الوقف والوصايا

ضربان من صدقة التطوع

في الشريعة الإسلامية

مع بيان الأحكام القانونية التي تنظمها

للدكتور أحمد علي الخطيب

أستاذ القانون الاسلامي المساعد

بكلية القانون والسياسة - جامعة بغداد

الطبعة الثانية

١٣٩٨ - ١٩٧٨

طبع على نفقة جامعة بغداد

مطبعة جامعة بغداد

١٩٧٨

سعر النسخة ١٩٥٠

الوقف والوصايا

ضربان من صدقة التطوع

في الشريعة الإسلامية

مع بيان الأحكام القانونية التي تنظمها

للدكتور أحمد علي الخطيب

أستاذ القانون الاسلامي المساعد

بكلية القانون والسياسة - جامعة بغداد

الطبعة الثانية

١٣٩٨ - ١٩٧٨

طبع على نفقة جامعة بغداد

مطبعة جامعة بغداد

١٩٧٨

الإهداء

الى :

من عرفوا بخس المـال إذا فاض ونحسه إذا شح ، فجادوا بالفائض العزيز لتخفيف نوازل الدهر عن الآخرين .

من قايضوا زينة الدنيا بنعيم الأخرى ، فاستبدلوا الزائل الرخيص بالدائم النفيس الذي وعدهم ربهم به .

من كسبوا طيباً وأنفقوا عن طيبة نفس ، فتجملوا بالطهارة وشعروا بالسعادة لسعيهم في اسعاد غيرهم .

أهدي هذا العمـل المتواضع ، لعل فيه ما يفي ببعض حقهم على العارفين بعظم فضلهم ، لاسيما من كانت الكتابة صنعته ؟

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

أحمدك اللهم ولي المتقين وملاذ اللاجئين، وأصلي وأسلم على نبيك الذي أوصانا بالبر والمعروف لكل مخلوق، وعلى آله وصحبه الذين وقفوا أرواحهم على نشر دعوته وحبسوا اموالهم لنصرة دينه.

وبعد؛ فان الوقف والوصايا نظامان او تصرفان خاصان في الفقه الاسلامي، لكل منهما مقوماته وشروطه واحكامه التي تميزه عن غيره من النظم او التصرفات الشرعية الأخرى.

فالوقف عبارة عن تصرف خاص يتعلق بالأموال، لكونه حبساً للأعيان الموقوفة عن التداول وإطلاقاً لمنافعها بصرفها إلى الجهات الموقوف عليها، ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم اشار على من سأله عن مال نفيس اصابه ماذا يفعل به بقوله «تصدق بثمره وحبّس اصله»[1]. وإنه يتميز بتغلب الناحية الدينية التعبدية فيه على ما سواها، ذلك لأن التصرف فيه لا بد ان يئول في النهاية - إن لم يكن منذ البداية - إلى جهة بر لا تنقطع، يعتبر الإنفاق عليها قربة في نظر الشريعة الاسلامية.

وهو وإن لم ترد بشأن تنظيم احكامه نصوص شرعية من القرآن

(١) رواه البخاري - أنظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٨.

الكريم والسنة النبوية، إلا ان فقهاء المسلمين كانوا قد قدحوا زناد قرائحهم وملكاتهم الفقهية وأعملوا آراءهم فعمدوا الى الاجتهاد والاستنباط، واوجدوا لنا هذا النظام الشرعي القائم بذاته. وإذا كان فضل البداية في تقعيد قواعده وتدوين شروطه ومسائله وتوضيح احكامه يعود لفقهاء القرن الثاني الهجري، فانه لا ينكر ما كان لجهود الفقهاء الذين جاءوا من بعدهم في مختلف العصور من همة مشكورة في تطوير احكامه الاجتهادية، التي بنيت في الأصل على قواعد فقهية عامة وعلى اعراف الناس وعاداتهم وتعاملهم. وحيث ان الفقهاء ليسوا بمنزلة سواء في اجتهادهم واستنباطهم للأحكام من مصادرها التشريعية، لذا فقد تشعبت آراؤهم وتعددت اقوالهم في نظام الوقف الاسلامي، وأثاروا بخصوص احكامه التفصيلية جدلاً علميا واسعا يعتبر بحق ثروة علمية عظيمة جديرة بالاعتزاز والدراسة.

والوصايا، التمليكية منها والعهدية، تتضمن ايضا تصرفا معينا في الأموال والحقوق، وتقوم في الأصل على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة.

فالوصية التمليكية عبارة عن تصرف ينشئه المرء اثناء حياته يُملك بمقتضاه من يريد البرّ به والاحسان اليه شيئا ماليا بطريق التبرع، غير ان تصرفه هذا لا ينفذ الا بعد وفاته. وقد شرعها الله ليتدارك بها الانسان ما فاته من فعل الخير قبل ان يفاجئه الموت، لأن النبي عليه الصلاة والسلام يقول: «إن الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها الله زيادة لكم في اعمالكم»[1]. إذ مكننا سبحانه وتعالى بواسطتها ان نوصي ببعض

(١) رواه احمد والدار قطني وغيرهما - انظر الدراري المضية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦١.

المال لمن نرى انه احق بالبر والحوج ، وجعلها مقدمة على الميراث حيث قال : « من بعد وصية يُوصى بها او دين »[1] .

وهي تختلف عن الوقف من حيث ان التمليك فيها ينصب غالباً على ذات العين الموصى بها ، وقد ينصب أحياناً على منفعة العين فحسب لمدة محددة ، ولكنه - التمليك - لا يتحقق أي لا يظهر حكمه قطعاً إلا بعد موت الموصى . في حين ان الوقف يُخرج العين من ان تكون مملوكة لأحد ، فلا تمليك فيه أبداً ، وإنما فيه تخصيص منفعة لا غير ، ويتحقق اي يظهر حكمه إما اثناء حياة الواقف وبعد مماته وإما بعد موته فقط .

وعلى هذا يجوز ان تأخذ الوصية حكم الوقف في حالة واحدة ، هي متى ما كان الموصى بـه منفعة خصصت على وجه الدوام والاستمرار لجهة من جهات الخير في الحال او المآل . كما يجوز ان يخرج الوقف مخرج الوصية في حالة واحدة ايضاً ، هي متى ما اضاف الواقف حكمه الى ما بعد موته . ومع هذا فان احدهما لا يغني عن الآخر قط ، لأن لكل واحد منهما احكامه الخاصة التي تظهر في مجال تشريعي مستقل .

اما الوصية العهدية فهي تكليف او عهد بتصرف معين في الحقوق والأموال التي تكون للانسان بعد وفاته ، وذلك بأن يقوم من عُهد إليه بتنفيذ ما كلف به بعد وفاة الموصي . ومتى قبل الموصى إليه هذا العهد صار ملزماً شرعاً بأن ينظر او ينفذ ما يوصى به من قبل

(١) الآية (١٢) من سورة النساء .

الموصي ، الذي جعله وصيه يتصرف في امره وماله وعياله بعد وفاته ، عملاً بقوله تعالى «واوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا »[1] . والأصل ان الموصى اليه الذي يتولى ما يُعهد اليه من امر انما يبغي عمل الخير والتقرب الى الله تعالى ، آملاً ان يجد من يتولى عنه ما يعهد به اليه بعد موته ، لأنه كما يدين يدان . والله سبحانه وتعالى يقول : « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديدا »[2] .

نخلص مما تقدم الى ان الوقف والوصايا نوع من الصدقات في الاسلام لأن القصد منهما البرّ والمعروف وعمل الخير ، وليس فيهما إلزام من الشارع ، وإنما تُرك الأمر فيهما الى المتصدق نفسه . وان للمتصدق ملء الحرية في وضع صدقة تطوعه في موضعها ، فهو الذي يبين مقدارها ويعين مصرفها بحسب رأيه واجتهاده ، بشرط ان تقع عند الله موقع القبول . ولهذا كان الشرط في صدقة التطوع ان تقوم على اساس سد عوز المعوزين وإعانة الفقراء العاجزين ، لا مضارة فيها لأحد إذ لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، والا لتمحضت معصية للخالق عزّ وجلّ فتنقلب الى ضد ما شرعت اليه .

ولما كانت صدقات التطوع قسماً من اقسام الصدقات المتنوعة التي نظمها التشريع الاسلامي باعتبارها من اعمال الخير ، وان « الوقف الوصايا ضربان من صدقة التطوع » لهذا رايت ان أمهد

(١) الآية (٣٤) من سورة الاسراء .
(٢) الآية (٩) من سورة النساء .

لدراستها ببيان موقف الاسلام من البر والمعروف عموماً وان أنسق تنظيمه وتقسيمه للصدقات بوجه خاص .

وعليه فقد جعلت هذا المؤلف في ثلاثة ابواب . باب تمهيدي لدراسة البر والمعروف في الاسلام وبيان انواع الصدقات في الشريعة الاسلامية . وخصصت البابين الأول والثاني للوقف والوصايا على التوالي ، فبحثتهما فيهما بشكل يعتمد المقارنة بين المذاهب الاسلامية قدر المستطاع مع بيان الأحكام القانونية التي تنظمها جهد الامكان ، متوخياً في ذلك كله الايجاز غير المخل بالغرض الذي قصدت اليه من وراء دراستها .

وأخيراً - وليس آخراً - أسأله تعالى ، الذي وفقني الى انجازه وأعانني على إخراجه ، أن يكتب لي به صدقة عنده ، وأن يعمم النفع به ، إنه على كل شيء قدير ؟

٥ ربيع الثاني ١٣٨٨
أول تموز ١٩٦٨

المؤلف

باب تمهيدي

الاسلام دين المثل العليا :

لا مراء ولا جدل في أن القواعد التشريعية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية جعلت الاسلام دين المثل العليا المحببة الى النفوس الحرة الأبية في كل آن ومكان . ذلك لأن النفس البشرية السوية الكريمة تهوى الفضائل وتنبذ الرذائل بطبعها ، وتتعشق الحرية وتأبى ذل القيد منذ الأزل ، وتنزع الى الخير وتكره الشر دوماً ، فهي ولا شك واجدة ضالتها ومبتغاها في رحاب الاسلام .

وحسبنا أن نذكر أن من مبادىء هذا الدين الحق أنه كرم بني آدم جميعاً وقرر التسوية بينهم في التعامل والتقاضي والتعلم ، وحد الحدود وأوجب القصاص قطعاً لدابر الجريمة والاعتداء واشفاء لغليل المجنى عليه وأوليائه ، وشرع الجهاد بالنفس والمال لمقاتلة الأعداء واخماد الفتنة ، وحث على العفو والتسامح والعمل والوفاء بالعهد ، ورغب في العدل والاحسان ، وحذر من البغي والفحشاء ، ونهى عن عقوق الوالدين وأكل أموال الناس بالباطل ، وغير ذلك من الفضائل النفسية والخلقية والاعتقادية .

ومن يتدبر قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي »[1] وقوله « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن

(١) سورة النحل الآية ٩٠ .

السبيل وما ملكت أيمانكم »[1] ، وقول خاتم أنبيائه عليه الصلاة والسلام « إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعاً وهاتٍ ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال »[2] وقوله « من نفس عن مسلم كربةً من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »[3] . يجد أن كل نص من هذه النصوص الكريمة يصلح أن يكون دستوراً يحتذى به وأصلاً تقتبس منه فروع الأحكام .

البر والمعروف في الاسلام

التعاون على البر والمعروف :

حث الاسلام على الفضائل ودفع الشرور ، والأعمال الصالحة ، والبذل في سبيل كل خير ، بما يحقق التكافل والتضامن الاجتماعيين بين أفراد المجتمع بأوسع معانيها . فقال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »[4] .

ومن معاني البر في القرآن الكريم الانفاق في سبيل الله ، حيث ورد فيه قوله تعالى « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون »[5] . وجعل

(١) سورة النساء الآية (٣٦) . والمراد بالصاحب بالجنب رفيق الطريق او العمل ونحوه .
(٢) متفق عليه ـ انظر بلوغ المرام من ادلة الأحكام ص ١٨٤ .
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه . انظر المرجع السابقة الاشارة اليه ص ١٨٥ .
(٤) سورة المائدة الآية (٢) .
(٥) سورة آل عمران الآية (٩٢) .

الاحجام عن الانفاق في هذا الموضع من أسباب التهلكة للأمم ، لما ينتابها من ضعف وهزال بسبب منع المال الذي هو قوام الحاجات والمطالب اثناء السلم والحرب عنها ، فتتداعى وتضمحل ويكون مصيرها الفناء ، ولهذا قال عزّ من قائل : « وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »[1] . وسبيل الله واسع يشمل كل ما ينفق في سبيل الفضيلة ، من إعطاء لليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، وإقامة للعمران وتوطيد للأمن وما الى ذلك ، إلا أن أهمها وأقواها هو ماينفق في سبيل حماية الحوزة والدفاع عن الوطن عند الاعتداء .

ومن معاني المعروف لغة وشرعاً الاحسان والخير وصالح الأعمال ، ولهذا وصف سبحانه وتعالى الأمة الاسلامية بالخيرية عندما كان أفرادها يأمرون به ، ولا يداهنون في حق ولا يجاملون في باطل ، فقال : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر »[2] . وبين سبحانه أن المعروف ، الذي قد يتمثل بكلمة حق عند سلطان جائر ، يكون خيراً من البذل بالنسبة للذين يتعمون إنفاقهم بالمن والأذى ، إذ قال : « قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى »[3] .

وصور التعاون على البر والمعروف في الاسلام كثيرة لا يحصى عددها ولا يمكن حصرها ، فبالاضافة الى ما ذكرنا من الاعطاء لضعفاء الأمة لجعلهم سواعد قوية تخدم المجتمع وتحمي الذمار ،

(١) سورة البقرة الآية (١٩٥) .
(٢) سورة آل عمران الآية (١١٠) .
(٣) سورة البقرة الاية (٢٦٣) .

والبذل في سبيل الجهاد المقدس الذي أصبح اليوم فرضاً عينياً على كل مسلم ومسلمة بعد أن استباح الصهاينة أرضنا واستولوا على ممتلكاتنا ودنسوا حرماتنا ، والسعي لاقامة عمران شامل واقتصاد فاضل غير ملوث بالمحرمات ، فان هناك صوراً عديدة أخرى أبانت عنها السنة النبوية المطهرة . تهدف الى إسعاد المجتمعات الانسانية ، إن هي راعتها وأخذت بها ، منها : صلة الرحم ، إغاثة الملهوف وذي الحاجة ، العمل المثمر ، إعانة الرفيق في السفر ، إماطة الأذى عن الطريق ، بذل النصح ، طيب العبارة ، وغير ذلك من الأغراض النبيلة .

فهذا أبو هريرة يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحب أن يبسط له في رزقه ويُنسأ له في أثره فليصل رحمه »[1] . كما يروى عنه قوله « حق المسلم على المسلم ست : إذا لقيته فسلم عليه ، وإذا دعاك فأجبه ، وإذا استنصحك فانصحه ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده ، وإذا مات فاتبعه »[2] . ويروى عنه أيضاً أنه قال : « كل سُلامي من الناس عليه صدقة كل يوم تطلع فيه الشمس ، تعدلُ بين الاثنين صدقة ، وتعينُ الرجل في دابته فتحمله عليها أو ترفع له عليها متاعه صدقة ، والكلمة الطيبة صدقة ، وبكل خطوة تمشيها الى الصلاة صدقة ، وتميط الأذى عن الطريق صدقة »[3] .

(١) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ص ١٤٥ . ومعنى ينسأ له في اثره اي يؤخر له في اجله وعمره .

(٢) أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٩٥ . ومعنى شمت العاطس أي دعا له بقوله مثلا : يرحمك الله .

(٣) متفق عليه . أنظر رياض الصالحين ص ٦٨ . والسلامي : جمع سلامية وهي الأنملة من أنامل الأصابع ، ويطلق أيضاً على كل عظم مجوف من صغار العظام . والمعنى : كل عظم من عظام بني آدم عليه صدقة .

ويروى أبو موسى فيقول : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « على كل مسلم صدقة » . قلت : أرأيت إن لم يجد ؟ قال : « يعمل بيديه فينفع نفسه ويتصدق » . قلت : أرأيت إن لم يستطع ؟ قال : « يُعينُ ذا الحاجة الملهوف » . قلت : أرأيت إن لم يستطع ؟ قال : « يأمر بالمعروف أو الخير » . قلت : إن لم يفعل ؟ قال : « يمسك عن الشر فانها صدقة »[1]) . ويُروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال : كنا في سفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له » . ثم يمضي أبو سعيد فيقول : فذكر من أصناف المال ما ذكره ، حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل[2] .

مرتبة البر والمعروف في الاسلام :

حبب الإسلام الى الناس القصد في جمع المال وزين لهم الإنفاق في أوجه الخير ، وجعل ذلك مرتبة عليا فوق الأموال وفتنتها ومثوبة لهم ، فقال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا ، والباقيات الصالحات خير عند ربك ثواباً وخير أملا »[3] . ووعد سبحانه المنفقين في سبيله بأنه يضاعف لهم الأجر بحسب علمه وسعة اقتداره ، فقال : « مثلُ الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل حبة انبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائةُ حبة ، والله يضاعف لمن يشاء

(١) متفق عليه نفس المرجع ص ٧٤ .

(٢) رواه مسلم ـ نفس المرجع ص ٣٥٤ .

(٣) سورة الكهف الآية (٤٦) .

والله واسع عليم »[1] . وتوعد البخلاء الذين لا يؤدون ما امروا بأدائه فقال : « والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم . يوم يُحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم ، هذا ما كنزتم لأنفسكم ، فذوقوا ما كنتم تكنزون »[2] . وبين عز وجل أنه يُمحق المال المجموع من الظلم ، فقال : «ويُمحق الله الربا ويُربي الصدقات »[3] ، وقال : « وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله »[4] .

ولا أدل على أن البذل في سبيل الخير والانفاق في مرتبة مقدمة عند الله من أنه تبارك شأنه اعتبره قرضاً له ، وهو الغني عن العالمين الفعال لما يريد ، إذ قال : « من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة ، والله يقبض ويبسط وإليه تُرجعون »[5] . فوصف سبحانه نفسه مقترضاً ، بالرغم من أن الأمر كله بيده من قبض وبسط وغنى وفقر ، ذلك لكي يشعر الغني بمعنى الحاجة التي قد تصيبه في يوم من الأيام .

وهذا رسول الله عليه الصلاة والسلام يجيب من سأله أي الصدقة أعظم أجراً ؟ فيقول : «أن تصدَّق وانت صحيح شحيح ، تخشى الفقر وتأمل الغنى ، ولا تُمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان

(١) سورة البقرة الآية (٢٦١) .
(٢) سورة التوبة الآيتان (٣٤ و ٣٥) .
(٣) سورة البقرة الآية (٢٧٦) .
(٤) سورة الروم الآية (٣٩) .
(٥) سورة البقرة الآية (٢٤٥) .

كذا ، وقد كان لفلان »[1] . ويقول صلى الله عليه وسلم أيضاً : « الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله »[2] .

الاسلام يلزم بالاعتدال في الانفاق :

إذا كان الاسلام قد طالب كل إنسان بأن يعين الآخرين ويقدم لهم من جهده المالي والعضلي والفكري ما يستطيع ليأخذ من جهدهم كذلك ما ينفعه ، فانه لم يطالبه بما لا يطيق او بما فيه ضيق ومشقة عليه . بل اعتبر « كل معروف صدقة »[3] على حد قول من لا ينطق عن الهوى ، حتى انه صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحقرن من المعروف شيئاً ، ولو ان تلقى اخاك بوجه طليق »[4] .

والمراد بالمعروف هنا معناه العام الشامل ، الذي يتناول البر بجميع صوره ، فيشمل حتى البر بالحيوان . ذلك لأن الرسول الكريم قال : « في كل كبد رطبة اجر »[5] إجابة لمن سألوه : هل لنا في البهائم اجر ؟ . ولأن الثابت عنه صلى الله عليه وسلم انه قال : « لا يغرس مسلم غرساً ولا يزرع زرعاً ، فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا طير ، إلا كان له صدقة الى يوم القيامة »[6] .

على ان الاسلام حين حبب البذل في سبل الخير وزينه للناس واثابهم عليه ، فانه في نفس الوقت نهى عن التبذير وحذر منه ، إذ

(١) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ٥٥ .
(٢) متفق عليه ـ نفس المرجع ص ١٢٩ .
(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٧ ص ٩١ .
(٤) اخرجه مسلم ـ انظر بلوغ المرام ص ١٨٥ .
(٥) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ٧٠ .
(٦) اخرجه مسلم ـ نفس المرجع ص ٧٢ .

قال تعالى : « آت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيراً ، إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين »[1] ، وقال : « والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواماً »[2] ، وقال ايضاً : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »[3] . والرسول عليه الصلاة والسلام قال لمن اراد ان ينخلع من ماله صدقة الى الله : « امسك عليك بعض مالك فهو خير لك »[4] .

معنى هذا أن الاسلام راعى حاجة صاحب المال الى ماله وحاجة من يعول في هذا المال، فنهاه عن الاسراف في الانفاق ولو في وجوه البر والتصدق به لحد السفه ، لكيلا يكون هو وأهله عالة على المجتمع[5] . وقد روى أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وأبدأ بمن تعول »[6]. وروى أيضاً أن رجلاً جاء النبي فقال: (يارسول الله عندي دينار، فقال له : « تصدق به على نفسك » . قال : عندي آخر ، قال : « تصدق به على ولدك » . قال : عندي آخر ، قال : « تصدق به على خادمك » . قال عندي آخر ، قال : « أنت ابصر به » .)[7] . وعن جابر بن عبدالله

(١) سورة الاسراء الآيتان (٢٦ و ٢٧) .
(٢) سورة الفرقان الآية (٦٧) .
(٣) سورة الاسراء الآية (٢٩) .
(٤) أنظر صحيح البخاري ج ٤ ص ٩ .
(٥) حتى أن جمهور الفقهاء اجازوا حجر السفيه بمنع ماله عنه أخذا من قوله في الاية (٢٥) من سورة النساء « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً
(٦) أنظر صحيح البخاري ج ٧ ص ٨١ .
(٧) رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان والحاكم ـ انظر بلوغ المرام ص ٧٤ .

أن رجلاً أتى النبي عليه الصلاة والسلام بمثل البيضة من الذهب ، فقال : يا رسول الله هذه صدقة ، ما تركت لي مالاً غيرها . فحذفه بها النبي ، فلو أصابه لأوجعه ، ثم قال : « ينطلق أحدكم فينخلع من ماله ثم يصير عيالاً على الناس »[1] . وقد قال الامام علي كرم الله وجهه للرجل الذي يملك أربعمائة دينار وأراد أن يوصي : « إنك لن تدع طائلاً ، إنما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك »[2] .

يُفهم مما تقدم أن الاسلام يلزم الناس بالاعتدال في الانفاق ، لأنه يقف موقفاً وسطاً بين الشح والتبذير، فهو بحق ميزان الاعتدال والمنزلة المثلى بين منزلتين . أولاهما ـ الأثرة والأنانية وحب النفس بحجب المال عن المستحق فيه والبخل به عن سبيله. والثانية ـ السفاهة في إنفاقه والزهد فيه بحيث يترك الانسان نفسه كلاً على الناس عالة عليهم ، يأخذ ولا يعطي ويستهلك ولا يثمر . ولهذا يمكن أن يقال بأن هذا الموقف الوسط الذي يقفه الاسلام من مبدأ الانفاق في الطاعات هو من خصائص الأمة الاسلامية التي نعتها الله سبحانه وتعالى بقوله « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً »[3] .

كل معروف صدقة :

ذكرنا قبل قليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق اسم الصدقة على جميع انواع المعروف من باب التشبيه البليغ ، فقال : « كل

(١) انظر المحلى ج ٩ ص ١٣٧ .
(٢) انظر المغني ج ٦ ص ٣ .
(٣) سورة البقرة الاية (١٤٣) .

معروف صدقة »، أي جعل له حكمها في الأجر والثواب. كما بينا انه عليه السلام ألزم كل مسلم بأن يتصدق، فمن كان غنياً فعليه ان يتصدق بماله على من لا مال له، ومن كان فقيراً فعليه ان يشتغل بيده لينال أجراً ينفع به نفسه ويتصدق منه، فان لم يجد عملاً يستفيد منه ويفيد غيره فليعن صاحب الحاجة الماجز وليساعده على ادراكها. فان لم يستطع ذلك لمذر فليعمل بالمعروف فيذكر الله ويستغفره، وليفعل الخير ويأمر به، وليمسك عن الشر فينزك كل ما يؤذي الناس، ففي كل هذه الأمور صدقة.

يتضح لنا من هذا أن من الصدقات ما يقتصر نفعها على الإنسان نفسه لا يتعدى غيره، ومنها يتعدى نفعها الى الآخرين. ثم ان منها ما حث الاسلام على طلبه دون إلزام وترك الأمر فيه الى تقدير المتصدق، ومنها ما امر به على وجه الالزام وحدده بمقادير معينة.

لهذا نرى من الواجب علينا ان نبين بايجاز انواع الصدقات في الاسلام، توصلاً الى موضوع بحثنا من جهة، وإتماماً للفائدة من جهة أخرى.

أنواع الصدقات في الاسلام

صدقات مالية وغير مالية:

يمكننا ان نقسم الصدقات من حيث موضوعها او محلها الى نوعين: صدقات مالية وصدقات غير مالية (معنوية او ادبية).

فالصدقة المالية، كما يستدل من اسمها، هي التي فيها بذل للمال - قل أو كثر - وانفاق له في الطاعات ومكارم الأخلاق وعلى العيال

والمحتاجين والفقراء. وقد اوردنا من النصوص الشرعية على هذا النوع من الصدقة ما لا نرى معه موجباً للمزيد.

اما الصدقة المعنوية، فليس فيها مال ينفق وإنما تتضمن إعانة للغير بجهد بدني او عقلي في سبيل الخير، او حفظ النفس وصيانتها من التردي في الشرور والآثام، وهي في كلا الحالين تكون من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وقد سقنا من شواهد النصوص على هذا النوع من الصدقة ما فيه الكفاية.

صدقات على النفس وعلى الغير:

نريد بالصدقات على النفس الصدقات عموماً، مالية كانت او معنوية، التي تكون من الانسان وإليه. او بعبارة اخرى هي التي تصدر من شخص وينتفع بها هو نفسه، اي تكون قاصرة النفع على المتصدق وحده ولا يتعدى شخصه.

فالصدقة المالية على النفس، هي الانفاق على النفس إبقاء لذات الانسان ورعاية لكرامته، بالنهي عن السرف من ناحية وبدفع الشح والبخل من ناحية اخرى. وهذا هو الرسول الكريم يرتب لنا مواضع صدقاتنا فيقول: « ابدأ بنفسك فتصدق عليها »[1]. وحديث صاحب الدينار الذي اراد ان يتصدق به فراجع النبي سائلاً اياه عن المحل الذي يضعه فيه ليس ببعيد، إذ اشار عليه صلى الله عليه وسلم ابتداء بقوله « تصدق به على نفسك ».

اما صدقة الانسان المعنوية على ذاته، فهي اتيان الطاعات وتجنب

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٨٣.

المنكرات ، كالاستغفار والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وترك ايذاء الناس ، كما تبين لنا من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم . ولأن الثابت عن الرسول عليه السلام انه قال لمن ذكر له انه ضعيف عن بعض العمل: «تكف شرك عن الناس فانها صدقة منك على نفسك»[1] ، والسبب في تسميتها صدقة هو « ان لها أجراً لما للصدقة من أجر . وان هذه الطاعات تماثل الصدقات في الأجور ، وسماها صدقة على طريق المقابلة وتجنيس الكلام »[2] .

وكذلك الصدقات على الغير تتناول النوعين المادي والمعنوي . فالانفاق على القربات كالمساجد والمدارس ، والاعطاء للمساكين وذوي الحاجة ، صدقات مالية بلا شك . اما مد يد العون لانقاذ غريق او مساعدة عاجز على عبور الطريق او بذل النصح لمن هو في حاجة اليه ، فصدقات معنوية لا مال فيها . وقد أرشد صلى الله عليه وسلم الى انواع من هذه الصدقة منها قوله « تبسمك في وجه اخيك صدقة لك ، وامرك بالمعروف ونهيك عن المنكر صدقة لك ، وإرشادك الرجل في ارض الضلالة صدقة لك ، وإماطتك الحجر والشوك والعظم عن الطريق صدقة لك ، وإفراغك من دلوك الى دلو اخيك صدقة»[3] .

ثم ان محل الصدقة ليس خاصاً بالانسان وحده كما رأينا ، فاطعام الطير وسقي الدابة ومعالجة الحيوان لا يخلو من صدقة مأجورة ، لأن « في كل ذات كبد رطبة أجر » .

(١) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ٦٧ .
(٢) النووي في شرح صحيح مسلم ج ٧ ص ٩١ .
(٣) اخرجه الترمذي ـ انظر سبل السلام ج ٤ ص ٢٢٩ .

وقد تتناول الصدقة المعنوية النفس والغير معاً ، فالمباشرة الزوجية مثلاً فيها تصدق على كل من الزوج والزوجة ، كما يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام « وفي بضع احدكم صدقة » . ولما سألوه قائلين: اياتي احدنا شهوته ويكون له فيها اجر ؟ اجاب قائلاً : « ارأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر ؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له اجر»[1] . فيستدل من هذا ان المباحات ، كالمباشرة الزوجية ، تصير طاعات بالنية الصادقة كطلب الزوج الولد الصالح او إعفاف نفسه متى نوى في عين الوقت إعفاف زوجته وقضاء حقها الشرعي ومعاشرتها بالمعروف .

صدقات واجبة وتطوع :

يمكن تقسيم الصدقات المالية من حيث إلزام الانسان بها الى نوعين :

الأول ـ صدقات واجبة لا اختيار للمكلف فيها ، أي يكون ملزماً بأدائها من ماله بحكم الشرع . ومن هذه الصدقات الزكوات المفروضة وما يلحق بها من صدقات لازمة اخرى .

الثاني ـ صدقات غير واجبة لا الزام حتمي فيها ، بل يترك للانسان امر ادائها بنفسه على وجه التطوع .

الزكاة المفروضة :

الزكاة : نظام مالي شرعه الله سبحانه وتعالى وفرضه على الأغنياء اختباراً لايمانهم بلزوم طاعته ورحمة بالفقراء والمحتاجين ، وقد قرنها

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٩٢ .

بالصلاة في كثير من الآيات القرآنية ، ذلك لأن المال محبب الى نفسه عزيز عليها ، فاختبار الناس بوجوب إخراج جزء منه وإنفاقه في مصارفه فوق اختبارهم باقامة الصلاة. إذ من السهل على الانسان ان يقوم ببعض الأعمال التي لا تكلفه سوى حركات يؤديها كل يوم ، ولكن ليس من السهل عليه ان يبذل نصيباً من ماله للفقراء والمساكين ومصالح المسلمين ، ولهذا فلا غرابة ان نجد المصلين والصائمين دائماً أكثر من المزكين .

أما كون الزكاة مفروضة فالنصوص الشرعية الآمرة القاطعة بذلك كقوله تعالى « وآقيموا الصلاة وآتوا الزكاة »[1] ، وقوله « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها »[2] . ومن جملة ما أوصى النبي عليه الصلاة والسلام معاذاً به حين بعثه الى اليمن قوله له « فأعلمهم ان الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم »[3] . وقد بين صلى الله عليه وسلم ان الزكاة احدى الدعائم الخمس التي بنى عليها الاسلام ، كما ورد في الحديث الصحيح[4] . حتى ان أبا بكر رضى الله عنه قال عندما ارتدت طوائف من العرب ومنعت الزكاة : « والله لأقتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فان الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عقالاً

(١) سورة البقرة الاية (٤٣) .
(٢) سورة التوبة الاية (١٠٣) .
(٣) اخرجه البخاري (ج ٢ ص ١٣٠) وغيره .
(٤) وهو الذي رواه عنه ابن عمر . ونصه « بني الاسلام على خمس : شهادة ان لا إله إلا الله وان محمداً عبده ورسوله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصوم رمضان » . متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ٤٠٨ .

كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعه »[1] .

أحكامها :

الزكاة ، باعتبارها فريضة دينية في الاسلام ، تكون حقاً معلوماً ثابتاً لذوي الحاجة يأخذونه دون منّه أو ذلة من أموال الأغنياء ، لأن الله تعالى يقول : « وفي أموالهم حق للسائل والمحروم »[2] .

وقد أوجبها جمهور الفقهاء على كل مالك وإن لم يكن مكلفاً بالعبادات ، لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أمر بالاتجار في اموال اليتامى لئلا تأكلها الزكاة[3] . واعتبروها ديناً على من يموت ولم يؤدها في حياته كسائر الديون التي عليه للناس ، وقرروا أن أمواله لا تخلص لورثته إلا بعد دفع ما عليه من زكاة مما ترك . وذهب فقهاء بعض المذاهب الاسلامية إلى أن دين الزكاة يقدم في الوفاء من تركة الميت على ديون الناس ، ما دام أن دين الله احق بالقضاء كما صرح بذلك صلى الله عليه وسلم[4] .

ومصارف الزكاة فئات معينة حصرها النص القرآني في ثمان ، إذ قال تعالى : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة

(١) انظر سنن ابى داود . ج ٢ ص ٩٣ و ٩٤ . وجاء فى بعض الروايات : لو منعوني عناقاً ، وهو ولد الشاة . اما العقال فاسم لصدقة السنة .
(٢) سورة الذاريات الاية (١٩) .
(٣) انظر الدراري المضية للشوكاني ج ٢ ص ٤ .
(٤) انظر الدين ووسائل توثيقه ـ مجموعة محاضرات لأستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٧ وما بعدها .

من الله والله عليم حكيم »[1] .

وبما ان الزكاة تجب للمواساة ، وان المواساة لا تكون إلا في مال له بال وهو النصاب ، لذا فانها لا تؤخذ إلا من مال بلغ النصاب الشرعي لوجوبها ، وهو عشرون مثقالا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ، وبشرط ان يحول عليه الحول وهو زائد عن حاجات صاحبه الأصلية. وتكون في الأموال الثابتة وهي العين والزرع والماشية ، إذ اتفق الفقهاء على وجوبها في هذه الأنواع واختلفوا فيما سواها كالعروض ، وحددوها بمقادير معلومة بالنسبة للأموال اخذاً من السنة النبوية[2] .

وإن الذي يتولى جمعها ولي الامر بواسطة أمنائه ، وله أن يأخذها قهراً من الممتنعين عن دفعها ولو بمقاتلتهم كما فعل اول الخلفاء الراشدين . وهو الذي يوزعها على مستحقيها في البلد الذي جمعت فيه ، ولا يخرج منها لغيره إلا ما فاض عن حاجة اهل ذلك البلد[3] .

(١) سورة التوبة الاية (٦٠) . ويذكر ابو البركات النسفي في تفسيره ان الفقير هو الذي لا يسأل الناس لأن عنده ما يكفيه . والمسكين هو الذي يسأل لأنه لا يجد شيئاً ، فهو اضعف حالا من الفقير ، ويرى الامام الشافعي العكس . والعاملون عليها هم السعاة الذين يقبضونها . والمؤلفة قلوبهم اشراف العرب الذين كان رسول الله يتألفهم على ان يسلموا ويعطيهم من المال ما يمكنهم من دعوة قومهم الى الاسلام . وفي الرقاب هم المكاتبون الذين يعاونون لفك رقابهم من الرق . والغارمون الذين ركبتهم الديون . وفي سبيل الله فقراء الغزاة والحجيج المنقطع بهم . وابن السبيل المسافر المنقطع عن ماله.

(٢) فحددوها في الأموال النقدية وعروض التجارة بنسبة ٢,٥٪ ، وفي المواشي بما يشبه هذه النسبة تقريباً ، وفي الزرع والثمار بنسبة ١٠٪ وذلك في الأراضي التي تروى من غير كلفة كالسيحية والعيمية و٥٪ في الأراضي التي تروى بكلفة اي بالمكائن والمضخات .

(٣) انظر كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٨٠و٨١ .

فالزكاة بالمعنى المتقدم نظام مالي تعاوني مبتكر ، جاء به الاسلام وانفرد به دون سائر الشرائع التي سبقته في الظهور ، لا تداخل بينه وبين النظم التشريعية الاخرى المتعلقة بالمال كنظام الضرائب مثلاً[1] . وهي بلا شك العلاج الناجع لكل امراض المجتمع الانساني ، لانها تكافل اجتماعي الزامي يقرب بين طبقات الناس ويؤلف بين قلوبهم ، ويضمن لذي الحاجة منهم حياة إنسانية كريمة دون ان يريق شيئاً من ماء وجهه .

ما يلحق بالزكاة من صدقات تلزم المكلف شرعاً :

إذا كانت الزكاة المفروضة في الاسلام صدقة بسبب المال ومن جنس المال ، فان المشرع الاسلامي رتب بعض الصدقات الواجبة بسبب الأعمال ، كما الزم بتعويضات مالية كثيرة نتيجة لارتكاب بعض الأعمال . وقصده من وراء ذلك إخراج بعض الأعمال التعبدية الشخصية ، التي لا مصلحة ولا ثواب فيها إلا للفرد ، عن نطاق الفردية وإدخالها في دائرة العموم ومصلحة الجماعة . فعمل الصائم

(١) يذكر المرحوم الامام محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر سابقاً في كتابه (الفتاوى) ص ١٢٦ بشأن عدم احتساب الضرائب من الزكاة فيقول :

« وإذا كانت الزكاة من وضع الله ، وكانت فرضاً إيمانياً يجب إخراجها ، وجدت حاجة إليها ام لم توجد ، وتكون في تلك الحالة بمثابة مورد دائم للفقراء والمساكين الذين لا تخلو منهم امة او شعب ، وكانت الضرائب من وضع الحاكم عند الحاجة ـ كان من البين ان إحداهما لا تغني عن الأخرى ، فهما حقان مختلفان في مصدر التشريع ، وفي الغاية ، وفي المقدار ، وفي الاستقرار والدوام » .

« وعليه فيجب إخراج الضرائب وتكون بمثابة دين شغل به المال ، فان بلغ الباقي نصاب الزكاة وتحقق فيه شرطها ـ وهو الفراغ من الحاجات الأصلية ومر عليه الحول ـ وجب دينيا إخراج زكاته » .

مثلاً يعود له وثوابه يرجع إليه ، ولا شان للجماعة بالانتفاع به ولا بثوابه ، فعمل الشارع الحكيم على إخراج هذا العمل من الفردية الى مصلحة الجماعة فشرع صدقة الفطر من مال الزكاة .

فصدقة الفطر في الواقع من الأمر زكاة عمل مقدرة ، يدفعها المكلف في ميقاتها عنه وعن كل فرد مكلف بإعالته ، من تلقاء نفسه دون تدخل من قبل ولي الأمر . فقد روى عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما انه قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طُهرة للصائم من اللغو والرفث وطُعمة للمساكين ، فمن أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات »[1] . ويكون مصرفها مصرف الزكاة لانه عليه الصلاة والسلام سماها زكاة ، ويوجبها جمهور الفقهاء على من يكون مالكاً لقوت يومه وليلته[2] .

وكذلك الأمر بالنسبة للكفارات ، التي تكون بمثابة صدقات او تعويضات مالية مقدرة اوجبها الله تعالى على الاغنياء ، هي عقوبات على اعمال يرتكبها المكلف ويخالف بها احكام الشرع .

فكفارة الظهار توجب على المظاهر ، الذي يقول منكراً من القول وزوراً ويفتري على نفسه فيعتبر زوجته كأمه في التحريم ، ان يتصدق باطعام ستين مسكيناً إن لم يستطع صيام شهرين متتابعين[3] .

(١) انظر سنن ابى داود ج ٢ ص ١١١ .
(٢) انظر الدراوي المضية ج ٢ ص ١٨ .
(٣) تضمنت الآيتان (٣ و ٤) من سورة المجادلة حكم كفارة الظهار .

وكفارة الفطر في رمضان نوعان : احداهما كفارة صغرى ، بالنسبة لمن افطر رمضان عن عجز وعدم قدرة على الصيام ، وهي اطعام مسكين عن كل يوم لقوله تعالى « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين »[1] . وقد روى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « رخص للشيخ الكبير ان يفطر ويطعم كل يوم مسكيناً ولا قضاء عليه »[2] اما الثانية فكفارة كبرى ، بالنسبة لمن افطر عمداً ، وحكمها حكم كفارة الظهار . ودليل ذلك حديث المجامع في رمضان ، إذ ان النبي عليه الصلاة والسلام قال له : « هل تجد ما تعتق رقبة ؟ قال : لا ، قال : فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا ، قال : فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ؟ قال : لا . ثم أتى النبي بعرق فيه تمر ، فقال : تصدق بهذا . قال : فهل على أفقر منا ؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج منا . فضحك النبي حتى بدت نواجذه ، وقال : اذهب فاطعمه أهلك »[3] .

وكفارة اليمين تجب على من يحلف ثم يحنث في يمينه ، ذلك لأن النبي عليه الصلاة والسلام يقول : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك »[4] . وقد

(١) سورة البقرة الاية (١٨٤) . وجاء فى تفسير الجلالين ص ٢٥ فى معنى هذه الاية . على الذين لا يطيقونه لكبر او مرض لا يرجى برؤه فدية هي طعام مسكين اي قدر ما يأكل في يومه .
(٢) انظر الدراوي المضية ج ٢ ص ٢٦ .
(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ـ انظر الدراوي المضيه ج ٢ ص ٢٣ . والعرق (بفتح العين والراء) الزنبيل او القفة . ويريد بقوله (فما بين لا بتيها) المدينة المنورة ، لأنها تقع بين لابتين اي حرتين ، والحرة الأرض الملبسة حجرة سوداء ـ انظر شرح النووي لصحيح مسلم ج ٧ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .
(٤) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ـ انظر الدراوي المضية ج ٢ ص ١٥٢ .

بين الله تعالى في كتابه العزيز[1] ما يكفر بـه الحانث في يمينه ، بان يطعم عشرة مساكين من اوسط ما يطعم بـه اهله او كسوتهم . بشرط ان يكون الحلف بالله او بصفة لـه دون غيره ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام يقول : « من حلف بغير الله فقد كفر »[2] ، وان لا يكون الحلف من قبيل اللغو كمن يقول : لا والله وبلى والله ، لأن الله لا يؤاخذ باللغو في الأيمان .

اما النذور في القربات والطاعات فالتزامات دينية في الاموال ، يجب وفاؤها على من الزم نفسه بها ، لان الله تعالى يقول : « يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيرا »[3] . وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن النذر ، وقال عنه : « إنه لا يزيد شيئاً ، وإنما يُستخرج به من مال البخيل »[4] . كما روى عنه انه قال : « من نذر ان يطع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصه فلا يعصيه »[5] ، وقال : « لا وفاء لنذر في معصية »[6] ، وقال : « كفارة النذر كفارة يمين »[7] .

هذا وليست الزكاة المفروضة وما يلحق بها من صدقات واجبة سبيل البذل والانفاق الوحيد في الاسلام ، بـل هناك سبل كثيرة لمن اراد ان يزيد في التصدق مما فضل الله عليه . وقد صرح سبحانه وتعالى بأن الانفاق يجب ان يتدارك المؤمنون قبل ان ياتي اليوم الذي لا يجدي فيه بيع ولا مودّة ولا شفاعة ، إذ قال : « يا أيها الذين

(١) سورة المائدة الاية (٨٩) .
(٢) رواه ابو داود وغيره ـ انظر الدراري المضية ج ٢ ص ١٥١ .
(٣) سورة الانسان الاية (٧) .
(٤) و(٥) رواهما البخاري ومسلم ـ انظر المرجع السابق ص ١٥٤ .
(٦) و(٧) رواهما مسلم ـ انظر بلوغ المرام ص ١٧٤ .

آمنوا انفقوا مما رزقناكم من قبل ان يأتي يوم لا بيعٌ فيه ولا خُلة ولا شفاعة »[1] .

على ان تحديد قيمة الزكاة بالنسبة للاموال ولبعض الاعمال كما رأينا ، هو تحديد لاقل القيمة ، بحيث يجبر كل ممتنع عنه الى دفعه . اما ان يتبارى المتصدقون من أهل اليسار في العطاء ويتسابقوا في الجواد والاحسان ، مع ملاحظة أوامر الشرع بحفظ النفس والعيال ، فعمل نبيل يباركه الاسلام ويشجع عليه خصوصاً وقت الحاجة والضيق . وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاسماء بنت ابى بكر : « انفحي وانضحي ولا تحصي »[2] ، وما هذا النفح والنضح الا صدقات التطوع .

صرفة التطوع :

ميز الاسلام بين الصدقة الواجبة والصدقة المندوبة بقوله تعالى « ليس البر ان تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفي الرقاب واقام الصلاة وآتى الزكاة »[3] . اذ جعل سبحانه وتعالى لمن ذكرهم حقاً في المال سوى الزكاة ، لانها جاءت معطوفة عليهم ، فلا بد من المغايرة .

فصدقة المال المندوبة هي التي تختص بالغنى ، الذي يقدم عليها

(١) سورة البقرة الاية (٢٥٤) .
(٢) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ٢٣٦ . والنفح والنضح زيادة الانفاق .
(٣) سورة البقرة الاية (١٧٧) .

تطوعاً ابتغاء لوجه الله وطمعاً في رضوانه دون اجبار له او عقاب عليه من ولي الامر. بينما الصدقة المالية الواجبة، فانه يلزم بها ويجبر على دفعها ويعاقب ولي الامر عند امتناعه عنها كما رأينا، بالاضافة الى ما هنالك من حساب أخروي. اما الصدقات غير المالية فتخص كل قادر على فعلها عموماً، لا فرق بين غني وفقير، ما دام يستطيع الاقدام عليها في اكثر الاحوال من غير مشقة.

على ان الاسلام حين ندب الى هذه الصدقات ورغب فيها وأجزل الثواب لفاعلها، فانه قد ترك امر تقديرها الى الموسرين انفسهم يدفعونها سراً أو علناً الى من يستحقها على حسب ما يجدون من حاجة. فالله سبحانه وتعالى يقول: «ان تبدوا الصدقات فنعما هي، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم»[1]. وذهب الاكثرون الى ان هذا خاص بصدقة التطوع، اذ السر فيها افضل لأنه اقرب الى الاخلاص وأبعد من الرياء. أما الزكاة الواجبة فاعلانها أفضل لأن الفرائض لا رياء فيها، وهي شعائر لا ينبغي اخفاؤها، كحكم الصلاة اذ الفضل في اعلان فرائضها واسرار نوافلها[2] وقد عد رسول الله صلى الله عليه وسلم من يخفي صدقته احد السبعة الذين يظلهم الله بظله فقال: «رجل تصدق بصدقة حتى لا تعلم يمينه ما تنفق شماله»[3].

التخير للصدقة:

الصدقة التي يقبلها الاسلام ويجزي بها هي التي تكون من اطيب

(١) سورة البقرة الآية (٢٧١)
(٢) شرح النووي لصحيح مسلم جـ ٢ ص ١٢٢ .
(٣) متفق عليه ـ انظر بلوغ المرام ص ٧٤ .

الكسب وافضله، فالله تعالى يقول: «يا أيها الذين آمنوا انفقوا من من طيبات ما كسبتم»[1]، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «ما تصدق احد بصدقة من طيب، ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا اخذها الرحمن بيمينه وان كانت تمرة فتربو في كف الرحمن حتى تكون اعظم من الجبل، كما يربي احدكم فلوه او فصيله»[2]. ولهذا لا يهم عظم الصدقة بقدر ما يهم ان تكون نقية وبرضا نفس معطيها، وقد اخبر الرسول عليه الصلاة والسلام بأن اتقاء النار قد يكون بالتصدق بشق تمرة[3].

ويؤجر المتصدق على صدقته سواء اعطاها لمن سألها او لمن لم يسأل، لأن رسول الله عليه السلام اثبت للسائل حقاً فيها فقال: «للسائل حق وان جاء على فرس»[4]. ولا ينقص من اجر المتصدق شيء ان اعطاها لسائل لا يستحقها، وانما الإثم على من سألها، لقوله صلى الله عليه وسلم «من سأل وعنده ما يغنيه فإنما يستكثر من النار»[5].

ولكن على المتصدق ان يتخير لصدقته ويتحرى موضعها ان اراد اعطاءها بنفسه، خصوصاً وقد علمنا ان المتصدقين لهم ان يفرقوا صدقات تطوعهم بأنفسهم، بخلاف الزكاة المفروضة التي يوزعها

(١) سورة البقرة الآية (٢٦٧).
(٢) أنظر صحيح مسلم جـ ٧ ص ٩٨ و ٩٩ .
(٣) حديث «اتقوا النار ولو بشق تمرة» أخرجه البخاري في صحيحه جـ ٢ ص ١٢٦ .
(٤) أنظر سنن أبي داود جـ ٢ ص ١٢٦ .
(٥) نفس المرجع السابقة الأشارة اليه ص ١١٧ .

ولى الأمر على جهات مصرفها . لهذا نرى النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « ليس المسكين بهذا الطواف الذي يطوف على الناس فترده اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان » قالوا : فما المسكين يارسول الله ؟ قال : « الذي لا يجد غنى يغنيه ، ولا يفطن له فيتصدق عليه ، ولا يسأل الناس شيئاً »[1] .

وعليه فان التخير للصدقة والتحري بموقفها مطلوب ، لئلا تقع في يد من لا يستحقها فيفوت الغرض منها ، ومع هذا فقد تكون الصدقة على غير مستحق جائزة شرعاً للعبرة ، لان اجرها ثابت وان وقعت في يد فاسق دون علم المتصدق . فقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : « قال رجل لأتصدقن بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها في يدي سارق ، فأصبحوا يتحدثون تصدق على سارق . فقال : اللّهم لك الحمد ، لأتصدقن بصدقة ، فخرج بصدقته ، فوضعها في يدي زانية ، فأصبحوا يتحدثون تصدق الليلة على زانية . فقال : اللّهم لك الحمد على زانية ، لأتصدقن بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها في يدي غنى ، فأصبحوا يتحدثون تصدق على غنى . فأتى فقيل له : أما صدقتك على سارق فلعله ان يستعفف عن سرقته ، واما الزانية فلعلها ان تستعفف عن زناها ، واما الغنى فلعله يعتبر فينفق مما اعطاه الله »[2] .

وقد يحسب البعض ان فتح باب صدقات التطوع ، مع ما شرعه الله من واجبات مالية كالزكاة وما يلحق بها ، فيه ما يشجع الناس على

(١) أنظر صحيح مسلم ج ٧ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر صحيح البخاري ج ٢ ص ١٢٧ و ١٢٨ .

البطالة والتقاعس عن العمل ، ويؤدي بالتالي الى تأخر المجتمع وتخلفه عن ركب الحضارة . لهذا نبادر قائلين بأن الأصل في الإسلام هو أن العمل فريضة على كل قادر عليه لتكسب المال ، إذ جاء النص القرآني قائلاً : « وأن ليس للانسان الا ما سعى . وأن سعيه سوف يُرى . ثم يجزاه الجزاء الأوفى »[1] ، وجاء الحديث الشريف قائلاً : « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه ، خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه »[2] .

ولهذا أيضاً قلنا بلزوم التحري لمواضع الصدقات دفعاً من وقوعها في أيادي غير المستحقين لها ، إذ الأصل فيها أن تصرف في مصارفها الأصلية التي تكفلت النصوص الكريمة ببيانها . أما لو وضع الشخص ماله في صناديق الأضرحة أو دفعه الى ممتهني الدروشة والاتجار باسم الدين ، فلا صدقة فيه بالمعنى الذي أراده الإسلام لها ، لأنه عمل تأباه الشريعة الاسلامية .

ضروب صدقات التطوع :

اتضح لنا مما تقدم أن الصدقة المالية عبارة عن جزء من المال يخرجه الانسان من ملكه ويخصصه لأخوانه المحتاجين أو لإقامة المصالح العامة التي تتوقف عليها حياة الجماعة ، كالاستعداد لمجابهة خطر الأعداء والاسهام في تهيئة أماكن العبادة وإنشاء معاهد العلم ودور العلاج وما أشبه ذلك . وان صدقة التطوع ، هي صدقة الحاجة التي حث الاسلام عليها والزم الاغنياء بها في الاحوال التي لا تفي فيها

(١) سورة النجم الآيات (٣٩ و ٤٠ و ٤١) .

(٢) صحيح البخاري ج ٢ ص ١٥٢ .

الصدقات المفروضة ولا موجودات بيت مال المسلمين[1] بسد حاجات المعوزين وإقامة المصالح الضرورية .

ولا شك أن صدقة المال التي يتطوع بها الانسان تكون على ضروب مختلفة . فقد تكون صدقات منثورة تشمل صور البذل جميعاً مهما تنوعت أشكاله وتعددت اسماؤه ، سواء أطلق عليه اسم الهبة أو العطية أو الهدية . وإذا كان جوازها في الأصل خاصاً بالفقير والمحتاج ، فانها جائزة أيضاً على الغنى لاعتبارات خاصة ، كما تجوز على المسلم وغير المسلم لما روى عن أسماء بنت أبي بكر ، قالت : قدمت أمي وهي مشركة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت الرسول قائلة : قدمت أمي وهي راغبة ، أفأصل أمي ؟ قال : « نعم صلي أمك »[2] .

وكما تتناول هذه الصدقات الاعيان المعلومة كما في العمرى والرقبى[3] ، وغير المعلومة أيضاً كما في الاباحة[4] ، تتناول كذلك

(١) ذلك أن فقهاء المسلمين قرروا بأن على القاضي أن يحكم على بيت المال بالنفقة لكل فقير عاجز عن الكسب ليس له من ينفق عليه .

(٢) متفق عليه ـ أنظر رياض الصالحين ص ١٤٦ و ١٤٧ .

(٣) العمري (بضم العين وسكون الميم مع القصر) مأخوذة من العمر وهو الحياة ، وسميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له : اعمرتك اياها ، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك . والرقبى (بوزن العمرى) مأخوذة من المراقبة ، لأن كل واحد منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع اليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . والعمرى والرقبى هبة صحيحة تامة يملكها المعمر والمرقب كسائر ماله يبيعها ان شاء وتورث عنه ، ولا ترجع الى من أعمر او ارقب ولا الى ورثتهما عند جمهور الفقهاء ، سواء اشترط أن ترجع اليه او لم يشترط . وذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن أعمر شيئاً او ارقبه ، فهو له حياته ومماته » . انظر الدراري المضية ج ٢ ص ١٤٩ و ١٥٠ .

(٤) الاباحة ، عطاء غير معلوم المقدار ، كأن يطبخ طعاماً ويبيح للفقراء اكله ، =

المنافع كما في المنحة وما هو في حكمها كالازراع والاسكان والافقار والامتاع والاعراء وما أشبه ذلك[1] .

وقد يموت إنسان دون أن يتصدق ولم يوص بالصدقة ، فإذا أراد أهله أن يتصدقوا عنه فإن تصدقهم يكفر عنه ، لما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال للنبي عليه الصلاة والسلام : إن أمي أفتلتت نفسها ، وانها لو تكلمت تصدقت ، أفاتصدق عنها يا رسول الله ؟ فقال : « نعم » ، فتصدق عنها[2] .

ضرباه خاصاه من صدقة التطوع :

قد تأخذ صدقة التطوع شكل صدقات جارية غير منثورة ، أي على وجه الدوام والاستمرار ، أثناء الحياة ، أو بعد الممات أو في الحالين معاً . فالوقف من صدقات التطوع التي يستطيع به الواقف

= فيأكل كل واحد ما اراه ، وكاقتطاع من شاء ما شاء من لحم عند نحر الهدى . انظر المحلي ج ٩ ص ١٦٣ .

(١) المنحة ، وتكون في محتلبات الحيوان ، كأن يمنح المرء ماشاء من إناث حيوانه من شاء للحلب ، وكدار يبيح سكناها ودابة يمنح ركوبها وأرض يمنح ازراعها . فما حازه الممنوح من كل ذلك فهو له لا طلب للمانح فيها ، ولكن للمانح ان يسترد عين ما منح متى شاء سواء عين مدة او لم يعين اشهد او لم يشهد .

والازراع ، يكون في الأرض ، يجعل المرء لآخر ان يزرع هذه الأرض مدة يسميها او طول حياته .

والاسكان ، يكون في الدور والدكاكين لمدة معينة او مدى الحياة .

والافقار ، يكون في الدواب التي تركب .

والامتاع ، يكون في الأشجار ذوات الحمل وفي الثياب .

والاعراء ، يكون في حمل النخل . انظر المرجع السابق ص ١٦٣ و ١٦٤ .

(٢) رواه البخاري ج ٤ ص ١٠ ـ ومعنى افتلتت نفسها اي ماتت فجأة واخذت نفسها هلتة .

أن يحبس عيناً من أعيان ماله عن تمليكها لأحد من العباد، ويتصدق بمنفعتها ابتداء وانتهاء أو انتهاء فقط. وهو يختص بميزة من بين الصدقات غير اللازمة، هي أن له صفة الدوام، وهو الذي عناه صلى الله عليه وسلم بقوله «إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله الا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[1].

وقد تكون هذه الصدقات مضافة إلى ما بعد الموت دائماً، أي أن الشخص يتصدق بجزء من ماله، لكن هذا الجزء يبقى على ملكه ولا يخرج عنه ما دام حياً، فإذا مات استحقه الموصى له. فقد أجاز لنا سبحانه وتعالى الوصية ببعض المال لمن نرى أنه أحق بالبر وأحوج، وجعل هذه الوصية مقدمة على الارث، إذ قال: «من بعد وصية يُوصى بها أو دين»[2]. والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم»[3].

ولأهمية هذين الضربين (الوقف والوصايا) من صدقة التطوع وتشعب أحكامها واختلافها عن أحكام الصدقات الأخرى، لهذا سنقصر بحثنا في هذا المؤلف عليهما فقط. فنقسمه إلى بابين رئيسين، نخصص الباب الأول منهما (للوقف) والثاني (للوصايا)، ومنه العون والتوفيق.

---

(١) رواه مسلم ـ انظر بلوغ المرام ص ١١٤.

(٢) سورة النساء الآية (١٢).

(٣) رواه الدار قطني، واخرجه احمد والبزار وغيرهما. انظر بلوغ المرام ص ١١٩ و ١٢٠.

الباب الأول

الوقف

يتضمن هذا الباب:

لمحة عن تاريخ الوقف.

الفصل الأول ـ التعريف بالوقف وآراء الفقهاء في جوازه ولزومه وتمامه.

الفصل الثاني ـ شروط تكوين الوقف

الفصل الثالث ـ شروط الواقفين.

الفصل الرابع ـ الاستحقاق في الوقف.

الفصل الخامس ـ أقسام الوقف والولاية عليه.

الفصل السادس ـ طرق استغلال الموقوفات وصيانتها.

لمحة عن تاريخ الوقف

لقد عرفت الشعوب منذ عهد بعيد جداً فكرة حبس العين عن التصرف التمليكي وتخصيص منفعتها لجهة معينة ، مشروعة كانت أم غير مشروعة ، تحققاً لأغراض خيرية أو دينية حسب معتقداتهم . وهذا إجراء يشبه في جملته نظام الوقف الاسلامي من حيث الفكرة ، وإن كان يختلف عنه كثيراً في القصد والحكم .

فعرب الجاهلية كانوا يحبسون بعض حيواناتهم ودوابهم عن التعامل والاستغلال ويتركونها وقفاً للطواغيت[1] من أصنافهم وكهنتهم ، فلما جاء الاسلام حرم ذلك بقوله تعالى « ما جعل الله من بَحِيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام »[2] . ومن القواعد التي كانت معروفة في القانون الروماني أن الأشياء المقدسة ، وهي المعابد وما فيها من أشياء وأدوات ، تحبس عن التداول ولا يمكن ان يتملكها احد ، لأنها من حقوق الإله[3] . وفي تاريخ مصر القديم ما يدل على أن مساحات كبيرة من الأرض كانت ترصد على الآلهة والمعابد

---

(١) جمع طاغوت ، وهو كل مايطغى من صنم او شيطان او كاهن او اي رأس في الضلال ويعبد من دون الله .

(٢) سورة المائدة الآية (١٠٣) . ويروى البخاري في صحيحه ج ٦ ص٦٨و٦٩ عن سعيد بن المسيب انه قال : البحيرة هي التي يمنع درها (لبنها) لأجل الطواغيت ، فلا يحلبها احد من الناس . والسائبة هي التي كانوا يسيبونها لآلهتهم فلا يحمل عليها شيء . والوصيلة الناقة البكر التي تبكر في اول نتاجها بأنثى ثم تثنى بأنثى ، فكانوا يسيبونها لطواغيتهم إن وصلت إحداهما بأخرى ليس بينهما ذكر . والحام فحل الإبل يضرب الضراب المعدود (عشر مرات) فاذا قضى ضرابه تركوه للطواغيت واعفوه من الحمل ، فلا يحمل عليه شيء وسموه الحامي .

(٣) انظر مدونة جوستليان تعريب المرحوم الأستاذ عبدالعزيز فهمي ص ٣٨١ .

والمقابر وتكون غير قابلة للتصرف التمليكي من بيع أو هبة أو وصية، أما غلتها فتصرف على اصلاحها وإقامة الشعائر الدينية والانفاق على القائمين بخدمتها[1] .

فهذا التصرف بلا شك يشبه ، في فكرته عموماً ، لما عرف بعد ذلك في الفقه الاسلامي بالوقف الخيري .

كما عرف قدماء المصريين أيضاً فكرة حبس العين عن التملك والتمليك وجعل ريعها مرصوداً على الأفراد والذراري ، ينتفعون بغلتها دون أن يملك أحدهم حق التصرف في أصل العين تصرفاً يثبت ملكية له عليها[2] . وكذلك كان للرومان مثل هذه التصرفات ، كما كان لليهود ما يشبه ذلك[3] .

وهذا التصرف يشبه ، بصورة عامة ، الى حد كبير لما عرف بعد ذلك في الفقه الاسلامي بالوقف الذري أو الوقف الأهلي .

وقيل إن أول ما عرف من الوقوف عند عرب الجاهلية بيت مكة (الكعبة المكرمة)[4] ، الذي اقيم ليكون مرجعاً يثوب الناس إليه من كل جانب ومأمناً لهم عند النوازل والشدائد . ويعتقد بعض الباحثين أن الموقوفات المعروفة بوقف خليل الرحمن ، التي ما زالت موجودة حتى اليوم ، هي من أوقات أبي الأنبياء ابراهيم عليه السلام[5] .

(١) انظر مبادىء تاريخ القانون للدكتور صوفي ابو طالب ص من ٤٤٣ الى ٤٤٦ .
(٢) نفس المرجع السابق ص ٤٤٧ .
(٣) المرجع السابق ص ٩٣ .
(٤) انظر احكام الأوقاف للاستاذ محمد شفيق العاني ص ٤ .
(٥) انظر احكام الأوقاف للاستاذ حسن رضا ص ١ .

أما ما روى عن الامام الشافعي من انه قال : إنه لا يعلم أحداً حبس قبل الاسلام[1] ، وما ذكره ابن حزم من أن العرب لم تعرف في جاهليتها الحبس[2] ، فالظاهر أن مرادهما الحبس على وجه البر . ذلك لأن بناء الكعبة وحفر بئر زمزم إنما كان على وجه التفاخر لا لأجل البر والمعروف[3] .

ومهما يكن من الأمر فعلى الرغم من وجود أوجه شبه بين هذه الأنواع من الأحباس التي وجدت قبل الاسلام وبين نظام الوقف الاسلامي من حيث القيد الوارد على أصل الملك ومن حيث الدوافع التي دفعت اليها ، فان مما لا شك فيه أن للوقف في الفقه الاسلامي قواعده ومقوماته التي تميزه عن النظم المشابهة له في القوانين والشرائع الأخرى . علماً بأن تقعيد قواعد هذا النظام وتحديد شروطه وترتيب أحكامه إنما كان بفضل جهود فقهاء القرن الثاني الهجري ، وخصوصاً تلامذة ابي حنيفة ، الذين توسعوا في أصل إسلامي هو (البر والمعروف) وفكرة شرعية هي (حبس العين والتصدق بالمنفعة) بما لهم من ملكة فقهية ناضجة وما هداهم إليه اجتهادهم .

أما عن أول وقف عرف في الاسلام فقد اختلف بشأنه ، اذ قال الأنصار إنه صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال المهاجرون

(١) انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٤ .
(٢) انظر المحلى ج ٩ ص ١٧٧ .
(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، وهي المعروفة بـ (بلغة السالك لأقرب المسالك) ج ٢ ص ٢٧٤ .

إنه صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه .وفي مغازي الواقدي أن أول صدقة موقوفة كانت في الاسلام هي أراضي مخيريق الذي قتل بأحد ، حيث أوصى بأنه إذا أصيب فأمواله لرسول الله يضعها حيث أراه الله ، فلما قتل حبسها النبي عليه الصلاة والسلام وجعلها صدقة في سبيل الله[1] ، وكانت سبع حوائط (بساتين) في المدينة .

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٩ .

الفصل الأول

التعريف بالوقف وآراء الفقهاء في جوازه ولزومه وتمامه

المبحث الأول

تعريف الوقف

معناه لغة واصطلاحاً :

الوقف في اللغة بمعنى الحبس والمنع ، من وقف يقف ، وجمعه وقوف . فتقول : وقفت الدار للمساكين ، اقفها بالتخفيف ، ولا تقول : اوقفتها ، لأنها لغة رديئة[1] . ويطلق المصدر (الوقف) على اسم المفعول (الشيء الموقوف) كما يطلق الرهن على المرهون ، فيقال : هذا المال وقف اي موقوف ، ولهذا جمع على اوقاف ايضاً .

اما معناه في الاصطلاح الشرعي فيمكن تعريفه بوجه عام بالقول « الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة او على وجه من وجوه البر »[2] .

(١) انظر النظم المستعذب في شرح غريب المهذب للمرحوم محمد الزكي - مطبوع بهامش المهذب جـ ١ ص ٤٤٧ . وقد وردت كلمة (أوقف) في اللغة بمعنى سكت واقلع ، إذ تقول : اوقفت عما كنت فيه اي اقلعت عنه . كما وردت بمعنى اطلع ، إذ تقول : اوقفته على خطائه اي اطلعته عليه .

(٢) المادة الأولى من كتاب قانون العدل والانصاف للمرحوم قدري باشا . وهذا التعريف ماخوذ - كما يشير المؤلف بالهامش - من الفتاوى الهندية والدر المختار ورد المحتار والاسعاف ، وهي جميعها من كتب الفقه الحنفي .

ويلاحظ ان هذا التعريف العام للوقف سكت عن بيان ملكية العين المحبوسة ، اي لم يبين لمن تكون ملكية العين الموقوفة التي يُتصدق بمنفعتها فقط ، ومرد ذلك اختلاف مذاهب الفقهاء في تكييفه .

فعلى المشهور في المذهب الحنفي (وهو قول الصاحبين ابي يوسف ومحمد)[1] أن ملكية العين الموقوفة في حالة لزوم الوقف تزول عن الواقف وتكون الى الله تعالى على وجه يعود منفعتها إلى العباد ، فلا تباع ولا توهب ولا تورث . وعلى مقتضى هذا الرأي يمكن تعريف الوقف بأنه : حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل .

ويرى الامام مالك وأصحابه ان العين الموقوفه تبقى على ملك الواقف ، إلا انه يمتنع بيعها وهبتها وتوريثها[2] . وحيث ان الاخذ بهذا الرأي يكون صحيحاً بالنسبة للوقف على الذرية وغيرهم ، لكنه لا ينطبق على الوقف بالنسبة للمساجد لأن بيوت الله لا تكون على ملك أحد ، لذا فقد ذهب البعض إلى القول بأن وقف المساجد اسقاط ملك[3] . وعلى مقتضى هذا الرأي الثاني يمكن تعريف الوقف بأنه : حبس العين على ملك الواقف ، أو عن التمليك ، والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو صرفها في وجه من وجوه الخير .

(١) انظر الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ج ٣ ص ١١ . وهذا الرأي قول في مذهب كل من الجعفرية والشافعية والحنابلة .
(٢) وهو القول الراجح في المذهب الجعفري وقول في مذهبي الشافعي واحمد .
(٣) انظر الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ج ٢ ص ٢٧٥ الى ٢٧٧ .

والامام أبو حنيفة وإن كان يرى أن الوقف حبس للعين على ملك الواقف والتبرع بريعها لجهة من جهات الخير في الحال أو المآل ، فإنه يذهب إلى أن هذا الحبس غير لازم بالنسبة للواقف . اي ان الموقوف على رأيه لا يخرج عن ملك الواقف ، الذي يحق له أن يتصرف به كما يشاء من بيع وهبة وغيرهما من التصرفات الشرعية ، ويورث عنه متى رجع عن وقفه ثم مات[1] . وعلى مقتضى رأيه هذا يمكن تعريف الوقف بأنه : حبس العين على ملك الواقف حبساً غير لازم والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية .

وهناك رأي آخر في الفقه الاسلامي[2] يقضي بأن ملكية الاعيان الموقوفة تنتقل بالوقف إلى الموقوف عليهم ، ولكنها تكون ملكية ناقصة ، إذ ليس لهم بيع الموقوف او رهنه او هبته كما انه لا يورث عنهم . فلو وقف شخص داره على زيد من الناس ومن بعد موته على ذريته ، فان الاستحقاق في الوقف يكون بعد وفاة زيد إلى اولاده ومن بعدهم الى اولادهم بشرط الواقف . ومعنى هذا ان الموقوف لا ينتقل الى ورثة الموقوف عليهم ملكاً تاماً بطريق الميراث ، والا ترتب على ذلك حرمان البطون الأخرى من الموقوف عليهم مع انهم يستحقون المنفعة بشرط الواقف .

(١) انظر المرغيناني في المرجع والموضع السابقة الاشارة اليها .
(٢) وهو ظاهر مذهب ابن حنبل وقول في مذهب الشافعي . انظر في هذا وفيما تقدم : المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٤٨ والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٤٩ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الجبعي ج ١ ص ٢٦٠ واعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٦ ص ٣٨٣ إلى ٣٨٩ ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٣١ و ١٣٢ والمحلى ج ٩ ص ١٧٨ و ١٧٩ .

المبحث الثاني

اختلاف الفقهاء في أصل جواز الوقف

أدلة مشروعيته :

استدل جمهور الفقهاء على مشروعية الوقف بأدلة من النصوص الشرعية ، بعضها عام فيه من الدعوة إلى البر والخير والانفاق في سبيل الله وصلة الرحم ما يدل في عمومه على جوازه ويؤيد مشروعيته ، وبعضها الآخر خاص .

فمن الأدلة العامة قوله تعالى « إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر »[1] . وقوله في سورة المائدة « وتعاونوا على البر والتقوى » وقوله في سورة آل عمران « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » . وقوله « وأقرضوا الله قرضاً حسناً »[2] وقوله أيضاً « واولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[3] . وكذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام « من بنى مسجداً لله بنى الله له في الجنة مثله »[4] وقوله « والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه » وقوله « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه »[5] وقوله أيضاً « من جهز

(١) سورة التوبة الآية (١٨) .
(٢) سورة المزمل الآية (٢٠) .
(٣) سورة الأنفال الآية (٧٥) وسورة الأحزاب الآية (٦) . هذا ونلفت هنا الى أن الآيات التي نذكر اسماء سورها فقط ، كنا قد اشرنا الى مواضعها فيما سبق .
(٤) انظر صحيح مسلم ج ٥ ص ١٤ .
(٥) متفق عليه ـ انظر رياض الصالحين ص ١١٧ . علماً بأن الأحاديث التي لم نشر الى تخريجها ، قد سبق ان خرجناها فيما تقدم .

غازياً في سبيل الله فقد غزا »[1] وغيرها من الاحاديث النبوية الشريفة في هذا المعنى .

فكل هذه النصوص المقدسة تدل على ان الإسلام يحث الناس جميعاً على فعل الخير ويلزم الموسرين من المسلمين باقتطاع جزء من أموالهم وصرفه في مصارفه الشرعية تحققاً لأنبل غايات هي : تمكين العقيدة وتيسير العبادة وإعداد الثقافة ومكافحة الفقر ومحاربة الجهل والمرض . وبما أن الوقف الإسلامي يعمل على تحقق هذه المطالب الدينية والعلمية والاجتماعية ، لأنه يمد بحق اكبر ضمان للتمكن من إقامة المساجد والمعاهد والمدارس والمستشفيات والملاجئ ، وأصلاً في البر بالفقراء والمحتاجين ، وعوناً في توثيق الصلة بين ذوي القربى ، لهذا تعتبر تلك النصوص المتضافرة أدلة على مشروعيته باعتباره نظاماً إنسانياً يستهدف خير المجتمع ومصالح المسلمين .

أما الأدلة الخاصة فجملة أحاديث من السنة النبوية المطهرة ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، او علم ينتفع به ، او ولد صالح يدعو له » . وقد فسر العلماء الصدقة الجارية بالوقف ، إذ ذهبوا إلى ان الذي يُفهم من هذا الحديث ان عمل الميت ينقطع بموته وينقطع تجديد الثواب له إلا في هذه الأشياء الثلاثة لكونه كاسبها ، والوقف أحدها لأنه صدقة مستمرة غير منقطعة[2] .

واستدلوا أيضاً بحديث ابن عمر الذي جاء فيه « أن عمر اصاب

(١) متفق عليه ـ المرجع السابق ص ٩٤ .
(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٨ .

أرضاً من أرض خيبر، فقال : يارسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط انفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال : إن شئت حبست اصلها وتصدقت بها . فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول »[1] .

كما استدلوا بما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه « ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يُستعذب غير بئر رُومة، فقال : من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة ؟فاشتريتها من صلب مالي »[2] . ويضيف النسائي بأن عثمان قال : أجعلها سقاية للمسلمين ، فدل هذا على انه جعلها وقفاً عاماً لمصلحة المسلمين .

وكذلك استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم للمتقولين في حق سيف الله المسلول خالد بن الوليد بأنه أحجم عن الصدقة « اما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله »[3] .

وبالاضافة الى هذه النصوص فقد استدلوا بما اجمع عليه اكثر اهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . يحدثنا

(١) متفق عليه ـ انظر بلوغ المرام ص ١١٤ و ١١٥ . واسم الأرض ثمغ (بفتح الثاء والميم وقيل بسكون الميم) . ومعنى يطعم غير متمول غير متخذ من غلة الوقف مالا ، اي ملكاً له .

(٢) اخرجه البخارى ورواه النسائي والترمذى ـ انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ و ١٢٨ .

(٣) متفق عليه ـ انظر بلوغ المرام ص ١١٥ .

الترمذي فيقول : لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من اهل العلم خلافاً في جواز وقف الأرضين . ويقطع القرطبي صاحب التفسير المشهور بأن راد الوقف مخالف للاجماع ، فلا يلتفت اليه . ويذكر البيهقي في سننه وقف جماعة من الصحابة ، منهم علي وابو بكر والزبير وعمرو ابن العاص وزيد بن ثابت وغيرهم[1] . وفي (التذكرة) من كتب الفقه الجعفري، انه اشتهر اتفاق الصحابة على الوقف قولاً وفعلاً[2] . ويُروى عن الإمام علي من طريق اهل البيت انه قال : « ستة يلحقن المؤمن بعد وفاته ، ولد ليستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يغرسه ، وبئر يحفرها ، وصدقة يجريها ، وسنة يؤخذبها من بعده »[3] .

سبب اعتراف الفقهاء في جوازه :

إذا كان ماتقدم هو مذهب الجمهور وتلك أدلتهم على مشروعية الوقف وصحته ، فان من المعلوم أن بعض الفقهاء كالقاضي شريح وأبى حنيفة وغيرهما خالفوا الجمهور وقالوا بعدم جوازه[4] . فقد أنكر شريح الوقف واعتبره باطلاً وقال : إنما جاء محمد ببيع الحبيس ، وتذكر كتب المتقدمين من الفقهاء الأحناف[5] عن أبى حنيفة انه يرى الوقف عملاً غير جائز أصلاً ، وقد ذكر ان هذا هو مذهب بعض

(١) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٩ و ١٣٠ .

(٢) انظر مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة للمرحوم العاملي المجلد التاسع ص ٣ .

(٣) انظر كتاب احياء الشريعة فى مذهب الشيعة ج ١ ص ٣٦٨ للمرحوم الشيخ محمد مهدى الحائري .

(٤) انظر تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٥) ككتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ وكتاب احكام الوقف للشيخ هلال بن يحيى المتوفى سنة ٢٤٥ هـ .

كبار الصحابة أيضاً كعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس وعبدالله ابن مسعود وعبدالرحمن بن عوف رضى الله عنهم[1] .

وسبب مخالفتهم للجمهور هو انه لم يرد بالوقف نص صريح في القرآن الكريم ، فليس في الآيات القرآنية السابقة الذكر ما يدل عليه بالخصوص . كما ليس في الأحاديث النبوية المتقدمة نص خاص بالوقف صراحة وإنما ورد فيها ذكر الصدقة ، والصدقة اسم شامل لكل انواع المعروف ، فكما تكون بالعين تكون أيضاً بالثمرة . وعليه فإن جميع النصوص التي استند إليها الجمهور لا تعتبر في نظر المخالفين نصاً في الغرض ، أي حكماً قاطع الدلالة بالوقف خاصة .

وقد أيد المخالفون رأيهم ببعض الأحاديث المروية عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ، التي فهموا منها عدم صحة الوقف . من ذلك ما اخرجه البيهقي عن ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما نزلت آية الفرائض : لا حبس بعد سورة النساء »[2] ، إذ اعتبروا الوقف اقتطاعاً للمال من استحقاق الوارثين وحبساً عن الفريضة الشرعية . اما ما أحدث الرسول من وقف فانما كان لسبب واضح هو النبوة ، التي تعتبر مانعاً من قيام الارث لقوله عليه الصلاة والسلام « نحن معاشر الأنبياء لا نُورَّث ما تركناه صدقة »[3] .

وقالوا كذلك : إن العين الموقوفة تخرج بالوقف من ملك الواقف لا إلى ملك احد من الناس او بجعلها على حكم ملك الله تعالى

(١) انظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٧٥ و ١٧٦ .
(٢) انظر نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣٠ .
(٣) انظر صحيح البخارى جـ ٨ ص ١٨٧ .

