسقيف، والسماح له بالمرور الشخصي وبالمسيل لماء المطر، أو بمرور مياه السقي، روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره)⁴.

5- المنحة: هي هبة شخص عترة أو شاة أو بقرة أو ناقة حلوباً لشخص آخر يستدر لبنيها مادام بها حليب، فإذا انتهى الحليب رد المستفيد الحيوان إلى مالكه، قال صلى الله عليه وسلم مرغباً في المنحة:

¹- التجكاني: المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

²- رواه مسلم (1728).

³- أخرجه أبو داود (1660) واللفظ له، وأحمد (10350).

⁴- رواه البخاري (2463).

(أربعون خصلة أعلاهن منيحة العتر ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثواها وتصديق موعدها إلا دخله الله الجنة)¹، وقال أيضاً: (نعم المنحة اللقحة الصفي منحة والشاة الصفي تغدو بإناء وتروح بإناء)².

6- العربية والإمتاع: العربية هي إعارة النخلة أو النخلات لمن ينتفع بثمرها، وقد استعملها الأنصار مع المهاجرين غداة الهجرة للتخفيف من حاجات من لا نخل لهم، وبقيت بيد المهاجرين حتى فتح خير سنة 7هـ فيستعمل مصطلح العربية لإعارة أشجار النخيل، ويستعمل مصطلح الإمتاع لإعارة باقي أنواع الأشجار المثمرة.

7- إعارة الأرض الزراعية: من طرق استغلال الأرض أن تعار لمن لا أرض لهيرثها ويستفيد من غليتها ثم يردها للملك عند الطلب، وهي وسيلة لسد حاجة المحتاج عن طريق عمله، قال صلى الله عليه وسلم: (من كان له فضل أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه فإن أبي فليمسك أرضه)³.

8- العمري: وهي أن يقول مالك المال للموهوب له: هذا المال لك عمرك أي مدة حياتك، وهي تبرع بالمنفعة مع بقاء الرقبة لصاحبها، قال أبو أيوب الأنباري: (جعل الأنصار يعمرون المهاجرين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أمسكوا عليكم أموالكم لا تفسدواها فإنه من أعمرا عمرى فهو للذى أعمراها حيا وميتا ولعقبه)⁴.

ويرى الإمام مالك أن العمري من قبيل هبة المنافع وأن المعمراً (بالكسر) يسترد ماله عند نهاية الانتفاع بموت المعمراً (بالفتح) أو بموت عقبه إذا كانت العمري له ولعقبه، أخذها بعمل أهل المدينة، قال مالك: (وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمري ترجع إلى الذي أعمراها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك)⁵.

وسنأتي تفصيل بعض أحکامها في آخر أحکام العارية.

خامساً- أركانها: أربعة هي:

الركن الأول- المعير: وهو صاحب العارية.

أ- في الفقه الإسلامي: يشترط فيه: أن يكون من أهل التبرع، فلا تصح العارية من المجنون ومن الصبي ولو كان مأذونا له في التجارة، لأن العارية من قبيل التبرعات، ولا تصح من محجور عليه لسفه أو دين أو مرض، وللمريض مرض الموت أن يغير أقل من ثلث ماله، فالحجر عليه يتعلق بما زاد عن الثلث في

¹- رواه البخاري (2631)

²- رواه البخاري (2629)، ومسلم (1020). بمعناه.

³- رواه مسلم (1536).

⁴- رواه مسلم (1625).

⁵- الإمام مالك، الموطأ، ج 2، ص 756.

التبreas؛ كما يشترط أن يكون مالكاً للمنفعة التي يزيد الإعانة بها، فتحوز الإعارة من يملك المنفعة وحدها كالمستأجر المستعير، إن لم يجر العuir عليه ولو بسان الحال، كأنه يفهم منه أن لا يسمح بإعارتها لغير هذا المستعير؛ بينما لا تجوز إعارة مالك الانتفاع فمن يستفيد بحق سكنى مثلاً لشخصه أو لصفته كطالب لا يجوز له إعارة محل هذا الحق لأن حق الانتفاع حق شخصي لا يقبل الانتقال.¹

بـ- في القانون: الذي يملك أن يغير هو من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء المعاير؛ فيجوز للمالك أن يعبر ملكه، وكذلك يجوز للنائب عن المالك، وكيلاً كان أو ولية أو وصياً أو قيماً. ويجوز لصاحب حق الانتفاع أن يغير الشيء الذي تقرر له عليه هذا الحق. وكذلك تجوز الإجارة من المستأجر، ومن المرken رهن حيازة، ولمؤلفاء جمِيعاً أن يعيروا الشيء حتى للمالك نفسه، أما المستعير فلا تجوز منه الإعارة من الباطن إلا بإذن العuir. ويجوز لمن لا يملك الشيء وليس له حق التصرف في الانتفاع أن يغيره، ولكن العارية لا تنفذ في حق المالك الحقيقي، ومن ثم يجوز للسارق أن يغير الشيء المسروق، وتكون العارية ملزمة له، ولكنها لا تنفذ في حق المسروق منه.²

أما بالنسبة لأهلية العuir، فالعارية، وإن كانت من عقود التبرع، هي عقد تفضل لا عقد هبة إذ هي لا تنقل الملكية، فهي إذن ليست من عقود التصرف، بل من عقود الإداره، وينبني على ذلك أن الأهلية الواجب توافرها في العuir يكفي أن تكون أهلية الإداره؛ فتحوز الإعارة من القاصر الذي له حق إدارة ماله، كما تجوز من الولي والوصي والقيم نيابة عن القاصر أو المحجور عليه، أما القاصر الذي ليس له حق إدارة ماله فلا تجوز منه الإعارة حتى ولو كان صبياً مميزاً أو محجوراً عليه للغفلة أو السفة.³

الركن الثاني - المستعير:

أـ- في الفقه الإسلامي: شرطه أن يكون أهلاً للتبرع عليه فلا تصح الإعارة للدوااب والجمادات ولا للصي والجنون؛ وأن يكون من يجوز شرعاً انتفاعه بالعارية، فلا تصح إعارة المصحف للكافر، أو إعارة سلاح لعدو، ولا تجوز إعارة الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له إمساكه.

