

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والاقتصاد

السنة الثالثة فقه وأصوله

بيداغوجية

مطبوعة

المواييث والتبرعات 2 السداسي السادس

إعداد الدكتور: كمال العرفي

السنة الجامعية

1443-1444 هـ / 2021-2022 م



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والاقتصاد

السنة الثالثة فقه وأصوله

مطبوعة بيداغوجية السداسي السادس:

المواريث والتبرعات 2

السداسي السادس

إعداد الدكتور: كمال العرفي

السنة الجامعية

1443-1444 هـ / 2021-2022 م

مطبوعة المواريث والتبرعات 2

السنة الثالثة فقه وأصوله
السداسي السادس
إعداد وتأليف : الدكتور كمال العرفي

مفردات المادة :

- (1) حل مسائل المناسخات
- (2) التخارج من التركة
- (3) ميراث المفقود
- (4) ميراث الحمل
- (5) ميراث الخنثى
- (6) التنزيل (الوصية الواجبة)
- (7) الوقف : تعريفه، أركانه ، دليل مشروعيته. ملكية الوقف وشرط الواقف . الوقف الذري .
- (8) الهبة : تعريفها. دليل مشروعيتها. أنواعها وشروطها. مبطلات الهبة. الاعتصار في الهبة.
- (9) الوصية : تعريفها، حكم الوصية، دليل مشروعيتها. مبطلات الوصية. كيفية تنفيذ الوصية.
- (10) الصدقة : تعريفها ، حكمها ، فضلها
- (11) أنواع التصدق
- (12) الاستحقاق في الصدقة

13) الكفالة : تعريفها ، حكمها ، مشروعيتها

14) أنواع الكفالة

15) تطبيقات الكفالة

حل مسائل المناسخات

المناسخة في الموارث، هي: " أن يموت بعض الورثة قبل قسمة التركة، فينتقل نصيبه إلى الورثة الآخرين، فإذا مات أحد الورثة قبل أن تقسم التركة، ويأخذ نصيبه منها، فإن سهامه تنتقل إلى ورثته "(1).

و " سميت مناسخة لأن المسألة الأولى انتسخت بالثانية، أو لأن المال ينتقل فيها من وارث إلى وارث "(2).

- صور المناسخة :

وللمناسخات ثلاث صور بالتتابع والاستقراء :

- الأولى : أن يكون ورثة الميت الثاني هم ورثة الميت الأول، كأولاد فيهم ذكر، وكالإخوة والأعمام، فتقسم التركة بين من بقي من الورثة قسمة مباشرة، ولا يلتفت للأول، كما لو مات شخص عن أربعة بنين وأربع بنات ثم مات منهم واحد بعد آخر حتى بقي منهم ابن و بنت، فاقسم المال بينهما أثلاثاً .

مثال آخر : مات ميت عن خمسة أولاد، ثم مات أحد الأبناء عن بقية أخوته، ولا وارث له سواهم، فإن التركة تقسم في هذه الحالة على الباقين، ويعتبر الابن الميت كأنه من الأصل غير موجود، وتوزع التركة بين الأبناء الأربعة .

(1) محمد علي الصابوني: الموارث في الشريعة الإسلامية: 159.

(2) سبط المارديني : شرح الرحبية في علم الفرائض: ت. د. البعا: 137 .

- الثانية من صور المناسخة : أن يكون ورثة الميت الثاني هم ورثة الميت الأول ، ولكن تتغير القسمة ، كما لو مات شخص عن أختين شقيقتين وأخ لأب وأخت لأب ، ثم توفيت هذه الأخيرة ، فتتغير القسمة لتغير النسبة إلى الميت ، فقد صار الأخ لأب في الأولى شقيقا في الثانية ، وصارت الأختان الشقيقتان أختين لأب في الثانية .

- الثالثة من صور المناسخات : هي ما عدا الصورتين السابقتين ، بأن يكون ورثة الميت الثاني غير ورثة الأول ، أو بعض ورثة الأول وغيرهم⁽³⁾ .

كما لتوفي شخص عن زوجة وبنت وأخت شقيقة ، ثم توفيت الأخيرة عن زوج وابنين .

- كيفية إجراء المناسخة :

ولإجراء المناسخة لا بد من اعتماد الخطوات التالية :

1 - تصحيح مسألة الميت الأول، وإعطاء كل وارث نصيبه بمن فيهم الميت الثاني.

2 - عمل مسألة جديدة خاصة بالميت الثاني، ثم تصحيحها بقطع النظر عن المسألة الأولى.

3 - المقارنة بين نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى، وبين أصل مسألة ورثته من المسألة الثانية⁽³⁾، فإن كان نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى ينقسم على ورثته من غير كسر، فتصح المسألتان من أصل الأولى.

أما إذا كان نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى - في المناسخة - لا ينقسم على ورثته، فإن كان بين نصيبه ومسألته موافقة: يضرب وفق المسألة الثانية في جميع أصل الأولى ، وإذا كان بينهما مباينة يضرب كل أصل الثانية في أصل الأولى ، والحاصل يسمى (الجامعة)، والمضروب في أصل المسألة الأولى يسمى (جزء السهم) .

(3) انظر : عبد المؤمن بلباقي : 105 ، 106 .

(3) انظر : الصابوني : المرجع السابق : 161.

ومن كان له نصيب من المسألة الأولى يأخذه مضروبا في المسألة الثانية عند المباينة، وفي
وفقها عند الموافقة؛ ومن كان له نصيب من المسألة الثانية يأخذه مضروبا في نصيب الميت
الثاني أو في وفقه⁽¹⁾.

ومن كان له نصيب من الفريضتين، فيجمع له حاصلتا العمليتين السابقتين جميعا.

(1) انظر: ابن جزى : القوانين الفقهية : 296.

التخارج من التركة

تعريف التخارج: هو اتفاق الورثة على أن يخرج بعضهم من حقه في الميراث مقابل شيء معلوم من التركة أو من غيرها.

نوع العقد: يعدُّ التخارج عقد قسمة إذا كان البديل الذي يأخذه الخارج جزءاً من التركة، ويعتبر عقد بيع وشراء إذا كان البديل الذي يأخذه الخارج من غير التركة يدفعه باقي الورثة أو بعضهم من ما لهم الخاص بدل تنازله عن حقه من التركة.

حكمه: التخارج جائز شرعاً عند التراضي والتصالح على ذلك، ويترتب عليه أثره من تملك الوارث (الخارج) للمال المعلوم الذي قبضه بدلاً عن نصيبه في التركة، وزوال ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة سواء علم مقدار ما يرثه منها أو لم يعلم. وتملك باقي الورثة أو بعضهم لنصيب الخارج الذي خرج عنه لهم.

دليل مشروعيته: الأصل في جوازه ما رواه عمر بن دينار أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرض موته، ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان بن عفان مع ثلاث نسوة آخر له، فصالحوها على رُبْعٍ مُّمْنِهَا بمبلغ ثلاثة وثمانين ألفاً، قيل هي دنانير وقيل دراهم. أخرجه ابن سعد في الطبقات (2).

وبالدل الذي يأخذه الخارج قد يكون من التركة، وقد يكون من غيرها أي من مال باقي الورثة الخاص، وسواء أكانت المساهمة في البديل بالتساوي بينهم أم بنسبة أنصبتهم من التركة أم بنسبة أخرى.

طريقة تقسيم التركة التي وقع فيها التخارج:

تؤصل المسألة التي وقع فيها التخارج، وتعرف سهام كل وارث، سواء من بقي ومن خرج، ثم تطرح سهام الخارج من بين سهام الورثة، ثم تقسم التركة إن صولح على شيء من غيرها أو الباقي منها إن صولح على شيء منها على من بقي من الورثة بنسبة سهامهم.

حالات التخارج: للتخارج حالات منها:

1 - أن يكون الخارج من بين أحد الورثة لآخر منهم، على أن يخرج من نصيبه من التركة في مقابل مالٍ يأخذه الخارج من المال الخاص، ويحل المتبادل معه محل الخارج في نصيبه، فيضمّ سهمه إلى سهمه ويسلم له السهمان معاً من التركة، نصيبه الذي ورثه، والنصيب الذي اشتراه من الخارج.

مثال ذلك؛ توفي عن: زوجة وثلاثة إخوة أشقاء. أخرج أحد الإخوة الزوجة من نصيبها في نظير مال دفعه إليها من غير التركة، أي من ماله الخاص، فكان له من التركة سهمان: السهم الذي ورثه، وسهم الزوجة الذي اشتراه منها وهو $\frac{1}{4}$ التركة، فأصبح له نصف التركة ولأخويه النصف الثاني بينهما مناصفة.

2 - أن يُخرج الورثة واحداً منهم بمال يدفعونه إليه من غير التركة بنسبة أنصبتهم، فتخلص التركة كلّها لهم وكأن هذا الخارج غير موجود، وتطرح سهامه من أصل المسألة، ثم تقسم التركة بينهم على حسب أنصبتهم، كما إذا أخرج الإخوة الثلاثة في المثال السابق الزوجة من التركة بمال دفعوه إليها منهم جميعاً من غير التركة، فإن التركة تُقسم بينهم أثلاثاً.

3 - أن يُخرج الورثة واحداً منهم على شيء من غير التركة بالتساوي بينهم على أن يقسم حظ الخارج بينهم بالتساوي، ففي هذه الحالة يعتبر الخارج وكأنه موجود بينهم ويعرف نصيبه من التركة. ولهذه الحالة صورتان: الأولى: أن تصح قسمة نصيب المتخارج من التركة على باقي الورثة من غير كسرٍ فالأمر واضح كما في المثال التالي:

ماتت وخلفت: زوجاً وبنثاً وأباً وأمّاً، فخرج الزوج من التركة في مقابل مالٍ دفعه إليه باقي الورثة من مالهم الخاص بالتساوي بينهم.

الحلّ:	زوج	بنت	أب	أم
	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$
				12

$$13 = 2 + 2 + 6 + 3 \text{ (عائلة)}$$

فأصل المسألة من اثنتي عشر (12) وعال إلى ثلاثة عشر (13)، حظ الزوج منها ثلاثة (3) أسهم تقسّم على كل من الأب والأم والبنت بالتساوي بينهم ويبقى أصل المسألة على ما هو عليه. فيصبح نصيب البنت سبعة (7) أسهم بدلا من ستة، ونصيب كل واحد من الأبوين ثلاثة أسهم بدل سهمين لكل منهما.

زوج	بنت	أب	أم	
البدل	(1+6)	(1+2)	(1+2)	13 =

الصورة الثانية: أن ينكسر نصيبه عليهم فإننا ننظر: بين أن يكون بين أسهم الخارج وعدد الورثة الباقين توافق أو تباين، فإن كان بينهما توافق يضرب وفق عددهم في أصل المسألة ثم في سهم كل واحد منهم، وإن كان بينهما تباين يضرب عددهم في أصل المسألة ثم في سهم كل واحد.

مثال على التوافق: ماتت وخلفت: زوجًا وبنتًا وبنت ابن وأبًا وأمًا، فخرجت البنت عن حصتها من الإرث بمال دفعه لها باقي الورثة بينهم بالتساوي على أن يقسّم نصيبها من التركة بينهم بالتساوي فيكون الحل كالتالي:

زوج	بنت	بنت ابن	أب	أم	
$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6} + ع$	$\frac{1}{6}$	12

$$15 = 2 + 2 + 2 + 6 + 3 \text{ عائلة } (30 = 2 \times 15)$$

$$= (2 \times 2) + (2 \times 2) + (2 \times 2) + (2 \times 6) + (2 \times 3)$$

$$30 = 4 + 4 + 4 + 12 + 6$$

$$= (3+4) + (3+4) + (3+4) + \text{البدل } (3+6)$$

$$9 \text{ البدل} = 7 + 7 + 7 + 30$$

التوضيح: للبننت من أصل المسألة العائل ستة (6) أسهم، بينها وبين عدد الورثة الباقيين توافق $\frac{4}{6}$ فيضرب وفق عددهم (2) في أصل المسألة ($30=15 \times 2$)، ثم يضرب الوفاق في نصيب كل وارث بما في ذلك نصيب البننت كما هو موضح في الحل، وحاصل ضرب نصيب البننت: ($12=2 \times 6$) ينقسم على عدد رؤوس باقي الورثة ($3=4 \div 12$) فيضاف العدد (3) لنصيب كل وارث.

$$9 = 3 + (2 \times 3) : \text{ نصيب الزوج}$$

$$7 = 3 + (2 \times 2) : \text{ نصيب بنت الابن}$$

$$7 = 3 + (2 \times 2) : \text{ نصيب الأب}$$

$$7 = 3 + (2 \times 2) : \text{ نصيب الأم}$$

$$\overline{30} : \text{ المجموع}$$

مثال على التباين: المثال السابق يصلح أن يكون هنا لكن الخارج من التركة في هذه الحالة هو الزوج.

زوج بنت بنت ابن أب أم

$$12 \quad \frac{1}{6} \quad \frac{1}{6} \quad \frac{1}{6} \quad \frac{1}{2} \quad \frac{1}{4}$$

$$60 = 3 + 6 + 2 + 2 + 2 + 15 \text{ عائلة } (60 = 4 \times 15)$$

$$= (4 \times 3) + (4 \times 6) + (4 \times 2) + (4 \times 2) + (4 \times 2) + (4 \times 15)$$

$$12 + 24 + 8 + 8 + 8 + 60 = 120 \text{ (3 = 4 } \div 12)$$

$$= \text{ البدل } (3+24) + (3+8) + (3+8) + (3+8)$$

$$60 = 11 + 11 + 11 + 27 \quad \text{البدل}$$

التوضيح: بين نصيب الزوج (3) وعدد رؤوس باقي الورثة (4) تباين (3، 4) فيضرب عدد باقي الورثة في أصل المسألة ($60 = 15 \times 4$) والنتاج هو الذي تصح منه المسألة، ثم يضرب العدد (4) في نصيب كل وارث بما فيهم نصيب الزوج الخارج ($12 = 4 \times 3$) وحاصل الضرب يقبل القسمة على عدد الرؤوس ($3 = 4 \div 12$) فيضاف العدد (3) إلى كل وارث من باقي الورثة.

$$27 = 3 + (4 \times 6) : \quad \text{نصيب البنت}$$

$$11 = 3 + (4 \times 2) : \quad \text{نصيب الابن}$$

$$11 = 3 + (4 \times 2) : \quad \text{نصيب الأب}$$

$$11 = 3 + (4 \times 2) : \quad \text{نصيب الأم}$$

$$\overline{60} : \quad \text{المجموع}$$

- الحالة الرابعة: أن يكون التخارج بين أحد الورثة وبقيتهم في مقابل شيء معين يأخذه الخارج من التركة، على أن يكون لهم باقيها خالصا يقسم بينهم بنسبة سهامهم، كمن خلفت: زوجا وأمًّا وأخًا شقيقًا. فيخرج الزوج من التركة في نظير ما في ذمته من المهر لزوجته المورثة وكأنه أخذ نصيبه، فيخرج بسهامه الثلاثة من التركة وتطرح من أصل المسألة ويبقى الأخ الشقيق والأم بسهامهم الثلاثة الباقية، للأم سهران وللشقيق سهم واحد.

	زوج	أم	أخ شقيق	
	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{3}$	ع	6
	3	2	1	6 = 1 + 2 + 3

البدل $\bar{3} = 1 + 2$ الأصل الجديد الذي تقسم عليه التركة.

مثال آخر؛ توفيت عن: زوج وأخت شقيقة وأختين لأم وتركت مبلغاً مالياً قدره 100.000 دج وآلة إنتاجية. فتصلحت الشقيقة مع باقي الورثة على أن تخرج عن نصيبها من التركة في مقابل أخذها للآلة.

الحل: زوج أخت ش أختان لأم

$$\frac{1}{2} \quad \frac{1}{3} \quad \frac{1}{6}$$

$$3 + 3 + 2 = 8 \text{ عائلة} \quad 20.000 = \frac{100.000}{5} \text{ دج}$$

-3

الآلة $\bar{5} = 2 + 3$ الأصل الجديد الذي تقسم عليه التركة

$$= (20.000 \times 2) + (20.000 \times 3) \text{ الآلة}$$

$$الآلة + 60.000 \text{ دج} + 40.000 \text{ دج} = 100.000 \text{ دج} .$$

ميراث المفقود:

المفقود لغة: هو الغائب المطلوب، أو الضائع المبحوث عنه⁽¹⁾؛ واصطلاحاً: هو الغائب الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موته⁽²⁾، وزاد بعضهم: جهالة مكانه⁽³⁾، وبهذا أخذ قانون الأسرة الجزائري في تعريف المفقود، وذلك في المادة 109 منه، ونصها: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم"⁽⁴⁾.

واعتبر د. الزحيلي أن العلم بالمكان أو الجهل به غير ذي أهمية في تحديد الفقدان، حيث يقول: "ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات، فلو كان معلوم المكان، ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود"⁽⁵⁾.

بينما اعتبر الأستاذ الزرقا جهالة المكان معياراً للتفريق بين المفقود والغائب إذا كانت الحياة معلومة، فيقول: "فإذا كانت حياته معلومة ومكانه مجهولاً فهو غائب لا مفقود"⁽⁶⁾.

وهذا المعنى هو المفهوم من تعريف قانون الأسرة للغائب، إلا أنه ألحقه بالمفقود في الأحكام، وذلك في المادة 110، ونصها: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير، يعتبر كالمفقود"؛ ويلحق بالمفقود أيضاً الأسير وكل من جهل مصيره⁽⁷⁾.

فمجال الإلحاق - كما نلاحظ - هو تعيين من يتكفل بتسيير مصالح المفقود وإدارة أمواله وأموالته، واستلام استحقاقه في الميراث أو الهبات أو الوصايا، وهو أمر مطلوب بالنسبة للمفقود أو الغائب جميعاً، ما دام على حالتهما من جهالة المصير بالنسبة للأول، وجهالة وقت العودة بالنسبة للثاني.

(4) قانون الأسرة: 30. ط. د. م. ج.

(5) الزحيلي: الفقه الإسلامي: 419/8.

(6) الزرقا: المدخل العام: 253/3، وانظر: أطفيش: شرح كتاب النبل: 26/7، وهو كتاب في الفقه الإباضي، وقد فصل الإباضية وتوسعوا

في التفريق بين الغائب والمفقود.

ويثبت الفقد أو فقدان عند الفقهاء بطول الغيبة وجهالة الحال والمآل، كما يثبت بعدم الرجوع من مكان قريب، أو من عمل تتوقع فيه الهلكة كالمعارك والعمل في مناجم التنقيب على المعادن مثلا، ويثبت ذلك بكل طرق الإثبات المعروفة (1).

بينما قرر قانون الأسرة أن يكون الإثبات عن طريق حكم قضائي، فجاء في المادة 109: " ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" (2).

وقد بحث الفقهاء أحوال المفقود مدة فقده، من كل النواحي التي تتعلق باستحقاقه من غيره، واستحقاق غيره منه، وتتلخص أبحاثهم فيما ذكره الأستاذ الزرقا حيث يقول: " والنظرية الفقهية في المفقود تقوم على اعتباره حيا من وجه، ميتا من وجه:

أ - فتعتبر حياة المفقود مستمرة بالنسبة إلى حقوقه التي كانت ثابتة له قبل فقده، فلا توزع أمواله بين ورثته، ولا تتزوج زوجته بغيره، وإذا كان له وكيل قبل فقده لحفظ أمواله وإدارتها تبقى وكالته، ولا ينعزل بفقده، وإذا لم يكن له وكيل يُنصَّب القاضي وكيلاً عنه.

ب - ويعتبر المفقود كاملت بالنسبة إلى استحقاقه من غيره، مما يشترط فيه تحقق حياته: فلا يرث ممن يتوفى من مورثيه، ولا يستحق ما يوصى له به، ولكن يوقف نصيبه من الإرث ومن الوصية إلى أن تظهر حياته فيستحق، أو يحكم بموته فتد الأموال المتوقف فيها إلى من كان يستحقها على تقدير وفاة المفقود" (3).

1 - في المذهب المالكي: فرق المالكية بين حصول الفقد في بلاد الكفار أو في بلاد المسلمين، وفي كل حالة بين حصوله في السلم أو في الحرب؛ وهذا التفريق مناه على حق الزوجة، وليس هذا محل بحثه، وإن كان يستأنس به؛ أما بالنسبة للمال خاصة: فالقول المشهور عندهم: أن الحكم بموت المفقود لا يكون إلا بعد مضي مدة التعمير، والمقصود بها

(2) قانون الأسرة: 30. ط. د. م. ج.

(3) الزرقا: المدخل الفقهي العام: 254/3، وانظر: خالد ونجا: الموارث: 260، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: 420/8، وما بعدها، والسررتي: 386 وما بعدها، وأحمد الشافعي: 206 وما بعدها، ومحمد: 186 وما بعدها.

ما لا يعاش إلى مثله، وأشهر الأقوال فيها أنها سبعون سنة، وهذا عند حصول الفقد في بلاد الكفار، سواء في حالة الحرب أو السلم، وكذا عند حصوله في بلاد المسلمين في وقت السلم. أما إذا كان الفقد بسبب حروب الفتن بين المسلمين: فيحكم بموت المفقود فيها بمجرد انتهاء المعركة على المشهور، وقيل: يتلوم - أي ينتظر ويتربص - بعدها مدة باجتهاد القاضي (1).

2 - في المذهب الحنفي: ذهب الحنفية إلى تحديد المدة بالقياس على موت أقران المفقود في بلده، فإذا مات كل الذين هم في مثل سنه حكم بموته، وحددها بعضهم بتسعين سنة، وبعضهم بمائة إلى مائة وعشرين سنة (2).

3 - في المذهب الشافعي: ذهب الشافعية - في الأرجح - إلى تفويض أمر المدة إلى اجتهاد القاضي، فيحكم بموت المفقود بغلبة الظن في مدة لا يعيش لمثلها (3).

4 - المذهب الحنبلي: فرق الحنابلة بين صورتين من صور الفقد، وهما: الفقد في حال يغلب فيها الهلاك، والفقد في حال عادية.

أ - في حال غلبة الهلاك: ومثلوا لها: بمن يفقد في ميدان المعركة، أو في مركب غارق، أو في صحراء يهلك فيها الناس عادة، وكذلك بمن خرج لحاجة قريبة ولم يعد، كصلاة في مسجد قريب، أو فقد قرب بيته، فيحكم بموت من هذه حاله بعد مضي أربع سنين من تاريخ الفقد (4).

ب - في الحال العادية: وهي الحال التي لا يغلب فيها الهلاك، ومثلوا لها بمن يفقد في سفر لتجارة أو سياحة أو طلب علم ونحو ذلك، فلهم في هذه الصورة قولان، الأول: كقول الشافعية: وهو أن ينتظر به إلى يقين موته، أو غلبة الظن، ومرده إلى اجتهاد القاضي؛ والقول الثاني: ينتظر به إلى تمام تسعين سنة مكملة لسنة يوم فقده (1).

5 - في المذهب الإباضي: فرق الإباضية بين الغائب والمفقود - كما أشرنا إليه سابقا - وإن كان تفريقهم لا يوافق تفريق الجمهور بين المصطلحين، بل إن أكثر الصور التي اعتبرها

الإباضية اصطلاحاً للغائب تعتبر عند الجمهور من صور الفقد، ولذلك فالظاهر أن التفريق عند الإباضية اصطلاحياً فقد عند الجمهور (2).

أما الغائب - عندهم - فيحكم بموته بعد مضي سن التعمير، وفيه - عندهم - أقوال كثيرة، من مائة وعشرين سنة إلى سبعين، وقيل لا يحكم بموته؛ وأما المفقود - باصطلاحهم - فيحكم بموته بمضي أربع سنين من يوم فقده (3).

- حل مسائل المفقود:

أن تحل المسألة على أن المفقود حي وتصحح، ثم تحل المسألة على أنه ميت وتصحح ثم يكتفى بأصل إحداهما في حال التماثل، ويضرب وفق إحداهما في أصل الأخرى في حال التوافق، وأصل الأولى في أصل الثانية عند التباين.

ويعامل الورثة بالأضر احتياطاً لحق المفقود، فمن كان له النصيب نفسه في المسألتين أخذه، ومن اختلف نصيبه أعطي الأقل على اعتباري الحياة أو الوفاة، ومن سقط في إحدى المسألتين لم يأخذ شيئاً، وما فضل بعد إعطاء الورثة اعتبر موقوفاً حتى يظهر حال المفقود. ومن أمثلة ذلك لو مات زيد وخلف ابنه خالد المفقود، وزوجة وأماً وأخاً، فالمسألة على تقدير الحياة من أربعة وعشرين، للزوجة ثلاثة، وللأم أربعة وللمفقود سبعة عشر، ولا شيء للأخ.

وعلى تقدير الموت من اثني عشر، للزوجة ثلاثة، وللأم أربعة، وللأخ خمسة، والمسألتان متناسبتان، فتجزئ بأكثرهما، وهي أربعة وعشرين، للزوجة منها على تقدير الحياة ثلاثة، وهي الثمن من أربعة وعشرين.