من باب الافتراض ، فتصبح سائبة إذ لا مالك حقيقي لها ، ولا سائبة في الاسلام . ثم ان ايقاف الشيء لغير مالك من الناس واشتراط المنع من ان يورث او يباع او يوهب شروط ليست في كتاب الله عزّ وجلّ . واضافوا بأن الوقف من قبيل الصدقة بالمنفعة ، وهي معدومة وقت إنشائه ، وتمليك المعدوم لا يصح وخصوصاً اذا كان لمعدوم ايضاً ، كمن يقف غلة بستانه لمن سيولد له او لغيره في المستقبل ، لذلك لا يمكن القول بجوازه .

مناقشة الأدلة :

يتبين مما تقدم ان دليل القائلين بعدم جواز او صحة الوقف ينحصر في اثنين : دليل منقول أي مصدره النص ، ودليل معقول اي مأخوذ مما يقتضيه العقل .

فدليلهم النقلي هو ما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام انه قال « لا حبس عن فرائض الله »[1] ، قد أجاب عليه الجمهور « بأن المراد بالحبس المذكور توقيف المال عن وارثه وعدم اطلاقه إلى يده »[2] . ذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يحبسون المال في غير الأوجه المشروعة ويحرمون المستحقين في تركتهم منه ، ولما نزلت آيات المواريث من سورة النساء مبينة أنصبة الورثة اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يكون ذلك معلوماً للناس وينبههم إلى عدم توقيف او حبس أموالهم في غير ما أحل الله لئلا يتضرر ورثتهم . ولا يُعقل أنه قصد

(١) قيل إن سند هذا الحديث مطعون في بعض رجاله فهو ليس بحجة . فقد ذكر الشوكاني في المرجع والموضع السابقين ان في إسناده ابن لهيعة ولا يحتج بمثله .
(٢) الشوكاني في نفس المرجع والموضع السابقة الاشارة اليها .

الوقف بذلك الحبس ، لأنه لو كان حبساً عن فرائض الله لاستتبع الحكم جميع التبرعات أيضاً كالهبة والوصية والصدقة ، فتكون هذه التصرفات كذلك حبساً عن فرائض الله فتبطل ، وهذا ما لم يقل به أحد[1] .

وردوا على ما قاله شريح : جاء محمد ببيع الحبيس ، بأن الحُبس التي جاء محمد ببيعها هي التي كانت توقف للأصنام والأوثان لا على أوجه البر والخير . ذلك لأن الرسول عليه الصلاة والسلام أشار على عمر أن يتصدق بغلة أرضه ويحبس اصلها ، فلا تباع ولا تورث ، وانه صلى الله عليه وسلم نفسه حبس سبع حوائط في المدينة صدقة جارية على الفقراء . كما رد البعض على منكري الوقف المتمسكين بحديث : لا حبس بعد سورة النساء ، بأن المراد به اوقاف الجاهلية الأربعة ، وهي البحيرة والسائبة والوصيلة والحام[2] .

أما دليلهم العقلي القائل بأن العين الموقوفة تكون سائبة دون مالك وان التصدق بالمنفعة تبرع بمعدوم ، فقد اجاب عليه الجمهور بأنه ضرب من الاجتهاد الذي قد يستسفيه العقل البشري ، ولكن النصوص جاءت بما يخالفه ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

ولكن أنصار القائلين بعدم جواز او صحة الوقف يردون على الجمهور بأن المراد بحديث ابن عباس لا يقتصر على حُبس الجاهلية فحسب بل يشمل الوقف كذلك ، لأن لفظ (الحبس) جاء بصيغة

(١) انظر محلى ابن حزم ج ٩ ص ١٧٨ .
(٢) انظر نيل الأوطار نفس الموضع وانظر مفتاح الكرامة نفس المجلد ص ٣ .

النكرة في سياق النفي فيعم[1] . ويضيفون بأنه إذا كان المراد بهذا الحديث عدم توقيف المال عن ورثة المتوفى الذين عينهم نص آية الفرائض وحدد انصباءهم ، ألا يعد الوقف حبساً عن فرائض الله وفيه

اقتطاع جزء من نصيبهم ؟ يجيبون بنعم اما التبرع بالهبة والصدقة والوصية فجاز لورود النص بها . ويستدل لهم ايضا بما روى عن الامام على وابن مسعود من ان « لا حبس الا في سلاح او كراع » (٢) .

اما بشأن إجابته صلى الله عليه وسلم لعمر بقوله : « إن شئت حبست اصلها وسبلت ثمرتها » فقالوا : إنها لا تدل دلالة قطعية على ان المقصود بالحبس الدوام والاستمرار بشكل لا تنفك معه ربقة الوقف ابداً . فقد يصح ان يكون المراد من الحبس حبس العين عن التصرف التمليكي وتسبيل منفعتها مؤقتاً لفترة محددة ، او يكون قاصراً على طبقة معينة من الذراري ينتهي الحبس بانتهائها . ثم ان المروى عن عمر رضى الله عنه انه قال : « لو لا اني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها »[2] ، وهذا يشعر بأن الوقف ليس حبساً مؤبداً للمال بل يجوز لصاحبه ان يرجع عنه ، وان الذي منع عمر من الرجوع هو ذكره صدقته للنبي عليه الصلاة والسلام ، فكره ان يفارقه على امر ثم يخالفه إلى غيره .

ويجيب الجمهور على المحتجين بحديث ابن عباس قائلين : لو

(١) نيل الأوطار نفس الموضع .
(٢) انظر المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٧٦ . والكراع ـ بضم الكاف وفتح الراء ـ اسم يطلق على الخيل والبغال والحمير مما يستعمل في الحروب ، وهو في الأصل الطرف من كل شيء او مستدق الساق في الدواب ، والجمع اكرع واكارع .
(٣) أنظر الشوكاني في المرجع السابق ص ١٣١ .

فرض ان المراد بـه الحبس الشامل لكونه نكرة في سياق النفي ، لكان الوقف مخصصاً بالأحاديث المذكورة في الباب ، فيُستثنى من العموم .

واجابوا من قصر الحبس على السلاح والكراع بأنه لو صح هذا الخبر عن علي وابن مسعود[1] ، لكان منسوخاً باتصال الحبس بعلمه صلى الله عليه وسلم إلى ان انتقل إلى الرفيق الأعلى . ولعل من ذهب إلى هذا يتعلق بأنه قد صح عن النبي عليه الصلاة والسلام انه كان يجعل ما يفضل عن قوته في السلاح والكراع غالباً[2] .

ويجاب بشأن صدقة عمر بأن لا حجة في اقوال الصحابة وافعالهم إلا إذا وقع الاجماع منهم ، ولم يقع ههنا ، ثم ان هذا الأثر منقطع لأن من رواه (الزهري) لم يدرك عمر[3] .

وأما تشبث المتمسكين باعتبار الوقف حبساً عن الفرائض واعتبار حبس العين الموقوفة من ان تباع أو توهب أو تورث شروطاً ليست في كتاب الله ، فكأنه اعتراض منهم على رسول الله صلى الله عليه وسلم . لأنه نص على ذلك ، فيعتبر كأنه في كتاب الله تعالى لقوله عزّ وجلّ « وما ينطق عن الهوى. إن هو إلا وحي يوحى»[4] .

والنقاش بين المؤيدين والمخالفين للوقف قد يطول ، فيذهب بعض الفقهاء إلى ان الوقف وإن كان قد حدث فعلاً في صدر الاسلام إلا

(١) لأن ابن حزم يذكر في محلاه ج ٩ ص ١٧٦ بانها رواية ساقطة لأن في السند رجل مجهول .
(٢) نفس المرجع السابق ص ١٧٦ الى ١٧٨ .
(٣) أنظر نيل الأوطار نفس الموضع السابق .
(٤) سورة النجم الآيتان (٣ و ٤) .

ان ذلك قبل تشريع الميراث ، فلما نزلت آية الفرائض كان ذلك نسخاً لإجازة هذا التصرف . وقد ينبري البعض للرد على القائلين بأنه لا يؤخذ بما رواه الزهري عن عمر لأنه لم يدركه ، بأن المنقطع في رواية هذا الامام الجليل - الذي لم يتهم فيما رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير وصل - لا يضر . وقد يدعى بعض خصوم الوقف بأن حبس العين الموقوفة من التداول يمنع ورود أسباب الملكية عليها ، فيخرجها عن الانتفاع التام بالمال ، وهذا بالاضافة الى كونه تعطيلاً للثروة الوطنية يؤدي الى خراب العين ذاتها بنتيجة الإهمال .

وعلى كل حال فان الوقف كان ومايزال يُنظر إليه كعمل خيري تخصص منافعه لجهات البر ، وقد عمل به المسلمون منذ عهد الرسالة الى يومنا هذا فكان ذلك اجماعاً منهم عليه . وقد روى عن الصحابي جابر بن عبدالله رضى الله عنه أنه قال : لم أعلم أحداً من المهاجرين والأنصار الا حبس مالاً من ماله صدقة مؤبدة ، لاتشترى أبداً ولا توهب ولا تورث[1] . وتُسوهل بعد ذلك في الوقف (الذري) على الأولاد والذرية لتشجيع الناس على الوقف ، ولاسيما وأن مآله جهة خير دائماً .

علماً بأن الفقهاء جميعاً متفقون على صحة وقف المسجد متى توافرت شروطه[2] ، لأنه مكان العبادة وموطن الثقافة ودار النظر

(٢) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١٨٥ .
(٣) ووقف المقابر من حيث الصحة كوقف المساجد لما فيها من حبس خالص لوجه الله تعالى .

في المصالح العامة . وقد ذُكر أن أول وقف ديني في الاسلام كان مسجد قُباء الذي أسسه رسول الله صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة ، واتبعه ببناء المسجد النبوي في السنة الأولى للهجرة عند قدومه مهاجراً اليها[1] .

المبحث الثالث

آراء الفقهاء في لزوم الوقف

اللزوم صفة الوقف عند الجمهور :

المراد بلزوم التصرف ، بوجه عام ، عدم استطاعة المتصرف أن يستند بنقض ما صدر منه بإرادته . أما بالنسبة للوقف فانه متى تم مستوفياً شروطه لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، أي يمتنع عليه أن يرجع فيه .

وقد علمنا ان الوقف على رأي أبي يوسف ومحمد في المذهب الحنفي وعلى رأي اكثر فقهاء المذاهب الاسلامية الأخرى حبس للعين الموقوفة عن ان تكون محلاً لأي عقد او تصرف ينقل ملكيتها او يؤثر فيها ، فلا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا تورث . ذلك لأن كل هذه التصرفات انما ترد على مال مملوك للمتصرف ، في حين ان الموقوف على رأي جمهور الفقهاء ليس ملكاً لأحد من الناس .

فالرأي عند الجمهور ان الوقف بعد تمامه يكون لازماً لزوماً موبداً ، ليس للواقف ولا لغيره من المستحقين ان يرجع عنه ولا ان

(١) انظر احكام الأوقاف للاستاذ الماني ص ٤ .

يتصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية . ولكن أبا حنيفة وتلميذه زفر بن الهذيل خالفا الجمهور في هذا[1] ، فالذي تذكره كتب المتأخرين في الفقه الحنفي[2] عن أبي حنيفة أنه يرى ان العين الموقوفة لا تخرج من ملك الواقف بل تبقى على ملكه ويبقى له حق التصرف فيها بالبيع والهبة والرهن والوصية ، واذا مات بعد رجوعه عن وقفه ورثها عنه ورثته حسب الفريضة الشرعية .

ومعنى هذا ان الوقف على رأي أبي حنيفة هو حبس للعين عن التصرف التمليكي حبساً غير لازم وصرف منفعتها إلى الجهة التي عينها الواقف مادام التزامه باقياً ، فان رجع عنه فلا وقف ، ولهذا قيل إن الوقف « جائز عنده ، إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية »[3] . ذلك لأن الإعارة تبرع بمنفعة عين ، بمقتضاها ينتفع المستعير بالمستعار مع بقاء ملكيته للمعير . وتبرع المعير بمنفعة العارية غير لازم وله ان يرجع عن تبرعه متى شاء ، فكذا تبرع الواقف بغلة وقفه غير لازم أيضاً إذ يستطيع ان يعدل عنه في أي وقت شاء ما دام حياً ، بأن يجعل الغلة لنفسه او لغير من جعلها له أولاً . ويتحقق رجوعه عن الوقف بالقول الصريح كرجعت او أبطلت او عدلت ، او بالفعل بأن يتصرف فيما وقفه تصرفاً تمليكياً .

(١) يذكر السرخسي في مبسوطه ج ١٢ ص ٢٧ و ٢٨ ان ابا يوسف كان يقول بقول استاذه بعدم لزوم الوقف ، ولكنه لما حج مع الرشيد ورأى وقوف الصحابة بالمدينة ونواحيها رجع عن قوله السابق وافتى بلزومه . ويذكر الشوكاني في الدراري المضية ج ٢ ص ١٤٣ ان الطحاوي حكى عن ابي يوسف انه قال : « لو بلغ ابا حنيفة ، يعني الدليل ، لقال به » .

(٢) ككتاب المبسوط للسرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ وكتاب الهداية شرح البداية للمرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ وكتاب تبيين الحقائق للزيلعي المتوفى سنة ٧٤٣ هـ .

(٣) المرغيناني في المرجع السابق ص ١١ .

وقد اعتبر الوقف على رأي أبي حنيفة بمثابة العارية ولم يعتبر عارية بالفعل ، ذلك لأن حقيقة الإعارة شرعاً لا تتم إلا إذا تسلم المستعير العين المعارة للانتفاع بها بالذات . في حين ان الوقف يتم مع بقاء العين الموقوفة في يد من يتولى استغلالها ، سواء أكان الواقف أم غيره ، وصرف غلتها إلى الجهة الموقوف عليها[1] .

هذا ولم يُذكر خلاف لأبي حنيفة او غيره بشأن لزوم وقف المسجد ، بل الذي يُفهم مما ذُكر عنه أنه يلزم ديانة ، لأنه حق خالص لله تعالى ، ينقطع عنه حق العبد لتخصصه بإقامة الشعائر الدينية[2] .

بم يلزم الوقف ؟

على الرغم من اتفاق جمهور الفقهاء على ان الوقف متى تم مستوفياً شرائطه صار لازماً ، أخذاً منهم بأقوال الصحابة وأفعالهم وتحققاً للغاية المقصودة من ورائه ، فانهم قد اختلفوا فيما يلزم به . ولعل في المذهب الحنفي من وجهات النظر في تعليل سبب لزوم الوقف ما يتضمن الاتجاهين المعروفين في الفقه الاسلامي عموماً ، بالاضافة الى الاتجاه الثالث الذي ذهب إليه أبو حنيفة ولم يشاركه فيه احد إلا زفر .

فأبو يوسف يذهب الى ان الوقف يلزم بمجرد صدور صيغته من الواقف مستوفية شروطها بدون حاجة لصدور حكم بلزومه او تسلم الموقوف الى متولٍ ، لأنه اسقاط للملك لا لأحد من الناس بل لله

(١) انظر احكام الوقف للمرحوم الاستاذ عبدالوهاب خلاف ص ١٧ .
(٢) انظر هداية المرغيناني نفس الموضع السابق .

تعالى كالعتق تماماً . والعتق يتم ويلزم بمجرد القول ولا يتوقف على حكم او تسليم ولا يصح الرجوع عنه فكذلك الوقف ، لأن كلاً منهما اخراج للمال من ملك المعتق والواقف دون عوض مالي . والفتوى في المذهب الحنفي على قول أبي يوسف [1] ، وعلى هذا الرأي اكثر الفقهاء (مالك والشافعي واحمد) .

ويقول محمد : لا يلزم الوقف قبل القبض كالصدقة المنجزة التي تملك بها العين للمتصدق عليه في الحال ، فيكون القبض من شروطه . ذلك لأن التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصداً لأنه سبحانه مالك الأشياء ، ولكنه يثبت ضمن التسليم الى العبد كما في الزكاة[2] . ويتحقق القبض عنده بالتسليم الذي يختلف باختلاف الأعيان الموقوفة ، فتسليم المسجد مثلاً يكون بإفرازه والصلاة فيه ، والمقبرة بدفن ميت فيها ، وفي باقي الأعيان بنصب المتولي وتسليمها إليه . وعلى هذا الرأي فقهاء الجعفرية الذين يقولون : « ولا يلزم الوقف بعد تمام صيغته بدون القبض وان كان في جهة عامة قبضها الناظر فيها او الحاكم او القيم المنصوب من قبل الواقف لقبضه »[3] .

ومع أن الأصل عند أبي حنيفة عدم لزوم الوقف - باستثناء المسجد الذي يتفق مع الجمهور على لزومه لكونه حقاً خالصاً لله تعالى ولحاجة الناس إليه - فان المنقول عنه أن الوقف يصير لازماً بأحد أمرين .

(١) انظر انفع الوسائل للطرسوسي ص ٧٢ و ٧٣ .
(٢) انظر التبيين للزيلعي ج ٣ ص ٣٢٥ .
(٣) الشهيد الجبعي في الروضة ج ١ ص ٢٦٠ .

(الأول) أن يحكم بلزومه قاض في دعوى صحيحة وبيّنة بعد إنكار المدعى عليه، فحينئذ يلزم لكونه مجتهداً فيه، واجتهاد القاضي لا ينقضي باجتهاد قاضٍ آخر . وحيث ان الدعوى لا تقام إلا على خصم والوقف لا خصم له حتى ترفع عليه الدعوى ويحكم بلزومه، لذا كان يُتخذ طريق لذلك أشبه بالحيلة الشرعية . وهو أن يسلم الواقف وقفه إلى متولٍ ثم يتظاهر بالرجوع عنه بحجة عدم لزومه، فيمتنع المتولي عن تسليمه بحجة أنه لازم ، فيتخاصمان إلى القاضي فيقضي هذا بلزومه[1] .

ويلاحظ أن اللزوم على قول أبي حنيفة في هذه الحالة لم يأت من حيث انه وقف ، وانما جاء من حيث انه حكم في فصل مجتهد فيه[2] .

(الثاني) ان يخرج الوقف مخرج الوصية ، اي ان يضيف الواقف وقفه الى مابعد موته كأن يقول: جعلت داري الفلانية وقفا بعد موتي على الفقراء ، او ان يعلقه على الموت المطلق كأن يقول : اذا مت فداري هذه وقف على الفقراء، فان الوقف في هاتين الصورتين يكون لازما فيما اذا مات وهو مصر عليه[3] .

ويلاحظ ان اللزوم في هذه الحالة لا يكون بالنسبة للواقف ،

(١) أنظر مبسوط السرخسي ج ١٢ ص ٢٧. ومن صور الحيل الشرعية عند الحنفية في جعل الوقف لازماً ما ذكره السمرقندي في (خزانة الفقه وعيون المسائل) تحقيق أستاذنا الدكتور صلاح الدين الناهي المجلد الثاني ص ٤٤٨ من أنه لو وقف رجل ارضاً أو داراً وخاف ان يبطل وقفه قاض يرى العمل بقول ابي حنيفة في عدم لزوم الوقف ، فما عليه إلا ان يقر في صك الوقف بانه كان قد رفع الأمر الى قاض من القضاة فأمضى الوقف . إذ يصير وقفه في هذه الحالة لازماً ، ولا يجوز لقاض آخر ان يبطله .

(٢) انظر احكام الوقف والمواريث للمرحوم الأستاذ احمد ابراهيم ص ٧ .

(٣) انظر المبسوط في نفس الموضع السابق .

لأن حكم الوقف هنا حكم الوصية ، ومن حق الموصي ان يرجع عن وصيته اثناء حياته متى شاء . وانما اللزوم يكون في حق الورثة فقط ، اذ لو مات الواقف من غير رجوع لزمهم التصدق بغلة الموقوف ، وليس لهم ان يتملكوه لتأبيد الوصيه فيه بعدم امكان انقطاع الفقراء . وما دام الأمر كذلك فان الوقف لا يكون لازما بالنسبة لهم - الورثة - الا اذا كان الموقوف يخرج من ثلث تركة الواقف ، فان زاد عليه لزم بقدر الثلث فحسب وبقي الزائد الى ان يظهر له مال آخر او تجيز الورثة . فان لم يظهر له مال او لم تجز الورثة قسمت الغلة اثلاثا ، ثلث للوقف والثلثان الآخران للورثة[1] .

المبحث الرابع

ما يتم به الوقف

ينشأ الوقف بإرادة واحدة :

انتهينا في المبحث السابق الى ان آراء الفقهاء في تكييف الوقف كانت على قولين : قول لأبي يوسف (ومعه جمهور الفقهاء) قاس الوقف على العتق فاعتبره من قبيل الاسقاط ، وقول لمحمد (ومعه فقهاء الجعفرية) قاسه على الصدقة واعتبره من قبيل التبرع . وهو على رأي ابي حنيفة لا يخرج عن كونه تبرعا ايضا ، لانه أنزله منزلة العارية ، والعارية تبرع بالمنفعة .

اذاً لما كان الوقف من قبيل التبرعات او الاسقاطات ، فانه يتم

(١) انظر كتاب مباحث الوقف للمرحوم الأستاذ محمد زيد الأبياني ص ١٩ .

بإرادة الموجب (الواقف) وحدها ولا يتوقف على قبول أحد .
هذا ما اتفق عليه غالبية الفقهاء ، أما القبض فيه او الحكم به - على رأي من يقول بهما - فشرطان للزوم الوقف لا انشائه .

فالموقوف عليه إذا كان معيناً بالوصف ولا يتناوله الحصر كالفقراء والمحتاجين ، او كان لا يتصور منه الرفض كالمساجد والمقابر ، لا يشترط لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه قبول ، لتعذر ذلك أصلاً .

وإذا كان الموقوف عليه معيناً بالذات كزيد من الناس او جماعة محصورة كأولاد عمرو مثلاً ، فالوقف وثبوت الاستحقاق فيه يتمان أيضاً بالايجاب وحده بلا احتياج إلى قبول احد ، غير ان الاستحقاق هنا يرتد برد الشخص او الأشخاص المعينين . ومعنى هذا ان الوقف في هذه الحالة يبقى صحيحاً ويبطل الاستحقاق وحده ، لأن الرد يعتبر إباء عن تملك شيء على سبيل التبرع ، ولا سلطان لأحد بإدخال شيء في ملك غيره جبراً عليه باستثناء الارث لورود نص صريح فيه ولأنه تملك وتمليك بالزام الشارع[1] . واذا أبطل الاستحقاق بالنسبة لمن رده صرف الى جهة الخير التي عينها الواقف ، لأن مآل كل وقف جهة بر لا تنقطع .

ويذهب بعض فقهاء الجعفرية الى ان الوقف اذا كان لمعين او لمن يحصون عدداً فان القبول شرط لصحته ، لأن الوقف من جملة العقود فيعتبر فيه الايجاب والقبول كسائر العقود[2] ، ولو كان الموقوف عليهم او بعضهم صغاراً قام به وليهم . أما اذا كان الوقف

(١) انظر موجز أحكام الميراث للمؤلف ـ الطبعة الثانية ص ١٥ و ١٦ .
(٢) انظر المجلد السابقة الاشارة اليه من مفتاح الكرامة ص ٩ و ١٠ .

على جهات عامة كالمساجد والمقابر والقناطر او على الفقراء فالأحوط (وقيل الأقوى) القبول أيضاً ، والذي يقبل في هذه الحالة الحاكم او المنصوب من قبله . ويكفي عندهم قبول الموجودين بالنسبة الى الوقف على الذرية ، ولا يحتاج الى قبول من سيوجد منهم بعد[1] .

ما يتحقق به الايجاب :

يتحقق الايجاب الذي ينشأ به الوقف بكلام يصدر من الواقف يفيد حبس العين عن التصرفات التمليكية وتسبيل منفعتها على وجه من وجوه الخير في الحال (بالنسبة للوقف الخيري) أو في المآل (بالنسبة للوقف الذري) . ولا يشترط فيه لفظ معين أو عبارات مخصوصة ، إنما يفيده كل ما يدل على ارادة المعنى المقصود ، فمثل وقفت حبست وسبلت بل وتصدقت وحرمت وأبدت إذا اقترن بهذه الألفاظ الثلاثة الأخيرة ما يدل على إنشاء المعنى المذكور[2] .

(١) انظر وسيلة النجاة للمرحوم أبي الحسن الموسوي مع تعليقات وفتاوى السيد حسين الموسوي بهامشه ج ٢ ص ٢٦٣ .
(٢) جاء في مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٤٩ ما نصه « وألفاظه ستة : وقفت وحبست وسبلت وتصدقت وأبدت وحرمت . فاما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه ، لأن الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه : حبس الأصل وسبل الثمرة . واما التصدق فهو كناية فيه ، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرده ، فان اقترنت به نية الواقف او لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة او محبوسة او مسبلة او مؤبدة او محرمة ، او حكم الوقف بأن يقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفاً لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف . واما قوله حرمت وأبدت ففيه وجهان : احدهما انه كناية فلا يصح به الوقف إلا باحدى القرائن التي ذكرنا ، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق . والثاني انه صريح لأن التأبيد والتحريم في غير الابضاع لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه » .

وعليه فانه يتم بقـول الشخص مثلاً : وقفت أو حبست أو سبلت بستاني هذا للفقراء ، أو جعلت داري الفلانية موقوفة أو محبسة أو مسبلة على ذريتي ومن بعدهم على المسجد الفلاني ، أو جعلتها صدقة مؤبدة لا تباع ولا توهب ، وما أشبه ذلك .

ولو كتب شخص ورقة مبيناً فيها وقفه لبعض أملاكه مع ذكر الشرائط دون أن يتلفظ أو يُشهد أحداً لم يصر وقفاً عند أكثر الفقهاء ، دفعاً لاحتمال التزوير أو عدم الجدية . كما لا يصح إنشاء الوقف عند الجمهور بالإشارة الا من الأخرس أو العاجز عن النطق لعلة أو مرض ، بشرط أن يبقى معتقل اللسان حتى الوفاة وأن تكون إشارته مفهومة ومفيدة لما قصده . ويذهب الجمهور أيضا إلى أنه لا يشترط التلفظ في وقف المسجد[1] والمقبرة والسقاية والطريق وما يشبه ذلك مما يعم نفعه ، بل يكفي التخلية والاذن بالاستعمال واستعمالها من قبل الناس فعلاً[2] .

على أن انشاء الوقف عند المشرع العراقي يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة ، لأنه ساوى بينها باعتبارها وسائل للتعبير عن الارادة ، اذ قرر أصلاً في قانونه المدني بالنسبة للصيغة الدالة على ارادة الشخص فنص في المادة (٧٩) منه على أنه « كما يكون الايجاب

(١) وخالف فقهاء الجعفرية بالنسبة للمسجد إذ اشترطوا التلفظ بلفظ المسجدية لصحته ، فقد نص العلامة الحلي في قواعد الأحكام المطبوع مع مفتاح الكرامة السابقة الاشارة اليه ص ١١ على ما يلي : « ولا يحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وإن أذن في الصلاة فيه أو صلى فيه مالم يقل جعلته مسجداً » .

(٢) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٦٨ .

والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس ... الخ » . علما بأنه - المشرع العراقي - نص على جعل تنظيم حجج الوقف وتسجيلها وفق القانون من اختصاص المحاكم الشرعية[1] .

(١) بمقتضى المادة (٣٠١) من قانون المرافعات المدنيـــة رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

الفصل الثاني

شروط تكوين الوقف

شروط كل ركن من أركانه :

الوقف كما رأينا عمل أو تصرف شرعي ، سواء تم بالايجاب وحده أم توقف على قبول أو تسليم على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، لهذا فانه لابد ان يرتكز على دعامات أو جوانب قوية تمسكه وتسنده تعرف بإركانه .

وأركان الوقف عند جمهور الفقهاء اربعة ، هي : الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة . أما الفقهاء الأحناف فركن الوقف عندهم هو ايجاب الواقف وحده ، أي الصيغة فقط لأنها تستلزم وجود الأعمدة او الجوانب الأخرى التي يقوم عليها .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف النظري ، فان لكل ركن من هذه الأركان شرائط يلزم توافرها لكي يترتب على الوقف حكمه الشرعي من صحة ولزوم ونفاذ ، وعليه فاننا سنتكلم على شروط كل ركن على حده في مبحث خاص .

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بصيغة الوقف

يشترط لصحة الوقف بها ثلاثة شروط :

علمنا ان صيغة الوقف هي ما يصدر من الواقف من قول أو

كتابة او إشارة مفهمة ، تعبيراً عن ارادته وتبياناً لمقصده في انه أراد حبس عين من أعيانه عن التمليك وتخصيص منفعتها لجهة معينة . وقد تشعبت أقوال الفقهاء فيما يشترط في الصيغة الدالة على إنشاء الوقف من شروط ، غير أنه يمكننا إجمالها في ثلاثة ، هي :

١ - أن تكون منجزة :

إذا كانت الصيغة منجزة ، أي غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل ، صح الوقف وترتب عليه حكمه في الحال بإجماع الفقهاء القائلين بجوازه متى كان مستوفيا شروطه الاخرى .

ولو علقت الصيغة على شرط غير موجود وقت إنشائها ، كأن يقول : ان نجح ولدي في الامتحان فداري هذه وقف على الجهة الفلانية فالوقف باطل عند جمهور الفقهاء.[1] . ذلك لأن الوقف من قبيل التبرعات ، والأصل عدم تعليق التبرعات - عدا الوصية[2] - على شيء غير موجود . وان قيل : ان الوقف اسقاط ملك على رأي الجمهور والإسقاط يقبل التعليق ، أجيب : نعم انه اسقاط ولكن فيه شبهاً بالتمليكات ، وهي لا تقبل التعليق على أمر غير محقق الوجود .

أما اذا أضيفت الصيغة الى زمن مستقبل ، كأن يقول : داري هذه موقوفة على الجهة الفلانية بعد سنة ، فقيل : يصح الوقف لأنه

(١) اما في مذهب الامام مالك فيجوز تعليق صيغة الوقف على شرط كالمتق تماماً . انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٢) لأن طبيعة الوصية تقتضي عدم ترتب اثرها في الحال وإنما يظهر حكمها بعد موت الموصي ، كما سنبين ذلك في الباب الثاني من هذا الكتاب .

اسقاط ملك كالعتق الذي تجوز إضافته ، وقيل : لا يصح لأن شبهه بالتمليكات يمنع اضافته الى زمن مستقبل كما منع تعليقه على شرط .

على ان بعض الفقهاء ألحقوا بالصيغة المنجزة أمرين :

(الأول) فيما اذا علقت الصيغة على شيء كان قد تحقق فعلاً عند التعليق ، كأن يقول : ان كان أخي قد رجع من سفره فداري هذه موقوفة على كذا ، وتبين ان أخاه قد رجع من سفره بالفعل وقت التعليق . يصح الوقف هنا لأن الايجاب يأخذ حكم التنجيز ، وان كان في صورته معلقاً على شرط .

(الثاني) فيما اذا علقت او أضيفت الصيغة الى الموت المطلق ، كأن يقول : وقفت داري هذه على الجهة الفلانية اذا مت ، او داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي . يصح الوقف هنا لأنه يأخذ حكم الوصية ، بخلاف الاضافة والتعليق على موت مقيد ، كأن يقول : داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي من مرضي هذا ، او ان مت من مرض السل الذي أصابني فداري هذه وقف على الجهة الفلانية ، اذ ان حكمهما حكم الاضافة والتعليق على أي شيء آخر محتمل الوجود كما بينا قبل قليل[1] .

ولهذا نرى هؤلاء الفقهاء يذهبون الى ان الوقف في الحالتين

(١) قد تكون صيغة الوقف مركبة من التنجيز والاضافة كأن يقول : داري هذه صدقة موقوفة على الفقراء حال حياتي وبعد مماتي ، او تكون مركبة من التنجيز والتعليق كأن يقول : داري هذه موقوفة على الفقراء حال حياتي وإذا مت . فالوقف في هاتين الصورتين صحيح .

المذكورتين - الاضافة والتعليق على مطلق الموت - لا يلزم الا بعد موت الواقف ولا ينفذ الا في حدود ثلث تركته ، متى مات مصراً عليه كالوصية تماماً ، أما ما زاد على الثلث فيوقف نفاذه على اجازة الورثة .

٢ - أنه تغير التأبيد ولو مضى :

الظاهر من الأحاديث التي سقناها للدلالة على مشروعية الوقف وجوازه ومن آثار الصحابة والتابعين ان الوقف لا يصح الا مؤبداً ، بأن يكون آخره لجهة بر لا تنقطع . لهذا نرى جمهور الفقهاء[1] يعتبرون التأبيد شرطاً في صحة الوقف لأن المقصود منه دوام الصدقة واستمرارها ، وان التأقيت مبطل له لأنه ينافيه .

ولا يتحقق التأبيد عند محمد إلا بالنص عليه صراحة ، كأن يقول : وقفت هذا المال على الجهة الفلانية مؤبداً أو على الدوام أو بصورة مستمرة ، أو بما يفيد التأبيد في المعنى بأن يكون ابتداء أو انتهاء على جهة خير ، كأن يقول : وقفت هذا المال على الفقراء أو على أولادي وأولادهم ومن بعدهم على المدرسة الفلانية .

وعلى هذا لو قال : وقفت داري هذه على فلان لمدة سنة أو مدة حياته ، كان الوقف باطلاً عند محمد . وذلك لوجود مايدل على التأقيت في الحالة الأولى ، ولعدم دوام جهة المصرف في الحالة الثانية .

أما أبو يوسف فيكتفي للدلالة على الدوام بدلالة الكلام على

(١) وهو ما روى عن ابي حنيفة وقول محمد واحدى روايتين عن ابي يوسف . ومذهب احمد وفقهاء الشافعية واكثر فقهاء الجعفرية .

التأبيد حتى مع استخدام العرف، بشرط أن لا يذكر الواقف شيئاً يدل على التأقيت . أي إذا كان العرف يعين مصرفاً لا يحتمل الانقطاع صح الوقف ، ومن باب أولى يصح الوقف إذا عين الواقف المصرف مع النص على التأبيد .

وعلى هذا فان الوقف عنده باطل بالنسبة للمثل الأول وصحيح بالنسبة للمثل الثاني باعتباره مؤبداً عرفاً ، إذ ينتقل الريع لجهة بر لا تنقطع لأنها هي الأصل في كل وقف ذكرت أو لم تذكر . وهذا ما اتجه اليه جمهور الفقهاء من سنة وشيعة .

على أن هناك رواية أخرى عن أبي يوسف[1] ، هي أنه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف، وإنما يرى بعد انقطاع الجهة التي ذكرها الواقف يرجع الوقف إلى ملكه إن كان حياً وإلى ورثته إن كان قد مات . ذلك لأن القصد من الوقف عمل الخير والتقرب إلى الله تعالى ، والتقرب تارة يكون في الصرف الى جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها ، وعمل الخير كما يجوز مؤبداً يجوز كذلك مؤقتاً .

والى جواز توقيت الوقف يذهب الإمام مالك قولاً واحداً ، الا أن فقهاء مذهبه اختلفوا في مسألة عودة الأعيان الموقوفة الى ملك الواقف ان كان حياً والى ورثته ان كان ميتاً أو عدم عودتها بأن تبقى موقوفة على جهة بر لا تحتمل الانقطاع[2] .

كما اتجه بعض فقهاء الجعفرية الى مثل ما ذهب اليه الامام مالك

(١) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ٢١٤ .
(٢) انظر منح الجليل شرح مختصر سيدى خليل ج ٤ ص ٧٧ .

من جواز الوقف الموقت ، ولهم في عودة الموقوفات بعد انتهاء المدة المحددة للوقف ملكاً للواقف أو ورثته أو عدم عودتها قولان كقولي فقهاء المالكية[1] .

علماً بأن الفقهاء جميعاً متفقون على أن وقف المسجد لا يكون الا مؤبداً ، سواء اطلق الواقف ام قيد بفترة معينة ، لأن شرط التوقيت فيه باطل اصلاً .

٣ - أنه لا تقترن بشرط يؤثر على أصل الوقف :

والشرط الذي يؤثر على أصل الوقف هو ما كان باطلاً من أصله ، بأن كان مخلاً بالوقف او منافياً لحكمه[2] ، كأن يقول : وقفت داري هذه على كذا على ان يكون لي حق بيعها او رهنها مثلاً ، او وقفت هذه الدار مسجداً على ان يكون لي حق الرجوع[3] .

أما اذا كان الشرط لا يؤثر على أصل الوقف بل كان يؤثر على منفعته فقط كما لو تعلق بتقديم وتأخير صرف الريع الى الجهات الموقوف عليها ، او تعلق بكيفية توزيع الغلة على المستحقين ، فانه يراعى ويعمل به ما دام لا يتضمن مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية

(١) انظر المختصر النافع في فقه الامامية للشيخ نجم الدين الحلي ص ١٨٣ .
(٢) سنحدد مفهوم الشرط وتأثيره على الوقف تفصيلا فيما سيأتي .
(٣) ومن الشروط التي تؤثر على أصل الوقف اقتران الصيغة بشرط الخيار على الراي الراجح في المذهب الحنفي . ذلك بأن يجعل الواقف الخيار لنفسه في الوقف ، سواء كان وقت الخيار معلوما او مجهولا هذا في المسجد ، اما لو اتخذ مسجداً على انه بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف وبطل الشرط - انظر الدر المختار للحصكفي مع شرحه رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٨ .

ومبادئها العامة . اذ لو تضمن مثل ذلك ، كما لو اشترط عدم تعمير الموقوف من الغلة وان احتاج الى العمارة ، او عدم عزل المتولي من التولية وان ظهرت خيانته ، فانه يبطل ولكن الوقف يبقى صحيحاً .

المبحث الثاني

ما يشترط في الواقف

أهلية التبرعات لصحة الوقف :

الوقف كما قلنا يعتبر تبرعاً من الواقف ، لهذا يلزم لمن يصدر منه هذا التصرف صحيحاً ان يكون اهلاً للتبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً ، سواء باشره بنفسه ام باشره عنه غيره بمقتضى وكالة صحيحة . اما الرشد فليس بشرط لصحة الوقف لأن الرأي الغالب في الفقه الاسلامي يقضي بجواز وقف ووصية السفيه وذي الغفلة استحساناً ، لترجيح جانب المصلحة لهما لما في الوقف والوصية من بر وقربى ، وهذا ما اتجه اليه المشرع العراقي من جواز وصاياهما ووقفهما متى اخرجاه مخرج الوصية كما سنرى بعد قليل .

وعلى هذا فانه لا يجوز الوقف من صغير او مجنون لا يعقل ابداً او معتوه مختل العقل على الدوام ، لأنهم محجورون لذاتهم لانعدام الأهلية عندهم اصلاً[1] . ولا يجوز الوقف ايضاً من الولي او الوصي او من في حكمهما ، اذ ليس لهؤلاء ان يتبرعوا بشيء من اموال من

(١) تنص المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي على ان « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » .

هم في ولايتهم لأنهم أمناء على حفظ أموالهم وإنمائها بالسبل المشروعة . والوقف بلا شك يعد من التصرفات الضارة ضرراً مالياً محضاً بالنسبة لعديم الأهلية وناقصها ، لأنه يرتب عبئاً على الأعيان الموقوفة ويؤدي بالتالي إلى إخراج المال دون مقابل . كما لا يجوز وقف الصبي المميز ولو كان مأذوناً من وليه[1] ، لأن الولي نفسه لا يملك ان يقف شيئاً من مال الصبي فهو لا يملك الاذن به كذلك[2] .

أما ما يقف المجنون جنوناً غير مطبق في فترات إفاقته من أمواله فيعتبر صحيحاً بمقتضى الأحكام المعمول بها عندنا الآن ، إذ اعتبرت تصرفاته حال الافاقة من الجنون المتقطع كتصرفات العاقل تماماً[3] .

فكل ما يشترط في شخص الواقف لصحة أو جواز وقفه في الفقه الاسلامي والقانون العراقي على وجه الاجمال شرط واحد ، هو كونه أهلاً للتبرع . غير أن أهلية التبرعات يستلزم لها ، كما هو معروف شرعاً وقانوناً ، ان تطلق يد المتبرع في ماله أي ان لا تغل يده عن التصرف فيه . وبمعنى آخر يشترط في الواقف لنفوذ وقفه في ماله ، بالاضافة الى ما تقدم ، ان لا يكون مريضاً مرض الموت ولا محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو دين . وذلك لتعلق حق الأغيار ،

(١) يذهب البعض الى ان وقف الصبي المميز يصح إذا كان باذن القاضي ، لأن القاضي لا يأذن إلا إذا كانت هناك منفعة له بأن يقف على نفسه اولا ثم ذريته ثم الفقراء ، ولكن المشهور عدم الصحة .

(٢) جاء في الفقرة الأولى من المادة (٩٧) مدني عراقي ما نصه « ... ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن اذن بذلك وليه او اجازه ... الخ » .

(٣) تنص المادة (١٠٨) مدني عراق على ان « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، اما المجنون غير المطبق فتصرفاته حال إفاقته كتصرفات العاقل » .

كالورثة والدائنين ، بأمواله أو بجزء منها من وقت بدء المرض أو من وقت صدور حكم الحجر عليه ، فلا بد إذاً من إجازتهم لكي يكون تصرفه هذا نافذاً في حقهم .

ولتوضيح حكم هذا الشرط كما ينبغي نرى من اللازم ان نقول كلمة عن وقف كل من المريض مرض الموت والسفيه وذي الغفلة والمدين .

وقف المريض مرض الموت [1] :

يعتبر المريض مرض الموت ، ومن ألحق به [2] ، محجوراً عليه حجراً جزئياً لحق ورثته ودائنيه عند عامة الفقهاء باستثناء الفقيه ابن حزم الظاهري [3] . وذلك بمنع نفاذ تصرفاته الضارة بهم ، متى تبين

(١) مرض الموت في اصطلاح الفقهاء هو المرض الذي يغلب على الظن هلاك صاحبه به ، ويمكن تحديده استخلاصاً من مجموع اقوالهم بأنه المرض الذي يجتمع فيه وصفان : اولهما ـ ان يغلب فيه الهلاك عادة ، ويرجع في هذا الى الأطباء لمعرفة طبيعة الأمراض . وثانيهما ـ ان يعقبه الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه ظاهراً ام بسبب آخر افضى بالمريض الى الموت كقتل او غرق مثلاً ـ انظر بحث (الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامي) للمرحوم الأستاذ احمد ابراهيم نشر في مجلة القانون والاقتصاد في سنتها الأولى ص ٣٨٣ و ٣٨٤ .

(٢) ألحق جمهور الفقهاء بمرض الموت بعض الأحوال التي يغلب فيها خوف الهلاك، من هذه الأحوال : حالة المحكوم عليهم بالقتل او القطع حداً او قصاصاً ، والخارج للمبارزة او لحرب الكفار وكان في صفوف المتقاتلين، وراكب البحر وقت هبوب العاصفة، وغيرهم ممن يظن منهم التساهل والمجاباة في تصرفاتهم التي ينشأ عنها ترتب التزامات مالية عليهم ـ انظر في ذلك : المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٠٩ و ٥١٠ ورد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٣٤ و ٥٣٥ والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٦٠ .

(٣) فقد شذ ابو محمد علي بن حزم في مخالفته لعامة الفقهاء في حكم من كان مريضا مرض الموت ، لانه ساوى بين تصرفاته وبين تصرفات الصحيح ـ انظر المحلى ج ٨ ص ٢٩٧ .

ـ بعد وفاته ـ أنه كان مريضاً مرض الموت .

فالمريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين يحيط بماله فانه لا ينفذ شيء من أقاريره أو عقود معاوضاته ان كان فيها محاباة ، ومن باب أولى تبرعاته التي يعتبر الوقف من جملتها ، لأن الدين مقدم على كل حق كما هو معلوم .

وان كان الدين الذي عليه غير محيط بماله فلا ينفذ أيضاً وقفه وسائر تبرعاته إلا في حدود ثلث ماله ، إذا لم تكن هذه التبرعات لوارث عند جمهور الفقهاء [1] . وذلك عملاً بحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الذي ذكر فيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قيد تبرعه في حالة مرضه بثلث ماله فقط ، إذا قال : « بالثلث ، والثلث كبير او كثير [2] » . ومعنى هذا ان الوقف في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية .

أما فيما زاد على الثلث فان الوقف وان كان يعتبر صحيحاً إلا أنه لا ينفذ في الزيادة ، بل يكون موقوفاً على إجازة أرباب الحقوق من دائنين وورثة ، فان أجازوا جميعاً نفذ الوقف وإلا بطل في الزيادة ونفذ في الثلث فقط [3] .

(١) اما عند فقهاء الجعفرية وبعض الزيدية فلا فرق بين ان تكون لوارث او لغير وارث ، وبرأيهم اخذ المشرع العراقي ، كما سنرى عند الكلام على الوصية في الباب الثاني .

(٢) اخرجه البخاري ومسلم وغيرهما ـ انظر بلوغ المرام ص ١١٩ .

(٣) وان لم يكن عليه دين واجاز بعض الورثة دون بعض ، يعامل من اجاز باعتبار ان الوقف نافذ ، وتقسم الغلة على حسب شرط الواقف فلا يأخذون من الغلة شيئا ، ويعامل من لم يجز باعتبار ان الوقف نافذ ايضا ، ولكن الغلة تقسم على حسب الفريضة الشرعية لا على حسب شرط الواقف . انظر بحث (التزام التبرعات) للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم نشر بمجلة القانون والاقتصاد في السنتين الثانية والثالثة ص ٦٩١ .

وعلى هذا فان المريض مرض الموت في الفقه الاسلامي جملة إذا لم يكن له ورثة أو دائنون ، أو كان له وارث ولكنه محروم من الارث لقيام مانع من موانع الميراث فيه ، تكون جميع تصرفاته بما فيها الوقف صحيحة نافذة ولو تناولت جميع أمواله .

علماً بأن المشرع العراقي أعطى لوقف المريض مرض الموت حكم الوصية ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة (١١٠٩) من قانونه المدني على ان « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر مافيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له» . ومعلوم أن الوقف تصرف ينقل ملكية العين الموقوفة من المالك الى حكم ملك الله تعالى ويقصد به التبرع أصلاً ، فتسرى عليه أحكام الوصية بلا شك .

والذي تجدر ملاحظته ان المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ تقضي بأنه «لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له » . ومعنى هذا ان المريض مرض الموت الذي لا ورثة له - أو كان له وارث ولكنه ممنوع من الميراث - ولا دين عليه لأحد من الناس إذا وقف جميع أملاكه لا ينفذ وقفه إلا في حدود ثلث مجموع أمواله فقط ، ويئول الثلثان الاخر ان ميراثا لخزينة الدولة بمقتضى هذا النص فيما لو اقيمت دعوى في هذا الشأن من ممثل بيت المال .

وقف السفيه وذي الغفلة :

يذهب عامة الفقهاء ، باستثناء قلة منهم كأبي حنيفة وتلميذه زفر[١] ، القول بمنع السفيه[٢] من التصرف في ماله ، وذلك بمنع ماله عنه ومنع نفاذ تصرفاته فيه استناداً الى قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم »[٣] . ومعنى هذا ان السفيه يكون محجوراً عن التصرف في ماله ما دام غير متحقق الرشد ، لا فرق في ذلك بين من بلغ سفيهاً وبين من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً .

والرأي السائد في الفقه الاسلامي هو ان الحجر على السفيه لا يتقرر إلا بحكم القاضي ، فهو لا يكون محجوراً لذاته كالصغير والمجنون والمعتوه بل لا بد من صدور حكم قضائي بحجره[٤] . لهذا فان جميع تصرفاته قبل الحجر عليه ، كبيعه وهبته ووقفه ، تعتبر صحيحة نافذة لا يبطلها الحجر اللاحق . أما بعد الحجر عليه فالأصل عند جميع الفقهاء القائلين بجواز الحجر بطلان تصرفاته الضارة به ضرراً

(١) انظر مبسوط السرخسي ج ٢٤ ص ١٥٩ .

(٢) السفه عند جمهور الفقهاء حالة تعترى المرء فتجعله غير قادر على حسن القيام على تدبير أمواله ، وإنفاقه لها على وجه الاسراف والتبذير ، وان المتصف بهذه الصفة يسمى سفيهاً . ويرى فقهاء الشافعية ان السفيه هو من يسرف في انفاق ماله في المحرمات ، أما من يسرف في انفاقه فيما أحله الله فلا يسمى سفيهاً - انظر فتح العزيز في شرح الوجيز بذيل كتاب المجموع شرح المهذب ج ١ ص ٢٨٤ .

(٣) سورة النساء الآية (٥) .

(٤) وقد شذ عن هذا الرأي محمد بن الحسن ، إذ قال : ان السفيه محجور عليه لذاته كالمجنون والمعتوه والصغير ، كما ذهب نفر من الفقهاء الى القول بجواز الحجر على السفيه من قبل الأب او الجد ، وهو قول غير مشهور - انظر (عوارض الأهلية) رسالة دكتوراه للدكتور حسين النوري ص ١٥٩ .

مالياً محضاً تحققاً لحكم الحجر ، لأنه مقرر شرعاً لمصلحته هو ابتداء .

ولكن على الرغم من هذا يمكن القول بأن الرأي الراجح في الفقه الاسلامي بوجه عام يقضي بجواز وقف السفيه استحساناً ، متى كان هذا الوقف في مصلحته . ذلك لأن الغرض من الحجر على السفيه المحافظة على أمواله حتى لا يصبح عالة على غيره ، فإذا كان وقفه على نفسه مدة حياته ومن بعده على ذريته ما بقيت وبعد انقراضهم يصرف الريع لجهة خيرية تحقق بذلك حفظ أمواله من الضياع مع استبقاء منفعته له ولذريته ونواله الأجر والثواب[1] .

أما ذو الغفلة[2] فانه يتشابه مع السفيه من حيث ان كلاً منهما سيء الرأي فاسد التدبير لا يحسن التصرف في ماله[3] ، لهذا فانه يأخذ حكمه بالنسبة للتصرفات التي تصدر منه .

ومذهب المشرع العراقي موافق لمذهب جمهور فقهاء المسلمين في ان الحجر على السفيه وذي الغفلة لا يكون إلا بحكم القضائي[4] ، وكذلك في اعتبارهما في حكم ناقص الأهلية الذي لا يجوز له مطلقاً

(١) انظر المرحوم الأيباني في المرجع السابقة الاشارة إليه ص ٧ .

(٢) يريد الفقهاء بذي الغفلة من لا يهتدي الى التصرفات المفيدة الرابحة ويغبن في المعاوضات بسبب سذاجة في التفكير وسلامة في القلب .

(٣) على ان ذا الغفلة يختلف عن السفيه من حيث انه لا يقصد الاتلاف لماله ولا يريده ، واذا غبن فانما يغبن لقلة خبرته وغبائه ، بعكس السفيه الذي قد يقصد الاتلاف قصداً او يتلف ماله غير هابيء ، واذا غبن فانما يغبن بسبب طيشه ونزقه .

(٤) تنص المادة (٩٥) مدني عراقي قائلة : « تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » .

اجراء التصرفات المالية الضارة به ضرراً محضاً[1] . فالمفروض على مقتضى هذا عدم صحة تبرعات السفيه وذي الغفلة عموماً ، إلا ان المشرع العراقي استثنى وصاياهما بثلث المال ، أخذاً منه بالرأي الراجح في الفقه الاسلامي جملة . فقد نص في الفقره الثانية من المادة (١٠٩) من قانونه المدني قائلاً : « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » ، وذو الغفلة في حكم السفيه كما رأينا .

وعلى هذا فان السفيه أو ذا الغفلة إذا وقف ثلث ماله بعد وفاته ، أي أخرج وقفه مخرج الوصية بأن أضافه إلى ما بعد الموت ، صح الوقف منه ونفذ . أما ما زاد على الثلث فلا يتوقف على إجازة احد بل يعتبر باطلاً ، لأنه لا يملك التبرع بماله ابتداء إلا في الوصية أو ما هو في حكمها استثناء ، والاستثناء لا يتوسع فيه .

علماً بأن المشرع العراقي يعتبر وقف السفيه وذي الغفلة قبل الحكم بالحجر عليهما من قبل القاضي صحيحاً نافذاً كتصرفات غير المحجور ، لأنه لم يعتبر سائر تصرفاتهما باطلة أو قابلة للابطال إلا إذا كانت نتيجة غش توقعاً لصدور حكم الحجر . حيث قرر ذلك بقوله « اما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطو مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر[2] » .

(١) جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٠٩) مدني عراقي ما نصه « السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز .. الخ » . ونصت المادة (١١٠) مدني عراقي على ما يلي « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » .

(٢) الشق الثاني من الفقرة الأولى من المادة (١٠٩) مدني .

وقف المدين المحجور وغير المحجور عليه :

الأصل في الفقه الإسلامي هو أنه إذا لزم الدين إنساناً بسبب من الأسباب حل في ذمته واستقر فيها (ممثلاً الجانب السلبي منها وأصبحت هي وحدها مشغولة به ومسئولة عنه ، دون أن يكون له تعلق بعين معينة من أمواله ، بل تكون أمواله كلها (ممثلة الجانب الايجابي من ذمته) محلاً للوفاء به . وان المدين يبقى حراً في التصرف بجميع أمواله تبرعاً ومعاوضة ، من غير أن يكون لدائنيه حق الاعتراض عليه ، ما دام أن تصرفه لم يقع على أعيان كانت قد رهنت بدينه ، وكان هذا التصرف قبل الحجر عليه بسببه أو بسبب آخر ، وقبل ان يصيبه مرض الموت .

اما بعد الحجر عليه فان الدين يتعلق بكل عين من اعيان ماله من وقت صدور الحكم ، لتعلق حق الدائنين بها منذ ذلك الوقت[1] . ذلك لأن بقاء الدين شاغلاً لذمة المدين من دون ان يتعلق بأمواله حالة لا تؤدي الى النتيجة المتوخاة من نظام الحجر ، وهي حفظ حقوق الدائنين في مال المدين بمنعه عن التصرف فيه واستخلاصها منه وردها عليهم[2] .

(١) على أن أبا حنيفة وبعض الفقهاء الآخرين لا يجيزون الحجر على إنسان حر عاقل بالغ لأي سبب من الأسباب ، وذلك دفعاً لضرر محقق يصيب المحجور عليه في آدميته من جراء الحجر وتحمل ضرر أخف من الأول ، وهو محتمل قد يصيب من يراد الحجر عليه نفسه أو غيره .

(٢) يعتبر الحجر على المدين في الفقه الاسلامي طريقاً من طرق التنفيذ بالاكراه استخلاصاً للحق منه وايصاله الى مستحقه ، وليس امراً مقصوداً لذاته . انظر (الحجر على المدين لحق الغرماء) رسالة دكتوراه للمؤلف ف ٧٦ ص ١٦٣ و ١٦٤ .

وبناء على الاصل المذكور فقد ذهب جمهور فقهاء المسلمين الى تقرير قاعدة تقضي بجعل مال المدين ، الذي لم يحجز عليه ولم يصبه مرض الموت ، غير المرهون بدينه ، طليقاً غير مثقل بحق لاحد الدائنين . وقرروا بأن ما كان قد فعله المدين قبل حجر القاضي عليه من بيع أو وقف او هبة او غير ذلك من التصرفات التي تستوجب إخراج امواله كلها او بعضها مجاناً او بعوض جائز ونفاذ كله . ذلك لانه يتمتع بأهلية اداء كاملة غير منقوصة ، ولان تصرفه صادف خالص ملكه ، ولم يتعلق لاحد الدائنين حق في مال معين من امواله وإنما تعلق حقه بذمة المدين التي تعتبر مُستودعاً ومستقراً لكافة الحقوق التي له والتي عليه[1] .

غير ان فقهاء بعض المذاهب الاسلامية وبعض فقهاء المذاهب الاخرى خالفوا الجمهور في ذلك وخرجوا على تلك القاعدة ، فذهبوا إلى القول بأن المدين يُمنع من التصرف في ماله بكل مايضر بحقوق دائنيه وإن لم يحجر عليه من قبل القاضي ، لانه يعتبر محجوراً بحكم الشرع عن الاضرار بمصالح الآخرين . وهذا ما ذهب اليه فقهاء المذهب المالكي وبعض متأخري فقهاء كل من الحنابلة والحنفية والشافعية ، لانهم لا يرون في هذا الاتجاه مخالفة لاصل تشريعي ورد على لسان الشارع الاسلامي بل انه لايعدو ان يكون تعديلاً لحكم فقهي اجتهادي تحتمه مقتضيات المصلحة ويتطلبه اختلاف الزمن .

فالما لكيون يرون ان من أحاط الدين بماله ، بأن زاد عليه أو

(١) الذمة المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي عبارة عن محل اعتباري قدر وجوده في الشخص لتستقر فيه الحقوق التي له والتي عليه ، وان وجود هذا المحل مرتبط بوجود صاحبه . المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨ وما بعدها .

ساواه ، يمنع من التصرف فيه بغير عوض ، ولا يتوقف المنع على حكم قضائي لما في ذلك من ضرر بحق الدائنين . وعلى هذا فليس للمدين ان يقف كل ماله أو بعضه ولا أن يهبه أو ان يتحمل بحالة أو ان يلتزم بقرض فيه ، لأن ذلك كله من التبرعات التي تؤثر على حقوق دائنيه .

ويذهب متأخرو الحنابلة ، وعلى رأسهم الامام والفقه المجدد ابن تيمية[1] وتلميذه ابن قيم الجوزية[2] ، الى ان في تمكين المدين غير المحجور من التبرع بالوقف والهبة وما أشبه إبطال لحقوق الدائنين ، والشريعة الاسلامية لا تأتي بمثل هذا وإنما جاءت بحفظ الحقوق على أربابها بكل طريق وسد الطرق المفضية الى إضاعتها . والنبي صلى الله عليه وسلم يقول : « من أخذ أموال الناس ويريد أداءها أداها الله عنه ، ومن أخذها يرتد اتلافها اتلفه الله » .

ويذهب بعض متأخرى فقهاء الحنفية الى القول بعدم نفاذ وقف المدين ، الذي لم يحكم بحجره ، لمصلحة دائنيه إلا فيما زاد عن وفاء الدين من أمواله . فقد جاء في فتاوى أبى السعود[3] ما يفيد أنه سئل عمن وقف على أولاده تهرباً من الديون ، هل يصح ؟ أجاب بأنه لا يصح ولا يلزم ، وان القضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل الدين .

وقد أفتى بعض متأخرى فقهاء الشافعية ببطلان وقف من عليه

(١) هو تقى الدين أبو العباس احمد الحراني المتوفى سنة ٧٢٨ هـ .
(٢) هو شمس الدين ابو عبدالله محمد بن ابى بكر المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
(٣) اشهر مفتي الحنفية في بلاد الروم فى القرن العاشر الهجري .

الدين بجميع ما يملكه وان لم يحكم بحجره ، وذلك متى كان هذا المدين لا يرجو وفاء من غيره[1] .

ولا شك ان اتجاه هؤلاء الفقهاء جدير بالملاحظة لأنه يحول دون تهريب المدينين لأموالهم عن طريق الوقف ، بدعوى فعل الخير ، اضراراً بحقوق الدائنين .

والمشرع العراقي وان كان لا يقضى بمنع المدين عن الوقف وغيره من التصرفات المضرة به مالياً الا من وقت صدور حكم بالحجر عليه من قبل المحكمة المختصة ، غير ان هذا لا يمنع الدائنين من الطعن بمثل هذا التصرف الضار بهم بدعوى عدم نفاذ التصرفات . وذلك عملاً بنص المادة (٢٦٣) من القانون المدني الذي يقضى بأنه « يجوز لكل دائن اصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية »[2] .

هذا ويلاحظ ان الدين والحجر لا يؤثران على اهلية تعامل المدين لتعلق الدين بالذمة وتعلق الحجر بالأموال والذمة معاً ، ولهذا فان

(١) انظر في كل ما تقدم المرجع السابق ف ٢٨٣ ص ٤٨٦ وما بعدها .
(٢) تضمن نص الفقرة الثانية من المادة (٢٦٤) الشروط المشار اليها بالنسبة للتبرعات التى يعتبر الوقف من جملتها ، اذ قال : « أما اذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا » . اي يكفى الدائن هنا للطعن فى وقف مدينه ان يثبت فقط انه سبب إعسار المدين او زاد فيه .

وقف المدين بدين مستغرق لأمواله او غير مستغرق لها ، محجوراً كان او غير محجور ، و كذا سائر تصرفاته الأخرى تبقى صحيحة شرعا وقانوناً لبقاء أهلية الأداء عنده كاملة . ولكن وقفه وباقي تصرفاته الأخرى المضرة به ضرراً مالياً لا ينفذ شيء منها الا بعد انقضاء دينه وفك الحجر عنه او اجازة الدائنين لتصرفه .

وقف الشخص المعنوي :

الشروط السابقة الذكر هي التي يلزم توافرها في شخص الواقف ، ذكراً كان او انثى ، لكي يكون وقفه صحيحاً ونافذاً . ولكن هل معنى هذا انه يجب ان يكون الواقف شخصاً طبيعياً أي انساناً ؟ ام يجوز ان يكون شخصاً معنوياً كذلك ؟ .

تعتبر الشخصية المعنوية فكرة قانونية حديثة نسبياً في تنظيمها أملتها الضرورة ، لأن متطلبات الحياة وسنن التطور حدت بفقهاء القانون الوضعي الى ايجاد او خلق شخص قانوني يكون قادراً على تحقيق اغراض ذات أهمية كبرى لا غنى للمجتمع عنها بما لهذا الشخص من مميزات مجتمعة قد يعجز عن تحقيقها الإنسان باعتباره كائناً طبيعياً محدد النشاط معلوم الطاقة. ذلك لأن المشرع الوضعي قد اسبغ صفة الأهلية على بعض الجماعات من الأشخاص الذين يجتمعون لتحقيق غرض معين كما في الشركات والجمعيات ، كما اسبغها على بعض المجموعات من الأموال المرصدة لتحقيق غاية خاصة كما في المؤسسات . وجعل لهذه المجموعات من الأموال وتلك الجماعات من الأشخاص صلاحية تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات ، بصورة

تجعلها مستقلة ومتميزة عن الأشخاص المكونين لها ، وعن الأشخاص الذين رصدوا الأموال للغرض المعين ، وعن الأشخاص الذين قد يعود النفع عليهم من وراء ذلك[1] .

وهذا هو ما فعله المشرع العراقي أيضاً في الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب التمهيدي من قانونه المدني ، الذي أدرج أحكامه تحت عنوان (الأشخاص المعنوية) .

ويمكننا ان نقرر هنا جازمين ان اصطلاح (الشخصية المعنوية) لم تعرفه الشريعة الاسلامية ، ولم يرد ذكره في كتب الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه. ونحسب ان مرد ذلك يعود الى اجماع الفقهاء المسلمين قاطبة على ان الأهلية ، وهي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وصلاحيته لمباشرتهما قولاً وفعلاً ، صفة خاصة بالانسان وحده .

ومعنى هذا ان الشخصية القانونية أو الشرعية في نظر الفقه الاسلامي لا تكون إلا للشخص الطبيعي (الانسان) فقط ، في حين أنها تكون في نظر القانون الوضعي للشخص الطبيعي والشخص المعنوي على حد سواء .

أما ما صرح به فقهاء بعض المذاهب الاسلامية من ترتب أحكام لبعض الجهات والمؤسسات أو عليها كبيت المال والوقف والمساجد ، فبناء على ثبوت ذمة مالية لها تصلح ان تكون محلاً لاستيعاب

---

(١) انظر (المدخل للقانون الخاص) لأستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ١٩٠ وما بعدها .

الحقوق التي لها أو عليها ووجود من له صلاحية مباشرة التصرفات عنها من ناظر أو قيم أو إمام ، على ما نرجح . فقولهم مثلاً : ان بيت المال وارث من لا وارث له وان عليه نفقة من لا عائل له من الفقراء ، وتشبيههم المسجد بالانسان الحر في حقه بالتملك وتشبيههم إياه بالحر المعسر الذي لا كسب له في حقه بالانفاق عليه من بيت المال ان لم تكن له غلة تصرف عليه ، وإثباتهم للقيم عليه - فيما اذا كان للمسجد نصيب في عقار مشترك وباع الشريك نصيبه فيه - حق الشفعة وأخذ حصة الشريك فيه للمسجد ، كل هذا يشعر ويدل على ترتب حقوق لبيت المال والوقف والمسجد وعلى امكان تحملها بالواجبات[1] .

وعلى هذا يمكن القول بأن لبعض الجهات والمؤسسات العامة في الفقه الاسلامي - بناء على تقرير أهلية اعتبارية لها على رأي بعض الكتاب المحدثين أو بناء على ثبوت ذمة مالية لها ووجود من له صلاحية مباشرة التصرفات عنها على رأي البعض الآخر - قابلية اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات . وحيث ان ليس في كلام الفقهاء اشتراط ان يكون الواقف شخصاً طبيعياً ولا ما يؤخذ منه اشتراط ذلك ، بل ان طائفة منهم اجازوا الوقف من قيم المسجد بما تجمع لديه على ان يكون وقف المسجد لا وقف القيم ، كما اجازوا وقف ممثل بيت المال لماله على انه وقف المصلحة العامة لا وقف من باشره ، وهذا لا يمكن ان يستقيم الا بناء على ان الوقف يمكن ان

(١) انظر رسالة الحجر للمؤلف ف ١٥ ص ٢٥ و ٢٦ .

يكون من الشخص المعنوي[1] .

ولما كان المشرع العراقي قد قرر في المادة (٤٨) من قانونه المدني بانه « ١ - يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته . ٢ - ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون . ٣ - وله ذمة مالية مستقلة . ٤ - وعنده اهلية الأداء وذلك في الحدود التي بينها عقد انشائه ، والتي يفرضها القانون . ٥ - وله حق التقاضي . ٦ - وله موطن ... الخ »، لهذا فان وقف الشخص المعنوي يصح وينفذ ويلزم قانوناً متى كان مستوفياً لشروطه المطلوبة ، وليس في الفقه الاسلامي ما يمنع ذلك مطلقاً .

المبحث الثالث

شروط الشيء الموقوف

يمكن اجمال الشروط اللازم توافرها في الشيء الموقوف لصحة وقفه في ثلاثة ، هي :

١ - أن يكون مالاً متقوماً :

الإجماع منعقد على عدم صحة وقف ما ليس بمال اصلاً ، او المال غير المتقوم كالأشياء المباحة مثلاً ، أو ما لا يحل الانتفاع به شرعاً في حال الاختيار كالخمر وأدوات اللهو وكتب الالحاد وما أشبه ذلك .

(١) انظر موجز الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٤٦ .

لكن هل يشترط في المال المتقوم الذي يصح وقفه أن يكون عيناً أم يجوز أن يكون من الحقوق والمنافع[1] ؟ وإذا كان عينا فهل يشترط فيه أن يكون عقاراً أم يجوز أن يكون منقولاً كذلك ؟.

المال في عرف جمهور الفقهاء هو كل شيء يمكن للإنسان أن يتملكه ويدخره لوقت الحاجة وان ينتفع به على وجه معتاد ، سواء أكان من النقود أو العروض أو العقارات . ويشترط فقهاء الحنفية في الشيء الذي يصح أن يطلق عليه اسم مال أن يكون محرزاً أيضا ، ولهذا فأن المنافع والحقوق المجردة عندهم لا تعتبر مالاً لعدم إمكان حيازتها بالفعل[2] . وبالتالي فانهم لا يجيزون وقف المنافع وحدها كالمنفعة المتملكة بإجارة أو إعارة أو وصية ، ولا الحقوق المالية كحق المرور أو الشرب أو المسيل ، لأنها ليست من الأموال المتقومة في نظرهم . أما وقف المنافع والحقوق تبعا لأعيان يصح وقفها ، فانها تكون ملحقة بالأعيان وتأخذ حكمها ، أي يعتبرونها موقوفة تبعا للعين لا استقلالاً[3] . ويشترط فقهاء الجعفرية في

(١) الحقوق جمع حق ، وهو بمعناه العام عبارة عن اختصاص أو سلطة أعطاها الشارع لشخص من الأشخاص على شيء معين في نطاق معلوم . أما المنافع فجمع منفعة ، وقد اطلقها الفقهاء باطلاقات تختلف ضيقاً وسعة . فمنهم من قصرها على الفائدة العرضية فحسب اي على ما يقوم بالأعيان من اعراض فقط كسكنى الدار وركوب الدابة ، دون ما ينتج منها من فائدة مادية كالأجرة واللبن إذ سموها غلة . ومنهم من جعل المنفعة تشمل ما يقوم بالأعيان من اعراض وما ينتج منها من غلة ايضا كسكنى الدار واجرتها معاً .

(٢) انظر (الأموال ونظرية العقد) لأستاذنا المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى ف ٢٣٢ ص ١٦٢ .

(٣) كمن يحتكر ارضا ويقيم عليها بناء او يغرس فيها غراسا ويقفه ، فأن حق الانتفاع بالأرض المحتكرة يصبح تابعا لجهة الوقف ولا حق فيها للمستحقين ولا للورثة ـ انظر استاذنا مذكور في المرجع السابق ص ٤٩ و ٥٠ .

الموقوف « أن يكون عينا مملوكة يصح الانتفاع بها ، مع بقائها ويمكن إقباضها »[1] . وجمهور الفقهاء وإن كانوا يعتبرون المنافع والحقوق اموالاً ، لأنهم يرون ان الأعيان لا تقصد إلا لمنفعتها ، غير ان اكثرهم يشترط لصحة وقفها بقاء واستمرار الانتفاع بها .

على ان مذهب الامام مالك واصحابه يجيز وقف المنفعة مطلقاً ، فمن يستأجر داراً مملوكة او ارضاً مدة معلومة ، يوقف منفعتها في تلك المدة يصح وقفه . وكذلك يجوز عند المالكية لمن استأجر وقفا ان يقف منفعته على مستحق آخر غير الأول في تلك المدة ، إذ يكون للموقوف عليه في الوقف الأول الأجرة المقابلة لتلك المنفعة ، ويكون للموقوف عليه في الوقف الثاني المنفعة[2] .

والأصل في المال الموقوف عند الحنفية ان يكون عقاراً ، لأن الوقف على الراجح في مذهبهم لا يكون إلا مؤبداً كما رأينا ، والعقار هو الذي يبقى ابداً مع إمكان الانتفاع به . والعقار عندهم هو الأرض فقط ، اما ما على الأرض من كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر وتحويله من هيئة إلى هيئة اخرى فهو منقول في نظرهم ، سواء أكان بناء أم زرعا أم حيوانا[3] .

ومع هذا فانهم يذهبون إلى جواز وقف بعض المنقولات استثناء وخروجا على القياس الذي يأبى دوام بقاء المنقول بسبب تعرضه للهلاك في الغالب وتعذر تأبيده . من ذلك قولهم بجواز وقف المنقول التابع

(١) العلامة الحلي في المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٣) انظر فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٤٣٠ .

للعقار في الانتفاع[1] ، وهو ما كان متصلاً به إتصال ثبات وقرار ، إذ يرون دخوله في الوقف ويعتبرونه موقوفا تبعا للعقار نفسه دون حاجة إلى النص عليه . فمن يقف بستانا فيها ابنية ومغروسات مثلا ، فان البناء والشجر يدخلان في الوقف تبعا لوقف البستان بلا ذكر كما يدخلان في بيعها وإجارتها . أما الثمر الموجود في الشجر والماشية وآلات الري المتنقلة والعُدد الأخرى الموجودة في البستان وقت الوقف وغير المتصلة بها على وجه الاستقرار والدوام ، فانها لاتدخل إلا إذا نص الواقف على ذلك صراحة .

اما وقف المنقول قصداً ، اي منفرداً دون ان يكون تابعا لوقف عقار ، فانهم اجازوه فيما إذا ورد بجواز الوقف فيه خبر كوقف السلاح والكُراع . وقد توسع محمد بن الحسن اكثر من هذا فذهب إلى جواز وقف المنقول استقلالاً وان لم يرد نص فيه ، وذلك متى كان الناس قد تعارفوا وقفه وألفوه لأن ما رآه المسلمون حسنا فهو حسن ، كوقف المصاحف والكتب والأواني والقدور والقناديل وما اشبه ذلك[2] .

والى مايقرب من مذهب محمد اتجه اكثر فقهاء المذاهب الاسلامية ، اذ اجازوا وقف كل عين ينتفع بها على الدوام مع بقائها ، عقاراً كانت او منقولاً[3] . اما فقهاء المالكية فقد اطلقوا ، فأجازوا وقف المنقول

(١) انظر الفتح القدير للكمال بن الهمام نفس الموضع السابق .

(٢) انظر مبسوط السرخسي ج ١٢ ص ٤٥ .

(٣) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٣ والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٤٧ والمختصر النافع في الموضع السابقة الاشارة اليه .

عموما ، فوقف الذهب والفضة والدراهم والثياب والطعام والكتب وغيرها جائز عندهم[1] .

٢ - أن يكون معلوماً متعيناً وقت وقفه :

يشترط لصحة الوقف ان يكون الموقوف معلوماً غير مجهول ، قد عينه الواقف تعيناً كافياً نافياً للجهالة المفضية إلى التنازع . وعليه فلا يصح وقف شيء من دار او عقار بدون تسميته وتعيينه وقت الوقف ، فلو قال احد : وقفت جزء من ارضي او بعض الدور التي املكها او شيئاً او سهماً من مالي ، كان الوقف باطلاً لعدم معرفة القدر الموقوف او نسبته الى ملك الواقف . وكذلك لو وقف شخص ارضاً مغروسة اشجاراً واستثنى الأشجار بمواضعها لم يصح الوقف ايضاً ، لأن موضع الأشجار المستثناة مجهول القدر لتشعب جذورها وجهالة المساحة التي تشغلها . وهي بلا شك جهالة تفضي الى النزاع ، والجهالة المفضية الى التنازع تمنع صحة الوقف ابتداء ولهذا فان الوقف في الأمثلة السابقة لا يصح حتى ولو عين الواقف الموقوف بعد الوقف ، لأن الوقف قد وقع حين إنشائه غير صحيح فلا ينقلب صحيحاً .

اما اذا قال شخص : وقفت جميع حصتي من هذه الأرض او الدار او البستان ولم يذكر مقدارها ، فان الوقف يصح استحساناً ، لأنه

(١) انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٦ . أما كيفية الانتفاع بالذهب والنقود والحبوب وما اشبه فيكون بالاتجار بها او بيعها والاتجار بثمنها وصرف ربحها الى الجهة الموقوف عليها .

يكون قد وقف كل ما يملك في تلك العين ولا يؤدي هذا الى النزاع مستقبلاً . ولو قال : وقفت داري الوسطانية او بستاني الشطانية او ارضي الفلانية مثلاً ، وكان ما وقفه معروفاً ومشهوراً لا يلتبس بغيره ، صح وقفه من دون حاجة الى ذكر الحدود[1] .

ويمكن للشخص في وقتنا الحاضر ان يكتفي في وقف ارضه او داره او بستانه بذكر رقمها العقاري ، اي الرقم او التسلسل الذي سجلت به في السجل العقاري ، لان رقم العقارات اليوم يقوم مقام الحدود قديما .

ولكن هل يعتبر الشيوع جهالة في العقار فيمنع صحة وفقه ام لايعتبر كذلك؟ او بعبارة اخرى ؛ هل يصح وقف الحصة الشائعة ؟ .

يذهب ابو يوسف الى صحة وقف الحصة الشائعة في العقار المشاع ، سواء كان يقبل القسمة ام لا يقبلها ، لأن الوقف هو حبس العين والتصدق بالمنفعة ، وهذا يحصل في المشاع كما يحصل في المفرز . وقد رأينا فيما تقدم ان القبض ليس بشرط لصحة الوقف ولا لتمامه عند أبي يوسف ، ولذلك فان وقف المشاع لا يتوقف على القسمة لأنها شرط لتمام القبض في العقود والتصرفات التي تحتاج الى قبض . وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد واكثر فقهاء الجعفرية) لأن وقف عمر الذي اجازه النبي عليه الصلاة والسلام انصب على مائة سهم شائعة في ارض بخيبر ، كما ورد في بعض كتب الحديث[2] .

(١) انظر الدر المختار للحصكفي ورد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٧ و ٤٩٨ .
(٢) روى ذلك النسائي وابن ماجة ـ انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٢ .

وخالف محمد بن الحسن جمهور الفقهاء في ذلك ، اذ ذهب الى ان وقف المشاع ، الذي يقبل القسمة لا يتم الا بالقسمة والافراز ، قياسا على الهبة أو الصدقة المنجزة التي لا تتم عنده الا بالقبض[1] . اما في المشاع فيما لا يقبل القسمة بحال[2] ، كوقف الجزء الشائع في بيت صغير او حمام مثلاً ، فجائز عند الجميع لتعذر القسمة فيه بدون اتلاف اصل العين[3] .

ويلاحظ ان مذهب فقهاء الجعفرية وان كان موافقا لمذهب محمد في اشتراط القبض او التسليم للزوم الوقف كما رأينا ، فانهم لا يرون الشيوع مضراً في صحة الوقف ، بل يبقى الوقف معه صحيحا ويلزم تسليمه الى الناظر او الولي او الوصي ذلك لأن قبض الموقوف كقبض المبيع يصح مشاعا كما يصح مفرزاً ، لأن القبض في المشاع يصح اما بالتخلية او بإذن الشريك والواقف معا[4] .

غير أن الفقهاء اتفقوا على أن وقف المشاع في المسجد والمقبرة غير جائز ، واذا حدث فانه لا يتم ولا يترتب عليه أثره الا بعد الافراز .

(١) علما بأن الشيوع الذي لا يصح الوقف معه عند محمد هو الذي يكون مقارنا لأنشاء الوقف ويمنع من تسليم الموقوف . أما الشيوع الذي قد يطرأ بعد تمام الوقف بسبب طارىء لعدم إجازة الورثة ما زاد على الثلث من وقف المريض مرض الموت ، وكذا الشيوع الذي يقارن الوقف ولكن لا يمنع من تسليم الموقوف كوقف شخصين عقاراً مملوكا لهما على جهة او جهتين وتم تسليمه لمتول واحد ، فالوقف معهما صحيح ـ انظر المرحوم الشيخ خلاف في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٦٤ .
(٢) المراد بما لا يقبل القسمة شرعا هو ما لا يمكن الانتفاع به بعد قسمته اصلا ، او يمكن الانتفاع به ولكن بغير منفعته السابقة التي كانت قبل القسمة .
(٣) انظر ابن عابدين في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٥٠٣ و ٥٠٤ .
(٤) انظر مفتاح الكرامة في المجلد السابقة الاشارة اليه ص ٧٦ .

ذلك لأن الشيوع يمنع من أن يكون الموقوف خالصا لله تعالى، كما أنه يؤدي الى تبادل المنافع بالمهايأة[1]، وقد يحدث أن يصبح ما كان مسجداً أو مقبرة في هذا العام مزرعة أو مربطا للحيوانات في العام المقبل، وهذا ما لا يجوز شرعا.