بـ- في القانون: لما كانت العارية عقداً نفعاً محضاً للمستعير، فيكفي أن تتوافر فيه أهلية التعاقد دون أهلية الإداره؛ ومن ثم يجوز للصي الميز أن يستعير، حتى لو لم يكن مأذوناً له في الإداره. وقد نصت المادة 83 من ق آ أنه: (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...). وهذا دون المحجور عليه بجنون أو عته أو سفه فتصرفاته

¹ - التجكاني، ص150.

² - السنهروري، المرجع السابق، ج6، م2، ص1516.

³ - السنهروري، المرجع نفسه، ج6، م2، ص1518.

تكون باطلة، وهو ما نصت عليه المادة 85 من ق أ: (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفة).

الركن الثالث- الشيء المعاوض: وهو محل الإعارة.

أ- في الفقه الإسلامي: شرطه أن يكون يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، سواء كان منقولاً أو عقاراً، كالكتاب والثوب والبيت والأرض، بخلاف الطعام والنقد، فلا يعارض لأنهما يستهلكان عند الانتفاع بهما وإنما يقرضان، وأن تكون منفعته مباحة للمستعير، فلا تعارض الزوجة للاستمتاع بها، ولا تجوز إعارة الأبوين لولدهما.

ب- في القانون: يجب أن تتوافر في الشيء المعاوض الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل¹:

- أن يكون الشيء موجوداً، فلو كان الشيء المراد إعارته قد هلك قبل التعاقد، انعدم المحل ولا تتعقد العارية.

- أن يكون الشيء المعاوض معيناً تعيناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً للتعيين.

- أن يكون غير مخالف للنظام العام ولا للآداب، وإذا كان الشيء غير قابل للتعامل فيه بأن كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب، لم تجز إعارته؛ والمقصود هنا أن تكون القابلية للتعامل متعلقة بالانتفاع بالشيء لا متعلقة بملكنته، وينبني على ذلك أنه لا تجوز إعارة الأسلحة غير المرخص فيها، ولا الكتب الممنوعة، ولا الأشياء المهربة.

- أن يكون غير قابل للاستهلاك، ليستعمله المستعير على أن يرده بعد الاستعمال، فلا يدخل عارية النقود وما شأنه الاستهلاك، حيث نص القانون المدني على القرض الاستهلاكي في المادة 450 على أنه: (عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو شيء مثلي آخر على أن يرده إليه المقترض عند نهاية القرض في النوع والقدر والصفة).

وعليه فإن أي شيء توافرت فيه هذه الشروط تجوز إعارته، ويستوي في ذلك المنقول والعقارات. فتجوز إعارة المنقول، وهذا هو الغالب، فكثيراً ما تعارض الآلات الزراعية وغيرها من الآلات الميكانيكية، وماكينات الخياطة، والأجهزة الإلكترونية، والملابس الجاهزة، والمفروشات، والأدوات المنزلية بوجه عام، والمركبات والسيارات، والمواشي والخيل والدواب، والساعات والمجوهرات، والكتب والمجالس.

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج 6، م 2، ص 1500.

ولا يوجد ما يمنع من إعارة العقار، وإن كان هذا لا يقع كثيرا، فتحوز إعارة قاعة للقاء محاضرة فيها أو لعقد اجتماع، كما تجوز إعارة مخزن أو مرأب لاستعماله في تخزين الأشياء أو في إيداع السيارات، بل تجوز إعارة دار للسكن دون مقابل، فإذا ما دفع مقابل كان هذا أجرة، وكان العقد إيجارا.

الركن الرابع- الصيغة:

أ- في الفقه الإسلامي: وتكون بقول أو فعل تفهم منه العارية، ثم إن قيدت بزمن فلا إشكال في لزومها لأنها معروفة وهو يلزم بالقول وإن لم تقييد بزمن، فاللازم ما تعار لثله، قال خليل: ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتادة.

وتنعدد الإعارة بالتراصي بين الطرفين ويكون للمستعير أن يستلم الشيء المعارض وأن يطالب به قضائيا إذا امتنع المعير عن تسليمه كما في عقد الهبة. غير أن وفاة المعير قبل قبض المستعير لموضوع الإعارة تبطل به الإعارة، ويتحقق قبض الإعارة لدى المالكية بقبض العين وليس باستيفاء المنفعة نفسها، وهذا إذا وضع المستعير اليد على العين يعتبر قبضا وإن كانت المنفعة لم تستوف بعد.

ب- في القانون: العارية عقد رضائي، فيكتفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المعير والمستعير، فلا هو عقد عيني كما كان في الماضي حتى يستلزم التسلیم لانعقاده، ولم يكن في أي وقت عقدا شكليا حتى يستوجب استيفاء شكل معين.

ولا توجد أحکام خاصة بعقد العارية في هذا الصدد، ومن ثم تتطبق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد، فإذا أعطي شخص آخر شيئاً وقدر أن يكون عارية، واعتقد الآخر أنه هبة، لم يتوافق الإيجاب والقبول، فلا يعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية، وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيرا صريحاً أو تعبيراً ضمنياً، والوقت الذي ينبع فيه التعبير عن الإرادة أثره، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده لأهليته، والتعاقد ما بين الغائبين، والنهاية في التعاقد، وغير ذلك من الأحكام.¹

سادسا: أقسام العارية:

للعارية قسمان رئيسيان باعتبار إطلاقها وتقديرها، فتقسم إلى العارية المطلقة والعارية المقيدة²:

أ- العارية المطلقة: وهي العارية التي تتم من غير تحديد كيفية الانتفاع، والاستعمال، ولا زمن أو مكان الانتفاع والاستعمال، وعقدها على هذه الصورة جائز اتفاقا. ومثالها من يغير لغيره سيارة ولا يحدد

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج6، م2، ص1516.

