



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

العنوان:

الحياتة وأحكام الرجوع في التصرفات التبرعية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

بإشراف:

أ.د/ جميلة جبار

من إعداد الطالبتين:

* حميدة كرفاح

* مفيدة شادولي

نوقشت علنا أمام اللجنة المكونة من:

/الأستاذ: د. عبد النور نوي..... رئيسا

/الأستاذة(ة): د. جميلة جبار..... مشرفا

/الأستاذة(ة): د. هجيرة تومي..... ممتحنا

السنة الجامعية:

2019 / 2018



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

العنوان:

الحيازة وأحكام الرجوع في التصرفات التبذرية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

بإشراف :
أ.د/ جميلة جبار

من إعداد الطالبتين:
*حميدة كرفاح
*مفيدة شادولي

نوقشت علنا أمام اللجنة المكونة من:

/الأستاذ: د. عبد النور نوي..... رئيسا
/الأستاذ(ة): د. جميلة جبار..... مشرفا
/الأستاذ(ة): د. هجيرة تومي..... ممتحنا

السنة الجامعية:

2019 / 2018

شكر وتقدير

أحمد الله وأشكره على جزيل نعمه وعظيم فضله ومنّته
فلو كان يَسْتغني عن الشكر سيّد *** لِعزة ملك أو علو مكان
لما أمر الله العباد بشكره *** فقال اشكروا لي أيها الثقلان
أشكر أستاذتي الكريمة المشرفة الدكتورة "جميلة جبار" على صبرها وأناتها
لقد كانت معينة لا تنضب خلقا وعلما جزاها الله كل خير.
وأشكر أساتذتي بكلية الحقوق-جامعة خميس مليانة كل باسمه.
كما أشكر كل من ساندني ووقف إلى جانبي طيلة مشوار البحث.



الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

« قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون »

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب لي الليل إلا بشكرك ولا يطيب لي النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب لي اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب لي الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب لي الجنة إلا برويتك " الله جل جلاله "

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين " سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل اسمه بكل اقتدار أبي ..

وإلى من ستبقى كلماتها ودعواتها نجوم نهدني بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد.. والدتي الغالية أرجو من الله أن يمد في عمرك لتري ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار.

إلى كل أفراد عائلتي إبنتي الغالية " آلاء " وإلى إخوتي كل باسمه وإلى أختي " فائزة " كل من يحمل لقب " شادولي " كبيراً وصغيراً كما أهدي هذا العمل إلى زميلتي ورفيقتي دربي " حميدة " التي ساهمت بشكل كبير في إنجاز هذا العمل.

كما لا أنسى صديقتي ورفيقتي " صفية " و " أحلام "

إلى كل من تحمله ذاكرتي ولم تسعه ذاكرتي

مفيدة

الإهداء

كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

بعد رحلة بحث و جهد و اجتهاد تكلفت بإنجاز هذا البحث ، نحمد الله عز وجل على نعمه التي من بها علينا فهو العلي القدير .

أهدي هذا العمل

إلى من سبقني كلماتها ودعواتها نجوم نمتدي بها اليوم وفي الغد

وإلى الأب.. والدتي الغالية أرجو من الله أن يمد في عمرها

كما أهديه إلى أولادي: سراج در التاج- ماهر عبد الودود-مسك الرحيق حفظهم الله ورعا لهم.

وإلى توأم روحي "مهيدة" التي رافقتني في إنجاز هذا العمل

وإلى إخوتي كل باسمه

وكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد

وكل الزملاء والأصدقاء كل باسمه

مهيدة

قائمة الإختصارات

ص: صفحة

ص.ص: صفحة صفحة

ط: طبعة

ب.ط: بدون طبعة

تر: ترجمة

ج: جزء

د.س: دون سنة

تح: تحقيق

ع: عدد

ق.أ: قانون الأسرة

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns, rendered in a light gray color, framing the central text.

مقدمة

للتبرع مصطلحات متعددة تدل عليه سواء في القانون أو الفقه الإسلامي، وتكاد تكون هذه المصطلحات متطابقة في الدلالة لا تثير إشكالا بينهما نذكر منها تبرع، بغير أجر، بدون مقابل، عطية، وللتبرع مقومات لا بد من توافرها، أولهما تقديم التزام مجانا أي دون مقابل، وهو العنصر المادي، وثانيهما نية التبرع بهذا الإلتزام، وهو العنصر المعنوي. وتبلغ التصرفات التبرعية أهمية بالغة في الحياة العلمية والقانونية لهذا سعى الفقهاء والمشرع الجزائري الى تطويرها ورفع النقص الذي يشوبها وتوفير آليات وحلول لتسهيل العمل التبرعي وهذا لجعل أفراد الأسرة في تكافل والحفاظ على صلة الرحم، و كذا أفراد المجتمع فيما بينهم، حيث نجد النصوص القانونية المنظمة لها مشتتة بين قانون الأسرة وقانون الأوقاف والقانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية بموجب الإحالة المنصوص عنها في المادة 222 من قانون الأسرة، وهذا لأنها تصرفات خطيرة تتطلب مجموعة من الضوابط القانونية الخاصة بها قصد توفير الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف، وحماية الغير الذي قد يلحقه ضرر جراء هذا التصرف سواء مستحقين للنفقة أو الميراث. إرتأينا تناول هذه التصرفات التبرعية (الهبة، الوصية، الوقف)، والتركيز على الحياة وأحكام الرجوع عنها وذلك من أجل توضيح الاختلاف الكامن بينها وتحديد نظامها. بالإضافة إلى العرض الخاص الذي نتوخاه من هذه الدراسة ألا وهو تنمية الفكر وتزويده بجملة من المعارف فيما يخص الجانب الفقهي والقانوني في هذا الإطار. سنحاول دراسة الهبة والوصية والوقف، مع الإستعانة بين الحين والآخر ببعض المراجع الفقهية وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالموضوع.

1- أهمية الموضوع:

تكتسب الدراسة أهميتها من حيث تناولها كل من الهبة والوصية والوقف من حيث الحياة وأحكام الرجوع في كل واحد منها (الهبة - الوصية -الوقف) وتبيان الآثار الناتجة عن الرجوع في كل عقد منها على حدا.

2- أهداف الدراسة:

يمكن إجمال الأهداف في:

- التعرف على الإطار القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري لكل من التصرفات التالية: الهبة-الوصية-الوقف، من خلال الوقوف على الحيابة وأحكام الرجوع في التصرفات التبرعية.

- تحديد كيفية الحيابة في كل تصرف.

- تبيان الآثار الناتجة عن الرجوع فيه.

3- أسباب إختيار الموضوع:

إن الدوافع وراء إختيار هذا الموضوع تحت عنوان (الحيابة وأحكام الرجوع في التصرفات التبرعية) له سببان، الأول ذاتي ويكمن في الرغبة الحقيقية لدراسة الحيابة وأحكام الرجوع خاصة وأن هذا الأخير أصبح يأخذ حيزا كبيرا في المحاكم أدت بنا إلى إختيار الموضوع ودراسته من الجانب القانوني التشريعي، أما السبب الثاني فهو موضوعي يهدف إلى معرفة حقيقة الإهتمام التشريعي القانوني لهذه التصرفات، وما كرسه من سياج قانوني لتبيان الحيابة في كل من (الهبة-الوقف-الوصية) هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة الأثر المترتب على الرجوع فيها سواء على المتصرف أو الشخص المتصرف له أو الغير وكل هذا دفع بنا إلى إختيار هذا الموضوع ودراسته.

4- منهج الدراسة:

قصد الإجابة على إشكالية الدراسة والإحاطة بجميع جوانبها فإننا اعتمدنا على منهج تحليل المضمون الذي يستهدف الوصف الدقيق والموضوعي لموضوع الهبة والوقف والوصية ويقوم هذا المنهج على تحليل المضمون عن طريق تصنيف البيانات وتبويبها إلى وصف مضمون المحتوى الظاهر والصريح للمادة قيد التحليل على المستوى الموضوعي والشكلي معا.

5-الإشكالية:

قصد التعرض للموضوع والإحاطة بجميع جوانبه والهدف منه سنحاول صياغة

الإشكالية التالية:

هل أحكام الحيابة و الرجوع في التصرفات التبرعية قيد الدراسة لها نفس القيمة

القانونية أم انها مغايرة ؟

6-تقسيمات البحث:

وللاجابة على هذه الاشكالية اعتمدنا الخطة التالية :

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول: الحيابة وأحكام الرجوع في الهبة

المبحث الأول: مفهوم الهبة

المطلب الأول: تعريف الهبة وخصائصها

المطلب الثاني: مشروعية الهبة والتميز بين التصرفات المشابهة له

المبحث الثاني: القبض والحيابة في الهبة

المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حيابة الهبة في التشريع الجزائري

المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الهبة

المطلب الأول: حكم الرجوع في الهبة

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة

الفصل الثاني: الحيابة وأحكام الرجوع في الوصية والوقف

المبحث الأول: مفهوم الوصية والوقف

المطلب الأول: تعريف الوصية

المطلب الثاني: مفهوم الوقف

المبحث الثاني: الحيابة وأحكام الرجوع في الوصية

المطلب الأول: الحيابة في الوصية

المطلب الثاني: أحكام الرجوع في الوصية

المبحث الثالث: الحيابة وأحكام الرجوع في الوقف

المطلب الأول: الحيابة في الوقف

المطلب الثاني: أحكام الرجوع في الوقف

خاتمة



الفصل الأول
الحيارة وأحكام الرجوع
في الهبة

الفصل الأول

الحياسة وأحكام الرجوع في الهبة

إن التصرفات المبرمة والمنعقدة بين الأشخاص تخضع لقواعد لا يمكن مخالفتها من طرف الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الوضعي، وهذا من أجل إيقاع العدل والإنصاف، وحتى لا تضيع الحقوق، ومن بين هذه التصرفات الهبة التي تعد سبب من أسباب نقل الملكية من ذمة إلى أخرى، بحيث ترتب التزامات كبيرة على عاتق الواهب أحاطها المشرع بعناية شديدة لما لها من آثار مفقرة لذمة الواهب ومثيرة لذمة أخرى.

والهبة إن تمت صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها فإنها ملزمة، مرتبة لآثارها، ولها قيود يؤدي إخلالها إلى البطلان المطلق، والحياسة قيد من هذه القيود.