وعلى تقدير الموت لها الربع ثلاثة من اثني عشر، مضروبة في مخرج النسبة بين المسألتين وهي اثنان، لأن نسبة الاثني عشر إلى الأربعة والعشرين نصف، ومخرج النصف اثنان، والحاصل من ضرب اثنين في ثلاثة ستة، فتعطيها الثلاثة، لأنها أقل، وللأم على تقدير الحياة أربعة من أربعة وعشرين، وهي السدس، وعلى تقدير الموت أربعة من اثني عشر في اثنين بثمانية، فتعطيها

الأربعة، وللأخ من مسألة الموت وحدها خمسة في اثنين بعشرة، ولا شيء له من مسألة الحياة، فلا يعطى شيئاً، وتوقف السبعة عشر (1).

مثال آخر: زوج وأم وأختان لأب، وأخ لأب مفقود، مسألة الحياة من اثني عشر، للزوج ستة وللأم اثنان وللأخ لأب اثنان ولكل أخت واحد، ومسألة الموت أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية للزوج منها ثلاثة، وللأم واحد، وللأختين أربعة، فننظر بين المسألتين، فنجد بينهما موافقة بالربع، فنأخذ وفق الثمانية اثنين، ونضربه في الثانية اثني عشر، تبلغ أربعة وعشرين، وهي الجامعة.

فإذا قسمنا الجامعة على مسألة الحياة، يخرج جزء سهمها اثنان، فنضربه في سهام كل وارث منها، فللزوج ستة، ونضربها في جزء سهمها اثنان، باثني عشر، وللأم اثنان، مضروب باثنين بأربعة، ولكل أخت اثنان.

فإذا قسمنا الجامعة على مسألة الموت، خرج جزء سهمها ثلاثة، اضربه فيما لكل وارث، يحصل للزوج تسعة، وللأم ثلاثة، ولكل أخت ستة، فالأضر في حق الزوج والأم، موت المفقود، وفي حق الأختين حياته، فيدفع للزوج تسعة، وللأم ثلاثة، ولكل أخت اثنان.

ويوقف ثمانية، حتى يتبين أمر المفقود، فإن ظهر حيًا، فله من الموقوف أربعة، ويدفع للزوج ثلاثة، وللأم واحد، وإن ظهر المفقود ميتًا، دفع الموقوف كله للأختين، لكل واحدة أربعة، ولا شيء للزوج والأم.

ومثالها ما يلي:

24

3/8

2/12

9	3	زوج	6	زوج
3	1	أم	2	أم
2	2	أخت لأب	1	أخت لأب
2	2	أخت لأب	1	أخت لأب
			2	أخ لأب مفقود

8

ميراث الحمل:

لغة: الشيء المحمول، والثقل، ((أو تدع مثقلة إلى حملها فلا يحمل منه شيء)). اصطلاحاً: " هو الجنين الذي لا زال في بطن أمه "(1)، أو هو " ما في بطن الأم من ولد، ذكراً كان أو أنثى "(2).

يقول د. محمد مصطفى شلبي: " قرر فقهاء الشريعة: أن الحمل – وهو الولد الموجود في بطن أمه – من جملة المستحقين للميراث إذا قام به سبب من أسبابه، وتوفر فيه شرطان: أحدهما أن يكون موجوداً في بطن أمه عند وفاة المورث، وثانيهما: أن يولد حيّاً، فإذا فقد أحدهما لا يستحق شيئاً "(3).

وهذان الشرطان متفق عليهما بين الفقهاء (4)، سواء في التوريث أو في الوصية.

والشرط الأول: وهو الوجود وقت وفاة المورث، أو وقت وفاة الموصي في حال الوصية، هذا الشرط مبني على تحديد مدة الحمل، ويتوقف هذا التحديد على معرفة أمرين: أقل مدة الحمل وأكثرها (5).

– أقل مدة الحمل: أكثر الفقهاء على أن أقل مدة يعتبر فيها الحمل شرعاً هي ستة أشهر، لقوله تعالى: ((وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)) (6)، وقوله عز وجل: ((و فصاله في عامين)) (7)، فإذا حذفنا مدة الفصال وهي عامان، ومعادلتها 24 شهراً، من مدة الفصال مع الحمل وهي 30 شهراً، يبقى لنا 6 أشهر هي مدة الحمل، أو الحد الأدنى له (8)؛ وهذا هو

(1) محمّد: التركات والموارث: 171.

(2) محمد علي الصابوني: الموارث في الشريعة الإسلامية: 199، ط. دار رحاب، الجزائر.

(3) د. شلبي: أحكام الموارث: 321.

(4) سورة الأحقاف: من الآية: 15.

(5) سورة لقمان: من الآية: 14. ومعنى الفصال: الرضاع، لقوله تعالى: ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة

((، البقرة: 233، انظر: ابن كثير: 446/3.

(8) ابن قدامة: المغني: 197/7؛ محمد محيي الدين عبد الحميد: أحكام الموارث: 182؛ الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: 411/8؛

محمّد: 172.

القول الصحيح في تحديد أقل مدة للحمل، وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري، في المادة 42 منه، وفيها: "أقل مدة الحمل ستة أشهر".

واشترط أقل مدة الحمل لا يتصور إلا إذا كانت الحامل غير زوجة المورث، مع كون زوجيتها قائمة وقت وفاته؛ وهذه الحالة سماها الشيخ أبو زهرة: التأكد الحقيقي، حيث يقول: "فالتأكد الحقيقي يكون بولادته لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوفاة، وذلك يكون إذا كانت الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل وقت وفاة المورث"⁽¹⁾.

وجاء في أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ما نصه: "وإن كانت الحامل زوجة لغير الميت، وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها في وقت الوفاة، فإن الحمل لا يرث الميت بسبب ما، إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر - التي هي أقل مدة الحمل - من يوم الوفاة، وذلك لأنه إذا ولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر، والزوجية قائمة: لم يعلم بيقين أن هذا الحمل كان موجودا في بطن أمه وقت الوفاة، لجواز أن تكون قد حملت به بعد وفاته، وأنها ولدت له لأقل مدة الحمل"⁽²⁾.

أكثر مدة الحمل: اختلف الفقهاء اختلافا واسعا في تحديد أكثر مدة الحمل، ومرجع اختلافهم إلى عدم وجود نص في المسألة، ولذلك اعتمدوا على الواقع والتجارب والأخبار، فذهب بعضهم إلى أن أكثر مدة يمكث فيها الحمل في بطن أمه، خمس سنين، وهو مذهب المالكية، وذهب آخرون إلى أنها: أربع سنين، وهو قول الشافعية، والأصح عند الحنابلة، وذهب الحنفية إلى أنها سنتان، واختار محمد بن عبد الحكم⁽³⁾ من المالكية أنها سنة قمرية، وقال الظاهرية هي تسعة أشهر⁽⁴⁾.

(1) أبو زهرة: التركات والمواريث: 248.

(2) محمد محيي الدين عبد الحميد: أحكام المواريث: 182؛ وانظر: شلبي: 324، السريتي: 374.

(4) ابن قدامة: المغني: 197/7، 198، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: 411/8، شلبي: أحكام المواريث: 322، السريتي: 372،

373، محدة: 173، الصابوني: 200، قبلان: 171.

لكن القوانين اختارت أقوالاً أخرى اعتماداً على الخبرة الطبية، والتقدم العلمي في مجال علم الأجنة، والذي بلغ شأواً بعيداً في استكشاف أحوال الجنين وأطوار حياته فضلاً عن عمره وتكوينه، مما لم يدع مجالاً للتخمينات والظنون، فاخترت قوانين الأسرة والأحوال الشخصية بناءً على ذلك أقوالاً متقاربة في تحديد أكثر مدة الحمل.

فذهب القانون المصري والسوري إلى أنها سنة شمسية أي 365 يوماً، وذلك في المواد 1/43 مصري، و131 سوري⁽¹⁾.

بينما اختار قانون الأسرة الجزائري أنها عشرة أشهر ابتداءً من تاريخ الفرقة أو الوفاة، أي فرقة الأب أو وفاته، جاء ذلك في المادة 42، ونصها: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"⁽²⁾.

وتشترط الولادة لأقل من أكثر مدة الحمل لثبوت ميراث ونسب الولد الذي توقفت الزوجية بين أمه وأبيه بفرقة أو وفاة.

يقول الشيخ عبد الحميد: "وإذا كانت الحامل زوجة لغير الميت، ولم تكن الزوجية قائمة بينها وبين زوجها بأن كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها، فإن ولدها يرث هذا الميت إذا كان قد ولد لأقل من أكثر مدة الحمل من يوم مفارقة زوجها لها"⁽³⁾.

والشيخ أبو زهرة يسمي هذه الحالة بالتأكد الحكمي، ويقول: "ويكون هذا التقدير بالنسبة للمعتدات اللائي كانت الوفاة وهن معتدات، سواء أكانت العدة من فرقة بطلاق بائن أو رجعي، أم كانت من موت، وتبتدئ المدة المعلومة من وقت ابتداء العدة، لا من وقت وفاة المورث، وهنا بلا شك إذا كانت المعتدة ليست زوجته⁽⁴⁾، أي ليست زوجة المورث، كأن تكون زوجة ابنه أو أخيه أو أبيه ... إلخ"⁽⁵⁾.

(2) قانون الأسرة: 12. ط. د. م. ج.

(3) محمد محيي الدين عبد الحميد: مرجع سابق: 183.

(5) شلبي: 324، السريتي: 374.

والشرط الثاني: ولادته حياً، أي أن تثبت حياته عند نزوله من بطن أمه، والقياس أن يولد كله حياً، وهو قول المذاهب الثلاثة: المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾، وبه أخذ القانون المصري في المادة 43، والسوي في المادة 300⁽⁷⁾، وكذا قانون الأسرة الجزائري، وذلك في المادة 187، عند حديثه عن الوصية للحمل، وفيها: " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً " (8).

وذهب الحنفية إلى أنه يكفي ولادة أكثره حياً، والظاهرية إلى مطلق الولادة حياً⁽¹⁾.

وتثبت الحياة بالاستهلال - إجماعاً - وهو خروجه صارخاً، لقول النبي ﷺ: (إذا استهل المولود ورث)، رواه أبو داوود، ومثله عن ابن ماجة والترمذي والنسائي⁽²⁾، واختلف فيما سوى الاستهلال، كالعطاس والحركة ونحوها، فأثبت بها الحنفية والظاهرية الحياة خلافاً للجمهور⁽³⁾.

والحق ما ذهب إليه د. وهبة الزحيلي بقله: " فإن لم يظهر شيء من العلامات، أو حصل اختلاف في شيء منها، فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء، أو ممن عاينوا الولادة " (4)؛ وهذا ما أخذت به المادة 134 من قانون الأسرة بشأن استحقاق الحمل للميراث ونصها: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " (5).

- أقوال الفقهاء في قسمة التركة التي في وراثتها حمل:

ذهب الإمام مالك رضي الله عنه إلى وقف قسمة التركة إلى أن يوضع الحمل، لأن لوضع الحمل أمداً معروفاً ينتهي إليه، وحتى يثبت لكل وارث نصيبه بيقين.

(7) الزحيلي: المرجع السابق؛ السريتي: نفسه؛ شلي: نفسه؛ أبو زهرة: 250؛ الكردي: 317.

(8) قانون الأسرة: 58. ط. د. م. ج.

(2) الشوكاني: نيل الأوطار: 185/6؛ الصنعاني: سبل السلام: 216/3، ابن قدامة: المغني: 198/6.

(3) ابن حزم: المحلى: 308/9. م: 1746؛ ابن قدامة: المغني: 199/6؛ ابن مودود الحنفي: الاختيار: 114/5، محمد محيي الدين عبد

الحميد: 183؛ الزحيلي: 410/8؛ وانظر: د. اسريتي: 372.

(4) د. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: 410/8، وانظر: در السريتي: 372.

(5) قانون الأسرة: 36. ط. د. م. ج.

بينما ذهب الأئمة الآخرون إلى تقسيم التركة على الورثة الموجودين، ووقف نصيب الحمل إلى حين ظهوره، واختلفوا في المقدار الذي يوقف، فذهب الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه إل أنه يوقف للحمل الأكثر من نصيب أربعة ذكور أو أربع إناث.

وذهب الإمام أحمد رضي الله عنه إلى وقف الأخط من نصيب ابنين أو بنتين، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية.

وذهب أشهب من المالكية وأبو يوسف من الحنفية - وهو مشهور المذهب - إلى وقف الأكثر من نصيب ابن واحد أو بنت واحدة، وأخذ كفيل من الورثة احتياطا لتعدد الحمل، وهذا القول هو المرجح ، وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ .

- أحوال الوارث مع الحمل، وما يعامل به في كل منها:

للوارث مع الحمل ثلاث حالات:

الحالة الأولى: ألا يختلف نصيبه على تقديري الذكورة والأنوثة، وهذا يعطى نصيبه كاملا، لأن الحمل لا يؤثر عليه.

الحالة الثانية: أن يسقط في أحد التقديرين، وهذا لا يعطى شيئا حتى يوضع الحمل، لاحتمال أن يُولد من يسقطه.

الحالة الثالثة: أن ينقص في أحدهما، ولا يُسقط، وهذا يعطى الأقل لاحتمال أن يولد من يُنقصه.

- ما يوقف من التركة إلى وضع الحمل:

يوقف للحمل الأكثر من نصيب ذكر أو أنثى لأنه الأغلب.

- كيفية حل مسائل الحمل:

(1) انظر : عبد المؤمن بلباقي : التركات والموارث : 124 ، 125 .

صفة العمل في مسائل الحمل كما يأتي:

- 1 - يجعل لكل تقدير مسألة، وتصحح إن احتاجت إلى تصحيح.
- 2 - يوجد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتيين، بطريق النسب الأربع، أو بقاعدة إيجاد المضاعف المشترك بين الأعداد، وذلك هو الجامعة للمسائل.
- 3 - تقسم الجامعة على أصلي مسألتي الذكورة والأنوثة، وما يخرج على كل مسألة فهو جزء سهمها.
- 4 - يضرب نصيب كل وارث من كل مسألة في جزء سهمها.
- 5 - يقارن بين نصيب كل وارث في كل مسألة ويعطى الأنقص منها، ومن لا يختلف نصيبه يعطاه كاملاً من إحدى المسائل، ويوقف الباقي إلى وضع الحمل، فإذا ولد أخذ نصيبه ورُدَّ الباقي - إن كان - على مستحقه (1).

ميراث الخنثى

الخنثى لغة: من له ما للرجال والنساء جميعاً، جمعه خنثاى وخنات. والخنث ككتف من فيه انخثا، أي تكسر وتثن. وقد خنث كفرح وانخث(2).

" وهو بالثناء المثلثة مأخوذ من قولهم: "خنث الطعام"، إذا اشتبه أمره، فلم يخلص طعمه المفقود منه، وشاركه طعم غيره، وسمي بذلك لاشتراك الشبهين فيه، وألفه للتأنيث"(3).

وفي الاصطلاح: من له آلة الرجال وآلة النساء معاً. أو ليس له شيء منهما أصلاً(4).

وهو نوعان: مشكل وغير مشكل، أما الخنثى غير المشكل أو الواضح: فهو الذي ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل، أو تزوج فحملت، فهي أنثى، ويطبق عليه حكم كل منهما. وإن بال من آلة الرجال فهو رجل، والآلة الأخرى زيادة خرق في البدن، وإن بال من آلة النساء فهو أنثى، والآلة الأخرى زيادة نتوء في البدن. وعليه فإنه يختبر بالتبول، وظهور اللحية، والحيض، فإن لحق بالرجال ورث ميراث الرجل، وإن لحق بالنساء ورث ميراثهن.

وأما المشكل: فهو من أشكل أمره، فلم تعرف ذكورته من أنوثته، كأن يبول مما يبول منه الرجال والنساء معاً، أو يظهر له لحية وثديان في آن واحد. والغالب مع تقدم الطب الحديث إنهاء إشكاله بإجراء عملية له، تؤدي إلى إيضاح أمره(1).

قال ابن المنذر: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الخنثى يورث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجل ورث ميراث رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة ورث ميراث امرأة. وممن روي عنه أنه قال: الخنثى يورث من حيث يبول: علي بن أبي طالب، ومعاوية بن أبي سفيان، وجابر بن زيد، وسعيد بن المسيب، وبه قال أهل الكوفة، وسائر أهل العلم، ولا

(2) القاموس المحيط

(3) التتائي: جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر: 371/8.

أحفظ عن مالك في أمر الخنثى شيئاً، بل زعم ابن القاسم أنه هاب أن يسأل مالكا عنها" (2).

كيفية ميراث الخنثى المشكل:

يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، إن ورث بهما متفاضلاً، وإن ورث بكونه ذكراً فقط أعطي نصف ميراث ذكر، وإن ورث بكونه أنثى فقط أعطي نصف ميراث أنثى. فتُعمل مسألة على أنه ذكر، ثم تُعمل على أنه أنثى، ويُدفع للخنثى وكل وارث أقل النصيبين، ويوقف الباقي إلى أن تتميز حاله، ثم يقسم الباقي حسب ذلك.

المثال: مات شخص عن (ابن، وبنت، وولد خنثى صغير).

ومسألة الذكورة من 5: للابن 2، وللبنات 1، وللخنثى 2.

ومسألة الأنوثة من 4: للابن 2، وللبنات 1، وللخنثى 1.

فالأضر بالنسبة للبنات والابن الواضح أن يكون الخنثى ذكراً فنعطيها من مسألة الذكورة.

والأضر في حق الخنثى كونه أنثى فنعطيه من مسألة الأنوثة، ثم يوقف الباقي إلى أن يتبين أمره (1).

للخنثى المشكل نصف نصيب ذكر وأنثى إذا كانا مختلفين، وكان يورث بالجهتين، وذلك أن له أربعة أحوال:

- حال يرث على أنه ذكر، ويرث على أنه أنثى، إلا أن ميراثه بالذكورة أكثر.

- وحال يرث على أنه ذكر، ولا يرث على أنه أنثى.

- وحال عكس هذه، يرث على أنه أنثى، ولا يرث على أنه ذكر.

- وحال مساواة إرثه ذكورة وأنوثة.

(2) الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف: 493 / 7 .

أمثلة ذلك: كذكر واحد وخنثى واحد فالتذكير، أي: تقدير الخنثى ذكر المسألة من اثنين، وإذا قدر فيه التأنيث، فهي من ثلاثة فتضرب الاثنين مسألة التذكير فيها -أي: الثلاثة- مسألة التأنيث لتباينها بستة، ثم تضرب الستة في حالي الخنثى باثني عشر، تقسمها على اثنين مسألة التذكير، يخرج جزء السهم ستة، وعلى مسألة التأنيث ثلاثة يخرج جزء السهم أربعة له، أي: للخنثى في الذكورة ستة، وله في الأنوثة أربعة، مجموعها عشرة، فنصفها خمسة، يأخذها الخنثى؛ لأن له تقديرين، نسبة الواحد منهما النصف، وكذلك غيره، أي: غير الأنثى من باقي الورثة، يأخذ نصف ما حصل معه؛ لأن الذكر له من الأولى ستة، ومن الثانية ثمانية، ومجموعهما أربعة عشر، فيدفع له نصفها سبعة.

وفي الجواهر وجه العمل أن يؤخذ مخرج التذكير ومخرج التأنيث، ويضرب أحدهما في الآخر إن تباينا، وتستغني بأحدهما على الآخر، إن كان مثله، أو داخلاً فيه فما حصل من ذلك ضربته في حالي الخنثى، أو عدد أحوال الخنثى، إن زادوا على الواحد، وعدد الأحوال يعرف بالتضعيف، فكل ما زدت خنثى ضعفت الأحوال كلها، فللواحد حالان، وللاثنين أربعة، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنان وثلاثون، وعلى هذا الترتيب، فما انتهى إليه الضرب في الأحوال فمنه تكون القسمة⁽¹⁾.

التنزيل (الوصية الواجبة)

التنزيل لغة: تفعيل من النزول، وهو الحلول، ومعناه حلول شخص محل آخر، أو قيامه مقامه.

واصطلاحاً: ترتيب قانوني، يثبت حقاً للحفيد الذي مات مورثه قبل أصله أو معه، وهذا

الحق هو مقدار نصيب المورث المتوفى من تركة الأصل، على ألا يتجاوز ثلثها.

والمقنن الجزائري تناول هذا المصطلح كعنوان للفصل السابع من كتاب الميراث في قانون الأسرة

في أربعة مواد، وهي المواد من: 169 إلى 172، ونصها:

- المادة 169: من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة

أصلهم في التركة بالشرائط التالية:

- المادة 170: أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً، على ألا يتجاوز

ذلك ثلث التركة.

- المادة 171: لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو

جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا 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.

- المادة 172: ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم

من أبيه أو أمه؛ ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين". (1)

نشأة التنزيل: الأصل الموضوعي التاريخي لظهور قانون التنزيل، هو قانون الوصية الواجبة

الذي ظهر أول مرة في مصر سنة 1946 م، ثم انتشر في باقي الدول العربية في سنوات

(1) قانون الأسرة، منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية. ط. 1990 م، ص: 54، 56؛ ديوان المطبوعات الجامعية. ط. 1993 م،

متابعة بالمصطلح الأول نفسه، حتى ظهر أخيرا في قانون الأسرة الجزائري سنة 1984م تحت مسمى التنزيل.

ومصطلح التنزيل أدق تعبيرا عن الاستحقاق في هذه القضية.

حقيقة التنزيل : بالمقارنة بين التنزيل من جهة والميراث والوصية كل من جهته، وملخصها أن التنزيل يشابه الميراث والوصية من وجوه، ويخالفهما من وجوه أخرى، مما تعذر معه التعرف على حقيقته، وأهم أوجه الشبه بين التنزيل والميراث أن التنزيل ينفذ جبرا بحكم القانون ولو لم ينشئه أصل مورث الأحماد بالوصية، وأنه لا يحتاج إلى قبول منهم، كما أنه لا يرتد بالرد قانونا، وأنه يقسم قسمة الميراث، وأهم أوجه الخلاف بينهما أن التنزيل تلغيه العطايا والوصايا المساوية له من الجد أو الجدة للأحماد، كما أنه يجب عوضا قانونيا لهم، وليس ابتداء شرعيا كما هو شأن الميراث، وأن نظام الحجب فيهما مختلف، فهو في الميراث مطلق، ولكنه في التنزيل قاصر على الفرع الخاص لكل حفيد.

بينما تشبه الوصية التنزيل في أمرين هما: أن التنزيل محدد بالثلث، وأنه مقدم على الميراث، وتختلف عنه في جميع أوجه شبهه بالميراث.

ويتنبه عند تفسير نصوص التنزيل إلى أمرين هامين: الأول في بيان المسكوت عنه، وأنه لا يصلح الإحالة فيه على القاعدة العامة في ذلك، والمقررة في المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

والثاني أن يقيد تفسير قانون التنزيل بما تقيد به القوانين عادة من اعتماد على ما تدل عليه الألفاظ لغة وأصولا، والاستعانة بمقصد المقنن، على ما ذهب إليه الأستاذ أبو زهرة ويمكن الاستعانة أيضا بالقياس بين نصوص القوانين عند المقارنة.

التكييف الشرعي والقانوني للتنزيل : التكييف الشرعي للتنزيل متعذر بالنظر إلى تركيبته الفريدة والملفقة، وأن الاستنتاج المتوهم بمبدأ السياسة الشرعية غير منطبق على خصوصية قضية التنزيل إلا بشروط أهمها أن ينشأ التنزيل بوصية لا بتفرد التدخل القانوني، وأن الأدلة

التي حشدها المقننون للتأسيس الشرعي لهذه القضية غير كافية لاستيعاب جميع جوانب

التنزيل، فأية الوصية في البقرة (180): ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ

صَلِّ^ط الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ

حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ والتي جعلها المقننون عماد استدلالهم، مع ترجيح

إحكامها في غير الوارثين، إلا أنها - مع الآيات المساندة لموضوعها - والحديث: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده" (رواه الجماعة) - والذي رجح أيضا وجوب الوصية به - وكذا الآثار الواردة عن التابعين في إيجاب الوصية، وتعديل مصرفها إلى الأقربين، كل ذلك لا يفي بحاجة التنزيل القانوني، لعدم توفر مقومات الوصية الشرعية له.

فالتكليف القانوني يخرج على أنه اقتطاع مباشر من التركة لصالح الأحماد المستحقين، وأن المقصد منه هو تعويض الأحماد عن نصيب أصلهم الذي فاتهم بوفاته المبكرة، وعن وصية مورثه لهم، وقد حاول المقننون أن يسندوا الأدلة الشرعية السابقة بأسانيد أخرى تثبت إمكان إجراء مثل هذا الاقتطاع، كمذهب ابن حزم في وجوب الوصية وجوبا يعزل نصيبها من التركة، أنشأها الموصي أم لم ينشئها، وكوجوب التدخل القضائي للإلزام ببعض الأمور الديانية أصلا إذا خرب ضمير الناس، وكجواز تدخل ولي الأمر للمصلحة، والتنزيل لهؤلاء الأحماد من المصلحة، لكنها لا تشفع مطلق الاقتطاع كما ذهب إليه القانون.

