

Princeton University Library



32101 074069822

الوقف والوصايا

ضربان من صدقة التطوع

في الشريعة الإسلامية

مع بيان الأحكام القانونية التي تنظمها

للكنوز أحمد علي الخطيب
المدرس في كلية الحقوق بجامعة بغداد

الطبعة الأولى

١٩٦٨ - ١٣٨٨ هـ

ساعدت جامعة بغداد على نشره

مطبعة المعارف - بغداد

الوقف والوصايا

ضربان من صدقة التطوع

في الشريعة الإسلامية

مع بيان الأحكام القانونية التي تُنظّمها

للكنور احمد علي الخطيب

المدرس في كلية الحقوق بجامعة بغداد

مكتبة
المطبعة المركزية
جامعة بغداد

الطبعة الأولى

١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م

ساعدت جامعة بغداد على نشره

2271
·508796
·395

الله هدى

٥-٢٥-١١١

الى :

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

من قايسوا زينة الدنيا بنعيم الأخرى ، فاستبدلوا الزائل
الرخيص بال دائم النفيس الذي وعدم ربهم به .

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

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

المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

أحمدك اللهم وليّ المتقين وملاذ اللاجئين ، وأصلي وأسلم على نبيك الذي أوصانا باليرّ والمعروف لكل مخلوق ، وعلى آله وصحبه الذين وقفوا أرواحهم على نشر دعوته وحبسوا أموالهم لنصرة دينه . وبعد ؛ فإن الوقف والوصايا نظامان أو تصرفان خاصان في الفقه الإسلامي ، لكل منهما مقوماته وشروطه وأحكامه التي تميزه عن غيره من النظم أو التصرفات الشرعية الأخرى .

فالوقف عبارة عن تصرف خاص يتعلق بالأموال ، لكونه حبساً للأعيان الموقوفة عن التداول وإطلاقاً لمنافعها بصرفها إلى الجهات الموقوفة عليها ، ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار على من سأله عن مال نفيس أصابه ماذا يفعل به بقوله « تصدق بشمره وحبس أصله »^(١) . وإنه يتميز بتغلب الناحية الدينية التعبدية فيه على ما سواها ، ذلك لأن التصرف فيه لا بد أن يؤول في النهاية - إن لم يكن منذ البداية - إلى جهة برّ لا تنقطع ، يعتبر الإنفاق عليها قرينة في نظر الشريعة الإسلامية .

وهو وإن لم ترد بشأن تنظيم أحكامه 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 ، ووجدوا لنا هذا النظام الشرعي القائم بذاته . وإذا كان فضل البداية في تعديد قواعده وتدوين شروطه ومسائله وتوضيح احكامه يعود لفقهاء القرن الثاني الهجري ، فانه لا ينكر ما كان لجهود الفقهاء الذين جاوا 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 مصادرهما التشريعية ، لذا فقد تشعبت آراؤهم وتعددت اقوالهم في نظام الوقف الاسلامي ، وأناروا بخصوص احكامه التفصيلية جدلاً علمياً واسعاً يعتبر بحق ثروة علمية عظيمة جديرة بالاعتزاز والدراسة .
والوصايا، التمليلية منها والعهدية، تتضمن ايضا تصرفاً معيناً في الأموال والحقوق، وتقوم في الأصل على فكرة التصديق المندوب اليه ديانة .

فالوصية التمليلية عبارة عن تصرف ينشئه المرء اثناء حياته يملك بمقتضاه من يريد البر به والاحسان اليه شيئاً مالياً 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 بثلك اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها الله زيادة لكم في اعمالكم »^(١) . إذ مكننا سبحانه وتعالى بواسطتها ان نوصي ببعض

(١) رواه احمد والدارقطني وغيرهما - انظر الدراري المنضية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦٦ .

المال لمن نرى انه احق بالبر واحوج ، وجعلها مقدمة على الميراث
حيث قال : « من بعد وصية يوصى بها او دين »^(١) .

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

وعلى هذا يجوز ان تأخذ الوصية حكم الوقف في حالة واحدة ،
هي متى ما كان الموصى به منفعة خصصت على وجه الدوام
والاستمرار لجهة من جهات الخير في الحال او المال . كما يجوز ان
يُخرج الوقف مخرج الوصية في حالة واحدة ايضاً ، هي متى ما
اضاف الواقف حكمه الى ما بعد موته . ومع هذا فان احدهما لا
يفنى عن الآخر قط ، لأن لكل واحد منها 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 عهد
إليه بتنفيذ ما كلف به بعد وفاة الموصى . ومتى قبل الموصى إليه
هذا العهد صار ملزماً شرعاً بأن ينظر او ينفذ ما يوصى به من قبل

(١) الآية (١٢) من سورة النساء .

الموصى ، الذي جعله وصيه يتصرف في امره وماله و عياله بعد وفاته ، عملاً بقوله تعالى « و اوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً »^(١) . والأصل ان الموصى اليه الذي يتولى ما يُعهد اليه من امر انما ينبغي 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 ذريةً ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً »^(٢) .

نخلص مما تقدم الى ان الوقف والوصايا نوع من الصدقات في الاسلام لأن القصد منها البرّ والمعروف وعمل الخير ، وليس فيهما إزام من الشارع ، وإنما ترك الأمر فيها الى المتصدق نفسه . وان للمتصدق ملّة 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
لدرسة 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 الاجاز غير المخل بالغرض الذي قصدت اليه من
وراء دراستها .

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

المؤلف

٥ ربيع الثاني ١٣٨٨

أول تموز ١٩٦٨

باب تمهيدى

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 الابية في كل آن ومكان . ذلك لأن النفس البشرية السوية الكريمة تهوى الفضائل وتنبذ الرذائل بطبعها ، وتتعشق الحرية وتأبى ذل القيد منذ الأزل ، وتترع الى الخير وتكره الشر دوماً ، فهي ولا شك واجدة ضآلتها ومبتغاها في رحاب الاسلام .

وحسبنا أن نذكر أن من مبادئ هذا الدين الحق أنه كرم بني آدم جميعاً وقرر التسوية بينهم في التعامل والتقاضي والتعلم ، وحد الحدود وأوجب القصاص قطعاً لدابر الجريمة والاعتداء وشفاء لغليل المحنى عليه وأوليائه ، وشرع الجهاد بالنفس والمال لمقاتلة الأعداء واتخاذ 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 ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى »^(١) وقوله « واعبدوا الله ولا تشر كوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن

(١) سورة النحل الآية ٩٠ .

السبيل وما ملكت أيمانكم»^(١) ، وقول خاتم أنبيائه عليه الصلاة والسلام « إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووآد البنات ومنعاً وهاتٍ ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال »^(٢) 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 »^(٣) . يجد أن كل نص من هذه النصوص الكريمة يصلح أن يكون دستوراً يحتذى به وأصلاً تقتبس منه فروع الأحكام .

البر والمعروف في الإسلام

التعاون على البر والمعروف :

حث الإسلام على الفضائل ودفع الشرور ، والأعمال الصالحة ، والبذل في سبيل كل خير ، بما يحقق التكافل والتضامن الاجتماعيين بين أفراد المجتمع بأوسع معانيهما . فقال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »^(٤) .

ومن معاني البر في القرآن الكريم الانفاق في سبيل الله ، حيث ورد فيه قوله تعالى « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون »^(٥) . وجعل

(١) سورة النساء الآية (٣٦) . والمراد بالصاحب بالجنب رفيق الطريق أو

العمل ونحوه .

(٢) متفق عليه - 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 بأيدكم الى التهلكة »^(١) . 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 ما ينفق في سبيل حماية الحوزة والدفاع عن الوطن عند الاعتداء .
ومن معاني المعروف لغة وشرعاً الاحسان والخير وصالح الاعمال ،
ولهذا وصف سبحانه وتعالى الأمة الاسلامية بالخيرية عندما كان
أفرادها يأمرؤن به ، ولا يدهنون في حق ولا يجاملون في باطل ،
فقال : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن
المنكر »^(٢) . وبين سبحانه أن المعروف ، الذي قد يتمثل بكلمة حق
عند سلطان جائر ، يكون خيراً من البذل بالنسبة للذين يتبعون إنفاقهم
بالمُن والاذى ، إذ قال : « قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها
أذى »^(٣) .

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

(١) سورة البقرة الآية (١٩٥) .

(٢) سورة آل عمران الآية (١١) .

(٣) سورة البقرة الآية (٢٦٣) .

والبذل في سبيل الجهاد المقدس الذي أصبح اليوم فرضاً عينياً على كل مسلم ومسلمة بعد أن استباح الصهاينة أرضنا واستولوا على ممتلكاتنا ودنسوا حرماننا ، والسعى لإقامة 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 المشمر ، إغاثة الرفيق في السفر ، إماطة الأذى عن الطريق ، بذل النصيح ، 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 »^(١) .
 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 »^(٢) . ويروى عنه أيضاً أنه قال : « كل سلامي من الناس عليه صدقة كل يوم تطلع فيه الشمس ، تعدل بين الاثنين صدقة ، وتعين 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 »^(٣) .

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

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٩٥ . ومعنى ثمت العاطس أي دعا له بقوله مثلاً : يرحمك الله .

(٣) متفق عليه . انظر رياض الصالحين ص ٦٨ . والسلامي : جمع سلامية وهي الأئمة من أنامل الأصابع ، ويطلق أيضاً على كل عظم مجوف من صنار 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 : رأيت إن لم يجد ؟ قال : « يعمل بيديه فينفع نفسه ويتصدق » . قلت : رأيت إن لم يستطع ؟ قال : « يُعينُ ذا الحاجة الملهوف » . قلت : رأيت إن لم يستطع ؟ قال : « يأمر بالمعروف أو الخير » . قلت : إن لم يفعل ؟ قال : « يمسك عن الشر فإنها صدقة »^(١)) . ويروي 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^(٢) .

مرتبة البر والمعروف في الإسلام :

حبب الإسلام الى الناس القصد في جمع المال وزين لهم الإنفاق في أوجه الخير ، وجعل ذلك مرتبة عليا فوق الأموال وفتنتها ومشوبة لهم ، فقال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا ، والباقيات الصالحات خير عند ربك ثواباً وخير أملاً »^(٣) . ووعد سبحانه المنفقين في سبيله بأنه يضاعف لهم الأجر بحسب علمه وسعة اقتداره ، فقال : « مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائة حبة ، ويضاعف لمن يشاء .

(١) متفق عليه نفس المرجع ص ٧٤ .

(٢) رواه مسلم - نفس المرجع ص ٣٥٤ .

(٣) سورة الكهف الآية (٤٦) .

والله واسع عليم»^(١). وتوعد البخلاء الذين لا يؤدون ما امروا بأدائه، فقال: «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباب أليم. يوم يُحْمَى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم، هذا ما كنزتم لأنفسكم، فذقوا ما كنتم تكنزون»^(٢). وبين عز وجل أنه يُحق المسال المجموع من الظلم، فقال: «ويُحق الله الربا ويُربي الصدقات»^(٣)، وقال: «وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله»^(٤).

ولا أدل على أن البذل في سبيل الخير والانفاق في مرتبة مقدمة عند الله من أنه تبارك شأنه اعتبره قرضاً له، وهو الغنى عن العالمين الفعال لما يريد، إذ قال: «من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة»، والله يقبض ويبسط وإليه تُرجعون»^(٥). فوصف سبحانه نفسه مقترضاً، بالرغم من أن الأمر كله بيده من قبض وبسط وغنى وفقر، ذلك لكي يشعر الغنى بمعنى الحاجة التي قد تصيبه في يوم من الأيام.

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

(١) سورة البقرة الآية (٢٦١).

(٢) سورة التوبة الآيات (٣٤ و ٣٥).

(٣) سورة البقرة الآية (٢٧٦).

(٤) سورة الروم الآية (٣٩).

(٥) سورة البقرة الآية (٢٤٥).

كذا ، وقد كان لفلان»^(١) . ويقول صلى الله عليه وسلم أيضاً :
« الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله »^(٢) .

الاسلام يلزم بالاعتزال في الانفاق :

إذا كان الاسلام قد طالب كل إنسان بأن يعين الآخرين ويقدم لهم من جهده المالي والعقلي والفكري ما يستطيع ليأخذ من جهدهم كذلك ما ينفعه ، فإنه لم يطالبه بما لا يطيق او بما فيه ضيق ومشقة عليه . بل اعتبر « كل معروف صدقة »^(٣) 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 »^(٤) .

والمراد بالمعروف هنا معناه العام الشامل ، الذي يتناول البر بجميع صورته ، فيشمل حتى البر بالحيوان . ذلك لأن الرسول الكريم قال :
« في كل كبد رطبة اجر »^(٥) إجابة لمن سألوه : هل لنا في البهائم اجر ؟ . ولأن الثابت عنه صلى الله عليه وسلم انه قال : « لا يغرسُ مسلمٌ غرساً ولا يزرع زرعاً ، فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا طير ، إلا كان له صدقةٌ الى يوم القيامة »^(٦) .

على ان الاسلام حين حجب البذل في سبيل الخير وزينه للناس واثابهم عليه ، فإنه في نفس الوقت نهى عن التبذير وحذر منه ، إذ

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

قال تعالى : « آت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيراً ، إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين »^(١) ، وقال : « والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواماً »^(٢) ، وقال أيضاً : « ولا تجعل يدك مغلولةً إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتتعد ملوماً محسوراً »^(٣) . والرسول عليه الصلاة والسلام قال لمن اراد ان ينخلع من ماله صدقة الى الله : « امسك عليك بعض مالك فهو خير لك »^(٤) .

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 لحسد السفيه ، لكيلا يكون هو وأهله عالة على المجتمع^(٥) . وقد روى أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، وأبدأ بمن تعول »^(٦) . 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 »^(٧) . وعن جابر بن عبد الله :

(١) سورة الاسراء الآيات (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 أخذاً من قوله تعالى

في الآية (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 - 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 لا وجمعه ، ثم قال : « ينطلق أحدكم فينخلع من ماله ثم يصير عيالاً على الناس »^(١) . 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 »^(٢) .

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 - الاثرة والاثانية وحب النفس بحجب المال عن المستحق فيه والبخل به عن سبيله . والثانية - السفاهة في إنفاقه والزهد فيه بحيث يترك الانسان نفسه كلاً على الناس عالة عليهم ، يأخذ ولا يعطى 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 »^(٣) .

كل معروف صدقة :

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

(١) انظر المحلى ج ٩ ص ١٣٧ .

(٢) انظر المنى ج ٦ ص ٣ .

(٣) سورة البقرة الاية (١٤٣) .

معروف صدقة» ، أي جعل له حكمها في الأجر والثواب . كما بينا انه عليه السلام أزم كل مسلم بأن يتصدق ، فمن كان غنياً فعليه ان يتصدق بما له على من لا مال له ، ومن كان فقيراً فعليه ان يشتغل بيده لينال أجراً ينفع به نفسه ويتصدق منه ، فان لم يجد عملاً يستفد منه ويفيد غيره فليعن صاحب الحاجة العاجز وليساعده على ادراكها . فان لم يستطع ذلك لعذر فليعمل بالمعروف فيذكر الله ويستغفره ، وليفعل الخير ويأمر به ، وليمسك عن الشر فيترك 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 الإلزام وحدده بمقادير معينة . لهذا نرى من الواجب علينا ان نبين بايجاز انواع الصدقات في الاسلام ، توصلاً الى موضوع بحثنا من جهة ، وإتماماً للفائده 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 التردّي في الشرور والآثام ، وهي في كالا 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 »^(١) . 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 ابتداءً 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» ، كالأستغفار والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وترك
 «إيذاء 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»^(١) ،
 والسبب في تسميتها صدقة هو « ان لها أجراً لما للصدقة من أجر .
 وان هذه الطاعات تماثل الصدقات في الأجر ، وسماها صدقة على
 طريق المقابلة وتجنيس الكلام»^(٢) .

و كذلك الصدقات على الغير تتناول النوعين المادي والمعنوي .
 فالانفاق على القربات كالمساجد والمدارس ، والاعطاء للمساكين
 وذوي الحاجة ، صدقات مالية بلا شك . اما ما يد العون لانقاذ
 غريق او مساعدة عاجز على عبور الطريق او بذل النصيح 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»^(٣) .

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 - انظر رياض الصالحين ص ٦٧ .

(٢) النووي في شرح صحيح مسلم ج ٧ ص ٩١ .

(٣) اخرجه الترمذي - 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 أحدكم صدقة ». ولما سألوه قائلين: يا ترى أحداً شهوته ويكون له فيها اجر؟ اجاب قائلاً: « ارأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له اجر»^(١). فيستدل من هذان 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 ونطوع :

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

الأول - 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 - صدقات غير واجبة لا إلزام حتمي فيها، بل يترك للانسان امر ادائها بنفسه على وجه التطوع.

الزكاة المفروضة :

الزكاة : نظام مالي شرعه الله سبحانه وتعالى وفرضه على الأغنياء. اختباراً لا يمانهم 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 يُحبب 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 المساكين ، 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 »^(١) ، وقوله « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكّيهم بها »^(٢) . 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 أغنيائهم وترد على فقرائهم »^(٣) . وقد بين صلى الله عليه وسلم ان الزكاة احدى الدعائم الخمس التي بنى عليها الاسلام ، كما ورد في الحديث الصحيح^(٤) . حتى ان أبا بكر رضى الله عنه قال عندما ردت طوائف من العرب ومنعت الزكاة : « والله لا تقتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فان الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عقلاً

(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 « بنى الاسلام على خمس ؛ شهادة ان لا إله إلا الله وان محمداً عبده ورسوله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصوم رمضان » . متفق عليه - انظر رياض الصالحين ص ٤٠٨ .

كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعه»^(١).

أمكأمرها :

الزكاة ، باعتبارها فريضة دينية في الاسلام ، تكون حقاً معلوماً ثابتاً لذوي الحاجة يأخذونه دون منه أو ذلة من أموال الاغنياء ، لأن الله تعالى يقول : « وفي أموالهم حق للسائل والمحروم »^(٢).

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 لثلاث تأكلها الزكاة^(٣). 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^(٤).

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 ابي داود ج ٢ ص ٩٣ و ٩٤ . وجاء في بعض الروايات : لو منعوني عناقاً ، وهو ولد الشاة . اما المقال فاسم لصدقة السنة .

(٢) سورة الذاريات الاية (١٩) .

(٣) انظر الدراري المضية للشوكاني ج ٢ ص ٤ .

(٤) انظر الدين ووسائل توثيقه - مجموعة محاضرات لأستاذنا الشيخ علي الحنيف

ص ٢٧ وما بعدها .

من الله والله عليم حكيم»^(١).

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 مثقالاً 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^(٢).

وإن الذي يتولى جمعها ولي الامر بواسطة أممائه ، 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^(٣).

(١) سورة التوبة الآية (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 المكس . والعاملون عليها هم السعاة الذين يقضونها . والمؤلفة فلو بهم اشرف العرب الذين كان رسول الله يتألفهم على ان يسلموا ويعطيهم من المال ما يمكنهم من دعوة قومهم الى الاسلام . وفي الرقاب هم المساكين الذين يماونون لفق رقابهم من الرق . والفاطمون الذين ركبهم الديون . وفي سبيل الله فقراء النزاة والحجيج المنقطع بهم . وابن السبيل المسافر المنقطع من ماله .

(٢) فحددها في الأموال النقدية وعروض التجارة بنسبة ٢/٥ ، وفي المواشي بما يشبه هذه النسبة تقريباً ، وفي الزرع والثمار بنسبة ١٠/١ . وذلك في الأراضي التي تروى من غير كلفة كالسيحية والديمية و ٥/١ في الأراضي التي تروى بكلفة اي بالمكائن والمضخات .

(٣) انظر كتاب الحراج لأبي يوسف ص ٨٠ و ٨١ .

فالزكاة بالمعنى المتقدم نظام مالي تعاووني 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^(١). 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 صرفات تلزم المكلف سرعاً :

إذا كانت الزكاة المفروضة في الاسلام صدقة بسبب المال ومن جنس المال، فان المشرع الاسلامي رتب بعض الصدقات الواجبة بسبب الاعمال، كما الزم بتعويضات مالية كثيرة نتيجة لارتكاب بعض الاعمال. 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، وجبت حاجة إليها لم توجد، وتكون في تلك الحالة بمثابة مورد دائم للفقراء والمساكين الذين لا يتخلو منهم امة او شعب، وكانت الضرائب من وضع الحاكم عند الحاجة - كان من البين ان إحداها لا تنفي 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 - وهو الفراغ من الحاجات الأصلية ومر عليه الحول - وجب دينياً إخراج زكاته » .

مثلاً يعود له وثوابه يرجع إليه ، ولا شأن للجماعة بالانتفاع به ولا بشوابه ، 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 باعائه ، 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 طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين ، فمن أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات »^(١) . ويكون مصرفها مصرف الزكاة لانه عليه الصلاة والسلام سماها زكاة ، ويوجبها جمهور الفقهاء على من يكون مالكا لقوت يومه وليته^(٢) .

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 منكرأ من القول وزوراً ويفتري على نفسه فيعتبر زوجته كأمه في التحريم ، ان يتصدق باطعام ستين مسكينا إن لم يستطع صيام شهرين متتابعين^(٣) .

(١) انظر سنن ابي داود ج ٢ ص ١١١ .

(٢) انظر الدراري المضية ج ٢ ص ١٨ .

(٣) تضمنت الآيات (٣ و ٤) من سورة المجادلة حكم كفارة الظهار .

و كفارة الفطر في رمضان ثنتان : 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 »^(١) . وقد روى ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم « رخص للشيخ الكبير ان يفطر ويطعم كل يوم مسكيناً
ولا قضاء عليه »^(٢) 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 لا بتيها أهل بيت أحوج منا . فضحك النبي حتى
بدت نواجذه ، وقال : اذهب فاطمه أهلك »^(٣) .

و كفارة 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 و كفر عن يمينك »^(٤) . وقد

(١) سورة البقرة الآية (١٨٤) . وجاء في تفسير الجلالين ص ٢٥ في معنى هذه
الآية . على الذين لا يطيقونه لكبر او مرض لا يرجى برؤه فدية هي طعام مسكين
اي قدما يأكل في يومه .

(٢) انظر الدراري المضية ج ٢ ص ٢٦ .

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما - انظر الدراري المضية ج ٢ ص ٢٣ .
والعرق (بفتح العين والراء) الزنبل او القفة . ويريد بقوله (فما بين لا بتيها)
المدينة المنورة ، لأنها تقع بين لا بتين اي حرتين ، والحرة الأرض الملبسة بحجره سوداء

- انظر شرح النووي لصحيح مسلم ج ٧ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

(٤) رواه البخاري ومسلم وغيرهما - انظر الدراري المضية ج ٧ ص ١٥٢ .

بين الله تعالى في كتابه العزيز^(١) ما يكفر به الحانث في يمينه ، بان يطعم عشرة مساكين من اوسط ما يطعم به اهله او كسوتهم . بشرط ان يكون الحلف بالله او بصفة له دون غيره ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام يقول : « من حلف بغير الله فقد كفر »^(٢) ، وان لا يكون الحلف من قبيل اللغو كمن يقول : لا والله وبلى والله ، لأن الله لا يؤاخذ باللغو في الايمان .

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 مستطيراً »^(٣) . وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن النذر ، وقال عنه : « إنه لا يزيد شيئاً ، وإنما يُستخرج به من مال البخيل »^(٤) . كما روى عنه انه قال : « من نذر ان يطع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصه فلا يعصه »^(٥) ، وقال : « لا وفاء لنذر في معصية »^(٦) ، وقال : « كفارة النذر كفارة يمين »^(٧) .

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

(١) سورة المائدة الآية (٨٩) .

(٢) رواه ابو داود وغيره - انظر الدراري المضية ج ٢ ص ١٥١ .

(٣) سورة الانسان الآية (٧) .

(٤) و(٥) رواهما البخاري ومسلم - انظر المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٦) و(٧) رواهما مسلم - انظر بلوغ المرام ص ١٧٤ .

آمنوا انفقوا مما رزقناكم من قبل ان يأتى يوم لا بيع فيه ولا خلة
ولا شفاعة»^(١).

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 والضيقة . وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاسماء
بنت ابي بكر : « انفجى وانضحى ولا تحصى »^(٢) ، وما هذا
النفج والنضح الا صدقات التطوع .

صدقة 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 والنبیین وآتى المال
على حبه ذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين
وفي الرقاب واقام الصلاة وآتى الزكاة »^(٣) . اذ جعل سبحانه وتعالى
لمن ذكروهم 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 - انظر رياض الصالحين ص ٢٣٦ والنح والنضح زيادة الانفاق .

(٣) سورة البقرة الاية (١٧٧) .

تطوعاً ابتغاءً لوجه الله وطمعاً في رضوانه ، دون اجبار له او عقاب عليه من ولى الامر . بعكس الصدقة المالية الواجبة ، فانه يلزم بها ويجبر على دفعها ويعاقبه ولى 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 ورجب فيها وأجزل الثواب لفاعلها ، فانه قد ترك امر تقديرها الى الموسرين انفسهم يدفعونها سرّاً 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 »^(١) . وذهب الاكثرون الى ان هذا خاص بصدقة التطوع ، اذ السر فيها افضل لانه اقرب الى الاخلاص وأبعد من الريا . أما الزكاة الواجبة فاعلانها أفضل لأن الفرائض لا رياء فيها ، وهي شعائر لا ينبغي اخفاؤها ، كحكم الصلاة اذ الفضل في اعلان فرائضها واسرار نوافلها^(٢) وقد عذر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يخفى صدقته احد السبعة الذين يظلمهم الله بظله فقال : « رجل تصدق بصدقة حتى لا تعلم يمينه ما تنفق شماله »^(٣) .

التخبر للمصرفة :

الصدقة التي يقبلها الاسلام ويجزي بها هي التي تكون من اطيب

(١) سورة البقرة الآية (٢٧١)

(٢) شرح النووي لصحيح مسلم ج ٢ ص ١٢٢ .

(٣) متفق عليه - انظر بلوغ المرام ص ٧٤ .

الكسب وافضله ، فالله تعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا انفقوا من من طيبات ما كسبتم »^(١) ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما تصدق احد بصدقة من طيب ، ولا يقبل الله إلا الطيب ، إلا اخذها الرحمن بيمينه وان كانت ثمرة فتربو في كف الرحمن حتى تكون اعظم من الجبل ، كما يُرَبِّي احدكم فلوه او فصيله »^(٢) . ولهذا لا يهتم عظم الصدقة بقدر ما يهتم ان تكون نقية وبرضا نفس معطيها ، وقد اخبر الرسول عليه الصلاة والسلام بأن اتقاء النار قد يكون بالتصدق بشق ثمرة^(٣) .

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 »^(٤) . ولا ينقص من اجر المتصدق شي . ان اعطاها لسائل لا يستحقها ، وانما الإثم على من سألها ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من سأل وعنده ما يغنيه فإنما يستكثر من النار »^(٥) .

ولكن على المتصدق ان يتخير لصدقته ويتحرى موضعها ان اراد اعطاها 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 ج ٧ ص ٩٨ و ٩٩ .

(٣) حديث « اتقوا النار ولو بشق ثمرة » أخرجه البخاري في صحيحه ج ٢

ص ١٢٦ .

(٤) أنظر سنن أبي داود ج ٢ ص ١٢٦ .

(٥) نفس المرجع السابقة الإشارة اليه ص ١١٧ .

ولى الامر على جهات مصرفها . لهذا نرى النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « ليس المسكين بهذا الطواف الذي يطوف على الناس فترده اللقمة واللقمتان والتمررة والتمرتان » قالوا : فما المسكين يا رسول الله ؟ قال : « الذي لا يجد غنى يغنيه ، ولا يفطن له فيتصدق عليه ، ولا يسأل الناس شيئاً »^(١) .

وعليه فان التخير للصدقة والتحرى بموقفها مطلوب ، لئلا تقع في يد من لا يستحقها فيفوت الفرض 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 لا تصدق بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها في يدي سارق ، فأصبحوا يتحدثون تصدق على سارق . فقال : اللهم لك الحمد ، لا تصدق بصدقة ، فخرج بصدقته ، فوضعها في يدي زانية ، فأصبحوا يتحدثون تصدق الليلة على زانية . فقال : اللهم لك الحمد على زانية ، لا تصدق بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها في يدي غنى ، فأصبحوا يتحدثون تصدق على غنى . فأُتِيَ فقيل له : أما صدقتك على سارق فلعله ان يستعفف عن سرقة ، واما الزانية فلعلها ان تستعفف عن زناها ، واما الغنى فلعله يعتبر فينفق مما اعطاه الله »^(٢) .

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 ١٣٧ و ١٣٨ .

البطالة والتعاس عن العمل ، ويؤدي بالتالي الى تأخر المجتمع وتخلفه عن ركب الحضارة . لهذا نبادر قائلين بأن الاصل في الإسلام هو أن العمل فريضة على كل قادر عليه لتكسب المال ، إذ جاء النص القرآني قائلًا : « وأن ليس للانسان الا ما سعى . وأن سعيه سوف يُرى . ثم يجزاه الجزاء الا وفي »^(١) ، وجاء الحديث الشريف قائلًا : « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه ، خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه »^(٢) .

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

ضروب صدقات التطوع :

اتضح لنا مما تقدم أن الصدقة المالية عبارة عن جزء من المال يخرج به الانسان من ملكه ويخصه لاخوانه 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 وازم الاغنياء بها في الاحوال التي لا تني فيها

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

(٢) صحيح البخاري ج ٢ ص ١٥٢ .

الصدقات المفروضة ولا موجودات بيت مال المسلمين^(١) بسد حاجات
المعوزين وإقامة المصالح الضرورية .

ولا شك أن صدقة المال التي يتطوع بها الانسان تكون على
ضروب مختلفة . فقد تكون صدقات منشورة تشمل صور البذل جميعاً
مهما تنوعت أشكاله وتعددت أسماؤه ، سواء أطلق عليه اسم الهبة أو
العطية أو الهدية . وإذا كان جوازها في الأصل خاصاً بالفقير والمحتاج ،
فانها جائزة أيضاً على الغني 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 »^(٢) .

وكما تتناول هذه الصدقات الاعيان المعلومة كما في العمري
والرقبي^(٣) ، وغير المعلومة أيضاً كما في الاباحة^(٤) ، 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 - أنظر رياض الصالحين ص ١٤٦ و ١٤٧ .

(٣) العمري (بضم العين وسكون الميم مع القصر) مأخوذة من العمر وهو الحياة ،
وسميت بذلك لأنهم كانوا الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له : امرتك اياها ،
أي أبحثها لك مدة عمرك وحياتك . والرقبي (بوزن العمري) مأخوذة من المراقبة ،
لأن كل واحد منها يرقب الآخر متى يموت لترجم اليه ، وكذا ورنته يقومون مقامه .
والعمري والرقبي هبة صحيحة تامة يملكها الممسر والرقب كسائر ماله يبيعها ان شاء
وتورث عنه ، ولا ترجع الى من أعمر او ارقب ولا الى ورنتهما عند جمهور الفقهاء ،
سواء اشترط أن ترجم اليه او لم يشترط . وذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال : « لا تمروا 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
والامتع والاعراء وما أشبه ذلك^(١) .

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 أمني
أفتلتت نفسها ، وانها لو تكلمت تصدقت ، أفتصدق عنها يا رسول
الله ؟ فقال : « نعم » ، فتصدق عنها^(٢) .

ضربان خاصان من صدقة التطوع :

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

= فبأكل كل واحد ما اراد ، وكأقطع 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 للعب ، وكدار يبيح سكنائها ودابة يمنح وكوبها وأرض يمنح ازراعها . فما
حازه المنوح من كل ذلك فهو له لا طلب للمانح فيها ، ولكن للمانح ان يسترد عين
ما منح متى شاء سواء عين مدة او لم يمين 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 تتركب .

والامتع ، 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 - ومعنى افتلتت نفسها اي ماتت فجأة واخذت

نفسها فلتة .

أن يجبس عيناً من أعيان ماله عن تملكها لأحد من العباد، ويتصدق بمنفعتها ابتداءً وانتهاءً أو انتهاءً 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 إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم يُنتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »^(١) .

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 الإرث ، إذ قال : « من بعد وصية يوصى بها أو دين »^(٢) . والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم »^(٣) .

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

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

(٢) سورة النساء الآية (١٢) .

(٣) رواه الدار قطنى ، واخرجه احمد والبخاري وغيرهما . انظر بلوغ المرام

ص ١١٩ و ١٢٠ .

الباب الأول

الوقف

يتضمن هذا الباب :

لمحة عن تاريخ الوقف .

الفصل الأول - التعريف بالوقف وآراء الفقهاء

في جوازه ولزومه وتماحه .

الفصل الثاني - شروط تكوير الوقف .

الفصل الثالث - شروط الواقفين .

الفصل الرابع - الاستمقان في الوقف .

الفصل الخامس - أقسام الوقف والولاية عليه .

الفصل السادس - طرق استئجار الموقوفات وصيانتها .

لمحة عن تاريخ الوقف

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

فغرب الجاهلية كانوا يجسسون بعض حيواناتهم ودوابهم عن التعامل والاستغلال ويتركونها وقفاً للطواغيت^(١) من أصنافهم وكهنتهم ، فلما جاء الإسلام حرم ذلك بقوله تعالى « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام »^(٢) . ومن القواعد التي كانت معروفة في القانون الرومانى أن الأشياء المقدسة ، وهي المعابد وما فيها من أشياء وأدوات ، تحبس عن التداول ولا يمكن ان يتملكها احد ، لأنها من حقوق إله^(٣) . وفي تاريخ مصر القديم ما يدل على أن مساحات كبيرة من الأرض كانت ترصد على الآلهة والمعابد

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

(٢) سورة المائدة الآية (١٠٣) . وبرى البخاري في صحيحه ج ٦ ص ٦٩ و٦٨ عن سعيد بن المسيب انه قال : البحيرة هي التي يمنم درها (لبنها) لأجل الطواغيت ، فلا يحلبها احد من الناس . والسائبة هي التي كانوا يسيبونها لأهنتهم فلا يعمل عليها شيء . والوصيلة الناقة البكر التي تبكر في اول نتاجها بأنتى ثم تشنى بأنتى ، فكانوا يسيبونها لطواغيتهم إن وصلت إحداها بأخرى ليس بينها ذكر . والحام فعل الأبدل يضرب الضراب الممدود (عشر مرات) فاذا نضى ضرابه تركوه للطواغيت واعفوه من الحمل ، فلا يحمل عليه شيء وسموه الحامي .

(٣) انظر مدونة جوستيان تعريب المرحوم الأستاذ عبدالعزیز فهبي ص ٣٨١ .

والمقابر وتكون غير قابلة للتصرف التملكي من بيع أو هبة أو وصية،
أما غلتها فتصرف على اصلاحها وإقامة الشعائر الدينية والانفاق على
القائمين بخدمتها^(١) .

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

كما عرف قدما . المصريين أيضاً فكرة حبس العين عن التملك
والتملك وجعل ريعها مرصوداً على الأفراد والذري ، ينتفعون
بغلتها دون أن يملك أحدهم حق التصرف في أصل العين تصرفاً يثبت
ملكية له عليها^(٢) . وكذلك كان للرومان مثل هذه التصرفات ،
كما كان لليهود ما يشبه ذلك^(٣) .

وهذا التصرف يشبهه ، 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)^(٤) ، 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 الانبياء ابراهيم
عليه السلام^(٥) .

(١) انظر مبادئ تاريخ القانون للدكتور صوفي ابوطالب من ٤٤٣ الى ٤٤٦ .

(٢) نفس المرجع السابق من ٤٤٧ .

(٣) المرجع السابق من ٩٣ .

(٤) انظر احكام الأوقاف للاستاذ محمد شفيق العاني من ٤ .

(٥) انظر احكام الأوقاف للاستاذ حسن رضا من ١ .

أما ما روى عن الامام الشافعي من انه قال : إنه لا يعلم أحداً حبس قبل الاسلام^(١)، وما ذكره ابن حزم من أن العرب لم تعرف في جاهليتها الحبس^(٢)، فالظاهر أن مرادهما الحبس على وجه البر. ذلك لأن بناء الكعبة وحفر بئر زمزم إنما كان على وجه التفاخر لا لأجل البر والمعروف^(٣).

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، فإن 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 الدردير 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 أراضى 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^(١) ، وكانت سبع حوائط (بساتين) في المدينة .



(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٩ .

الفصل الأول

التعريف بالوقف وآراء الفقهاء

في جوازه وانزومه وتماحه

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^(١) . 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 تملكها - لا أحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة او على وجه من وجوه البر »^(٢) .

(١) انظر النظم المستعذب في شرح غريب المهذب المرحوم محمد الزكي - مطبوع بها مش المهذب ج ١ ص ٤٤٧ . وقد وردت كلمة (اوقف) في اللغة بمعنى سكت واقلع ، إذ تقول : اوقفت مما سكنت فيه اي اقلعت عنه . كما وردت بمعنى اطلعت ، إذ تقول : اوقفته على خطائه اي اطلعته عليه .

(٢) المادة الأولى من كتاب قانون المدل والانصاف المرحوم قسدي باشا . وهذا التعريف ماخوذ - كما يشير المؤلف بالهامش - من الفتاوى الهندية والدر المختار ورد المختار 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 يتصدق بمنفعتيها فقط ، ومرد ذلك اختلاف مذاهب الفقهاء . في تكييفه .

فعلى المشهور في المذهب الحنفي (وهو قول الصحابين ابي يوسف ومحمد)^(١) 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 المال .

ويرى الامام مالك وأصحابه ان العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف ، إلا انه يمتنع بيعها وهبتها وتوريثها^(٢) . 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^(٣) . وعلى مقتضى هذا الرأي الثاني يمكن تعريف الوقف بأنه : حبس العين على ملك الواقف ، أو عن التملك ، والتصدق بالمنفعة على الفقراء . أو صرفها في وجه من وجوه الخير .

(١) انظر الهداية شرح بداية المتدي المرغيناني 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 الصنير 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 . أي ان الموقوف
على رأيه لا يخرج عن ملك الواقف ، الذي يحق له أن يتصرف به
كما يشاء . من بيع وهبة وغيرها من التصرفات الشرعية ، ويورث عنه
متى رجع عن وقفه ثم مات^(١) . وعلى مقتضى رأيه هذا يمكن تعريف
الوقف بأنه : حبس العين على ملك الواقف حبساً غير لازم والتصديق
بالمنفعة بمنزلة العارية .

وهناك رأي آخر في الفقه الاسلامي^(٢) 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 الشهابية شرح
اللغة الدمشقية للشهيد الجمعي 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 مشروعية :

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 .

فن الأدلة العامة قوله تعالى « إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مِنْ آمَنِ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ »^(١) . وقوله في سورة المائدة « وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى » وقوله في سورة آل عمران « لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ » وقوله « وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا »^(٢) وقوله أيضاً « وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ »^(٣) . وكذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام « مَنْ بَنَى مَسْجِدًا لِلَّهِ بَنَى اللَّهُ لَهُ فِي الْجَنَّةِ مِثْلَهُ »^(٤) وقوله « وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » وقوله « لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ »^(٥) وقوله أيضاً « مَنْ جَهَزَ

(١) سورة التوبة الآية (١٨) .

(٢) سورة المزمل الآية (٢٠) .

(٣) سورة الأنفال الآية (٧٥) وسورة الأحزاب الآية (٦) . هذا وتليه هنا إلى أن الآيات التي نذكر أسماء سورها فقط ، كئنا قد اشرنا إلى مواضعها فيها فيما سبق .

(٤) انظر صحيح مسلم ج ٥ ص ١٤ .

(٥) متفق عليه - انظر رياض الصالحين ص ١١٧ . علماً بأن الأحاديث التي لم نشر إلى تخريجها ، قد سبق أن خرجناها فيما تقدم .

غازياً في سبيل الله فقد غزا»^(١) وغيرها من الأحاديث 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 و صرفه في مصارفه الشرعية تحقّقاً لآئبل غايات هي : تمكين العقيدة و تيسير العبادة و إعداد الثقافة و مكافحة الفقر و محاربة الجهل و المرض . وبما أن الوقف الإسلامي يعمل على تحقيق هذه المطالب الدينية و العالمية و الاجتماعية ، لأنه يعد بحق أكبر ضمان للتمكن من إقامة المساجد و المعاهد و المدارس و المستشفيات و الملاجى ، و أصلاً في البر بالفقراء و المحتاجين ، و عوناً في توثيق الصلة بين ذوى القربى ، لهذا تعتبر تلك النصوص المتضافرة أدلة على مشروعيته باعتباره نظاماً إنسانياً يستهدف خير المجتمع و مصالح المسلمين .