ودراسة هذا الموضوع تستلزم التطرق لمفهوم الهبة، ويكون ذلك عن طريق تحليل تعريفات الهبة، ومن ثم تحليل طبيعتها القانونية، وكذا بسط خصائصها، كل هذا من أجل دخول منطقي إلى تمحيص ماهية الحياسة وأنواعها وكيفية اتمامها والاستغناء عنها، ونبحث صفة عقد الهبة من حيث اتسامها باللزم أم بعدمه وإن كان جائز الرجوع فيها فلن يثبت هذا الحق؟

وبناء عليه نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الهبة

المبحث الثاني: القبض والحياسة في الهبة

المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الهبة

المبحث الأول

مفهوم الهبة

أباح الشرائع السماوية والقوانين الوضعية مختلف التصرفات التي يجريها ويبرمها الشخص مع غيره وفق ضوابط ومعايير لا يجوز مخالفتها كي يقع الإنصاف والعدل وعدم ضياع حقوق الناس ومن ضمن هذه التصرفات تصرف الهبة التي سنناقشها أكثر تفصيلاً في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول تعريف عقد الهبة لندرس في الثاني مشروعية الهبة.

المطلب الأول

تعريف الهبة وخصائصها

للوصل إلى معنى الهبة يجب أن نتطرق إلى تعريف الهبة ومدى مشروعيتها، وكيفية تمييزها ما بين التصرفات المشابهة لها وهذا ما سنعرفه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الهبة لغة

الهبة هي العطية الخالية من الأعراض والأغراض، فهي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له فنقول وهب لك الشيء يهبه وهبا، وهبا بالتحريك وهبة ووهبت له هبة وموهبة ووهبا إذا أعطيته وكذا وهب الله له الشيء فهو يهب قال الله تعالى: ﴿وَمَا يَذَّكَّرُ بِهِ أُولَئِكَ أَن يَدَّبُّوهُم بِأَفْئِدَتِهِمْ وَأُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾¹ ورجل واهب، ووهاب ووهوب ووهابة فهو كثير الهبة لأمواله، ونقول: تواهب الناس أي وهب بعضهم بعضا، والاستيهاب: سؤال الهبة وواهبه فوهبه، يهبه، ويهبه: أي كان أكثر هبة منه والموهبة

هي العطية قوله تعالى: ﴿وَمَا يَذَّكَّرُ بِهِ أُولَئِكَ أَن يَدَّبُّوهُم بِأَفْئِدَتِهِمْ وَأُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾¹ ورجل واهب، ووهاب ووهوب ووهابة فهو كثير الهبة لأمواله، ونقول: تواهب الناس أي وهب بعضهم بعضا، والاستيهاب: سؤال الهبة وواهبه فوهبه، يهبه، ويهبه: أي كان أكثر هبة منه والموهبة

¹ - سورة آل عمران، الآية 38.

"تطوعاً": لأنه كان تملك المال حال الحياة بلا عوض إلا أنه جهة الوجوب لا التطوع.

4- الحائبة: " تملك في الحياة بلا عوض".¹

هذا التعريف تفادى حصر الهبة في العين، وحدد أيضاً انتقال الملك إلا أنه لم يشير إلى أن الهبة من أعمال التبرع والتطوع.

ثانياً: تعريف الهبة في القانون

لقد عرفت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري " الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".² وقد نصت المادة 206 من نفس القانون على أن " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياسة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" فمن نص المادتين يستفاد أن الهبة عقد من العقود، تقع في الحياة ولقيام هذا العقد يجب من تطابق الإيجاب والقبول بين الواهب والموهوب له حال حياتهما ويتم ذلك بالتزام الواهب بنقل الملكية كلها أو جزء منها " الموهوب" شرط أن يكون مباحاً إلى الموهوب له، وينتج عن ذلك افتقار للواهب وإثراء للموهوب له، وهذا مما يظهر نية التبرع لدى الواهب، مع الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يذكر بصفة صريحة عنصر التبرع الذي هو عنصر جوهرى في الهبة كما لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية باعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له.³

على خلاف المشرع المصري الذي ينص صراحة على أن نية التبرع في نص المادة 486 من التقنين المدني المصري " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون

¹ - ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، د. ط، ج6، د. ت، ص246.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية. رقم24 الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

³ - محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص20.

عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين¹ وقد ورد نفس التعريف في التقنين السوري المادة 454.

الفرع الثاني: خصائص الهبة

نستخلص من التعاريف السابقة لعقد الهبة مجموعة من الخصائص يتمتع بها على غرار العقود المشابهة لها وهي كالاتي:

أولاً: الهبة هي عقد بين الأحياء

فهي عقد لا بد فيه من ايجاب وقبول متطابقين بمعنى أن يتم الإيجاب من الواهب بدافع من إرادته المنفردة، وقبول من الموهوب له وبإرادة قابلة لذلك مما يستوجب توفر رضا الطرفين وفي حال حياة كل منهما وهذا ما نصت عليه المادة 206 السالفة الذكر، وما دمنا نقول بأن الهبة هي عقد بين الأحياء فإن أثر التصرف بها وفق ذلك لا يمتد إلى ما بعد الموت.

ثانياً: الهبة هي تصرف للواهب في ماله بلا عوض

كون أن الواهب يتصرف في ماله بلا عوض فهي افتقار للواهب وإثراء للموهوب له، ومن ثم فهو لا يمكن له أن يسترجع أو يسترد هبته إلا في حالات خاصة نظمها القانون في المادة 211 وكذلك المادة 212 من قانون الأسرة وهو ما يميز الهبة عن عدة تصرفات أخرى وعقود باعتبار الواهب يلتزم بإعطاء ذلك الشيء للموهوب له، فهو بإبرامه لعقد الهبة يكون ملزماً بنقل كل ممتلكاته أو جزء منها عينا كانت أو منفعة أودينا لدى الغير ودون عوض، على ذلك فالواهب إذا تصرف في مال له دون عوض في الأصل أنه يلتزم بنقل حي عيني إلى الموهوب له.²

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، مجلد3، 5، 2000، ص ص 3-4.

² - نفس المرجع، ص 10.

والقول أن الهبة بلا عوض هذا لا يمنع أن تكون الهبة متبادلة فيهب الشخص لآخر هبة ثم يقوم الشخص الثاني فيهب الأول هبة ثانية، فتكون الهبتان متبادلتان بشرط أن تكون كل منهما بلا عوض هذا لا يمنع أن تكون الهبة متبادلة فيهب الشخص لآخر هبة ثم يقوم الشخص الثاني فيهب للأول هبة ثانية، فتكون الهبتان متبادلتان بشرط أن تكون كل منهما بلا عوض لأن كلا من الهبتين ليست عوضا عن الهبة الأخرى بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته.¹

ثالثا: نية التبرع

وهي مسألة نفسية تخضع لما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع، وبالتالي إذا كان المقصود من وراء هذا الفعل هو التضحية والمساعدة دون الحصول على منفعة من وراء ذلك سواء كانت معنوية أو مادية تحققت عندها نية التبرع حتى ولو جاء بعدها منفعة خاصة دون القصد منها فإن هذا التصرف يعتبر هبة.

رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني

تفرغ الهبة في شكل رسمي وهذا ما أوجبه المشرع الجزائري كونها من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين ومنه يجب أن يحرر عقد الهبة في عقد رسمي يبرم على يد موظف العقود الرسمية، وهو الموثق وفي نفس الوقت عقد الهبة هو عقد عيني يجب فيه تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له وحيازته، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له وهذا ما تضمنته المادة 206 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني

مشروعية الهبة والتمييز بين التصرفات المشابهة له

سنتناول في هذا المطلب مشروعية الهبة في الفرع الأول، والتطرق إلى بعض التصرفات المشابهة لها في الفرع الثاني.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص12.

الفرع الأول: مشروعية الهبة

نعالج مشروعية الهبة على أساسين، أولاً الأساس الشرعي وثانياً الأساس القانوني.

أولاً: الأساس الشرعي

الهبة باعتبارها باب من أبواب الخير والبر والإحسان، فهي سبيل من سبل التآلف والمحبة والترابط الاجتماعي لذا حثت عليها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، وعليه فإنه يتطلب منا تداول الأدلة التي اعتمدت في إباحة الهبة وجوازها وثبتت مشروعيتها في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري.

(1) - دليل مشروعية الهبة من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿لَا جبر على شيءٍ ولا هبة من الهبة توفّر ولا جبر على شيءٍ ولا هبة من الهبة توفّر ولا جبر على شيءٍ...﴾¹

وقوله تعالى: ﴿...﴾²

والآيتان محتمتان للهبة والصدقة الهدية.³

وعموم قوله تعالى: ﴿...﴾⁴

والهبة بر.⁵

¹ - سورة النساء، الآية 4.

² - سورة البقرة، الآية 177.

³ - سليمان بن محمد بن عمر الشافعي البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج3، 2007 ص215.

⁴ - سورة المائدة، الآية 3.

⁵ - الشريبي، مرجع سابق، ص396.

وعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ طَائِعِينَ مَلِكِينَ لَا يُغْنِي عَنْهُمْ كَثْرَتُ ثَرْوِهِمْ وَلَا يَضُرُّهُمْ مَا كُنُوا فِيهَا يُكَفِّرُونَ﴾¹

والهبة مستحبة لأنها نوع إحسان.

(2)-دليل مشروعية الهبة من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه".²

وقوله أيضا: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة قبر جع فيها إلا الوالد فيها يعطي ولده".³

وهناك أحاديث استدل بعمومها على جواز الهبة لم نذكرها لوجود الخاص، منها على سبيل المثال حديث: "تهادوا تحابوا".⁴

(3)-دليل مشروعية الهبة من الإجماع:

لقد انعقد الإجماع من السلف الصالح على مشروعية الهبة وعلى رأسهم الصحابة رضوان الله عليهم ومنهم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أقروا الهبة وعملوا بها وتبعهم في ذلك الخلق.⁵

ثانيا: الأساس القانوني

نظمت الهبة في القانون الجزائري ضمن قانون الأسرة، وعليه فإن أحكامها قد وجدت في الباب الرابع من التبرعات مع الوصية والوقف وهو آخر باب في قانون الأسرة ويظهر وكأن الدافع وراء وضع الهبة ضمن قانون الأسرة هو كونها موضوع فقهي بامتياز تستمد

¹ -سورة البقرة، الآية:194.

² -رواه البخاري، فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، كتاب الهبة وفضلها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، الحديث رقم 2589، دار الريان للتراث 1407هـ-1986م، ص490.

³ -رواه أبو داود، عون المعبود للعلامة محمد شمس الحق العظيم الأبادي، كتاب الإجارة، باب الرجوع في الهبة، الحديث رقم 3539، دار الفكر، 1415هـ-1995م، ص391.