الجوانب التطبيقية للتنزيل:

المستحقون للتنزيل من الأحماد هم أولاد الأبناء الذكور بإطلاق، والطبقة الأولى فقط من أولاد البنات، على ما ذهب إليه القانونان المصري والكويتي، وذلك بالنظر إلى المقصد القانوني الذي يجعل علة الاستحقاق هي التعويض.

وحالات الاستحقاق تتعلق بموت أصل الأحفاد قبل مورثه، أو معه حقيقة أو حكما،
وشروط الاستحقاق للتنزيل تتلخص في ثلاثة شروط: الأول: عدم ميراث الحفيد من تركة
مورث أصله، والثاني: عدم تعويضه من مورث أصله بأي تصرف آخر، وهذان الشرطان متفق
عليهما بين جميع قوانين التنزيل والوصية الواجبة، وتفرد قانون التنزيل الجزائري بشرط ثالث هو
عدم ميراث الأحفاد من أصلهم - أبا كان أو أما - مقدار ميراث الأصل من مورثه جدا
كان أو جدة، والحجب في التنزيل غير مطلق، ويقدم التنزيل على غيره من الوصايا عند
التطبيق.

مقدار التنزيل في قانون الأسرة الجزائري هو نصيب الأصل ما لم يتجاوز الثلث، وهو
الاختيار الذي ذهب إليه القانون المصري وكذا الأردني والتونسي، بينما ذهب القانون
السوري وكذا المغربي والكويتي إلى أن المقدار هو نصيب الأحفاد من ميراث أصلهم، لا جميع
نصيب الأصل.

ويلزم إتمام المقدار في حال قصور بدائل التعويض عنه كالوصية من مورث الأصل والعطية
ونحو ذلك، مع مراعاة أن هذا الإتمام غير مقصود في حال ميراث الأحفاد من مورث الأصل
مهما كان مقداره؛ ويقسم المقدار على الأحفاد على التساوي في حال انفراد جنس من
الأحفاد بالتنزيل، وعلى قاعدة الميراث في حال تعدد الجنس: للذكر مثل حظ الأنثيين.

كيفية حساب التنزيل: وتتم بحسب المقدار الذي اختاره قانون الأسرة الجزائري على
خطوات ثلاث: الأولى: حساب المسألة على اعتبار أصل الأحفاد المتوفى حيا لمعرفة نصيبه،
والثانية: عزل ذلك النصيب من مجموع التركة وإعطاؤه للأحفاد، والثالثة: إعادة تقسيم الباقي
بعد التنزيل على الورثة الموجودين بمسألة جديدة.

أما بحسب المقدار الآخر: فتقسم الخطوة الأولى السابقة إلى قسمين: حساب المسألة أولا
دون الأصل المتوفى، ثم حسابها باعتباره موجودا، وفي الخطوة التالية: حساب حصة الأحفاد
من حصة أصلهم بمسألة مستقلة، وفي الخطوة الثالثة: إقامة جامعة بين المسألة المستقلة

والمسألة المفترض فيها وجود الأصل المتوفى، وفي الرابعة: عزل حصة الأحماد من أصل التركة: وذلك بمعرفة حصتهم من نصيب أصلهم المتوفى، ثم ضربها في حصتهم من المسألة المستقلة، والحاصل يعاد ضربه في أصل المسألة الأولى التي لا يعتبر فيها وجود الأصل المتوفى، وفي الخطوة الخامسة: توزع التركة على الورثة بعد حذف الأحماد بالكلية: وذلك بضرب أصل التركة الأخير بالأصل الأول لها، وضرب الباقي من حصة الأحماد من أصل التركة الأخير في سهم كل وارث من الأصل الأول.

أما طريقة الحل عند اجتماع التنزيل مع الوصايا الاختيارية في مسألة واحدة فيراعى فيها على المقدارين أن يعرف مقدار الوصية الاختيارية أولاً، ثم تعزل ابتداءً، ليعرف مقدار التنزيل بعدها، وعند معرفته يقارن بثالث التركة فينفذ فيه، وما بقي من الثلث هو الذي تنفذ فيه الوصية الاختيارية.

- المثال الأول:

توفي شخص عن: زوجة وأم وبنت، وبنت بنت توفيت في حياة أبيها، وأخ شقيق وترك 150000 دج.

- الخطوة الأولى: توضع مسألة للورثة الموجودين مع فرض حياة البنت المتوفاة في حياة أبيها، لمعرفة مقدار التنزيل.

وأصل المسألة على ذلك من 24، للبنتين منها ثلاثاها (16)، فيكون للبنت المفروضة ثلث المسألة (8)، وهو الحد الأقصى للتنزيل.

- الخطوة الثانية: يستخرج مقدار التنزيل من التركة: بقسمة المال على أصل المسألة ثم ضرب الناتج في سهم التنزيل:

$$150000 \text{ دج} \div 24 = 6250 \text{ دج.}$$

$$6250 \times 8 \text{ أو } 2/16 = 50000 \text{ دج.}$$

ويمكن معرفة مقدار التنزيل في هذه المسألة أيضا بالقسمة المباشرة لمبلغ التركة على الثلث لأنه مساو له.

$$- 150000 \text{ دج} \div 3 = 50000 \text{ دج، يعطى لبنت البنت تنزيلا.}$$

والباقي بعد استخراج التنزيل:

$$150000 \text{ دج} - 50000 = 100000 \text{ دج؛ وهو الذي يقسم على الورثة.}$$

- الخطوة الثالثة (والأخيرة): يقسم الباقي بعد استخراج مقدار التنزيل على الورثة بعد أن توضع لهم مسألة جديدة عادية، كأنه لم يكن هناك تنزيل.

أصل المسألة - بحسب المثال المذكور - من (24) أيضا، للزوجة ثمنها: (3)، وللأم سدسها (4)، وللبنت نصفها (12)، وللأخ الشقيق الباقي تعصيبا: (5).

$$\text{ويكون حسابها كالتالي: } 100000 \text{ دج} \div 24 = 4166,6666.$$

يضرب هذا الناتج في سهم كل وارث، فيكون:

$$- \text{للزوجة: } 12500 \text{ دج.}$$

$$- \text{للأم: } 16666,666 \text{ دج}$$

$$- \text{وللبنت: } 50000 \text{ دج.}$$

$$- \text{وللأخ الشقيق: } 20833,333 \text{ دج.}$$

- المثال الثاني:

توفي رجل عن: أم، أب، وابنين، وبنت، وبنت ابن توفي أبوها في حياة جدها، وترك (210) هكتارات من الأراضي.

- الخطوة الأولى: معرفة مقدار التنزيل: أصل المسألة الأولى التي يفرض فيها حياة الابن المتوفى في حياة أبيه من (6) وتصح من (42)، لبنت الابن منها (8) أسهم تنزيلا، هي حصة أبيها من التركة.

- الخطوة الثانية: استخراج مقدار التنزيل من التركة:

$$210 \text{ هـ} = 42 \div 5.$$

- 8 (سهم التنزيل) $\times 5 = 40$ هكتارا، تعطى لبنت الابن.

والباقي: $210 - 40 = 170$ هـ، يقسم على الورثة.

- الخطوة الثالثة: معرفة نصيب كل وارث: أصل مسألة الورثة أيضا من (6)، وتصح

من (30)، يقسم عليها الباقي بعد استخراج مقدار التنزيل:

$$170 \text{ هـ} \div 30 = 5,666 \dots$$
 وهذا الحاصل يضرب في سهم كل وارث.

- للأم (السدس) $= 5,666 \dots \times 5 = 28,333 \dots$ هكتارا.

- للأب مثلها: $28,333 \dots$ هكتارا.

- ولكل ابن: $5,666 \dots \times 8 = 45,333 \dots$ هـ.

- وللبنات: $5,666 \dots \times 4 = 22,666 \dots$ هـ.

المثال الثالث:

توفيت امرأة عن: زوج، وأم، وبنيتين، وبنات ابن توفي في حياتها، وتركت 96000 دج. في

هذه المسألة تنزيل لبنت الابن، لأنها محجوبة بالبنيتين، فقد استغرقتنا نصيب الإناث.

- الخطوة الأولى:

أصل المسألة الأولى: من (12)، وتصح من (48)، لبنت الابن منها: (14) تنزيلا، هي

حصة أبيها المفروض حيا، وهي أقل من الثلث.

- الخطوة الثانية:

$$96000 \text{ دج} \div 48 = 2000 \text{ دج.}$$

- مقدار التنزيل:

$$14 \times 2000 = 28000 \text{ دج، يعطى لبنت الابن؛ والباقي:}$$

$$96000 - 28000 = 68000 \text{ دج، يقسم على الورثة.}$$

- الخطوة الثالثة:

أصل مسألة من (12) وتعول إلى (13).

$$\text{مقدار السهم الواحد: } 68000 \text{ دج} \div 13 = 5230,7692 \text{ دج.}$$

$$\text{- للزوج: (الربع): } 5230,7692 \times 3 = 15692,307 \text{ دج.}$$

$$\text{- للأم: (السدس): } 5230,7692 \times 2 = 10461,538 \text{ دج.}$$

$$\text{- للبتين: (الثلاثان): } 5230,7692 \times 8 = 41846,153 \text{ دج.}$$

$$\text{- لكل واحدة: } 20923,076 \text{ دج.}$$

ويلاحظ في هذا المثال أن بنت الابن أخذت بالتنزيل أكثر مما أخذت البنت الصلبية بالميراث، وهو من الغرائب التي أخذت على القوانين التي تبنت المقدار المساوي لحصة الأصل المتوفى الإرثية، وهي القوانين المذكورة سابقا، ومنها القانون الجزائري، وهناك من الأمثلة ما هو أشد غرابة، ولعلنا نعرض لبعضها، ولذلك فقد رجحت في هذا البحث أن يكون المقدار هو حصة الحفيد الإرثية من أصله المتوفى، وهو ما تبناه القانون السوري والقانون المغربي، والقانون الكويتي، مراعاة لمقصد القانون، وهو التعويض، وبعدها عن مثل هذا التناقض، وتلافيا لمثل هذه الغرابة.

- المثال الرابع: عن حد مقدار التنزيل بالثلث في حال المجاوزة له:

توفي شخص عن أب وبنتين وبنت ابن، وترك ما مجموع قيمته: (120000) دج وهذه المسألة أيضا فيها تنزيل لبنت الابن، لأن نصيب الإناث وهو الثلثان مستغرق بالبنتين.

- الخطوتان الأولى والثانية:

أصل المسألة الأولى من (6) ثم تصح من (24): للابن المتوفى (المفروض حيا) منها (10) أسهم، وهي أكثر من الثلث.

فلا يعطى لبنت الابن بالتنزيل إلا الثلث: $120000 \text{ دج} \div 3 = 40000 \text{ دج}$.

وقد كانت ستأخذ بالمقدار المطلق للتنزيل: $120000 \text{ دج} \div 24 = 5000 \text{ دج}$

- $10 \times 5000 = 50000 \text{ دج}$.

والباقى بعد الثلث هو الذي يعطى للورثة:

$120000 \text{ دج} - 40000 = 80000 \text{ دج}$.

- الخطوة الثالثة:

أصل مسألة الورثة من (6)، يقسم عليها الباقي لمعرفة مقدار السهم الواحد.

$80000 \text{ دج} \div 6 = 13333,333 \text{ دج}$.

- للأب (السدس والباقي تعصيبا): $13333,333 \times 2 = 26666,666 \text{ دج}$.

- وللبنتين (الثلثان): $13333,333 \times 4 = 53333,332 \text{ دج}$.

- لكل بنت: $26666,666 \text{ دج}$.⁽¹⁾

(1) يراجع في كل ما سبق : رسالتي للماجستير : التنزيل حقيقته ومشروعيته .

التبرعات

مدخل في معنى التبرع ومشروعياته

التبرع لغة:

تبرع بالعتاء أعطى من غير سؤال⁽¹⁾. وتبرع بالعتاء: تفضل بما لا يجب عليه. وفعله متبرعا: متطوعا⁽²⁾.

وفي المعجم الوسيط: " (تبرع) بالعتاء أعطى من غير سؤال وتفضل بما لا يجب عليه غير طالب عوضا"⁽³⁾.

التبرع اصطلاحاً:

يمكن تعريف التبرع بأنه: بذل المال وإعطاؤه للغير بلا عوض "

مشروعية التبرع:

شرع التبرع في الكتاب، والسنة، والإجماع، وبيانه كالتالي:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)⁽¹⁾.

(1) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده: المحكم والمحيط الأعظم: 2/ 144، ت. عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت 2000 م .

(2) محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط: 907.

(3) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط: 1/ 50، مجمع اللغة العربية، القاهرة .

وقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) (2).

ثانياً : السنة :

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب - ولا يقبل الله إلا الطيب - وإن الله يتقبلها بيمينه، ثم يربها لصاحبها كما يربي أحدكم فلؤه حتى تكون مثل الجبل " (3).

2- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما من يوم يصبح العباد فيه إلا ملكان ينزلان فيقول أحدهما: اللهم أعط منفقا خلفاً، ويقول الآخر: اللهم أعط ممسكاً تلفاً " (4).

3- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم - في أضحى أو فطر - إلى المصلى ثم انصرف فوعظ الناس وأمرهم بالصدقة فقال: أيها الناس تصدقوا فمّرّ على النساء فقال: يا معشر النساء تصدقن فإني رأيتكن أكثر أهل النار ... فلما صار إلى منزله جاءت زينب امرأة ابن مسعود تستأذن عليه، فقيل: يا رسول الله هذه زينب فقال: أي الزيانب؟ فقيل: امرأة ابن مسعود، قال: نعم، ائذنوا لها، فأذن لها، قالت: يا نبي الله إنك أمرت اليوم بالصدقة، وكان عندي حلي لي، فأردت أن أتصدق به، فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: صدق ابن مسعود، زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم " (1).

(2) البقرة 180 .

(3) أخرجه البخاري 1410، ومسلم 1014.

(4) أخرجه البخاري 1442، ومسلم 1010.

(1) أخرجه البخاري 1462 ومسلم 80.

مباحث الوقف:

الوقف: تعريفه، أركانه، دليل مشروعيته:

تعريف الوقف:

لغة: من (وقف) الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء ثم يقاس عليه. منه وقفت أقف ووقفا. ووقفت ووقفي⁽¹⁾، ووقفت الدابة تقف ووقفا ووقفها غيرها من باب وعد ووقفه على ذنبه أطلعه عليه ووقف الدار للمساكين وبأبهما وعد أيضا وأوقف الدار بالألف لغة رديئة وليس في الكلام أوقف إلا حرف واحد وهو أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه أي أقلعت⁽²⁾

يقال: وَقَفْتُ الدار للمساكين وقفا، أي حبستها، وجعلتها صدقة لهم، ويستعمل الفعل قاصرا ومتعديا، فيقال: وَقَفْتُ السيارة ووقفتها.

وأوقفتها بالألف لغة رديئة كما في الصحاح، قال تعالى: ((وقفوهم إنهم مسئولون))⁽¹⁾.

ويقال أوقفت عن الأمر بمعنى أقلعت عنه واجتنبته وأوقفته عن كذا، منعته، لا غير⁽²⁾، والوقف والحبس، يراد به الشيء الموقوف، المحبَس، ويقال له أيضا الحبس بالضم، يرجع معناه إلى المنع من التصرف في الشيء الموقوف، فلا يباع ولا يوهب، ولا يتصرف به⁽³⁾.

اصطلاحا: الوقف: هو التصديق بالانتفاع بشيء مدّة وجوده⁽⁴⁾.

فالوقف من تملك الانتفاع، لا المنفعة، لا يجوز لمن وقف عليه أن يأخذ عوضا عنه ببيع أو إجارة، ويجوز له أن يتنازل عنه لمن توفرت فيه الصفة التي يستحقه بها.

(1) أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة: 6/ 135، ت. عبد السلام هارون. دار الفكر، 1399 هـ - 1979 م.

(2) الرازي: مختار الصحاح: 740، ت. محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، 1415 - 1995.

(4) وعرفه ابن عرفة: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرا، وقد صرح الباجي ببقاء الحبس على ملك

محبسه، ويلزم من ذلك أن زكاة الحبس على الحبس، انظر: منح الجليل: 34/4.

والوقف هو المراد بالصدقة الجارية التي ينتفع بها المتصدق بعد موته على ما جاء في حديث (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة؛ إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له) (5).

– أركان الوقف:

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

أ – الواقف:

وشروطه أن يكون مسلماً، مالكا للذات أو المنفعة المحبسة، له أهلية التبرع، بأن يكون رشيداً، غير مكره، فلا يجوز الوقف من غير المالك، كالفضولي، لأنه متعدّد، بتفويت مال عن صاحبه من غير عوض.

ولا يجوز الوقف من غير المسلم، على مسجد أو كنيسة ونحوها من القرب الدينية، كالحج والجهاد، لأن القرب الدينية لا تجوز من الكافر، وقد ردّ مالك دينار نصرانية عليها، حيث بعثت به إلى الكعبة، وأما القرب الدنيوية، كبناء مستشفيات وطرق وجسور، فيصح من غير المسلم (3).

ولا يصح الوقف ممن أكره عليه، وله رده بعد زوال الإكراه.

ولا يصح الوقف ممن ليس أهلاً للتبرع، فلا يصح من الصبي والمجنون، والسكران، والمهجور عليه لسفه، لأن هؤلاء محجور عليهم في جميع أموالهم، والتبرع من أموالهم من غير عوض ضرر عليهم، وكذلك الزوجة والمريض، لا حق لهما في الصدقة بالوقف فيما زاد على الثلث، لأن تصرف المريض فيما زاد على الثلث فيه إضرار بالورثة، والزوجة لا تتصرف فيما زاد على ثلث

مالها، من غير عوض، دون إذن الزوج، قال ﷺ: (لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوج عصمتها)⁽⁴⁾، وقال ﷺ: (لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها)⁽⁵⁾.

ب - الموقوف عليه:

وهو كل ما جاز صرف منفعة الوقف إليه، كأن يكون شخصا أو أشخاصا معينين، فيهم أهلية القبول في الحال، كزيد الموجود، أو في المال، كمن سيولد لزيد، أو صرّفها في مصالحه، كالمساجد والمستشفيات، وسائر الجهات الخيرية.

- قبول الموقوف عليه:

يشترط قبول الموقوف عليه بنفسه، إن كان أهلا يتأتى منه القبول، وهو البالغ الرشيد، والصغير والسفيه يقبل عنه وليه، فإن رد من يتأتى منه القبول الحبس، رجع ملكه للواقف، إن كان المحبّس عليه الذي رد الحبس مقصودا من الواقف لذاته وشخصه، لأن إرادة الواقف لم تتحقق، فإن كان قصد الواقف مجرد البر والصدقة، رجع الوقف حسبا على غيره من الفقراء، لأن مقصوده البر، وهو يتحقق في أي جهة كانت، والفقراء أولى من غيرهم. ومن لا يتأتى منه القبول، كالفقراء والمساجد والآبار، يكفي في صحة الوقف صرف الوقف في مصالحه، أو تخلّيته للناس يصلون فيه، أو يشربون منه، أو ينتفعون به على الوجه الذي وضع له.

وإذا كان المحبّس عليه لم يوجد بعد، كمن سيولد لفلان، فإن الغلة تجمع وتصرف له بعد وجوده، فإن أُيس من وجوده، رجعت الغلة للمالك، أو وارثه.

- الوقف على غير المسلم وعلى الغني:

لا يشترط في الموقوف عليه أن يكون مسلما، ولا أن يكون فقيرا، فيجوز الوقف على الذمي، وهو الكافر الملتزم بالجزية، وأحكام المسلمين، إن ظهرت في التحسيس عليه قرينة، ككونه قريبا،

(5) صحيح أبي داود: رقم 3031.

أو فقيرا، لقوله تعالى: ((ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا)) (1)، والأسير لا يكون إلا كافرا، وقد روي أن صفية زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي (2).

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

- الوقف على الكنيسة والمعاصي:

لا يجوز الوقف على الكنيسة، ولو من كافر، لأنها مكان وُضع للكفر، ولا يجوز الوقف على المعاصي، والصرف في السفه، كصرفه على الفساق أو في شرب الخمر والدخان، لأن أصل الطاعة والقرية منتف في هذه الوجوه، كمن أوصى أن يقام له ملهى في عرس أو مناحة في موت، فلا تنفذ وصيته، ولا يعمل بها (1).

ج - الشيء الموقوف:

ويشترط فيه أن يكون معيناً، فلا يصح وقف المجهول الذي لا تعلم حدوده، فمن قال: وقفت جميع أملاكى في البلد الفلاني، وهي لا تعرف حدودها لا يوجب قوله حكماً، لعدم تعيين الأملاك المحبسة، ويكون جميع ما خلفه ميراثاً (2)، وتجوز الصدقة بالشيء المجهول إذا كانت الجهالة متعلقة بمقداره، لا بتحديدته وتمييزه، فإذا كان مشهوراً متميزاً، بحيث لا يلتبس بغيره جاز وقفه، فإن الجهالة بالمقدار لا تفسد الوقف لأنه من التبرعات والمعروف، والتبرعات لا تضر فيها الجهالة، بخلاف المعاوضات المبنية على المكايسة والمغابنة.

ويدل على صحة وقف ما كان مجهول المقدار، قول النبي ﷺ لخطيب هوازن: (أما الذي لبني هاشم فهو لكم) (3)، فتبرع لهم بما لا يعلم قدره، وقال ﷺ: (ما تركت بعد نفقة نسائي، ومؤونة عاملي، فهو صدقة) (4)، دون أن يبين مقداره، وهو ما تركه في فدك وخيبر وبني النضير، ولا يعلم مقدار ما تنقصه نفقة نسائه ومؤونة عامليه مما تركه ﷺ، قال ابن رشد: "

(4) البخاري: 2776.

وقد أجمع أهل العلم على أن من أوصى بجزء من ماله الثلث، فدونه، وهو لا يعرف قدره أنه جائز ماض⁽⁵⁾.

– ما يجوز وقفه:

يجوز وقف الأراضي والبيوت والخوانيت والمساجد، والطرق، والجسور والمستشفيات والمدارس والآبار والمقابر، والسيارات والبواخر والدواب، والنخيل والأشجار، وسائر العروض من كل ما ينتفع به مع بقاء عينه، وقد وقف أصحاب رسول الله ﷺ الدور والأراضي، والحوائط والسلاح، والعتاد والخيل للغزو، قال ﷺ: (أما خالد فقد حبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله)، ووقف عمر مائة سهم من أرض خيبر، واشترى عثمان رضي الله عنه بئر رومة من يهودي، ووقفها للمسلمين، ووقفت حفصة رضي الله عنها حليها على نساء آل الخطاب.

وما لا ينتفع به إلا باستهلاكه وذهاب عينه، كالطعام، فلا يوقف، إلا للسلف، إذا كان مما لا يسرع إليه الفساد، كالقمح والشعير يتسلفه من يحتاج إليه ويرده، فيصير حكمه كالنقود، يجوز وقفها للسلف، بحيث يتسلفها من احتاج إليها ويردها، ويُنزّل ردّ البدل منزلة بقاء العين (1).

د – الصيغة:

وهي كل ما يدل على التحبيس ولو تعليقا، كأن حصلت على المال الفلاني فهو حبس، فإنه يكون حبسا بمجرد حصوله.

وتكون الصيغة باللفظ الصريح، وهو: وَقَفْتُ وَسَبَّلتُ وَحَبَسْتُ، فإنها أصرح الألفاظ في الوقفية، تفيد التأيد عند الإطلاق وعدم التقيد، فإن قيد هذا أصرح الألفاظ في الوقفية، تفيد التأيد عند الإطلاق وعدم التقيد، فإن قيد هذا اللفظ الصريح بشخص، كحَبَسْتُ عَلَى

(5) انظر: ابن رشد: المقدمات: 412/2.

فلان حياته، فهي صدقة من الصدقات يتملكها من حُبست عليه، وإن قيد بزمان، كحُبست على الفقراء عشر سنين، رجع الحبس بعدَ العشر سنين إلى المحبّس، أو ورثته. وتكون الصيغة بغير اللفظ الصريح، كتصدقت، إذا اقترن بها ما يدل على التأييد، كقوله: صدقة لا تباع ولا توهب، أو تكون الجهة المتصدق عليها لا تنقطع والغرض السكني والاستغلال، مثل تصدقت على الفقراء والمساكين، أو على طلبة العلم، يسكنونها ويستغلونها، أو تكون الصدقة على غير معينين، سواء كانوا محصورين، كتصدقت على فلان وعقبه، أو غير محصورين كطلبة المدرسة الفلانية، فإن لفظ تصدقت بهذه القرائن، يكون حبسا مؤبدا، لا يباع ولا يوهب.