² - يوسف وناسة، المرجع السابق، ص169.

له وجه الانتفاع بها: حمل الأشخاص، أو البضائع مثلاً، ولا يحدد له أجلاً ينتهي فيه العقد، كما لا يحدد له مكاناً يمنعه من تجاوزه أيضاً.

إذا عقدت العارية على هذه الصورة يجوز للمستعير أن يستعمل العارية استعمالاً مطلقاً، وإنما يلزم منه الإلتزام بأمرتين: الأولى: استعمالها فيما هي معدة له، أو دونه، ولا يستعملها فيما هو أضر بالشيء المعارض. الثاني: مراعاة العرف في استعمالها، قال الخرشي: (ولا يجوز أن يفعل بها أضر مما استعارها له، فإنه يضمنها حينئذ إذا عطبت).

بـ- العارية المقيدة: وهي العارية التي يقيدها العقود؛ إما في وجه الانتفاع وكيفيته، أو زمن الانتفاع وأجله، أو مكان الانتفاع وحده، وقد يكون القيد مفرداً، وقد يكون مركباً؛ فإذا قيدت في وجه الانتفاع فقط، أو زمنه فقط، أو مكانه ففرد، فهذا قيد مفرد، ولكن قد تقييد في الأوجه الثلاث، أو في وجهين دون الآخر، وعليه للعارية المقيدة أربع صور:

الصورة الأولى: العارية المقيدة في وجه الانتفاع وزمنه ومكانه.

الصورة الثانية: العارية المقيدة في وجه الانتفاع وزمنه المطلقة في مكانه.

الصورة الثالثة: العارية المقيدة في وجه الانتفاع ومكانه، المطلقة في الزمان.

الصورة الرابعة: العارية المقيدة في زمن الانتفاع ومكانه المطلقة في وجه الانتفاع.

وهذا تفصيل القيود وتوضيحها:

1 - القيد الموضوعي أو قيد الانتفاع: وهو القيد المتعلق بموضوع الاستعمال ووجه الانتفاع وكيفيته؛ فقد يشترط المغير على المستعير استعمال العارية على وجه محدد وكيفية معينة، فلا يجوز تجاوز ما حدده وعيته، ولكن إذا استعمل العارية في وجه تتأثر به تأثراً أقل من تأثير الوجه المأذون فيه جاز ذلك، قال الخرشي: "المستعير يفعل بالعارية ما أذن له في فعله بها، أيضاً مثل ما استعارها له أو دونه، ولا يجوز أن يفعل بها أضر مما استعارها له."

ومثال ذلك: من يغير أرضه لغيره ليغرس فيها أو يبني، فللمستعير أن يزرع فيها ما يشاء؛ لأن ضرر الزرع دون ضرر الغراس والبناء، وإن أغارها للزرع لم يجز للمستعير أن يغرس فيها أو يبني؛ لأن الإذن في القليل ليس إذناً في الكثير، وضرر الغراس والبناء وتأثيرهما في الأرض يربو على أثر الزرع. ومثله ما لو أغار أرضه على أن تزرع زرعاً معيناً ومحصولاً محدداً، فالواجب التقييد بذلك، ويجوز للمستعير أن يزرع محصولاً أقل ضرراً وتأثيراً في الأرض مما حدد له، وكذا لو أغارها على أن يغرسها المستعير أو يبنيها، فليس له أن يجمع بينهما؛ لأن ضررهما وأثرهما على الأرض مختلف.

2- القيد الزمني: وهو القيد المتعلق بوقت الانتفاع، ومدته، وذلك بأن يتفق العاقدان -مثلاً- أن تكون مدة العارية عاماً أو أقل أو أكثر؛ فالعارية في هذه المدة للمستعير ينتفع بها حتى حلول الأجل، فيلزمها ردها بحلوله، كما يصح أن تكون المدة مجهولة: محددة، وحالئذ تترك العارية للمستعير مدة ينتفع مثلاً بها عادة.

وإذا قيدت العارية بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت، قال الزيلعي: " وإن كانت مقيدة بوقت تقييدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها إلا في الوقت المعين، ومن حيث الانتفاع والمكان فهي باقية على إطلاقها".

3- القيد المكاني: وهو القيد المتعلق بمكان الانتفاع وحدوده، وذلك إذا قيد المغير المستعير في استعماله العارية محدود مكانية لا يجوز له تجاوزها، كأن يغير شخص آخر سيارته -مثلاً- ويشرط عليه أن لا يستعملها إلا في حدود بلدة أو مدينة لا يتجاوز نطاقها وحدودها، وما قيل في القيد الزمني يقال هنا أيضاً؛ فالعارية المقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان.

سابعاً - أحكامها:

1- الانتفاع بالعارية:

أ- في الفقه الإسلامي: على المستعير أن ينتفع بموضوع العارية، بحسن نية، حسب الاتفاق، أو حسب العرف إذا لم يكن اتفاق، أو حسب طبيعة الموضوع، ويقسم الفقه العاري فيما يخص حدود الانتفاع إلى عارية مطلقة، وإلى عارية مقيدة¹:

- العارية المطلقة هي التي يمنح المغير فيها المنفعة دون تحديد لأوضاع الانتفاع، فإذا أعاره أرضاً، مثلاً، على هذه الصفة، كان للمستعير أن يزرع هذه الأرض، أو يبني فيها بناء مؤقتاً، أو يقيم فيها ضيعة لتربيمة الحيوانات والدواجن، وإذا زرع كان له أن يزرع أي نبات، مهما كانت المدة التي يحتاجها النبات لتمام غلنته، فـالإطلاق في العارية يشمل كل هذا.