⁴ -أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، ط1، ج1، القاهرة، مصر، 2003، ص322.

⁵ -محمد تقية، مرجع سابق، ص26.

أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة الأخرى وهذا من جهة ومن جهة ثانية فإن الهبة هي أفعال الخير والبر والإحسان فالأشخاص يهبون أموالهم وأشياءهم ابتغاء الأجر والثواب من الله وكذلك ابتغاء المودة والمحبة من الطرف الآخر والتودد إليه، وعليه فهم يقدمون على التبرعات وفعل الخير فكان الأصح والأنسب أن تقنن أحكام الهبة، بالإضافة إلى ما هو مستحدث بخصوص مسألة لتسجيل والتوثيق والإشهار والتي لا تصح الهبة إلا بها.

الفرع الثاني: التمييز بين الهبة والتصرفات الأخرى المشابهة لها

كون الهبة تشبه بعض التصرفات الأخرى وذلك في عدة أوجه، مما يجعل الالتباس محتملا حدوثه لذا كان من الأسلم تبين أوجه الاختلاف بين الهبة ومجموعة من التصرفات الأخرى.

أولا: التمييز بين الهبة والوصية

الهبة تملك في الحال والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ثم أن الهبة عقد لإنشائه يلزم توافق إرادتي كل من الواهب والموهوب له، أما الوصية فهي تصرف يتم بالإرادة المنفردة للموصي، ولا ينتج أثرها إلا بعد وفاة الموصي هذا من جهة ومن جهة أخرى فالهبة يشترط فيها المشرع الرسمية في العقار والإجراءات الإدارية الخاصة في المنقول أما الوصية فهي تصرف رضائي ولا يشترط الكتابة المطلوبة فيها قانونا إلا كوسيلة إثبات للوصية، فالشكلية غير لازمة إلا بعد الوفاة وبعد انتقال الملكية إلى الموصى له، وكذلك فإن الهبة يمكن أن ترد على كل مال الواهب أو كل ممتلكاته، غير أن الوصية لا تكون إلا في ثلث ماله، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، ومن حيث الرجوع في الهبة فهو أمر استثنائي لا يجوز الرجوع فيها حسب الأحوال المنصوص عليها شرعا وقانونا بينما الوصية يجوز الرجوع فيها بدون أي قيد وفي حدود ما يسمح به القانون وتكون صراحة أو ضمنا بشرط أن يكون الرجوع في حياة الموصي متى شاء، وقد تكون الهبة هي جائزة للوارث عكس الوصية التي لا تجوز إلا بترخيص من الورثة حسب نص المادة 189 من قانون الأسرة، ومن الحديث الذي رواه الدارقطني عن أنس بن مالك قال: " اني لتحت ناقة رسول

الله صلى الله عليه وسلم يسيل على لعابها فسمعتة يقول: " إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث...".¹

ثانياً: التمييز بين الهبة والوقف

كل من الهبة والوقف يشتركان في كون أن من الواهب والواقف يخرج ماله من ملكه حيث يخرج المال من ملك الواهب إلى من ملك الموهوب له، وكذلك يخرج المال من ملك الواقف وتحبس العين على ملك الواقف والوقف بعد لزومه لا يدخل في ملك الموقوف عليه اتفاقاً، لأنه لو دخل في ملكه جاز له أن يتصرف فيه تصرف المالك، بينما الهبة تدخل في ملك الموهوب له بقبوله لها، وأما الوقف فليس له فيه تملك الرقبة للوارث ولا لغيره، بل تملك الرقبة للوارث ولا لغيره، بل تملك المنفعة ولا تتمخض للوارث بل هي له في الحال ولغيره في الحال والمآل أو في المال فقط.²

¹ - رواه الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، التعليق لأبي الطيب محمد شمس الحق، سنن الدارقطني، كتاب الفرائض والسير وغير ذلك، حديث رقم 08، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432 هـ، 2011م، ص ص 209-210.

² - محمد تقي، مرجع سابق، ص 41.

المبحث الثاني

القبض والحياسة في الهبة

الهبة إن تمت صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها فإنها ملزمة، مرتبة لآثارها، مفقرة لذمة مثرية لذمة أخرى وإذا لم يتم القبض- هو أخذ الشيء وتناوله قال صاحب (الصاح): "قبضت الشيء قبضاً: أخذته"¹، فإن الهبة تعد باطلة كأصل عام، إلا أن المشرع الجزائري جاء باستثناءات في قانون الأسرة في المواد 207 و208 وهي أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حياسة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزاً، كما أنه لو كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مملوكاً على الشيوخ بين الواهب والموهوب له، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحياسة. وتعد الحياسة قيد من القيود الواردة على الهبة يؤدي اختلالها إلى البطلان المطلق.

المطلب الأول

قبض الهبة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن القبض هو حياسة الشيء والتمكن من التصرف فيه وعند المالكية شاع عندهم التعبير عن القبض بالحياسة، أي أن القبض هو نقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له ليتصرف فيه تصرف المالك له.

الفرع الأول: حكم القبض

لقد قال المالكية بأن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول ولكنها لا تتم إلا بالقبض بمعنى أن القبض شرط تمام فيها، حيث يجبر الواهب على إقباضها للموهوب له، وتجب بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له وتتم بالقبض وتجب المطالبة بها لمن استوهبها أو طلبها إذا منعه الواهب إياها²، وفي قول المالكية، قال مالك: "ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع

¹ - سماعيل بن حماد الجوهري، الصاح، تر: أحمد علد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط3، 1984 ص 759.

² - أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكية، مكتبة الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، ص999.

سواء" وعليه فالقبض عند مالك في الهبة من شروط تمام لا من شروط الصحة¹، ولقد اعتمد الإمام مالك في الاستدلال على القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض. ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر، جعل القبض فيها من شرط التمام، ومن حق الموهوب له، وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: "مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات قال: هو لإبني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يجزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة"²، وما روي عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس أنهم قالوا: "لا تجوز البتة حتى تقبض" ولم يعرف عن غيرهم خلافه فيكون اجماعاً.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط القبض في لزوم الهبة، وأن الهبة تقع جائزة ولا تلزم إلا القبض وليس الموهوب له حق المطالبة إلا أنه اختلفوا في حكم عقد الهبة إذا مات أحد المتعاقدين قبل القبض، هي يبطل العقد أم لا؟ فذهب الحنفية إلى القول بالبطلان، وعلى ذلك فالهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض، فإن قبضها في المجلس بغير إذنه جاز، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه.³

وباستيفاء جميع الشروط الخاصة بالعاقدين وصيغة العقد وفيما وهب، ينعقد العقد ويصح، ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقاراً أو منقولاً، وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكاً للواهب وأي تصرف له فيها

¹ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، طبعة مصححة لبنان، 2009، ص 860.

² - نفس المرجع، ص 860.

³ - عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، تعليق محمود أو تفيقة، الاختيار لتعليق المتار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ج3، د.س، ص 48.

نافذ، ولا يتعلق بها حق الموهوب له وعللوا ذلك بما ورد في الأثر " لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"¹.

وذهب الشافعية بأنه لا يصح شيء من الهبات إلا بالإيجاب والقبول، ولا يملك المال فيه إلا بالقبض، ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب فإن وهب منه شيئاً في يده، أو رهنه عنده، لم يصح القبض حتى يأذن فيه²، وأنه إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ولم يفسخ العقد لأنه عقد يوول إلى اللزوم ويقوم الوارث في هذه الحالة مقام مورثه فإن مات الموهوب له قبل ارثه إن أقبضه الواهب، وقد جاء في كتاب التنبية" وفي الهبة يصح من غير إذن وقيل فيهما قولان، وإن مات الواهب قبل القبض، قام الوارث مقامه إن شاء أقبض، وإن شاء لم يقبض، وقيل يفسخ العقد وليس بشيء"³.

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الهبة تلزم بالقبض، وعنه تلزم في غير المكمل والموزون لمجرد الهبة ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب إلا ما كان في يد المتهب، فيكفي مضي رهن يتأتي قبضه فيه، وعنه لا يصح متى يأذن في القبض.⁴

الفرع الثاني: حكم القبض في بعض الهبات الخاصة منها هبة المشاع

اتفق الفقهاء على جواز حكم القبض في بعض الهبات الخاصة منها هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته وذلك إما للضرورة كما قال أبا حنيفة، أو لعدم ورود ما يدل على المنع كما قال جمهور العلماء، واختلفوا في هبة المشاع الذي يمكن قسمته إلى رأيين، الأول جمهور العلماء من مالك والشافعي وأحمد، وأبو ثور وأهل الظاهر، ومعمر وإسحاق وإبراهيم النصفي وهم القائلون بجواز هبته والثاني رأي الأحناف القائلين بعدم اجواز في هبته.

¹ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، دار القلم، الكويت، ط2 1990، ص249.

² - أبي إسحاق إبراهيم علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التنبية في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ص138.

³ - المرجع نفسه، ص138.

⁴ - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، لبنان 1997، ص ص 192-194.

أولاً: رأي الأحناف

وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، وفيما يقسم لا تجوز فإن قسم وسلم جاز، لأن القبض شرط في الهبة وأنه غير ممكن في المشاع، ولو جوزناه لكان له اجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون اضراً به، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفي به الضرورة.

ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة، قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها لأن الهبة صادفت العين لا المنافع¹ وبذلك يقول الأحناف بأن المشاع الذي يمكن قسمته لا تجوز هبته إلا بعد القسمة ولو وهبه لشريكه، وذلك لأن الصحابة رضوان الله عليهم قد اشترطوا القبض المطلق في صحة الهبة، والمطلق يتصف إلى الكامل فيلزم أن يكون القبض كاملاً وهذا هو المذهب، وقد استدلت الأحناف على جواز هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته، وعدم جوازه ن كان قابلاً للقسمة بالآتي:

(1)- إجماع الصحابة فيما روي عن سيدنا أبا بكر رضي الله عنهم في الحديث الذي روي عن مالك عن عائشة، فقد اعتبر الصديق رضي الله عنه القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك.

(2)- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حدثني مالك، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: "مأبال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً، ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها، متى يكون أن مات لورثته فهي باطل² والمراد من الحياة هو القبض وبذلك أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة.

¹ - عبد الله بن محمود بن مدود الحنفي، المرجع السابق، ص 49-50.

² - رواه مالك، مالك ابن أنس، تح: لحلال حسن علي، الموطأ، كتاب الأفضية، باب ما لا يجوز من لنحل، حديث رقم 1512 و 1513، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، دمشق-سوريا، 1434 هـ 2013م، ص 571-572.