أما الأدلة الخاصة فجملة أحاديث من السنة النبوية المطهرة ، منها قوله عايه الصلاة و السلام « إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، او علم ينتفع به ، او ولد صالح يدعو له » . و قد فسر العلماء الصدقة الجارية بالوقف ، إذ ذهبوا إلى ان الذي يفهم من هذا الحديث ان عمل الميت ينقطع بموته و ينقطع تجديد الثواب له إلا في هذه الأشياء الثلاثة لكونه كاسبها ، و الوقف أحدها لأنه صدقة مستمرة غير منقطعة^(٢) .

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

(١) متفق عليه - المرجع السابق ص ٩٤ .

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٨ .

أرضاً من أرض خيبر، فقال : يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب
 مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال : إن شئت حبست
 أصلها وتصدقت بها . فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا
 تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ،
 لا جناح على من وليهما ان يأكل منها بالمعروف ويطعم غير
 متمول^(١) .

كما استدلوا بما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه « ان النبي
 صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بهاما، يُستعذب غير بشر رومة،
 فقال : من يشتري بشر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير
 له منها في الجنة ؟ فاشتريتها من صلب مالي^(٢) . 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 أدرآعه وأعتاده في سبيل الله^(٣) .

وبالإضافة الى هذه النصوص فقد استدلوا بما اجمع عليه أكثر
 اهل العلم من السلف و من بعدهم على القول بصحة الوقف . يحدثنا

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

(٢) اخرجيه البخاري ورواه النسائي والترمذي - انظر نيل الأوطار ج ٦
 ص ١٢٧ و ١٢٨ .

(٣) متفق عليه - 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 و ابو بكر والزبير وعمر و ابن العاص وزيد بن ثابت وغيرهم^(١) . وفي (التذكرة) من كتب الفقه الجعفري ، انه اشتهر اتفاق الصحابة على الوقف قولاً وفعلاً^(٢) . ويروى 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 يؤخذها من بعده »^(٣) .

سبب ائتمار الفقهاء في جوازه :

إذا كان ماتقدم هو مذهب الجمهور وتلك أدلتهم على مشروعية الوقف وصحته ، فان من المعلوم أن بعض الفقهاء ، كالقاضي شريح وأبي حنيفة وغيرهما خالفوا الجمهور وقالوا بعدم جوازه^(٤) . فقد أنكر شريح الوقف واعتبره باطلاً وقال : إنما جاء محمد ببيع الحبيس ، وتذكر كتب المتقدمين من الفقهاء ، الأحناف^(٥) عن أبي 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 للدرحوم العاملي المجلد التاسع

ص ٣ .

(٣) انظر كتاب احياء الشريعة في مذهب الشيعة ج ١ ص ٣٦٨ للرحوم الشيخ

محمد مهدي الخالصي .

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

(٥) ككتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ وكتاب احكام

للقوقف 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^(١) .

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 أنواع المعروف ، فكما تكون بالعين تكون أيضاً بالثمرة . وعليه
فاين 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 أخرجه البيهقي عن ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما
نزلت آية الفرائض : لا حبس بعد سورة النساء »^(٢) ، 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 الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة »^(٣) .

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

(١) انظر المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٧٥ و ١٧٦ .

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٠ .

(٣) انظر صحيح البخارى ج ٨ ص ٢٨٧ .

من باب الافتراض ، فتصبح سائبة إذ لا مالك حقيقي لها ، ولا سائبة في الاسلام . ثم ان ايقاف الشيء ، لغير مالك من الناس واشترط المنع من ان يورث او يباع او يوهب شروط ليست في كتاب الله عز وجل . و اضافوا 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 النقل هو ما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام انه قال « لا حبس عن فرائض الله »^(١) ، قد أجاب عليه الجمهور « بأن المراد بالحبس المذكور توقيف المال عن وارثه وعدم اطلاقه إلى يده »^(٢) . 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 والموضم السابقين ان في إسناده ابن لهيعة ولا يحتج بمثله .
(٢) الشوكاني في نفس المرجع والموضم السابقة الاشارة اليها .

الوقف بذلك الحبس ، لأنه لو كان حبساً عن فرائض الله لا يستتبع الحكم جميع التبرعات أيضاً كالهبة والوصية والصدقة ، فتكون هذه التصرفات كذلك حبساً عن فرائض الله فتبطل ، وهذا ما لم يقل به أحد^(١) .

وردوا على ما قاله شريح : جاء محمد ببيع الحبس ، بأن الحبس 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 أصلها ، فلا تباع ولا تورث ، وأنه 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 أوقاف الجاهلية الأربعة ، وهي البحيرة والسائبة والوصيلة والحام^(٢) .

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

ولكن أنصار القائلين بعدم جواز أو صحة الوقف يردون على الجمهور بأن المراد بحديث ابن عباس لا يقتصر على حبس 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^(١) . ويضيفون بأنه إذا كان المراد بهذا الحديث عدم توقيف المال عن ورثة المتوفى الذين عينهم نص آية الفرائض وحدد انصباؤهم ، ألا يعد الوقف حبساً عن فرائض الله وفيه اقتطاع جزء من نصيبهم ؟ يجيبون بنعم . ويُستدل لهم أيضاً بما روى عن الامام علي وابن مسعود من أن « لا حبس إلا في سلاح او كُرَاع »^(٢) .

أما بشأن إجابته صلى الله عليه وسلم لعمر بقوله : « إن شئت حبست أصلها وسببت ثمرتها » فقالوا : إنها لا تدل دلالة قطعية على أن المقصود بالحبس الدوام والاستمرار بشكل لا تنفك معه ربة الوقف ابداً . فقد يصح أن يكون المراد من الحبس حبس العين عن التصرف التمليكي وتسبيل منفعتها مؤقتاً لفترة محددة ، أو يكون قاصراً على طبقة معينة من الذراري ينتهي الحبس بانتهائها . ثم إن المروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لو لا إني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها »^(٣) ، وهذا يشعر بأن الوقف ليس حبساً مؤبداً للمال بل يجوز لصاحبه أن يرجع عنه ، وأن الذي منع عمر من الرجوع هو ذكره صدقته للنبي عليه الصلاة والسلام ، فكره أن 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 - بضم الكاف وفتح الراء - اسم يطلق على الخيل والبغال والحمير مما يستعمل في الحروب ، وهو في الأصل الطرف من كل شيء أو مستدق الساق في الدواب ، والجمع الكراع والكاريم .

(٣) انظر الشوكاني في المرجع السابق ص ١٣١ .

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

واجابوا من قصر الحبس على السلاح والكرع بأنه لو صح هذا
الخبر عن علي وابن مسعود^(١) ، 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 والكرع غالباً^(٢) .

ويجاب بشأن صدقة عمر بأن لا حجة في اقوال الصحابة وافعالهم
إلا إذا وقع الاجماع منهم ، ولم يقع ههنا ، ثم ان هذا الاثر منقطع
لأن من رواه (الزهري) لم يدرك عمر^(٣) .

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 اعترض منهم على رسول الله صلى الله
عليه وسلم . لأنه نص على ذلك ، فيعتبر كأنه في كتاب الله تعالى
لقوله عز وجل « وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى »^(٤) .
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 محله ج ٩ ص ١٧٦ بأنها 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 ينهري 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 وما يزال 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 عبد الله رضى الله عنه أنه قال : لم أعلم أحداً من المهاجرين والأنصار الا حبس مالاً من ماله صدقة مؤبدة ، لا تشتري أبداً ولا توهب ولا تورث^(١) . وتسهل بعد ذلك في الوقف (الذري) على الأولاد والذرية لتشجيع الناس على الوقف ، ولا سيما وأن ماله جهة خير دائماً .

علماً بأن الفقهاء جميعاً متفقون على صحة وقف المسجد متى توافرت شروطه^(٢) ، 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 ذكر أن أول وقف ديني في الاسلام كان مسجد قبا ، الذي أسسه رسول الله صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة ، واتبعه ببناء المسجد النبوي في السنة الأولى للهجرة عند قدومه مهاجراً إليها^(١) .

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 فإنه متى تم مستوفياً شرطه 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 إنما 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 العاني ص ٤ .

يتصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية . ولكن أبا حنيفة وتلميذه زفر بن الهذيل خالفا للجمهور في هذا^(١) ، فالذي تذكره كتب المتأخرين في الفقه الحنفي^(٢) 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 ، وإذامات ورثها عنه ورثته حسب الفريضة الشرعية .

ومعنى هذا ان الوقف على رأي أبي حنيفة هو حبس للعين عن التصرف التملكي 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 »^(٣) . 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 ، ولعله لما حجج مع الرشيد وراى وقوف الصحابة بالمدينة ونواحيها رجم عن قوله السابق وافتى بلزومه . ويذكر الشوكاني في الدراري المنضية ج ٢ ص ١٤٣ ان الطحاوي حكى عن ابي يوسف انه قال : « لو بلغ ابا حنيفة ، يعنى الدليل ، لقال به » .

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

(٣) المرغيناني في المرجم السابق ص ١١ .

وقد اعتبر الوقف على رأي أبي حنيفة بمثابة العارية ولم يعتبر عارية بالفعل ، ذلك لأن حقيقة إلاعارة 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^(١) .

هذا ولم يُذكر خلاف لأبي حنيفة أو غيره بشأن لزوم وقف المسجد ، بل الذي يُفهم مما ذكر عنه أنه يلزم ديانة ، لأنه حق خالص لله تعالى ، ينقطع عنه حق العبد لتخصيصه بإقامة الشعائر الدينية^(٢) .

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 ، بالإضافة الى الاتجاه الثالث الذي ذهب إليه أبو حنيفة ولم يشار كه فيه احد إلا زفر .

فأبو يوسف يذهب الى ان الوقف يلزم بمجرد صدور صيغته من الواقف مستوفية شروطها بدون حاجة لصدور حكم بلزومه أو تسليم 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 الموضوع السابق .

تعالى كالمعتق 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 ^(١) ، وعلى هذا الرأي أكثر 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 ^(٢) . ويتحقق القبض عنده بالتسليم الذي يختلف باختلاف الأعيان الموقوفة ، فتسليم المسجد مثلاً يكون بإفرازه والصلاة فيه ، والمقبرة بدفن ميت فيها ، وفي باقي الأعيان بنصب المتولى 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 » ^(٣) .

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 - فإن المنقول عنه أن الوقف يصير لازماً بأحد أمرين .

(١) انظر انعم الوسائل للطرسوسي ص ٧٢ و ٧٣ .

(٢) انظر التبيين للزيلعي ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٣) الشهيد الجبمي في الروضة ج ١ ص ٢٦٠ .

(الأول) أن يحكم بلزومه قاضٍ في دعوى صحيحة وبينه 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، فيتخاضمان إلى القاضي فيقضي هذا بلزومه^(١).

ويلاحظ أن اللزوم على قول أبي حنيفة في هذه الحالة لم يأت من حيث انه وقف، وإنما جاء من حيث انه حكم في فصل مجتهد فيه^(٢).

(الثاني) ان يخرج الوقف مخرج الوصية، اي ان يضيف الواقف وقفه الى ما بعد موته كأن يقول: جعلت داري الفلانية وقفاً 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 لازماً فيما اذا مات وهو مصر عليه^(٣).

ويلاحظ ان اللزوم في هذه الحالة لا يكون بالنسبة للواقف،

(١) انظر مبسوط السرخسي ج ١٢ ص ٢٧. ومن صور الحيل الشرعية عند الحنفية في جعل الوقف لازماً ما ذكره السمرقندي في (خزانة الفقه وعبون المسائل) تحقيق أستاذنا الدكتور صلاح الدين النباهي المجلد الثاني ص ٤٤٨ من أنه لو وقف رجل ارضاً أو داراً وخاف ان يبطل نفسه قاض يرى العمل بقول أبي حنيفة في عدم لزوم الوقف، فما عليه إلا ان يقر في صك الوقف بأنه 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 الموضوع السابق.

لأن حكم الوقف هنا حكم الوصية ، ومن حق الموصي ان يرجع عن وصيته اثنا ، حياته متى شاء . وانما اللزوم يكون في حق الورثة فقط ، اذ لو مات الواقف من غير رجوع لزهم التصديق بغلة الموقوف ، وليس لهم ان يملكوه لتأبيد الوصية فيه بعدم امكان انقطاع الفقراء . وما دام الأمر كذلك فان الوقف لا يكون لازماً 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 اثلاثاً ، ثلث للوقف والثلثان الآخرا للورثة^(١) .

المبحث الرابع

ما يتم به الوقف

بفسأ الوقف بارادة وامرة :

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 ايضاً ، لانه أنزله منزلة العارية ، والعارية تبرع بالمنفعة .

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

(١) انظر كتاب مباحث الوقف للمرحوم الأستاذ محمد زيد الأيباني 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 عمر و مثلاً ، فالوقف وثبوت الاستحقاق فيه يتمان
أيضاً بالاليجاب 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 إباءً 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^(١) . و اذا 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 الاليجاب والقبول كسائر العقود^(٢) ، ولو كان
الموقوف عليهم او بعضهم صغاراً قام به وليهم . أما اذا كان الوقف

(١) انظر موجز أحكام الميراث للمؤلف - الطبعة الثانية ص ١٥ و ١٦ .

(٢) انظر المجلد السابقة الاشارة اليه من مفتاح الكرامة ص ٩ و ١٠ .

على جهات مامة كالمساجد والمقابر والقناطر او على الفقراء، فالأحوط
(وقيل الأقوى) القبول أيضاً، والذي يقبل في هذه الحالة الحاكم
او المنصوب من قبله. ويكفى عندهم قبول الموجودين بالنسبة الى
الوقف على الذرية، ولا يحتاج الى قبول من سيوجد منهم بعد^(١).

ما يتحقق به الإيجاب :

يتحقق الإيجاب 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 يفيد 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^(٢).

(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 . فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة
فيه ، لأن الوقف موضوع له ومعروف به ، والتجسس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع
فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : حبس الأصل وسبل الثمرة . وأما
التصدق فهو كناية فيه ، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف
بمجرده ، فإن 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 . وأما قوله حرمت وأبدت ففيه وجهان : أحدهما انه كناية فلا يصح به الوقف
إلا بأحدى القرائن التي ذكرنا ، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح
الوقف بمجرده كالتصدق . والثاني انه صريح لأن التأييد والتجريم في غير الابضاع
لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه . »

وعليه فإنه يتم بقول 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 الجدوية . كما لا يصح إنشاء الوقف عند
الجمهور بالإشارة إلا من الأخرس أو العاجز عن النطق لعله أو مرض ،
بشرط أن يبقى معتقل اللسان حتى الوفاة وأن تكون إشارته مفهومة
ومفيدة لما قصده . ويذهب الجمهور أيضاً إلى أنه لا يشترط التلفظ في
وقف المسجد^(١) والمقبرة والسقاية والطريق وما يشبه ذلك مما يعم
نفعه ، بل يكفي التخيلية والاذن بالاستعمال واستعمالها من قبل
الناس فعلاً^(٢) .

على أن إنشاء الوقف عند المشرع العراقي يكون باللفظ أو
بالكتابة أو بالإشارة ، لأنه ساوى بينهما باعتبارها وسائل للتعبير
عن الإرادة ، إذ قرر أصلاً في قانونه المدني بالنسبة للصيغة الدالة على
إرادة الشخص فنص في المادة (٧٩) منه على أنه « كما يكون الإيجاب

(١) وخالف فقهاء الجعفرية بالنسبة للمسجد إذ اشترطوا التلفظ بلانظ المسجدية
لصحته ، فقد نص العلامة الخلي في قواعد الأحكام المطبوع مع مفتاح الكرامة السابقة
الإشارة إليه 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^(١) .



(١) بمقتضى الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٦٣
وهو القانون المعروف بذييل قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨)
لسنة ١٩٥٦ .

الفصل الثاني

شروط تكون 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 لا بد ان يرتكز على دعائم أو جوانب قوية تمسكه وتسندة تعرف بإركانها .

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 مفهومة ، تعبيراً عن ارادته وتبياناً لمقصده في انه
أراد حبس عين من أعيانه عن التملك 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 - أنه تكوره منجزه :

إذا كانت الصيغة منجزه ، أي غير معلقة على شرط ولا مضافة
إلى المستقبل ، صح الوقف وترتب عليه حكمه في الحال بإجماع
الفقهاء ، متى كان مستوفياً شروطه الأخرى .

ولو علق 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^(١) . ذلك لأن الوقف من
قبيل التبرعات ، والأصل عدم تعليق التبرعات - عدا الوصية^(٢) -
على شيء ، غير موجود . وان قيل : ان الوقف اسقاط ملك على رأي
الجمهور والإسقاط يقبل التعليق ، أجيب : نعم انه اسقاط ولكن
فيه شبهة 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 كاعتق

تماماً . انظر الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٢) لأن طبيعة الوصية تقتضي عدم ترتب اثرها في الحال وإنما يظهر حكمها بعد

موت الموصي ، كما سنين ذلك في الباب الثاني من هذا الكتاب .

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

على ان بعض الفقهاء ، ألقوا بالصيغة المنجزة أمرين :
(الأول) فيما اذا علق الصيغة على شي ، 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 علق 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 ، اذا ان حكمها حكم الاضافة والتعليق على أي شي ، آخر محتمل الوجود كما بينا قبل قليل (١) .

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 وإرثي . 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 مصرأ عليه كالوصية تماماً ، أما ما زاد على الثلث فيوقف نفاذه على اجازة الورثة .

٢ - أنه تفسير التأبير ولو معنى :

الظاهر من الأحاديث التي سقناها للدلالة على مشروعية الوقف وجوازه ومن آثار الصحابة والتابعين ان الوقف لا يصح الا مؤبداً ، بأن يكون آخره جهة بر لا تنقطع . لهذا نرى جمهور الفقهاء^(١) يعتبرون التأبير شرطاً في صحة الوقف لأن المقصود منه دوام الصدقة واستمرارها ، وان التأقيت مبطل له لأنه ينافيه .

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

وعلى هذا لوقال : وقفت داري هذه على فلان لمدة سنة أو مدة حياته ، كان الوقف باطلاً عند محمد . وذلك لوجود ما يدل 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 أبي حنيفة وقول مجاهد واحدى روايتين عن أبي يوسف ومذهب احمد وفقهاء الشافعية واكثر فقهاء الجعفرية .

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

وعلى هذا فإن 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 إليه جمهور الفقهاء من سنة وشيعة .

على أن هناك رواية أخرى عن أن يوسف^(١)، 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 إلى جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف إلى جهة لا يتوهم انقطاعها ، وعمل الخير كما يجوز مؤبداً يجوز كذلك مؤقتاً .

والى جواز توقيت الوقف يذهب الإمام مالك قولاً واحداً ، إلا أن فقهاء مذهبه اختلفوا في مسألة عودة الأعيان الموقوفة إلى ملك الواقف إن كان حياً وإلى ورثته إن كان ميتاً أو عدم عودتها بأن تبقى موقوفة على جهة بر لا تحتمل الانقطاع^(٢) .

كما اتجه بعض فقهاء الجعفرية إلى مثل ما ذهب إليه الإمام مالك

(١) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ٢١٤ .

(٢) انظر منح الجليل شرح مختصر سيدي 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^(١) .

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 يفترق بشرط يؤثر على أصل الوقف :

والشرط الذي يؤثر على أصل الوقف هو ما كان باطلاً من أصله ، بأن كان مخالفاً بالوقف او منافياً لحكمه^(٢) ، 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^(٣) .

أما اذا كان الشرط لا يؤثر على أصل الوقف بل كان يؤثر على منفعته فقط كما لو تعلق بتقديم وتأخير صرف الربيع الى الجهات الموقوف عليها ، او تعلق بكيفية توزيع الغلة على المستحقين ، فإنه 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 تفصيلاً فيما سيأتي .

(٣) ومن الشروط التي تؤثر على أصل الوقف افتتان الصيغة بشرط الخيار على الراي الراجح في المذهب الحنفي . ذلك بأن يجعل الواقف الخيار لنفسه في الوقف ، سواء كان وقت الخيار معلوماً او مجهولاً هذا في المسجد ، اما لو اتخذ مسجداً على انه بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف وبطل الشرط - انظر الدر المختار للحصكفي مع شرحه رد المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٨ .

رمبادئها العامة . اذ لو تضمن مثل ذلك ، كما لو اشترط عدم تعمیر الموقوف من الغلة وان احتاج الى العمارة ، او عدم عزل المتولى من التولية وان ظهرت خيانتة ، 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 يقضى 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 مجبورون لذاتهم لانعدام الأهلية عندهم اصلاً^(١) . ولا يجوز الوقف ابضاً من الولي او الوصى او من في حكمهما ، اذ ليس لهؤلاء ان يتبرعوا بشي من اموال من

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

هم في ولايتهم لأنهم أمناء على حفظ أموالهم وإيمانها بالسبل المشروعة. والوقف بلا شك يعد من التصرفات الضارة ضرراً مالياً محضاً بالنسبة لعدم الأهلية ونقصها ، لأنه يرتب عبثاً على الأعيان الموقوفة ويؤدي بالتالي إلى إخراج المال دون مقابل . كما لا يجوز وقف الصبي المميز ولو كان مأذوناً له من وليه^(١) ، لأن الولي نفسه لا يملك ان يقف شيئاً من مال الصبي فهو لا يملك الاذن به كذلك^(٢) .

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^(٣) .

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 يُستلزم لها ، كما هو معروف شرعاً وقانوناً ، ان تطلق يد المتبرع في ماله أي ان لا تُغل 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 الاغيار ،

(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 او لا نسب ذريته نسب الفقراء ، وليكن 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 عراقي على ان « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، اما المجنون غير المطبق فتصرفاته حال إفاقته كتصرفات العاقل » .

كالورثة والدائنين ، بأمواله أو يجزء منها من وقت بدء المرض أو من وقت صدور حكم الحجز 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 وذوي الغفلة والمدين .

وقف المريض مرض الموت^(١) :

يعتبر المريض مرض الموت ، ومن ألحق به^(٢) ، محجوراً عليه حجراً جزئياً لحق وراثته ودائنيه عند عامة الفقهاء ، باستثناء الفقيه ابن حزم الظاهري^(٣) . 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 - ان يغلب فيه الهلاك عادة ، ويرجم في هذا الى الأطباء لمعرفة طبيعة الأمراض . وثانيهما - ان يعقبه الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه ظاهراً ام بسبب آخر افضى بالمريض الى الموت كقتل او غرق مثلاً - انظر بحث (الأهلية وهوارضها والولاية في الشرع الاسلامي) للمرحوم الأستاذ ذ 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 للبارزة او لحرب الكفار وكان في صفوف المتقاتلين ، وراكب البحر وقت هبوب العاصفة ، وغيرهم ممن يظن منهم التساهل والمهاجرة في تصرفاتهم التي ينشأ عنها ترتب التزامات مالية عليهم - انظر في ذلك : المنفى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٠٩ و ٥١٠ ورد المختار لابن عابد ج ٢ ص ٥٣٤ و ٥٣٥ والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٦٠ .

(٣) فقد شد ابو محمد علي بن حزم في مخالفته لعامة الفقهاء في حكم من كان مريضاً مرض الموت ، لأنه ساوى بينها وبين تصرفات الصحيح - انظر المحلى ج ٨ ص ٢٩٧ .

— بعد وفاته — أنه كان مريضاً مرض الموت .

فالمرض مرض الموت إذا كان مديناً بدين يحيط بماله فإنه لا ينفذ شي، من أقاربه 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 لو ارث عند جمهور الفقهاء^(١) . 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^(٢) » . 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^(٣) .

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

(٢) اخرج البخاري ومسلم وغيرهما - انظر بلوغ المرام ص ١١٩ .

(٣) وان لم يمكن عليه دين واجاز بعض الورثة دون بعض ، يعامل من اجاز باعتبار ان الوقف نافذ ، وتقسم الغلة على حسب شرط الواقف فلا يأخذون من الغلة شيئاً ، ويعامل من لم يجز باعتبار ان الوقف نافذ ايضاً ، 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 ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد 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 الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ تقضى 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 ، ويثول الثلثان الآخرا ميراثاً لخزينة الدولة بمقتضى هذا النص .

وقف السفية ونزى الغفلة :

يذهب عامة الفقهاء ، باستثناء أقلية منهم كأبي حنيفة وتلميذه زفر^(١) ، الى القول بمنع السفية^(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 السفية يكون محجوراً عن التصرف في ماله ما دام غير متحقق الرشد ، لا فرق في ذلك بين من بلغ سفياً وبين من بلغ رشيداً ثم صار سفياً .

والرأي السائد في الفقه الاسلامي هو ان الحجر على السفية 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 ، كبيعته وهبته ووقفه ، تعتبر صحيحة نافذة لا يبطلها الحجر اللاحق . أما بعد الحجر عليه فالأصل عند جميع الفقهاء القائلين بجواز الحجر بطلان تصرفاته الصادرة به ضرراً

(١) انظر مبسوط السرخسي ج ٢٤ ص ١٥٩ .

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

(٣) سورة النساء الآية (٥) .

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

مالياً محضاً تحققاً لحكم الحجر ، لأنه مقرر شرعاً لمصلحته هو ابتداءً .
ولكن على الرغم من هذا يمكن القول بأن الرأي الراجح في
الفقه الاسلامي بوجه عام يقضى بجواز وقف السفينة استحساناً ، متى
كان هذا الوقف في مصلحته . ذلك لأن الغرض من الحجر على
السفينة 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 الربيع لجهة خيرية تحقق بذلك حفظ أمواله من
الضياع مع استبقاء منفعته له ولذريته ونواله الأجر والثواب^(١) .
أما ذو الغفلة^(٢) فإنه يتشابه مع السفينة من حيث ان كلاً منهما
سيء الرأي فاسد التدبير لا يحسن التصرف في ماله^(٣) ، لهذا فإنه
يأخذ حكمه بالنسبة للتصرفات التي تصدر منه .

ومذهب المشرع العراقي موافق لمذهب جمهور فقهاء المسلمين في
ان الحجر على السفينة وذو الغفلة لا يكون إلا بحكم القضائي^(٤) ،
وكذلك في اعتبارهما في حكم ناقص الأهلية الذي لا يجوز له مطلقاً

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

(٢) يريد الفقهاء بذو الغفلة من لا يهتدي الى التصرفات المفيدة الراجعة وينبغي
في المعاملات بسبب سذاجة في التفكير وسلامة في القلب .

(٣) على ان ذا الغفلة يختلف عن السفينة من حيث انه لا يقصد الاتلاف لماله ولا
يريد به ، واذا غبن فأنما يغبن لقله خبرته وغياته ، بعكس السفينة الذي قد يقصد الاتلاف
قصداً او يتلف ماله غير عابئ ، واذا غبن فأنما يغبن بسبب طيشه وتزقه .

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

اجراء التصرفات المالية الضارة به ضرراً محضاً^(١) . فالمفروض على مقتضى هذا عدم صحة تبرعات السفينة وذو الغفلة عموماً ، إلا ان المشرع العراقي استثنى وصاياهما بثالث المال ، أخذاً منه بالرأى الراجح في الفقه الاسلامي جملة . فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٩) من قانونه المدني قائلًا : « تصح وصايا السفينة بثالث ماله » ، وذو الغفلة في حكم السفينة كما رأينا .

وعلى هذا فان السفينة 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 استثناءً ، والاستثناء لا يتوسع فيه .

علماً بأن المشرع العراقي يعتبر وقف السفينة وذو الغفلة قبل الحكم بالحجر عليهما من قبل القاضي صحيحاً نافذاً كتصرفات غير المحجور ، لأنه لم يعتبر سائر تصرفاتها باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا كانت نتيجة غش توقعاً لصدور حكم الحجر . حيث قرر ذلك بقوله « اما تصرفات السفينة التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفينة توقعاً للحجر^(٢) » .

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

(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 (مثلة الجانب الإيجابي من ذمته) محلاً للوفاء به . وان المدين يبقى حراً في التصرف بجميع أمواله تبرعاً ومعاوضة ، من غير أن يكون لدائنيه حق الاعتراض عليه ، مادام أن تصرفه لم يقع على أعيان كانت قد رهننت 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^(١) . ذلك لأن بقاء الدين شاعراً 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^(٢) .

(١) على أن أبا حنيفة وبعض الفقهاء الآخرين لا يميزون الحجر على إنسان حر عاقل بالغ لأي سبب من الأسباب ، وذلك دفماً 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 الإسلامي طريقاً من طرق التنفيذ بالاكراه استخلاصاً للحق منه وإيصاله الى مستحقته ، وليس امراً مقصوداً لذاته . انظر (الحجر على المدين لحق الغرماء) رسالة دكتوراه للدؤلف ف ٧٦ ص ١٦٣ و ١٦٤ .

وبناء على الاصل المذكور فقد ذهب جمهور فقهاء المسلمين الى تقرير قاعة تقضي يجعل مال المدين، الذي لم يحجر 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 أو هبة أو غير ذلك من التصرفات التي تستوجب إخراج امواله كلها أو بعضها مجاناً أو 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 مستودعاً ومستقراً لكافة الحقوق التي له والتي عليه^(١).

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 ما يضر 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 لا يعدو ان يكون تعديلاً لحكم فقهي اجتهادي تحتمه مقتضيات المصلحة ويتطلبه اختلاف الزمن. فلما 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 لتسقر 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 بحملة 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^(١) وتلميذه ابن القيم الجوزية^(٢) ، الى ان في تمكين المدين غير المحجور من التبرع بالوقف والهبة وما أشبهه 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 أداها أداها الله عنه ، ومن أخذها يرتد اتلافها اتلفه الله » .

ويذهب بعض متأخري 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 أبي السعود^(٣) ما يفيد أنه سئل عن 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 متأخري فقهاء الشافعية ببطلان وقف من عليه

(١) هو تقي 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 في القرن العاشر الهجري .

الدين بجميع ما يملكه وان لم يحكم بحجره ، وذلك متى كان هذا
المدين لا يرجو وفاء من غيره^(١) .

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

والمشروع 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 اصبحت 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 »^(٢) .

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 التي يعتبر الوقف من جنسها ، اذ قال : « أما اذا كان التصرف تبرعاً فانه لا
ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت ان المدين لم
يرتكب غشاً » . اي يكفي الدائن هنا للطعن في وقف مدينه ان يثبت فقط انه سبب
اعسار المدين او زاد فيه .

وقف المدين بدين مستغرق لأمواله او غير مستغرق لها ، محجوراً
كان او غير محجور ، وكذا سائر تصرفاته الأخرى تبقى صحيحة
شرعاً وقانوناً لبقاء أهلية الأداء . ولكنه وقفه وباقي
تصرفاته الأخرى المضرة به ضرراً مالياً لا ينفذ شي . 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 وناظراً .
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
أملت الضرورة ، لأن متطلبات الحياة وسنن التطور حدت بفقهها .
القانون الوضعي الى إيجاد 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
يجمعون 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^(١) .

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 لمباشرتها 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 ، فبناءً على ثبوت ذمة مالية لها تصلح ان تكون محلاً لاستيعاب

(١) انظر (المدخل للقانون الخاص) لأستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدر اوي 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 بيت المال والوقف والمسجد وعلى امكان تحملها بالواجبات^(١) .

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 لئلا يذهب على انه وقف المصلحة العامة لا وقف من باشره ، وهذا لا يمكن ان يستقيم الا ببناء على ان الوقف يمكن ان

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

يكون من الشخص المعنوي^(١) .

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 الأدا ، 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 - أنه يكونه مالا منقوماً :

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

(١) انظر موجز الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية لأستاذنا محمد سلام مذكور

لكن هل يشترط في المال المتقوم الذي يصح وقفه أن يكون عيناً أم يجوز أن يكون من الحقوق والمنافع^(١)؟ وإذا كان عيناً فهل يشترط فيه أن يكون عقاراً أم يجوز أن يكون منقولاً كذلك؟

المال في عرف جمهور الفقهاء، هو كل شيء، يمكن للإنسان أن يملكه 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 محرراً أيضاً، ولهذا فإن المنافع والحقوق المجردة عندهم لا تعتبر مالاً لعدم إمكان حيازتها بالفعل^(٢). وبالتالي فإنهم لا يميزون وقف المنافع وحدها كالمنفعة المملوكة 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 تبعاً لأعيان يصح وقفها، فإنها تكون ملحقة بالأعيان وتأخذ حكمها، أي يعتبرونها موقوفة تبعاً للعين لا استقلالاً^(٣). ويشترط فقهاء الجعفرية في

(١) الحقوق جمع حق، وهو بمعناه العام عبارة عن اختصاص أو سلطة أعطاه 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 أي على ما يقوم بالأعيان من اعراض فقط كسكنى الدار وركوب الدابة، دون ما ينتج منها من فائدة مادية كالأجرة واللين إذ سموها غلة. ومنهم من جعل المنفعة تشمل ما يقوم بالأعيان من اعراض وما ينتج منها من غلة أيضاً كسكنى الدار واجرتها معاً.

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

(٣) كمن يحتكر ارضاً ويقيم عليها بقاء أو يفرس فيها غراساً ويقفه، فإن حق الانتفاع بالأرض المحتكرة يصبح تابعاً لجهة الوقف ولا حق فيها للمستحقين ولا للورثة - انظر استاذنا المذكور في المرجع السابق ص ٤٩ و ٥٠.

الموقوف « أن يكون عيناً مملوكة يصح الانتفاع بها ، مع بقائها
ويمكن إقباضها »^(١) . وجهه وجه الفقهاء . وإن كانوا يُعتبرون المنافع
والحقوق أموالاً ، لأنهم يرون أن الأعيان لا تقصد إلا لمنفعتها ،
غير أن أكثرهم يشترط لصحة وقفها بقاء واستمرار الانتفاع بها .

على أن مذهب الإمام مالك وأصحابه يجيز وقف المنفعة مطلقاً ،
فن يستأجر داراً مملوكة أو أرضاً مدة معلومة ، ويقف منفعتها في
تلك المدة يصح وقفه . وكذلك يجوز عند المالكية لمن استأجر وقفاً
أن 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^(٢) .

والأصل في المال الموقوف عند الحنفية أن يكون عقاراً ، لأن
الوقف على الرجح في مذهبهم لا يكون إلا مؤبداً كما رأينا ، والعقار
هو الذي يبقى ابداً مع إمكان الانتفاع به . والعقار عندهم هو الأرض
فقط ، أما ما على الأرض من كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر
وتحويله من هيئة إلى هيئة أخرى فهو منقول في نظرهم ، سواء
أكان بناءً أم زرعاً أم حيواناً^(٣) .

ومع هذا فإنهم يذهبون إلى جواز وقف بعض المنقولات استثناءً
وخروجاً على القياس الذي يأبى دوام بقاء المنقول بسبب تعرضه للهلاك
في الغالب وتعدر تأبيده . من ذلك قولهم بجواز وقف المنقول التابع

(١) العلامة الحلبي في المرجع السابق ص ٧٠ .

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

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

للعقار في الانتفاع^(١) ، وهو ما كان متصلًا به إتصال ثبات وقرار ، إذ يرون دخوله في الوقف ويعتبرونه موقوفًا تبعًا للعقار نفسه دون حاجة إلى النص عليه . فمن يقف بستانًا فيها ابنية ومغروسات مثلًا ، فإن البناء والشجر يدخلان في الوقف تبعًا 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 ، فإنها لا تدخل إلا إذا نص الواقف على ذلك صراحة .

أما وقف المنقول قصدًا ، أي منفردًا دون أن يكون تابعًا لوقف عقار ، فإنهم أجازوه فيما إذا ورد بجواز الوقف فيه خبر كوقف السلاح والكراع . وقد توسع محمد بن الحسن أكثر 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 حسنًا فهو حسن ، كوقف المصاحف والكتب والأواني والقدور والقناديل وما أشبه ذلك^(٢) .

والى ما يقرب من مذهب محمد اتجه أكثر فقهاء المذاهب الإسلامية ، إذ أجازوا وقف كل عين ينتفع بها على الدوام مع بقائها ، عقارًا كانت أو منقولاً^(٣) . أما فقهاء المالكية فقد اطلقوا ، فأجازوا وقف المنقول

(١) انظر الفتح القدير للكمال بن الهمام نفس الموضوع 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 الموضوع السابقة الإشارة إليه .

عموماً ، فوقف الذهب والفضة والدراهم والشباب والطعام والكتب وغيرها جائز عندهم^(١) .

٢ - أنه يكون معلوماً زمنياً وقت وقفه :

يشترط لصحة الوقف ان يكون الموقوف معلوماً غير مجهول ، قد عينه الواقف تعييناً 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 ابتداءً ، 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 للرددير ج ٢ ص ٢٧٦ . أما كيفية الانتفاع بالذهب والنقود والحبوب وما اشبه فيكون بالأشجار بها او بيومها والأشجار بشتمها 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^(١) .

ويمكن للشخص في وقتنا الحاضر ان يكتفى في وقف ارضه او
داره او بستانه بذكر رقها العقارى ، اى الرقم او التسلسل الذى
سجلت به في دوائر الطابو ، لأن رقم العقارات اليوم يقوم مقام الحدود
قديمًا .

والكن هل يعتبر الشيوخ جهالة في العقار فيمنع صحة وقفه ام
لا يعتبر 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 ولالتمامه
عند ابي يوسف ، ولذلك فان وقف المشاع لا يتوقف على القسمة
لأنها شرط لتتمام 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 فى بعض كتب
الحديث^(٢) .

(١) انظر الدر المختار للحصكفي ورد المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٧ و٤٩٨ .

(٢) روى ذلك النسائي وابن ماجه - 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^(١) . اما وقف المشاع فيما لا يقبل القسمة بحال^(٢) ، كوقف الجزء الشائع في بيت صغير او حمام مثلاً ، فخائز عند الجميع لتعذر القسمة فيه بدون اتلاف اصل العين^(٣) .

ويلاحظ ان مذهب فقهاء الجفرية وان كان موافقا لمذهب محمد في اشتراط القبض او التسليم للزوم كما رأينا ، فانهم لا يرون الشيوع مضرأ 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 مفرزأ ، لأن القبض في المشاع يصح اما بالتخلية او بإذن الشريك والواقف معا^(٤) .

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 ويعتم من تسليم الموقوف . أما الشيوع الذي قد يطرأ بعد تمام الوقف بسبب طارئ ، لعدم إجازة الورثة ما زاد على الثلث من وقف المريض مرض الموت ، وكذا الشيوع الذي يقارن الوقف ولكن لا يعتم من تسليم الموقوف كوقف شخصين عقاراً مملوكاً لها على جهة او جهتين وتم تسليمه لتول واحد ، فالوقف معها صحيح - 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 منفته 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 خالصاً لله تعالى ، كما أنه يؤدي الى تبادل المنافع بالمهاياة^(١) ، وقد يحدث أن يصبح ما كان مسجداً أو مقبرة في هذا العام مزرعة أو مربطاً للحيوانات في العام المقبل ، وهذا ما لا يجوز شرعاً .

٣- أنه يكون مملوكاً للواقف ملكاً باتناً من الوقف :

يشترط لصحة الوقف عند جمهور الفقهاء^(٢) ان يكون الموقوف مملوكاً للواقف ملكاً باتناً في الحال ، فان لم يكن كذلك كان الوقف باطلاً . وذلك لان الوقف ، كما علمنا ، هو اسقاط ملك او تملك على وجه التبرع فيقتضي ان يكون الموقوف مملوكاً للواقف ملكية تامة وقت وقفه لاخيار فيه لا أحد .

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 مالاً للمغصوب وقت إنشاء الوقف . كما لا يجوز للموصى له أن يقف ما أوصى به له قبل موت الموصى ، لأن الوصية لاتنفذ إلا بعد موت الموصى مصرأً عليها ولم يصدر من الموصى له ما يدل على عدم قبوله لها في هذا الوقت . وكذلك لايجوز لشخص أن يقف ما اشتراه متى كان خيار الشرط

(١) المهاياة هي التناوب في استيفاء منافع الشيء المشترك زماناً او مكاناً .

(٢) إذ لا يشترط على قول مالك واصحابه ان يكون الموقوف مملوكاً للواقف وقت الوقف ، فلو قال شخص : إن ملكت هذه الأرض فهسي 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 المشتري له في وقت لم يكن مملوكاً له ملكاً باناً^(١) .

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 أيضاً في صحة الوقف أن يتعلق بالموقوف حق الغير ، فلما ك الدار المؤجرة لمدة محددة أن يقف داره هذه أثناء مدة الاجارة ، إذ يكون وقفه صحيحاً ويبقى حق المستأجر في بقية مدة الاجارة قائماً .