وقد جعل الزبير دوره صدقة على بنيه، لا تباع⁽²⁾ ولا تورث، فكان ذلك وقفا دائما. فإن تجرّد لفظ الصدقة غير الصريح في التحبّيس عما يدل على التأييد، فهو مجرد صدقة، كأن يقول المتصدق: داري صدقة على الفقراء، دون قوله يسكنونها، فإنها تباع، ويصرف ثمنها على الفقراء بالاجتهاد، إلا لعرف أو قرينة تدل على التحبّيس، كما هو الحال اليوم، ولا يلزم من قوله هذا تعميم جميع الفقراء، إذ لا يقدر عليه، ولا هو مقصد المحبّس، وإن قال الواقف: صدقة على فلان، فهي صدقة له، يتملكها، له أن يبيعها ويهبها، وتورث عنه وإن قال: صدقة على فلان وعقبه، فإنها بعد انقراض العقب، ترجع مرجع الأحماس على أقرب فقراء عصابة المحبّس⁽¹⁾.

ويقع التحبّيس في المسجد ونحوه، كالبر، أو المستشفى، أو المدرسة، أو المقبرة، بالتخلية بينه وبين الناس، دون تمييز، ولا تقييد.

- الوقف على المجهول:

من وقف شيئا، ولم يعيّن الموقوف عليه، وهو ما يعرف بالوقف المبهم، كأن يقول داري حس، ولم يعين جهة تصرف فيها غلة الحبس، وتعدّر سؤال المحبّس، فإن الحبس صحيح، ولا يرجع

(1) وقال أشهب: تكون ملكا لآخر العقب، انظر: مواهب الجليل: 28/6.

ملكاً إلى صاحبه، وتصرف غلته إلى الفقراء والمساكين، إلا إذا كان هناك في بلد المحبس عرف يعين المراد بالأحباس المبهمة، مثل أن يكون عرفهم صرفه للمساجد، أو طلبة العلم، أو غير ذلك (2).

- الحوز شرط لإتمام الوقف:

الحوز معناه: تسلم الوقف والتصرف فيه من قبل الموقوف عليه، كأن يستلم مفاتيح العقار، ويستغله لصالحه، أو مفاتيح السيارة ويركبها، أو يستلم الأرض ويحراثها ويجوؤها.

والحوز شرط لإتمام الوقف لا لصحته، فيصح الوقف بدونه، ويجبر الواقف على تسليمه لمستحقه، لكن إذا حصل مانع للواقف من موت أو إفلاس أو مرض، قبل أن يتم الحوز، بطل الوقف.

ولا بد في إثبات الحوز عند التنازع من معاينة البينة للحوز، بحيث تشهد أنها رأت المحبس عليه قبض الحبس بالفعل، ولا تكفي مجرد شهادتها على إقرار الواقف أن المحبس عليه قد قبض الحبس.

والدليل على أن الحياة شرط لتتمام الوقف وغيره من سائر التبرعات والمنح، أنه لو أمكن تميمه دون حياة، لأدى ذلك إلى أن الإنسان يستطيع أن ينتفع بماله طول حياته، ثم يخرج عن ورثته بعد موته، فيمنعهم من جميع ماله، بتحبيسه والتبرع به لغيرهم، وذلك ممنوع، لأن الله تعالى حدد الموارث لأهلها، وتوعد من تعدى عليها، فقال بعد أن بينها (3)، ((تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين)) (1)، ويأتي قول أبي بكر رضي الله عنه في هبته لابنته عائشة رضي الله عنها: (فلو كنت جدديته واحترتيه، كان لك) (2)، وقد قال عمر رضي الله عنه: (ما بال رجال ينحلون أبناءهم نخلاً ثم يمسكونها

(3) انظر: المقدمات: 410/2.

(1) النساء: 13، 14.

(2) الموطأ: حديث رقم: 1474.

فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة فلم يُجزها الذي نُحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل (3).
والحوز في كل شيء بحبسه، فإذا كان الموقوف عليه رشيدا بالغا يكون حوزة بتسلم الحبس والتصرف فيه، وإخراجه عن نيد الواقف، وإذا كان الحبس مسبلا كالمسجد والعين والبئر، والمستشفى والمدرسة، يكون حوزة بالتخلية بينه وبين الناس في الدخول إليه والانتفاع به، وعدم منعهم منه.

– مشروعية الوقف:

الوقف مندوب إليه، من أعظم القربات وأبواب البر، وهو فعل خير وإحسان، والله يحب المحسنين، قال تعالى: ((وافعلوا الخير لعلكم تفلحون)) (6)، والأحباس سنة قائمة من عهد النبي ﷺ، وأصحابه إلى يومنا هذا.

جاء في الصحيح من حديث ابن عمر: (أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخير فأتي النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول) (1).
وقال ﷺ: (من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده، فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة) (2).

وقال ﷺ: (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة...) (3).

ومعنى انقطع عمله: انقطع ثواب عمله، وأثيب الميت على هذه الأمور الثلاثة، لأنه المتسبب فيها فهي من كسبه.

(3) الموطأ: حديث رقم: 1475.

وقوله: أو ولد صالح يدعو له، ليس معناه أن دعاء غير الولد لا ينتفع به الميت، بل ينتفع الميت بالدعاء، سواء كان من الولد، أو من غيره، وإنما خص الولد الصالح بالذكر، لأنه مظنة كثرة الدعاء لولده، فهو أحرص الناس على بره، وعمل ما ينفعه (4).

ولم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة على الحبس إلا وحبس، حبس عثمان رضي الله عنه واشترى بئر رومة، وجعلها للمسلمين، يوم كانوا أشد ما يكونون حاجة إليها، وقال: دلوي فيها بين سائر الدلاء، وحبس علي وطلحة والزبير، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وعمرو بن العاص، حبسوا دورا وحوائط، وجعل عمر رضي الله عنه صدقة للسائل والمحروم.

الملكية في الوقف:

اختلف الفقهاء في ذلك على ما يأتي:

1 - يرى الإمام مالك وهو رواية عن أحمد وقول للشافعي أن الوقف تبقى ملكيته للواقف ولا تخرج عنها؛ وذلك لما ورد في الحديث: "حبس الأصل وسبب الثمرة"، وتحييس الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف، بل إقراره في ملكه، ولأن الوقف إنما هو تصرف في غلال الأعيان الموقوفة، وذلك لا يقتضي أن تخرج الأعيان من ملك أصحابها بل تبقى وتكون منفعتها لجهة أو شخص آخر كما هو الشأن في الوصية بالمنافع، وقال في نهاية المحتاج: "وفي قول يملكه؛ لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده".

2 - أن الوقف تخرج ملكيته من الواقف إلى الموقوف عليهم، وهو ظاهر مذهب أحمد وقول للشافعي. قال أحمد: "إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم، وهذا يدل على أنهم ملكوه".

3 - ذهب الحنفية وهو أرجح الأقوال عند الشافعي إلى أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد، بل تكون الملكية على حكم ملك الله -تعالى-، وبهذا يقول الظاهرية وغيرهم⁽¹⁾.

والصحيح بقاءه على ملكية الواقف في الأوقاف التي على أشخاص معينين؛ لأن الحق الذي يثبت في الوقف للموقوف عليه إنما هو حق الانتفاع والاستيلاء على الغلال في وقتها، ولا يوجب ذلك زوال ملك لواقف على الوقف، ولذلك تلزمه الخصومة فيه، أما إذا كانت الأوقاف على جهات بر فإن الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى⁽²⁾.

شرط الواقف:

يقصد به تلك الشروط التي يشترطها الواقف عند إنشائه للوقف، والأصل في شروط الواقفين المعبرة شرعاً أن تكون ملزمة للنظار وملتوي الوقف، وليس لهم مخالفتها. وقد قعد لذلك الفقهاء قاعدتهم المشهورة في شروط الوقف حيث ينصون على أن: " شرط الواقف كنص الشارع"⁽³⁾، أي في وجوب العمل به، وفي المفهوم والدلالة. ولكن لا ينبغي العمل وتنفيذ من الشروط إلا ما كان فيه طاعة لله؛ ويحقق مصلحة للمكلف؛ وأما ما كان بضد ذلك فلا اعتبار له⁽⁴⁾.

والفقهاء يردون في بعض الأحيان هذه الشروط ويبتلون بها الوقف، وفي أحيان أخرى يصححون الوقف ويسقطون الشرط، يمكن تلخيصها فيما يلي⁽⁵⁾.

(1) أ. د. عبد الله بن محمد الطيّار، أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، د. محمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ج 6 ص 243، الطبعة الثانية، 1433 هـ - 2012 م.

(2) المرجع السابق، ج 6 ص 244.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 195؛ ابن عابدين، الحاشية، ج 4، ص 400 - 432 (مطلب في قولهم شرط الواقف كنص الشارع).

(4) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 2، ص 96.

(5) انظر في الموضوع: الدردير، الشرح الصغير، ج 5، ص 403؛ والصالوي، بلغة السالك، ج 5، ص 403 وما بعدها؛ الطرابلسي، الإسعاف، ص 32-39؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 5، ص 258؛ ابن عابدين، الحاشية، ج 4، ص 343؛ ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 191-193؛ الأنصاري، أسنى المطالب، ج 2، ص 468؛ أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 151.

1. **اشتراطات باطلة ومبطللة للوقف:** وهي ما نافي لزوم الوقف وتأبيده عند من يقول به، كأن يشترط الواقف حق التصرف في الوقف بالبيع، أو الهبة، أو غير ذلك، أو أن يعود الوقف إلى ورثته بعد موته، أو تؤول ملكيته إليهم عند الحاجة والعوز.

2. **اشتراطات باطلة وغير مبطللة للوقف:** وهي اشتراطات ساقطة لا يعتد بها، ويكون الوقف معها صحيحًا، وغالبًا ما تكون منافية للمبادئ الشرعية للوقف، أو لا تحقق مصلحة المستحقين، كاشتراط الواقف لعائد يدفعه الموقوف عليه نظير ما يناله من غلة الوقف، أو اشتراط عدم عزل الناظر ولو كان خائنًا، أو اشتراط ألاّ يستبدل بعين الوقف غيرها ولو صارت خربة، فعند بعض الفقهاء يكون الوقف صحيحًا، والشرط باطلاً ولاغيًا.

3. **اشتراطات معتبرة ومقبولة يجب العمل بها:** وهي تلك الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، كاشتراط أن تكون غلة الوقف لجهة معينة، أو اشتراط الواقف أداء دين ورثته من غلة الوقف، أو اشتراط أن يكون لمتولي الوقف الحق في زيادة أو نقصان مرتبات المستحقين إلى غير ذلك من الاشتراطات المشابهة⁽¹⁾.

الوقف الدُّرِّي:

ينقسم الوقف بحسب الجهة الأولى التي وقف عليها في الابتداء على نوعين: خيرى، وأهلي أو دُرِّي.

أما الوقف الخيري: فهو الذي يوقف في أول الأمر على جهة خيرية، ولو لمدة معينة، يكون بعدها وقفًا على شخص معين أو أشخاص معينين. كأن يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة، ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده.

(1) يراجع فيما سبق: مسائل في فقه الوقف، ص 15، 16، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية - جدة، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر؛ نواكشوط- 16-21 مارس 2008.

وأما الوقف الأهلي أو الدُّرِّي: فهو الذي يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أي شخص أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره لجهة خيرية، كأن يقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم من بعدهم على جهة خيرية⁽¹⁾.

أدلة مشروعية الوقف الذري: الدليل الأول: لم يفرق العلماء القائلون بصحة الوقف بين الوقف الخيري وغيره، وهذا المصطلح في التقسيم هو مصطلح حادث، لم يعرف إلا في مطلع هذا القرن.

الدليل الثاني: ما رواه البخاري من طريق ابن عون، قال: أنبأني نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: إن شئت حبست أهلها، وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القرى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول قال: فحدثت به ابن سيرين، فقال: غير متأثل مالا⁽²⁾.

وجه الاستدلال: أن عمر جعل وقفه في الفقراء وفي القرى من غير فرق بين قريب وارث، وقريب غير وارث، وأقره الرسول - صلى الله عليه وسلم - على ذلك.

الدليل الثالث: أن الصحابة رضوان الله عليهم قد نقل عنهم الوقف الأهلي، من غير نكير، فقد روى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن الزبير بن العوام وقف داراً له على المردودة من بناته.

وقال أبو بكر الحميدى: تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم، وعمر بن الخطاب برعه عند المروة والثنية على ولده فهي إلى اليوم، وتصدق علي بن أبي طالب

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 ص 7607. دار الفكر، دمشق.

(2) صحيح البخاري (2737)، ومسلم (1632).

بأرضه بينبع فهي إلى اليوم، وتصديق الزبير بن العوام بداره بمكة في الحرامية وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده فذلك إلى اليوم، وتصديق سعد بن أبي وقاص بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم، وعثمان بن عفان ببئر رومة فهي إلى اليوم، وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة فهي على ولده فذلك إلى اليوم، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم، وما لا يحضرنى كثير يجزي منه أقل من هذا. الدليل الرابع: ما رواه أحمد من طريق ابن عون، عن حفصة بنت سيرين، عن الرباب بنت صليح، عن سلمان بن عامر الضبي، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الصدقة على المسكين صدقة، وهي على ذي القربى اثنتان. صلة وصدقة.

الدليل الخامس: ما رواه البخاري في صحيحه، عن أنس رضي الله عنه، قال: لما نزلت ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92] جاء أبو طلحة إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، يقول الله تبارك وتعالى في كتابه، ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92] وإن أحب أموالي إلي بيرحاء، قال: وكانت حديقة كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يدخلها، ويستظل بها، ويشرب من مائها، فهي إلى الله عزَّ وجلَّ وإلى رسوله - صلى الله عليه وسلم - أرجو بره، وذخره، فضعها أي رسول الله حيث أراك الله، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : بخ يا أبا طلحة، ذلك مال رابح، قبلناه منك، ورددناه عليك، فاجعله في الأقربين، فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه ... الحديث⁽¹⁾.

قال ابن عبد البر: "وفيه أن الصدقة على الأقارب من أفضل أعمال البر؛ لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يشر بذلك على أبي طلحة إلا وهو قد اختار ذلك له، ولا يختار له إلا الأفضل"⁽²⁾.

(1) صحيح البخاري (2758).

(2) التمهيد ج 1 ص 206.

والصدقة على الأقارب تشمل الوقف وغيره، ويدخل فيها الوارث وغيره(3).

- **في دخول ولد الولد:** إذا قال: هذا وقف على ولدي، فهل يدخل ولد الولد؟

اختلف العلماء في ذلك: القول الأول: يدخل أولاد الأبناء دون أولاد البنات، وهذا مذهب المالكية، والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية(4).

جاء في منح الجليل: "إذا قال المحبس: حبست على ولدي، أو على أولادي، ولم يزد عليه فيكون الحبس على أولاد بنيه الذكور والإناث، وعلى أولاد بنيه الذكور دون الإناث، ولا يدخل فيه أولاد البنات على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه؛ للإجماع على أن أولاد البنات لا ميراث لهم"(1).

وقال ابن شاس المالكي: "إذا قال: وقفت على ولدي أو أولادي، فهو يتناول ولد الصلب، وولد المذكور منهم دون ولد الإناث، ويؤثر البطن الأعلى"(2).

في صفة دخول أولاد الأبناء: في مذهب المالكية ثلاثة أقوال:

أحدها: وهو المنصوص عن مالك، بأنه يفضل الأعلى، فإن كان فضل أعطي للأسفل(3). قال ابن رشد في البيان والتحصيل: "وسواء على قولهما قال: حُبْسٌ على ولدي ولم يزد، فدخل معهم الأبناء بالمعنى، أو قال: على ولدي وولد ولدي فدخلوا معهم بالنص"(4).

وفي النوادر والزيادات: "قال ابن القاسم: قال مالك فيمن حبس على ولده، أو قال: على ولدي، وولد ولدي، فذلك سواء، ويبدأ بالآباء، فيؤثرون، فإن فضل كان لولد

(3) ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج 16 ص 574، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1432 هـ.

(4) المرجع السابق، ج 16 ص 583.

(1) منح الجليل ج 8 ص 160.

(2) عقد الجواهر الثمينة ج 3 ص 968. وينظر: الديبان، المرجع السابق، ج 16 ص 584.

(3) القراني، الذخيرة ج 6 ص 352، ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 51 ص 12 ص 214.

(4) المرجع السابق، ج 12 ص 213.

الولد. قال عبد الملك: كان مالك يؤثر الأعلين، ويوسع على الآخرين، وكان المغيرة يسوي، وهو أحب إلي" (5).

الثاني: التسوية بينهم، اختاره المغيرة كما تقدم، قال ابن رشد في أجوبته: وبه العمل. رجحه اللخمي، وقال: إنه أحسن. وقال ابن عبد السلام: إنه أقرب (6).

الثالث: قال أشهب: إذا دخلوا أولاد الأولاد بالمعنى قدم الآباء عليهم، كما لو قال: هذا وقف على ولدي، فإنه يشمل الأولاد نصًا، ويشمل أولاد الأبناء معنى. وإن دخلوا بالنص كما لو قال: هذا وقف على ولدي وولد ولدي لم يكن الآباء أولى، بل كانوا بمنزلتهم (1).

مبطلات الوقف :

أ - عدم الجواز :

يبطل الوقف، وما في معناه من سائر التبرعات، كالهبة والصدقة، إذا حصل مانع للواقف، أو الواهب، بأن مات أو أفلس، أو مرض، قبل أن يخرج عن يده، ويجوزه الموقوف عليه، حتى لو كان الواقف يتصرف فيه لصالح الموقوف عليهم، بأن كان يشرف عليه، ويوزع غلته على المستحقين، فلا يعد ذلك حوزا عنه، ما دامت يده جائلة فيه، لأن المال بموت الواقف أو مرضه قبل أن يُجاز عنه، ينتقل إلى الورثة، وبتفليسها ينتقل إلى الغرماء، ففي الموطأ، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (إنَّ أبا بكر الصديق كان نخلها جادًا عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بُنَيَّة ما من الناس أحد أحبُّ إليَّ غنيَّ بعدي منك، ولا أعزُّ عليَّ فقرا بعدي منك، وإني كنت نخلتك جادًا

(5) ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ج 12 ص 30.

(6) حاشية الدسوقي ج 4 ص 97، والذخيرة للقراني ج 6 ص 352.

(1) البيان والتحصيل، ج 12 ص 213. الديان، مرجع سابق، ج 16 ص 591.

عشرين وسقاً، فلو كُنْتِ جدُّتيه واحتزتيه كان لك، وإِنَّمَا هو اليوم مألٌ وارثٌ، وإِنَّمَا هما أخواك وأختاك، فافتسموه على كتاب الله (4).

ولا يكفي الجدُّ في الحوز، فلا يقوم الجدُّ مقام الحوز بالفعل في باب الوقف، بخلاف الهبة، لأن الهبة خرجت عن ملك الواقف بالمرة، أما الوقف، فإن ملكه للواقف، وغلته للموقوف عليه.

فإن حاز الموقوفُ عليه بعض الوقف قبل المانع، ولم يجز البعض، صح وق ما حيز، وبطل وقف ما لم يتم حوزة.

– التحبيس في المرض:

هذا حكم ما حبَّسه الواقف في صحته، أما ما حبَّسه في مرضه المتصل بالموت، فهو وصية من الوصايا، تنفذ من الثلث، فلا يشترط فيها حوز، لأن لكل أحد الحق في ثلث ماله، يوصي به كما يشاء، كما قال ﷺ لسعد، وهو مريض: (الثلث والثلث كثير) (1)، ولا يشترط في الوصية حوز، وإِنَّمَا يشترط فيها أن تكون لغير وارث، كما جاء في الحديث: (لا وصية لوارث) (2)، فإن لم يتصل المرض، بأن صح المريض بعد الحوز صح الوقف (3).

ب – الوقف على البنين دون البنات:

تخصيص بعض الأولاد بحبس أو عطية دون بعض، وردَّ النهي عنه من الشارع نصاً، بطرق صحيحة متعدِّدة صريحة، ففي الصحيح عن النعمان بن بشير، أن أباه بشيراً أتى النبي ﷺ، فقال: (إني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: أَكُلَّ ولدك

(4) الموطأ: حديث رقم: 1474.

(2) الترمذي: 2120، وقال: حسن صحيح.

(3) انظر: الدسوقي: 81/4.

نَحَلْتُهُ مِثْلَ هَذَا، فَقَالَ: لَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: فَارْجِعْهُ (4)، وَفِي رِوَايَةٍ: (فَلَا تَشْهَدُنِي إِذَا فِإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جُورٍ).

فَانظُرْ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: (إِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جُورٍ) (5)، فَإِنَّهُ يَبَيِّنُ الدَّلَالَهَ، فِي أَنَّ الْمِيلَ وَتَخْصِيصَ بَعْضِ الْأَوْلَادِ دُونَ بَعْضِ مِنَ الْجُورِ، وَالْجُورِ حَرَامٌ، وَفِي رِوَايَةٍ: (إِنِّي لَا أَشْهَدُ إِلَّا عَلَى حَقٍّ) (6)، فَإِنَّهُ أَيْضًا يَبَيِّنُ فِي أَنَّ هَذَا التَّفْضِيلَ عَلَى خِلَافِ الْحَقِّ، وَمَا كَانَ خِلَافَ الْحَقِّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: (أَيْسَرُكَ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً، قَالَ: بَلَى، قَالَ: فَلَا) (7)، فَإِنَّ فِيهِ إِيمَاءً إِلَى أَنَّ الْعِلَّةَ فِي مَنَعِ التَّفْضِيلِ، أَنَّهُ يَأْتِي إِلَى الْعُقُوقِ وَالتَّقْصِيرِ فِي الْبِرِّ، وَالْعُقُوقِ وَالتَّقْصِيرِ فِي الْبِرِّ مُحْرَمٌ، فَمَا يَأْتِي إِلَيْهِ مِنَ التَّفْضِيلِ فِي الْعَطِيَّةِ مُحْرَمٌ (1).

وَالْحَبْسُ بِإِخْرَاجِ الْبَنَاتِ بَاطِلٌ عِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ عَنْهُ مَطْلُوقًا مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهُوَ عِنْدَهُ أَشَدُّ فِي الْكِرَاهِيَّةِ مِنْ هَبَةِ الرَّجُلِ لَوْلَدِهِ دُونَ وَلَدِهِ، لَمَّا فِي الْأَوَّلِ مِنَ الشَّبْهِ بِعَمَلِ الْجَاهِلِيَّةِ، قَالَ تَعَالَى: ((وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذِكْرِنَا وَمَحْرَمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُنْ مِيتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ)) (2)، وَقَالَ تَعَالَى: ((وَتَأْكُلُونَ التَّرَاثَ أَكْلًا)) (3)، فَقَدْ كَانُوا لَا يُوَرِّثُونَ النِّسَاءَ، وَلَا الْيَتَامَى الضَّعَافَ، وَيَأْكُلُونَ مِيرَاثَهُمْ ظُلْمًا وَعُدْوَانًا، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ بَيِّنَةٌ لِحَبْسِ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ مَعَ حَرَمَةِ الْقُدُومِ عَلَيْهِ، هِيَ الَّتِي يَنْبَغِي أَنْ يَعُولَ عَلَيْهَا (4)، لَمَّا فِي الْعَمَلِ بِهَا مِنَ الْبِرِّ

(4) مسلم: 1623.

(5) مسلم: 1623.

(6) مسلم: 1624.

(7) مسلم: 1623.

(1) انظر: المعيار: 284/7.

(2) الأنعام: 139.

(3) الفجر: 19.

(4) وقد رويت أقوال أخرى لعلماء المالكية في التحبب على الذكر دون الإناث، أحدهما أن علي الحبس أن يرده ويدخل فيه الإناث، ولو حيز عنه الحبس، والثاني: أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، ما لم يحز عنه، فإن حيز عنه فلا يفسخه إلا برضا الحبس عليهم، والثالث أنه لا يفسخه إلا برضى الحبس عليهم، حتى لو لم يحز عنه، والرابع صحته مع الكراهة، انظر: البيان والتحصيل:

206/12، والدسوقي: مع الشرح الكبير: 79/4.

والعدل والتقوى التي أمر بها رسول الله ﷺ، ومخالفة عمل الجاهلية، ففي المعيار: " وقد شهر غير واحد من المحققين إبطال حبس أخرجت منه البنات، وهو صريح رأي الشيخ خليل في مختصره وقال صاحب الشامل فيه: إنه لا يصح (5).

وعليه فإن من حبس أملاكه على بنيه دون بناته، بأن أخرجهن من الحبس ابتداء من أول الأمر، أو جعل لهن الحق ابتداء، لكن شرط أن من تزوجت منهن خرجت، ولا حق لها في الوقف، بطل الحبس كله، ولا يجوز للذكور الاختصاص به، لأن حرمان البنات منفعل الجاهلية، ولا يقال إن في قول النبي ﷺ للنعمان بن بشير: (أشهد على هذا غيري) دليل على إقراره عليه، وإلا لم يقل له: (أشهد على غيري) لأن هذا اللفظ وإن كان ظاهره، فهو للتحذير من الفعل والتنفير منه على حد قوله تعالى: ((واعملوا ما شئتم)) وليس للإذن، بدليل أن النعمان بن بشير لم يفهم منه إلا هذا، فإنه رد الصدقة، ولو فهم الإذن لأشهد على عطيته غير رسول الله ﷺ وأمضاها.

