

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

قسم الشريعة والقانون

كلية الشريعة والاقتصاد

مواريث وتبرعات 2

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة تخصص شريعة وقانون

السداسي السادس

إعداد:

السنة الجامعية: 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ونصلي ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

تقسم عقود التمليكات 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 والإجارة والاستصناع والمزارعة وغيرها؛ وعقود التبرعات: وهي ما كان التملك 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، ومواهب الجليل للحطاب، وبلغة السالك للصاوي، والذخيرة للقراقي، ومدونة الفقهاء المالكي للغرياني، وعلى مصادر المذاهب الفقهية والفقهاء المقارن منها: البدائع للكاساني، والمعني لابن قدامة، وبداية المجتهد لابن رشد؛ كما اعتمدت على بعض المراجع الحديثة في فقه التبرعات بأنواعها منها: الوصية ومحاضرات في الوقف كلاهما لمحمد أبو زهرة، وأحكام التبرعات للتجكاني، وعقود التبرعات لحمدى باشا عمر، واعتمدت في القانون على موسوعة الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، ومجموعة من الرسائل العلمية ذات الصلة.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل متقبلا عنده، وأن ينفع به طلبة العلم، والحمد لله رب العالمين.

المحاضرة الأولى

مقدمة في تعريف عقود التبرعات

تمهيد: عقود التمليكات هي العقود التي يكون الغرض منها تملك 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 مال بمنفعة أو منفعة بمنفعة أو غير ذلك كالبيع والإجارة والاستصناع والمزارعة وغيرها؛ وعقود التبرعات: وهي ما كان التملك فيها من غير مقابل، كالهبة والوصية والوقف والعارية وغيرها.

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

أ- التبرع في اللغة: التبرعات جمع تبرع، وفعلت كذا متبرعا أي: متطوعا، وتبرع بالأمر: فعله غير طالب عوضا. قال ابن فارس: (الباء والراء والعين أصلان أحدهما التطوع بالشيء من غير وجوب والآخر التبريز والفضل، قال الخليل: تقول برع يبرع بروعا 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 عوضا أي مقابلا.

ب- التبرع في الاصطلاح:

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

ومن الألفاظ القريبة من التبرع لفظ التطوع، وهو اسم لما شرع زيادة على الواجب، وهو فرد من أفراد التبرع، قال المناوي: (التطوع لغة تكلف الطاعة وعرفا التبرع بما لا يلزم كالتنفل)، وقال ابن الكمال: (التطوع اسم لما شرع زيادة على الفرض والواجب)، فالتطوع يشمل الأعمال والطاعات التي ليست

¹ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، ص221.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص8.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10، ص65.

⁴ - علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص57.

بواجبة، وفعله وتركه يعود للإنسان، وهذا المعنى موجود في التبرع، لكن الملاحظ أنه يستعمل التبرع فيما كان تطوعا بمال أو منفعة بالخصوص، ويستعمل التطوع استعمالا أعم من ذلك فيشمل العبادات أيضا.

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 للآخر كالهبة والإعارة)¹؛ ومؤدى هذا التعريف أن عقد التبرع هو عقد بين طرفين، يقوم على تمليك مال أو منفعة دون عوض.

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

ثانيا- 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 عقدا ويكون تصرفا بالإرادة المنفردة، وتغلب عليه في الفقه الإسلامي أنه تصرف بالإرادة المنفردة أو بعبارة أدق الإيجاب، وهي مندوبة شرعا غير واجبة موكولة إلى إرادة الإنسان وقوة إيمانه، والتزام من المتبرع وحده، ولا يوجد له مقابل من الطرف الآخر.

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

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

¹ - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ص607.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص162.

³ - خالد سمحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، ص29 وما بعدها؛ ويوسف نواصة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامه ومقاصدها، ص239.

4- عقود التبرع لا يجب الوفاء فيها بما تعهد المتبرع لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل، مع تفصيل في مختلف العقود. ومع ذلك فإن الفقهاء صرحوا باستحباب الوفاء في عقود التبرع؛ لأنها من البر والإحسان، وهذا عند جمهور الفقهاء، وعند المالكية يجب الوفاء في بعض عقود التبرع أيضا، فالعارية المؤجلة لازمة عندهم إلى انقضاء الأجل، كما تلزم عندهم الهبة بالقبول، فإن امتنع الواهب من تسليمها يجبر عليها. أما عقود المعاوضة فالوفاء بما يتعهد العاقدان في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة ونحوهما واجب، إذا تمت صحيحة بشروطها، لأن في عدم الوفاء بها ضررا للعاقد الآخر، لضياع ما بذله من العوض في مقابلته.

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

ثالثا- الحكمة من تشريع عقود التبرعات ومقاصدها: جاءت النصوص متواترة في الحث 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، وتربية النفس على العطاء، وتدارك ما فرط فيه الإنسان في حياته من أعمال الخير، وهو الدافع الأساسي للمسلم من أجل التبرع قال تعالى: (وما أنفقتم من نفقة أو نذرتم من نذر فإن الله يعلمه وما للظالمين من أنصار إن تبدوا الصدقات فنعمما هي وإن تحفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ونكفر عنكم سيئاتكم والله بما تعملون خبير) (البقرة، 270-271)، وقال تعالى: (سارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السماوات والأرض أعدت للمتقين الذين ينفقون في السراء والضراء والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين) (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 بيمينه وإن كانت تمرة، فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربى أحدكم فلوله)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 الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجية جلية، وأثر خلق إسلامي جميل، بها تحصل مساعفة المعوزين، وإغناء المقترين، وإقامة الجمل من مصالح المسلمين.

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

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

3- إقامة مصلحة ضعاف المسلمين: وقضاء حوائجهم التي لا تستقيم حياتهم العادية إلا بتمامها، ولا يبلغ هذا المقصد تمامه إلا إذا كان الإنفاق بمقادير لها بال وبصورة دائمة وعامة، حيث يستمر معها الإنفاق بمقادير متماثلة في سائر الأوقات، قال تعالى: (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو) (البقرة، 219)، لأن دوام الإنفاق وعمومه لا يحصل إلا ببذل الفاضل على حاجات المنفقين، فلا يشق عليهم ولا يتخلف عن ذلك أحد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول)¹، ولأنه لا يجب أن يفهم من هذا الحديث أن الإنفاق الصادر عن غير غنى هو دون ذلك، فإن ثناء الشريعة على إنفاق الغني لا ينقص من فضل إنفاق المقل شيئاً، ولذلك قال: (أفضل الصدقة جهد المقل)².

4- التكثر منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وإذ 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 ثلاث: صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له)³. كما وصفت الشريعة الذين يقون أنفسهم من شحها ويروضونها على السخاء والعطاء بالمفلحين قال تعالى: (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون) (الحشر، 9)، كما أثنت على المنفقين المتصدقين وذمت المقترين المانعين قال تعالى: (فأما من أعطى واتقى، وصدق بالحسنى، فسنيسره للحسنى، أما من بخل واستغنى، وكذب بالحسنى، فسنيسره للعسرى، وما يغني عنه ماله إذا تردى) (الليل، من 5 إلى 11)، قال ابن عباس رضي الله عنه: (سادات الناس في الدنيا الأسخياء وفي الآخرة الأتقياء).

5- أن تكون التبرعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، لأنها من المعروف والسخاء، ولأن فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخلفه. فتمحض أن يكون قصد المتبرع النفع العام والثواب الجزيل. ولذلك كان من مقصد الشارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدورا من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضرر للمحسن من جراء إحسانه فيحذر الناس فعل المعروف، إذ لا ينبغي أن يأتي الخير بالشر كما أشار إليه قول الله تعالى: (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) (البقرة، 233). فطيب النفس المقصود في التبرعات أخص من طيب النفس المقرر في المعاوضات.

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)⁴.

¹ - رواه البخاري (1426)

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

³ - رواه مسلم (1631)

⁴ - رواه البخاري (1419)، ومسلم (1032).

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

6- التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين: ووجه هذا المقصد أن التبرع بالمال عزيز على النفس فالباعث عليه أريحية دينية، ودافع خلقي عظيم، وهو مع ذلك لا يسلم من مجاذبة شح النفوس تلك الأريحية، وذلك الدافع في خطرات كثيرة أقواها ما ذكره الله تعالى بقوله: (الشيطان يعدكم الفقر) (البقرة، 268)، وقد تبين ترغيب الشريعة فيها في المقصد الأول. ففي التوسع في كفيات 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 المتبرعين في مصارف تبرعاتهم، من تعميم وتخصيص وتأجيل وتأبيد وسائر الشروط ما لم تكن منافية لمقصد أعلى، فإن الجمع بين المقاصد هو غرض التشريع. وإن كانت تفوت بذلك بعض جزئيات من المقصد الواحد فإنها لا يعبأ بفواتها. والذي رجحه نظار المالكية في شأن الشروط في الحبس والهبة والصدقة إمضاءها، مثل اشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة، 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 دائن: وقد كانت الوصايا في الجاهلية قائمة مقام الموارث، وكانوا يميلون بها إلى حرمان قراباتهم وإعطائها كبراء القوم لحب المحمدة والسمعة. فمن أجل ذلك قصرت الوصية على غير الوارث وجعلت في خاصة ثلث المال، كما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال له: (الثلث والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)¹، ومن أجل هذا منع المريض مرضاً مخوفاً من التبرع ولم يمنع من المعاوضة بالبيع ونحوه؛ لأن في البيع أخذ عوض بخلاف التبرع، فالتهمة في تبرع المريض قائمة.

¹ - 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 تعتبر تبرعا في الابتداء لكنها معاوضة في الانتهاء كعقد القرض، فإن المقرض متبرع عند الإقراض لكنه عند رجوعه على المقرض بمثل ما أخذ يتول إلى المعاوضة. وكذلك عقد الكفالة بأمر المدين، فإنها تبرع في الابتداء، حينما يلتزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن ورجع على المدين بمثل ما دفعه تصير عقد معاوضة.

وفي سياق تعريف الالتزام ذكر الخطاب أنواعا من التبرعات هي¹: الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمرى، والعريّة، والمنحة، والإرفاق، والإخدام، والإسكان والنذر إذا كان غير معلق؛ وفرق الخطاب بينها بأمور اعتبرها الفقهاء في كل باب:

فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة، والثانية فيما كان لقصد ثواب من المعطي أو لوجه المعطى لصداقة أو قرابة ونحو ذلك.

وخصوا الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة فإن كان ذلك على التأييد فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حياة المعطى فهو العمرى، وإن كان محدودا بمدة أو غير محدود فهو العارية، فإن كان ذلك في عقار أطلق عليه الإسكان، وإن كان ذلك في ثمة أطلق عليه العريّة، وإن كان في غلة حيوان أطلق عليه المنحة، وإن كان في خدمة عبد أطلق عليه الإخدام، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق عليه الإرفاق.

هذه أنواع من التبرعات في الفقه الإسلامي، ولم يقصد الفقهاء إلى حصرها، بل ذكروا الشائع منها، وعليه يمكن أن يضاف إليها تصرفات أخرى نصوا على أنها من التبرع في مواضعها ولم يذكروها في النصوص السابقة، مثل الوكالة بدون أجر، والوديعة بدون أجر وغيرها، أو أصنافا من التبرعات ظهرت حديثا، كال تبرع بالحقوق المعنوية، والأسهم والسندات، 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 تمليك فما كان كذلك فهو هبة وإلا فتفضل، وإذا كان المعتبر في ذلك الشروط الشكلية اللازم توافرها، فتقسم إلى هبات مباشرة، وهبات غير مباشرة وهي التي لا تستلزم تلك الشروط، وهكذا، وهو ما سنوضحه فيما يأتي²:

¹ - الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص20.

² - السنهاوري، المرجع السابق، ج1، ص162؛ وسماحي، المرجع السابق، ص44 وما بعدها.

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

قسمين:

- عقود الهبات (actes de libéralités): وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله وينتقل إلى الطرف الآخر، كالهبة مثلا والوصية أيضا.

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

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن البعض يرى اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون عقود التفضل، 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 قانونا في الهبة؛ ومن أمثلة الهبة المباشرة: أن يعطي شخص لآخر دارا أو سيارة بدون مقابل على سبيل التبرع، فيكون قد نقل له حقا عينيا هو حق الملكية على الدار أو على السيارة، أو أن يلتزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع.

- الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من المتبرع؛ ومن أمثلة الهبة غير المباشرة: النزول عن حق عيني، النزول عن حق شخصي أي الإبراء، الاشتراط لمصلحة الغير، قبول المحال عليه لحالة الدين دون مقابل، ففي هذه الأمثلة يكسب المتبرع له الحق المتبرع به، ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.

وفائدة التقسيم هو التمييز بين التبرع الذي يفتقر إلى الشكلية والعينية (الحيازة)، 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 أولاً ظاهراً، كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة.
- تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء، كالقرض، والكفالة في بعض صورها، والهبة بشرط العوض.
- تبرع ضمن عقد معاوضة، كالمحابة في البيع والشراء، وكالزيادة 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، فعرّفها 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، كالإيصاء 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 ويلتزمه، وليست مجرد وعد.

- ثبوت حق الموصى له في تركه الموصي في حدود الثلث لا يتجاوزه.

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

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.

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

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج15، ص393.

² - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص528.

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

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

- 1- أن كلا منهما حق متعلق بتركة الميت، يصل إلى الغير مجاناً وبدون بعوض.
 - 2- أن كلا 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 كلا 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 الوارث.
 - 4- أن كلا 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 تجاوزها، بينما الوصية لا تتوقف على أسباب، ولا تتأثر بموانع الإرث، إلا في حدود ضيقة.
- 2- الميراث حق جبري، ينتقل إلى الوارث بمقتضى الشرع، بغير إرادته، ولا إرادة الموروث، ولا يملك أحدهما حق التدخل في تقريره أو رفضه، ولا في تحديد مقداره، أو تعيين المستفيد منه، بينما الوصية تصرف اختياري يتم بإرادة الطرفين الموصي والموصى له، يمكن للموصي أن يوصي وأن لا يوصي، كما يمكنه التدخل في تحديد مقدار الوصية، واختيار الشخص الموصى له في حدود معينة، وللموصي له في جميع الأحوال حق القبول أو الرفض إذا كان معيناً.
- 3- أن الإرث سبب لنقل الملكية الموروثة بجميع حقوقها القابلة للنقل، بما في ذلك حق الشفعة، وحق الرد بالعيب، أخذاً بعموم حديث: (من ترك حقاً أو مالا فلورثته)، بخلاف الوصية فإنها تنقل للموصى له الملكية، دون حق الرد بالعيب، فإذا اشترى شخص سلعة معينة لا علم له بعيبها ومات، فإن للورثة حق ردها على البائع، وإذا أوصى بها فمات فإنه لا حق للموصى له في ردها بالعيب، والفرق بينهما أن الوصية تمليك مبتدأ، والإرث خلافة وولاية.

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

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

- **الكتاب:** قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيراً، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا 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 حقا مؤخرا 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.