٣- أن يكون مملوكاً للواقف ملكاً باتاً حين الوقف:

يشترط لصحة الوقف عند جمهور الفقهاء[2] ان يكون الموقوف مملوكا للواقف ملكا باتا في الحال، فان لم يكن كذلك كان الوقف باطلاً. وذلك لان الوقف، كما علمنا، هو اسقاط ملك او تمليك على وجه التبرع فيقتضي ان يكون الموقوف مملوكا للواقف ملكية تامة وقت وقفه لاخيار فيه لأحد.

وعلى هذا فانه لا يجوز للموهوب له ان يقف ما وهب له قبل قبضه، لأن الهبة لاتتم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء، فيكون قد وقفها قبل أن تدخل ملكه. ولا يجوز وقف الغاصب للعين التي غصبها، حتى ولو تملكها بعد الغصب، لأنه لم يكن مالكاً للمغصوب وقت إنشاء الوقف. كما لا يجوز للموصى له أن يقف ما أوصى به له قبل موت الموصي، لأن الوصية لاتنفذ إلا بعد موت الموصي مصراً عليها ولم يصدر من الموصى له مايدل على عدم قبوله لها في هذا الوقت. وكذلك لايجوز لشخص أن يقف ما اشتراه متى كان خيار الشرط

(١) المهايأة هي التناوب في استيفاء منافع الشيء المشترك زمانا او مكانا.

(٢) إذ لا يشترط على قول مالك واصحابه ان يكون الموقوف مملوكا للواقف وقت الوقف، فلو قال شخص: إن ملكت هذه الأرض فهي وقف، فملكها صح وقفه هذا.

الذي اشترطه البائع لنفسه قائماً، حتى ولو أجاز البائع البيع بعد ذلك لأن الخيار لم يخرج المبيع عن ملكه، فيكون وقف المشترى له في وقت لم يكن مملوكاً له ملكاً باتا[1].

أما لو اشترى شخص عقاراً بعقد بات ووقفه بمجرد تمام العقد قبل القبض فان وقفه صحيح لكون الموقوف ملكه وقت الوقف، ولا يؤثر في صحة الوقف أنه حين إنشائه لم يكن قد تسلمه. كما لا يؤثر أيضا في صحة الوقف أن يتعلق بالموقوف حق الغير، فلمالك الدار المؤجرة لمدة محددة أن يقف داره هذه أثناء مدة الاجارة، إذ يكون وقفه صحيحا ويبقى حق المستأجر في بقية مدة الاجارة قائما.

ومعنى هذا أن الاجارة لا تؤثر على صحة الوقف ولا تتأثر هي به، غير أن الأجرة تصبح من وقت الوقف من حق الموقوف عليهم إن لم يكن هناك استثناء بشرط الواقف. وكذا الحكم فيما لو كانت الدار مرهونة ثم وقفها صاحبها (الراهن) على جهة معينة رغم كونها مرهونة، فان الوقف يقع صحيحا ويبقى حق المرتهن متعلقا بعين الدار الموقوفة حتى يستوفى حقه كاملاً، وإلا فانه يحق له أن يطلب بيع الدار استيفاء لحقه، وعندئذ يبطل الوقف.

ومما تجدر ملاحظته هنا أن وقف الشخص لشيء لا يملكه على أنه ملكه لا يجوز، اما لو وقفه على انه ملك غيره - بأن كان فضوليا - فجمهور الفقهاء على انه لا يكون باطلاً بل موقوفا على

(١) وينبني على ذلك انه لو استحق ما وقفه وقضى به للمستحق بالبينة بطل الوقف، اما لو استحق بعض الموقوف مشاعا واخذه المستحق فلا يبطل الوقف في الباقي.

إجازة المالك الحقيقي ، فان اجازه نفذ وإلا بطل[1] . اما على قول مالك واصحابه فان الوقف باطل ، لان الفضولي لا يعتبر وكيلاً بعد اجازة المالك الا في عقود المعاوضات فحسب[2] .

المبحث الرابع

شروط الجهة الموقوف عليها

أن يكون الوقف عليها قربة لله تعالى :

يشترط الفقهاء في الجهة الموقوف عليها ان تكون مصرفا فيه معنى القربة ، من وقت انشاء الوقف او في المآل ، لان القصد من الوقوف التقرب الى الله تعالى طمعا في رضوانه . والقربات تشمل جميع انواع الخير ، دنيوية كانت هذه القربات او اخروية ، مادامت تعد كذلك في نظر الشرع الاسلامي وفي عقيدة الواقف معا لان الوقف كما يصح من المسلمين يصح من غير المسلمين ايضا .

فإذا كان الموقوف عليه من اول الامر ، اي من وقت انشاء الوقف ، جهة خيرية كالمساجد والمدارس والمستشفيات والفقراء والايتام وما اشبه ، سمي الوقف في اصطلاح الفقهاء وقفا خيريا .

اما اذا كان الموقوف عليه من بدء الوقف اشخاصا معينين كالأولاد والذراري ومن بعدهم على جهة من جهات الخير ، فقد اصطلح

(١) لأن الفضولي ينقلب وكيلا في الوقف عن المالك إذا أجاز المالك وقفه ، والقاعدة هي أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة بعد أن تستوفي الاجازة شروطها .

(٢) انظر بلغة السالك ج ٢ ص ٣٧٤ و ٣٧٥ .

الفقهاء على تسمية هذا النوع وقفاً ذرياً أو أهلياً[1] .

وقد يجعل الواقف وقفه على النوعين المذكورين ابتداء ، بأن يخصص جزءً للخيرات من أول الأمر ويجعل الباقي لفلان أو ذريته على أن ينتهي بعد انقطاعهم إلى جهات خيرية ، فمثل هذا الوقف (الخيري الذري) يعرف عند الفقهاء بالوقف المشترك .

وقد أخذ المشرع العراقي بهذه المصطلحات الفقهية وبمفاهيمها في المرسوم رقم (١) الصادر سنة ١٩٥٥ الخاص بجواز تصفية الوقف الذري ، إذ نص في المادة الأولى منه على أنه :

« أ - يقصد بالوقف الذري ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليهما معاً ، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معاً ، أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته[2] » .

« ب - ويقصد بالوقف الخيري ما وقف على جهة خيرية حين إنشائه أو آل اليها نهائياً » .

(١) يذكر المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في كتابه (احكام الوقف والمواريث) ص ١٣ و ١٤ بشأن هذا النوع من الوقف ما نصه « وأقول إن هذه التسمية حديثة والحق ان الوقف كله خيري لأنه التصدق بالمنفعة والغلة غير ان من الأوقاف ما يكون من أوله الى آخره خيرياً ، ومنه ما يستثنى فيه الواقفون بشروط يشترطونها انتفاع الواقف بالوقف مدة حياته وهو الكثير الغالب او يقفه على اولاده اولا او على غيرهم من الأشخاص المعينين ونحو ذلك ثم بعد هؤلاء على الفقراء فكلا النوعين من الوقف خيري غير ان احدهما خيري محض وثانيهما خيري بالاضافة الى المستقبل بحسب المآل » .

(٢) نعتقد ان تسمية هذا النوع من الوقف بـ(الذري) نسبة الى الذرية تسمية غير دقيقة فقد لا تنطبق على بعض الصور المذكورة ، كما لو كان الوقف على نفس الواقف فقط او على شخص معين ومن بعد كل واحد منهما على جهة خيرية ، فلا يمتد الوقف هنا الى الذرية . ولهذا نرى ان اطلاق مصطلح (الوقف الأهلي) ، الشائع في مصر والمعروف في بعض البلاد العربية الأخرى ، على هذا النوع من الوقوف لأنه اقرب الى الصحة .

« ج — ويقصد بالوقف المشترك ما وقفه الواقف على جهة خير وعلى الأفراد أو الذراري . ونسبة الاشتراك إما أن تكون معينة وإما ان تكون غير معينة، كالأوقاف الموقوفة على جهة خيرية ومشروط فيها صرف الفضلة من غلتها على الأفراد والذراري أو بالعكس ... الخ».

وواضح ان هذه الأنواع الثلاثة تتضمن معنى القربة الشاملة لجهات الخير ، سواء أكان في الصرف إليها معنى التصدق والتمليك كالفقراء والمساكين أم لم يكن فيه هذا المعنى كبناء المساجد والملاجىء والمستشفيات والانفاق في مصالحها .

وعلى هذا فان الوقف على المعاصي والأشياء المحرمة كنوادي الخمر والميسر وشراء السلاح لقتال حرام ، من مسلم أو غير مسلم ، لا يصح باتفاق الفقهاء لانتفاء معنى القربة التي يشترطونها في كل وقف لا في نظر الإسلام ولا في ديانة الواقف . ذلك لأن الموقوف عليه جهة تحرمها جميع الشرائع المنزلة وتدعو الى محاربتها ، وفي الوقف عليها تشجيع لها وإعانة على بقائها ، وهذا ما لا تجيزه قطعاً كل الأديان السماوية .

ولو وقف شخص على الأغنياء فحسب لم يجز ذلك عند جمهور الفقهاء الذين يشترطون التأبيد في الوقف[1] ، لأن شرط الوقف ان يكون قربة ، وهذا لا يتحقق إلا بأن يكون على الفقراء ولو في الجملة بأن يكون أوله للأغنياء وآخره للفقراء .

(١) اما على رأي القائلين بجواز توقيت الوقف فلا بأس ان يكون الوقف على الأغنياء فقط ويعود الموقوف ملكا للواقف او لورثته — انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٦ .

من القرب في الأديان المختلفة :

من القرب ما لا تتأثر باختلاف الأديان أبداً ، لأنها تعتبر براً وإحساناً في جميع الشرائع السماوية ، كالوقف على دور العلم وأماكن العلاج وملاجىء اليتامى والمشردين وغيرها من جهات الخير التي يهم القائمون عليها . ومن القرب المتفق عليها من قبل الفقهاء جميعاً وقف المسلمين على فقراء المسلمين وغير المسلمين ووقف غير المسلمين على فقرائهم وفقراء المسلمين ، ذلك لأن الصدقة على الفقير مهما كانت ديانته قربة في اعتبار الإسلام وكذا في اعتبارات الديانات الأخرى . وكذلك الاتفاق الحاصل بالنسبة لوقف المسلم والمسيحي واليهودي على بيت المقدس[1] ، لتحقق معنى القربة في نظر الاسلام وفي اعتقاد الواقف أيضاً .

لكن الوقف قد يكون على جهات تعتبر قربة في نظر بعض الشرائع الإلهية دون بعض ، فالحكم بصحته أو عدم صحته يختلف باختلاف كون الواقف مسلماً أو غير مسلم .

فبالنسبة للمسلم يكون المرجع في معرفة كون الجهة الموقوف عليها قربة أم لا أحكام الشريعة الاسلامية ، التي هي عقيدة الواقف . وعلى هذا لو وقف المسلم داره مسجداً أو على مسجد أو على معاهد إسلامية كان وقفه صحيحاً باتفاق الفقهاء ، ولو وقفها لتكون بيعة أو كنيسة أو على معاهد غير إسلامية فان وقفه غير صحيح باتفاق

(١) اما وقف خرج من ايدي المسلمين في الوقت الحاضر ، فلا يعرف وجه ما وقف عليه القائمين على شئونه مؤقتا الى ان تعود إدارته الى المسلمين ، وعسى ان يكون ذلك قريبا باذن الله .

الفقهاء أيضا ، لأن هذه الجهات لا تعتبر قربة في نظر الاسلام الذي هو دينه. ووجه الفرق في اعتبار وقف المسلم على فقراء غير المسلمين والحكم بصحته وعدم اعتبار وقفه على جهة خاصة من مصالحهم ، هو أن الأول لا يستلزم معصية بذاته لأنه نفعهم من حيث الحاجة وم عباد الله ومن جملة بنى آدم المكرمين ، أما الثاني فمعصية لأنها إعانة لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرمة والكفر بخاتم الشرائع السماوية.

أما بالنسبة لغير المسلم فقد أختلف فقهاء المذاهب الاسلامية فيما يعتبر قربة يصح معها الوقف ، وما لا يعتبر قربة فيبطل الوقف.

فالفقهاء الأحناف يشترطون في وقف غير المسلم أن تتحقق فيه معنى القربة في اعتقاده وفي نظر الاسلام جميعاً . وعليه لو وقف مسيحي مثلاً داره مسجداً أو على مسجد كان وقفه باطلاً ، لأنه وإن كان قربة في نظر الاسلام الا أنه ليس كذلك بالنسبة لعقيدته هو . وكذلك لايصح وقفه لو وقفها (الدار) كنيسة أو على كنيسة، لأنها وان كانت قربة في حكم دينه فهي ليست بقربة في حكم الاسلام . وهذا هو معنى قول فقهاء الحنفية ، يشترط أن يكون الوقف قربة في ذاته وعند المتصرف[1]، أي أن تكون الجهة الموقوف عليها بحكم الشريعة الاسلامية براً وتقرباً الى الله تعالى وان يعتقد الواقف ذلك أيضاً .

ويذهب فقهاء الشافعية والحنابلة الى ان الجهة الموقوف عليها يجب ان يتحقق فيها معنى القربة بحسب أحكام الشريعة الاسلامية وحدها ، دون أي اعتبار لعقيدة الواقف نفسه . وعليه لو وقف

(١) انظر ابن عابدين في المرجع السابقة الاشارة إليه ص ٤٩٧ .

نصراني داره بيعة أو على بيع أو معاهد دينية تبشيرية فوقفه غير صحيح ، أما لو وقفها مسجداً أو على مسجد فان وقفه يعتبر صحيحاً[1].

وعلى العكس من هذا تماماً يذهب فقهاء الجعفرية ، اذ المعتمد في مذهبهم[2] - وهو رواية في مذهب الامام مالك[3] - هو أنه يشترط في وقف غير المسلم ان يكون المصرف على جهة تعتبر قربة بمقتضى ديانة الواقف فحسب ، دون نظر الى أحكام الدين الاسلامي. وعليه لو وقف يهودي مثلاً داره كنسياً أو على مدرسة من مدارس اليهود كان وقفه صحيحاً ، أما لو وقفها مسجداً أو على مسجد او جمعية دينية اسلامية فان وقفه غير صحيح .

هل يشترط وجود الجهة الموقوف عليها وقت الوقف ؟

لم يشترط فقهاء الحنفية لصحة الوقف وجود الجهة الموقوف عليها وقت انشاء الوقف ، خيرياً كان او ذرياً ، توسعة منهم في مفهوم البر والإحسان ، لا سيما وان المصرف الأصلي في كل وقف هو جهة قربة في النهاية . اما غيرها من المصارف التي يذكرها الواقف ويجعل وقفه عليها اول الأمر ، فهي في الحقيقة مصارف استثنائية لا تخرج الوقف عن غرضه الأصلي ؛ باعتباره قربة الى الله تعالى . وهذا هو مذهب الامام أحمد بن حنبل وظاهر مذهب المالكية أيضاً .

وعلى هذا لو قال شخص : جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة

(١) انظر نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي جـ ٥ ص ٣٥ والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٥ .
(٢) انظر وسيلة النجاه للموسوي جـ ٢ ص ٢٧٢ .
(٣) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٢٨٢ .

على أولاد زيد مثلاً ومن بعدهم على الفقراء، ولم يعين لزيد أولا وقتئذ، صرفت الغلة الى الفقراء باعتبارهم جهة الخير التي لا يحتمل انقطاعها. ويبقى الصرف مستمراً عليهم (لأنهم هم المصرف الأصلي في الوقف) حتى يولد لزيد هذا ولد، فان ولد صرفت الغلة بعدئذ اليه (لأنه هو المصرف الاستثنائي الذي عينه الواقف)[1]. وهذا هو ما يسميه الفقهاء بالوقف «المنقطع الأول».

ومثل هذا الوقف المنقطع الأول أيضاً ما اذا وقف شخص شيئاً على مسجد أو معهد هيأ مكانه قبل ان يبنيه، فان وقفه يعتبر صحيحاً عندهم وتصرف الغلة الى الفقراء الى ان يبنى المسجد او المعهد، فإذا تم البناء حول الصرف الى الجهة الموقوف عليها ابتداء.

ويشترط فقهاء الحنفية لصحة الوقف الذري ان يكون الموقوف عليهم موجودين على قيد الحياة عند انشاء الوقف، اذا كان الواقف قد عينهم باسمائهم. فلو عين شخصين وجعل ريع الوقف عليهما بالتساوي مثلاً ومن بعدهما على الفقراء، وظهر ان أحدهما وقت الوقف لم يكن على قيد الحياة، فان الوقف يعتبر باطلاً متى كان الواقف يعلم بموته وإلا - بأن كان الواقف لا يعلم بموته - صح الوقف وصرف نصيب المتوفى منهما الى الفقراء.

أما لو عين الواقف الموقوف عليهم بأوصافهم كأولاد أخيه فلان مثلاً، فانهم لا يشترطون وجودهم وقت الوقف، غير أنهم يعدون الموجود منهم مستحقاً أو مرتزقاً لأنه يأخذ نصيباً من الريع فعلاً

(١) ومعنى هذا ان الوقف على الحمل يصح عندهم، ويستحق الموقوف عليه غلة الموقوف متى تحقق وجوده شرعاً في بطن امه، وقت ظهور الغلة.

ويسمون من لم يوجد بعد مشروطاً له أو موقوفاً عليه لأنه لم يأت دوره في الاستحقاق. ويذهبون الى أنه لو وقف شخص على إخوانه أحمد ومحمد ومحمود ثم على أولادهم وذريتهم ثم على الفقراء، ومات أحد هؤلاء الثلاثة، بعد إستحقاقه وأخذه نصيباً بالفعل، فان نصيبه لا يصرف الى أولاده إلا بعد انقراض الآخرين (أخويه معاً).

ولكن ليس معنى هذا أن يأخذ الباقيان على قيد الحياة نصيب المتوفى، وإنما يعتبر الوقف في هذه الحالة منقطعاً ويصرف الى الفقراء[1]. وهذا هو ما يسميه الفقهاء بالوقف «المنقطع الوسط»، لأن الانقطاع حصل بعد الاستحقاق الفعلي. والقول بصحة الوقف المنقطع الوسط مذهب الشافعي كما هو ظاهر مذهب المالكية، إذ لا يضر عندهم الانقطاع عموماً، ومذهب فقهاء الجعفرية أيضاً بالنسبة للموقوف عليه الأول إذا صح الوقف عليه ابتداء[2].

وهو، أي الوقف المنقطع الوسط، يختلف عن الوقف المنقطع الأول كما بينا، كما يختلف عن الوقف «المنقطع الآخر» الذي ينقطع المصرف فيه انتهاء. وذلك بأن يكون الواقف قد عين مصرفاً لوقفه انتهت حاجة الناس إليه، كأن يقف شيئاً على سقاية (سبيلخانة) في

(١) ويذهب الشافعية الى ان الريع يصرف في هذه الحالة الى من بقي من اهل الوقف الى ان ينقرض الموقوف عليهم جميعاً فيصرف الى الفقراء - انظر مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٥٢.

(٢) يقول المرحوم ابو الحسن الموسوي في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٢٦٧ ما نصه: «واما المنقطع الوسط، كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف عليه بخلافه في المبدء والمنتهى، فهو بالنسبة الى شطره الأول كالمنقطع الآخر فيصح وقفاً، وبالنسبة الى شطره الآخر كالمنقطع الأول يبطل واساً».

مكان بعيد مثلاً ، وبعد مدة توصل مصلحة إسالة الماء مياه الشرب العذبة الى هذا المكان فيستغني الناس عنها ويبطل استعمالها . فيفوت عند ئذ الغرض الذي من أجله كان الوقف عليها ، ويصبح مصرف الريع في هذه الحالة الفقراء أيضاً . والقول بصحة الوقف المنقطع الآخر لأبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية وقول للشافعي وظاهر مذهب المالكية[1] ، ومذهب فقهاء الجعفرية أيضاً غير ان صرف الريع الى جهة بر (الفقراء) قول في مذهبهم[2] .

وعلى كل حال فان فقهاء الجعفرية يشترطون في الموقوف عليه وجوده وتعيينه وقت الوقف ، خيرياً كان الوقف أو ذرياً ، كما يشترطون ان يكون ممن يُملك أي حراً إذا كان الوقف ذرياً . وعليه لا يصح الوقف عندهم على من سيوجد ، ولو كان وجوده ممكناً كالولد الذي سيولد للواقف من إمرأة معينة . بل لا يصح عندهم على الحمل ابتداء وإن انفصل عن أمه حياً[3] ، لأن الوقف تمليك منجز لا يصح إلا بالقبض على رأيهم كما علمنا . ولو كان الوقف على موجود وعلى من سيوجد صح في الأول وبطل في الثاني بمقدار

(١) يذكر الشيخ الصاوي في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٢٨١ في هذا ما نصه « والحاصل ان الظاهر من مذهبنا انه يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه ، ويصح فيما يصح عليه ولا يضر الانقطاع . وقال الشافعي : لا يصح منقطع الابتداء والانتهاء او الابتداء فقط . وقال ابو حنيفة : يبطل منقطع الانتهاء والوسط » .

(٢) انظر المختصر النافع ص ١٨٥ .

(٣) يذهب ابو الحسن الموسوي في المرجع السابق ص ٢٧١ الى انه لو وقف على الحمل تبعا للموجود بأن يجعل طبقة ثانية او مساويا للموجود في الطبقة بحيث لو وجد لشاركه ، صح الوقف بلا اشكال .

نصيبه ، الذي يصرف في هذه الحالة على الفقراء أو أوجه القرب الأخرى التي عينها الواقف . ولو وقف على أحد أيتام الملجأ الفلاني أو أحد مساجد البلدة الفلانيه من دون تعيين لا يصح وقفه أيضاً ، وذلك لوجود جهالة في الموقوف عليه[1] .

(١) المختصر النافع ص ١٨٤ .

الفصل الثالث

شروط الواقفين

المراد بشروط الواقفين :

يراد بها الشروط التي يشترطها الواقفون بمحض إرادتهم واختيارهم في وثائق أوقافهم ، أو التي يحتفظون لأنفسهم في هذه الوثائق بالحاقها أو إدخالها على أصل إنشائهم فيما بعد ، ويريدونها ان تكون بمثابة نصوص تشريعية يعمل بها في تلك الأوقاف . ذلك لأن الواقفين إنما يعبرون بشروطهم عن رغبات تجيش في صدورهم ويبتغون تحققها لغرض مخصوص ، فيما يتعلق بادارة موقوفاتهم أو بطرق استغلالها وعمارتها أو بكيفية توزيع الاستحقاق فيها ، باعتبارهم متبرعين . ومن حق المتبرع شرعاً ان يتبرع حال صحته بخالص ماله لمن يشاء على الوجه الذي يراه ، ضمن حدود مشروعة ، ما دام ان تصرفه هذا لا يؤدي به الى السفه .

ولهذا ذهب الفقهاء المسلمون الى القول بلزوم احترام شروط الواقفين ، وجرت على لسانهم العبارة المشهورة « شرط الواقف كنص الشارع » .

ولكن هل كل الشروط التي يشترطها الواقفون في حجج أوقافهم واجبة الاحترام ؟ أم ان الاعتبار يكون للشرط الصحيح فقط ؟ ثم ما معيار التفرقة بين ما يعتبر شرطاً صحيحاً وبين ما لا يعتبر كذلك ؟

إن هذا يتطلب منا ان نبين [illegible]
الفصل الى ثلاثة مباحث [illegible]
الصحيح وبين غير [illegible]
على أنواع من الشروط الصحيحة [illegible]
من التفصيل شرط الاستبدال بالوقف .

المبحث الأول

الشرط الصحيح وغير الصحيح

أقسام شروط الواقفين :

الشروط التي تشترط في الوقفيات من الكثرة والتنوع بحيث لا يمكن حصرها ، بسبب اختلاف أغراض الواقفين وتباين رغباتهم ، منها ما يكون متعلقاً بأصل الوقف ومنها ما لا يتعلق كذلك . وعلى الرغم من هذا فانها تقسم عادة ، من حيث حكمها أو تأثيرها على الوقف ، الى ثلاثة أقسام :

(الأول) الشروط التي تخل بأصل الوقف أو تناقض حكمه ، كاشتراط الواقف بيع الموقوف متى ما لزم أو أراد أو اشتراط الرجوع فيه متى شاء ، أو اشتراطه الرجوع في عين من غلته ، أو اشتراط [illegible] . فهذا القسم يبطل الوقف في غير المسجد وكذا الشرط ، ويعتبر الوقف صحيحاً والشرط باطلاً استحساناً (١) ، أما في المسجد فالوقف

(١) وهذا رواية عن أبي يوسف ، وهو أحد القولين في المذهب ، وانظر المادة (٥) من القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ .

صحيح والشرط باطل اتفاقاً . وذلك لأن أمثال هذه الشروط تخل بحقيقة الوقف التي هي حبس للعين الموقوفة عن التصرف التمليكي وتنافي حكمه وهو اللزوم . أما لو اشترط الواقف بيع العقار الموقوف ليشترى بثمنه عقاراً آخر يكون وقفاً بدله صح شرطه ، لأنه لا تأثير له في أصل الوقف ، وإنما فيه تحويل الوقف من عين الى عين أخرى .

علماً بأنه يصح للواقف في الوقف الذري الرجوع فيه بمقتضى الأحكام المعمول بها عندنا الآن ، ذلك لأن المادة (١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري تنص على أنه « إذا كان الواقف حياً فله الرجوع عن وقفه بطلب يقدمه الى محكمة البداءة لاستحصال قرار بابطال حجة الوقف وإعادة الموقوف الى ملكيته ، على ان ترسل صورة من القرار الى كل من المحكمة التي أصدرت حجة الوقف للتأشير على سجلها والى دائرة الطابو لتصحيح القيد ، وقرار المحكمة بذلك يكون قطعياً[1] » .

(الثاني) الشروط التي لا تؤثر في أصل الوقف ولا تنافي حكمه ولكنها تخل بالانتفاع بالموقوف أو بمصلحة الموقوف عليهم أو تخالف

(١) يلاحظ أن المشرع هنا جعل قرار إبطال حجج الوقف من اختصاص محكمة البداءة ، في حين أن اصدار هذه الحجج ابتداء كان قد جعله من اختصاص المحكمة الشرعية بالنسبة لأوقاف المسلمين طبقاً للمادة (٣٠١) من قانون المرافعات المدنية ومن اختصاص محكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين من العراقيين وبالنسبة للاجانب أيضاً طبقاً للمادة (١١) من بيان تأسيس المحاكم لسنة ١٩١٧ والمادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية للاجانب رقم (٨٧) لسنة ١٩٣١ المعدل بالقانون رقم (٥٢) لسنة ١٩٣٨ .

الشرع ، كاشتراط الواقف تقديم صرف غلة الوقف للمستحقين قبل عمارة الموقوف وترميمه ولو ترتب على ذلك خرابه ، أو اشتراطه عدم عزل من عينه متولياً على الوقف من قبل القاضي وإن ظهرت خيانته ، أو اشتراطه صرف جزء من الغلة الى جهة معصية مثلاً . في هذا القسم يصح الوقف ويلغى الشرط بلا خلاف يعتد به . ذلك لأن عمارة الوقف مقدمة على الصرف الى المستحقين شرط الواقف ذلك أو لم يشرط ، وأن خيانة المتولي تستوجب عزله لمصلحة الوقف والمستحقين[1] ، وان الصرف لجهة معصية أمر مخالف للشرع يخرج الوقف عن الغاية التي شرع من أجلها .

(الثالث) الشروط التي تخلو مما تقدم ، بأن تكون غير مخلة بأصل الوقف ولا منافية لحكمه ولا تؤثر في منفعته ولا بمصالح الموقوف عليهم وليس فيها مخالفة لأحكام الشرع . في هذا القسم يصح الوقف والشرط معاً . إذ أن مثل هذا الشرط معتبر يجب تنفيذه احتراماً لإرادة الواقف ، ولا تجوز مخالفته أصلاً إلا لمصلحة مقدرة مشروعة . وهذا الشرط الصحيح الذي يعتبر قانوناً يعمل بما جاء فيه ، هو الذي عناه فقهاء المسلمين بقولهم « شرط الواقف كنص الشارع » .

والشروط الصحيحة كثيرة ومتنوعة الأغراض ، من أمثلتها ما يشترطه الواقف في حجة وقفه بأن يكون له النظر على وقفه مادام حياً أو أن يبدأ في صرف غلة الموقوف بتعميره وترميمه ثم يوزع الباقي بعد ذلك على المستحقين ، أو يشترط أن توفى ديونه من غلة

(١) بل للقاضي ولاية عزل الواقف نفسه إذا كان هو المتولي لشؤون وقفه متى ما عرف خيانته أو اهماله ، كما سنرى فيما يأتي .

بواسطتها . وقد غالى بعض الواقفين في [illegible]
عليه الجور وخلق الضغائن والمنازعات [illegible]
بشروطه قواعد الميراث التي شرعها الله [illegible]
أنصباء الورثة .

ومن يتتبع شروط الواقفين في كثير من صيغ الأوقاف يجد أن منها ما يخالف المشروع من الأحكام في صميمه ، ويخالف مقاصد الشريعة الاسلامية الغراء ، كاشتراط استحقاق الزوجة في الوقف بعدم تزوجها بعد موت الواقف ، أو اشتراط استحقاق الزوج بعدم تزوجه بعد وفاة زوجته ، أو الاشتراط بأن يدخل الشرق من بلد أو أقليم معين ، أو اشتراط تزوجه من [illegible] أو أسرة معينة ، أو حرمان من انتقل من بيت الأسرة او من [illegible] او استحقاقه إطلاقاً من استحقاقه في الوقف . ولا يخفى ان مرد ذلك كله يعود إلى اعتبارهم شرط الواقف الصحيح كنص الشارع في وجوب العمل به .

ومعلوم ان مثل هذه الشروط [illegible] الشريعة بحسب المعيار الذي وضعوه لها وليس فيها مخالفة لنص شرعي صريح ، إنما تتضمن مخالفة لروح الشريعة الاسلامية ومقاصدها العامة . وبالتالي فانه لا يجوز إنزالها منزلة نص الشارع وقد [illegible] ، وإنما يعتد – على حد قول ابن القيم – « من شروط [illegible] ، وللمكلف مصلحة ، واما ما [illegible] التعزب والترهب المضاد [illegible] لا يصلح

(١) أنظر إعلام الموقعين من رب [illegible]

أن [illegible] كلها [illegible] على رأي
[illegible] أيضاً الشرط الذي يشترطه الواقف
[illegible] الزواج أو الإقامة أو الإستدانة وما أشبه
[illegible] من الشروط التي ينص عليها الواقف
[illegible] بعض التغيير في مصارف وقفه
[illegible] والحرمان ، والادخال والاخراج ،
[illegible] والابدال والاستبدال ، مما عرف عند
[illegible] بشروط الواقف كنص الشارع :

[illegible] على لسان الفقهاء ، لاسيما فقهاء المذهب الحنفي
[illegible] التزام كل شرط يشترطه الواقف ما دام
[illegible] وقد أجازوا ما كان في
[illegible] ذاته ، وان خالف العمل به روح
[illegible] من أجله شرع نظام الوقف ،
[illegible] وهل أولاد الظهور دون أولاد
[illegible] من الاستحقاق في الوقف ، إذا تزوجت
[illegible] أن لا يتزوج الموقوف عليه إلا من
[illegible] من الشروط الأخرى التي كانت
[illegible] الواقفون اليها الافصاح عن رغباتهم

[illegible] مالك الى ان مثل هذا الشرط غير صحيح إلا
[illegible] كفقهاء الحنفية الى ان مثل هذا الشرط

الموقوف عليه ان ينفذ شرط الواقف بالتزوج من فتاة معينة او بأن يطلق زوجته أم اولاده او ان لا تتيسر له الاقامة في بلد معين او السكنى مع باقي افراد العائلة في منزل واحد، او يكون في تنفيذه لأحد هذه الشروط ضرر بيّن عليه او تفويت مصلحة ظاهرة له .

ولهذا نرى ان الأخذ بما ورد في بعض المذاهب الاسلامية الأخرى من ان شرط الواقف كنص الشارع إنما يكون من حيث المفهوم والدلالة لا من حيث وجوب العمل به ، لان هذا هو الاكيس في التطبيق . وبعبارة أخرى ان المراد بهذه القاعدة هو فهم مقصود الواقف من عباراته وتحرى مراده من شروطه، لا الالتزام بكلامه نصاً ووجوب العمل به حرفياً ، لأنه قد يتضمن مخالفة لمبادئ الشريعة الاسلامية العامة كما قلنا .

وعليه فان شرط الواقف كما نرجح - اخذاً بمذهب الحنابلة - يصح وينفذ متى كان موافقاً لأحكام الشرع ودل على مصلحة ظاهرة معتبرة ، وان يبطل كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة راجحة للواقف او للوقف أو للمستحقين .

وبناء على هذا نعتقد أن شرط تقييد حرية مستحقي الوقف في زواجهم أو إقامتهم أو استدانتهم لغير مصلحة راجحة باطل[1]، ونرى

(١) اما لو تبين ان اشتراط حرمان الموقوف عليه من الاستحقاق فى وقفه فيما اذا انفرد بالسكنى إنما كان بسبب وجود اخوات قاصرات او عاجزات يحتجنه ، وان شرط منعه من الزواج باصرأة معينة كان لأنها تسببت فى موت اخيه ، وان شرط عدم استدانته كان لحمله على فك رهن بيت الاسرة الذي خلفه لهم مثقلا بالرهن ، فان امثال هذه الشروط فيها مصلحة راجحة فيجب احترامها وتنفيذها .

أن تقدير المصلحة في كل حالة من هذه الحالات يجب أن يترك لنظر القاضي .

المبحث الثاني

أنواع من الشروط الصحيحة

الشروط العشرة :

يريد بها فقهاء المسلمين الشروط التي يثبتها الواقف في كتاب وقفه ويملك العمل بمقتضاها هو أو من يخوله ذلك ممن يتولى أمر الوقف، سواء أكان صحيحاً أم مريضاً مرض الموت . ذلك لأن المريض كما رأينا محجور عن التصرفات المالية التي تضر بدائنيه أو ورثته فقط ، أما فيما عدا ذلك فهو وغيره سواء .

وهذا الشروط التي يسميها الفقهاء بالشروط العشرة ، ويقولون بأنها ليست مترادفة الألفاظ بل لكل منها معناه ومفهومه الخاص الذي يدل عليه ويميزه عن غيره ، هي بايجاز :

(أ) الزيادة والنقصان : ومعناها أن الواقف إذا شرط في حجة وقفه أن له أن يزيد أو ينقص في مرتبات أرباب الوظائف الدينية من إمام وخطيب ومؤذن او في الأنصبة المخصصة للمستحقين في غلة الوقف جاز العمل بهذا الشرط ، كما يجوز لمن يتولى الوقف بعده أن يزيد او ينقص في تلك المخصصات متى شرط له - الواقف - ذلك صراحة .

ويذهب كثير من الفقهاء إلى انه يجوز للقاضي بحسب ولايته

الشرعية ان يزيد رواتب ارباب الشعائر إذا كان ما عينه الواقف اصبح لا يكفي وخشي القاضي تعطيل الشعائر الدينية بترك القائمين بها عملهم لقلة ما خصص لهم وعدم إمكان الاستعاضة عنهم بغيرهم، وكذا الأمر بالنسبة للوقف على الجهات ذات النفع العام كالمدارس والملاجئ والمستشفيات.

(ب) الإعطاء والحرمان: ومعناهما أن للواقف ان يشترط لنفسه إعطاء غلة وقفه او بعض غلته لأشخاص معينين يذكرهم في كتاب وقفه وله ان يحرم بعض المستحقين بأن يرتب بينهم في العطاء، فان فعل شيئاً من ذلك في حياته اتبع لظهور ارادته فيه. اما إذا مات قبل ان يعمل بهذا الشرط فليس لغيره ممن يتولى الوقف بعده ان يعمل به، إلا إذا كان الواقف قد شرط له ذلك صراحة.

(ج) الادخال والاخراج: ومعناهما ان للواقف ان يشترط في حجة وقفه ان له إدخال من يرى ادخاله على المستحقين الذين ذكرهم في وقفيته وله اخراج بعض المستحقين المذكورين فيها، وله ادخال من اخرجه واخراج من ادخاله، فإذا شرط شيئاً من ذلك كان له ان يعمل بما شرطه. وليس لمن يتولى الوقف بعده ان يعمل شيئاً من ذلك، اللهم الا اذا شرط له مثل هذا الشرط صراحة من قبل الواقف.

(د) التفضيل والتخصيص: ومعناهما ان يشترط الواقف في صك وقفه لنفسه او لمن يخوله ذلك ممن يتولى الوقف بعده تفضيل بعض المستحقين على البعض الآخر في العطاء او تخصيص ريع بعض الأعيان الموقوفة او ريع عين معينة منها لجهة خاصة او لشخص معين بالذات.

(هـ) الإبدال والاستبدال: ومعناهما بيع العين أو بعض الاعيان الموقوفة لشراء عين أو أعيان أخرى تكون وقفاً بدلها. فالإبدال هو بيع العين الموقوفة بمبلغ من النقود أو بعين أخرى، والبدل هو العين المشتراة لتكون وقفاً عوضاً عن العين الأولى، والاستبدال هو أخذ العين الثانية مكان الأولى.

فإذا شرط الواقف لنفسه مثل هذا الشرط جاز له أن يستبدل بالعين الموقوفة غيرها، وليس له أن يكرر الاستبدال إلا إذا اشترط لنفسه التكرار، وان شرطه لغيره جاز لمن شرط له اجراء الاستبدال. وإن اشترطه لنفسه ولغيره جاز لهما أن يشتركا في الاستبدال كما يجوز للواقف ان ينفرد به ولكن لا يجوز لغيره ان ينفرد به، وان شرطه لغيره فقط جاز له ان يجريه ايضاً لأن ما يجوز للوكيل اجراؤه يجوز للموكل[1].

والذي يلاحظ بالنسبة لهذه الشروط ان بعض عباراتها متكررة او متداخلة المعنى[2]، وقد يغني بعضها عن البعض الآخر، فالشروط الثمانية الأولى جميعها في الواقع ترجع الى التغيير في مصارف الوقف، اما الشرطان الآخران فرجعهما الى احلال عين محل العين الموقوفة. ولهذا يمكن اجمال هذه الشروط العشرة في عبارة واحدة تشملها كلها، هي «التغيير والتبديل».

(١) في الواقع أن هذا لا يختص بشرط الابدال والاستبدال فحسب بل ينسحب الى باقي الشروط الأخرى ايضاً، وبالنسبة لعدم التكرار لا يجوز للواقف أو من شرط له بعض تلك الشروط أن يعمل بمضمون الشرط اكثر من مرة واحدة الا اذا شرط الواقف لنفسه او لغيره ان يفعل ذلك مرة بعد اخرى او رأيا بعد راي.

(٢) فالاخراج هو عين الحرمان والتخصيص في معناهما ايضا، والزيادة مثل التفضيل

وحيث ان شرط الاستبدال هو اهم هذه الشروط واكثرها تطبيقاً في حياتنا العملية بحسب اعتقادنا، لذا فاننا سنتناوله بالبحث مع شيء من التفصيل في مبحث خاص.

المبحث الثالث

الاستبدال بالموقوف

متى يجوز الاستبدال ؟

الرأي الراجح في الفقه الاسلامي عموماً هو أنه متى نص الواقف على هذا الشرط جاز الاستبدال بالعين الموقوفة، سواء أكانت عامرة ينتفع بها أم كانت خربة لاينتفع بها أصلاً أو ينتفع بها شيئاً قليلاً، من غير توقف على موافقة القضاء مع ملاحظة شرط الواقف بالنسبة لجنس البدل. فإذا اشترط الواقف أن يتحد جنس البدل والمبدل مثلاً وجب العمل بشرطه، كما إذا اشترط أن يستبدل بالدار الموقوفة داراً أو بالأرض الزراعية أرضاً زراعية أو بالبستان بستاناً. أما إذا أطلق الاستبدال دون تقييد فانه يجوز أن يستبدل بالدار داراً أو ارضاً زراعية او بستاناً[1]، عملاً باطلاقه.

ولكن ما الحكم اذا نهى الواقف عن الاستبدال او سكت عنه؟ الأصل في ذلك انه ليس للواقف ولا لغيره ممن يتولى امور

(١) ويذهب المرحوم الشيخ الأبياني في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٦٠ الى ان اتحاد جنس البدل والمبدل يلزم به وان لم يشترطه الواقف متى كان الموقوف مخصصا للسكنى، إذ لا يجوز استبداله بأرض او دكان مثلا، تحقيقا لغرض الواقف. اما اذا كان الموقوف يقصد منه الاستغلال فلا يشترط لصحة الاستبدال فيه اتحاد الجنس، لأن المنظور فيه كثرة الريع وقلة نفقات الترميم والمؤن الأخرى.

الوقف بعده ان يستبدل بالعين الموقوفة غيرها ولكن للقاضي بمقتضى ولايته العامة حق الاستبدال لمسوغ شرعي في حالتين:

(الأولى) فيما اذا خرج الموقوف عن الانتفاع به نهائياً او اصبح الانتفاع به ضئيلاً، كأن تصبح الأرض الموقوفة المعدة للزراعة سبخة غير قابلة لها او ان ريعها لايكفي لسد نفقاتها، وكذلك الدار الموقوفة اذا تخربت ولم يكن للوقف ريع تعمر به ولم يرغب احد في استئجارها وتعجيل اجرتها لتعمر بها، ففي هذه الحالات وامثالها يجوز للقاضي ان يستبدل بالموقوف غيره لتحقق الضرورة في اجرائه.

(الثانية) فيما اذا كان في الاستبدال خير للوقف بتحقق مصلحة راجحة له حتى ولو كان الموقوف غامراً ينتفع به، كأن يكون العقار المراد شراؤه للوقف بدل الموقوف في مكان احسن صقعاً واشرف موقعاً او يأتي بريع اكثر، جاز للقاضي في هذه الحالة ان يستبدل بالموقوف غيره للمصلحة، لتحقق النفع الظاهر للوقف[1].

وتقوم العين الثانية في هاتين الحالتين مقام العين الأولى في الحكم، إذ تعتبر بمجرد شرائها وقفاً بشروطه الأولى من غير تجديد وقف أو توقف على إذن القاضي.

(١) ويذكر ابن تيمية في اختياراته العلمية - المطبوعة مع المجلد الرابع من فتاويه - ان جمهور العلماء جوزوا تغيير صور الوقف للمصلحة، وانه إذا كانت هناك حاجة فانه يجب ابدال الوقف بمثله، اما من غير حاجة فانه يجوز الابدال بخير منه لظهور المصلحة، على ان بعض الفقهاء يرون انه اذا كان الانتفاع بالموقوف ممكنا لا يجوز الاستبدال به، وان كان العقار الذي يراد اخذه بدلا عنه اكثر نفعا وازيد ريعاً، وذلك لئلا يتطرق الاحتيال الى ابطال الوقف بحجة الاستبدال. غير ان مدار العمل عندنا الآن يجري على راي ابي يوسف في جواز استبدل الموقوف للمصلحة، حيث يفتى دائما بما هو انفع للوقف.

وقد بحث الفقهاء بعض الحالات الخاصة التي يجوز فيها الاستبدال من قبل المتولي ترجيحاً لمصلحة الوقف ، وهي :

(أ) حالة ما إذا غصب الموقوف غاصب وعجز المتولي عن استرداده منه وعن إقامة البيّنة وأراد الغاصب دفع البدل من تلقاء نفسه ، ففي هذه الحالة يكون للمتولي أخذ ما يعطيه إياه الغاصب ولو كان دون قيمة المغصوب . ذلك لأن المتولي ليس لديه ما يثبت به صحة الوقف من جهة ، ولا قدرة له على استرجاع الموقوف من يد الغاصب الظالم من جهة أخرى ، فشيء خير من لا شيء .

(ب) حالة ما إذا اعتدى معتدٍ على عقار الوقف ولم يعد ينتفع منه وحكم للوقف بقيمته ، كان للمتولي في هذه الحالة أخذ مبلغ التعويض ليشتري به عقاراً آخر يكون وقفاً بدل الأول .

(ج) حالة ما إذا نزعت أرض الوقف واستملكت للمنفعة العامة ودفعت الجهة المستملكة ثمن الأرض للمتولي ، كان له ان يشتري بالثمن عقاراً آخر بدل المستملك ليكون وقفاً .

(د) حالة ما إذا بيع نصيب الوقف في عقار مشترك نتيجة دعوى إزالة الشيوع وصارت حصة الوقف من الثمن وقفاً ، كان للمتولي ان يشتري بهذه الحصة عقاراً بدل النصيب الشائع في العقار الأول .

شروط صحة الاستبدال :

يشترط الفقهاء لصحة الاستبدال شروطاً معينة نجملها في ثلاثة :

١ – ان لا يكون المتولي على الوقف متهماً في التصرف فيه ، بأن كان عازماً على اجراء الاستبدال لمصلحة أصوله أو فروعه أو

زوجته بأقل من قيمته . إما إذا باعه بمثل قيمته فأكثر الفقهاء على أنه يجوز ، بينما يذهب البعض – وأبو حنيفة منهم – الى عدم الجواز . ذلك لأن هؤلاء البعض يرون ان الاستبدال لا يجوز ابتداء إلا إذا كان فيه مصلحة راجحة للوقف ، ولا مصلحة بالطبع فيما إذا بيع الموقوف بمثل قيمته[1] .

٢ – ان لا يكون بيع عقار الوقف بغبن فاحش ، وقد حدده بعض الفقهاء بخمس القيمة الحقيقية للعقار ، ويرى البعض الآخر ان الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة[2] .

٣ – ان لا يبيع المتولي ، سواء أكان الواقف أم غيره ، الموقوف بدين عليه لمن يود الشراء ، لأنه يخشى ان يعجز عن وفاء الدين فيضيع الوقف .

هذا ويضيف البعض الى ما تقدم شرطاً آخر هو لزوم ان يتم استبدال العقار بعقار لأنه اصلح للوقف ، وذلك مخافة ان يضيع الثمن قبل شراء عقار آخر عوض الأول . والواقع انه يمكن تفادي هذا الخوف بالاشتراط على المتولي ان يضع ثمن العقار الموقوف الذي يباع بالنقد لغرض اجراء الاستبدال بأحد البنوك المعروفة باسم الوقف أو ان يبقى الثمن محفوظاً في خزينة المحكمة الى ان يتم شراء العقار الجديد لحساب الوقف . وعليه فلا لزوم لهذا الشرط بل يجوز

(١) انظر ابن عابدين في المرجع السابقة الاشارة إليه ص ٥٣٢ .

(٢) واهل الخبرة عند تقويمهم وتقديرهم قيمة الشيء يراعون عرف الناس وعاداتهم في تثمين الشيء وتقدير قيمته .

استبدال العقار بعقار أو بالنقود ، وهذا هو المتبع فعلاً في وقتنا الحاضر كما سنرى بعد قليل .

وإذا كان الموقوف منقولاً - على رأي من اجاز وقف المنقول - واشترط الواقف بيعه بطريق الاستبدال عند الحاجة في حجة وقفه ، جاز بيعه كما يبيع العقار للاستبدال به . فلو اشترط الواقف مثلاً بيع المواشي الموقوفة تبعاً للأرض الزراعية إذا ما ضعفت عن العمل ، بيعت واشترى بثمنها أخرى قوية اكثر قدرة على العمل ، ولو بأخذ جزء من غلة الوقف وضمه الى الثمن[1] .

شروط واجراءات استبدال الموقوف عند المشرع العراقي :

يشترط المشرع العراقي لصحة ولزوم استبدال الموقوفات ، التي تديرها دوائر الأوقاف والتي تدار من قبل المتولين ، شروطاً معينة واجراءات خاصة تضمن رعاية جانب الوقف ، يمكن حصرها في نوعين : اولهما - شرط موضوعي مؤداه تحقق المصلحة في الاستبدال . وثانيهما - اجراءان شكليان لا يتم الاستبدال عند فقد واحد منهما .

فالشرط الموضوعي تضمنه نص المادة الاولى من القانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٧٠ المعدل لقانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ الذي جاء فيه « للديوان وللمتولي استبدال الموقوف الذي تتحقق المصلحة في استبداله بعقار

(١) ولا خروج في ذلك على الأصل المعروف في الوقف ، إذ الحكم فيه ان تصرف غلة العين الموقوفة اولا على بقاء اصل الوقف ثم يصرف الباقي على المستحقين ، ولهذا فقد فضل بقاء عين الوقف المنقول على التوزيع على المستحقين .

او بنقد ايهما انفع للوقف ، ويتم ذلك بقرار من المجلس وموافقة الرئيس الأعلى لديوان الاوقاف دون الحاجة الى الحصول على حجة من المحكمة الشرعية بذلك »

ولاشك ان قصد المشرع من هذا النص هو ان تتحقق المسوغات الشرعية التي يجوز معها الاستبدال ، لمصلحة راجحة في الجملة ، لكي يمكن اجراؤه . وهذا ما أبانت عنه وزارة العدل في تعليمات اصدرتها بتاريخ ١٩٢٩/٢/٨ وعممتها على المحاكم الشرعية كافة ، قررت فيها بأنه « لا يباشر بمعاملات الاستبدال ما لم تتحقق المسوغات الشرعية على الوجه الشرعي »[2] . ثم ذكرت هذه المسوغات ، اخذاً من اقوال الفقهاء المسلمين ، فحددتها بستة امور ، هي :

« أ - ان يكون الموقوف الذي يطلب استبداله خارجاً عن حالة الانتفاع به » .

« ب - ان لا يكون في الموقوفات الأخرى ريع يمكن التعمير به » .

« ج - ان يكون المستبدل به في تلك المحلة او محلة اخرى اشرف من المحلة التي فيها الموقوف » .

« د - ان يكون المستبدل به داراً فيما إذا كان الموقوف المراد استبداله داراً موقوفة للسكنى » .

« هـ - ان تكون قيمة الملك المستبدل به مساوية لقيمة الموقوف او اكثر منها بتقدير من اهل الخبرة ومأمور الوقف » .

(١) يريد بالديوان ديوان الأوقاف وبالمجلس مجلس الأوقاف الأعلى - كما تفيد الفقرتان الاولى والثالثة من المادة الاولى من نفس القانون ويريد بالرئيس الاعلى لديوان الاوقاف رئيس الجمهورية كما تفيد المادة الاولى من نظام ديوان الاوقاف رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٠ .

(٢) ان عبارة «على الوجه الشرعي» لغو من الكلام ما دامت المسوغات شرعية .

... لا يكون طلب الشراء بغبن فاحش فيما إذا لم يكن الاستبدال كذلك ، ذلك بأن يكون البدل الذي يقصد الطالب دفعه مساوياً للقيمة التي يقدرها اهل الخبرة للموقوف او اكثر » .

وبالطبع متى بيع الموقوف ، بيعاً حكيماً بمسوغاته الشرعية للاستبدال به ، فان ثمنه يكون وقفا بمنزلة الموقوف الأصلي . فلا يملكه الواقف ولا ورثته ولا يصرف الى الموقوف عليهم ، وإنما يشتري به عقاراً يكون وقفاً بدل الأول .

... لقد كانت المحكمة الشرعية التي تصدر اعلاما شرعيا بصحة ولزوم الاستبدال بعد مرافعة تجريها تلزم قانونا بهذه المسوغات الشرعية . اما بعد ان خرج هذا عن اختصاصها بموجب قانون التعديل فلم يعد الامر الزاميا بالنسبة لمجلس الاوقاف الاعلى بل له ان يستأنس بهذه المسوغات ولا يجب ان في هذه مصلحة ظاهرة للوقف أو تشجيعا عليه .

هذا مع العلم بأن الأصل في القانون المدني العراقي هو ان الغبن الفاحش المصحوب بالتغرير لا يجعلان العقد باطلاً ، بل يكون معهما موقوفا على إجازة العاقد المغبون . لكن المشرع العراقي استثنى من هذا الأصل العقد الواقع على مال الوقف إذا حصل فيه غبن فاحش ، إذ اعتبره باطلاً ... وان لم يصحب الغبن الفاحش تغرير ... بمقتضى المادة

(١٢٤) من ذلك القانون التي نصت على ان « ١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير ٢ - على انه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلاً » .

اما الشروط الشكلية فتتلخص بما يأتي :

١ - صدور قرار من مجلس الأوقاف الأعلى بالاستبدال .

٢ - موافقة الرئيس الاعلى لديوان الاوقاف (رئيس الجمهورية) على القرار .

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون إدارة الاوقاف المعدل بالمادة الاولى من القانون رقم (١٦٨) لسنة ٩٧٠ تجيز استبدال الموقوف بالنقد كما رأينا ، فان الفقرة الثانية من هذه المادة قد اجازت دفع البدل النقدي مقسطا وفق قيود خاصة ، اذ نصت على انه « يجوز قبول البدل النقدي مقسطا بان يدفع المستبدل وبع البدل ويقسط الباقي اقساطا سنوية متساوية لا تزيد على سبعة اقساط ويسجل الوقف باسمه ولكنه يعتبر مرهونا من الدرجة الأولى لقاء بدل الأقساط الباقية ويشار الى ذلك في قيود الطابو ،

واذا تأخر دفع قسط منه تعتبر الأقساط كلها مستحقة وتستوفى بموجب قانون جباية الديون المستحقة للحكومة». ونصت الفقرة الثالثة منها على انه «تستوفى الأوقاف بدل ايجار الموقوف في حالة التقسيط خلال هذه المدة مع تنزيل جزء منه بنسبة ما دفع من الأقساط من اصل الثمن حتى يتم دفع البدل كله».

وتقضي المادة التاسعة من هذا القانون بأن «للديوان بقرار من المجلس - ويريد مجلس الأوقاف الأعلى - صرف بدلات الاستملاك والاستبدال والحصص الخيرية لشراء عقارات له او تشييد ابنية على الأراضي الموقوفة».

يستعان ببعض الوقف في تعمير البعض الآخر:

الأصل عند جمهور الفقهاء انه متى بيع الموقوف بالنقد، ممن يملك هذا الحق، صار ثمنه وقفاً مكانه الى ان يتم شراء عقار آخر بدله. ولهذا يرون ان المتولي على الوقف لا يملك اعطاء ثمن المباع او بعضه الى المستحقين ولا صرف شيء منه لعمارة وقف آخر، لأن يده عليه يد أمانة وهو مسئول عنه وضامن له اذا أهمل في حفظه. ولكنهم يذهبون الى أنه «إذا كان هناك وقف محتاج لعمارة ضرورية وليس له ريع يعمر به وكان الواقف متحداً والجهة واحدة فللقاضي

في هذه الحالة أن يأذن القيم بصرف الثمن في عمارته، وبعد ذلك يستغل الوقف الذي صرف على عمارته ثمن الموقوف المبيع ويشتري بالغلة بدل يقوم مقام الأول»[1].

غير أن ما جاء في بعض كتب الفقه الجعفري يدل على نظرة أشمل أبعد مدى، فيما يخص الاستعانة ببعض الوقف في تعمير البعض الآخر، مما تقدم ذكره. فقد ذكر المرحوم الموسوي في ذلك مانصه «إذا خرب بعض الوقف بحيث جاز بيعه واحتاج بعضه الآخر الى تعمير، ولو لأجل توفير المنفعة، لا يبعد أن يكون الأولى بل الأحوط أن يصرف ثمن البعض الخراب في تعمير البعض الآخر»[2]. ونحسب أن هذا هو ما تجري عليه دوائر الأوقاف حالياً، بالنسبة للوقف الخيري الذي تتولى إدارته، لأن وجوه الخير كلها في الحقيقة جهة واحدة.

وقد جاء في بعض كتب الفقه الاسلامي ما يفيد ان ما كان لله تعالى فلا بأس ان يستعان ببعضه في بعض، اي ان الموقوفات المخصصة للمنافع العمومية التي لا يقتصر نفعها على اشخاص معينين او على جماعة دون جماعة لا ضير ان يقتطع جزء من احدها ليضاف الى الأخرى عند الحاجة. وتأسيساً على هذا المعنى ذهب بعض الفقهاء الى انه اذا كان الطريق العام ضيقاً والمسجد واسعاً لا يحتاج الى بعضه جازت الزيادة في الطريق من المسجد، لأن كلاً منهما للمصلحة العامة[3].

(١) المرحوم الأبياني في المرجع السابق ص ٦٣.
(٢) في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٢٨٣ و ٢٨٤.
(٣) انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٨٥ ورد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٤٨ و ٥٤٩.

وقد سئل محمد بن الحسن عن الطريق إذا كان واسعاً فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة وهو لا يضر بالطريق ؟ فأجاب قائلاً : لا بأس به ، لأن الطريق للمسلمين والمسجد للمسلمين[1] .

يتبين لنا من هذا انه متى كانت الحاجة ماسة الى اخذ جزء من المسجد لتوسعة الطريق واستقامته تيسيراً على المارة ووسائط النقل ، فانه يجوز ان يؤخذ ذلك الجزء من المسجد للطريق العام ، كما يجوز العكس لنفس العلة .

وإذا جاز هذا بالنسبة للمسجد ، فانه يجوز كذلك بالنسبة للمقبرة قياساً عليه ، اي ان يؤخذ من المقابر ما يوسع به الطريق ولكن بعد ان ينقل رفات الموتى الى المكان الذي يجعل مقبرة . وعلى هذا يمكن لولاة الأمر ان يقدروا هذه المصلحة العامة الواضحة ، التي عالجها الفقهاء المسلمون ، ويعملوا وفقها .

(١) انظر عيون المسائل للسمرقندي ج ٢ ص ٣٣٨ .

الفصل الرابع

الاستحقاق في الوقف

المراد بالاستحقاق في الوقف :

يراد بالاستحقاق في الوقف ، عند إطلاقه ، الاستفادة من غلة الوقف ومنافعه خاصة . وإذا أطلقت كلمة المستحق فيقصد بها عند الفقهاء المرتزق الفعلي ، أي من ثبت له حق في الموقوف وتناول الغلة فعلاً .

والظاهر من نص الفقرة (د) من المادة الأولى من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري ان المشرع يريد بالمرتزق ، عند الإطلاق ، معنى أعم يشمل من شرط له استحقاق في غلة الوقف أي الموقوف عليه سواء استحق الغلة فعلاً أم لم يأت دوره في الاستحقاق بعد ، إذ عرفت هذه الفقرة المرتزقة بقولها « هم المشروط لهم استحقاق في غلة الوقف حسب شرط الواقف أو التعامل - عند فقدانه - حين نفاذ هذا المرسوم » . أما إذا خصص بأن أضاف الإرتزاق الى الاستحقاق أو بالعكس ، كما لو قال : المرتزقة المستحقون أو المستحقون من المرتزقة[1] ، فلا شك أنه يريد هنا المرتزق الفعلي أي المستحق الذي يتناول جزءاً معيناً من غلة الوقف .

(١) كما فعل في المادة الثالثة من هذا المرسوم ، حيث نص « على المحكمة بناء على طلب احد المستحقين من المرتزقة ... الخ »

وعلى كل حال فان بحث الاستحقاق في الوقف يتطلب منا معرفة عدة نقاط ، فعلينا ان نعرف كيف يثبت الاستحقاق في غلة الوقف للموقوف عليهم ؟ ومن هم الذين يستحقون الغلة بشرط الواقف ؟ وما معنى التشريك والترتيب في استحقاق الغلة ؟ وأخيراً لمن يعود المصرف من الوقف الذري ؟ لهذا سنتناول في هذا الفصل بحث هذه النقاط الأربع في أربعة مباحث بالتعاقب .

المبحث الأول

ثبوت الاستحقاق في غلة الوقف

يثبت الاستحقاق بشرط الواقف :

الأصل في الفقه الإسلامي ان الاستحقاق في غلة الوقف لا يثبت للموقوف عليهم إلا بنص من الواقف في كتاب وقفه ، وان له مطلق الحرية في جعل هذا الاستحقاق لمن يشاء ، ما لم يكن فيه تفويت لمصلحة الموقوف عليهم أو تعطيل لمصلحة الوقف أو مخلاً بحكمه أو موجباً لفساده أو مخالفاً لمقاصد الشرع في الجملة على ما بينا سابقاً . ذلك لأن شرط الواقف كنص الشارع ، كما سبق القول ، في مفهوم الدلالة والعمل بموجبه .

فلو وقف شخص بستاناً واشترط صرف غلتها على المدرسة الفلانية أو على فقراء بلدته أو على الجامع الفلاني مثلاً ، صح وقفه واتبع شرطه ، فلا يجوز إعطاء شيء من الغلة لأيتام مدرسة أخرى أو لفقراء غير بلده أو الصرف على جامع آخر ما دام الذي عينه قائماً .

ويعرف شرط الواقف طبعاً من حجة وقفه الأصلية أو الملحقة بها إن وجدت ، إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق ابتداء ، وإلا فمن جميع الوثائق المعتبرة شرعاً أو من التعامل الجاري الثابت .

وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في المرسوم السابقة الإشارة إليه ، إذ نص في الفقرة (أ) من المادة العاشرة منه على أنه « تستند المحكمة في تحديد وتعيين جهة الخير وحصتها وأصحاب الاستحقاق وسهامهم الى الأحكام القضائية وقيود الطابو وحجج الوقف المسجلة وجميع الوثائق المعتبرة قانوناً والتعامل » .

والمعروف في التعامل فيما يتعلق بتوزيع غلة الوقف على مرتزقته عند الفقهاء المسلمين ، هو توارد العمل على أمر واحد من ثلاثة متولين متعاقبين على ذلك الوقف ، بشرط ان يكونوا مسلطين عليه تسلطياً شرعياً أي قد نصبوا ممن يملك الولاية الشرعية في تنصيبهم[1] .

ويلاحظ ان اثبات التعامل بمقتضى الفقرة (ب) من المادة المشار اليها أعلاه التي تنص على أنه « يجوز اثبات التعامل بكل وسائل الاثبات » ، يمكن ان يكون بشهادة الشهود أو بدفاتر المتولين المصادق على صحتها من قبل المحاكم الشرعية أو قيود الطابو وما الى ذلك من وسائل الاثبات المعتبرة قانوناً[2] .

---

(١) لأن ما يفعله هؤلاء المتولون يدل على اشتهار ذلك منذ القديم ، وظاهر الحال يؤيد انهم كانوا يفعلونه وفقاً لشرط الواقف .

(٢) انظر احكام الأوقاف للاستاذ العاني ص ١٣٩ .

المبحث الثاني

معرفة المستحقين للغلة

استحقاق الموقوف عليهم بالتعيين :

لما كان الواقف هو الذي يعين الموقوف عليهم المستحقين لغلة وقفه في حجة انشائه ، لهذا فانه قد يشترط صرفها على اناس يعينهم إما باسمائهم أو باوصافهم .

فان كان قد عينهم بالاسم كفلان وفلان اشترط لاستحقاقهم الغلة ان يكونوا موجودين يوم الوقف ، وإلا صرفت الغلة الى جهة الخير التي عينها من بعدهم . فلو وقف شخص عقاره على حسن وحسان ومن بعدهما الى الفقراء ، فان كانا موجودين وقت الوقف استحقا الغلة ، وان لم يكونا موجودين بأن ماتا وهو لا يعلم بموتهما صرفت الغلة الى الفقراء ، وان كان أحدهما موجوداً والآخر ميتاً لا يعلم بموته أعطى الموجود نصف الغلة وصرف النصف الآخر للفقراء .

أما إذا كان الواقف قد عين الموقوف عليهم بالوصف فانه ينظر الى هذا الوصف ، فان كان مما يزول ولا يحتمل العود كالصغر مثلاً أو مما لا يزول في الغالب كالعمى أو الصمم أو الخرس الذي يستعصى أمره على الأطباء ، كان الموصوفون بهذه الأوصاف كالمعينين بالاسم تماماً ، أي يشترط لاستحقاقهم الغلة ان يكونوا موجودين وقت إنشاء الوقف .

فلو قال شخص : داري هذه وقف على صغار أولادي او على

قرابتي العميان ومن بعدهم الى الفقراء ، فانه يكون قد خص بوقفه هذا الصغار من أولاده او العميان من قرابته وقت إنشائه له لأنه تعليق للاستحقاق بوصف مخصص فيتبع نصه ، فيعتبر في الاستحقاق من كان صغيراً او اعمى وقت الوقف لا وقت وجود الغلة .

وان كان الوصف مما يزول ويحتمل عوده كالمرض الطارئ ، والفقر مثلاً ، لم يكن ذكره بمنزلة الاسم كما تقدم ، وإنما يعتبر تحقق الوصف وقت ظهور الغلة لا يوم الوقف .

فلو قال شخص : ارضي هذه وقف على مرضاء قريتي او على فقراء بلدتي ومن بعدهم على المسجد الفلاني ، فانه يكون قد خص بوقفه هذا المرضى من اهل قريته او الفقراء من سكان بلدته وقت ظهور الغلة ، فمن كان مريضاً او فقيراً يوم ظهورها استحق نصيبه ولو كان صحيحاً معافى او غنياً يوم الوقف ، وبالعكس . اي لا استحقاق لمن كان مريضاً او فقيراً وقت الوقف ثم شفي او اغتنى وقت ظهور الغلة[1] .

هذا وقد يخص الواقف بوقفه نفسه أي يجعل وقفه على نفسه ، وقد يجعله على ولده او اولاده ، او يقف على ذريته او نسله او عقبه ، او على اهل بيته او قرابته ، او على غيرهم من الفقراء والمحتاجين ، لأن من حقه ان يضع بره في الموضع الذي يراه . لذلك نرى من اللازم ان نشير ولو بايجاز الى كل حالة من هذه الحالات التي بحثها الفقهاء المسلمون في مؤلفاتهم .

---

(١) انظر رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٦٠٩ .

أولاً – الوقف على النفس :

اختلف الفقهاء في صحة الوقف على النفس ، بأن يجعل الشخص غلة وقفه كلها او بعضها لنفسه ما دام حياً ومن بعده الى اولاده او غيرهم ثم الى جهة بر لا تنقطع .

فذهب فريق من الفقهاء الى عدم صحة الوقف على النفس [1] . وحجتهم في ذلك هي ان الوقف تمليك منفعة بطريق التبرع ، فاشتراط الواقف الغلة لنفسه يبطله لأنه لا يصح ان يتملكها لنفسه من نفسه ، إذ التمليك يقتضي وجود مملك ومتملك . ويذهب البعض الى القول بعدم جواز الوقف على النفس أيضاً ، إلا أنه يرى ان مثل هذا الشرط لا يبطل الوقف ، بل يبقى الوقف معه صحيحاً وتصرف الغلة الى غيره [2] .

وقال فريق آخر من الفقهاء بصحة الوقف على النفس [3] ، ودليلهم في هذا هو ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته الموقوفة ، ولا يحل ذلك إلا بالشرط . ولأنه عليه السلام أشار على عثمان رضى الله عنه ان يجعل دلوه مع دلاء المسلمين في بئر رومة التي اشتراها ووقفها لمصلحة المسلمين ، وفي هذا دليل على أنه يجوز للواقف

(١) وهو قول الشافعي وجمهور المالكية ومحمد بن الحسن وفقهاء الجعفرية وبعض الزيدية – أنظر المهذب ج ١ ص ٤٤٨ ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٣١ و ١٣٢ ومفتاح الكرامة المجلد التاسع ص ١٤ و ١٥ والهداية شرح بداية المبتدي ج ٣ ص ١٤ .

(٢) هذا مذهب المالكية – أنظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٨١ .

(٣) وهو قول أبي يوسف وقول احمد في الأرجح وابن حزم الظاهري والبعض من فقهاء العترة النبوية والسلف والمالكية والشافعية – انظر نفس المراجع المشار اليها في الهامش السابق مع المحلى ج ٩ ص ١٧٥ .

ان يجعل لنفسه نصيباً في وقفه [1] .

وهذا هو القول المفتى به في المذهب الحنفي ترغيباً للناس في الوقف واكثاراً من فعل الخير ، وان العمل جار عليه عندنا الآن .

ومما يرجح الأخذ بهذا الرأي ورود بعض الأحاديث الشريفة – التي سبق ذكرها في الباب التمهيدي – تؤيد هذا الاتجاه ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « ابدأ بنفسك فتصدق عليها » وقوله « نفقة الرجل على نفسه صدقة » .

وعلى هذا لو جعل الواقف غلة وقفه لجهة خيرية مثلاً واشترط حين الوقف ان يأكل منها هو أيضاً ، أو اشترط ان تكون الغلة كلها له ما دام حياً ، كان الوقف صحيحاً والشرط معتبراً .

وكما يصح للواقف تقديم الشرط لنفسه في أخذ الغلة يصح له تأخيره كذلك ، فلو قال : وقفت داري هذه على زيد من الناس ومن بعده على نفسي ثم الى الفقراء ، صح الوقف والشرط معاً .

ثانياً – الوقف على الولد :

الأصل في كلام الواقف ان يحمل على معناه الحقيقي ، فان تعذر ذلك حمل على معناه المجازي إعمالاً له وإظهاراً لإرادة الانسان الحر العاقل البالغ ، وإلا فلا مناص من إهماله .

(١) ويقول المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في المرجع السابق ص ١٣٦ في هذا ما نصه « ولأنه من المتفق عليه ان الواقف لو بنى مضيفة او مستشفى ووقف عليهما عقاراً من ملكه وشرط ان له ان ينزل في المضيفة او يعالج في المستشفى صح وقفه مع ان فيه انتفاعه بريع وقفه ، فلا فرق بين ان يجعل ريع وقفه لنفسه خاصة وان يجعله لنفسه مع غيره » .

وعلى هذا فان كلمة (ولد) في عبارة الواقف لا يدخل فيها إلا من كان لصلبه ذكراً كان أو أنثى ، فلا يدخل فيها ولد ولده منهما (ولد الابن أو ولد البنت) .

فلو قال الواقف : أرضي هذه صدقة جارية لله تعالى على ولدي ثم الى الفقراء ، وكان له ولد أو عدة أولاد وقت الوقف ، كانت الغلة لهم جميعاً يستوي فيهم الذكر والأنثى . ذلك لأن لفظة (ولدي) مأخوذة من الولادة ، وهي موجودة فيهما سواء أكان الولد واحداً أم متعدداً ، لأنها مفرد مضاف فتعم وتشمل جميع افراد ولده . فتكون الغلة في هذه الحالة لأولاد الصلب ما داموا لامكان حمل كلام الواقف على حقيقته ، فاذا انقرضوا صرفت الغلة للفقراء ولا يعطى شيء لأولاد ولده ان وجدوا ، لاقتصاره هو على درجة أو طبقة واحدة فقط .

أما إذا لم يكن للواقف ولد لصلبه وقت الوقف وإنما كان له ولد ولد فان لفظة (ولدي) تحمل عليه وتعطى الغلة له ، لا يشاركه فيها من هو دونه في الدرجة ، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله .

وفي هذه الحالة يرى فريق من الفقهاء ان ولد البنت لا يستحق شيئاً من الغلة مع ولد الابن ، ذلك لأن أولاد البنات ينتسبون الى آبائهم ـ اصهار الواقف ـ لا الى الواقف . ويقول فريق آخر من الفقهاء بدخول اولاد البنات في الاستحقاق مع أولاد الأبناء ، لأنهم يعتبرونهم أولاداً للواقف[1] .

(١) انظر المختصر النافع ص ١٨٥ . هذا ويقول الامام الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٠ في هذا ما نصه « ومما يؤيد القول بدخول أولاد البنات ما اخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابي موسى الأشعري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابن اخت القوم منهم » .

وإذا لم يوجد للواقف ولد صلبي ولا ولد ولد وان نزل وقت الوقف صرفت الغلة للفقراء او للجهة التي عينها الواقف بعد ولده ، لتعذر حمل كلامه في تخصيص الاستحقاق لولده على الحقيقة والمجاز فيهما مهمل . ولكن إذا حدث له ولد بعد ذلك رجعت الغلة اليه ، على الوجه الذي بيناه في حكم الوقف المنقطع الأول[1] .

ثالثاً ـ الوقف على الولد وولد الولد :

إذا جعل الواقف وقفه على درجتين (طبقتين) بلفظ المفرد ، بأن قال : وقفت داري هذه على ولدي وولد ولدي ومن ثم للفقراء ، قسمت الغلة بين أولاده وأولاد اولاده جميعاً على عدد الرؤس ما داموا ، فاذا انقرضوا صرفت للفقراء . ولا يستحق اولاد اولاده في هذه الحالة من الغلة شيئاً ، لاقتصار الواقف على طبقتين فقط بمقتضى نصه الذي لا يحتمل إدخال الطبقة الثالثة في الاستحقاق . بل يشترك في قسمة الغلة اولاده لصلبه ذكوراً وإناثاً باعتبارهم الطبقة الأولى ، واولاد اولاده جميعاً باعتبارهم الطبقة الثانية .

ومعنى ذلك انه يستوي في هذه الحالة الذكر والأنثى من اولاد واولاد الأولاد (اولاد الأبناء ذكوراً وإناثاً واولاد البنات ذكوراً وإناثاً) ، لأن لفظ (ولد الولد) يتناول اولاد البنين واولاد البنات الموجودين فعلاً وقت الوقف والذين يحدثون بعده .

(١) اما اذا جعل الواقف وقفه على ولديه فقط (بلفظ المثنى) وكان قد عينهما باسميهما او بالاشارة اليهما ، صرفت الغلة كلها لهما دون اولاده الباقين ومن بعدهما للفقراء . وان لم يعينهما وكان له غيرهما فانه يرجع إليه في البيان لازالة الجهالة الحاصلة في الموقوف عليه ، وإذا مات دون بيان طلب من اولاده المصالحة فيما بينهم والاتفاق على تعيين اثنين منهم ليجري الصرف عليهما .

اما اذا جعل الواقف وقفه على ثلاث طبقات بلفظ المفرد ايضاً ، بأن قال : وقفت داري هذه على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي ومن بعدهم الى الفقراء ، فان الغلة تقسم في هذه الحالة على جميع ذريته الموجودين وقت الوقف (الذكور والإناث واولادهم جميعاً) والذين سيوجدون بلا تمييز ، ولا يصرف شيء للفقراء إلا بعد انقراض نسله من جهتي اولاد ابنائه واولاد بناته . ذلك لان نص الواقف على اكثر من طبقتين انما يحمل على انه قصد التعميم ، فيدخل في وقفه جميع اولاد واولاد اولاده من اية طبقة كانوا كالوقف على الذرية والنسل تماماً[1] .

رابعاً - الوقف على الاولاد :

اذا جعل الواقف وقفه على اولاده بلفظ الجمع ، بأن قال : وقفت داري هذه على اولادي ومن بعدهم الى الفقراء ، فالراجح ان يحمل كلامه على اولاده الصلبين واولاد اولاده الذكور والاناث من اية طبقة كانوا . ذلك لان لفظ (اولادي) يرادف في العرف لفظ (ذريتي) ، والذرية تتناول البنين والبنات واولاد البنين واولاد البنات .

وعلى هذا فلا يستحق الفقراء ، أو جهة الخير بوجه عام ، شيئاً من غلة الوقف في هذه الحالة إلا بعد انقراض ذرية الواقف جميعاً .

(١) وقالوا في الفرق بين هذه الحالة والتي قبلها ، كما يذكر المرحوم الأبياني في المرجع السابق ص ١٢٨ « انه لما سمى ثلاث درجات وجدت الكثرة فصاروا بمنزلة اللفظ فيتعلق الحكم بنفس الانتساب لا غير ، وهو موجود في حق من قرب ومن بعد ، فيستحق جميع الذرية بخلاف ما إذا نص على درجتين فقط » .

ويذهب بعض الفقهاء الى أنه لو قال : وقفت على أولادي ولم يقل وأولاد أولادي صرفت غلة وقفه الى أولاده الصلبين فقط[1] ، ولا يحمل على الأحفاد إلا إذا وجد في كلامه قرينة تدل على ان لفظة (أولادي) تتناولهم أيضاً . كما لو قال : وقفت على أولادي نسلاً بعد نسل أو الأعلى فالأعلى ، ففي قوله هذا قرينة دالة على ان كلمة (أولاد) شاملة للأحفاد ، فيكونون مستحقين في غلة الوقف مع الأولاد[2] .

وإذا قال الواقف : جعلت وقفي على (أولادي) ولم يكن له غير ولد واحد صرفت الغلة له وحده ، لأن لفظ الأولاد يتناول الواحد عرفاً ، ولا يصرف شيء للفقراء . ويذهب البعض الى ان الولد الواحد يعطى نصف الغلة ويكون النصف الآخر الى الفقراء ، لأن لفظ (أولادي) جمع وأقل الجمع إثنان[3] .

ولو ذكر الواقف لفظة (أولادي) مرة واحدة وعدد اسماءهم ، بأن قال : وقفت أرضي هذه على أولادي حسن وحسين وحسان ، فان غلة الوقف تكون لهم دون غيرهم من أولاده الموجودين أو الذين يحدثون له في المستقبل .

(١) انظر المهذب ج ١ ص ٤٥١ . هذا ويذهب الشيرازي الى عدم دخول الحمل أيضاً في لفظ الأولاد ، إذ يقول في نفس الموضع ما نصه « فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فاذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة دون ما كان حدث قبل الانفصال لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً » .

(٢) انظر الروضة البهية شرح اللمعة ج ١ ص ٢٦٥ .

(٣) وقيل يأخذ الربع ، لأن الاضافة في قول الواقف على (أولادي) ابطلت معنى الجمعية التي لا تتصور فيما دون الأربعة - إذ غرض الواقف على جنس أولاده لا غيرهم . انظر أحكام الوقف والمواريث ص ٨٩ للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم .

وإذا ذكر الواقف لفظ (الأولاد) مرتين فلا إشكال في أنه يشمل جميع البطون ، فلو قال : جعلت وقفي على أولادي وأولاد أولادي ، دخل في وقفه كل بطن وان لم يثلث .

هذا وان حكم الوقف على (البنين) كحكم الوقف على الأولاد الصلبين يتناول أبناء الواقف وبناته جميعاً ، لأن هذا اللفظ ينصرف الى الذكور والاناث بطريق التغليب ، إذ الغالب ان البنات اذا جمعن مع البنين ذكروا بلفظ التذكير[1] .

اما اذا قال : وقفت على (بنيّ) ولم يكن له ابن بل له بنت أو بنات ، أو قال : وقفت على بناتي ولم يكن له بنت بل له ابن أو أبناء ، فان الغلة في هاتين الحالتين تصرف للفقراء . ذلك لأن مثل هذا الوقف يعتبر منقطع الأول ، فلا يعطى في الحالة الاولى شيء للبنات كما لا يعطى في الحالة الثانية شيء للبنين ، لانه لا يمكن اطلاق لفظ البنين وحده على البنات ولا اطلاق لفظ البنات وحده على البنين ، ولكن لو ظهر بعد ذلك من شرطت الغلة له عاد الاستحقاق في الوقف اليه .