- العارية المقيدة هي التي تحدد أوضاع الانتفاع، كأن يغيره دابة، مثلاً، لحمل أثقاله، أو يغيره سيارة ليذهب بها إلى مكان معين، أو كأن يغيره أرضاً لزراعتها بنوع معين من النباتات، ففي هذه الإعارة يتقييد المستعير بكل الأوضاع المشترطة في العقد، فالمسلمون على شروطهم، كما يقول الرسول عليه الصلاة والسلام.

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 54.

إلا أن للمستعير أن يستعمل الشيء المعارض فيما هو أدنى ضررا من الوضع المسموح به في العقد، كأن يعيه سيارة ليذهب بها من قسنطينة إلى الجزائر العاصمة، فيذهب بها إلى سطيف فقط، فالرضا بالضرر الذي يحصل للمال المعارض من جراء السفر إلى الجزائر العاصمة، يتضمن طبعاً الأقل منه، وهو الضرر الحاصل من السفر فقط إلى سطيف. يقول خليل: (و فعل المأذون ومثله ودونه، لا أضر).¹

فإذا تجاوز المستعير في انتفاعه حدود الاتفاق، أو حدود العرف، أو حدود طبيعة الشيء المعارض، كأن يستعير سيارة صغيرة للركوب، فيستعملها لنقل الحجارة، أو كأن يعيه فرساً للركوب، فيستعمله في الحرث مثلاً، فيكون المستعير مسؤولاً عن العطب أو نقص القيمة، الذي قد يصيب موضوع العارية، ويصبح العقد نفسه معرضًا لاحتمال عدم الاستمرار.

ب- في القانون: جاء في المادة 542 من ق.م.ح: (ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعارض إلا على الوجه المعين بالقدر المحدد وذلك طبقاً لما يبينه العقد أو تقتضيه طبيعة الشيء أو يجري به العرف ولا يجوز له دون إذن المعير أن يتنازل عن الاستعمال للغير ولو تبرعاً. ولا يكون مسؤولاً عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية).

فيكون للمستعير حق استعمال الشيء المعارض إلى أن ينتهي أجل العارية، وهذا هو الغرض الأساسي الذي قصد إليه من العقد، على أنه يتقييد في استعمال الشيء المعارض بالوجه المعين وبالقدر المحدد. ويتبين ذلك أولاً من الرجوع إلى العقد، فإذا لم يبين العقد كيفية الاستعمال، وجب الرجوع إلى طبيعة الشيء، فسيارة الركوب لا تستعمل للنقل، والرائب لا يستعمل مخزناً، والأواني المنزلية لا تستعمل إلا للأغراض التي أعدت لها بطبعتها. وقد يعين العرف كيفية الاستعمال ووقته ومكانه، ويقع ذلك في إعارة الآلات الزراعية والآلات الميكانيكية والمجوهرات والمصاغ وغيرها من الأشياء الثمينة.²

وما دام المستعير لم يخرج في استعمال العارية عن الوجه المعين وبالقدر المحدد على النحو الذي أسلفناه، فإنه لا يكون مسؤولاً عما يلحق بالشيء المعارض من تغيير أو تلف بسبب هذا الاستعمال كما جاء في المادة أعلاه.

وقضت المادة 542 في الفقرة الثانية بأنه: (...لا يجوز له دون إذن المعير أن يتنازل عن الاستعمال للغير ولو تبرعاً...)، فلما كانت العارية ترافق فيها عادة شخصية المستعير إذ هي تتمحض تبرعاً له، فلا يجوز للمستعير، دون إذن المعير، أن يؤجر الشيء المعارض أو يرهنه أو يعيه أو يتول عن استعماله لشخص آخر بأي حال، فإذا فعل، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض.

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 270.

² - السنهوري، المرجع السابق، ج 6، ص 1535.

2- ضمان العارية:

أ- في الفقه الإسلامي: يرى المالكية أن يد المستعير يد أمانة، وأن المعيير يتحمل الضمان، وذلك لأن الشيء المumar هو أمانة بيد المستعير لم يضع يده عليه إلا بإذن من مالكه، فيد المستعير في ذلك مثل يد المرهن على الشيء المرهون، ويد المستأجر على موضوع الاستئجار، ويد الوصي على أموال المحجور. ويرى المالكية أن المستعير عليه الضمان في هذه الحالات:

- إذا كانت العارية مما يغاب عليه، أي يمكن إخفاوته كالحلي والكتاب والثياب، وادعى تلف أو ضياع شيء من ذلك فإنه يضمنه، إلا أن تشهد له بينة على ما يدعوه من تلف أو ضياع وأنه كان بقوة قاهرة تخرج عن إرادته واستطاعته فلا ضمان عليه. قال خليل: (وضمن الغيب عليه إلا لبينة).¹

- إذا تجاوز المستعير في انتفاعه بموضوع العارية الحدود المتفق عليها أو الحدود المعتادة، ونتج عن ذلك ضرر بالشيء المumar، فيتحمل المستعير ذلك، ويكون عليه الضمان.

- إذا تعمد المستعير الإتلاف أو أهمل، فيكون عليه الضمان أيضاً.