3- القبض شرط جواز هذا العقد والشيوخ يمنع من القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يمكن، ولأن اشتراط أصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان في على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض أو كي لا يلزمه المطالبة بالتسليم، وهذا المعنى هنا ذاته لوضع لوجب عليه القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع.¹

ثانيا: رأي الجمهور

ذهب جمهور العلماء على جواز هبة المشاع مطلقا سواء كان للشريك ام للأجنبيين وسواء كان المشاع ممن يمكن قسمته أم لا، وسواء كان مما ينقل أم لا، إلا أنهم اختلفوا في كيفية قبضه، فذهب الشافعي وأحمد بن حنبل إلى القول بأن قبض الحصة الشائعة يكون بقبض الكل، لأن القبض يكون بوضع اليد والتمكن من الشيء الموهوب، وقبضه للكل يكون قد وضع يده على حصته، والتمكن منها مع اشتراط اذن الشريك إذا كان مما يقبض بالنقل، لأن قبضه يكون بالنقل ونقله لا يأتي إلا بنقل حصة شريكه أيضا والتصرف في مال الغير، وهذا مما لا يجوز، وإذا لم يأذن الشريك، فللموهوب له أن يوكل الشريك في قبض حصته، وإلا فالحاكم قبض له، أو ينصب من يقبض له فينقله ليحصل القبض، أما إذا كان الشيء الموهوب مما يقبض بالتخلية فلا يشترط إذن الشريك في هذه الحالة وعليه فيكون قبض المشاع بقبض الجميع منقولا كان أو غيره، فإن كان نقولا ومنع من القبض شريكه ووكله الموهوب في قبض نصيبه صح، فإن لم يوكله الموهوب له قبض له الحاكم ويكون في يده لهما ويصح بيع الواهب للموهوب قبل قبضه وان ظن لزوم الهبة بالعقد². وقال المالكية يكون قبض المشاع بوضع اليد عليه كما كان صاحبه يضع يده عليه مع شريكه ولا فرق إلا في المرهون الذي يكون الشريك فيه الراهن، فيشترط قبض الكل كيلا تجتمع يد

¹ - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ج5 مصر، ص 93-94.

² - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 566.

الراهن والمرتهن معا سواء اذن الشريك أم لم يأذن، وخلاصة القول أن تصح هبة المشاع وبه قال المالكي والشافعي، قال الشافعي: وسواء في ذلك ما أمكن قسمته، أو لم يكن، وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته، لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتاممه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه.

ولنا أن وفد هوزان لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم» رواه البخاري، وهذا هبة المشاع¹.

المطلب الثاني

حياسة الهبة في التشريع الجزائري

المقصود بالحياسة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب فيتصرف فيه تصرف المالك للشيء، والظهور بمظهر صاحب الحق، ولا تتم الحياسة بهذا المعنى إلا بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وعليه فإن المشرع الجزائري نص على الحياسة في المادة 206 من قانون الأسرة التي جاءت كالتالي: تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياسة، ومع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" وعليه فإن المشرع الجزائري يعتبر الحياسة ركن في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو منقول² وهو ما يستتشف من قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986/04/21 حيث أن النزاع يدور حول صحة الهبة وأن الحياسة شرط لإتمام عقد الهبة، حيث أنه بالرجوع إلى القرار والحكم المؤيد من طرفه وعناصر القضية يتضح أن الحياسة التي هي شرط أساسي في صحة الهبة لم تثبت بصفة قطعية إذ أن قضاة الاستئناف اكتفوا لتأسيس قرارهم بقولهم أن العقد يشير

¹ - مواقف الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة، المعني، المرجع السابق، ص 247.

² - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف)، دار هومة، الجزائر

إلى أن الحياسة انتقلت إلى الموهوب له يوم إبرام هذا العقد، وأن الحياسة متنازع فيها، وحيث أن قضاة المجلس لما اعتبروا الهبة صحيحة من دون التأكد بوقوع لحياسة الفعلية للقطع الموهوب والمتنازع من أجلها لم يسببوا تسبباً كافياً ولم يبنوا حكمهم على أساس شرعي الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض، فهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى قبول الطعن شكلاً وموضوعاً ونقض القرار المطعون فيه.¹

الفرع الأول: كيفية إتمام حياسة المال الموهوب

نتطرق فيه إلى نوعي الحياسة الفعلية والحكمية.

أولاً: الحياسة الفعلية

وتسمى أيضاً الحياسة الحسية، وهي ما كان التسليم فيها فعلياً، بأن يمكن الواهب الموهوب له من العين الموهوبة بكل وسائل التمكين ويستولي عليها بحيث تكون تحت سلطانه بحكم عقد الهبة ويخرج من يد الواهب إلى يد الموهوب له، بحيث يتمكن الموهوب له من التصرف فيما وقع به عقد لهبة بجميع أنواع التصرفات، دون أن يكون للواهب أي اعتراض عليه في ذلك.²

فتتم الحياسة في العقار بتسليمه إلى الموهوب له ووضعه تحت تصرفه فإذا كان داراً أخلاها من أثاثها وسلم له مفاتيحها، وإن كانت أرضاً زراعية تركها للموهوب له، وأخرج منها حيواناته وآلاته أو عتاد فلاحية، إذا كان من المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة فإن الحياسة فيها تتطلب هذه الإجراءات مع تسليمها وحيازتها من قبل الموهوب له كالسفن والزوارق والسيارات والجرارات وبعض الآلات والدراجات النارية، والأسهم الإسمية فلا تتم الهبة إلا بالحياسة مع الإجراءات الخاصة. أو التسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب للموهوب له في المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع إلى الإجراءات الخاصة وهي الهبة التي تقع على أشياء قابلة للنقل في الملكية دون قيد أو عقد أو توثيق كالحلي

¹ - المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية، قرار 40457 بتاريخ 1986/04/21، قضية (م.م) ضد (م.أ)، المجلة القضائية، ع2، 1989، ص 72.

² - عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار نشر المعرفة، ط2، ج2، د.س، ص 168.

والمجوهرات والساعات والكتب والآلات الإلكترونية ومختلف الحيوانات، فالحياسة في هذه المنقولات تتم بالتسليم الفعلي للموهوب.

ثانيا: الحياسة الحكيمة

وهي الحالات التي تعتبر الحياسة واقعة فيها حكما، فإن كان الشيء الموهوب في حياسة الموهوب له قبل الهبة، بموجب عقد من العقود الأخرى كالإيجار أو العارية أو الوديعة أو رهن وحيازي ثم تمت الهبة، كان الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت تمام الهبة، ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم، وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته كمالك له عن طريق الهبة، فيمكن للموهوب له الاستيلاء على العقار ليتم استغلاله من دون أي تعرض له، وبذلك يتم القبض والحياسة وتصح الهبة تامة مع التوثيق، الذي نصت عليه المادة 207 من قانون الأسرة أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حياسة، وإذا كان بيد الغير وجب اخباره بها ليعتبر حائزا.¹

الفرع الثاني: الحياسة شروطها والقيود الواردة عليها

نتناول في هذا الفرع شروط الحياسة أولا، والقيود الواردة على الحياسة ثانيا.

أولا: شروط الحياسة

يشترط في الحياسة ما يلي:

- المعاينة والمقصود أن يتم الإشهاد عليها، فيشترط في الحياسة الإشهاد عليها بمشاهدة الشهود لها.
- حصولها قبل حدوث المانع، فيشترط في الحياسة ألا يقوم أحد الموانع الأربعة لها وهي: موت الواهب -جنونه - مرضه مرض الموت-إحاطة الدين بماله أو تقليسه.
- لا بد لمن يحوز أن يكون أهلا لذلك وإلا ناب عنه غيره، فلا بد فيمن يجوز أن يكون رشيدا لا حجر عليه، فإن كان غير رشيد فالقبض يكون للولي وصيا كان أو غيره، فقد

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة-الوصية-الوقف)، دار هومة، طبعة جديدة، الجزائر، 2004، ص 11.

أشارت المادة 210 من قانون الأسرة إلى ذلك بنصها: «يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحياسة من ينوب عنه قانونا».

ثانيا: القيود الواردة على الحياسة

وفق نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري فإنه إذا تخلف شكل الهبة أو اختل كانت الهبة باطلة فالنص واضح في الفقرة الثانية من المادة المذكورة: "وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

ومن القيود المذكورة فيما يخص الشكل هي الحياسة. جزاء اختلالها هو البطلان المطلق، فإذا اختل شكل التبرع في العقار أو في المنقول فإن التبرع يكون باطلا بطلانا مطلقا، ولا ينتج أثرا¹.

إلا أنه يمكن الاستغناء عن الحياسة في الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص: «إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحياسة» وعليه فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مشاعا فإن إجراءات التوثيق والرسمية تغني عن الحياسة العقار، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 258700² "من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز"³ أما بالنسبة للمنقولات فإن الإجراءات الإدارية تغني عن الحياسة ويضع الموهوب له يده على الشيء الموهوب إما بنفسه أو بواسطة وكيله وإذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه، فالحياسة تنفذ بواسطة ممثله القانوني، وهذا حسبما نصت عليه المادة 210 من قانون الأسرة.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، ص 69.

² - القرار رقم 58700، المؤرخ في 19/02/1990 المنشور بالمجلة القضائية سنة 1991، ع04، ص 113.

³ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 12.

المبحث الثالث

أحكام الرجوع في الهبة

لفظ الرجوع عند أهل اللغة يستعمل للدلالة على عدة معاني متعددة ومتقاربة: الرد والعود، النقض، الانصراف، النكران والتترك¹، وفي التنزيل: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ﴾² أي الرجوع والمرجع وقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ﴾³

يعني العبد إذا بعث يوم القيامة وأبصر وعرف ما كان ينكره في الدنيا يقول لربه: أرجعوني أي ردوني إلى الدنيا، وإذا كان معاني لفظ الرجوع متقاربة في المعنى فإن أصلها لحمل معنى الرجوع في الهبة هو الرد إلى الحال التي كان عليها قبل العقد. أما إصطلاحاً فيعرف الرجوع بصفة عامة على أنه: "فسخ العقد بعد تمامه"⁴ ويعرف الرجوع في العقد بصفة عامة: "رد العقد القابل للإبطال والعود إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصصة"⁵.