خامساً ـ الوقف على النسل والذرية والعقب :

اذا وقف شخص على نسله أو نسل غيره ، دخل في الاستحقاق كل من يتفرع عنه أو عن ذلك الغير من البنين والبنات وأولادهم

(١) ولو قال شخص : وقفت هذه الأرض على (اخوتي) وكان له إخوة واخوات صرفت الغلة لهم جميعاً لقوله سبحانه وتعالى في الآية الأخيرة من سورة النساء « وان كانوا اخوة رجالا ونساء » .

من ذكور واناث في أية طبقة كانوا . ذلك لان لفظ (النسل) يطلق على البطون قريبها وبعيدها ، فهو يتناول الاولاد الصلبين والاحفاد واولادهم أبداً ما تناسلوا ، ومثل ذلك أيضاً الذرية والعشيرة .

ويستحق غلة الوقف في هذه الحالة كل من كان موجوداً وقت الوقف من أولاد الواقف أو ذريته أو نسله ، كما يستحق كل من يولد منهم بعد الوقف أيضاً ، لان الذرية أو النسل اسم عام يشمل كل البطون .

وعليه لو قال شخص : وقفت داري هذه على (نسل) أخي فلان أو على ذريته ، فانه يدخل في استحقاق غلة وقفه أولاد أخيه وأولاد أولادهم الموجودين والذين سيوجدون فيما بعد ذكوراً وإناثاً .

أما اذا خصص الواقف بأن قال : وقفت على أولادي الذكور ونسلهم ، فان الغلة تصرف في هذه الحالة على أولاده الصلبين الذكور دون الاناث وعلى أولادهم الذكور والاناث معاً وعلى أولاد أولادهم جميعاً وان نزلوا .

أما لو وقف بلفظ (العقب) فيحمل على الولد وولد الولد أبداً ما تناسلوا من الأولاد الذكور دون الاناث ، فيدخل في الاستحقاق أولاده لصلبه من بنين وبنات وأولاد أبنائه وان نزلوا دون أولاد البنات . ذلك لأن الواقف قد خص بوقفه هذا من يعقبه في نسبه ، والذي يعقبه هو من كان أبوه من أولاده الذكور فقط ، اذ ان أولاد الاناث لا يعتبرون عقباً له لأنهم ينسبون الى غيره . ولكن

لو كان أزواج البنات متوالدين من أولاد الواقف المذكور لكان أولاد البنات في هذه الحالة من المستحقين ، لأنهم ينسبون إليه فيدخلون في عقبه .

وكذا الحكم فيما اذا كان وقفه بعبارة (على من ينسب الي) أو كان (على أولاد الظهور) ، اذ يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده المتوالدين من أولاده الذكور ولا يدخل فيهم أولاد بناته ، لأن هؤلاء يطلق عليهم أولاد البطون وينسبون الى آبائهم لا إليه .

سادساً - الوقف على الأهل والقرابة :

أهل بيت الرجل وآله وعياله واحد ، وهو كل من يتحد نسبه معه ، ولو في أبعد أصل له ، من جهة الأب .

وعلى هذا لو قال الواقف : جعلت داري هذه وقفاً على آل بيتي ومن بعدهم الى المسجد الفلاني مثلاً ، صرفت الغلة الى أهل بيته جميعاً لا فرق بين غنيهم وفقيرهم ما لم يخصص . فيدخل في استحقاق غلة الوقف أبوه وأبو أبيه وان علا وولده لصلبه وولد ولده وان نزل ، الذكور والاناث والصغار والكبار على حد سواء.[1] .

أما القرابة أو ذوو القربى او اولو الأرحام فهم كل من يناسب الواقف الى اقصى أب له من قبل أبيه والى اقصى أب له من قبل امه.

(١) وعلى هذا لو وقف امرأة على اهل بيتها فان أمها وأولادها لا يدخلون في الاستحقاق من غلة وقفها ، لعدم اتحادهم معها في النسب . وقيل يدخل في الاستحقاق كل من يعول الواقف في منزله استحساناً . ولو وقف شخص على آل فلان مثلا ، دخل في الاستحقاق من غلة وقفه جميع افراد عائلته إلا هو ، لأن الوقف كان على اهل بيته فقط - انظر احكام الأوقاف للاستاذ الغاني ص ٨٦ .

فيدخل في قرابة الشخص كل قريب له ، صغيراً كان او كبيراً ذكراً او انثى ، مسلماً او كتابياً ، لا فرق بين ذي رحم محرم او غير محرم[1] .

ولو خص الواقف بوقفه الأقرب قرابة منه فانه ينظر الى الأقرب إليه درجة من جهة الرحم فيعتبر مستحقاً في غلة وقفه ، سواء أكان من اصحاب الفروض ام من ذوي الأرحام ام من العصبات ، دون الأقرب إليه من جهة الارث والعصوبة .

وعلى هذا لو قال : وقفت ارضي هذه على اقرب قرابة مني ، وكان له بنت بنت وابن ابن ابن مثلاً ، رجحت الاولى في الاستحقاق من غلة وقفه على الثاني . ذلك لان بنت البنت تدلي الى الواقف بالبنت اي بواسطة واحدة فقط ، في حين ان ابن ابن الابن يدلي إليه بابن الابن اي بواسطتين ، فهي اقرب إليه منه وان كان هو الذي يستحق الميراث دونها عند جمهور الفقهاء ، لان الوقف ليس من قبيل الميراث .

ولو تساوي ذوو القرابة من الواقف من حيث الرحم والدرجة تساووا في الاستحقاق من غلة الوقف ايضاً ، اذ لا مرجح لبعض على بعض كما لو كان له عم وخال ، لان لفظ (الاقرب) انما يقصد به الاقربية من الواقف مطلقاً .

(١) يقول المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في المرجع السابق الاشارة اليه ص ٩٠ و ٩١ ما نصه « ولو وقف على اقاربه او ذوي قرابته دخل في وقفه كل من ينتسب اليه ما عدا ابويه واولاده لصلبه فانهم لا يسمون اقرباء اتفاقا وكذا من علا من جهة ابويه ومن سفل من جهة اولاده على قول الشيخين (ويريد بهما ابا حنيفة وابا يوسف) خلافا لمحمد فانه عدهم من الأقارب وهو ظاهر الرواية » .

ولكن يتحقق الترجيح بين القرابة فيما لو قال الواقف : جعلت وقفي على اقرب الناس مني ، اذ يكون الوقف لولده دون ابويه ولاخوته الاشقاء دون اخوته لابيه ولامه دون اخوته مطلقاً ، وهكذا[1] .

هذا ولا يفوتنا ان ننبه هنا الى ما سبق قوله من ان الاحكام التفصيلية للوقف احكام اجتهادية اسست على قواعد فقهية عامة وعلى عرف الناس وعاداتهم . ولذلك فان الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم متفقون على انه يرجع في دلالة عبارات الواقفين على معانيها وفي فهم شروطهم ومعرفة مقاصدهم الى عرفهم القائم وقت انشاء وقوفهم ، لان كل واقف يتكلم ويعبر عن مراده وقصده حسب عرفه وعادته . وعليه فان كثيراً من الاحكام التي تقدم ذكرها لا يعتبر امراً قاطعاً واجب الاتباع لا تجوز مخالفته ، بل ان مجال النظر والاجتهاد فيه ما زال متروكاً لقاضي الموضوع ، لا سيما وان ليس هناك نص قانوني بهذا الشأن .

---

(١) يذكر في هذا المرحوم الشيخ خلاف في المرجع السابق ص ١٤٤ قائلا : «لان لفظ اقرب الناس الى يطلق عرفا على الولد والاب والام دون لفظ قريب . وعلى هذا لو وجد الواقف بعد موته عدد من اقاربه يستحق وقفه اقربهم جهة ، اي جهة البنوة ثم جهة الأبوة ثم جهة الاخوة ثم جهة العمومة . فان كانوا من جهة واحدة يستحق وقفه اقربهم درجة ، فان كانوا من جهة واحدة ودرجة واحدة يستحق وقفه اقواهم قرابة ، وان كانوا من جهة واحدة وفي درجة واحدة وقوة قرابتهم واحدة اشتركوا في الاستحقاق» .

المبحث الثالث

ترتيب المستحقين في غلة الوقف

حكم بعض المستحقين على بعض :

لا صعوبة ولا إشكال في توزيع غلة الوقف على المستحقين متى بين من عبارة الواقف انه أراد إشراك الموقوف عليهم جميعاً في الغلة ، كما لو قال : وقفت داري هذه على أولادي وأولاد أولادي ذكوراً وإناثاً ومن بعدهم الى الفقراء . اذ يشترك في استحقاق الغلة في هذه الحالة جميع فروعه ، الابن مع أبيه والبنت مع أمها على السواء عند الإطلاق او بالنسبة التي يعينها الواقف عند التقييد ، كما لو جعل الغلة بينهم بحسب الفريضة الشرعية فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين . ويعرف هذا النوع من الوقف باسم (الوقف التشريكي) .

ولكن الأمر يختلف فيما اذا رتب الواقف بين درجات الموقوف عليهم فقدم بعضهم على بعض في الاستحقاق ، اذ لا بد من التروي في هذه الحالة في فهم ما تدل عليه عبارته بالنسبة لهذا النوع من الوقف الذي يسمى (الوقف الترتيبي) .

والأصل عند الفقهاء ان ترتيب الدرجات او البطون او الطبقات في الوقف عموماً يكون باحدى صور ثلاث :

(أ) الترتيب بـ (ثم) ، كما لو قال : وقفت ارضي هذه على ولدي ثم ولده ثم ولد ولده ومن بعدهم الى المسجد الفلاني . فيدخل في

استحقاق الغلة في هذه الصورة كل من يكون موجوداً من أولاده وقت ظهور الغلة ، ولا يعطى شيء لأحد من اهل البطن الثاني إلا اذا انقرض افراد البطن الأول ، وهكذا حتى تنقرض كل البطون تماماً فتصرف الغلة عندئذ لجهة البر التي عينها الواقف . ذلك لأن المتبع هو ان كل وقف مرتب بـ (ثم) على ثلاثة بطون يكون مرتبا كذلك فيما يليها من البطون .

(ب) الترتيب بـ (بعد) ، كما لو قال : وقفت هذه الدار على أولاد فلان بطنا بعد بطن او طبقة بعد طبقة ومن بعدهم الى الفقراء . فتعطى الغلة في هذه الصورة الى من عينهم الواقف أولاً ، ولا يعطى شيء لأحد من اهل البطن الأسفل ما بقى احد من اهل البطن الأعلى ، وهكذا حتى تنقرض البطون كلها بالموت فيكون الفقراء جهة المصرف أخيراً .

وكما يجوز للواقف ان يرتب الطبقات في الاستحقاق بأن يجعل الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى جملة ، فان له ان يرتب بين افراد الطبقات أيضاً بأن يجعل نصيب الاصل في كل بطن ينتقل الى فرعه عند موته (موت هذا الاصل) . كما لو اشترط الواقف ان من مات من اهل الاستحقاق في طبقة وترك ولداً او ولد ولد وان نزل فنصيبه لولده اعتبر شرطه ، وينتقل نصيب المتوفى في هذه الحالة الى ولده ونسله واحداً كان او اكثر منضماً الى نصيبه في الوقف فيصبح مستحقاً من جهتين .

أما اذا رتب الواقف البطون ولم يبين ما يعمل بنصيب من يتوفى من اهل الاستحقاق ، فان نصيب المتوفى في هذه الحالة

ينضم الى سهام المستحقين في طبقته ولا ينتقل الى أحد من أفراد الطبقة التالية .

(ج) الترتيب بـ (الأقرب فالأقرب) ، كما لو قال : وقفت هذه البستان على أقاربي على أن يبدأ بالأقرب منهم الى رحماً أو نسبا ومن بعدهم الى الفقراء . فتصرف الغلة في هذه الصورة للأقرب من أقاربه أولاً ثم الى من يليه في القرب من جهة الرحم أو النسب حسب شرط الواقف ، وهكذا حتى تنقرض جميع البطون فتصرف للفقراء .

إذا كان هذا هو ترتيب استحقاق الموقوف عليهم في غلة الوقف فقهاً وقضاءً ، كيف يكون إذاً ترتيب الاستحقاق في الوقف المصفى؟ أو بعبارة أخرى ؛ من هم الذين يستحقون في الوقف الذري أو المشترك الذي أجاز المشرع العراقي تصفيته بمقتضى المادة الثانية[1] من المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٥ ؟ . هذا ما سنبينه الآن في المبحث التالي .

المبحث الرابع

المستحقون في الوقف المصفى

المراد بالوقف المصفى واتجاه المشرع العراقي في اعتباره ابتداً أول الأمر :

نريد بالوقف المصفى هنا الوقف الذري أو المشترك الذي أجاز المشرع العراقي تصفيته واعتباره منتهيا بناء على طلب ذوي

(١) تنص هذه المادة قائلة : « يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والمشترك ، أما الوقف الخيري فيبقى تابعا للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به » .

الشأن[1] ، سواء أكان الموقوف متخربا كلياً او جزئيا ام عامراً موفور الغلة ، وصيرورته ملكاً للمستحقين فيه وتقسيم اعيانه او اثمانها عليهم. او بعبارة أعم هو الوقف الذي كان مخصصا كله او بعضه لأشخاص معينين من الأولاد والذراري وانتهى حكمه ، باعتباره وقفاً ، وصاراً ملكا للمستحقين فيه .

لكن من هو المستحق؟ هل هو الذي كان يتناول جزءً من غلة الوقف بالفعل (المرتزق الفعلي) حصراً ؟ ام يشمل غيره ايضا ؟.

لقد اتجه المشرع اول الامر الى اعتبار المصفى من الوقف ارثا لورثة الواقف ، إذ قضى في المادة التاسعة من قانون جواز تصفية الوقف الذري رقم (٢٨) لسنة ١٩٥٤ بأن « يقسم الوقف المصفى على ورثة الواقف الأحياء منهم عند نفاذ هذا القانون كل بحسب استحقاقه الشرعي من المواريث من اعيان الوقف او ثمنه ، بغض النظر عما إذا كان الوارث مستحقا للارتزاق او لم يكن . ولا يسري حكم هذه الفقرة على ورثة المتوفى غير المستحق للارتزاق قبل نفاذ هذا القانون . اما إذا كان الموقوف عليهم من غير ورثة الواقف فيجري التقسيم عليهم على الوجه التالي : »

« إذا كان الوقف تشريكياً او ترتيبياً فيقسم حسب شرط الواقف في التساوي والمفاضلة » .

---

(١) بقيت المادة الثالثة من المرسوم المذكور من لهم حق إقامة دعوى التصفية بقولها « على المحكمة بناء على طلب أحد المستحقين من المرتزقة او احد ورثته المستحقين بموجب هذا المرسوم تصفية الوقف الذري او المشترك سواء اكان منشأ قبل نفاذ هذا المرسوم ام بعده » .

فبمقتضى هذا النص كان من الواجب التمييز بين حالين :

(الأول) اذا كان الموقوف عليهم من ورثة الواقف فان الوقف المصفى يقسم بين الأحياء منهم عند نفاذ القانون[1] حسب قواعد الميراث المعروفة في الفقه الاسلامي . على اساس ان التصفية تؤدي الى اعتبار المصفى من الوقف ملكاً موروثاً للموقوف عليهم ، والملك المورث يقسم على المستحقين بحسب الفريضة الشرعية .

وعلى هذا لو كان الورثة الأحياء ، في ظل ذلك القانون ، هم ابن الواقف وأولاد ابن آخر كان قد توفى من قبل ، فان الابن يحجب أولاد اخيه ويستقل وحده باستحقاق المصفى من الوقف وان كان تشريكياً . في حين ان ابن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً مع بنت الابن في المصفى من الوقف الترتيبي على الأولاد ، لأن أصله (الشقيق) لم يكن مستحقاً للارتزاق قبل نفاذ ذلك القانون ، وان كان يعتبر وارثاً في نفس الوقت .

(الثاني) إذا كان الوقف قد آل الى اشخاص لم يكونوا من ورثة الواقف ، فان المصفى من الوقف يقسم بينهم بحسب شرط الواقف من تساوٍ ومفاضلة ولا ينظر الى كون الوقف تشريكياً أو ترتيبياً .

ولصعوبة تطبيق هذا النص بسبب ما يثير من مشاكل ولما فيه من تغيير في تأويل ارادة الواقف وتفويت لحقوق بعض الموقوف عليهم من غير دليل ، لهذا فقد عمد المشرع العراقي الى تبديله بما يتفق

---

(١) اعتبر ذلك القانون نافذاً بحسب نص المادة الخامسة عشرة منه من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وقد نشر في الوقائع العراقية في ١٩٥٤/١٢/٣ .

وتحقيق العدالة وذلك بالمرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى بموجبه القانون المذكور، وجعل المصفى من الوقف يعود للمستحقين الفعليين وورثتهم مع بعض الاستثناء.

عائدية المصفى من الوقف بموجب المرسوم :

نصت المادة التاسعة من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري على الآتي :

« يعود المصفى من الوقف ملكاً للمرتزقة فيه فعلاً عند نفاذ هذا المرسوم ويقسم عليهم حسب استحقاقهم في الارتزاق. ومن يتوفى منهم بعد طلب التصفية وقبل تمامها ينتقل نصيبه الى ورثته وفق أحكام الميراث مع مراعاة ما يلي : »

« أ ـ من كان متوفى قبل نفاذ هذا المرسوم من المستحقين في الارتزاق في الوقف الترتيبي وهو من صنف المرتزقة الوارد ذكرهم أعلاه أو من صنف أعلى منهم درجة واحدة فيحسب له نصيب بقدر ما كان يستحقه، وينتقل نصيبه هذا الى الأحياء من ورثته عدا الأزواج والزوجات وفق أحكام الميراث ».

« ب ـ شرط الحرمان في الوقف التشريكي باطل. فالمحروم يشارك من في درجته من المرتزقة المستحقين، للذكر مثل حظ الأنثيين ».

الذي يفهم من هذا النص ان الأصل عند المشرع العراقي في عائدية المصفى من الوقف هو أنه ملك للمرتزقة الذين يتناولون فعلاً جزءاً من غلة ذلك الوقف وقت طلب التصفية، وان نصيبهم في هذا

الملك يتحدد بنسبة استحقاقهم في الارتزاق. فلو كان المرتزقة في الوقف المصفى، تشريكياً كان او ترتيبياً، خمسين شخصاً مثلاً وكان نصيبهم في الغلة واحداً لا فرق بين ذكر وأنثى، قسم عليهم ـ بعد تنزيل حصة جهة الخير والنسبة المئوية التي حددها المشرع العراقي في كل وقف تجري تصفيته ـ جميعاً بالتساوي. ولو كان نصيبهم متفاوتاً بحسب شرط الواقف كأن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين روعي هذا التفاوت أيضاً، إذ يكون تملكهم للمصفى من الوقف بنسبته.

واذا توفي احد المرتزقه الفعليين او بعضهم بعد طلب التصفية وقبل تمامها فان المتوفى منهم يحسب له نصيبه في المصفى، ويعتبر ما استحقه تركة يرثها عنه جميع ورثته الشرعيين حسب الأحكام الشرعية المعمول بها عندنا في الوقت الحاضر. وهذا أيضاً تطبيق للأصل المذكور.

ومع ان هذه هي القاعدة التي سار عليها المشرع العراقي في اثبات احقية المرتزقة الفعليين في غلة الوقف بالنسبة لاستحقاقهم لأعيانه او اثمانه بعد تصفيته، فانه قد خرج على هذه القاعدة في حالتين :

(الأولى) في الوقف الترتيبي : اذ يحسب لمن يتوفى قبل يوم ١٩/٧/١٩٥٥ (تاريخ نفاذ المرسوم)[1] من المستحقين في الارتزاق في هذا الوقف، سواء أكان من طبقة المرتزقة الفعليين ام اعلى

(١) وهو تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، حيث نشر في العدد (٣٢٦٥) من الوقائع العراقية.

منهم طبقة واحدة فقط ، نصيب في المصفى بنسبة ما كان يستحق في الغلة . ويعتبر نصيبه هذا تركة عنه يقتسمها ورثته الشرعيون ، الأحياء منهم فقط باستثناء الأزواج والزوجات ، حسب احكام الميراث .

وعلى هذا لو كان المرتزقة فعلاً في وقف ترتيبي جرت تصفيته من طبقة معينة ، وكان احد المرتزقة من نفس طبقتهم او اعلى منهم طبقة واحدة قد توفى قبل نفاذ هذا المرسوم ، فانه يحسب له نصيبه في المصفى وتنتقل حصته ميراثاً الى الأحياء من ورثته من جهة النسب فقط .

(الثانية) في الوقف التشريكي : اذ يحسب للمحروم من غلة هذا الوقف بشرط الواقف نصيب في المصفى ، متى كان هذا المحروم من طبقة المرتزقة الفعليين فحسب . ذلك لأن المشرع العراقي اعتبر شرط الحرمان في الوقف التشريكي باطلاً اخذاً من اقوال بعض الفقهاء كما بينا سابقاً ، واشرك المحروم من استحقاق الغلة مع المستحقين فيها في تلك المصفى ، على ان تكون مشاركته للمستحقين الذين هم في طبقته بنسبة سهمين للذكر مقابل سهم واحد للأنثى .

وعلى هذا لو كان المرتزقة فعلاً في وقف تشريكي جرت تصفيته عشرة من الذكور ، سبعة منهم من الطبقة الثانية وثلاثة من الطبقة الثالثة مثلاً ، فاذا كانت هناك أنثى من نفس الطبقة الثالثة محرومة من الاستحقاق في غلة هذا الوقف بشرط الواقف ، فانها تشارك الذكور الثلاثة الذين هم في طبقتها وتأخذ نصيباً يساوي نصف نصيب الواحد منهم .

ما يستوفى من الوقف المصفى لادامة جهة الخير :

لما كان سبب مشروعية الوقف الذري اساساً هو ايلولته في النهاية الى جهة خير دائمة يعينها الواقف في صك وقفه ، لهذا وجد المشرع العراقي ان من العدل اخذ نسبة مئوية معينة من الوقف المصفى وتخصيصها لادامة تلك الجهة .

وقد حدد هذه النسبة بمقدار عشرة في المائة من كل وقف ذري تجري تصفيته ، وتستوفى هذه الحصة من المصفى عيناً او نقداً .

اما بالنسبة للوقف المشترك (الخيري الذري) فان حصة الجهة الخيرية تستوفى اولاً ، ثم تقتطع النسبة المئوية المذكورة من الباقي .

ولا صعوبة في معرفة حصة جهة الخير في الوقف المشترك اذا كان الواقف قد حددها جزءاً نسبياً من مجموع الريع كالخمس والثمن مثلاً ، اما اذا لم يعين هذا الجزء النسبي فعلى المحكمة في هذه الحالة ان تقتطع جزءاً من المصفى - عيناً او نقداً - لتنفيذ شرط الواقف الذي كان قد اشترطه في حجة وقفه . على ان تراعي المحكمة في اقتطاع هذا الجزء ما يكفي لتحقيق الغاية المقصودة من الوقف على وجه الدوام ، وتستعين في كل ذلك بأهل الخبرة .

وقد وضحت المادة الثامنة من المرسوم هذه الأحكام تفصيلاً إذ نصت على ما يأتي :

« أ - تخصص عشرة في المائة من كل وقف جرت تصفيته . وتسلم هذه الحصة الى المحكمة المختصة نقداً أو عيناً حسب

الأحوال[1] ، على ان يعين بنظام خاص وجه صرفها لجهات خيرية واجتماعية » .

« ب ـ إذا كان الوقف مشتركا وعين الواقف حصة الخيرات بجزء نسبي ، يخصص للجهة الخيرية هذا الجزء مضافاً اليه عشرة في المائة من الباقي » .

« جـ ـ إذا لم يعين الواقف في الوقف المشترك جزءاً نسبياً للخيرات ، يخصص للوقف ما يكفي لتنفيذ شرط الواقف للجهة الخيرية وادامتها ويستعان لذلك بذوي الخبرة » .

« د ـ مع مراعاة ماورد في الفقرة (أ) أعلاه تسلم حصص الجهات الخيرية المبينة في الفقرات السابقة الى دائرة الوقف لتنفيذ غرض الواقف في الخيرات حسب شروط الواقف وتدخل في اعداد الأوقاف المضبوطة ان كانت عيناً ويشترى بها وقف آخر ان كانت نقداً » .

« هـ ـ يوزع ما يبقى من الوقف ، بعد أخذ ما خصص للجهة الخيرية ، على المرتزقة وفق أحكام هذا المرسوم » .

---

(١) لقد بينت المادة السادسة من المرسوم كيفية قسمة الوقف المشاع ، إذ نصت على ان :

« أ ـ تنفذ المحكمة حكم التصفية بتقسيم المشاع من الوقف ان كان قابلا للقسمة والا فيباع بالمزايدة العلنية وفق القانون » .

« ب ـ تعين قابلية القسمة بالنسبة لأصغر سهم في الوقف ، ويجوز اعتبار عدة سهام سهماً واحداً اذا اتفق اصحابها على ذلك » .

« جـ ـ تعتبر عقارات الوقف المتعددة كتلة واحدة في التقسيم ، وللمحكمة ان تعدل هذه القسمة بالنقد » .

« د ـ يقسم الوقف المشترك عينا بين الجهة الخيرية والذرية اذا كان قابلا للقسمة ، ثم ينظر في تقسيم ما خص الجهة الذرية وفقا لأحكام الفقرة (أ) السالفة . وإذا لم يكن قابلا للقسمة يباع ويقسم البدل بين الجهتين » .

هذا وقد صدر النظام الذي اشارت إليه الفقرة (أ) من هذه المادة تحت رقم (٤) لسنة ١٩٥٩ وقد اوجبت المادة الثانية منه على المحاكم الشرعية المختصة ان تسلم حصص الجهات الخيرية الى ديوان الأوقاف ، وبينت المادة الثالثة منه كيفية التصرف بالحصص المتجمعة وذلك بشراء عقارات تكون وقفاً وتخصص غلاتها الى الجهات الخيرية[1] . علماً بأن المادة الخامسة من قانون إدارة الأوقاف ، التي ذكرنا نصها فيما تقدم ، خولت ديوان الأوقاف بناء على قرار من مجلس الأوقاف الأعلى صرف مبالغ الحصص الخيرية التي تجمعت مما صفي من اوقاف ذرية ومشتركة لشراء عقارات للوقف او لتشييد أبنية على الأراضي الموقوفة .

---

(١) وقد نصت المادة الرابعة من هذا النظام على انه « إذا كان للوقف المصفى جهة خيرية مسماة يقتضي اليها فتصرف نسبة الريع الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على تلك الجهة » . ونصت المادة الخامسة منه على انه « إذا لم يكن للوقف المصفى جهة خيرية مسماة يقتضي اليها فتصرف نسبة الريع الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على المؤسسات الاسلامية الخيرية للفقراء كمؤسسات الأيتام والعجزة والمقعدين والعميان وغيرهما بقرار من مجلس شورى الأوقاف (مجلس الأوقاف الأعلى) في كل سنة » .

الأحوال[1] ، على ان يعين بنظام خاص وجه صرفها لجهات خيرية واجتماعية » .

« ب ـ إذا كان الوقف مشتركا وعين الواقف حصة الخيرات بجزء نسبي ، يخصص للجهة الخيرية هذا الجزء مضافاً اليه عشرة في المائة من الباقي » .

« جـ ـ إذا لم يعين الواقف في الوقف المشترك جزءاً نسبياً للخيرات ، يخصص للوقف ما يكفي لتنفيذ شرط الواقف للجهة الخيرية وادامتها ويستعان لذلك بذوي الخبرة » .

« د ـ مع مراعاة ماورد في الفقرة (أ) أعلاه تسلم حصص الجهات الخيرية المبينة في الفقرات السابقة الى دائرة الوقف لتنفيذ غرض الواقف في الخيرات حسب شروط الواقف وتدخل في اعداد الأوقاف المضبوطة ان كانت عيناً ويشترى بها وقف آخر ان كانت نقداً » .

« هـ ـ يوزع ما يبقى من الوقف ، بعد أخذ ما خصص للجهة الخيرية ، على المرتزقة وفق أحكام هذا المرسوم » .

---

(١) لقد بينت المادة السادسة من المرسوم كيفية قسمة الوقف المشاع ، إذ نصت على ان :

« أ ـ تنفذ المحكمة حكم التصفية بتقسيم المشاع من الوقف ان كان قابلا للقسمة والا فيباع بالمزايدة العلنية وفق القانون » .

« ب ـ تعين قابلية القسمة بالنسبة لأصغر سهم في الوقف ، ويجوز اعتبار عدة سهام سهماً واحداً اذا اتفق اصحابها على ذلك » .

« جـ ـ تعتبر عقارات الوقف المتعددة كتلة واحدة في التقسيم ، وللمحكمة ان تعدل هذه القسمة بالنقد » .

« د ـ يقسم الوقف المشترك عينا بين الجهة الخيرية والذرية اذا كان قابلا للقسمة ، ثم ينظر في تقسيم ما خص الجهة الذرية وفقا لأحكام الفقرة (أ) السالفة . وإذا لم يكن قابلا للقسمة يباع ويقسم البدل بين الجهتين » .

هذا وقد صدر النظام الذي اشارت إليه الفقرة (أ) من هذه المادة تحت رقم (٤) لسنة ١٩٥٩ وقد اوجبت المادة الثانية منه على المحاكم الشرعية المختصة ان تسلم حصص الجهات الخيرية الى ديوان الأوقاف ، وبينت المادة الثالثة منه كيفية التصرف بالحصص المتجمعة وذلك بشراء عقارات تكون وقفاً وتخصص غلاتها الى الجهات الخيرية[1] . علماً بأن المادة الخامسة من قانون إدارة الأوقاف ، التي ذكرنا نصها فيما تقدم ، خولت ديوان الأوقاف بناء على قرار من مجلس الأوقاف الأعلى صرف مبالغ الحصص الخيرية التي تجمعت مما صفي من اوقاف ذرية ومشتركة لشراء عقارات للوقف او لتشييد أبنية على الأراضي الموقوفة .

---

(١) وقد نصت المادة الرابعة من هذا النظام على انه « إذا كان للوقف المصفى جهة خيرية مسماة ينتهي اليها تصرف نسبة الريع الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على تلك الجهة » . ونصت المادة الخامسة منه على انه « إذا لم يكن للوقف المصفى جهة خيرية مسماة ينتهي اليها تصرف نسبة الريع الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على المؤسسات الاسلامية الخيرية للفقراء كمؤسسات الأيتام والعجزة والمقعدين والعميان وغيرها بقرار من مجلس شورى الأوقاف (مجلس الأوقاف الأعلى) في كل سنة » .

الفصل الخامس

اقسام الوقف والولاية عليه

المبحث الأول

أقسام الوقف

يُقسم الوقف الى عدة أقسام من جهات مختلفة ، فيقسم :

(أ) من حيث جهة مصرفه الى وقف خيري وذري ومشترك .

فقد مر بنا أن الوقف يقسم من حيث الجهة الموقوف عليها، التي لا بد أن تكون مصرفاً فيه معنى القربة في الحال أو المآل ، الى هذه الأنواع الثلاثة . وقد عرفنا المراد بكل نوع منها فيما تقدم .

(ب) من حيث صحة وقفه الى صحيح وغير صحيح .

فالوقف الصحيح هو الذي وقف وفقاً للشروط الشرعية وكان من العقارات المملوكة ملكاً صحيحاً للواقف ، بأن تعود رقبتها وحقوق التصرف فيها له. فقد عرفت الفقرة الرابعة من المادة الاولى من قانون ادارة الأوقاف الوقف الصحيح بقولها « هو العين التي كانت ملكاً فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف » .

والعقر حق مالي من الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بعقار ، وقد يكون مملوكاً ملكية صرفة للدولة أو لآحاد الناس بحسب اختلاف الأراضي العقرية .

وعلى هذا لو وقف شخص أرضاً مملوكة له أو وقف ما كان له من حق عقري موجود في أرض مملوكة لأناس آخرين ، كان وقفه صحيحاً .

أما الوقف غير الصحيح (الإرصادي) فهو عبارة عن الأراضي التي أفرزت من الأراضي الأميرية ووقفها الملوك والسلاطين بأنفسهم أو آخرون باذنهم . فهذا الوقف في الواقع يعتبر في حكم الأراضي الأميرية ، إذ تكون رقبتها مملوكة للدولة وحقوق التصرف فيها أو عقرها أو رسومها وأعشارها فقط او كل هذه الحقوق مجتمعة موقوفة ومخصصة لجهة من الجهات . ويسمى هذا النوع من الوقف بالإرصاد ايضاً ، « وحكم الإرصاد الصحة إذا كان من ولي الأمر على مصارف بيت المال كالمجاهدين وعمال بيت المال الذين هم في خدمة الحكومة ، والعلماء والمفتين والقضاة والأرامل والفقراء والمساجد والقراء والأيتام وطلبة العلم »[1] .

وعليه فان مثل تلك الأراضي لا تعتبر من الأوقاف الصحيحة، لأن وقفها إنما هو بمعنى تخصيص منافع قطعة مفرزة من اراضي الدولة كأعشارها وضرائبها من قبل السلطة الحاكمة الى جهة معينة ، وتعود الرقبة فيها للخزينة[2] . وقد عرفت الفقرة الخامسة من المادة السابقة

(١) الشيخ محمد العباسي المهدي مفتي الديار المصرية سابقاً في (الفتاوي المهدية في الوقائع المصرية) ج ٢ ص ٦٦٠ .

(٢) تسمى الأراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح بالتخصيصات أيضاً أو الوقف الارصادي . فاذا كانت موقوفة على مصلحة عامة كالمساجد والمدارس ونحو ذلك أو على من لهم استحقاق في بيت المال لقيامهم بخدمة عامة أو لاحتياجهم كالعلماء وطلبة العلم والفقراء ، فان الارصاد يعتبر صحيحاً . ليس لولي الأمر ابطاله إذا كان قد صدر ممن هو قبله ، =

الذكر الوقف غير الصحيح بقولها « هو حق التصرف والتقرر في الأراضي الأميرية المرصدان والمخصصان الى جهة من الجهات » .

(ج) من حيث الانتفاع به الى مؤسسات ومستغلات .

ويراد بالمؤسسات الموقوفات التي يعود نفعها الى عامة الناس كالطرق والجسور والمكتبات او الى جماعة من الاشخاص كالمساجد والمعاهد والملاجئ . وقد حددتها الفقرة الثامنة من نفس المادة المذكورة بقولها « المؤسسات الدينية والخيرية هي المساجد والتكايا والمدارس الدينية ودور التهذيب والمكتبات والسقايا والمياتم والملاجئ وغيرها من المؤسسات التي انشأها الواقفون او التي ينشئها ديوان الأوقاف والأشخاص الآخرون وتهدف الى البر او النفع العام » .

اما المستغلات فيراد بها الموقوفات المشروطة غلتها ومنافعها لجهة من الجهات ، سواء اكانت من المستغلات كالدور والدكاكين او من غير المستغلات كالأراضي والبساتين ام كانت من المنقولات كنقود بدلات الاستبدال وغيرها . ومن المستغلات التي كانت معروفة الموقوفات ذات الاجارتين ، والموقوفات ذات الاجارة الطويلة الواحدة ، والموقوفات ذات المقاطعة (الحكر) ، التي سنتطرق اليها عند كلامنا على طرق استغلال الموقوفات في الفصل الآتي .

= كما ليس له ان يصرفه الى غير الجهة التي اختصها به الأول . اما لو كانت هذه الأراضي موقوفة على الأشخاص والأولاد والفقراء اي على جهة ليست من مصارف بيت المال ، فان هذا الارصاد يعتبر غير صحيح ومن حق ولي الأمر ابطاله او صرفه الى جهة اخرى بحسب ما يرى من مصلحة في ذلك . انظر الشيخ احمد ابراهيم في نفس المرجع السابق ص ٣٤ والأستاذ حسن رضا في كتاب احكام الأوقاف ص ٢١ .

(د) من حيث ادارته الى وقف مضبوط وملحق .

ويراد بالمضبوط الوقف الذي آل الى الخير وتديره اليوم دوائر الأوقاف ، وهو في الأصل ما ضبطته هذه الدوائر وقامت بادارته بعد ان انقرض من ذرية الواقف من شرطت التولية له او لعدم اشتراط التولية عليه لأحد . وقد حددته الفقرة السادسة من المادة المشار اليها اعلاه بقولها « الوقف المضبوط هو : »

« أ - الوقف الصحيح الذي لم تشترط التولية عليه لأحد او انقطع فيه شرط التولية » .

« ب - الوقف غير الصحيح » .

« ج - الوقف الذي مضت على ادارته خمس عشرة سنة من قبل وزارة الأوقاف او مديرية الأوقاف العامة او ديوان الاوقاف » .

« د - اوقاف الحرمين الشريفين عدا اوقاف الاغوات المشروطة لهم » .

« هـ - اعيان الجهات الخيرية الآيلة للاوقاف وفق مرسوم جواز تصفية الوقف الذري او اي قانون يحل محله » .

« و - الوقف الذي فوض الواقف نصب المتولي عليه الى رأي القاضي او غيره ممن لا علاقة له بالوقف والمشروطة توليته لذي منصب بالاضافة الى منصبه او لاحد موظفي المعابد بالاضافة الى وظيفته »[1] .

أما الملحق فهو الذي يقوم بادارته متول باشراف دوائر الأوقاف .

(١) كما لو قال الواقف : لقد فوضت قاضي البصرة او مفتي بغداد باختيار المتولي على وقفي بشرط ان يكون من بين موظفي المحاسبات او المسجد الفلاني مثلا .

وقد حددته الفقرة السابعة من تلك المادة بقولها « الوقف الملحق هو الذي يديره متول ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية والخيرية ويشمل الوقف الذري الذي يديره متول ومشروط صرف غلته الى من عينهم الواقف من ذريته أو غيرهم . وكذلك الوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف » .

فصراحة نص هذه الفقرة الأخيرة يدل على ان الأوقاف الملحقة التي تدار بواسطة المتولين قد تكون أوقافاً ذرية أو خيرية أو مشتركة بين الذراري وجهات الخير ، وقد تكون وصية بمنفعة عين معينة لجهة خيرية على وجه الدوام والاستمرار .

كما ان نص الفقرة السابقة عليها يدل على ان لاتولية لأحد على الوقف غير الصحيح أبداً ، ولا على الوقف الذى استمرت دوائر الاوقاف على ادارته خمس عشرة سنة دون انقطاع مهما كانت جهة مصرفه ، ولا على أوقاف الحرمين الشريفين المكي والمدني أو أحدهما ، ولا على ما يئول من أعيان للحصص الخيرية في الوقف المصفى ، إذ الولاية أو التولية في ادارة هذه الأنواع كلها تكون للدوائر التابعة لديوان الأوقاف .

علماً بأن ادارة الأوقاف الملحقة قد تنتقل من المتولي الى دوائر الأوقاف في بعض الأحوال ، كانحلال التولية بموت المتولى وكان من شرطت له صغيراً أو كان هناك خلاف بين طالبيها ، أو لسحب يد المتولى عن التولية أثناء محاسبته . وقد بينت المادة الثانية من قانون ادارة الأوقاف الجديد الأوقاف التي تدار بواسطة الديوان بقولها « يدير الديوان الأوقاف الآتية :ـ »

« ١ ـ المضبوطة » .

« ٢ ـ الملحقة خلال انحلال توليتها أو سحب يد المتولى عنها بقرار من مجلس المحاسبة[1] أو من المحكمة الشرعية ويستوفى ١٥٪ من مجموع وارداتها لقاء الادارة » .

المبحث الثاني

الولاية على الوقف

معنى الولاية على الوقف وأقسامها :

الولاية بمعناها العام حق قرره المشرع الإسلامي لشخص معين ملكه بمقتضاه سلطة شرعية تكفل رعاية المولى عليه ورعاية شئونه .

أما الولاية على الوقف فعبارة عن وصف يثبت لصاحبه ـ الذي يسمى متولياً أو ناظراً أو قيماً[2] ـ بمقتضاه الحق في وضع اليد على الموقوفات والقيام بشئونها من حفظ وادارة وعمارة وتوزيع ما تدر من غلات على المستحقين لها ، ويخوله حق التعاقد والتقاضي عن جهة الوقف . فهي إذاً حق مقرر شرعاً على كل عين موقوفة لضمان

(١) تنص الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون ادارة الأوقاف على انه « تؤلف لجان برئاسة القاضي وعضوية المدير والمحاسب في المديريات ومن المأمور وموظف آخر يعينه رئيس الديوان فى المأموريات لمحاسبة المتولين والنظر فى تصرفاتهم وسلوكهم والشكاوي المقدمة ضدهم وتصدر تلك اللجان القرارات اللازمة » .

(٢) قد يشترط الواقف تعيين قيم وناظر أو متول وناظر على وقفه ، فينبغي في هذه الحالة ان يحمل لفظ الناظر على المشرف ، عملا بقاعدة التأسيس اولى من التأكيد . فيكون للقيم او للمتولى حق ادارة الأعيان الموقوفة والقيام بشئونها فعلا تحت اشراف الناظر ، وليس لهذا الأخير حق التدخل في اعماله لأنه مشرف فقط . انظر المرحوم الشيخ احمد ابراهيم فى نفس المرجع السابق ص ٩٨ .

صيانتها واصلاحها واستثمارها ، إن كان الوقف معداً للاستغلال ، وصرف غلتها في مصارفها الشرعية بحسب شروط الواقف .

والولاية على الوقف قسمان : عامة ـ وهي التي تثبت لولي الأمر والقاضي . وخاصة ـ وهي ولاية الواقف نفسه أو من يعينه . والمعروف شرعاً ان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة بوجه عام.

فالولاية الخاصة تكون للواقف نفسه مدى حياته ، سواء اشتراطها لنفسه في حجة وقفه أم سكت عن ذلك بل ولو حرم نفسه منها عند البعض ، إذ ان غيره إنما يستمد الولاية على الوقف منه ، فهي ثابتة له بحكم الشرع كما يرون .

وخالف في ذلك البعض الآخر وجعلها للواقف إذا اشترطها لنفسه في كتاب وقفه ، إذ الولاية على الوقف عندهم حق للمستحقين فيه لأن الموقوف يخرج من يد الواقف بالتسليم ، الذي يتوقف تمام الوقف ولزومه عليه .

وعلى كل فسواء أكانت الولاية للواقف مدة حياته بحكم الشرع على رأي البعض أم باشتراطها لنفسه على رأي البعض الآخر ، فان له ان يدير الوقف بنفسه كما له ان يديره بواسطة غيره بأن يقيم وكيلاً عنه . فاذا أقام وكيلاً عنه لادارة شئون وقفه فان هذا لا يمنعه من ان يباشر هو أيضاً ما يريد مباشرته ، لأن التوكيل لا يقطع حق الموكل فيما وكل غيره فيه . وان تولى شئون وقفه بنفسه ثم ظهرت خيانته أو تبين عدم تدبره على القيام بأمور الوقف أو اهمل في ادارته بأن خالف القواعد والشروط المعروفة في الوقف ، جاز للقاضي ان يعزله لأن الولاية العامة أقوى من الولاية الخاصة .

التولية المشروطة لغير الواقف :

تكون الولاية أو التولية على الوقف بعد وفاة الواقف ـ او اثناء حياته إن اشترطها لغيره ـ لمن شرط له النظر عليه من بعده ، قريباً كان او أجنبياً ما دام أهلاً لها ، بأن كان عاقلاً بالغاً رشيداً أميناً قادراً على تصريف شئون الوقف بنفسه او بواسطة نائب عنه . إذ لم يشترط الفقهاء المسلمون في المتولي ان يكون رجلاً ولا بصيراً ولا مسلماً ، لأن الولاية على الوقف نوع خاص من الادارات المالية التي يستوي فيها كل من تحققت فيه شروط القدرة على الإدارة بنفسه أو بوكيل عنه[1] .

لهذا لو شرط الواقف النظر على وقفه لشخص يديره في حياته ـ حياة الواقف ـ وبعد مماته ، صحت هذه التولية المشروطة ووجب احترامها بالاتفاق . إلا ان التخريج الفقهي لصحتها يختلف باختلاف كون الولاية تثبت للواقف بحكم الشرع او باشتراطها لنفسه ، على التفصيل السابق ذكره .

فعلى رأي الأولين يعتبر من شرط له الواقف التولية على الوقف وكيلاً عنه اثناء حياته ، ويأخذ بعد مماته حكم الموصى اليه ، إذ تبقى ولايته رغم وفاة الواقف باعتباره موصى اليه بها منه (وصاية) لا باعتباره وكيلاً .

اما على رأي الآخرين فان من شرط الواقف النظر له على وقفه

(١) حتى ان الفقهاء استحسنوا عدم الحكم ببطلان تولية او وصاية الصبي الذي يعينه الواقف تحقيقاً لرغبته ، بل جعلوا للقاضي ان يولي غيره ما دام صغيراً ، فاذا كبر صارت التولية او الوصاية اليه . انظر المرجع المشار اليه في الهامش السابق ص ١٠٢ .

انما يعتبر نائباً عن الموقوف عليهم . سواء اكان ذلك في حياة الواقف ام بعد وفاته .

وإذا لم يشترط الواقف التولية لأحد من بعده ولكنه اوصى بها عند موته لشخص عينه ، فان النظر على الوقف يكون لمن اوصى اليه ، غير ان هذه التولية لا تعتبر مشروطة . ويتطلب في هذه الحالة توافر الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وان يكون قد قبل الوصاية ، كما هو الحكم تماماً بالنسبة للوصي المختار .

وإذا لم يشترط الواقف التولية لأحد من بعده ولم يوص بها وليس له وصي مختار[1] ، فانها تنتقل الى القاضي صاحب الولاية العامة . والقاضي لكثرة مشاغله لا يستطيع القيام بذلك بنفسه بل يقيم ناظراً على الوقف نيابة عنه يعرف بمنصوب القاضي ، ويفضل الفقهاء ان يكون منصوب القاضي من اقارب الواقف قدر الإمكان .

شرط الواقف في اسناد التولية :

قد تكون التولية المشروطة لشخص يعينه الواقف باسمه واحداً كان او اكثر ، فالأمر فيها عندئذ يسير ، إذ يقوم المتولي المعين بالنظر في شئون الوقف إن كان واحداً او يشترك مع غيره في ذلك عند التعدد .

(١) متى أقام الشخص وصيا مختارا لادارة تركته ثبت لهذا الوصي الحق في ادارة موقوفاته أيضا ، لأن الوصي المختار لا يقبل التخصيص على القول المفتى به ، اي يكون وصياً عاما ما لم ينهه الموصي صراحة عن النظر في غير ما حدد له من اعمال . ثم ان الموصي حين يقيم وصيا مختاراً ويرضى بادارته لتركته بعد موته يعتبر راضا ضمنا بادارته لموقوفاته كذلك . انظر المرجع السابق ص ١٠٠ .

وقد يشترط الواقف التولية لمن يصلح من ذريته ، فاذا ثبتت صلاحية واحد منهم ذكراً كان او انثى كانت التولية له . ومتى حكم له بها وتولى اعمالها فعلاً لا يجوز ان ينزع منه الوقف لصلاحية غيره من ذرية الواقف ولا ان يشاركه الغير في التولية لأن غرض الواقف هو ان تكون الى واحد يصلح لا الى كل من يصلح ، وإلا لأدى الأمر الى جعلها لجميع الذرية ان كانوا صالحين . ولا يخفى ما ينتج عن ذلك من اختلاف الكلمة ، مما يؤدي بالتالي الى فساد الوقف وهو عكس المطلوب من التولية عليه .

اما لو جعل الواقف التولية على وقفه لاثنين من اولاده ، وكان فيهم ذكر وانثى صالحان لها اشتركا فيها . ويكون حكم تصرفاتهما وادارتهما لشئون الوقف في هذه الحالة حكم تصرفات الأوصياء المتعددين ، على ما سنبين في الوصاية .

وقد لا يعين الواقف المتولي على وقفه بالاسم ولا بوصف عام كمن يصلح من أولاده وأولاد أولاده ، بل يعينه بوصف مفضل كالرشد[1] ، كما لو قال : جعلت التولية على وقفي للأرشد فالأرشد من أولادي . فاذا ثبتت أرشدية واحد منهم كانت التولية له ، ولو استوى اثنان من أولاد الواقف في الأرشدية كانت التولية لهما ، فيشتركان في ادارة شئون الوقف لعدم الترجيح . وقيد بعضهم

(١) يراد بالرشد بالنسبة للمتولي على الوقف حسن التصرف في اموره ، فهو إذاً صفة قائمة بذات الرشيد . ولهذا لا يجوز للمتولي الذي تحقق فيه هذا الوصف المفضل ان يفوض الأمر الى غيره لا اثناء حياته ولا بعد مماته ، وانما تنتقل التولية لمن تثبت أرشديته عملا بشرط الواقف ـ انظر المرجع السابق ص ١٠٥ .

الاشتراك عند الاستواء في الأرشدية بما إذا لم يكن الترجيح بكبر سن أحدهما أو علمه بأمور الوقف ، فان كان كذلك فهو الأولى بالتولية على الوقف من الآخر .

هذا ومتى أثبت واحد من أولاد الواقف أرشديته وحكم له بها وتولى شئون الوقف بالفعل، ثم ادعى غيره أرشديته بعد زمن قصير ، لايجوز أن ينزع الوقف منه استقراراً للمعالات التي يتولاها ومراعاة لمصلحة الوقف . ولكن لو أثبت هذا المدعي أرشديته بالبيّنة بعد زمن طويل نسبياً ، كمرور سنة على تولية الأول، وحكمت المحكمة بذلك ، تنتقل حينئذ التولية اليه[1] .

كيفية نصب المتولى وعزله :

التولية التي تكون على الأوقاف لأحد الأشخاص كما قلنا، قد تكون على وقف ذري أو خيري بشرط أن يكون صحيحاً، إذ لاتولية على الوقف غير الصحيح لأحد من الناس مطلقاً .

فاذا كان الوقف ذريا فان المستفاد من الفقرة (٣) من المادة(٢٩٩) من قانون المرافعات المدنية التي تولت بيان اختصاص المحكمة الشرعية هو ان تنصيب المتولى وعزله من وظيفة المحكمة الشرعية اذ نصت على ما يأتي « التولية على الوقف الذري ونصب المتولى وعزله ومحاسبته وترشيح المتولى على الوقف الخيرى أو المشترك » .

ويكون تنصيب المتولى على الوقف الذري من قبل المحكمة

(١) انظر المرحوم الأبياني في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٧٠ .

الشرعية باصدار حجة شرعية بالتولية دون حاجة لاجراء مرافعة ، لم يكن هناك تنازع عليها او كان المتولى معيناً بالاسم في حجة الوقف ، وإلا فلا بد من التقاضي واصدار حكم بها .

أما اذا كان الوقف خيريا أو مشتركا وكان هناك تنافس على التولية فان اختصاص المحكمة الشرعية يقتصر على الترشيح فقط ، كما يفهم من النص السابق ذكره . وفي هذه الحالة يعرض إعلام الترشيح على المجلس العلمي[1] في دوائر الأوقاف ليبت في نصب المتولى على ضوئه، فان اقره قدم الى مجلس الأوقاف الأعلى[2] للمصادقة عليه ثم يصدر

(١) تنص المادة الخامسة عشرة من نظام ديوان الأوقاف رقم (١٨) لسنة ١٩٦٦ على انه « يؤلف بأمر من رئيس الديوان في مراكز المديريات والمأموريات عند الحاجة مجلس علمي من القاضي رئيسا والمدير او المأمور وثلاثة من العلماء من اصحاب الجهات العلمية اعضاء ، للنظر في توجيه الجهات واختيار الوكلاء الذين يعينون للقيام بها . ويعين الاعضاء لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، واذا غاب احد الاعضاء فلرئيس المجلس ان يكمل النصاب بعضو ينتخبه . واذا لم يحضر احد الاعضاء المعينين ثلاث جلسات متواليات بدون عذر مشروع يعتبر مستقيلا » .

(٢) تنص الفقرة (أ) من المادة الرابعة من النظام المشار اليه في الهامش السابق على أنه « يتألف مجلس الاوقاف الاعلى من :- »
« ١ - رئيس ديوان الاوقاف » .
« ٢ - أحد اعضاء محكمة تمييز العراق » .
« ٣ - اثنين من كبار العلماء اصحاب الجهات العلمية » .
« ٤ - أحد كبار الاقتصاديين » .
« ٥ - احد مدظفي الدرجة الاولى من درجات قانون الخدمة المدنية » .
« ٦ - خبير بالاملاك » .
« ٧ - مدير الاعمار والهندسة العام » .
« ٨ - مدير الادارة والذاتية والمؤسسات » .
« ٩ - مدير الحسابات » .
« ١٠- مدير الاملاك » .
« ١١- مدير الحقوق »

مرسوم جمهوري باسناد التولية الى مستحقها .

وتبدأ الاجراءات المذكورة تباعا من قرار المجلس العلمي بالتعيين إن لم يكن هناك تنافس أو خصومة على التولية بين ذوي العلاقة ، كما يفهم من المادة الأولى من النظام رقم (٦٧) لسنة ١٩٤٩ المعدل لنظام توجيه الجهات الصادر سنة ١٣٣١هـ[1] .

وتقضي المادة (٣٥) من هذا النظام الأخير بأنه « يلزم ان يكون المتولون حائزين للصفات الشرعية المطلوبة ، ومع ذلك ينبغي ان يسألوا عن وظائف التولية ، ودرجة صلاحية المتولين ، واسباب عزلهم وانعزالهم ، وعن جهات تطبيق وقفياتهم ، وعن الرسوم والضرائب التي تؤخذ منهم ، وعن النظامات المرعية في رؤية الحسابات ، وعن كيفية تنظيم الدفاتر وصور استعمالها . وإذا كان المشروط له غير كفوء او قاصراً فينبغي ان يكون القائم مقامهم حائزاً لهذه الشروط » .

هذا وقد ذهب المشرع العراقي مؤخراً الى تقرير التولية على الأوقاف الجعفرية بموجب قانون ادارة العتبات المقدسة رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٦ ، بعد ان حدد الوقف الجعفري في المادة الثالثة من هذا

(١) يلاحظ ان المادة السابعة والعشرين من قانون الخدمة في المؤسسات الدينية والخيرية رقم (٥٥) لسنة ١٩٦٦ قد الغت نظام توجيه الجهات وتعديلاته ، باعتبار ان أحكام هذا القانون قد تكفلت ببيان كيفية تعيين اصحاب الجهات العلمية والبدنية وتنظيم شئونهم . إلا انه في الواقع لم يتطرق الى المتولين كأصحاب جهات على اساس ان نظاما خاصاً سيصدر بشأنهم كما ذكرت الفقرة الاولى من المادة السادسة عشرة من قانون ادارة الاوقاف ، ولكن الظاهر ان النظام المشار اليه لم يصدر بعد. ولهذا فلا مناص من العمل بموجب احكام نظام توجيه الجهات الى ان يصدر ذلك النظام الخاص تطبيقاً لنص المادة الثامنة عشرة من قانون ادارة الاوقاف الذي يقضي بأنه « يلغى قانون ادارة الاوقاف رقم (١٠٧) لسنة ١٩٦٤ وتعديله ويبقى العمل بالانظمة الصادرة بموجبه الى ان تستبدل بغيرها . »

القانون بقوله « يعتبر الوقف من الاوقاف الجعفرية إذا كان الواقف جعفريا ، ما لم يكن هناك شرط صريح يحدد نوع الوقف وجهته » . إذ نص في المادة الرابعة منه على انه « تكون التولية في الوقف الجعفري حسب شرط الواقف . ويعين متولي الوقف الجعفري المنحل بقرار من المحكمة المختصة ، وذلك بعد تزكيته من المجتهد الديني الأعلى المقلد في تلك الفترة للطائفة التي ينتمي اليها الواقف » .

ويعزل المتولي إذا كان منصوب الواقف من قبله ، وله ان يعزله متى شاء ولو دون سبب لأنه وكيله ، والوكالة عقد غير لازم . وليس للقاضي ان يعزله من غير سبب ، بل لا بد لعزله من قبله ثبوت عدم امانته او عجزه او تقصيره في ادارة شئون الوقف نتيجة مرافعة صحيحة . كما ليس للواقف عزل منصوب القاضي أبداً ، وإنما للقاضي وحده ان يعزل من نصبه متولياً من غير ان يسأل عن السبب .

وللمتولي ، سواء اكان منصوب الواقف ام القاضي ، ان يوكل غيره في كل صلاحياته التي يملكها بحجة التولية او في بعضها ، وتنظم العلاقة بين المتولي والوكيل في هذه الحالة احكام الوكالة . ولكن ليس للمتولي ان يفوض الأمر باسناد التولية لغيره ، بأن يتنازل عن حقه فيها للغير ليفرغ منها نهائياً ، اللهم إلا إذا ملك هذا الحق من قبل الواقف او فوض اليه امور الوقف تفويضاً عاماً .

ما يجوز للمتولي من التصرفات وما لا يجوز :

يعتبر المتولي أياً كان - منصوب الواقف ام القاضي ، نائباً عن الواقف ام المستحقين - اميناً على ما تحت يده من اموال الوقف ،

سواء اكانت هذه الأموال بدل اعيان الوقف ام كانت حقاً للمرتزقة لم يحن موعد توزيعه عليهم ام كانت مدخراً من الغلة لأجل اصلاح الموقوفات وتعميرها . فلا ضمان عليه فيما إذا هلك شيء من هذه الأموال من غير تعديه ومع عدم تقصيره في الحفظ ، كما إذا هلك بآفة سماوية او بأمر ليس في مقدوره دفعه ولا الاحتياط له .

واذا كانت يد المتولي على الوقف يد امانة ، فان عليه ان ينفذ كل شرط اشتراطه الواقف في حجة وقفه ما دام صحيحاً ومعتبراً شرعاً . ولهذا فانه يجوز له ان يجري كل التصرفات النافعة التي جعل الواقف له الحق في احداثها والتي تعود بالفائدة على الوقف والموقوف عليهم ، كما يجوز له أيضاً احداث التصرفات التي يتطلبها الاستغلال ولم يخولها له الواقف .

فله مثلاً ان يبدأ بتعمير الوقف من غلته ان وجدت وإلا استدان باذن من المحكمة وان لم يشترط الواقف مثل هذا الشرط، بل وإن خالف بذلك شرط الواقف ، لان المصلحة في ذلك للوقف والموقوف عليهم . وله ان يؤجر المستغلات الوقفية للمدة التي يرغب فيها المستأجر على ان لاتزيد على ثلاث سنوات إن لم يخوله الواقف صراحة لاكثر من هذه المدة، وإلا استحصل إذنا من القاضي بذلك. كما له ان يزرع ارض الوقف بنفسه ، بأن يشتري ما يلزم لذلك من بذر وموش وآلات للري والحرث والحصد ويستأجر العمال ويدفع لهم اجورهم من مال الوقف ، او ان يعطيها بالاجارة او ان يشارك الغير على زراعتها ببعض محصولها حسب ما يراه الاصلح . وبالجملة له

مباشرة كل تصرف فيه منفعة للوقف ومصلحة للموقوف عليهم[1] .

وعلى المتولي مقابل ذلك أن يمتنع عن كل ما فيه ضياع لأعيان الوقف وأمواله ، وعدم مخالفته لشرط معتبر من شروط الواقف . فلا يجوز له مثلاً أن يستدين للوقف إلا بقدر الحاجة وعند الضرورة فقط وبشرط ن يستأذن القاضي إن لم يكن الواقف أجاز له ذلك . ولا يجوز له يضاً أن يرهن عقار الوقف بدين على الوقف وعلى المستحقين فيه ، إذ قد يترتب على هذا ضياع الوقف عند العجز عن السداد . كما لا يجوز له الإقرار على الوقف ، فلو ادعى أحد بمال الوقف على أنه ملكه وأقر له المتولى ، فلا حكم لهذا الاقرار أي أنه لا ينفذ في حق الوقف . بعكس اقراره للوقف فانه صحيح ، كما لو أقر بعقار في يده بأنه للوقف ، إذ يعتبر إقراره ويعد العقار وقفاً . وبالجملة فانه لاينبغي له أن يخالف شرطاً صحيحاً للواقف ، أو أن يهمل ما طلب الواقف ملاحظته إلا لضرورة يعتبرها القاضي ، أو أن يجري تصرفاً يضيع على جهة الوقف حقاً أو شيئاً من غلته أو بعض أعيانه، أو أن يكون في تصرفه ما يوجب الريبة والتهمة .

الأجر الذي يستحقه المتولي :

يستحق المتولي على الوقف أجراً لقاء قيامه بشئونه ، والأصل

(١) جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون ادارة الأوقاف ما نصه « للديوان وللمتولي بقرار من المجلس (مجلس الأوقاف الأعلى) أن يتملك حقوق للغارسة رضاء او قضاء بعد دفع تعويض عادل للغارس » . ونصت المادة الحادية عشرة من نفس القانون على أن « للمتولي شراء الأملاك او تعميرها او ترميمها او انشاء المباني ، على ان يحصل على موافقة الديوان إلا اذا كانت كلفة الترميم لا تتجاوز مائة ينار ، ويستثنى من حكم هذه المادة المتولي إذا كان هو الواقف نفسه » .

في ذلك ما فعله بعض فقهاء الصحابة أخذاً بما جاء في الحديث الشريف الخاص بحبس عمر رضي الله عنه من أنه « لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول » والأجر الذي يخصصه الواقف له قد يكون مبلغا معينا من النقود يدفع له شهريا أو سنويا، وقد يكون مقداراً نسبيا من غلة الوقف كالخمس والعشر مثلاً .

ولا يكلف المتولي في رعاية أمور الوقف لاستحقاقه الأجر إلا بالقدر الذي يستطيعه، فلو كان امرأة فانها لاتطالب إلا بما تستطيعه النساء عادة . ولو كان رجلاً وأصيب بمرض منعه من القيام الفعلي على ادارة اعيان الوقف بنفسه وتحصيل غلاته ، فهو يستحق الأجر ما دام يستطيع الأمر والنهي والاشارة برأيه في تصريف شئون الوقف ، لأن العجز الجسمي لا يمنع النظر والاشراف .

وإذا كان الواقف قد شرط للمتولي اجراً استحقه حتى لو كان اكثر من اجر المثل، بل حتى لو اعترض المستحقون على هذا الأجر، لأن استحقاقهم الذي جعله لهم الواقف في غير ما خصصه اجراً للمتولي. ولذلك لا يجوز للقاضي ان ينقص شيئا من اجر المتولي الذي عينه له الواقف ، إذ تعتبر الزيادة في هذه الحالة ارتزاقاً في الوقف ، ومعلوم ان المرتزق يستحق في غلة الوقف من غير عمل يطلب منه .

ولو طالب المتولي بأجر اكثر مما شرطه له الواقف ، على اعتبار ان المشروط اقل من اجر المثل ، كان للمحكمة ان تجيبه الى طلبه إذا اثبت بدعاه و كان ما طلبه هو اجر المثل بالفعل .

اما إذا لم يشترط له الواقف شيئا فللقاضي ان يقدر له من غلة الوقف اجر مثله من غير زيادة منعاً لانتقاص حقوق المستحقين

التي قدرها لهم الواقف ، كما هو الشأن في تعيينه اجر المتولي المنصوب من قبله . ويذهب البعض الى ان المتولي الذي لا يعين له الواقف في حجة وقفه اجراً مقدراً او نسبيا مضافا الى غلة الوقف لا يحل له إلا ان يأكل بالمعروف، ولو لم يكن محتاجاً ، وليس له اجر على توليته[1] .

هذا وان المتولي إنما يستحق الأجر ما دام قائماً بادارة الوقف بنفسه او بمن ينيبه عنه، فإذا عجز كلياً او خان وعزل او مات انقطع اجره ، اللهم إلا إذا نص الواقف على خلاف ذلك ، وفي هذه الحالة يعتبر ما يتناوله استحقاقاً لا اجراً .

الاشراف على أعمال المتولين ومحاسبتهم :

لقد تولت المادة الرابعة من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ بيان كيفية الاشراف على تصرفات المتولين ووقت واجراءات محاسبتهم ، فنصت على ما يلي :

« ١ـ يراقب الديوان الأوقاف الملحقة ويحاسب متوليها ويستوفي ١٠٪ من فضلة وارداتها مقابل ذلك ، ويقيم الدعوى لمنع تحويل الوقف الى ملك تجاوزاً » .

« ٢ـ على متولي الاوقاف الملحقة ان يقدموا حساباتهم خلال شهر نيسان ومايس وحزيران من كل سنة لتدقيقها وتصديقها من قبل الديوان ، وإذا لم تقدم خلال المدة المذكورة دون عذر مشروع يضع

(١) جاء في نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٩ ما نصه « قال القرطبي : جرت العادة بأن العامل يأكل من ثمرة الوقف، حتى لو اشترط الواقف ان العامل لا يأكل لاستقبح ذلك منه. والمراد بالمعروف القدر الذي جرت به العادة، وقيل القدر الذي يدفع الشهوة، وقيل المراد ان يأخذ منه بقدر عمله ، والأول اولى كذا في الفتح » .

الديوان يده على الموقوفات من غير انذار ، وتعاد اليهم بعد ان يتم تدقيق الحساب » .

« ٣ـ يستثنى المتولي من حكم الفقرتين الاولى والثانية إذا كان هو الواقف نفسه ، ويعتبر ذلك نافذاً من ١/٤/١٩٦٥ » .

يفهم من نص الفقرة الاولى من هذه المادة ان ديوان الأوقاف يستوفي لقاء قيامه بمراقبة الاوقاف الملحقة ومحاسبته متوليها ـ بواسطة موظفي الدوائر التابعة له ـ رسماً قدره ١٠٪ من صافي فضلة وارداتها ، أي بعد تنزيل كافة النفقات التي صرفها المتولي على مصالح الوقف او نفذ بها شرط الواقف من مجموع الواردات .

وإذا وضع الديوان يده على الاوقاف الملحقة بمقتضى الفقرة الثانية ، بناء على عدم تقديم المتولي الحساب خلال الاشهر المذكورة فيها ، فانه يستوفي في هذه الحالة رسماً قدره ١٥٪ من مجموع وارداتها لقاء قيامه بالادارة عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة الثانية السابقة الذكر .

ولقد كان نص المادة الرابعة من قانون ادارة الأوقاف السابق رقم (١٠٧) لسنة ١٩٦٤ عاماً يتناول جميع المتولين ، الواقف نفسه وغير الواقف على حد سواء . فجاء النص الجديد فاستثنى بمقتضى الفقرة الثالثة المذكورة أعلاه المتولي من حكم الفقرتين السابقتين فيما إذا كان هو الواقف نفسه . ولا شك ان الاتجاه الجديد للمشرع العراقي يعد أقرب للعدالة واكثر اتساقاً مع نظمه القانونية المعمول بها في الوقت الحاضر ، لا سيما بالنسبة لحكم المادة الرابعة عشرة من مرسوم

جواز تصفية الوقف الذري التي تعطي للواقف حق الرجوع عن وقفه ما دام حياً .

وقد خول المشرع اللجان المؤلفة في المديريات والمأموريات النظر في تصرفات المتولين وسلوكهم والشكاوي التي تقدم ضدهم بمقتضى الفقرة الرابعة ، رعاية لجانب الوقف وحماية لمصالح الموقوف عليهم . وذلك لأن من يشتهر بالادمان على المسكرات أو المقامرة او الابتذال وعدم المبالاة مثلاً لا يصلح ان يكون متولياً . ومن الشروط الواجب توافرها في المتولي الأمانة والقدرة على تصريف شئون الوقف كما قلنا ، لأن التولية مقيدة بشرط النظر في مصالح الوقف ، وليس من النظر تولية من عرف بالخيانة أو سوء السلوك لأنه يخل بالمقصود .

على ان المشرع قد فتح باب التظلم أمام المتولي بالنسبة لما يصدر ضده من قرارات ، فاعطاه حق الاعتراض على قرار اللجنة الذي يصدر في غير صالحه لدى مجلس الأوقاف الأعلى خلال المدة التي حددها في الفقرة الخامسة . واعتبر القرار الذي يصدره المجلس المذكور نهائياً وقطعياً ، له قوة الحكم الحائز لدرجة البتات .

الخصومة في دعوى الوقف للمتولي وحده :

الخصم في دعوى الوقف ، سواء أكانت متعلقة بعينه أم بغلته ، هو المتولي دون غيره ، ويعتبر رئيس ديوان الأوقاف متولياً لكل وقف لا متولي له . وليس للموقوف عليه ان يكون خصماً في دعوى الوقف ولو كان الوقف عليه وحده ، الا اذا اذن له القاضي بالخصومة أو كان هو المتولي على الوقف ، إذ يكون نائباً عن القاضي في رفع

الدعوى في الحالة الأولى وباعتباره متولياً لا بصفته مستحقاً في الحالة الثانية . ولا يملك أحد من المستحقين الدعوى لاثبات وقف ما إلا إذا أذنه المتولي بذلك فيكون وكيلاً عنه ، وفي هذه الحالة يستمد حقه في الخصومة من موكله (المتولي) لا من استحقاقه في الوقف .

ولكن للمستحق في غلة الوقف ان يدعي باستحقاقه فيه باعتباره ممن شملهم الواقف بعبارته ، أو بأن استحقاقه الفعلي أكثر مما يعطيه المتولي من الغلة ، ولا يحتاج في مثل هذه الحالات الى إذن من القاضي بالخصومة . أو بمعنى أنه اذا كان للمستحق ادعاء على متولي الوقف بصفته الشخصية ، فانه يكون خصماً له في دعواه ، لأنه يدعي بذلك حقاً أو ملكاً له على شخص معين . أما فيما عدا ذلك كمحاسبة المتولي أو طلب عزله لخيانته أو تقاعسه عن تصريف أمور الوقف ، فانه لا يستطيع ان يخاصم المتولي من غير ان يستحصل إذناً بذلك من القاضي .

واذن القاضي هنا يعني نصبه متولياً مؤقتاً لامكان النظر في الدعوى وحسمها ، وذلك بما له من ولاية عامة مخول بمقتضاها ان يأذن لمن يشاء من المستحقين أو من غيرهم بخصومة متولي الوقف الذي تحوم حوله الشبهات .

هذا وقد أسبغ المشرع العراقي على الأوقاف صفة الشخصية المعنوية بموجب الفقرة (٨) من المادة (٤٧) من قانونه المدني ، لذلك فان الخصومات التي ترفع من الوقف أو عليه لا تكون الا من وضد ممثله الذي هو المتولي .

الفصل السادس

طرق استغلال الموقوفات وصيانتها

كيفية الانتفاع بالوقف :

نريد بالانتفاع بالوقف استغلال العقارات الموقوفة بقصد الحصول على منافعها كسكنى الموقوف عليهم الدار الموقوفة مثلاً ، أو الحصول على غلاتها بتأجيرها للغير وصرف بدلات ايجارها للمستحقين .

على أن الانتفاع بالوقف أو استغلاله إنما يكون بحسب ماتصلح له العين الموقوفة من اجارتها أو زراعتها أو غرسها أشجاراً أو المساقاة عليها ، مع الأخذ بما نص عليه الواقف في حجة وقفه بنظر الاعتبار ، ما لم يكن في ذلك تفويت لمصلحة الوقف أو اضرار بحقوق الموقوف عليهم . إذ الأصل في الانتفاع بالوقف هو أن تستغل كل عين من أعيانه بما يليق بها ويكون أنفع للوقف والموقوف عليهم من غيره ، أو بما تقضي به الحاجة والضرورة بحيث يتحتم المصير اليه ابقاء على العين الموقوفة واستمرار الانتفاع بها قدر المستطاع . ولا يتأتى ذلك إلا بالعمل على صيانتها وحفظها من أن يلحقها الخراب ، أو بعمارة فاسدها ومتخربها بالمرمة أو ببناء ما تهدم منها .

وعليه فاننا سنتكلم على موضوع هذا الفصل في مبحثين ، نخصص أولهما لبيان طرق استغلال الموقوفات ، ونتكلم في ثانيهما على صيانة الموقوفات وعمارتها .

المبحث الأول

طرق استغلال الموقوفات

اجارة أعيان الوقف :

نقول بادىء بدء إن الذي يملك استغلال أعيان الوقف بكافة طرق الاستغلال هو المتولي دون الموقوف عليهم ، لأن الولاية على الوقف له وحده كما بينا ، أما الموقوف عليهم فليس لهم حق إلا في الغلة التي يطالبونه بها . حتى لو أن احدهم او بعضهم اجر العين الموقوفة دون توكيل من المتولى كان عقد الاجارة باطلاً ولا يثبت حقاً للمستأجر ، وكذا لو تسلم احدهم او بعضهم الأجرة فان ذمة المستأجر لا تبرأ إلا إذا كان ذلك باجازة المتولي .

وللمتولي أن يستغل الموقوف بالاجارة ما لم يكن الواقف قد نص في حجة وقفه على خلاف ذلك ، كما لو اشترط تخصيص دار الوقف لسكنى الموقوف عليهم فقط ، إذ يتبع شرطه . ولو أبرم المتولي عقد اجارة عقار الوقف وفق الشروط الشرعية ثم عزل لسبب ما ، فان الاجارة تبقى الى أجلها ولكن قبض الأجرة يكون من حق المتولي الذي يعين بدله ، ذلك لأنه باشر العقد في وقت كانت له الولاية على الوقف أما الأجرة فاستحقت بعد أن أصبح لا ولاية له عليه .

وقد قيد الفقهاء متولي الوقف في إجارته للموقوف بقيود يقتضيها جانب الاحتياط للوقف ، منها : أن لا يستأجر عقار الوقف لنفسه أو لأحد من أولاده الذي هو في ولايته الشرعية ،

ولا أن يؤجره لمن لا تقبل شهادته له من اصل او فرع او زوج منعاً للتهمة[1] ، ولا ان يؤجره لأجنبي عنه بأقل من اجرة مثله بغبن فاحش . وينبغي ان لا تزيد مدة اجارته للموقوف عما حدده الواقف ، إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ، فانه يجوز له في هذه الحال ان يخالف شرط الواقف بعد استئذان المحكمة . اما إذا لم يتعرض الواقف لمدة الاجارة في حجة وقفه فالراجح انه لا يجوز للمتولي ان يؤجر المسقفات كالدور والحوانيت اكثر من سنة واحدة وباقي المستغلات الأخرى كالأراضي الزراعية والبساتين اكثر من ثلاث سنوات إلا إذا قضت المصلحة بخلاف ذلك ، إذ يمكن زيادة المدة باذن من المحكمة .

على ان المشرع العراقي جاء بنص عام في قانون ادارة الأوقاف يفيد جواز ايجار الموقوف لمدة تزيد على ثلاث سنين بعد اخذ موافقة مجلس الأوقاف الأعلى ، اذ نص في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على انه « يجوز اجارة الموقوف لاكثر من ثلاث سنوات بقرار من المجلس » . ومع هذا فانه لا ينبغي ان تزيد مدة اجارة اعيان الوقف مهما كان جنسها على ثلاثين سنة دفعاً لكل شبهة مراعاة لجانب الوقف ، فاذا حدث وان اجرت ارض الوقف في ظل القانون المدني العراقي لمدة اربعين سنة مثلاً جاز لديوان الاوقاف بعد مضي ثلاثين سنة ان يطلب انهاء العقد عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة (٧٤٠) مدني[2] .

---

(١) هذا قول ابي حنيفة ، اما ابو يوسف ومحمد فقد اجازا اجارة المتولي لمن يتهم عليه إذا كانت بأجر المثل فأكثر .

(٢) ونصها « إذا عقد الايجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة او اذا كان مؤبداً جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب احد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية . ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك » .

يفهم مما تقدم ان الفقهاء المسلمين لا يجيزون اجارة الموقوف مطلقاً لمدة طويلة نسبياً ، ولو بعقود مترادفة ، لأن المدة الطويلة قد تؤدي الى ابطال الوقف كما يقولون . إذ ان من يرى المستأجر يتصرف بالموقوف تصرف الملاك ، على طول الزمان ، يظنه مالكاً وقد يشهد بذلك بناء على اليد الظاهرة .

ومع ان هذا هو الأصل الذي قرره الفقهاء في اجارة الوقف ، فقد وجدت في بعض العهود استثناءات اجيز معها اجارة الأعيان الوقفية لمدة طويلة لأجل الضرورة . كأن يكون الموقوف محتاجاً للعمارة أو الترميم ولم يكن للوقف ما يعمر به ، وليس هناك من يقبل استئجاره وتعجيل دفع أجرته ، وتعذر استبداله بغيره لسبب من الأسباب . فيدفع في هذه الحال الضرر المحقق (إذا لم يعمر الموقوف كان الضرر محققاً) بالضرر المحتمل (خشية ابطال الوقف ضرر محتمل) ، فيعطى الموقوف بالاجارة لمدة طويلة . وعلى هذا الأساس عرفت طرق مختلفة في كيفية استغلال الموقوفات لمدة طويلة كالحكر والاجارتين والاجارة الطويلة الواحدة ، كما سنبين فيما يلي ، بالإضافة الى المزراعة والمساقاة والمغارسة .

الحكر أو التحكير (المقاطعة) :

من المقرر في كتب الفقه الاسلامي ان الأرض لو أجرت لشخص مامدة معينة لغرض البناء أو الغراس ، ورغب المستأجر بعد انتها . تلك المدة ابقاء الأرض تحت يده مقابل دفعه أجر مثلها ، فلا أولوية له في ذلك سواء أكانت الأرض ملكاً أم وقفاً . إلا ان بعض

الفقهاء - المتأخرين خاصة[1] - يذهبون الى أنه إذا انتهت مدة الاجارة وكان للمستأجر عمارة أو غراس وضمه في الأرض باذن من متولي الوقف ، فانه يكون أولى من غيره باستئجارها بأجر مثلها إذا كان لا يخشى على الوقف منه ، دفعاً للضرر عنه وعن الوقف .

فهذا هو أصل مسألة الأرض المحكرة ، ومنه نشأ عقد اجارة أرض الوقف لمدة طويلة بطريق الحكر . وقد يقع الحكر أيضاً بتأجير الأرض الموقوفة للبناء والغراس دون تقييد بمدة معينة ، وذلك بتمليك المحتكر حق البقاء والقرار في الأرض المحتكرة له ما دام ملتزماً بدفع أجر المثل[2] .