ج - الوقف على المعصية والمكروه:

الوقف على المعصية، هو من وضع الشيء في غير موضعه، فإن الوقف قرينة وطاعة والقربة والمعصية متضادان، فمن وقف شيئاً على ما يظنه خيراً لجهله بحكمه، فإذا هو معصية، أو مُعِينٌ على معصية، فإن وقفه باطل، مردود على الواقف، أو ورثته، إلا إذا أرادوا تحويله إلى جهة أخرى، فيها طاعة وقربة.

مثال الوقف على المعصية الوقف على الفسقة، وعلى إقامة ملهى في عرس، أو منحة في موت، أو على الإعلانات الكاذبة والكتب المضللة التي تنشر الفجور، أو تحرف تعاليم الإسلام أو تسيء إليه، لاشتمالها على الأخبار المكذوبة، أو تحرض على الفتنة والفرقة بين المسلمين، أو تدعو إلى عصبية أو إلى طريقة تعمل أعمالاً مخالفة للشرع، أو تستتر

(5) المعيار: 283/7.

باسم الدين، لأن كل ما يعين على الباطل فهو باطل، قال تعالى: ((وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان))⁽¹⁾.

أما الوقف على المكروه وعلى ما تخلط فيه الطاعة بالمعصية، كالوقف على تعليق الصور والكتابات في المساجد، وزخرفتها بما يشغل المصلين، وكالوقف على من يقيم ذكرا، يلزم منه رفع الصوت في المسجد، أو يخلطه باللهو، كالرقص والدف، أو على من يؤذنون جماعة بصوت واحد، أو يلحنون في الأذان، أو يزيدون فيه، فلا يصرف الوقف على هذه الجهات، بل إما أن يرد الوقف ويبطل، أو يصرف إلى جهة أخرى فيها قرينة وطاعة، قال الخطاب نقلا عن صاحب المدخل: " لأنه لا يخلوا إما أن يكون - أي هذا العمل - لأجل الثواب، فالثواب لا يكون إلا بالاتباع، أو لأجل المرتب من الوقف، ومرتب الوقف لا يصرف في بدعة "⁽²⁾.

د - الوقف في مرض الموت على الوارث:

من مبطلات الوقف، الوقف على وارث في مرض الموت، لأن الوقف في مرض الموت من قبيل الوصية، والوصية للوارث لا تصح، لحديث النبي ﷺ: (لا وصية لوارث)⁽³⁾، 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، لقول النبي ﷺ لسعد: (الثلث والثلث كثير)⁽⁴⁾، 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، فإنه صحيح فيما لا يتجاوز الثلث، لأنه ليس فيه حرمان وارث، ولا ظلم أحد.

(1) المائة: 2.

(2) انظر: مواهب الجليل: 23/6، والدسوقي: 78/4.

والقاعدة في هذا الحبس المعقَّب أن يقسم الوقف على الموقوف عليهم على رؤوسهم بالتساوي، ذكورا وإناثا الوارثين وغير الوارثين، ثم يؤخذ ما ناب الوارثين من الأسهم في هذه القسمة، ويقسم حسب الفريضة الشرعية، على جميع الورثة، الموقوف عليهم وغيرهم، ويكون حكمه في أيديهم حكم الوقف، لا الملك، فلا يباع ولا يوهب، ولا يورث عنهم، بل يرجع بعد موتهم مرجع الأحباس.

5 - بيع الوقف:

يختلف حكم بيع الوقف بين أن يكون عقارا أو غيره.

أ - بيع العقار:

لا يجوز بيع الحبس إذا كان عقارا، أرضا، أو دارا، أو حانوتا، ولو خرب، قال مالك رحمه الله: " ولا يباع العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة، دليل على منع ذلك".

ويستثنى من ذلك المسجد إذا ضاق، والطريق العامة إذا ضاقت على المارة، وتضرروا من ضيقها، والمقبرة إذا ضاقت عن الدفن، فأ، هذه الثلاثة يجوز توسعة بعضها من بعض، أو من أرض أخرى محبسة بجوارها، تُشترى ويوسع بها المسجد، أو الطريق، أو المقبرة، للضرورة، لأن ما كان لله، لا بأس أن يستعان ببعضه في بعض، وقد أدخل في مسجد رسول الله ﷺ حيث وُسِّع 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).

ولا يؤخذ شيء من الحبس إذا كان على ناس معينين لإدخاله في المسجد، أو الطريق، إلا بالثمن، لأن ما كان حقا لمعين، لا يجوز أخذه منه بدون عوض، وإذا امتنع عن بيعه أجز عليه، لأن ذلك مما لا بد للمسلمين منه، فقد كانت للعباس دار أراد عمر أن

يشتريها ويزيدها في مسجد رسول الله ﷺ، فأبى العباس أن يبيعها، وتحاكما معه إلى أبي بن كعب، فقضى على العباس ببيعها، فوهبها العباس ولم يأخذ عوضاً.

والإذن في أخذ أرض الحبس للمسجد، مقصور على أخذها للمسجد ذاته، لا للمحل الوضوء، فلا يجوز بيع الحبس لتوسعة محل الوضوء، لأن المسجد لإقامة الجماعة إمّا سنة يقاتل على تركها، أو واجبة عند العض، أما الوضوء في الميضاة، فلا فضل فيه، ويتأتى في كل مكان، فإذا كان الحبس على غير ناس معينين، بأن كان على المسجد، أو على الفقراء، فيجوز أخذه لتوسعة المسجد، أو الطريق من غير عوض، لأنه لم يتعلق به حق لمعين، وما يحصل لمحبسه من الأجر بإدخاله في المسجد، أو الطريق التي ينتفع بها المسلمون أعظم من تحبسه الأول(1).

ولا يجوز بيع عقار الحبس، في غير هذه الحالات الثلاث، ولو خرب، وتهدم، على ما روي عن مالك في المدونة، لأنه قد يوجد من يصلحه بإجارته سنين، فيعود كما كان، وكذلك نقضه وحجارته لا يجوز لأحد أن يشتريها، وروي عن مالك أيضاً جواز بيعه إن خرب ولم تمكن عمارته، إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة، ويجعل ثمنه في وقف مثله، وأفتى بهذه الرواية المتأخرون من علمائنا، فجوزوا المعاوضة على الحبس ومناقلته وبيعه إذا أصبح عديم الجدوى، لا ترجى له فائدة مثله، وذلك بالشروط الآتية:

- ألا تكون له غلة يصلح منها.

- ألا ترجى عودته إلى حالته بإصلاح، أو غيره.

- ألا يوجد من يتطوع بإصلاحه(2).

وهذا كله في غير المساجد، أما المسجد فلا يجوز بيعه بحال، ومن تعدى وباع حبسا من غير عذر، لم يجعل له الواقف الإذن بالبيع في أصل التحبيس فهو عاص آثم، يؤدب ويسجن، والمشتري كذلك مثله إن كان عالما بالحبس، ولا يبيع باطل يجب فسخه ورده،

(1) انظر: البناي: 88/7.

سواء فات بهدم أو بناء، أو لم يفت، خرج من يد مشتريه أم لا، ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن وُجد عنده، فإن كان البائع معدماً، أخذ المشتري حقه من غلة الوقف شيئاً فشيئاً، إلى أن يستكمل جميع الثمن الذي دفعه، إلا أن يموت البائع، فإن مات البائع، وانتقل الوقف لمن بعده، فلا شيء بعد ذلك للمشتري، وهي مصيبة نزلت به، لأن الحبس قد انتقل لمستحق آخر غير البائع⁽¹⁾.

ومن هدم وقفا تعدياً، فقد أساء وظلم، وعليه قيمته كسائر المتلفات.

ب - 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، يُعْن به - إن وجد من يعين - في شراء وقف مثله، وإلا تُصدَّق بالثمن.

(1) انظر: التسولي: شرح التحفة: 236/2.

مباحث الهبة

الهبة: تعريفها. دليل مشروعيتها. أنواعها وشروطها

تعريف الهبة:

الهبة: تمليك ذات من غير عوض، مقصود به وجه من أعطيت إليه، فيخرج بـ (تمليك الذات) تمليك المنفعة، فلا يسمى هبة، مثل العارية والوقف والنكاح والعُمري، وقيد (من غير عوض) يخرج به البيع، وهبة الثواب، وقيد (مقصوداً به وجه من أعطيت إليه) يخرج به الصدقة، فأعطاء الذات بعوض، هبة الثواب، وإعطاؤها من غير عوض لوجه من أعطيت إليه، هبة غير الثواب، وإعطاؤها لوجه الله هو الصدقة، وإذا قصد بالإعطاء الأمان معاً، وجه الله ووجه من أعطيت إليه، فهو صدقة أيضاً.

وهبة غير الثواب، هي والهدية شيء واحد، قد يتميزان بالقرائن والمرتبة، فإذا كانت العطية للتكريم، تودّداً إلى من حملت إليه، فهي هدية، وإن كانت لإعانتته فهي هبة⁽¹⁾.

فضل الهبة:

الهبة بأنواعها من المعروف، الذي ندب إليه الشارع، قال تعالى: ((فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً))⁽²⁾، وقال ﷺ: (... وتهادوا تحابُّوا)⁽³⁾، وقال ﷺ: (يا نساء المسلمين لا تحقرنَّ جارة لجارتها ولو فرسن شاة)⁽⁴⁾، وكان أصحاب رسول الله ﷺ يتحرّون بهداياهم إلى رسول الله ﷺ يوم عائشة، يبتغون بذلك مرضاة رسول الله ﷺ⁽⁵⁾، وقد وهب النبي ﷺ وأصحابه لهوازن ما غنموه منهم، كما جاء في الصحيح، وفي

(1) د. الصادق عبد الرحمن الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 4 ص 247 ، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ص

353.

(2) النساء: 4.

(3) الموطأ: رقم: 1385، مراسلاً، قال ابن عبد البر: يتصل من وجوه شتى، حسان حلها.

(4) البخاري: حديث رقم: 2566.

(5) البخاري مع الفتح: 132/6.

البخاري عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أربعون خصلة أعلاهنّ منيحة العنز ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها، إلا أدخله الله بها الجنة)⁽⁶⁾.

دليل مشروعيتها: أجمع أهل العلم على جواز الهبة وثبوت حكمها في الشرع، والأصل في ذلك قوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ } [النحل: 90]، وقوله تعالى: { وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ } [البقرة: 177]. وقوله: { إِنَّ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ } [البقرة: 271]، وقوله: { وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا } [الإنسان: 8]، وقوله: { فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ } [يوسف: 88]، وقوله: { إِنَّ تَقْرُضُوا اللَّهَ فَرَضًا حَسَنًا يُضَاعِفْهُ لَكُمْ } [التغابن: 17]. ويروى أن هذه الآية نزلت في أبي الدحداح تصدق بحديقة له فأعطاه الله في الجنة ألف ألف حديقة. وقال رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «من تصدق بصدقة من كسب طيب - ولا يقبل الله إلا طيبا - كان إنما يضعها في كف الرحمن يرببها له كما يربي أحدكم فلوه أو فصيله، حتى تكون مثل الجبل»⁽²⁾. وقال - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «اتقوا النار ولو بشق تمرة»، وما روي عنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أنه «كان يقبل الهدية ويثيب عليها»، وقوله: «لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدي إلي كراع لقبلت»، وقوله: «ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما وهب لولده»، وقوله: «الراجع في صدقته، كالكلب يعود في قيئه»، «وقوله للنعمان بن بشير: " أكل ولدك نحلته مثل هذا»، وقوله: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»، والآثار الواردة في هذا أكثر من أن تحصى كثيرة⁽³⁾.

(6) البخاري: حديث رقم: 2631.

(2) سبق تحريجه.

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 2 ص 407، 408.

أنواعها: الهبة منها ما هي هبة عين، ومنها ما هي هبة منفعة. وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب، ومنها ما لا يقصد بها الثواب. والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق.

فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها، وإنما اختلفوا في أحكامها. وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها، فأجازها مالك وأبو حنيفة؛ ومنعها الشافعي، وبه قال داود وأبو ثور⁽²⁾.

هبة الثواب (5):

وهي هدية يطلب بها عوض مالي من المهدى إليه، تلزم بالعقد، كالبيع، لا يجوز الرجوع فيها إذا عين الواهب العوض، الذي يريده على هبته، ورضي به الموهوب له، فإن لم يعين الواهب العوض (الثواب) فلا يلزم العقد، إلا بعد أن يقبض الموهوب له الهبة، فإن قبضها لزم العقد.

ويدل على هبة الثواب ما جاء في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها)⁽⁶⁾.

وروى الحاكم عن ابن عمر وصححه، عن النبي ﷺ أنه قال: (من وهب هبة فهو أحق بها، ما لم يثيب منها)⁽⁷⁾.

وفي الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة، يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يُرض منها)⁽¹⁾.

وهذا أصل في مشروعية الهبة للثواب، وقبض الهبة رضا بالثواب والتزام به، ومن التزم له بالثواب عن رضا فقد أثيب، لأن العقود مبناهما الرضا والالتزام⁽²⁾.

(2) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 4 ص 115.

– العوض في هبة الثواب (3):

العوض في هبة الثواب يكون بالقيمة التي تساويها الهبة يوم قبضها، فمن أهدي إليه مثلاً ثياب تساوي مائة دينار، فإنه يترتب عليه دين مائة دينار، يجب أن يردّها إلى الواهب، ولا يجب عليه أن يرد أكثر من ذلك، حتى لو كانت تلك الثياب يوم الرد تساوي خمسمائة دينار.

ويشترط في هدية الثواب على القول المشهور عند علمائنا، ما يشترط في البيع والشراء من السلامة من الربا، فمن أهدي إليه نقود لا يرد نقوداً، لا مساوية للهدية ولا أكثر منها، حتى لا يترتب على الهدية بيع نقد بنقد نسيئة، أو بيع نقد بنقد متفاضلاً، بل الواجب فيمن أهدي إليه نقود أن يرد ما يساويها من اللباس، أو الأثاث والفروش والأواني، أو الطعام؛ كاللحم والزيت والأرز ... إلخ.

ومن أهدي إليه طعام لا يرد طعاماً، لأنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلى أجل، بل يرد قيمة ذلك الطعام نقوداً أو عروضاً، مثل أكواب، أو ثياب، أو صحون، أو غسالة، أو ما أشبه ذلك، أو طعام، كالسكر والحلويات ... إلخ، هذا هو القول المشهور عند علمائنا (4). ومن وهب لعرس، له أن يأخذ قيمة هبته معجلاً، ولا يجب عليه الانتظار لحدوث عرس عنده، إلا إذا جرى العرف بالتأخير (1).

أركان الهبة وشروطها:

(3) انظر: الشرح الكبير: 116/4.

(4) وقيل إن هدية الثواب لا يشترط فيها ما يشترط في البيع من السلامة من الربا، لأن المقصود بما المكارمة والمودة والمعروف، لا المماسكة والمساحة كالبيع والشراء، فيجوز على هذا القول لمن أهدي إليه طعام أن يرد طعاماً، ولمن أهدي إليه نقود أن يرد نقوداً، قال ابن العربي: (.. وكذلك يجوز الربا في هدية الثواب)، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (أما رجل وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته حتى يرضى منها)، فهو مستثنى من الممنوع الداخل في عموم التحريم، وقال الأبي في شرح مسلم: (وهل تعتبر السلامة من الربا بين الهبة وعوضها، اعتبر ذلك في المدونة، فممنوع أن يعوض عن الحلبي دراهم وعن الطعام طعاماً مخالفاً، وعن الثياب ثياباً أكثر منها، وأجاز في المدونة كثيراً من هذا المعنى). قال د. الغرياني: والذي أميل إليه أن الهدايا إن كانت غالية الثمن يجب أن يتقيد فيها بالقول المشهور من السلامة من الربا، لأن صاحبها ينتظر ردها، ومعنى المعاوضة فيها متحقق كالبيع والشراء، أما الهدايا اليسيرة كعلبة الحلوى والخمس دینارات ونحوها، فالغالب فيها المكارمة والمعروف، فلا تطبق عليها أحكام الربا، وتكون مستثناة من التحريم كما قال ابن العربي، والله أعلم. المرجعان السابقان.

أركان الهبة أربعة: المعطي، والمعطى له، والشئ الموهوب، والصيغة، وفيما يلي تفصيل هذه الأركان وشروطها:

1- المعطي أو الواهب :

وشروطه أن يكون أهلا للتبرع، وهو من كان رشيدا طائعا، فمن أكره على الهبة، فلا تصح هبته، وله ردها بعد زوال الإكراه، ولا تصح الهبة ممن ليس أهلا للتبرع، وهو الصبي والمجنون، والسكران، والمحجور عليه لسفه، وسوء تصرف، فهبة هؤلاء باطلة، ولا يعتد بها، ولو أجازها الولي، لأنه محجور عليهم في جميع أموالهم، لحق أنفسهم ووكيلهم ولايته قاصرة على ما فيه منفعة لهم، والتبرع من أموالهم من غير عوض ضرر عليهم، فليس من حقه.

وكذلك المرتد لا تصح منه الهبة، لأن ماله فيء، فهو غير مالك، أما المحجور عليه لأنه مريض على فراش الموت، فله الحق في الهبة بثالث ماله، وما زاد على الثلث، لا يصح إلا إذا أجازة الورثة، فإذا أجازوه صح، وصار عطية مستأنفة منهم، والمدين الذي أحاط الدين بماله محجور عليه لحق الغرماء، فلا يجوز له التبرع إلا بإذن الغرماء، فإذا أذنوا له صحت منه الهبة، لأنهم أصحاب الحق.

2 - الشئ الموهوب :

وشروطه أن يكون مملوكا للواهب، منتفعا به شرعا، فلا تجوز هبة الغاصب ما غصبه، ولا هبة الفضولي⁽¹⁾، لأن الغاصب والفضولي غير مالكين، ولا تجوز هبة الخمر، ولا الميتة والدم، ولا الصور المحرمة، والمناظر العارية، والأشرطة المحرّضة على الفجور، لأنه لا يجوز تملكها، ولا الانتفاع بها شرعا، وتجوز هبة الكلب للحراسة، لأنه مأذون في اتخاذه. ولا يشترط في الشئ الموهوب أن يكون معلوما لأحد الطرفين، لأنه تبرع من غير عوض، فلا يضره الجهل، سواء كان الجهل في ذات الموهوب، مثل أهيك الجائزة التي أتحصل

(1) وقيل هبة الفضولي مثل بيعه، متوقفة على إذن المالك، فإن أذن صحت، انظر: حاشية الدسوقي: 98/4 .

عليها، ولا يُدرى ما هي، أو الجهل في مقداره، مثل أهبك حصتي من الميراث، أو غلة هذه الشجرة، التي لم بيد صلاحها، أو ما في هذا الزيتون من زيت، أو الحمل الذي في بطن هذه الشاة، كل ذلك جائز، لأن التبرع لا يضره الجهل بمقداره⁽²⁾.

3 - الموهوب له :

وهو من كان أهلا للملك، سواء كان موجودا، كفلان، أو طلبة المدرسة الفلانية، أو سيوجد، كمن سيولد من أبناء فلان، أو كان جهة اعتبارية، كالمساجد والمستشفيات والمشاريع الخيرية، وتجوز الهبة لغير المسلم، لقوله تعالى: ((ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا))⁽¹⁾، والأسير لا يكون إلا مشركا.

4 - الصيغة :

والمراد بها الإيجاب والقبول، الدال على التملك بغير عوض، سواء كان صريحا، مثل: وهبت وملكت، أو غير صريح مثل: أعطيت، وخذ، أو كان فعلا احتتت به قرائن تدل على التملك، كمناوله الأب ابنه مفتاح السيارة عند الحاجة، أو إعطائه الكتب المدرسية، أو إلباسه ثيابا، أو ساعة، أو إلباس ابنته خاتما، أو عقدا، فإذا مات الأب اختص الولد بما حازه من هذه الأشياء، ولا يشاركه فيها الورثة، لأن القرائن دلت على التملك، إلا أن يبين الأب أن الذي أعطاه لولده، إنما هو عارية ينتفع بها، ثم ترجع إلى الأب، فإذا بين ذلك، ومات الأب، اشترك فيه الورثة جميعا⁽²⁾.

- ما يشتره الرجل لزوجته من الحلي باق على ملكه :

(2) د. الغرياني : المدونة : 4 / 249 ، أحكام المعاملات : 355 .

(1) الإنسان : 8 .

(2) د. الغرياني : المدونة : 4 / 250 ، أحكام المعاملات : 356 .

ما يشتره الرجل لزوجته من الحلي، بعد الدخول بها، زائداً على مهرها، هو باق على ملك الزوج، وليس لها منه إلا التزّين به للزوج، فإذا طلبه كان من حقه، وإذا مات الزوج كان ميراثاً للورثة جميعاً، إلا أن يبين الزوج أنه أعطاه لها ملكاً، لا عارية وإمتاعاً، وهذا بخلاف الهدايا التي يرسلها الزوج إلى المرأة قبل الدخول بها، فإنه محمول على التملك، تختص به دون الورثة، وليس له الرجوع فيه، إلا إذا بين وقت الإهداء أنه عارية، وليس ملكاً⁽³⁾.

– بناء الابن في ملك أبيه وهو ساكت :

وبناء الابن في ملك أبيه بإذنه، مع قول الأب: هذا بيت ابني، لا يفيد وحده ملكية الابن للبيت، بل لا بد أن يُشهد الأب على تملك البيت للابن، وهذا ما لم يدل العرف على أن قول الأب هذا يراد به التملك، فإن دل العرف على ذلك اختص الابن بالعقار، دون سائر الورثة، فإن كان العرف لا يدل على التملك، فليس للابن إلا قيمة بنائه منقوصاً، لأنه عارية وانقضت بموت الأب⁽¹⁾.

– الحيابة شرط لتمام الهبة :

الهبة تُملك بالعقد، وهو الإيجاب والقبول، فإذا قبل الموهوب له الهبة، فقد صحّت له وملكها، ولو لم يقبضها بالفعل، فالقبول في عقد الهبة لا بد منه، لا تصح بدونه، أما حيازتها، وقبضها قبل حصول المانع، فهو شرط لتتميمها، لا تتم إلا به، بمعنى أن الحيابة لا بد أن تحصل والواهب صحيح عاقل، فلو تأخر قبض الهبة وحيازتها حتى مات الواهب، أو مرض، أو أفلس وأحاط الدين بماله بطلت الهبة، وصارت من حق الورثة والغرماء⁽²⁾، ففي الموطأ، عن عائشة أنها قالت: (إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاداً عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بُنَيَّةُ ما من الناس أحد

(3) د. الغرياني : المدونة : 251 / 4 ، أحكام المعاملات : 356 .

(1) انظر : الشرح الكبير : 101/4 .

(2) انظر : الشرح الكبير : 103/4 .

أَحْبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادًّا عَشْرِينَ وَسَقًّا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَّدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانُ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ وَأَخْتَاكَ، فَاقْتَسَمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ يَا أَبَتُ: وَاللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتَهُ، إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمَنْ الْأُخْرَى، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: ذُو بَطْنٍ بِنْتِ حَارِجَةَ أُزَاهَا جَارِيَةٌ (3).

وفي الموطأ، عن عمر بن الخطاب قال: (ما بال رجال ينحلون أبناءهم نُحْلًا ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا، وإن مات هو، قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إِيَّاهُ، من نحل نحلة فلم يَحْزُها الذي نُحِلُّها حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل (4).

وللموهوب له أن يطالب بالحياسة، وله أن يجبر الواهب على أن يمكنه من قبض الهبة، لأنه ملكها بالعقد كما يملك المبيع.

ولا يشترط في حياسة الهبة إذن الواهب، فلو حازها الموهوب له من غير علم الواهب لَنَمَّتْ له الهبة واختص بها، لأن ملكها ثابت له بالعقد، ولا يحتاج الإنسان إلى إذن في ملكه (5).

– هبة أحد الزوجين للآخر :

هبة أحد الزوجين للآخر، منها ما يكفي فيه الإشهاد، ولا يحتاج إلى حياسة، ومنها ما لا بد فيه من الحياسة بالفعل، وهي على التفصيل الآتي:

إذا كان الموهوب شيئا من متاع البيت، كالآنية والثياب والأثاث، فلا يحتاج إلى حياسة، فمتى أشهد الواهب منهما للآخر على الهبة صحت، ولو بقيت في حوزة الواهب إلى أن

(3) حديث رقم: 1474.

(4) حديث رقم: 1475.

(5) د. الغرياني : المدونة : 252 / 4 ، أحكام المعاملات : 358 .

مات، لأن متاع البيت تدعو الحاجة إلى جولان يد الواهب فيه، وفي منعه عنه من المشقة ما لا يخفى.