أما إذا كان موضوع العارية مما لا يمكن إخفاوته كالحيوان والدور، ولم يتعد المستعير في الاستعمال، ولم يصدر منه إهمال، فلا ضمان على المستعير ويكون الضمان على المعيير نفسه، ولو شرط المعيير على المستعير الضمان، قال الإمام مالك فيما تلف من عارية الحيوان: (الأمر عندنا أن لا ضمان على الذي استعارها فيما أصاها عنده إلا أن يتعدى أمر صاحبها أو يخالف إلى غير ما أعاره إياها عليه).²

وإذا وجب على المستعير ضمان العارية، فإنه يضمن قيمتها يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد الحلف، لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر معه على ردتها لأنه يتهم على إخفائها رغبة في أخذها بقيمتها، فإن استعملها في غير المأذون فيه فنقصت به أكثر من نقصها بالمأذون فيه فإنه يغرم قيمتها مع مراعاة نقصها بالمأذون فيه.

ب- في القانون:

1- مسؤولية المعيير والمستعير: لما كانت العارية لا تنقل ملكية الشيء المumar إلى المستعير، بل يستبقى المعيير ملكية الشيء ويستردء عيناً عند انتهاء العارية، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أو بعده بسبب أجنبي، كان هلاكه على المالك أي على المعيير، وإذا هلك الشيء المumar بخطأ من المستعير، كان هذا مسؤولاً عن الهالك.

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 269.

² - سحنون، المدونة، ج 4، ص 448.

وتنص المادة 544 ق م: (على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناء الرجل المعتمد. وفي كل حال يكون ضامناً لمالك الشيء إذا نشأ الملاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقد شيئاً مملوكاً له أو الشيء المumar فاختار أن ينقد ما يملكه).

وقد أخذ القانون بالنظرية الحديثة، وهي التي تقسم الالتزام إلى التزام بتحقيق غاية والتزام ببذل عناء¹، ونص القانون في العارية على عناء الرجل المعتمد دون أن يتزل عن عنائه بماله لأن المستعير متبرع له.

ومن ثم يكون المستعير مسؤولاً عن هلاك الشيء المumar أو تلفه أو تعبيه، إلا إذا ثبت أنه بذل في المحافظة عليه العناية المطلوبة منه: عناء الرجل المعتمد أو عنائه هو في المحافظة على ماله. فإذا أساء استعمال الشيء المumar، أو استخدمه لغير ما أعد له أو لمدة أطول، أو أهمل اتخاذ الحيطة اللازمة لصيانته، أو تصرف فيه لشخص آخر دون إذن المعير، أو عهد في حفظه إلى شخص آخر دون ضرورة تدعو إلى ذلك، كان هذا تقسيراً من جانبه يستوجب مسؤوليته عن تعويض التلف.

2- حالة القوة القاهرة: المستعير لا يكون مسؤولاً عن القوة القاهرة، ولو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة، ذلك أن القوة القاهرة تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيكون الضرر منسوباً إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المستعير، ومن ثم لا يكون هذا مسؤولاً. وهذه هي القاعدة العامة في العارية وفيسائر العقود. إلا أن القانون قد أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسؤولية المستعير لأن العارية متمحضة تبرعاً له، فنص في الفقرة الثانية من المادة 544 من ق م ج: (وفي كل حال يكون ضامناً لمالك الشيء إذا نشأ الملاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقد شيئاً مملوكاً له أو الشيء المumar فاختار أن ينقد ما يملكه)، فالقانون لا يكتفي في حالة القوة القاهرة والحادث المفاجئ باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناء في حفظ ماله، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال المعير على إنقاذ مال نفسه.².

فلو استعار شخص مظلة من صديق له لرحلة في يوم عاصف بعد أن تفقد مظلته فلم يجدتها، ثم وجدتها قبل الخروج للرحلة، ولكنه آثر الخروج بالمظلة التي استعارها، فاقتلت بها عاصفة وأتلفتها، كان

¹ - في الالتزام بتحقيق غاية يكون المدين مسؤولاً إذا لم تتحقق الغاية، ولو لم يثبت خطأ في جانبه، لأن عدم تحقق الغاية يعتبر هو الخطأ ذاته، ولا تنفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي لا ينفي الخطأ، وإنما ينفي علاقة السببية؛ وفي الالتزام ببذل عناء، يكون المدين قد نفذ التزامه إذا هو بذل العناية التي يتطلبها منه القانون. والأصل في هذه العناية أن تكون عناء الرجل المعتمد، وقد تزيد أو تنقص طبقاً للاتفاق أو لنص في القانون.

² - السنهوري، المرجع السابق، ج 6، م 2، ص 1546.

المستعير هنا مسؤولاً ولو أن التلف كان بقوة قاهرة، إذ كان في وسعه أن يتحاشى تلف مظلة المعير باستعمال مظلته.

ولو استعار شخص عيناً وحملها معه في البحر فأوشكت السفينة على الغرق، فركب زورق النجاة ولم يكن يستطيع أن يأخذ معه في الزورق إلا العين التي استعارها أو عيناً أخرى يملكها، فأخذ العين التي يملكها، فإنه يكون أيضاً مسؤولاً، لأنه كان بين أن ينقد شيئاً مملوكاً له أو الشيء المumar، فاحترأ أن ينقد ما يملكه.

3- ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية: الأصل عدم ضمان المعير للاستحقاق وللعيوب الخفية، جاء في المادة 541 من ق.م.ج: (لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المumar إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب نزع اليـد). ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامـة الشيء منه لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببـه ذلك، فالعارضـة عقد تبرـع، والمفروض أن المعـير إنما التزم بتـرك المستـعير يـنتفع بالشيء المumar لا بـتمكنـه من هذا الـانتفاع، وهذا بـخلاف الإـيجـار إذ العـقد مـعاـوضـة فـيلـتـزم المؤـجر بـتمـكـين المستـأـجر من الـانتـفاع بالـعين المؤـجرـة. والعارضـة في ذلك كـالـهـبة، وكـلاـهـما عـقد تـبرـع. فإنـ الوـاهـب لا يـضـمن الاستـحـقـاق وـلاـ العـيـوبـ الخـفـيـة، إلاـ إذاـ وـجـدـ اـتـفـاقـ علىـ الضـمـانـ أوـ تـعمـدـ الوـاهـبـ إـخفـاءـ سـبـبـ الاستـحـقـاقـ أوـ إـخفـاءـ العـيـبـ أوـ كـانـ الـهـبةـ بـعـوضـ.