فالحكر بمفهومه العام يعني ترك الأرض الموقوفة في يد مستأجرها ، وعدم اجلائه عنها ، ما دام قائماً بدفع أجرة مثلها . ويمكن تحديده فقهاً أو شرعاً بأنه عبارة عن عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغراس أو أحدهما ، سواء خصصت الأرض للحكر ابتداء أو أجرت مدة معلومة لأحد الغرضين المذكورين أولهما معاً ، ثم جددت الاجارة على نفس النحو السابق .

وحكم الحكر أو التحكير هو ان أجرة الأرض المحكرة لا تبقى ثابتة في جميع الأحوال ، بل تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال ، فقد تزيد أو تنقص بارتفاع أجرة الأرض أو انخفاضها . والعبرة في

(١) أنظر ابن عابدين في رد المحتار ج ٣ ص ٤٥٠ و ٤٥١ وكذا ج ٥ ص ٢٧ في باب الاجارة .

(٢) ويتحقق ذلك بموجب عقد صحيح يجريه المتولي باذن القاضي للضرورة ، بأن تتخرب اعيان الوقف ويتعطل الانتفاع بها كلياً ولم يكن للوقف ما يعمرها به ، وليس هناك احد يقبل استئجارها بأجرة معجلة تقوم بعمارتها ، ولم يمكن استبدالها .

ذلك للزيادة التي يكون سببها ارتفاع أجرة الأرض في ذاتها لتغير حالة مكانها و كثرة الرغبات فيها ، لا بسبب ما أحدثه المحتكر من الاصلاح والعمارة إذ لا يلتفت الى هذه الزيادة .

وان ما يحدثه المحتكر من بناء أو غراس يكون ملكاً له يتصرف فيه بمختلف التصرفات الشرعية ، فله ان يستعمله بنفسه أو أن يتنازل عنه ببدل أو بدونه وله ان يرهنه أو يقفه ، فهو بمثابة (مقاطعة) له يستغلها ويتمتع بها بمل، حريته . واذا مات المحتكر انتقل ما أحدثه ميراثاً لورثته لأنه ملكه، فيعتبر ـ دون الأرض ـ تركة عنه لمستحقيها .

ولكن لو تخرب او احترق البناء او الغرس وامتنع المحتكر او ورثته عن دفع اجر المثل، انفسخ العقد واعيدت الارض الى الوقف خالصة دون ان يتعلق بها حق للغير . وكذلك يحكم القاضي بفسخ العقد وبنزع ارض الوقف من يد المستأجر ، متى تبين ان المحتكر او وارثه مفلس او سيء المعاملة او متغلب يخشى على الوقف منه ، ويعيدها وقفاً خالصاً رفعاً للضرر .

فهذا النوع من انواع استغلال الموقوف بالاجارة لمدة طويلة يقوم في الواقع على عقد غير صحيح اصلاً ، لانه عبارة عن اجارة لمدة مجهولة ، وانما اجيز للحاجة والضرورة عندما لا يكون للوقف ريع يعمر به وتكون الاجارة بأجر المثل في حينها . وهو وان كان مما تعارف الناس عليه وجرى تعاملهم به لعدم مخالفته نصاً شرعياً ، الا انه لا يخلو من ضرر يلحق بالوقف، وخصوصا مع سوء الاستعمال . ولذلك فقد منع المشرع العراقي ربط ارض الوقف بالحكر منذ

سنة ١٩٢٩ ، بمقتضى المادة السابعة من قانون ادارة الاوقاف القديم رقم (٢٧) الصادر في تلك السنة .

غير أن ذلك المنع لم يرفع ما كان موجوداً قبل ذلك التاريخ ، ولهذا أخذ المشرع بنظر الاعتبار الحكر وغيره من الحقوق المتعلقة بالوقف عند تشريعه مرسوم جواز تصفية الوقف الذري ، إذ نص في المادة التاسعة منه على ما يلي :

« أ ـ إذا كان في الوقف حق للغير كالاجارتين والمقاطعة والاجارة الطويلة والمساقاة والمغارسة فلا يباع الوقف للتصفية إذا ظهر بنتيجة المزايدة أن في البدل ضرراً بيّناً ـ وتبقى دعوى التصفية قائمة ـ فاذا زال الضرر جاز البيع » .

« ب ـ تبقى حقوق المستأجر أو المغارس أو المساقي أو صاحب المقاطعة في الأرض تجاه من آلت اليه الملكية كما كانت » .

« ج ـ تعود حقوق الوقف المرتبة سابقاً على المستأجر أو المساقي أو صاحب المقاطعة الى من آلت اليه ملكية الوقف » .

الموقوفات ذات الاجارتين :

يراد بها المسقفات وغيرها من المستغلات الوقفية التي أجرت مدة غير معينة من قبل متولي الوقف ـ بعد استئذان القاضي ـ بأجرة ، قسم منها معجل يعادل قيمة الموقوف ينفق على عمارته ، وقسم مؤجل حدد مقدما يستوفى أقساطا سنوية لجهة الوقف . والأصل في جواز عقد الاجارتين هو فوات منفعة الموقوف بالكلية وعدم وجود غلة في الوقف تكفي لعمارته ، ولا يوجد من يرغب في استئجاره .

بأجرة واحدة ويقوم بتعميره محسوبا عليها وتعذر استبداله لسبب ما . وهي في الحقيقة نفس المسوغات التي اجيز معها عقد الحكر ، حيث ان المفروض في اعطاء القاضي الاذن بذلك مراعاته مصلحة الوقف قبل كل اعتبار .

وحكم العقارات الموقوفة ذات الاجارتين ، من حيث تصرف المستأجر بها طيلة مدة حياته وانتقال هذا الحق الى ورثته من بعده بموجب قواعد الانتقال[1] ، يشبه حكم الحق المقرر على الأرض الأميرية الذي يُمكن صاحبه من التصرف بأرضه . ذلك لأن المستأجر على الوجه المذكور إنما يملك حق التصرف بالعقار المأجور بالانتفاع به شخصيا او باستغلاله ، اما رقبته (الأرض) فتبقى عائدة للوقف .

ويكون كل ما يستحدثه المستأجر من منشآت ملكا للوقف ، لأن ما ينفقه في سبيل ذلك يقابل بدل الأجرة المعجلة ، التي تساوي قيمة المأجور وقت اجارته . وإذا هلكت المحدثات التي انشأها المستأجر أو انهدمت بكلف ، هو أو أصحاب حقوق الانتقال من ورثته بعد موته ، باعادتها مجدداً ، فاذا حصل امتناع فسخ العقد . وعندئذ تعود العقارات للوقف خالصة دون ترتب حق عليها لأحد ، وكذا تعود اليه (للوقف) أيضا في حال انقراض ورثة المستأجر .

على أن المشرع العراقي منع ربط الموقوفات بالاجارتين منذ سنة ١٩٢٩ ، في نفس المادة التي منع فيها ربطها بالحكر .

(١) لقد تولى قانون الانتقال لسنة ١٣٣١ هـ بيان ذلك ، على أن يدفع للوقف تعويض تعادل قيمته ٥ و ٢ بالالف من قيمة العقار مقابل حرمانه من المحدثات كالابنية المنشأة على الموقوف أو الاغراس التي انحلت بوفاة المتصرفين .

الموقوفات ذات الاجارة الطويلة الواحدة :

هي المسقفات والمستغلات التي أعطيت بالاجارة الواحدة لمدة طويلة غير معينة ، لقاء أجرة سنوية محددة يدفعها المستأجر لجهة الوقف . وقد عُرف هذا العقد قديماً للحاجة اليه مراعاة لمصلحة الوقف ، إذ كان المستأجر يملك بمقتضاه حق التصرف بالموقوف مادام حياً ، فاذا مات انتقل هذا الحق الى ورثته بموجب قواعد الانتقال ، فان لم يكن له ورثة عاد الى الوقف .

ولما كانت عقود الاجارة الطويلة غير محددة المدة ، فانها كثيراً ما تؤدي الى ضياع العقارات الوقفية وانتقالها الى أيدي أصحاب الحقوق التصرفية المنشأة عليها . لهذا فقد أهمل هذا العقد منذ عهد بعيد ، ولم يبق من آثاره ما يدعو المشرع العراقي الى الاشارة اليه في قانون ادارة الأوقاف القديم الصادر سنة ١٩٢٩[1] .

المزارعة :

عبارة عن نوع خاص من عقود الاجارة التي يكون محلها (المعقود عليه) مزروعات ، يتم بين صاحب أرض ومزارع يقوم بالعمل ، يتفقان على قسمة الحاصلات بينهما بالنسبة التي يعينانها وقت العقد . وقد عرفها المشرع العراقي في المادة (٨٠٥) من قانونه المدني بقوله « المزارعة عقد على الزرع بين صاحب الأرض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد » .

(١) لقد الغت المادة الرابعة من النظام الصادر بتاريخ الرابع من شهر رجب سنة ١٢٩٢ هـ الاجارة الطويلة القديمة .

من هذا التعريف يتبين ان متولي الوقف يستطيع ان يدخل طرفاً في عقد المزارعة باعتباره صاحب أرض - لا باعتباره مزارعاً بالطبع إلا بصفته الشخصية - ولكن « يشترط حين العقد تعيين حصة المزارع جزءاً شائعاً من المحصول ، ويجوز الاتفاق على احتساب البذر والضرائب من أصل المحصول وقسمة الباقي »[1] . وتعين مدة المزارعة عادة في أصل العقد الذي يبرمه المتولي مع المزارع ، على ان يأخذ إذناً من القاضي في حالة زيادة المدة عن ثلاث سنوات ، و« إذا لم تحدد مدة المزارعة كانت المدة دورة زراعية سنوية »[2] .

هذا وقد تولى القانون المدني العراقي بيان الأحكام المتعلقة بالمزارعة تفصيلاً في المواد (من ٨٠٨ الى ٨١٥) فليرجع اليها بشأن استغلال الأراضي الموقوفة بهذا العقد .

المساقاة :

نوع من أنواع استغلال البساتين الوقفية التي ضعف نتاجها بسبب إهمال نخيلها وأشجار كرومها ، وذلك بتسليمها الى مساقٍ يقوم بسقيها وتأبير نخيلها وما يلزم لاشجارها من عناية ، لقاء حصة شائعة معلومة من ثمرتها يستوفيها مدة محددة . وقد أجاز الفقهاء للمتولي الوقف اجراءها على ان يستأذن القاضي فيما لو زادت مدتها على ثلاث

(١) المادة (٨٠٦) من القانون المدني العراق .

(٢) الفقرة الأولى من المادة (٨٠٧) مدني عراقي . وقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ما يلي : « والايجار بالمزارعة تدخل فيه الأدوات الزراعية والمواشي التي تستخدم في الزراعة والموجودة في الأرض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة لصاحب الأرض ما لم يتفق على غير ذلك » .

سنين ، إلا إذا وجدوا له ان يفوض المساقي بادارة يساقي غيره إن أراد[1] .

وهي من الأمور البالغة نفعاً ، فقد نص عليها المشرع العراقي في المادة (٨١٦) من قانونه المدني بقوله « المساقاة عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره » ونص في المادة (٨١٧) منه على أنه « اذا لم تحدد مدة المساقاة تقع على اول ثمر يخرج في تلك السنة » ، كما نص في الفقرة الأولى من المادة (٨١٨) منه على أنه « إذا حدد المتعاقدان للمساقاة مدة طويلة لا يعيشان اليها غالباً أو مدة قصيرة لا تخرج الثمرة فيها كانت المساقاة باطلة »[2] . وقد تولت المواد (من ٨١٩ الى ٨٢٣) من نفس القانون بيان أحكام هذا العقد تفصيلاً ، فيمكن الرجوع اليها عند استغلال الموقوفات بهذا الطريق .

المغارسة :

لقد أجاز الفقهاء للمتولي دفع أرض الوقف الى من يقوم بغرسها أشجاراً ويتعهد بتربيتها ورعايتها مدة معلومة لقاء جزء معين من ثمرتها . وقد عرفتها المادة (٨٢٤) من القانون المدني العراقي بقولها « المغارسة عقد على أعطاء أحد أرضه الى آخر ليغرس فيها أشجاراً معلومة ويتعهد

(١) نصت المادة (٨٢٠) مدني عراقي على أنه « لا يجوز للساقي ان يساقي غيره إلا باذن مالك الشجر ، فان ساقى بغير اذنه كان الخارج لمالك ويدفع للساقي الثاني أجر مثله ولا شيء للساقي الأول » .

(٢) ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على الآتي : « اما إذا حددا مدة يحتمل خروج الثمرة فيها وعدم خروجها كانت المساقاة موقوفة ، فان خرج في الوقت المسمى ثمرة يرغب في مثلها في المعاملة صحت المساقاة ويقسم الخارج بينهما على حسب شروطهما ، وان تأخر خروج الثمر من الوقت المسمى بطلت المساقاة وللساقي أجر مثل عمله ، وان لم يخرج ثمر اصلا فلا شيء لكل منهما على الآخر » .

بتربيتها مدة معلومة ، على ان تكون الأشجار والأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة » .

ومعلوم ان الشق الاخير من هذه المادة لا ينطبق بتمامه على ارض الوقف ، إذ لا يصح ان يشترط تمليك المغارس جزء من الموقوف لأن مثل هذا الشرط يخرجه عن وقفيته ، وإنما الذي يصح بالنسبة للوقف هو دفع جزء معين للمغارس من الثمرة او الأشجار التي غرسها وتعهدها بالتربية[1] .

استغلال الموقوفات تجاوزاً يستوجب عقوبة جنائية :

لقد عمل المشرع العراقي على حماية الوقف من التجاوزات التي تقع على ارضه بالبناء أو الزرع أو الغرس ، من قبل المستأجر الذي انتهت مدة ايجاره او من قبل شخص آخر ، وذلك بتقريره عقوبة جنائية على المتجاوز بالاضافة الى إزالة التجاوز مع تعويض عادل . اذ قرر في المواد (من ١٢ الى ١٤) من قانون ادارة الأوقاف من الأحكام الوضعية التي استدعتها الضرورة ، بعد ان استباح خربو الذمة وضعافها لأنفسهم اغتيال الوقف دون رادع يردعهم او خشية من العقاب الأخروي ، تكفل الحد من تجاوزات الظالمين . ولا بأس من ان نثبت هنا نصوص تلك المواد الثلاثة ، تثميناً لهذا الاتجاه التشريعي الجديد مع الأمل والرجاء بحسن التطبيق والتنفيذ .

---

(١) تراجع المواد (من ٨٢٥ الى ٨٣٣) من القانون المدني العراقي بشأن احكام المغارسة .

تقضي المادة الثانية عشرة بأنه « يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على ارض موقوفة بغرسها او البناء عليها او بزرعها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على السنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او بكلتيهما ، وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع ، وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز ، وعلى المحكمة ان تحسم الدعوى بصورة مستعجلة » .

وتقرر المادة الثالثة عشرة بأن « على دوائر الأوقاف التي تقع ضمن حدودها الأرض الموقوفة المتجاوز عليها ان تنذر المتجاوز خلال مدة لا تزيد على الشهر بقلع المحدثات المغروسة او المزروعة او المشيدة ، واذا انتهت مدة الانذار ولم يقلع المتجاوز المحدثات فعليها مراجعة حاكمية التحقيق ومحكمة الجزاء وطلب تطبيق احكام المادة الثانية عشرة من هذا القانون » .

وتبين المادة الرابعة عشرة بأنه « يكون مشمولاً بأحكام المادتين الثانية عشرة والثالثة عشرة من هذا القانون كل مستأجر انتهى عقد ايجاره ولم يسلم الأرض الى دائرة الوقف » .

المبحث الثاني

صيانة الموقوفات وعمارتها

صيانة وعمارة الموقوفات المعدة للاستغلال :

يقوم متولي الوقف بصيانة الموقوف العامر بما يحفظه من الخراب

كما يقوم بتعمير وترميم الموقوف الذي يعتد اليه الخراب بناء مايتهدم منه او باصلاحه ، كل بحسب ما يناسبه . ذلك لأن الغرض من الوقف كما علمنا هو الانتفاع بالموقوف على وجة الدوام ، ولا يتحقق هذا الا بالمحافظة عليه واصلاحه كلما حدث فيه ما يستوجب ذلك . لهذا كانت القاعدة عند الفقهاء جميعاً هي انه يبدأ من غلة الموقوفات المدة للاستغلال بعمارتها اولاً ان كانت محتاجة للعمارة الضرورية ، قبل الصرف على المستحقين ، سواء شرط الواقف تقديم العمارة على المستحقين أم لم يشترطه .

فاذا كانت الموقوفات المعدة للاستغلال مستغلات واشترط الواقف تقديم عمارتها على المستحقين اتبع شرطه فيما اذا كانت العمارة ضرورية وقت قسمة الغلة ، فاذا انتهت وفضل من الغلة شيء يصرف الفاضل الى المستحقين . فان لم تكن العمارة ضرورية وقت قسمة الغلة ادخر لها المتولي قدراً احتياطياً على حسب الحاجة ، تداركاً لما عساه يحدث في المستقبل حال خلو الوقف من الغلة ، ثم يصرف الباقي الى المستحقين . اما اذا لم يشترط الواقف تقديم العمارة او سكت ، فان العمارة تقدم على المستحقين ايضاً عند الحاجة اليها ، ولكن لا يُدخر لها شيء عند عدم الحاجة اليها ، بل تصرف الغلة كلها للمستحقين إن كانت الموقوفات مستغنية عن العمارة وقت قبض الغلة وقسمتها . ويكون التعمير هنا من غلة الموقوفات نفسها فيما إذا لم يكن الخراب بفعل أحد أي بسبب الاستعمال ، وإلا فعمارتها على من خربها ، فان خربها أحد بصنعه لزمته عمارتها .

وإذا كان الموقوف أرضاً معدة للزراعة فطغى عليها الملح بمرور الزمان وصارت سبخة لا ينبت فيها شيء ، كان للمتولي أن يصلحها من غلة الوقف قبل الصرف على المستحقين . وإن كان الموقوف شجراً يخاف هلاكه ، كان للمتولي ان يشتري من غلته فسيلاً - نبتة صغيرة تخرج جنب الأصل - تعويضاً لما يفسد من الشجر بامتداد الزمان .

أما إذا كانت دار الوقف معدة للسكنى بشرط الواقف واحتاجت الى تعمير ، كما لو سقط بعض جدرانها أو انهدم نتيجة لطول الاستعمال ، أمر القاضي من له حق السكن فيها بعمارتها ، فان امتنع او كان معسراً نزعها من تحت يده واجرها لغيره ليعمرها ببدل اجرتها . على ان يردها القاضي الى الموقوف عليه صاحب حق السكنى بعد انتهاء مدة الاجارة ، ذلك لأن انتزاع الموقوف من يده وتأجيره للغير إنما كان للضرورة لئلا تفوت منفعتها بالمرة ، والضرورة تقدر بقدرها .

هذا وقد اشار المشرع العراقي الى حق المتولي في تعمير الموقوف وترميمه بنص عام ، وترك امر التفصيل في ذلك الى الأحكام الفقهية ، اذ قال في المادة الحادية عشرة من قانون ادارة الأوقاف : « للمتولي شراء الأملاك وتعميرها وترميمها وانشاء المباني ، على ان يحصل على موافقة الديوان إلا إذا كانت كلفة الترميم لا تتجاوز مائة دينار ، ويستثنى من حكم هذه المادة المتولي إذا كان هو الواقف نفسه » .

إذا كان الموقوف عليه مؤسسة دينية أو خيرية ، كما لو كان مسجداً أو مدرسة أو سقاية ، واحتاج الى تعمير قدمت عمارته على الصرف للمستحقين من أرباب الشعائر وأصحاب الوظائف . ولو استغرق الصرف على العمارة جميع غلة الأعيان الموقوفة على هذه المؤسسات قطع الصرف عن أرباب الشعائر من إمام وخطيب ومؤذن وعن أصحاب الوظائف من خادم ومعلم وحارس وإن ترتب على ذلك ضرر بالنسبة لهم وتعطيل للشعائر الدينية . وان ما يقطع من هؤلاء القائمين بالأعمال المذكورة لايكون لهم ديناً على الوقف ، فلا يعوضون عنه من فضلة غلة السنوات المقبلة . وان صرف المتولي اليهم شيئاً من الغلة مع احتياج المؤسسة للعمارة عد متعدياً ، ويضمن للوقف في هذه الحالة ما صرفه اليهم ، غير ان له حق الرجوع عليهم بما دفعه لأنهم أخذوا شيئاً لا يستحقونه على اعتبار ان حقهم يأتي بعد العمارة .

أما اذا تعطلت مؤسسة خيرية بالمرة واستغنى الناس عنها ، كما لو خرب خان الوقف المعد لاستقبال المسافرين وتحول الطريق عنه ، جاز للقاضي ان يأذن باستبداله بمثله على طريق السفر أو بجعله مستغلاً وصرف غلته على مؤسسة خيرية أخرى تحقق نفس المنفعة التي كان يحققها أو مشابهة لها . وهذا ما أشارت اليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون اداره الأوقاف بقولها « اذا تعطلت

مؤسسة خيرية بالكلية أو انتفت الغاية التي انشئت من أجلها جاز بقرار من المجلس (ويريد مجلس الأوقاف الأعلى) استبدالها ، بأن تنشأ مؤسسة بدلها في محل يحتاج الى مثلها ، واذا انتفت الحاجة الى مثلها فتؤسس مؤسسة شبيهة بها ، وان تعذر ذلك فتبقى مستغلاً للأوقاف » .

الباب الثاني

الوصايا

يتضمن هذا الباب :

تمهيد

(الوصية)

نظرة تاريخية عامة .

الفصل الأول — تعريف الوصية ومشروعيتها وصفتها والحكمة فى تشريعها .

الفصل الثانى — انشاء الوصية وثبوت الملكية بها .

الفصل الثالث — شروط الوصية .

الفصل الرابع — تنفيذ الوصية بالمال والوصية بالمنافع .

الفصل الخامس — تزاحم الوصايا

(الوصاية)

الفصل الأول — تحديد مفهوم الوصاية وأحكامها شرعاً وقانوناً

الفصل الثانى — انتهاء الوصاية .

الوصايا جمع وصية ووصاية ، من وصى وأوصى . يقال في اللغة : وصى له بالشيء الفلاني أي جعله له ، وأوصى فلاناً وإليه أي عهد إليه ، بأن جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد وفاته . ووصى وأوصى بالشيء فلاناً أي أمره به وفرضه عليه ، ومنه قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين »[1] وقوله أيضاً « ووصى بها ابراهيمُ بنيه ويعقوبُ يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتنّ إلا وانتم مسلمون »[2] وقوله سبحانه على لسان سيدنا عيسى عليه السلام « وأوصاني باصلاة والزكاة ما دمت حياً »[3] وقوله في أكثر من سورة « ووصينا الانسان بوالديه »[4] .

« والوصية لغةً الايصال من وَصى الشيء بكذا ، وصله به »[5] ، فتقول : وَصيْتُ الشيء بالشيء أصيه ، إذا وصلته به . وسميت وصية لما فيها من صلة التصرف في حال الحياة بها بعد الوفاة ، لأن

---

(١) سورة النساء الآية (١١) .

(٢) سورة البقرة الآية (١٣٢) . وفى قراءة « أوصى بها » أي بالملة . والمعنى أوصى ابراهيم بنيه وأوصى يعقوب بنيه ، إذ قال كل منهما : يا بني إن الله اصطفى لكم دين الاسلام ونهاكم عن تركه وأمركم بالثبات عليه الى أن يصادفكم الموت . أنظر تفسير الجلالين للمحلى والسيوطي ص ١٩ .

(٣) سورة مريم الآية (٣١) .

(٤) سورة العنكبوت الآية (٨) وسورة لقمان الآية (١٤) وسورة الأحقاف الآية (١٥) .

(٥) الرملي فى نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٣ .

الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته[1] .

وتطلق الوصية على فعل الموصى (الايصاء) وهو « طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته »[2] ، كما تطلق على ما يوصى بـه مالاً كان أو غيره . فتكون بمعنى المصدر وهو الايصاء ، فيقال : وصية فلان كانت قبل وفاته بأيام ، وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم أي الموصى به ، فيقال : هذه السيارة وصية فلان.

فالوصية والايصاء في اللغة واحد ، لأنهما مشتقان من مادة وصى التي تدل على الوصل والايصال ، لا فرق بين الفعل المتعدى باللام أو بالى والمتعدى بنفسه[3] . فتقول : أوصيت أووصيت لفلان أو الى فلان بثلث مالي أو بنصف أرضي أو بكل كتبي ، كماتقول: أوصيت أو وصيت فلاناً برعاية شئون أولادي بعد موتي . وقدتقول أيضاً : وصيت به خيراً أو أوصيته بالصبر الجميل ، وهو ضرب من الوصايا الأدبية ، ومثله وصية الله عزّ وجلّ بطاعة الوالدين ووصية النبي صلى الله عليه وسلم بحسن الجيرة .

والذي يهمنا في دراستنا هنا الوصايا المادية ، تمليكية كانت أو عهدية[4] ، وهي التي تتضمن تمليكاً للمال أو المنافع أو عهداً بتصرف

(١) أنظر في ذلك : نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٢ و ١٤٣ والروضة البهية للجبعي ج ٢ ص ٤٢ وبلغة السالك للصاوي ج ٢ ص ٤٣٠ والنظم المستعذب للركبي بهامش المهذب ج ١ ص ٤٥٦ .

(٢) ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٥٦٧

(٣) نفس المرجع المشار اليه في الهامش السابق ص ٥٦٨ .

(٤) ويسمى فقهاء الجعفرية الوصية العهدية أيضاً (الوصية بالولاية) أنظر مفتاح الكرامة كتاب الوصية ـ المجلد التاسع ـ ص ٣٦٣ .

معين في الأموال والحقوق التي للشخص على وجه معين . كأن يوصي شخص لآخر بجزء معلوم من ماله أو بسكنى داره مدة محددة ، أو أن يعهد لغيره بأن ينظر أو ينفذ ما يوصى به بعد وفاته .

على ان الفقهاء فرقوا بين أوصى له وأوصى إليه ، فاستعملوا المتعدي باللام في تمليك شيء من مال الموصى او منافعه لمن يشاء واصطلحوا على تسمية تصرفه هذا وصية ، واستعملوا المتعدى بالى في إقامة الانسان غيره مقام نفسه بعد موته في بعض شئون تركته أو كلها والنظر على أولاده واصطلحوا على تسمية تصرفه هذا إيصاء أو وصاية[1] . وهذا المعنى الاصطلاحي الذي جرت به عباراتهم يختلف عما هو معروف في اللغة، غير أنه يجب ملاحظته ومراعاته عند الاستعمال.

وعليه وجرياً منا على الاصطلاح الفقهي الشائع في إطلاق لفظ (الوصية) أو (التوصية) على تمليك الأعيان والمنافع من قبل المالك (الموصى) الى المملك (الموصى له) بعد الوفاة ، وإطلاق لفظ (الايصاء) أو (الوصاية) على إقامة الانسان (الموصى) غيره (الموصى إليه) ليكون (وصياً) ينظر فيما أوصى به بعد وفاته ، سنقسم الكلام في موضوع الوصايا الى قسمين :

نتكلم في القسم الأول على الوصية ، ثم نتكلم في القسم الثاني على الوصاية .

(١) أنظر في ذلك : الدر المختار للحصكفي بهامش رد المحتار في نفس الموضع السابقة الاشارة اليه ، ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الموضع السابقة الاشارة اليه مع حاشية الرشيدي عليه في نفس الموضع ، والروضة البهية في نفس الموضع السابقة الاشارة اليه .

الوصية

نظرة تاريخية عامة

قدم تاريخ الوصية

عرف الانسان الوصية ، كوسيلة لنقل الملكية بمقتضى رغبته الأخيرة ، منذ أن تبلورت لديه فكرة تملك الأموال . فحياة الزراعة المستقرة خلقت بلا شك نظام الملكية الفردية أو ملكية الأسرة على الأقل لدى الجماعات البشرية الموغلة في القدم ، مما أدى الى ظهور أموال يمكن نقل ملكيتها من شخص الى آخر ، كما دفع الرجل - باعتباره رب الأسرة - الى العمل على توريث أمواله بطريق الوصية لأولاده وأقاربه من بعده .

وكانت الوصية عند أكثر الأمم القديمة مطلقة من القيود ، لا يلزم لانشائها إلا بعض الشروط الشكلية . فقدماء المصريين (في العصر الفرعوني)[1] مثلاً يجيزون الوصية بكل المال ولأي شخص ، إلا أنهم كانوا يشترطون كتابتها والنص على أنها صدرت أثناء حياة الموصى حال صحته ، ولا بد لتمامها عندهم أن تكون أمام شهود وان تكون صيغة إنشائها منسوبة الى الاله لا الى شخص الموصى[2] . وان شريعة الألواح الاثني عشر إذ خولت أبا العائلة حق التصرف في ممتلكاته بطريق الوصية فانها قد أطلقت هذا الحق ولم تخصصه بأي

(١) من الألف الرابع قبل الميلاد الى القرن الرابع قبل الميلاد .

(٢) أنظر تاريخ القانون المصري القديم للدكتور شفيق شحاته ص ٩٠ و ٢٤٠ .

قيد ، فمن كان يريد حرمان أقاربه أو حتى أولاده من إرثه كان بحسبه ان يعمد الى أجنبي يتخذه في وصيته وارثاً . وكان الرومانيون أول الأمر يشترطون عمل الوصية على شكل بيع صوري للميراث ، ثم اشترطوا بعد ذلك تحريرها في مجلس واحد بحضرة سبعة شهود يحضرون جميع المجلس ويمهرونها باختامهم وان يوقعوا امضاءاتهم على صحيفتها أيضاً[1] . وكان الميراث عند قدماء اليونان عبارة عن وصية يصدرها الرجل وينقل بها جميع ما يكون له من أموال وحقوق دون قيد الى ابنه الأكبر ، وهو الذي يخلفه عادة في تولي أمور الأسرة .

ولم يبق الحال على ما هو عليه في تلك المجتمعات القديمة ، بالنسبة لطرق نقل الملكية ولا سيما بطريق الوصية ، بل خضع لسنن التطور . فمن أهم المبادىء الجديدة التي أدخلها المشرع الاغريقي صولون في مجموعة قوانينه (الصادرة سنة ٥٩٤ ق . م) اجازته للشخص ان يوصي بماله لمن يشاء ، ولكن حريته في ذلك مقصورة على الحالة التي لم يترك فيها أولاداً[2] . كما جاء قانون فالسيديا الروماني (الصادرة سنة ٤٠ ق . م) بنص يقضي بعدم جواز الوصية بأكثر من ثلاثة أرباع المال ، سواء أكان للموصى أولاد أم لا ، ويئول الربع الى ورثته من الأقرباء[3] .

(١) أنظر مدونة جوستنيان تعريب المرحوم الأستاذ عبدالعزيز فهمي ص ٩٩ الى ١٠٣ .

(٢) أنظر مبادىء تاريخ القانون للدكتور صوفي أبو طالب ص ١٤٩ .

(٣) مدونة جوستنيان ص ١٤٧ و ١٤٨ .

الوصية قبل ظهور الاسلام :

كانت فكرة التصرف بالوصية شائعة لدى سكان شبه الجزيرة العربية قبل مجيء الإسلام . فالوصية عند اليهود ما كانت تصح بأكثر من نصف المال في حالة موت الموصى عن أبن (ولد ذكر) ، كما لا تصح وصية أحد الزوجين للاخر فيما إذا ترك الموصى منهما ولداً بعده . وكان الموصى له يضمن الديون المستحقة على الموصى بقدر قيمة الأعيان الموصى بها مقوّمة يوم إنشاء الوصية ، ولو أوصى المريض بجميع أمواله في مرضه ثم شفى كان له الرجوع في وصيته، أما لو أوصى ببعض ماله وأبقى لنفسه البعض ثم شفى فلا يجوز له الرجوع[1] .

وإذا كانت شرعة اليهود المنقولة عنهم تقرر هذه القيود الواردة على الوصية ، فالمعروف عن عرب الجاهلية أنهم قد أباحوها لأنفسهم دون قيد للدواعي الفخر والمباهاة ، بشكل يجافي العدل ويناقض مقومات الأسرة ويزرع الحقد في نفوس افرادها ، فكان للرجل منهم ان يوصي بأمواله كلها او بعضها الى اشخاص لا تربطه معهم رابطة دم ولا تصله بهم صلة قرابة ، بقصد نيل المدح والثناء والاعجاب باعتبار ذلك من المثل العربية ، وإن ادى الأمر الى حرمان اقرب الناس اليه مما قد يجنبهم مغبة الفقر والعوز . فلما جاء الاسلام بدأت نقطة التحويل تظهر بوضوح بين المثل العربية التي كانت سائدة قبل مجيئه وبين المثل العليا التي جاء بها ، إذ كان العربي يرى ان المجد والفخار

(١) أنظر كتاب المقارنات والمقابلات للمرحوم محمد حافظ صبري ص ٣٠٧ الى ٣١٠ .

في فضائل غير التي يرى فيها الإسلام هذه المنزلة العالية[1]. فقد أوجب الإسلام الوصية للوالدين والأقربين أول الأمر، على اعتبار أن هؤلاء هم أولى الناس بالرعاية والبر ، إذ قال تعالى : « كُتب عليكم إذا حضرَ أحدَكم الموت إن ترك خيراً الوصيةُ للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين »[2] .

وقد اتجه المفسرون الى أن حكم فرض الوصية في مال الشخص لوالديه وذوى قرباه هو أول ما نزل في شأن تمليك المال بعد الموت ، ثم أعقب ذلك في التنزيل آيات المواريث من سورة النساء مبينة فرائض هؤلاء الأشخاص وفق ترتيب حكيم تتجلى فيه العدالة ووحدة الأسرة وتماسكها . ولذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء الى القول بأن حكم الوصية للوالدين والأقربين قد نسخ بآية المواريث ، أخذاً بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : « كان المال للولد والوصية للوالدين فنسخ الله سبحانه من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع[3] » .

(١) أنظر كتاب نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي لأستاذنا الدكتور علي حسن عبدالقادر ص ١٤ و ١٥ .

(٢) سورة البقرة الآية (١٨٠) . والمراد بالخير الذي يتركه المتوفى عند جميع المفسرين المال .

(٣) انظر سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٤٠ .

الفصل الأول

تعريف الوصية ومشروعيتها وصفتها والحكمة في تشريعها

المبحث الاول

تعريف الوصيـــة

المراد بها في اصطلاح الفقهاء :

عرف فقهاء المذاهب الإسلامية الوصية بتعريفات مختلفة بحسب نظرتهم الى ماتشمل، فعرفها الأحناف بأنها « تمليك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع »[1] ، وذهب الشافعية إلى « تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت »[2] ، وقال المالكية : « الوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته .. سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به »[3] ، وحددها الحنابلة بقولهم « الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت »[4] ، وعبر الجعفرية عنها بانها « تمليك عين أو منفعة بعد الموت »[5] .

ومن مجموع هذه العبارات المتباينة في ألفاظها ومبانيها المتحدة أو المتقاربة في مقاصدها ومعانيها ، التي قيلت في تعريف الوصية ،

(١) الحصكفي في الدر المختار بهامش رد المحتار جـ ٥ ص ٥٦٤ .
(٢) الرملي في نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٣ .
(٣) ابن رشد في بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٦ .
(٤) ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ١ .
(٥) العلامة الحلي في قواعد الأحكام مع مفتاح الكرامة ـ المجلد السابقة الاشارة اليه ص ٣٦٣ .

يمكننا الوقوف على المراد بها في اصطلاح الفقهاء المسلمين . فهي بالجملة : تبرع محض يجريه الإنسان في ماله ، عيناً كان ـ كأن يوصي بداره أو فرسه أو ثلث ماله ـ أو منفعة ـ كأن يوصي بسكنى داره أو غلة بستانه ـ بتمليكه لآخر بعد موته، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به .

فبموجب هذا التحديد للوصية خرج بالتبرع المحض ما يفيد التمليك بعوض كالبيع والإجارة ، كما خرجت الهبة بشرط العوض على رأي جمهور الفقهاء ـ خلافاً للشافعي وزفر[1] ـ الذين يعتبرونها هبة ابتداء (فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) بيعاً انتهاء (فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) . وخرج باضافة التمليك الى ما بعد الموت الهبة ونحوها ، لأنها تمليك في الحال .

أما القدر الذي تصح فيه الوصية ، وهو ما لم يرد ذكره في التعريفات المذكورة ، فانه من شروطها وليس داخلاً في ماهيتها .

تعريفها في القانون :

نص قانون الوصية رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ لجمهورية مصر في مادته الأولى على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت » .

ومن يمعن النظر في هذا التعريف يدرك أنه يكاد يختلف اختلافاً كلياً عن تعاريف الفقهاء المسلمين للوصية ـ وهي التي ذكرناها قبل قليل ـ لا من ناحية الصياغة فحسب ، بل أنه يختلف عنها من ناحية

(١) إذ اعتبرا الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداء وانتهاء ، لأنها ـ كما يريان ـ تمليك عقابل والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ .

شموله لصور جديدة يمكن أن تندرج تحت اسم الوصية ، لم يكن الفقهاء ليعتبروها كذلك . ذلك لأنهم قصروا الوصية - كما رأينا على التمليكات بلا عوض فقط ، أي تمليك الأعيان والمنافع بعد الموت بطريق التبرع ، دون الإسقاطات[1] . ولهذا لم تكن الوصية عندهم شاملة لبعض الصور ، كأن يوصي شخص بابراء مدينه مما قد يكون عليه من دين بعد وفاته - وفاة الموصي - أو أن يوصي بابراء كفيل مدينه من كفالته . إذ أن وصيته في هاتين الحالتين لم تتضمن تمليكاً لعين أو منفعة وإنما تضمنت إسقاطاً لحق يملكه ، وهو إسقاط فيه معنى التمليك في الحالة الأولى وإسقاط محض في الحالة الثانية .

أما على مقتضى نص المادة السالف الذكر فيلاحظ أن التعريف يتناول كل تصرف في التركة ، فيشمل بالاضافة الى التمليكات الاسقاطات التي فيها معنى التمليك والاسقاط المحض . ويشمل كذلك الحقوق المالية التي هي ليست مالاً ولا منفعة ولا إسقاطاً ، كالوصية بتأجيل الدين والوصية بتعيين طريق الوفاء بما على التركة من ديون والوصية ببيع بعض أعيان التركة لشخص معين بثمن محدد . فلو أوصى شخص بعدم مطالبة مدينه بالدين الذي له عليه إلا بعد مدة معينة من تاريخ وفاته ، أو أوصى بأن تسدد الديون التي على التركة مما يتركه من نقود وبجوهرات ، أو أوصى بأن تباع بستانه الفلانية

(١) الاسقاطات نوع من العقود يستطيع بها من له حق في شيء معين من اسقاط حقه أو بعضه فيه بارادته المنفردة . وهي إما اسقاطات محضة كالطلاق والعتق وتسليم الشفعة وترك الخيار وابراء الكفيل من الكفالة وسائر الحقوق التي ليس فيها تمليك شيء من مال للمسقط للمسقط له ، وإما اسقاطات فيها معنى التبرع كالابراء من الدين والوقف على قول من يرى أنه اسقاط .

الى شخص عينه بذاته وبمبلغ حدده ، اعتبر ذلك وصية صحيحة منه ، وكذلك كل تصرف يضاف الى ما بعد الموت .

وقد تولى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ تعريف الوصية في المادة (٦٤) منه بقوله « الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض » .

والذي يلاحظ بالنسبة لهذا التعريف أنه وإن كان يختلف عن تعاريف الفقهاء المسلمين من حيث الصياغة ، لكنه لا يخالفه في الواقع كثيراً من حيث المعنى . ذلك لأن عبارة « مقتضاه التمليك بلا عوض » التي أضافها المشرع العراقي على أصل التعريف الذي جاء به المشرع المصري للوصية قد أخرجت صوراً كثيرة منها ، هي كل ما لم يكن مقتضاه تمليكاً بطريق التبرع .

وعلى هذا فان المشرع العراقي لم يبق من الصور التي أضافها المشرع المصري للوصية ، كما هي معروفة في الفقه الاسلامي ، إلا الإسقاطات التي فيها معنى التمليك فقط كالوصية بابراء المدين من الدين .

هذا وقد أعطى المشرع العراقي كل تصرف ناقل للملكية يصدر من الشخص في مرض الموت يكون مقصوداً به التبرع أو المحاباة وكذا الابراء من الدين والكفالة حكم الوصية ، إذ قرر في المادة (١١٠٩) من قانونه المدني بأن :

« ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة

تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له » .

« ٢ - ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض [illegible] مدينه وارثاً كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

واعتبر المشرع العراقي إقرار المريض مرض الموت بدين لوارث أو لغير وارث بحكم الوصية أيضاً ، فيما إذا جاء إقراره على سبيل التمليك ، وتسرى عليه أحكامها . كأن يقول المريض : لفلان ألف دينار من مالي ، إذ يحمل على أنه أراد القول بأن اشهدوا اني خصصت أو أوصيت لفلان بألف دينار من مالي . أما إذا جاء إقراره على سبيل الإخبار ، كأن يقول : لفلان في مالي ألف دينار ، فيحمل على أنه أراد القول بأني أعترف أو أوصى ان لفلان في مالي ألف دينار . وينفذ إقراره في هذه الحالة الأخيرة في جميع ماله جبراً على ورثته ، كما لو أقر باستهلاكه أمانة كان قد قبضها بحضر شهود تماماً[1] .

ثم أن كلمة (تركة) الواردة في تعريف المشرع للوصية جاءت شاملة لكل ما يخلف فيه الورثة مورثهم من أعيان ومنافع وحقوق مالية ، وعليه فانه يخرج عن حد الوصية كل ما لا يعتبر تركة كحق الولاية على النفس أو المال وكالحضانة والوكالة وغير ذلك من الحقوق .

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة (١١١١) من القانون المدني العراقي على أنه « إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث فان جاء إقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية وإن جاء على سبيل الاخبار أو إقرار بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبت بغير إقراره نفذ الاقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة . وتصديق الورثة الاقرار في حياة المورث ملزم لهم » .

المبحث الثاني

مشروعية الوصية وصفتها وحكمة تشريعها

الأصل في جوازها ومشروعيتها :

لقد ثبت أصل جواز الوصية ومشروعيتها بالقرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الأمة الاسلامية .

أما القرآن الكريم فلقوله تعالى في آيات المواريث من سورة النساء « من بعد وصية يُوصى بها أو دين »[1] وقوله « من بعد وصية يوصين بها أو دين »[2] وقوله « من بعد وصية توصون بها أو دين »[3] وقوله « من بعد وصية يُوصَى بها أو دين »[4] ، فكل هذه النصوص تدل صراحة على أن الوصية جائزة . وقوله تعالى في سورة أخرى « يا أيها الذين آمنوا شهادةُ بَينِكم إذا حضر أحدَكم الموتُ حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الارض »[5] ، فدل هذا النص صراحة على أنها مشروعة لأنه يدل على اعتبار الاشهاد في الوصية حين السفر .

أما السنة النبوية فبما رواه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه « أنه قال : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي ، فقلت : يارسول الله اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا أبنةٌ لي ، أفأ تصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا .

(١) الآية (١١) .
(٢) و (٣) و (٤) الآية (١٢) .
(٥) سورة المائدة الآية (١٠٦) .

قلت : فالشطر (أي النصف) يا رسول الله ؟ قال : لا . قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير أو كبير ، إنك أن تذر ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس »[1] . فدل هذا على ان الرسول عليه الصلاة والسلام اجاز الوصية ، لأنه لم يستنكرها إذا كانت في حدود الثلث ، وإنما استنكر ما زاد على ذلك رحمة بالورثة . وبما روى عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً انه قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها الله زيادة في أعمالكم »[2] ، إذا يدل هذا الحديث الشريف على مشروعية الوصية ، لأنه جعلنا اخص بثلث اموالنا في آخر اعمارنا لنكتسب به زيادة في اعمالنا .

أما الإجماع فلأن المسلمين كانوا منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم وما زالوا الى يومنا هذا يوصون بجزء من أموالهم لذوي قرباهم أو لغيرهم من الفقراء والمحتاجين دون إنكار من أحد ، فهذا يدل على إجماع الأمة الإسلامية على جواز الوصية ومشروعيتها .

الاختلاف في صفة شرعيتها[3] :

بعد أن أجمع الفقهاء المسلمون على الأمر بالوصية متى كانت

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ـ أنظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٦ . ويريد بـ (عالة) الفقراء ، لأنها جمع عائل وهو الفقير . ويريد بـ (يتكففون الناس) يسألون الناس بأكفهم هذا ويذكر الشوكاني في نفس الموضع ان الحديث ورد في لفظ بعبارة (أوصى بالثلث . . . الخ) .

(٢) رواه أحمد والدارقطني ـ انظر الدراري المضية ج ٢ ص ٢٦١ .

(٣) وبعبارة أدق صفة فعل المكلف بالنسبة للوصية ، وهي الصفة التي يظهر أثرها في الثواب والعقاب ، وهذا ما يسمى بالحكم التكليفي . وفعل المكلف بهذا الاعتبار يتنوع =

موافقة لمقاصد الشارع نظراً للأدلة الواردة بشأنها فانهم قد اختلفوا في صفة شرعيتها ، هل هي واجبة أو مندوبة ؟

فذهب البعض الى أنها واجبة على كل مسلم ومسلمة ، واستدلوا لذلك بقوله تعالى في سورة البقرة « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » وبحديث « ما حق امرىء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »[1] .

وقد قال بذلك جماعة من فقهاء السلف كعطاء والزهري وغيرهما ، وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم ، وهو مذهب داود الظاهري وأكثر فقهاء الشيعة[2] .

وذهب جمهور الفقهاء الى أنها مستحبة ، وليست بواجبة إلا على من عليه حقوق بغير بيّنة أو أمانة بغير إشهاد ، إذ أن الله تعالى فرض أداء الأمانات فعليه أن يوصي للخروج من الحقوق الواجبة عليه التي لا يعلم بها غيره . وهو قول الشعبي والنخعي والثوري ومالك

= الى فرض وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه . وقد قسم بعضهم الوصية على هذا الأساس الى اربعة اقسام : واجبة كالوصية برد الودائع والديون المجهولة ، ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلاة والصيام ونحوها ، ومباحة كالوصية للاغنياء من الأجانب والأقارب ، ومكروهة كالوصية لأهل الفسوق والمعاصي . انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٦٤ .

(١) متفق عليه ـ انظر بلوغ المرام ص ١١٩ . ويذكر الصنعاني في سبل السلام ج ٢ ص ١٣٦ بان كلمة (ليلتين) التي جاءت في الحديث هي للتقريب لا للتحديد وإلا فقد روى في رواية اخرى ثلاث ليال ، وقيل إن تخصيص الليلتين والثلاث تسامح في ارادة المبالغة ، اي لا ينبغي ان يبيت زمانا ويتجاوز ذلك .

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣ ومفتاح الكرامة المجلد التاسع ص ٣٦٤ .

والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم[1] .

وقد أجاب الجمهور عن الآية التي استدل بها الأولون بأنها منسوخة بآيات المواريث، التي جعل الله سبحانه وتعالى بمقتضاها نصيباً مفروضاً لكل وارث من تركة مورثه ، كما روى البخاري من ابن عباس[2] .

وأجابوا عن الحديث الشريف بأنه جاء للحزم والاحتياط ، خشية أن يفاجئ الموت من هو على غير وصية ، ويدل على ذلك تقييده بقوله صلى الله عليه وسلم « له شيء يريد أن يوصي فيه »[3] .

واتجه فريق من الفقهاء ، منهم سعيد بن المسيب والحسن البصري وغيرهما من فقهاء التابعين وابن حزم من فقهاء الظاهرية الى القول بوجوب الوصية الى من لا يرث من الأقرباء دون من يرث منهم . واحتجوا لذلك بالآية السابقة نفسها ، إذ قالوا : إن وجوب الوصية للوالدين والأقربين الذين يرثون إذا كان قد نسخ بآيات الفرائض فانه لم ينسخ بالنسبة لمن لا يرث من الأقرباء الآخرين ، إذ ليس في تلك الآيات ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقهم[4] .

والظاهر أن مشرع قانون الوصية في المرية المعدلة قد جنح

---

(١) انظر المغني جـ ٦ ص ٢ ونيل الأوطار في نفس الموضع السابق.

(٢) ويذكر ابن قدامة في نفس المرجع والموضع السابقين بأنه قد ذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أن الآية المذكورة قد نسخت بقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

(٣) انظر في ذلك : نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١٤ وسبل السلام جـ ٣ ص ١٢٥ والمحلي جـ ٩ ص ١٢٢ .

(٤) انظر نيل الأوطار والمغني في نفس الموضعين السابقين والمحلي نفس الجزء ص ٣١٥ ، ٣١٦ .

الى هذا الرأي الأخير ، فأخذ بفكرة الوصية الواجبة . وهي التي تجب وتنفذ بحكم القانون ، اراد المورث او لم يرد . بالنسبة لبعض الأقرباء الذين لا يرثون ، على اعتبار ان لولي الأمر ان يتدخل في بيان من تجب لهم الوصية من هؤلاء الأقرباء وتحديد انصبتهم . فاعتبر الوصية الواجبة محصورة في أولاد الابناء وان نزلوا - كابن الابن وابن ابن الابن وبنت الابن وبنت ابن الابن وهكذا - والطبقة الأولى من اولاد البنات - كابن البنت او بنت البنت فقط - إذا مات اصلهم قبل اصله ولم يوص لهم هذا بشيء ، وكانوا غير وارثين ، وذلك في المادة (٧٦) من قانون الوصية[1] . اما المشرع العراقي فقد غض النظر عن الأخذ بحكم الوصية الواجبة .

---

(١) نصت المادة (٧٦) المشار اليها على انه « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته ويجب للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط ان يكون غير وارث أو لا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما اعطاه اقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله » .

« وتكون هذه الوصية لأصل الطبقة الأولى من اولاد البنات ولأولاد الأبناء من اولاد الظهور وإن نزلوا على ان يحجب كل اصل فرعه دون فرع غيره وان يقسم نصيب كل اصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان اصل او اصوله الذين يدلي بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات » .

« ونصت المادة (٧٧) من نفس القانون المذكور على انه « إذا اوصى الميت لمن وجبت الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن اوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله » .

« وإن اوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه » .

« ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من اوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث فان ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية » .

ونصت المادة (٧٨) منه على ان « الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا » . =

الحكمة في تشريعها :

تبين لنا مما تقدم ان الوصية في عرف الفقهاء المسلمين تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، ومعنى هذا ان التمليك فيها أضيف الى حال زوال ملكية الموصى عما كان يملك ، وهو ما لم يعهد في التمليكات الأخرى . ولهذا فقد قيل ان القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك ، فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح[1] . الا ان الشارع الاسلامي الحكيم اجازها لحكمة قدرها وهي حاجة الناس اليها ، لأن كافة العقود والتصرفات ما شرعت الا لسد حاجات الناس . فإذا مست الحاجة الى الوصية فان المشرع يجيزها تحقيقاً للمصالح ، فيتدارك بها الانسان ما فاته في حياته من واجبات ، ويكافيء بواسطتها من اعانه على جمع ثروته ، ويصل بها ذوي رحمه واقاربه الذين لا ميراث لهم في تركته . ذلك « لأن الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير بماله »[2] ، فشرعها الله عزّ وجلّ تمكينا للمقصر من عمل الخير وتوصلاً لتحصيل المصالح .

= « فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية واوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي تلث التركة ان وفى والا فمنه ومما اوصى به لغيرهم » .

ونصت المادة (٧٩) منه على انه « في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة احكام الوصية الاختيارية » .

(١) انظر الهداية شرح البداية جـ ٤ ص ١٧١ .

(٢) الزيلعي في تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ .

وإذا كان حكم وجوب الوصية للوالدين والأقارب قد نسخ على رأي جمهور الفقهاء بآيات الفرائض وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »[1] ، فانها ولا شك بقيت معنى من معاني البر والمعروف في حده المحدود (الثلث) . ذلك لأن الشريعة الاسلامية وإن كانت تعمل على صيانة ارادة الانسان المشروعة فانها تسعى في نفس الوقت الى مساعدته على كبح جماح انانيته ، فلم تطلق لرغباته العنان في الوصية بأكبر من ثلث أمواله حماية لحقوق ورثته .

وعلى هذا يستطيع الانسان أن يوصي بحدود ثلث ماله لشخص أجنبي عنه أو لقريب غير وارث أصلاً أو محجوب بغيره ، كما يستطيع ان يوصي بهذا القدر للفقراء والمحتاجين أو لجهة من جهات البر كالملاجيء والمدارس . علماً بأن فقهاء بعض المذاهب الاسلامية لم يأخذوا بحكم النسخ المذكور أو أنهم اعتبروا المنسوخ وجوب الوصية للوارث لا جوازها له ، ولهذا أجازوا الوصية له في حدود الثلث ، وبرأيهم أخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية كما سنرى فيما بعد .

ولعل أهمية الوصية تظهر أكثر وضوحاً بالنسبة لما يوصي به الزوج لزوجته الكتابية أو ما يوصي به الولد لأبويه أو لأحدهما إذا كان غير مسلم ، لأن اختلاف الدين مانع من الميراث ولكنه غير مانع من الوصية .

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، وفي رواية الدارقطني وردت زيادة في النص المذكور وهي « الا ان يجيز الورثة » . انظر نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥١ .

مقارنة بين الوصية والميراث :

وجه الشبه بين الوصية والميراث هو ان التمليك في كليهما مضاف الى ما بعد الموت ، فلا تقع أحكامها إلا على تركة ميت ، ولا تنتقل الملكية فيهما إلا بعد الموت .

أما أوجه الفرق بينهما فتظهر من عدة فوارق ، هي باختصار :

(أ) الميراث فريضة الله تعالى لأشخاص عينهم بالنص وحدد أنصباءهم تحديداً لا يجوز الزيادة عليه أو النقصان منه . في حين ان الوصية فريضة الانسان نفسه يبر بها من يشاء بارادته دون تقيد في توزيع القدر الذي تنفذ فيه .

(ب) الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة لفريق من أقارب المتوفى بحسب ترتيب استحقاقهم ، وهو حق يتعلق بالباقي من التركة بعد تجهيز ودفن المتوفى وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه في حدود ثلث التركة. في حين أن الوصية تصرف إنشائي يصدر من الموصي نفسه أثناء حياته لمصلحة من يعينهم هو في بعض ماله أو في كله ، ويقف نفاذه الى ما بعد وفاته ، وهي تنفذ في القدر الجائز قبل التوريث لأنها بحكم الديون التي على الموصي .

(ج) اختلاف الدين مانع من الارث بين المسلم وغير المسلم ، فلا يرث الثاني الأول عن مجمعه واياه سبب من اسباب الميراث على رأي جميع الفقهاء ، ولا يرث الأول الثاني على رأي جمهور الفقهاء . في حين ان اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم لا يمنع صحة الوصية او الاستحقاق بها .

(د) يدخل المال الموروث في ملك الورثة دون توقف على اكتساب من المورث ولا قبول من الورثة ولا يرتد بالرد ، ولهذا قيل ان الميراث في الاسلام تملك وتمليك بالزام الشارع . في حين ان الملكية في الوصية تتوقف على صدور ايجاب صحيح ممن يملك ايراده وان يموت وهو مصر عليه ، كما يتوقف على قبول الموصى له على رأي فريق من الفقهاء ، وإذا ردها الموصى له بطلت .

(هـ) تكون ملكية التركة في الميراث شائعة بين الورثة ، فمن يستحق النصف او السدس مثلاً يأخذ نصيبه من كل جزء من اجزاء التركة . في حين ان الملكية في الوصية تتعلق بذات العين الموصى بها ، اللهم إلا إذا كانت بمقدار نسبي كالربع والخمس من كل التركة فتكون في هذه الحالة كالميراث[1] .

(١) انظر في كل ذلك شرح القانون المدني الجديد ـ الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة جـ ٦ ص ٥٩ .

الحكمة في تشريعها :

تبين لنا مما تقدم ان الوصية في عرف الفقهاء المسلمين تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، ومعنى هذا ان التمليك فيها أضيف الى حال زوال ملكية الموصى عما كان يملك ، وهو ما لم يعهد في التمليكات الأخرى . ولهذا فقد قيل ان القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك ، فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح[1] . الا ان الشارع الاسلامي الحكيم اجازها لحكمة قدرها وهي حاجة الناس اليها ، لأن كافة العقود والتصرفات ما شرعت الا لسد حاجات الناس . فإذا مست الحاجة الى الوصية فان الشرع يجيزها تحقيقاً للمصالح ، فيتدارك بها الانسان ما فاته في حياته من واجبات ، ويكافيء بواسطتها من اعانه على جمع ثروته ، ويصل بها ذوي رحمه واقاربه الذين لا ميراث لهم في تركته . ذلك « لأن الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير بماله »[2] ، فشرعها الله عزّ وجلّ تمكينا للمقصر من عمل الخير وتوصلاً لتحصيل المصالح .

= « فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية واوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة ان وفى والا فمنه ومما اوصى به لغيرهم » .

ونصت المادة (٧٩) منه على انه « في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة احكام الوصية الاختيارية » .

(١) انظر الهداية شرح البداية ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) الزيلعي في تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٢ .

وإذا كان حكم وجوب الوصية للوالدين والأقارب قد نسخ على رأي جمهور الفقهاء بآيات الفرائض وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »[1] ، فانها ولا شك بقيت معنى من معاني البر والمعروف في حده المحدود (الثلث) . ذلك لأن الشريعة الاسلامية وإن كانت تعمل على صيانة ارادة الانسان المشروعة فانها تسعى في نفس الوقت الى مساعدته على كبح جماح انانيته ، فلم تطلق لرغباته العنان في الوصية بأكبر من ثلث أمواله حماية لحقوق ورثته .

وعلى هذا يستطيع الانسان أن يوصي بحدود ثلث ماله لشخص أجنبي عنه أو لقريب غير وارث أصلاً أو محجوب بغيره ، كما يستطيع ان يوصي بهذا القدر للفقراء والمحتاجين أو لجهة من جهات البر كالملاجيء والمدارس . علماً بأن فقهاء بعض المذاهب الاسلامية لم يأخذوا بحكم النسخ المذكور أو أنهم اعتبروا المنسوخ وجوب الوصية للوارث لا جوازها له ، ولهذا أجازوا الوصية له في حدود الثلث ، وبرأيهم أخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية كما سنرى فيما بعد .

ولعل أهمية الوصية تظهر أكثر وضوحاً بالنسبة لما يوصي به الزوج لزوجته الكتابية أو ما يوصي به الولد لأبويه أو لأحدهما إذا كان غير مسلم ، لأن اختلاف الدين مانع من الميراث ولكنه غير مانع من الوصية .

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، وفي رواية للدارقطني وردت زيادة في النص المذكور وهي « الا ان يجيز الورثة » . انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥١ .

مقارنة بين الوصية والميراث :

وجه الشبه بين الوصية والميراث هو ان التمليك في كليهما مضاف الى ما بعد الموت ، فلا تقع أحكامها إلا على تركة ميت ، ولا تنتقل الملكية فيها إلا بعد الموت .

أما أوجه الفرق بينهما فتظهر من عدة فوارق ، هي باختصار :

(أ) الميراث فريضة الله تعالى لأشخاص عينهم بالنص وحدد أنصباءهم تحديداً لا يجوز الزيادة عليه أو النقصان عنه . في حين ان الوصية فريضة الانسان نفسه يبر بها من يشاء بارادته دون تقيد في توزيع القدر الذي تنفذ فيه .

(ب) الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة لفريق من أقارب المتوفى بحسب ترتيب استحقاقهم ، وهو حق يتعلق بالباقي من التركة بعد تجهيز ودفن المتوفى وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه في حدود ثلث التركة. في حين أن الوصية تصرف إنشائي يصدر من الموصي نفسه أثناء حياته لمصلحة من يعينهم هو في بعض ماله أو في كله ، ويقف نفاذه الى ما بعد وفاته ، وهي تنفذ في القدر الجائز قبل التوريث لأنها بحكم الديون التي على الموصي .

(ج) اختلاف الدين مانع من الارث بين المسلم وغير المسلم ، فلا يرث الثاني الأول من مجمعه واياه سبب من اسباب الميراث على رأي جميع الفقهاء ، ولا يرث الأول الثاني على رأي جمهور الفقهاء . في حين ان اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم لا يمنع صحة الوصية او الاستحقاق بها .

(د) يشغل المال الموروث في ملك الورثة دون توقف على ايجاب من المورث ولا قبول من الورثة ولا يرتد بالرد ، ولهذا قيل ان الميراث في الاسلام تملك وتمليك بالزام الشارع . في حين ان الملكية في الوصية تتوقف على صدور ايجاب صحيح ممن يملك ايقاعه وان يموت وهو مصر عليه ، كما يتوقف على قبول الموصى له على رأي فريق من الفقهاء ، وإذا ردها الموصى له بطلت .

(هـ) تكون ملكية التركة في الميراث شائعة بين الورثة ، فمن يستحق النصف او السدس مثلاً يأخذ نصيبه من كل جزء من اجزاء التركة . في حين ان الملكية في الوصية تتعلق بذات العين الموصى بها ، اللهم إلا إذا كانت بمقدار نسبي كالربع والخمس من كل التركة فتكون في هذه الحالة كالميراث[1] .

(١) انظر في كل ذلك شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الأصلية للدكتور محمد كامل مرسي جـ ٦ ص ٨٩ .

الفصل الثاني

انشاء الوصية وثبوت الملكية بها

طبيعة الوصية :

تعتبر الوصية في الفقه الاسلامي بوجه عام عقداً ، يثبت بموجبه حق الموصى له في الشيء الموصى به من وقت وفاة الموصى . ذلك ان كلمة (العقد) تطلق في لسان الفقهاء المسلمين على معنيين :

احدهما عام ؛ وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء أصدر من شخص واحد (ما يتم الالتزام فيه بارادة منفردة من غير توقف على شيء آخر) كاليمين والوقف ، ام من شخصين (ما يتم الالتزام فيه بتلاقي ارادتين) كالبيع والاجارة والرهن .

وثانيهما خاص ؛ وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين ، او بعبارة اخرى ؛ هو تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل .

وحيث ان الفقهاء يرون ان العقد في بعض اطلاقاته يتحقق بمجرد صدور ايجاب الملتزم وقبل قبول الملتزم له - ويكون ذلك في عقود التبرع حصراً - لذا فان الوصية في الفقه الاسلامي تعتبر عقداً ، سواء اكانت تتوقف على قبول الموصى له ام لا ، بموجب التعريف العام للعقد .

اما القانون فانه لا يعتبر الالتزام الحاصل بالارادة المنفردة عقداً ،

وإنما يعتبره تصرفاً[1] . ولهذا فقد رأينا المشرع عرف الوصية في قانون الأحوال الشخصية بأنها « تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت ... الخ » .

ما يتوقف عليه وجود العقد .

لا بد لتصور العقد ووجوده من وجود أركان يقوم عليها ، أي جوانب أو أسس قوية تمسكه . والفقهاء المسلمون حين يتكلمون على أركان العقد إنما يريدون بها أجزاءه التي يتركب منها ويتحقق بها وجوده وانعقاده ، وهي : العاقد ومحل العقد والصيغة التي ينشأ بها العقد .

ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقد والمعقود عليه ، لهذا فان الفقهاء الأحناف يقصرون ركن العقد على الإيجاب والقبول ، أي على الصيغة فقط . ولكنهم يرون في نفس الوقت أن وجود المتعاقد والشيء الذي يتم التعاقد عليه أمراً لا بد منه لوجود العقد ، إلا أنهما ليسا من أجزاء العقد عندهم .

---

(١) لا يخفى أن التصرف - وهو في الاصطلاح كل ما يصدر من الانسان من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار ، سواء أكان ذلك متضمناً ارادة انشاء حق أم لا ، وسواء أكان الأثر في صالح من صدر عنه القول أو العمل أو في صالح غيره أو كان فيه ضرر له - أوسع دائرة من الالتزام - وهو التصرف الذي يتضمن الالتزام بانشاء حق أو نقله أو تعديله أو انهائه ، سواء أكان صادراً من شخص واحد أم من شخصين - واعم من العقد بمعنييه السابقين اللذين ذكرناهما أيضا . ولهذا يمكن القول بأن العقد بمعناه العام مرادف للالتزام ، أما بمعناه الخاص فنوع من الالتزام ، فكل عقد إذاً التزام ولكن ليس كل التزام عقد . وبما ان التصرف اوسع نطاقاً منهما ، يكون إذا كل التزام او عقد تصرفا ولا عكس .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف في التسمية فاننا سنتناول في هذا الفصل الوصية - باعتبارها عقداً في الفقه الإسلامي أو تصرفاً في نظر القانون - بالكلام على صيغتها التي تظهر ارادة الموصي وتبين مقصده وعلى ركنها الذي تقوم عليه ، أما العاقد والمعقود فسنتناولهما بالبحث عند كلامنا على شروط كل ركن من أركانها في الفصل الآتي.

وتسهيلاً للبحث قسمنا موضوع هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، خصصنا المبحث الأول للكلام على صيغة انشاء الوصية أي العبارة التي تنشئ الوصية وما يقوم مقامها ، وخصصنا ثانيها لبيان ركن الوصية أهو الايجاب من الموصي فقط أم يتوقف على قبول الموصى له ؟ وخصصنا ثالثها لبيان وقت ثبوت الملكية بها للموصى له .

المبحث الأول

صيغة انشاء الوصية

بم تنشأ صيغة الوصية ؟

يشترط الفقهاء في صيغة الوصية أن تكون واضحة الدلالة على مراد الموصي وبيان رغبته في تحقيق الالتزام ، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة ، ذلك لأن الارادة الخفية لا تكون مناطاً للأحكام إلا إذ أظهرتها الصيغة .

فاللفظ هو الأصل في كشف المقصد واظهار الرغبة ، لأنه الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس في كل زمان ومكان . ولا يشترط فيه لانشاء الوصية به أن يكون بعبارة معينة مخصوصة ، بل يصح بكل

ما يدل عليه . فاذا قال شخص : أوصيت لفلان بثلث مالي ، أو قال : وهبت أو ملكت أو تبرعت أو تصدقت للجهة الفلانية بمبلغ كذا بعد وفاتي ، كان كل ذلك وصية .

أما الكتابة فهي وسيلة أخرى للتعبير عن الارادة متى كانت مستبينة مرسومة[1] ، خصوصاً عند من يكون عاجزاً عن النطق ، ولهذا فقد أجمع الفقهاء على صحة إنشاء الوصية بها من قبل الأخرس ، كما تصح بها الوصية من القادر على النطق أيضاً عند جمهور الفقهاء إذا تأيدت بالاشهاد عليها ، إما بكتابتها أمام الشهود أو قراءتها عليهم[2] ، لأن الكتابة في الحقيقة لا تختلف عن اللفظ في الافصاح عن الارادة بل أقوى منه عند الاثبات .

وتورد لنا كتب الفقه الاسلامي أمثلة من صيغ الوصايا التي كانت تكتب في أيام الصحابة ، فتذكر أنه قد روى عن أنس أنه قال : « كانوا يكتبون في صدور وصاياهم - بسم الله الرحمن الرحيم . هذا

---

(١) الكتابة على ثلاثة انواع في الفقه الاسلامي : (١) كتابة غير مستبينة - يقصد بها ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها ، كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، إذ لا يستطاع قراءتها ولا فهمها (٢) كتابة مستبينة - يقصد بها ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها ، كالكتابة على الجدار او ورق الشجر مما لم تجر العادة به . (٣) كتابة مرسومة - يقصد بها الكتابة المعنونة اي ما كانت على وجه الرسالة والخطاب مما جرت العادة به ، كأن يكتب الموصي الى الموصى له : يافلان لقد اوصيت لك بكذا .

(٢) انظر رد المحتار جـ ٥ ص ٥٢٠ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ٥٢ والمغني جـ ٦ ص ٦٩ و ٧٠ والمدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك الذي جاء في جـ ١٥ ص ١٣ منها ما نصه « عن عاصم بن عمر بن الخطاب انه كان إذا اراد سفرا كتب وصيته وطبعها ثم دفعها الى سالم بن عبدالله بن عمر ، وقال : اشهدوا علي بما فيها إن حدث بي حدث ، فاذا قدم قبضها منه » .

ما أوصى به فلان ، انه يشهد ان لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور ... الخ »[1] . وروى ابن مسعود أنه كتب « بسم الله الرحمن الرحيم . هذا وصيتي الى الله والى رسوله ثم الى الزبير ابن العوام وابنه عبدالله ، وأنهما في حِلّ وبِلّ فيما وليا وقضيا ، وأنه لا تُزوج امرأة من بنات عبدالله إلا باذنهما »[2] .

ويصح انشاء الوصية أيضاً بالاشارة المفهومة بالنسبة للأخرس الذي لا يعرف الكتابة لأن اشارته كالنطق من غيره للضرورة ، لهذا فانها تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن الارادة لديه بالاتفاق . أما الأخرس الذي يعرف الكتابة فجمهور الفقهاء على أن وصيته لا تصح بالاشارة لأن الكتابة كاللفظ في قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها ، فلا يعدل عن القوي الى الضعيف ما دام الافهام بالأقوى ممكناً. كما لا يصح إنشاء الوصية بالاشارة عند الجمهور بالنسبة لغير الأخرس ، لنفس السبب لأن اللفظ أدل على المراد من الاشارة . أما على قول مالك وقول في مذهب أحمد ورأى في المذهب الحنفي فان الاشارة تكفي في إنشاء الوصية لأنها أداة من أدوات التعبير عن الارادة ، فيصح انشاؤها بها حتى من قبل غير الأخرس[3] .

(١) انظر ابن قدامة في نفس المرجع والموضع المشار في الهامش السابق .

(٢) نفس المرجع السابق ص ٧١ . والحل من الحلال والبل من البلبال وهو ما يفرق ويبدد به .

(٣) انظر ابن عابدين في نفس المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٥٧٧ والحطاب في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٢٩ وابن قدامة في المرجع والموضع السابقين .

والمشرع العراقي يعتبر الوصية في قانون الأحوال الشخصية تصرفاً ينشأ بارادة منفردة كما رأينا ، فانه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته مقتضاه التمليك بلا عوض تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون . علماً بأنه قرر أصلا في قانونه المدني بالنسبة للصيغ الدالة على ارادة الشخص ، حيث نص في المادة (٧٩) منه على أنه « كما يكون الايجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة والاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس ... الخ ».

فواضح من هذا النص أن القانون العراقي ساوى بين اللفظ والكتابة والاشارة كوسائل للتعبير عن الارادة ، وأنه قد توسع في صدد الاعتداد باشارة غير الأخرس مجارياً في ذلك فقهاء المالكية ومن ذهب مذهبهم من فقهاء الحنابلة والحنفية .

حكم كتابة الوصية وتوثيقها

اتضح لنا مما سبق أن الكتابة تعتبر في الفقه الاسلامي والقانون العراقي ، من صيغ انشاء الوصية ، لا فرق بين أن تكون بخط الموصى نفسه وبين أن تكون بخط غيره وتوقيعه هو .

هذا ولم يشترط فقهاء المسلمين لصحة الوصية أن تكون مكتوبة أو أن يصدر بها إشهاد رسمي ، بأن تنظم أو توثق لدى جهة قضائية أو غيرها ، بل تكفي الشهادة عندهم في الاثبات عند إنكارها من قبل الغير . أما ما جاء في الحديث الشريف من أنه صلى الله عليه وسلم قال: « إلا ووصيته مكتوبة عنده » أو « مكتوبة عند رأسه » كما جاء في بعض الروايات[1] ، فانما استدل به على جواز الاعتماد على الكتابة

(١) أنظر الدراري المضية ج ٢ ص ١٦٠ .

والخط وإن لم يقترن بشهادة . وأما ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية » فانه حكم خاص بإشهاد شاهدين عدلين من المسلمين أو من غيرهم على الوصية عند السفر فقط ، لأنه سبحانه ذكر السفر وقرائن الحضر ، إذ قال في بقية الآية « إن أنتم ضربتم في الأرض » أي سرتم وسافرتم[1] . على أن الفقهاء ندبوا الى كتابة الوصية والاشهاد عليها فقالوا : « ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها ، لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها »[2] .

أما مذهب المشرع العراقي فقد كان أكثر احتياطاً ، إذ اشترط الكتابة لاثبات الوصية ، ولم يعتبر الشهادة وحدها دليلاً عند الانكار المهم إلا في حالة واحدة هي إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . بل ذهب المشرع العراقي الى أبعد من هذا ، فاشترط توثيق الدليل الكتابي لدى جهة رسمية معينة متى كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تتجاوز قيمته الخمسمائة دينار ، إذ نص في المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

« ١ـ لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو بلطمة ابهامه ، فاذا كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل » .

« ٢ـ يجوز اثبات الوصية بالشهادة اذا وجد مانع مادي يحول

(١) انظر تنوير المقياس من تفسير ابن عباس للفيروزابادي ص ٨٢ .
(٢) ابن قدامة في المرجع والموضع السابقين .

دون الحصول على دليل كتابي » .

فواضح من هذا النص أن القاعدة عند المشرع هي اشتراطه وجود محرر لاثبات الوصية ، مهما كانت قيمة الشيء الموصى به ، ولا يهم أن يكون هذا المحرر بخط يد الموصي نفسه أو بخط غيره وانما الذي يهم هو أن يكون موقعاً عليه من قبله أو مبصوماً بختمه أو بلطمة ابهامه . اذ الظاهر من مفهوم النص أن الوصية لا تعتبر أو لا قيمة لها عند الانكار ما لم تكن محررة ، أي مكتوبة على ورقة ، يمكن اثباتها بها .

ومعنى هذا أن الوصية تنشأ باحدى الصيغ المنشئة لها ولكن لا تثبت الملكية بها الا بمحرر ، فان كان الموصى به عقاراً[1] أو منقولاً تتجاوز قيمته الخمسمائة دينار فقد أوجب المشرع أن تأخذ الوصية شكل محرر رسمي مصدق من الكاتب العدل وإلا فلا تسمع الدعوى . والحكمة من هذا الاشتراط واضحة ، هي الحيلولة بين المزورين وبين حصولهم على أموال لاحق لهم فيها بوصايا وهمية يدعونها ويؤيدونها بشهادة مزورة . وليس في هذا الاشتراط ، الذي لم يقل به الفقهاء المسلمون ، مجافاة لقاعدة شرعية أو خروج عليها بل انه في الحقيقة يدخل في قاعدة معروفة في الفقه الاسلامي وهي تخصيص القضاء ، حيث لولي الأمر أن يمنع القاضي من سماع بعض الدعاوي أو أن يخصصه بالنظر في نوع معين منها[2] .

(١) علماً بأن ملكية الموصى به ، إذا كان عقاراً ، لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية بحسب منطوق المادة الاولى من نظام الطابو رقم (٦٤) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٠ وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٧ الى ٣٧٩ .

والخط وإن لم يقترن بشهادة . وأما ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية » فانه حكم خاص بإشهاد شاهدين عدلين من المسلمين أو من غيرهم على الوصية عند السفر فقط ، لأنه سبحانه ذكر السفر وقرنه بالحضر ، إذ قال في بقية الآية « إن أنتم ضربتم في الأرض » أي سرتم وسافرتم[1] . على أن الفقهاء ندبوا الى كتابة الوصية والاشهاد عليها فقالوا : « ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها ، لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها »[2] .

أما مذهب المشرع العراقي فقد كان أكثر احتياطاً ، إذ اشترط الكتابة لاثبات الوصية ، ولم يعتبر الشهادة وحدها دليلاً عند الانكار اللّهم إلا في حالة واحدة هي إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . بل ذهب المشرع العراقي الى أبعد من هذا ، فاشترط توثيق الدليل الكتابي لدى جهة رسمية معينة متى كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تتجاوز قيمته الخمسمائة دينار ، إذ نص في المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي :

« ١ـ لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو بطبعة ابهامه ، فاذا كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل » .

« ٢ـ يجوز اثبات الوصية بالشهادة اذا وجد مانع مادي يحول

(١) انظر تنوير المقياس من تفسير ابن عباس للفيروزابادي ص ٨٢ .
(٢) ابن قدامة في المرجع والموضع السابقين .

دون الحصول على دليل كتابي » .

فواضح من هذا النص أن القاعدة عند المشرع هي اشتراطه وجود محرر لاثبات الوصية ، مهما كانت قيمة الشيء الموصى به ، ولا يهم أن يكون هذا المحرر بخط يد الموصي نفسه أو بخط غيره وانما الذي يهم هو أن يكون موقعاً عليه من قبله أو مبصوما بختمه أو طبعة ابهامه . اذ الظاهر من مفهوم النص أن الوصية لا تعتبر أو لا قيمة لها عند الانكار ما لم تكن محررة ، أي مكتوبة على ورقة ، يمكن اثباتها بها .

ومعنى هذا أن الوصية تنشأ باحدى الصيغ المنشئة لها ولكن لا تثبت الملكية بها الا بمحرر ، فان كان الموصى به عقاراً[1] أو منقولاً تتجاوز قيمته الخمسمائة دينار فقد أوجب المشرع أن تأخذ الوصية شكل محرر رسمي مصدق من الكاتب العدل وإلا فلا تسمع الدعوى . والحكمة من هذا الاشتراط واضحة ، هي الحيلولة بين المزورين وبين حصولهم على أموال لاحق لهم فيها بوصايا وهمية يدعونها ويؤيدونها بشهادة مزورة . وليس في هذا الاشتراط ، الذي لم يقل به الفقهاء المسلمون ، مجافاة لقاعدة شرعية أو خروج عليها بل انه في الحقيقة يدخل في قاعدة معروفة في الفقه الاسلامي وهي تخصيص القضاء ، حيث لولي الأمر أن يمنع القاضي من سماع بعض الدعاوي أو أن يخصصه بالنظر في نوع معين منها[2] .

(١) علماً بأن ملكية الموصى به ، إذا كان عقاراً ، لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية بحسب منطوق المادة الاولى من نظام الطابو رقم (٦٤) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٠ وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٧ الى ٣٧٩ .

غير أن المشرع أجاز سماع الدعوى الخاصة باثبات الوصية عموما بالشهادة استثناء على تلك القاعدة، متى حال مانع مادي بحت دون الحصول على محرر . كالجريح في ساحة الحرب الذي يوصى بحضرة شاهدين عدلين ، وكاحتراق الوصية باحتراق دار الموصى، وما أشبه ذلك من الموانع المادية[1] .

وقرر المشرع في المادة (٦٦) من نفس القانون بأن « الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ اذا لم يعترض عليها من قبل ذوي العلاقة » .