فإن كان الموهوب شيئاً آخر غير متاع البيت، كالسيارة، والنقود، والعقارات غير دار السكنى، فلا يكفي فيه الإشهاد عن الحوز، بل لا بد أن يتم حوز الموهوب له للهبة قبل حصول المانع، إذ لا تدعو الحاجة إلى جولان يد الواهب في مثل هذه الأشياء، فإن حصل مانع للواهب قبل الحوز بطلت الهبة.

وتصح هبة المرأة دار السكنى للزوج، أو لبنيه، ولو بقيت ساكنة معهم إذا أشهدت على الهبة، ويُعدُّ سكنى الزوج معها في الدار حوزاً لها، لأن السكنى واجبة على الزوج، فهو صاحب البيت، وهي تبع له، وإذا اشترطت عليه في الهبة أنه لا يخرجها من الدار التي وهبتها إياه، أو لا يبيعها، بطلت الهبة، ولا تُعدُّ سكناه معها حينئذ حوزاً لها، لتحجيرها عليه في الحوز.

وهبة الزوج دار سكناه لزوجته لا تصح ما دام ساكناً معها في الدار، لأنه لا تتأتى لها حيازتها، حيث إن سكنها فيها تبع له، فلا تُعدُّ حائزاً، إلا إذا انتقل منها وسلمها مفاتيحها، فتتم لها الهبة⁽¹⁾.

– هبة الأب أو الأم لابنهما الصغير :

هبة أحد الوالدين لولدهما الصغير لا تحتاج إلى حيازة، فمتى أشهد الأب أو الأم على الهبة صحت الهبة، حتى لو حصل لهما المانع والهبة في حوزتهما، لأنهما يحوزان له⁽²⁾، أما الهبة للولد الكبير إذا كان رشيداً، فلا بد فيها من حيازة الولد، وإلا بطلت.

مُبْطَلَاتِ الْهَبَةِ :

(1) د. الغرياني : المدونة : 4 / 257 ، أحكام المعاملات : 358 .

(2) انظر : الشرح الكبير والدسوقي : 106/4 .

- عدم حوز الموهوب للهبة حتى مرض الواهب مرض الموت ، أو أفلس . جاء في الفواكه الدواني: " (ومن وهب هبة) لغير ثواب الدنيا بل لوجه المعطى له أو للآخرة أو لهما (فلم يحزها الموهوب له) بل استمرت عند الواهب ولم يجد الموهوب له في حوزها (حتى مرض الواهب) أو جن واتصل كل بموته (أو) حتى (أفلس) ولو بإحاطة الديون من غير قيام الغرماء (فليس له) أي للموهوب له (حينئذ) أي حين حصول المرض أو الفلاس وما ذكر معهما (قبضها) لبطلانها بعد حوزها قبل حصول المانع، وإنما قيدنا بلم يجد في الحوز لما قدمنا من أن الراجح عدم بطلانها بعدم الحوز مع الجد في الحوز، والدليل على بطلانها بالمرض ما في الموطأ أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - نحل ابنته عائشة جاد عشرين وسقا فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعد موتي عنك، ولا أعز علي فقرا منك، وإني كنت نخلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه وأخذتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقتموه على كتاب الله عز وجل" (3).

وأضاف النفراوي: " (تنبيهان) : الأول: إنما قيدنا الهبة بغير هبة الثواب لما قدمنا من أنها كالبيع لا تبطل بموت الواهب قبل حوزها، وإنما قيدنا المرض بالمتصل بالموت للاحتراز عما لو مرض الواهب قبل الحوز ثم صح صحة بينة فإنها تحاز وتتم، وإنما قلنا في الفلاس ولو بإحاطة الديون لئلا يتوهم أن المراد الفلاس الخاص وهو حكم الحاكم بخلع مال المديون، ولا فرق في الدين المحيط بين السابق على الهبة والمتأخر عنها.

الثاني: يستثنى من بطلان الهبة بعدم الحوز قبل المانع الهبة التي استصحابها الواهب معه إلى الموهوب له وأرسل بها رسولا، فلا تبطل بموت الواهب ولا بموت الموهوب له المعين إذا كان الواهب قد أشهد على الهبة" (1).

(3) النفراوي: الفواكه الدواني، ج 2 ص 159.

(4) النفراوي: الفواكه الدواني: ج 2 ص 160.

- موت الواهب قبل قبض الهبة (2). " قال خليل في مبطلات الهبة: أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعين لها إن لم يشهد.

وفي صدقات المدونة أيضا من قولها: من بعث بهدية أو صلة لغائب فمات المعطي أو المعطى له قبل وصولها، فإن كان أشهد حين بعث بها على إنفاذها فهي للمبعوث إليه أو وارثه، وإن لم يشهد عليها حين بعث بها فهي للذي أعطى أو وارثه، وحكم من استصحب هدية معه لغائب حكم من أرسلها فعند الإشهاد لا تبطل وبدونه تبطل (3).

- موت الموهوب له: قال النفراوي: " ولما قدم أن الهبة تبطل بموت الواهب قبل الحوز ذكر حكم موت الموهوب له بقوله: (ولو مات الموهوب له) الحر الذي لم تقصد عينه لم تبطل الهبة بموته و (كان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح) لأنها صارت حقا له، ومن مات عن حق فلوارثه، وإنما قيد الواهب بالصحيح للاحتراز عما لو كان قد مرض أو جن أو فلس قبل حوزها فليس للموهوب له ولا لورثته بعد موته الطلب بما لبطلانها بذلك كما مر، وقيدنا الموهوب له بالحر لأجل تعبير المصنف بالوارث، فلا ينافي أن الموهوب له الرقيق يقبض سيده ما وهب له بعد موته، فلو قال المصنف: كان لوارث الحر وسيد الرقيق القيام بما لكان أشمل ووافق لفظ المدونة، فقد قال في المدونة: وإن وهب لحر هبة أو عبد فلم يقبضها حتى مات فلورثة الحر وسيد العبد قبضها، وهذا في الهبة ومثلها صدقة التطوع، وأما الواجبة كالكفارة والزكاة فتوقف فيها بعض الشيوخ هل يقوم وارثه مقامه أم لا؟ وقيدنا بقولنا الذي لم تقصد عينه للاحتراز عما لو كان الواهب قال: هذه هبة لفلان بعينه لا لغيره ولا لوارثه فإنها تبطل بموت الموهوب له ولا يأخذها الوارث، فإن حصل التنازع في قصد عينه وعدم قصدها، فإن قامت قرينة لأحدهما عمل عليها وإلا فانظر أيهما يقبل قوله (1).

(2) انظر: المرجع السابق، ج 2 ص 198 .

(3) ج 2 ص 160.

(4) المرجع السابق نفسه.

" ولا تبطل إلا بتراخي الموهوب له عن القبض؛ أو موت الواهب قبل أن يقبض الموهوب؛ إلا أن يهب لولده الصغير فيكون قبض الأب قبضاً له"⁽²⁾.

" وهبة الثواب جارية مجرى البيع والموهوب له مخير إن شاء قبل وأثابه وإن شاء رده ولا يبطلها عدم الرد ولا يبطلها عدم القبض والثواب الذي يلزم قبوله قيمة الموهوب ولا يلزم الواهب قبول دونها ولا الموهوب بذل زائد عليها.

وإذا اختلفا المتواهبان وتداعيا الثواب حكم لمدعي الأشبه مع يمينه وفي الاحتمال القول الواهب مع يمينه"⁽³⁾.

الاعتصار في الهبة :

الاعتصار معناه: استرداد الواهب هبته من الموهوب له، جبراً من غير عوض، وهو خاص بهبة الأب أو الأم للأبناء أو البنات، أمّا سائر الناس غير الآباء والأمهات، ولو كانوا أقارب كالأجداد والأخوة، فلا رجوع لهم فيما وهبوه، لقول النبي ﷺ: (لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة، فيرجع فيها، إلا الوالد فما يعطي يولده، ومثل الذي يعطي العطية، ثم يرجع فيها، كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه)⁽¹⁾.

ورجوع الأب والأم فيما وهباه للأولاد مقيد بقيود، وهي:

1 – أن تكون الهبة مراداً بها ذات الولد، فإن كان مراداً بها الصدقة وثواب الآخرة، أو الصلة والحنان، لكونه محتاجاً، أو كثير العيال، أو خاملاً بين الناس، فلا يجوز الرجوع فيها، إلا إذا اشترطه الواهب منهما لنفسه حين الهبة.

2 – ألا يشترط الواهب منهما على نفسه عدم الرجوع في الهبة، فإن شرط ذلك على نفسه، فليس له الرجوع عملاً بشرطه.

(2) القاضي عبد الوهاب البغدادي: التلقين، ج 2 ص 216.

(3) المرجع السابق.

(1) أبو داود: رقم: 3539، قال الحافظ في الفتح: ج 6 ص 138، رجاله ثقات.

3 - عدم فوات الشيء الموهوب عند الواهب، كأن يتصرف فيه ببيع أو هبة أو صنعة، فإن فات فليس من حق الأب أو الأم ترجيعه واعتصاره.

4 - ألا يلتزم الابن لغيره التزامات مالية من أجل الهبة، كأن يتزوج أو يداينه الناس لأجلها، فإن كان متداينا قبلها، أو متزوجا قبلها، فلا يمنع ارتجاعها منه، لأنه لم يداينه الناس أو يزوجه من أجلها.

5 - خلو الواهب والموهوب له من المرض، فإن كان الواهب هو المريض، فلا يحق له ارتجاع الهبة حال المرض، لأنه يُتهم بترجييعها للوارث، لا لنفسه، وإن كان الموهوب له هو المريض فلا يجوز أخذها منه، لتعلق حق ورثته بها، إلا إذا كانت الهبة نفسها وقعت حالة مرض الواهب أو الموهوب له، فإنه يصح ارتجاعها حال المرض، لأن صاحب المال وقت الهبة هو صاحبه وقت الترجيع، فلم يتغير المالك الحقيقي للمال الموهوب، عن حاله الأول، وكذلك إذا قُدر و زال المرض صح الارتجاع، إذ لا محذور حينئذ من أخذ مال وارث، أو أخذه إلى وارث لا يستحقه.

فزوال المرض يبيح ارتجاع الهبة، بخلاف زوال النكاح أو الدين، فإنه لا يبيح ارتجاع الهبة من الموهوب له، فمن تداين أو نكح من أجل الهبة، ثم زال الدين أو النكاح، فلا يحق ارتجاع الهبة منه، لأن الدين والنكاح عامله الناس عليه، وترتب في ذمته فزواله لا يعطي الحق للواهب في ارتجاع الهبة، بخلاف زوال المرض، فإن الناس لم يعاملوا الموهوب له على المرض⁽²⁾.

هذه القيود مشروطة في ارتجاع الهبة واعتصارها، سواء كان الواهب أبا أو أما، ويزاد قيد آخر في إباحة اعتصار الأم خاصة، وهو ألا يكون ولدها يتيما، فإنها إذا وهبت لابنها

(2) د. الغرياني : المدونة : 261 / 4 ، أحكام المعاملات : 360 .

اليتيم قبل البلوغ، وقد فقد أباه، فهبتها له في حكم الصدقة، والصدقة لا يجوز ارتجاعها⁽¹⁾.

- رجوع الهبة إلى الواهب :

يجوز رجوع الهبة إلى الواهب بالتملُّك، فمن وهب داراً أو عقاراً، جاز له شراؤه من الموهوب له.

ولا يجوز له الرجوع فيها من غير عوض لقول النبي ﷺ العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه⁽²⁾، باستثناء الأب إذا وهب لابنه، فإنه يجوز له أن يرجع.

- التسوية بين الأولاد في العطية :

المطلوب من الوالدين التسوية بين الأولاد في الهبات والعطايا، بل المطلوب التسوية بينهم في المعاملة والملاطفة أيضاً، حتى قال بعض أهل العلم: يُسَوَّى بين الولد حتى في القُبلة، وذلك من العدل الذي أمر به الله في قوله: ((إن الله يأمر بالعدل والإحسان))⁽³⁾، ولما في التسوية من المحافظة على دوام المودة بين الإخوة، والعون على برّ الأبناء بأبائهم، فليس كالتفرقة في المعاملة داعٍ إلى الفرقة والتباغض، والعقوق وقطع الرحم، وقد سماها النبي ﷺ جوراً، ففي حديث النعمان بن بشير، قال تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهده على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ: (أفعلت هذا بولدك كلهم؟)، قال: لا، قال: (اتقوا الله واعدلوا في أولادكم)، فرجع أبي، فرد تلك الصدقة، وفي رواية فقال له النبي ﷺ: (فلا تشهدني إذا، فإني لا أشهد على جور)⁽⁴⁾.

(1) انظر: الشرح الكبير: 110/4.

(2) مسلم: 1241/3.

(3) النحل: 90.

(4) مسلم: 1242/3.

وحمل جمهور العلماء الأمر بالعدل في الحديث على الندب، فإن وقع تفضيل بين الأولاد صح مع الكراهة، وتستحب المبادرة بالرجوع إلى التسوية، قالوا: ولو كان عدم التسوية حراما ما فعله الخليفان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، فقد صح عن أبي بكر تخصيصه لعائشة رضي الله عنها⁽¹⁾، ونحل عمر ابنه عامرا، دون سائر ولده.

ولا يكون يسر حال بعض الأبناء دون بعض عذرا، يبرر التفرقة بينهم في المنح والعطايا، لأن الله تعالى أمر بالعدل دون تفرقة بين الفقير والغني، قال تعالى: ((يا أيها الذين ءامنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا))⁽²⁾.

والتسوية المطلوبة بين الأولاد هي القسمة التي رضيها الله تعالى في الميراث، للذكر مثل حظ الأنثيين لأن هذه القسمة هي التي تنوهم لو بقي المال في يد الأب إلى أن مات⁽³⁾، أو من غيره⁽⁴⁾.

(1) رواه مالك في الموطأ، وقال الإمام أحمد وبعض علمائنا إن التسوية بين الأولاد واجبة، وأن المفاضلة بينهم تقع باطلة، ويجب ردها، انظر: فتح الباري: 6/141 و 143.

(2) النساء: 135.

(3) ومن العلماء من يرى وجوب التسوية بين الذكر والأنثى لظاهر الأمر بالتسوية في الحديث.

(4) انظر: مواهب الجليل: 6/65، والشرح الكبير، والدسوقي: 4/112.

الوصية: تعريفها، حكم الوصية، دليل مشروعيتها.

- تعريف الوصية:

- **لغة** : هي من وصيت الشيء أوصيته إذا وصلته ، ويقال أرض واصمة أي متصلة النبات (1).

وقيل أن الوصية والتوصية والإيضاء هي أن يطلب الإنسان فعلا من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد موته ، تقول أوصاه بكذا أو وصاه به إيضاء وتوصية والاسم منه الوصية وقد تطلق على الشيء الموصى به (فعل فلان الوصية التي أوصاه بها فلان) ، قال تعالى : (من بعد وصية يوصون بها أو دين) (2).

- **اصطلاحا** : عرفت الوصية بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، وقد اعترض على هذا التعريف من ناحيتين : الأولى : أنه قاصر على الوصية التي تنتقل فيها ملكية الشيء دون أنواع الوصايا الأخرى كالوصية بتأجيل دين أو إسقاطه . الثانية : أنه قاصر على الوصايا التي يقصد بها التبرع ولا يشمل الوصايا التي لا تبرع فيها كالوصية بأداء الحج أو العمرة. (3)

وقيل بأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا أم منفعة (1) .

(1) أحمد محمد علي داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون : 107 ، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، الأردن ، 1982 م .

(2) سورة النساء / 12 ، وانظر : أحمد إبراهيم بك ، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته : 803 ، المكتبة الأزهرية للتراث .

(3) د. السريتي ، عبد الودود محمد ، الوصايا والأوقاف والمواثيق في الشريعة الإسلامية ، بيروت ، مؤسسة النهضة العربية ، 1992 م ،

وعرفت الوصية أيضا بأنها : عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت ، وهذا من أقرب التعاريف و أشملها حيث أنه شامل لكل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته كما يشمل إقامة الوصي على أولاده. (2)

وعرفها ابن عرفة بأنها : (عقد يوجب حقًا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده). والمراد بالثاني وصية النظر؛ وبالأول وصية المال (3) .

- حكم الوصية :

الوصية من العقود الجائزة التي يقصد بها التنفيذ بعد الموت لا في الحياة ، فللموصي إعادة النظر فيها أو إلغاؤها ما دام حيا (4) .

وقد كانت الوصية في أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين و الأقربين ، بيد أن هذا الوجوب نسخ بآيات الموارث و بالسنة .

و الوصية خمسة أنواع بحسب صفة حكمها الشرعي :

واجبة : كالوصية برد الودائع و الديون المجهولة التي لا مستند لها ، و بالواجبات التي شغلت بها الذمة كالزكاة ، والحج والكفارات و فدية الصيام و الصلاة و نحوهما .

مستحبة : كالوصية للأقارب غير الوارثين ، و لجهات البر و الخير و المحتاجين .

مباحة : كالوصية للأغنياء من الأجانب و الأقارب .

محرمة : كالوصية لأهل المعصية و الفجور للإنفاق على مشروعات ضارة بالمسلمين و أخلاقهم ، و من الوصية المحرمة الوصية بقصد الإضرار بالورثة و منعهم من أخذ نصيبهم

(2) د. بدران ، بدران أبو العينين ، الموارث والوصايا والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون : 128 ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية

(3) الشطي : لباب الفرائض : 143 ، 144 .

(4) د. الصادق عبد الرحمن الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته : 270/4 .

المقدر شرعا ، قال تعالى : (غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) (5).

مكروهة : وهي وصية قليل المال ، والوصية للعصاة فيما لا يستعمل في المعصية .

- أدلة مشروعية الوصية :

الوصية مشروعة و قد دل على مشروعيتها الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول .

- فمن كتاب الله تعالى : قال تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ

خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) (3) .

و قوله تعالى : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) (4) .

و قوله عز وجل (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ

الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ.....) (5) .

- ومن السنة النبوية الشريفة : حديث سعد بن أبي وقاص : (الثلث و الثلث كثير) (1)

و حديث : (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم ، بثلت أموالكم ، زيادة لكم في

أعمالكم) (2) .

و حديث : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين ، إلا ووصيته مكتوبة

عنده) (3) .

(5) سورة النساء : 12 . وانظر : د.مسلم اليوسف : الوصية الشرعية ، أحكامها، أركانها، شروطها : 8 .

(3) سورة البقرة : 180 .

(4) سورة النساء : 11 .

(5) سورة المائدة : 106 .

(1) سبق تخريجه .

(2) أخرجه أحمد و أبو داود و الترمذي وحسنه .

(3) مسلم حديث رقم 3074 .

- أما الإجماع فقد أجمع الفقهاء من أهل العلم الذين يعتد برأيهم منذ عصر الصحابة على جواز الوصية ولم يؤثر عن أحد منهم منعها.

- وأما المعقول فهو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات والحسنات و تداركاً لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير.

- أركان الوصية :

جمهور الفقهاء (المالكية و الشافعية و الحنابلة) على أن للوصية أركاناً أربعة :
موصي . موصى له . موصى به . الصيغة .

- شروط الوصية :

للوصية شروط في الموصي أو في الموصى له ، أو في الموصى به .

- شروط الموصي

يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع : بأن يكون حراً مميزاً مالكا لما يوصي به ، فتجوز وصية الصبي المميز ، كما تجوز وصية الكافر في غير القرب الدينية ، ولا تجوز وصية العبد ولا المجنون ولا الصبي غير المميز⁽¹⁾ .

- شروط الموصى له :

يشترط في الموصى له أن يكون أهلاً للتملك و الاستحقاق .

(1) د. الغرياني : المرجع السابق : 4 / 277 .

فتصح الوصية لجهات الخير ، كالمساجد وغيرها ، كما تصح للأشخاص الموجودين أو الذين سيوجدون كالحمل ، وتصح لميت علم الموصي بموته ، وتصح للذمي لقربة أو جوار أو سابق معروف ، ولا تصح للحربي⁽²⁾.

- شروط نفاذ الوصية في الموصى له :

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى له وارثاً للموصي إذا كان هناك وارث آخر لم يجز الوصية فإن أجاز بقية الورثة الوصية لوارث ، نفذت الوصية⁽³⁾ .

لقوله صلى الله عليه وسلم : (إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث)⁽¹⁾.
و يشترط لصحة الإجازة شرطان :

- أن يكون المميز من أهل التبرع عالماً بالموصى به.

- أن تكون الإجازة بعد موت الموصي فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصي ، فلو أجازوها حال حياته ثم ردها بعد وفاته ، صح الرد و بطلت الوصية ، سواء أكانت الوصية للوارث ، أم لأجنبي بما زاد عن ثلث التركة⁽²⁾ .

- شروط الموصى به :

للموصى به شروط صحة و شرط نفاذ :

أما شروط الصحة فهي :

1- أن يكون الموصى به مالاً قابلاً للتوارث .

(2) ابن جزى : القوانين الفقهية : 299 ، ت.محمد أمين الضناوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

(3) ابن جزى : المرجع السابق : 300 ، د.الغرياني : المرجع السابق : 4 / 278 .

(1) أخرجه ابن ماجه والترمذي وأبو داود و هو حديث صحيح .

(2) د.الغرياني : المرجع السابق : 282 وما بعدها .

2- أن يكون الموصى به متقوماً في عرف الشرع .

3- أن يكون قابلاً للتملك .

4- ألا يكون الموصى به معصية أو محرماً شرعاً ، لأن القصد من الوصية تدارك ما فات في حال الحياة من الإحسان⁽³⁾ .

- ما يشترط في الموصى به لنفاذ الوصية :

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به شرطان :

أ - ألا يكون مستغرقاً بالدين : لأن الدين مقدم في وجوب الوفاء به على الوصية بعد تجهيز الميت و تكفينه ، قال تعالى : (مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)⁽⁴⁾ .

ب - ألا يكون الموصى به زائداً على ثلث التركة إذا كان للموصي وارث⁽⁵⁾ .

- الصيغة :

و للصيغة في الوصية شروط نذكرها فيما يلي :

أ - يجب أن تكون الوصية بلفظ صريح أو كناية . واللفظ الصريح كأوصيت له بمئة ألف دينار من المال بعد موتي . و اللفظ الصريح تنعقد به الوصية بمجرد اللفظ و لا يقبل قول القائل أنه لم ينو به الوصية .

و الكناية مثل سيارتي هذه لمحمد بعد موتي . و لا بد في لفظ الكناية من النية مع اللفظ لاحتمال اللفظ غير الوصية .

ب - قبول الموصى له إن كانت الوصية لمعين ، فإن كانت الوصية لجهة عامة كطلبة العلم الشرعي لم يشترط القبول لتعذره .

(3) انظر : القراني : الذخيرة : 6 / 29 ، د.الغرياني : المرجع السابق : 280 .

(4) سورة النساء من الآية 11 .

(5) د.الغرياني : المرجع السابق : 284 .

ج - أن يكون قبول الموصى له بعد موت الموصي فلا عبءة بقبوله أو رده في حياة الموصي⁽¹⁾.

- مبطلات الوصية : تبطل الوصية بأسباب منها :

1- ردة الموصي .

2- تعليق الوصية على شرط لم يحصل : كأن يقول : إن مت عامي هذا فلفلان كذا من المال فلم يمت ، فتبطل الوصية لتعلقها بشرط لم يتحقق .

3 - الرجوع عن الوصية : يجوز للموصي الرجوع عن الوصية متى شاء لأنها عقد غير ملزم ، و لأنه عقد لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصي ، فيكون بالخيار بين الإمضاء و الرجوع.

4 - رد الوصية : تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي .

5 - موت الموصى له المعين قبل موت الموصي .

6- قتل الموصى له الموصي .

7- هلاك الموصى به المعين : تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً بالذات ، و هلك قبل قبول الموصى له⁽²⁾ .

كيفية تنفيذ الوصية⁽²⁾:

بيانها أن تصحح فريضة المتوفى، ثم تضع الموصى له في جدول جديد أسفل المسألة وتضع مقام الوصية وهو العدد المأخوذ من الوصية في جامعة بعد جامعة المسألة. وتعطي منه

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 4/ 426 ، د.الغرياني : المرجع السابق : 278 .

(2) د.الغرياني : المرجع السابق : 280 وما بعدها.

(2) الشطي : المرجع السابق : 144 ، وما بعدها ، بتصرف

للموصى له وصيته والباقي من المقام لا يخلو حاله من ثلاثة أوجه: فإما أن ينقسم على المسألة أو يوافقها أو يخالفها.