على أن المعـيرـ يـضـمنـ الاستـحـقـالـ والـعـيـوبـ الخـفـيـةـ فيـ حـالـتـيـ طـبـقاـ لـنـصـ المـادـةـ 541¹:

الأولى: إذا كان المعـيرـ قد تـعمـدـ إـخفـاءـ سـبـبـ الاستـحـقـاقـ أوـ تـعمـدـ إـخفـاءـ العـيـبـ، ولا يـكـفيـ فيـ ذـلـكـ أنـ يـقرـرـ لـلـمـسـتـعـيرـ أـنـ يـمـلـكـ حقـ التـصـرـفـ فيـ المـنـفـعـةـ أوـ أـنـ الشـيـءـ غـيرـ مـعـيـبـ، بلـ يـجـبـ أـنـ يـتـعـمـدـ إـخفـاءـ سـبـبـ الاستـحـقـاقـ أوـ إـخفـاءـ العـيـبـ، وـيـجـبـ منـ جـهـةـ أـخـرىـ أـنـ يـكـونـ المـسـتـعـيرـ غـيرـ عـالـمـ بـسـبـبـ الاستـحـقـاقـ أوـ بـالـعـيـبـ الخـفـيـ، إـذـ لـوـ عـلـمـ بـذـلـكـ وـقـبـلـ العـارـرـةـ بـالـرـغـمـ مـنـ عـلـمـهـ، يـكـونـ قـدـ نـزـلـ ضـمـنـاـ عـنـ حـقـهـ.

وعـبـءـ الإـثـبـاتـ يـقـعـ عـلـىـ المـسـتـعـيرـ، فـعـلـيـهـ أـنـ يـثـبـتـ أـنـ المـعـيرـ قدـ تـعمـدـ إـخفـاءـ سـبـبـ الاستـحـقـاقـ أوـ تـعمـدـ إـخفـاءـ العـيـبـ، وـمـتـىـ أـثـبـتـ ذـلـكـ، رـجـعـ عـلـىـ المـعـيرـ بـالـتـعـوـيـضـ.

ولـكـنـ فيـ ضـمـانـ العـيـوبـ الخـفـيـةـ لاـ يـلـازـمـ المـعـيرـ بـتـعـوـيـضـ المـسـتـعـيرـ إـلـاـ عـنـ الضـرـرـ الذـيـ يـسـبـبـهـ العـيـبـ، فـلـاـ يـعـوـضـ المـسـتـعـيرـ إـذـ عـنـ العـيـبـ ذـاـهـهـ أـيـ عنـ نـقـصـ الـاـنـتـفـاعـ بـالـعـيـنـ بـسـبـبـ العـيـبـ، وـإـنـماـ يـعـوـضـهـ عـمـاـ سـبـبـهـ العـيـبـ مـنـ الـأـضـرـارـ، كـأنـ كـانـ الشـيـءـ المumarـ حـيـوانـاـ مـصـابـاـ بـمـرـضـ مـعـدـ خـفـيـ، فـأـعـدـىـ حـيـوانـاتـ المـسـتـعـيرـ، أوـ

¹ - سـماـحـيـ، المـرـجـعـ السـابـقـ، صـ217ـ.

كان آلة ميكانيكية بها عيب خفي، فألتفت مالاً للمستعير بسبب هذا العيب، أو كان داراً أهدمت بسبب عيب خفي فيها، فألحق الأدamaها ضرراً بمال للمستعير وضعه في هذه الدار.

الثانية: إذا كان المعير قد اتفق مع المستعير على أن يضمن له استحقاق الشيء أو يضمن سلامته من العيوب، ففي هذه الحالة يكون المعير ضامناً، ويحدد شروط ضمانه، ومدى هذا الضمان، ومدى التعويض الاتفاق الذي تم بينه وبين المستعير، ويجب ألا يتسع في تفسير هذا الاتفاق، والشك يفسر لمصلحة المعير، لأنّه هو المدين بالضمان فحسب، بل أيضاً لأنّ الأصل في العارية عدم الضمان كما سبق القول.

3- الرجوع في العارية وردها:

أ- في الفقه الإسلامي: يرى المالكية أنه المعير لا يملك الرجوع في عاريته لأن العارية عقد لازم سواء كانت مطلقة أم مقيدة، فإن كانت مقيدة بعمل أو أجل فلا يجوز له الرجوع فيها إلا إذا تم العمل أو حل الأجل، وإن كانت مطلقة لم يجز له الرجوع أيضاً إلا بمضي مدة ينتفع بها بمثل تلك العارية عادة على ما تعارف عليه الناس، لعموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، والعارية عقد، فلا يجوز الرجوع فيها¹.

أما رد العارية، فالمستعير عليه أن يرد العين المستعارة عند نهاية الانتفاع، فالعارية هبة مؤقتة عادة، فيجب ردها إلى مالكيها، كما ترد الوديعة وبقي الأمانات، قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدِوَا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا) (النساء، 58)، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)²، ويقول أيضاً: (أد الأمانة إلى من أتمنك، ولا تخن من خانك)، ويقول أيضاً: (العارية مؤداة).

- في القانون: جاء في المادة 539 ق م: (يلترم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعارض بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية).