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 صحيحاً ويبقى حق المرتهن متعلقاً بعين الدار الموقوفة حتى يستوفى حقه كاملاً ، وإلا فانه يحق له أن يطلب بيع الدار استيفاءً 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 فضولياً - فجمهور الفقهاء . على انه لا يكون باطلاً بل موقوفاً على

(١) وينبغي على ذلك انه لو استحق ما وقفه وقضى به للمستحق بالينة بطل الوقف ، اما لو استحق بعض الموقوف مشاعاً واخذ المستحق فلا يبطل الوقف في الباقي .

إجازة المالك الحقيقي ، فان اجازته نفذ وإلا بطل^(١) . اما على قول مالك واصحابه فان الوقف باطل ، لان الفضولي لا يعتبر وكيلاً بعد اجازة المالك الا في عقود المعاوضات فحسب^(٢) .

المبحث الرابع

شروط الجهة الموقوف عليها

أن يكون الوقف عليها قربة لله تعالى :

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

فاذا 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 وقفاً خيرياً .

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

(١) لأن الفضولي ينقلب وكيلاً في الوقف عن المالك إذا أجاز المالك وقفه ، والقاعدة هي أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة بعد أن تستوفى الإجازة شروطها .

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

«الفقهاء على تسمية هذا النوع وقفاً ذرياً أو أهلياً»^(١).

وقد يجعل الواقف وقفه على النوعين المذكورين ابتداءً ، بأن يخصص جزءاً 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 وبفاهيمها 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 عليها معاً ، أو على شخص معين أو ذريته أو عليها معاً ، أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته »^(٢) .

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

(١) يذكر المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في كتابه (احكام الوقف والموارث) ص ١٣ و ١٤ بشأن هذا النوع من الوقف ما نصه « وقول إن هذه التسمية حديثة والحق ان الوقف كله خيري لأنه التصدق بالمنفعة والنالة 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 اولاً او على غير من الأشخاص المعينين ونحو ذلك ثم بعد هؤلاء على الفقراء فكلما النوعين من الوقف خيري غير ان احدهما خيري محض وثانيها 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 منها على جهة خيرية ، فلا يمتد الوقف هنا الى الذرية . ولهذا نرى ان اطلاق مصطلح (الوقف الأهلي) ، الشائع في العربية المتحدة والمروف 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 أن 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 والملاجئ، 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 الاسلام 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 التأييد في الوقف^(١) ، 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 ملكاً للواقف او لورثته - انظر الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٧٦ .

معنى القرب في الأديان المختلفة :

من القرب ما لا تتأثر باختلاف الأديان أبداً ، لأنها تعتبر برأ وإحساناً في جميع الشرائع السماوية ، كالوقوف على دور العلم وأما كن العلاج وملاجىء اليتامى والمشردين وغيرها من جهات الخير التي يعم نفعها . 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^(١) ، لتحقيق معنى القربة في نظر الإسلام 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 الإسلامية ، 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) أما وقد خرج من أيدي المسلمين في الوقت الحاضر ، فلا يعرف ريم ما وقف عليه للقائمين على شئونه مؤقناً إلى ان تعود إدارته إلى المسلمين ، وعسى ان يكون ذلك قريباً باذن الله .

الفقهاء، أيضا ، لأن هذه الجهات لا تعتبر قرابة 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 وهم عباد الله ومن جملة بنى آدم المكرمين ، أما الثاني فعصية لأنها إغانة لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرمة والكفر بخاتم الشرائع السماوية. أما بالنسبة لغير المسلم فقد اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية فيما يعتبر قرابة يصح معها الوقف ، وما لا يعتبر قرابة فيبطل الوقف . فالفقهاء الأحناف يشترطون في وقف غير المسلم أن تتحقق فيه معنى القرابة في اعتقاده وفي نظر الاسلام جميعاً . وعليه لو وقف مسيحي مثلاً داره مسجداً أو على مسجد كان وقفه باطلاً ، لأنه وإن كان قرابة في نظر الاسلام إلا أنه ليس كذلك بالنسبة لعقيدته هو . وكذلك لا يصح وقفه لو وقفها (الدار) كنيسة أو على كنيسة ، لأنها وإن كانت قرابة في حكم دينه فهي ليست بقرابة في حكم الاسلام . وهذا هو معنى قول فقهاء الحنفية ، يشترط أن يكون الوقف قرابة في ذاته وعند المتصرف^(١) ، أي أن تكون الجهة الموقوف عليها بحكم الشريعة الاسلامية براً وتقرباً الى الله تعالى وإن يعتقد الواقف ذلك أيضاً .

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

(١) انظر ابن عابدين في المرحم 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^(١). وعلى العكس من هذا تماماً يذهب فقهاء الجعفرية، اذ المعتمد في مذهبهم^(٢) - وهو رواية في مذهب الامام مالك^(٣) - هو أنه يشترط في وقف غير المسلم ان يكون المصرف على جهة تعتبر قرابة 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 الاصيلي في كل وقف هو جهة قرابة في النهاية. اما غيرها من المصارف التي يذكرها الواقف ويجعل وقفه عليها اول الأمر، فهي في الحقيقة مصارف استثنائية لا تخرج الوقف عن غرضه الاصيلي؛ باعتباره قرابة 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 ج ٥ ص ٣٥ والمنى لابن قدامة

ج ٦ ص ١٠٥.

(٢) انظر وسيلة النجاة للموسوي ج ٢ ص ٢٧٢.

(٣) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٨٢.

على أولاد زيد مثلاً ومن بعدم على الفقراء ، ولم يكن لزيد أولاد 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 عندئذ إليه (لأنه هو المصرف الاستثنائي الذي عينه الواقف) ^(١) . وهذا هو ما يسميه الفقهاء بالوقف « المنقطع الأول » .

ومثل هذا الوقف المنقطع الأول أيضاً ما اذا وقف شخص شيئاً على مسجد أو معهد هياً 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 منها الى الفقراء .

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

(١) ومعنى هذا ان الوقف على الجمل يصح عندم ، 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 المتوفي ، وإنما يعتبر الوقف في هذه الحالة منقطعاً ويصرف الى الفقراء^(١) . 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 ابتداءً^(٢) .

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

(١) ويذهب الشافعية الى ان الربع يصرف في هذه الحالة الى من بقى من اهل الوقف الى ان ينقضى الموقوف عليهم جميعاً فيصرف الى الفقراء - انظر مذهب 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 المبدئ والمنتهي ، فهو بالنسبة الى شطره الأول كالمقطع الآخر فيصح وقفه ، وبالنسبة الى شطره الآخر كالمقطع الأول يبطل راساً » .

مكان بعيد مثلاً ، وبعد مدة توصل مصلحة إسالة الماء . مياه الشرب العذبة الى هذا المكان فيستغنى الناس عنها ويبطل استعمالها . فيفوت عندئذ الغرض الذي من أجله كان الوقف عليها ، ويصبح مصرف الريع في هذه الحالة الفقراء . أيضاً . والقول بصحة الوقف المنتفع الآخر لأبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية وقول للشافعي وظاهر مذهب المالكية^(١) ، ومذهب فقهاء الجعفرية أيضاً غير ان صرف الريع الى جهة بر (الفقراء) قول في مذهبيهم^(٢) .

وعلى كل حال فان فقهاء الجعفرية يشترطون في الموقوف عليه وجوده وتعيينه وقت الوقف ، خيرياً كان الوقف أو ذرياً ، كما يشترطون ان يكون ممن يملك أى حراً إذا كان الوقف ذرياً . وعليه لا يصح الوقف عندهم على من سيوجد ، ولو كان وجوده ممكناً كالولد الذي سيولد للواقف من امرأة معينة . بل لا يصح عندهم على الحمل ابتداء ، وإن انفصل عن أمه حياً^(٣) ، 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 الاقطاع . وقال الشافعي : لا يصح منقطع الابتداء والانتهاؤ او الابتداء فقط . وقال ابو حنيفة : يبطل منقطع الانتهاؤ 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 الموجود في الطبقة بحيث او 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 الفلانية من دون تعيين لا يصح وقفه أيضاً ،
وذلك لوجود جهالة في الموقوف عليه^(١) .



(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 بالحقاقتها أو إدخالها على أصل إيجابهم فيما بعد ، ويريدونها ان تكون بمثابة نصوص تشريعية يعمل بها في تلك الأوقاف . ذلك لأن الواقفين إنما يعبرون بشروطهم عن رغبات تجيش في صدورهم ويتغنون بتحققها لغرض مخصوص ، فيما يتعلق بإدارة 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 ، مادام 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 جملة أمور ، لذلك فاننا سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث . نتعقب في المبحث الاول شرط الواقف الصحيح ونبين متى تجب مراعاته ، ونتكلم في المبحث الثاني بايجاز على أنواع من الشروط الصحيحة ، ونبحث في المبحث الثالث بشي . من التفصيل شرط الاستبدال بالذات .

المبحث الأول

الشرط الصحيح ومعنى تجب مراعاته

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 يكون 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 تنافي حكمه ، كاشتراط الواقف بيع الموقوف متى ما لزمه أو لزم أحد أبنائه دين ليوفى من ثمنه مثلاً ، أو اشتراطه الرجوع فيه متى شاء . في هذا القسم يبطل الوقف في غير المسجد و كذا الشرط جميعاً ، وقيل يكون الوقف صحيحاً والشرط باطلاً استحساناً^(١) ، أما في المسجد فالوقف

(١) وهذا رواية عن أمي يوسف ، وبه أخذ المشرع المصري في المادة (٦) 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 ليشتري بثمانه 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 البداية لاستحصال قرار بإبطال 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^(١) » .

(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 البداية ، في حين أن إصدار هذه الحجج ابتداء كان قد جعله من اختصاص المحكمة الشرعية بالنسبة لأوقاف المسلمين طبقاً للفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٦٣ ، ومن اختصاص محكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين من المراقبين 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 يشترط ، وأن خيانة المتولى تستوجب عـزله لمصلحة الوقف
والمستحقين^(١) ، 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 مقدره 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 توفي ديونه من غلة

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

وقفه إن مات مديناً أو أن تكون الغلة كلها له مدة حياته على رأى فريق من الفقهاء^(١) . ومنها أيضاً الشرط الذي يشترطه الواقف ويقيده بحرية المستحق في الزواج أو الإقامة أو الإستدانة وما أشبهه على رأى بعض الفقهاء ، وغيرها من الشروط التي ينص عليها الواقف أو يحتفظ لنفسه بالحق في اجراء بعض التغيير في مصارف وقفه بالزيادة والنقصان ، والاعطاء ، والحرمان ، والادخال والايخراج ، والتفضيل والتخصيص ، والابدال والاستبدال ، مما عرف عند الفقهاء المسلمين باسم الشروط العشرة .

مدى الالتزام بقاعدة شرط الواقف كنص الشارع :

تتردد هذه القاعدة على لسان الفقهاء ، لاسيما فقهاء المذهب الحنفي الذين توسعوا في وجوب احترام كل شرط يشترطه الواقف ما دام صحيحاً ، لاعتبارهم ذلك من حقه . ولذلك فقد أجازوا ما كان في اشتراطه قرينة وما كان مباحاً في ذاته ، وإن خالف العمل به روح الشريعة الإسلامية والغرض الذي من أجله شرع نظام الوقف ، كالوقف على الذكور دون الاناث وعلى اولاد الظهور دون اولاد البطون ، وحرمان البنات من الاستحقاق في الوقف ، إذا تزوجت احداهن ، وكذلك اشتراط أن لا يتزوج الموقوف عليه إلا من عائلة أو فتاة معينة وما إلى ذلك من الشروط الأخرى التي كانت مألوفة لدى الناس لكثرة ما يلجأ الواقفون اليها للافصاح عن رغباتهم

(١) ويذهب بعض الفقهاء كالامام مالك الى أن مثل هذا الشرط غير صحيح إلا أنه لا يبطل الوقف ، ويذهب البعض الأخر كفقهاء الجعفرية الى أن مثل هذا الشرط يبطل الوقف معه .

بواسطتها . وقد غالى بعض الواقفين في استخدام هذا الحق مما ترتب عليه الجور وخلق الضغائن والمنازعات ، حتى أن منهم من كان يخالف بشروطه قواعد الميراث التي شرعها الله سبحانه وتعالى وفرض فيها أنصبا، الورثة .

ومن يتتبع شروط الواقفين في كثير من حجج الأوقاف يجد أن منها ما يخالف المشروع من الأحكام في معناه ، ويجافي مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء ، كاشتراط استحقاق الزوجة في الوقف بعدم تزوجها بعد موت الواقف ، أو اشتراط استحقاق الزوج بعدم تزوجه بعد وفاة زوجته ، أو الاشتراط بأن يتزوج المستحق من بلد أو إقليم معين ، أو اشتراط تزوجه من طائفة أو أسرة معينة ، أو حرمان من انتقل من بيت الأسرة أو موطن العائلة أو استدان إطلاقاً من استحقاقه في الوقف . ولا يخفى أن مرد ذلك كله يعود إلى اعتبارهم شرط الواقف الصحيح كنص الشارع في وجوب العمل به .

ومعلوم أن مثل هذه الشروط ، وإن كانت صحيحة بحسب المعيار الذي وضعه لها وليس فيها مخالفة لنص شرعي صريح ، إنما تتضمن مخالفة لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها في الجملة . وبالتالي فإنه لا يجوز إزالتها منزلة نص الشارع وتنفيذها حرفياً ، وإنما ينفذ - على حد قول ابن القيم - « من شروط الواقفين ما كان لله طاعة ، وللمكلف مصلحة ، وأما ما كان بضد ذلك فلا حرمة له كشرط التعزب والترهب المضاد لشرع الله ودينه »^(١) . فقد لا يستطيع

(١) أنظر إعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ١٠٨ .

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

ولهذا نرى ان الأخذ بـ - - - ورد في بعض المذاهب الاسلامية الأخرى من ان شرط الواقف كنص الشارع إنما يكون من حيث المفهوم والدلالة من حيث وجوب العمل به ، لأن هذا هو الأكيـس 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 الخنابلة - 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^(١) ، ونرى

(١) اما لو تبين ان اشتراط حرمان الموقوف عليه من الاستعناق في وقفه فيما اذا انفرد بالسكنى إنما كان بسبب وجود اخوات قاصرات او عاجزات يحتجنه ، وان شرط منعه من الزواج بامرأة معينة كان لأنها تسببت في موت اخيه ، وان شرط عدم استدانتها كان لجله على فك رهن بيت الاسرة الذي خلفه لهم مثقلاً 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 الصعبة

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 بإيجاز :

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

ويذهب كثير من الفقهاء إلى أنه يجوز للقاضي بحسب ولايته

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

(ب) الإعطاء. والحرامان: ومعناها أن للواقف ان يشترط لنفسه
إعطاء غلة وقفه او بعض غلته لأشخاص معينين يذكّرهم 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 والخراج : ومعناها ان للواقف ان يشترط في
حجة وقفه ان له إدخال من يرى ادخاله على المستحقين الذين ذكرهم
في وقفه وله اخراج بعض المستحقين المذكورين فيها، وله ادخال
من اخرجته وخراج 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: ومعناها 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) الابدال والاستبدال: ومعناها 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 ، والبديل 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^(١) .

والذي يلاحظ بالنسبة لهذه الشروط ان بعض عباراتها متكررة او متداخلة المعنى^(٢) ، وقد يغنى بعضها عن البعض الآخر ، فالشروط الثمانية الأولى جميعها في الواقع ترجع الى التغيير في مصارف الوقف ، اما الشرطان الآخران فترجمهما 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 بضمون الشرط اكثر من مرة واحدة الا اذا شرط الواقف لنفسه او لغيره ان يفعل ذلك مرة بعد اخرى او رأياً بعد رأي .

(٢) فالخراج هو عين الحرمان والتخصيص في معناهما ايضاً، والزيادة مثل التفضيل .

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

المبحث الثالث

الاستبدال بالموقوف

حتى 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 لا ينتفع 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 فإنه يجوز أن يستبدل بالدار داراً أو أرضاً زراعية أو بستاناً^(١)، 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 الأياني في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٦٠ الى ان اتحاد جنس البديل والمبدل يلزم به وان لم يشترطه الواقف متى كان الموقوف مخصصاً للسكنى، إذ لا يجوز استبداله بأرض او دكان مثلاً، تحقيقاً لفرض الواقف. اما اذا كان الموقوف يقصد منه الاستغلال فلا يشترط لصحة الاستبدال فيه اتحاد الجنس، لأن المنظور فيه كثرة الريم 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 لا يكفي لسد نفقاتها ، وكذلك الدار الموقوفة اذا تحربت 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 لتحقيق الضرورة في اجرائه .

(الثانية) فيما اذا كان في الاستبدال خير للوقف بتحقيق مصلحة راجحة له حتى ولو كان الموقوف عامراً 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 ، لتحقيق النفع الظاهر للوقف^(١) .

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

(١) ويذكر ابن تيمية في اختياراته المليية - 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 ممكناً لا يجوز الاستبدال به ، وان كان العقار الذي يراد اخذه بدلاً عنه اكثر نفعاً وازيد ريعاً ، وذلك لثلا بتطرق الاحتيال الى ابطال الوقف بحجة الاستبدال . غير ان مدار العمل عندنا الآن يجري على رأي ابي يوسف في جواز استبدال الموقوف للمصلحة ، حيث يفتى دائماً بما هو انفع للوقف .

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

(أ) حالة ما إذا غصب الموقوف غاصب وعجز المتولى عن استرداده منه وعن إقامة البيّنة وأراد الغاصب دفع البدل من تلقاء نفسه ، ففي هذه الحالة يكون للمتولى أخذ ما يعطيه إياه الغاصب ولو كان دون قيمة المغصوب . ذلك لأن المتولى 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 للمتولى في هذه الحالة أخذ مبلغ التعويض ليشتري به عقاراً آخر يكون وفقاً بديل الأول .

(ج) حالة ما إذا تزعت أرض الوقف واستملك للمنفعة العامة ودفعت الجهة المستملكة ثمن الأرض للمتولى ، كان له ان يشتري بالثمن عقاراً آخر بديل المستملك ليكون وفقاً .

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

شروط صحة الاستبدال :

يشترط الفقهاء لصحة الاستبدال شروطاً معينة نجمها في ثلاثة :

١ - ان لا يكون المتولى 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 ابتداءً إلا إذا كان فيه مصلحة راجحة للوقف ، ولا مصلحة بالطبع فيما إذا بيع الموقوف بمثل قيمته^(١) .

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^(٢) .

٣ - ان لا يبيع المتولى ، سواء أكان الواقف أم غيره ، الموقوف بدين عليه لمن يود الشراء ، لأنه يُخشى 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 المتولى ان يضع ثمن العقار الموقوف الذي يباع بالنقد لغرض اجراء الاستبدال بأحد البنوك المعروفة باسم الوقف أو ان يبقى الثمن محفوظاً في خزانة 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 ٥٣٧ .

(٢) واهل الخبرة عند تقويمهم وتقديرهم قيمة الشيء يراعون عرف الناس وطاداتهم في تشييع 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 بيع العقار للاستبدال به . فلو اشترط الواقف مثلاً بيع المواشي الموقوفة تبعاً للأرض الزراعية إذا ما ضعفت عن العمل ، بيعت واشترى بثمنها أخرى قوية أكثر قدرة على العمل ، ولو بأخذ جزء من غلة الوقف وضمه الى الثمن^(١) .

شروط وإجراءات 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 - مجموعة شروط واجراءات شكلية لا يتم الاستبدال عند فقد واحد منها .

فالشرط الموضوعي تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ الذي جاء فيه «الديوان 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 اولاً على بقاء اصل الوقف ثم يصرف الباقي على المستحقين ، ولهذا فقد فضل بقاء عين الوقف المنقول على التوزيع على المستحقين .

أو بنقد أيهما انفع للوقف ، ويتم ذلك بقرار من المجلس وموافقة مجلس الوزراء،^(١) .

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 »^(٢) . ثم ذكرت هذه المسوغات ، اخذاً من اقوال الفقهاء المسلمين ، فحددها 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) يرشد بالديوان ديون الأوقاف وبالمجلس مجلس الأوقاف الأعلى - كما تفيد الفقرتان الأولى والثالثة من المادة الأولى من نفس القانون .

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

« و - ان لا يكون طلب الشراء بغبن فاحش فيما إذا لم يكن الاستبدال بملك ، 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 وقفاً بمنزلة الموقوف الأصلي . فلا يملكه الواقف ولا ورثته ولا يصرف الى الموقوف عليهم ، وإنما يشتري به عقاراً يكون وقفاً بدل الأول .

هذا مع العلم بأن الأصل في القانون المدني العراقي هو ان الغبن الفاحش المصحوب بالتغريب لا يجعلان العقد باطلاً ، بل يكون معها موقوفاً 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 تغريب ... بمقتضى المادة (١٢٤) من ذلك القانون التي نصت على ان « ١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغريب ٢٠ ... على انه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون مجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلاً » .

أما الشروط والاجراءات الشكلية فتتلخص بما يأتي :

١ - صدور قرار من مجلس الأوقاف الأعلى بالاستبدال .

٢ - اخذ موافقة مجلس الوزراء على هذا القرار .

٣ - صدور إعلام شرعي بصحة ولزوم الاستبدال بعد صرافة

تجريبها المحكمة الشرعية .

٤ ... مصادقة محكمة التمييز على هذا الاعلام .

وبتصديق محكمة التمييز على هذه الحجة الأخيرة تكون معاملة الاستبدال قد اكتسبت درجتها القطعية ، فيصير الوقف بمقتضاها ملكاً و الملك وقفاً ثم يجري التسجيل في دوائر الطابو على هذا الأساس .

وتؤخذ هذه الشروط والاجراءات من نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون إدارة الأوقاف الآنف الذكر ومن الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون ذيل قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية التي ذكرنا نصها فيما سبق ، الذي يبين ان تنظيم حجج الوقف وتسجيلها يكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، ومن نص المادة السابعة من هذا القانون الأخير الذي يقضى بأن « ١ - الأحكام والحجج الصادرة على الصغار والمجانين والمعتوهين والأوقاف والأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج تكون واجبة التمييز فان لم يميزها ذوو العلاقة خلال مدة التمييز فعلى القاضي ارسال الدعوى الى محكمة التمييز لاجراء التدقيقات التمييزية عليها . ٢ - لا تنفذ الاعلامات والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز .

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون إدارة الأوقاف تجيز استبدال الموقوف بالنقد كما رأينا ، فان الفقرة الثانية من هذه المادة قد اجازت دفع البديل النقدي مقسطاً وفق قيود خاصة ، إذ نصت على انه « يجوز قبول البديل النقدي مقسطاً بأن يدفع المستبدل ربع البديل ويقسط الباقي اقساطاً سنوية متساوية لاتزيد على

سبعة اقساط ويسجل الوقف باسمه ولكنه يعتبر مرهوناً من الدرجة الأولى لقاء بدل الأقساط الباقية ويشار الى ذلك في قيود الطابو ، و اذا 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 البديل كله» .

وتقضى المادة التاسعة من هذا القانون بأن «لديوان بقرار من المجلس - ويريد مجلس الأوقاف الأعلى - صرف بدلات الاستملاك والاستبدال والحلص الخيرية لشراء عقارات له او تشييد ابنية على الاراضي الموقوفة» . كما تقضى المادة العاشرة منه بأنه «لا تنفذ الحجج الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف ما لم تبلغ الى ديوان الأوقاف بعد صدورها» .

بسماعه ببعض الوقف في تعبير 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 المتولى على الوقف لا يملك اعطاء ثمن المباع او بعضه الى المستحقين ولا صرف شيء منه لعمارة وقف آخر ، لأن يده عليه يد امانة 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 ويشترى بالغلة بدل يقوم مقام الأول»^(١) .

غير أن ما جاء في بعض كتب الفقه الجعفري يدل على نظرة أشمل وأبعد مدى ، فيما يخص الاستعانة ببعض الوقف في تعمیر البعض الآخر ، مما تقدم ذكره . فقد ذكر المرحوم الموسوي في ذلك مانصه « إذا خرب بعض الوقف بحيث جاز بيعه واحتاج بعضه الآخر الى تعمیر ، ولو لأجل توفير المنفعة ، لا يبعد أن يكون الأولى بل الأحوط أن يصرف ثمن البعض الخراب في تعمیر البعض الآخر»^(٢) . 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 لاضير 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 منها للمصلحة العامة^(٣) .

(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 المختار لابن طابدين ج ٣

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^(١).

يتبين لنا من هذا انه متى كانت الحاجة ماسة الى اخذ جزء من
المسجد لتوسعة الطريق واستقامته تيسيراً على المارة ووسائل 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
لولاية الأمر ان يقدروا هذه المصلحة العامة الواضحة، التي عاجلها
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 المرزوق 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 بالمرزوق ، 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 المرزوقة 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 : المرزوقة المستحقون أو المستحقون من المرزوقة^(١) ، فلا شك أنه يريد هنا المرزوق الفعلي أي المستحق الذي يتناول جزء معيناً من غلة الوقف .

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

وعلى كل حال فإن بحث الاستحقاق في الوقف يتطلب منا معرفة عدة نقاط ، فعلياً 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 المصنف من الوقف الذري ؟ لهذا سنتناول في هذا الفصل بحث هذه النقاط الأربع في أربعة مباحث بالتعاقب .

المبحث الأول

ببوت الاستحقاق في غلة الوقف

ببوت 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 مخالفاً 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 بلده أو على الجامع الفلاني مثلاً ، صح وقفه واتباع شرطه ، فلا يجوز إعطاء شي 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 الاصلية أو الملحقه بها إن وجدت ، إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق ابتداء ، وإلا فمن جميع الوثائق المعبرة 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 المعبرة 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 مسطين عليه تسليطاً شرعياً أي قد نصبوا ممن يملك الولاية الشرعية في تنصيبهم^(١) .

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 المعبرة قانوناً^(٢) .

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

(٢) انظر احكام الأوقاف للاستاذ العاني ص ١٣٩ .

المبحث الثاني

مررقة المستحقين للغة

استحقاق الموقوف عليهم بالتعيين :

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

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

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

قرايتي العميان ومن بعدهم الى الفقراء ، فانه يكون قد خص بوقفه هذا الصغار من اولاده او العميان من قرايته 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 الطارىء 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 بلدي 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 شفى او اغتنى وقت ظهور الغلة^(١) .

هذا وقد ينص الواقف بوقفه نفسه اي يجعل وقفه على نفسه ، وقد يجعله على ولده او اولاده ، او يقف على ذريته او نسله او عقبه ، او على اهل بيته او قرايته ، 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 ١٦٠٩ .

اولاً - 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^(١) . وحجتهم في ذلك هي ان الوقف تمليك منفعة بطريق التبرع ، فاشتراط الواقف الغلة لنفسه يبطله لانه لا يصح ان يتملكها لنفسه من نفسه ، إذ التمليك يقتضى 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^(٢) .

وقال فريق آخر من الفقهاء بصحة الوقف على النفس^(٣) ، 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 رضی 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 المعلى ج ٩ ص ١٧٥ .

ان يجعل لنفسه نصيباً في وقفه^(١) .

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 مادام 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 مضافة او مستشفى ووقف عليها عقاراً من ملكه وشرط ان له ان ينزل في المضافة او يعالج في المستشفى صح وقفه مسم ان فيه انتفاعه بريم وقفه ، فلا فرق بين ان يجعل ربيع وقفه لنفسه خاصة وان يجعله لنفسه مم 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 شي . 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 يشار كه
فيها من هو دونه في الدرجة ، لأن أعمال 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 - اصهار الواقف - لا الى الواقف . ويقول فريق آخر من الفقهاء
بدخول اولاد البنات في الاستحقاق مع أولاد الأبناء ، لأنهم
يعتبرونهم أولاداً للواقف ^(١) .

(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 اخرج به
البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابى موسى الأشعري قال : قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : ابن اخت القوم منهم » .

وإذا لم يوجد للواقف ولد صلي 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 فيهم . ولكن إذا حدث له ولد بعد ذلك رجعت الغلة اليه ، على الوجه الذي بيناه في حكم الوقف المنقطع الأول^(١) .

ثالثاً - 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 أولاده جميعاً على عدد الرؤس ما داموا ، فإذا انقضوا صرفت للفقراء . ولا يستحق اولاد 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 يستوى 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 عينها باسميهما او بالاشارة اليهما ، صرفت الغلة كلها لهما دون اولاده الباقين ومن بعدهما للفقراء . وان لم يعينها 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 وولد ومن بعدهم الى الفقراء ، فان الغلة تقسم في هذه الحالة على جميع ذريته الموجودين وقت الوقف (الذكور والاناث 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^(١) .

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 الصليبين 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 المرحم السابق ص ١٢٨ « انه لما سمي ثلاث درجات وجدت الكثرة فصاروا بمنزلة الفخذ فيتعلق الحكم بنفس الانساب 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 الصليبين فقط^(١) ، ولا يحمل على الأحفاد إلا إذا وجد في كلامه قرينة تدل على ان لفظه (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^(٢) .

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 شي . للفقراء . ويذهب البعض الى ان الولد الواحد يعطى نصف الغلة ويكون النصف الآخر الى الفقراء ، لأن لفظ (أولادي) جمع وأقل الجمع إثنان^(٣) .

ولو ذكر الواقف لفظه (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 الربيع ، 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 الصليبين يتناول أبناء الواقف وبناته جميعاً ، لأن هذا اللفظ ينصرف الى الذكور والإناث بطريق التغليب ، إذ الغالب ان البنات اذا جمن مع البنين ذكروا بلفظ التذكير^(١) .

اما اذا قال : وقفت على (بنى) 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 شي . للبنات كما لا يعطى في الحالة الثانية شي . 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 - 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 وإخوات صرفت الغلة لهم جميعاً لقوله سبحانه وتعالى في الآية الأخيرة من سورة النساء « وان كانوا إخوة رجالا ونساء » .

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

ويستحق غلة الوقف في هذه الحالة كل من كان موجوداً وقت
الوقف من اولاد 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 اولاد أخيه وأولاد
أولادهم الموجودين والذين سيوجدون فيما بعد ذكوراً وإناثاً .
أما اذا خصص الواقف بأن قال : وقفت على اولادي الذكور
ونسلهم ، فان الغلة تصرف في هذه الحالة على اولاده الصلبيين الذكور
دون الاناث وعلى اولادهم الذكور والاناث معاً وعلى اولاد اولادهم
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 اولاد
البنات . ذلك لأن الواقف قد خص بوقفه هذا من يعقبه في نسبه ،
والذي يعقبه هو من كان أبوه من اولاده الذكور فقط ، اذ ان
أولاد الاناث لا يعتبرون عقباً له لأنهم ينسبون الى غيره . ولكن

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

وكذا الحكم فيما اذا كان وقفه بعبارة (على من ينسب الى) 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 والقربة :

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 دارى هذه وقفاً على آل بيتى ومن بعدهم الى المسجد الفلاني مثلاً ، صرفت الغلة الى أهل بيته جميعاً لا فرق بين غنيهم وفقيرهم ما لم يخص . فيدخل في استحقاق غلة الوقف أبوه وأبو أبيه وان علا وولده لصلبه وولد ولده وان نزل ، الذكور والاناث والصغار والكبار على حد سواء^(١) .

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 وقت امرأة على أهل 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 استحياساً . ولو وقف شخص على آل فلان مثلاً ، دخل في الاستحقاق من غلة وقفه جميع افراد عائلته إلا هو ، لأن الوقف كان على أهل بيته فقط - انظر احكام الأوقاف للاستاذ العاني 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 ^(١) .

ولو خص الواقف بوقفه الأقرب قرابة منه فإنه ينظر الى
الأقرب إليه درجة من جهة الرحم فيعتبر مستحقاً في غلة وقفه ،
سواء أكان من اصحاب الفروض ام من ذوى 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 بنت تدلى الى الواقف
بالبنت اي بواسطة واحدة فقط ، في حين ان ابن ابن الابن يدلى
إليه بابن الابن اي بواسطة اثنين ، فهي اقرب إليه منه وان كان هو
الذي يستحق الميراث دونها عند جمهور الفقهاء ، لان الوقف ليس
من قبيل الميراث .

ولو تساوى 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
الاقربىة من الواقف مطلقاً .

(١) يقول المرحوم الشيخ احمد ابراهيم و المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٩٠
و ٩١ ما نصه « ولو وقف على اقاربه او ذوي قرابته دخل في وقفه كل من ينتسب
إليه ما عدا ابويه واولاده لصلبه فانهم لا يسمون اقرباء اتفاقاً وكذا من علا من جهة
ابويه ومن سفل من جهة اولاده على قول الشيخين (ويريد بها ابا حنيفة و ابا يوسف)
خلاقاً لمحمد فانه عداهم 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^(١) .

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 امرأ 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 قائلاً :
« لان لفظ اقرب الناس الى يطلق عرفاً على الولد والاب والام دون لفظ قريب . وعلى
هذا لو وجد لواقف بعد موته عدد من اقاربه يستحق وقفه اقربهم جهة ، اي جهة
البنوة ثم جهة الأبوة ثم جهة الاخوة ثم جهة المومة . فان كانوا من جهة واحدة
يستحق وقفه اقربهم درجة ، فان كانوا من جهة واحدة ودرجة واحدة يستحق وقفه
اقوام قرابة ، وان كانوا من جهة واحدة وفي درجة واحدة وقوة قرابتهم واحدة
اشتركوا في الاستحقاق » .

المبحث الثالث

ترتيب المستوفين في غلة الوقف

تقديم بعض المستوفين على بعض :

لا صعوبة ولا إشكال في توزيع غلة الوقف على المستحقين متى تبين 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 والبنات مع أمها على السواء عند الإطلاق او بالنسبة التي يعينها الواقف عند التقييد ، كما لو جعل الغلة بينهم بحسب الفريضة الشرعية فيكون المذكور مثل خط الأثنيين . 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 شي . 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 مرتباً كذلك فيما يليها من الطبون .

(ب) الترتيب بـ (بعد) ، كما لو قال : وقفت هذه الدار على اولاد فلان بطنا بعد بطن او طبقة بعد طبقة ومن بعدهم الى الفقراء . فتعطى الغلة في هذه الصورة الى من عينهم الواقف أولاً ، ولا يعطى شي . 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 وولد وان نزل فنصيبه لولده اعتبر شرطه ، وينتقل نصيب المتوفى في هذه الحالة الى ولده ونسله واحداً كان او اكثر منضمماً 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

يضم الى سهام المستحقين في طبقتهم ولا ينتقل الى أحد من أفراد الطبقة التالية .

(ج) الترتيب ب (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 وقضاً ، كيف يكون إذاً ترتيب الاستحقاق في الوقف المصفي؟ أو بعبارة أخرى؛ من هم الذين يستحقون في الوقف الذري أو المشترك الذي أجاز المشرع العراقي تصفيته بمقتضى المادة الثانية^(١) من المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٥ . هذا ما سنبينه الآن في المبحث التالي .

المبحث الرابع

المستحقون في الوقف المصفي

المراد بالوقف المصفي واتجاه المشرع العراقي في اعتباره ارساً أول الامر :
نريد بالوقف المصفي هنا الوقف الذري أو المشترك الذي أجاز المشرع العراقي تصفيته واعتباره منتهياً بناء على طلب ذوي

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

الشان^(١) ، سواء أكان الموقوف متخرباً كلياً أو جزئياً أم عامراً موفور الغلة ، وصيرورته ملكاً للمستحقين فيه وتقسيم أعيانه أو ائمانها عليهم. أو بعبارة أعم هو الوقف الذي كان مخصصاً كله أو بعضه لأشخاص معينين من الأولاد والذرياري وانتهى حكمه ، باعتبارهم وقفاً ، وصاراً ملكاً للمستحقين فيه .

لكن من هو المستحق؟ هل هو الذي كان يتناول جزءاً من غلة الوقف بالفعل (المرتزق الفعلي) حصراً؟ أم يشمل غيره أيضاً؟

لقد اتجه المشرع أول الأمر إلى اعتبار المصفي من الوقف ارثاً لورثة الواقف ، إذ قضى في المادة التاسعة من قانون جواز تصفية الوقف الذري رقم (٢٨) لسنة ١٩٥٤ بأن « يقسم الوقف المصفي على ورثة الواقف الأحياء منهم عند نفاذ هذا القانون كل بحسب استحقاقه الشرعي من الموارث من أعيان الوقف أو ثمنه ، بغض النظر عما إذا كان الوارث مستحقاً للارتزاق أو لم يكن . ولا يسرى حكم هذه الفقرة على ورثة المتوفى غير المستحق للارتزاق قبل نفاذ هذا القانون . أما إذا كان الموقوف عليهم من غير ورثة الواقف فيجري التقسيم عليهم على الوجه التالي : »

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

(١) بنيت المادة الثالثة من المرسوم المذكور من لهم حق إقامة دعوى التصفية بقولها « على المحكمة بناء على طلب أحد المستحقين من المرتزقة أو أحد ورثته المستحقين بموجب هذا المرسوم تصفية الوقف الذري أو المشترك سواء أكان منشأ قبل نفاذ هذا المرسوم أم 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^(١) حسب قواعد الميراث المعروفة في الفقه الاسلامي . على اساس ان التصفية تؤدي الى اعتبار المصفى من الوقف ملكاً موروثاً للموقوف عليهم ، و الملك 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 تشريكيًا . 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 لالارتزاق 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 شروط الواقف من تساوي ومفاضلة ولا ينظر الى كون الوقف تشريكيًا أو ترتيبيًا .

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 الوقائم العراقية في ١٩٥٤/١٢/٣ .

-وتحقيق العدالة وذلك بالمرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٩ الذي ألغى بموجبه القانون المذكور، وجعل المصفي من الوقف يعود للمستحقين الفعليين ولورثتهم مع بعض الاستثناءات .

-عائدية المصفي من الوقف بموجب المرسوم :

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

« يعود المصفي 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 - 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 - شرط الح-رمان في الوقف التشريكي باطل . فالحرور يشارك من في درجته من المرتزقة المستحقين ، للذكر مثل حظ الأنثيين » .

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

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

واذا توفى احد المرتزقة الفعليين او بعضهم بعد طاب التصفية وقبل تمامها فان المتوفى منهم يحسب له نصيبه في المصفى ، ويعتبر ما استحقه تركته يريثها عنه جميع ورثته الشرعيين حسب الأحكام الشرعية المعمول بها عندنا في الوقت الحاضر . وهذا أيضاً تطبيق للأصل للمذكور .

ومع ان هذه هي القاعدة التي سار عليها المشرع العراقي في اثبات احقية المرتزقة الفعليين في غلة الوقف بالنسبة لاستحقاقهم لأعيانه او ائمانه 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)^(١) 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 (٣٣٦٥) من الوقائم العراقية .

منهم طبقة واحدة فقط ، نصيب في المصفي 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 ، و كان احد المرتزقة من نفس طبقتهم او اعلى منهم طبقة واحدة قد توفي قبل نفاذ هذا المرسوم ، فانه يحسب له نصيبه في المصفي 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 المصفي ، 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 تملك المصفي ، على ان تكون مشار كته للمستحقين الذين هم في طبقته بنسبة سهمين المذكور 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 طبقته وتأخذ نصيباً يساوي نصف نصيب الواحد منهم .

ما يستوفى من الوقف المصفى لادامة جبهة 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 حدد لها جزء نسبياً من مجموع الربيع كالجس والثلث مثلاً ، اما اذا لم يعين هذا الجزء النسبي فعلى المحكمة في هذه الحالة ان تقتطع جزء 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 الاحكام 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

الإحوال^(١) ، على ان يعين بنظام خاص وجه صرفها لجهات خيرية واجتماعية .»

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

« ج - 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 - 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 - 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 المصفي ، إذ نصت على ان :

« أ - تنفذ المحكمة حكم التصفية بتقسيم المصفي من الوقف ان كان قابلاً للقسمة والا فيباع بالزيادة العينية وفق القانون .»

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

« ج - تعتبر عقارات الوقف المتعددة كتلة واحدة في التقسيم ، وللمحكمة ان تعدل هذه القسمة بالفقد .»

« د - يقسم الوقف المشترك عيناً بين الجهة الخيرية والذرية اذا كان قابلاً للقسمة ، ثم ينظر في تقسيم ما خص الجهة الذرية وفقاً لأحكام الفقرة (أ) السالفة . وإذا لم يكن قابلاً 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^(١) . علماً بأن المادة التاسعة 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 صفى من اوقاف ذرية ومشاركة لشراء عقارات للوقف او لتشييد أبنية على الأراضى الموقوفة .