وعرّف الرجوع في الهبة تحديداً بأنه عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية ارتجاعها واستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة.⁶ والمقصود هنا أن الرجوع في الهبة يكون بإرادة الواهب سواء تم بالتراضي بينه وبين الموهوب له أو لا، وهذا وفقاً لإجراءات معينة، أي أن الرجوع في الهبة هو حق بيد

¹ - ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجليل، مج3، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م، ص1129.
² - سورة العلق، الآية 08.
³ - سورة المؤمنون، الآية 99-100.
⁴ - الكاساني، مرجع سابق، ص394.
⁵ - فتح الحثم حمد الله تفاحة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، دار الجنادرية للنشر والتوزيع ط1، 2011، (نقلا عن ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2001/2002، ص7).
⁶ - طه العاقل جمال الدين، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، ط1978، (نقلا عن شيخ نسيم، مرجع سابق، ص64).

الواهب والملاحظ هنا من هذا التعريف أنه ينطبق على الرجوع القضائي، أو ما يسمى بالإقالة والتي لا يشترط لوقوعها توافر عذر مقبول، أو عدم وجود مانع من موانع الرجوع، وينطبق على الرجوع القضائي، وهذا بتوافر جملة من الشروط المعينة.¹

ومن الناحية القانوني فإن الرجوع في الهبة يمكن أن يكيف حسب ثلاثة آراء، الأول كونه أي الرجوع هو فسخ للهبة لأن الواهب يستوفي حقه بالفسخ مما يترتب عنه أن الهبة كأن لم تكن، والرأي الثاني يقول بأن الرجوع في الهبة هو إلغاء لها مما ينهي القابل للإلغاء كونه تصرف قانوني من جانب واحد، أما الرأي الثالث فيعتبر الرجوع في الهبة إقالة للموهوب له عن الهبة فهو سبب من أسباب انحلال العقد تم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين أي اتفاق الطرفين على حل الرابطة التعاقدية بينهما.

للرجوع أحكام مختلف تناولها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي وهذا الاختلاف نشأ نتيجة اختلاف زوايا النظر لمسألة لزوم العقد وعدم لزومه وعن ممارسة هذا الحق كونه يقع بعد القبض والحياسة أم قبلها بالإضافة إلى الاستثناءات الواردة عن الرجوع وما يترتب عن هذا الرجوع من آثار.

المطلب الأول

حكم الرجوع في الهبة

سنتناوله في فرعين، الأول في الفقه الإسلامي والثاني في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: الرجوع في الهبة من جانب الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الفقه الإسلامي في حكم الرجوع عن عقد الهبة بين مانع ومجيز لكل مذهب من ذاهب الفقه الإسلامي قول وأدلة استدلوا بها في قولهم، وبعد اطلاعنا على بعض مراجع الفقه الإسلامي تبين لنا أن هذا الاختلاف الوارد في مذاهب الفقه وعدم

¹ - حجازي مصطفى أحمد عبد الجواد، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر 2001/2000، ص30.

إجماعهم على رأي واحد كان سببه راجع إلى طبيعة الملك، هل هو ملك لازم لا يجوز الرجوع فيه أم أنه ملك غي لازم يقبل الرجوع فيه؟

أولاً: الرجوع في الهبة عند المالكية

يرى المالكية أن المنع هو الأصل عن الرجوع في الهبة وعدم الاعتصار فيها وأن الملك يثبت بمجرد العقد، ويصبح لازماً بالقبض، والاعتصار لا يكون إلا للأب أو الأم فيما وهباه لأولادهما، وامتنع الاعتصار عن غيرهما لأن لهما ما لغيرهما في مال الولد، ولأب الرجوع في كل ما وهبه لبنيه الصغار منهم الكبار، ما لم ينكح الولد أو يتداين دينا أو يموت، فيصير ذلك إلى ورثته، وليس أن يعتصر ما وهبه غيره لولده، وليس لأحد أن يرجع في هبته إلا الأب وحده لولده، وقد قيل أنه ليس لأحد أن يرجع ويعتصر شيئاً وهبه إلا الوالدان جميعاً فإن لهما الرجوع فيما وهباه لولدهما.¹

وعند المالكية أن حق الاعتصار جائز فيما وهبه الأب لولده مطلقاً سواء كان الولد ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً، غنياً أو فقيراً، سفيهاً أو رشيداً، حازها الولد أو لم يحزها، وإن ليس الاعتصار لفظ يعرف به بل بأي لفظ كان يدل على استرجاع الأب لهبته من ولده وقد أجاز المالكية للأم الاعتصار لولدها في حالة ما إذا كان كبيراً، وأن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان وهبت الهبة كبيراً كان لهما الاعتصار سواء كان للولد أب وقت الهبة أم لا وإن كان الولد وقت الهبة صغيراً كان لها الاعتصار إن كان له أب وقت الهبة سواء كان الأب عاقلاً أو مجنوناً موسراً أو معسراً، وإن كان الولد الصغير حين الهبة لا أب له فليس لها الاعتصار قولاً واحداً ولو بعد بلوغه²، وقد أجاز المالكية الاعتصار ما لم يحدث موانع الاعتصار حيث يسقط حق الوالدين في الاعتصار بوجود مانع واحد منهم وهي على التوالي:

(1)- أن يزيد الشيء الموهوب أو ينقص في ذاته؛

(2)- أن تكون لزواج أو قضاء دين؛

¹- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري مرجع سابق، ص ص 1004-1005.

²- شمس الدين الشيخ محمد عرقة الدسوقي، مرجع سابق، ص 111.

(3)- أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت؛

(4)- أن تخرج الهبة من ملك الموهوب له أو تغييرها عن حالتها.

ثانياً: الرجوع في الهبة عند الشافعية

لقد قال الشافعية بما قال به المالكية وذلك من حيث المبدأ، حيث لا رجوع في الهبة ويمنع ذلك إلا باستثناء الوالد الذي يمكنه الاعتصار في هبته.

وأضافوا بأن أدخلوا في الولد كل من له على الموهوب ولادة فهو يشمل كل أصوله فيجوز لهم الرجوع إذ كان الموهوب تحت سيا وبذلك فعندهم على المشهور يلحق سائر الأصول بالأب في جواز الرجوع، حيث وإن وهب الأب أو الأم أو أبوهما أو جدهما شيئاً للولد، أو أقبضه إياه جاز له أن يرجع فيه وإن تصرف عليه فالمنصوص أن له أن يرجع وقيل لا يرجع¹، وجاء في "المغنى المحتاج" كذل، أنه "وللأب الرجوع في هبته ولده وكذا سائر الأصول على المشهور، وشرط رجوعه بقاء الموهوب في سلطنة المتب"2، والقصد في الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الإصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع، يجوز الاعتصار في الهبة للولد من الأصول إلا إذا حدث ما يمنع الاعتصار وبه يمتنع الرجوع وذلك وفق الآتي:

(1)- زوال الملك وإن عاد إليه ولو بإقالة أو ردّ لعب.

(2)- إذا وهبه الفرع لفرعه أو أقبضه.

(3)- إن تعلق به حق لازم، كان رهنه لغير أصل، وإذا استهلكه الموهوب فلا رجوع فيه ويكره الأصل الرجوع في عطية الفرع إلا لعذر كأن كان الولد عاقاً أو يصرفه في معصية.

ثالثاً: الرجوع في الهبة عند الحنابلة

لا يجوز الرجوع في الهبة من طرف الواهب، إلا ما كان لولد فيمكن للوالد أن يرجع في هبته، فالحنابلة يقولون بأنه يجوز للأب أن يرجع في هبته أي الاعتصار فيها وهذا ما جاء في المغنى أن للأب الرجوع في ما وهب لولده.

¹- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مرجع سابق، ص138.

²- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص568.

وهو ظاهر مذهب أحمد، وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور¹، وقد جاء أيضا في المغنى أن الأم كالأب في الرجوع في الهبة لأن قوله: "وإذا فاضل بين أولاده" يتناول كل والد فيدخل فيه الأم²، ويشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط، فإن تخلف واحد فيها امتنع الرجوع وهي:

- (1)- أن يبقى الشيء الموهوب في ملك الموهوب له، فإن خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث...، لم يكن له الرجوع فيها وإن عادت من جديد.
- (2)- أن تكون العين باقية في تصرف الولد، بحيث يملك التصرف في رقبته.
- (3)- أن لا يتعلق الأمر بها برغبة لغير الولد، كأن يرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكحته.
- (4)- ألا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصنعة.

وخلاصة ذلك أن جمهور الفقهاء مال والشافعي والظاهر من مذهب أحمد وهو رأي الأوزاعي وإسحاق وأب ثور، وهو أنه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا الوالد يرجع فيما وهب لولده فقط، وإن اختلفوا في الرجوع مطلقا ساء قبل القبض للزوم الهبة بمجرد العقد، وهو مشهور المالكية أم بعده فقط لأنها لا تلزم إلا بعد القبض فلا يتصور الرجوع إلا بعده. وهو مذهب الشافعي وأحمد، كما اختلفوا في الأم ترجع كالأب أم لا. والأب وإن علا أو الأب المباشر فقط، وقد استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بالآتي:

- (1)- الحديث الذي رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد يما يعطي ولده ومثل الذي يعطي عطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد إلى قيئه"

¹ - موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص 261.

² - موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ص ص 262-263.

قال الترمذي حديث حسن صحيح¹، وهو حديث واضح الدلالة على عدم جواز الرجوع في الهبة إلا للوالد على ولده

(2)- كما استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لبشير بن سعد "أردده" وفي رواية أخرى "فأرجعه" وفي رواية مالك عن ازهري عن حميد بن عبد الرحمان عن النعمان، فأمره بالرجوع في هبته، قالوا وأقل أحوال الأمر الجواز، فيكون الرجوع على الولد في الهبة جائزا خلافا للحنفية.

(3)- كان اتفاق العلماء على أنه يجوز للأب أن يأكل من مال ابنه إذا احتاج إليه ولأن يستجع ما وهبه لابنه لأولى بالرد.

رابعاً: الرجوع في الهبة عند الأحناف

الرجوع عند الأحناف لا يتم إلى برضى الموهوب له أو بقضاء القاضي، ومرجع ذلك إلى عدم معرفة مراد الواهب من هبته وخفاء ذلك ولأن جواز الرجوع مختلف فيه فكان لا جرم متوقف على القضاء عنه عدم رضا الموهوب له²، وقد ذكر صاحب "التبيين" موانع الرجوع بقوله، قال رحمه الله صح الرجوع فيها، يعني إذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة، وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقربة محرمة للزناح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة³، وبذلك فيما وهبه الأجنبي، فإن عوضه أو زادت زيادة متصلة أو مات أحدهما أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع ولا رجوع فيما يهبه لذي رحم محرم منه أو زوجة أو زوج، ولو قال الموهوب له خذها بدلا عن هبتك أو عوضها أو مقابلها أو عوضه أجنبي متبرعا فقبضه سقط الرجوع، ولا يصح الرجوع إلا بتراصيهما أو بحكم الحاكم، وإن هلك في يده بعد الحكم لم يضمن⁴، وعليه فالمعاني المانعة من الرجوع في الهبة هي: المحرمية من القرابة، الزوجية، المعاوضة، وخروجها من

¹ - رواه ابن عمر وابن عباس، جمال الدين أبي محمد بد الله بن يوسف الزيلعي، نضب الراهية لأحاديث الهداية، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، الحديث رقم 1، المكتب الإسلامي، ط2، مج4، بيروت، لبنان، 1393هـ/1972م، ص124.