- **السنة:** 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 يبني ليلتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)³، قال بعض فقهاء المالكية: معناه وهو موعوك، وأما الصحيح فليس بمفطر في ترك كتاب وصيته. والصواب حمل الحديث على ظاهره من العموم في الموعوك والصحيح، لأن الصحيح لا يأمن أن تفجأه المنية فلا يمكنه ما يريد من الوصية، فليس من الحزم ولا صواب الرأي ترك كتاب الوصية في الصحة ولا في المرض، وإن كان الأمر في المرض أكد عليه منه في الصحة، لأن المرض سبب من أسباب 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.

رابعا - حكمة تشريع الوصية: أن يستدرك المسلم ما فاتته 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 بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه) (البقرة، 181)، لذا شرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح، ومكافأة من أسدى للمرء معروفا، وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين، وسد خلة المحتاجين، وتخفيف الكرب عن الضعفاء والمساكين؛ وذلك بشرط التزام

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص74؛ وابن قدامة، المغني، ج6، ص137.

² - رواه ابن ماجه (2207).

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

⁴ - ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج3، ص111.

⁵ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص137.

المعروف أو العدل، وتجنب الإضرار في الوصية يقول تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار) (النساء، 12). ولحديث 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 التباغض والتحاسد وقطيعة الرحم.

خامساً - حكم الوصية: الوصية عند الجمهور مندوبة لما فيها من زيادة الزاد للميت، ولو لصحيح غير مريض؛ لأن الموت يأتي فجأة، فلا تحب الوصية على أحد بجزء من المال، إلا على من عليه دين أو عنده ودیعة 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 بالمعروف، حقاً على المتقين) (البقرة، 180)، فالمعروف في الآية خاص بالمندوب، ولا يطلق على الواجب، وقوله تعالى: (حقاً على المتقين)، يدل بمفهومه على عدم وجوبها على غيرهم، ولو كانت الوصية واجبة لوجبت على المتقين وغيرهم.

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)، حيث جعل الوصية موكولة إلى إرادة الموصي، ولو كانت الوصية واجبة لما علقها على إرادة الموصي، وجعل الوصية حقاً للموصي: (ما حق امرئ 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 فليل فيه من حقه أن يفعل كذلك أو كذا وكذا، فالأظهر 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 لكان معناه في الأمور الواجبة عليه من قضاء الدين ورد الأمانات وأداء ما فرط فيه من الزكوات وما أشبه ذلك من الأمور المعينات، فإن ما يلزم الرجل في حياته يجب عليه أن يوصي به عند وفاته، بخلاف الوصية بشيء من ماله في وجه من وجوه البر)².

والوصية تعتريها أحوال أخرى تخرجها عن الندب هي³:

¹ - رواه سعيد بن منصور موقوفاً بإسناد صحيح، ورواه النسائي ورجاله 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؛ والتاويل، الوصايا والتنزيل، ص 75.

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

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

ومن الوصية المحرمة، الوصية بقصد الإضرار بالورثة، ومنعهم من أخذ نصيبهم المقدر لهم شرعاً، وقد نهي الله تبارك وتعالى عن الإضرار بالوصية، فقال تعالى: (غير مضار وصية من الله والله عليم حلیم) (النساء، 12)، روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار)، ثم قرأ أبو هريرة: (من بعد وصية 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 وغيرها من المباحات.

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

ثم إن إنفاذ ما عدا المحرم مأمور به، وقال ابن رشد إن إنفاذها ينقسم على الخمسة المذكورة، فالمراد 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 فله فعله والرجوع عنه.

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

لركن الأول- الموصي:

¹ - رواه أبو داود (2867).

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

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

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

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

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 تاما لا شائبة فيه لغيره، بأن يكون سالما من الدين المحيط بماله ومن الحقوق المستغرقة له، فيمنع من التصرف لعدم تمام الملك، ولا تنفذ وصيته إلا بعد أداء ديونه، ويرى المالكية وجمهور الفقهاء بأن وصيته صحيحة موقوفة على إجازة غرمائه، فإن أجازوها مضت وإن ردوها بطلت.

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

¹ - ينظر: التيجاني، 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، وثمرة الصحة الحكم بإنفاذها إذا ترفعوا إلينا.

2 - المحجور عليه بسفه، لصحة عبارته، واحتياجه للثواب بعد موته، أوصغر، فتصح من السفه والصغير المميز لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فلو منعنا 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 بالغاً من العمر تسعة عشرة سنة على الأقل)، فلم يأخذ القانون برأي المالكية في جواز وصية الصبي المميز، واشترط في الموصي البلوغ، وحده ببلوغه تسعة عشرة سنة، كما نصت المادة 200: (تصح الوصية مع اختلاف الدين)، وهو ما يتوافق مع الفقه الإسلامي بعدم اشتراط الإسلام في الموصي، فوصية الكافر صحيحة أيضاً في القانون.

الركن الثاني- الموصى له: وهو المستفيد من الوصية

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

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

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

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

² - ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراطه مطلقاً، وفرق الحنفية بين الموصى له المعين فاشتراطوا وجوده، وبين غير المعين فلم يشترطوا وجوده حين الوصية، ويكفي وجوده عند وفاة الموصي.

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

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

3- أن يكون أهلا لتملك الموصى به: حقيقة أو حكما حالا أو مآلا، فتصح الوصية للحمل وللمعذور الذي سيوجد على ما سبق ذكره، كما تصح الوصية لجهة من الجهات العامة، كمسجد أو مدرسة، والمقصود هم أهلها المستفيدون منها والقائمون عليها، فإذا كان الموصى له مسجدا، صرف الموصى به في مصالحه من مرمة وحصر وزيت، وما زاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم، احتاجوا أم لا، كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم.

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

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

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

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

¹ - رواه الترمذي (2141)، وأبو داود (2870)، كلاهما عن أبي أمامة.

² - رواه الدارقطني (4251).

وينبغي التنبيه إلى أن المعتبر في كون الموصى له وارثاً أو غير وارث هو وقت موت الموصي 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 تبينت أنها لغير وارث، لوجود الولد للموصي عند الموت، والولد كما هو معلوم يحجب الإخوة إذا كان ذكراً.

6- أن يكون غير قاتل للموصي: فالوصية صلة للموصى له وقربى إلى الله عز وجل والقتل ينافي هذه المعاني، فيمنع القاتل من الوصية عقوبة له وزجراً تطبيقاً للقاعدة الفقهية: من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه، وقياساً على الإرث، ويرى المالكية أن ذلك متحقق في القتل العمد العدوان 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 توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس)، ونص على أن القتل العمد مانع لاستحقاق الوصية في المادة 188: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً)، كما نص على أن من شروطه أن لا يكون وارثاً وأن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي جاء في المادة 189: (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي).

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

أ- في الفقه الإسلامي: هذه الشروط هي¹:

1- أن يكون مما يحل الانتفاع به: فلا تصح الوصية بما يحرم الانتفاع 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: (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان).

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

¹ - ينظر: التاويل، المرجع السابق، ص314؛ التجكاني، 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 وبالحقوق التي تكون في معنى المال، فتصح الوصية بحقوق الارتفاق التي تنتقل بالإرث كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلي ونحوها.

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

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

4- أن يكون موجودا: 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 الثلث: ينبغي للموصي، ويطلب منه ندبا ألا يزيد وصيته عن ثلث ماله، عملا بحديث سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال: (عادي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع، من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع، وأنا ذومال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: " لا " قلت: أفأتصدق بشرطه؟ قال: لا، الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها، حتى اللقمة تجعلها في في امرأتك)².

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

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

¹ - سحنون، المدونة، ج4، ص350.

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

³ - التأويل، المرجع السابق، ص220.

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

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

3- تصح الوصية بالمبهم، كأن يقول: أوصيت بأحد ثوبي، لأن الوصية تحتل 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 صيرورة المنافع إلى الموصى له بإجارة أو إعارة أو إباحة أو نحو ذلك، وعلى هذا تصح الوصية بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، كأن يوصي برقبة داره لزيد، وبسكنائها لخالد.

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

ب- الموصى به في القانون: أجاز المشرع الوصية بالأعيان والمنافع في المادة 190 من قانون الأسرة: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة)، وجاء في المادة 196: (الوصية، بمنفعة 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 ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة)، ونص على الوصية بالحقوق المعنوية كحق المؤلف في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بموجب الأمر رقم 97-10 بتاريخ 6 مارس 1997 في المادة 22: (يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة...)، وفي المادة 26: (تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و25 من هذا الأمر من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسندت له هذه الحقوق بمقتضى وصية).

لركن الرابع- الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.

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

فالإيجاب يكون باللفظ الصريح أو الكناية؛ فالصريح: كأوصيت له ألف، أوادفعوا له بعد موتي ألفا، أو أعطوه بعد موتي، أو هو له بعد موتي، واللفظ الصريح تنعقد به الوصية وتصح بمجرد اللفظ، ولا يقبل قول القائل إنه لم ينو به الوصية، ومثل هذا الإشارة المفهومة من الأخرس، وتنعقد الوصية بالإشارة ولو من قادر على النطق.

وأما الكناية فلا بد من النية مع اللفظ، لاحتمال اللفظ غير الوصية، فيحدد المراد من اللفظ بالنية. ومن الكناية: كتابي هذا لزيد، والكتابة من الناطق كناية تنعقد بها الوصية مع النية، كما في البيع¹.

ويشترط المالكية قبول الموصى له، إن كانت الوصية لمعين؛ فإن كانت الوصية لجهة عامة، كالفقراء أو العلماء، لم يشترط القبول، لتعذره، وتلزم عندئذ بموت الموصي².

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

وحق القبول يورث عن الموصى له عند المالكية، فإذا مات الموصى له بعد موت الموصي 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.

ب- الصيغة في القانون: جاءت شروط الصيغة موافقة للفقهاء الإسلاميين؛ حيث جاء في المادة 197: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي)، وفي المادة 198: (إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد). ونصت المادة 199 على الوصية المعلقة على شرط وجاء فيها: (إذا علقت

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص346.

² - ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص149.

³ - التأويل، المرجع السابق، ص336.

الوصية على شرط استحقاقها 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 أجازها الورثة كما سبق ذكره.

2- الوصية بالمنافع: أي ما قابل الأعيان والرقاب، فتشمل المنفعة المحضة 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، ولأنه إذا جازت 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 ولاتفاق الفقهاء على جواز الجهالة 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:

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

² - ينظر: التاويل، المرجع السابق، ص352 وما بعد؛ وشلي، المرجع السابق، ص140.

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 أخذاً من قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين) (البقرة، 180)، فنسخ ذلك بآيات الموارث فيما يخص الورثة، وبقي الوجوب فيما عدا الورثة.

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

أما التنزيل عند المالكية: هو أن ينزل الموصي أحداً من غير الورثة منزلة أحد ورثته، بأن يقول المنزل لورثته فلان وارث مع ولدي أو مع عدد من ولدي، أو ورثه في مالي، أو يكون له ابن ابن وقد مات أبوه، فيقول ورثه 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 ذلك¹.

فإذا قال الموصي: اجعلوا فلانا وارثاً مع ابني، وأجاز الابن الوصية كان الموصي له النصف من التركة، فتقسم التركة بين الابن والموصي له بالتساوي، وإذا لم يجز الابن الوصية أخذ المنزل الثلث واقتصر على ذلك.

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

وتختلف الوصية الواجبة عن التنزيل عند المالكية: في الصيغة: فالتنزيل 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 التنزيل فلا ينحصر في الأحفاد، فيكون في سائر الأقارب غير الوارثين، كما يمكن أن يكون في غير الأقارب، لأن المالكية طبقوا على التنزيل حكم الوصية، فتكون على وفق إرادة الموصي.

ب- في القانون: لم ينص القانون على الوصية الواجبة بهذا المصطلح، ونص عليها تحت مصطلح التنزيل في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة، في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث، وطبق على التنزيل 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 تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية)، وجاء النص على التنزيل 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 أمهم في حياة هذا الجد، ونص المادة يدل على أن التنزيل يتم بقوة القانون ولا حاجة لأن يوصي الجد بتنزيل الأحفاد كما يقول المالكية، فإن أوصى لهم كان ذلك من قبيل الوصية الاختيارية وليس من قبيل التنزيل.

ونص قانون الأسرة في نص المادة 169 على أن التنزيل يكون بشروط، وهو ما جاء في المواد 170 و171 و172، وهو ما يتفق مع القوانين العربية التي نصت على الوصية الواجبة أو تحت مسمى التنزيل، وهذه الشروط هي:

- أن لا يكون الفرع المنزل مستحقاً للميراث ولو قليلاً في تركة المتوفى جداً كان أم جدة، جاء في المادة 171 من ق أ: (لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جداً كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بال عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة).

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

- أن لا يكون الجد أو الجدة قد أوصيا للفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل، جاء في المادة

- أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا أصلهم أبا كان أم أما مقدار ما كان سيرته هذا الأخير لو كان حياً من الجد أو الجدة جاء في المادة 172: (ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم وأمهم ما لا يقل عن نصاب مورثهم من أبيه أو أمه).

فإذا تحققت هذه الشروط وجب تنزيل الفرع منزلة أصله على ألا يتجاوز مقدار ما يأخذه ثلث التركة، فإن استحق أقل من الثلث أخذه دون زيادة كما جاء في نص المادة 170: (أسهم 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 التنزيل 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 ترجيحاً للنص العربي للمادة على النص باللغة الأجنبية، وقد نصت المادة 172 على أن التنزيل في هذه الحالة يكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

تاسعا- الأحكام العامة للوصية: وتتناول الأحكام الآتية: إثبات الوصية، حدود الوصية، الرجوع عن الوصية، ومبطلات 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، يبيت ثلاث 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: اشهدوا بما في هذه، ولم يوجد فيها محو، حتى ولو بقي كتاب الوصية عند الموصي، ولم يخرجها حتى مات.

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

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

¹ - سبق تخريجه.

² - التأويل، المرجع السابق، ص 510.

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

2- حدود الوصية: يعتبر في الوصية احكام شرعية تبين حدود تنفيذها وهي كالآتي²:

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

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

ب- يعتبر ثلث المال بعد وفاء الديون المتعلقة بمال الميت أو بذمته، فلو أوصى بثلث ماله، فإنما تنفذ الوصية من ثلث ما بقي له بعد وفاء ديونه. قال الله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها 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 للموصي وصايا وتبرعات في مرض موته تزيد على ثلث ماله، ولم يجز الورثة الزائد، روعي في إخراجها الترتيب التالي³:

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

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

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

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

2 - إذا كانت تبرعاته كلها متعلقة بما بعد الموت، وكانت تزيد عن الثلث، ولم يجز الورثة تلك الزيادة، قسط الثلث بين الجميع على حسب مقاديرهم.