(١) وقد نصت المادة الرابعة من هذا النظام على انه « إذا كان للوقف المصفي جهة خيرية مساهة ينتهي اليها فتصرف نسبة الربح الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على تلك الجهة » . ونصت المادة الخامسة منه على انه « إذا لم يكن للوقف المصفي جهة خيرية مساهة ينتهي اليها فتصرف نسبة الربح الصافي التي تصيب الحصة المستوفاة من ذلك الوقف على المؤسسات الاسلامية الخيرية للفقراء كؤسوسات الأيتام والمعجزة والمقعدن والعميان وغيرها بقرار من مجلس شورى الأوقاف (مجلس الأوقاف الأعلى) في كل سنة » .

الفصل الخامس

اقسام الوقف والولاية عليه

المبحث الأول

اقسام الوقف

يُقسم الوقف الى عدة أقسام من جهات مختلفة ، فيقسم :

(أ) من حيث جهة مصرفه الى وقف خيري وذرّي ومشارك .

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 رقبتهما وحقوق التصرف فيها له . فقد عرفت الفقرة الرابعة من المادة الأولى 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 العقارية .

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 بأذنههم . فهذا الوقف في الواقع يعتبر في حكم الأراضي الأميرية ، إذ تكون رقبتها مملوكة للدولة وحقوق التصرف فيها أو عقرها أو رسومها وأعضائها فقط أو كل هذه الحقوق مجتمعة موقوفة ومخصصة لجهة من الجهات . ويسمى هذا النوع من الوقف بالإرصاد أيضاً ، « 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 والقرى والأيتام وطلبة العلم »^(١) .

وعليه فإن مثل تلك الأراضي لا تعتبر من الأوقاف الصحيحة ، لأن وقفها إنما هو بمعنى تخصيص منافع قطعة مفرزة من أراضي الدولة كأعضائها وضرائها من قبل السلطة الحاكمة إلى جهة معينة ، وتعود الرقبة فيها للخرينة^(٢) . وقد عرفت الفقرة الخامسة من المادة السابقة

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

(٢) تسمى الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح بالتخصيصات أيضاً أو الوقف الارصادي . فإذا 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 ، فإن الارصاد يعتبر صحيحاً . ليس لولي الأمر إبطاله إذا كان قد صدر عن من هو قبله ، =

الذکر الوقف غير الصحيح بقولها « هو حق التصرف والعقر 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 والملاجي . . وقد حددتها الفقرة الثامنة من نفس المادة المذكورة بقولها « المؤسسات الدينية والخيرية هي المساجد والتكايا والمدارس الدينية ودور التهذيب والمكتبات والسقايا والميآتم والملاجي ، 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 المسقفات كالذور والذكاكين او من غير المسقفات كالأراضي والبساتين ام كانت من المنقولات كنفود 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 والعتقاء 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 بإدارته 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 الأوقاف » .

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

« هـ - اعيان الجهات الخيرية الآيلة للأوقاف 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 لاعلاقة له بالوقف والمشروطة توليته لذي منصب بالاضافة الى منصبه او لاحد موظفي المعابد بالاضافة الى وظيفته »^(١) .
أما الملحق فهو الذي يقوم بإدارته متولٍ 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 لا تولية لأحد على الوقف غير الصحيح أبداً ، ولا على الوقف الذي استمرت دوائره الأوقاف على ادارته خمس عشرة سنة دون انقطاع مهما كانت جهة مصرفه ، ولا على أوقاف الحرمين الشريفين المكي والمدني أو أحدهما ، ولا على ما يتول من أعيان للحصص الخيرية في الوقف المصفي ، إذ الولاية أو التولية في ادارة هذه الأنواع كلها تكون للدوائر التابعة لديوان الأوقاف .

علماً بأن ادارة الأوقاف الملحقة قد تنتقل من المتولى الى دوائر الأوقاف في بعض الأحوال ، كانهلال التولية بموت المتولى وكان من شرط له صغيراً أو كان هناك خلاف بين طالبيهما ، 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 :- »

« ١ - المضبوطة » .

« ٢ - الملحقة خلال انحلال توليتها أو سحب يد المتولي عنها بقرار من مجلس المحاسبة^(١) أو من المحكمة الشرعية ويستوفى ١٥٪ من مجموع وارداتها لقاء الإدارة » .

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 شؤونه . أما الولاية على الوقف فعبارة عن وصف يثبت لصاحبه - الذي يسمى متولياً أو ناظراً أو قيماً^(٢) - بمقتضاه الحق في وضع اليد على الموقوفات والقيام بشؤونها من حفظ وإدارة 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 إدارة الأوقاف على أنه « تؤلف لجان برئاسة القاضي وعضوية المدير والمحاسب في المديرية ومن الأمور وموظف آخر يعينه رئيس الديوان في الأمور والمحاسبة المتولين والنظر في 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 أن يحمل لفظ الناظر على المشرف ، عملاً بقاعدة التأسيس أولى من التأكيد . فيكون للقيم أو للمتولى حق إدارة الأعيان الموقوفة والقيام بشؤونها فملا تحت إشراف الناظر ، وليس لهذا الأخير حق التدخل في أعماله لأنه مشرف فقط . انظر 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 - وهي التي تثبت لولي الامر
والقاضي . وخاصة - 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
اشترطها لنفسه في حجة وقفه أم سككت 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 المستحقين 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 باشرطها لنفسه على رأي البعض الآخر ، فإن
له ان يدير الوقف بنفسه كما له ان يديره بواسطة غيره بأن يقيم وكيلاً
عنه . فاذا أقام وكيلاً عنه لادارة شئون وقفه فإن هذا لا يمنع من
ان يباشر هو أيضاً ما يريد مباشرة ، لأن التوكيل لا يقطع حتى
الموكل فيما وكل غيره فيه . وان تولى شئون وقفه بنفسه ثم ظهرت
خيانته أو تبين عدم قدرته 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 - او اثناء حياته إن اشترطها لغيره - 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 المتولى ان يكون رجلاً ولا بصيراً ولا مسلماً ، لأن الولاية على الوقف نوع خاص من الادارات المالية التي يستوى فيها كل من تحققت فيه شروط القدرة على الادارة بنفسه أو بوكيل عنه^(١) .

لهذا لو شرط الواقف النظر على وقفه لشخص يديره في حياته - حياة الواقف - وبعد مماته ، صحت هذه التولية المشروطة ووجب احترامها بالاتفاق . إلا ان التخريج الفقهي لصحتها يختلف باختلاف كون الولاية تثبت للواقف بحكم الشرع او باشرطها 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 ببطان تولية او وصاية الصبي الذي يمينه الواقف تحقيقاً لرغبته ، بل جعلوا للقاضي ان يولى 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 كان 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 الوصى ، وان يكون قد قبل
الوصاية ، كما هو الحكم تماماً بالنسبة للوصى المختار .

وإذا لم يشترط الواقف التولية لأحد من بعده ولم يوص به
وليس له وصى مختار^(١) ، 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 .

شروط الواقف في اسناد التولية :

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

(١) متى أقام الشخص وصياً مختاراً لإدارة تركته ثبت لهذا الوصي الحق في إدارة
موقوفاته أيضاً ، لأن الوصي المختار لا يقبل التخصيص على القول المفتى به ، اي يكون
وصياً عاماً ما لم ينهه الوصي صراحة عن النظر في غير ما حدد له من اعمال . ثم ان الوصي
حين يقيم وصياً مختاراً ويرضى بإدارته لتركته بعد موته يعتبر راضياً ضمناً بإدارته 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 وادارتها 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 اولاده وأولاد اولاده ، بل يعينه بوصف مفضل كالرشد^(١) ، كما لو قال : جعلت التولية على وقفي للأرشد فالأرشد من أولادي . فاذا ثبتت أرشدية واحد منهم كانت التولية له ، ولو استوى اثنان من اولاد 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 إذا صفة قائمة بدات الرشيد . ولهذا لا يجوز للمتولي الذي تحقق فيه هذا الوصف المفضل ان يفوض الأمر الى غيره لا أثناء حياته ولا بعد مماته ، وانما تنتقل التولية لمن تثبت أرشديته عملاً بشرط الواقف - انظر المرجع السابق ص ١٠٥ .

الاشترالك عند الاستواء في الأرشدية بما إذا لم يكن الترجيح بكبر سن أحدهما أو علمه بأمور الوقف ، فان كان كذلك فهو الأول 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 ، لا يجوز أن ينزع الوقف منه استقراراً للمعاملات التي يتولاها ومراعاة لمصلحة الوقف . ولكن لو أثبت هذا المدعي أرشديته بالبينة بعد زمن طويل نسبياً ، كمرور سنة على تولية الأول ، وحكمت المحكمة بذلك ، تنتقل حينئذ التولية إليه^(١) .

كيفية نصب المتولى وعزله :

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

فإذا كان الوقف ذرياً فان الاستفادة من الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون ذيل قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية هو ان تنصيب المتولى وعزله من وظيفة المحكمة الشرعية . إذ تضمن البند الثالث من هذه الفقرة ، التي تولت بيان اختصاصات المحكمة الشرعية ، على ما يأتي : « التولية على الوقف الذري ونصب المتولى وعزله ومحاسبته وترشيح المتولى على الوقف الخيري » .

ويكون تنصيب المتولى على الوقف الذري من قبل المحكمة

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

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

اما إذا كان الوقف خيراً 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^(١) في دوائر الأوقاف ليبت في نصب المتولى على ضوءه . فان اقره قدم الى مجلس الأوقاف الأعلى^(٢) للمصادقة عليه ثم يصدر

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

(٢) تنص الفقرة (أ) من المادة الرابعة من النظام للشار 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 - أحد مدطلي الدرجة الاولى من درجات قانون الخدمة المدنية .
- ٦ - خبير بالاملاك .
- ٧ - مدير الامار والهندسة العام .
- ٨ - مدير الادارة الذاتية والمؤسسات .
- ٩ - مدير الحسابات .
- ١٠ - مدير الاملاك .
- ١١ - مدير الحقوق .

حرسوم جمهوري باسناد التولية الى مستحقها .

وتبدأ الاجراءات المذكورة تباعاً 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^(١) .

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 للمادة السابعة والعشرين من قانون الخدمة في المؤسسات الدينية والخيرية رقم (٥٥) لسنة ١٩٦٦ قد ألغت نظام توجيه الجهات وتمديلاته ، 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 نظاماً خاصاً سيصدر بشأنهم كما ذكرت الفقرة الاولى من المادة السادسة عشرة من قانون ادارة الاوقاف ، ولكن الظاهر ان النظام للشار اليه لم يصدر بعد . ولهذا فلا مناص من العمل بموجب احكام نظام توجيه الجهات الى ان يصدر ذلك النظام الخاص تطبيقاً لنص للمادة الثامنة عشرة من قانون ادارة الاوقاف الذي يقضي بأنه « يلغى قانون ادارة الاوقاف رقم (١٠٧) لسنة ١٩٦٤ وتمديله ويبقى العمل بالانظمة الصادرة بموجبه الى ان تستبدل بغيرها .

القانون بقوله « يعتبر الوقف من الاوقاف الجعفرية إذا كان الواقف جعفرياً ، 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 متولى الوقف الجعفري المنحل بقرار من المحكمة المختصة ، وذلك بعد تزكيته من المجتهد الديني الأعلى المقلد في تلك الفترة للطائفة التي ينتمي اليها الواقف » .

ويعزل المتولى إذا كان منصوب الواقف من قبله ، وله ان يعزله متى شاء ، ولو دون سبب لائنه 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 .

وللمتولى ، سواء اكان منصوب الواقف ام القاضي ، ان يوكل غيره في كل صلاحياته التي يملكها بحجة التولية او في بعضها ، وتنظم العلاقة بين المتولى والوكيل في هذه الحالة احكام الوكالة . واكن ليس للمتولى 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 للمتولى من التصرفات وما لا يجوز :

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

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

و اذا كانت يد المتولى على الوقف يد امانة ، فان عليه ان ينفذ
كل شرط اشترطه الواقف في حجة وقفه ما دام صحيحاً ومعتبراً
شريعاً . 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 لا تزيد 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 والحراث 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 ومصالحة للموقوف عليهم^(١) .
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 أن يستأذن القاضي إن لم يكن الواقف أجاز له ذلك .
ولا يجوز له أيضاً 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 الإقرار أي أنه
لا ينفذ في حق الوقف . بعكس إقراره للوقف فإنه صحيح ، كما لو
أقر بعقار في يده بأنه للوقف ، إذ يعتبر إقراره ويعد العقار وقفاً .
وبالجملة فإنه لا ينبغي 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 الربية والتهمة .

الأهر الزى يستحق المتولى :

يستحق المتولي على الوقف أجراً لقاء قيامه بشئونه ، والأصل

(١) جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون إدارة الأوقاف ما نصه
« للديوان والمتولي بقرار من المجلس (مجلس الأوقاف الأعلى) أن يملك حقوق
للنارسة رضاء او قضاء بعد دفع تمويض عادل للمناسر » . ونصت للمادة الحادية عشرة
من نفس القانون على أن « للمتولي شراء الأملاك او تعمیرها او ترميمها او انشاء
للبناني ، على ان يحصل على موافقة الديوان إلا اذا كانت كلفة الترميم لا تتجاوز مائة
دينار ، 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 مبلغاً معيناً من النقود يدفع له شهرياً أو سنوياً، وقد يكون مقداراً نسبياً من غلة الوقف كالحمس والعشر مثلاً .

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

وإذا كان الواقف قد شرط للمتولي أجراً استحققه حتى لو كان أكثر من أجر المثل ، بل حتى لو اعترض المستحقون على هذا الأجر ، لأن استحقاقهم الذي جعله لهم الواقف في غير ما خصه أجراً للمتولي . ولذلك لا يجوز للقاضي أن ينقص شيئاً من أجر المتولي الذي عينه له الواقف ، إذ تعتبر الزيادة في هذه الحالة ارتزاقاً في الوقف ، ومعلوم أن المرتزق يستحق في غلة الوقف من غير عمل يطلب منه .

ولو طالب المتولي بأجر أكثر مما شرطه له الواقف ، على اعتبار أن المشروط أقل من أجر المثل ، كان للمحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا أثبت مدعاه و كان ما طلبه هو أجر المثل بالفعل .

أما إذا لم يشترط له الواقف شيئاً فللقاضي أن يقدر له من غلة الوقف أجر 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 نسبياً مضافاً الى غلة الوقف لا يحل له إلا ان يأكل بالمعروف ، ولو لم يكن محتاجاً ، وليس له اجر على توليته^(١) . هذا وان المتولي إنما يستحق الأجر ما دام قائماً بإدارة الوقف بنفسه او بمن ينوبه 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 .

الإشراف 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 :

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

« ٢- 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 ج 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 للمراد ان يأخذ منه بقدر عمله ، والأول اولى كذا في الفتح » .

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

« ٣- 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 - بواسطة موظفي الدوائر التابعة له - رسماً قدره ١٠٪ من صافي فصلة واراداتها ، 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 واراداتها 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 . فجاه 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
مادام حياً .

وقد خول المشرع اللجان المؤلفة في المديرية والمأموريات النظر
في تصرفات المتولين وسلوكهم والشكاوي التي تقدم ضدهم بمقتضى
الفقرة الرابعة ، رعاية جانب الوقف وحماية لمصالح الموقوف عليهم .
وذلك لأن من يشتهر بالادمان على المسكرات أو المقامرة أو
الابتذال وعدم المبالاة مثلاً لا يصلح ان يكون متولياً . ومن
الشروط الواجب توافرها في المتولى 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 السالك
لأنه يخل بالمقصود .

على ان المشرع قد فتح باب التظلم أمام المتولى 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 للمتولى ومعه :

الخصم في دعوى الوقف ، سواء أكانت متعلقة بعينه أم بغلته ،
هو المتولى دون غيره ، ويعتبر رئيس ديوان الأوقاف متولياً لكل
وقف لا متولى له . وليس للموقوف عليه ان يكون خصماً في دعوى
الوقف ولو كان الوقف عليه وحده ، إلا أذن له القاضي بالخصومة
أو كان هو المتولى 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 المتولى بذلك فيكون وكيلاً عنه ، وفي هذه الحالة يستمد حقه في الخصومة من موكله (المتولى) لا من استحقاقه في الوقف .

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

وإذن القاضي هنا يعني نصبه متولياً مؤقتاً لا مكان النظر في الدعوى وحسمها ، وذلك بما له من ولاية عامة مخول بمقتضاها أن يأذن لمن يشاء من المستحقين أو من غيرهم بخصومة متولى الوقف الذي تحوم حوله الشبهات .

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

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 أيجارها للمستحقين .

على أن الانتفاع بالوقف أو استغلاله إنما يكون بحسب ما تصاح 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 ابقاءً 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 بينا . ما تهدم منها .

وعليه فإننا 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

إجارة أعيان الوقف :

نقول باديء بدو، 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 أو بعضهم اجر العين الموقوفة دون توكيل من المتولي كان عقد الاجارة باطلاً ولا يثبت حقاً للمستأجر، وكذا لو تسلم احدهم أو بعضهم الأجرة فان ذمة المستأجر لا تبرأ إلا إذا كان ذلك باجازه 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^(١)، 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 المسققات كالدور
 والحوانيت اكثر من سنة واحدة وباقي المستغلات الاخرى
 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 شـجـهـة 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 انتهاء العقد عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة
 (٧٤٠) مدني^(٢) .

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

(٢) ونصها « إذا عقد الایجار 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 المالك ، 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
للعماره أو الترميم ولم يكن للوقف ما يعمر به ، وليس هناك من يقبل
استئجاره وتعجيل دفع أجرته ، وتعذر استبداله بغيره اسبب 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 المزارعة والمساقاة والمغارسة .

الحكر أو التحكيم (المقاطعة) :

من المقرر في كتب الفقه الاسلامي ان الأرض لو أجزرت
لشخص مامدة معينة لغرض البناء أو الغراس ، ورجب المستأجر بعد
انتهاؤها 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^(١) - يذهبون الى أنه إذا انتهت مدة الاجارة وكان للمستأجر عمارة أو غراس وضعه في الأرض باذن من متولى الوقف ، فانه يكون أولى من غيره باستئجارها بأجر مثلها إذا كان لا يجشى 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 تقيدهمدة معينة ، وذلك بتمليك المحتكر حق البقاء ، والقرار في الأرض المحكرة له ما دام ملتزماً بدفع أجر المثل^(٢) .

فالحكر بمفهومه العام يعني ترك الأرض الموقوفة في يد مستأجرها ، وعدم اجلائه عنها ، ما دام قائماً بدفع أجره مثلها . ويمكن تحديده فقهاً أو شرعاً بأنه عبارة عن عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء ، والغراس أو أحدهما ، سواء خصصت الأرض للحكر ابتداءً أو أجزت مدة معلومة لأحد الغرضين المذكورين أو لهما معاً ، ثم جددت الاجارة على نفس النحو السابق . وحكم الحكر أو التحكير هو ان أجره الأرض المحكرة لا تبقى ثابتة في جميع الأحوال ، بل تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال ، فقد تزيد أو تنقص بارتفاع أجره الأرض أو انخفاضها . والعبارة 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 المتولى باذن القاضي للضرورة ، بأن تنخرّب اعيان الوقف ويتعطل الانتفاع بها كلياً ولم يكن للوقف ما يمرها به ، وليس هناك احد يقبل استئجارها بأجرة معجلة تقوم بمآرتها ، ولم يمكن استبدالها .

ذلك للزيادة التي يكون سببها ارتفاع أجرة الأرض في ذاتها لتغير حالة مكانها وكثرة الرغبات فيها ، لا بسبب ما أحدثه المحتكر من الإصلاح 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 ببديل أو بدونه وله ان يرهنه أو يقفه ، فهو بمثابة (مقاطعة) له يستغلها ويتمتع بها بملء حرية . واذا مات المحتكر انتقل ما أحدثه ميراثاً لورثته لأنه ملكه ، فيعتبر - دون الأرض - تركة عنه لمستحقيها .

ولكن لو تحرب أو احترق البناء أو الغرس وامتنع المحتكر أو ورثته عن دفع اجر المثل ، انفسخ العقد واعيدت الأرض الى الوقف خالصة دون ان يتعلق بها حق للغير . وكذلك يحكم القاضي بفسخ العقد وبنزع أرض الوقف من يد المستأجر ، متى تبين ان المحتكر أو وارثه مفلس أو سيء المعاملة أو متغلب يخشى على الوقف منه ، ويعيدها وقفاً خالصاً رفعا 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 ، وخصوصاً مع سوء الاستعمال . ولذلك فقد منع المشرع العراقي ربط أرض 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- إذا كان في الوقف حق للغير كالأجارتين والمقاطعة والإجارة الطويلة والمساقاة والمغارة فلا يباع الوقف للتصفية إذا ظهر بنتيجة المزايدة أن في البديل ضرراً يبيّن - وتبقى دعوى التصفية قائمة - فاذا زال الضرر جاز البيع » .

« ب- تبقى حقوق المستأجر أو المغارس أو المساقى أو صاحب المقاطعة في الأرض تجاه من آلت إليه الملكية كما كانت » .

« ج- تعود حقوق الوقف المرتبة سابقاً على المستأجر أو المساقى أو صاحب المقاطعة الى من آلت إليه ملكية الوقف » .

الموقوفات ذات الاجارتين :

يراد بها المسقفات وغيرها من المستغلات الوقفية التي أجرت مدة غير معينة من قبل متولي الوقف - بعد استئذان القاضي - بأجرة ، قسم منها معجل يعادل قيمة الموقوف ينفق على عمارته ، وقسم مؤجل حدد مقدماً يستوفي أقساطاً 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^(١) ، يشبه حكم الحق المقرر على الأرض
الإميرية 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 يكلف ، 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
تمويض تعادل قيمته ٢٥ بالالف من قيمة المقار مقابل حرمانه من المحدثات كالأبنية
المنشأة على الموقوف أو الاغراس التي انحلت ب وفاة المتصرفين .

الموقوفات ذات الاجارة الطويلة الواحدة :

هي المسقفات والمستغلات التي أعطيت بالاجارة الواحدة لمدة طويلة غير معينة ، لقاء اجرة سنوية محددة يدفعها المستأجر لجهة الوقف . وقد عرف 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 أهل هذا العقد منذ عهد بعيد ، ولم يبق من آثاره ما يدعو المشرع العراقي الى الاشارة اليه في قانون ادارة الاوقاف القديم الصادر سنة ١٩٢٩^(١) .

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 نلت المادة الرابعة من النظام الصادر بتاريخ الرابع من شهر رجب سنة

١٢٩٢ هـ الاجارة الطويلة القديمة .

من هذا التعريف يتبين ان متولى 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 »^(١). وتعين مدة المزارعة عادة في أصل العقد الذي يبرمه المتولى 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 »^(٢).

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.

المسافة :

نوع من أنواع استغلال البساتين الوقفية التي ضعف نتائجها بسبب إهمال نخيلها وأشجار كرومها، وذلك يتسليمها الى مساقٍ يقوم بسقيها وتأبير نخيلها وما يلزم لأشجارها من عناية، لقاء حصة شائعة معلومة من ثمرتها يستوفيهامدة محددة. وقد أجاز الفقهاء المتولى الوقف اجراءها على ان يستأذن القاضي فيما لو زادت مدتها على ثلاث

(١) المادة (٨٠٦) من القانون المدني العراقي .

(٢) الفقرة الأولى من المادة (٨٠٧) مدني عراق . 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 كما أجازوا له ان يفوض المساقى بأن يساقى غيره إن أراد^(١) .
وهي من العقود الجائزة قانوناً ، فقد نص عليها المشرع العراقي في
المادة (٨١٦) من قانونه المدني بقوله «المساقاة عقد على دفع الشجر الى
من يصلحه يجزء معلوم من ثمره» ونص في المادة (٨١٧) منه على أنه
«إذا 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»^(٢) . وقد تولت المواد
(من ٨١٩ الى ٨٢٣) من نفس القانون بيان أحكام هذا العقد تفصيلاً ،
فيمكن الرجوع اليها عند استغلال الموقوفات بهذا الطريق .

المغارسه :

لقد أجاز الفقهاء للمتولى 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 «المغارسه
عقد على إعطاء أحد أرضه الى آخر ليغرس فيها أشجاراً معلومة ويتعهد

(١) نصت المادة (٨٢٠) مدني عراقي على أنه «لا يجوز للمساقى ان يساقى
غيره إلا باذن مالك الشجر ، فان ساقى بغير اذنه فالخارج للمالك ويدفع للمساقى الثاني
أجر مثله ولا شيء للمساقى 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
ثمره يرغب في مثلها في المعاملة صحت المساقاة ويقسم الخارج بينهما على حسب شروطها ،
وان تأخر خروج الثمر عن الوقت المسمى بطلت المساقاة وللمساقى أجر مثل عمله ، وان
لم يخرج شيء اصلا فلا شيء لكل منهما على الآخر» .

بتربيتها مدة معلومة ، على ان تكون الأشجار و الأرض 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 تملك المغارس جزء من الموقوف
لأن مثل هذا الشرط يخرجها عن وقفيتها ، وإنما الذي يصح بالنسبة
للوقف هو دفع جزء معين للمغارس من الثمرة او الأشجار التي غرسها
وتعهدا بالتربية^(١) .

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 ازالة التجاوز مع تعويض عادل . اذ قرري
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 ، تمشيناً لهذا الاتجاه التشريعي
الجديد مع الأمل والرجاء بحسن التطبيق والتنفيذ .

(١) تراجع المواد (من ٨٢٥ الى ٨٣٣) من القانون المدني العراقي بشأن
احكام المنارسة .

تقضي المادة الثانية عشرة بأنه « يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على ارض موقوفة بغرسها او البناء عليها او بزرعها بالجس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على السنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او بكليتهما ، 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 اجاره ولم يسلم الأرض الى دائرة الوقف » .

المبحث الثاني

صيانة الموقوفات وعمارتها

صيانة وعمارة الموقوفات المعرة للمنفعة :

يقوم متولى الوقف بصيانة الموقوف العامر بما يحفظه من الخراب

كما يقوم بتعمير وترميم الموقوف الذي يمتد اليه الخراب بينا، ما يهدم منه او باصلاحه ، كل بحسب ما يناسبه . ذلك لأن الغرض من الوقف كما علمنا هو الانتفاع بالموقوف على وجه الدوام، ولا يتحقق هذا الا بالمحافظة عليه و اصلاحه كلما حدث فيه ما يستوجب ذلك . لهذا كانت القاعدة عند الفقهاء ، جميعاً هي انه يبدأ من غلة الموقوفات المعدة للاستغلال بعمارته 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 مسقفات واشترط الواقف تقديم عمارتها على المستحقين اتبع شرطه فيما اذا كانت العمارة ضرورية وقت قسمة الغلة ، فاذا انتهت وفضل من الغلة شي ، يصرف الفضل الى المستحقين . فان لم تكن العمارة ضرورية وقت قسمة الغلة ادخر لها المتولى قدرأ 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 شي ، 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 فعمارته 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 أن يشتري من غلته فصيلاً - نبتة
صغيرة تخرج جنب الأصل - تعويضاً لما يفسد من الشجر بامتداد
الزمان .

أما إذا كانت دار الوقف معدة للسكنى بشرط الواقف
واحتمت الحاجة إلى تعمیر ، كما لو سقط بعض جدرانها أو انهـدم نتيجة
لطول الاستعمال ، أمر القاضي من له حق السكن فيها بعمارتها ، فإن
امتنع أو كان معسراً نزعها من تحت يده وأجرها لغيره ليعمرها ببدل
أجرتها . على أن يرد لها القاضي إلى الموقوف عليه صاحب حق السكنى
بعد انتهاء مدة الاجارة ، ذلك لأن انتزاع الموقوف من يده وتأجير
للغير إنما كان للضرورة لئلا تفوت منفعتها بالمرّة ، والضرورة تقدر
بقدرها .

هذا وقد أشار المشرع العراقي إلى حق المتولي في تعمیر
الموقوف وترميمه بنص عام ، وترك أمر التفصيل في ذلك إلى
الأحكام الفقهية ، إذ قال في المادة الحادية عشرة من قانون إدارة
الأوقاف : « للمتولي شراء الأملاك وتعميرها وترميمها وإنشاء
المباني ، على أن يحصل على موافقة الديوان إلا إذا كانت كلفة الترميم
لا تتجاوز مائة دينار ، ويستثنى من حكم هذه المادة المتولي إذا كان
هو الواقف نفسه » .

عمارة المؤسسات الدينية والخيرية :

إذا كان الموقوف عليه مؤسسة دينية أو خيرية ، كما لو كان مسجداً أو مدرسة أو سقاية ، واحتاج الى تعمیر 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 لا يكون لهم ديناً على الوقف ، فلا يعوضون عنه من فضلة غلة السنوات المقبلة . وان صرف المتولى 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 يجعله 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 انتفتت الغاية التي انشئت من أجلها جاز
بقرار من المجلس (ويريد مجالس الأوقاف الأعلى) استبدالها ،
بأن تنشأ مؤسسة بدلها في محل يحتاج الى مثلها ، واذا انتفتت الحاجة
الى مثلها فتؤسس مؤسسة شبيهة بها ، وان تعذر ذلك فتبقى مستقلة
للاوقاف .



البَابُ الثَّانِي

الوصايا

يتضمن هذا الباب :

تمهيد

(الوصية)

نظرة تاريخية عامة .

الفصل الأول -- تعريف الوصية ومشروعيتها وصفحتها

والحكمة في تشريعها .

الفصل الثاني -- انشاء الوصية واثبات الملكية بها .

الفصل الثالث -- شروط الوصية .

الفصل الرابع -- تنفيذ الوصية بالمال والوصية بالنافع .

الفصل الخامس -- تزامم الوصايا .

(الوصاية)

الفصل الأول -- تحديد مفهوم الوصاية وأهمها سرعاً

وقانوناً .

الفصل الثاني -- انتهاء الوصاية .

الوصايا جمع وصية ووصاية ، من وصى وأوصى . يقال في اللغة :
وصى له بالشيء . فلاني 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 »^(١) وقوله أيضاً
« ووصى بها إبراهيمُ بنيه ويعقوبُ يا بني إن الله اصطفى لكم الدين
فلا تموتنَّ إلا وَاَنْتُمْ مُسْلِمُونَ »^(٢) وقوله سبحانه على لسان سيدنا
عيسى عليه السلام « وأوصاني باصلاة والزكاة ما دمت حياً »^(٣)
وقوله في أكثر من سورة « ووصينا الانسان بوالديه »^(٤) .

« والوصية لغةً الايصال من وصى الشيء . بكذا ، وصله به »^(٥) ،
فتقول : وصيتُ 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) . وفي قراءة « أوصى بها » أي بالملء . وللمعنى
أوصى إبراهيم بنيه وأوصى يعقوب بنيه ، إذ قال كل منها : يا بني إن الله اصطفى لكم
دين الاسلام ونهاكم عن تركه وأمركم بالثبات عليه الى أن يصادفكم للوت . أنظر تفسير
الجلالين للمحلى والسيوطي ص ١٩ .

(٣) سورة مريم الآية (٢١) .

(٤) سورة النكبات الآية (٨) وسورة لقمان الآية (١٤) وسورة الأحقاف

الآية (١٥) .

(٥) الرملي في نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣ .

الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته^(١) .

وتطلق الوصية على فعل الموصى (الايصاء) وهو « طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته »^(٢) ، كما تطلق على ما يوصى به 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 المتعدي باللام أو بالي والمتعدي بنفسه^(٣) . فتقول : أوصيت أو وصيت لفلان أو الى فلان بثلاث مالي أو بنصف أرضي أو بكل كتبي ، كما تقول : أوصيت أو وصيت فلاناً برعاية شئون أولادي بعد موتي . وقد تقول أيضاً : وصيت به خيراً أو أوصيته بالصبر الجميل ، وهو ضرب من الوصايا الأدبية ، ومثله وصية الله عز وجل بطاعة الوالدين ووصية النبي صلى الله عليه وسلم بحسن الجيرة .

والذي يهمنا في دراستنا هنا الوصايا المادية ، تملكية كانت أو عهدية^(٤) ، وهي التي تتضمن تملكاً للمال أو المنافع أو عهداً بتصرف

(١) أنظر في ذلك : نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٢ و ١٤٣ والروضة البهية للعجمي ج ٢ ص ٤٢ و بلفظة السالك للصاوي ج ٢ ص ٤٣٠ والنظم للمستعذب للركمي بهامش للهدب ج ١ ص ٤٥٦ .

(٢) ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٥٦٧ .

(٣) نفس للرجع للشارح اليه في الهامش السابق ص ٥٦٨ .

(٤) ويسمى فقهاء الجعفرية الوصية المهدية أيضاً (الوصية بالولاية) أنظر مفتاح الكرامة كتاب الوصية - المجلد التاسع - ص ٣٦٣ .

معين في الأموال والحقوق التي للشخص على وجه معين . كأن يوصى
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
المتعدى بالى في تملك شىء ، من مال الموصى أو منافعه لمن يشاء
واصطلحوا على تسمية تصرفه هذا وصية ، واستعملوا المتعدى باللام
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^(١) . 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 تملك الأعيان والمنافع من قبل
المالك (الموصى) الى المملك (الموصى له) بعد الوفاة ، وإطلاق
لفظ (الإيصاء) 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 للحصكفى بهامش رد المحتار في نفس للموضع
السابقة الإشارة إليه ، ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج في للموضع السابقة الإشارة إليه
مع حاشية الرشيدي عليه في نفس للموضع ، والروضة البهيبة في نفس للموضع السابقة
الإشارة إليه .

الوصية

نظرة تاريخية عامة

قدم تاريخ الوصية :

عرف الانسان الوصية ، كوسيلة لنقل الملكية بمقتضى رغبته الاخيرة ، 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 لإنشائها إلا بعض الشروط الشكلية . فقدماء المصريين (في العصر الفرعوني)^(١) مثلاً يميزون الوصية بكل المال ولائي شخص ، إلا أنهم كانوا يشترطون كتابتها والنص على أنها صدرت أثناء حياة الموصي حال صحته ، ولا بد لتامها عندهم أن تكون أمام شهود وان تكون صيغة إنشائها منسوبة الى الاله لا الى شخص الموصي^(٢) . 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 للمصري القديم للدكتور شفيق شحاته ص ٩٠ و ٢٤٠ .

قيد ، فمن كان يريد حرمان أقاربه أو حتى أولاده من إرثه كان بحسبه ان يعتمد الى أجنبي يتخذه في وصيته وراثاً . و كان الرومانيون أول الأمر يشترطون عمل الوصية على شكل بيع صوري للميراث ، ثم اشترطوا بعد ذلك تحريرها في مجلس واحد بحضور سبعة شهود يحضرون جميع المجلس ويمهرونها باختامهم وان يوقعوا امضاءاتهم على صحتها أيضاً^(١) . و كان 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 تولى 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 المبادئ الجديدة التي أدخلها المشرع الاغريقي صولون في مجموعة قوانينه (الصادرة سنة ٥٩٤ ق . م) اجازته للشخص ان يوصي بماله لمن يشاء ، ولكن حرّيته في ذلك مقصورة على الحالة التي لم يترك فيها أولاداً^(٢) . 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 ، ويثول الربع الى ورثته من الأقرباء^(٣) .

(١) أنظر مدونة جوستينيان تعريب للرحوم الأستاذ عبدالعزيز فهمي ص ٩٩ الى ١٠٣ .

(٢) أنظر مبادئ تاريخ القانون للدكتور صوفي أبو طالب ص ١٤٩ .

(٣) مدونة جوستينيان ص ١٤٧ و ١٤٨ .

الوصية قبل ظهور الاسلام :

كانت فكرة التصرف بالوصية شائعة لدى سكان شبه الجزيرة العربية قبل مجيىء الإسلام . فالوصية عند اليهود ما كانت تصح بأكثر من نصف المال في حالة موت الموصى عن ابن (ولد ذكر) ، كما لا تصح وصية أحد الزوجين للآخر فيما إذا ترك الموصى منهما ولداً بعده . وكان الموصى له يضمن الديون المستحقة على الموصى بقدر قيمة الأعيان الموصى بها مقومة 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^(١) .

وإذا كانت شرعة اليهود المنقولة عنهم تقرر هذه القيود الواردة على الوصية ، فالمعروف عن عرب الجاهلية أنهم قد أباحوها لأنفسهم دون قيد لدواعي الفخر والمباهاة ، بشكل يجافي العدل ويناقض مقومات الأسرة ويزرع الحقد في نفوس أفرادها . 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 ، والأعجاب 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 مجيئها 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^(١). فقد أوجب الإسلام الوصية للوالدين والأقربين أول الأمر، على اعتبار أن هؤلاء هم أولى الناس بالرعاية والبر، إذ قال تعالى: «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ»^(٢).

وقد اتجه المفسرون الى أن حكم فرض الوصية في مال الشخص لوالديه وذوى قرباه هو أول ما نزل في شأن تملك 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»^(٣).

(١) أنظر كتاب نظرة عامة في فاريخ الفقه الاسلامي لأستاذنا الدكتور علي حسن عبدالقادر ص ١٤ و ١٥.

(٢) سورة البقرة الآية (١٨٠). والمراد بالخير الذي يتركه للتوفى عند جميع المفسرين للمال.

(٣) أنظر سبل السلام للضنعاوي ج ٣ ص ١٤٠.

الفصل الأول

تعريف الوصية وصبر وعيبتها وصفتها

والحكمة في تسميتها

المراد بها في اصطلاح الفقهاء :

عرف فقهاء المذاهب الإسلامية الوصية بتعريفات مختلفة بحسب نظرتهم الى ماتشمل ، فعرّفها الأحناف بأنها « تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع »^(١) ، وذهب الشافعية إلى « تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت »^(٢) ، وقال المالكية : « الوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته .. سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به »^(٣) ، وحددها الحنابلة بقولهم « الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت »^(٤) ، وعبر الجعفرية عنها بأنها « تملك عين أو منفعة بعد الموت »^(٥) .

ومن مجموع هذه العبارات المتباينة في ألفاظها ومبانيها المتحددة أو المتقاربة في مقاصدها ومعانيها ، التي قيلت في تعريف الوصية ،

-
- (١) المحسني في الدر المختار بهامش رد المختار ج ٥ ص ٥٦٤ .
 - (٢) الرمي في نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣ .
 - (٣) ابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٦ .
 - (٤) ابن قدامة في اللقي ج ٦ ص ١ .
 - (٥) العلامة الحلبي في قواعد الأحكام مع مفتاح الكرامة - 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 - كأن يوصى بداره أو فرسه أو ثلث ماله - أو منفعة - كأن يوصى بسكنى داره أو غلة بستانه - بتمليكها لآخر بعد موته ، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به .

فبموجب هذا التحديد للوصية خرج بالتبرع المحض ما يفيد التملك بعوض كالبيع والإجارة ، كما خرجت الهبة بشرط العوض على رأي جمهور الفقهاء . - خلافاً للشافعي وزفر^(١) - الذين يعتبرونها هبة ابتداءً (فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) بيعاً انتهاءً (فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) . وخرج باضافة التملك الى ما بعد الموت الهبة ونحوها ، لأنها تملك في الحال .

أما القدر الذي تصح فيه الوصية ، وهو ما لم يرد ذكره في التعريفات المذكورة ، فإنه من شروطها وليس داخلاً في ماهيتها .

تعريفها في القانون :

نص قانون الوصية رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ للجمهورية العربية المتحدة في مادته الأولى على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت » .

ومن يعنى النظر في هذا التعريف يدرك أنه يكاد يختلف اختلافاً كلياً عن تعاريف الفقهاء المسلمين للوصية - وهي التي ذكرناها قبل قليل - لا من ناحية الصياغة فحسب ، بل أنه يختلف عنها من ناحية

(١) إذ اعتبرا الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداءً وانتهاءً ، لأنها - كما يريان - تملك بمقابل والمبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ .

شموله لصور جديدة يمكن أن تندرج تحت اسم الوصية ، لم يكن
 الفقهاء ، ليعتبروها كذلك . ذلك لأنهم قصر الوصية - كما رأينا -
 على التمليكات بلا عوض فقط ، أي تملك الأعيان والمنافع بعد
 الموت بطريق التبرع ، دون الإسقاطات^(١) . ولهذا لم تكن الوصية
 عندهم شاملة لبعض الصور ، كأن يوصى شخص بإبراء مدينه مما قد
 يكون عليه من دين بعد وفاته - وفاة الموصى - أو أن يوصى بإبراء
 كفيل مدينه من كفالته . إذ أن وصيته في هاتين الحالتين لم تتضمن
 تملكاً لعين أو منفعة وإنما تضمنت إسقاطاً لحق يملكه ، وهو إسقاط
 فيه معنى التملك في الحالة الأولى وإسقاط محض في الحالة الثانية .
 أما على مقتضى نص المادة السالف الذكر فيلاحظ أن التعريف
 يتناول كل تصرف في التركة ، فيشمل بالإضافة الى التمليكات
 الإسقاطات التي فيها معنى التملك والإسقاط 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 بشمن 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 ومجوهرات ، أو أوصى بأن تباع بستانه الفلانية

(١) الإسقاطات نوع من العقود يستقيم بها من له حق في شيء معين من إسقاط
 حقه أو بعضه فيه بإرادته المنفردة . وهي إما إسقاطات محضة كالطلاق والعتق وتسليم
 الشفعة وترك الخيار وإبراء الكفيل من الكفالة وسائر الحقوق التي ليس فيها تملك
 شيء من مال المسقط للمسقط له ، وإما إسقاطات فيها معنى التبرع كالإبراء من الدين
 والوقف على قول من يرى أنه إسقاط .