² - محمد تقية، مرجع سابق، ص289.

³ - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص ص 97-98.

⁴ - عبد الله بن محمود بن مدود، مرجع سابق، ص ص 51-53.

- ملك الموهوب له، وحدثت الزيادة أو التغيير في عينها، وموت أحدهما الواهب أو الموهوب له، بالإضافة إلى هلاك الشيء الموهوب، واستند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى الحجج الآتية:
- (1)- قوله صلى الله عليه وسلم: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها"، فقد دل الحديث على جواز رجوع الواهب عن هبته ما دام لم يثب عنها أي لم يعوض.
- (2)- إن العوض المادي قد يكون مقصود من هبة الأجنبي، فالإنسان قد يهب إليهم إحساناً وانعاماً وقد يهب طمعاً في المكافأة، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي مما يجعل العقد محتملاً للفسخ كونه يعدم الرضا، فالغرض من الهبة أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه ولهذا أجاز للواهب الرجوع حتى يكون له التوصل للفصل.
- (3)- إن الاستناد لحديث " العائد في هبته" لا يفيد تحريم الرجوع ولكن الوصف بالقبح للكراهة والتنفير قط.¹

الفرع الثاني: الرجوع عن الهبة في التشريع الجزائري

بعد أن عرفنا آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وعلمنا من المذاهب الأربعة، نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري وعليه نبدأ الدراسة " أولاً" بتعليق الرجوع على شرط صحة الهبة ثم " ثانياً" حكم الرجوع عن الهبة، و" ثالثاً" تبيان إجراءات الرجوع فيها على النحو التالي²:

أولاً: تعليق الرجوع على صحة الهبة

الهبة كغيرها من العقود، تحتاج إلى الأركان الثلاثة المعتادة، ألا وهي: القبض والحياسة، (السابق دراستها في المبحث الأول)، والرسمية إذا ما تعلق الأمر بالعقارات، متى نشأ عقد الهبة صحيحاً، عندها نستطيع تطبيق إجراءات الرجوع في الهبة، إذ الرجوع لا يكون في العقود الباطلة أو القابلة للإبطال.

¹ - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص134.

² - نفس المرجع، ص136.

ثانياً: حكم الرجوع عن الهبة وتمييزه عن المعاني المشابهة له

تنص المادة 21 من قانون الأسرة على أن: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- (1)- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- (2)- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- (3)- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وتنص المادة 212 من قانون الأسرة: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها" من فهم هذا النص نلاحظ أن الأصل العام هو عدم قابلية عقد الهبة للرجوع فيه، إلا في استثناءات ضيقة، ألا وهي رجوع الأبوين مع التأكيد على مبدأ ولزوم عقد الهبة، وعدم قابليته للرجوع.

وعليه نتناول بداية تكييف الطبيعة القانونية للرجوع مع خصائصه، ثم نعالج مسألة رجوع الأبوين وشروطه.

1- حكم الرجوع عن الهبة وخصائصه

من أجل تبيان الامام بحكم الرجوع عن الهبة نتطرق أولاً الى الطبيعة القانونية للرجوع ثم نخرج على خصائصه

(أ)- الطبيعة القانونية للرجوع :

من أجل معرفة كيفية ممارسة حق الرجوع يستعمل مصطلح "الرجوع" في مواد قانون الأسرة بمعنيين، فتارة يستعمل بمعنى مراجعة الزوج زوجته، وتارة يستعمل بمعنى النقص في التصرفات التبرعية، والجدير بالملاحظة في هذا الصدد أننا لن نلمس أي تعريف قانوني للرجوع عن الهبة في التشريع الإسلامي باستثناء الفقه الإسلامي الذي تطرقنا إليه سابقاً.

(ب)- خصائص الرجوع : فهي كالاتي:

(1)- حق شخصي للأبوين: هو حق حصري للأب والأم، دون الأصول الآخرين كالجد والجدة¹ حيث ورد لفظ المادة 211 صريحا في لفظه " للأبوين" بناء على ذلك فإن الجد الواهب لا يسوغ له الرجوع في هيبته، وكذلك الجدة.

(2)- من النظام العام: حيث أن هذا الحق ليس ناتجا عن العقد كأثر من آثاره، حتى يستطيع الأطراف التنازل عنه مسبقا²، بل هو منحة منحها القانون للأب والأم ، لحماية مصلحة يراها المشرع جديرة بالحماية.

(3)- يتم بإرادة منفردة: ومن دون قبول الموهوب له الإبن أو الإبنة، إذ بالرجوع للمادة 211 من قانون الأسرة التي شرعت الرجوع، لم تشترط قبول الموهوب له. التفرقة بين الرجوع مع عدة معان، إذ نجد الفارق بين الرجوع والفسخ رفيعا، إلى درجة يتداخل فيها المعنيان كثيرا، وكذا مع الإلغاء.

(2)- التمييز بين الرجوع و المعاني المشابهة له :

للقوف على معنى الرجوع وجب تمييزه عن بعض المعاني المشابهة له كالفسخ والإلغاء.

(أ)- التفرقة بين الرجوع والفسخ:

(1)- من حيث المحل: محل الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانبين³، أما الرجوع فمحلّه العقود الملزمة لجانب واحد، إذ لا يعقل أن يدفع بالفسخ في عقد ملزم لجانب واحد كما لا يعقل أن يرجع أحد الطرفين في عقد لزم لجانبين.

(2)- من حيث الغاية: غاية الفسخ هو توقيع الجزاء على أحد طرفي العلاقة العقدية، الذي أخل بالتزامه اتجاه الطرف الآخر الذي قام بكل التزاماته بينما الرجوع لا يعقل أن يكون جزاء موقعا على الموهوب له، إذ أن هذا الأخير لا يقع عليه أي التزام، وإنما الرجوع هو ملكة أعطاه المشرع الحكيم للواهب في إطار محدود.

¹ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، ج3، 2005، ص224.

² - محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص275.

³ - لمزيد من التوسع حول نظرية الفسخ. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص698 وما يليها.

(3)- من حيث النتيجة: أثر الفسخ هو إنتهاء العقد في المستقبل، ومحوه تماما من الماضي وإرجاع الحالات إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وتقرير تعويضات يدفعها الطرف المقصر إلى الطرف المتضرر من مخالفة الالتزامات، بينما الرجوع ينتج أثره في الماضي والحاضر والمستقبل دونما إمكانية الحصول على تعويضات لفائدة الواهب.

(4)- من حيث الصفة: الرجوع من النظام العام، إذ لا يجوز الاتفاق على استبعاده، وإن تنازل الواهب عن حقه في التنازل فلا يعد به وأمكنه الرجوع، بينما الحق في المطالبة بالفسخ من النظام العام، إذ لو افق أطراف العلاقة العقدية التنازل عن الدفع بالفسخ، يسري هذا الاتفاق بينهما تبعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(5)- يتم الرجوع بإرادة الأب أو الأم " الواهب " دون الحاجة إلى قبول الإبن، بينما الفسخ باتفاق كل أطراف العقد.

ب)- التفرقة بين الرجوع والإلغاء:

الإلغاء¹، هو تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل، إنهاء العقد، بناء على نص القانون، ويتشابه مع الرجوع في نقاط كثيرة إذ أن كلاهما استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما أنهما يردان على العقود التامة الصحيحة، ومتعلقان بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنها مسبقا.

أما عن وجه الاختلاف فهو متعلق بالأثر، إذ يسري الإلغاء بأثر فوري ولا يمتد أثره إلى الماضي، على خلاف الرجوع الذي يسري بأثر رجعي، فترجع المراكز القانونية إلى سابق عهدها.

مما سبق نستشف معنى الرجوع في الهبة بأنه: " تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة

لسبب من الأسباب يكون موجبا لزوال آثار عقد الهبة"

¹- راجع زوال العقد عند: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 689.

ثالثا: رجوع الأبوين

قام المشرع الجزائري بالنص على الرجوع في الهبة في المادتين 211 و 212 السابقتان الذكر، ومن تحليلهما يتضح لنا أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الهبة عقدا لازما لا يسوغ الرجوع فيه بالإرادة المنفردة، إلا استثناء وفي حدود ما أورده المادة 211 التي تجيز للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه ما عدا الأحوال الثلاثة الحصرية، التي تشكل مانعا، والملاحظ هنا من استقراءنا للمادة أن المشرع الجزائري يبقى مستندا في مسألة الرجوع عن عقد الهبة إلى المذهب المالكي الذي يجيز الرجوع في الهبة للوالدين وحدهما ما لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع، أما الملاحظات الممكن إيدؤها بعد تحليلنا للمادة:

- (1)-الرجوع في الهبة أمر استثنائي، لا يجز التوسع فيه، أو القياس عليه.
- (2)-حق الرجوع هو حق لصيق بشخصية الأبوين، مخول لهما دون سواهما بحيث لا يمكن انتقاله إلى غيرهما بالميراث.
- (3)-لم يحدد القانون سن محددًا للأبناء الموهوب لهم، ولم يقيد استعمال حق الرجوع بمدة محددة.

(4)-الرجوع يشمل العقارات والمنقولات سواء بسواء.

- (5)-الهدف من وضع المشرع لهذا الاستثناء هو حماية الوالدين، وتوفير ضمانات خاصة لهم من الأضرار التي تلحق بهم جراء تبذير أموالهم من طرف الأولاد ونظرا لتغيير الظروف التي تمت فيها هذه الهبة.¹

رابعا: اجراءات الرجوع عن عقد الهبة

يصح للواهب أن يرجع في هبته وذلك راجع له، ولكم يتبادر إلى أذهاننا كيف يتم ذلك، وهل هناك موانع تحول دون رجوع الواهب عن هبته، وإذا ثبت لهذا الأخير حق الرجوع، فهل يمارسه بصورة مطلقة أو هو مقيد في ذلك، هذا ما سنعرفه من خلال التطرق إلى كيفية الرجوع عن عقد الهبة ثم موانع الرجوع عن عقد الهبة.