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

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

3- الرجوع عن الوصية:

أ- في الفقه الإسلامي: الوصية من العقود الجائزة، وليست من العقود اللازمة، كعقد البيع وعقد النكاح، وبناء على هذا، فإنه يصح للموصي أن يرجع عن وصاياه جميعها، كما يصح له أن يرجع عن بعضها، ويحق له أيضاً أن يعدل فيها، ويدخل عليها شروطاً وقيداً، لأن المال الذي أوصى به، لم يخرج من ملكه، ما دام على قيد الحياة، فله حرية التصرف فيه كما يشاء.

ويكون الرجوع عن الوصية باللفظ الذي يدل على ذلك، مثل أن يقول: نقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت عنها أو فسختها أو هي لورثتي؛ كما يكون الرجوع بالوصية بتصرف في الموصى به يشعر بإبطال الوصية، والإعراض عنها، وذلك: كأن يبيع الموصى به، أو يجعله 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 برهنه الشيء الموصى به؛ لأن ملك الموصي لم ينتقل فإذا مات فتخليصه على الوارث¹.

وبناء على ما سبق نقول إذا أوصى بحنة فطحنها أو بذرها، أو بقطن فغزله، أو بثياب فخاطها، أو بعرضة فبناها أو غرسها، عد جميع ذلك رجوعاً عن الوصية، وذلك لأمرين: أحدهما: زوال الاسم قبل

¹ - التأويل، المرجع السابق، ص 329.

استحقاق الموصى له الوصية، فكان كتلف الموصى به. ثانيهما: الإشعار بالإعراض عن الوصية، في هذه التصرفات وأمثالها.

ب- في القانون: جاء في المادة 192 من ق أ: (يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً)، فالرجوع الصريح يكون بوسائل 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 لصاحبه.

4- مبطلات الوصية:

أ- في الفقه الإسلامي: تبطل الوصية بأمر هي¹:

1- الردة: وبطلت الوصية بردة الموصي أو الموصى له، فإن رجع للإسلام فقال أصبغ 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 يشتري به خمرًا يشرب، أو دفعه لمن يقتل نفساً ظلمًا.

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

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

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

5- العمل في حساب الوصية:

¹ - ينظر: الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص367؛ والحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج7، ص20.

يذكر الفرضيون طرقاً كثيرة في حساب الوصية، واخترنا طريقة منها إذا كانت بنصيب معلوم السدس أو الثمن أو الربع، سواء كان أقل من الثلث أو أكثر من الثلث، والقاعدة العامة في حل الفريضة إذا كانت فيها وصية، تكون باتباع الخطوات التالية¹:

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

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

- تقارن بين الباقي وبين أصل الفريضة بالأنظار الأربعة وذلك للوصول إلى جزء السهم، لتصحيح كل مسألة، والوصول إلى المسألة الجامعة.

ويكون الحل بحسب الوصية، ونميز بين حالتين:

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

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

الحل:

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

الشرح: نقارن بين الباقي من بعد الوصية وبـ أصل الفريضة، بينهما تماثل، فجزء السهم هو 1، فيضرب في أصل مسألة الوصية وفي سهام الورثة.

¹ - الشطي: لباب الفرائض، ص 143؛ وعمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث على المذهب المالكي، ص 144.

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

الحل:

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

الشرح: نقارن بين الباقي 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 تحته لنصل إلى الجامعة كما في الجدول أعلاه.

مسألة 3: تعدد الوصية وتكون أقل من الثلث ومثاله: توفي عن أم وأخت ش، وأخ لأم، وأخ لأب، ووصيتين: إحداها بالتسع والأخرى بالسبع.

الحل:

	6	47	
378	63	6	
	47		

أم	$\frac{1}{6}$	1	47
أخت ش	$\frac{1}{2}$	3	141
أخ لأم	$\frac{1}{6}$	1	47
أخ لأب	ع	1	47
وصية بـ $\frac{1}{7}$			9
وصية بـ $\frac{1}{9}$			7
			54
			42

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

الحالة الثانية: إذا كانت أكثر من الثلث: ففيها ثلاث صور: أن يجز الورثة الزيادة، أو أن لا يجزوا الزيادة، أو أن يجز البعض ولا يجز البعض الآخر، وتفصيل ذلك فيما يلي:

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

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

الحل:

		2	1	12	
		6	12	2	
			1		24
جدة	$\frac{1}{6}$	1	2		1
بنت	$\frac{1}{2}$	3	6		6

2		2	1	$\frac{1}{6}$	بنت ابن
2		2	1	ع	أختين ش
/		/	/	ح	أخ لأب
12	1	وصية ب $\frac{1}{2}$			

الشرح: بعد حل الفريضة وتصحيحها، نقارن بين الباقي بعد الوصية وبين أصل الفريضة، بينهما توافق في 1، لنصل إلى جزء السهم للفريضة وهو 1 وجزء السهم لمسألة الوصية هو 12، لنصل إلى الجامعة 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 الورثة 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	وصية ب $\frac{1}{5}$				

وصية بـ $\frac{1}{3}$	5	450
-----------------------	---	-----

الشرح: بعد إعالة الفريضة وتصحيحها، 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: فهذا لا تنفذ إلا في حدود الثلث، فإذا كانت الوصية واحدة وهي أثر من الثلث فتزد 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: توفيت عن زوج، وبنت ابن، وأم، وأب، ووصيتان، إحداهما بالثلث، والأخرى بالربع، ولم يجز 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	وصية بـ $\frac{1}{4}$			

وصية بـ $\frac{1}{3}$	4	4	52
-----------------------	---	---	----

الشرح: بعد حل الفريضة وإعالتها، نحل مسألة الوصايا، وبما أن مجموع الوصايا أكثر من الثلث، ولم يجز الورثة الزيادة فتد إلى الثلث، فنجمع الوصايا ونضربها في مقام الثلث هكذا: $21 = 3 \times (3+4)$ ، 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 المجيزين، ولا تنفذ في نصيب غير المجيزين، وطريقة العمل تكون بحل المسألة على أساس الإجازة للجميع، 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 الثلث الزيادة.

الحل:

	4	4	1		3	8	1				
	48	12	3 2	8	48	16	2 1	8	8		
زوجة	4	1		1	<u>3</u>	1		1	1	$\frac{1}{8}$	
بنت	4	1		1	<u>3</u>	1		1	7	ع	
3 أبناء	<u>24</u>	6		6	18	6		6			
	16	4	1	وصية بـ $\frac{1}{3}$	24	8	1	وصية بـ $\frac{1}{2}$			
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 منهما، والفارق في نصيبهما يضاف للوصية بالثلث، هكذا: $18 = 1 + 1 + 16$.

6- العمل في حساب مسائل التنزيل:

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

الأولى: أن يقول المنزل أنزلت فلانا منزلة والده لو كان حياً أو أنزلته منزلة والدته لو كانت حية على أن يحل محله أو محلها في الإرث.

وطريقة الحل في هذه الصورة: توضع فريضتان:

فريضة أولى: يعتبر فيها المنزل منزلته أي الميت كأنه حي حياة حقيقة لمعرفة نسبة ما ينوبه من التركة فإن كان في حدود الثلث فأقل أخذه المنزل ولا يتوقف على إجازة الورثة، وإن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث إلا إذا أجازته الورثة.

وفريضة ثانية: يعتبر فيها ميتاً ثم ينظر بين نسبة سهامه من الفريضة الأولى وبين أصلها فيجعل المقام أصلاً لجامعة التنزيل.

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

		9	1	3		
		3	18	6	6	
27		2				
3			3	1	1	أم
5			5	5	1	بنت
10			10	2	ع	ابن

¹ - ينظر: الشطي، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها؛ وعمر أحمد الراوي، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها.

9	1	/	/	2		متزل متزلة أبيه
الجامعة	جامعة الوصية	يقدر ميتا		يقدر حيا		

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

الثانية: أن يقول المنزل: أنزلت فلانا منزلة والده أن لو كان حيا على أن يرث كأحد أعمامه، والعمل فيها يختلف عن الصيغة الأولى، حيث تقام فريضة على أساس عدم المنزل منزلته ثم يعطى المنزل كأحد أعمامه الموجودين معه محمولاً على أصلها كالعول.

ومثاله: توفي عن أم أم ابنين ومنزل منزلة 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	متزل متزلة أبيه يرث كأحد عميه					

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

مسألة 1: توفي عن ثلاث أبناء وبنت ومنزل منزلة 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	منزل منزلة أبيه يرث كأحد أعمامه		
1	1	$\frac{1}{10}$ وصية			

الشرح: مجموع سهام المنزل والوصية 3 من 10 وهي أقل من الثلث فيعطى لهم دون توقف على إجازة الورثة.

مسألة 2: توفي عن ابن وبنتين ومنزل منزلة أبيه يرث كعمه، ووصية بخمسين ورد الورثة الزيادة على الثلث.

	6		3	2	1			
18	3		10	5	6	4	ع	بنت
	2			3				بنت
3			1		1	1		ابن
3			1		1	1		
6			2		2	2		
2	1	$\frac{1}{3}$	2		2	متزل متزلة أبيه يرث كعمه		

وصية بـ $\frac{2}{5}$	2	4			4
-----------------------	---	---	--	--	---

الشرح: مجموع سهام المنزل وسهام الوصية، وهو 6 من 10 أكثر من الثلث، وبما أن الورثة منعوا الزيادة، فتزد مجموع السهام إلى الثلث، ونقوم بالعمليات للوصول إلى الجامعة.

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 الأعواض 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 تملك: وهو صفة المملك الذي هو الوهاب ليحترز بذلك من الهبة بمعنى الشيء الموهوب، إذ لا يصح الإخبار عنه بتمليك ويصح أن يراد هنا المعنى الاسمي، ويقدر مضاف في الخبر فيقال الهبة ذات تملك فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه فارتفع ارتفاعه.

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

قوله ذاتا: خرج تملك 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 فجائزة. والمراد بالذمي ما عدا الحربي.

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص803.

² - الرضاع، المرجع السابق، ص421.

³ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج4، ص139.

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

2- تعريف الهبة في القانون: عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من ق أ بما يلي: (الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط)، وتنص المادة 206 من نفس القانون على ما يلي: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...)، يستفاد من نص المادتين أن الهبة من التصرفات القانونية الناقلة للملكية الشيء بلا عوض، تتم بإرادتين، إرادة الواهب والموهوب له، بحيث تؤدي إلى افتقار ذمة الواهب واغتناء في ذمة الموهوب له، على أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، دون أن يتجرد من نية التبرع¹.

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

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

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

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

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

- الكتاب: قوله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) (النساء، 4)، حيث أباح الشارع الأكل عن طريق الهبة إذا كان عن طيب نفس من الواهب، وهو نص على مشروعية الهبة.

- السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: (تهادوا تحابوا)⁴، والهدية هي الهبة، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة)⁵، وقال صلى الله عليه وسلم: (و لو دُعيتُ إلى ذراعٍ أو كراعٍ لأجبتُ،

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص7.

² - التيجاني، المرجع السابق، ص24 و99؛ وينظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص41.

³ - ينظر: ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص407؛ وابن قدامة، المغني، ج6، ص41.

⁴ - رواه البخاري في الأدب المفرد (594)

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

ولو أهدي إليّ ذراعٌ أو كراعٌ لقبلتُ¹، وقبول النبي صلى الله عليه وسلم هدية المقوقس وهركافر، كما قبل هدية النجاشي وهو مسلم وتصرف بها وأهداه أيضا.

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

أما عن حكمها: فالهبة مندوبة بالإجماع، وقد يطرأ عليها ما يجعلها محرمة إذا قصد بها معصية أو إعانة على ظلم، أو قصد بها رشوة أصحاب الولايات والعمال، وقد تكون الهبة مكروهة إذا قصد الواهب بها الرياء والمباهاة والسمعة².

ثالثا- خصائص عقد الهبة: يختص عقد الهبة عن غيره من عقود التبرع بما يلي³:

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

2- عقد الهبة عقد ملزم لجانب واحد: عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد، فلا يلتزم الموهوب له بشيء الا إذا اشترط الواهب عوضا عن هبته، فتكون الهبة ملزمة لجانبين.

3- عقد الهبة تمليك بلا عوض: لقيام عقد الهبة لا بد من مقومين اثنين، أولهما تقديم التزام مجانا أي بدون مقابل، وهو العنصر المادي، وثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام، أي قصده أن لا يقابل التزامه أي عوض وهو العنصر المعنوي، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له سببه عقد الهبة، ولا يمنع أن تكون الهبات متبادلة بين طرفي العقد، فيهب المتعاقد الأول الذي هو الواهب مالا معيناً من أمواله للمتعاقد الثاني الذي هو الموهوب له، ويهب هذا الأخير للواهب شيئا مملوكا له على أن تكون الهبتان خاليتان من أي عوض، أي عدم اشتراط المتعاقد الأول على الآخر بأن يهبه مالا معيناً مقابل هبته، فنكون أمام هذا الاشتراط أمام هبة بعوض لأن كل منهما عوضا عن الهبة الأخرى.

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

¹ - رواه البخاري (2568)

² - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص139.

³ - ينظر: التجكاني، المرجع السابق، ص16؛ ويوسف نواصة، عقود التبرع، ص72؛ وحدي باشا، المرجع السابق، ص8 وما بعدها.

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

ومعنى عقد الهبة عقد عيني أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكلية، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقارا أو منقولا أو حق عيني عقاري آخر كحق الانتفاع مثلا، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب، وسيتم توضيح ذلك لاحقا 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 لابنه قصد فتحه محل تجاري، فإنما الواهب يوفي بالتزام طبيعي، فهو لا يتبرع ويكون تصرفه اتجاه أبنائه وفاء لا هبة، فالواهب قد تصرف في ماله بدون عوض ودون توافر العنصر المعنوي، وبالتالي تخرج هذه التصرفات عن أحكام المادة 206 من ق أ لانتفاء نية التبرع.

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

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

أولا- الواهب:

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

¹ - ينظر: الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص139؛ ويوسف نواصة، المرجع السابق، ص95؛ وحمدي باشا، المرجع السابق، ص8.

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

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

كما ألحق المالكية وأحمد في رواية الزوجة في حجرها عن الهبة بأكثر من الثلث، ويكون الزائد على الثلث موقوفاً على إجازة زوجها؛ كما أنَّ هبة المحجور بدين موقوفة على إذن الغارمين لأنَّه محجور لمصلحتهم.

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

ب- الواهب في القانون: يتبين 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 ق أ: (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر 19 سنة وغير محجور عليه).

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

أما الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة فهم في نظر القانون ناقصو الأهلية، ومن ثم لا يجوز قانوناً القيام بالهبة من طرف هؤلاء لانعدام أهلية التبرع، وهي تمام السن التاسع عشرة والتمتع بالقوى العقلية، فإذا كان الواهب صبياً مميزاً أو راشداً ولكن أهليته اعترافاً عارضاً من العوارض المنقصة للأهلية فإنَّ هبته تقع باطلة ولا تلحقها الإجازة، وهذا تطبيقاً لنص المادتين 83 و85 من ق أ.