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 التملك بلا عوض » .

والذي يلاحظ بالنسبة لهذا التعريف أنه وإن كان يختلف عن
تعريف الفقهاء المسلمين من حيث الصياغة، لكنه لا يخالفه في الواقع
كثيراً من حيث المعنى . ذلك لأن عبارة « مقتضاه التملك 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 تملكاً 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 التملك فقط كالوصية بإبراء المدين من الدين .
هذا وقد أعطى المشرع العراقي كل تصرف ناقل للملكية
يصدر من الشخص في مرض الموت يكون مقصوداً به التبرع أو
المحابة وكذا الإبراء 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 المحابة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة

تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له .

« ٢ - ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت . واعتبر المشرع العراقي إقرار المريض مرض الموت بدين لو ارث أو لغير وارث بحكم الوصية أيضاً ، فيما إذا جاء إقراره على سبيل التملك ، 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 بأنني أعترف أو أوصي 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 بمحض شهود تماماً^(١) .

ثم أن كلمة (تركة) الواردة في تعريف المشرع للوصية جاءت شاملة لكل ما يخلف فيه الورثة مورثهم من أعيان ومنافع وحقوق مالية ، وعليه فإنه 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 لو ارث أو لغير وارث فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية وإن جاء على سبيل الإخبار أو إقراره بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبت بغير إقراره نفذ الإقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة . وتصديق الورثة الإقرار في حياة المورث ملزم لهم » .

المبحث الثاني

مشروعية الوصية وصفها وعكسها

الأصل في جوازها ومشروعيتها:

لقد ثبت أصل جواز الوصية ومشروعيتها بالقرآن الكريم
والسنة والنبوية وإجماع الأمة الإسلامية .

أما القرآن الكريم فلقوله تعالى في آيات المواريث من سورة
النساء « من بعد وصية يوصى بها أو دين »^(١) وقوله « من بعد وصية
يوصين بها أو دين »^(٢) وقوله « من بعد وصية توصون بها أو دين »^(٣)
وقوله « من بعد وصية يوصى بها أو دين »^(٤) ، فكل هذه النصوص
تدل صراحة على أن الوصية جائزة . وقوله تعالى في سورة أخرى
« يا أيها الذين آمنوا شهدوا بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين
الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم
في الأرض »^(٥) ، 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 : يا رسول الله اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى
وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأصدق بثأني مالي ؟ قال : لا .

(١) الآية (١١) .

(٢) و (٣) و (٤) الآية (١٢) .

(٥) سورة المائدة الآية (١٠٦) .

قلت : فالشطر (أي النصف) يارسول الله ؟ قال : لا . قلت :
 فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير أو كبير ، إنك أن تذر ورثتك
 اغنياء خيرٌ من أن تدعهم عائلةً يتكففون الناس «^(١) . 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 زيادةً في أعمالكم »^(٢) ، إذا يدل هذا الحديث الشريف
 على مشروعية الوصية ، لأنه جعلنا اخص بثلث اموالنا في آخر
 اعمارنا لنكتسب به زيادة في اعمالنا .

أما الإجماع فلا أن المسلمين كانوا منذ عهد النبي صلى الله عليه
 وسلم وما زالوا الى يومنا هذا يوصون يجزء . 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^(٣) :

بعد أن جمع الفقهاء المسلمون على الأمر بالوصية متى كانت

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما - أنظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٦ . ويريد
 بـ (عائلة) الفقراء ، لأنها جم 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 - انظر الدراري المضية ج ٢ ص ٢٦١ .

(٣) وبعبارة أدق صفة فعل المكف بالنسبة للوصية ، وهي الصفة التي يظهر أثرها
 في الثواب والمقاب ، وهذا ما يسمى بالحكم التكليفي . وفعل للمكف بهذا الاعتبار يتنوع =

موافقة لمقاصد الشارع نظراً للدلة 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 امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »^(١) .

وقد قال بذلك جماعة من فقهاء السلف كعطاء والزهري وغيرهما ، وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم ، وهو مذهب داود الظاهري وأكثر فقهاء الشيعة^(٢) .

وذهب جمهور الفقهاء الى أنها مستحبة ، وليست بواجبة إلا على من عليه حقوق بغير يئنة أو أمانة بغير إسهاد ، 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 عابدن ج ٥ ص ٥٦٤ .

(١) متفق عليه - انظر بلوغ المرام ص ١١٩ . ويذكر الصنعاني في سبل السلام ج ٢ ص ١٣٦ بان كلمة (ليلتين) التي جاءت في الحديث هي للتقريب لا لتحديد 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^(١) .

وقد أجاز الجمهور عن الآية التي استدلت بها الأولون بأنها منسوخة
بآيات المواريث، التي جعل الله سبحانه وتعالى بمقتضاها نصيباً مفروضاً
لكل وارث من تركته مورثه، كما روى البخاري عن ابن عباس^(٢) .
وأجابوا عن الحديث الشريف بأنه جاء للحزم والاحتياط، خشية أن
يفاجي الموت من هو على غير وصية، ويدل على ذلك تقييده بقوله
صلى الله عليه وسلم « له شيء يريد أن يوصي فيه »^(٣) .

واتجه فريق من الفقهاء، منهم سعيد بن المسيب والحسن البصري
وغيرهما من فقهاء التابعين وابن حزم من فقهاء الظاهرية إلى القول
بوجوب الوصية إلى من لا يرث من الأقرباء دون من يرث منهم .
واحتجوا لذلك بالآية السابقة نفسها، إذ قالوا: إن وجوب الوصية
لوالدين والأقربين الذين يرثون إذا كان قد نسخ بآيات الفرائض فإنه
لم ينسخ بالنسبة لمن لا يرث من الأقرباء الآخرين، إذ ليس في تلك
الآيات ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقهم^(٤) .

والظاهر أن مشرع قانون الوصية في العربية المتحدة قد جنح

(١) انظر المغني ج ٦ ص ٢ ونيل الأوطار في نفس الموضوع السابق.

(٢) ويذكر ابن قدامة في نفس المرجع والموضع السابقين بأنه قد ذهب طائفة
ممن يرى نسخ القرآن بالسنة إلى أن الآية المذكورة قد نسخت بقول النبي صلى الله
عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

(٣) انظر في ذلك: نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٤ وسبل السلام ج ٣ ص ١٣٥
والمحلي ج ٩ ص ١٣٢ .

(٤) انظر نيل الأوطار والمغني في نفس الموضعين السابقين والمحلي نفس الجزء
ص ٣١٥ و ٣١٦ .

الى هذا الرأي الاخير ، فأخذ بفكرة الوصية الواجبة - وهي التي تجب وتنفذ بحكم القانون اراد المورث او لم يرد - بالنسبة لبعض الاقرباء الذين لا يرثون ، على اعتبار ان لولي الامر ان يتدخل في بيان من تجب لهم الوصية من هؤلاء الاقرباء وتحديد انصبتهم . فاعتبر الوصية الواجبة محصورة في اولاد الانباء الذكور وإن نزلوا - كابن الابن وابن ابن الابن وبنت الابن وبنت ابن الابن وهكذا - والطبقة الاولى من اولاد البنات - كابن البنت او بنت البنت فقط - إذا مات اصلهم قبل اصله ولم يوص لهم هذا بشي . وكانوا غير وارثين ، وذلك في المادة (٧٦) من قانون الوصية^(١) . اما المشرع العراقي فقد غض النظر عن الاخذ بحكم الوصية الواجبة .

(١) نصت للمادة (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 وجبت 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 لأهل 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 اصله او اصوله الذين يدلي بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً 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 هن ذلك فنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية » .
ونصت المادة (٧٨) منه على ان « الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا » . =

الحكمة في تبرعها :

تبين لنا مما تقدم ان الوصية في عرف الفقهاء المسلمين تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، ومعنى هذا ان التملك فيها أضيف الى حال زوال ملكية الموصى عما كان يملك ، وهو ما لم يعهد في التملكات الأخرى . ولهذا فقد قيل ان القياس يأبى جواز الوصية لأنها تملك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك ، فلا يتصور وقوعه تملكاً فلا يصح^(١) . 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 فاتته في حياته من واجبات ، ويكافي ، 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 فاتته من التقصير بما له^(٢) » ، فشرعها الله عز وجل تمكيناً 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 وفي والا فنه وما اوصى به لغيرهم » .

ونصت المادة (٧٩) منه على انه « في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمخافة مع مراعاة احكام الوصية الاختيارية » .

(١) انظر الهداية شرح البداية ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) الزيلعي في تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٢ .

وإذا كان حكم وجوب الوصية للوالدين والأقارب قد نسخ على رأي جمهور الفقهاء بآيات الفرائض ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »^(١) ، فانها ولا شك بقيت معنى من معاني البر والمعروف في حده المحدود (الثالث). ذلك لأن الشريعة الإسلامية 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 يوصى بحدود ثلث ماله لشخص أجنبي عنه أو لقريب غير وارث أصلاً أو محجوب بغيره ، كما يستطيع ان يوصى بهذا القدر للفقراء والمحتاجين أو لجهة من جهات البر كالملاجي ، والمدارس . علماً بأن فقهاء بعض المذاهب الإسلامية 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 يوصى به الزوج لزوجته الكتابية أو ما يوصى به الولد لأبويه أو لأحدهما إذا كان غير مسلم ، لأن اختلاف الدين مانع من الميراث ولكنه غير مانع من الوصية .

(١) رواء البخاري ومسلم وغيرهما ، وفي رواية الدارقطني 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 أحكامهما إلا على تركة ميت ، ولا تنتقل الملكية فيهما إلا بعد الموت .

أما أوجه الفرق بينهما فتظهر من عدة نواحٍ ، هي باختصار :

(أ) الميراث فريضة الله تعالى لأشخاص عينهم بالنص وحدد أنصبا. هم تحديداً لا يجوز الزيادة عليه أو النقصان عنه . في حين ان الوصية فريضة الانسان نفسه يربها 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 تلك 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 ممن يجمعه وياه 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 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 اصداره 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^(١) .

(١) انظر في كل ذلك شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الأصلية للمرحوم الدكتور مجمل كامل مهسي ج ٦ ص ٨٩ .

الفصل الثاني

انشاء الوصية وثبوت الملكية بها

طبيحة 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 شرعى ، سواء اصدر 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 لايعتبر الالتزام الحاصل بالارادة المنفردة عقداً ،

وإنما يعتبره تصرفاً^(١) . 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 والشئ الذي يتم التعاقد عليه أمراً لا بد منه لوجود العقد ، إلا أنها 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 - أو سم دائرة من الالتزام - وهو التصرف الذي يتضمن الالتزام بانشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، سواء أكان صادراً من شخص واحد أم من شخصين - واعم من العقد بمبنييه 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 منها ، يكون إذاً كل التزام او عقد تصرفاً ولا عكس .

ومها يمكن من أمر هذا الخلاف في التسمية فأننا سنتناول في هذا الفصل الوصية - باعتبارها عقداً في الفقه الإسلامي أو تصرفاً في نظر القانون - بالكلام على صيغتها التي تظهر ارادة الموصى 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 الموصى 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 م -راد الموصى وبيان رغبته في تحقيق الالزام ، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة ، ذلك لأن الارادة الخفية لا تكون مناطاً للاحكام إلا إذ أظهرتها الصيغة .

فاللفظ هو الأصل في كشف المقصد و اظهار الرغبة ، لانه الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس في كل زم-ان 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 نذرت للجهة الفلانية بمبلغ كذا بعد وفاتي ، كان كل ذلك وصية .

أما الكتابة فهي وسيلة أخـرى للتعبير عن الإرادة متى كانت مستبينة مرسومة^(١) ، 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^(٢) ، لأن الكتابة في الحقيقة لا تختلف عن اللفظ في الإفصاح عن الإرادة بل أقوى منه عند الإثبات .

وتورد لنا كتب الفقه الاسلامي أمثلة من صيغ الوصايا التي كانت تكتب في أيام الصحابة ، فتذكر أنه قد روى عن أنس قال : « كانوا يكتبون في صدور وصاياهم - بسم الله الرحمن الرحيم . هذا

(١) الكتابة على ثلاثة أنواع 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 أو ورق الشجر مما لم تخر المادة به . (٣) كتابة مرسومة - يقصد بها الكتابة المعوية أي ما كانت على وجه الرسالة والخطاب مما جرت المادة به ، كأن يكتب الموصي الى الموصى له : يفلان لقد أوصيت لك بكذا .

(٢) انظر رد المحتار ج ٥ ص ٥٧٠ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٥٢ والمغني ج ٦ ص ٦٩ و ٧٠ والمدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك التي جاء في ج ١٥ ص ١٣ منها ما نصه « عن عاصم بن عمر بن الخطاب انه كان إذا اراد سفراً 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 »^(١) . وروى ابن مسعود أنه كتب .
 « بسم الله الرحمن الرحيم . هذا وصيتي الى الله والى رسوله ثم الى الزبير
 ابن العوام وابنه عبد الله ، وأنهما في حلّ وبلّ فيما وليا وقضيا ، وأنه
 لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا باذنها »^(٢) .

ويصح إنشاء الوصية أيضاً بالإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس .
 الذي لا يعرف الكتابة لأن اشارته كالنطق من غيره للضرورة ،
 لهذا فانها تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة لديه بالاتفاق . أما
 الأخرس الذي يعرف الكتابة فجمهور الفقهاء على أن وصيته لا تصح
 بالإشارة لأن الكتابة كاللفظ في قوة الدلالة ، والإشارة أضعف
 منها ، فلا يعدل عن القوي الى الضعيف ما دام الافهام بالأقوى ممكناً .
 كما لا يصح إنشاء الوصية بالإشارة عند الجمهور بالنسبة لغير الأخرس ،
 لنفس السبب لأن اللفظ أدل على المراد من الإشارة . أما على قول
 مالك وقول في مذهب أحمد ورأى في المذهب الحنفي فان الإشارة
 تكفي في إنشاء الوصية لأنها أداة من أدوات التعبير عن الإرادة ،
 فيصح إنشاؤها بها حتى من قبل غير الأخرس^(٣) .

(١) انظر ابن قدامة في نفس المرحم والموضع المشار في الهامش السابق .

(٢) نفس المرحم السابق ص ٧١ . والحل من الحلال والبل من البلبال وهو ما
 يفرق ويبدد به .

(٣) انظر ابن عابدين في نفس المرحم السابقة الإشارة اليه ص ٥٧٧ والحطاب
 في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٢٩ وابن قدامة في المرحم والموضع
 السابقين .

والمشرع العراقي يعتبر الوصية في قانون الأحوال الشخصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة كما رأينا ، فإنه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته مقتضاه التمليك بلا عوض تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون . علماً بأنه قرر أصلاً في قانونه المدني بالنسبة للصيغ الدالة على إرادة الشخص ، حيث نص في المادة (٧٩) منه على أنه « كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشاهدة يكون بالمكتوبة والإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس... الخ » . فواضح من هذا النص أن القانون العراقي ساوى بين اللفظ والكتابة والإشارة كوسائل للتعبير عن الإرادة ، وأنه قد توسع في صدد الاعتداد بإشارة 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 الإسلامي والقانون العراقي ، من صيغ إنشاء الوصية ، لا فرق بين أن تكون بخط الموصي نفسه وبين أن تكون بخط غيره وتوقيعه هو .

هذا ولم يشترط فقهاء المسلمين لصحة الوصية أن تكون مكتوبة أو أن يصدر بها إلهاد رسمي ، بأن تنظم أو توثق لدى جهة قضائية أو غيرها ، بل تكفي الشهادة عندهم في الإثبات 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 ^(١) ، فإنما استدلل 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 » فإنه حكم خاص بشهادة شاهدين عدلين من المسلمين أو من غيرهم على الوصية عند السفر فقط ، لأنه سبحانه ذكر السفر وترك الحضر ، إذ قال في بقية الآية « إن أنتم ضربتم في الأرض » أي سرتتم وسافرتتم^(١) . على أن الفقهاء ندبوا إلى كتابة الوصية والاشهاد عليها فقالوا : « ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ويشهد عليها ، لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها »^(٢) .

أما مذهب المشرع العراقي فقد كان أكثر احتياطاً ، إذ اشترط الكتابة لاثبات الوصية ، ولم يعتبر الشهادة وحدها دليلاً عند الإنكار اللهم إلا في حالة واحدة هي إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . بل ذهب المشرع العراقي إلى 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 :

« ١- لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصى أو مبصوم بختمه أو طبعة ابهامه ، فإذا كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل » .

« ٢- يجوز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول

(١) انظر تنوير للمقياس من تفسير ابن عباس للفيروز ابادي 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 الموصى نفسه أو بخط غيره وإنما الذي يهم هو أن يكون موقفاً عليه من قبله أو مبصوماً بختمه أو طبعة ابهامه . إذ الظاهر من مفهوم النص أن الوصية لا تعتبر أو لا قيمة لها عند الإنكار 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 إلا بمحرر ، فإن كان الموصى به عقاراً^(١) أو منقولاً تتجاوز قيمته الخمائة 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 القضا ، حيث لولي الأمر أن يمنع القاضي من سماع بعض الدعاوي أو أن يخصصه بالنظر في نوع معين منها^(٢) .

(١) علماً بأن ملكية للموصى به ، إذا كان عقاراً ، لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية بحسب منطوق المادة الاولى من نظام الطابور رقم (٦٤) لسنة ١٩٥٩ وتمديلاته .

(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٠ وحاشية ابن طابدين ج ٤ ص ٣٧٧ الى ٣٧٩ .

غير أن المشرع أجاز سماع الدعوى الخاصة باثبات الوصية عموماً بالشهادة استثناءً على تلك القاعدة، متى حال مانع مادي بحت دون الحصول على محرر. كالجريح في ساحة الحرب الذي يوصى بحضوره شاهدين عدلين، وكاحترق الوصية باحترق دار الموصى، وما أشبه ذلك من الموانع المادية^(١).

وقرر المشرع في المادة (٦٦) من نفس القانون بأن « الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ إذا 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^(٢)، أو تصديقها من قبل دوائر كتاب العدول بحكم الفقرة الأولى من المادة (٦٥) المذكور نصها أعلاه، حقاً ثابتاً 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 لواد الشخصية بمحكمة التمييز في العراق - بقرارها للرقم ١٣٥ / شرعية / ١٩٦٤ - سفر للوصية للمعالجة خارج العراق مانعاً مادياً يحول دون تسجيل الوصية ولا يبرر الاثبات بالبيننة الشخصية، لأن للتوفاة مدرسة ولم يكن مرضها مفاجئاً، وفي مدينتها محكمة شرعية ودائرة للكتاب العدل. وقد اشارت بقرارها هذا الى انه يجب لنصاب الشهادة، التي تثبت بها الوصية في حالة وجود لمانع للمادي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي، رجلاً او رجلاً وامرأتان تسم شهادتها مجتمعتين.

(٢) وهو قانون ذيل قانون اصول للرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ وقد ذكرنا نص الفقرة للشار إليها في الباب الاول.

المبحث الثاني

ركن الوصية

الايجاب أم الایجاب والقبول ؟

ركن الوصية عند جمهور الفقهاء هو الایجاب وحده، سواء أكانت الوصية لأفراد معينين كزيد وعمر أو من الناس أم لمن لا يحصون كالفقراء، والمحتاجين أو بنى فلان أم لمنشأة أو جهة عامة كدرسة أو مسجد. أما القبول فشرط لثبوت الملك للموصى له - أي لزوم الوصية - ان كان معيناً أو ممثلاً لجهة معينة وليس ركناً للوصية أو جزءاً منها، لا مكان تصور وجودها عندهم بدونها. ذلك لأن الوصية من شأنها أن تكون على سبيل التبرع، وأن التبرعات تتحقق شرعاً بمجرد الایجاب من المتبرع^(١).

ويذهب فقهاء الأحناف - باستثناء الامام زفر الذي يشبهه 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 الایجاب من الموصى والقبول من الموصى له أو عدم الرد من قبله، بأن يقع اليأس من رده^(٢). ويرى أكثر فقهاء الجعفرية

(١) انظر السرخسي في المبسوط ج ٢٨ ص ٢٧، وابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٦، والرملی في نهاية المحتاج ج ٥ ص ٥٣، وابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٢٥.

(٢) جاء في بدائم الصنائم للكاساني ج ٧ ص ٣٣١ ما نصه « اما ركن الوصية فقد اختلف فيه، قال اصحابنا الثلاثة : هو الایجاب والقبول فما لم يوجد لا يتم الركن، وان شئت قلت : ركن الوصية الایجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له، =

وبعض فقهاء الحنابلة أن الوصية كسائر العقود تفتقر الى الايجاب والقبول معا ، فلا بد من القبول عندهم في كل الوصايا ، وأن من لا يحصون عدداً والجهات والمؤسسات التي لا ممثل لها إنما يقبل عنها القاضي بمقتضى ولايته العامة^(١) .

ويعمل 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 له . ويضيفون ايضاً أن الوصية بالنسبة للموصى له 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 فإنه يثبت من غير سعيه ، وهذا منفي بقوله تعالى « وأن ليس للإنسان الا ما سعى »^(٢) لأن ظاهر هذا النص يدل على ان لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه^(٣) . ثم لان القول بثبوت الملك له من غير قبول قد يؤدي الى الإضرار به أدبيا أو ماديا ، فما يلحقه من منة يعتبر ضرراً أدبيا محققاً لأن ضرر المنة 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 ٢٦ .

(٢) سورة النجم الآية (٣٩) .

(٣) عدا الميراث طبعا فإنه تملك وتمليك بالزام الشارع الحكيم لأنه فريضة الله تعالى .

فشلوا له بأن يوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة^(١). 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 احد.

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 التملك بلا عوض. علما بأن نفاذ هذا التملك لا يتحقق الا بعد وفاة الموصى، لان الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت.

متى يكونه القبول؟ وبم يحصل؟

مهما يكن وضع القبول من الوصية، سواء أكان شرطا للتملك ممن يتصور صدوره منه على رأي جمهور الفقهاء، ام ركنها فيها على رأي البعض، فانه لا عبرة 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 التملك 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 الزبلي في التبيين ج ٦ ص ١٨٤.

به وبطلت الوصية ، فلا يجوز له قبولها بعد موت الموصى^(١) . ذلك
لانه يرى ان الموصى له لا بد ان يكون قد قصد برده معنى خاصا
يجب اعتباره واحترامه وعدم اهدار كلامه ، ثم ان في اعتبار رده
في حياة الموصى ما يمكن هذا الأخير من وضع بره ومعروفه في محله
قبل ان يدر كه الموت .

ورأى فقهاء الاباضية^(٢) في هذا موافق لما ذهب إليه الامام زفر ،
وهو رأى له مبرراته المقنعة وجدير بالاعتباس كما يرى البعض^(٣) ، 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 «رد الموصى له الوصية بعد الموت الموصى»
في الفقرة الخامسة من نفس المادة . ومعنى هذا ان الرد الذي تبطل به
الوصية هو الذي يكون بعد وفاة الموصى ، 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 ٦٥٧ استدلالا بكتاب استاذنا محمد
سلام مذكور (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 شفيعته قبل اليميم » . 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 الموصى به داراً فيؤجرها او يسكنها مثلاً^(١) .

ولا يشترط الفقهاء في قبول الموصى له للوصية فور وفاة الموصى ، إذ ليس له وقت معلوم بل يستمر ذلك الحق للموصى له ما لم يثبت رده بقوله رددتها أو لا قبلها وما أدى هذا المعنى ، فحق القبول أو الرد ثابت على التراخي لا على الفور^(٢) .

حكم سكوت الموصى له :

إذا لم يصدر من الموصى له ما يدل على قبوله او رده الوصية لا صراحة ولا دلالة فجمهور الفقهاء يفرقون بين الوصية للجهات التي لا تمثل لها أو لمن لا يحصون عدداً ، وبين الوصية لمعين أو 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 إيجاب الموصى يعرض ، بعد وفاته بفترة مناسبة ، على الموصى له ليقبل أو يرد .

(١) انظر ابن قدامة 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 بينها ، فان ابى حكم عليه بابطال الوصية » .

ومع ان هذا هو مذهب جمهور الفقهاء بشأن عدم قبول الوصية او ردها ، فاننا نراهم يقولون بأنه لا ينبغي ابطال الوصية بموت الموصى له من غير ان يعرف رأيه فيها ، بأن يموت وهو على سكوته . ذلك ان الوصية لا تبطل بموت الموجب ، بل ان الموت بالنسبة للموصى نفسه كان مقررأ للوصية لا مبطلاً 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^(١) .

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 او رد قبولاً استحضاراً ، لوقوع الياس من حصول الرد^(٢) . ويذهب فريق من فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء الحنابلة الى انه إذا مات الموصى له بعد الموصى وقبل ان يصدر منه القبول بطلت الوصية لأنها عقد يحتاج الى قبول ، فاذا مات من له القبول بطل العقد كالبية^(٣) .

(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 المرخسي في المرجع السابق ص ٤٨ .

(٣) انظر الماملي في مفتاح الكرامة نفس المجلد ص ٣٧٥ وابن قدامة في نفس المرجع والموضع السابقين .

وإذا كان مذهب جمهور فقهاء أهل السنة يقضي ببطلان الوصية بموت الموصي له قبل الموصي^(١) ، ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصية ، فعلى العكس من هذا تماماً مذهب جمهور فقهاء الجعفرية ، إذ الوصية عندهم لو ارث الذي اوصى له ما لم يرجع الموصي في وصيته قبل موته^(٢) .

ولم يجعل المشرع العراقي لقبول الموصي له اعتباراً قبل موت الموصي ، لأنه اعطاه حق الرجوع عما اوصى به او التصرف به واعتبر الوصية باطلة برجوعه او بتصرفه ، كما بينا قبل قليل . كما قرر مبداءً 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 المرجم السابق ص ٢٠ و ٢١ ما نصه « فان مات الموصي له قبل الموصي بطلت الوصية . هذا قول اكثر اهل العلم ، روى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن ابي سليمان وربيعه ومالك والشافعي واصحاب الراي . وقال الحسن تكون لولد الموصي له ، وقال عطاش إذا علم الموصي بموت الموصي له ولم يحدث فيما اوصى به شيئاً فهو لو ارث الموصي له لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول » .

« ولنا انها عطية صادفت المعطي ميتاً فلم تصح . كما لو وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية ايضاً ، وإن سلمنا صحتها . فان العطية صادفت حياً بخلاف مسألتنا » .

(٢) انظر العاملي في نفس المرجم السابق ص ٣٧٦ .

المبحث الثالث

وقت ثبوت الملكية للموصى له

موت الموصى وقبول الموصى له :

علمنا مما تقدم أن الوصية عبارة عن تملك أو تصرف في التركة ، وأن هذا التملك لا يتحقق أو أن هذا التصرف لا يترتب عليه أثره إلا بعد مجيئ وقته وهو موت الموصى لأنه مضاف الى ما بعد الموت . كما علمنا ان القبول المعتبر ، في الحالات التي يتوقف ثبوت الملكية فيها للموصى له عليه ، هو القبول الصادر منه بعد موت الموصى . والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو ؛ هل تثبت الملكية للموصى له ، بمقتضى الوصية التي قبلها ، عقب موت الموصى 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 الموصى مباشرة ، اي اذا لم يفصل بين موت الموصى وقبول الموصى له فاصل زمني فان الملك يثبت للشافي بمجرد موت الأول الذي اطلق الوصية ولم يحدد وقتا معيناً 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 المنة فيرفض هذا التبرع . اما اذا قبله فان الملكية تثبت له من وقت وجود سببها ، وسببها هو الوصية نفسها او الخلافة الاختيارية التي انشأها الموصى بارادته^(١) .

(١) انظر شرح قانون الوصية لأستاذنا الشيخ ابو زهرة ص ١٥ .

ولو حدد الموصى وقتاً معيناً لثبوت الملكية للموصى له فإن الملك لا يثبت للموصى له باجماع الفقهاء إلا من الوقت المحدد في الوصية ، سواء أقبلها بعد موت الموصى مباشرة أم قبلها عند ذلك الوقت المحدد لبدء تملكه الموصى به . فلو قال شخص : سيارتي هذه وصية لفلان بعد وفاي بشهرين مثلاً ، فقبل الموصى له الوصية عقب موت الموصى فوراً فإنه لا تثبت له عليها ملكية قبل الموعد المحدد احتراماً لارادة الموصى 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 الموصى مباشرة بل يأتي بعد فترة من الزمن ، ولم يكن الموصى حدد وقتاً معيناً 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 لتحقيق 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^(١) . وعلى مقتضى هذا الرأي تكون ملكية الشيء الموصى به في الفترة ما بين موت الموصى وقبول الموصى له لورثة الأول ، فيكون لهم

(١) انظر ابن قدامة في نفس المرجع ص ٢٥ و ٢٦ والجيمي في الروضة البهية

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 يشبث الملك فيه عند الاجازة من وقت انشاء العقد . هذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والشافعية وبعض فقهاء المذاهب الاخرى^(١) . وعلى مقتضى هذا الرأي تكون ملكية الزوائد والثمره للموصى له ، لانها نماء ملكه عند الشافعية أو لانها تابعة للموصى به الاصيلي عند الحنفية^(٢) .

(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

للوصية 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 إذا يقتضي منا أن نبين شروط كل واحد من هذه الامور الاربعة ، فنبين في أربعة مباحث متتابة :

- أولاً - ما يشترط في الصيغة .
- ثانياً - ما يشترط في الموصى .
- ثالثاً - ما يشترط في الموصى له .
- رابعاً - 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 التملك في الحال لأن آثار الوصية كما بينا تتأخر الى ما بعد موت الموصى .

وعلى هذا يصح للشخص أن يقول : أوصيت بثلث أموالي لفدائي 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 لسكني أيتام شهداء العاصفة ، أو إن من الله على 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^(١) . وهي في كل هذه الصور المذكورة كانت مطلقة عن التقييد بشرط ، أي مجردة من الشرط . ولكنها قد تكون في بعض الأحيان مقترنة بشرط صحيح يظهر أثره في أحكامها ، فيه مصلحة للموصى نفسه أو للموصى له أو لغيرهما ، يلزم مراعاته .

معنى اقتراه الوصية بالشرط^(٢) :

إن اقتراه الوصية بالشرط يعني تقييد الصيغة المنشئة لها بشرط

(١) يستدل على التأقيت بالنص عليه صراحة أو بما يفيد دلالة كما وصيت لفلان بسكني داري هذه مادام حياً .

(٢) الشرط في عرف الفقهاء للمسلمين يعني الأمر الزائد عن ماهية الشيء وحقيقته الشرعية ويتوقف عليه وجود الشيء ، أو بمسارعة أعم هو التزام العاقد في عقده امرأ =

يظهر أثره في أحكامها فقط دون أن يكون له دخل في وجودها ، أي أن يصدر ايجاب الموصى أولاً غير مقيد بشئ ، ثم يعقبه شرط زائد عليه . فان كان هذا الشرط صحيحاً اعتبر ووجب الوفاء به تحقيقاً للغرض الذي قصده المشتري ، لما فيه من مصلحة له أو للموصى له أو لغيرهما . كما لو قال : أوصيت بهذه البستان لفلان على أن يبدأ من ريعها بوفاء ما على من ندور ، أو قال : أوصيت بسيارتي هذه لفلان على ان يستعملها شخصياً ، 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 تنشى الوصية في الحال وإنما بعد تحقق الشرط المعلق عليه . أما الاقتران بالشرط فلا يتوقف وجود الوصية على شئ ، ولكن اتصل بصيغة انشائها شرط اضافته الموصى لمصلحة قدرها .

موقف الفقهاء مما يقترن بالوصية من شروط :

يختلف موقف الفقهاء المسلمين من الشروط المقترنة بالعقود بصورة عامة اختلافاً بينا ، فهم ما بين مضيق وموسع وما بين ذلك .

= زائداً على اصل العقد ، سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم مؤكداً لمقتضاه أو مخالفاً له ، وسواء أكان فيه منفعة لمن اشترطه أو لغيره أم لم تكن فيه منفعة لأحد مطلقاً . اما في القانون فهو كل ما يفيد امرأ مستقبلاً غير محقق الوقوع ولا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، ويمكن تصور الالتزام بدونه باعتباره امرأ عارضاً اضافياً .

فالأصل عند أهل الظاهر في الشروط الحظر والتحریم إلا ما قام
الدلیل من الشارع علی صحته. لهذا فإنهم یمنعون كل شرط إلا ما جاء
النص بآبائه ، لأنهم یقصرُونَ الأدلة علی النصوص وحدها .

والخاتبة یرون ان الأصل فی الشروط الإباحة ، لأن الناس عند
شروطهم وعلیهم رعاية عهدهم . لهذا فإنهم یوسعون فیها ویجیزون كل
شرط لا یخالف مقتضى العقد إلا ما قام دلیل من النص أو الأثر
علی منعه . وقد أطلق متأخروهم ، وعلی رأسهم ابن تیمیة وابن القیم ،
الحرية للعاقدة فی اشتراط الشروط الّتی لم یرد نص من الشارع ینهى
عنها ، ورجح هذا الاتجاه بعض فقهاء الجعفریة .

وذهب الحنفیة والشافعیة والمالکیة مذهباً وسطاً ، إذ قرروا ان
الشروط المعتبرة هی الّتی تكون متفقة مع مقتضى العقد أو مؤکدة
له أو ورد نص بها أو جرى بها عرف و فیها نفع لأحد العاقدين أو
غیرها^(١) .

وللفقهاء . بعد ذلك موقف خاص بالنسبة للشروط المقترنة بصیفة
الوصیة بالذات ، یختلف سعة وضیقا عن موقفهم بالنسبة لساثر العقود
الأخرى .

فالأحناف ومن معهم یتجهون الی التوسعة فی صحة الاشتراط
فیها ، نظراً للغرض المقصود من تشریعها وهو عمل الخیر بالتصدق علی
المحتاجین وتدارك ما فات الموصی من واجبات ونذور اثناء حیاته .
ولهذا فان الراجح عندهم هو ان الشرط یركون صحیحاً إذا كان

(١) انظر مدى حرية العاقدة فی الشروط الطبعة الثانية من لدخل للفقہ الاسلامی
لأستاذنا مذكور ص ٦٤٣ و ٦٤٤ وشرح قانون الوصیة 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^(١) .

وعليه لو اشترط الموصى لاستحقاق الموصى له في الوصية مثلاً عدم الزواج او الزواج بفتاة معينة او الاقامة في بلد معين او عدم الاستدانة مطلقاً كان شرطه صحيحاً واجب الاحترام . ولو اوصى له بدار واشترط عليه هدمها وجعلها حديقة او اشترط عليه تخصيصها للمقامرة مثلاً بطل شرطه وصحت الوصية . اما اذا اوصى لآخر بمبلغ من المال واشترط بأنه لو بقى شىء منه بعد موت الموصى له كان الباقي لفلان مثلاً ، فان هذا الشرط ينافى مقتضى الوصية التي تفيد تملك الموصى له الموصى به ملكية تامة ، لهذا يرون مثل هذا الشرط الباطل مبطلا للوصية^(٢) .

وعلى العكس من هذا الاتجاه نجد الامامين المجتهدين في المذهب الحنبلية ابن القيم وشيخه ابن تيمية قد ضيقا من دائرة الشروط الصحيحة في الوصية لتتسع دائرة الشروط الباطلة فيها سداً لباب الفساد^(٣) . فبعد ان اطلقا للناس الحرية في اشتراط كل شرط لم يرد

(١) يعتبر فقهاء الحنفية كل شرط في الوقف والوصية مقبولاً ما لم يكن منهيماً عنه شرعاً او كان في تنفيذه اخلال بالوقف أو بمصاحبة الموصى لهم من غير نفع مقصود لتبرم ، لأن الوصية أخت الميراث في باب الشروط التي يشترطها الموصون ، وخصوصاً في الوصية بالمنافع ، بل ان منها ما يكون في مآله في معنى الوقف تماماً . (انظر الشيخ ابو زهرة في المرجع والموضع السابقين) .

(٢) خلافاً لأبي يوسف - في رواية عنه - اذ يرى بطلان الشرط وصحة الوصية كما بينا في الوقف .

(٣) استشكر ابن القيم وابن تيمية قاعدة فتح باب الشروط امام المنبرع في الوقف =

من الشارع نهى عنه بالنسبة لسائر العقود ، قيدها هذا الإطلاق بقيود خاصة بالنسبة للوصية . فذهبا الى أن كل شرط لم يرد فيه نهى من الشارع ولم يناف مقتضى الوصية ولا مقاصد الشريعة العامة يكون صحيحاً محترماً ، وإلا فهو باطل . ومعنى هذا أنها لم يقصر الشروط الباطلة على ما يرد فيه نهى من الشارع فحسب ، بل تشمل أيضاً كل ما يخالف مقاصد الشريعة العامة . ومعلوم أن مخالفة مقاصد الشرع عموماً لا تقع تحت حصر ، وإنما يمكن أن تنضبط بكل ما ينافى المبادئ العامة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ، كشرط خلع ربقة الإسلام أو شرط عدم التزوج أو شرط الطلاق بلا مبرر ولا مصلحة أو شرط الخروج عن طاعة الوالدين أو أي شرط ينافى الآداب العامة .

والشرط الباطل عندها 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 أوصى به لآخر بشرط أن يبقى على ما هو عليه من أتيان المنكرات مثلاً ، كانت الوصية باطلة . أما إذا لم يكن الشرط الباطل متمحضاً للمعصية ويمكن صرفه لغيرها ، كما إذا اشترط على ابنه أن يتزوج من فتاة معينة أو اشترط على زوجته أن لا تتزوج بعده ، فإن الشرط يلغو وتبقى الوصية صحيحة غير متأثرة بالشرط الباطل .

والمشرع العراقي لم يتطرق الى الوصية المقترنة بالشروط في قانون

= كما استنكرها أيضاً في الوصية دفماً للفساد ، لأن من الشروط ما رأوا فيه فتحاً لباب الفساد ، كاشتراط عدم التزوج في الاستحقاق في الوقف أو في الدخول في الوصية . (انظر 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 للآداب ، وإلا لغا الشرط وصحت الوصية ما لم يكن الشرط هو الدافع إليها فتبطل هي عندئذ أيضاً . كأن يقول شخص : أوصيت بثلث مالي لفلان بشرط أن يقتل خصمي ، أو بشرط أن يستغله في إدارة مرقص مثلاً .

المبحث الثاني

ما يشترط في الموصى

يشترط فيه العقل والبلوغ :

أجمع الفقهاء المسلمون على أنه يشترط في الموصى لصحة وصيته أن يكون عاقلاً يدرك الأمور ادراكاً كاملاً صحيحاً ومميزاً يدرك مفهوم عبارته وما يترتب عليها ، فإذا لم يتحقق فيه العقل والتمييز كانت وصيته باطلة . ولهذا فإن وصية كل من المجنون والمعتوه والصغير لا تصح أصلاً ولا تلحقها الإجازة بأي حال من الأحوال ، لأن ما يصدر عن هؤلاء من قبيل اللغو لا اعتبار له في حكم الشرع . كما لا يجوز لأوليائهم 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 بالإضافة الى كونه مميزاً ، فلا تصح الوصية عند الحنفية من الصبي المميز «ولو كان مرهقاً 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^(١) . ولكن تصح وصايا الصغير المميز عندهم إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه استحساناً بشرط مراعاة المصلحة^(٢) ، 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^(٣) ، ورأى عند كل من الحنابلة^(٤) والجمعية^(٥) ، 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 ما بعد بلوغه ، لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت^(٦) . ثم ان فائدته من الوصية غير فائدة البالغ منها ، فهي انما شرعت لجبر

(١) المرحوم الشيخ محمد زيد الايباني 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 للرمل ج ٥ ص ٣٤ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٠٤ .

(٥) انظر كتاب الوصية من المجلد التاسع من قواعد العلامة المطبوع مم شرحه

مفتاح الكرامة ص ٣٨٨ .