¹ - بدران أو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة، مؤسسة الشباب الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1975، ص244.

1- كيفية الرجوع عن الهبة

الأصل أنه يمكن للواهب أن يرجع عن هبته لكن بشرط موافقة الموهوب له، وإذا لم يقبل هذا الأخير فيجوز له اللجوء إلى القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع، إلا أن هذا الطلب لا يكون مقبولا إلا إذا لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع. فالرجوع قد يكون بالتراضي مع الموهوب له، وقد يكون بالنقاضي وسنحاول عرض هاتين الكيفيتين على النحو التالي:

أ- الرجوع عن الهبة بالتراضي:

من الملاحظ أن في قانون الأسرة، لم يتناول الرجوع عن الهبة بالتراضي، وعليه نرجع لنص المادة 222¹ من نفس القانون.

فالرجوع بالتراضي بين الواهب والموهوب له في الهبة مختلف فيه في الشريعة الإسلامية هل هو فسخ أم لا، وقيل أنه يعتبر هبة مبتدأة، لأن ملك الشيء الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها، فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث، أي أن الرجوع في الهبة تم بتراضيها لذلك اعتبروا العقد في أوله كأنه عقد جديد لصالح الغير، والرأي القائل بالفسخ يرى أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي، وما يدل على أنه مستوف حقه بالفسخ أن الهبة عقد يقبل حق الفسخ، فإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الشيء الموهوب بعد الرجوع أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك يده لا يضمن، لأن قبض الهبة غير مضمون فإذا فسخ بالتراضي على الرجوع بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمام غير موجبة للضمان.

والتراضي يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال، سواء كان هناك مانع من موانع الرجوع في الهبة أو لم يكن، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول أو لم يوجد.²

¹ - تنص المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: "كل مما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 245.

وبالمقارنة مع القانون المصري نأخذه كمثال نجده يقر بالرجوع عن الهبة بالتراضي جوازيًا وما يؤكد ذلك هو نص المادة 500 فقرة 01 من القانون المدني المصري.¹

يرى الأستاذ مصطفى لعروم²، في هذا الصدد أنه من الظلم ومن غير المنطقي أن يطلب من الأب الواهب أو الأم الواهبة أن يلجأ إلى القضاء لاقتضاء حقهما في الرجوع الذي منحه إياهما المشع، إذ بإمكانهما أن يطلبوا من الموثق تحرير تصرف الرجوع في الهبة والذي يقع على عاتق هذا الأخير مراقبة الشروط المحدودة في نص المادة 211 فإن انتفت موانع الرجوع وجب تحرير سند الرجوع.

وهذا ما ذهبت إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 626، المؤرخة في الرابع عشر فبراير سنة أربعة وتسعين وتسعمائة وألف، إذ اعتبرت أن الرجوع في الهبة حق مقرر على وجه الاستثناء لفائدة الوالدين أو أحدهما، الذين أقدموا على إبرام عقد الهبة لصالح الأبناء، ويكون ذلك دونما حاجة إلى اللجوء للقضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق، وبالإرادة المنفردة للواهب، وهذا نص مقتبس من المذكرة: "إن الرجوع في الهبة حق مقرر للوالدين، دون اللجوء إلى القضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق، وبالإرادة المنفردة للواهب، حيث ينقضي حق الموهوب له بنفس الشكل الذي نشأ به".

وحسب رأي الأستاذ حمدي باشا عمر فهو يرى بأن هذه المذكرة قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه ودليله في ذلك³:

(1)- أن تأسيس المذكرة حق الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة، بحجة أن استرجاع الواهب لأمواله يتم بنفس الإجراءات الشكلية التي يتم بها التصرف، يعد غير سديد، لأن الهبة لا تتعد بإرادة منفردة، حتى يبيتم الرجوع فيها بذات الكيفية التي نشأت بها.

¹- تنص المادة 500 فقرة 1 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراض مع الموهوب له على هذا الرجوع فإن هذا شكل اقالة من الهبة والتقابل من انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين ويعتبر التقابل عقد يتم بين ايجاب وقبول جديدين".

²- مصطفى لعروم، مجلة الموثق، ع8، 1999، ص22.

³- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص32.

(2)- إن حق الرجوع هو حالة استثنائية والمنطق يقتضي أن يلتجئ الواهب إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة، لأن مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 والقيود الواردة فيها يجب التأكد منها من قبل هيئة قضائية تقوم ببسط رقابتها على ملف الدعوى.

ب)-الرجوع عن الهبة بالتقاضي:

إذا لم ينفق كل من الأب الواهب والابن الموهوب له على الرجوع في الهبة ففي هذه الحالة لا سبيل للواهب إلا اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع ن الهبة التي كان قد منحها لأحد أولاده بأحد الشروط الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة السالفة الذكر. ومن أجل أن يكون للواهب الحق في الرجوع في الهبة يشترط عدم وجود مانع من موانع الرجوع.

وعليه هناك هبات لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا بالتراضي هي الهبات التي يقوم فيها مانع من موانع الرجوع، أما بالنسبة للهبات غير اللازمة أي التي لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع فلا يجوز للواهب بغير التراضي الرجوع في الهبة.¹ وقد سكت المشرع الجزائري عن حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي لذلك نرجع للمادة 222 من قانون الأسرة.

لكن بالمقابل مع القانون المصري على سبيل المثال، فقد قيد رجوع المتبرع عن تبرعه بثلاثة شروط والتي تتمثل في:

(1)-عدم وجود مانع من موانع الرجوع.

(2)-ضرورة وجود عذر مقبول للرجوع.

(3)-تقدير الغدر المبيح للرجوع يعود إلى القضاء.

وهذا واضح من نص المادة 500 فقرة 02 من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه: " فإذا ل يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع للرجوع".

¹ - حمدي كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، د.س، ص182.

2- موانع الرجوع عن الهبة:

سبق وذكرنا أن الهبة عقد لازم ابتداء، لا رجوع فيه إلا في حالة واحدة هي رجوع الوالد فيما وهب لولده، وحتى هذا الاستثناء جاء مقيدا، هذه القيود هي التي سنسميها فيما يلي: بموانع الرجوع.¹

وعليه نولي دراسة موانع الرجوع ضمن ثلاثة نقاط فرعية نبدأ بالموانع المتعلقة بسبب الهبة، ثم الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له وأخيرا الموانع المتعلقة بالشئ الموهوب.

أ- الموانع المتعلقة بالسبب في عقد الهبة.

من قراءة النصين 211 و 212 من قانون الأسرة، يمكن استنباط ما يأتي: إذا كان السبب الدافع لإنشاء عقد الهبة، أحد الأمور التالية:

- 1- إما من أجل زواج الموهوب له.
- 2- وإما كفالة عينية من الأب الواهب لإبنة الموهوب له.
- 3- أو كان سبب الهبة يرمي إلى خدمة المصلحة العامة.

ففي إحدى هذه الحالات -على سبيل الحصر- لا يجوز للوالد الواهب الرجوع في هبته، ولمزيد من التحليل ندرس هذه الحالات تباعا، كما يلي:

الحالة الأولى: الهبة من أجل زواج الموهوب له

هذا المانع مستمد من عند فقهاء المدرسة المالكية، إذ يرون امتناع الرجوع في هذه الحالة لتعلق حق الغير بالشئ الموهوب، إذ أن الهبة قد تيسر للموهوب له الزواج من شخص ما كان ليقبل ذلك لولا تلك الهبة التي جعلت ذمته موسرة، وقد اشترط فقهاء المالكية أربعة شروط حتى يتحقق المانع:

- 1- أن يكون سبب الزواج هو يسر الموهوب له الحاصل بموجب هذه الهبة.
- 2- أن يكون الزواج في مصلحة الموهوب له.

¹ - نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 703.

(3)-ينبغي أن يتوفر لدى الغير نية الزواج من أجل يسر الموهوب له بالهبة وهذا يتراض علم الغير أو بالهبة التي يسرت أحوال الموهوب له المادية.

(4)-أن يكون انعقاد الهبة سابقا لانعقاد الزواج.

الحالة الثانية: الهبة هي كفالة عينية للموهوب له

يتمنع الرجوع في هذه الحالة للسبب ذاته الذي ذكرناه سابقا ذلك أن الغير قد حصل على ضمان لاستيفاء دينه، الذي على عاتق الموهوب له ولتحقيق هذا المانع يشترط:

(1)-أن تكون من أجل يسر الموهوب له بهذه الهبة، فإن كان الموهوب له غنيا وملئنا قبل الهبة وبعدها، ولم يقدم الشيء الموهوب له كضمان الحصول على قرض أو للوفاء بالدين فلا مانع من الرجوع.

(2)-ينبغي علم الغير الدائن بالهبة المقدمة له كضمان، وكذا اتجاه نية الغير إلى التعاقد مع الموهوب له لامتلاء ذمه نتيجة لحصوله على هذه الهبة.

(3)-أن تكون الهبة سابقة على عقد القرض.¹

الحالة الثالثة: الهبة موجهة للمنفعة العامة

نلاحظ من خلال المادة 212 من قانون الأسرة ما يلي:

(1)- إن الهبة الموجهة للمنفعة العامة لا رجوع فيها كأن يهب الأب لابنه مالا من أجل القيام ببناء مستشفى.

(2)-الهبة للمنفعة العامة، هي هبة مقترنة بعوض: أي أنها عقد فيه التزامات متقابلة، الواهب يسلم الشيء الموهوب مقابل قيام الموهوب له بالالتزام الذي قبله.

(3)-لا يكون الرجوع محل في هذا الإطار-نقصد العقود الملزمة للجانبين-وإنما ينحل بالفسخ القضائي.

¹- نسيمية، المرجع السابق، ص715.

(ب)-الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له:

التصرف هو كل تعبير عن الإرادة، يرمي إلى إحداث أثر قانوني، والتصرف الذي ترمي له المادة 211 هو التصرف الذي ينقل الملكية بناء على قراءة النص، وبشترط في التصرف المانع من الرجوع ما يلي:

(1)-أن يكون هذا التصرف تصرفا يزيل الملكية بأي سبب من الأسباب " بيع-هب-وصية-وقف".

(2)-أن يكون تصرف الموهوب لعه نهائياً¹، وإلا أمكن الرجوع، ويكون التصرف غير نهائي مثل البيع الذي انفسخ بعد انعقاده صحيحاً.