ونشير إلى أن الولي أو الوصي أو القيم، يباشر على فاقد الأهلية أو ناقصها أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف، أما أهلية الافتقار كالتبرع فلا يستطيع مباشرتها عنه، كما لا يمكن للولي ومن في

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص16؛ ويوسف نواصة، المرجع السابق، ص100.

حكمه استئذان القاضي من أجل الحصول على ترخيص من أجل هبة الأموال العقارية المملوكة للشخص الذي تحت ولايته لعدم جواز قيامه بهذا التصرف القانوني غير الوارد ضمن المادة 88 من قانون الأسرة، لأن الهدف من الولاية هو الحفاظ على الأموال واستثمارها إلى غاية زوال سبب انعدام أو نقص الأهلية¹.

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

الثاني: الموهوب له:

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

ويتفق أهل العلم على أن الأب إذا أعطى لأولاده صحت عطاياه، واستحبت التسوية بينهم عند أكثر الفقهاء، ويرى الحنابلة ومالك 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 نفعا 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 عديم 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 مقترنة بشرط أو مثقلة بالتزامات معينة على الموهوب له لم يجز للولي قبولها عن الصغير إلا بإذن من المحكمة، فهي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي 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 نواصة، المرجع السابق، ص 101.

كما أجاز القانون الهبة للحمل أخذا بالمذهب المالكي حيث نصت المادة 209 من ق أ: (تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا)، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب، وإذا ولد حيا ثم مات كان المال الموهوب لورثته، ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي، وهو الأب في حالة تلقي الهبة من أجنبي، أو الأم في حالة صدورهما من أب الجنين، وفي هذه الحالة وجب على الموثق ذكر هوية الولي الشرعي للجنين مع الاسترشاد بشهادة طبية تثبت حمل الأم، فإذا ولد الجنين حيا حرر محضر و أرفقه بشهادة الميلاد للقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية ، و إذا ولد ميتا أرفقه بشهادة الوفاة من أجل إلغاء إجراءات نقل الملكية¹.

الثالث: الموهوب: الشيء الموهوب هو المعقود عليه في الهبة، والقاعدة أن ما صح بيعه صحت 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 موجودا: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا حين الهبة، لأنها تمليك في الحال، وبناء عليه لا يصح هبة ما ليس موجودا وقت العقد، كما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ونحوه. وهذا بخلاف ما إذا وهبه صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه، فإنه يجوز لأن الشيء الموهوب موجود ومملوك في الحال، لكنه لم ينفذ حالا لمانع، وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع فينفذ عند وجود القبض، وصار كما لو وهب شخصا مشاعا ثم قسمه وسلمه. وبناء على ما تقدم فإن هبة المعدوم والمجهول لا تجوز، لأن الهبة تمليك، وتمليك المعدوم والمجهول لا يجوز، فيقع العقد باطلا، وهذا على مذهب الجمهور³.

وذهب المالكية إلى جواز هبة كل مملوك وإن كان مجهولا جنسا أو قدرا حيث حصل القبول، كوهبتك ما في يدي أو بيتي أو هذه الدنانير، وكذا وإن كان لا يصح بيعه كالبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب، إذ الأصل عند المالكية أنه يصح هبة كل ما يقبل النقل شرعا وإن كان مجهولا، كما صرح المالكية بالنسبة لهبة المعدوم بأن الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر أن ذلك جائز⁴.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص32.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص435.

³ - ابن قدامة، المغني، ج6، ص46.

⁴ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص154.

2- أن يكون مملوكا للواهب: من الشروط الواجبة في الشيء الموهوب أن يكون مملوكا في نفسه، فلا يجوز هبة المباحات، وذلك لعدم الإحراز، ولأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال. كما يلزم أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب؛ لأن هبة مال الغير ممنوع بغير إذنه.

ويستوي أن يكون المملوك للواهب عينا أو دينا: أما هبة العين فظاهر الجواز لإمكانية قبضه بعينه. أما هبة الدين: فإن كان الواهب قد وهب الدين لمن هو عليه، فإنه جائز عند الفقهاء بلا خلاف، لأنه بمثابة إبراء للمدين أو إسقاط الدين عنه، ولا حاجة لقبض جديد؛ أما هبة الدين لغير من هو عليه فقد ذهب المالكية إلى جوازه، وبني الجواز على أنه إنابة في قبض الدين، ولأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، حيث يجبر المدين على تسليمه إلا أن قبضه بقبض عينه، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلا أنه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحا، ولا يكفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين¹.

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

4 - أن يكون الموهوب محوزا: ويخص هبة المشاع واختلف فيه الفقهاء، وذهب الجمهور ومنهم المالكية إلى أن هبة المشاع جائزة كالبيع، فيسلم الواهب جميع الشيء الموهوب إلى الموهوب له يستوفي منه حقه، ويكون حق الشريك في يده وديعة، وقيل: إن قبضه لينتفع به فإعارة، وهو قول الشافعية والحنابلة، وحجتهم كما قال ابن رشد: أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع².

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

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

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

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

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

ب- الموهوب في القانون: أي المحل وهو الشيء المعقود عليه، ولما كان الأصل في أن تكون بلا عوض، فإن المحل هو الشيء الموهوب، لأن الهبة في هذه الحالة تكون ملزمة للواهب فقط، أما إذا كانت ملزمة لجانبيين، بأن تكون بعوض، كان محل الهبة مزدوجا يشمل الشيء الموهوب الذي يلتزم به الواهب، والمقابل الذي يلتزم به الموهوب له¹.

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

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

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

1- أن يكون الموهوب موجودا: وقت العقد حيث لا تصح هبة شيء غير موجود أو شيء سيكون في المستقبل، فإذا كان غير موجود فإن عقد الهبة يكون باطلا بطلانا مطلقا، حيث جاء في المادة 92 من ق م: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا)، ويلاحظ أن هبة الأموال المستقبلية باطلة، أخذا بقول جمهور الفقهاء وهو على خلاف ما يقول به المالكية.

¹ - ينظر: السنهاوري، المرجع السابق، ج5، ص112؛ وحدي باشا، المرجع السابق، ص37.

² - السنهاوري، المرجع السابق، ج5، ص112؛ ويوسف نواصة، المرجع السابق، ص103.

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

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

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

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

وتطبيقا لنص المادة 205 ق أ، لا يجوز للواهب أن يهب مالا مملوكا لغيره، أي يجب أن يكون الشيء الموهوب ملكا خالصا للواهب بموجب سند رسمي صحيح سواء كان عقدا رسميا مشهرا أو حكما قضائيا إذا كانت الأملاك العقارية محل التصرف بالهبة مثلا تتواجد بمنطقة لم يشملها المسح بعد، أو بموجب دفتر عقاري إذا تواجدت في المناطق الممسوحة باعتباره الدليل الوحيد في إثبات الملكية العقارية عملا بنص المادة 19 من الأمر رقم 74/75 السالف الذكر.

وتطبيقا لنص المادة 714 من ق م المعدل والمتمم، يجوز هبة حصة مشاعة، على اعتبار أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها دون إلحاق أي ضرر بحقوق سائر الشركاء

في الشيوع، وبحلول الموهوب له محل الواهب في المال المشاع، يحق للموهوب له طلب الخروج من الشيوع بفرز الحصص رضائيا أو قضائيا. وإذا تعذر قسمة المال المشاع، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة الأرض بيعت بالمزاد حسب الكيفيات المبينة في قانون الإجراءات المدنية ويمكن أن تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

الركن الرابع - الصيغة:

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

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

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

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

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

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

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 17.

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

كالجس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث. قال الخطّاب: 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 التبرعات أي أنّ الموهوب له لا يعوض الواهب شيئاً عما وهبه له. إلّا أنّه لو صدرت الهبة من الواهب مقترنة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب، فذهب الجمهور إلى أنّه يصح هذا الشرط، وبه قال المالكية، وحجتهم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلّم أنّه قال: (الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها)².

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

ويرى المالكية أنّ الهبة بشرط العوض بيع ابتداءً وانتهاءً، وتثبت فيها أحكام البيع، فلا يبطل بالشيوع، ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض، ولا يملك الرجوع عن التصرف، وحجة هذا القول أنّ معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأنّ البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلّا أنّه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم، كحصول البيع بلفظ التمليك³.

4- لزوم العوض بدون اشتراط: يرى المالكية وجوب العوض إذا دلّ العرف وحال الواهب عليه، ويفرض المالكية على هذا: أنّه لو تنازع الواهب والموهوب له في وجوب الثواب، فإنّ القول قول الواهب إن شهد له العرف أو لم يشهد له ولا عليه؛ أما إن شهد العرف للموهوب له بأن كان مثل الواهب لا يطلب في هبته عوضاً، فإنّ القول حينئذ قول الموهوب له، وفي طلب حلف الواهب مع تصديقه قولان⁴.

والعوض يكفي أن يكون ممّا يعاوض به الناس في البيع، وعلى الواهب قبوله، وإن كان معيّناً طالما أنّ في قيمته وفاء أو يكمله له، أما إذا كان العوض ممّا لم يعتد الناس التعاوض به كالحطب والتبن، فإنّه لا يلزم الواهب قبوله، على أنّه لا يصدق الواهب في طلب العوض على النقود المسكوكة أو السبائك أو الحلبي المكسر إلّا أن يشترط ذلك في العقد، فإذا اشترطه عوض عروضاً أو طعاماً، ومثل الشرط: العرف والعادة،

¹ - الخطّاب، المرجع السابق، ج6، ص50.

² - رواه ابن ماجه (2387).

³ - التّجكاني، المرجع السابق، ص20.

⁴ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص156.

ولو وهب أحد الزوجين شيئا للآخر ثم طلب العوض على ذلك فإنه لا يصدق؛ لأنّ العرف قاض بنفي الثواب بينهما.

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

ونص القانون على الهبة المعلقة على شرط، سواء لمصلحة الواهب أو للموهوب له، وتصبح حينئذ الهبة عقدا ملزما للجانبين، إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/202 من ق أ، فمفاد النص أن يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب الى الموهوب له، وفي هذا الخصوص نرجع الى القواعد العامة فان كان محل الهبة منقولاً معينا بالذات مملوكاً للواهب انتقلت الملكية بانعقاد الهبة والحيازة، ذلك أن الهبة عقد عيني يتم بالقبض وهو ما نصت عليه المادة 206 من ق أ: (تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة)، فالحيازة إذن ركن في انعقاد الهبة، ومن ثم فإن التسليم ليس التزاما 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 معا 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 مقابلاً 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 للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً؛ أما إذا كان الشرط فاسخاً، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام)، ونستخلص من هذا النص أن الشرط هو أن يكون ممكناً أو غير ممكن، فالممكن هو ما كان في إمكانية الشخص فعله، أما غير الممكن وهو ما يعبر عنه بالمستحيل وهو الذي يتعذر على الإنسان تحقيقه، ومثال ذلك الهبة المقترنة بشرط مستحيل كأن يهب شخص لآخر داراً ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له إيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة، فهنا الهبة اقترنت بشرط مستحيل، ومن ثم

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص36.

² - عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات، ص146.

ننظر إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له، وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وهو قد انعدم، أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث على التبرع وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين أن الشرط مستحيل، فإن الهبة تبقى صحيحة¹.

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

1- الوعد بالهبة:

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

وإذا كان ما علق الهبة عليه وقتاً مستقبلاً، كرأس الشهر الآتي أو الأسبوع القادم، كانت الهبة مضافة إلى المستقبل. ولما كانت الهبة من عقود التمليكات، ومقتضى التملك هو الجزم والتنجز؛ إلا أن المالكية ذهبوا إلى أن الوعد في التبرعات إذا كان على سبب، ودخل الموعد له بسبب الوعد في شيء على المشهور، فإنه يكون لازماً ويقضى به على الواعد، وذلك بناء على ما اشتهر عن مالك رحمه الله: أن من ألزم نفسه معروفاً لزمه إلا من موت أو فلس².

ب- في القانون: فيه اتجاهان: الأول: يعتبر أن عقد الهبة من العقود المنجزة والفورية، وعليه لا يجوز للمتعاقدين القيام بأي إجراء أمام الموثق لإبرام وعد بالهبة، لأنه لا يوجد نص صريح يتناول الوعد بالهبة؛ والثاني: هو القول بجواز لجوء المتعاقدين إلى الموثق لإبرام عقد الوعد بالهبة³.

وعليه، فالمشرع يرى صحة وجواز إبرام عقد الوعد بالهبة لعدة أوجه: أولاً عدم وجود نص قانوني يمنع اللجوء إلى هذا العقد، وثانياً أن المشرع قد أخذ بمبدأ الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة 71 من ق م: (الاتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر

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

² - التجكاني، 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 إبرامه فيها)، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك وهو اللجوء إلى القضاء في حالة عدم تنفيذ الوعد متى توافرت الشروط، وهو نص المادة 72 من ق م: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد).

والمسائل الجوهرية في الهبة المراد إبرامها والمنصوص عليها في المادة 71 من ق م ج هو بيان المال الموعود هبته بيانا كافيا عقارا كان أو منقولاً، ولا يشترط أن يكون المال موجودا وقت العقد، وإنما يشترط وجوده وقت ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة والا كانت الهبة باطلة، كما لا يشترط أن يكون المال مملوكا وقت الوعد للواعد في حالة الوعد بالإيهاب أو الموعود له في حالة الوعد بالاتهاب¹.

2- الرجوع في الهبة (اعتصار الهبة):

أ- في الفقه الإسلامي:

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

2- موانع الرجوع في الهبة: يذهب المالكية إلى سقوط حق 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 تغير الأسواق فإنّ ذلك لا يمنع الرجوع، لأنّ الهبة على حالها، وزيادة القيمة أو نقصانها لا تعلّق لها بالشيء الموهوب، كاختلاف السعر من مكان إلى مكان.

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

1 - عبد المالك رابع، 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؛ ويوسف نواصة، المرجع السابق، ص 142.

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

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

3- ماهية الرجوع في الهبة: لم يشترط المالكية في الرجوع قضاء القاضي ولا التراضي؛ لأنهم حين أجازوا رجوع الأب فيما وهبه لولده إنما اعتمدوا نصاً من الشرع، فالرجوع بعدئذ لا يفتقر إلى أي شرط؛ لخلو النص الذي أجازاه عن مثل هذا الشرط؛ فإذا رجع الأب فإنه خيار في فسخ عقد الهبة كالفسخ في خيار الشرط، ولا يكون الرجوع هبة مبتدأة. وإذا كانت الهبة بعوض فإن حكمها حكم البيع، وتأخذ أحكامه في الفسخ والإقالة¹.

ب- الرجوع في الهبة في القانون:

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

وقد ذكر المشرع هذه الحالات على سبيل الحصر لا المثال، ومن الملاحظات التي نراها حول هذه المادة²:

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

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

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص42.

- أن المشرع لم يحدد مدة معينة في الرجوع في الهبة، فهي مفتوحة ومتروكة تبعا للظروف المحيطة بحق الرجوع، حتى وإن كان عقد الهبة أصبح نافذا واستوفي 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 وللمحافظة على أموال أبنائهم.