(٦) انظر بدائم الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ .

ما فات الانسان في سالف أيامه ، والصبي لا زال في مقتبل العمر .
 أما عند المالكية^(١) والمعتمد عند الخنابلة ورأى عند كل من
 الشافعية والجعفرية^(٢) 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^(٣) .
 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 والشواب^(٤) .
 ويشترط الفقهاء لصحة الوصية ايضاً 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 يريد^(٥) .

-
- (١) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للرددير 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 الايباني في المرجع والموضع السابقة الاشارة اليها .

ويذهب فقهاء الجعفرية الى ان الموصى لو فعل في نفسه ما به
هلا كه بعد حدوثه، كما لو جرح نفسه او شرب سما ونحوه متعمداً،
ثم اوصى لم تجز وصيته^(١) .

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 قانوناً » .

وإذا 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 مديناً مستغرق
لثركته، 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 أبروه 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
الجبلي ج ٢ ص ٤٦ .

لتركة 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 .

وصية السفير :

لم يشترط جمهور الفقهاء لصحة الوصية أن يكون الموصى رشيداً ، أي حافظاً لماله قائماً على استثماره استثماراً حسناً . بل الرأي الغالب في الفقه الاسلامي يقضي بصحة وصية السفيه^(١) ، 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 لاحظته المشرع الاسلامي إذ منع تنفيذ الوصية فيما يزيد على ثلث ماله إلا باجازتهم^(٢) .

ويرى الصحابان من الأحناف أن وصية السفيه باطلة قياساً على سائر تبرعاته ، إلا أنها يجيز أنها استحساناً 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 الموصى ، لأن حقهم محفوظ في ثلثي تركته . أما

(١) وهو مذهب ابي حنيفة ومالك واحمد قولين عند الشافعية وللشهور عند الجعفرية .

(٢) انظر ابن قدامة في نفس المرحوم ص ١٠٢ .

إذا كانت الوصية في غير سبل الخير فإنها لا تصح عندها ، لقولها باننا لو أجزنا وصية السفية مطلقاً ولم نقيدها بوجوه الخير لصح أن يوصى الى من منعه الحجر عليه من تملكه المال في حياته^(١) .

ويذهب أبو حنيفة الى أن وصية السفية جائزة كالرشيد ، لانه لا يسوغ الحجر عليه أبداً ، فهو شخص كامل الاهلية عنده^(٢) .

ومع أن نص المادة (٦٧) من قانون الاحوال الشخصية السالف الذ ذكر 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 السفية بثالث 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 مانعاً من الاستحقاق بها ولا من صحتها .

ومعنى هذا أن الاسلام ليس بشرط لصحة الوصية ، لان الكفر

(١) انظر للرحوم الأبياني في نفس المرحوم ص ٢٧٣ .

(٢) مع مخالفة ابي حنيفة للجمهور ، فانه وافقهم (على الرواية الراجعة عنه) في القول بأن من بلغ سفياً بمن ماله عنه بل ويمنم نفاذ تصرفه فيه . اما وجه مخالفته لهم فن ناحيتين : الأولى - في تحديد نهاية للمنم ، فانه يرى زوال للمنم حتماً ببلوغه سن الرشد ، وهو عنده خمس وعشرون سنة . والثانية - انه قال بعدم الحجر على من صار سفياً بعد ان بلغ رشيداً ، وذلك حفظاً منه على الكرامة الانسانية من ان تهدر . (راجع رسالة الحجر على المدنين للدؤلف ف ٦٤ ص ١٢٧) .

لا ينافي أهلية التملك . فما دام انه يصح بيع وهبة الكافر كما يصح شراؤه والهبة له، فكذا تصح وصيته بغير محرم^(١) 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 تبرؤوهم وتُقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين »^(٢) . إذ يبين سبحانه في هذه الآية الكريمة رضاه عن البر بهؤلاء المسالمين الذين لا يقدمون على إيذاء المسلمين أو التعرض لحريتهم أو معاونة أحد عليهم ومعاملتهم بالعدل، ويعلمن 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 بثك المائة ألف^(٣) .

وجهور الفقهاء . على أن وصية الذمي^(٤) لمسلم أو لذمي ولو من غير أهل ملته او لمستأمن^(٥) جائزة وناقذة 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 اذا كانت لغير مسلم فتصح وإن كانت بخمر وخنزير ، لأنهما مال متقوم في حقهم كالحل والشاة في حقنا . (انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٤١) .

(٢) الآية (٨) من سورة للمتحنة .

(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 ما لهم وعليه ما عليهم .

(٥) هو من داخل دار الاسلام من غير المسلمين بصك امان مؤقت من غير اكتساب جنسية ولا رعية 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^(١) .

اما الحربي^(٢) فحكم وصيته وإن كان جائزاً شرعاً ، 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 مستأمناً ، وإذا دخلت داره في الاسلام نتيجة غلبة وانتصار عليها فان تصرفاته تأخذ حكم تصرفات الذميين .

والمشروع العراقي وإن كان لم يعتبر الاسلام شرطاً لصحة الوصية ، فانه قد اتخذ موقفاً خاصاً تقتضيه الظروف بالنسبة للوصية بالعقار مع اختلاف الدار (الجنسية) بين الموصى 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 » .

ولاندرى وجه الحكمة في هذا النص من عدم صحة الوصية بالعقار مع اختلاف الدين وصحتها معه بالمنقول فقط ا

فقده أهلية الموصى بعد انشاء الوصية :

قلنا إن وصية من كان فاقد الأهلية ابتداءً تعتبر باطلة ، لان العقل شرط لصحتها اتفاقاً . ولكن ما الحكم عند الفقهاء فيما إذا فقد

(١) انظر تفصيل ذلك في مختلف المذاهب الاسلامية في اطروحة زميلنا الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان (احكام الذميين والمستأمنين) ص ٤٩٦ الى ص ٥١٠ .
(٢) هو غير المسلم الذي بين دار الاسلام وداره حرب او عداء مستحکم يبيح القتال بين اهل الدارين .

الموصى أهليته ، مجنون أو عته ، بعد انشائه وصية مستوفية شروط الصحة ؟ هل يؤثر فيها هذا العارض فيبطلها ؟ أم لا يؤثر عليها فتبقى صحيحة ؟ .

يرى جمهور الفقهاء أن طرود الجنون أو العته بعد إنشاء الوصية صحيحة لا يؤثر عليها بل تبقى كذلك ، سواء أكان الجنون مطبقاً أم متقطعاً^(١) ، وسواء اتصل بالموت أم حدثت إفاقة بعده . ذلك لأنه متى صدرت الوصية من الموصى ، 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 لآثارها على الوصية التي تنشأ صحيحة ، إذ يذهبون إلى 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 لا بد له من إرادة ، ولا إرادة للمجنون الذي لا يفيق من جنونه^(٢) . ولا أهمية عندهم بعد ذلك لاتصال الموت به ، بل يكفي الجنون المطبق لبطلان الوصية حتى ولو حصلت إفاقة منه قبل الموت^(٣) ، لأن مثل هذا العارض يمنع بقاء الإيجاب ، والأصل أن يبقى الموصى مصراً على وصيته حتى الموت ، ولاحتمال أنه قد

(١) الجنون المطبق : هو الذي يكون المبطل به مغلوباً على أمره لا يفيق من جنونه ، أي أن جنونه يستوعب جميع أوقاته . أما الجنون المتقطع : فهو الذي تخلله فترات إفاقة ، أي أن من يبطل به ويجن أحياناً ويفيق أحياناً أخرى ،
(٢) اختلف الصاحبان في المدة التي يستمر معها الجنون ليكون مطبقاً . فذهب محمد إلى أنها سنة ، وهي أقصى مدة تسقط بمضيها العبادات أخذاً منه بفرض الزكاة . وذهب أبو يوسف إلى أنها شهر واحد ، وهي أدنى مدة لسقوط فرض الصوم .
(٣) انظر الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٢ .

يرجع عن وصيته لو كان عاقلاً. أما الجنون غير المطبق فرض يشبه
الانحما، فلو أوصى المبتلى به حال الافاقة صحت وصيته لأنه
بمنزلة العاقل.

وحيث ان فقدان الأهلية في القانون العراقي يتحقق بالجنون
المطبق فحسب^(١)، 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 الموصى 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. فهو قد يكون معلوماً أو مجهولاً جهالة فاحشة
أو يسيرة، كما قد يكون معدوماً أو موجوداً وجوداً محققاً أو محتملاً.
وكذلك قد يكون فرداً مسلماً أو غير مسلم في دار الاسلام أو في
دار الحرب، وقد يكون جماعة يخصص عدد افرادها او لا يخصصون،
وقد يكون جهة قرابة او معصية. وكما يكون اجنبياً عن الموصى فقد
يكون أحد ورثته، وهو بعد ذلك قد يكون مستحقاً للبر والصلة

(١) فقد نصت المادة (١٠٨) من القانون المدني على ان « الجنون المطبق هو في
حكم الصغير غير المميز اما الجنون غير المطبق فتصرفاته في حال افاقته كتصرفات العاقل ». أما المعتوه فقد اعتبرته المادة (١٠٧) 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 الإسلامية ، 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 إلى الله تعالى بفعل الخير وتدارك
الإنسان ما فاتته 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 فإنه يمكن اجمال ما اشترطه الفقهاء في الموصى له
من شروط بوجه عام في أن 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 - أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهاالة الفاحشة :

العلم بالموصى له شرط لصحة الوصية لا مكان إدخال الشيء الموصى
به في ملكه ، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت كما عرفنا .
ويتحقق العلم به بأحد أمور ثلاثة : الأول - بتعيينه بالاسم ، الثاني -
بتعيينه بالإشارة ، الثالث - بتعيينه بالوصف . فلو قال الموصى :
دار الحرب ، وقد يكون جماعة يحصى عدد أفرادها أو لا يحصى ،
وقد يكون جهة قرابة أو معصية . وكما يكون أجنبياً عن الموصى فقد

أوصيت لفلان بن فلان أو لجامع أبي حنيفة أو لمعهد المحاسبة بكذا
 مثلاً ، كان الموصى له معيناً بالاسم . ولو قال : أوصيت لهذه
 الحسينية أو لهذين الأعميين أو للحمل الذي في بطن هذه المرأة
 بكذا مثلاً ، كان الموصى له معيناً بالإشارة . أما لو قال : أوصيت
 بكذا لا يتم مدارس الحلة أو لفقراء الكرخ أو لسدنة الروضة
 العباسية بكر بلا . مثلاً ، فيكون الموصى لهم معينين بالوصف ^(١) .
 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 لجهالة من يضاف التملك إليه جهالة
 فاحشة لا يمكن إزالتها ، في حين أنه لا بد 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 ^(٢) .

(١) على أن 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 فإنها لا تصح فندم جهالة الموصى لهم جهالة يتمتع معها تسليمهم
 الشيء الموصى به . (انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨٤) غير أن جمهور الفقهاء
 صححوا الوصية لمعين بوصف يميز مطلقاً .

(٢) إنما يكون للموصى به مناصفة بين الاثنين عند أبي يوسف ، أو يعطى الخيار
 لورثة الموصى في تعيين للموصى له منهما عند محمد . (انظر الكاساني في للرجم السابق
 ص ٣٤٢) .

«الشرط الثاني - أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية :

يكون الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية متى كان معيناً بالاسم أو بالإشارة ، 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 وجوده وقت إنشاء الوصية إلا أنهم اشترطوا وجوده عند موت الموصى لأنه وقت استحقاق الوصية ، ولأن الملك بالوصية كالملك بالميراث . وشرط الميراث كما هو معلوم تحقق وجود الوارث وقت وفاة المورث ، فكذلك شرط نفاذ الوصية تحقق وجود الموصى له وقت وفاة الموصى^(١) .

فلو قال شخص : أوصيت لأولاد أخي فلان بكذا ، فإن من يستحق الوصية من أولاد أخيه هو كل من يكون موجوداً منهم وقت وفاة الموصي دون من يوجد بعد ذلك أو من وجود وقت إنشاء الوصية ومات قبله . ذلك لأن الوصية عند الجمهور لا تصح للمعدوم الذي يحتمل الوجود مستقبلاً ، كما لا تصح عندهم للميت ، لعدم أهليتها للتملك .

(١) لأن قاعدة التملك تقتضي وجود للملك الذي سيتعلق للملك بدمته ، والأصل أن يكون ذلك عند إنشاء الوصية ما دامت صيغتها منجزة ، ولكن بما أن الوصية جاءت على خلاف الأصل في عقود التملك ، إذ التملك لا يكون فيها إلا بعد موت الموصى ، لهذا فقد أجازوا تخلف الموصى له وقت إنشاء الوصية إذا لم يكن معيناً ، ولكن لا بد من وجوده وقت وفاة الموصى لكي يجد للملك ذمة يتعلق بها . انظر استاذنا المذكور في الوصايا في «الفقه الاسلامي ص ٣٤٧» .

وخالف في ذلك فقهاء المالكية، إذ قالوا بصحة الوصية للحمل الذي سيحدث في المستقبل ولميت أيضاً، لأنهم عرفوا الموصى له بأنه من يصح تملكه للموصى به شرعاً حالاً أو مآلاً ولو حكماً^(١). وذهبوا إلى أن غلة العين الموصى بها تكون لورثة الموصى قبل مجيء الموصى له إن كان حملاً، ويرجع الشيء الموصى به إليهم أيضاً إن نزل الحمل ميتاً. وتصرف الوصية في سداد ديون الموصى له إن كان ميتاً يعلم الموصى بموته، أو تصرف إلى ورثته إن لم يكن مديناً. أما إذا لم يكن عليه دين وليس له وارث فإن الوصية تبطل لاستحالة تنفيذها، ولا يصار الموصى به إلى 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، فإنه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا له وقت انشاء الوصية والذين سيكونون له بعد ذلك^(٢).

على أن المشرع العراقي اشترط وجود الموصى له وجوداً حقيقياً أو تقديرياً وقت انشاء الوصية ووقت وفاة الموصى أيضاً، إذ نص في الشق الأول من الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من قانون الأحوال 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 استحقاقها :

جعل فقهاء الشريعة الاسلامية للجنين أهمل وجوب ناقصة ، فأعترفوا بصلاحيته لاكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج في نشأتها الى قبول لما فيها من نفع محض له . وهي حقه في ثبوت نسبه وفي استحقاق ربيع الوقف وفي الميراث وفي الوصية^(١) ، دون أن يحملوه الالتزام بالوجبات . 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^(٢) .

غير أن الفقهاء يشترطون لصحة الوصية للحمل واستحقاقه لها التيقن من علوقه ببطن أمه وقت إنشائها . الوصية ، إذ متى تحقق ذلك اعتبر موجوداً حكماً واستحقاقاً . 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 حكماً بأن كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو كانت خالية

(١) مع ان فقهاء المسلمين قد اجمعوا على جواز الوصية للحمل للاستيكان في بطن امه ، فانهم قد اختلفوا في جواز الهبة له . ووجه الفرق في ذلك هو ان الهبة تمليك في الحال فيقتضي وجود للملك في الحال على وجه اليقين ، وهي لا تتم عند اكثر الفقهاء إلا بالقبض ولا يوجد من قبض 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 للملك فيها يثبت بالخلافة والحمل يرث فصحت الوصية له . فالوصية في الواقع وإن كانت تشبه الهبة فانها تشبه الميراث ايضاً ، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا امكن ، ولشبهها بالميراث يسقط القبول إذا تعذر عملاً بالشبهين . (انظر تبين الحقائق للزبيدي ج ٦ ص ١٨٦) .

(٢) انظر ابن قدامة في المزجم السابق ص ٥٧ .

من الأزواج وعدتهم^(١). أما إذا أقر الموصى بوجود الحمل حين الوصية، أو كانت الحامل معتدة من طلاق بائن أو وفاة فإنه يستحقها إذا ولدته لسنة هلالية أو أكثر قليلاً على المشهور^(٢) (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 إلا إذا انفصل كله عن أمه حياً^(٣)، ولو للحظة واحدة ثم يموت بعدها. وإن أسفرت الولادة عن توأمين وكانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة بصرف النظر عن جنس المولود، وإذا مات أحدهما بعد ولادته حياً فنصيبه في الوصية ينتقل إلى ورثته الأحياء ويقسم بينهم باعتباره ميراثاً، لأنه استحقته قبل وفاته فهو تركته^(٤).

والمشرع العراقي يميز الوصية للجنين كما يفهم من نص الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية السابق الذكر بشرط أن تتحقق حياته حين الوصية وحين موت الموصى^(٥)، غير أنه لم يفسح صراحة عن كيفية التحقق من ذلك بنص قاطع. وإنما

(١) أما إذا ولدته لأكثر من ذلك فإن الوصية تبطل، لاحتال حصول الحمل بعد انشائها فلا يستحق شيئاً من الشك.

(٢) على أن من الفقهاء من يجعل أقصى مدة الحمل سنتين أو أكثر.

(٣) اعتبر الفقهاء الأحناف المولود حياً إذا خرج أكثره وهو حي، لأن الأكثر عند حكم الكل.

(٤) انظر في ذلك: الزيلعي في نفس المرجع والمؤتم السابطين، والكاساني في المرجع السابق ص ٣٣٦، وابن قدامة في نفس المرجع ص ٥٦، وابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج ج ٧ ص ٨، والماملي في المرجع السابق ص ٣٩٥ و ٣٩٦.

(٥) وتعرف حياته حين الوصية وحين موت الموصى من وقت ولادته طبيعياً.

ترك الأمر الى مبادئ، الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانونه والاسترشاد بالاحكام التي أقرها القضاء، والفقهاء الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية، عملاً بنص الفقرتين الثانية والثالثة من قانون الاحوال الشخصية.

ويلاحظ أن مشرع قانون الوصية في العربية المتحدة اعتبر أقل مدة الحمل تسعة أشهر (مائتين وسبعين يوماً) أخذاً عن قول لبعض الفقهاء، واعتبر أكثر مدة الحمل سنة شمسية (خمسة وستين وثلثمائة يوم) أخذاً عن الاطباء الشرعيين، بصراحة نص المادة (٣٥) منه^(١).

الشرط الثالث - أن لا يكون جهة معصية :

بيننا 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 والملاجى، والمستشفيات والفقراء، عموماً القصد منها في جميع الأديان السماوية التقرب الى الله والبر بالانسان، فهي صحيحة نافذة اتفاقاً،

(١) التي تنص على انه « تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية : »

« ١- إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لحية وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية » .

« ٢- إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية ممتدة من وفاء او فرقة بائنة، فتصح الوصية إذا ولد حياً لحية وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت او الفرقة البائنة .
وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين » .

« وتوقف غلة الموصي به الى ان ينفصل الحمل حياً فتكون له » .

سواء أكان الموصى مسلماً 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^(١) .

أما الوصية التي تكون لجهة معصية كالوصية لأندية الفسق والفجور وجمعيات الاحاد مثلاً فإنها تتضمن اعانة معصية الخالق جلّ وعلاً ومفسدة للخلق أجمعين ، وهو أمر لا تقره جميع الأديان المنزلة ، فتكون باطلة بالاتفاق أيضاً .

ولكن ما حكم الوصية اذا كانت الجهة الموصى لها تعتبر قرابة في بعض الأديان دون بعض ؟ .

يشترط الفقهاء المسلمون في وصية المسلم أن لا تكون الجهة الموصى لها محرمة في الشريعة الاسلامية ، حتى ولو كانت لا تخلو من قرابة في نظر الديانات الاخرى . فالوصية ببناء الكنائس والبيع فيها معنى القرابة عند المسيحيين واليهود ولكنها لا تعتبر كذلك عند المسلمين ، فتكون باطلة اتفاقاً اذا ما صدرت من مسلم كما هو الحكم في الوقف تماماً .

أما اذا كانت الوصية من غير مسلم وكان الموصى له جهة تتأثر القرابة فيها باختلاف الأديان فان فقهاء المذاهب الاسلامية قد اختلفوا في حكمها ، كما هو موضح بايجاز على الوجه التالي :

(١) بخلاف الميراث ، اذ يمنم التوارث بين المسلمين وغيرهم لأن الميراث خلافة وولاية في المسال ، ولا ولاية مع اختلاف الدين بين المورث والمورث ، اما الوصية فعبارة عن تملك بعقد مبتدأ فتصح كما في حال الحياة .

فالأحناف يشترطون في الموصى له غير المعين أن يكون قرابة في نظر الاسلام وفي ديانة الموصى ، فلو أوصى مسيحي مثلاً ببناء مسجد أو كنيسة لجماعة غير محصورين ، كانت وصيته باطلة . ذلك لأن إقامة مسجد من ماله لقوم غير معينين وإن كان يعتبر قرابة في دين الاسلام الا أنه ليس كذلك في دين الموصى . وعلى العكس من هذا إقامة كنيسة من ماله لقوم غير معينين يعتبر قرابة في دينه هو ، ولا يعتبر كذلك في نظر الاسلام .

و كذلك الحكم في اعتبار الوصية باطلة عند الصاحبين فيما اذا كان الموصى له جهة لا قرابة فيها بنظر الاسلام كالوصية لكنسية معينة مثلاً ، غير أن أبا حنيفة يجيز مثل هذه الوصية لأنها تتضمن معنى القرابة في معتقد الموصى غير المسلم . فهو يرى أن الله سبحانه وتعالى أمر على لسان نبيه 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 قرابة في ديانتهم وليست محرمة في الاسلام ، كما أن وصيته ببناء مسجد لجماعة معينين من المسلمين صحيحة ايضاً ، لأنها لا معصية فيها بل هي قرابة في نظر الاسلام . في حين ان ابا يوسف ومحمد لا يريان في وصية المسيحي ببناء كنيسة قرابة في دين المسلمين ، ولهذا فانهما يقولان ببطلان مثل هذه الوصية . ويذهبان الى ان العبرة في القضاء بما جاء به الاسلام ، فيجب ان يقضى بأحكامه لا بمعتقدات مخالفه . 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 قرينة^(١) .

ويذهب فقهاء الشافعية والحنابلة الى ان العبرة في وصايا غير المسلمين ، في كون الجهة الموصى لها قرينة أم لا ، هو الدين الاسلامي . وعلى هذا إذا كانت الوصية لغير معين وكان الصرف قرينة في نظر الاسلام فانها تكون صحيحة ، ولو لم يكن الصرف قرينة في دين الموصى^(٢) .

والمعتمد في مذهب الجعفرية أنه يشترط في الجهة الموصى لها ان تكون قرينة 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 قرينة في عقيدته ؛ أما وصيته للكنسية فانها صحيحة^(٣) .

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 والزليعي في المرجع السابق

ص ٢٠٥ .

(٢) وهذا هو مذهب الظاهرية أيضا كما يفهم من محلى ابن جزم ج ٩ ص ٣١٧ .

(٣) راجع ما بيناه في الباب الثاني عند كلامنا على شروط الجهة الموقوف عليها فيما

يعتبر من وقف غير المسلم قرينة يصح معها الوقف ربما 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 يوصى بشي، له قيمة مالية لمن بين داره ودار الاسلام حرب أو عداً مستحكم لا ينبغي 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 حريته .

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 ابتداءً .

واستدل القائلون بعدم صحة الوصية للحربي من قبل المسلم او الذمي الذي يستوطن دار الاسلام ، وهم فقهاء الحنفية والشيعة الجعفرية والزيدية^(١) ، بقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولّوهم ومن يتولّهم فأولئك هم الظالمون »^(٢) . وقالوا إن الوصية لأهل ديار الحرب تبرع

(١) أنظر في ذلك : الكاساني في المرجم والموضم السابقين ، والمحقق الحلبي في

المختصر النافذ ص ١٨٩ ، وأحمد بن يحيى المرتضى في البحر الزخار ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٢) الآية (٩) من سورة المنتحنة .

بتمليك المال لهم ومن ثم إعانتهم على محاربتنا كالوصية لهم بالسلاح ، وهذا لا يجوز شرعاً .

وذهب الحنابلة والشافعية وغيرهم الى أن الوصية للحربي في دار الحرب تصح كما صححت الهبة 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 المذهبهم هذا أيضاً بما روى 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^(١) .

على أن اختلاف الدار المانع من صحة 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 المرحوم ص ١٠٤ .

والبعض الآخر وهناك موثيق 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 نصار 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 »^(١) 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^(٢) . 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^(٣) ، سواء اكان سبب القتل

(١) رواه النسائي والدارقطني وغيرهما ، انظر بلوغ المرام ص ١١٨ .

(٢) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٣٩ .

(٣) لأنه يمثل رأي الحنفية والجمعية واحد قولين عند الشافعية واحد ثلاثة =

حدث قبل الوصية كأن يصيب منه مقتلاً ولا يموت في الحال ثم يوصى له ويموت بعد ذلك بسبب الإصابة ، ام كان بعدها كأن يوصى له اولاً ثم يقتله الموصى له ، فان هناك رأياً آخر في الفقه الاسلامي^(١) ، 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 لانها تملك 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 صحّت ونفذت في حدود الثلث احتراماً لارادة الموصى ، وإذا حدثت قبل ذلك بطلت معاملة للموصى له القاتل بنقيض قصده السي^(٢) .

= اقوال عند الحنابلة . والذي يلاحظ في الفقه الحنفي هو ان ابا حنيفة ومجده 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 سقطوا حقهم ، فزال المانع ، فجازت الوصية . ومعنى هذا انها يريان عدم كون الموصى له قاتلاً للموصى شرطاً 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 ٦١) .

- (١) يمثل القول الراجح في مذهب الشافعية وقول في مذهبي احمد ومالك .
 (٢) انظر في ذلك وفيما تقدم : العلامة الحلبي في قواعد - 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 زيدا كذا ، ثم يقتله زيد ، لأنه ربما طلب تمجيل الوصية فبادر الى قتله ليلعب 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 إحدى 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 للموصى » بنص الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية ، لهذا فإنه 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 الموصى أو 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 و كان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي » .

= فاقنضت المحكمة منعه . قلت : قضيته انه يكفي في ذلك احتمال ارادة التعجيل ، وانا لو قطعنا بعدم ارادته ذلك صحة الوصية ، فتأمل ! وقالوا بخلاف ما او جرحه بالمهالك 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 » .

اختلاف الفقهاء في شرط

عدم كونه الموصى له وارثاً للموصى

منى يعتبر الموصى له وارثاً للموصى ؟

من الوصايا ما لا تحتاج في نفاذها لإجازة من أحد، إذ أنها تؤدي مما يبقى من تركة الموصى بعد تجهيزه ودفنه وسداد ما قد يكون عليه من ديون، وهذه هي الوصايا النافذة. ومن هذه الوصايا بإجماع الفقهاء المسلمين الوصية لغير وارث بما لا يزيد على ثلث قيمة التركة، فان تنفيذها لا يتوقف على إجازة الورثة، أما الجزء الزائد على الثلث فلا ينفذ إلا بإجازتهم 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 لإجازة 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 فإنه 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^(١) .

فلو أوصى شخص ليس له أبناء، ولا عصبة ذكور من جهتي الأبوة والأخوة لعم له بثلك ماله فان العم يعتبر وارثاً بالتعصيب (عند جمهور الفقهاء) في هذا الوقت ، ولكن إذا رزق الموصى ابناً 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 بثلك ماله صححت 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 صححت 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 جملةً بالتجاهات الثلاثة ، هي :

١- ما اتجه اليه فقهاء الظاهرية والبعض من فقهاء كل من الشافعية

(١) لم يخالف في ذلك إلا ابن حزم الظاهري الذي يعتبر الموصى له وارثاً سواء كان كذلك عند موت الموصى ام وقت إنشاء الوصية ، ولو أصبح غير وارث وقت الموت . (انظر المحلى ج ٩ ص ٣١٦) .

والمالكية والحنابلة من أن الوصية للوارث غير جائزة أصلاً ولو أجازها جميع الورثة بعد وفاة الموصى ، أي انها تقع باطلاً ابتداءً . واستدلوا لهذا بما ثبت عندهم من الحديث النبوي الشريف الذي جاء بعبارة « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »^(١) .

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 إيذاء وإيحاء لهم ، فيؤدي هذا الى قطع الرحم . ثم ان إيثار بعض الورثة على بعض فيه حيف والرسول عليه الصلاة والسلام يقول : « الاضرار في الوصية من الكبائر »^(٢) ، 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 ما لهم الخاص بهم بعد وفاة مورثهم (الموصى) ، فيلاحظ فيها عندئذ شروط الهبة^(٣) .

٢- 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 المنية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٣) انظر في ذلك : ابن حزم في المرجم والموضع السابقين ، والشيرازي في

المهذب ج ١ ص ٤٥٨ ، وابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٣ ، وابن قدامة في

للمرجم السابق ص ٦ .

في حدود الثلث ، ولكنها تكون موقوفة على إجازة باقي الورثة ،
فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت .

ومعنى هذا أن عدم كون الموصى له وارثاً للموصى 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 »^(١) .
إذ قالوا : إذا صحت هذه الزيادة ملك الورثة حق الإجازة 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 إشار بعض الورثة على البعض الآخر حتى لا يُعطى
أكثر من نصيبه الشرعي الذي يستحقه بالميراث ، فإن أجازها الورثة
كانت إجازتهم تنفيذاً للوصية لانتفاء ما قد يسببه ذلك الإيثار من
أذى لهم^(٢) .

٣- 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 « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ

(١) كما أخرج الدارقطني من حديث عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده ، وأخرجه
أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ « إلا أن يشاء الورثة » . انظر
الشوكاني في نفس المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ١٦١ .

(٢) انظر في ذلك : الكاساني في نفس المرجع ص ٣٣٧ والزبلي في نفس المرجع
ص ١٨٢ والمراجع السابقة الإشارة إليها .

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 مخالفه في الآية التالية مباشرة بقوله « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم »^(١) . ولا يعقل أن الله عزَّ وجلَّ إذا شرع للناس حكماً مؤقتاً يعلم جلت قدرته أنه سينسخه بعد زمن ما ، يعود فيؤكده بمثل ما أكد به أمر الوصية للوارث^(٢) .

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^(٣) . 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 والعمالي 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 فيها أيضاً 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 فليفتقر » . انظر حمدة الفاري شرح صحيح البخاري للعبني ج ١٠ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ .

الأقارب أولى من الأبعد. 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 « وتجاوز 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 (الموصى) والذي لا يرث ، إنما جعل الوصية لأي منها 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 يشير حفيظة باقي الورثة كما نعتقد ، مادام ان من حق المورث ان يهب أو يوصى 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 لمن بثلك ماله الذي مكّنه الشارع من التصرف فيه ليتعادل ما يؤول اليهن مما تركه مع ما يستحقه 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 أنه منهي عنه من وجهة الشرع . ذلك لأن الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام قوله « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم »^(١)

المبحث الرابع

ما يشترط في الموصى به

شروطه يجب توافرها لصحة الوصية به :

يشترط في الموصى به - محل الوصية الذي يظهر فيه أثر الصيغة ويقع التملك عليه - في الفقه الاسلامي بوجه عام ، شرطان :
(الأول) ان يكون مما يجري فيه الارث أو يصلح ان يكون معقوداً عليه .

فالذي يجري فيه الارث ، هو كل ما يصلح ان يكون تركة

(١) روى من 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 في البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا اذن » . اي سو بين اولادك في الاعطاء كما يسرك ان يكونوا لك في البر سواء .

كما يخلفه الميت من الاموال مطلقاً^(١) عند جمهور الفقهاء ، أو الاموال الخالية من تعلق حق الغير بعين معينة منها عند الفقهاء الاحناف .
والذي يصلح ان يكون معقوداً عليه ، هو كل ما يجوز ان يجري فيه التعاقد حال حياة الموصى ولو لم يكن مما ينتقل باليراث عند البعض ، كالمنافع والحقوق الشخصية على رأي الاحناف الذين لا يعتبرونها أموالاً تورث عن الميت .

وعلى هذا فانه يصح ان يكون الموصى به مالاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، قيماً كان أو مثلياً ، محوزاً من قبل الموصى حقيقة أو حكماً^(٢) . 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 والبايتم ، او بماليتها كحق الدائن العادي ، ام لم يتعلق بها حق لأحد ،

(٢) ويكون محوزاً من قبل الموصى حقيقة إذا كان تحت يده فعلاً او تحت يدا مين كالمرتهن والمستأجر والمستعير ، ويكون محوزاً من قبله حكماً 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 بهما 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 لو احد وبالمنفعة لآخر . والفقهاء الأحناف وإن كانوا لا يعدون المنافع أموالاً لأنهم يعتبرونها أعراضاً تنتهي بمجرد وجودها ولا بقاء لها حتى تملك ، وعلى هذا فالقياس يقتضي أن لا تجوز الوصية بهما عندهم لأن الوصية تشبه الميراث من حيث أن الملك فيها لا يثبت إلا بعد الوفاة ، إذ لا يتصور وجود المنافع مكتملة لا وقت إنشائها الوصية ولا وقت موت الموصى . نقول : على الرغم من أن هذا هو مذهبهم بالنسبة إلى المنافع ، فإنهم 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 يجوز الوصية بسكنى الدار وركوب الدابة وما أشبه ذلك^(١) . ولم يخالف في صحة الوصية بالمنافع غير أهل الظاهر ، فإنهم يعتبرونها غير صحيحة لأنها وصية بمال الوارث ، ولأن المنافع معدومة ، ولأن الوصية بها بمعنى الاعارة والعارية تبطل بالموت^(٢) .

(١) انظر الهداية للمرغيناني ج ٤ ص ١٨٦ .

(٢) انظر محلى ابن حزم ج ٩ ص ٣٢٢ .

(الثاني) ان يكون موجوداً عند إنشاء الوصية إن كان عيناً
ومملوكاً للموصى .

إذا كان الشيء الموصى به عيناً معينة فإنه يشترط وجوده في ملك الموصى وقت إنشاء الوصية وان يبقى على ملكه حتى وفاته اتفاقاً ، كالوصية ببستان معين أو بفرس معينة لآخر . ذلك لأن الوصية تملك أو تصرف مضاف الى ما بعد الموت في المال من قبل مالكه ، الذي هو الموصى . فالوصية بملك الغير لا تصح أصلاً ، حتى لو ملكه الموصى بعد ذلك ثم مات كانت وصيته غير صحيحة^(١) . إذ ليس من حق الانسان ان يوصى 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 يوصى به بوصية جديدة ينشئها . وكذلك يشترط لصحة الوصية أيضاً وجود الموصى به في ملك الموصى عند الانشاء . وعند الموت إذا كان جزء شائعاً في عين معينة ، كالوصية بعشر أرضيه الزراعية أو خمس مواشيه أو ربع نقوده ، عند جمهور الفقهاء .

أما إذا كان الموصى به غير معين وليس جزء شائعاً في مال معين بالذات بل هو جزء شائع في المال كله كالثلث والرابع والسادس ، فإنه يشترط وجوده في ملك الموصى وقت وفاته فقط ، فان لم يوجد في هذا الوقت كانت الوصية باطلة .

(١) ويذهب فقهاء الحنفية في احد الرأيين عندم الى انه إذا اجاز الغير الوصية بعد موت الموصى كان ذلك هبة منه فلا تتم إلا بالقبض ويجوز له الرجوع فيها ، أما إذا لم يجز الغير فلا يصح التصرف لا على انه وصية ولا على انه هبة . ويصح فقهاء الشافعية مثل هذه الوصية مطلقاً في رأي عندم . 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 تفتى 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 الموصى 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 للتملك بعد موت الموصى ». وواضح من هذا النص ان ما يصح للموصى 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 بشي، لا يملكه لا تجعل ذلك الشي، قابلاً للتملك الى الموصى له بعد وفاة من أوصى به، أي لا يمكن اعتباره موصى به، لأن الموصى لا يملك حق التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ابتداءً.

القدر الذي يجوز الوصية به :

اتضح لنا مما سبق بيانه ان فقهاء المذاهب الاسلامية مجمعون على ان الوصية في حدود تلك 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 الموصى ، والواجب يلزم أدائه قبل التبرع شرعاً .

أما ما زاد على الثلث فيكون موقوفاً على إجازة الورثة بعد موت الموصى ، لأن قبول الورثة الوصية حال حياة الموصى لا قيمة له ولا يعتبر إجازة لأنه قبل ثبوت الحق الذي لا يثبت لهم إلا بعد موته ، متى كانوا من أهل التبرع^(١) عالمين بما يجيزونه .

والذي يزيد 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^(٢) . غير ان تكملة الحديث وهي « إنك ان تدع ورثتك أغنياً ، 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 الموصى . 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 منها قضية قائمة بنفسها غير متعلقة بالآخرى^(٣) .

(١) أي 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 يجوز الوصية للوارث ونفاذها في حدود الثلث من غير إجازة خلافاً للجمهور الفقهاء كما رأينا، فإن 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 أن بعض فقهاءهم يذهبون إلى عدم تقييد الوصية النافذة بالثلث مستندين في ذلك إلى إطلاق 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^(١) .

إجازة الورثة شرط لنفاذ الوصية بالزائد على الثلث :

بناء على ما تقدم يمكن القول بأن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي جملة يقضي بصحة الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث ، إلا أن الزيادة تكون موقوفة على إجازة الورثة ، فإن أجازوها جميعاً نفذت وإن ردوها جميعاً نفذت بالثلث وبطلت في الزيادة . ولو أجاز الوصية بعض الورثة دون بعض فإنها تنفذ في الزيادة في حق من أجاز منهم ، إن كان من أهل الإجازة ، وتنفذ في الثلث فقط وتبطل في الزيادة

(١) انظر مفتاح السكامة المجلد السابقة الإشارة إليه ص ٤٤٢ . وبذهب العاملي إلى التوفيق بين رأي الجمهور ورأي المخالف في هذه الجزئية فيقول في نفس المرجع ص ٤٤٨ ما نصه « واعلم أن ما قلناه لا ينال قول الشيخ علي بابويه من أنه إن أوصى بالثلث فهي الغاية القصوى ، فإن أوصى بماله فهو أعلم بما فعله ويلزم الموصى انفاذ وصيته على ما أوصى ، لأن قوله لا دلالة فيه على مخالفة ما قلناه فإنا لا نسلم أن الموصى أعلم بما فعل . قلت (لعله أراد أن الزيادة كانت قد وجبت عليه في ماله بأحد الأسباب الموجبة والموصى أعلم بها ، وهذا غير جواز الوصية بالزيادة تبرها » .

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 نجعل 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 . ونجعل لمن أجاز منهم نصيباً على ان الوصية بأكثر من الثلث ، أي انها تنفذ في حقه بكل القدر الموصى به . ونجعل الباقي استحقاقاً للموصى له بالاضافة الى الثلث ، الذي يستحقه ابتداءً دون اجازة من الورثة .

وعليه لو أوصى شخص له ثلاثة أبناء من أهل الاجازة بنصف صافي تركته^(١) ، التي تقدر ب (٩٠٠٠) دينار ، لشخص آخر . فان

(١) أي بعد دفع نفقات تجهيزه ودفنه وسداد جيم ديونه ، إن كان مديناً .

الأحوال التي يمكن تصورها لا تخلو عن واحدة من الأمور التالية:-
١ - إذا أجاز جميع الورثة نفذت الوصية في كل المال (الصافي من التركة) ، فيأخذ الموصى له نصفه أي (٤٥٠٠) دينار ، ويقسم النصف الآخر على الورثة الثلاثة بالتساوي ، فيأخذ كل ابن (١٥٠٠) دينار ميراثاً .

٢ - إذا أجاز اثنان فقط ولم يجز الثالث فإن الموصى له يأخذ الثلث أي (٣٠٠٠) دينار دون اجازة الورثة ، ويأخذ بالاضافة الى ذلك ما يقابل حق المميزين في نصف كل مال دون غير المميز أي ما يساوي (١٠٠٠) دينار ، فيكون استحقاقه من الوصية (٤٠٠٠) دينار .
ويأخذ غير المميز (٢٠٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان لا وصية نافذة بأكثر من الثلث في حقه . ويأخذ كل واحد من المميزين (١٥٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان الوصية تنفذ بنصف كل المال في حقهما .

٣ - إذا أجاز ابن واحد فقط ولم يجز الآخران فإن الموصى له يستحق الثلث أي (٣٠٠٠) دينار من غير حاجة لاجازة أحد من الورثة ، ويستحق بالاضافة الى ذلك ما يقابل حق المميز في نصف كل المال دون غير المميزين أي ما يساوي (٥٠٠) دينار ، فيكون مجموع استحقاقه من الوصية (٣٥٠٠) دينار . ويأخذ كل واحد من الابنين غير المميزين (٢٠٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان لا وصية نافذة بأكثر من الثلث في حقهما . ويأخذ الابن المميز (١٥٠٠) دينار ميراثاً ، على أساس ان الوصية تنفذ بنصف كل المال في حقه فقط .