فإن انقسم على المسألة وضعت حاصل القسمة عليها، لتضرب فيه ما بيد كل وارث والخارج تضعه أمامه تحت جامعة المقام، وتصح المسألة بوصيتها من المقام. وإن وافق المسألة في أقل نسبة وضعت وفق المسألة فوق المقام، لتضربه فيها والخارج تضعه في جامعة بعد جامعة المقام، وتصح منه المسألة بوصيتها، وتضع وفق المقام فوق المسألة لتضرب فيه ما بيد كل وارث والخارج تضعه قبالة تحت جامعة التصحيح، وتضرب ما بيد الموصى له فيما فوق المقام والخارج تضعه أمامه تحت جامعة التصحيح. ثم تضم السهام التي تحت جامعة التصحيح. فإن كان الحاصل مساويا لها فالعمل صحيح وإلا ففساد. وإن خالف الباقي من المقام المسألة وضعت كل بقية المقام فوق المسألة وكل المسألة فوق المقام، لتضربه فيها والخارج تضعه في جامعة بعد جامعة المقام وتصح المسألة منه بوصيتها، ثم تضرب ما بيد كل وارث فيما على المسألة والخارج تضعه قبالة تحت جامعة التصحيح. وتضرب ما بيد الموصى له فيما على المقام وتضع له الخارج أمامه تحت جامعة التصحيح، وبعد ذلك تجمع السهام التي تحت جامعة التصحيح فإن كانت مساوية لها فالعمل صحيح وإلا ففساد.

مثال انقسام بقية المقام على المسألة:

توفي وخلف ابنا وبنتا ووصية بربع، فأصل المسألة من ثلاثة عدد رؤوس العصبة للذكر مثل حظ الأنثيين، وتضع الموصى له في وادٍ أسفل المسألة وتضع مقام الوصية الذي هو أربعة في جامعة بعد المسألة، وتعطي منه الربع واحدا للموصى له، والباقي وهو ثلاثة منقسم على

1

4	3
2	2
1	1
1	

ابن

بنت

موصى له بربع

(جدول)

(عدد 1)

المسألة، فتضع خارج القسمة عليها وهو واحد لتضرب فيه ما بيد كل وارث، والخارج تضعه قبالته تحت جامعة الأربعة. فللابن اثنان حاصلان له من ضرب ما بيده فيما فوق الفرية، وذلك اثنان في واحد وللبنات واحد كذلك (مثاله جدول عدد 1).

- ومثال موافقة بقية المقام للفريضة:

2 1

6	3	4
1	2	1
2	1	2
1	1	1
2	1	

زوج

ابن

بنت

موصى له

بثلث

توفيت و خلفت زوجا وابنا و بنتا و وصية بثلاث، فأصل
المسألة من أربعة لوجود فرض الرابع، واحد للزوج وثلاثة
منقسمة على الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين. وتضع الموصى له في جدول أسفل
المسألة ومقام الوصية وهو ثلاثة في جامعة بعد الفرية، وتعطي منه للموصى له وصيته
واحدا، والباقي اثنان منكسران على المسألة موافقان لها بالنصف، فتضع نصف الباقي
واحدا فوق المسألة ونصف المسألة اثنان فوق جامعة المقام الذي هو ثلاثة لتضربه فيها.
والخارج ستة تضعه في جامعة بعد جامعة المقام، ثم تضرب ما بيد كل وارث فيما على
المسألة والخارج تضعه أمامه تحت جامعة التصحيح، فللزوج واحد؛ وللبنت واحد؛ وللإبن
اثنان؛ وتضرب ما بيد الموصى له فيما فوق المقام وذلك واحد في اثنان والخارج تضعه
قابلته تحت جامعة الستة. (مثاله جدول عدد 2).

-ومثال مخالفة بقية المقام للفريضة:

توفيت و خلفت زوجها وابنا و بنتا و وصية بربع، فأصل المسألة من أربعة، وتصح منها
 وتضع مقام الوصية وهو أربعة في جامعة بعد جامعة المسألة، والموصى له في جدول تحتها
 وتعطيه وصيته منها، وهي واحدة والباقي ثلاثة لا تنقسم على المسألة ولا توافقها
 فتكسرهما عليها، ثم تضع الثلاثة المنكسرة فوق المسألة وتضع الأربعة عدد المسألة فوق
 المقام الذي هو أربعة، وتضربها فيه تخرج ستة

4 3

16	4	4
03	2	1
06		2
06		1
04	1	

زوج

ابن

بنت

موصى له

ربع

عشر تضعها في جامعة بعد جامعة المقام،
 وتصح منها المسألة بوصيتها، ثم تضرب ما بيد
 كل وارث فيما فوق المسألة والخارج تضعه
 أمامه تحت جامعة التصحيح. فلزوج ثلاثة؛
 وللابن ستة؛ وللبنات ثلاثة، وتضرب ما بيد
 الموصى له وهو واحد فيما فوق المقام وهو
 الأربعة والخارج أربعة تضعها أمامه تحت جامعة
 التصحيح (مثاله جدول عدد 1).

(جدول عدد 1)

- تنبيه: عمل الوصية يكون قبل عمل المناسخة، فإذا مات بعض الورثة الذين شاركهم
 الموصى له في التركة بوصيته، ففريضة المتوفى الأول حينئذ هي ما صحت منه المسألة
 بوصيتها، وتضع صورة (ت) علامة الموت أمام سهام المتوفى الثاني المرسومة تحت جامعة
 تصحيح المسألة بوصيتها، وتتم العمل على ما سبق بيانه في باب المناسخة فلو مات
 الزوج في المثال الأخير عن ابنيه المذكورين؛ لوضعت علامة الموت صورة (ت) قبالة
 سهامه وهي الثلاثة وتجري على ما تقدم فتصح فريضته من ثلاثة؛ وجامعة المناسخة من
 ستة عشر؛ لانقسام سهام الميت على فريضة الثاني؛ وهي الثلاثة: فللابن ثمانية حاصلة
 مما له في الفريضتين؛ وللبنات أربعة كذلك؛ وللموصى له أربعة حاصلة مما له في المسألة

الأولى؛ وإنما نبهت على ذلك مع وضوحه لأن المقصود من هذا الكتاب زيادة الإيضاح (وصورة المثال كما في جدول عدد 2).

1			4			3
4	16	3		16	4	4
			ت	03	2	1
2	08	2	ابن	06		2
1	04	1	بنت	03		1
1	04			04	1	1/4

زوج
ابن
بنت
موصى له
بربع

(جدول عدد 2)

وترجع بالاختصار إلى أربعة لاتفاق الجامعة: وهي الستة عشر والأسهم تحتها بالربع، فتضع ربع الجامعة أربعة في جامعة بعدها وربع كل سهم قبالته تحت الأربعة.

الصدقة: تعريفها ، حكمها ، فضلها

تعريفها: الصدقة في اللغة: مطلق العطية. واصطلاحاً: الصدقة تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض⁽¹⁾.

تطلق بمعنيين: الأول: ما أعطيته من المال قاصداً به وجه الله تعالى فيشمل ما كان واجباً وهو الزكاة، وما كان تطوعاً. والثاني: أن تكون بمعنى الزكاة، أي في الحق الواجب خاصة، ومنه الحديث: (ليس فيما دون خمس ذود صدقة)⁽¹⁾.

والمقصود بها عند الإطلاق صدقة التطوع.

و(الصدقة) ما تصدق به على الفقراء، والصدقة تمليك ذي منفعة لوجه الله (والهبة) لغير ثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض؛ فإن أراد مع ذلك ثوابها لله؛ فقال الأكثر تصير صدقة يمنع فيها الاعتصار أي الرجوع ممن يصح له، وقال مطرف لا تخرج بذلك عن حكم الهبة؛ وقال ابن عبد البر لا خلاف أعلمه أن الصدقة وكل هبة أريد بها وجه الله فالرجوع فيها حرام⁽¹⁾.

والصدقة ما أريد به وجه الله -عز وجل-، والهبة ما أريد به وجه المعطى، وكلاهما مندوب إليه وغير داخل في قول الله -عز وجل-: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ} [البقرة: 188].

والأصل في الصدقة قول الله -عز وجل-: {لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ} [النساء: 114]، وفي الهبة قول الله -عز وجل-: {إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا

(1) شرح حدود ابن عرفة، ص 599.

(1) الموسوعة الفقهية، ج 23 ص 226.

(1) شرح زروق على متن الرسالة، ج 2 ص 814.

تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ} [البقرة: 237]، فحضر سبحانه على مكارم الأخلاق بتنزيهه
فمدحه (6) فأخبر أنه أقرب للتقوى، وقال تعالى: {وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ
أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى . . .} [النور: 22]⁽²⁾.

فضلها: ورد في فضل الصدقة أحاديث منها: 1 - ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال: سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله. . . فذكر منهم: رجل
تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه⁽¹⁾. 2 - ما رواه أبو هريرة -
رضي الله عنه - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما تصدق أحد بصدقة من طيب
ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا أخذها الرحمن بيمينه، وإن كانت تمرة تربو في كف الرحمن
حتى تكون أعظم من الجبل كما يربي أحدكم فلوه أو فصيله⁽²⁾.

الصدقة في الصحة أفضل :

التصدق في الحياة وقت الصحة أفضل من التصدق عند المرض، وأفضل من الوصية
بالصدقة بعد الموت، وذلك لأن الإنسان في حالة الصحة يشتد حرصه على المال،
ويصعب عليه إخراجه من يده، لأن الشيطان يخوفه الفقر، ويزين له الحاجة إلى المال،
كما قال تعالى: ((الشيطان يعدكم الفقر))⁽¹⁾، فيعظم الأجر بقهر النفس على ترك ما
يشتد حرصها عليه، ابتغاء ثواب الله تعالى، ففي الصحيح أن رجلا قال للنبي ﷺ: (يا
رسول الله أيُّ الصدقة أفضل؟ قال: أن تصدق وأنت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى
الفقر، ولا تمثل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان
(2).

(2) اللخمي، التبصرة، ج 8 ص 3484.

(1) أخرجه البخاري برقم 660.

(2) أخرجه البخاري برقم 1410، ومسلم 1014، والترمذي 661، واللفظ له.

(1) البقرة: 268.

(2) البخاري: 2748.

وفي حديث أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال : (لأن يتصدق المرء في حياته بدرهم، خير له من أن يتصدق بمائة درهم عند موته)⁽³⁾.

والصدقة تنفع الميت ويصله ثوابها، سواء أوصى بها الميت نفسه، أو تصدق عليه غيره بها بعد موته، للأحاديث الدالة على ذلك، وهي مخصصة لعموم قوله تعالى : ((وأن ليس للإنسان إلا ما سعى))⁽⁴⁾، ففي الصحيح أن سعد بن عبادَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ توفيت أمه، وهو غائب عنها، فقال: (يا رسول الله، إن أمي توفيت، وأنا غائب عنها، أينفعها شيء إن تصدقت بها عنها؟ قال: نعم، قال: فإني أشهدك أن حائطي المخراف صدقة عليها)⁽¹⁾، وسأل رجل النبي ﷺ، فقال: (إن أمي افتلنت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها، قال: نعم تصدق عنها)⁽²⁾.

- رجوع الصدقة إلى المتصدق :

لا يجوز لمن تصدق بصدقة أن يملكها مرة أخرى اختياراً، بوجه من وجوه التملك، كالشراء أو الهبة، أو الهدية، لا من المتصدق عليه، ولا من غيره، سواء كانت الصدقة زكاة واجبة، أو صدقة تطوع.

فقد أراد عمر شراء فرس تصدق بها، فنهاه النبي ﷺ، وقال له: (لا تشتريه ولو أُعطيته بدرهم، فإنَّ مَثَلَ العائد في صدقته، كمثل الكلب يعود في قيئه)⁽²⁾، ويجوز رجوع الصدقة إلى المتصدق بالإرث، لأن الإرث يدخل في ملك الوارث جبراً، وليس باختياره، كذلك لا يجوز له أن يسكن البيت الذي تصدق به، أو يركب السيارة التي تصدق بها، ومن تصدق بشاة، لا يجوز له أن يشرب لبنها، ويستثنى من ذلك ما يلي:

(3) أبو داود: 2866.

(4) النجم: 39.

(1) البخاري: رقم 2756، والمخراف: المتمر.

(2) البخاري: رقم 2760، وافتلنت : ماتت فجأة.

(2) مسلم: رقم: 1620، وقد حمل بعض العلماء النهي على كراهة التنزيه، وحمله الباجي وجماعة على التحريم، وهو الظاهر والأقوى، لتشبيهه العائد في الصدقة بأفبح صورة، وهي الكلب يعود في قيئه، انظر: الدسوقي: 112/4.

1 – العرية، وهي النخل يتصدق به على الفقير، فيجوز لصاحب النخل أن يشتري الثمار على رؤوس النخل بخرصها تمرا، رفقا بالفقير ومصلحة للمالك، حتى لا يُدخل عليه في أرضه، عند إصلاح الثمر وجنيه.

2 – التصدق بغلة شيء مدة معينة دون رقبته، فللمتصدق أن يشتري تلك الغلة، فمن تصدق بسكنى دار سنة على شخص، فله أن يؤجرها منه في تلك السنة، وذلك رفقا بالمالك، لتكون الذات المتصدق بها تحت نظره ورعايته.

3 – التصدق بالماء على مسجد أو غيره، فيجوز للمتصدق أن يشرب منه، لأنه لم يقصد به الفقراء، بل عامة الناس.

4 – من خرج بصدقة لفقير فلم يجده، أو امتنع من أخذها، جاز له أكلها⁽³⁾.

5 – الأب إذا تصدق بصدقة على ابنه، ثم افتقر، فإنه يجوز للابن أن ينفق على الأب من صدقته، لأن النفقة عليه واجبة، وكذلك الزوجة إذا تصدقت على زوجها، جاز له أن ينفق عليها من الصدقة⁽¹⁾.

الفرق بين الهدية والصدقة

ولا تفترق الهبة من الصدقة على مذهب مالك إلا في وجهين:

أحدهما: أن الهبة تعتصر وأن الصدقة لا تعتصر.

والثاني: أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع والهبة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها ببيع ولا هبة إلا أن تكون الصدقة على الابن، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

إحداها: أن الرجوع فيها لا يجوز إلا من ضرورة، مثل أن تكون أمة فتتبعها نفسه، أو يحتاج فيأخذ لحاجته وهو ظاهر ما في المدونة.

(3) وقيل لا يجوز، بل يجب أن يعطيها لغيره، انظر: الدسوقي: 113/4. د. الغرياني: المدونة: 262/4، أحكام المعاملات: 361 .

(1) الغرياني، المرجعان السابقان .

والثانية: أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز وإن لم تكن ضرورة، ولا يكون له الاعتصار - وهو قول مالك في كتاب ابن المواز واختيار محمد.

والثالثة: أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز وأن الاعتصار يكون له - وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب الصدقات؛ لأنه أجاز أن يأكل مما تصدق به على ابنه الصغير، وذلك لا يكون إلا على معنى الاعتصار؛ لأن الصغير لا يصح منه إذن، وهو ظاهر ما في سماع ابن القاسم أيضا، إذ لم يفرق في الرواية بين صغير ولا كبير⁽¹⁾.

الاستحقاق في الصدقة

ويراعى في ذلك ثلاث أحوال: حال المعطي، وقدر العطية، وفي من توضع، فأفضل ذلك حال الصحة، لقول النبي - صلي الله عليه وسلم - وقد سئل: أي الصدقة أفضل؟ فقال: "أَنْ تَتَّصَدَّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ شَيْءٍ تَأْمَلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُمَهِّلُ، حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْخُلُقُومَ قُلْتَ: لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا. أَلَا وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ"⁽²⁾.

وأما القدر فأفضله ما خلف غنى، لقول الله تعالى: {وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوُ} [البقرة: 219]، قال محمد ابن جرير الطبري: العفو الفاضل.

فأرشدنا الله - عز وجل - عندما سئل نبيه - صلي الله عليه وسلم - عن القدر الذي يتصدق به أن يكون الفاضل عما يحتاجون إليه، وقال تعالى: {وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا} [الفرقان: 67]، وقال تعالى: {وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ. . .}، وفي البخاري ومسلم قال النبي - صلي الله عليه وسلم -: "أَلَا صَدَقَةٌ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنَىٰ وَابْتَدَأَ بِمَنْ تَعُولُ"⁽³⁾.

(1) ابن رشد: المقدمات الممهدة، ج 2 ص 414.

(2) متفق عليه، البخاري: 515 / 2، في باب أي الصدقة أفضل، من كتاب الزكاة؛ برقم (1353)، ومسلم: 716 / 2، في باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح، من كتاب الزكاة، برقم (1032).

(3) متفق عليه، البخاري: 2048 / 5، في باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، من كتاب النفقات، برقم (5041)، ومسلم: 717 / 2، في باب أن اليد العليا خير من اليد السفلى، من كتاب الزكاة، برقم (1034).

وقال كعب بن مالك: إن من توبتي أن أنخلع من مالي. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "أَمْسِكْ عَلَيْكَ بَعْضَ مَالِكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ" (1).

ويستحب أن يجعل ذلك في أقاربه ثم جيرانه وفي من يستصلح به نفسه، ويرفع به الشحنة، فأما الأقارب فلحديث أبي طلحة (2)، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لميمونة وقد أعتقت خادماً لها: "لَوْ أَعْطَيْتَهَا أَحْوَالَكَ لَكَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرِكَ" (3).

فقدم العطية للأقارب على العتق، وقال: "مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُبْسَطَ فِي رِزْقِهِ وَيُنْسَأَ فِي أَجَلِهِ فَلْيَصِلْ رَحْمَةً" (4).

وقال مالك في كتاب محمد في من أحب أن يعتق عبداً أو يتصدق به على ابني عمه وهما يتيمان فقال: يتصدق به عليهما (5).

وأما الجار فلقوله - صلى الله عليه وسلم - لعائشة - رضي الله عنها - وقالت: يا رسول الله إن لي جارين، فألى أيهما أهدي؟ قال: "لِأَقْرَبِهِمَا مِنْكَ بَابًا" (6). (7)

الصدقة على النبي صلى الله عليه وسلم: يرى جمهور الفقهاء من المالكية، وهو الأظهر عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة: أن صدقة التطوع كانت محرمة على النبي صلى الله عليه وسلم مثل صدقة الفريضة المتفق على حرمتها، وذلك صيانة لمنصبه الشريف (3).

(1) متفق عليه، البخاري: 4 / 1603، في باب حديث كعب بن مالك، من كتاب المغازي، برقم (4156)، ومسلم: 4 / 2120، في باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، من كتاب التوبة، برقم (2769).

(2) قال أبو طلحة: إن أحب أموالي ببرحاء، وإنها صدقة أرجو برها وذخرها، فقال: "اجْعَلْهَا فِي أَقْرَبِكَ وَبَنِي عَمِّكَ". الحديث، متفق عليه، أخرجه البخاري: 2 / 530، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، برقم: (1392)، ومسلم: 2 / 693، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين. والموطأ: 2 / 995، كتاب الصدقة، باب الترغيب في الصدقة، برقم: (1807).

(3) متفق عليه، البخاري: 2 / 915، في باب هبة المرأة لغيب زوجها وعتقها، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (2452)، ومسلم: 2 / 694، في باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، من كتاب الزكاة، برقم (999).

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: 5 / 2232، في باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم من كتاب الأدب برقم (5640)، ومسلم: 4 / 1982، في باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها من كتاب البر والصلة والآداب برقم (2557) ولفظه فيهما: "من أحب أن يبسط له في رزقه وينسأ له في أثره فليصل رحمه".

(5) النوادر والزيادات: ج 12 ص 252.

(6) أخرجه البخاري: 2 / 916، في باب بمن يبدأ بالهدية، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (2455).

(7) يراجع فيما سبق: اللخمي، التنصرة: ج 8 ص 3488 وما قبلها.

(8) الدسوقي مع الشرح الكبير 2 / 212، وجواهر الإكليل 1 / 273، والحطاب 3 / 397، ومغني المحتاج 3 / 120، والمغني لابن قدامة 2 / 260. وانظر: الموسوعة الفقهية: ج

"روى علي بن زياد، عن مالك قال: والمسكينُ والفقيرُ المذكوران في الصدقةِ يفترقان، فالمسكينُ هو الذي لا شيء له، وهو يسأل، والفقير الذي لا غنى له ويتعفف عن المسألة.

قال ابن حبيبٍ: سمعتُ ابنَ السلامِ يقول: الفقيرُ الذي له علقَةٌ من مالٍ، والمسكينُ الذي لا شيء له. قال المغيرةُ، عن مالكٍ في "المجموعة": الفقراءُ الذين يُرمون الرزقَ، والمسكين الذي لا يجد غنى يُغنيه، ولا يُفطنُ له فيتصدقَ عليه، ولا يقومُ فيسأل الناسَ" (3).

" (ولا بأس أن يتصدق) العاقل البالغ الرشيد (على الفقراء بما له كله لله تعالى) أي ابتغاء للثواب في الآخرة، والظاهر أن المتعين أن لا بأس هنا لما هو أحسن من غيره لأن الصدقة مستحبة، لأن الله تعالى أثى على فاعل ذلك بقوله: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ [الحشر: 9] ولأن الصديق - رضي الله عنه - تصدق بجميع ماله ولم ينكر عليه الرسول - عليه الصلاة والسلام -، وفعله جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - " (3).

قال النفراوي: " (تنبيهات) الأول: محل ندب التصدق بجميع المال أن يكون المتصدق طيب النفس بعد الصدقة بجميع ماله بحيث لا يندم على البقاء بلا مال، وأن ما يرجوه في المستقبل مماثلاً لما تصدق به في الحال، وأن لا يكون يحتاج إليه في المستقبل لنفسه أو لمن تلزمه نفقته أو يندب له الإنفاق عليه، وإلا لم يندب له ذلك، بل يحرم عليه إن تحقق الحاجة لمن تلزمه نفقته أو يكره إن تيقن الحاجة إليه لمن يندب الإنفاق عليه كحواشيه، لأن الأفضل أن يتصدق بما يفضل عن مؤنته ومؤنة من ينفق عليه.

الثاني: إنما قيدنا بالعاقل الرشيد للاحتراز من المحجور عليه، فلا يجوز له ما ذكر سواء كان الحجر عليه لصغر أو سفه أو إحاطة دين.

(3) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 2 ص 282.

(3) النفراوي: الفواكه الدواني، ج 2 ص 159.

الثالث: أشعر قوله يتصدق أن هذا غير يمين ولا نذر فيلزمه جميعه ولا يجبس منه شيئاً سوى ما يرده دين، بخلاف من التزم التصدق بجميعه بنذر أو يمين حنث فيه فيجزيه ثلثه. قال خليل: وثلثه حين يمينه إلا أن ينقص فما بقي من مالي في كسبيل الله، قال شراحه: ومثل في سبيل الله صدقة على الفقراء أو المساكين⁽¹⁾.

وأما عود الصدقة إلى ملك من يتصدق بها ببيع أو نحوه مما ذكر مكروه؛ هذا إذا كان العود بغير ميراث، وأما إذا عادت بميراث فإنه لا كراهة فيه⁽²⁾.

" قال ابن حبيب: قال ابن القاسم: ومن تصدق على رجل بدار [فدفع مفتاحها إليه وبرئ منها] إليه ليحوزها فذلك حيازة، وإن لم يسكنها المعطى ولا أسكنها أحدا. قال ابن الماجشون ومطرف: وإذا حاز المعطى بعض الصدقة فله ما حاز منها. ولو تصدق على رجلين بصدقة، فحاز أحدهما بعضهما، والآخر غائب، فما حاز منها الحاضر، فهو بينهما"⁽³⁾.

و"يكره أن يبتاع الرجل صدقته ويرتجعها بعوض أو هبة لأنه ضرب من العود فيها، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيي منه فيسأله في ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعاً في ذلك القدر، وفي حديث عمر أنه وجد فرساً حمل عليه في سبيل الله يباع فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال: (لا تبتعه لو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك)¹، فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس؛ لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه؛ لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه، وفي الحديث أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة

(1) المرجع السابق: ج 2 ص 159.

(2) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ج 2 ص 255.

(3) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 12 ص 128.

¹ أخرجه البخاري في الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته: 142 / 2، ومسلم في الهبات باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به:

1239 / 3.

فسألت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك فقال: (أجرت في صدقتك ورد عليك الميراث وليدتك)¹، وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة فالانتفاع بها ممنوع أيضاً⁽⁴⁾. واختلف في محمله هل هو على النذب أو على الوجوب فقال مالك لا ينبغي أن يشتريها وقد يكره وقال الداودي حرام وظاهر الموازية لا يجوز وفي كتاب الزكاة لا يشتري الرجل صدقة حائطة ولا زرة ولا ماشيته ابن رشد في جواز شراء الصدقة من غير الذي تصدق به عليه رواية ابن وهب لا بأس بذلك وقولها: لا يجوز للحمي ولا بن نافع في شرح ابن مزين أكره أن ينتفع بصدقته على ولده كانت أو أجنبياً فهو أحسن لعموم الحديث والمشهور كراهة الشراء ومنع الرجوع⁽¹⁾.

وقال أصبغ: الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وإن لم تُقبض، وهي بيوم يتصدق بها لا بيوم تقبض ما دام حياً، إذ لو قيم عليه لأخذت منه، ما لم يمرض أو يموت، وليس كالفلس وهي كالعق إذا أعتق وله مال يفي بدينه لم يضر ذلك ما يحدث من الدين. قال ابن حبيب: لا تشبه العتق؛ لأن العتق قبض، والصدقة لم تُقبض حتى حدث الدين⁽²⁾.