- أن المشرع لم يشترط على الأبوين تبريرا 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 سابقا.

هذا، وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك عندما نص في المادة 212 من ق أ 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 للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، وهنا نكون بصدد هبة بعوض فهي تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط، مثل أن يهب شخص مبلغا 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 التوسع فيه أو القياس عليه، وهو حق غير مطلق بل مقيد بالحالات الواردة في نص المادتين 211 و212 من ق أ 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 دائي الواهب كتقديم رهن رسمي أو كفالة عينية.

- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا قانونيا: بالبيع أو الهبة أو الوقف مثلا، وكان هذا التصرف نافذا في مواجهة الواهب باستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانونا في المادة 206 من ق أ والمادتين 165 و793 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 رابح، المرجع السابق، ص160.

² - يوسف نواصة، المرجع السابق، ص152؛ وحدي باشا عمر، المرجع السابق، ص43 وما بعدها.

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

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

- **التغيير في طبيعة الشيء الموهوب:** نتيجة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا ماديا 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 أيضا 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 أ، فكثيرا ما يلجأ 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 بمحصول مانع قبل الحوز أي من واهبها وإن بغير إذنه، ومن هذه الموانع¹:

- إحاطة دين بمال الواهب سواء كان سابقا على الهبة أو لاحقا.

- جنون الواهب أو مرض اتصالا بموته.

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

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص143.

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

ب - في القانون: إذا تخلف ركن من أركان الهبة كان العقد باطلا، وهذا تطبيقا لنص المادة 206 ق أ: (إذا اختل أحد القيود السابقة بطلب الهبة)، والبطلان نوعان: بطلان مطلق وبتلان نسبي¹:

1- البطلان المطلق لعقد الهبة: إذا اختلت أحد أركان عقد الهبة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب والرسمية والعينية (الحيازة)، أو شرط من شروطها، بطلت الهبة بطلانا مطلقا، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا مضى على إبرام عقد الهبة 15 سنة سقط الحق في التمسك ببطلاتها إعمالا 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 يصحح بالتقادم لأنه عقد معدوم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من عدم وجودا.

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

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

وتطبيقا لنص المادة 100 من ق م ج: (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية...)، يمكن تصحيح عقد الهبة بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ويسقط الحق في إبطال الهبة خلال خمسة سنوات يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي أنه لا يمكن التمسك بحق الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تمام

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج5، ص72.

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 إتمام العقد).

المحاضرة الرابعة

الوقف

أولاً- تعريف الوقف:

أ- لغة: الوقف والتحبس والتسييل بمعنى واحد، وهو لغة: الحبس والمنع، يقال: وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها، ومنه الموقف؛ لأن الناس يوقفون أي يحبسون للحساب. ووقف الدار حبسها، ولا يقال أوقفت لأنها لغة رديئة؛ والحبس: حبسه يحبسه حبسا، فهو محبوس وحبس، واحتبسه وحبسه: أمسكه عن وجهه. والحبس: ضد التخليّة، والحبس بالضم: ما وقف. وحبس الفرس في سبيل الله وأحبسه، قال الأزهري: والحبس جمع الحبس يقع على كل شيء، وقفه صاحبه وقفا محرما لا يورث ولا يباع من أرض ونخل وكرم ومستغل².

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

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص34.

² - ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص360.

فعره المالكية: (هو التصديق بالانتفاع بالشئ بمدة وجوده)¹، فالوقف من تمليك الانتفاع لا المنفعة، لا يجوز لمن وقف عليه أن يأخذ عوضا عنه ببيع أو إجارة، وله أن يتنازل عنه لمن توفرت فيه الصفة التي يستحقه بها.

ومن تعاريفه الموجزة الجامعة، ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني: (تحبب الأصل وتسهيل الثمرة)²، أخذنا 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 الذين أجازوه أنه حبس العين وتسهيل ثمرتها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها)³.

وعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 3 من القانون رقم 91-10 المتعلق 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 الاسرة في المادة 213 بأن: (الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق)، ويتفق هذا التعريف مع التعريف الفقهي إلا أن القانون اعتبر الوقف مؤبدا ولا يكون مؤقتا.

ثانيا- 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 اجتهادات الفقهاء؛ فهو من خصائص الإسلام، قال الإمام الشافعي: (لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت، وإنما حبس أهل الإسلام)، أي على وجه التبرر، وأما بناء الكعبة وحفر زمزم، فإنما كان على وجه التفاخر. والوقف مندوب إليه من أعظم القربات وأبواب البر، والأدلة على مشروعية الوقف كثيرة منها⁴:

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

1 - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص98؛ والتجكاني، المرجع السابق، ص118.

2 - ابن قدامة، المغني، ج6، ص3.

3 - أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص39.

4 - ينظر: التجكاني، المرجع السابق، ص118؛ وأبو زهرة، المرجع السابق، ص43.

- السنة النبوية: أحاديث كثيرة منها:

عن أنس -رضي الله عنه- قال: (كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالا من نخل، وكان أحب أمواله بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت هذه الآية: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) (آل عمران: 92)، قام أبو طلحة إلى رسول الله فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون)، وإن أحب مالي إلي بيرحاء، وإنها صدقة لله تعالى، أرجو برها وذخرها عند الله تعالى، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، فقال رسول الله: بخ، ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه)¹.

- ما رواه ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: (أصاب عمر أرضا بخير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط هوأنفس عندي منه، قال: (إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها. قال: فتصدق بها عمر، غير أنه لا يباع أصلها، ولا يورث، ولا يوهب، فتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقا)².

- 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)³، وقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت المذكورة في الخبر على الوقف؛ لأن منافع الموقوف تبقى دائمة يذكر صاحبها 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)⁴.

- وعن عثمان -رضي الله عنه- أن النبي قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: (من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة؟، فاشتريتها من صلب مال)⁵.

¹ - أخرجه البخاري (1461)، ومسلم (998)

² - أخرجه البخاري (2772)، ومسلم (1632).

³ - رواه مسلم (1631).

⁴ - رواه البخاري (1468).

⁵ - الترمذي (3703).

- الإجماع: حكى الكاساني في البدائع الإجماع على جواز وقف المساجد¹، ونقل عن القرطبي قوله: (لا خلاف بين الأئمة في تحبيس المساجد والقناطر والمقابر، واختلفوا في غير ذلك)². وقال الترمذي معلقا على حديث ابن عمر السابق في وقف عمر للأرض التي أصابها في خيبر: (والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافا في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك)³، فهو مجمع عليه في الجملة.

ثالثا- خصائص الوقف: يتمتع الوقف بجملة من الخصائص لا توجد في غيره من التبرعات منها⁴:

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

2- عدم خضوع الوقف للتقادم والرهن والحجز: عملا بالقاعدة التي تقضي بأن كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم، وقد نص المشرع على ذلك في المواد 674 إلى 689 من ق م والمادة 4 من القانون المتعلق بالأموال الوطنية جاء فيها: (الأموال الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز...)، كما نصت المادة 23 من قانون الأوقاف على أنه: (لا يجوز أن تكون الأملاك الوقفية عقارية كانت أو منقولة محلا للرهن بنوعيه الحيازي والرسمي ولا الحجز عليها).

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

4- عدم خضوع الوقف للمصادرة والترع: فالأصل في الوقف أن يكون دائما غير أنه يجوز انتهاء الوقف استثناء كما سيأتي تفصيله عند المالكية، أما القانون لم يجز النزاع إلا في حالات محددة نصت عليها المادة 24 من قانون الأوقاف: (كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام فقط، والتعويض للوقف يكون عينا

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص218.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج19، ص22.

³ - الترمذي، سنن الترمذي، ج3، ص53.

⁴ - التجكاني، المرجع السابق، ص118؛ وعبد الملك رابع، المرجع السابق، ص215.

لا نقدا ولا يكون ذلك إلا بعد صدور قرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد إجراء المعاينة والخبرة من قبل أشخاص لهم دراية وخبرة بمجال الوقف.

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

لركن 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 سفیه ولا مكره¹.

ب- في القانون: نص المشرع في المادة 10 من القانون المتعلق بالأوقاف على أنه: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً ما يأتي: أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً، أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)، وبالرجوع إلى القانون المدني فيشتترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع أي يكون لديه 19 سنة كاملة وإلا كان تصرفه تصرفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً، جاء في المادة 30 من القانون المتعلق بالأوقاف: (وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي)؛ كما يشترط أن يكون الواقف عاقلاً غير مجنون أو معتوه جاء في المادة 31 من القانون المتعلق بالأوقاف: (لا يصح وقف المجنون والمعتوه)، كما يشترط أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين، جاء في المادة 10، وفي المادة 101 من ق أ: (من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه). ويشترط أيضاً أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكية مطلقة جاء في المادة 17 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً أن يكون مالكا 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 وصية².

لركن 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 كزید والفقراء والمساكين والعلماء وطلبة العلم، أو صرفها في مصالحه كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، فإنها تستحق صرف غلة الوقف أو منفعه عليها

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 121.

² - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 219.

لإصلاحها وإقامة منافعها، ونحو من سيولد في المستقبل لزيد مثلا فيصح الوقف عليه، فتوقف الغلة إلى أن يوجد، فيعطاهما فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت للواقف أو وارثه¹.

وقبول الموقوف عليه يكون بنفسه إن كان أهلا يتأتى منه القبول، فإن رد الوقف رجع للواقف، إن كان الموقوف عليه مقصودا من الواقف لذاته وشخصه، فإن كان قصد الواقف البر والصدقة رجع الوقف حبسا على غيره من الفقراء لأن مقصوده البر ويتحقق في أي جهة كانت؛ أما من لا يتأتى منه القبول فيكفي صرف الوقف في مصالحه أو تخليته للناس يصلون فيه أو يشربون منه أو ينتفعون به على الوجه الذي وضع له.

لا يشترط في الموقوف عليه أن يكون مسلما ولا أن يكون فقيرا، فيجوز الوقف على الذمي إن ظهرت في الوقف عليه قرينة ككونه قريبا أو فقيرا لقوله تعالى: (ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا) (الإنسان، 8)، والأسير لا يكون إلا كافرا، كما روي أن صفية زوج النبي وقفت على أخ لها يهودي²، ويجوز الوقف على الأغنياء من المسلمين، لأن الوقف وإن كان من باب الصدقات فله شبه بالعطايا والهبات، فيشرع متى وجد أصل القرينة³.

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

الوقف على المجهول (الوقف المبهم): من وقف شيئا ولم يعين الموقوف عليه، كأن يقول داري حبس، ولم يعين جهة تصرف فيها غلة الحبس، وتعذر سؤال الحبس، فإن الحبس صحيح، ولا يرجع ملكا 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 المتعلق بالأوقاف على أن: (الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا)، فيكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا أو معنويا، إلا أن هذه المادة عدلت بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 2002/12/14 بقولها: (الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)، وهي تدل دلالة واضحة على أن الموقوف عليه لا يكون إلا جهة عامة معنوية ولا يكون خاصا، وهذه الجهة يشترط أن تكون جهة بر وخير، وقد قسم المشرع الوقف إلى قسمين: قسم محدد الجهة وقسم غير محدد الجهة: (الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص101.

² - ابن قدامة، المغني، ج6، ص39.

³ - التجكاني، المرجع السابق، ص121.

سبل الخيرات وهو قسمان: وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه، فيسمى وقفا عاما محدد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه البر إلا إذا استنفذ، ووقف لا يعرف فيه وجوه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات)، وأجاز المشرع أن يكون الموقوف عليه هو الشخص نفسه في المادة 214 من قانون الأسرة: (يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية)، وهذا تماشيا مع المذهب الحنفي الذي يجيز الوقف على النفس¹.

الركن الثالث- الموقوف:

أ- في الفقه الإسلامي:

1- شروطه: وهو ما ملك من ذات أو منفعة ولو حيوانا أو غيره يوقف على مستحق للانتفاع بخدمته أو ركوبه أو الحمل عليه، فيجوز وقف العقار والمنقول من كل ما ينتفع به مع بقاء عينه، كالأراضي والبيوت والمساجد والطرق والجسور والمدارس والمستشفيات والآبار والأشجار والسيارات والبواخر وسائر العروض والكتب وغيرها².

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

ويشترط فيه أن يكون معلوما معينا، فلا يصح وقف المجهول الذي لا تعلم حدوده، ويجوز الوقف بالشيء المجهول إذا كانت الجهالة متعلقة بمقداره لا بتحديدته وتمييزه، فإذا كان مشهورا متميزا بحيث لا يلبس بغيره جاز وقفه، فالجهالة بالمقدار لا تفسد الوقف لأنه من التبرعات بخلاف المعاوضات، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي فهو صدقة)³.

2- وقف المشاع: يجوز وقف جزء مشترك من عقار مشاع مع الغير لم يقسم، ويجبر الواقف على القسمة إن أرادها الشريك وكان العقار يقبل القسمة دفعا للضرر عن الشريك، حتى يتميز حقه عن حق الوقف، فإن كان لا يقبل القسمة فإنه يباع ويجعل ثمن ما ينوب الوقف في وقف مثله، وقد وقع من الرسول والصحابة⁴.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص91.

² - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص101.

³ - رواه البخاري (3096).

⁴ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص102.

3- الحوز شرط لإتمام الوقف: ومعناه تسلم الوقف والتصرف فيه من قبل الموقوف عليه، كأن يستلم مفتاح الدار أو السيارة أو يستلم الأرض ويستغلها، وهو شرط لإتمام الوقف لا لصحته، فيصح الوقف دونه ويجبر الواقف على تسليمه لمستحقه، لكن إن وقع مانع للواقف من موت أو إفلاس أو مرض قبل أن يتم الحوز بطل الوقف¹.

ب- الموقوف في القانون: جاء في المادة 11 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة، ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة)، ونصت المادة 216 من ق أ: (يجب أن يكون المال المحبس مملوكًا للواقف معينًا خاليا من النزاع ولو كان مشاعًا)، فيشترط في محل الوقف أي الموقوف أن يكون مالا متقوما وهو ما أمكن حيازته والانتفاع به أو بريعه شرعا، فأجاز المشرع أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة كما يذهب إليه المالكية، كما يشترط أن يكون معلوما وقت الوقف علما نافيا للجهالة وخاليا من النزاع، وأن يكون مشروعًا أي غير محرم فكل ما كان محرما شرعا لا يجوز وقفه كوقف محال بيع الخمر والقمار، لأن الوقف يقصد به التبرع والتقرب إلى الله تعالى، كما أجاز المشرع وقف المشاع، إلا أنه في هذه الحالة تتعين القسمة، وعليه إذا كان المال المشاع غير قابل للقسمة لا يجوز وقفه كما لو كانت سيارة أو محل تجاري².

الركن الرابع- الصيغة:

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

وتكون الصيغة باللفظ الصريح: وقفت وسبلت وحبست، وتفيد التأيد عند الإطلاق، فإن قيد اللفظ بشخص فهي صدقة من الصدقات، وإن قيدت بزمان كالشهر والسنة رجع الحبس بعد انقضاء المدة إلى الواقف أو ورثته³.