٤ - اما اذا لم يجزوا جميعاً فإن الوصية تنفذ في ثلث المال فقط ، فيستحق الموصى له (٣٠٠٠) دينار ، ويأخذ كل ابن (٢٠٠٠) دينار ميراثاً .

هكهم وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث :

إذا كان ماتقدم هو حكم الوصية بأكثر من الثلث بالنسبة للموصى الذي يخلف وارثاً أو ورثة ، فالحكم إذاً عند فقهاء المسلمين والمشرع العراقي إذا لم يكن للموصى بما هو أكثر من الثلث أو بكل ماله ورثة مطلقاً ، أو كان له وارث ولكنه محروم من الارث لمانع من موانعه ، ولم يوجد من أقر له الموصى بنسب حملاً على الغير^(١) ؟

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 كالمقرر له بالنسب حملاً 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 أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس » ومما ورد على لسانه عليه الصلاة والسلام من أن الله تعالى أعطى الانسان حق التصرف بثالث 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 يوصى بكل ماله لمن يشاء .

(١) كأن يقر لشخص بأنه شقيقه مثلاً ، فيحمل نسبه (للمقر له) على أبيه ، ولم يكن هناك دليل آخر لاثباته غير الاقرار . أما إذا تضمن اقراره حمل نسب للمقر له على نفسه كما لو أقر بان فلان ابنه ، فانه يثبت نسبه منه ويمتبر ابنه ويستحق في تركته بالميراث ، وذلك متى توافرت شروط الاقرار المطلوبة شرعاً .

وخالف فقهاء الشافعية^(١) وكذا فقهاء المالكية^(٢) على الرأي 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 الباقين ، وأن في إجازته 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 « لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له » . فالمفهوم من الشق الثاني^(٣) لهذه المادة أن من يموت عن غير وارث أو

(١) جاء في مهذب الشيرازي ج ١ ص ٤٥٧ ما نصه « إذا أوصى بما زاد على الثلث ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيها زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ولا يجوز له منهم ، فبطلت » .

(٢) جاء في الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٤٢٣ ما نصه « فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله مثلاً أو بقدر معين يبلغ ذلك نفذت الوصية بالثلث ورد ما زاد عليه ولو لم يكن له وارث لحق بيت المال » .

(٣) أما الشق الأول منها فالواقع أنه لم يأت بشيء جديد زيادة عما بينته الفقرة الثانية من المادة (١١٠٨) من القانون للدني ، لأن مفهوم مخالفته يتضمن بوضوح حكم جواز ونفاذ الوصية في حدود الثلث لو ارث أو لغير وارث دون موافقة الورثة ، وجواز ونفاذ الوصية بأكثر من الثلث لو ارث أو لغير وارث بموافقة الورثة جميعاً أو بالنسبة لمن يجيز منهم فقط في الزائد على الثلث .

عن وارث ممنوع من الميراث شرعاً^(١) ، وليس عليه دين مستغرق ، وكان قد أوصى بأكثر من ثلث ماله ، نفذت وصيته بالثلث فقط ، ويكون الثلثان الآخران (الباقي) ميراثاً للدولة ، لأنه اعتبارها وارثاً لمن لا وارث له . ومن غير المعهود ولا المقبول شرعاً أو قانوناً أن تجيز الدولة بشخص من يمثلها ، وهو الذي له الهيمنة على خزينة 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^(٢) ، 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 حلاً على الغير .

وعليه نرى أن نص المشرع على اعتبار الموصى له بجميع المال - أو بما زاد على الثلث لنفس العلة - مستحقاً لما أوصى له به عند عدم وجود أحد المستحقين الذين يسبقونه في ترتيب الاستحقاق ، هو في

(١) عملاً بمحك المادة (٩٠) من قانون الأحوال الشخصية ، لأن هذا المنع من « الأحكام الشرعية التي كانت صريحة قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ » .

(٢) التي تنص على الآتي: « للمستحقون للتركة م الأَصْناف التالية : - (١) الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح (٢) المقر له بالنسب (٣) للموصى له بجميع المال (٤) بيت المال » .

حكم المعطل في الوقت الحاضر^(١) ، مادام أن ليس لممثل بيت المال (الذي يقابل خزنة 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 الخزنة العامة »^(٢) .

(١) جاء في مقال بعنوان موقف المشرع العراقي من الوصية بأكثر من الثلث) نشر المؤلف في مجلة القانون المقارن - العدد الثاني - 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 عيباً تشريعياً يجب المبادرة لتلافيه ، أما بالنص على حذف الفقرة الثالثة (الموصى له بجميع المال) من المادة (٨٨) من هذا القانون ، وإما بتعديل نص الشق الثاني (وتمتد الدولة وارثاً لمن لا وارث له) من المادة (٧٠) منه بما يرفع التناقض ويزيل العيب ويستقيم معه الحكم » .

وجاء في نفس المقال ص ١٧٢ ما نصه « على إننا نرجح ونحبذ الاتجاه الى الحكم الأول ، في اعتبار الدولة وارثاً لمن لا وارث له بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث عموماً ، ونرى العمل به حالياً اقراً لحق الدولة في خدمة المجموع بوضع يدها على ما زاد على الثلث من وصاياها من يموت عن غير وارث أو من هو في حكمه وانفاقه في مصالحهم . وإعمالاً لحكم الشرع من ناحية أخرى ، لأنه يعطي الانسان (الموصى) حق التصرف في ثلث ماله فقط ويحسم الثلثين الآخرين حقا لورثته أو من م 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 مادام حياً ، فان بقي له شيء فائض عن حاجته ثم مات بعد ذلك انتقل هذا الباقي ،يراثاً لورثته » .

(٢) كما ان هذا هو اتجاه المشرع المصري في قانون ميراثه رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ ، إذ اعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له عند عدم وجود مقر له بالنسب حلاً =

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 للموصى ورثة غيره^(١) . أما الوارث الذي يرد عليه فيستحق التركة كلها ميراثاً من غير وصية ، فهو يأخذ سهمه المقدر له شرعاً بالفرض ويأخذ الباقي بالرد ، كالأُم والبنت والأخ لأُم مثلاً . إذ لو انحصر الارث بالأُم فقط لأخذت الثلث فرضاً والباقي رداً ، ولو انفردت الصلبية الواحدة لأخذت النصف فرضاً والباقي رداً ، وكذا الأُخ لأُم 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^(٢) ، فشأنه شأن الأجنبي في الايصاء له بالزائد على الثلث .

وقت قدير الثلث :

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في وقت تقدير ثلث مال الموصى الذي تنفذ الوصية به على ثلاثة آراء ، يمكننا إيجازها فيما يلي :

= على النبر ولا موصى له بأكثر من الثلث ، حين نص في المقرة الثالثة من المادة الرابعة منه - عند بيان ما يؤدي من التركة - بالقول « ما اوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية . ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة ، فاذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي : اولاً - استهتاق من اقر له الميت بنسب على غيره . ثانياً - 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 سواء وعدا الامام وارث على المشهور في مذهب الامامية الاثنى عشرية . انظر الروضة البهية للجبي ص ٢٠٦ .

١- يذهب جمهور الفقهاء^(١) 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 الجعفرية وأكثر فقهاء الشافعية الى أنه « يشترط أن لا يكون الموصى به زائداً على الثلث الموجود عند الموت »^(٢) لأنه الوقت الذي تنتقل فيه التركة الى الورثة ووقت لزوم الوصية واستحقاقها^(٣) . وعلى هذا الرأي إذا كان مال الموصى قليلاً وقت الوصية ثم صار كثيراً وقت الموت بأن كسب مالا 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 الملاحة 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 التملك بالوصية ، وفيه يلزم من جانب الموصى ، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله ، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فإنه يثبت الملك بالقبول مستنداً الى وقت الموت .

٣- ويذهب البعض من فقهاء الشافعية وغيرهم^(١) 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 التملك 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 الورثة شي . 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 التملك الذي يكون

(١) انظر العاملي في المرجع السابق من ٤٤٩ ، وابن حجر في نفس المرجع والموضع

السابقين .

بعد موت الموصى . ومع ان هذا هو ما اتجه اليه المشرع العراقي غير إننا نرى أن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ كذلك . فلو كان مال الموصى كثيراً يوم الموت بحيث يحمل ثلثه القدر الموصى به ، وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نقص بنحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقي ، وكذا لو زاد بنحو سمن حيوان أو ولادته كما نرجح .

هذا ولو أوصى شخص لآخر بثلث ماله وعين ما أوصى له به كفرس أو دار معينة ، وتبين بعد موت الموصى أن ما عينه أكثر من الثلث ، فالرأي عند جمهور الفقهاء أن للموصى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث . ويذهب الامام مالك الى أن الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت ^(١) .

وصية الضرار والوصية المستحبة :

قد يقصد الموصى بوصيته الاضرار بورثته بأن يوصى 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 حكيم » ^(٢) ، والنبي عليه الصلاة والسلام يقول : « إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ، ثم يحضرها الموت فيضار أن

(١) انظر ابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ .

(٢) الآية (١٢) من سورة النساء .

في الوصية فتجب لها النار»^(١). وقد ذكر عن بعض الصحابة أن
الاضرار في الوصية من الكبائر لما في ذلك من تجاوز حدود الله تعالى،
وروى جماعة من الأئمة الاجماع على بطلان وصية الضرار^(٢).

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 النكايه بهم. ذلك لأن مثل هذه
التصرفات المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه العليم الحكيم، وما
كان كذلك فهو معصية له فيجب إبطاله^(٣). اما معرفة كون القصد
من الوصية الاضرار بالورثة فأمر قد يستفاد من القرائن او ظاهر
الحال، لكي يمكن الحكم ببطلانها قضاءً، 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 اغنيا، خير من تدعهم عالة
يتكففون الناس»، لما في ذلك من رعاية لجانبى الفقر والقراية. ثم
لأن الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالأجانب، وتركها يكون

(١) أخرجه ابو داود والترمذي. وأخرج احمد وابن ماجه ممتناه، وقال فيه

سبعين سنة. انظر الدراري للمضية للشوكاني ج ٢ ص ٢٦٠.

(٢) نفس المرجع وللوضه المشار إليهما في الهامش السابق. ويروى ان رجلاً

من الأنصار اوصى عند موته بعق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فدعاه رسول الله صلى
الله عليه وسلم فأقرع بينهم، فأعقق اثنين وارق أربعة. وفي لفظ لأبي داود «انه
صلى الله عليه وسلم قال: لو شهدته قبل ان يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين». انظر

في هذا نبيل 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 ، فالأفضل 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 اغنياً . فالأفضل الوصية بالثلث ، ويرى البعض ان الوصية بأقل من الثلث أولى من تركها ، متى كان الورثة اغنياً 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 الى من ان اوصى بالربع ، ولان اوصى بالربع احب الى من ان اوصى 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 قالوا : 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^(١) .

(١) انظر في ذلك : الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٨ و ١٤٩ ، والشيرازي في المهذب ج ١ ص ٤٥٦ . وجاء في مغني ابن قدامة ج ٦ ص ٣ ما نصه « واختلف اهل العلم في القدر الذي لا تستحب له للملكة ، فروى عن احمد اذا ترك دون الآف لا تستحب الوصية ، وعن علي اربعمائة دينار . وقال ابن عباس : اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصى ، 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 مع الوصية بقوله ان تترك وراثتك اغنياً خير من ان تدعهم عالة ، ولأن اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي ، فمن لا يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كمطيتهم اياه فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم . فمعد هذا يختلف الحال باختلاف الورثة ، =

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 التصديق بالثلث هو الاكمل ، اي كثير أجره ،
إذ الوصية بما دونه ليست كالوصية به في الاجر والثواب ^(١) .

ويفضل كثير من الفقهاء الوصية للقريب المعادي على الوصية
للقريب الموالي ، لان الصدقة على من بينك وبينه عداوة تكون
اقرب الى الاخلاص وابتعد عن الرياء لما فيها من مغالبة للنفس وقهر
لها ، والرسول المرني الكريم يقول : « أفضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح » اي الذي يخفى عداوته في جنبه ، بالاضافة الى ان الوصية
للمعادي غالباً ما تكون سبباً لزال العداوة وصيانة للقربة من القطيعة ،
ولهذا تكون أفضل وأولى ^(٢) . ويقول بعض فقهاء الحنفية : هذا إذا
استوى الاثنان في الفضل والدين والحاجة وأحدهما معاد ، اما إذا
كان الموالي منها أعفها واصلحها وأحوجها فالوصية له أفضل لانها
تتضمن في هذه الحالة إعانة على طاعة الله تبارك وتعالى ^(٣) .

= في كثرتهم وقتلهم وغناهم وحاجتهم ، فلا يتقيد بقدر من المال » .

(١) انظر الصنعاني في سبل السلام ج ٣ ص ١٣٨ والشوكاني في نفس المرجع

والموضع المشار اليهما في الهامش السابق .

(٢) انظر المرغيناني في الهداية ج ٤ ص ١٧٢ ، والزيلعي في تبين الحقائق

ج ٦ ص ١٨٤ .

(٣) انظر الكاساني في المرجع السابق ص ٣٣١ .

الفصل الرابع

تنفيذ الوصية بالمال وبالمنافع

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 . والمنفعة بوجه عام هي كل ما يقوم بالاعيان من أعراض وما ينتج عنها من غلة ، كاستعمال السيارة واستيفاء أجرتها ، وركوب الدابة والحصول على لبنها ، والتنزه في البستان وقطف 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 الذي 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 إنشائها الوصية أو يتبين أنه لم يكن مملوكاً للموصى حين إنشائها فيستحق

من قبل مالكة الحقيقي ، فإثر تلك الجهالة أو ذاك 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 كثلث أو سبع سنوات وقد تكون مطلقة أو مؤبدة ، ومعنى هذا ان المنفعة الموصى بها تكون على أنواع . ثم ان نفاذ الوصية بالمنفعة كنفاذ الوصية بالمال من حيث تقييدها 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 واستخفافه 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 أشبهه^(١) . 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 « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ... الخ » ، كما يستفاد مما أشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله « إن الله تصدق عليكم بثلك 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 نجات 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 بشي 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 الموصى - مورثهم - مما يفهم من دلالة لفظه وغرضه من الوصية ، كما ان عليهم مراعاة العرف الجاري كلما وجدوا الى ذلك سبيلاً^(١) .

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^(٢) . وإذا لم يكن للموصى ورثة أعطى الموصى له النصف ، وأعطى النصف الثاني الى بيت المال ، لأن هذا هو المفهوم من لفظه وغرضه^(٣) . وإذا 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 رأي احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، اما الرواية الاخرى فانه يعطى السدس كقول ابي حنيفة ، اما على قول الصحابين فيعطى الثلث ولا يزيد عليه . انظر في تفصيل هذا شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ٤٢٩ ، ومنه ابن قدامة ج ٦ ص ٢٩ و ٣٠ ، والفتاوي الهندية ج ٦ ص ٩٨ و ٩٩ .

(٣) إذ لو قال : اعطوا فلاناً سهماً من مالي ، ولم يكن له وارث ، اعطى الموصى له النصف لأن المستحقين لاله 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 لأقله^(١).
أما إذا قال : أوصيت بشي، من مالي ، ولم يكن له وارث ، فلولي
الأمر ان يعطي الموصى له مادون النصف لأن الشي، 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^(٢) ، 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 بالعرش) والشيء بالسدس . أما فيما عدا هذه الالفاظ الثلاثة
فالأمر عندهم فيه للورثة ، وفي حالة فقدهم ينتقل حق البيان لولي
الأمر^(٣) .

(١) وينكر ابن عابدين في نفس المرجع والموضم 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 الجعبي =

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 للتملك بعد موت الموصى ، أى موجوداً في ملك الموصى وقت انشاء الوصية ويبقى على ملكه الى حين وفاته. ولهذا فان المحكمة تأخذ في هذه الحالة بأحكام الفقه الاسلامي التي تقر 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 ذلكما 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 . و كذلك تبطل الوصية فيما لو استحققت العين الموصى

= في الروضة البهية ج ٢ ص ٤٩ مذاهب فقهاء آل البيت الأطهار في تحديد السهم بالثمن والجزء بالسهم او بالعشر والشيء بالسدس تعليلاً لبعض 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 يُتبين ان الموصى أوصى بما لا يملك ، وان صاحبها أولى بها لأن حقه مقدم على حق الموصى له فتعود الى ملكه .

والفرق بين الهالك والاستحقاق هو ان الأول يبطل الوصية إذا حدث قبل القبول والقبض بغير تعدد من أحد أثناء حياة الموصى أو بعد وفاته^(١) ، اما الثاني فبطل لها مطلقاً سواء حصل قبل القبول والقبض أم بعدها .

٢ - إذا كانت الوصية يجزء شائع في عين معينة ، كنصف هذه الدار أو ثلث هذه السيارة ، تعلقت يجزء غير معين في تلك العين . فلو هلكت أو استحققت العين كلها بطلت الوصية لفوات محلها ، ولو هلك أو استحق بعضها بطلت في القدر الهالك أو المستحق وتعلق حق الموصى له بباقيها إن وفي 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 - إذا كانت الوصية بنوع معين من المال ، كالنقود والمواشي ، أو يجزء 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 يجزئه حين انشاء الوصية . فلو هلك ككل ما عنده أو استحق بطلت الوصية لنفس

(١) ولكن لو كان الهالك يتمدد 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 ، ويشتهر 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^(١) .

أما إذا لم يكن عند الموصى شيء ، من هذا النوع فإن الوصية تتعلق بما يكون عنده منه حين الموت ، مما قد يكتسبه أو يدخل في ملكه بعد انشاء الوصية .

٤ - إذا كانت الوصية يجزء شائع في كل المال ، كالثلث والثلثين ، 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 مالا غيره قبل موته تعلق الوصية بهذا المال الجديد . أما إذا مات الموصى معدماً ، بأن هلك أو استحق جميع ماله ، اعتبرت الوصية باطلة^(٢) .

(١) فلو أوصى لآخر بخمسين رأساً من مواشيه وكان له وقت انشاء الوصية خمسمائة رأس مثلاً 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 الأيباني في شرح الأحكام الشرعية ج ٢ ص ٣٠٣ الى ٣٠٧ ، والمرحوم الدكتور محمد كامل مرسي في شرح القانون المدني - الحقوق المالية الأصلية - ج 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^(١) .

المبحث الثاني

تنفيذ الوصية بالمال اذا ظهر في التركة مال غائب أو دين

اذا ظهر بعض التركة مالا غائباً أو ديناً :

لا إشكال عند الفقهاء، بالنسبة لتنفيذ الوصية بالمال إذا كانت تركة الموصى كلها أموالاً حاضرة^(٢) ، 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^(٣) أو ديوناً إلى 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 تفصيلاً .

(٢) يراد بالأموال الحاضرة كل ما يكون تحت تصرف الموصى له والورثة ، فتشمل المسال الذي تحت أيديهم حقيقة أو حكماً كاتي في أيدي الوكلاء وكالودعة في المصارف المأمونة .

(٣) المراد بالأموال الغائبة ما لا يكون تحت يد الموصى له والورثة لا حقيقة ولا حكماً . كالمال الموجود في مكان بعيد غير مأمون أو المودع في بلد معاد لبلد الموصى أو الذي في يد الغير من غير دليل يثبتته ، والمبرة في الغياب وقت قسمة التركة .

على خطر الضياع والدين على خطر التوى ، ولو أنفذنا الوصية في
الأموال الحاضرة فحسب لتحمل الورثة وخدم خطر الضياع واهلاك
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^(١) . 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^(٢) وفي التركة مال
غائب أو دين على أجنبي ، فإن كان الموصى به يخرج من ثلث المال
الحاضر كما لو كان مائة دينار والمال الحاضر أربع مائة 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 .

بيع له منه بقدر ما يفى بحقه . ذلك لأن الموصى قد جعل للموصى له قدرأ 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 الحاضرأخذ الموصى له بقدر ثلث الحاضر ، وكما حضر شي . من الغائب أو استوفى شي . 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 ، وكما حضر بعد ذلك شي . من الغائب أو الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى 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 ، وكما حضر شي . من الغائب أو الدين أخذ منه ما يعادل سهمه أيضاً حتى يستوفى 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 الإغنام وفي التركة مال غائب أو دين على اجنبي ، 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 ، وكما حضر شي . من الغائب أو الدين أخذ منه بنسبة الثلث حتى يستوفى كامل حقه . وإن كان ذلك النوع من المال كله غائباً أو ديوناً فلاشي . للموصى له من بقية الأموال العاضرة ، ولكن كما حضر غائب واستوفى دين من ذلك النوع أخذ ثلثه حتى يستوفى وصيته . أما إذا كان بعض ذلك النوع من المال حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً على اجنبي أخذ ما يعادل سهمه من الجزء الحاضر ويكون باقيه للورثة ، وكما حضر أو استوفى شي . 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 اجنبي ، وبقي ان نبين في هذه الحالة الخامسة والأخيرة حكم الوصية إذا كان الدين على أحد

الورثة لانه يختلف عن حكم الحالات السابقة^(١) . حيث لا يكون الدين عرضة للتوى ، بل قد يكون مضموناً بنصيب الوارث من المال الحاضر فيأخذ عندئذ 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 مواعده ، 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 يعتبر في حكم المال الحاضر بالنسبة لما يعادل نصيبه في الميراث لانه 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 اكان من جنس المال الحاضر من التركة أو من غير جنسه ، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوى وليس هناك مال يعتبر ضامناً له يدفع احتمال ضياعه ، لهذا لم يعط الموصى له إلا نصيبه من المال الحاضر فقط دون باقيه الذي يؤخر الى ان يستوفى الدين .

كان الدين أكثر من نصيبه في الارث اعتبر ما يساوى نصيبه في المال الحاضر مالاً حاضراً يأخذ منه الموصى له ما يعادل ثلثه بالإضافة الى نصيب الوارث المدين ، وتكون الزيادة كالدين على الأجنبي^(١) .

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^(٢) . 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 منها يقضي بأنه « يصح تملك منافع

(١) انظر في ذلك استاذنا الشيخ ابو زهرة في شرح قانون الوصية ص ٢٤٨ الى ٢٦٢ .

(٢) يصح تملك الأعيان في حال الحياة ببدل وبغير بدل كبيع الدار وهبتها ، والمنافع كذلك يصح تملكها في حال الحياة ببدل وبغير بدل كاجارة الدار واعارة الدابة . يقول ابن قدامة في المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٥٩ : « وان اوصى بشرة شجرا او بستان او غلة دار او خدمة عبد صحح ، سواء وصى بذلك في مدة معلومة او بحميم 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 رقبتهما سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولاً» ،
ونص المادة الثانية منهما تقرر في شقها الأول بأنه « يكسب حق
المنفعة بالعقد والوصية » .

وعلى هذا يمكن القول بأن الوصية تصح فقهاً وقتوناً 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 يوصى
بمنفعة العين المستأجرة^(١) . 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 نوعان :

قد تكون الوصية بالمنفعة مؤقتة بأن يحدد فيها الموصى مدة
الانتفاع ، وقد تكون مؤبدة بأن يجعل الموصى فيها الانتفاع على
وجه التأييد أو ان يطلقها عن التقييد .

فإذا كانت الوصية مقيدة بوقت معلوم كأن يوصى 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 الاجارة للموصى بعد موته عند غير الأحناف ،
أما فقهاء الحنفية السدين يقولون بطلان الاجارة بموت المستأجر فالوصية بمنفعة الدين
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^(١) . 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^(٢) .

وإذا لم يعين الموصى وقت الانتفاع عند تحديد مدة الوصية أي لا يذكر التاريخ ولا المبدأ أو 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^(٣) .

أما إذا كانت الوصية غير مقيدة بوقت معلوم ، بأن كانت مطلقة عن الزمن أو مؤبدة ، فإن 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 للموصى بها يبطل للوصية ، وان هلاك بعضها يبطلها فيما يعادل الهالك ، فكذلك فوات الوقت المحدد في الوصية بالمنافع يبطل لها فيما فات منه كله او بعضه .

(٢) ويشترط النتهاء في الوصية بالمنفعة ان لا تطول الفترة بين وفاة الموصى وابتداء وقت الاستحقاق بالوصية الى الحد الذي يمتنع معه سماع الدعوى بالحقوق ، وقد قدره ثلاث وثلاثين سنة ، إذ لا محل لبقاء الوصية ما لم تكن الدعوى بها مسموعة .

(٣) ولو عرض للموصى له مانع يمنعه من استيفاء المنفعة للموصى له بها في وقتها المحدد ، كان له حق تأجيل الاستيفاء الى وقت آخر او اخذ بدل ما فاتته بحسب اختلاف مصدر اللزم 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 التأييد ، 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 ، وكما 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 التأييد سواء نص عليه الموصى أم أطلق^(١) .

ملكية العين المرصى بمنفعتها :

إن القول يجوز الوصية بالمنفعة فقط يستلزم ان تكون العين المرصى 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 معيناً او قوماً محصورين ومن بعده لجهة بر عامة ، كما لو اوصى بشجرة هذه البستان لفلان ثلاث سنوات ومن بعده الى المسجد الثاني ، فحكم هذه الوصية حكم الوقف ايضاً كالحالة السابقة .

أو بعد ذلك لشخص آخر أو لجهة معينة فإنها تكون ملكاً للموصى له الثاني .

وعلى هذا لو أوصى 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 أو كان في الأرض شيء . يستغل وإن لم تحصل الشجرة ، لأن المنفعة تعود عليه كالمستعير والغرم بالغنم^(١) . أما إذا لم تحصل له منفعة ولم يكن في الأرض شيء . يستغل فإن النفقة تكون عندئذ على الموصى له الرقبة ، لأنه هو مالك العين فتقع عليه تبعه أصلاً وما يستلزم لها من نفقات^(٢) .

وبما ان الملك عند الايصاء بالمنفعة يكون موزعاً بين الموصى له بها وبين مالك العين بحكم الوصية ، لهذا تقتضي طبيعة التغير 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 ، ومغنى ابن قدامة في نفس للرجم 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 للرجم والموضوع السابقين .

قعود الى مالك الرقبة فيتم ملكه . غير ان الفقهاء الاحناف يرون ان مالك العين الموصى بمنفعتها تكون ملكيته لها ناقصة لتعلق حق الموصى له بالمنفعة بها ، ولهذا يذهبون الى انه لا يصح له ان يبيعهما الى غير الموصى له إلا باذنه وإلا كان في ذلك تفويت لحقه^(١) .

اما إذا اخذت الوصية بالمنفعة حكم الوقف ، بأن تكون الشجرة او الأجرة وما اشبه ذلك للفقراء ، والمحتاجين على الدوام او كانت لشخص معين او لقوم محصورين ابتداءً ومن بعدمه الى جهة بر عامة 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 التملك كما هو معروف^(٢) .

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 تصرفاً تملكياً الى الغير . وعليه يجوز له ان يبيعهما الى

(١) انظر الفتاوي الهندية في اللوضم السابق ، وابن قدامة في لارجم وللاوضم السابقين ، وابن حجر الهيتمي في لارجم السابق ص ٦٥ . وبذكر 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 للمطلق ، إذ ينفذ الوقف في هذه الحالة في حدود ثلث ماله ان كان للوقوف عليه غير وارث على رأي جمهور الفقهاء او حتى لو كان وارثاً على ما ذهب اليه للمشرع 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 أنه يملكها للغير ؟

إذا دلت صيغة الوصية صراحة على ان ارادة الموصى 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 الموصى قد قال : أوصيت لفلان بمنافع هذه الدار سكناً واستغلالاً ، جاز للموصى له ان ينتفع بالدار بنفسه فيسكنها ، كما يجوز له ان يؤجرها للغير وينتفع ببديل أجرتها . وذلك بشرط ان لا يضر الانتفاع بالدار ، إذ لو ضربها فانه يعتبر متعمداً 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 ايضاً لأن من يملك غيره السكنى فأولى ان يملكها هو . وإن الموصى له بالسكنى لا تجوز له الإجارة لأنه ملك الانتفاع بغير بدل فلا يملكه غيره ببديل ، 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 تملك السكنى بالأولى^(١) .

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^(٢) .

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

تقرير المنفعة الموصى بها وكيفية استيفائها

تقرير المنفعة الموصى بها :

الأمر هين بالنسبة لمعرفة الثلث الذي تنفذ فيه الوصية بالأعيان أو بحصة معينة من التركة بربقتها 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 المذكور 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 .^(١)

ويذهب فقهاء الخنابلة 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 فإنهم 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^(٢) . 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 البدائم ج ٧ ص ٣٥٣ .

(٢) أنظر ابن قدامة في المرجع السابق ص ٥٩ و ٦٠ .

ويوافق فتها، الشافعية فقها، 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 تقوم البقرة بلبنها أولاً، ثم تقوم من دونه ثانياً، ويكون الفرق بينهما قيمة المنفعة الموصى بها سواء أكانت مؤبدة أم مطلقة أم محددة بمدة معلومة أو مجهولة^(١).

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 يوجرها 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 للموصى له معين ليس له شريك فيها، أما إذا تعدد الموصى لهم أو كان الورثة شركاء للموصى له في الانتفاع بالعين فإن الأمر يترك إلى هؤلاء الشركاء أولاً. فإن تصالحوا فيما بينهم على طريقة خاصة وجب اتباعها، وإن تخاصموا واختلفوا آل أمر الفصل إلى القاضي الذي له أن يحكم بما يرى فيه المصلحة^(٢).

(١) أنظر الرمي في المرجع السابق ص ٦٨.

(٢) والقاضي إما أن يحكم باستقلال العين وقسمة غلتها بين الشركاء بحسب حصصهم، وإما بقسمة العين بينهم بالمهاياة الزمانية أو للمكانية، وأما بقسمة العين القابلة للقسمة اجزاءاً ويمطى كل واحد منهم جزءاً ينتفع به بشرط أن لا يكون في قسمتها ضرر يلحق لورثة.

اليضل الخائس

تزامم الوصايا

منى تظهر مشكلة التزامم ؟

قد يوصى 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 وبيناء جامع وبأداء ألف دينار لصديقه 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 التزام بين الوصايا لا يمكن تنفيذها جميعاً 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 يسمها الثلث عند عدم إجازتهم أو في حالة عدم وجود وارث علمي رأي بعض الفقهاء والمشرع العراقي ، فعندئذ تظهر مشكلة التزام الوصايا ، حيث لا يكفي المال المخصص لتنفيذها للوفاء بها باعطاء كل مستحق كامل نصيبه .

الحلول المقررة لحالات التزام 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 ، متجنبيين
تشعب الآراء واختلاف الجزئيات جهد الإمكان .

الحالة الأولى : إذا كانت الوصايا كلها للقربات .

وفي هذه الحالة صورتان :

(أ) إذا تزامت 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 الموصي نفسه . ذلك لأنه إذا تساوت هذه القرب لا يمكن
الترجيح بينها إلا بما بدأ به الموصي ، لأن الإنسان 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^(١) 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 الأسمى ذكر^(٢) ، 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 للطبوع بهامش شرحه رد المختار 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 سهاماً لكل وصية . أما إذا ذكر سهاماً كالثلث والرابع أو عين مقداراً من المال لكل وصية فيقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا بالمحاصة ، أي بنسبة السهام^(١) .

(ب) إذا تزامنت الوصايا وكانت كلها قرينة أيضاً ولكنها مختلفة النوع والمرتبة ، كما لو كان بعضها فرضاً وبعضها واجباً وبعضها تطوعاً ، 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 الخبير للموصى أن تبرأ ذمته من تبعة الأقوى أولاً ثم الأقل قوة إن لم يسعها جميعاً ثلث التركة أو القدر الذي جاءت الوصايا فيه زيادة على الثلث^(٢) .

الحالة الثانية : إذا كانت الوصايا كلها للعباد .

إذا تزامنت الوصايا وكانت كلها لغير القربات ، أي لأحد الناس أو بعضهم ، فإنه 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 المرحم السابق ص ٣٧١ وابن رشد في بداية المجتهد

ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٢) انظر في ذلك: ابن تايدين في المرحم السابقة الإشارة إليه ص ٥٨٠ و ٥٨١ ،

الشيرازي في المهذب ج ١ ص ٤٦١ ، الجيمي 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 وثلث 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 سهام ، 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) (١) .

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 وللوضم السابقة الاشارة اليهما ما نصه « إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً ، وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نسه باسقاط الورثة ؟ فن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذا كان مشاعاً قال : يقتسمون للمال أخماساً ، ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال : يقتسمون للمال على السواء » .

فإن بين، كما لو أوصى بالربع لفلان وبالخمس للحج عنه وبالسدس لما فاته من زكاة وبالثلث للفقراء مثلاً، قسم المال المخصص لتنفيذ هذه الوصايا بالمحاصة بنسبة هذه السهام. وإن لم يبين سهماً أو قدراً لكل جهة أوصى إليها، 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 بينها قبل قليل. بمعنى أنه إذا تفاوتت هذه القربات في القوة قدم الأقوى، وإن استوت في المرتبة اتبع التقديم في الذكر أو قسم المال بالتساوي^(١).

وبالرغم من أهمية موضوع تزاحم الوصايا واحتمال كثرة وقوعه في حياتنا اليومية، فإن المشرع العراقي لم يشر إليه في الفصل الخاص بالوصية من قانون الأحوال الشخصية، ولذلك فلا مناص للقاضي من الرجوع إلى الأحكام الفقهية والحلول التي قررها الفقهاء في هذا الشأن.

(١) انظر ابن عابدين والكاساني في المرجعين السابقين في نفس للموضم. وهذا ويذكر الشيرازي في المرجع والموضم السابقين ما نصه « وإن وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثلث أو يقضي دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ففيه وجهان: أحدهما يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث، فإن كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفي يتم من رأس المال، لأنه في الأصل من رأس المال، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتم من أصل المال. والثاني يقدم الحج والدين لأنه واجب ثم يصرّف ما فضل في الوصايا ».

الوصاية

الولاية المالية أو الوصاية :

إذا بلغ الانسان عاقلاً رشيداً تكاملت له أهليته^(١) ، فيتوجه اليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من إيمان وعبادات وغيرها ، وتصح عقوده وتصرفاته كلها وتترتب عليها آثارها ، ويؤخذ بما يصدر منه من أفعال تضر بالآخرين مؤاخذه 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^(٢) فإن الشارع الحكيم لم يكلفه بأداء شي . من التكاليف الشرعية بنفسه لأنه ليس من أهل الابتلاء ، ولم يؤخذ 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 ما تدعو اليه حاجاته من تصرفات وعقود من يتولى أموره بمقتضى الأحكام الشرعية أو القانونية ، ذلك لأنه محجور عليه لذاته .

(١) أي أهلية تعامله (الأداء) ، بالإضافة الى تكامل أهلية 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^(١) فقط، وتثبت هذه الولاية للأقرب من العصباء فحسب أو من الأقرباء، عموماً بحسب ما هنالك من خلاف بين الفقهاء، بهذا الخصوص . وقد تكون له الولاية على ماله^(٢) فقط ، وتثبت هذه الولاية للوصي . كما قد تكون له الولاية على نفسه وماله جميعاً ، والذي تثبت له هذه الولاية هو الأب والجد والقاضي . ولهذا فإن 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 فإن كلامنا هنا سيتناول تحديد مفهوم الوصاية مع بيان أحكامها الشرعية والقانونية بإيجاز 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 لاولى عليه .

(٢) الولاية على المال هي القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

الفصل الأول

تحرير مفروم الوصاية وأحكامها سرعاً وقانوناً المبحث الأول

معنى الوصاية ولمن تكونه ؟

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 الوصى ؟

الوصاية ، التي هي في حقيقة الأمر ولاية على الصغار ومن في حكمهم من المجانين والمعاتيه والسفها ، وذوي الغفلة ، تثبت في الفقه الاسلامي عموماً لستة اشخاص . رتبهم فقهاء الحنفية على هذا الوجه : الأب ، ثم وصيه وإن تعدد ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصيه وإن تعدد ، ثم القاضي ، ثم وصيه^(١) . وبرأيهم أخذ المشرع العراقي في

(١) وتكون الولاية للمالية 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 إقامة 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 إليه . فيفهم من هذا أن الوصي على نوعين : الأول - هو من أقامه الشخص حال حياته ويسمى وصياً مختاراً ، وولايته المالية تخص المولى عليه المحجور بحكم الشرع بسبب قصر طبعه فيه كالصغير والمجنون والمعتوه . والثاني - هو من أقامه القاضي عند الحاجة إليه ويسمى وصي القاضي ، وولايته المالية تخص المولى عليه المحجور بحكم من المحكمة المختصة بسبب فساد الرأي عنده كالسفيه وذو الغفلة .

= للقاضي ووصيه ، أي أنهم لم يجملوا 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 الجمفرية فقد جعلوها للأب والجد لأب وإن علا ، ثم لوصيها وإن تعدد ، ثم للقاضي ، فإذا اجتمع الأب والجد لأب فلكل منها الولاية للمالية على القاصر وينفذ تصرف كل منهما ما لم يسبقه تصرف الآخر .

المبحث الثاني

ركن الایصاء وشروط الوصى

ركن الایصاء :

الایصاء، أو الوصاية عقد يتم بإيجاب من الموصى وقبول من الوصى . ويتحقق الإيجاب فيه بكل لفظ يدل على أن الشخص فوض لغيره النظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته ، كقوله : أنت وصي علي أولادي أو وصي المالي أو وكيلي بعد موتي ، أو أوصيت لك بأولادي أو سلمت لك أولادي بعد موتي . كما يتحقق القبول فيه بكل ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة ، كقول الوصى : قبلت أو تعهدت ، أو أن يقوم فعلاً بتنفيذ تصرف معين في التركة أرادته الموصى^(١) .

وفي وقت قبول الوصى 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^(٢) .

ولكن متى قبل الوصى الوصاية في وجه الموصى فإنه لا يجوز له

(١) جاء في شرح الأحكام الشرعية للإيادي ج ٢ ص ١٣٨ ما نصه « وقد نص الفقهاء على أن الوصاية تنزح الوصى بتصرفه في التركة وإن لم يعلم بالایصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلاً من غير علم لأن التوكيل اناية في حال قيام ولاية للوكيل وهذا لا يصح من غير علم . أما الایصاء فيجعله لأنه محتس بحال انقطاع ولاية للموصى فلا يتوقف على العلم كالوكالة ، كذا قالوا فتأمل » .

(٢) انظر الشيرازي في المرحم 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 فإنه 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 للتغريز الحاصل من جهته ، فيجب إبطال رده . أما إذا ردها في وجهه فيكون رده صحيحاً ويرتفع به الإيجاب ، إذ ليس للموصى ولاية الزامه التصرف من جهة ، ولا غرر في ذلك من جهة أخرى لأن بإمكان الموصى أن ينيب غيره حال حياته^(١) .

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 ٢٠ - إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصى وبعلمه صح الرد » .

وعلى كل حال فإن 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 للموصى ، فجمهور الفقهاء على انه بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل ، وعند فقهاء الجعفرية تلزم الوصاية وليس له الرد .

أولاً - 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^(١) . ويذهب فقهاء الجعفرية الى القول بجواز الايصاء للصبي المميز إذا انضم عاقل بالغ اليه^(٢) .

ثانياً - ان يكون أميناً حسن التصرف قادراً على ادارة شؤون

(١) انظر في هذا وفيما يلي من الشروط : الحصكفي في المراجع السابق ص ٦١٣ و ٦١٤ ، والشيرازي في المرجع السابق ص ٤٧٠ ، والرددير في الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٣٩ و ٤٤٠ ، وابن قدامة في المغني ج ٦ ص ١٣٧ الى ١٤١ . وجاء في حاشية ابن طابدين على الدر ص ٦١٤ ما نصه « أعلم ان المصنف زاد على المتون والهداية ذكر الصبي ، ونقل في شرحه على المجتبي : والوصية الى الصبي جائزة ، ولكن لا تنزاه المهسدة 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 المهسدة فيه ، فلو بلغ قبل الاخراج قال ابو حنيفة : لا يكون وصياً ، وقال : يكون » .