فالعارية عقد رضائي لا عيني، يكون التسليم التزاماً في ذمة المعير لا ركناً في العقد، فالمادة 539 سالفه الذكر تفرض على المعير التزامين: الالتزام الأول التزام ايجابي بتسليم الشيء إلى المستعير، ويسلم بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، ويتم التسليم بوضع الشيء المعارض تحت تصرف المستعير في الزمان والمكان المعينين؛ والالتزام الثاني التزام سلي بترك الشيء للمستعير طول مدة العارية، ويقضى عليه هذا الالتزام بـألا يسترد الشيء قبل الميعاد المتفق عليه، وألا يتعرض للمستعير في استعماله لذلك الشيء، بحيث إذا تعرض للمستعير أو طالبه بالرد قبل الميعاد رفضت دعواه وجاز إلزامه بالتعويض³.

¹ - يوسف وناسة: المرجع السابق، ص 224.

² - رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم.

³ - السنوري، المرجع السابق، ج 6، م 2، ص 1548.

وجاء في المادة 545 ق م: (مٰى انتهى العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهالك أو التلف. ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، وهي تلزم المستعير عند انتهاء العارية برد الشيء المumar، فيجب عليه أن يرد الشيء ذاته، لا شيئاً غيره ولو كان أكبر قيمة، ويرد معه ملحقاته وتواضعه وزياداته، كما لو كان الشيء المumar ماشية، فيردها مع نتاجها، ومصروفات الرد تكون عليه، لأنه هو المدين بهذا الالتزام.

ويرد الشيء المumar في الحالة التي يكون عليها وقت الرد، غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب، لم يستطع أن يتخلص من المسؤولية عن ذلك إلا إذا ثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه، أو ثبت أن الهالك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبي في غير الفرضين المعروفيين، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. أما إذا كان الشيء قد ضاع، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية بخلاف الالتزام بالحفظ، فإن المستعير يكون مسؤولاً عن الضياع إلا إذا ثبت السبب الأجنبي، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة¹.

5- انتهاء العارية:

أ- في الفقه الإسلامي: تنتهي العارية فقها بانتهاء الأجل المحدد للعارية أو بانتهاء الغرض الذي جعلت لأجله².

ب- في القانون: وهو ما نص عليه القانون في المادة 546 من ق م ح: (تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء الذي أغير من أجله. فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إكماءها في أي وقت، وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المumar قبل انتهاء العارية. غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله).

كما نصت المادة 547 على الحالات التي يجوز للمعير أن يطلب فيها إكماء العارية في أي وقت وهي:

- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة.

- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب المحافظة عليه.

- إذا أفسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير.

كما نصت المادة 548 على انتهاء العارية بالموت: (تنتهي العارية بموت أحد الطرفين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك).

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج 6، م 2، ص 1549.

² - التمجان، المرجع السابق، ص 53.

6- أحكام العمرى: العمرى (بضم العين وسكون الميم) وهي بالقصر مأحوذة من العمر لوقوعه ظراها لها، عرّفها ابن عرفة بقوله: (هي تمليل منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء)، فيخرج إعطاء الذات، ويخرج بحياة المعطى الحبس والعاربة، وأما تمليل المنفعة حياة المعطى بالكسر فهي عاربة حقيقة، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز، ويخرج بقوله: بغير عوض الإجارة الفاسدة، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى¹.

وحكمة الندب كالمبة والصدقة وهي من الأركان كالمبة، وصيغتها أعمرتك وأسكنتك، لما في الصحيح من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: (العمرى جائزه)²، ومن حديث جابر: (قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالعمرى أنها لم وهبت له)³.

ويعد المالكية للعمرى ثلاث صيغ⁴:

الأولى: أن يقول العمر (بالكسر): هذا المال عمرى لك، أو هذا المال لك حياتك، دون تقييد بشرط، ولا بعقب، فهذه العمرى يعود موضوعها للملك بعد وفاة العمر (الفتح).

الثانية: أن يقول العمر (بالكسر): هذا المال لك، عمرى ولعقبك، وهذه العمرى يعود موضوعها للملك أو لورثته عند انقراض عقب العمر (الفتح)، وفاء بالشرط، فال المسلمين على شروطهم كما يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-.

الثالثة: أن يقول: هذا المال عمرى لك ما عشت، فإذا مت عاد إلي، وهذه يعود موضوع العمرى فيها إلى الملك عند وفاة العمر (الفتح) كذلك.

فمن أعم رجلا أو امرأة حياته دارا أو غيرها لينتفع بسكنها مدة عمره صح ذلك، ورجعت بعد موته الساكن ملكا لربها، وكذلك إن أعم عقبه فانقرضوا، بخلاف الحبس فإن مات العمر يومئذ كانت لورثته يوم موته ملكا.

وحجة المالكية في هذا: عمل أهل المدينة قال القاسم بن محمد ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، وقال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا: أن العمرى ترجع إلى الذي أعمراها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك.

¹ - النفراوي: المرجع السابق، ج 2، ص 162.

² - رواه البخاري بعد حديث (2626)، ومسلم (1625).

³ - البخاري (2625).

⁴ - التمكاني، المرجع السابق، ص 65.

وموضع العمري لدى المالكية هو الدور والحيوانات كالفرس والثياب والأفرشة مما يشمل العقارات والمنقولات بعامة، فقد جاء في المدونة: قلت: أرأيت أن أحمر دابة، أو توبا، أو شيئاً من العروض؟ قال: (إنما الدواب والحيوانات كلها، فتلك التي سمعنا فيها العمري، وأما الثياب فلم أسمع فيها شيئاً، ولكنها عندي على ما استعاره).