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

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص124.

² - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص237.

³ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص103.

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

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

ولا يشترط فيه التأييد بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا له أو لغيره، ولا يشترط فيه تعيين المصرف في محل صرفه فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى، من غير تعيين من يصرف له، وصرف فيما يصرف له في غالب عرفهم فإن لم يكن غالب في عرفهم فيصرف على الفقراء، وهذا إذا لم يختص الموقوف بجماعة معينة، وإلا صرف لهم ككتب العلم¹.

ب- الصيغة في القانون: نصت المادة 12 من القانون 91-10 المتعلق 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 تماشيا مع أحكام القانون المدني في المادة 60 منه: (يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا)، غير أنه لا يعتد بصيغة الوقف إلا إذا كانت تدل دلالة واضحة على أن صاحبها أراد إنشاء الوقف، ولهذا يشترط فيها أن تكون تامة ومنجزة وأن لا تقترن بما يدل على التأقيت وأن لا تقترن بشرط باطل، جاء في المادة 28 من القانون المتعلق بالأوقاف: (يطل الوقف إذا كان محددًا بزمان) على خلاف ما يذهب إليه المالكية، والمادة 29 منه أيضا: (لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)، وهو ما نصت عليه المادة 218 من ق أ².

خامسا- أحكام الوقف: نذكر منها ما يلي:

1- اشتراطات الواقف:

أ- في الفقه الإسلامي: يجب تنفيذ الشروط التي اشترطها الواقف، فشرط الواقف كنص الشارع، ومثل المالكية للشرط الجائر كتخصيص أهل مذهب من المذاهب الأربعة بصرف الغلة لهم أو بتدريس في

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص 125.

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

مدرسته، أو بكونه إماما في مسجده، أو تخصيص ناظر معين بأن شرط الواقف أن فلانا ناظر وقفه، فيجب اتباع شرطه ولا يجوز العدول عنه لغيره¹.

فإن اشترط شرطا يؤدي إلى حرام يلغى شرطه، ولا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)²؛ ولا ينفذ شرط الواقف أيضا إذا كان يؤدي إلى تعطيل الوقف بحيث لا ينتفع به، كأن يشترط ألا تخرج الكتب من خزائنها فلا ينفذ هذا الشرط، وتخرج الكتب بحيث ينتفع بها عملا بقصد الواقف عند تعذر تنفيذ مدلول لفظه.

ب- 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 ومقتضيات الوقف شرعا وإلا بطل الشرط وبقي الوقف)، كما أجاز المشرع في المادتين 15 و16 من قانون الأوقاف للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد؛ ويجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف إذا كان منافيا لحكم الوقف وهو اللزوم إذ يبطل البند المنصوص في العقد القاضي بجواز رجوع الواقف في وقفه؛ أو كان ضارا بمحل الوقف أو ضارا بمصلحة الموقوف عليه³.

2- بيع الوقف:

أ- في الفقه الإسلامي: يختلف حكم بيع الوقف بين أن يكون عقارا أو غيره:

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

وإذا بيع الحبس في حالة من هذه الحالات يشتري بثمنه عقارا آخر يجعل حبسا مكان الأول حفاظا على بقاء الحبس ودوام نفعه ما أمكن.

¹ - الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص117.

² - أخرجه الترمذي (1352) واللفظ له، وابن ماجه (2353).

³ - عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص232.

ولا يجوز بيع عقار الحبس في غير الحالات الثلاث ولو خرب، لأنه قد يوجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان. وروي عن الإمام مالك جواز بيعه إذا خرب ولم تمكن عمارته إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة، ويجعل ثمنه في وقف مثله وهو ما أفتى به المتأخرون من فقهاء المالكية، وذلك بالشروط الآتية: ألا تكون له غلة يصلح بها، وألا ترجى عودته إلى حالته بإصلاح أو غيره، وألا يوجد من يتطوع بإصلاحه¹.

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

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 يلي: (لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل 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 بنفع فقط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه.

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

3- إثبات الوقف:

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

¹ - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص418.

ب- في القانون: نص المشرع على ما يثبت به الوقف في المادة 217 من ق أ: (يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون)، وعليه يثبت الوقف: بتصريح من الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فيثبت الوقف بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية¹.

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

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

4- مبطلات الوقف:

أ- في الفقه الإسلامي: عند المالكية هي²:

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

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

- 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 أكلا لما) (الفجر، 19)، وهي الرواية المعمول بها في المذهب. فمن حبس أملاكه على بنيه دون بناته، أو جعل لهن الحق ابتداء لكن شرط من تزوجت منهن خرجت بطل الحبس كله، ولا يجوز للذكور الاختصاص به، لأن حرمان البنات من عمل الجاهلية.

¹ - حمدي باشا، المرجع السابق، ص101.

² - ينظر: الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص107؛ والحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص409.

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

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

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

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

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

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

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 محددًا بزمان، وهذا على خلاف ما ذهب إليه المالكية الذين يقولون بجواز تأقيت
الوقف.

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

- إذا كان الواقف مستغرق الذمة، بدين يستغرق أملاكه، 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 مالا وأودعه إياه: دفعه إليه ليكون عنده وديعة. وأودعه: قبل منه الوديعة¹.

ب- اصطلاحاً: بالمعنى الاسمي هي: (مال وكل على حفظه)، وأما بالمعنى المصدرى فقال خليل: (الإيداع توكيل بحفظ مال)²، وقال ابن عرفة: (نقل مجرد حفظ ملك ينقل)³، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج وضع الأب ولده عند من يحفظه لانتفاء لوازم الوديعة من الضمان، وخرج الإيصاء والتوكيل لأن الوصي والوكيل ليس لهما مجرد حفظ المال بل لهما مع الحفاظ النظر والتصرف فيه، وخرج بقوله مجرد حفظ: الإجارة على حراسة المال، وقوله ينقل تقتضي إخراج الربع ونحوه من أنواع العقار التي لم تقبل النقل حساً، مع أن ظاهر المدونة أن الإيداع لا يتقيد بما ينقل حساً، فيكون الإيداع فيه ليحفظه المودع ممن يتصور عليه.

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

ثانياً- خصائص الوديعة: يخلص من التعريف المتقدم أن لعقد الوديعة خصائص نجملها فيما يأتي⁴:

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

2- الوديعة من عقود التبرع: وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر. والوديعة غير المجورة، كالعارية، من عقود التفضل (actes de bienfaisance) لا من الهبات (Libéralités). وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة، فهي أيضاً كالوكالة المجورة ليست من عقود المضاربة، وهذا ما يميز بينها وبين المقاوله 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 بتسليم الشيء المودع وبحفظه وبرده. ولكن يقع أن تكون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر، كما يقع أن يترتب في ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض وسنرى أن هذا التزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففي هذه الأحوال تكون الوديعة عقدا ملزما 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 يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرا 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 التزاما أساسيا بحفظ الشيء المودع: فلا وديعة إذا لم يكن هناك التزام عقدي بالحفظ. فإذا ترك الشيء صاحبه عند آخر، دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو ضمنا بحفظه، لم يكن هناك عقد وديعة. 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 وديعة؛ إلا إذا تبين من الظروف أن المودع لديه قصد أن يلتزم بحفظ الشيء المودع، كأن خصص مكانا لحرز هذه الأشياء، أو وكل إلى مستخدم تسلمها وإعطاء صاحبها ورقة تحمل رقما (ticket) ليستردها بها، أو أعد مرأبا لحفظ السيارات والدراجات.

وليس يكفي أن يلتزم المعير بحفظ الشيء المعار، والمقاول بحفظ المادة التي قدمها رب العمل، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التي يعهد بها إليه، والمرتهن يلتزم بحفظ المال المرهون، ولا يعتبر أي عقد من هذه العقود وديعة؛ وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات. أما الائجار والعارية فالغرض الأساسي منهما هو الانتفاع بالشيء، والمقاول 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 تبعا للغرض الأساسي وبصفة غير أصلية.

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

- **الكتاب:** قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون) [الأنفال: 27]. وقال: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) [النساء: 58]. وقال: (إن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه) [البقرة: 283] وقال: (ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما) [آل عمران: 75].

- **السنة:** قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»²، وأداء الأمانات من علامات الإيمان وعمل المؤمنين، والخيانة من علامة النفاق وعمل الفساق؛ قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)³. وقال - صلى الله عليه وسلم - : (اكفلوا لي ست خصال أكفل لكم الجنة: إذا حدث أحدكم فلا يكذب، وإذا وعد فلا يخلف، وإذا أؤتمن فلا يخن، غضوا أبصاركم، وكفوا أيديكم، واحفظوا فروجكم)⁴.

- **الإجماع:** أجمعت الأمة على مشروعية الإيداع وجوازه.

وقد يعرض لها الوجوب كخائف فقدها الموجب لهلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، والحرمة كإيداع الغاصب الشيء المغصوب عند من لا يقدر على جردها ليردها لربها أو للفقراء إن كان المودع (بالكسر) مستغرق الذمة، لأن عياضا ذكر أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه بضمها للفقراء، وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق، وكراهتها حيث يخشى ما يجرمها دون تحقق.

والمودع قد يجب 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 والتفريط، أو كان صاحبها مستغرق الذمة بالمال الحرام⁵.

رابعا - أركان عقد الوديعة: أربعة وهي:

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

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

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، ج4، ص18.

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 يودعان ولا يستودعان، لكن إن أودعا شيئاً وجب على الرشد حفظه، وإن أودع عندهما فأتلفا أو فرطاً لم يضمن، 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 الإدارة لا من أعمال التصرف. فلا تشترط فيه أهلية التصرف، وتكفي أهلية الإدارة؛ 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 الإدارة كما سبق القول، فيدخل في ولاية النائب عن المحجور عليه. وإذا أودع الصبي المميز غير المأذون له في إدارة ماله، كانت الوديعة قابلة للإبطال، وجاز لوليّه، أو له عند بلوغه سن الرشد، أن يطلب إبطال الوديعة.

أما المودع لديه، حتى لو كان يأخذ أجراً، فإنه يلتزم بحفظ الشيء وبرده، وقد يجز عليه الالتزام بالحفظ مسئوليات 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 لهم في الإدارة، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال. ويستطيع الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، أو وليّه قبل ذلك، أن يطلب إبطال الوديعة، فيتحلل من التزاماته، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب فإذا أضع الشيء المودع، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر، أو أتلفه الغير، لم يكن مسئولاً عن رده سليماً إلى المودع، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع. وهذا ما لم يكن المودع لديه قد ارتكب خطأً تقصيرياً، فإنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن التعويض الكامل، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملاً بخطأه التقصيري.

والذي يملك أن يودع الشيء هو في الأصل مالكة، فيجوز للمالك أن يودع ملكه، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن المالك. وكذا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً؛ ولكل من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء أن يودعه ولو لم يكن مالكا له، فيجوز للإيداع من صاحب المنفعة، ومن المستأجر، ومن المستعير، ومن المرتهن رهن حيازة، وهؤلاء 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

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص252.

المودع ما لم يكن مضطرا 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، ولهذا له أن يسترد الشيء المسروق من المودع لديه¹.

الركن الثالث - الشيء المودع:

أ- في الفقه الإسلامي: وهو كل ما يحتاج إلى من يحفظه ولو عقارا².

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 موجودا، فلو كان الشيء الذي يراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة.

- أن يكون معينا تعيينا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة أو قابلا 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 شيئا 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 مأذونا له في استعماله، فلا يردّه بالذات ولكن يرد مثله، وهذه هي الوديعة الناقصة وهي تعتبر قرضا حسب المادة 598: (إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في استعماله اعتبر العقد قرضا).

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

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

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

وغني عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تودع، فلا يودع الدائن حقه الثابت في ذمة مدينه، لأن هذا الحق يستعصي بطبيعته على الإيداع، ولكن يجوز إيداع الأسهم والسندات والأوراق المالية، وكذلك يجوز إيداع سندات الحقوق المعنوية كسندات 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 ركنًا، ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة في هذا الصدد، ومن ثم تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد. فإذا أعطى شخص شيئًا 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 شيئًا لآخر وقصد أن يكون هبة، وقبله الآخر على أنه وديعة، لم يكن هناك لا هبة ولا وديعة، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ماهية العقد².

خامسا- 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 ربها 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 كراهية استعمالها، فلا يجوز له ذلك، لعدم طيب نفسه، فإن أشكلت معرفة كراهة صاحبها من عدمها كره له استعمالها تنزهًا واحتياطًا.

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

² - السنهوري، 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 المثليات كالنقود، إلا إذا كان المودع فقيراً معدماً، 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 المثليات لأن المال لا يحل إلا بطيب نفس صاحبه والإذن أو المنع قد يكون بصريح 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 المثليات كالنقود جاز 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 انجر فيها بوجه جائز مأذون فيه أو كان متعدياً، لأنه في حالة التعدي، هو ضامن إذا ضاع المال أو خسرت تجارته، والقاعدة أن الخراج بالضمنان، ومن عليه الغرم له الغنم.

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

ب- في القانون: تنص الفقرة 2 من المادة 719 من ق م ع 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 مديني فرنسي، أن يكشف عنها ليعرف ما هي إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مقفل أو في غلاف مختوم؛ ويتصل هذا الالتزام السليبي اتصالاً وثيقاً بالالتزام المودع عنده بحفظ الشيء، إذا الغرض من الوديعة هو كما قدمنا حفظ الشيء لا استعماله. وإذا كان الشيء المودع ينتج 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، ويبقى 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، ج4، ص30.

الاستعمال غرضاً أساسياً لم يكن العقد وديعة، بل كان عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك، وقرضاً 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 غلى آخر حتى تستمر في السير؛ وكذلك إذا أودع شخص كتباً عند آخر، فلا مانع من أن يقرأ المودع لديه في هذه الكتب بشرط ألا يترك فيها أثراً من القراءة، وهذا ما لم ينه 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 مسئولاً عن ذلك مسئولية مدنية، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبديد 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 بتفريط صبي ولا سفيه، لعدم صحة وكالتهم. فمن استودع واحداً منهم فهو المفرط في ماله، وإن أذن أهله: أي ولي الصبي والسفيه فلا ضمان، إلا فيما يصون به ماله وهو مليء¹.

أما ما يضمن فهو المثل إن كانت مثلية، والقيمة إن كانت مقومة، والضمان لها في ذمة الحر الرشيد، وأما لو كان المودع صبياً أو سفيهاً فلا ضمان عليه لأن صاحبها هو المسلط لهما عليها ولو كان قبولهما بإذن وليهما، اللهم أن يصونا بما مالهما فيضمنان الأقل من قيمتهما ومما صوناه لا إن تلف ما صوناه واستفاداً غيره.

ب- في القانون: لما كانت الوديعة لا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع لديه، بل يبقى المودع مالكا للشيء ويسترده عينا 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 مسئولاً عن الهلاك.