(٢) جاء في وسيلة النجاة للموسوي ج ٢ ص ٣٠٧ و ٣٠٨ ما نصه « يجوز للموصى ان يعين شخصاً لتنفيذ وصاياه وتنفيذها فيتعين ويقال له الموصى اليه والموصى ، ويشترط فيه امور : البلوغ والعقل والاسلام ، فلا تصح وصاية الصغير ولا المجنون ولا الكافر عن المسلم وان كان ذمياً قريباً . وهل يشترط فيه العمدالة كما نسب الى المشهور ام يكفي الوثاقة ؟ لا يبعد الثاني وان كان الاول احوطاً . (مسألة) انما لا تصح وصاية الصغير منفرداً واما منضمماً الى كامل فلا بأس به ، فيستقبل السكامل بالتصرف الى زمن بلوغ الصغير ولا ينتظر بلوغه ، فاذا بلغ شاركه من حينه وليس له اعتراض فيما امضاه السكامل سابقاً الا ما كان على خلاف ما اوصى به الميت فيرده الى ما اوصى به ، ولو مات الصغير او البالغ فاسد العقل كان للسكامل الافراد بالوصاية . (مسألة) ولو طرأ الجنون على الوصي بعد موت الموصى بطلت وصايته ، ولو افاق بعد ذلك لم تمد واحتاج الى نصب جديد من الحاكم » .

التركة : ذلك لأن الخائن ليس أهلاً للعهد والثقة عموماً، والايصاء إليه أو الى سىء 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 للأمى، 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^(١).

ثالثاً - ان يكون مسلماً : ذلك لأن الكافر لا تجوز الوصاية اليه فى حق المسلم لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالاً ودُّوا ما عنيتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر^(٢) » ولقوله عز من قائل « لا يرقبون فى مؤمن إلاّ ولا ذمة أولئك هم المعتدون^(٣) ». وبما ان الوصاية ولاية مالية كما قلنا، والله سبحانه يقول: « ولن يجعل الله للكافرين

(١) يقول ابن قدامة فى المرجع السابق ص ١٣٧ مانصه « ونصح الوصية الى المرأة فى 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 رضى الله عنه اوصى الى حفصة، ولانها من اهل الشهادة فأشبهت الرجل وتحالف القضاء. فانه يعتبر له الكمال فى الخفة والاجتهاد بخلاف الوصية. ونصح الوصية الى الامى، 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 مم انه يمكنه التوكيل فى ذلك وهو من اهل الشهادة والولاية فى النكاح والولاية على اولاده الصغار، فصحت الوصية اليه كالبصير ».

(٢) الآية (١١٨) من سورة آل عمران.

(٣) الآية (١٠) من سورة التوبة.

على المؤمنين سبيلاً»^(١) ، لذلك فإن الايصاء لغير المسلم مخالف لهذا النص الكريم^(٢) .

ولا تختلف الشروط التي يشترطها المشرع العراقي في شخص الوصى عما ذكر ، ذلك لانه نص في المادة (٧٦) من قانون الاحوال الشخصية على انه « يشترط في الوصى توفر الاهلية القانونية والشرعية » .

المبحث الثالث

حكم تصرفات الاوصياء

تصرفات من لهم الولاية المالية ؟

الكلام في بيان احكام تصرفات الاوصياء ، يقتضى منا أن نبين حكم تصرفات من لهم الولاية على اموال من هم تحت ولايتهم ، ولهذا سيتناول كلامنا حكم تصرفات كل من الاب والجد الصحيح والوصى الذي يختاره كل منهما ثم القاضى 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 والمؤتم السابقين ما نصه « واما الكافر فلا يجوز 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 معروفاً 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 . فتتخذ جميع تصرفاته في اموال اولاده الذين هم تحت ولايته بالبيع والشراء . والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وغير ذلك من التصرفات متى كانت نافعة للصغار نفعا محضاً ، او دائرة بين النفع والضرر بمثل القيمة والغبن اليسير . لافرق بين ان يكون تصرفه منصباً على عقار او منقول ما دام انه لم يقع تبرعاً ولا بغبن فاحش ، لان ولايته منوطة بمصلحة المولى عليه فلا ينفذ من تصرفه ما كان فيه ضرر مالي محض للصغير . كما لافرق بين ان يكون التصرف لاجنبي عن الاب او ان يكون له او لاحد اصوله او فروع ، 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 القاضى لاستلامه ثم يأخذه منه ثانياً ، حتى لا يكون مطالباً ومطالباً في وقت واحد . ومن باب اولي 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 للاب القيام بالتصرف في اموال اولاده الصغار للاغيار ولنفسه بمثل القيمة وبيسير الغبن لانتفاء التهمة عنه ، إذ هو أكثر

الناس شفقة على أولاده وأشدهم اهتماماً بأنما، 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 الإيجاب والقبول ، إذ هو بصفته مالكا للمال المتصرف فيه مثلاً يعتبر موجبا وبصفته ولياً يعتبر قابلاً وبالعكس .

(ب) وإن كان الأب معروفاً بسوء التصرف وفساد التدبير بحيث لا يصل به ذلك الى حد السفه - إذ لو وصل الى هذا الحد لا يستحق هو الحجر بهذا الداعي - 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^(١) .

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 للرحوم أحمد 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 الجدة متأخرة عن ولاية وصي الأب فانهما يريان أنه يجوز له من التصرفات ما يجوز لو وصي الأب مع بعض الخلاف^(١) .

وجعل المشرع العراقي الأب والجدة 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 « ١- الأب والجدة إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ . ٢- 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 والجدة الصحيح ، لأن الأب أو الجدة 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 - أنه يجوز للجدة 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 اذنت المحكمة . الثانية - انه يجوز لو وصي الأب بيم شيء من التركة لو فاء ديون للميت وتنفيذ وصاياه المرسله ، وليس للجدة مثل هذا الحق . إذ لو وجد من يستحق وصية أو ديناً في مدة ولاية الجدة فانه يجب على الموصي له او العاقب ان يرفعا أمره الى القاضي ليأذن الجدة بالبيع بمقدار ما يفي بالدين او تنفذ فيه الوصية .

المطامع الدينية^(١) . فقال عزّ من قائل : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً »^(٢) .

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 بضمنه أشرف موقعا وأكثر ريعاً ، أو بأن كان العقار منزلاً آيلاً الى السقوط وليس عنده ما يجده به أو كان خراجة ومؤنته أكثر من ريعه ويمكن بيعه ليستبدل بما هو أحسن منه . (الثاني) الضرورة الملحة بأن يضطر الى بيع العقار لوفاء دين على التركة أو تنفيذ وصية بنقود مرسله اوصي بها المورث ، وليس في يده من النقود والمنقول ما يفي بالدين أو تنفيذ الوصية إلا ببيع العقار ، أو كان يخشى على العقار من اغتصاب ظالم يعجز عن استرداده منه ، أو كان الصغير محتاجاً الى النفقة ، ففي هذه الأحوال وأمثالها يجوز له بيع العقار بمثل القيمة وبالغبن اليسير . وإنما جاز بيع المنقولات أولاً دون العقارات لأنها عرضة للهلاك في الغالب ، وحفظ ثمنه للصغير أفيد بخلاف العقار فإنه لا يتغير عادة ، بالإضافة الى انه قد يلحق بالعقار من المنقولات ما كان في بقائه مصلحة للصغير .

ما تقدم هو حكم بيع وصي الأب مال الصغير لأجنبي ، أما إذا

(١) انظر للرجم السابق لأبي الفتوح في نيس للموضوع .

(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 ما ذكر وصى وصيه عند جمهور فقهاء
اهل السنة ، الذين يجيزون للوصى المختار ان ينصب وصيا مكانه
ويرون ان وصيه يصبح وصيا في التركتين . اما فقهاء الجعفرية فلا
يجيزون للوصى المختار ان ينصب وصيا بمكانه إلا إذا كان مأذونا
من المتوفى ، ويذهبون الى ان وصيه في هذه الحالة ليس بوصى فى
التركتين بل تصبح الوصية الاولى شاغرة .

هذا وان تصرفات وصى الجد كتصرفات وصى الأب تماما فى
الحكم ، غير ان البعض يرى انه ليس له ان يبيع شيئا من التركة
لوفاء دين الميت او تنفيذ وصيته بالمال ، لأن الجد الذي اقامه لا يملك
ذلك فوصيه من باب اولي^(١) .

وقد بين المشرع العراقي ما يجوز للوصى من التصرفات وما
لا يجوز فى المادة (١٠٥) من قانونه المدني التي جاء فيها ما يلي :
« ١ - عقود الادارة الصادرة من الوصى فى 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 الذى يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير ٢٠ - اما
التصرفات الأخرى التي لا تدخل فى حدود الادارة كالبيع فى غير

(١) للمرحوم ابو الفتوح فى نفس للرجم ص ١٥٨ و ١٥٩ .

ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود .
فلا تصح إلا باذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها .

تعدد الأوصياء :

قد يختار الأب أو الجد أكثر من وصى واحد وينص في إيصائه على أفراد الأوصياء بالتصرفات أو ينص على اجتماعهم ، فتمت قبل الأوصياء على النحو السابق ذكره وجب اتباع ما نص عليه بالاتفاق . أما إذا اختار الموصى أوصياء متعددين وأطلق الإيصاء دون بيان فالأصل أنه ليس لأحدهم أن ينفرد بالتصرف ، وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا باذن الآخرين . ولو أراد أحد الأوصياء أن يسبق الآخرين ويستأثر بالتصرف وحده ومنعوه من ذلك فللقاضي أن يجبرهم على الاجتماع ، فان تعذر اجتماعهم جاز له أن يستبدل بأحدهم غيره أو يكاهم غيرهم .

على أن لأحد الأوصياء حق الانفراد بالتصرف ، استثناءً على الأصل المذكور ، في بعض المسائل المستعجلة أو التي لا تقتضي الاشتراك . فالتجهيز والتكفين وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يتسارع إليه الفساد أمور لا تحتتمل التأخير . وكذلك طلب ما للموصى من ديون وقضا . ما ثبت عليه يحنسها وتنفيذ وصيته الصحيحة لمعين ، كلها تصرفات يجوز لأحد الأوصياء مباشرتها بمفرده ، لأنها لا تختلف باختلاف الآراء أو ليس فيها قبض وتسليم مال . فهي بخلاف طلب إقامة الدعوى والسير في المحاكمة فإنه تصرف لا يصح بالانفراد لاحتياجه إلى المشاورة والمذاكرة ، وبخلاف قبض

الديون الذي يتطلب الحفظ وهو يحتاج الى مداولة الرأي^(١) .

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- ما لا يختلف باختلاف الآراء . ب- ما ليس فيه قبض أو تسلّم مال . ج- ما كان في تأخير 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 فإنه يهمل، وهذا هو ما قرره المشرع العراقي في المادة (٧٩) من القانون المذكور . ويعتبر الوصي أميناً على الأموال التي تحت وصايته فلا يضمن شيئاً منها إلا بتعمديه 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 صلاحة الأيتام . ولما كان القاضي في

(١) انظر استاذنا الشيخ ابو زهرة في الأحوال الشخصية ف ٣٨٣ ص ٥١١

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 فإن ولاية القاضي تبتدىء من وقت علمه بوفاة من يتولى شؤون من لا يقدر على حماية أموالهم من الصغار والملحقين بهم كالمجانين والمعاتيه وذوي الغفلة والسفهاء (وذوي العاهات) (١) ولم يقيم نائباً عنه. وان ولاية وصي القاضي تبتدىء من وقت إقامته وصياً من قبل القاضي.

وقد تولت المادة (٨١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بيان الاحوال التي يجوز للقاضي ان ينصب وصياً، إذ نصت على أنه « إذا توفى شخص ولم ينصب وصياً فللقاضي نصبه في الأحوال الآتية :-
١- إذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لاثباته واستيفائه . ٢- إذا كان عليه دين ولا وارث لا يفاؤه . 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 يقضى بأنه « إذا كان الشخص أصم أبك أو أعمى أو أعمى أو أعمى أبك وتمنر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي . »

صديق مقرب لا يجوز سواء أ كان التصرف بالبيع أو بغيره . ذلك لان أفعال القاضي أحكام ، وحكمه لنفسه أو لم يتهم عليه لا يجوز ، ووصى القاضي وكيل عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل^(١) .

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 عاجزه نهائياً فيتبدل غيره به » . ثم ان الوصي المنصوب يستحق الأجرة مطلقاً فقيراً كان أو غنياً ، أما الوصي المختار فليس له أجر مثل عمله إلا إذا كان فقيراً^(٢) .

(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 يوصى بها لغيره ، كما ان للجد ان يوصى لغيره ، وإن الايصاء مناه نقل ما كان يملكه من ولاية الى من اوصى اليه ، وقد كان هو له ولاية في امواله واموال القاصر ، فن يخلفه في الولاية يكون وصياً في تركته وفي اموال القاصر الذي آلت وليتها اليه » .

الفصل الثاني

انتزاع الوصاية المبحث الأول

انتزاع الوصاية الشرعية والقانونية

متى تنتهي الوصاية والوصاية؟

تنتهي الوصاية والوصاية على الصغير انتهاءً تاماً 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 بالصالح في الدين والمال معاً ، وهو المروي عن مذهب
ابن عباس في التفسير^(١) .

والدليل على انتهاء الوصاية والوصاية بما ذكر قوله تعالى
« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن انستم منهم رشداً
فادفعوا اليهم أموالهم^(٢) » . فهذا النص الكريم يدل على أن من بلغ
النكاح غير رشيد لا يدفع اليه ماله ، كما يدل أيضاً على ان الصبي
ممنوع أو محجور عن التصرف في ماله الى ان يبلغ الحلم ، فإذا بلغ
رشيداً زایلته صفة اليتيم . فقد أخرج أبو داود في سننه عن الامام

(١) أنظر تنوير للقياس للفيروز آبادي ص ٥٢ .

(٢) الآية (٦) من سورة النساء .

علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال: حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « لا يتم 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 لا يتأدب 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 إسرافاً وبداراً 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 اليتام - وعندئذ لا تبقى لكم ولاية عليهم لانعدام الحاجة اليها - فلا يجدون شيئاً من أموالهم . ولا كبر ، في رأي أبي حنيفة، بعد بلوغ خمس وعشرين سنة، إذ لو لم يكن كبيراً في هذا السن فتى يكون إذن كذلك .⁹

وسن الرشد عند المشرع العراقي، بمقتضى المادة (١٠٦) من قانونه المدني ، هي ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة . ومع ان هذه هي السن التي يكون فيها الإنسان قادراً على مباشرة التصرفات القانونية جميعاً ، 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 « ١ - للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرّبة له . ويكون الاذن مطلقاً أو مقيداً . ٢ - وإذا توفي الوالي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل 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 ، فإنه يجوز له ان يبطل الاذن ويحجّره عن التصرف ثانية بترخيص من المحكمة ايضاً ، وهذا ما ذكره المشرع في المادة (١٠٠) من نفس القانون . وللمحكمة كذلك ان تأذن للصغير المميز عند امتناع الوالي عن الاذن ، وليس للولي ان يحجّره عليه بعد ذلك ، ولكن للمحكمة نفسها ان تعيد الحجر عليه مجدداً بعد الاذن ، كما قرر المشرع في المادة (١٠١) من ذلك القانون .

علماً بأن الولاية الشرعية والمالية المقررتان على غير الصغير تزولان بزوال السبب الذي وقع الحجر عليه لأجله ، فتنتهي الولاية على المجنون والمعتوه وذو الغفلة بزوال الجنون والعتة والغفلة ، وعلى السفية بظهور الرشد أو بالحكم به كما هو مقرر شرعاً وقانوناً^(١) .

(١) لما كان الحجر الواقع على الصغير والمجنون والمعتوه لمعنى في طبائهم ، لهذا فإنه يرتفع عنهم بزوال سببه من غير حاجة لصدور حكم بذلك عند عامة النقهاء . وللمشرع العراقي اعتبارهم محجورين لذاتهم ، فحجرهم عنده لا يتوقف على صدور حكم وكذلك فك الحجر إذ متى بلغ الصغير رشيداً وعقل المجنون انفك الحجر عنها ، أما للمعتوه فجعله في حكم الصغير المميز . أما السفية وذو الغفلة فالحجر عليها شرساً وقانوناً لا يكون إلا من قبل المحكمة ، فزواله ايضاً لا يتحقق الا بصدور حكم بذلك . انظر في تفصيل ذلك رسالة الحجر للمؤلف ف ٦٣ و ٦٤ ص ١٢١ الى ١٣٠ .

انتهاء مهمة الوصى وتخليه عنه الوصاية وعزله :

إذا كانت مهمة الولى على المال تنتهى بزوال سبب الحجر الواقع على المولى عليه كما رأينا، فانها تنتهى حتماً بموت المولى عليه أو الولى المالى، كما تنتهى أيضاً بظهور عجزه نهائياً عن القيام بهامه إذ يستبدل غيره به .

وعلى هذا فان ولاية الوصى المختار تنتهى بموته أو بموت القاصر، وبعجزه نهائياً، وعدم صلاحه للقيام بالرعاية المطلوبة منه لأي سبب من الأسباب . كما تنتهى بعودة الولاية للأب والجد الصحيح، باعتبارهما وليين ماليين، بعد زوالها عنه .

وتنتهى ولاية الوصى المنصوب بالاضافة الى ماتقدم، بانتهاء المهمة التي نصبه القاضى من أجلها أو بانقضاء أجل وصايته المؤقتة، أو لتخليه عن الوصاية باختياره أو بعزله عنها لظهور خيانتها أو إهماله أو ما يخشى منه على مصلحة القاصر .

وقد جمع المشرع العراقى أحكام انتهاء الوصاية في الفصل الثالث من الباب الثامن من قانون الأحوال الشخصية، إذ نص في المادة (٨٢) منه على ما يلي :

« تنتهى مهمة الوصى في الأحوال الآتية :- »

« ١- موت القاصر » .

« ٢- بلوغه الثامنة عشرة إلا إذا قررت المحكمة استمرار

الوصاية عليه » .

« ٣- عودة الولاية للأب والجد بعد زوالها عنه » .

« ٤- انتهاء العمل الذي أقيم الوصى المنصوب لمباشرته أو انقضاء
المدة التي حدد بها تعيين الوصى الموقت » .

« ٥- قبول استقالته » .

« ٦- زوال أهليته » .

« ٧- فقده » .

« ٨- عزله » .

ونص في المادة (٨٤) منه على أنه « يعزل الوصى في الحالات
الآتية :- »

« ١- إذا حكم عليه عن جناية أو جنحة مخلة بالشرف » .

« ٢- إذا حكم بعقوبة مقيدة للحرية لسنة فأكثر » .

« ٣- إذا حدث بينه وبين 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
الوصى إذا فقد أحد شروط الأهلية من تاريخ فقده إياه » .

المبحث الثاني

مخاطبة الوصى

كيف يخاطب من له الولاية المالية ؟

متى بلغ الصغار رشدهم - وكذا لو زال الجنون أو العته أو

السفاهة أو الغفلة ورفع الحجر تلقائياً أو بحكم من المحكمة بحسب الأحوال - وجب على من له الولاية المالية عليه من ولي شرعى أو وصى تسليم المال لذويه ، وعليه أيضاً ان يقدم لهم حساباً 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 القاضى ، وهو الذى يتولى محاسبته .

فإذا وجد القاضى الولى أو الوصى معروفاً بالأمانة أو بستر الحال ، فانه يقبل منه الحساب الاجمالي بيمينه إن صدقه ظاهر الحال ، وإن لم يصدق الظاهر نظر القاضى . فان كان الولى أو الوصى قد ادعى سبباً معقولاً ، كأن يقول : اشترت للقاصر طعاماً فهلك أو كساءً فاحترق أو سرق ، صدق بيمينه أيضاً ما لم يتكرر هذا الادعاء منه . أما ادعى أنه قضى دين المورث أو الموصى دون أمر المحكمة ، أو أنه أدى ما استهلكه القاصر أو انفق على ذي محرم له - للقاصر - أو قضى ديناً ترتب في ذمته من جراء مباشرته التجارة حينما أذن له بها ، أو أنه دفع مهرراً لامرأة ميتة كان قد زوجه منها ، فانه لا يصدق .

ذلك لأن ما أجراه في هذه الحالات يعتبر خارجاً عن صلاحيته ، وتطلب منه البيئنة . فإن أثبت مدعاه بيئنة شرعية صحيحة فيها ، 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 يسرف في مال المولى عليه ، اما اذا فسرفه الزائد
تفسيراً يحتمله فانه يصدق بيمينه .

واذا لم يكن الولي او الوصي معروفاً بالامانة او مشهوراً
بالعدالة او بستر الحال ، الزمه القاضي بتقديم الحساب التفصيلي
وطالبه بإقامة الدليل على كل صرف فيه شبهة .

ونتهى هذا الكتاب بما بدأناه من حمد لله وثناء لفضله على جميل

عونه وعسى توفيقه ؟



فهرس موضوعات الكتاب

الصفحة

الاهراء

٤ قفر بم اب لبا

(٣٦-٩) باب تمهيدى

الاسلام دين المثل العليا

البر والمعروف فى الاسلام

١٠ التعاون على البر والمعروف

١٣ مرتبة البر والمعروف فى الاسلام

١٥ الاسلام يلزم بالاعتدال فى الانفاق

١٧ كل معروف صدقة

أنواع الصدقات فى الاسلام

١٨ صدقات مالية وغير مالية

١٩ صدقات على النفس وعلى الغير

٢١ صدقات واجبة وتطوع

٢١ الزكاة المفروضة

٢٣ أحكامها

٢٥ ما يلحق بالزكاة من صدقات تلزم المكلف شرعاً

٢٩ صدقة التطوع

الصفحة

٣٠

التخير للصدقة

٣٣

ضروب صدقات التطوع

٣٥

ضربان خاصان من صدقة التطوع

الباب الأول

(١٩١-٣٧)

الوقف

(٥-٣٦)

٣٧

تقسيم الموضوع

٣٩

لمحة عن تاريخ الوقف

الفصل الأول

(٦٥-٤٣)

التعريف بالوقف وآراء الفقهاء

في جوازه ولزومه وتماحه

المبحث الأول

(٤٥-٤٣)

تعريف الوقف

٤٣

معناه لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني

(٥٦-٤٦)

اختلاف الفقهاء في أصل جواز الوقف

٤٦

أدلة مشروعيته

٤٩

سبب اختلاف الفقهاء في جوازه

٥١

مناقشة الأدلة

المبحث الثالث

- (٥٦-٦١) آراء الفقهاء في لزوم الوقف
- ٥٦ اللزوم صفة الوقف عند الجمهور
- ٥٨ بم يلزم الوقف ؟

المبحث الرابع

- (٦١-٦٥) ما يتم به الوقف
- ٦١ ينشأ الوقف بارادة واحدة
- ٦٣ ما يتحقق به الايجاب

الفصل الثاني

- (٦٦-١٠٥) شروط نكوبين الوقف
- ٦٦ شروط كل ركن من أركانه

المبحث الأول

- (٦٦-٧٢) الشروط المتعلقة بصيغة الوقف
- ٦٦ يشترط لصحة الوقف بها ثلاثة شروط
- ٦٧ ان تكون منجزة
- ٦٩ ان تفيد التأييد ولو معنى
- ٧١ ان لا تقترن بشرط يؤثر على أصل الوقف

المبحث الثاني

(٧٢-٨٧)

ما يشترط في الواقف

- ٧٢ اهلية التبرعات لصحة الوقف
٧٤ وقف المريض مرض الموت
٧٧ وقف السفية وذوي الغفلة
٨٠ وقف المدين المحجور وغير المحجور عليه
٨٤ وقف الشخص المعنوي

المبحث الثالث

(٨٧-٩٦)

شروط الشيء الموقوف

- ٨٧ ان يكون مالا متقوماً
٩١ ان يكون معلوماً متعيناً وقت وقفه
٩٤ ان يكون مملوكاً للواقف ملكاً باتاً حين الوقف

المبحث الرابع

(٩٦-١٠٥)

شروط الجهة الموقوفة عليها

- ٩٦ ان يكون الوقف عليها قربة لله تعالى
٩٩ معنى القرب في الاديان المختلفة
١٠١ هل يشترط وجود الجهة الموقوفة عليها وقت الوقف ؟

الفصل الثالث

(١٠٦-١٢٦)

شروط الواقفين

١٠٦

المراد بشروط الواقفين

المبحث الأول

الصفحة

(١٠٧-١١٣) الشرط الصحيح ومتى يجب مراعاته

١٠٧

أقسام شروط الواقفين

١١٠

مدى الالتزام بقاعدة شرط الواقف كنص الشارع

المبحث الثاني

(١١٣-١١٦) أنواع من الشروط الصحيحة

١١٣

الشروط العشرة

المبحث الثالث

(١١٦-١٢٦) الاستبدال بالموقوف

١١٦

متى يجوز الاستبدال ؟

١١٨

شروط صحة الاستبدال

١٢٠

شروط واجراءات استبدال الموقوف عند المشرع العراقي

١٢٤

يستعان ببعض الوقف في تعمير البعض الآخر

الفصل الرابع

(١٢٧-١٥٣) الاستحقاق في الوقف

١٢٧

المراد بالاستحقاق في الوقف

المبحث الأول

(١٢٨-١٢٩) ثبوت الاستحقاق في غلة الوقف

١٢٨

يثبت الاستحقاق بشرط الواقف

المبحث الثاني

(١٣٠-١٤٢) معرفة المستحقين للأفلة

١٣٠	استحقاق الموقوف عليهم بالتعيين
١٣٢	الوقف على النفس
١٣٣	الوقف على الولد
١٣٥	الوقف على الولد وولد الولد
١٣٦	الوقف على الاولاد
١٣٨	الوقف على النسل والذرية والعقب
١٤٠	الوقف على الاهل والقراية

المبحث الثالث

(١٤٣-١٤٥) ترتيب المستحقين في غلة الوقف

١٤٣	تقديم بعض المستحقين على بعض
-----	-----------------------------

المبحث الرابع

(١٤٥-١٥٣) المستحقون في الوقف المصفي

١٤٥	المراد بالوقف المصفي واتجاه المشرع العراقي في اعتباره ارثاً أول الامر
١٤٨	عائدية المصفي من الوقف بموجب المرسوم
١٥١	ما يستوفى من الوقف المصفي لادامته جهة الخير

الفصل الخامس

(١٧٤-١٥٤) أقسام الوقف والولاية عليه

المبحث الأول

(١٥٩-١٥٤) أقسام الوقف

- ١٥٤ من حيث جهة مصرفه الى وقف خيرى وذري ومشارك
١٥٤ من حيث صحة وقفه الى صحيح وغير صحيح
١٥٦ من حيث الانتفاع به الى مؤسسات ومستغلات
١٥٧ من حيث ادارته الى وقف مضبوط وملحق

المبحث الثاني

(١٧٤-١٥٩) الولاية على الوقف

- ١٥٩ معنى الولاية على الوقف واقسامها
١٦١ التولية المشروطة لغير الواقف
١٦٢ شرط الواقف فى اسناد التولية
١٦٤ كيفية نصب المتولى وعزله
١٦٧ ما يجوز للمتولى من التصرفات وما لا يجوز
١٦٩ الاجر الذى يستحقه المتولى
١٧١ الاشراف على اعمال المتولين ومحاسبتهم
١٧٣ الخصومة فى دعوى الوقف للمتولى وحده

الفصل السادس

طرق استغلال الموقوفات وصيانتها (١٧٥-١٩١)

١٧٥

كيفية الانتفاع بالوقف

المبحث الأول

طرق استغلال الموقوفات (١٧٦-١٨٧)

١٧٦

إجارة اعيان الوقف

١٧٨

الحكر أو التحكير (المقاطعة)

١٨١

الموقوفات ذات الاجارتين

١٨٣

الموقوفات ذات الاجارة الطويلة الواحدة

١٨٤

المساقاة

١٨٦

استغلال الموقوفات تجاوزاً يستوجب عقوبة جنائية

المبحث الثاني

صيانة الموقوفات وعمارتها (١٨٧-١٩١)

١٨٧

صيانة وعمارة الموقوفات المعدة للاستغلال

١٩٠

عمارة المؤسسات الدينية والخيرية

الباب الثاني

الرصايا (١٩٣-٢٥٩)

١٩٣

تقسيم الموضوع

١٩٥

تمهيد

الوصية

نظرة تاريخية عامة

١٩٨

قدم تاريخ الوصية

٢٠٠

الوصية قبل ظهور الاسلام

الفصل الأول

(٢١٥-٢٠٢) تعريف الوصية ومشروعيتها وصفقتها

والحكمة في تشريعها

المبحث الأول

(٢٠٦-٢٠٢)

تعريف الوصية

٢٠٢

المراد بها في اصطلاح الفقهاء.

٢٠٣

تعريفها في القانون

المبحث الثاني

(٢١٥-٢٠٧) مشروعية الوصية وصفقتها وحكمها تشريعها

٢٠٧

الاصل في جوازها ومشروعيتها

٢٠٨

الاختلاف في صفة شرعيتها

٢١٢

الحكمة في تشريعها

٢١٤

مقارنة بين الوصية والميراث

الفصل الثاني

(٢٣٤-٢١٦) انشاء الوصية وثبوت الملكية بها

٢١٦

طبيعة الوصية

٢١٧

ما يتوقف عليه وجود العقد

المبحث الأول

(٢٢٤-٢١٨) صيغة انشاء الوصية

٢١٨

بم تنشأ صيغة الوصية ؟

٢٢١

حكم كتابة الوصية وتوثيقها

المبحث الثاني

(٢٣١-٢٢٥) ركنه الوصية

٢٢٥

الايجاب أم الايجاب والقبول ؟

٢٢٧

متى يكون القبول ؟ وبم يحصل ؟

٢٢٩

حكم سكوت الموصى له

المبحث الثالث

(٢٣٤-٢٣٢) وقت ثبوت الملكية للموصى له

٢٣٢

موت الموصى وقبول الموصى له

٢٣٣

تأخر القبول عن وقت الموت

الفصل الثالث

(٢٣٥-٢٩١)

شروط الوصية

٢٣٥

للوصية شروط كثيرة

المبحث الأول

(٢٣٥-٢٤١)

ما يشترط في الوصية

٢٣٥

صيغة الوصية المجردة من الشرط

٢٣٦

معنى اقتران الوصية بالشرط

٢٣٧

موقف الفقهاء مما يقترن بالوصية من شروط

المبحث الثاني

(٢٤١-٢٥٠)

ما يشترط في الموصى

٢٤١

يشترط فيه العقل والبلوغ

٢٤٥

صحة وصية السفیه

٢٤٦

الاسلام ليس بشرط لصحة الوصية

٢٤٨

فقدان أهلية الموصى بعد انشاء الوصية

المبحث الثالث

(٢٥٠-٢٧٢)

ما يشترط في الموصى له

٢٥٠

شروط الموصى له بوجه عام

٢٥١

الشرط الأول - أن يكون معلوماً علماً تافياً للجهة

الفاحشة

الصفحة

- الشرط الثاني - أن يكون موجوداً عند انشاء الوصية ٢٥٣
صحة الوصية للجنين ووقت استحقاقه لها ٢٥٥
الشرط الثالث - ان لا يكون جهة معصية ٢٥٧
الشرط الرابع - أن لا يكون حربياً ٢٦١
الشرط الخامس - 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

(٢٩١-٢٧٢)

ما يشترط في المرصى به

- شرطان يجب توافرها 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

(٣١٤-٢٩٢)

تنفيذ الوصية بالمال وبالمنافع

- ما ينبغي ملاحظته عند تنفيذ الوصية بالمال او بالمنفعة ٢٩٢

المبحث الأول

أثر جهالة الموصى به وهلاكه واستحقاقه (٢٩٤-٣٠٠)

في الوصية

٢٩٤ اثر جهالة الموصى به في الوصية

٢٩٧ اثر هلاك الموصى به او استحقاقه في الوصية

المبحث الثاني

(٣٠٥-٣٠٠) تنفيذ الوصية بالمال اذا طرد في

التركة مال غائب أو دين

٣٠٠ إذا كان بعض التركة مالا غائبا أو ديناً

المبحث الثالث

(٣١٢-٣٠٥) أنواع الوصية بالمنفعة

٣٠٥ صحة الوصية بالمنافع فقهاً وقانوناً

٣٠٦ الوصية بالمنافع نوعان

٣٠٨ ملكية العين الموصى بمنفعتها

٣١١ هل للموصى له بالمنفعة أن يملكها للمغير؟

المبحث الرابع

(٣١٤-٣١٢) تقدير المنفعة الموصى بها وكيفيتها استيفائها

٣١٢ تقدير المنفعة الموصى بها

٣١٤ كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها

الفصل الخامس

(٣١٩-٣١٥)

تزامم الوصايا

- ٣١٥ متى تظهر مشكلة التزامم ؟
- ٣١٥ الحلول المقررة لحالات التزامم الوصايا
- ٣١٦ الحالة الأولى - إذا كانت الوصايا كلها للقربات
- ٣١٧ الحالة الثانية - إذا كانت الوصايا كلها للعباد
- ٣١٨ الحالة الثالثة - إذا كانت بعض الوصايا للقربات
والبعض الآخر للعباد

الوصاية

- ٣٢٠ الولاية المالية أو الوصاية

الفصل الأول

(٣٣٧-٣٢٢) تحديد مفهوم الوصاية وأمطرها

شرعاً وقانوناً

المبحث الأول

(٣٢٣-٣٢٢) معنى الوصاية وطبها تكديده ؟

- ٣٢٢ تعريفها
- ٣٢٢ من هو الموصى ؟

المبحث الثاني

(٣٢٤-٣٢٨) ركن الايصاء وشروط الوصى

٣٢٤

ركن الايصاء

٣٢٥

شروط الوصى

المبحث الثالث

(٣٢٨-٣٣٧) حكم تصرفات الأوصياء

٣٢٨

تصرفات من لهم الولاية المالية

٣٢٨

تصرفات الأب والجد الصحيح

٣٣١

تصرفات الوصى المختار

٣٣٤

تعدد الأوصياء

٣٢٥

تصرفات القاضي ووصيته

الفصل الثاني

(٣٣٨-٣٣٤) انتفاء الوصاية

المبحث الاول

(٣٣٨-٣٤٢) انتفاء الولاية الشرعية والقانونية

٣٣٨

متى تنتهي الولاية والوصاية ؟

٣٤١

انتهاؤها، مهمة الوصى وتخليه عن الوصاية وعزله

المبحث الثاني

(٣٤٢-٣٤٢) محاسبة الوصى

٣٤٢

كيف يحاسب من له الولاية المالية ؟

٣٤٣

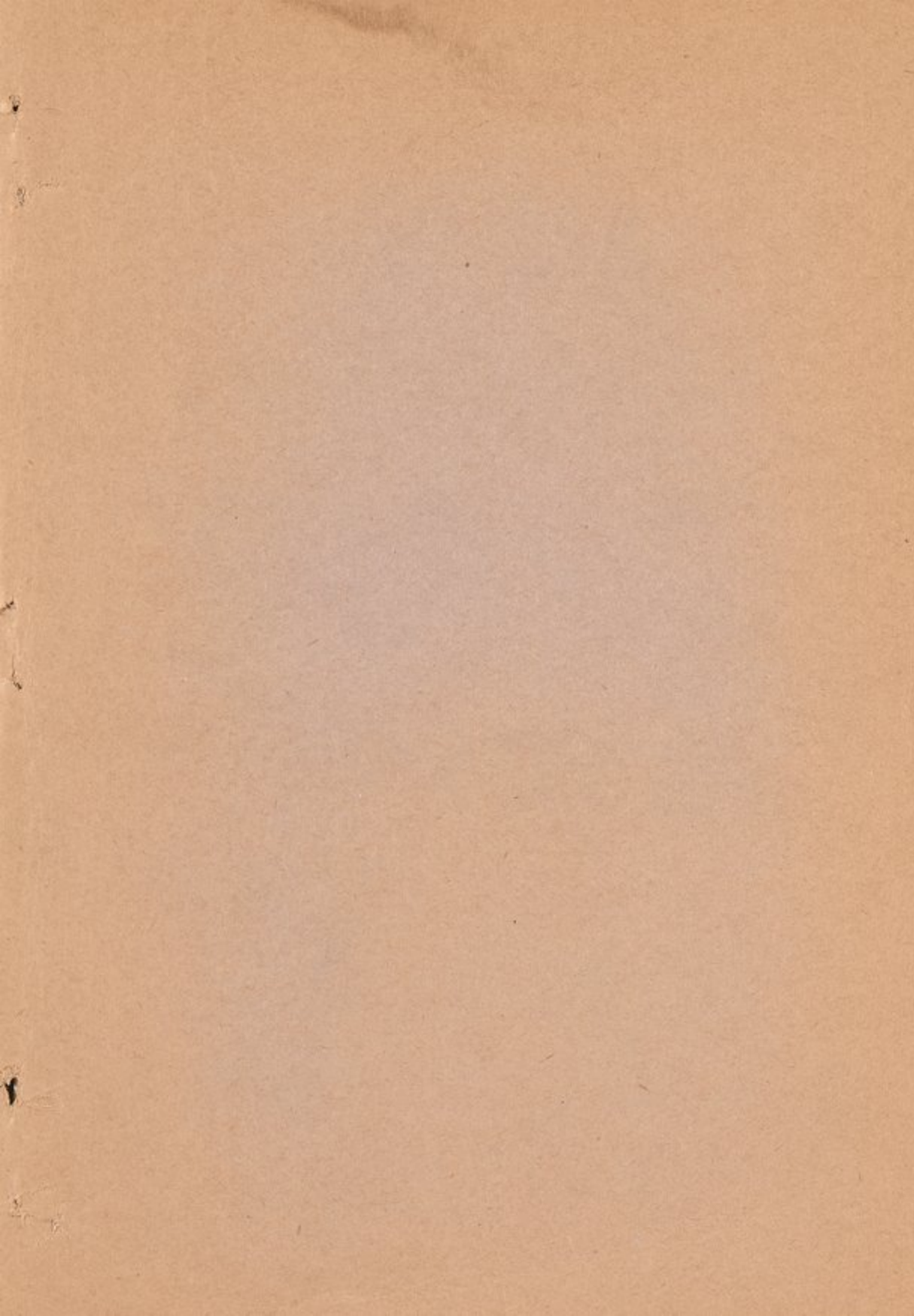
الفهرس

تصويب أهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨	٤	لدرسة	لدراسة
٢٤	٤	مثقلاً	مثقلاً
٢٧	٣ من الهامش (١)	قدما	قدرا
٢٩	٦	الجواد	الجود
٣٢	٧	الفرض	الغرض
٣٩	٧	أصنافهم	أصنامهم
٣٩	١ من الهامش (١)	يصفى	يطغى
٤٨	٢ من الهامش (٢)	١٠٨	١٢٨
٥٦	٩	يستند	يستبد
٦٠	٣	لا ينقضى	لا ينقض
٦٧	٨	الفقهاء متى	الفقهاء القائلون
			يجوازه متى
٧١	١٠	ببيعها	بيعها
٧٨	١٣	القضائي	قضائي
٧٩	٢ من الهامش (٢)	عربي	عراقي
٨٣	٦	والمشروع	والمشروع
٩٢	٩	وفقه	وقفه
٩٧	٩	عى	على

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٠٢	١	بعدم	بعدهم
١٢٢	١٤	يصحبه	يصحبه
١٤٤	٦	الطبون	البطون
١٤٨	١	١٩٥٩	١٩٥٥
١٤٩	١٩	المستحين	المستحقين
١٥٢	١١	اعداد	عداد
١٦٥	٥ من الهامش (١)	غاب الأعضاء	غاب أحد الأعضاء
١٦٩	٦	يضاً	أيضاً
١٧٠	١٦	ارتزاقاً	ارتزاقاً
١٧٣	٢١	إلا أذن	إلا إذا أذن
١٧٧	٤	اقتصت	اقتضت
١٨١	١٩	يستوفى	يستوفى
١٨٤	١٥	نخليها	نخلها
١٩٥	١	(فراغ) في	تمهيد
		منتصف الصفحة	
١٩٧	٥	المتعدى بالي	المتعدى بالام
١٩٧	٦	المتعدى بالأم	المتعدى بالي
٢٠٢	٤	(فراغ) في	المبحث الأول
		منتصف الصفحة	

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٢	٥	(فراغ) في	تعريف الوصية
		منتصف الصفحة	
٢٠٧	٥	والنبوية	النبوية
٢٠٨	١٦	جمع	أجمع
٢١١	٧	كابن	ابن
٢٢٨	١١	الموت	موت
٢٣١	٣ من الهامش (١)	الميراث	الوقف
٢٥١	٢٠ و ٢١	سطران مكرران	يحدفان
٢٧٢	٩ من الهامش رقم (١)	من	في
٢٨٠	٨	مال	المال
٢٨٠	٢٠	تنقذ	تنفذ
٢٨٣	٣	اعتبارها	اعتبرها
٢٩٦	١٣	له شا.وا	له ما شا.وا
٢٩٦	١٣	اشتثنوا	استثنوا
٣ ٢	١٧	من	أن
٣٠٣	١٣	للموصى له	للموصى له
٣٠٩	٩	الرقبة	بالرقبة
٣٢٤	٧	أوصى	أوصى



LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 074069822