إلا أن المالكية المتأخرین تصرفوا في طبیعة العمري، فجعلوها خاصة بالعقارات أو بالأصول أن استعملنا تعبرهم كما تصرفوا في مداها الزمني فإذا كانت العمري في نصوص السنة تمتد بحياة الإنسان كلها فإنما لدى المالكية المتأخرین تشمل الحق الذي يعطى لدى الحياة، والحق الذي يعطى لمدة محدودة كالسنة الواحدة والعشر سنوات.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص.

1- كتب السنة:

- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، سنة 1400هـ - 1980م.

- أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.ت.

- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى، سنن الترمذى، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي - مصر، ط2، سنة 1395هـ - 1975م.

- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، د.ط.ت.

- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، سنة 1406هـ - 1986م.

- أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابى الحلبي، د.ط.ت.

- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، سنة 1406هـ - 1985م.

- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الحديث - القاهرة، ط1، سنة 1416هـ - 1995م.

2- القوانين:

- الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعديل والمتتم.

- قانون رقم 11-84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعديل والمتتم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005م.

- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف المعدل والتمم بالقانون رقم 01-07.

3- الكتب الفقهية والقانونية:

- أحمد سحون، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ - 1994م.
- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، بيروت، د.ط.ت.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدله، مؤسسة المعرف، بيروت، ط1، 2009.
- أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريفي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1، 1404هـ - 1984م
- أبو عبد الله محمد الخطاب، موهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ - 1992م.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، 2014.
- ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ - 1988م.
- ابن رشد الخفيف، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ - 2004م.
- الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدله، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، سنة 1433هـ-2002م.
- عبد الرزاق السنّهوري، الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.ت.
- علي حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، ترجمة فهمي الحسيني، بيروت: دار الجيل، 1991م.
- عمر أحمد الرواوي، مرجع الطالب في المواريث على المذهب المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 2016.
- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، دون طبعة، 1388هـ - 1968م.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- الكاساني، بذائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ - 1986م.
- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، سنة 1391هـ-1971م.
- محمد التاويل، الوصايا والتزيل في الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 2004.
- محمد الحبيب التجكاني، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دار النشر المغربية، سنة 1983م.

- محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350هـ.
- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط2، سنة 1421هـ-2001م.
- محمد الصادق الشطي، لباب الفرائض، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط3، سنة 1408هـ/1988م.
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهى العام، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1418هـ-1998م
- ابن منظور، لسان العرب، ار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط2، دار السلاسل، الكويت وط1، مطبع دار الصفوة، مصر، (من 1404 - 1427 هـ).

4- الرسائل الجامعية:

- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2012-2013.
- عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، سنة 2016-2017.
- لعور ريم رفيعة، آثار عارية الاستعمال في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2011-2012.
- يوسف نواسة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامه ومقاصدها، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، سنة 2010-2011.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
2	مقدمة
8 - 3	المحاضرة الأولى: مقدمة في تعريف عقود التبرعات
3	أولاً- تعريف عقود التبرعات:
4	ثانياً- خصائص عقود التبرعات عن غيرها من العقود
5	ثالثاً- الحكمة من تشريع عقود التبرعات ومقاصدها:
8	رابعاً- أنواع التبرعات:
38 - 11	المحاضرة الثانية: الوصية
11	أولاً- تعريف الوصية:
12	ثانياً- الفرق بين الوصية والميراث
13	ثالثاً- مشروعاتها:
13	رابعاً- حكمة تشريع الوصية:
14	خامساً- حكم الوصية:
15	سادساً- أركان الوصية:
23	سابعاً- أنواع الوصية:
23	ثامناً- الوصية الواجبة والتتريل:
26	تاسعاً- الأحكام العامة للوصية:
26	1- إثبات الوصية:
27	2- حدود الوصية:
28	3- الرجوع عن الوصية:
29	4- مبطلات الوصية:
29	5- العمل في حساب الوصية:
36	6- العمل في التتريل:
57 - 39	المحاضرة الثالثة: الهبة
39	أولاً- تعريف الهبة:
40	ثانياً- مشروعية الهبة:

41	ثالثا- خصائص عقد المباهة:
42	رابعا- أركان المباهة وشروطها:
52	رابعا- أحكام المباهة:
52	1- الوعد بالمباهة:
53	2- الرجوع في المباهة (اعتراض المباهة):
56	3- بطalan المباهة:
71 – 59	المحاضرة الرابعة: الوقف
59	أولا- تعريف الوقف:
60	ثانيا- مشروعية الوقف:
61	ثالثا- خصائص الوقف:
62	رابعا- أركان الوقف:
67	خامسا- أحكام الوقف:
67	1- اشتراطات الواقف:
68	2- بيع الوقف:
69	3- إثبات الوقف:
70	4- مبطلات الوقف:
82 – 72	المحاضرة الخامسة: الوديعة دون أجر
72	أولا- تعريف الوديعة:
72	ثانيا- خصائص الوديعة:
74	ثالثا- حكم الوديعة:
75	رابعا- أركان عقد الوديعة:
77	خامسا- أحكامها:
77	1- التصرف في الوديعة والانتفاع بها:
79	2- ضمان الوديعة:
81	3- انتهاء الوديعة:
100 – 83	المحاضرة السادسة: العارية
83	أولا- تعريف العارية:
84	ثانيا- خصائص عقد العارية:

85	ثالثا - حكمها:
85	رابعا - صورها:
87	خامسا - أركانها:
90	سادسا - أقسام العارية
92	سابعا - أحكامها:
92	1 - الانتفاع بالعارية:
94	2 - ضمان العارية
97	3 - الرجوع في العارية وردها
98	4 - انتهاء العارية:
99	5 - أحكام العمري:
101	قائمة المصادر والمراجع
104	فهرس الموضوعات