¹ أخرجه مالك في الموطأ: 2/ 760.

(4) القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة، ج 3 ص 1616.

(1) شرح زروق على الرسالة: ج 2 ص 817.

(2) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة: ج 19 ص 566.

الكفالة: تعريفها، حكمها، مشروعيتها

تعريف الكفالة: الكفالة في اللغة: مأخوذة من كفل، ومنه قولهم: قد تكفلت بالشيء، إذا ألزمته نفسي، وتحملته، وجمع الكفيل: كفلاء.

والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى {وكفلها زكريا} [آل عمران: 37] أي ضمها إلى نفسه للقيام بأمرها، وإنما سميت الكفالة بذلك؛ لأنها ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى⁽²⁾.

و في الاصطلاح: "التزام رشيد حقا ثابتا في ذمة غيره أو إحضار من عليه حق مالي لغيره"¹.

فالكفالة هنا متعلقة بالإحضار فقط دون الضمان، فالكفيل يحضر المكفول عنه للمكفول له، حتى يتمكن من استيفاء حقه منه، وبعض الفقهاء جعل الكفالة بمعنى الضمان، ولم يفرق بينهما؛ ولهذا قال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله: والزعيم، والضمين، وكذلك الكفيل، والحميل، والصبير، ومعنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع².

حكمها: تجوز بكل دين ثابت؛ أو آيل إلى الثبوت، لا فيما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل، ولا يشترط رضا المكفول عنه، والصحيح أنه لا يطالب الكفيل إلا أن يتعذر الاستيفاء من الأصل؛ ويبرأ ببراءة الأصل؛ لا بالعكس. وتجوز بالوجه⁽³⁾، ويبرأ بتسليمه

(2) أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الرُّبَيْدِي، الجوهرة النيرة، ج 1 ص 310، المطبعة الخيرية الطبعة: الأولى، 1322هـ.

¹ شرح حدود ابن عرفة 724/2، الشرح الصغير 466/2، الحاوي 264/6، تحفة الفقهاء 752/5، الإقناع 153/2، شرح منتهى الإرادات 252/2.

² الحاوي 61/6.

(3) المراد بالوجه الذات؛ وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل، ولا يلزم هذا الضمان إلا أهل التبرع كضمان المال. الصاوي، بلغة السالك، ج 3 ص 450. ومعناها أن يتكفل له أن يحضر وجه المدين أي ذاته، بأن يقول له أنا ضامن لك أن آتيك بزيد، قال عبد الباقي: وصح الضمان بالوجه أي بإحضار الوجه ففيه حذف مضاف والباء للملابسة أي متلبسا بالوجه. المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج 9 ص 668.

متمكنا منه؛ ويلزمه المال؛ إلا أن يموت المكفول؛ أو يشترط البراءة، وعن الميت وبالمجهول ويلزم ما ثبت (3).

وهي جائزة بكل حق يكمن استيفاؤه من الضامن، لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق للذي عليه، ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها وإن استيفاءها من الضامن غير جائز (1). والكفالة الممتنعة في الحدود هي أن يتكفل بما يجب على المطلوب، أو يتكفل بوجهه على أنه متى عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه كل هذا لا يجوز، وأما الكفالة بطلبه خاصة فجائز في الحدود الواجبة (2).

مشروعيتها: الأصل في جواز الضمان والكفالة: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" ¹ ، والزعيم هو الضامن في كلام العرب.

وأما السنة: فحديث أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (... العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم) (1). فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم أحضرت له جنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه دين؟ قالوا:

(3) ابن عسكر البغدادي، إرشاد السالك، ج 1 ص 96.

(4) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج 2 ص 1230.

(2) ابن بريزة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج 2 ص 1168.

1 يوسف: 72

(4) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باللفظ المذكور أعلاه . كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية 643/9 حديث رقم 0653 . وأخرجه الترمذي في سننه مختصراً بلفظ (العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي) ، وقال حديث حسن . كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة 565/3 ، حديث رقم 5621 . وأخرجه ابن ماجه في سننه مختصراً بلفظ (العارية مؤداة ، والمنحة مردودة) = كتاب الصدقات ، باب العارية 108/2 ، حديث رقم 8932 . وأخرجه في باب الكفالة بلفظ: (الزعيم غارم ، والدين مقضي) ، 408/2 ، حديث رقم 5042 . وأخرجه الإمام أحمد في المسند 762/5 بلفظ أبي داود ، وفيه زيادة: (... والولد للفراس ، وللعاهر الحجر ، وحسابهم على الله ، ومن ادعى إلى غير أبيه ، أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة) . وأخرجه الدارقطني بلفظ أحمد في سننه كتاب البيوع 04/3 ، حديث رقم 661 . وأخرجه ابن حبان في صحيحه مختصراً بلفظ (العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، ومن وجد لقحة مصرة فلا يحل له صرارها حتى يربها) . الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان 202/7 ، حديث رقم 2015 . والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل 542/5 . والغماري في الهداية في تخريج أحاديث البداية 101/8 .

ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه⁽²⁾.

وقوله لقبیصة: "لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ إِلَّا لِثَلَاثٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ بِحِمَالَةٍ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا" الحديث⁽³⁾، تضمن هذا الحديث جواز الحماله ولزومها وأنها كالديون ويدخل بها في جملة الغارمين ويجوز له أخذ الزكاة لقضائها، والحميل والضمين والكفيل والزعيم والقبيل واحد⁽⁴⁾.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة.

أنواع الكفالة: نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال⁽¹⁾. أو " ... نوعان؛ ضمان مال و ضمان وجه، فأما ضمان المال فيغرم فيه الضامن؛ ويرجع فيه المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً، وكذلك إن ضمنه بغير إذنه خلافاً لأبي حنيفة. وينقسم ضمان المال قسمين: أحدهما أن يكون على حكم ضمان الخيار؛ فيأخذ من شاء من الضامن أو الغريم على المشهور، وقال ابن كنانة وأشهب لا يغرم الضامن إلا مع عدم الغريم؛ والآخر أن لا يكون كذلك، فاختلف فيه؛ فقليل يأخذ أيهما شاء؛ كضمان الخير، وفاقاً لهم؛

(2) الحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند 033/3 عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر به . وأخرجه الحاكم في المستدرک 85/2 بنحوه وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي في التلخيص . وأخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب البيوع 97/3 ، حديث رقم 392 . والحديث له طريق أخرى مختصراً ، يرويه أبو سلمة عن جابر قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يصلي على رجل عليه دين ، فأتي بميت ، فسأل: (أعليه دين؟) قالوا: نعم ، عليه ديناران ، قال: (صلوا على صاحبكم) ، قال أبو قتادة هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه ، فلما فتح الله على رسوله ، قال: (أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، من ترك ديناً ، فعليّ ، ومن ترك مالا فلورثته) . أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في التشديد في الدين 831/9 ، حديث رقم 1433 . وأخرجه النسائي في سننه ، كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين 56/4 . والحديث أشار إليه الترمذي في سننه ، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الصلاة على المديون 183/3 . والحديث قد جاء مختصراً عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه عن رسول الله : أتى برجل ليصلي عليه ، فقال (صلوا على صاحبكم) فإن عليه ديناً ، قال أبو قتادة: هو علي يا رسول الله ، قال: (بالوفاء؟) قال: بالوفاء ، فصلى عليه . الحديث أخرجه بهذا اللفظ الترمذي وقال: حديث أبي قتادة حديث حسن صحيح . وأخرجه النسائي في سننه ، كتاب الجنائز ، باب الصلاة على من عليه دين 56/4 . وأخرجه في كتاب البيوع ، باب الكفالة بالدين 713/7 . وأخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب الكفالة 408/2 ، حديث رقم 7042 . وأخرجه الدارمي في سننه ، كتاب البيوع ، باب في الصلاة على من مات وعليه دين 362:2 .

(3) أخرجه مسلم برقم (1044).

(4) اللخمي، التبصرة، ج 12 ص 5601.

(1) ابن رشد: بداية المجتهد، ج 4 ص 79. بتصرف.

وقال ابن القاسم إنما يأخذ من الغريم؛ إلا أن أفلس أو غاب؛ فحينئذ يأخذ من الضامن" (2).

و"الكفالة بالطلب تصح؛ كأن يقول أنا حميل بأني أطلبه فإن لم أجده برئت من المال، وضمان الطلب عبارة عن التفتيش عن الغريم من غير إتيان به، قال المواق: قال مالك: لو شرط حميل الوجه أني أطلبه فإن لم أجده برئت من المال ولكن علي طلبه حتى آتي به لم يلزمه إلا ما شرط" (3).

وقت وجوب الكفالة

وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام "الزعيم غارم" أعني كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك.

وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي أعني كفالة النفس.

وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعني مطالبته بالكفيل فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة.

وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلّفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا فقال قوم إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من أصحاب مالك.

وقال قوم بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك وإلى كم من المدة يلزم فقال قوم إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي

(2) ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 214.

(3) المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر، ج 9 ص 680.

ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم وإلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها⁽¹⁾.

متى يبرأ الكفيل من الكفالة:

يبرأ الكفيل من الكفالة في أربع حالات:

1. إذا سلم المكفول في مكان التسليم، ولم يكن هناك حائل يمنع المكفول له من الوصول إلى حقه، لأن الكفيل قام بما التزمه، فإذا سلمه في غير مكان التسليم ولم يرض المكفول أن يستلمه لم يجبر المكفول له على ذلك إذا كان له عذر يمنع من استلامه.
2. إذا سلم الكفيل نفسه للمكفول له.
3. إذا مات المكفول ودفن، أو توارى ولم يعرف محله، ولا يطالب بما عليه من حق، لأنه التزم إحضاره، ولم يضمن ما عليه من حقوق.
4. إذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة، لأنه ملتزم بإحضاره لحق المكفول له، وقد تنازل عن حقه⁽²⁾.

هل للمضمون له مطالبتهما معاً:

اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على قولين:

(1) ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2 ص 297.
(2) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 704 / 1، ت. فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.

القول الأول: أن له مطالبة الضامن أو المضمون عنه معاً أيهما شاء في الحياة أو الموت، وهو قول الجمهور؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)¹، ولقوله صلى الله عليه وسلم في ضمان أبي قتادة للرجل الذي توفي وعليه ديناران (ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس، ثم أعاد عليه في الغد قال: قضيتهما. قال صلى الله عليه وسلم: الآن بردت عليه جلده)²، ولأن الحق ثابت في ذمتها فيملك المضمون له مطالبة من شاء منهما .

القول الثاني: ليس له مطالبة الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه، وهو قول الإمام مالك، لأن الضامن فرع، ولا يصار إلى الفرع إلا عند تعذر الأصل كالتيمة مع وجود الماء³.

متى يبرأ الضامن:

يبرأ الضامن من الضمان في أحوال:

1. إذا أبرأ صاحب الحق المضمون عنه من الدين فإن الضامن يبرأ من المطالبة لأنه تبع للأصيل، وضمانه توثقة للدين، فإذا سقط الدين بالإبراء فقد سقطت الوثيقة.
2. إذا أبرأ صاحب الحق الضامن من الضمان، ولا يسقط الدين عن المضمون عنه، لأن إسقاط الوثيقة لا يسقط الحق، بل أن صاحب الحق رضي أن يكون حقه بلا وثيقة.
3. إذا قام المضمون عنه بتسليم الدين الذي عليه للمضمون له برأ الضامن من الضمان، وكذلك إذا سلم الضامن الحق لصاحبه فإنه يبرأ لقيامه بما التزمه⁽¹⁾.

1 سبق تخرجه .

2 مخرج فيما سبق مع حديث الصلاة على من عليه دين .

3 انظر : ابن جزى : القوانين الفقهية : 242 .

(1) المرجع السابق .

مطالبة الضامن للمضمون عنه بالسداد:

هل للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالسداد ليخلص نفسه من هذا الالتزام، لا يخلو ذلك من حالين:

1. أن يطالب صاحب الحق بالدين: فإن الكفيل له الحق أن يطالب الأصيل بسداد الدين.

2. ألا يطالب صاحب الحق بالدين: فالأصح أن الكفيل ليس له الحق بمطالبة الأصيل بالسداد ليخلص نفسه من هذا الالتزام⁽¹⁾.

لزوم الضمان و الكفالة في حق الضامن والكفيل دون الطرف الآخر:

الضمان والكفالة يستوثق بهما، لكي يستوفي الحق عند تعذره من الأصيل، كما أن كلاً من الكافل، والضامن يدخل في العقد مع علمه بالغبن في ذلك العقد في حالة عدم سداد المضمون عنه، وعدم حضور المكفول، ولذا فالكفالة والضمان يكون لزمهما في جانب طرف واحد، دون الطرف الآخر، فهي لازمة في حق الكفيل والضامن، أما في حق المضمون عنه والمكفول له فإنها جائزة، ولذلك كان من حقه أن يطالب بها، ومن حقه أن يسقطها، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله فلم يرد عن أحد من العلماء القول بأن المضمون له والمكفول له ملزم بالضمان أو الكفالة، وليس له إسقاطها⁽¹⁾.

في مصالحة الكفيل عن دين الكفالة

ولا يخلو هذا الدين من ثلاثة أقسام:

(1) انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: ج 6 ص 26، 34.

(1) المرجع السابق.

أحدها: أن يكون الدين عينًا.

والثاني: أن يكون عرضًا.

والثالث: أن يكون طعامًا.

وكل قسم من هذه الأقسام ينتج ثلاثة أوجه:

إما أن يكون الصلح من جنس دين الكفالة، أو نوعه، أو من عينه. فصارت المسألة إذا دارت إلى تسعة أوجه.

وللكفيل في جميع ذلك حالتان:

إما أن يصلح عن نفسه، أو عن الغريم.

فالجواب عن القسم الأول: إذا كان الدين عينًا، فصالح من غير جنسه، كالعروض ونحوها: فلا يخلو من أن يكون صالح عن نفسه، أو عن الغريم.

فإن صالح عن نفسه: فلا يخلو من أن يكون الدين من قرض، أو من بيع.

فإن كان الدين قرضًا، أو ثمن بيع مما لا ربا فيه بينه وبين المصالح به، وكان ذلك شراء لنفسه: فإن ذلك جائز، وهل يفتقر ذلك إلى حضور الغريم، أو معرفة يسره من عسره، وثبوت الدين إن كان عينًا أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من "المدونة":

أحدهما: أنه يفتقر إلى حضوره وثبوت الدين بينة في غيبته.

والثاني: أنه لا يفتقر إلى حضوره، ولا إلى بينة على أصل الدين بخلاف شراء الأجنبيين.

وسبب الخلاف: ذمة الكفيل، هل هي كذمة الأصيل أم لا؟ فمن رأي أن ذمة الكفيل غير مشغولة بما على الأصيل لاتحاده واستحالة قيام المتحد بالمحلين فحاكى الكفيل

الأجنبي، وإن كانت الكفالة اقتضت توسيع المطالبة وتفسيح المؤاخذة لا حقيقة المحلين قال: لا بد من إحضار الأصيل عند شراء الكفيل، وثبوت الدين ببينة في غيبته.

ومن رأي أن الضمان من التضمين، أو من التضميم لدمته إلى ذمة [الأصيل] قال: لا يفتقر إلى حضوره، ولا إلى قيام البينة؛ لأنه قد تقرر بين ذمة الكفيل وذمة الأصيل مضاهاة تمنع مساواته للأجنبي؛ لأنه كأنه اشتراه من نفسه لنفسه.

وعلى هذا ينبني اختلاف قول مالك في كتاب الكفالة هل الطالب على التخيير، أو على الترتيب؛ فمرة رأى أن ذمة الكفيل والأصيل واحدة فقال بتخيير الطالب.

ومرة رأى أن الكفيل كالأجنبي فقال: إن الطلب على الترتيب، ولا يتبع الكفيل إلا بعد عدم الأصيل.

وإن كان الدين من ثمن بيع ما فيه الربا مثل ألا يجوز سلم ما يبيع بهذا الدين فيما صولح به: فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه سلم الشيء في مثله إلى أجل، وذلك حرام⁽¹⁾.

والجواب عن الوجه الثاني من القسم الأول: إذا صالحه من نوع دينه وكان الصلح لنفسه؛ مثل أن يكون دنانير والصلح بدراهم، أو كان ذلك ومشقيه، والدين هاشمية: فذلك حرام؛ لأنه صرف مستأخر.

والجواب عن الوجه الثالث من القسم الأول: إذا صالحه لنفسه من عين الدين: فإنه يجوز بالمثل في الصفة والمقدار، ويعود ذلك قضاءً، ولا يجوز بالأقل؛ لأن ذلك ربا بلا إشكال؛ لأنه دفع الأقل ليأخذ الأكثر ويدخله فيما بينه وبين الطالب "ضع وتعجل".

فإن صالح عن الأصيل من غير جنس الدين: فلا عبرة بحضوره، ثم ينظر في الصلح هل وقع بما يرجع إلى القيمة، أو بما يرجع إلى المثل⁽¹⁾.

(1) أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي: مناهج التَّحْصِيلِ ونواتج لطائف التَّأْوِيلِ في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 6 ص 178، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
(1) المرجع السابق: ج 6 ص 179.

في الكفالة الفاسدة

مثالها: "أن [يشترى] من رجل سلعة ويعطيه كفيلاً بما أدركه فيها من درك.

فلا يخلو من أن يقصد بالكفالة تخليص الثمن ورده [إلى] المشتري إذا أدركه درك في السلعة أو إنما قصد إلى استخلاص السلعة وردها على المشتري.

فإن قصد بالكفالة استرجاع الثمن [وردها] إلى المشتري فلا يخلو البيع من أن يكون في نفسه صحيحاً أو فاسداً.

فإن كان صحيحاً، فالكفالة جائزة لازمة قولاً واحداً.

فإن كان البيع واقعاً على نعت الفساد إما لفساده في نفسه، وإما لشروط فاسدة اقترنت به، فهل تلزم فيه الكفالة بالقيمة إذا فات أم لا؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الكفالة ساقطة بكل حال، وهو قول أشهب، وابن القاسم في ["الموازاة"]، ومثله لابن القاسم في "العتبية" أيضاً.

والثاني: أن الكفالة ثابتة على الكفيل إذا فات المبيع، ويكون عليه الأقل من قيمة السلعة، أو الثمن وهو قول مالك في "المبسوط".

والثالث: التفصيل بين علم الكفيل بفساد البيع، وعدم علمه، فإن علم بفساد البيع، فالكفالة لازمة له، وإن لم يعلم، فالكفالة ساقطة عنه، وهو قول ابن القاسم في "العتبية" أيضاً.

وأما إن قصد بالكفالة تخليص السلعة، واسترجاعها، وعقد البيع على المطالبة بذلك، والقيام به فالبيع فاسد قولاً واحداً⁽¹⁾.

تطبيقات الكفالة

(1) الرجراجي: المرجع السابق، ج 8 ص 359.

الاعتماد المستندي: الاعتماد المستندي يستعمل في تمويل التجارة الخارجية، وهو تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع، والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.

وحكم الاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً يكون المصرف فيه وكيلًا عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولاً له، وللمصرف أن يأخذ عمولة أو أجراً عن وكالته، لا عن كفالته.

أما في الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً، فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه، فإذا أخذ المصرف عمولة مقابل المبلغ المكفول به، لا مقابل العمل الذي يقوم به، فقد أخذ أجراً مقابل الكفالة ذاتها، وهو لا يجوز⁽²⁾.

خطاب الضمان

وينطبق حكم الكفالة على خطابات الضمان التي تصدرها البنوك إذا كان الخطاب غير مغطى من العميل، والحكم الشرعي أنه لا يجوز للبنك أخذ الأجر على هذا العمل؛ لأنه أجر على الكفالة. أما إذا كان الخطاب مغطى بالغطاء النقدي من العميل ولو غطاءً جزئياً لا كلياً، فيجوز للبنك أخذ مقابل إصدار الخطاب وما يقتزن به من العمل على أساس الوكالة، ومن المعلوم أنه يجوز أخذ الأجر على الوكالة، ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة، ويكون أجر الوكالة. كما جاء في المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية في دبي. مراعى فيه حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه لما يقتزن بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف بحسب العرف المصرفي.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ج 6 ص 79.

وتشمل هذه الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات، ودراسة المشروع الذي سيعطى بخصوصه خطاب الضمان، كما يشمل ما يعهد به العميل إلى المصرف من خدمات مصرفية تتعلق بهذا المشروع، مثل تحصيل المستحقات من أصحاب المشروع. ويجوز للمصرف أخذ مقابل الخدمات والمصاريف في الضمان غير المغطى⁽¹⁾.

كفالات الإقامة والسفر: وحكم هذين النوعين من الكفالة: كفالة الإقامة والسفر للخارج: أن الكفالة بالرغم من كونها عقد تبرع، يجوز بموجبها للكفيل أخذ مقابل عمله وجهده فقط، وله الرجوع بما يغرم، وما زاد عن هذا فهو سحت حرام، بل هو ظلم وغبن فاحش إذا تجاوز الكفيل هذه الحدود المشروعة، بأن طالب المكفول بتقديم نسبة من أرباح العمل، أو بأقساط شهرية دورية، دون أن يقدم الكفيل لمكفوله أي عمل، أو يتحمل أي جهد، أو يؤدي عنه أي نفقة⁽²⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) المرجع السابق: ج 6 ص 85، 86.

المصادر والمراجع

- 1- ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني : فتح الباري: شرح صحيح البخاري: دار الفكر -بيروت- دون تاريخ.
- 2- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد : المحلى : دار الآفاق الجديدة - بيروت- دون تاريخ.
- 3 - ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد: دار "الشريفة" - الجزائر - 1409هـ-1989م.
- 4-أبو زهرة: محمد : ابن حزم -حياته وعصره- آراؤه وفقهه: دار الفكر العربي - دون تاريخ.
- 5-أبو زهرة: محمد: - أحكام التركات والمواريث: دار الفكر العربي - دون تاريخ .
- 6- أبو زهرة: شرح قانون الوصية: دار الفكر العربي - 1398هـ-1978م.
- 7- بلحاج: د. العربي: - قانون الأسرة: مبادئ الاجتهاد القضائي: ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر- 1994م.
- 8- بلحاج: د. العربي: - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر- 1994م.
- 9-الذهبي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان : سير أعلام النبلاء: ت. شعيب الأرنؤوط: مؤسسة الرسالة-بيروت- ط. الثالثة- 1405هـ-1985م.
- 10-الزرقاني: سيدي محمد: شرح على موطأ الإمام مالك: دار المعرفة -بيروت- 1401هـ-1981م.

- 11- الزحيلي: د. وهبة : - الفقه الإسلامي وأدلته: دار الفكر - دمشق - ط. أولى -
1404هـ-1984م.
- 12- الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب: مؤسسة الإسرائ - قسنطينة - ط. الثالثة
-1411هـ-1991م.
- 13- السريتي: د. عبد الودود محمد: الوصايا والأوقاف والموارث: دار النهضة العربية -
بيروت - 1992م.
- 14- شلبي، د. محمد مصطفى: أحكام الموارث بين الفقه والقانون: الدار الجامعية -
بيروت - دون تاريخ.
- 15- عبد الحميد، محمد محي الدين: أحكام الموارث: دار الكتاب العربي - بيروت -
ط. أولى - 1404هـ-1984م.
- 16- العرفي، كمال: التنزيل حقيقته ومشروعيته، رسالة ماجستير، المعهد الوطني العالي
للعلوم الإسلامية (كلية العلوم الإسلامية) جامعة باتنة، 2000م.
- 17- قبلان، هشام: الوصية الواجبة في الإسلام، بحر المتوسط وعبيدات - بيروت -
باريس - ط. ثانية - 1985م.
- 18- الكردي، د. أحمد الحجي: الأحوال الشخصية: جامعة دمشق - مطبعة خالد بن
الوليد - ط. رابعة - 1410هـ-1990م.
- 19- محدة، د. محمد: - التركات والموارث في الشريعة الإسلامية: دار الطباعة
الأوراسية - باتنة - 1982م.
- 20- محدة، د. محمد: التركات والموارث (الكتاب الثاني): شركة الشهاب -
الجزائر - 1990م.

- 21- التركات والمواريث: (سلسلة فقه الأسرة). شهاب 2000 - الجزائر - ط.
ثانية - 1994م.
- 22- المراغي، عبد الله مصطفى: الفتح المبين في طبقات الأصوليين: مكتبة المشهد
الحسيني - القاهرة - ط. ثانية، دون تاريخ.
- 23- المفتي، محمد خيرى: علم الفرائض والمواريث: ط. منذر محمد خيرى المفتي -
دمشق - 1403هـ - 1983م.
- 24- ممدوح عطري، قانون الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، دمشق، 1973.
- 25- الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت 1404 هـ -
1983 م .
- 26- وزارة العدل : قانون الأسرة: ط. ديوان المطبوعات الجامعية - 1993م و
1994م. والديوان الوطني للأشغال التربوية - 1990م.