ومعنى هذا أن المشرع العراقي اعتبر حق الموصى له في الموصى به ، في حالة تنظيم حجة الوصية من قبل المحاكم الشرعية بحكم الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٦٣[2] ، أو تصديقها من قبل دوائر كتاب العدول بحكم الفقرة الأولى من المادة (٦٥) المذكور نصها أعلاه، حقا ثابتا بسند رسمي قابلاً للتنفيذ كالحق الثابت بحكم قضائي حاز درجة البتات ، ما لم يعترض عليها أحد الورثة أو موصى له آخر له مصلحة في ذلك .

(١) لم تعتبر هيئة المواد الشخصية بمحكمة التمييز في العراق - بقرارها المرقم ١٣٥/ شرعية /١٩٦٤ - سفر للوصية للمعالجة خارج العراق مانعا ماديا يحول دون تسجيل الوصية ولا يبرر الاثبات بالبينة الشخصية ، لأن المتوفاة مدوسة ولم يكن مرضها مفاجئا ، وفي مدينتها محكمة شرعية ودائرة للكاتب العدل . وقد اشارت بقرارها هذا الى انه يجب لنصاب الشهادة ، التي تثبت بها الوصية في حالة وجود المانع المادي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، رجلان او رجل وامرأتان تسمع شهادتهما مجتمعتين .

(٢) وهو قانون ذيل قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨ لسنة ٩٥٩ وقد ذكرنا نص الفقرة المشار اليها في الباب الاول .

المبحث الثاني

ركن الوصية

الايجاب أم الايجاب والقبول ؟

ركن الوصية عند جمهور الفقهاء هو الايجاب وحده، سواء أكانت الوصية لأفراد معينين كزيد وعمرو من الناس أم لمن لا يحصون كالفقراء والمحتاجين أو بني فلان أم لمنشأة أو جهة عامة كمدرسة أو مسجد . أما القبول فشرط لثبوت الملك للموصى له - أي للزوم الوصية - ان كان معينا أو ممثلا لجهة معينة وليس ركنا للوصية أو جزءً منها ، لامكان تصور وجودها عندهم بدونه. ذلك لأن الوصية من شأنها أن تكون على سبيل التبرع ، وأن التبرعات تتحقق شرعا بمجرد الايجاب من المتبرع[1] .

ويذهب فقهاء الأحناف - باستثناء الامام زفر الذي يشبه رأيه رأي الجمهور بل ويزيد عليه في القول بلزوم الوصية بموت الموصى من غير حاجة الى قبول حتى بالنسبة للوصية لمعين - الى أن ركن الوصية هو الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له أو عدم الرد من قبله ، بأن يقع اليأس من رده[2] . ويرى أكثر فقهاء الجعفرية

(١) انظر السرخسي في المبسوط جـ ٢٨ ص ٢٧ ، وابن رشد في بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٦ ، والرملي في نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٥٣ ، وابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٢٥ .

(٢) جاء في بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ ص ٣٣١ ما نصه « اما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال اصحابنا الثلاثة : هو الايجاب والقبول فلم يوجدا لا يتم الركن ، وان شئت قلت : ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ، =

وبعض فقهاء الحنابلة أن الوصية كسائر العقود تفتقر الى الايجاب والقبول معاً، فلا بد من القبول عندهم في كل الوصايا، وأن من لا يحصون عدداً والجهات والمؤسسات التي لا ممثل لها انما يقبل عنها القاضي بمقتضى ولايته العامة[1].

ويعلل جمهور الفقهاء وجهة نظرهم بأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ولما كان ملك الوارث لا يفتقر الى قبول فكذلك ملك الموصى لـه. ويضيفون ايضا أن الوصية بالنسبة للموصى لـه نفع محض كالوقف بالنسبة للموقوف عليه والرد ضرر محض، فمن مصلحته اعتبارها صحيحة في حقه من غير حاجة الى قبول.

ويسند الآخرون رأيهم بأنه لو ثبت الملك للموصى له من غير قبول فانه يثبت من غير سعيه، وهذا منفي بقوله تعالى « وأن ليس للإنسان الا ماسعى »[2] لأن ظاهر هذا النص يدل على ان لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه[3]. ثم لان القول بثبوت الملك له من غير قبول قد يؤدي الى الإضرار به أدبيا أو ماديا، فما يلحقه من منّة يعتبر ضرراً أدبيا محققا لأن ضرر المنّة ثابت، اما الضرر المادي

= وهو ان يقع اليأس من رده. وقال زفر: الركن هو الايجاب من الموصى فقط، لأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث وهو لا يفتقر الى قبوله، وكذا ملك الموصى له ».

(١) انظر الموسوي في وسيلة النجاة ج ٢ ص ٢٩٨ وابن قدامة في نفس المرجع السابق ص ٢٩.

(٢) سورة النجم الآية (٣٩).

(٣) عدا الميراث طبعا فانه تملك وتمليك بالزام الشارع الحكيم لأنه فريضة الله تعالى.

فقالوا له بأن يوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة[1]. وأضافوا الى ذلك في الرد على الجمهور بأن الملك في الميراث انما ثبت للوارث بالزام الشارع نفسه، وللشارع ولاية الالزام كما هو معلوم، ولا منة فيه لاحد على أحد.

على أن مشرع قانون الاحوال الشخصية العراقي، كما بينا، يعتبر الوصية موجودة بمجرد وجود مايدل على أن ارادة الشخص قد انصرفت الى اجراء تصرف معين في تركته مقتضاه التمليك بلا عوض. علما بأن نفاذ هذا التمليك لا يتحقق الا بعد وفاة الموصى، لان الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت.

متى يكون القبول؟ وبم يحصل؟

مهما يكن وضع القبول من الوصية، سواء أكان شرطا للتمليك ممن يتصور صدوره منه على رأي جمهور الفقهاء ام ركنا فيها على رأي البعض، فانه لاعبرة له في حياة الموصى. فلو قبل الموصى له الوصية في حياة الموصى، فان الموصى لا يلتزم بهذا القبول بل من حقه ان يرجع في وصيته متى شاء مادام حيا، واذا عاد الموصى له وردها بعد موت الموصى صح رده. كما له ان يقبلها بعد موت الموصى وان كان قد ردها في حياته، لان التمليك فيها (او تصرف الموصى في تركته) مضاف الى ما بعد الموت ولا وجود له قبل ذلك.

وخالف في مسألة الرد زفر تلميذ ابي حنيفة، اذ ذهب الى ان الموصى له اذا رد الوصية في حياة الموصى اعتبر رده وارتفع الايجاب

(١) انظر الزيلعي في التبيين ج ٦ ص ١٨٤.

به وبطلت الوصية ، فلا يجوز له قبولها بعد موت الموصى[1] . ذلك لانه يرى ان الموصى له لا بد ان يكون قد قصد برده معنى خاصا يجب اعتباره واحترامه وعدم اهدار كلامه ، ثم أن في اعتبار رده في حياة الموصى ما يمكن هذا الأخير من وضع بره ومعروفه في محله قبل ان يدركه الموت .

ورأى فقهاء الاباضية[2] في هذا موافق لما ذهب إليه الامام زفر ، وهو رأى له مبرراته المقنعة وجدير بالاقتباس كما يرأى البعض[3] ، إلا ان المشرع العراقي لم يأخذ به وإنما اخذ برأى الجمهور . فقد قرر في قانون الأحوال الشخصية بطلان الوصية برجوع الموصى عما أوصى به وبتصرفه بالموصى به بالفقرتين الأولى والثالثة من المادة (٧٢) منه . كما نص على اعتبارها باطلة « برد الموصى له الوصية بعد موت الموصى » في الفقرة الخامسة من نفس المادة . ومعنى هذا ان الرد الذي تبطل به الوصية هو الذي يكون بعد وفاة الموصي ، ولا عبرة للرد الواقع اثناء حياته .

والقبول عند الفقهاء يكون على ضربين : قبول صريح ، وقبول ضمني .

(١) انظر الزيلعي في نفس المرجع والموضع السابقين .

(٢) انظر شرح النيل لابن اطفيش ج ٥ ص ٦٥٢ استدلالا بكتاب استاذنا محمد سلام مدكور (الوصايا في الفقه الاسلامي) ص ٢٨٢ . والاباضية فرقة من الخوارج لهم فقه جيد .

(٣) يقول المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في كتابه عن الوصية ص ١٤٩ بهذا الخصوص ما نصه « ولم لا يجوز للموصى له رد الوصية حال حياة الموصى على قول من يرون اسقاط الحق قبل وجوده كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع » . استدلالا بالمرجع السابق نفس الموضع .

يتحقق الصريح بقول الموصى له بعد موت الموصى : قبلت الوصية او رضيت بها او وافقت عليها وما اشبه . ويتحقق الضمني باتخاذ تصرف يدل على قبول الموصى له ، كأن يكون الموصي به داراً فيؤجرها او يسكنها مثلاً[1] .

ولا يشترط الفقهاء في قبول الموصى له للوصية فور وفاة الموصي ، إذ ليس له وقت معلوم بل يستمر ذلك الحق للموصى له ما لم يثبت رده بقوله رددتها أو لا اقبلها وما أدى هذا المعنى ، فحق القبول أو الرد ثابت على التراخي لا على الفور[2] .

حكم سكوت الموصى له :

إذا لم يصدر من الموصي له ما يدل على قبوله او رده الوصية لا صراحة ولا دلالة فجمهور الفقهاء يفرقون بين الوصية للجهات التي لا ممثل لها أو لمن لا يحصون عدداً ، وبين الوصية لمعين او لجهة لها ممثل يتصور القبول منه . ويذهبون الى ان الوصية تلزم في الحالة الأولى بمجرد وفاة الموصى ولا تحتاج الى قبول ، لعدم وجود من يملك حق القبول أو الرد في أمثال تلك الحالات . ولا يعتبرون عدم الرد (السكوت) قبولاً في الحالة الثانية ، لأن القبول لا يتحقق إلا بما يدل عليه صراحة أو دلالة ، وبعدم الرد لم يتحقق شرط القبول . لهذا فانهم يقررون بأن ايجاب الموصى يعرض ، بعد وفاته بفترة مناسبة ، على الموصى له ليقبل أو يرد .

(١) انظر ابن قدمة في المرجع السابق ص ٢٥ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضع . وجاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ج ١١ ص ١١ ما نصه « والراجح انه إذا امتنع من القبول والرد خيره الحاكم بينهما ، فان ابى حكم عليه بابطال الوصية » .

ومع ان هذا هو مذهب جمهور الفقهاء بشأن عدم قبول الوصية او ردها ، فاننا نراهم يقولون بأنه لاينبغي ابطال الوصية بموت الموصي له من غير ان يعرف رأيه فيها ، بأن يموت وهو على سكوته . ذلك ان الوصية لا تبطل بموت الموجب ، بل ان الموت بالنسبة للموصي نفسه كان مقرراً للوصية لا مبطلا لها ، فكيف يجوز ابطالها بموت الموجب له ؟ فهي إذاً لا تبطل بموت الموصى له . لهذا فانهم يقررون هنا بأن الحق في القبول والرد ينتقل الى ورثة الموصى له ، لأنه نوع من الخيار الذي لا يبطل بموت صاحبه كخيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وإنما ينتقل الى خلفائه الذين يرثونه عنه[1] .

والفقهاء الأحناف وإن كانوا يوافقون الجمهور على عدم اشتراط القبول في الوصية التي تكون لغير معينين ممن لا يحصون او لجهة او منشأة ليس لها ممثل ، فانهم يعتبرون سكوت الموصى له المعين او الذي يمثل جهة معينة وهو عالم بالوصية دون ان يعرف عنه قبول اورد قبولاً استحساناً ، لوقوع اليأس من حصول الرد[2] . ويذهب فريق من فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء الحنابلة الى انه إذا مات الموصى له بعد الموصي وقبل ان يصدر منه القبول بطلت الوصية لأنها عقد يحتاج الى قبول ، فاذا مات من له القبول بطل العقد كالهبة[3] .

(١) انظر في ذلك : الشيرازي في المهذب ج ١ ص ٤٦٠ ، الدردير في الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣٢ ، وابن قدامة في المرجع السابق ص ٢٤ و ٢٥ ، والموسوي في المرجع السابق ص ٢٩٨ و ٢٩٩ .

(٢) انظر السرخسي في المرجع السابق ص ٤٨ .

(٣) انظر العاملي في مفتاح الكرامة نفس المجلد ص ٣٧٥ وابن قدمة في نفس المرجع والموضع السابقين .

وإذا كان مذهب جمهور فقهاء اهل السنة يقضي ببطلان الوصية بموت الموصي له قبل الموصى[1] ، ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصية ، فعلى العكس من هذا تماماً مذهب جمهور فقهاء الجعفرية ، إذ الوصية عندهم لوارث الذي اوصى له ما لم يرجع الموصى في وصيته قبل موته (٢) . وبالمذهب الاول اخذ المشرع العراقي اذ اشترط في الموصى له « ان يكون حيا حقيقة او تقديرا حين الوصية وحين موت الموصى » بنص الفقرة الاولى من المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية .

ولم يجعل المشرع العراقي لقبول الموصى له اعتباراً قبل موت الموصى ، لأنه اعطاه حق الرجوع عما اوصى به او التصرف به واعتبر الوصية باطلة برجوعه او بتصرفه ، كما بينا قبل قليل . كما قرر مبدأ عاماً بالنسبة لمن لم يصدر منه ما يدل على القبول او الرد ، إذ نص في الفقرة الثانية من المادة (٨١) من قانونه المدني على انه « ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص ... إذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » .

(١) يقول ابن قدامة في المرجع السابق ص ٢٠ و ٢١ ما نصه « فان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية . هذا قول اكثر اهل العلم ، روى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن ابي سليمان وربيعة ومالك والشافعي واصحاب الراي . وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء إذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما اوصى به شيئا فهو لوارث الموصى له لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول » .

« ولنا انها عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح . كما لو وهب ميتا وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية ايضا ، وإن سلمنا صحتها . فان المعطية صادفت حيا بخلاف مسألتنا » .

(٢) انظر العاملي في نفس المرجع السابق ص ٣٧٦ .

المبحث الثالث

وقت ثبوت الملكية للموصى له

موت الموصي وقبول الموصى له :

علمنا مما تقدم أن الوصية عبارة عن تمليك أو تصرف في التركة ، وأن هذا التمليك لا يتحقق أو أن هذا التصرف لا يترتب عليه أثره الا بعد مجيء وقته وهو موت الموصي لأنه مضاف الى مابعد الموت. كما علمنا ان القبول المعتبر ، في الحالات التي يتوقف ثبوت الملكية فيها للموصى له عليه ، هو القبول الصادر منه بعد موت الموصي . والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو ؛ هل تثبت الملكية للموصى له ، بمقتضى الوصية التي قبلها ، عقب موت الموصي مباشرة ام لا تثبت له الا من وقت القبول ؟ .

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في ثبوت ملكية الشيء الموصى به للموصى له بقبوله الوصية المطلقة بعد موت الموصي مباشرة ، اي اذا لم يفصل بين موت الموصي وقبول الموصى له فاصل زمني فان الملك يثبت للثاني بمجرد موت الأول الذي اطلق الوصية ولم يحدد وقتا معينا لثبوت الملكية بها . ذلك لان سبب الملكية هو الوصية ذاتها لا القبول ، اذ القبول شرط للزوم الوصية فحسب ، اي شرط لدخول الشيء الموصى به في ملك الموصى له الذي قد يأبى المنّة فيرفض هذا التبرع. اما اذا قبله فان الملكية تثبت له من وقت وجود سببها ، وسببها هو الوصية نفسها او الخلافة الاختيارية التي انشأها الموصي بارادته[1] .

(١) انظر شرح قانون الوصية لأستاذنا الشيخ ابو زهرة ص ١٥ .

ولو حدد الموصي وقتاً معيناً لثبوت الملكية للموصى له فان الملك لا يثبت للموصى له باجماع الفقهاء إلا من الوقت المحدد في الوصية ، سواء أقبلها بعد موت الموصي مباشرة أم قبلها عند ذلك الوقت المحدد لبدء تملكه الموصى به . فلو قال شخص : سيارتي هذه وصية لفلان بعد وفاتي بشهرين مثلاً ، فقبل الموصى له الوصية عقب موت الموصي فوراً فانه لا تثبت له عليها ملكية قبل الموعد المحدد احتراماً لارادة الموصي وتحقيقاً لرغبته وتنفيذاً لتبرعه ، إذ لا مخالفة في ذلك لمقصد شرعي .

تأخر القبول عن وقت الموت :

قد يتأخر القبول عن وقت الموت أحياناً ، أي لا يعقب قبول الموصى له الوصية موت الموصي مباشرة بل يأتي بعد فترة من الزمن ، ولم يكن الموصي حدد وقتا معينا تبدأ منه الوصية . هنا اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الملكية للموصى له على قولين :

(الأول) هو أن الملكية تثبت للموصى له من وقت قبوله الوصية ، لأن القبول شرط لتحقق حكم ثبوت الملك ، ولا يعقل أن يتقدم الحكم شرطه . هذا ما ذهب اليه فقهاء الحنابلة في الصحيح من مذهبهم والبعض من فقهاء كل من المالكية والشافعية والجعفرية[1] . وعلى مقتضى هذا الرأي تكون ملكية الشيء الموصى به في الفترة ما بين موت الموصي وقبول الموصى له لورثة الأول ، فيكون لهم

(١) انظر ابن قدامة في نفس المرجع ص ٢٥ و ٢٦ والجبعي في الروضة البهية ج ٢ ص ٤٣ .

زوائده وثمرته لانها نماء ملكهم وعليهم مقابل ذلك جميع ما يحتاج من نفقات .

(الثاني) هو أن الملكية تثبت بقبول الموصى له مستندة الى وقت موت الموصى ، لان سبب الملكية هو الوصية والقبول شرط للزومها فقط ، كالبيع بشرط الخيار الذي يثبت الملك فيه عند الاجازة من وقت انشاء العقد . هذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والشافعية وبعض فقهاء المذاهب الاخرى[1] . وعلى مقتضى هذا الرأي تكون ملكية الزوائد والثمرة للموصى له ، لانها نماء ملكه عند الشافعية أو لانها تابعة للموصى به الاصلي عند الحنفية[2] .

(١) انظر تفصيل ذلك في كتاب الوصية للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم ص ٥١ وما بعدها .

(٢) لذلك لا تدخل هذه الزوائد في الثلث وهو القدر الذي تنفذ فيه الوصية دون حاجة الى اجازة الورثة على الرأي الاول ، وتدخل على الرأي الثاني .

الفصل الثالث

شروط الوصية

الوصية شروط كثيرة :

شروط الوصية أنواع ، منها ما يرجع الى صيغتها ، ومنها ما يرجع الى الموصى ، ومنها ما يرجع الى الموصى له ، ومنها ما يرجع الى الموصى به . فالكلام على شروط الوصية في هذا الفصل إذاً يقتضي منا أن نبين شروط كل واحد من هذه الامور الاربعة ، فنبين في أربعة مباحث متتابعة :

أولاً ـ ما يشترط في الصيغة .

ثانيا ـ ما يشترط في الموصى .

ثالثا ـ ما يشترط في الموصى له .

رابعا ـ ما يشترط في الموصى به .

المبحث الأول

ما يشترط في الصيغة

صيغة الوصية المجردة من الشرط :

الوصية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ذات أثر استقبالي ، أي أن حكمها يكون مضافا الى ما بعد الموت دائما ولا يقبل التنجيز أبداً . وهي كما تكون بصيغة مطلقة عن التعليق والاضافة الى المستقبل تكون أيضا بصيغة مضافة الى وقت قبل الموت أو بعده ، وقد تكون

بصيغة تفيد التعليق على شيء آخر ، بشرط أن لا تدل هذه الصيغة على التمليك في الحال لأن آثار الوصية كما بينا تتأخر الى ما بعد موت الموصي .

وعلى هذا يصح للشخص أن يقول : أوصيت بثلث أموالي لفدائيي منظمة فتح ، كما يصح أن يقول : أوصيت بداري هذه لفلان بعد وفاتي ، أو أوصيت له بها بعد شهرين ، أو أوصيت له بسكناها لمدة سنة ومن بعدها تكون للفقراء . ويصح أيضا أن يقول : إن اشتريت هذه الدار فهي وصية من بعدي لسكنى أيتام شهداء العاصفة ، أو إن منّ الله عليّ بالشفاء فقد أوصيت بأرضي الفلانية الى الطبيب الذي عالجني .

فخلاصة القول هي أن الصيغة المنشئة للوصية يجوز أن تكون منجزة أو مضافة أو معلقة ، وكما يجوز أن تكون مؤبدة يجوز أن تكون مؤقتة[1] . وهي في كل هذه الصور المذكورة كانت مطلقة عن التقييد بشرط ، أي مجردة من الشرط . ولكنها قد تكون في بعض الاحيان مقترنة بشرط صحيح يظهر أثره في أحكامها ، فيه مصلحة للموصى نفسه أو للموصى له أو لغيرهما ، يلزم مراعاته .

معنى اقتران الوصية بالشرط[2] :

إن اقتران الوصية بالشرط يعني تقييد الصيغة المنشئة لها بشرط

(١) يستدل على التأقيت بالنص عليه صراحة أو بما يفيده دلالة كأوصيت لفلان بسكنى داري هذه ما دام حياً .

(٢) الشرط في عرف الفقهاء المسلمين يعني الأمر الزائد عن ماهية الشيء وحقيقته الشرعية ويتوقف عليه وجود الشيء ، أو بعبارة أعم هو التزام العاقد في عقده امراً =

يظهر أثره في أحكامها فقط دون أن يكون له دخل في وجودها ، أي أن يصدر ايجاب الموصي أولاً غير مقيد بشيء ثم يعقبه شرط زائد عليه . فان كان هذا الشرط صحيحا اعتبر ووجب الوفاء به تحقيقا للغرض الذي قصده المشترط ، لما فيه من مصلحة له أو للموصى له أو لغيرهما . كما لو قال : أوصيت بهذه البستان لفلان على أن يبدأ من ريعها بوفاء ما عليّ من نذور ، أو قال : أوصيت بسيارتي هذه لفلان على ان يستعملها شخصيا ، أو قال : أوصيت بداري هذه لفلان على أن يصرف بدل ايجارها الى المستشفى الفلاني مرة واحدة كل خمس سنوات .

من هذا ومما تقدم يظهر لنا الفرق واضحا بين تعليق الوصية على الشرط واقترانها به ، إذ التعليق هو ترتيب وجود الوصية على وجود الشرط ، فالصيغة المعلقة لا تنشيء الوصية في الحال وإنما بعد تحقق الشرط المعلق عليه . أما الاقتران بالشرط فلا يتوقف وجود الوصية على شيء ، ولكن اتصل بصيغة انشائها شرط اضافه الموصي لمصلحة قدرها .

موقف الفقهاء مما يقترن بالوصية من شروط :

يختلف موقف الفقهاء المسلمين من الشروط المقترنة بالعقود بصورة عامة اختلافا بينا ، فهم ما بين مضيق وموسع وما بين ذلك .

= زائداً على اصل العقد ، سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم مؤكداً لمقتضاه أو مخالفا له ، وسواء أكان فيه منفعة لمن اشترطه او لغيره ام لم تكن فيه منفعة لأحد مطلقا . اما في القانون فهو كل ما يفيد امراً مستقبلا غير محقق الوقوع ولا يكون مخالفا للنظام العام او الاداب ، ويمكن تصور الالتزام بدونه باعتباره امراً عارضا اضافيا .

فالأصل عند أهل الظاهر في الشروط الحظر والتحريم إلا ما قام الدليل من الشارع على صحته. لهذا فانهم يمنعون كل شرط إلا ما ما النص باثباته ، لأنهم يقصرون الأدلة على النصوص وحدها .

والحنابلة يرون ان الأصل في الشروط الاباحة ، لأن الناس عند شروطهم وعليهم رعاية عهودهم . لهذا فانهم يوسعون فيها ويجيزون كل شرط لا يخالف مقتضى العقد إلا ما قام دليل من النص أو الأثر على منعه . وقد أطلق متأخروهم ، وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم ، الحرية للعاقد في اشتراط الشروط التي لم يرد نص من الشارع ينهى عنها ، ورجح هذا الاتجاه بعض فقهاء الجعفرية .

وذهب الحنفية والشافعية والمالكية مذهبا وسطا ، إذ قرروا ان الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد او مؤكدة له او ورد نص بها او جرى بها عرف وفيها نفع لأحد العاقدين او غيرهما[1] .

وللفقهاء بعد ذلك موقف خاص بالنسبة للشروط المقترنة بصيغة الوصية بالذات ، يختلف سعة وضيقا عن موقفهم بالنسبة لسائر العقود الأخرى .

فالأحناف ومن معهم يتجهون الى التوسعة في صحة الاشتراط فيها ، نظراً للغرض المقصود من تشريعها وهو عمل الخير بالتصدق على المحتاجين وتدارك مافات الموصى من واجبات ونذور اثناء حياته . ولهذا فان الراجح عندهم هو ان الشرط يكون صحيحا إذا كان

(١) انظر مدى حرية العاقد في الشروط الطبعة الثانية من المدخل للفقه الاسلامي لأستاذنا مذكور ص ٦٤٣ و ٦٤٤ وشرح قانون الوصية لأستاذنا أبو زهرة ص ٤٢ .

لا يؤثر في اصل الوصية ولا ينافي احكامها ولا يخل بالانتفاع من الموصى به او يعطل حقوق او مصالح الموصى لهم ولا يخالف النصوص الشرعية[1] .

وعليه لو اشترط الموصى لاستحقاق الموصى له في الوصية مثلاً عدم الزواج او الزواج بفتاة معينة او الاقامة في بلد معين او عدم الاستدانة مطلقا كان شرطه صحيحا واجب الاحترام . ولو اوصى له بدار واشترط عليه هدمها وجعلها حديقة او اشترط عليه تخصيصها للمقامرة مثلا بطل شرطه وصحت الوصية . اما اذا اوصى لآخر بمبلغ من المال واشترط بأنه لو بقي شيء منه بعد موت الموصى له كان الباقي لفلان مثلا ، فان هذا الشرط ينافي مقتضى الوصية التي تفيد تملك الموصى له الموصى به ملكية تامة ، لهذا يرون مثل هذا الشرط الباطل مبطلا للوصية[2] .

وعلى العكس من هذا الاتجاه نجد الامامين المجددين في المذهب الحنبلي ابن القيم وشيخه ابن تيمية قد ضيقا من دائرة الشروط الصحيحة في الوصية لتتسع دائرة الشروط الباطلة فيها سداً لباب الفساد[3] . فبعد ان اطلقا للناس الحرية في اشتراط كل شرط لم يرد

(١) يعتبر فقهاء الحنفية كل شرط في الوقف والوصية مقبولا ما لم يكن منهياً عنه شرعا او كان في تنفيذه اخلال بالوقف أو بمصلحة الموصى لهم من غير نفع مقصود لنيرم ، لأن الوصية أخت الوقف في باب الشروط التي يشترطها الموصون ، وخصوصا في الوصية بالمنافع ، بل ان منها ما يكون في مآله في معنى الوقف تماما . (انظر الشيخ ابو زهرة في المرجع والموضع السابقين) .

(٢) خلافا لأبي يوسف - في رواية عنه - اذ يرى بطلان الشرط وصحة الوصية كما بينا في الوقف .

(٣) استنكر ابن القيم وابن تيمية قاعدة فتح باب الشروط امام المتبرع في الوقف =

من الشارع نهى عنه بالنسبة لسائر العقود ، فيدا هذا الإطلاق بقيود خاصة بالنسبة للوصية . فذهبا الى أن كل شرط لم يرد فيه نهى من الشارع ولم ينافِ مقتضي الوصية ولا مقاصد الشريعة العامة يكون صحيحاً محترماً ، وإلا فهو باطل . ومعنى هذا أنهما لم يقصرا الشروط الباطلة على ما يرد فيه نهى من الشارع فحسب ، بل شملا أيضاً كل ما يخالف مقاصد الشريعة العامة . ومعلوم أن مخالفة مقاصد الشرع عموماً لا تقع تحت حصر ، وإنما يمكن أن تنضبط بكل ما ينافي المبادىء العامة التي جاءت بها الشريعة الاسلامية ، كشرط خلع ربقة الاسلام أو شرط عدم التزوج أو شرط الطلاق بلا مبرر ولا مصلحة أو شرط الخروج عن طاعة الوالدين أو أي شرط ينافي الآداب العامة .

والشرط الباطل عندهما إذا جعل الوصية متمحضة للمعصية ولا يمكن صرفها لغير ذلك ، كما لو أوصى شخص ببعض ماله لينفق على محل خصص للعب القمار بصورة دائمة أو أوصي بـه لآخر بشرط أن يبقى على ما هو عليه من اتيان المنكرات مثلاً ، كانت الوصية باطلة . أما إذا لم يكن الشرط الباطل متمحضاً لمعصية ويمكن صرفه لغيرها ، كما إذا اشترط على ابنه أن يتزوج من فتاة معينة أو اشترط على زوجته أن لا تتزوج بعده ، فان الشرط يلغو وتبقى الوصية صحيحة غير متأثرة بالشرط الباطل .

والمشرع العراقي لم يتطرق الى الوصية المقترنة بالشروط في قانون

= كما استنكراها أيضاً في الوصية دفعاً للفساد ، لأن من الشروط ما رأوا فيه فتحاً لباب الفساد ، كاشتراط عدم التزوج في الاستحقاق في الوقف أو في الدخول في الوصية . (أنظر اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٩) .

الأحوال الشخصية ، إنما ترك الأمر في ذلك لما قرره من قواعد عامة في قانونه المدني . والذي يفهم مما تضمنه نص المادة (١٣١) من هذا القانون أنه يجوز أن تقترن صيغة انشاء الوصية بشرط فيه نفع للموصى أو للموصى له أو للغير إذا لم يكن هذا الشرط ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للاداب ، وإلا لغا الشرط وصحت الوصية ما لم يكن الشرط هو الدافع اليها فتبطل هي عند ئذ أيضاً . كأن يقول شخص : أوصيت بثلث مالي لفلان بشرط أن يقتل خصمي ، أو بشرط أن يستغله في ادارة مرقص مثلاً .

المبحث الثاني

ما يشترط في الموصى

يشترط فيه العقل والبلوغ :

أجمع الفقهاء المسلمون على أنه يشترط في الموصي لصحة وصيته أن يكون عاقلاً يدرك الأمور ادراكاً كاملاً صحيحاً ومميزاً يدرك مفهوم عبارته وما يترتب عليها ، فاذا لم يتحقق فيه العقل والتمييز كانت وصيته باطلة . ولهذا فان وصية كل من المجنون والمعتوه والصغير لا تصح أصلاً ولا تلحقها الاجازة بأي حال من الأحوال ، لأن ما يصدر عن هؤلاء من قبيل اللغو لا اعتبار له في حكم الشرع . كما لا يجوز لأولياتهم أن يوصوا بشيء من أموالهم - أموال من هم تحت ولايتهم - لأن الغرض من الولاية على المال صيانته واستثماره بالطرق المشروعة لا انتقاصه أو تبديده .

ويشترط جمهور الفقهاء في الموصي لصحة وصيته البلوغ بالاضافة الى كونه مميزاً ، فلا تصح الوصية عند الحنفية من الصبي المميز «ولو كان مراهقاً أي قريباً من البلوغ ، وسواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً له بالتجارة لأنه لا يملك التبرعات مطلقاً ، وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال : أوصيت لفلان بربع مالي ، أو معلقة على بلوغه بأن قال : إن بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالي[1]» . ولكن تصح وصايا الصغير المميز عندهم إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه استحساناً بشرط مراعاة المصلحة[2] ، إذ القياس يقتضي عدم صحة وصيته .

وعلى مذهب الحنفية هذا في عدم صحة وصية من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الحلم فقهاء الشافعية في اظهر القولين عندهم[3] ، ورأى عند كل من الحنابلة[4] والجعفرية[5] ، سواء أكانت وصيته في البر أو في غيره . ذلك لأن الوصية تصرف في المال بطريق التبرع والصبي ليس من أهله ، فتقع وصيته باطلة وان اضافها الى مابعد بلوغه ، لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت[6] . ثم ان فائدته من الوصية غير فائدة البالغ منها ، فهي انما شرعت لجبر

(١) المرحوم الشيخ محمد زيد الابياني في شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ج ٢ ص ٢٧١ و ٢٧٢ .

(٢) أنظر الفتاوي الهندية ج ٦ ص ٩٢ . وعليه لو اوصى أن يدفن في المقبرة الفلانية وكان في تنفيذ مثل هذه الوصية تحمل التركة مؤنة لا تتسم لها فلا يعمل بما اوصى به مراعاة للمصلحة .

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٣٤ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٠٤ .

(٥) انظر كتاب الوصية من المجلد التاسع من قواعد العلامة المطبوع مع شرحه مفتاح الكرامة ص ٣٨٨ .

(٦) انظر بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ .

ما فات الانسان في سالف أيامه ، والصبي لا زال في مقتبل العمر .

أما عند المالكية[1] والمعتمد عند الحنابلة ورأى عند كل من الشافعية والجعفرية[2] فتصح وصية المراهق أو الصبي العاقل اذا جاوز السابعة من عمره ، غير أن منهم من صححها في البر والمعروف ومنهم من أطلق . فقد روى أن عمر رضي الله عنه أجاز وصية صبي في التاسعة أو العاشرة من عمره لابنة عمه بما قدرت قيمته بثلاثين الف درهم[3] .

ومعنى هذا أن البلوغ ليس بشرط لصحة الوصية على مقتضى هذا الرأي ، بل يكفي في الموصى أن يكون عاقلاً مميزاً ، على أساس أن الوصية أخت الميراث ، والصبي في الارث عنه بعد الموت يساوي البالغ فكذا الوصية . ثم ان الوصية نافعة للصبي بالنسبة لما يناله من حسن الجزاء عليها ، وليس فيها اضاعة للملك لانه ان عاش فالمال على ملكه وان مات استحق الأجر والثواب[4] .

ويشترط الفقهاء لصحة الوصية ايضا ان تصدر عن الموصى برضاه واختياره ، ولهذا يذهبون الى عدم صحة وصية السكران الذي يسكر بمحرم ولا المكره الذي يضطر الى فعل المكره عليه بغير ارادته ولا الهازل الذي يتكلم بما لا يقصد الى تحقيق معناه ولا المخطئ الذي سبق لسانه الى التلفظ بما لا يريده[5] .

(١) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٤٣١ .

(٢) انظر المراجع السابقة الاشارة اليها في نفس المواضع .

(٣) انظر تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٤٧ ومبسوط السرخسي ج ٢٨ ص ٩١ ومغني ابن قدامة ج ٦ ص ١٠١ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ج ٧ ص ٤ وحاشية الصاوي في نفس الموضع المشار اليه .

(٤) انظر مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٥٧ .

(٥) انظر المرحوم الابياني في المرجع والموضع السابقة الاشارة اليهما .

ويذهب فقهاء الجعفرية الى ان الموصى لو فعل في نفسه ما به هلاكه بعد حدوثه، كما لو جرح نفسه او شرب سما ونحوه متعمداً، ثم اوصى لم تجز وصيته[1].

هذا وأن الوصية عند المشرع العراقي من قبيل التبرع، والصبي المميز ليس من أهل التبرعات، وعبارته فيها غير ملزمة حتى ولو أذنه بذلك أو أجاز منه ذلك من له حق الولاية عليه. ذلك لان الولي نفسه لا يملك هذا التصرف، اذ هو تصرف ضار في مال المولى عليه، فلا يجوز. لهذا جاءت المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية تقضي بأنه « يشترط في الموصى ان يكون أهلاً للتبرع قانونا ».

واذا كان ما تقدم هو ما يشترط في الموصى لصحة وصيته فان فقهاء المسلمين - وكذلك مشرع القانون - يشترطون لكي تكون الوصية الصحيحة نافذة أن لا يكون الموصى مدينا بدين مستغرق لتركته، أي أن لا يتعلق بالقدر الموصى به حق الدائنين، لان حق هؤلاء مقدم على حق الموصى لهم بالاتفاق كما عرفنا.

وعليه فان وصية المدين بدين مستغرق تكون صحيحة إذا توافرت فيها شروط الصحة، غير أنها لا تكون نافذة بل موقوفة على ابراء الدائنين لذمته من ديونهم، فاذا كان الابراء من بعض الدين نفذت الوصية في ثلث ما أبرءوه منه. أما إذا كان الدين غير مستغرق

(١) فقد روى عن الامام الصادق أبي عبدالله قوله « فان كان اوصى بوصية بعد ما احدث في نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته ». ولأن مثل هذا الشخص في حكم الميت فلا تجري عليه الأحكام الجارية على الحي. انظر الروضة البهية للشهيد الجبعي ج ٢ ص ٤٦.

للتركة فان الوصية تنفذ في حدود ثلث الباقي بعد سداد الدين من غير توقف على اذن أحد أو اجازته، لأنه حق ثابت للموصى شرعاً وقانوناً. فشرط عدم احاطة الديون بأموال الموصى في الواقع لا يظهر أثره إلا بعد وفاته وعند تنفيذ الوصية.

صحة وصية السفيه:

لم يشترط جمهور الفقهاء لصحة الوصية أن يكون الموصى رشيداً، أي حافظاً لماله قائماً على استثماره استثماراً حسنا. بل الرأي الغالب في الفقه الاسلامي يقضي بصحة وصية السفيه[1]، لأنه شخص عاقل مكلف بالعبادات كالرشيد.

وقد يفوته أداء زكاة أو حج مستطاع، فمن حقه أن يوصى بأداء ذلك من ثلث ماله. وان الحجر عليه مقرر لمصلحته، ولا ضرر عليه في حياته من صحة وصيته مادام أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت، وإبطالها إنما يكون مراعاة للورثة وحقهم قد لاحظه المشرع الاسلامي إذ منع تنفيذ الوصية فيما يزيد على ثلث ماله إلا باجازتهم[2].

ويرى الصاحبان من الأحناف أن وصية السفيه باطلة قياسا على سائر تبرعاته، إلا أنهما يجيزانها استحسانا متى كانت بالقرب وأوجه الخير. إذ ليس في هذه الوصية اضرار بالموصى لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء، وإن مات نال الثواب والذكر الحسن. كما أنها لا تلحق ضرراً بورثة الموصي، لأن حقهم محفوظ في ثلثي تركته. أما

(١) وهو مذهب ابي حنيفة ومالك واحد قولين عند الشافعية والمشهور عند الجعفرية.

(٢) انظر ابن قدامة في نفس المرجع ص ١٠٢.

إذا كانت الوصية في غير سبل الخير فانها لاتصح عندهما ، لقولهما باننا لو أجزنا وصية السفيه مطلقاً ولم نقيدها بوجوه الخير لصح أن يوصي الى من منعه الحجر عليه من تمليكه المال في حياته[1] .

ويذهب أبو حنيفة الى أن وصية السفيه جائزة كالرشيد ، لانه لا يسوغ الحجر عليه أبداً ، فهو شخص كامل الاهلية عنده[2] .

ومع أن نص المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية السالف الذكر قد اشترط لصحة الوصية الاهلية الكاملة للتبرع ، فان المشرع العراقي أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم اشتراط الرشد في الموصى ، إذ نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٩) من قانونه المدني على أنه « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » .

الاسلام ليس بشرط لصحة الوصية :

لم يشترط فقهاء المسلمين اتحاد الدين بين الموصى والموصى له لصحة الوصية ، بل هي تصح عندهم بوجه عام من المسلم لغيره كما تصح من غير المسلم ، ولا يعتبر اختلاف الدين مانعا من الاستحقاق بها ولا من صحتها .

ومعنى هذا أن الاسلام ليس بشرط لصحة الوصية ، لان الكفر

(١) انظر المرحوم الأبياني في نفس المرجع ص ٢٧٣ .

(٢) مع مخالفة ابي حنيفة للجمهور ، فانه وافقهم (على الرواية الراجحة عنه) في القول بأن من بلغ سفيها يمنع ماله عنه بل ويمنع نفاذ تصرفه فيه . اما وجه مخالفته لهم فمن ناحيتين : الأولى ـ في تحديد نهاية للمنع ، فانه يرى زوال المنع حتما ببلوغه سن الرشد ، وهو عنده خمس وعشرون سنة . والثانية ـ انه قال بعدم الحجر على من صار سفيها بعد ان بلغ رشيداً ، وذلك حفظا منه على الكرامة الانسانية من ان تهدر . (راجع رسالة الحجر على المدين للمؤلف ف ٦٤ ص ١٢٧) .

لا ينافي أهلية التمليك . فما دام انه يصح بيع وهبة الكافر كما يصح شراؤه والهبة له ، فكذا تصح وصيته بغير محرم[1] كما تصح الوصية له .

والدليل على صحة وصية المسلم لغير المسلم قوله تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين »[2] . إذ يبين سبحانه في هذه الآية الكريمة رضاه عن البر بهؤلاء المسالمين الذين لايقدمون على ايذاء المسلمين أو التعرض لحريتهم أو معاونة أحد عليهم ومعاملتهم بالعدل ، ويعلن حبه لمن يتحرى ذلك معهم . ويُذكر ان صفية بنت حيي بن أخطب احدى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف درهم ، وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى ، فأوصت له بثلث المائة ألف[3] .

وجمهور الفقهاء على أن وصية الذمي[4] لمسلم أو لذمي ولو من غير أهل ملته او لمستأمن[5] جائزة ونافذة في حدود ثلث امواله دون توقف على اجازة الورثة . ذلك لان الذميين يلتزمون بأحكام الاسلام في كل ما يتعلق بمعاملاتهم ، فلا تنفذ وصاياهم فيما جاوز الثلث إلا

(١) هذا اذا كانت وصيته لمسلم . اما إذا كانت لغير مسلم فتصح وإن كانت بخمر وخنزير ، لأنهما مال متقوم في حقهم كالخل والشاة في حقنا . (انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٤١) .

(٢) الآية (٨) من سورة الممتحنة .

(٣) انظر ابن قدامة في نفس المرجع ص ١٠٣ .

(٤) هو من اقام في دار الاسلام من غير المسلمين اقامة دائمة والتزم بالأحكام المطبقة على المسلمين واعتبر فرداً من افراد الوطن له مالهم وعليه ما عليهم .

(٥) هو من داخل دار الاسلام من غير المسلمين بصك امان مؤقت من غير اكتساب جنسية ولا رعوية وإنما حدد له ولي الأمر مدة الاقامة .

باجازة باقي الورثة . والمستأمن في المعاملات كالذمي، مادام باقيا في دار الاسلام، ووصية الذمي بالثلث جائزة فكذا وصية المستأمن[1] .

اما الحربي[2] فحكم وصيته وإن كان جائزاً شرعا ، الا انه يخضع لقانون بلده ولا سلطان لاحكام الاسلام عليه ما دام في دار الحرب. وإذا خرج من داره الى دار الاسلام بعقد أمان صار مستأمنا ، وإذا دخلت داره في الاسلام نتيجة غلبة وانتصار عليها فان تصرفاته تأخذ حكم تصرفات الذميين .

والمشرع العراقي وإن كان لم يعتبر الاسلام شرطا لصحة الوصية، فانه قد اتخذ موقفا خاصا تقتضيه الظروف بالنسبة للوصية بالعقار مع اختلاف الدار (الجنسية) بين الموصي والموصى له . إذ نص في المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية على انه « تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل » .

ولا ندري وجه الحكمة في هذا النص من عدم صحة الوصية بالعقار مع اختلاف الدين وصحتها معه بالمنقول فقط !

فقدان أهلية الموصي بعد انشاء الوصية :

قلنا إن وصية من كان فاقد الأهلية ابتداء تعتبر باطلة، لان العقل شرط لصحتها اتفاقا . ولكن ما الحكم عند الفقهاء فيما إذا فقد

(١) انظر تفصيل ذلك في مختلف المذاهب الاسلامية في اطروحة زميلنا الفاضل الأستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان (احكام الذميين والمستأمنين) ص٤٩٦ الى ص٥١٠.

(٢) هو غير المسلم الذي بين دار الاسلام وداره حرب او عداء مستحكم يبيح التقاتل بين اهل الدارين .

الموصي أهليته ، بجنون أو عته ، بعد انشائه وصية مستوفية شروط الصحة ؟ هل يؤثر فيها هذا العارض فيبطلها ؟ أم لا يؤثر عليها فتبقى صحيحة ؟ .

يرى جمهور الفقهاء أن طرو الجنون أو العته بعد إنشاء الوصية صحيحة لا يؤثر عليها بل تبقى كذلك ، سواء أكان الجنون مطبقاً أم متقطعاً[1] ، وسواء اتصل بالموت أم حدثت إفاقة بعده . ذلك لأنه متى صدرت الوصية من الموصي ، وهو أهل لاصدارها ، مستوفية شروطها اعتبرت صحيحة ولا يبطلها العارض الطاري بعد ذلك كما في البيع والاجارة والوقف .

ويفرق الفقهاء الأحناف بين نوعي الجنون ، المطبق وغير المطبق، بالنسبة لأثرهما على الوصية التي تنشأ صحيحة ، إذ يذهبون الى أن الذي يبطلها هو الأول دون الثاني . ذلك لأنهم يقولون بأن الوصية عقد غير لازم ، وما كان كذلك ينبغي أن يكون لبقائه حكم إنشائه، وإنشاء عقد الوصية لابد له من إرادة ، ولا إرادة للمجنون الذي لا يفيق من جنونه[2] . ولا أهمية عندهم بعد ذلك لاتصال الموت به، بل يكفي الجنون المطبق لبطلان الوصية حتى ولو حصلت إفاقة منه قبل الموت[3] . لأن مثل هذا العارض يمنع بقاء الايجاب ، والأصل أن يبقى الموصي مصراً على وصيته حتى الموت ، ولاحتمال أنه قد

(١) الجنون المطبق : هو الذي يكون المبتلى به مغلوباً على أمره لا يفيق من جنونه ، أي ان جنونه يستوعب جميع أوقاته . أما الجنون المتقطع : فهو الذي تخلله فترات افاقة ، أي ان من يبتلى به يجن أحياناً ويفيق أحياناً أخرى ،

(٢) اختلف الصاحبان في المدة التي يستمر معها الجنون ليكون مطبقاً . فذهب محمد الى انها سنة ، وهي أقصى مدة تسقط بمضيها العبادات أخذاً منه بفرض الزكاة . وذهب أبو يوسف الى انها شهر واحد ، وهي أدنى مدة لسقوط فرض الصوم .

(٣) انظر الفتاوي الهندية ج ٦ ص ٩٢ .

يرجع عن وصيته لو كان عاقلاً . أما الجنون غير المطبق فرض يشبه الاغماء ، فلو أوصى المبتلى بـه حال الافاقة صحت وصيته لأنـه بمنزلة العاقل .

وحيث ان فقدان الأهلية في القانون العـراقي يتحقق بالجنون المطبق فحسب [1] ، لذا فقد اعتبره المشرع مبطلاً للوصية بشرط أن يتصل بالموت . إذ أنه عند تعداده الأحوال التي تبطل فيها الوصية في المادة (٧٢) من قانون الأحوال الشخصية قرر في الفقرة الثانية منها بطلان الوصية « بفقدان أهلية الموصي الى حين موته » .

المبحث الثالث

ما يشترط في الموصى له

شروط الموصى له بوجه عام :

اختلف الفقهاء المسلمون في شروط الموصى له تبعاً لاختلافهم في جواز أو عدم جواز الوصية له بالنسبة لكل حالة من الحالات التي يتصور وجوده عليها . فمن قائل بكون معلوماً أو مجهولاً جهالة فاحشة أو يسيرة ، كما قد يكون معدوماً [illegible] جوداً وجوداً محققاً أو محتملاً . وكذلك قد يكون فرداً مسلماً أو غير مسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ، وقد يكون جماعة يحصى عدد أفرادها او لا يحصون ، وقد يكون جهة قربة او معصية . وكما يكون اجنبياً عن الموصى فقد يكون أحد ورثته ، وهو بعد ذلك قد يكون مستحقاً للبر والصلة

(١) فقد نصت المادة (٩٦) من القانون المدني على ان « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال افاقته كتصرفات العاقل » . أما المعتوه فقد اعتبرته المادة (١٠٢) من نفس القانون ناقص الأهلية ، إذ نصت على ان « المعتوه هو في حكم الصغير المميز »

وقد لا يكون فيما إذا تعجل وفاة الموصى فقتله أو عمل على قتله .

ومع أن لكل حالة من هذه الحالات حكمها الخاص بها عند فقهاء المذاهب الاسلامية ، فمن الملاحظ أن هناك تسامحاً وتجاوزاً من قبل الفقهاء عموماً فيما يشترط فيمن يصح التمليك له بعد موت الموصى ، أخذاً منهم بقصد الشارع من الوصية . إذ أن الشارع حريص على إنفاذها ، لما في ذلك من التقرب الى الله تعالى بفعل الخير وتدارك الانسان ما فاته بسبب تقصيره في أداء واجباته الشرعية حال حياته ، وصلته وبره بمن يحب ويعز عليه بعد موته ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة الجائزة شرعاً .

وعلى كل حال فانه يمكن اجمال ما اشترطه الفقهاء في الموصى له من شروط بوجه عام في ان يكون معلوماً وموجوداً وقت إنشاء الوصية ، وأن لا يكون جهة معصية ، وأن لا يكون حربياً أو قاتلاً للموصى ، مع شيء من التفصيل في بعض هذه الشروط . واختلفوا اختلافاً واسعاً في شرط عدم كونه وارثاً للموصى ، كما سيتضح من كلامنا على كل شرط فيما يأتي .

الشرط الاول ـ أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة :

العلم بالموصى له شرط لصحة الوصية لامكان إدخال الشيء الموصى به في ملكه ، لأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت كما عرفنا . ويتحقق العلم به بأحد أمور ثلاثة : الأول ـ بتعيينه بالاسم ، الثاني ـ بتعيينه بالاشارة ، الثالث ـ بتعيينه بالوصف . فلو قال الموصى :

أوصيت لفلان بن فلان أو لجامع أبي حنيفة أو لمعهد المحاسبة بكذا مثلاً ، كان الموصى لـه معيناً بالاسم . ولو قال : أوصيت لهـذه الحسينية أو لهذين الأعميين أو للحمل الـذي في بطن هذه الامرأة بكذا مثلاً ، كان الموصى له معيناً بالاشارة . أما لو قال : أوصيت بكذا لأيتام مدارس الحـلة أو لفقراء الكرخ أو لسدنة الروضـة العباسية بكربلاء مثلاً ، فيكون الموصى لهم معينين بالوصف[1] .

وعلى هذا لو كان الموصى له مجهولاً جهالة لا يمكن التعرف عليه معها ، كأن يقول : أوصيت بكذا لأحد الفقراء أو لرجل من الناس ، كانت الوصية باطلة . وذلك لجهـالة من يضاف التمليك إليه جهـالة فاحشة لا يمكن إزالتها ، في حين أنه لا بـد من تعيينه تعييناً كافياً ليتعلق به ملك الشيء الموصى به .

أما إذا كانت الجهالة في الموصى له يسيرة يمكن إزالتها ، كما لو قال : أوصيت بكذا لأحد هذين الأعميين ، ثم مات قبل أن يخصص أحدهما فلا تبطل الوصية على رأي فريق من الفقهاء[2] .

(١) على ان الوصية لمعين بالوصف عند الأحناف لا تصح إلا إذا كان في لفظ الموصى ما يدل على الحاجة كالفقراء والأيتام والمعوزين حيث تكون بمعنى الصدقة ، أما إذا لم يدل اللفظ على الحاجة فانها لا تصح عندهم لجهالة الموصى لهم جهالة يمتنع معها تسليمهم الشيء الموصى بـه . (أنظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨٤) غير ان جمهور الفقهاء صححوا الوصية لمعين بوصف مميز مطلقاً .

(٢) إنما يكون للموصى به مناصفة بين الاثنين عند أبي يوسف ، او يعطى الخيار لورثة الموصى في تعيين الموصى له منهما عند محمد . (انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٤٢) .

الشرط الثاني - أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية :

يكون الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية متى كان معيناً بالاسم أو بالاشارة ، سواء أكان وجوده حقيقياً أم تقديرياً كالحمل المستكن في بطن أمه . وهذا باتفاق الفقهاء ، إذ لا يتصور تعيينه بهما إلا إذا كان موجوداً فعلاً في ذلك الوقت .

أما إذا كان معيناً بالوصف ، فجمهور الفقهاء وإن كانوا لم يشترطوا وجـوده وقت انشاء الوصية إلا أنهم اشترطوا وجـوده عند موت الموصى لأنه وقت استحقاق الوصية ، ولأن الملك بالوصية كالملك بالميراث . وشرط الميراث كما هو معلوم تحقق وجود الوارث وقت وفاة المورث ، فكذلك شـرط نفاذ الوصية تحقق وجود الموصى له وقت وفاة الموصي[1] .

فلو قال شخص : أوصيت لأولاد أخي فلان بكذا ، فان من يستحق الوصية من أولاد أخيه هو كل من يكون موجوداً منهـم وقت وفاة الموصي دون من يوجد بعد ذلك أو من وجود وقت انشاء الوصية ومات قبله . ذلك لأن الوصية عند الجمهور لا تصح للمعدوم الذي يحتمل الوجود مستقبلاً ، كما لا تصح عندهم للميت ، لعـدم أهليتهما للتمليك .

(١) لأن قاعدة التمليك تقتضي وجود المتملك الذي سيتعلق الملك بذمته ، والأصل ان يكون ذلك عند انشاء الوصية ما دامت صيغتها منجزة ، ولكن بما ان الوصية جاءت على خلاف الأصل في عقود التمليك ، إذ التمليك لا يكون فيها إلا بعد موت الموصى ، لهذا فقد أجازوا تخلف الموصى له وقت الانشاء اذا لم يكن معينا ، ولكن لا بد من وجوده وقت وفاة الموصى لكي يجد الملك ذمة يتعلق بها . انظر استاذنا مدكور في الوصايا في الفقه الاسلامي ص ٣٤٧) .

وخالف في ذلك فقهاء المالكية ، إذ قالوا بصحة الوصية للحمل الذي سيحدث في المستقبل وللميت أيضاً ، لأنهم عرفوا الموصى له بأنه من يصح تملكه للموصي به شرعاً حالاً أو مآلاً ولو حكماً[1] . وذهبوا الى أن غلة العين الموصى بها تكون لورثة الموصى قبل مجيء الموصى له إن كان حملاً ، ويرجع الشيء الموصي به اليهم أيضاً إن نزل الحمل ميتاً . وتصرف الوصية في سداد ديون الموصى له إن كان ميتاً يعلم الموصى بموته ، أو تصرف الى ورثته إن لم يكن مديناً . أما إذا لم يكن عليه دين وليس له وارث فان الوصية تبطل لاستحالة تنفيذها ، ولا يصار الموصى به الى بيت المال لأن الموصى إنما قصد بوصيته هذه الموصى له بالذات لوفاء ديونه أو لصلة ورثته . وكما تصح الوصية عندهم للمعدوم منفرداً تصح له أيضاً مع موجود ، فلو قال شخص : أوصيت لأولاد فلان الموجودين في الحال والذين سيوجدون في المستقبل ، فانه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا له وقت انشاء الوصية والذين سيكونون له بعد ذلك[2] .

على أن المشرع العراقي اشترط وجود الموصى له وجوداً حقيقياً أو تقديرياً وقت انشاء الوصية ووقت وفاة الموصى أيضاً ، إذ نص في الشق الاول من الفقرة الاولى من المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية على « أن يكون حياً حقيقة أو تقديراً حين الوصية وحين موت الموصى » .

(١) انظر شرح الرسالة للنفراوي ج ٣ ص ٣ .

(٢) انظر الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ج ٢ ص ٤٣ و ٤٣٢ .

صحة الوصية للجنين ووقت استحقاقه لها :

جعل فقهاء الشريعة الاسلامية للجنين اهلية وجوب ناقصة ، فاعترفوا بصلاحيته لاكتساب بعض الحقوق التي لاتحتاج في نشأتها الى قبول لما فيها من نفع محض له . وهي حقه في ثبوت نسبه وفي استحقاق ريع الوقف وفي الميراث وفي الوصية[1] ، دون أن يحملوه الالتزام بالواجبات . ثم ان الوصية عند الفقهاء نوع من الاستخلاف ، إذ أن الموصى يجعل الموصى له خليفة في بعض ماله ، والجنين يصلح للخلافة في الارث ، فكذا في الوصية لانها أخت الميراث[2] .

غير أن الفقهاء يشترطون لصحة الوصية للحمل واستحقاقه لها التيقن من علوقه ببطن أمه وقت إنشاء الوصية ، إذ متى تحقق ذلك اعتبر موجوداً حكما واستحقها . ويتحقق ذلك عند أكثرهم بولادته لستة أشهر على الاكثر (وهي أقل مدة الحمل) من حين الوصية ، إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وقت انشائها وكانت الحامل زوجة حقيقة أو حكما بأن كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو كانت خالية

(١) مع ان فقهاء المسلمين قد اجمعوا على جواز الوصية للحمل المستكن فى بطن امه ، فانهم قد اختلفوا فى جواز الهبة له . ووجه الفرق فى ذلك هو ان الهبة تمليك فى الحال فيقتضي وجود المملك فى الحال على وجه اليقين ، وهي لا تتم عند اكثر الفقهاء إلا بالقبض ولا يوجد من يقبض عن الجنين لعدم ثبوت الولاية عليه . في حين ان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فتنفيذها لا يكون الا بعده فلا ضرورة لوجوده بيقين وقت الوصية ، ثم ان الوصية كالميراث من حيث ان للمالك فيها يثبت بالخلافة والحمل يرث فصحت الوصية له . فالوصية فى الواقع وإن كانت تشبه الهبة فانها تشبه الميراث ايضا ، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا امكن ، ولشبهها بالميراث يسقط القبول إذا تعذر عملا بالشبهين . (انظر تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ١٨٦) .

(٢) انظر ابن قدامة فى المرجع السابق ص ٥٧ .

من الازواج وعدتهم[1] . أما اذا أقر الموصى بوجود الحمل حين الوصية، أو كانت الحامل معتدة من طلاق بائن أو وفاة فانه يستحقها اذا ولدته لسنة هلالية أو أكثر قليلاً على المشهور[2] (وهي أكثر مدة الحمل) فما دون من وقت انشاء الوصية أو من وقت الطلاق أو الوفاة .

وقد اتفق الفقهاء على أن الجنين لا يستحق الموصى به الا اذا انفصل كله عن أمه حيا[3] ، ولو للحظة واحدة ثم يموت بعدها . وان اسفرت الولادة عن توأمين و كانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة بصرف النظر عن جنس المولود ، واذا مات أحدهما بعد ولادته حيا فنصيبه في الوصية ينتقل الى ورثته الأحياء ويقسم بينهم باعتباره ميراثا ، لانه استحقه قبل وفاته فهو تركته[4] .

والمشرع العراقي يجيز الوصية للجنين كما يفهم من نص الفقرة الاولى من المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية السابق الذكر بشرط أن تتحقق حياته حين الوصية وحين موت الموصى[5] ، غير أنه لم يفصح صراحة عن كيفية التحقق من ذلك بنص قاطع . وانما

(١) اما اذا ولدته لأكثر من ذلك فان الوصية تبطل ، لاحتمال حصول الحمل بعد انشائها فلا يستحق شيئا مع الشك .

(٢) على ان من الفقهاء من يجعل اقصى مدة الحمل سنتين او اكثر .

(٣) اعتبر الفقهاء الأحناف المولود حيا اذا خرج اكثره وهو حي ، لأن للاكثر عندهم حكم الكل .

(٤) انظر في ذلك : الزيلعي في نفس المرجع والموضع السابقين ، والكاساني في المرجع السابق ص ٣٣٦ ، وابن قدامة في نفس المرجع ص ٥٦ ، وابن حجر الهيثمي في تحفة المحتاج ج ٧ ص ٨ ، والعاملي في المرجع السابق ص ٣٩٥ و ٣٩٦ .

(٥) وتعرف حياته حين الوصية وحين موت الموصى من وقت ولادته طبعا .

ترك الأمر الى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانونه والاسترشاد بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية ، عملا بنص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية .

ويلاحظ أن مشرع قانون الوصية في العربية المتحدة اعتبر أقل مدة الحمل تسعة أشهر (مائتين وسبعين يوما) أخذاً عن قول لبعض الفقهاء ، واعتبر أكثر مدة الحمل سنة شمسية (خمسة وستين وثلثمائة يوم) أخذاً عن الاطباء الشرعيين ، بصراحة نص المادة (٣٥) منه[1] .

الشرط الثالث - أن لا يكون جهة معصية :

بينا فيما تقدم أن الاصل في مشروعية الوصية أن تكون قربة لله تعالى أو صلة بالعباد ، الاقارب والمحتاجين وغيرهم ، أو لما يعود نفعه على مجموعة من الاشخاص أو جميع الناس . فالوصية للمدارس والملاجىء والمستشفيات والفقراء عموما القصد منها في جميع الأديان السماوية التقرب الى الله والبر بالانسان ، فهي صحيحة نافذة اتفاقا ،

(١) التي تنص على انه « تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية : »

« ١ - إذا اقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية » .

« ٢ - إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة من وفاة او فرقة بائنة ، فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت او الفرقة البائنة . واذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين » .

« وتوقف غلة الموصى به الى ان ينفصل الحمل حيا فتكون له » .

سواء أكان الموصى مسلما أم غير مسلم، وعلى هذا الأساس لم يشترط الفقهاء لصحة الوصية أن يكون الموصى له متحداً مع الموصى في دينه، بل أجازوا وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس لما فيها من بر وصلة[1].

أما الوصية التي تكون لجهة معصية كالوصية لأندية الفسق والفجور وجمعيات الالحاد مثلاً فانها تتضمن اعانة معصية الخالق جلّ وعلاّ ومفسدة للخلق أجمعين، وهو أمر لا تقره جميع الأديان المنزلة، فتكون باطلة بالاتفاق أيضا.

ولكن ما حكم الوصية اذا كانت الجهة الموصى لها تعتبر قربة في بعض الاديان دون بعض ؟.

يشترط الفقهاء المسلمون في وصية المسلم أن لا تكون الجهة الموصى لها محرمة في الشريعة الاسلامية، حتى ولو كانت لا تخلو من قربة في نظر الديانات الاخرى. فالوصية ببناء الكنائس والبيع فيها معنى القربة عند المسيحين واليهود ولكنها لا تعتبر كذلك عند المسلمين، فتكون باطلة اتفاقا اذا ماصدرت من مسلم كما هو الحكم في الوقف تماما.

أما اذا كانت الوصية من غير مسلم وكان الموصى له جهة تتأثر القربة فيها باختلاف الاديان فان فقهاء المذاهب الاسلامية قد اختلفوا في حكمها، كما هو موضح بايجاز على الوجه التالي :

---

(١) بخلاف الميراث، اذ يمتنع التوارث بين المسلمين وغيرهم لأن الميراث خلافة وولاية في المال، ولا ولاية مع اختلاف الدين بين المورث والوارث، اما الوصية فعبارة عن تمليك بعقد مبتدأ فتصح كما في حال الحياة.

فالأحناف يشترطون في الموصى له غير المعين أن يكون قربة في نظر الاسلام وفي ديانة الموصى، فلو أوصى مسيحي مثلاً ببناء مسجد أو كنيسة لجماعة غير محصورين، كانت وصيته باطلة. ذلك لأن اقامة مسجد من ماله لقوم غير معينين وإن كان يعتبر قربة في دين الاسلام الا أنه ليس كذلك في دين الموصى. وعلى العكس من هذا اقامة كنيسة من ماله لقوم غير معينين يعتبر قربة في دينه هو، ولا يعتبر كذلك في نظر الاسلام.

وكذلك الحكم في اعتبار الوصية باطلة عند الصاحبين فيما اذا كان الموصى له جهة لا قربة فيها بنظر الاسلام كالوصية لكنسية معينة مثلاً، غير أن أبا حنيفة يجيز مثل هذه الوصية لأنها تتضمن معنى القربة في معتقد الموصى غير المسلم. فهو يرى أن الله سبحانه وتعالى أمر على لسان نبيّه عليه الصلاة والسلام بترك غير المسلمين وما يدينون، ولهذا فان وصاياهم تكون جائزة على معتقدهم ولا يعاملون بغيره، مادام الموصى له ليس بجهة معصية في شريعة المسلمين. وعلى هذا تكون وصية المسيحي ببناء كنيسة في قرية جميع سكانها أو أغلبهم من النصارى صحيحة عنده، لأنها قربة في ديانته وليست محرمة في الاسلام، كما أن وصيته ببناء مسجد لجماعة معينين من المسلمين صحيحة ايضا، لأنها لا معصية فيها بل هي قربة في نظر الاسلام. في حين ان ابا يوسف ومحمد لا يريان في وصية المسيحي ببناء كنسية قربة في دين المسلمين، ولهذا فانهما يقولان ببطلان مثل هذه الوصية. ويذهبان الى ان العبرة في القضاء بما جاء به الاسلام، فيجب ان يقضي بأحكامه لا بمعتقدات مخالفيه. وما امرنا بترك غير

المسلمين وما يدينون الا تحذير لنا من التدخل في شؤونهم لا الالتزام بما يعتقدون عند التقاضي ، ولكن العمل في هذا يجري على مذهب ابي حنيفة. اما اذا كانت الوصية لشخص معين او لقوم بأعيانهم فانها تصح عند الامام وصاحبيه اتفاقا ، على اعتبار انها تمليك لا على انها قربة[1] .

ويذهب فقهاء الشافعية والحنابلة الى ان العبره في وصايا غير المسلمين ، في كون الجهة الموصى لها قربة أم لا ، هو الدين الاسلامي. وعلى هذا إذا كانت الوصية لغير معين وكان الصرف قربة في نظر الاسلام فانها تكون صحيحة ، ولو لم يكن الصرف قربة في دين الموصى[2] .

والمعتمد في مذهب الجعفرية أنه يشترط في الجهة الموصى لها ان تكون قربة في ديانة الموصى فحسب ، دون نظر الى حكم الاسلام ، وهذا الاتجاه رواية في مذهب الامام مالك . وعلى هذا فان وصية المسيحي عندهم بالصرف على جامع أو حسينية غير صحيحة لأنها لا تعتبر قربة في عقيدته ؛ أما وصيته للكنسية فانها صحيحة[3] .

ولم يدخل المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية في تفصيل هذه الأحكام بل تركها لما هو مقرر في كتب الفقه الاسلامي ،

(١) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٤١ والزيلعي في المرجع السابق ص ٢٠٥ .

(٢) وهذا هو مذهب الظاهرية أيضا كما يفهم من محلى ابن حزم ج ٩ ص ٣١٧ .

(٣) راجع ما بيناه في الباب الثاني عند كلامنا على شروط الجهة الموقوف عليها فيما يعتبر من وقف غير المسلم قربة يصح معها الوقف وما لا يعتبر فيبطل ص ١٠١ و ١٠٢ .

وجاء بنص عام في الشق الثاني من الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من هذا القانون يقضي بأنه «وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام» .

الشرط الرابع - أن لا يكون حربياً :

لا شك أن المسلم الذي يوصي بشيء له قيمة مالية لمن بين داره ودار الاسلام حرب أو عداء مستحكم لا ينفي البر والصلة بوصيته هذه ، وإنما يقصد سوء ببلده وأبناء جلدته ، فيجب رد قصده السيء الى نحره . ولهذا فقد ذهب فريق من الفقهاء المسلمين الى القول بأن الوصية للحربي ، وهو غير المسلم المقيم في دار الحرب ، تكون باطلة متى مات الموصى والموصى له ما زال باقياً على حربيته .

ومعنى هذا ان شرط عدم كون الموصى له حربياً - على رأي القائلين به - يعتبر شرطاً لبقاء الوصية صحيحة ؛ إذ العبرة بوقت موت الموصى وظهور حكم الوصية ، عند التنفيذ لا وقت إنشاء الوصية ، في حين ان الشروط الثلاثة السابقة كانت لصحة الوصية ابتداء .

واستدل القائلون بعدم صحة الوصية للحربي من قبل المسلم او الذمي الذي يستوطن دار الاسلام ، وهم فقهاء الحنفية والشيعة الجعفرية والزيدية[1] ، بقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون »[2] . وقالوا إن الوصية لأهل دار الحرب تبرع

(١) أنظر في ذلك : الكاساني في المرجع والموضع السابقين ، والمحقق الحلي في المختصر النافع ص ١٨٩ ، وأحمد بن يحيى المرتضى في البحر الزخار ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٢) الآية (٩) من سورة الممتحنة .

بتمليك المال لهم ومن ثم إعانتهم على محاربتنا كالوصية لهم بالسلاح ، وهذا لا يجوز شرعاً .

وذهب الحنابله والشافعية وغيرهم الى أن الوصية للحربي في دار الحرب تصح كما صحت الهبه له ، لما فيها من بر وصلة . واحتجوا بأن الآية الكريمة المذكورة تدل على أن المقصود منها عدم إتخاذ الحربيين أولياء ، وهذا لا يمنع من برهم والاحسان اليهم .

واستدلوا لمذهبهم هذا أيضاً بماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر بن الخطاب حلة من حرير فكساها عمر أخاً مشركاً له بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب . كما استدلوا بما روى عن أسماء بنت أبي بكر التي وصلت أمها الحربية ، بعد أن سألت رسول الله فأجاز ذلك[1] .

على أن اختلاف الدار المانع من صحه الوصية للحربي الذي هو في غير دار الاسلام ، عند القائلين بذلك ، إنما يتحقق بانقطاع العصمة واستباحة أهل كل دار مقاتلة الآخرين ، كوصية المسلم أو المسيحي أو اليهودي العراقي أو أي بلد عربي مسلم ليهودي يستوطن اسرائيل أو غير يهودي يوالي الأعداء . إذ تعتبر مثل هذه الوصية باطلة ، لما بيننا وبين هؤلاء الخليط من حثالات الأقوام الذين لفظتهم أوطانهم من حرب ناشبة وعداء مقيم . اما في غير ذلك فلا تبطل الوصية ، لأن العصمة لا تنقطع بين الدول في كل الظروف والأوقات ، لا سيما في وقتنا الحاضر حيث توجد معاهدات وارتباطات دبلوماسية بين بعضها

(١) انظر ابن قدامة في نفس المرجع ص ١٠٤ .

والبعض الآخر وهناك مواثيق هيئة الأمم المتحدة وأحكام القانون الدولي التي تنظم العلاقات الدولية .

هذا وقد رأينا فيما تقدم ان المشرع العراقي قد منع في المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية الوصية للأجنبي بالعقار فقط ، اما بالمنقول فلا ، بشرط ان يكون قانون بلد هذا الأجنبي يجيز الوصية للعراقي تطبيقاً لمبدأ المقابلة بالمثل .

الشرط الخامس - ان لا يكون قاتلاً للموصى :

قد يقصد الموصى له بقتله الموصى استعجال الحصول على ما اوصى له به ، فلو اعطى مع بشاعة ما اقدم عليه لصار القتل سبباً في جلب المال له ، اي ان الجريمة التي يرتكبها تكون نعمة له لا نقمة عليه ، وهذا ما لا يجوز شرعاً ولا قانوناً ولا يستساغ عقلاً أو منطقاً . وقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال : « ليس للقاتل من الميراث شيء »[2] وان الوصية أخت الميراث ، ولا ميراث للقاتل ، فلا وصية له أيضاً . ويروى انه قال : « ليس للقاتل شيء » ، وحيث ان كلمة (شيء) وردت نكرة في سياق النفي لذا فانها تعم ، فتشمل الميراث والوصية جميعاً[3] . ثم ان من يستعجل الحصول على الشيء قبل اوانه يعاقب بحرمانه ، تطبيقاً لأصل كلي معروف في الفقه الاسلامي .

وإذا كان هذا الاتجاه ، الذي يعتبر القتل مانعاً من الوصية ، هو الرأي الغالب في الفقه الاسلامي جملة[4] ، سواء اكان سبب القتل

(١) رواه النسائي والدار قطني وغيرهما ، انظر بلوغ المرام ص ١١٨ .
(٢) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٣٩ .
(٣) لأنه يمثل راي الحنفية والجعفرية واحد قولين عند الشافعية واحد ثلاثة =

حدث قبل الوصية كأن يصيب منه مقتلاً ولا يموت في الحال ثم يوصى له ويموت بعد ذلك بسبب الاصابة ، ام كان بعدها كأن يوصى له اولاً ثم يقتله الموصى له ، فان هناك رأياً آخر في الفقه الاسلامي[1] ، يقضي بعدم اعتبار القتل مانعاً من الوصية . اي ان عدم القتل ليس بشرط لصحة الوصية ولا نفاذها ، على اساس ان القتل اياً كان نوعه لا يؤثر على صحة الوصية او الاستحقاق بها لأنها تمليك بعقد كالهبة تماماً ، ولا قائل ببطلان الهبة بالقتل .

وذهب الجعفرية والمالكية في ارجح الأقوال عندهم والامام احمد في احد اقواله الى ان الوصية إذا حدثت بعد الجرح الذي افضى الى الموت صحت ونفذت في حدود الثلث احتراماً لارادة الموصى ، وإذا حدثت قبل ذلك بطلت معامله للموصى له القاتل بنقيض قصده السيء[2] .

= اقوال عند الحنابلة . والذي يلاحظ في الفقه الحنفي هو ان ابا حنيفة ومحمد يذهبان الى انه لو قتل الموصى له الموصى كانت الوصية موقوفة على اجازة الورثة ، فان اجازوها نفذت وإلا بطلت ، لأن امتناع الجواز لحقهم لأنهم هم الذين ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل . فان اجازوها فقد اسقطوا حقهم ، فزال المانع ، فجازت الوصية . ومعنى هذا انهما يريان عدم كون الموصى له قاتلا للموصى شرطا لنفاذ الوصية لا لصحتها . اما ابو يوسف فيذهب الى بطلان الوصية للقاتل ، سواء اجاز الورثة الوصية ام لم يجيزوا ، لصراحة الحديث . (انظر الفتاوي الهندية ج ٦ ص ٩١) .

(١) يمثل القول الراجح في مذهب الشافعية وقول في مذهبي احمد ومالك .

(٢) انظر في ذلك وفيما تقدم : العلامة الحلي في قواعده ـ كتاب الوصية من المجلد التاسع ص ٤٢٤ وهو مطبوع مع شرحه مفتاح الكرامة ، وابن قدامة في المرجع السابق ص ١١١ ، والشيخ عبدالرحمن الجزيري في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤١ . هذا ويقول المرحوم العاملي في مفتاح الكرامة نفس المجلد ص ٤٢٥ ما نصه « إن اوصى قبل القتل او الجرح الموجب للقتل لم تصح الوصية ، كما لو قال : اعطوا زيداً كذا ، ثم يقتله زيد ، لأنه ربما طلب تعجيل الوصية فبادر الى قتله ليبلغ غرضه ، =

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الفقهاء على ان القتل بحق ، كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس ، لا يبطل الوصية ولا يحرم الموصى له القاتل من الاستحقاق بها . كما ان القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً أو فاقد العقل لعارض لا يعتبر قتله ، ويستحق الموصى به . وكذلك يستحق الوصية من يقتل زوجته أو احدى محارمه لأجل الزنا ، فيما إذا كان قد أوصى له المقتول بشيء ، لسقوط معنى الاثم فلا يتحقق الحرمان .

ولما كان المشرع العراقي قد اشترط في الموصى له « ان لا يكون قاتلاً للموصي » بنص الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية ، لهذا فانه يجب تقييد هذا الاطلاق بالقتل العمد العدوان سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب ، وذلك لكي يكون الحكم متفقاً مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي بوجه عام ومتسقاً مع النظم القانونية المعمول بها في وقتنا الحاضر . علماً بأن مشرع قانون الوصية في العربية المتحدة قد نص في المادة (١٧) منه على هذا صراحة بقوله « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي » .

= فاقتضت الحكمة منعه . قلت : قضيته انه يكفي في ذلك احتمال ارادة التعجيل ، وانا لو قطعنا بعدم ارادته ذلك صحة الوصية ، فتأمل ! وقالوا بخلاف ما لو جرحه بالمهلك ثم اوصى له ، فان الموصى له لم يقصد بقتله استعجال مال لعدم سببه ، والموصى راض بالوصية بعد صدور ما فعله فيه . قلت : هذا اذا نص عليه باسمه ، اما لو اوصى بلفظ عام يتناوله بعد فعل القتل فالأقوى المنع » .

أختلاف الفقهاء في شرط

عدم كونه الموصى له وارثاً للموصي

متى يعتبر الموصى له وارثاً للموصي ؟

من الوصايا ما لاتحتاج في نفاذها لاجازة من أحد، إذ أنها تؤدى مما يبقى من تركة الموصى بعد تجهيزه ودفنه وسداد ما قد يكون عليه من ديون ، وهذه هى الوصايا النافذة . ومن هذه الوصايا بإجماع الفقهاء المسلمين الوصية لغير وارث بما لايزيد على ثلث قيمة التركة، فان تنفيذها لا يتوقف على إجازة الورثة ، أما الجزء الزائد على الثلث فلا ينفذ إلا باجازتهم جميعاً مع تفصيل في الأمر كما سنرى .

ولكن الفقهاء اختلفوا بالنسبة للوصية التي تكون لأحد ورثة الموصى في حدود الثلث أو أكثر ، هل تصح مثل هذه الوصية وتنفذ دون حاجة لاجازة الورثة أم تصح ولا تنفذ إلا بإجازتهم أم لا تصح أصلاً ؟ .

قبل ان نعرض آراء الفقهاء في هذه المسألة الخلافية لابد لنا من ان نبين متى يعتبر الموصى له وارثاً أو غير وارث للموصى ، هل العبرة في ذلك بوقت إنشاء الوصية أم بوقت وفاة الموصى ؟ .

من المعلوم ان الموت هو وقت خلافة الموصى له للموصى فيما أوصى له به ، أي أنه وقت تملك الموصى له للشيء الموصى به. ولهذا فانه ينظر الى الموصى له في كونه وارثاً أو غير وارث عند موت الموصى ، لا وقت إنشاء الوصية . فقد يكون وارثاً وقت الانشاء غير وارث

وقت الوفاة ، أو بالعكس قد لا يكون وارثاً وقت إنشاء الوصية ولكنه يصبح وارثاً وقت وفاة الموصى [1] .