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 المعتاد)، 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 المعتاد، لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد. فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسئولاً عن عناية الشخصية، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسئولاً عن عناية الشخص المعتاد. والسبب في ذلك أن المودع لديه غير مأجور فيكون متفضلاً، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتاد، كما لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عناية الشخصية، فلا يكون مسئولاً إذا إلا عن أدنى العنايتين.

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

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع لديه مسئولاً إذا وضع المجوهرات المودعة في خزانة غير مقفلة فسرقت، أو وضع القطن المودع بجوار مواد ملتهبة فاحترق، وذلك سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة. فإنه يصعب تصور أن يصل المودع لديه في نزول عناية الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد إذا كانت الوديعة غير مأجورة، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبذل عناية الشخص المعتاد 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 مسئولاً إذا كانت الوديعة بأجر، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها أو أنها كانت ماله الخاص. أما إذا كانت الوديعة بغير أجر، وأثبت ذلك، فإنه لا يكون مسئولاً.

3- انتهاء الوديعة:

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

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

- موت أحد العاقلين (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 ضامناً لها.

- زوال أهلية أحدهما للتصرف بجنون 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 فينفسخ 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 مضموناً 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 بتسليم 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 ضمناً، 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 يلحظ فيها شخص المودع لديه، إذ يكون محل ثقة المودع، وجب أن ينحل العقد بموت المودع لديه، إلا إذا اتفق على غير ذلك. ومتى انحل العقد، استقرت في تركة المودع لديه الالتزامات التي ترتبت عليه إلى وقت انحلاله، فتبقى التركة مثقلة بها، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة.

وإذا مات المودع وكانت الوديعة في مصلحته، جاز لورثته الرجوع في الوديعة في أي وقت، لا لموت المودع، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع في الوديعة لو كان حياً 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 بإرداته المنفردة مادامت لمصلحته¹.

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص750.

المحاضرة السادسة

العارية

أولاً- تعريف العارية:

أ- في اللغة: وهي مأخوذة من التعاور: بمعنى التداول، أو من العرو بمعنى الإصابة والعروض، 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 تمليك منفعة المال دون عوض، بينما يعرفها الشافعية والحنابلة بأنها إباحة بعض منافع المال كالعادة للركوب والثوب للباس والفأس للقطع والقدر للطبخ والإبرة للخياطة وما إلى ذلك.

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

وحقيقة العارية الشرعية عند المالكية كما قال ابن عرفة: (تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض)³، فيخرج تمليك الذات وتمليك الانتفاع، لأن العارية فيها تمليك المنفعة وهو أخص من الانتفاع، وقوله: مؤقتة حقيقة أو حكما لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج الحبس فإن الغالب فيه التأيد، وليس المقصود اشتراط التأقيت لفظا فيها بل المعنى أنها مؤقتة لفظا أو عادة حقيقية أو حكما، فلو قال أعزتك هذا الشيء ولم يؤقت أجلا لزم الوقت المعتاد في إعارة مثله؛ وقوله لا بعوض لإخراج الإجارة والكراء ففيهما تمليك 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، ج4، ص618.

² - التجكاني، المرجع السابق، ص45.

³ - الرصاع، المرجع السابق، ص345.

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: ويتضح 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 المعار إلى المستعير، فالتسليم ليس ركناً بل مجرد التزام في ذمة المعير ينشأ بعد أن تنعقد العارية.

وبما أن عقد العارية عقد رضائي فلا يشترط إخضاعه لشكلية معينة، يمكن إبرامه مشافهة أو كتابة، ولا مانع من أن يبرم بشكل رسمي إذا اتفق الطرفان على ذلك كتحرير العقد من طرف الموثق. 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 تثبت العارية، حتى لا يصطدم بدعوى المستعير من أن الشيء قد سلم له على سبيل الهبة اليدوية، والظاهر يؤيده في ذلك لأنه حائز للشيء، كذلك من المهم أن يكون في يد المستعير كتابة تثبت العارية، حتى يدفع دعوى المعير في المطالبة بأجرة أو بتعويض عن الانتفاع بالشيء إذا ادعى هذا الأخير أن العقد إيجار أو أنكر أن هناك عقد عارية³.

2- ملزم للجانبين: فالمعير يلتزم بتسليم الشيء المعار للمستعير، وكذلك المستعير يلتزم باستعمال الشيء المعار في الغرض المعد له والمحافظة عليه ورده عند انتهاء العارية، فإذا أخل المستعير بهذا الالتزام وقصر في المحافظة على الشيء المعار جاز للمعير أن يتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد واسترداد ما أعاره قبل انتهاء العارية⁴.

3- أنه من عقود التبرع: حيث نصت المادة 538 من ق م ج بأن المستعير يستعمل الشيء المعار: (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 المعار، وتبرع بالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل هذا الاستعمال.

¹ - السنهاوري، المرجع السابق، ج6، ص1508.

² - ريم لعور رفيعة، آثار عارية الاستعمال، ص3.

³ - السنهاوري، المرجع السابق، ج6، ص1508.

⁴ - السنهاوري، المرجع نفسه، ج6، ص1509.

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

ثالثاً - حكمها:

وهو النذب هذا حكمها الأصلي لأنها إحسان، وتتأكد في الأقارب والجيران والأصحاب، وقد يعرض لها الوجوب أو الحرمة أو الكراهة، فالوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه وطلبه من يخشى عليه الهلال بتركه، ككسءاء في زمن شدة برد، والحرمة إذا كانت تعين على معصية، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروه، والإباحة إذا أعان بها غنياً¹.

ودل على مشروعيتها الكتاب والسنة وإجماع الأمة:

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

- السنة: فما رواه أنس بن مالك أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعار فرساً 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 مقضي والزعيم غارم»⁴، والمنحة الشاة أو نحوها تعار لأخذ لبنها.

- الإجماع: نقل العلماء ذلك قال ابن قدامة: (وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبها 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 بدوره قد يكون مما يغاب كالجواهر والملايسويمكن إخفاؤه وقد يكون مما لا يغاب

¹ - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج6، ص106.

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

³ - رواه أبو داود (3562).

⁴ - أخرجه أبو داود (3565)، وأحمد (22294) باختلاف يسير، والترمذي (2120) واللفظ له، وابن ماجه (2713) مختصراً.

⁵ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص163.

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

1- **إعارة الماعون:** الماعون لغة اسم جامع لمنافع البيت كالقدر والدلو والقصعة والفأس ونحوها مما جرت العادة بإعارته، 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 (الإفكار):** الظهر اسم لما يركب أو يركب عليه من الدواب كالفرس والجمال والبغل والحمار، ويعبر عن هذا بالإفكار 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 يمينا وشمالا 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 فليعد على من زاد له قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أن لا حق لأحد منا في فضل)².

3- **إعارة الفحل (الإطراق - الإحبال):** الفحل هو الحيوان الذكر المستعمل لإحبال المواشي الإناث في موسم الضراب قصد الحصول على الإنسال وتنمية الثروة الحيوانية، فقد سئل الرسول صلى الله عليه وسلم: ما حق الإبل؟ فقال: (تعطى الكريمة وتمنح الغزيرة ونفقر الظهر وتطرق الفحل وتسقى اللبن)³، ويقاس على الإبل ما سواه من المواشي.

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 عنزة أو شاة أو بقرة أو ناقة حلوبا لشخص آخر يستدر لبنها مادام بها حليب، فإذا انتهى الحليب رد المستفيد الحيوان إلى مالكه، قال صلى الله عليه وسلم مرغبا في المنحة: (أربعون

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

² - رواه مسلم (1728).

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

⁴ - رواه البخاري (2463).

خصلة أعلاهن منيحة العنز ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعدها إلا أدخله الله الجنة¹، وقال أيضا: (نعم المنحة اللقحة الصفي منحة والشاة الصفي تغدو بإناء وتروح بإناء)².

6- العرية والإمتاع: العرية 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 خيبر سنة 7هـ فيستعمل مصطلح العرية لإعارة أشجار النخل، ويستعمل مصطلح الإمتاع لإعارة باقي أنواع الأشجار المثمرة.

7- إعارة الأرض الزراعية: من طرق استغلال الأرض أن تعار لمن لا أرض لهيحرثها ويستفيد من غليتها ثم يردّها للمالك 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- العمرى: وهي أن يقول مالك المال للموهوب له: هذا المال لك عمرك أي مدة حياتك، وهي تبرع بالمنفعة مع بقاء الرقبة لصاحبها، قال أبو أيوب الأنصاري: (جعل الأنصار يعمرّون المهاجرين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أمسكوا عليكم أموالكم لا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه)⁴.

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

وسياقي تفصيل بعض أحكامها في آخر أحكام العارية.

خامسا - أركانها: أربعة هي:

لركن 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 يعير 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، ج2، ص756.

التبرعات؛ كما يشترط أن يكون مالكا للمنفعة التي يريد الإعانة بها، فتجوز الإعارة ممن يملك المنفعة وحدها كالمستأجر والمستعير، إن لم يحجر المعير عليه ولو بلسان الحال، كأنه يفهم منه أن لا يسمح بإعارتها لغير هذا المستعير؛ بينما لا تجوز إعارة مالك الانتفاع فمن يستفيد بحق سكنى مثلا لشخصه أو لصفته كطالب لا يجوز له إعارة محل هذا الحق لأن حق الانتفاع حق شخصي لا يقبل الانتقال¹.

ب- في القانون: الذي يملك أن يعير هو من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء المعار؛ فيجوز للمالك أن يعير ملكه، وكذلك يجوز للنائب عن المالك، وكذا كان أو وليا أو وصيا أو قيما. ويجوز لصاحب حق الانتفاع أن يعير الشيء الذي تقرر له عليه هذا الحق. وكذلك تجوز الإجارة من المستأجر، ومن المرتحن رهن حيازة، ولهؤلاء جميعاً أن يعيروا الشيء حتى للمالك نفسه، أما المستعير فلا تجوز منه الإعارة من الباطن إلا بإذن المعير. ويجوز لمن لا يملك الشيء وليس له حق التصرف في الانتفاع أن يعيره، ولكن العارية لا تنفذ في حق المالك الحقيقي، ومن ثم يجوز للسارق أن يعير الشيء المسروق، وتكون العارية ملزمة له، ولكنها لا تنفذ في حق المسروق منه².

أما بالنسبة لأهلية المعير، 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 الإدارة، وينبغي على ذلك أن الأهلية الواجب توافرها في المعير يكفي أن تكون أهلية الإدارة؛ فتجوز 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 صبيا مميزا أو محجورا عليه للغفلة أو السفه³.

الركن الثاني - المستعير:

أ- في الفقه الإسلامي: شرطه أن يكون أهلا للتبرع عليه فلا تصح الإعارة للدواب والجمادات ولا للصبي والمجنون؛ وأن يكون ممن يجوز شرعا انتفاعه بالعارية، فلا تصح إعارة المصحف للكافر، أو إعارة سلاح لعدو، ولا تجوز إعارة الصيد لحرم لأنه لا يجوز له إمساكه.

ب- في القانون: ولما كانت العارية عقداً نافعاً نفعاً محضاً للمستعير، فيكفي أن تتوافر فيه أهلية التعاقد دون أهلية الإدارة؛ ومن ثم يجوز للصبي المميز أن يستعير، حتى لو لم يكن مأذوناً له في الإدارة. وقد نصت المادة 83 من ق أ 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 لجنون أو عته أو سفه فتصرفاته

¹ - التجكاني، ص150.

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

³ - السنهوري، 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 السفه).

لركن الثالث- الشيء المعار: 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 يعاران لأنهما يستهلكان عند الانتفاع بهما وإنما يقرضان، وأن تكون منفعته مباحة للمستعير، فلا تعار الزوجة للاستمتاع بها، ولا تجوز إعارة الأبوين لولدهما.

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

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

- أن يكون الشيء المعار معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً للتعيين.

- أن يكون غير مخالف للنظام العام ولا للآداب، وإذا كان الشيء غير قابل للتعامل فيه بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، لم تجز إعارته؛ والمقصود هنا أن تكون القابلية للتعامل متعلقة بالانتفاع بالشيء لا متعلقة بملكيته، وينبغي 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 يردّه 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 يردّه إليه المقرض عند نهاية القرض في النوع والقدر والصفة).

وعليه فإن أي شيء توافرت فيه هذه الشروط توافرت فيه الشروط تجوز إعارته، ويستوي في ذلك المنقول والعقار. فتجوز إعارة المنقول، وهذا هو الغالب، فكثيراً ما تعار 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 والمجلات.

¹ - السنهوري، المرجع السابق، ج6، م2، ص1500.

ولا يوجد ما يمنع من إعاره العقار، وإن كان هذا لا يقع كثيرا، فتجوز إعاره قاعة لإلقاء محاضرة فيها أو لعقد اجتماع، كما تجوز إعاره مخزن أو مرآب لاستعماله في تخزين الأشياء أو في إيداع السيارات، بل تجوز إعاره دار للسكنى 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 معروف وهو يلزم بالقول وإن لم تقيد بزمن، فاللازم ما تعار لمثله، قال خليل: ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتادة.

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

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

ولا توجد أحكام خاصة بعقد العارية في هذا الصدد، ومن ثم تنطبق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد، فإذا أعطي شخص آخر شيئا وقصد أن يكون عارية، واعتقد الآخر أنه هبة، لم يتوافق الإيجاب والقبول، فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية، وتسري الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده لأهليته، والتعاقد ما بين الغائبين، والنيابة في التعاقد، وغير ذلك من الأحكام¹.

سادسا: أقسام العارية:

للعارية قسمان رئيسيان باعتبار إطلاقها وتقييدها، 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، وعقدتها على هذه الصورة جائز اتفاقا. ومثالها من يعير 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 يمنع من تجاوزه أيضاً.

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

ب- العارية المقيدة: وهي العارية التي يقيد بها العاقدان؛ 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 فقط، فهذا قيد مفرد، ولكن قد قيد في الأوجه الثلاث، أو في وجهين دون الآخر، وعليه للعارية المقيد 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 المعير على المستعير استعمال العارية على وجه محدد وكيفية معينة، فلا يجوز تجاوزه ما حدده وعينه، ولكن إذا استعمل العارية في وجه تتأثر به تأثيراً 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 يعير أرضه لغيره ليغرس فيها أو يبني، فللمستعير أن يزرع فيها ما يشاء؛ لأن ضرر الزرع دون ضرر الغراس والبناء، وإن أعارها 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 أعار أرضه على أن تزرع زرعاً معيناً ومحصولاً محدداً، فالواجب التقيد بذلك، ويجوز للمستعير أن يزرع محصولاً أقل ضرراً وتأثيراً في الأرض مما حدد له، وكذا لو أعارها على أن يغرسها المستعير أو يبنيها، فليس له أن يجمع بينهما؛ لأن ضررها 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، فيلزمه ردها بحلوله، كما يصح أن تكون المدة مجهولة: محددة، وحالتئذ تترك العارية للمستعير مدة ينتفع مثلها عادة.