فلو أوصى شخص ليس له أبناء ولا عصبة ذكور من جهتي الأبوة والأخوة لعم له بثلث ماله فان العم يعتبر وارثاً بالتعصيب (عند جمهور الفقهاء) في هذا الوقت ، ولكن إذا رزق الموصى إبناً قبل ان يتوفاه الله فان هذا الابن يحجب عم أبيه من الميراث ، فيعتبر العم غير وارث وقت وفاة الموصى فتصح الوصية له وتنفذ دون حاجة لاجازة الورثة . ولو أوصى شخص له ولد مذكر لأخيه العاصب بثلث ماله صحت الوصية له لأن هذا الأخ لا يعتبر وارثاً في هذا الوقت ، ولكن لو مات ابن الموصى قبل أبيه صار وارثاً وقت موت الموصى . وكذلك لو أوصى لابنه غير المسلم صحت الوصية ونفذت بالثلث لأنه ليس بوارث ، أما لو أسلم قبل موت أبيه فانه يعتبر وارثاً.

موقف الفقهاء المسلمين من الوصية للوارث :

اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الوصية التي تكون لمستحق بالارث في تركة الموصى ، بسبب اختلافهم في أصل السند الذي يستندون إليه وفي تأويل الدليل الذي يحتجون به لرأيهم . على أنه يمكن تلخيص موقفهم من الوصية للوارث جملة باتجاهات ثلاثة ، هي:

١ـ ما اتجه اليه فقهاء الظاهرية والبعض من فقهاء كل من الشافعية

(١) لم يخالف فى ذلك إلا ابن حزم الظاهري الذي يعتبر الموصى له وارثا سواء اكان كذلك عند موت الموصى ام وقت إنشاء الوصية ، ولو اصبح غير وارث وقت الموت . (انظر المحلى جـ ٩ ص ٣١٦) .

والمالكية والحنابلة من أن الوصية للوارث غير جائزة أصلاً ولو أجازها جميع الورثة بعد وفاة الموصى ، أي انها تقع باطلة ابتداء . واستدلوا لهذا بما ثبت عندهم من الحديث النبوي الشريف الذي جاء بعبارة « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »[1] .

إذ قالوا إن ظاهر هذا النص يفيد بطلان الوصية للوارث ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الوصية للوارث ، لهذا فان معناه لا وصية صحيحة لوارث . وأضافوا بأن الوصية لأحد أو بعض الورثة تثير الحفيظة في نفوس باقيهم ، لما فيها من ايذاء وايحاش لهم ، فيؤدي هذا الى قطع الرحم . ثم ان ايثار بعض الورثة على بعض فيه حيف والرسول عليه الصلاة والسلام يقول : « الاضرار في الوصية من الكبائر »[2] ، وفسروا الاضرار هنا بالوصية للوارث لأنه من حيف الموصى في وصيته .

ويذهب أصحاب هذا الرأي الى أنه إذا رضي الورثة كلهم أو بعضهم بالوصية فما عليهم إلا أن يهبوا الموصى له ما كان قد أوصى له به ، فيكون هبة مبتدأة منهم لأنه مالهم الخاص بهم بعد وفاة مورثهم (الموصى) ، فيلاحظ فيها عندئذ شروط الهبة[3] .

٢ـ ما اتجه اليه أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه وأكثر أتباعه وأكثر فقهاء المالكية والحنابلة من أن الوصية للوارث تصح

(١) انظر سنن ابي داود ج ٣ ف ٢٨٧٠ ص ١١٤ .
(٢) انظر الدراري المضية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦٠ .
(٣) انظر في ذلك : ابن حزم في المرجع والموضع السابقين ، والشيرازي في المهذب ج ١ ص ٤٥٨ ، وابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٣ ، وابن قدامة في المرجع السابق ص ٦ .

في حدود الثلث ، ولكنها تكون موقوفة على إجازة باقي الورثة ، فان أجازوها نفذت وإلا بطلت .

ومعنى هذا أن عدم كون الموصى له وارثاً للموصي يعتبر شرطاً لنفاذ الوصية عند هؤلاء الفقهاء ، لا شرطاً لصحتها . وقد استدلوا لهذا بالحديث السابق مع زيادة وردت في بعض الروايات ، ثبتت عندهم ، وهي قوله عليه الصلاة والسلام « إلا أن يجيز الورثة »[1] . إذ قالوا : إذا صحت هذه الزيادة ملك الورثة حق الاجازة لأن امتناع الجواز كان لحقهم لا لكونه عبادة ، وعلى فرض عدم ثبوتها يمكن تأويل الحديث المذكور بأنه يفيد أن لا وصية نافذة أو لازمة في حق الورثة إلا باجازتهم . ذلك لأن المعنى الذي يدل عليه مقصود النص هو الحيلولة دون ايثار بعض الورثة على البعض الآخر حتى لا يُعطى أكثر من نصيبه الشرعي الذي يستحقه بالميراث ، فان أجازها الورثة كانت إجازتهم تنفيذاً للوصية لانتفاء ما قد يسببه ذلك الايثار من أذى لهم[2] .

٣ـ ما اتجه اليه فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء الزيدية من أن الوصية للوارث صحيحة ونافذة ما دامت في حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد من الورثة ، كالوصية لغير وارث تماماً . واستدلوا لهذا بقوله تعالى في سورة البقرة « كُتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت

(١) كما اخرج الدار قطني من حديث عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده ، واخرجه ايضا من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ « إلا ان يشاء الورثة » . انظر الشوكاني في نفس المرجع المشار اليه في الهامش السابق ص ٢٦١ .
(٢) انظر في ذلك : الكاساني في نفس المرجع ص ٣٢٧ والزيلعي في نفس المرجع ص ١٨٢ والمراجع السابقة الاشارة اليها .

إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » . وكذلك بما ثبت عند البعض منهم من حديث عن النبي عليه الصلاة والسلام من أنه قال : « لا وصية لوارث بأكثر من الثلث » . إذ قالوا : إن حكم الوصية للوارث الوارد في نص الآية المذكور لم ينسخ لأن الله تعالى قد أكد هذا الحكم بما لا يقبل معه دعوى النسخ ، حيث قال سبحانه في تكملة الآية « حقاً على المتقين » ، وتوعد مخالفيه في الآية التالية مباشرة بقوله « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم »[1] . ولا يعقل ان الله عزّ وجلّ إذا شرع للناس حكماً مؤقتاً يعلم جلت قدرته أنه سينسخه بعد زمن ما ، يعود فيؤكده بمثل ما أكد به أمر الوصية للوارث[2] .

وأضافوا الى ذلك قائلين بأنه إذا صح ثبوت حديث « لا وصية لوارث » ، فهو يفيد نفي الوجوب لا نفي الجواز ، وان نسخ وجوب الوصية للوارث في الآية الشريفة لا يستلزم نسخ جوازها ، كما ان نسخ وجوب صوم عاشوراء لا ينسخ جوازه[3] .

وعلى هذا تكون الوصية للوارث عند هؤلاء الفقهاء جائزة ، وتنفذ في حدود الثلث بحكم الشرع ، بل ويرون أنها مندوبة لأن

(١) الآية (١٨١) من سورة البقرة .

(٢) انظر في ذلك : الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٥ والصنعاني في سبل السلام ج ٣ ص ١٤٠ والعاملي في المرجع السابق ص ٤٠٩ و ٤١٠ .

(٣) جاء في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : صام النبي صلى الله عليه وسلم عاشوراء وأمر بصيامه ، فلما فرض رمضان ترك ذلك . كما جاء فيهما أيضا عن معاوية قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « هذا يوم عاشوراء ، ولم يكتب الله عليكم صيامه ، وأنا صائم ، فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » . انظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ج ١٠ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ .

الأقارب أولى من الأباعد . ثم إن المشرع الحكيم قد أعطى الشخص حق التصرف في ثلث ماله يضعه كيف شاء ، فمن حقه إذاً ان يعطيه لمن يريد صلته والبر به ، والبر بالقريب أفضل من البعيد .

وإذا كان المشرع العراقي لم يذكر حكم الوصية للوارث في الفصل الخاص بالوصية من قانون الأحوال الشخصية فما ذلك إلا لأنه كان قد بين الحكم في الفقرة الثانية من المادة (١١٠٨) من قانونه المدني ، التي نص فيها على أنه « وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة » . فلم يفرق هذا النص بين الموصى له الذي يرث في تركة مورثه (الموصي) والذي لا يرث ، إنما جعل الوصية لأي منهما صحيحة مهما كان القدر الموصى به ، ولكنها لا تنفذ في الزائد على الثلث إلا إذا وافق الورثة على هذه الزيادة .

ولا نحسب ان في هذا الاتجاه الموافق لمذهب فريق من الفقهاء مخالفة لسند شرعي قطعي الدلالة أو الثبوت ، بل الذي نراه ان فيه تيسيراً على الناس وتحقيقاً لرغباتهم الأخيرة في البر ببعض أو بأحد ورثتهم ، لا سيما الضعيف منهم . وليس فيه ما يثير حفيظة باقي الورثة كما نعتقد ، ما دام ان من حق المورث ان يهب أو يوصي لأجنبي عنه من غير ان يكون لهم حق الاعتراض . ثم اننا لو تصورنا ان شخصاً خلف عشرة بنات فحسب دون ان يخلف ابناً واحداً وكان له أخ عاصب (شقيق أو لأب) وترك ثروة تقدر بستة آلاف دينار مثلاً ، فان نصيب البنت الواحدة عند جمهور الفقهاء يكون اربعمائة فقط بينما يكون نصيب الأخ وحده ألفي دينار . فهل من ضير على هذا

الشخص ان يعمل على حماية ذريته الضعاف بالوصية لهن بثلث ماله الذي مكّنه الشارع من التصرف فيه ليتعادل ما يؤول اليهن مما تركه مع مايستحقه أخوه العاصب ؟ لاضير في ذلك بحسب اعتقادنا.

على ان هذا يختلف تماماً عما يفعله بعض الناس من أنه يخص أثناء حياته أحد أولاده أو بعضهم ببعض ما يملك دون الآخرين ، فهو وإن صح من الوجهة القانونية إلا أنة منهى عنه من وجهة الشرع .ذلك لأن الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام قوله «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم »[1]

المبحث الرابع

ما يشترط في الموصى به

شرطاه يجب توافرهما لصحة الوصية به :

يشترط في الموصى به ـ محل الوصية الذي يظهر فيه أثر الصيغة ويقع التمليك عليه ـ في الفقه الاسلامي بوجه عام ، شرطان :

(الأول) ان يكون مما يجري فيه الارث أو يصلح ان يكون معقوداً عليه .

فالذى يجري فيه الارث ، هو كل ما يصلح ان يكون تركة

(١) روى في الصحيحين وغيرهما . وروى أيضا انه صلى الله عليه وسلم قال لمن نحل (اعطى) ابنه دون سائر اولاده واراد ان يشهده على ذلك : « اردده ، سو بينهم ، لا تشهدني على جور ، اشهد على هذا غيري ، ايسرك ان يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا اذن » . اي سو بين اولادك فى الاعطاء كما يسرك ان يكونوا لك فى البر سواء .

عما يخلفه الميت من الاموال مطلقاً[1] عند جمهور الفقهاء ، أو الأموال الخالية من تعلق حق الغير بعين معينة منها عند الفقهاء الأحناف .

والذي يصلح ان يكون معقوداً عليه ، هو كل ما يجوز ان يجري فيه التعاقد حال حياة الموصي ولو لم يكن مما ينتقل بالميراث عند البعض ، كالمنافع والحقوق الشخصية على رأي الأحناف الذين لا يعتبرونها أموالاً تورث عن الميت .

وعلى هذا فانه يصح ان يكون الموصى به مالاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، قيمياً كان أو مثلياً ، محوزاً من قبل الموصى حقيقة أو حكماً[2] . كما يصح ان يكون حقاً مالياً خالصاً كالوصية بالدين الذي له في ذمة الغير والوصية بغلة الوقف التي كان قد استحقها ولكنه لم يتسلمها ، أو حقاً متعلقاً بالمال كالوصية بحق الشرب أو بحق المرور أو بغيرهما من حقوق الارتفاق . ذلك لأن المال أو الحق في كل ما تقدم إما ان يعتبر تركة يجري فيه الارث فيصح ان يوصى به على هذا الأساس عند جمهور الفقهاء ، وإما ان يصلح للتعاقد عليه من قبل الموصى أثناء حياته وعندئذ يصح ان يكون موصى به بالاتفاق .

غير أنه يشترط في المال الموصى به ان يكون متقوماً ، ولهذا فان الوصية لا تصح بما هو ليس بمال أصلاً في عقيدة الموصى إن كان

(١) اي سواء اتعلق حق للغير بأعيانها كحق المرتهن والبائع ، او بماليتها كحق الدائن المادي ، ام لم يتعلق بها حق لأحد ،

(٢) ويكون محوزاً من قبل الموصى حقيقة إذا كان تحت يده فعلا او تحت يد امين كالمرتهن والمستأجر والمستعير ، ويكون محوزاً من قبله حكما إذا كان في يد غاصب او سارق .

مسلماً ، كالوصية بالميتة والدم . كما لا تصح الوصية من قبله بما هو مال إلا أنه غير متقوم كالأشياء المباحة التي لم تدخل في حيازته ، وكذا كل ما لا يتقوم في حقه كالخمر والخنزير الذي هو في حوزته ، أما الوصية بها من قبل مسيحي لمسيحي آخر فصحيحة لأنها مال متقوم في عقيدتهما .

والوصية بالمنافع جائزة عند جمهور الفقهاء لأنها كالأعيان في تملكها بالعقد والارث ، فتجوز الوصية بها دون العين كما تجوز الوصية بالعين لواحد وبالمنفعة لآخر . والفقهاء الأحناف وإن كانوا لا يعدون المنافع أموالاً لأنهم يعتبرونها أعراضاً تنتهي بمجرد وجودها ولا بقاء لها حتى تتملك ، وعلى هذا فالقياس يقتضي ان لا تجوز الوصية بها عندهم لأن الوصية تشبه الميراث من حيث ان الملك فيها لا يثبت إلا بعد الوفاة ، إذ لا يتصور وجود المنافع مكتملة لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصي . نقول : على الرغم من ان هذا هو مذهبهم بالنسبة الى المنافع ، فانهم قد أجازوا الوصية بالمنافع استحساناً . وذلك للتوسيع على الناس في وصاياهم والتيسير عليهم تمكيناً لهم من فعل الخير لما في الوصية من بر وصلة ، ولهذا نراهم يقولون بجواز الوصية بسكنى الدار وركوب الدابة وما أشبه ذلك[1] .

ولم يخالف في صحة الوصية بالمنافع غير أهل الظاهر ، فانهم يعتبرونها غير صحيحة لأنها وصية بمال الوارث ، ولأن المنافع معدومة ، ولأن الوصية بها بمعنى الاعارة والعارية تبطل بالموت[2] .

(١) انظر الهداية للمرغيناني ج ٤ ص ١٨٦ .
(٢) انظر على ابن حزم ج ٩ ص ٣٢٢ .

(الثاني) ان يكون موجوداً عند إنشاء الوصية إن كان عيناً ومملوكاً للموصي .

إذا كان الشيء الموصى به عيناً معينة فانه يشترط وجوده في ملك الموصي وقت إنشاء الوصية وان يبقى على ملكه حتى وفاته اتفاقاً ، كالوصية ببستان معين أو بفرس معينة لآخر . ذلك لأن الوصية تمليك أو تصرف مضاف الى ما بعد الموت في المال من قبل مالكه ، الذي هو الموصي . فالوصية بملك الغير لا تصح أصلاً ، حتى لو ملكه الموصى بعد ذلك ثم مات كانت وصيته غير صحيحة[1] . إذ ليس من حق الانسان ان يوصي بعين غير موجودة في ملكه على أمل ان يتملكها فيما بعد ، لأنه لا يملك التصرف بملك الغير على أنه ملكه ، لكنه لو تملكه قبل موته جاز له ان يوصي به بوصية جديدة ينشؤها . وكذلك يشترط لصحة الوصية أيضاً وجود الموصى به في ملك الموصي عند الانشاء وعند الموت إذا كان جزءاً شائعاً في عين معينة ، كالوصية بعشر أرضه الزراعية أو خمس مواشيه أو ربع نقوده ، عند جمهور الفقهاء .

أما إذا كان الموصى به غير معين وليس جزءاً شائعاً في مال معين بالذات بل هو جزء شائع في المال كله كالثلث والربع والسدس ، فانه يشترط وجوده في ملك الموصي وقت وفاته فقط ، فان لم يوجد في هذا الوقت كانت الوصية باطلة .

(١) ويذهب فقهاء الحنفية في احد الرأيين عندهم الى انه إذا اجاز الغير الوصية بعد موت الموصي كان ذلك هبة منه فلا تتم إلا بالقبض ويجوز له الرجوع فيها ، اما إذا لم يجز الغير فلا يصح التصرف لا على انه وصية ولا على انه هبة . ويصحح فقهاء الشافعية مثل هذه الوصية مطلقاً في رأي عندهم . انظر في ذلك حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦٦٦ ونهاية المحتاج للرملي ج ٧ ص ١٧ .

ولا يشترط في الوصية بالمنافع وجودها لا وقت الانشاء ولا وقت الموت ، لأنها أعراض لا تدوم بل تفنى بعد وجودها مباشرة كما قلنا ، لهذا تصح الوصية بأجرة الدار وغلة البستان واستعمال السيارة وغير ذلك من المنافع المتجددة . ومعنى هذا ان شرط وجود الموصى به المعين وقت انشاء الوصية خاص بالمال فحسب ، دون المنافع التي لا وجود لها وقت التكلم وإنما توجد شيئاً فشيئاً . ولو أوصى بغلة بستانه ولم يكن فيه غلة وقت الوصية ولا عند موت الموصي فان الوصية تبقى صحيحة ، ويكون للموصى له ما يستقبل من الغلات ما دام حياً .

ويقرر المشرع العراقي في المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية أنه « يشترط في الموصى به ان يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصي » . وواضح من هذا النص ان ما يصح للموصي ان يملكه بعد وفاته الى الموصى له لا بد ان يكون مما هو داخل في ملكه فعلاً وقت الوصية ، سواء أكان من الأموال أو من المنافع والحقوق المالية ، وان يبقى على ملكه حتى وفاته . فوصية الانسان بشيء لا يملكه لا تجعل ذلك الشيء قابلاً للتمليك الى الموصى له بعد وفاة من أوصى به ، أي لا يمكن اعتباره موصى به ، لأن الموصي لا يملك حق التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ابتداء .

القدر الذي تجوز الوصية به :

اتضح لنا مما سبق بيانه ان فقهاء المذاهب الاسلامية مجمعون على ان الوصية في حدود ثلث التركة لغير وارث (أجنبي) صحيحة ونافذة

من غير إجازة أحد ، ما دام ان نفاذها لا يضر بحقوق الدائنين إن وجدوا . وإلا فانها تتوقف على اجازتهم لأن أداء الدين يكون قبل تنفيذ الوصية ، إذ الدين واجب ابتداء والوصية تبرع من الموصي ، والواجب يلزم أداؤه قبل التبرع شرعاً .

أما ما زاد على الثلث فيكون موقوفاً على إجازة الورثة بعد موت الموصي ، لأن قبول الورثة الوصية حال حياة الموصي لا قيمة له ولا يعتبر إجازة لأنه قبل ثبوت الحق الذي لا يثبت لهم إلا بعد موته ، متى كانوا من أهل التبرع[1] عالمين بما يجيزونه .

والذي نريد ان نضيفه هنا هو ان فقهاء أهل الظاهر الذين يتمسكون بظاهر نص حديث « الثلث ، والثلث كبير أو كثير » قد خالفوا الجمهور في مسألة إجازة الورثة للوصية في الزائد على الثلث ، إذ يذهبون إلى ان الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث مطلقاً حتى ولو أجاز الورثة هذه الزيادة[2] . غير ان تكملة الحديث وهي « إنك ان تدع ورثتك أغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » - التي استند اليها فقهاء باقي المذاهب الاسلامية في تعليل مذهبهم - تفيد ان التقييد بالثلث إنما كان لمصلحة ورثة الموصي . فان أجازوا ما زاد عليه فهو من حقهم ، وليس في مفهوم الحديث الشريف ما يمنع من ذلك . في حين ان الظاهرية يفصلون بين شقي الحديث ويرون ان كلاً منهما قضية قائمة بنفسها غير متعلقة بالاخرى[3] .

(١) اي ان يتحقق فيهم العقل والبلوغ والرشد وغير محجورين لسفه او غفلة .

(٢) يقول ابن حزم في المرجع السابق ص ٣١٧ ما نصه « ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث ، كان له وارث او لم يكن له وارث ، اجاز الورثة او لم يجيزوا » .

(٣) نفس المرجع المشار اليه في الهامش السابق ص ٣١٨ .

وإذا كان فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء الزيدية قد قالوا بجواز الوصية للوارث ونفاذها في حدود الثلث من غير إجازة خلافاً لجمهور الفقهاء. كما رأينا، فان مذهب أكثرهم يوافق مذهب الجمهور في القول بعدم نفاذ الوصية لغير وارث إلا في حدود الثلث، أما في القدر الزائد فلا بد من امضاء جميع الورثة. غير ان بعض فقهائهم يذهبون الى عدم تقييد الوصية النافذة بالثلث مستندين في ذلك الى اطلاق قوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين »، دون أخذ بما ورد من سنة مشهورة في هذا الشأن ولا بحكم النسخ الذي جاء به تشريع الميراث جملة، وهو خلاف شاذ ودليله ضعيف متأول فلا يعتد به[1].

اجازة الورثة شرط لنفاذ الوصية بالزائد على الثلث :

بناء على ما تقدم يمكن القول بأن الرأي الراجح في الفقه الاسلامي جملة يقضي بصحة الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث، الا ان الزيادة تكون موقوفة على اجازة الورثة، فان أجازوها جميعاً نفذت وان ردوها جميعاً نفذت بالثلث وبطلت في الزيادة. كما لو أجاز الوصية بعض الورثة دون بعض فانها تنفذ في الزيادة في حق من أجاز منهم، ان كان من أهل الاجازة، وتنفذ في الثلث فقط وتبطل في الزيادة

(١) انظر مفتاح الكرامة المجلد السابقة الاشارة اليه ص ٤٤٢. ويذهب العاملي الى التوفيق بين رأي الجمهور ورأي المخالف في هذه الجزئية فيقول في نفس المرجع ص ٤٤٨ ما نصه « واعلم ان ما قلناه لا ينافي قول الشيخ علي بابويه من انه ان اوصى بالثلث فهي الغاية القصوى، فان اوصى بماله فهو اعلم بما فعله ويلزم الموصى انفاذ وصيته على ما اوصى، لأن قوله لا دلالة فيه على مخالفة ما قلناه فانا لا نسلم ان الموصى اعلم بما فعل. (قلت) لعله اراد ان الزيادة كانت قد وجبت عليه في ماله بأحد الأسباب الموجبة والموصى اعلم بها، وهذا غير جواز الوصية بالزيادة تبرعا ».

في حق من لم يجز. وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الحكم بالنسبة لما زاد على الثلث - وان كان الموصى له وارثاً - كما يفهم من صراحة نص الفقرة الثانية من المادة (١١٠٨) من قانونه المدني السابق ذكره.

ومعنى هذا ان اجازة الورثة لما زاد على ثلث التركة ليست شرطاً لصحة الوصية مهما كان القدر الموصى به وانما هي شرط لنفاذها مطلقاً عند المشرع العراقي، أي سواء أكانت لوارث أم لأجنبي أخذاً برأي فقهاء الجعفرية ومن ذهب مذهبهم، وان كانت لأجنبي على رأي جمهور الفقهاء.

ولمعرفة مقدار استحقاق الموصى له بأكثر من ثلث صافي تركة المتوفى الذي يخلف ورثة ومعرفة نصيب كل وارث منهم، في حالة اجازة بعضهم دون بعض، لا بد لنا من قسمة التركة على الورثة على افتراض اجازتهم جميعاً أولاً ثم قسمتها عليهم على افتراض عدم اجازتهم جميعاً ثانياً. وبعد ذلك نجمل لمن لم يجز منهم نصيباً على اعتبار ان لا وصية بأكثر من الثلث، أي ان الوصية لا تنفذ في حقه الا بهذا القدر (الثلث) فقط. ونجمل لمن أجاز منهم نصيباً على ان الوصية بأكثر من الثلث، أي أنها تنفذ في حقه بكل القدر الموصى به. ونجمل الباقي استحقاقاً للموصى له بالاضافة الى الثلث، الذي يستحقه ابتداء دون اجازة من الورثة.

وعليه لو أوصى شخص له ثلاثة أبناء من أهل الاجازة بنصف صافي تركته[1]، التي تقدر بـ (٩٠٠٠) دينار، لشخص آخر. فان

(١) اي بعد دفع نفقات تجهيزه ودفنه وسداد جميع ديونه، إن كان مديناً.

الأحوال التي يمكن تصورها لا تخلو عن واحدة من الأمور التالية :

١ ـ اذا أجاز جميع الورثة نفذت الوصية في كل المال (الباقي من التركة) ، فيأخذ الموصى له نصفه أي (٤٥٠٠) دينار ، ويقسم النصف الآخر على الورثة الثلاثة بالتساوي ، فيأخذ كل ابن (١٥٠٠) دينار ميراثاً .

٢ ـ اذا أجاز اثنان فقط ولم يجز الثالث فان الموصى له يأخذ الثلث أي (٣٠٠٠) دينار دون اجازة الورثة ، ويأخذ بالاضافة الى ذلك ما يقابل حق المجيزين في نصف كل مال دون غير المجيز أي ما يساوي (١٠٠٠) دينار ، فيكون استحقاقه من الوصية (٤٠٠٠) دينار . ويأخذ غير المجيز (٢٠٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان لا وصية نافذة بأكثر من الثلث في حقه . ويأخذ كل واحد من المجيزين (١٥٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان الوصية تنفذ بنصف كل المال في حقهما .

٣ ـ اذا أجاز ابن واحد فقط ولم يجز الآخران فان الموصى له يستحق الثلث أي (٣٠٠٠) دينار من غير حاجة لاجازة أحد من الورثة ، ويستحق بالاضافة الى ذلك ما يقابل حق المجيز في نصف كل المال دون غير المجيزين أي ما يساوي (٥٠٠) دينار ، فيكون مجموع استحقاقه من الوصية (٣٥٠٠) دينار . ويأخذ كل واحد من الابنين غير المجيزين (٢٠٠٠) دينار ميراثاً ، على اساس ان لا وصية نافذة بأكثر من الثلث في حقهما . ويأخذ الابن المجيز (١٥٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان الوصية تنفذ بنصف كل المال في حقه فقط .

٤ ـ اما اذا لم يجيزوا جميعاً فان الوصية تنفذ في ثلث المال فقط ، فيستحق الموصى له (٣٠٠٠) دينار ، ويأخذ كل ابن (٢٠٠٠) دينار ميراثاً .

حكم الوصية بأكثر من الثلث

إذا كان ملتفت حكم الوصية بأكثر من الثلث بالنسبة للورثة الذين لم يجيزوا ، وورثة آخر ورثة ، فما الحكم إذا أجاز بعض الورثة ، فقهاء السنة والشرع الموالي يذكرون أنه إذا لم يكن للموصى بها هو أكثر من الثلث أو بكل ماله ورثة مطلقاً ، أو كان له وارث ولكنه محروم من الارث بمانع من موانعه ، ولم يصدق من أقر له الموصي بنسب خلافاً على الغير [1] ؟

يذهب جمهور الفقهاء الى أن مثل هذه الوصية صحيحة نافذة ، لأن منع نفاذها فيما زاد على الثلث مقرر في الأصل لحق الورثة أو من في حكمهم كالمقر له بالنسب خلافاً على الغير ، ولا أحد منهم ، إذ يرون أن الذي يفهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » وما ورد على لسانه عليه الصلاة والسلام من أن الله تعالى أعطى الانسان حق التصرف بثلث ماله في آخر عمره ليتدارك به ما فاته من فعل الخير في سالف أيامه زيادة في حسناته ، هو أن الثلثين الآخرين هما حق الورثة . فإن لم يوجد أحد منهم كان الموصى أولى بهما من بيت المال وأحق بالتصرف فيهما ، ولهذا يجوز له أن يوصي بكل ماله لمن يشاء .

---

(١) كأن يقر لشخص بأنه شقيقه مثلاً ، فيحمل نسبه (المقر له) على أبيه ، ولم يكن هناك دليل آخر لاثباته غير الاقرار . أما إذا تضمن اقراره حمل نسب المقر له على نفسه كما لو أقر بأن فلان ابنه ، فانه يثبت نسبه منه ويعتبر ابنه ويستحق في تركته بالميراث ، وذلك متى توافرت شروط الاقرار المطلوبة شرعاً .

وخالف فقهاء الشافعية[1] وكذا فقهاء المالكية[2] على الراجح عندهم في هذا الحكم ، إذ قالوا بعدم نفاذ هذه الوصية فيما يزيد على الثلث ، لأن الزيادة كما يرون متعلقة بحق بيت المال باعتباره وارثاً لمن لا وارث له . وان ممثل بيت مال المسلمين (الموظف المسؤول عن خزانة الدولة) لا يملك حق إجازة ما زاد على الثلث من وصايا الموصين الذين يموتون ولا وارث لهم ، لتعلق حق المسلمين جميعاً بالثلثين الباقيين ، وأن في اجازته اعتداء على حقهم وتجاوزاً لصلاحية وظيفته لأنه إنما أقيم ليعمل على جباية أموال الدولة وحفظها وانفاقها في مصارفها الشرعية .

والظاهر من نص المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية أن المشرع العراقي قد مال الى الأخذ بمذهب الشافعية والراجح عند المالكية في هذه الجزئية بالذات ، إذ قرر بأنه « لاتجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا باجازة الورثة ، وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له » . فالمفهوم من الشق الثاني[3] لهذه المادة أن من يموت عن غير وارث أو

(١) جاء في مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٥٢ ما نصه « إذا أوصى بما زاد على الثلث ، فان لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم ، فبطلت » .

(٢) جاء في الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٤٢٣ ما نصه « فاذا أوصى لأجنبي بنصف ماله مثلا أو بقدر معين يبلغ ذلك نفذت الوصية بالثلث ورد ما زاد عليه ولو لم يكن له وارث لحق بيت المال » .

(٣) أما الشق الأول منها فالواقع أنه لم يأت بشيء جديد زيادة عما بينته الفقرة الثانية من المادة (١١٠٨) من القانون المدني ، لأن مفهوم مخالفته يتضمن بوضوح حكم جواز ونفاذ الوصية في حدود الثلث لوارث أو لغير وارث دون موافقة الورثة ، وجواز ونفاذ الوصية بأكثر من الثلث لوارث أو لغير وارث بموافقة الورثة جميعا أو بالنسبة لمن يجيز منهم فقط في الزائد على الثلث .

عن وارث ممنوع من الميراث شرعاً[1] ، وليس عليه دين مستغرق ، وكان قد أوصى بأكثر من ثلث ماله ، نفذت وصيته بالثلث فقط ، ويكون الثلثان الآخران (الباقي) ميراثاً للدولة ، لأنه اعتبرها وارثاً لمن لا وارث له . ومن غير المعهود ولا المقبول شرعاً أو قانوناً أن تجيز الدولة بشخص من يمثلها ، وهو الذي له الهيمنة على خزانة المال (وزير المالية أو من يخوله) ، ما زاد على الثلث من وصايا من تستحق ميراثهم .

لهذا نعتقد أن نص المادة (٧٠) الذي ذكرناه ، الوارد في الفصل الأول من الباب الثامن من قانون الأحوال الشخصية الخاص بأحكام الوصية ، يناقض ما جاء في المادة (٨٨) من نفس القانون[2] ، في الباب التاسع منه الخاص بأحكام الميراث . ذلك لأن المشرع عد الموصى له بجميع المال من جملة المستحقين لتركة من يتوفى ولم يكن له وارث من القرابة أو الزواج الصحيح ولا مقر له بالنسب حملاً على الغير .

وعليه نرى أن نص المشرع على اعتبار الموصى له بجميع المال - أو بما زاد على الثلث لنفس العلة - مستحقاً لما اوصى له به عند عدم وجود أحد المستحقين الذين يسبقونه في ترتيب الاستحقاق ، هو في

(١) عملا بحكم المادة (٩٠) من قانون الأحوال الشخصية ، لأن هذا المنع من « الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ » .

(٢) التي تنص على الآتي : « المستحقون للتركة هم الأصناف التالية : - (١) الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح (٢) المقر له بالنسب (٣) الموصى له بجميع المال (٤) بيت المال » .

حكم المحلل في الوقت الحاضر[1] ، ما دام أن ليس لمثل بيت المال (الذي يقابل خزانة الدولة) حق إجازة ما أوصى له به المورث فيما زاد على ثلث ماله . إذ لو كان لهذا النص أثر لأوضحه المشرع العراقي صراحة كما فعل مشرع قانون الوصية في العربية المتحدة ، الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٧) من هذا القانون على أنه « وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة »[2] .

(١) جاء في مقال بعنوان «موقف المشرع العراقي من الوصية بأكثر من الثلث» نشر للمؤلف في مجلة القانون المقارن ـ العدد الثاني ـ ص ١٧١ ما يأتي : « لهذا لا مناص من التسليم بأن هناك تناقضاً بين نصين تشريعيين ورد ذكرهما في قانون الأحوال الشخصية ، أحدهما في مقام الكلام على الوصية (في الأصل أي القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩) والآخر عند البحث في أحكام الميراث (في التعديل أي القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣) . ولا جدال في اعتبار هذا التباين في الحكمين المذكورين عيبا تشريعيا تجب المبادرة لتلافيه ، أما بالنص على حذف الفقرة الثالثة (الموصى له بجميع المال) من المادة (٨٨) من هذا القانون ، وإما بتعديل نص الشق الثاني (وتعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له) من المادة (٧٠) منه بما يرفع التناقض ويزيل العيب ويستقيم عنه الحكم » .

وجاء في نفس المقال ص ١٧٢ ما نصه « على إننا نرجح ونجنح الاتجاه الى الحكم الأول ، في اعتبار الدولة وارثا لمن لا وارث له بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث عموما ، ونرى العمل به حاليا اقراراً لحق الدولة في خدمة المجموع بوضع يدها على ما زاد على الثلث من وصايا من يموت من غير وارث أو من هو في حكمه وانفاقه في مصالحهم . وإعمالا لحكم الشرع من ناحية أخرى ، لأنه يعطي الانسان (الموصي) حق التصرف في ثلث ماله فقط ويجعل الثلثين الاخرين حقا لورثته أو من هم في حكمهم إن وجدوا وحقا للمجموع عند عدمهم » .

« ذلك لأن الذي يفهم من روح الشريعة الاسلامية ومقاصدها هو أن الفرد يلزم بالاسهام في اسعاد المجتمع الذي يعيش فيه من كل ما يملك ما دام حيا ، فان بقي له شيء فائض عن حاجته ثم مات بعد ذلك انتقل هذا الباق ميراثا لورثته » .

(٢) كما ان هذا هو اتجاه المشرع المصري في قانون ميراثه رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ ، إذ اعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له عند عدم وجود مقر له بالنسب حملا =

هذا ولا يفوتنا أن ننبه هنا الى أن حكم عدم نفاذ الوصية بالزائد على الثلث إنما يخص الموصى له غير الوارث أو الوارث الذي لا يرد عليه إن لم يكن للموصي ورثة غيره[1] . أما الوارث الذي يرد عليه فيستحق التركة كلها ميراثاً من غير وصية ، فهو يأخذ سهمه المقدر له شرعاً بالفرض ويأخذ الباقي بالرد ، كالأم والبنت والأخ لأم مثلاً . إذ لو انحصر الارث بالأم فقط لأخذت الثلث فرضاً والباقي رداً ، ولو انفردت الصلبية الواحدة لأخذت النصف فرضاً والباقي رداً ، وكذا الأخ لأم المنفرد يأخذ السدس فرضاً والباقي رداً . أما الوارث الذي لا يرد عليه أي الذي يأخذ فرضه المعين له فقط ، كالزوجة بالاتفاق والزوج عند جمهور الفقهاء[2] ، فشأنه شأن الأجنبي في الايصاء له بالزائد على الثلث .

وقت تقدير الثلث :

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في وقت تقدير ثلث مال الموصي الذي تنفذ الوصية به على ثلاثة آراء ، يمكننا ايجازها فيما يلي :

= على الغير ولا موصى له بأكثر من الثلث ، حين نص في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه ـ عند بيانه ما يؤدي من التركة ـ بالقول « ما اوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية . ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة ، فاذا لم توجد ورثة تقضي من التركة بالترتيب الآتي : اولا ـ استحقاق من اقر له الميت بنسب على غيره . ثانيا ـ ما اوصى به فيما زاد عن الحد الذي تنفذ فيه الوصية . فاذا لم يوجد احد من هؤلاء آلت التركة او ما بقي منها الى الخزانة العامة » .

(١) وكذلك الحكم بالنسبة للموصى له إذا كان هو الوارث الوحيد الذي يستحق كل التركة بالتعصيب او بالقرابة ، كالابن وإن نزل والأب وإن علا .

(٢) يرد على الزوج زيادة على فرضه إذا لم يكن سواه وهذا الامام وارث على المشهور في مذهب الامامية الاثنى عشرية . انظر الروضة البهية للجبعي ج٢ ص ٣٠٦ .

١- يذهب جمهور الفقهاء[1] الى أن وقت تقدير الثلث هو يوم تنفيذ الوصية بالفعل، أي وقت المباشرة بقسمة التركة وفرز الأنصبة، لأنه وقت استقرار الملك للمستحقين فيها. وعلى هذا الرأي لا اعتبار لمال الموصى يوم انشاء الوصية ولا يوم موت الموصى بل العبرة عندهم بما يكون له من مال يوم تنفيذ الوصية، الذي قد يتأخر عن وقت الموت. فقد يكون للموصى مال كثير أو قليل حال الوصية، ويبقى هذا المال على ملكه الى حين موته، ثم ينقص أو يزيد نتيجة تجارة أو معاملة باشرها من له حق الولاية على ماله بعد الموت وقبل التنفيذ، فان هذا النقصان أو هذه الزيادة يؤثران في قيمة الموصى به. إذ يحسب حسابها عند تقدير الثلث تبعاً لحساب قيمة المال، فيلحق النقص جميع المستحقين من ورثة وموصى لهم على قدر انصبتهم، والزائد يكون لهم أيضاً.

٢- ويذهب فقهاء الحنفية وأكثر فقهاء الشافعية الى أنه «يشترط أن لا يكون الموصى به زايداً على الثلث الموجود عند الموت»[2] لأنه الوقت الذي تنتقل فيه التركة الى الورثة ووقت لزوم الوصية واستحقاقها[3]. وعلى هذا الرأي إذا كان مال الموصى قليلاً وقت الوصية ثم صار كثيراً وقت الموت بأن كسب مالاً قبل موته أو بالعكس، فالعبرة في الحساب عند تقدير الثلث ما يكون له من مال

(١) مذهب الحنفية والمالكية وقول للحنابلة وبعض الزيدية. انظر في ذلك: الكاساني في المرجع السابق ص ٣٣٣ والدردير في الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٢٧ والشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) انظر قواعد الملاقة في المجلد التاسع ص ٤٤٨.

(٣) انظر ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج ج ٧ ص ٢٢.

عند موته، لا وقت انشاء الوصية أو تنفيذها. ذلك لأن الموت هو وقت التمليك بالوصية، وفيه يلزم من جانب الموصى، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فانه يثبت الملك بالقبول مستنداً الى وقت الموت.

٣- ويذهب البعض من فقهاء الشافعية وغيرهم[1] الى أن الاعتبار في حساب الثلث هو المال الموجود للموصى وقت انشاء الوصية، لا وقت تنفيذها ولا وقت موت الموصى، لأنها عقد والعقود تعتبر بأولها ولا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة ونقصان. ولكن يعاب على هذا الرأي أن الوصية ليست عقداً من كل وجه، ثم انه لا يستقيم مع التمليك بالوصية الذي لا يكون إلا بعد موت الموصى حتماً، كما أنه لا يراعى حق الورثة الذي يتعارض مع الوصية لأنه لا يظهر أصلاً إلا بعد الموت. فلو أوصى شخص بثلث ماله لآخر وكان ماله كثيراً حال الوصية ثم نقص قبل موته لسبب من الأسباب حتى صار الباقي منه يعادل قيمة الموصى به فقط، فلا يبقى للورثة شيء أي يترتب على الأخذ بهذا الرأي حرمان الورثة من الميراث.

والمشرع العراقي وإن لم يبين صراحة وقت تقدير الثلث إلا أن الذي يفهم من نص المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية، الذي يقول «يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصى» أن العبرة في حساب الثلث بوقت التمليك الذي يكون

(١) انظر العاملي في المرجع السابق ص ٤٤٩ وابن حجر في نفس المرجع والموضع السابقين.

[illegible] الموصي [illegible] يأخذ به الشافعي والحنابلة [illegible] الشرع العراقي غير إنا نرى، أن لا [illegible] التشريع كذلك. فلو كان مال الموصى كثيراً [illegible] يعمل بمقتضى الشرط الموصى [illegible] عليه بعد الوفاة، بل يترك التركة تنمو بالتجارة حتى قد [illegible] إلا ثلث الثلث [illegible] من عيوان أو ولادته كما نرجح.

هذا ولو أوصى شخص لآخر بثلث ماله وعين ما أوصى له به كفرس أو دار معينة، وتبين بعد موت الموصي أن ما عينه أكثر من الثلث، فالرأي عند جمهور الفقهاء أن للموصى له ثلث تلك العين ويكون باقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث. ويذهب الامام مالك الى أن الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت [1].

وصية الضرار والوصية المشجبة:

قد يقصد الموصي بوصيته الاضرار بورثته بأن يوصي بجزء من ماله لشخص أو لجهة لا لأجل الصلة والبر أو التقرب إلى الله عز وجل بل مضارة لورثته، فان مثل هذه الوصية تعتبر باطلة شرعاً لأن الباعث عليها مخالف لمقاصد الشرع. إذ أنه سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم » [2]. ونهى عليه الصلاة والسلام يقول: « إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران

(١) انظر ابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٦ و ٢٣٧.

(٢) الآية (١٢) من سورة النساء.

في الوصية فتجب لهما النار »[1]. وقد ذكر عن بعض الصحابة أن الاضرار في الوصية من الكبائر لما في ذلك من تجاوز لحدود الله تعالى، وروى جماعة من الأئمة الاجماع على بطلان وصية الضرار [2].

ويرى بعض الفقهاء ان من حق الامام - بل من واجبه - ان يرد الهبة والوصية والوقف وسائر التبرعات ممن يعرف منهم هروباً عن حق بعض الورثة، بأن يحرمهم من حقهم الشرعي او ينقص منه لا لسبب مشروع وإنما بقصد النكاية بهم. ذلك لأن مثل هذه التصرفات المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه العليم الحكيم، وما كان كذلك فهو معصية له فيجب إبطاله [3]. اما معرفة كون القصد من الوصية الاضرار بالورثة فأمر قد يستفاد من القرائن او ظاهر الحال، لكي يمكن الحكم ببطلانها قضاء، وإلا فان الله وحده هو الذي يتولى السرائر.

ويذهب فريق من الفقهاء الى القول بأن من كان ماله قليلاً وله ورثة فقراء فالأفضل ان لا يوصى بشيء منه لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد « إنك ان تدع ورثتك اغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس »، لما في ذلك من رعاية لجانبي الفقر والقرابة. ثم لأن الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالأجانب، وتركها يكون

(١) اخرجه ابو داود والترمذي. واخرج احمد وابن ماجه معناه، وقالا فيه سبعين سنة. انظر الدراري المضية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦٠.

(٢) نفس المرجع والموضع المشار اليهما في الهامش السابق. ويروى ان رجلا من الأنصار اوصى عند موته بعتق ستة اعبد لا مال له غيرهم، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وارق اربعة. وفي لفظ لأبي داود « انه صلى الله عليه وسلم قال: لو شهدته قبل ان يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين ». انظر في هذا نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٦ ومحلى ابن حزم ج ٩ ص ٣١٧.

(٣) انظر ابن حزم في نفس المرجع ص ٣٢٠.

صلة بالاقارب ، فيكون الترك إذاً أولى . اما إذا كان ماله كثيراً وورثته فقراء ايضاً ، فالافضل ان يوصى بما دون الثلث ويترك الباقي لورثته ، لان غنيتهم تحصل بما زاد على الثلثين إذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته . ولو كان ماله كثيراً وورثته اغنياء . فالافضل الوصية بالثلث ، ويرى البعض ان الوصية بأقل من الثلث أولى من تركتها ، متى كان الورثة اغنياء او يستغنون بماله .

والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع ، والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث ، لما روى عن الامام علي بن ابي طالب كرم الله وجهه من انه قال : لان اوصى بالخمس احب الىّ من ان اوصى بالربع ، ولان اوصى بالربع احب الىّ من ان اوصي بالثلث ، ومن اوصى بالثلث لم يترك شيئاً . اي لم يترك من حقه شيئاً لورثته ، لان الثلث كامل حقه ، فاذا اوصى به فقد أتى عليه كله . وقد روى ان ابا بكر اوصى بالخمس ، وان عمر اوصى بالربع ، وانهما رضي الله عنهما قالا : الخمس اقتصاد ، والربع جهد ، والثلث حيف . اي ان الخمس قدر وسط بين السرف والتقتير ، والربع قدر فيه ضيق ومشقة على الورثة ، والثلث قدر فيه ظلم وجور على حقوقهم [1] .

(١) انظر فى ذلك: الشوكاني فى نيل الأوطار جـ ٦ ص١٤٨و١٤٩ ، والشيرازي فى المهذب جـ ١ ص ٤٥٦ . وجاء فى مغنى ابن قدامة جـ ٦ ص ٣ ما نصه « واختلف اهل العلم فى القدر الذي لا تستحب له لمالكه ، فروى عن احمد اذا ترك دون الألف لا تستحب الوصية ، وعن على اربعمائة دينار . وقال ابن عباس : اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي ، وقال النخعي : والذي يقوى عندي انه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصية بقوله ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة ، ولأن اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي ، فمن لا يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم . فمثل هذا يختلف الحال باختلاف الورثة فى =

ويذهب آخرون الى النبي عليه الصلاة والسلام قد وصف الثلث بالكثرة بالنسبة الى مادونه ، وفي فائدة وصفه بذلك احتمالان :

(الاول) بيان ان الأولى الاقتصار عليه من غير زيادة ، وهذا المتبادر ، وهو الذي فهمه الصحابي الجليل عبدالله بن عباس حيث قال : لو ان الناس غضوا من الثلث الى الربع فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الثلث والثلث كثير » .

(الثاني) بيان ان التصدق بالثلث هو الأكمل ، اي كثير أجره ، إذ الوصية بما دونه ليست كالوصية به في الاجر والثواب [1] .

ويفضل كثير من الفقهاء الوصية للقريب المعادي على الوصية للقريب الموالي ، لان الصدقة على من بينك وبينه عداوة تكون اقرب الى الاخلاص وابعد عن الرياء لما فيها من مغالبة للنفس وقهر لها ، والرسول المربي الكريم يقول : « أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح » اي الذي يخفى عداوته في جنبه ، بالاضافة الى ان الوصية للمعادي غالباً ماتكون سبباً لزوال العداوة وصيانة للقرابة من القطيعة ، ولهذا تكون أفضل وأولى [2] . ويقول بعض فقهاء الحنفية : هذا إذا استوى الاثنان في الفضل والدين والحاجة وأحدهما معادٍ ، اما إذا كان الموالي منهما أعفهما واصلحهما وأحوجهما فالوصية له أفضل لانها تتضمن في هذه الحالة إعانة على طاعة الله تبارك وتعالى [3] .

= فى كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم ، فلا يتقيد بقدر من المال » .

(١) انظر الصنعاني فى سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٨ والشوكاني في نفس المرجع والموضع المشار اليهما في الهامش السابق .

(٢) انظر المرغيناني في الهداية جـ ٤ ص ١٧٢ ، والزيلعي في تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٤ .

(٣) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٣١ .

الفصل الرابع

تنفيذ الوصية بالمال و بالمنافع

ما ينبغي ملاحظته عند تنفيذ الوصية بالمال أو بالمنفعة :

اتضح لنا مما ذكر في الفصل السابق ان الموصى به قد يكون مالاً وقد يكون منفعة . و المنفعة بوجه عام هي كل ما يقوم بالأعيان من أعراض و ما ينتج عنها من غلة ، كاستعمال السيارة و استيفاء أجرتها ، وركوب الدابة والحصول على لبنها ، والتنزه في البستان و قطف ثمرتها .

والمال الموصى به إما ان يكون قدراً معيناً من النقود كألف دينار أو عيناً بذاتها كدار معينة أو جزء منها كربعها ، وإما ان يكون نوعاً من المال عرف بالوصف كالأراضي الزراعية والمواشي أو جزء شائعاً في هذا النوع كخمس الأراضي أو عدداً منها كنصف المواشي ، وإما ان يكون جزء شائعاً في المال كله كثلثه وعشره .

وإذا كانت الوصية بالمال في الصور المذكورة صحيحة فان الذى ينبغي ملاحظته هو ان الموصى قد تصدر منه وصايا فيها إجمال وإبهام في بعض الأحيان لأنه غالباً ما يوصي في وقت متأخر قريب من الموت لا يتسع لبيان أغراضه بصورة واضحة ، فيكون الشيء الموصى به غير معلوم ، وقد يهلك الشيء الموصى به كله أو بعضه بعد إنشاء الوصية أو يتبين أنه لم يكن مملوكاً للموصى حين انشائها فيستحق

من قبل مالكه الحقيقي ، فما أثر تلك الجهالة أو ذلك الهلاك أو الاستحقاق في الوصية ؟ ثم ان حقوق الموصى لهم تتعلق بأموال التركة أو بعين معينة منها ، وقد يكون للتركة مال غائب أو دين على أجنبي أو على أحد الورثة ، فما حكم هذا المال أو الدين بالنسبة الى تنفيذ الوصية ؟ .

وإذا كان الأصل في الوصية بالمنافع الصحة إلا ان ما ينبغي ملاحظته هو ان المنفعة قد تكون مقيدة بوقت كثلاث أو سبع سنوات وقد تكون مطلقة أو مؤبدة ، ومعنى هذا ان المنفعة الموصى بها تكون على انواع . ثم ان نفاذ الوصية بالمنفعة كنفاذ الوصية بالمال من حيث تقيدها بحدود الثلث بالاضافة الى تقييدها بنوع من الانتفاع ، لهذا لا بد من معرفة تقدير المنفعة الموصى بها و كيفية استيفائها .

وعليه فان موضوع هذا الفصل يشمل أربع نقاط نتناولها بالبحث في أربعة مباحث متتالية هي :

المبحث الأول - أثر جهالة المال الموصى به وهلاكه واستحقاقه في الوصية .

المبحث الثاني - تنفيذ الوصية بالمال إذا كان في التركة مال غائب أو دين .

المبحث الثالث - أنواع الوصية بالمنفعة .

المبحث الرابع - تقدير المنفعة الموصى بها و كيفية استيفائها .

المبحث الأول

أثر جهالة المال الموصى به وهلاكه واستحقاقه في الوصية

أثر جهالة الموصى به في الوصية :

الأصل في العقود عموماً ان يكون محلها معلوماً ، أي ان لا يكون الشيء المعقود عليه مجهولاً ، إذ ان من العقود ما تؤثر فيه الجهالة ولو كانت يسيرة. غير ان فقهاء المسلمين قد توسعوا في الوصية بما لم يتوسعوا في غيرها من العقود ، فلم يشترطوا في محل الوصية (الموصى به) ان يكون معلوماً عند الوصية ، بل أجازوا الوصية بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع وما أشبه[1] . ذلك لأن الوصية تبرع محض يقدم عليه الانسان حينما يشعر بقرب ساعة الهلاك أو في آخر عمره في الغالب ، قاصداً به القربة والصلة ، متداركاً ما بدر منه في سالف أيامه . ويفهم هذا من قوله تعالى في سورة البقرة « كُتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ... الخ » ، كما يستفاد مما أشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم ... الخ » .

وعلى هذا الأساس راعى الفقهاء ظروف الموصى وأحواله فلم يبطلوا وصيته بالمجهول ولو كانت الجهالة فاحشة ، كأن يقول : أوصيت لفلان بسهم من مالي أو بجزء أو بطائفة منه ، أو يقول :

(١) انظر في ذلك : مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٥٩ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣٧ ، وسيلة نجاة الموسوي ج ٢ ص ٣٠٠ .

أعطوا فلاناً بعد موتي شيئاً أو قدراً أو نصيباً من مالي . ذلك لأن الموصى ربما يكون في ظرف لا يستطيع معه التوضيح والافصاح .

ويذهب الفقهاء الأحناف الى أنه إذا مات من أوصى بشيء مجهول قبل ان يبين ، كان بيان ذلك لورثته لأنهم خلفاؤه ، ولهم في هذه الحالة ان يعطوا الموصى له ما يريدون ما داموا لم يقيدوا بقدر معين ، بشرط ان يكون ما يقدرونه شيئاً مفيداً مجزياً . ومع هذا فانهم يلزمون الورثة في تفسيرهم لقصد الموصي - مورثهم - مما يفهم من دلالة لفظه وغرضه من الوصية ، كما ان عليهم مراعاة العرف الجاري كلما وجدوا الى ذلك سبيلاً[1] .

ولهذا يرون أنه لو قال شخص أوصيت لفلان بسهم من مالي ، ثم مات قبل ان يفصح عن مراده بمقدار السهم ، ترك الأمر في تحديده الى ورثته ضمن القيود السابقة[2] . وإذا لم يكن للموصى ورثة أعطى الموصى له النصف ، وأعطى النصف الثاني الى بيت المال ، لأن هذا هو المفهوم من لفظه وغرضه[3] . واذا قال : أوصيت بجزء من مالي ،

(١) انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨٨ و ٥٨٩ .

(٢) ويرى فقهاء المالكية انه اذا اوصى بسهم او بجزء من ماله كان للموصى له سهم من اصل الفريضة الشرعية ، فان كانت من اربعة اعطى ربعها وان كانت من ثمانية اعطى ثمنها ، وان كانت عائلة اعطى سهما منها بعد عولها . وهذا راي احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، اما الرواية الاخرى فانه يعطى السدس كقول ابي حنيفة ، اما على قول الصاحبين فيعطى الثلث ولا يزيد عليه . انظر في تفصيل هذا شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ٤٢٩ ، ومغني ابن قدامة ج ٦ ص ٢٩ و ٣٠ ، والفتاوي الهندية ج ٦ ص ٩٨ و ٩٩ .

(٣) إذ لو قال : اعطوا فلانا سهما من مالي ، ولم يكن له وارث ، اعطى الموصى له النصف لأن المستحقين لماله شخصان هما الموصى له وبيت المال ، فيعطى كل منهما النصف. انظر الفتاوي الهندية في نفس الموضع السابقة الاشارة اليه .

جاز اعطاؤه في حدود النصف دون زيادة لأن الجزء يطلق على النصف، وأقصى ما يطلق عليه هذا الاسم (الجزء) هو النصف ولا غاية لأقلة[1].

أما إذا قال: أوصيت بشيء من مالي، ولم يكن له وارث، فلولي الأمر ان يعطي الموصى له مادون النصف لأن الشيء يستعمل عرفاً فيما دون الشطر. وكذا الأمر بالنسبة للطائفة التي هي اسم للبعض من الجملة ومثلها البعض أيضاً، اذ لو مات الموصى قبل ان يفصح عما ابهم ويزيل الجهالة كان التوضيح للوارث[2]، فان لم يكن له وارث انتقل حق البيان لولي الأمر أو ممثل بيت المال، على ان يراعي العرف الخاص الذي قد يبين المراد قدر الامكان.

ويذهب فقهاء الجعفرية مذهب الحنفية ومن معهم في القول بأن الوصية بقدر مجهول كالبعض والقسط والطائفة والنصيب من المال يكون البيان فيه للورثة، إن لم يبينه الموصى قبل موته، ولهم ان يعطوا الموصى له شاءوا. ولكنهم اشتثنوا من ذلك لفظ السهم والجزء والشيء، إذ حددوا السهم بالثمن والجزء بالسبع على المشهور (وفي رواية بالعشر) والشيء بالسدس. أما فيما عدا هذه الالفاظ الثلاثة فالأمر عندهم فيه للورثة، وفي حالة فقدهم ينتقل حق البيان لولي الأمر[3].

---

(١) ويذكر ابن عابدين في نفس المرجع والموضع السابقين ان مثل الجزء الحظ والشقص والنصيب والبعض.

(٢) جاء في حاشية الشبراملسي على شرح المنهاج المطبوعة بهامش نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤٢ ما نصه «وهل له الرجوع عما عينه لغيره ام لا؟ فيه نظر، والأقرب الثاني لأنه بتعيينه له تعلق به اختصاص الموصى له».

(٣) انظر المختصر النافع للمحقق الحلي ص ١٩٢. هذا وقد فصل الشهيد الجبعي =

هذا ولم يتطرق المشرع العراقي الى حكم الوصية بشيء مجهول بل كل الذي اشترطه في الموصى به في قانون الأحوال الشخصية - كما رأينا - هو ان يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصي، أي موجوداً في ملك الموصي وقت انشاء الوصية ويبقى على ملكه الى حين وفاته. ولهذا فان المحكمة تأخذ في هذه الحالة بأحكام الفقه الاسلامي التي تقرر جواز الوصية بمجهول، على ان تراعي أعراف الموصين وعاداتهم فيما أرادوا بألفاظهم وقت انشائهم لوصاياهم.

أثر هلاك الموصى به أو استحقاقه في الوصية:

قد يهلك أو يُستحق الشيء الموصى به كله أو بعضه بعد إنشاء الوصية، فلا شك ان هذا الهلاك أو الاستحقاق يؤثر في صحتها أو نفاذها بسبب فوات محلها كلياً أو جزئياً. وحيث ان الوصية بالمال تكون على صور مختلفة بالنسبة لما تتعلق به، لذا فان تأثير ذلك الهلاك والاستحقاق فيها يختلف باختلاف صورها.

١ - إذا كانت الوصية بعين معينة، كهذه الدار أو السيارة، تعلقت بذات العين الموصى بها. فلو هلكت هذه العين بطلت الوصية لفوات محلها، ولو هلك بعضها بطلت فيما هلك وتعلق حق الموصى له بباقيها إن خرج من ثلث التركة وإلا استحق منه بقدر الثلث وكان الباقي للورثة. وكذلك تبطل الوصية فيما لو استحقت العين الموصى

= في الروضة البهية ج ٢ ص ٤٩ مذاهب فقهاء آل البيت الأطهار في تحديد السهم بالثمن والجزء بالسبع او بالعشر والشيء بالسدس تعليلا ببعض الآيات القرآنية كآية اصناف الزكاة الثمانية وقوله تعالى «لها سبعة ابواب لكل باب منها جزء مقسوم» وكذا ببعض الأحاديث النبوية وما انعقد عليه إجماع الأئمة.

بها كلها ، إذ يتبين ان الموصى أوصى بما لا يملك ، وان صاحبها أولى بها لأن حقه مقدم على حق الموصى له فتعود الى ملكه .

والفرق بين الهلاك والاستحقاق هو ان الأول يبطل الوصية إذا حدث قبل القبول والقبض بغير تعد من أحد أثناء حياة الموصى أو بعد وفاته[1] ، اما الثاني فيبطل لها مطلقاً سواء حصل قبل القبول والقبض أم بعدهما .

٢ ـ إذا كانت الوصية بجزء شائع في عين معينة ، كنصف هذه الدار أو ثلث هذه السيارة ، تعلقت بجزء غير معين في تلك العين . فلو هلكت أو استحقت العين كلها بطلت الوصية لفوات محلها ، ولو هلك أو استحق بعضها بطلت في القدر الهالك أو المستحق وتعلق حق الموصى له بباقيها إن وفى به وإلا أخذ كل الباقي إن كان ما يأخذه يخرج من الثلث . ذلك لأن الوصية تبقى صحيحة مع هلاك أو استحقاق البعض لعدم التيقن من فوات محلها ، بل يعتبر الباقي مصروفاً الى الوصية التي تقدم على الميراث عند التنفيذ .

٣ ـ إذا كانت الوصية بنوع معين من المال ، كالنقود والمواشي ، أو بجزء شائع في هذا النوع المعين ، كربع النقود أو خمس المواشي ، أو بعدد محدد منه ، كألف دينار أو خمسين رأساً من المواشي ، تعلقت بما يوجد عند الموصى من هذا النوع من المال أو بجزئه حين انشاء الوصية . فلو هلك كل ما عنده أو استحق بطلت الوصية لنفس

(١) ولكن لو كان الهلاك بتعد يستوجب الضمان لأختلاف الحكم ، إذا لو حصل قبل موت الموصى فان العين تهلك وهي على ملكه ولهذا لا حق للموصى له في الضمان ، أما لو حصل بعد موت الموصى فان حق الموصى له في الضمان قائم ، ويثبت له بالقبول كما يرى فريق من الفقهاء .

السبب المذكور في الصورتين السابقتين وهو فوات المحل كلياً ، ولا تعود الوصية صحيحة حتى ولو اكتسب الموصى من نوع ذلك المال شيئاً قبل موته لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً ، ولو هلك أو استحق بعض ما عنده منه تعلق حق الموصى له بباقيه إن كان يخرج من الثلث وإلا أخذ بقدره[1] .

أما إذا لم يكن عند الموصى شيء من هذا النوع فان الوصية تتعلق بما يكون عنده منه حين الموت ، مما قد يكتسبه أو يدخل في ملكه بعد انشاء الوصية .

٤ ـ إذا كانت الوصية بجزء شائع في كل المال ، كالثلث والثمن ، تعلقت بما يوجد في ملك الموصى من جميع ماله حين الموت . ولا تأثير هنا للهلاك أو الاستحقاق الذي يتعلق ببعض ماله ، إذ يعطى الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوباً الى كل المال وقت موت الموصى . ولو هلك كل ماله الموجود وقت انشاء الوصية ، ثم أصاب مالاً غيره قبل موته تعلقت الوصية بهذا المال الجديد . أما إذا مات الموصى معدماً ، بأن هلك أو استحق جميع ماله ، اعتبرت الوصية باطلة[2] .

(١) فلو أوصى لآخر بخمسين رأساً من مواشه وكان له وقت انشاء الوصية خمسمائة رأس مثلا اعتبرت الوصية بعشر هذا النوع من المال عند هلاك بعضه على رأي فريق من الفقهاء ، ويرى الفقهاء الأحناف ان للموصى له في هذه الحالة العدد الموصى به أو ما يبقى بعد الهلاك إذا كان الباقي أقل منه ويخرج من ثلث التركة . انظر الزيلعي في المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) أنظر في ذلك : المرحوم الأبياني في شرح الأحكام الشرعية جـ ٢ ص ٣٠٣ الى ٣٠٧ ، والمرحوم الدكتور محمد كامل مرسي في شرح القانون المدني ـ الحقوق العينية الأصلية ـ جـ ٦ ص ١٨٩ الى ١٩١ ، وأستاذنا سلام مذكور في المرجع السابق ص ٣٧٧ الى ٣٨٠ .

هذا وقد اقتصر المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية على بيان حالة بطلان الوصية « بهلاك الموصى به أو استهلاكه من قبل الموصى » في الفقرة الرابعة من المادة (٧٢) منه التي بين فيها أحوال بطلان الوصية . ومعنى هذا أنه ترك أمر هلاك الموصى به من غير الموصى وكذا حكم استحقاقه للقواعد العامة المقررة في القانون المدني وفي الفقه الاسلامي جملة[1] .

المبحث الثاني

تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة مال غائب أو دين

اذا كان بعض التركة مالا غائباً أو ديناً :

لا إشكال عند الفقهاء بالنسبة لتنفيذ الوصية بالمال إذا كانت تركة الموصى كلها أموالاً حاضرة[2] ، إذ يأخذ الموصى له - واحداً كان أو أكثر - نصيبه منها على الوجه الذي بيناه فيما تقدم دون تأخير. كما لا خلاف بينهم في تأخير تنفيذ الوصية بالمال إذا كانت التركة كلها أموالاً غائبة[3] أو ديوناً الى ان تُحضر الغائبة أو تُستوفى الديون ، حماية لحق الورثة في ثلثي التركة . ذلك لأن المال الغائب

(١) على ان قانون الوصية في العربية المتحدة رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ تولى في مواده ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ بيان أحكام الهلاك والاستحقاق تفصيلا .

(٢) يراد بالأموال الحاضرة كل ما يكون تحت تصرف الموصي له والورثة ، فتشمل المال الذي تحت أيديهم حقيقة أو حكماً كالذي في أيدي الوكلاء وكالمودعة في المصارف المأمونة .

(٣) المراد بالأموال الغائبة ما لا يكون تحت يد الموصى له والورثة لا حقيقة ولا حكما . كالمال الموجود في مكان بعيد غير مأمون أو المودع في بلد معاد لبلد الموصى أو الذي في يد الغير من غير دليل يثبته ، والعبرة في الغياب وقت قسمة التركة .

على خطر الضياع والدين على خطر التوى ، ولو أنفذنا الوصية في الأموال الحاضرة فحسب لتحمل الورثة وحدهم خطر الضياع والهلاك دون الموصى له ، وهذا ليس من العدالة في شيء .

وعليه قرر الفقهاء ان الوصية إذا كانت تخرج من ثلث المال الحاضر نفذت فيه كاملة إذ لا ضرر على الورثة ، وإن كانت لا تخرج من ثلثه فلا تنفذ إلا في ثلث الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو استوفى شيء من الدين قسم بين الموصى له والورثة بنسبة أنصبتهم.

ولكن الاشكال يظهر فيما إذا كان في التركة مال حاضر وآخر غائب أو دين ، أو كانت التركة خليطاً من هذه الأنواع الثلاثة ولم يتفق الموصى له مع الورثة على طريقة استيفاء حقه[1] . ولهذا اختلفت الآراء في كيفية تنفيذ الوصية بالنسبة لكون الموصى به نقداً أو عيناً أو جزءاً شائعاً في كل المال أو في نوع منه ، وبالنسبة لكون المدين أجنبياً عن الموصى أو وارثاً له وكونه مستحقاً عند القسمة أو بعدها . فيخرج من ذلك أحوال عديدة يمكن إجمالها في خمس .

الحالة الأولى : إذا كانت الوصية بنقود مرسلة[2] وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فان كان الموصى به يخرج من ثلث المال الحاضر كما لو كان مائة دينار والمال الحاضر أربعمائة دينار أخذ الموصى له القدر الموصى به كله نقداً إن وجد نقوداً في الحاضر وإلا

(١) إذ لو اتفق الموصى له مع الورثة على طريقة استيفاء حقه وجب تنفيذ ما اتفقوا عليه ، لأنه من باب التصالح على أمر ليس فيه تحريم .

(٢) يراد بالنقود المرسلة النقود التي لم تعين بذاتها وليست بنوع معين من المال ، كما لو أوصى بمائة دينار من كل ماله .

يبع له منه بقدر ما بقي بيده . ذلك لأن الموصى قد جعل للموصى له قدراً معلوماً من تركته ولم يجعله شريكاً لورثته فيها ، وبما ان حق الموصى له مقدم على حق الورثة لهذا فانه يأخذ حقه كاملاً ، ولا ضرر على الورثة ما دام حقهم في الثلثين الآخرين باقياً حتى لو هلك المال الغائب أو توى الدين . وإن كان الموصى به لا يخرج من ثلث المال الحاضر أخذ الموصى له بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو استوفى شيء من الدين أخذ منه بقدر ثلثه حتى يتم له استيفاء حقه . ولم يعط الموصى له هنا كامل حقه من المال الحاضر لأنه يعتبر شريكاً للورثة فيه ، فيجب ان يتحمل معهم مخاطر الهلاك والتوى وإلا لتحملوا الضرر وحدهم .

الحالة الثانية : إذا كانت الوصية بعين من أعيان التركة كقطعة أرض محددة أو نقود معينة كالنقود المودعة عند فلان وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فان كانت العين تخرج من ثلث المال الحاضر أخذها الموصى ، إذ لا ضرر على الورثة هنا . وإن كانت لا تخرج منه أخذ بقدر ثلث الحاضر ، ويكون الباقي منها ملكاً للورثة ، وكلما حضر بعد ذلك شيء من الغائب أو الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي حقه كاملاً . ومعنى هذا من الموصى له هنا أخذ بعض الموصى به بعينه والبعض الآخر بقيمته ، وهو ما يعادل جزء العين الذي أعطى للورثة منعاً للضرر عنهم .

الحالة الثالثة : إذا كانت الوصية بجزء شائع في التركة كربع أو خمس كل المال وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فان الموصى له

يأخذ ما يعادل سهمه من المال الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ منه ما يعادل سهمه أيضاً حتى يستوفي كامل حقه . ذلك لأنه شريك للورثة في تركة الموصى وحصته شائعة في كل أنواع المال ، والشركة تقتضي المساواة في الاستحقاق بالنسبة للمال الحاضر والغائب والدين والعين على السواء لا تفضيل لأحد الشركاء على الآخر .

الحالة الرابعة : إذا كانت الوصية بجزء شائع في نوع من أنواع المال كثلث النقود وربع الأغنام وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فان كان المال الموصى بجزء منه كله حاضراً أخذ الموصى له منه كامل حقه إن كان يخرج من ثلث الحاضر ، وإلا أخذ بقدر ثلث الحاضر وكان باقيه للورثة ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ منه بنسبة الثلث حتى يستوفي كامل حقه . وإن كان ذلك النوع من المال كله غائباً أو ديناً فلا شيء للموصى له من بقية الأموال الحاضرة ، ولكن كلما حضر غائب واستوفي دين من ذلك النوع أخذ ثلثه حتى يستوفي وصيته . أما إذا كان بعض ذلك النوع من المال حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً على أجنبي أخذ ما يعادل سهمه من الجزء الحاضر ويكون باقيه للورثة ، وكلما حضر أو استوفي شيء من ذلك النوع أخذ منه سهمه أيضاً حتى يتم له استيفاء حقه .

الحالة الخامسة : بينا في الحالات الأربع المتقدمة حكم الوصية بالنسبة لتركة الموصى التي فيها مال غائب أو دين على أجنبي ، وبقي ان نبين في هذه الحالة الخامسة والأخيرة حكم الوصية إذا كان الدين على أحد

الورثة لأنه يختلف من حكم الحالات السابقة[1] . حيث لا يكون الدين عرضة للتوى ، بل قد يكون مضموناً بنصيب الوارث من المال الحاضر فيأخذ حينئذ حكم المال الحاضر ، وقد يكون عرضة للتوى فيأخذ حكم المال الغائب .

فاذا كان الدين الذي على الوارث مؤجلاً لم يحل وقت أدائه عند قسمة التركة أخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر فقط ، ثم يأخذ باقيها عند استيفاء الدين كما هو الحال بالنسبة للدين الذي على أجنبي تماماً . ذلك لأن الأجل في الدين يمنع استحقاقه قبل موعده ، فلا يمكن استيفاؤه جبراً على صاحبه بأخذه من نصيبه في المال الحاضر ، فيكون إذاً بحكم المال الغائب المعرض للضياع .

أما إذا كان الدين الذي على الوارث قد حل وقت أدائه عند قسمة التركة فانه يعترف حكم المال الحاضر بالنسبة لما يعادل نصيبه في الميراث لأنه مضمون بقدر هذا النصيب . فان كان الدين أقل من نصيب الوارث المدين أو مساوياً له حسب للموصى له حقه كاملاً إن كان يخرج من الثلث التركة ، وتجري المقاصة بين ما عليه من الدين وما استحق من ارث متى كان الدين من جنس المال الحاضر ، وإلا اعتبر نصيبه مرهوناً لحق الموصى له والورثة . وإن

(١) إذا كان في التركة دين على أجنبي فانه لا فرق في الحكم بين الدين المستحق الأداء عند القسمة والدين الذي لم يحل أجله ، سواء أكان من جنس المال الحاضر من التركة أو من غير جنسه ، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوى وليس هناك مال يعتبر ضماناً له يدفع احتمال ضياعه ، لهذا لم يعط الموصى له إلا نصيبه من المال الحاضر فقط دون باقيه الذي يؤخر الى أن يستوفى الدين .

كان الدين أكثر من نصيبه في الارث اعتبر ما يساوي نصيبه في المال الحاضر مالاً حاضراً يأخذ منه الموصى له ما يعادل ثلثه بالاضافة الى نصيب الوارث المدين ، وتكون الزيادة كالدين على الأجنبي[1] .

المبحث الثالث

أنواع الوصية بالمنفعة

صحة الوصية بالمنافع فقهاً وقانوناً :

ذكرنا فيما تقدم ان أكثر الفقهاء المسلمين يجيزون الوصية بالمنافع دون الأعيان لأنها أموال تقابل بالعوض كالأعيان فيصح التصرف فيها استقلالاً ، كما يجيزون الوصية بالعين لشخص وبالمنفعة لآخر لأنها كالعين من حيث تملكها في حال الحياة ببدل وبغير بدل[2] . والذي نضيفه هنا ان هذا هو ما اتجه اليه المشرع العراقي أيضاً ، إذ يستفاد هذا الحكم مما نص عليه في المادتين (١٢٤٩ و ١٢٥٠) من قانونه المدني . فنص المادة الأولى منهما يقضي بأنه « يصح تملك منافع

(١) انظر في ذلك استاذنا الشيخ ابو زهرة في شرح قانون الوصية ص ٢٤٨ الى ٢٦٢ .

(٢) يصح تمليك الأعيان في حال الحياة ببدل وبغير بدل كبيع الدار وهبتها ، والمنافع كذلك يصح تمليكها في حال الحياة ببدل وبغير بدل كاجارة الدار واعارة الدابة. يقول ابن قدامة في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٥٩ : « وان اوصى بثمرة شجر او بستان او غلة دار او خدمة عبد صح ، سواء وصى بذلك في مدة معلومة او بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله . هذا قول الجمهور ، منهم مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور واصحاب الراي. وقال ابن ابي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة ».

الأعيان دون رقبتها سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولاً » ، ونص المادة الثانية منهما تقرر في شقها الأول بأنه « يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية » .

وعلى هذا يمكن القول بأن الوصية تصح فقهاً وقانوناً بوجه عام إذا كانت بمنافع العين كلها أو بعضها ، كما تصح إذا صدرت ممن يملك العين والمنفعة معاً أو ممن يملك المنفعة فقط كالمستأجر الذي يوصي بمنفعة العين المستأجرة[1] . علماً بأنه لا يشترط في الوصية بالمنافع وجود الموصى به وقت وفاة الموصى كما بينا ، بل يكفي ان يكون مما يصح التعاقد عليه من قبل الموصى حال حياته أي مما يدخل تحت عقد الاجارة والاعارة ، ولذلك تصح الوصية بما يحدث من الموصى به بعد وفاة الموصى .

الوصية بالمنافع نوعاه :

قد تكون الوصية بالمنفعة مؤقتة بأن يحدد فيها الموصى مدة الانتفاع ، وقد تكون مؤبدة بأن يجعل الموصى فيها الانتفاع على وجه التأبيد أو ان يطلقها عن التقييد .

فاذا كانت الوصية مقيدة بوقت معلوم كأن يوصي شخص لآخر بركوب سيارته بعد وفاته سنة واحدة ، فانه إما ان يحدد سنة بالذات وإما ان لا يعين . فلو حددها بسنة (١٩٧٠) مثلاً أو ذكر بدايتها أو نهايتها فقط أو ذكر البداية والنهاية معاً ، يكون قد عين وقت الانتفاع .

(١) وذلك في القدر الباقي من الاجار: للموصى بعد موته عند غير الأحناف ، اما فقهاء الحنفية الذين يقولون ببطلان الاجارة بموت المستأجر فالوصية بمنفعة العين المستأجرة لا تجوز عندهم .

وعلى هذا لو مضت هذه السنة المعينة قبل موت الموصى بطلت الوصية ، لأن فوات الوقت المحدد للانتفاع في الوصية بالمنافع يشبه فوات العين الموصى بها في الوصية بالأعيان[1] . ولو مات الموصى بعد مضي جزء من تلك السنة المعينة أو مات قبل مضيها ، استحق الموصى له منفعة الجزء الباقي من السنة أو كلها بحسب الحال[2] .

وإذا لم يعين الموصى وقت الانتفاع عند تحديد مدة الوصية أي لا يذكر التاريخ ولا المبدأ او النهاية ، اعتبرت المدة على رأي جمهور الفقهاء من وقت ظهور حكم الوصية . فيستحق الموصى له المنفعة الموصى له بها في هذه الحالة ابتداء من وقت وفاة الموصى ، لأنه وقت تنفيذ الوصية وثبوت الملك بها بوجه عام[3] .

أما إذا كانت الوصية غير مقيدة بوقت معلوم ، بأن كانت مطلقة عن الزمن أو مؤبدة ، فان حكمها يختلف تبعاً لاختلاف الأحوال التي يكون الموصى له عليها .

فلو كان الموصى له معيناً واحداً أو أكثر استحق الوصية مدة

(١) وقد رأينا فيما تقدم ان هلاك العين الموصى بها مبطل للوصية ، وان هلاك بعضها يبطلها فيما يعادل الهالك ، فكذلك فوات الوقت المحدد في الوصية بالمنافع مبطل لها فيما فات منه كله او بعضه .

(٢) ويشترط الفقهاء في الوصية بالمنفعة ان لا تطول الفترة بين وفاة الموصى وابتداء وقت الاستحقاق بالوصية الى الحد الذي يمتنع معه سماع الدعوى بالحقوق ، وقد قدروه بثلاث وثلاثين سنة ، إذ لا أمل لبقاء الوصية ما لم تكن الدعوى بها مسموعة .

(٣) ولو عرض للموصى له مانع يمنعه من استيفاء المنفعة الموصى له بها في وقتها المحدد ، كان له حق تأجيل الاستيفاء الى وقت آخر او اخذ بدل ما فاته بحسب اختلاف مصدر المنع الذي قد يكون من جانب احد الورثة او من جميعهم او بعذر يحول بينه وبين الانتفاع .

حياته ، سواء نص الموصى على أنها مدة حياته أم أطلق بأن لم يحدد مدة ، كما لو قال : أوصيت لفلان بسكنى داري هذه . وكذلك الحكم عند الأحناف فيما لو نص الموصى على التأبيد ، كما لو قال : أوصيت بسكنى داري هذه لفلان أبداً ، إذ يذهبون الى ان الموصى له يسكنها مدة حياته فقط ثم تعود المنفعة لمالك الدار بعد ذلك . أما على رأي جمهور الفقهاء فان الوصية لا تنتهي بموت الموصى له بل ينتقل حق الانتفاع الى ورثته ، وكلما مات واحد منهم انتقل نصيبه الى ورثته .