وإذا قيدت العارية بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت، قال الزيلعي: "وإن كانت مقيدة بوقت تقيدت 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 المعير المستعير في استعماله العارية محدود مكانية لا يجوز له تجاوزها، كأن يعير شخص آخر سيارته -مثلاً- ويشترط 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 العارية فيما يخص حدود الانتفاع الى عارية مطلقة، وإلى عارية مقيدة¹:

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

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

¹ - التجكاني، المرجع السابق، ص54.

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

فإذا تجاوز المستعير في انتفاعه حدود الاتفاق، أو حدود العرف، أو حدود طبيعة الشيء المعار، كأن يستعير سيارة صغيرة للركوب، فيستعملها لنقل الحجارة، أو كأن يعيره فرسا للركوب، فيستعمله في الحرث مثلا، فيكون المستعير مسؤولا عن العطب أو نقص القيمة، الذي قد يصيب موضوع العارية، ويصبح العقد نفسه معرضا لاحتمال عدم الاستمرار.

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

فيكون للمستعير حق استعمال الشيء المعار إلى أن ينتهي أجل العارية، وهذا هو الغرض الأساسي الذي قصد إليه من العقد، على أنه يتقيد في استعمال الشيء المعار بالوجه المعين وبالقدر المحدد. ويتبين ذلك أولا من الرجوع إلى العقد، فإذا لم يبين العقد كيفية الاستعمال، وجب الرجوع إلى طبيعة الشيء، فسيارة الركوب لا تستعمل للنقل، والمرأب لا يستعمل مخزنا، والأواني المنزلية لا تستعمل إلا للأغراض التي أعدت لها بطبيعتها. وقد يعين العرف كيفية الاستعمال ووقته ومكانه، ويقع ذلك في إعارة الآلات الزراعية والآلات الميكانيكية والمجوهرات والمصاغ وغيرها من الأشياء الثمينة².

وما دام المستعير لم يخرج في استعمال العارية عن الوجه المعين وبالقدر المحدد على النحو الذي أسلفناه، فإنه لا يكون مسؤولا عما يلحق بالشيء المعار 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 تبرعا...)، فلما كانت العارية تراعى فيها عادة شخصية المستعير إذ هي تتمحض تبرعا له، فلا يجوز للمستعير، دون إذن المعير، أن يؤجر الشيء المعار أو يرهنه أو يعيره أو ينزل عن استعماله لشخص آخر بأي حال، فإذا فعل، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض.

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص270.

² - السنهوري، المرجع السابق، ج6، ص1535.

2- ضمان العارية:

أ- في الفقه الإسلامي: يرى المالكية أن يد المستعير يد أمانة، وأن المعير يتحمل الضمان، وذلك أن الشيء المعار هو أمانة بيد المستعير لم يضع يده عليه إلا بإذن من مالكة، فيد المستعير في ذلك مثل يد المرتهن 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 إخفاؤه كالحلي والكتاب والثياب، وادعى تلف أو ضياع شيء من ذلك فإنه يضمنه، إلا أن تشهد له بينة على ما يدعيه من تلف أو ضياع وأنه كان بقوة قاهرة تخرج عن إرادته واستطاعته فلا ضمان عليه. قال خليل: (وضمن المغيب عليه إلا لبينة)¹.

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

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

أما إذا كان موضوع العارية مما لا يمكن إخفاؤه كالحيوان والدور، ولم يتعد المستعير في الاستعمال، ولم يصدر منه إهمال، فلا ضمان على المستعير ويكون الضمان على المعير نفسه، ولو شرط المعير على المستعير الضمان، قال الإمام مالك فيما تلف من عارية الحيوان: (الأمر عندنا أن لا ضمان على الذي استعارها فيما أصابها 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 ضياعا لا يقدر معه على ردها 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 المعير والمستعير: لما كانت العارية لا تنقل ملكية الشيء المعار إلى المستعير، بل يستبقي المعير ملكية الشيء ويسترده عينا عند انتهاء العارية، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أو بعده بسبب أجنبي، كان هلاكه على المالك أي على المعير، وإذا هلك الشيء المعار بخطأ من المستعير، كان هذا مسئولا عن الهلاك.

¹ - الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص269.

² - سحنون، المدونة، ج4، ص448.

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 عناية الرجل المعتاد. وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه).

وقد أخذ القانون بالنظرية الحديثة، وهي التي تقسم الالتزام إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية¹، ونص القانون في العارية على عناية الرجل المعتاد دون أن ينزل عن عنايته بماله لأن المستعير متبرع له.

ومن ثم يكون المستعير مسئولا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعييه، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه العناية المطلوبة منه: عناية الرجل المعتاد أو عنايته هو في المحافظة على ماله. فإذا أساء استعمال الشيء المعار، 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 تقصيرا من جانبه يستوجب مسئوليته عن تعويض التلف.

2- حالة القوة القاهرة: المستعير لا يكون مسئولا 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 مسئولا. وهذه هي القاعدة العامة في العارية وفي سائر العقود. إلا أن القانون قد أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسئولية المستعير لأن العارية متمحضة تبرعا له، فنص في الفقرة الثانية من المادة 544 من ق م ج: (وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه)، فالقانون لا يكتفي في حالة القوة القاهرة والحادث المفاجئ باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية في حفظ ماله، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال المعير على إنقاذ مال نفسه².

فلو استعار شخص مظلة من صديق له لرحلة في يوم عاصف بعد أن تفقد مظلته فلم يجدها، ثم وجدها قبل الخروج للرحلة، ولكنه أثر الخروج بالمظلة التي استعارها، فاقتلعتها عاصفة وأتلفتها، كان

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

² - السنهاوري، المرجع السابق، ج6، م2، ص1546.

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

ولو استعار شخص عينا وحملها معه في البحر فأوشكت السفينة على الغرق، فركب زورق النجاة ولم يكن يستطيع أن يأخذ معه في الزورق إلا العين التي استعارها أو عينا أخرى يملكها، فأخذ العين التي يملكها، فإنه يكون أيضاً مسئولاً، لأنه كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار، فاختار أن ينقذ 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 المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب نزع اليد. ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك)، فالعارية عقد تبرع، والمفروض أن المعير إنما التزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار لا بتمكينه من هذا الانتفاع، وهذا بخلاف الإيجار إذ العقد معاوضة فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. والعارية في ذلك كالهبة، وكلاهما عقد تبرع. فإن الواهب لا يضمن الاستحقاق ولا العيوب الخفية، إلا إذا وجد اتفاق على الضمان أو تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب أو كانت الهبة بعوض.

على أن المعير يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية في حالتين طبقاً لنص المادة 541¹:

الأولى: إذا كان المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو تعمد إخفاء العيب، ولا يكفي في ذلك أن يقرر للمستعير أنه يملك حق التصرف في المنفعة أو أن الشيء غير معيب، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب، ويجب من جهة أخرى أن يكون المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق أو بالعيب الخفي، إذ لو علم بذلك وقبل العارية بالرغم من علمه، يكون قد نزل ضمناً عن حقه.

وعبء الإثبات يقع على المستعير، فعليه أن يثبت أن المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو تعمد إخفاء العيب، ومتى أثبت ذلك، رجع على المعير بالتعويض.

ولكن في ضمان العيوب الخفية لا يلزم المعير بتعويض المستعير إلا عن الضرر الذي يسببه العيب، فلا يعرض المستعير إذن عن العيب ذاته أي عن نقص الانتفاع بالعين بسبب العيب، وإنما يعرضه عما سببه العيب من الأضرار، كأن كان الشيء المعار حيواناً مصاباً بمرض معد خفي، فأعدى حيوانات المستعير، أو

¹ - سماحي، المرجع السابق، ص 217.

كان آلة ميكانيكية بها عيب خفي، فأتلقت مالا للمستعير بسبب هذا العيب، أو كان دارا انهدمت بسبب عيب خفي فيها، فألحق انهدامها ضررا 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 ضامنا، ويحدد شروط ضمانه، ومدى هذا الضمان، ومدى التعويض الاتفاق الذي تم بينه وبين المستعير، ويجب ألا يتوسع في تفسير هذا الاتفاق، والشك يفسر لمصلحة المعير، لا لأنه هو المدين بالضمان فحسب، بل أيضا لأن 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 أيضا 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 وباقي الأمانات، قال تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (النساء، 58)، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)²، ويقول أيضا: (أد الأمانة إلى من أئتمنتك، ولا تخن من خانك)، ويقول أيضا: (العارية مؤداة).

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

فالعارية عقد رضائي لا عيني، يكون التسليم التزاما في ذمة المعير لا ركنا في العقد، فالمادة 539 ساقطة 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 المعار تحت تصرف المستعير في الزمان والمكان المعينين؛ والالتزام الثاني التزام سلمي بترك الشيء للمستعير طول مدة العارية، ويقضي عليه هذا الالتزام ألا 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، ص224.

² - رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم.

³ - السنهوري، المرجع السابق، ج6، م2، ص1548.

وجاء في المادة 545 ق م: (متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك 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 المعار، فيجب عليه أن يرد الشيء ذاته، لا شيئاً غيره ولو كان أكبر قيمة، ويرد معه ملحقاته وتوابعه وزياداته، كما لو كان الشيء المعار ماشية، فيردها مع نتاجها، ومصروفات الرد تكون عليه، لأنه هو المدين بهذا الالتزام.

ويرد الشيء المعار 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 أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه، أو أثبت أن الهلاك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبي في غير الفرضين المعروفين، 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 أثبت 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 ج: (تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء الذي أعير من أجله. فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت، وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار 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 إنهاء 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 أعسر 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 - السنهاوري، المرجع السابق، ج 6، م 2، ص 1549.

² - التجكاني، المرجع السابق، ص 53.

6- أحكام العمرى: العمرى (بضم العين وسكون الميم) وهي بالقصر مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفاً لها، عرفها ابن عرفة بقوله: (هي تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاءً)، فيخرج إعطاء الذات، ويخرج بحياة المعطى الحبس والعارية، وأما تمليك المنفعة حياة المعطى بالكسر فهي عارية حقيقة، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز، ويخرج بقوله: بغير عوض الإجارة الفاسدة، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى¹.

وحكمها النذب كالهبة والصدقة وهي من الأركان كالهبة، وصيغتها أعمرتك وأسكنتك، لما في الصحيح من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: (العمرى جائزة)²، ومن حديث جابر: (قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالعمرى أنها لم وهبت له)³.
ويعد المالكية للعمرى ثلاث صيغ⁴:

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

الثانية: أن يقول المعمر (بالكسر): هذا المال لك، عمرى ولعقبك، فهذه العمرى يعود موضوعها للمالك أو لورثته عند انقراض عقب المعمر (بالفتح)، وفاء بالشرط، فالمسلمون على شروطهم كما يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-.

الثالثة: أن يقول: هذا المال عمري لك ما عشت، فإذا مت عاد إلي، فهذه يعود موضوع العمرى فيها إلى المالك عند وفاة المعمر (بالفتح) كذلك.

فمن أعمار رجلاً أو امرأة حياته داراً أو غيرها لينتفع بسكنائها مدة عمره صح ذلك، ورجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها، وكذلك إن أعمار عقبه فانقضوا، بخلاف الحبس فإن مات المعمر يومئذ كانت لورثته يوم موته ملكاً.

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 أعمارها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك.

¹ - النفراوي: المرجع السابق، ج2، ص162.

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

³ - البخاري (2625)

⁴ - التجكاني، المرجع السابق، ص65.

وموضوع العمري لدى المالكية هو الدور والحيوانات كالفرس والثياب والأفرشة مما يشمل العقارات والمنقولات بعامة، فقد جاء في المدونة: قلت: رأيت أن أعر 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 المتأخرين تصرفوا في طبيعة العمري، فجعلوها خاصة بالعقارات أو بالأصول أن استعملنا تعبيرهم كما تصرفوا في مداها الزمني فاذا كانت العمري في نصوص السنة تمتد بحياة الانسان كلها فإنها لدى المالكية المتأخرين تشمل الحق الذي يعطى مدى 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 وسننه 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 الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي 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 البابي 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 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

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

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

3- الكتب الفقهية والقانونية:

- أحمد سحنون، 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 وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 2009.
- أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط1، 1404هـ - 1984م
- أبو عبد الله محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ - 1992م.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، 2014.
- ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ - 1988م.
- ابن رشد الخفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ - 2004م.
- الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، سنة 1433هـ-2002م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.ت.
- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ترجمة فهمي الحسيني، بيروت: دار الجيل، 1991م.
- عمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث على المذهب المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، سنة 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، بدائع 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 والتنزيل في الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، سنة 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 الزرقاء، المدخل الفقهي 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، مطابع 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 نواصة، 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- مشروعيتهما:
13	رابعاً- حكمة تشريع الوصية:
14	خامساً- حكم الوصية:
15	سادساً- أركان الوصية:
23	سابعاً- أنواع الوصية:
23	ثامناً- التنزيل والوصية الواجبة:
25	تاسعاً- الأحكام العامة للوصية:
25	1- إثبات الوصية:
27	2- حدود الوصية:
28	3- الرجوع عن الوصية:
28	4- مبطلات الوصية:
29	5- العمل في حساب الوصية:
35	6- العمل في التنزيل:
57 – 39	المحاضرة الثالثة: الهبة
39	أولاً- تعريف الهبة:
40	ثانياً- مشروعية الهبة:

41	ثالثا- خصائص عقد الهبة:
42	رابعا- أركان الهبة وشروطها:
52	رابعا- أحكام الهبة:
52	1- الوعد بالهبة:
53	2- الرجوع في الهبة (اعتصار الهبة):
56	3- بطلان الهبة:
70 – 58	المحاضرة الرابعة: الوقف
58	أولا- تعريف الوقف:
59	ثانيا- مشروعية الوقف:
60	ثالثا- خصائص الوقف:
61	رابعا- أركان الوقف:
66	خامسا- أحكام الوقف:
66	1- اشتراطات الواقف:
66	2- بيع الوقف:
68	3- إثبات الوقف:
68	4- مبطلات الوقف:
80 – 71	المحاضرة الخامسة: الوديعة دون أجر
71	أولا- تعريف الوديعة:
71	ثانيا- خصائص الوديعة:
73	ثالثا- حكم الوديعة:
74	رابعا- أركان عقد الوديعة:
76	خامسا- أحكامها:
76	1- التصرف في الوديعة والانتفاع بها:
78	2- ضمان الوديعة:
79	3- انتهاء الوديعة:
98 – 81	المحاضرة السادسة: العارية
81	أولا- تعريف العارية:
82	ثانيا- خصائص عقد العارية:

83	ثالثا- حكمها:
83	رابعا- صورها:
85	خامسا- أركانها:
88	سادسا - أقسام العارية
90	سابعا- أحكامها:
90	1- الانتفاع بالعارية:
91	2- ضمان العارية
95	3- الرجوع في العارية وردّها
96	4- انتهاء العارية:
96	5- أحكام العمى:
99	قائمة المصادر والمراجع
102	فهرس الموضوعات