ولو كان الموصى لهم قوماً غير محصورين ممن يظن انقطاعهم كذرية فلان مثلاً ، استحقوا الوصية ماداموا ، فإذا انقرضوا عادت المنفعة الى مالك العين .

ولو كانوا قوماً غير محصورين ولكن لا يظن انقطاعهم كالفقراء أو جهة بر عامة ، لأخذت هذه الوصية حكم الوقف ، إذ يثبت الاستحقاق في هذه الحالة للموصى لهم على التأبيد سواء نص عليه الموصى أم أطلق[1] .

ملكية العين الموصى بمنفعتها :

إن القول بجواز الوصية بالمنفعة فقط يستلزم ان تكون العين الموصى بمنفعتها لورثة الموصى لأنها من تركة مورثهم ولم تخرج منها بالوصية ، اللهم إلا إذا كان الموصى قد اوصى بها اثناء الوصية بالمنفعة

(١) وقد يكون للموصى له اول الأمر معينا او قوما محصورين ومن بعده لجهة بر عامة ، كما لو اوصى بثمرة هذه البستان لفلان ثلاث سنوات ومن بعده الى المسجد الفلاني ، فحكم هذه الوصية حكم الوقف ايضا كالحالة السابقة .

أو بعد ذلك لشخص آخر او لجهة معينة فانها تكون ملكاً للموصى له الثاني .

وعلى هذا لو اوصى شخص لأحد بالغلة ولآخر بالأرض مثلاً جازت الوصيتان ، ويلزم في هذه الحالة ان تكون النفقات من عشر ورسوم وسقي وما شابه ذلك على المنتفع إذا حصلت المنفعة بالفعل او كان في الأرض شيء يستغل وإن لم تحصل الثمرة ، لأن المنفعة تعود عليه كالمستعير والغرم بالغنم[1] . اما إذا لم تحصل له منفعة ولم يكن في الأرض شيء يستغل فان النفقة تكون عندئذ على الموصى له الرقبة ، لأنه هو مالك العين فتقع عليه تبعة اصلاحها وما يستلزم لها من نفقات[2] .

وبما ان الملك عند الايصاء بالمنفعة يكون موزعاً بين الموصى له بها وبين مالك العين بحكم الوصية ، لهذا تقتضي طبيعة التغاير جواز نقل ملكية العين الموصى بمنفعتها الى مالك المنفعة . وهذا ما اتفق عليه الفقهاء القائلون بجواز الوصية بالمنافع ، إذ يرون ان من حق مالك العين الموصى بمنفعتها ان يبيعها الى الموصى له بالمنفعة وابطال الوصية ، لأن ملك المنفعة يصبح عندئذ بسبب ملك الرقبة نفسها بالشراء . وكذلك يرى جمهور الفقهاء ان لمالك العين الحق في التصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية الى غير الموصى له بالمنفعة ، ولا يتوقف ذلك على إذن الأخير ، على ان يبقى حقه في المنفعة حتى ينتهي

(١) انظر في ذلك الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٢٧ ، ومغني ابن قدامة في نفس المرجع ص ٦١ . ويرى فقهاء الشافعية ان النفقة التي يتوقف عليها بقاء العين تكون على مالك الرقبة وما عداها تكون على مالك المنفعة ، انظر تحفة المحتاج ج ٧ ص ٦٤ .

(٢) انظر ابن قدامة في المرجع والموضع السابقين .

فتعود الى مالك الرقبة فيتم ملكه . غير ان الفقهاء الأحناف يرون ان مالك العين الموصى بمنفعتها تكون ملكيته لها ناقصة لتعلق حق الموصى له بالمنفعة بها ، ولهذا يذهبون الى انه لا يصح له ان يبيعها الى غير الموصى له إلا باذنه وإلا كان في ذلك تفويت لحقه[1] .

اما إذا اخذت الوصية بالمنفعة حكم الوقف، بأن تكون الثمرة او الأجرة وما اشبه ذلك للفقراء والمحتاجين على الدوام او كانت لشخص معين او لقوم محصورين ابتداء ومن بعدهم الى جهة برعامة لا يحتمل انقطاعها ، فان العين تكون على ملك الله تعالى . وما كان محبوسا على حكم ملك الله فانه يمنع عن التداول الناقل للملكية حالاً ومآلاً بأي سبب من الأسباب، اي يخرج عن دائرة التمليك كما هو معروف[2] .

وإذا كان المشرع العراقي قد سكت عن بيان حكم نقل ملكية العين الموصى بمنفعتها في الفصل الخاص بالوصية من قانون الأحوال الشخصية ، فليس في القواعد العامة ما يحول بين مالك العين وبين التصرف بها تصرفا تمليكيا الى الغير . وعليه يجوز له ان يبيعها الى

(١) انظر الفتاوي الهندية في الموضع السابق ، وابن قدامة في المرجع والموضع السابقين ، وابن حجر الهيتمي في المرجع السابق ص ٦٥ . ويذكر السرخسي في مبسوطه ج ٢٧ ص ١٨٢ ما يفيد ان مذهب ابي يوسف يشبه مذهب الجمهور .

(٢) وفي مقابل هذا المبدأ الشرعي وهو اخذ الوصية حكم الوقف ، هناك مبدأ آخر هو اخراج الوقف مخرج الوصية على ما بينا في الباب الأول . وذلك بأن يضيف الواقف وقفه الى ما بعد موته او يعلقه على موته المطلق ، إذ ينفذ الوقف في هذه الحالة في حدود ثلث ماله ان كان الموقوف عليه غير وارث على راي جمهور الفقهاء او حتى لو كان وارثا على ما ذهب اليه المشرع العراقي ، اما ما زاد على الثلث فيتوقف نفاذه على اجازة الورثة .

غير الموصى له بالمنفعة ، وعندئذ تنتقل العين الى المشتري بجميع حقوقها ، ما عدا حق الموصى له بالمنفعة طبعاً لأن البيع لا يؤثر فيه، بل يستمر حقه حتى تنتهي مدته أو يبقى له الى آخر حياته متى كانت الوصية بالمنفعة مدى الحياة .

هل للموصى له بالمنفعة أن يملكها للغير ؟

إذا دلت صيغة الوصية صراحة على ان ارادة الموصي قد انصرفت الى تمليك الموصى له جميع منافع العين ، فلا خلاف بين الفقهاء في ان للمنتفع ان يملك المنفعة الموصى بها له الى غيره . فلو كان الموصي قد قال : أوصيت لفلان بمنافع هذه الدار سكناً واستغلالاً ، جاز للموصى له ان ينتفع بالدار بنفسه فيسكنها ، كما يجوز له ان يؤجرها للغير وينتفع ببدل أجرتها . وذلك بشرط ان لا يضر الانتفاع بالدار، إذ لو ضربها فانه يعتبر متعديا ويضمن قيمة الضرر .

أما إذا كانت صيغة الوصية تفيد تمكين الموصى له من وجه معين من وجوه الانتفاع او كانت مطلقة غير مقيدة بشكل معين، فيذهب فريق من الفقهاء الى ان الموصى له بالغلة لا تجوز له السكنى لأن الوصية بالغلة وصية بالأجرة وهي تختلف عن الوصية بالسكنى، وقيل له السكنى ايضا لأن من يُملك غيره السكنى فأولى ان يملكها هو . وإن الموصى له بالسكنى لا تجوز له الإجارة لأنه ملك الانتفاع بغير بدل فلا يملكه غيره ببدل ، ولأن عبارة الموصى تفيد التمليك على وجه خاص . اما إذا اطلق الموصى ولم يذكر سكنى ولا استغلالاً ، فان الوصية تنصرف الى الاستغلال ، وقيل ان الاستغلال

يدخل فيه تمليك السكنى بالأولى[1] .

على ان مذهب جمهور الفقهاء يدل في الجملة بأن الوقوف عند دلالة الألفاظ يفيد تحقيق رغبة الموصى، وخاصة ان شرط الموصى كشرط الواقف الذي هو بمثابة نص الشارع . أما مذهب الامام مالك فيفيد إطلاق الانتفاع ، حتى ولو نص الموصى في وصيته على ان للموصى له حق السكنى فقط ومنعه من غيرها[2] .

والأصل عند المشرع العراقي ان للمنتفع ان يملك الغير المنفعة الموصى له بها بعوض أو بدونه ، ما لم يُقيد من قبل الموصى في صيغة انشاء الوصية بغير ذلك . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة (١٢٥٣) من قانونه المدني على ان «للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق أحكام تخالف ذلك» .

المبحث الرابع

تقدير المنفعة الموصى بها وكيفية استيفائها

تقدير المنفعة الموصى بها :

الأمر هين بالنسبة لمعرفة الثلث الذي تنفذ فيه الوصية بالأعيان أو بحصة معينة من التركة برقبتها ومنفعتها ، إذ تنسب قيمة العين الموصى بها الى قيمة التركة كلها ، وتؤخذ هذه النسبة أساساً لتقدير الثلث . ولكن الأمر يصعب بالنسبة للوصية بالمنفعة وحدها ، وذلك

(١) انظر استاذنا مذكور في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٤٠٥ الى ٤٠٧ .
(٢) انظر استاذنا ابو زهرة في شرح قانون الوصية ص ١٦٨ .

بسبب اختلاف الفقهاء في مالية المنافع من جهة ، واختلاف قيمة المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتوقيت من جهة أخرى .

ففقهاء الحنفية يذهبون الى أن تقدير المنفعة يكون بتقدير العين الموصى بمنفعتها نفسها ، فان خرجت العين من ثلث التركة نفذت الوصية من غير توقف على إجازة أحد من الورثة ، وإن لم تخرج منه توقف نفاذ الزائد على إجازتهم ، سواء أكانت المنفعة مؤبدة أم مؤقتة . ذلك لأنهم يرون أن الوصية بالمنفعة لشخص أو لجهة يعني حبس العين عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها ، إذ لا فائدة للورثة من ذات العين ما دامت منفعتها مستحقة للموصى له لأن المقصود من العين منفعتها ، وبما أن الموصى لا يملك حبس العين عن الورثة إلا في حدود ثلث تركته فكذلك الوصية بالمنفعة لأنها كالوصية بالعين ذاتها .[1]

ويذهب فقهاء الحنابلة في الصحيح عندهم الى ما ذهب اليه فقهاء الحنفية فيما إذا كانت المنفعة الموصى بها مؤبدة أو مطلقة ، أما إذا كانت المنفعة بمدة مقدرة معلومة فانهم يجعلون التقدير للمنفعة فقط . وذلك بأن تقوّم العين بمنفعتها في تلك المدة ، ثم تقوّم وحدها دون المنفعة ، ويكون الفرق بينهما قيمة المنفعة وهو مقدار الوصية[2] . فلو أوصى شخص لآخر باستعمال سيارته ثلاث سنوات بعد موته مثلاً ، قدرت قيمة السيارة وهي معدة للاستغلال في تلك المدة ، ثم تقدر قيمتها وهي أجزاء متفرقة من الحديد والمطاط والزجاج وغيرها ، والفرق بين القيمتين هو قيمة المنفعة الموصى بها في المدة .

(١) أنظر الكاساني في البدائع ج ٧ ص ٣٥٣ .
(٢) أنظر ابن قدامة في المرجع السابق ص ٥٩ و ٦٠ .

ويوافق فقهاء الشافعية فقهاء الحنابلة في هذا التفصيل فيما إذا كانت الوصية بجميع منافع العين، أما إذا كان الموصى به بعض منافع العين لا كلها كلبن البقرة مثلاً فيرون تقدير المنفعة وحدها. وذلك بأن تقوّم البقرة بلبنها أولاً، ثم تقوّم من دونه ثانياً، ويكون الفرق بينهما قيمة المنفعة الموصي بها سواء أكانت مؤبدة أم مطلقة أم محددة بمدة معلومة أو مجهولة[1].

كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها:

إذا جاءت الوصية بصيغة شاملة لجميع أنواع الانتفاع، كان للموصى له حرية اختيار السبيل الذي يستوفي به المنفعة. فلو أوصى له شخص بمنافع داره على أن يستوفيها كيف شاء، جاز له أن يسكنها شخصياً أو أن يؤجرها وينتفع بأجرتها. أما إذا جاءت صيغة الوصية بلفظ يدل في عرف الناس على نوع من أنواع الانتفاع، فقد اختلف الفقهاء فيما يملكه الموصى له فيها على الوجه الذي أوجزناه قبل قليل.

هذا فيما إذا كانت المنفعة الموصى بها لموصى له معين ليس له شريك فيها، أما إذا تعدد الموصى لهم أو كان الورثة شركاء للموصى له في الانتفاع بالعين فان الأمر يترك الى هولاء الشركاء أولاً. فان تصالحوا فيما بينهم على طريقة خاصة وجب اتباعها، وإن تخاصموا واختلفوا آل أمر الفصل الى القاضي الذي له أن يحكم بما يرى فيه المصلحة[2].

(١) أنظر الرملي في المرجع السابق ص ٦٨.

(٢) والقاضي إما أن يحكم باستغلال العين وقسمة غلتها بين الشركاء بحسب حصصهم، وإما بقسمة العين بينهم بالمهايأة الزمانية أو المكانية، واما بقسمة العين القابلة للقسمة اجزاءاً ويعطى كل واحد منهم جزءاً ينتفع به بشرط أن لا يكون في قسمتها ضرر يلحق الورثة.

الفصل الخامس

تزاحم الوصايا

متى تظهر مشكلة التزاحم؟

قد يوصي شخص بوصايا متعددة ومختلفة، بعضها قربات لله تعالى وبعضها الآخر للأفراد، ومن القربات ما هو واجب ومنها ما هو تطوع، كما لو أوصى باخراج ما عليه من زكاة وبناء جامع وبأداء ألف دينار لصدبقه فلان مثلاً. فإذا أمكن تنفيذ جميع هذه الوصايا من ثلث تركته من غير حاجة الى إجازة ورثته، أو من كل تركته إذا أجاز الورثة هذه الوصايا جميعاً وكانت تزيد على الثلث، فلا تزاحم بين الوصايا لإمكان تنفيذها جميعها وذلك باعطاء كل من جعل له الموصى استحقاقاً في تركته نصيبه كاملاً.

أما إذا تعددت الوصايا ولم يف بها المال كله عند إجازة الورثة، أو لم يسعها الثلث عند عدم إجازتهم أو في حالة عدم وجود وارث على رأي بعض الفقهاء والمشرع العراقي، فعندئذ تظهر مشكلة تزاحم الوصايا، حيث لا يكفي المال المخصص لتنفيذها للوفاء بها باعطاء كل مستحق كامل نصيبه.

الحلول المقررة لحالات تزاحم الوصايا:

قد تكون الوصايا كلها للقربات، وقد تكون كلها للعباد، وقد يكون بعضها للقربات وبعضها الآخر للعباد، ولكل حالة من هذه الحالات الثلاث حكمها. نعرض فيما يأتي هذه الحالات ثم نوجز

الأحكام التي قررها الفقهاء لكل حالة منها بوجه عام ، متجنبين تشعب الآراء واختلاف الجزئيات جهد الإمكان .

الحالة الأولى : إذا كانت الوصايا كلها للقربات .

وفي هذه الحالة صورتان :

(أ) إذا تزاحمت الوصايا وكانت كلها قربة لله تعالى وفي مرتبة أو درجة واحدة ، بأن كانت كلها فرائض كالحج الفرضي وزكاة المال وفدية الصوم مثلاً ، فيبدأ من القدر الذي جازت فيه الوصية بما قدمه الموصى نفسه . ذلك لأنه إذا تساوت هذه القرب لا يمكن الترجيح بينها إلا بما بدأ به الموصى ، لأن الانسان يبدأ بالأهم فالمهم عادة ، وإن بقي شيء من المال ينفذ ما يليه وهكذا حتى ينتهي الثلث أو كل المال عند اجازة الورثة . وكذلك الحكم إن كانت الوصايا كلها واجبات[1] كصدقة الفطر والكفارات والنذور ، أو كانت كلها تطوعاً كالوصية للفقراء ودور العبادة وجهات البر .

وقيل يقدم الأقوى في القربة أو الثبوت عند اتحاد المرتبة لا الأسبق ذكراً[2] ، فيقدم الحج على الزكاة لأنه أقوى منها ، إذ هو يقام بالمال والبدن وهي تقام بالمال فقط . كما قيل إنه إذا اتحدت

(١) التفرقة بين الفرض والواجب للفقهاء الأحناف فقط ، إذ يرون أن الفرض هو ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، والواجب هو ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة . أما غير الأحناف من الفقهاء فالفرض والواجب عندهم في منزلة سواء .

(٢) جاء في الدر المختار للحصكفي المطبوع بهامش شرحه رد المحتار ج ٥ ص ٥٨١ ما نصه « وإن تساوت قوة قدم ما قدم إذا ضاق الثلث عنها . قال الزيلعي : كفارة قتل وظهار ويمين مقدمة على الفطرة لوجوبها بالكتاب دون الفطرة ، والفطرة على الأضحية لوجوبها إجماعاً دون الأضحية » .

القربات في المرتبة وزع الثلث أو كل التركة عند إجازة الورثة على الوصايا بالتساوي ، إن لم يذكر الموصى سهاما لكل وصية . أما إذا ذكر سهاما كالثلث والربع أو عين مقداراً من المال لكل وصية قسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا بالمحاصة ، أي بنسبة سهام[1] .

(ب) إذا تزاحمت الوصايا وكانت كلها قربة أيضا ولكنها مختلفة النوع والمرتبة ، كما لو كان بعضها فرضا وبعضها واجبا وبعضها تطوعا ، تقدم في هذه الحالة الفرائض على الواجبات وتقدم الواجبات على النوافل حتى ولو خالف هذا ما ذكره الموصى نفسه في وصيته . ذلك لأن الفرض أقوى من الواجب عند الحنفية ، والواجب أقوى من النافلة عند الجميع ، ومن الخير للموصى أن تبرأ ذمته من تبعة الأقوى أولاً ثم الأقل قوة إن لم يسعها جميعها ثلث التركة أو القدر الذي جاءت الوصايا فيه زيادة على الثلث[2] .

الحالة الثانية : إذا كانت الوصايا كلها للعباد .

إذا تزاحمت الوصايا وكانت كلها لغير القربات ، أي لأحاد الناس أو بعضهم ، فانه لا مجال في هذه الحالة لترجيح بعض هذه الوصايا وتقديمه على البعض الآخر ، لاستوائها جميعها في سبب الاستحقاق . والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم ، لذلك

(١) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٧١ وابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٢) انظر في ذلك : ابن عابدين في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٥٨٠ و ٥٨١ ، الشيرازي في المهذب ج ١ ص ٤٦١ ، الجبعي في الروضة البهية ج ٢ ص ٥٢ و ٥٣ .

فان كل واحد من الموصى لهم يأخذ بنسبة نصيبه الموصى به له الى المال الذي تنفذ الوصايا فيه . فإن كان التزاحم في ثلث التركة قسم ذلك الثلث بين الموصى لهم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم ، وإن كان في التركة كلها قسمت التركة بينهم أيضا بنسبة سهامهم .

وعلى هذا لو أوصى شخص لأحد بثلث تركته ولآخر بعين معينة تقدر قيمتها بما يساوي ربع التركة ولثالث بمبلغ معين يساوي سدس التركة ، وأجاز الورثة ذلك جميعاً ، كان للموصى له الأول من الجزء الذي اجيزت الوصية فيه أربعة سهام وللثاني ثلاثة سهام وللثالث سهمان ، ويكون الباقي - وهو الربع هنا - للورثة يقتسمونه بينهم بحسب الفريضة الشرعية . أما في حالة عدم اجازة الورثة فان الثلث فقط يقسم بين الموصى لهم بموجب تلك النسبة ، أي بنسبة (٤) الى (٣) الى (٢)[1] .

الحالة الثالثة : إذا كان بعض الوصايا للقربات والبعض الآخر للعباد .

إذا تزاحمت الوصايا وكانت خليطاً من الوصايا بالقربات والوصايا لآحاد الناس ، فان الموصى في هذه الحالة إما أن يبين سهام هذه الوصايا أو مقاديرها وإما ألا يبين .

(١) يقول ابن رشد في المرجع والموضع السابقة الاشارة اليهما ما نصه « إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ، وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذا كان مشاعا قال : يقتسمون المال اخماسا ، ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال : يقتسمون المال على السواء » .

فإن بيّن ، كما لو أوصى بالربع لفلان وبالخمس للحج عنه وبالسدس لما فاته من زكاة وبالثمن للفقراء مثلاً ، قسم المال المخصص لتنفيذ هذه الوصايا بالمحاصة بنسبة هذه السهام . وإن لم يبين سهماً أو قدراً لكل جهة أوصى اليها ، كما لو أوصى بثلث ماله لما فاته من حج وزكاة وكفارات ولصديقه فلان مثلاً ، قسم الثلث بين هذه الجهات بالتساوي . أي أنه يقسم أرباعاً ، ويصرف ما يخص صديقه أولاً باعطائه سهماً واحداً ، وما يخص الوصايا بالقربات يجمع ويصرف بينها بحسب الطريقة التي بيناها قبل قليل . بمعنى أنه اذا تفاوتت هذه القربات في القوة قدم الأقوى ، وإن استوت في المرتبة اتبع التقديم في الذكر أو قسم المال بالتساوي[1] .

وبالرغم من أهمية موضوع تزاحم الوصايا واحتمال كثرة وقوعه في حياتنا اليومية ، فان المشرع العراقي لم يشر اليه في الفصل الخاص بالوصية من قانون الأحوال الشخصية ، ولذلك فلا مناص للقاضي من الرجوع الى الأحكام الفقهية والحلول التي قررها الفقهاء في هذا الشأن .

(١) انظر ابن عابدين والكاساني في المرجعين السابقين في نفس الموضع . هذا ويذكر الشيرازي في المرجع والموضع السابقين ما نصه « وإن وصى ان يحج عنه حجة الاسلام من الثلث او يقضي دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ففيه وجهان : احدهما يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ، فان كان ما يخص الحج او الدين من الثلث لا يكفي تمم من رأس المال ، لأنه في الأصل من رأس المال ، وانما اعتبر من الثلث بالوصية ، فاذا عجز الثلث عنه وجب ان يتمم من اصل المال . والثاني يقدم الحج والدين لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا » .

الوصاية

الولاية المالية أو الوصاية :

إذا بلغ الانسان عاقلاً رشيداً تكاملت له أهليته[1] ، فيتوجه اليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من إيمان وعبادات وغيرها ، وتصح عقوده وتصرفاته كلها وتترتب عليها آثارها ، ويؤاخذ بما يصدر منه من أفعال تضر بالآخرين مؤاخذة بدنية ومالية كاملة. وهو الذي يتولى أموره في هذا الطور من أطوار حياته ، لأن نظره في شؤون نفسه أنفع من نظر غيره فيها ، ومعنى هذا أنه لا ولاية لأحد عليه .

أما إذا كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً[2] فأن الشارع الحكيم لم يكلفه بأداء شيء من التكاليف الشرعية بنفسه لأنه ليس من أهل الابتلاء ، ولم يؤاخذه على ما يرتكب من أفعال توجب القصاص أو الحد لرفع الحساب عنه ، كما لم يجعل له عبارة معتبرة بل أهدر جميع أقواله ولم يرتب عليها أي الزام أو التزام . غير أن ما يلزمه من ضمان ما قد يتلفه من مال الغير أو ما يلزمه من الدية في القتل يكون من ماله ، ويقوم مقامه في ذلك وفي كل ماتدعو اليه حاجاته من تصرفات وعقود من يتولى أموره بمقتضى الأحكام الشرعية أو القانونية ، ذلك لأنه محجور عليه لذاته .

---

(١) اي اهلية تعامله (الأداء) ، بالاضافة الى تكامل اهلية الوجوب فيه من قبل.

(٢) المعتوه في نظر المشرع العراقي يعتبر ناقص الأهلية ، لأنه جعله في حكم الصبي بنص المادة (١٧٠) من قانونه المدني .

على أن هذا الغير الذي يتولى أمور من يكون عاجزاً عن النظر فيما ينفعه قد تكون له الولاية على نفسه[1] فقط ، وتثبت هذه الولاية للأقرب من العصبات فحسب أو من الأقرباء عموماً بحسب ما هنالك من خلاف بين الفقهاء بهذا الخصوص . وقد تكون له الولاية على ماله[2] فقط ، وتثبت هذه الولاية للوصي . كما قد تكون له الولاية على نفسه وماله جميعاً ، والذي تثبت له هذه الولاية هو الأب والجد والقاضي . ولهذا فان الولي المالي (الوصي) ليس دائماً هو الولي على النفس ، بل قد يكون وقد لا يكون بحسب ظروف الحال .

وحيث ان موضوع بحثنا في هذا القسم خاص بمن تكون له الولاية المالية (الوصاية) سواء أكانت له الولاية على النفس أم لم تكن ، لذا فان كلامنا هنا سيتناول تحديد مفهوم الوصاية مع بيان أحكامها الشرعية والقانونية بايجاز ثم نبين انتهاءها وذلك في فصلين متعاقبين .

---

(١) الولاية على النفس هي القدرة على انشاء عقد الزواج ليكون نافذاً من غير حاجة الى اجازة احد والمحافظة على نفس المولى عليه .

(٢) الولاية على المال هي القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

الفصل الأول

تحديد مفهوم الوصاية وأحكامها شرعاً وقانوناً

المبحث الأول

معنى الوصاية ولمن تكون ؟

تعريفها :

عرف المشرع العراقي الايصاء في المادة (٧٥) من قانون الاحوال الشخصية بقوله « الايصاء إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى به بعد وفاته » . وهذا التعريف مأخوذ من الاصطلاح الفقهي الذي يقضي باطلاق لفظ الوصاية أو الايصاء على ما يعهد الموصى للموصى اليه في وصيته من أمور يريد منه النظر فيها أو تنفيذها من بعده ، أي بأن يجعله وصيه يتصرف فيما أراد له التصرف في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته .

من هو الوصي ؟

الوصاية ، التي هي في حقيقة الأمر ولاية على الصغار ومن في حكمهم من المجانين والمعاتيه والسفهاء وذوي الغفلة ، تثبت في الفقه الاسلامي عموماً لستة اشخاص . ورتبهم فقهاء الحنفية على هذا الوجه : الأب ، ثم وصيه وإن تعدد ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصيه وإن تعدد ، ثم القاضي ، ثم وصيه[1] . وبرأيهم أخذ المشرع العراقي في

(١) وتكون الولاية المالية عند فقهاء المالكية والحنابلة للأب ، ثم وصيه ، ثم =

المادة (١٠٢) من قانونه المدني التي نص فيها على أن « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » .

يتبين لنا من هذا أن الوصاية تثبت على المحجور عليهم للأولياء والأوصياء . والولي هو من أقامة الشرع للنظر في شؤون الصغار ومن في حكمهم ، وتنحصر الولاية الشرعية في ثلاثة أشخاص ، هم على التوالي : الأب ، الجد الصحيح ، القاضي . أما الوصي فهو الذي أقامه أحد الأولياء الشرعيين للنظر في شؤون أولئك العاجزين أو القاصرين عن النظر فيما ينفعهم .

فالوصي بوجه عام هو الشخص الذي يقيمه غيره ليتصرف في تركته بعد وفاته أو يقيمه القاضي إذا كانت هناك حاجة اليه . فيفهم من هذا أن الوصي على نوعين : الأول - هو من أقامه الشخص حال حياته ويسمى وصيا مختاراً ، وولايته المالية تخص المولى عليه المحجور بحكم الشرع بسبب قصر طبيعي فيه كالصغير والمجنون والمعتوه . والثاني - هو من أقامه القاضي عند الحاجة اليه ويسمى وصي القاضي ، وولايته المالية تخص المولى عليه المحجور بحكم من المحكمة المختصة بسبب فساد الرأي عنده كالسفيه وذي الغفلة .

= للقاضي ووصيه ، أي أنهم لم يجعلوا للجد ولاية على القاصر ومن باب أولى لا يكون له وصي . وجعلها فقهاء الشافعية للأب ، ثم للجد الصحيح ، ثم لوصي الأب ، ثم لوصي الجد . أما فقهاء الجعفرية فقد جعلوها للأب والجد لأب وإن علا ، ثم لوصيها وإن تعدد ، ثم للقاضي ، فاذا اجتمع الأب والجد لأب فلكل منهما الولاية المالية على القاصر وينفذ تصرف كل منهما ما لم يسبقه تصرف الآخر .

المبحث الثاني

ركن الايصاء وشروط الوصي

ركن الايصاء :

الايصاء أو الوصاية عقد يتم بايجاب من الموصى وقبول من الوصي . ويتحقق الايجاب فيه بكل لفظ يدل على أن الشخص فوض لغيره النظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته ، كقوله : أنت وصي على اولادي او وصي المالي او وكيلي بعد موتي ، او اوصيت لك باولادي او سلمت لك أولادي بعد موتي. كما يتحقق القبول فيه بكل ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة ، كقول الوصي : قبلت أو تعهدت ، أو أن يقوم فعلاً بتنفيذ تصرف معين في التركة أراده الموصى[1] .

وفي وقت قبول الوصي للوصاية وجهان : أحدهما - يصح في الحال لأن الموصى أذن له في التصرف ، فيصح قبوله في الحال كالوكالة . والثاني - لا يصح إلا بعد الموت الموصى ، كالقبول في الوصية له[2] .

ولكن متى قبل الوصي الوصاية في وجه الموصى فانه لايجوز له

(١) جاء في شرح الأحكام الشرعية للابياني ج ٢ ص ١٣٨ ما نصه « وقد نص الفقهاء على ان الوصاية تلزم الوصي بتصرفه في التركة وإن لم يعلم بالايصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لأن التوكيل انابة في حال قيام ولاية الموكل وهذا لايصح من غير علم . أما الايصاء فبخلافه لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كالوراثة ، كذا قالوا فتأمل » .

(٢) انظر الشيرازي في المرجع السابق ص ٤٧١ .

ردها في غير وجهه ، أي لا يجوز له أن يردها بعد موته ولا في حياته من غير علمه . ذلك لأن الموصى إذا مات فانه يكون قد مضى الى سبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده بعد ذلك لمات مغروراً لأنه (الوصي) قد غرر به ، وكذا الأمر فيما إذا كان رده في حياة الموصى من غير علمه للتغرير الحاصل من جهته ، فيجب إبطال رده . أما إذا ردها في وجهه فيكون رده صحيحاً ويرتفع به الايجاب ، إذ ليس للموصى ولاية الزامه التصرف من جهة ، ولا غرر في ذلك من جهة أخرى لأن بامكان الموصى أن ينيب غيره حال حياته[1] .

والى مثل هذا ذهب المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إذ قرر في المادة (٧٧) منه بأنه « ١- إذا قبل الوصي الوصاية في حياة الموصى لزمته ولا يخرج منها بعد موت الموصى إلا إذا جعل له حق الاختيار ٢ - إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصى وبعلمه صح الرد » .

وعلى كل حال فان الوصاية ليست من العقود اللازمة في الأصل ، فللموصى ان يرجع فيها متى شاء ما دام حياً ، كما أن للوصي ان يردها في حياة الموصى متى شاء بشرط ان يحيطه علماً برده .

شروط الوصي :

يمكن إجمال الشروط التي يشترطها الفقهاء المسلمون في الوصي بما يأتي :

(١) أما إذا سكت الوصي ، بأن لم يقبل الوصاية ولم يردها حتى مات الموصى ، فجمهور الفقهاء على انه بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل ، وعند فقهاء الجعفرية تلزمه الوصاية وليس له الرد .

أولاً ـ ان يكون عاقلاً بالغاً : ذلك لأن غير العاقل محجور عن التصرف في ماله لأنه لا يحسن النظر فيما ينفعه، فلا يجوز ان تكون له ولاية التصرف في أموال غيره لعدم اهتدائه الى التصرف النافع لذلك الغير . كما أن غير البالغ يكون قاصر النظر في تصرفاته وادارة شؤونه ، فلا يجوز أن تكون له ولاية النظر والادارة في شؤون الآخرين[1] . ويذهب فقهاء الجعفرية الى القول بجواز الايصاء للصبي المميز إذا انضم عاقل بالغ اليه[2] .

ثانيا ـ ان يكون أمينا حسن التصرف قادراً على ادارة شؤون

(١) انظر في هذا وفيما يلي من الشروط : الحصكفي في المرجع السابق ص ٦١٣ و ٦١٤ ، والشيرازي في المرجع السابق ص ٤٧٠ ، والدردير في الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣٩ و ٤٤٠ ، وابن قدامة في المغني ج ٦ ص ١٣٧ الى ١٤١ . وجاء في حاشية ابن عابدين على الدر ص ٦١٤ ما نصه « أعلم ان المصنف زاد على المتون والهداية ذكر الصبي ، ونقل في شرحه على المجتبى : والوصية الى الصبي جائزة ، ولكن لا تلزمه المهمة كالوكالة . وذكره ايضاً في الاختيار كما فعل المصنف ، لكن نقل في شرح الوهبانية: اذا اوصى الى عبد او صبي اخرجها القاضي لأن الصبي لا يهتدي الى التصرف. وهل ينفذ تصرفه قبل الاخراج ؟ قيل نعم، وقيل لا وهو الصحيح لأنه لا يمكن الزام المهمة فيه، فلو بلغ قبل الاخراج قال ابو حنيفة : لا يكون وصيا ، وقالا : يكون » .

(٢) جاء في وسيلة النجاة للدوسوي ج ٢ ص ٣٠٧ و ٣٠٨ ما نصه « يجوز للموصي ان يعين شخصا لتنجيز وصاياه وتنفيذها فيقتصر ويقال له الموصى اليه والوصي ، ويشترط فيه امور : البلوغ والعقل والاسلام ، فلا تصح وصاية الصغير ولا المجنون ولا الكافر عن المسلم وان كان ذميا قريبا . وهل يشترط فيه العدالة كما نسب الى المشهور ام يكفي الوثاقة ؟ لا يبعد الثاني وان كان الاول احوطا . (مسألة) انما لا تصح وصاية الصغير منفرداً واما منضما الى كامل فلا بأس به ، فيستقبل الكامل بالتصرف الى زمن بلوغ الصغير ولا ينتظر بلوغه ، فاذا بلغ شاركه من حينه وليس له اعتراض فيما امضاه الكامل سابقا الا ما كان على خلاف ما أوصى به الميت فيرده الى ما اوصى به ، ولو مات الصغير او البالغ فاسد العقل كان للكامل الانفراد بالوصاية . (مسألة) ولو طرأ الجنون على الوصي بعد موت الموصى بطلت وصايته ، ولو افاق بعد ذلك لم تعد واحتاج الى نصب جديد من الحاكم » .

التركة : ذلك لأن الخائن ليس اهلاً للعهدة والثقة عموماً ، والايصاء إليه أو الى سيء التصرف يضر بالورثة ، لأن الأول يغدر بهم والثاني يضيع حقوقهم. وأجاز جمهور الفقهاء الايصاء الى المرأة لأنها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجل من حيث العدالة والكفاية . واختلف في صحة الوصاية للأعمى ، فمنهم من أجاز ذلك على اعتبار أنه من أهل الشهادة ، ومنهم من لم يجز على اعتبار ان الوصاية تفتقر الى إبرام عقود والعقود تحتاج الى نظر لأنها لا تدرك إلا بالعين المبصرة[1] .

ثالثا ـ ان يكون مسلما : ذلك لأن الكافر لا تجوز الوصاية اليه في حق المسلم لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالاً ودّوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر »[2] ولقوله عز من قائل « لا يرقبون في مؤمن إلاً ولا ذمة وأولئك هم المعتدون »[3] . وبما ان الوصاية ولاية مالية كما قلنا ، والله سبحانه يقول: « ولن يجعل الله للكافرين

(١) يقول ابن قدامة في المرجع السابق ص ١٣٧ ما نصه « وتصح الوصية الى المرأة في قول اكثر اهل العلم ، وروى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وابو ثور واصحاب الراي ، ولم يجز عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون . ولنا : ماروى عن عمر رضي الله عنه اوصى الى حفصة ، ولانها من اهل الشهادة فاشبهت الرجل وتخالف القضاء . فانه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية . وتصح الوصية الى الاعمى، وقال اصحاب الشافعي فيه وجه انه لا تصح الوصية اليه . بناء منهم على انه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع انه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من اهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على اولاده الصغار ، فصحت الوصية اليه كالبصير » .

(٢) الآية (١١٨) من سورة آل عمران .

(٣) الآية (١٠) من سورة التوبة .

على المؤمنين سبيلا »[1] ، لذلك فان الايصاء لغير المسلم مخالف لهذا النص الكريم[1] .

ولا تختلف الشروط التي يشترطها المشرع العراقي في شخص الوصي عما ذكر ، ذلك لانه نص في المادة (٧٦) من قانون الاحوال الشخصية على انه « يشترط في الوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية » .

المبحث الثالث

حكم تصرفات الاوصياء

تصرفات من لهم الولاية المالية ؟

الكلام في بيان احكام تصرفات الاوصياء يقتضي منا أن نبين حكم تصرفات من لهم الولاية على اموال من هم تحت ولايتهم ، ولهذا سيتناول كلا منا حكم تصرفات كل من الاب والجد الصحيح والوصي الذي يختاره كل منهما ثم القاضي ووصيه الذي ينصبه .

تصرفات الاب والجد الصحيح .

تختلف تصرفات الاب باختلاف حاله ، ذلك لانه إما ان يكون

(١) الآية (١٤١) من سورة النساء ،

(٢) يقول الشيرازي في المرجع والموضع السابقين ما نصه « واما الكافر فلا تجوز الوصية اليه لقوله عز وجل لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم ، ولأنه غير مأمون على المسلم ولهذا قال الله تعالى : لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة . وفي جواز الوصية اليه في حق الكافر وجهان : احدهما انه يجوز ان يكون وليا له . فجاز ان يكون وصيا له كالمسلم . والثاني لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم » .

مشهوراً بحسن التصرف أو مستور الحال وإما ان يكون معروفا بسوء التصرف .

(أ) فان كان مشهوراً بالعدالة او مستور الحال ، بأن كان أميناً غير مبذر ولا متلف ، اطلقت يده في اموال ولده بكل تصرف يملكه في ماله الخاص . فتنفذ جميع تصرفاته في اموال اولاده الذين هم تحت ولايته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وغير ذلك من التصرفات متى كانت نافعة للصغار نفعا محضا ، او دائرة بين النفع والضرر بمثل القيمة والغبن اليسير . لافرق بين ان يكون تصرفه منصبا على عقار او منقول ما دام انه لم يقع تبرعا ولا بغبن فاحش ، لان ولايته منوطة بمصلحة المولى عليه فلا ينفذ من تصرفه ما كان فيه ضرر مالي محض للصغير . كما لا فرق بين ان يكون التصرف لاجنبي عن الاب او ان يكون له او لاحد اصوله او فروعه ، إذ يجوز للاب ان يبيع من ماله لولده الصغير وان يشتري لنفسه من مال ولده الصغير بمثل القيمة وبالغبن اليسير . ومثل البيع في ذلك غيره من التصرفات ، ولكن في حالة الشراء يلزمه ان يسلم الثمن الى من يعينه القاضي لاستلامه ثم يأخذه منه ثانيا ، حتى لايكون مطالباً ومطالبا في وقت واحد . ومن باب أولي يجوز له ان يبيع من مال ولده الصغير لمن يتهم عليه من زوجة أو ولد آخر وأن يشتري له من أموالهم ، بشرط ان لا يكون في البيع أو الشراء غبن فاحش وإلا كان باطلاً .

وقد جاز للأب القيام بالتصرف في أموال أولاده الصغار للأغيار ولنفسه بمثل القيمة وبيسير الغبن لانتفاء التهمة عنه ، إذ هو أكثر

الناس شفقة على أولاده وأشدهم اهتماماً بانماء ثروتهم . ولا يعترض على تصرف الأب لنفسه في أموال أولاده بعدم تعدد العاقد بحجة ان التعدد من أركان العقود التي تتوقف عليه ، ذلك لأن هذا مستثنى مما ذكر . فقد استثنى الفقهاء من تعدد العاقد ما إذا كان العاقد ولياً أو وصياً يتصرف لنفسه في أموال الصغار أولهم في أمواله ، لأن عبارته تقوم مقام الايجاب والقبول ، إذ هو بصفته مالكاً للمال المتصرف فيه مثلاً يعتبر موجباً وبصفته ولياً يعتبر قابلاً وبالعكس .

(ب) وإن كان الأب معروفاً بسوء التصرف وفساد التدبير بحيث لا يصل به ذلك الى حد السفه ـ إذ لو وصل الى هذا الحد لاستحق هو الحجر بهذا الداعي ـ اشترط في صحة تصرفه في أموال أولاده الصغار أن يكون في التصرف خير للصغير ، سواء أكان تصرفه لنفسه أم لغيره ممن يتهم عليه أو لا يتهم ، وسواء أكان المال المتصرف فيه عقاراً أم منقولاً . وفسر بعضهم الخيرية في العقار بأنها البيع بنصف القيمة والشراء بنصفها وفي المنقول بزيادة الثلث عن القيمة في البيع ونقصه بهذا القدر في الشراء ، وفسرها البعض الآخر بأنها كل ما كان فيه خير للصغير قل أو كثر وهذا هو الظاهر[1] .

وتصرفات الجد الصحيح في أموال أحفاده كتصرفات الأب في أموال أولاده في جميع ما ذكر عند محمد بن الحسن والشافعي اللذين يذهبان الى أن قوة ولايته بقوة ولاية الأب وإن تأخر عن وصيه على رأي محمد ، لأنه يعتبر أباً عند فقد الأب فيكون له حكمه عند

(١) أنظر للمرحوم احمد ابو الفتوح في كتاب المعاملات الطبعة الثانية ج ١ ص ١٥٦ الى ١٥٨ .

عدم وجوده . أما أبو حنيفة وأبو يوسف وإن كان رأيهما موافقا لرأي محمد في ان ولاية الجد متأخرة عن ولاية وصي الأب فانهما يريان أنه يجوز له من التصرفات ما يجوز لوصي الأب مع بعض الخلاف[1] .

وجعل المشرع العراقي الأب والجد في منزلة سواء من حيث التصرفات التي يجوز لهما مباشرتها في أموال القاصرين الذين هم تحت ولايتهما ، إذ قرر في المادة (١٠٣) من قانونه المدني بأن « ١ـ الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ . ٢ـ أما إذا عرفا بسوء التصرف فللحاكم ان يقيد من ولايتهما أو ان يسلبهما هذه الولاية » .

تصرفات الوصي المختار :

الوصي المختار هو وصي كل من الأب والجد الصحيح ، لأن الأب أو الجد يختاره ليقوم مقامه في الولاية على القاصر الذي هو تحت ولايته بعد وفاته .

ولا شك أن هذا اليتيم التي تثبت الوصاية عليه يكون إنسانا مغلوبا على أمره لا يستطيع درء العدوان عن أمواله لضعفه ، لذلك أقام سبحانه وتعالى عليها سياجا من وعيده يحول بينها وبين ذوي

(١) ووجه هذا الخلاف يظهر من ناحيتين : الأولى ـ أنه يجوز للجد ان يتولى العقد مع القاصر من غير قيد إلا أن يكون هناك غبن فاحش ، أما وصي الأب فهو مقيد إذ ليس له ذلك إلا اذا اذنته المحكمة . الثانية ـ انه يجوز لوصي الأب بيع شيء من التركة لوفاء ديون الميت وتنفيذ وصاياه المرسلة ، وليس للجد مثل هذا الحق . إذ لو وجد من يستحق وصية أو ديناً في مدة ولاية الجد فانه يجب على الموصى له او الدائن ان يرفعا أمره الى القاضي ليأذن الجد بالبيع بمقدار ما يفي بالدين او تنفذ فيه الوصية .

المطامع الدنيئة[1] . فقال عزّ من قائل : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً »[2] .

وأموال اليتامى بالنسبة لتصرفات الوصي الذي يختاره الأب تكون على قسمين : قسم يصح التصرف فيه ولو بغبن يسير وهو المنقولات ، وقسم لا يصح التصرف فيه إلا بمسوغ شرعي وهو العقارات . وهذا المسوغ ينحصر في شيئين : (الأول) الشفقة على الصغير ، بأن يكون البيع مثلاً خيراً له ليتمكن الوصي من شراء عقار بثمنه أشرف موقعا وأكثر ريعاء أو بأن كان العقار متزلاً آيلاً الى السقوط وليس عنده ما يجدده به أو كان خراجه ومؤنته أكثر من ريعه ويمكن بيعه ليستبدل بما هو أحسن منه . (الثاني) الضرورة الملجئة بأن يضطر الى بيع العقار لوفاء دين على التركة او تنفيذ وصية بنقود مرسلة اوصي بها المورث ، وليس في يده من النقود والمنقول ما يفي بالدين او تنفيذ الوصية إلا ببيع العقار ، او كان يخشى على العقار من اغتصاب ظالم يعجز عن استرداده منه ، او كان الصغير محتاجا الى النفقة ، ففي هذه الأحوال وامثالها يجوز له بيع العقار بمثل القيمة وبالغبن اليسير . وإنما جاز بيع المنقولات اولاً دون العقارات لأنها عرضة للهلاك في الغالب ، وحفظ ثمنه للصغير افيد بخلاف العقار فانه لا يتغير عادة ، بالاضافة الى انه قد يلحق بالعقار من المنقولات ما كان في بقائه مصلحة للصغير .

ما تقدم هو حكم بيع وصي الأب مال الصغير لأجنبي ، اما إذا

(١) انظر للرجم السابق لأبي الفتوح في نفس الموضوع .

(٢) الآية (١٠) من سورة النساء .

باعه لنفسه او الى من يتهم عليه فلا يصح بيعه إلا بشرط الخيرية الذي سبق ذكره لكي تنتفي التهمة عنه .

ومثل وصي الأب في كل ماذكر وصي وصيه عند جمهور فقهاء اهل السنة ، الذين يجيزون للوصي المختار ان ينصب وصيا مكانه ويرون ان وصيه يصبح وصيا في التركتين . اما فقهاء الجعفرية فلا يجيزون للوصي المختار ان ينصب وصيا بمكانه إلا إذا كان مأذونا من المتوفى ، ويذهبون الى ان وصيه في هذه الحالة ليس بوصي في التركتين بل تصبح الوصية الأولى شاغرة .

هذا وان تصرفات وصي الجد كتصرفات وصي الأب تماما في الحكم ، غير ان البعض يرى انه ليس له ان يبيع شيئا من التركة لوفاء دين الميت او تنفيذ وصيته بالمال ، لأن الجد الذي اقامه لايملك ذلك فوصيه من باب اولى[1] .

وقد بين المشرع العراقي ما يجوز للوصي من التصرفات وما لا يجوز في المادة (١٠٥) من قانونه المدني التي جاء فيها ما يلي : « ١ ـ عقود الادارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير . ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير . ٢ ـ اما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير

(١) المرحوم ابو الفتوح في نفس المرجع ص ١٥٨ و ١٥٩ .

ماذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا باذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها » .

تعدد الأوصياء :

قد يختار الأب او الجد اكثر من وصي واحد وينص في ايصائه على انفراد الأوصياء بالتصرفات او ينص على اجتماعهم ، فمتى قبل الأوصياء على النحو السابق ذكره وجب اتباع ما نص عليه بالاتفاق . أما إذا اختار الموصي أوصياء متعددين وأطلق الإيصاء دون بيان فالأصل أنه ليس لأحدهم ان ينفرد بالتصرف ، وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا باذن الآخرين . ولو أراد أحد الأوصياء ان يسبق الآخرين ويستأثر بالتصرف وحده ومنعوه من ذلك فللقاضي ان يجبرهم على الاجتماع ، فان تعذر اجتماعهم جاز له ان يستبدل بأحدهم غيره أو يكلهم غيرهم .

على ان لأحد الأوصياء حق الانفراد بالتصرف ، استثناء على الأصل المذكور ، في بعض المسائل المستعجلة أو التي لا تقتضي الاشتراك . فالتجهيز والتكفين وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يتسارع اليه الفساد أمور لا تحتمل التأخير . وكذلك طلب ما للموصى من ديون وقضاء ما ثبت عليه بجنسها وتنفيذ وصيته الصحيحة لمعين ، كلها تصرفات يجوز لأحد الأوصياء مباشرتها بمفرده ، لأنها لا تختلف باختلاف الآراء أو ليس فيها قبض وتسلم مال . فهي بخلاف طلب إقامة الدعوى والسير في المحاكمة فانه تصرف لا يصح بالانفراد لاحتياجه الى المشاورة والمذاكرة ، وبخلاف قبض

الديون الذي يتطلب الحفظ وهو يحتاج الى مداولة الرأي[1] .

والى هذا ذهب المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إذ نص في المادة (٧٨) منه على انه « (١) إذا أقام الموصى أكثر من وصي واحد فلا يصح لأحدهم الانفراد بالتصرف وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا باذن الآخر . (٢) ينفذ تصرف أحد الوصيين دون الآخر فيما يلي : أ ـ ما لا يختلف باختلاف الآراء . ب ـ ما ليس فيه قبض أو تسلم مال . جـ ـ ما كان في تأخيره ضرر . (٣) إذا نص الموصى على انفراد الأوصياء أو اجتماعهم فيتبع ما نص عليه . (٤) إذا تشاح الأوصياء اجبرهم القاضي على الاجتماع وإلا استبدل غيرهم بهم » .

علماً بأن كل شرط يشترطه الموصى في وصيته يلزم الوصي أو الأوصياء العمل به اللهم إلا إذا كان هذا الشرط مخالفاً للشرع والقانون فانه يهمل ، وهذا هو ماقرره المشرع العراقي في المادة (٧٩) من القانون المذكور . ويعتبر الوصي أميناً على الأموال التي تحت وصايته فلا يضمن شيئاً منها إلا بتعديه وتقصيره ، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٠) من نفس القانون .

تصرفات القاضي ووصيه :

للقاضي بمقتضى ولايته العامة على الناس حق النظر في أحوالهم الشخصية وله ان يتدخل في شؤونهم إذا مادعت الحاجة الى تدخله ، رعاية لمصالحهم وحفظاً لأموالهم وحقوقهم ، ولذلك يحق له القيام ببعض التصرفات التي تقتضيها مصلحة الأيتام . ولما كان القاضي في

(١) انظر استاذنا الشيخ ابو زهرة في الأحوال الشخصية ف ٣٨٣ ص ٥١١ و ٥١٢ .

أغلب الأحيان غير متفرغ للولاية على كل يتيم بسبب كثرة أشغاله، لهذا يجوز له أن يقيم وصياً يقوم مقامه في النظر بشؤون القاصرين يعرف بالوصي المنصوب، تمييزاً له عن الوصي المختار من قبل الأب أو الجد.

وعلى هذا فان ولاية القاضي تبتدئ من وقت علمه بوفاة من يتولى شؤون من لا يقدرون على حماية أموالهم من الصغار والملحقين بهم كالمجانين والمعاتيه وذوي الغفلة والسفهاء (وذوي العاهات)[1] ولم يقم نائباً عنه. وان ولاية وصي القاضي تبتدئ من وقت إقامته وصيا من قبل القاضي.

وقد تولت المادة (٨١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بيان الاحوال التي يجوز للقاضي ان ينصب وصيا، إذ نصت على أنه «إذا توفى شخص ولم ينصب وصيا فللقاضي نصبه في الأحوال الآتية:- ١- إذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لاثباته واستيفائه. ٢- إذا كان عليه دين ولا وارث لا يفائه. ٣- إذا كانت له وصية ولا يوجد من ينفذها. ٤- إذا كان أحد الورثة صغيراً ولا ولي له».

هذا ويجوز للقاضي أو وصيه ان يتصرف في منقولات اليتيم بشرطين: (الأول) ان يكون في التصرف خير للصغير على الوجه الذي عرفناه للخيرية. (الثاني) ان يكون التصرف لأجنبي عنه، فلو كان التصرف لنفسه أو لمن يتهم عليه كقريب أو زوجة أو

(١) بموجب نص المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي الذي يقضي بأنه «إذا كان الشخص أصم أبكم او أعمى أصم او اعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصي».

صديق مقرب لا يجوز سواء أكان التصرف بالبيع أو بغيره. ذلك لان أفعال القاضي أحكام، وحكمه لنفسه أو لم يتهم عليه لا يجوز، ووصي القاضي وكيل عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل[1].

وإذا كان للقاضي ان يعزل وصيه مع توافر الصفات المطلوبة فيه متى وجدت مصلحة في عزله، فانه ليس له ان يعزل الوصي المختار إذا كان مستجمعاً لصفات الوصي إلا بسبب شرعي، فان كان عاجزاً ضم اليه غيره. والحكم الذي يقرره المشرع العراقي في المادة (٨٣) من قانون الأحوال الشخصية بهذا الشأن هو «١- للموصى ان يعزل وصيه عن الوصاية ولو كان ذلك بدون علمه. ٢- ليس للقاضي عزل الوصي المختار إلا بسبب شرعي فان كان عاجزاً ضم اليه غيره أما إذا ظهر عجزه نهائيا فيتبدل غيره به». ثم ان الوصي المنصوب يستحق الأجرة مطلقا فقيراً كان أو غنيا، أما الوصي المختار فليس له أجر مثل عمله إلا إذا كان فقيراً[2].

(١) المرحوم ابو الفتوح في نفس المرجع المشار اليه ص ١٦٠ و ١٦١.

(٢) الشيخ ابو زهرة في الأحوال الشخصية ف ٣٨٧ و ٣٨٨ ص ٥١٧ و ٥١٨. ويبين استاذنا الفاضل في ف ٣٨٦ ص ٥١٦ و ٥١٧ آراء الفقهاء في ايصاء الوصي المختار الى غيره فيقول: «وحجة الحنفية ان الولاية قد انتقلت اليه بالخلافة عن الميت فيصح ان يوصي بها لغيره، كما ان للجد ان يوصي لغيره، وإن الايصاء معناه نقل ما كان يملكه من ولاية الى من اوصى اليه، وقد كان هو له ولاية في اموله واموال القاصر، فمن يخلفه في الولاية يكون وصيا في تركته وفي اموال القاصر الذي آلت وليتها اليه».

الفصل الثاني

إنتهاء الوصاية

المبحث الأول

انتهاء الولاية الشرعية والقانونية

متى تنتهي الولاية والوصاية ؟

تنتهي الولاية والوصاية على الصغير انتهاءً تاما ببلوغه رشيداً ، سواء أكان البلوغ بالسن وهو خمس عشرة سنة عند جمهور الفقهاء أم بالحلم عند كل الفقهاء. ولو لم يبلغ هذه السن . والرشيد هو من يحسن التصرف في أمواله على رأي الجمهور ، ويرى الامام الشافعي أنه من يتصف بالصلاح في الدين والمال معاً ، وهو المروي عن مذهب ابن عباس في التفسير[1] .

والدليل على انتهاء الولاية والوصاية بما ذكر قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن انستم منهم رُشْداً فادفعوا اليهم أموالهم[2] » . فهذا النص الكريم يدل على أن من بلغ النكاح غير رشيد لا يدفع اليه ماله ، كما يدل أيضا على ان الصبي ممنوع أو محجور عن التصرف في ماله الى ان يبلغ الحلم ، فإذا بلغ رشيداً زايلته صفة اليتم . فقد أخرج أبو داود في سننه عن الامام

(١) أنظر تنوير المقياس للفيروز أبادي ص ٥٢ .

(٢) الآيه (٦) من سورة النساء .

علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال: حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايتم بعد احتلام » .

على ان أبا حنيفة وإن كان يوافق جمهور الفقهاء في ان الغلام إذا بلغ غير رشيد لا يسلم ماله اليه بمنطوق الآية المذكورة ، لكنه يخالفهم بعد ذلك في الذي بلغ خمسا وعشرين سنة ، فانه يرى ان ماله يسلم اليه وإن لم يؤنس منه الرشد . وذلك لأن منع المال في رأيه إنما يكون بطريق التأديب ، وعنده ان الإنسان لايتأدب في الظاهر والغالب بعد هذا السن الذي يمكن ان يصير به جداً . وحجته في هذا ان الله تبارك وتعالى بعد ان أذن للأولياء باختبار اليتامى للوقوف على رشدهم وأمرهم بدفع المال اليهم بعد تحققه فيهم قبل بلوغهم سن الحلم ، قال في نفس الآية: « ولا تأكلوها إسرافا وبدارا ان يكبروا » . ومعنى هذا أنه سبحانه خاطب الأولياء قائلاً : ليس لكم أيها الأولياء أن تسرفوا في أموال اليتامى ولا ان تبذروا فيها مخافة ان يكبر هؤلاء الأيتام - وعندئذ لا تبقى لكم ولاية عليهم لانعدام الحاجة اليها - فلا يجدون شيئا من أموالهم . ولا كبر ، في رأي أبي حنيفة ، بعد بلوغ خمس وعشرين سنة ، إذ لو لم يكن كبيراً في هذا السن فمتى يكون إذن كذلك ؟.

وسن الرشد عند المشرع العراقي ، بمقتضى المادة (١٠٦) من قانونه المدني ، هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة . ومع ان هذه هي السن التي يكون فيها الانسان قادراً على مباشرة التصرفات القانونية جميعا ، ما لم يعرض لأهليته عارض يؤثر فيها ، فقد أجاز المشرع لولي اختبار الصبي قبل بلوغه هذه السن . إذ قرر في المادة (٩٨) من

القانون المذكور بأنه « ١ـ للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له . ويكون الاذن مطلقا أو مقيداً . ٢ـ وإذا توفى الولي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لايبطل إذنه » . واعتبر في المادة التالية « الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد» . وكما يجوز للولي ان يأذن الصغير في التجارة بترخيص من المحكمة ، فانه يجوز له ان يبطل الاذن ويحجره عن التصرف ثانية بترخيص من المحكمة ايضا ، وهذا ما ذكره المشرع في المادة (١٠٠) من نفس القانون . وللمحكمة كذلك ان تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن ، وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك ، ولكن للمحكمة نفسها ان تعيد الحجر عليه مجدداً بعد الاذن ، كما قرر المشرع في المادة (١٠١) من ذلك القانون .

علما بأن الولاية الشرعية والمالية المقررتان على غير الصغير تزولان بزوال السبب الذي وقع الحجر عليه لأجله ، فتنتهي الولاية على المجنون والمعتوه وذي الغفلة بزوال الجنون والعته والغفلة ، وعلى السفيه بظهور الرشد أو بالحكم به كما هو مقرر شرعا وقانونا[1] .

(١) لما كان الحجر الواقع على الصغير والمجنون والمعتوه لمعنى في طبائعهم ، لهذا فانه يرتفع عنهم بزوال سببه من غير حاجة لصدور حكم بذلك عند عامة الفقهاء . وللمشرع العراقي اعتبرهم محجورين لذاتهم ، فحجرهم عنده لا يتوقف على صدور حكم وكذلك فك الحجر إذ متى بلغ الصغير رشيداً وعقل المجنون انفك الحجر عنهما ، أما المعتوه فجعله في حكم الصغير المميز . اما السفيه وذو الغفلة فالحجر عليهما شرعا وقانونا لا يكون إلا من قبل المحكمة ، فزواله ايضا لا يتحقق الا بصدور حكم بذلك . انظر في تفصيل ذلك رسالة الحجر للمؤلف ف ٦٣ و ٦٤ ص ١٢١ الى ١٣٠ .

انتهاء مهمة الوصي وتخليه عنها وعزله :

إذا كانت مهمة الولي على المال تنتهي بزوال سبب الحجر الواقع على المولى عليه كما رأينا ، فانها تنتهي حتماً بموت المولى عليه أو الولي المالي ، كما تنتهي أيضاً بظهور عجزه نهائيا عن القيام بمهامه إذ يستبدل غيره به .

وعلى هذا فان ولاية الوصي المختار تنتهي بموته أو بموت القاصر ، وبعجزه نهائيا ، وعدم صلاحه للقيام بالرعاية المطلوبة منه لأي سبب من الأسباب . كما تنتهي بعودة الولاية للأب والجد الصحيح ، باعتبارهما وليين ماليين ، بعد زوالها عنه .

وتنتهي ولاية الوصي المنصوب بالاضافة الى ماتقدم ، بانتهاء المهمة التي نصبه القاضي من أجلها أو بانقضاء أجل وصايته المؤقتة ، أو لتخليه عن الوصاية باختياره أو بعزله عنها لظهور خيانته أو إهماله أو ما يخشى منه على مصلحة القاصر .

وقد جمع المشرع العراقي أحكام انتهاء الوصاية في الفصل الثالث من الباب الثامن من قانون الأحوال الشخصية ، إذ نص في المادة (٨٢) منه على ما يلي :

« تنتهي مهمة الوصي في الأحوال الآتية :ـ »

« ١ـ موت القاصر » .

« ٢ـ بلوغه الثامنة عشرة إلا إذا قررت المحكمة استمرار الوصاية عليه » .

« ٣ـ عودة الولاية للأب والجد بعد زوالها عنه » .

« ٤ـ انتهاء العمل الذي أقيم الوصي المنصوب لمباشرته أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي الموقت » .

« ٥ـ قبول استقالته » .

« ٦ـ زوال أهليته » .

« ٧ـ فقده » .

« ٨ـ عزله » .

ونص في المادة (٨٤) منه على أنه « يعزل الوصي في الحالات الآتية :ـ »

« ١ـ إذا حكم عليه عن جناية أو جنحة مخلة بالشرف » .

« ٢ـ إذا حكم بعقوبة مقيدة للحرية سنة فأكثر » .

« ٣ـ إذا حدث بينه أو بين أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الصغير » .

وجاء أخيراً في المادة (٨٥) من نفس القانون ما نصه « ينعزل الوصي إذا فقد أحد شروط الأهلية من تاريخ فقده اياه » .

المبحث الثاني

محاسبة الوصي

كيف يحاسب من له الولاية المالية ؟

متى بلغ الصغار رشدهم ـ وكذا لو زال الجنون أو العته أو

السفه أو الغفلة ورفع الحجر تلقائيا أو بحكم من المحكمة بحسب الأحوال ـ وجب على من له الولاية المالية عليه من ولي شرعي أو وصي تسليم المال لذويه ، وعليه أيضا ان يقدم لهم حسابا بايراداتهم ومصروفاتهم . فان صدقوه وتسلموا أموالهم برئت ذمته مما حاسبهم عليه وانتهى الأمر ، إذ لا رجوع لهم عليه بعد ذلك . وإن لم يصدقوه كان عليهم ان يرفعوا أمرهم الى القاضي ، وهو الذي يتولى محاسبته .

فإذا وجد القاضي الولي أو الوصي معروفاً بالأمانة أو بستر الحال ، فانه يقبل منه الحساب الاجمالي بيمينه إن صدقه ظاهر الحال ، وإن لم يصدقه الظاهر نظر القاضي . فان كان الولي أو الوصي قد ادعى سبباً معقولاً ، كأن يقول : اشتريت للقاصر طعاماً فهلك أو كساء فاحترق أو سرق ، صدق بيمينه أيضاً ما لم يتكرر هذا الادعاء منه . أما أدعى أنه قضى دين المورث أو الموصى دون أمر المحكمة ، أو أنه أدى ما استهلكه القاصر أو انفق على ذي محرم له ـ للقاصر ـ أو قضى ديناً ترتب في ذمته من جراء مباشرته التجارة حينما أذن له بها ، أو أنه دفع مهراً لامرأة ميتة كان قد زوجه منها ، فانه لا يصدق .

ذلك لأن ما أجراه في هذه الحالات يعتبر خارجاً عن صلاحيته ، وتُطلب منه البيّنة . فإن أثبت مدعاه ببيّنة شرعية صحيحة فبها ، وإلا فلا يقبل قوله ، وإنما يكون ضامناً لما اخرج من مال في امثال هذه الحالات . كما يضمن الزائد على نفقة المثل المتعارف عليها ، لأنه

لا يملك ان يصرف في مال المولى عليه ، اما اذا فسر صرفه الزائد تفسيراً يحتمله فانه يصدق بيمينه .

واذا لم يكن الولي او الوصي معروفا بالامانة او مشهوراً بالعدالة او بستر الحال ، الزمه القاضي بتقديم الحساب التفصيلي وطالبه بإقامة الدليل على كل صرف فيه شبهة .

وننهي هذا الكتاب بما بدأناه من حمد لله وثناء لنفضه على جميل عونه وحسن توفيقه ؟

فهرس موضوعات الكتاب

	الصفحة
الاهداء	٣
تقديم	٤
باب تمهيدي	(٩-٣٦)
الاسلام دين المثل العليا	٩
البر والمعروف في الاسلام	
التعاون على البر والمعروف	١٠
مرتبة البر والمعروف في الاسلام	١٣
الاسلام يلزم بالاعتدال في الانفاق	١٥
كل معروف صدقة	١٧
أنواع الصدقات في الاسلام	
صدقات مالية وغير مالية	١٨
صدقات على النفس وعلى الغير	١٩
صدقات واجبة وتطوع	٢١
الزكاة المفروضة	٢١
أحكامها	٢٣
ما يلحق بالزكاة من صدقات تلزم المكلف شرعاً	٢٥
صدقة التطوع	٢٩

الصفحة

التخيير للصدقة ٣٠
ضروب صدقات التطوع ٣٣
ضربان خاصان من صدقة التطوع ٣٥

الباب الاول

الوقف (٣٧-١٩١)

تقسيم الموضوع ٣٧
لمحة عن تاريخ الوقف ٣٩

الفصل الأول

التعريف بالوقف وآراء الفقهاء (٤٣-٦٥)
في جوازه ولزومه وتمامه

المبحث الأول

تعريف الوقف (٤٣-٤٥)

معناه لغةً واصطلاحاً ٤٣

المبحث الثاني

اختلاف الفقهاء في أصل جواز الوقف (٤٦-٥٦)

أدلة مشروعيته ٤٦
سبب اختلاف الفقهاء في جوازه ٤٩
مناقشة الأدلة ٥١

الصفحة

المبحث الثالث

آراء الفقهاء في لزوم الوقف (٥٦-٦١)

اللزوم صفة الوقف عند الجمهور ٥٦
بم يلزم الوقف ؟ ٥٨

المبحث الرابع

ما يتم به الوقف (٦١-٦٥)

ينشأ الوقف بارادة واحدة ٦١
ما يتحقق به الايجاب ٦٣

الفصل الثاني

شروط تكوين الوقف (٦٦-١٠٥)

شروط كل ركن من أركانه ٦٦

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بصيغة الوقف (٦٦-٧٦)

يشترط لصحة الوقف بها ثلاثة شروط ٦٦
ان تكون منجزة ٦٧
ان تفيد التأبيد ولو معنى ٦٩
ان لا تقترن بشرط يؤثر على أصل الوقف ٧١

الصفحة

المبحث الثاني

ما يشترط في الواقف (٧٢-٨٧)

اهلية التبرعات لصحة الوقف ٧٢
وقف المريض مرض الموت ٧٤
وقف السفيه وذي الغفلة ٧٧
وقف المدين المحجور وغير المحجور عليه ٨٠
وقف الشخص المعنوي ٨٤

المبحث الثالث

شروط الشيء الموقوف (٨٧-٩٦)

ان يكون مالاً متقوّماً ٨٧
ان يكون معلوماً متعيناً وقت وقفه ٩١
ان يكون مملوكاً للواقف ملكاً باتاً حين الوقف ٩٤

المبحث الرابع

شروط الجهة الموقوف عليها (٩٦-١٠٥)

ان يكون الوقف عليها قربة لله تعالى ٩٦
معنى القرب في الاديان المختلفة ٩٩
هل يشترط وجود الجهة الموقوف عليها وقت الوقف ؟ ١٠١

الفصل الثالث

شروط الواقفين (١٠٦-١٢٦)

المراد بشروط الواقفين ١٠٦

المبحث الأول الصفحة

الشرط الصحيح ومتى تجب مراعاته (١٠٧-١١٣)

أقسام شروط الواقفين ١٠٧
مدى الالتزام بقاعدة شرط الواقف كنص الشارع ١١٠

المبحث الثاني

أنواع من الشروط الصحيحة (١١٣-١١٦)

الشروط العشرة ١١٣

المبحث الثالث

الاستبدال بالموقوف (١١٦-١٢٦)

متى يجوز الاستبدال ؟ ١١٦
شروط صحة الاستبدال ١١٨
شروط واجراءات استبدال الموقوف عند المشرع العراقي ١٢٠
يستعان ببعض الوقف في تعمير البعض الآخر ١٢٤

الفصل الرابع

الاستحقاق في الوقف (١٢٧-١٥٣)

المراد بالاستحقاق في الوقف ١٢٧

المبحث الأول

ثبوت الاستحقاق في غلة الوقف (١٢٨-١٢٩)

يثبت الاستحقاق بشرط الواقف ١٢٨

الصفحة

المبحث الثاني

مصرف المستحقين للغلة (١٣٠-١٤٢)

استحقاق الموقوف عليهم بالتعيين ١٣٠
الوقف على النفس ١٣٢
الوقف على الولد ١٣٣
الوقف على الولد وولد الولد ١٣٥
الوقف على الاولاد ١٣٦
الوقف على النسل والذرية والعقب ١٣٨
الوقف على الاهل والقرابة ١٤٠

المبحث الثالث

ترتيب المستحقين في غلة الوقف (١٤٣-١٤٥)

تقديم بعض المستحقين على بعض ١٤٣

المبحث الرابع

المستحقون في الوقف المصفى (١٤٥-١٥٣)

المراد بالوقف المصفى واتجاه المشرع العراقي في اعتباره اوقافاً أول الامر ١٤٥
عائدية المصفى من الوقف بموجب المرسوم ١٤٨
ما يستوفى من الوقف المصفى لادامته جهة الخير ١٥١

الصفحة

الفصل الخامس

أقسام الوقف والولاية عليه (١٥٤-١٧٤)

المبحث الأول

أقسام الوقف (١٥٤-١٥٩)

من حيث جهة مصرفه الى وقف خيري وذري ومشترك ١٥٤
من حيث صحة وقفه الى صحيح وغير صحيح ١٥٤
من حيث الانتفاع به الى مؤسسات ومستغلات ١٥٦
من حيث ادارته الى وقف مضبوط وملحق ١٥٧

المبحث الثاني

الولاية على الوقف (١٥٩-١٧٤)

معنى الولاية على الوقف واقسامها ١٥٩
التولية المشروطة لغير الواقف ١٦١
شرط الواقف في اسناد التولية ١٦٢
كيفية نصب المتولي وعزله ١٦٤
ما يجوز للمتولي من التصرفات وما لا يجوز ١٦٧
الاجر الذي يستحقه المتولي ١٦٩
الاشراف على اعمال المتولين ومحاسبتهم ١٧١
الخصومة في دعوى الوقف للمتولي وحده ١٧٣

الصفحة

الفصل السادس

طرق استغلال الموقوفات وصيانتها (١٧٥-١٩١)

كيفية الانتفاع بالوقف ١٧٥

المبحث الأول

طرق استغلال الموقوفات (١٧٦-١٨٧)

إجارة اعيان الوقف ١٧٦
الحكر او التحكير (المقاطعة) ١٧٨
الموقوفات ذات الاجارتين ١٨١
الموقوفات ذات الاجارة الطويلة الواحدة ١٨٣
المساقاة ١٨٤
استغلال الموقوفات تجاوزاً يستوجب عقوبة جنائية ١٨٦

المبحث الثاني

صيانة الموقوفات وعمارتها (١٨٧-١٩١)

صيانة وعمارة الموقوفات المعدة للاستغلال ١٨٧
عمارة المؤسسات الدينية والخيرية ١٩٠

الباب الثاني

الوصايا (١٩٣-٢٥٩)

تقسيم الموضوع ١٩٣
تمهيد ١٩٥

الصفحة

الوصية

نظرة تاريخية عامة

قدم تاريخ الوصية ١٩٨
الوصية قبل ظهور الاسلام ٢٠٠

الفصل الأول

تعريف الوصية ومشروعيتها وصفتها (٢٠٢-٢١٥)
والحكمة في تشريعها

المبحث الأول

تعريف الوصية (٢٠٢-٢٠٦)

المراد بها في اصطلاح الفقهاء ٢٠٢
تعريفها في القانون ٢٠٣

المبحث الثاني

مشروعية الوصية وصفتها وحكمة تشريعها (٢٠٧-٢١٥)

الاصل في جوازها ومشروعيتها ٢٠٧
الاختلاف في صفة شرعيتها ٢٠٨
الحكمة في تشريعها ٢١٢
مقارنة بين الوصية والميراث ٢١٤

الصفحة

الفصل الثاني

انشاء الوصية وثبوت الملكية بها (٢١٦-٢٣٤)

طبيعة الوصية ٢١٦

ما يتوقف عليه وجود العقد ٢١٧

المبحث الأول

صيغة انشاء الوصية (٢١٨-٢٢٤)

بم تنشأ صيغة الوصية ؟ ٢١٨

حكم كتابة الوصية وتوثيقها ٢٢١

المبحث الثاني

ركنه الوصية (٢٢٥-٢٣١)

الايجاب أم الايجاب والقبول ؟ ٢٢٥

متى يكون القبول ؟ وبم يحصل ؟ ٢٢٧

حكم سكوت الموصى له ٢٢٩

المبحث الثالث

وقت ثبوت الملكية للموصى له (٢٣٢-٢٣٤)

موت الموصى وقبول الموصى له ٢٣٢

تأخر القبول عن وقت الموت ٢٣٣

الصفحة

الفصل الثالث

شروط الوصية (٢٣٥-٢٩١)

للوصية شروط كثيرة ٢٣٥

المبحث الأول

ما يشترط فى الصيغة (٢٣٥-٢٤١)

صيغة الوصية المجردة من الشرط ٢٣٥

معنى اقتران الوصية بالشرط ٢٣٦

موقف الفقهاء مما يقترن بالوصية من شروط ٢٣٧

المبحث الثاني

ما يشترط فى الموصى (٢٤١-٢٥٠)

يشترط فيه العقل والبلوغ ٢٤١

صحة وصية السفيه ٢٤٥

الاسلام ليس بشرط لصحة الوصية ٢٤٦

فقدان أهلية الموصى بعد انشاء الوصية ٢٤٨

المبحث الثالث

ما يشترط فى الموصى له (٢٥٠-٢٧٢)

شروط الموصى له بوجه عام ٢٥٠

الشرط الأول - أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة ٢٥١

الشرط الثاني ـ أن يكون موجوداً عند انشاء الوصية ٢٥٣
صحة الوصية للجنين ووقت استحقاقه لها ٢٥٥
الشرط الثالث ـ ان لا يكون جهة معصية ٢٥٧
الشرط الرابع ـ أن لا يكون حربياً ٢٦١
الشرط الخامس ـ ان لا يكون قاتلاً للموصى ٢٦٣

اختلاف الفقهاء في شرط
عدم كونه الموصى له وارثاً للموصى

متى يعتبر الموصى له وارثاً للموصى ؟ ٢٦٦
موقف الفقهاء المسلمين من الوصية للوارث ٢٦٨

المبحث الرابع
ما يشترط في الموصى به (٢٧٢-٢٩١)

شرطان يجب توافرهما لصحة الوصية به ٢٧٢
القدر الذي تجوز الوصية به ٢٧٦
إجازة الورثة شرط لنفاذ الوصية بالزائد على الثلث ٢٧٨
حكم وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث ٢٨١
وقت تقدير الثلث ٢٨٥
وصية الضرار والوصية المستحبة ٢٨٨

الفصل الرابع
تنفيذ الوصية بالمال وبالمنافع (٢٩٢-٣١٤)

ما ينبغي ملاحظته عند تنفيذ الوصية بالمال او بالمنفعة ٢٩٢

المبحث الأول
أثر جهالة المال الموصى به وهلاكه واستحقاقه (٢٩٤-٣٠٠)
في الوصية

اثر جهالة الموصى به في الوصية ٢٩٤
اثر هلاك الموصى به او استحقاقه في الوصية ٢٩٧

المبحث الثاني
تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في (٣٠٠-٣٠٥)
التركة مال غائب أو دين

إذا كان بعض التركة مالاً غائباً أو ديناً ٣٠٠

المبحث الثالث
أنواع الوصية بالمنفعة (٣٠٥-٣١٢)

صحة الوصية بالمنافع فقهاً وقانوناً ٣٠٥
الوصية بالمنافع نوعان ٣٠٦
ملكية العين الموصى بمنفعتها ٣٠٨
هل للموصى له بالمنفعة أن يملكها للغير ؟ ٣١١

المبحث الرابع
تقدير المنفعة الموصى بها وكيفية استيفائها (٣١٢-٣١٤)

تقدير المنفعة الموصى بها ٣١٢
كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها ٣١٤

الصفحة

الفصل الخامس

تزاحم الوصايا (٣١٥-٣١٩)

متى تظهر مشكلة التزاحم ؟ ٣١٥
الحلول المقررة لحالات تزاحم الوصايا ٣١٥
الحالة الأولى - إذا كانت الوصايا كلها للقربات ٣١٦
الحالة الثانية - إذا كانت الوصايا كلها للعباد ٣١٧
الحالة الثالثة - إذا كانت بعض الوصايا للقربات والبعض الآخر للعباد ٣١٨

الوصاية

الولاية المالية أو الوصاية ٣٢٠

الفصل الأول

تحديد مفهوم الوصاية وأحكامها (٣٢٢-٣٣٧)

شرعاً وقانوناً

المبحث الأول

معنى الوصاية وطرق تكوينها ؟ (٣٢٢-٣٢٣)

تعريفها ٣٢٢
من هو الموصي ؟ ٣٢٢

الصفحة

المبحث الثاني

ركن الايصاء وشروط الموصي (٣٢٤-٣٢٨)

ركن الايصاء ٣٢٤
شروط الموصي ٣٢٥

المبحث الثالث

حكم تصرفات الأوصياء (٣٢٨-٣٣٧)

تصرفات من لهم الولاية المالية ٣٢٨
تصرفات الأب والجد الصحيح ٣٢٨
تصرفات الوصي المختار ٣٣١
تعدد الأوصياء ٣٣٤
تصرفات القاضي ووصيته ٣٣٥

الفصل الثاني

انتهاء الوصاية (٣٣٨-٣٣٤)

المبحث الاول

انتهاء الولاية الشرعية والقانونية (٣٣٨-٣٤٢)

متى تنتهي الولاية والوصاية ؟ ٣٣٨
انتهاء مهمة الوصي وتخليه عن الوصاية وعزله ٣٤١

المبحث الثاني

محاسبة الوصي (٣٤٢-٣٤٦)

كيف يحاسب من له الولاية المالية ؟ ٣٤٢
الفهرس ٣٤٣

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ١٣٠٧ لسنة ١٩٧٨