(3)-أن يكون التصرف في جميع الموهوب، فإذا كان التصرف في بعض الموهوب، كان من حق الواهب الرجوع في البقية.

(ج)-الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب:

اعتمدت المادة 211 مصطلح " ضاع منه" و " أدخل عليه ما غير طبيعته" هذين المفهومين يدخلان في نطاق الهلاك، إذ أن الضياع هو فوت الانتفاع بالشيء الموهوب دون تدخل لإرادة الموهوب له وكذلك تغير طبيعة الشيء الموهوب، يفوت الانتفاع بالشيء الموهوب على الشكل الذي كان عليه سابقاً.

في هذه الحالات ينعدم المحل فينتفي الرجوع.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة

إن الرجوع عن الهبة الذي تم بالتراضي أو بالتقاضي وساء كان تجاه الولد أو الغير الأجنبي فإنه يرتب آثاراً على التعاقدين الواهب والموهوب له وكذا يرتب أثر في حق الغير الذي يكون قد اكتسب حقا على الشيء الموهوب لذا سنتناول هذه الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي ثم في التشريع الجزائري.

¹- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص703.

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي

يترتب عن الرجوع في الهبة آثاراً على المتعاقدين وعلى الغير، وهذا ما جعلنا نقسم

الفرع إلى البندين التاليين:

أولاً: بالنسبة للمتعاقدين

(1)- يعود الشيء الموهوب إلى ملك الواهب، وهذا كون الرجوع يترتب فسخاً للهبة وتصبح كأن لم تكن وعليه فالواهب يسترد الشيء الموهوب، ولو لم يقبضها وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وقد وافق جمهور الأحناف ذلك إن تم الرجوع بالتقاضي أما إذا بالتراضي فاختلّفوا فيما بينهم فذهب أكثرهم إلى القول بأن في الهبة يترتب الفسخ بالتراضي أو بالتقاضي، إلا زفر فيرى أن الرجوع بالتراضي هو هبة مبتدأة¹، وهو سبب الخلاف يعود إلى أن الرجوع بالتراضي هو تقض بالعقد الأصلي الأول أم هو اتفاق على إنشاء عقد جديد.

(2)- وعليه إذا انفسخ اعقد بالرجوع يعود الشيء الموهوب للواهب يمتلكه من جديد وهذا ما جاء به في البدائع، وعاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه، لأن القبض إنما يعتبر انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع²، ويتوقف على القبض عند من يرى أن الرجوع هبة مبتدأة وهو قول زفر.

(3)- الشيء الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة بيد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخت الهبة قبض الواهب قائماً، وعلى الموهوب له، أن يعيد الهبة ولا يضمن إلا بالتعدي لأنها أمانة بيده، وبذلك جاء أن الموهوب بعد الرجوع يكو أمانة في يد الموهوب له³، حتى لو هلك في يده لا يضمن، لأن قبض الهبة

¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص134.

² - المرجع نفسه، ص134.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطبعة الوزارة، الكويت، ط1، ج42، 2004، ص155.

قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه إلا بالتعدي.¹

(4)- الشيء الموهوب قد يعطي ثمارا إذا أصبح في ملك الموهوب له، فهل تكون عند الرجوع في الهبة من حق الوهب أم الموهوب له، فإذا كانت زيادة منفصلة أي يمكن فصله على الشيء الموهوب دون إحداث ضرر به. للموهوب له ولا حق للواهب بها، أما إذا كانت زيادة متصلة بالأصل فينظر إذا كانت يمنع فيها الرجوع من قبل الواهب فهي للموهوب له تبعا للأصل، وغذا كان يجوز الرجوع فيها فهي للواهب تبعا كذلك للأصل، وهذا قول جمهور العلاء من المالكية والأحناف والحنابلة، أما الشافعية فيرون أن هذه الثمار فهي للواهب.

(5)- يحق للموهوب له أن يطلب ما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب إذا حصل الرجوع قبل قطف الثمار، وكما يجوز له أن يأخذ ما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب بعد الرجوع، كونه بعد الرجوع يصبح الشيء الموهوب ملكا للواهب.

ثانيا: آثار الرجوع المترتبة عن الغير

هنا نفرق بين أمرين:

1- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بصورة نهائية كبيعه أو هبته كليا فلا يجوز الرجوع على الغير حسن النية، أما إذا تصرف في جزء منه فإن الواهب يرجع الجزء المتبقي حفاظا على المالك حسن النية.

2- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بصورة ليست نهائية كرهنه أو منح حق للغير كمنفعة عليه وغيرها، إذ يمنع الرجوع فيه وليس هذا إلا حماية للذي اكتسب حقا على الشيء الموهوب حسن النية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريع الجزائري

يترتب على الرجوع في الهبة البطلان وكأنها لم تكن، ومع أن النصوص الخاصة بآثار الرجوع غير موجودة، إلا أننا سنحاول معالجة آثار الرجوع في التشريع الجزائري من

¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 134.

خلال الإستناد إلى إجتهد وقضاء الشريعة الإسلامية، وكذا من خلال الاستناد إلى القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد في القانون المدني.

وبناء على ذلك فإنه يترتب عن الرجوع في الهبة، اعتبار هذه الهبة كأن لم تكن ويكون الرجوع بأثر رجعي حيث يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليهما قبل إبرام عقد الهبة، ويجب إرجاع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولاً جبراً إلى الواهب، ومن دون حكم القاضي وبغير رضاه، حيث يجوز للوالد أن يمارس حقه في الرجوع بمجرد التصريح بهذا الرجوع في الهبة أمام الموثق وإرادته المنفردة فيتعين عليه إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به ولكن يمكن للولد اللجوء على القضاء للمطالبة بحقوقه بإثباته قيام مانع من موانع الرجوع، حيث إذا تصرف في الشيء الموهوب بفقد فوت على والده حق الاعتصار وأصبح مانعاً من الموانع حسب المادة 211 من قانون الأسرة، أما في حالة تعنت الولد الموهوب له عن رد الشيء الموهوب إلى الوالد الواهب جاز لهذا الأخير كذلك اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة الشيء الموهوب لإرغامه قهراً على إعادة الشيء الموهوب وفق مقتضيات رفع الدعوى والتقاضي.

وخلاصة ذلك أنه يمكن أن تطرح إشكالات الشيء الموهوب بيد الموهوب له فهذا ما يخلق حالتين للمعالجة، الأولى إذا كان الهلاك بفعل الموهوب له وتعمره فهنا يكون الموهوب له أن يعرض الواهب كونه ضامن لهلاكه. والثانية إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي لا بد للموهوب له في هذا الأمر، فيكون الهلاك على عاتق الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له حول الشيء الموهوب وحق الرجوع يجب ألا يمس بهذه الحقوق، فإذا اكتسب هذا الغير الشيء الموهوب ببيع أو هبة أو وقف أو إبراء وغيرهم من التصرفات الناقلة أو المسقطة للملكية فإنه يبقى حقا محفوظا ولم يسقط عنه، وبالمقابل لم يجز للواهب استرداد الشيء الموهوب وذلك لأن الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلاً طبقاً للمادة 211 من قانون الأسرة لقيام مانع منه، أما إذا ترتب حق الغير على الشيء الموهوب بموجب تصرف غير نهائي كحق الإنتفاع أو الارتفاق أو الرهن وغيرها فتسري عليه القواعد العامة في القانون المدني بوجه عام¹.

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 164-165.

خلاصة:

في آخر هذا الفصل ارتأينا أن نسجل بعض الملاحظات فيما يخص التشريع الجزائري مما وافق أو خالف مع الفقه الإسلامي:

(1)- قد تماشى المشرع الجزائري مع الرأي السائد للنظرية العامة للعقود والمذاهب الفقهية الأربعة حين اعتبر الهبة عقد لاشتراطه انعقاده بتطابق الإيجاب والقبول وهما ركنان أساسيان لكل عقد، إلا أنه لم ينص صراحة على أن الهبة عقد ولكن يمكن استخلاص هذا من نصي المادتين 202، 206 من قانون الأسرة.

(2)- تعددت آراء الفقهاء حول مسألة القبض في عقد الهبة فاعتبرها البعض شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان الهبة ومن ثم عدم انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له واعتبره البعض شرط تمام لا يترتب على تخلفه بطلان الهبة، والقبض ما هو إلا التزام من التزامات العقد، أما موقف المشرع الجزائري من ذلك هو اعتبار الحياسة ركن في عقد الهبة سواء كانت على عقار أو على منقول يؤدي إختلالها إلى بطلان عقد الهبة.

(3)- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم الرجوع في الهبة بين مُجيز له ومانع اختلفوا تبعاً لذلك حول مدى اشتراط توافر أعمار للرجوع في الهبة ، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري تبين لنا أن الرجوع في الهبة هو حق مقرر للأبوين دون سواهما بوجود توافر عذر مقبول ، ويجوز ممارسة حق الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنه صغيراً أو كبيراً إلا إذا وجد مانع من الموانع الثلاثة لمذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة.



الفصل الثاني
الحيارة وأحكام الرجوع في
الوصية والوقف

الفصل الثاني

الحياسة و أحكام الرجوع في الوصية والوقف

إن أهمية تصرفي الوصية والوقف باعتبارهما من التصرفات التبرعية تكمن في كونهما تصرفات ذات خطورة، فغني عن البيان أن التبرع هو في النهاية تضحية بالمال أو بالجهد بدون مقابل من الطرف الآخر أي المتبرع له، وهو أمر ذو خطورة لذلك تسارعت التشريعات إلى وضع الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هاته التصرفات وإلجامها بضوابط قانونية من حيث إنشائها وإمكانية الرجوع فيها.

فاستدعى الأمر الإنتباه إلى ضوابط هذا التصرف والشروط الخاصة به، وبعد أن لمسنا أهمية معرفة القواعد الخاصة لهذا النوع من التصرفات-الوصية والوقف-من حياسة ورجوع لأبد من السعي في تلمس ما أمكن من ملامح هاته القواعد.

والبداية المنطقية أن تكون في معرفة مفهومي الوصية والوقف وهي بالطبع منطلق الإحاطة العلمية بماهيتهما وهذا ما عالجناه في المبحث الأول، وخصصنا المبحث الثاني للحياسة وأحكام الرجوع في الوصية أما المبحث الثالث تطرقنا فيه إلى الحياسة وأحكام الرجوع في الوقف.

المبحث الأول

مفهوم الوصية والوقف

تعتبر الوصية آخر ملجأ ينتهزه الإنسان ليستدرك ما فاتته من أعمال الخير فهي عبارة عن رمز من رموز التضامن الاجتماعي وإلى جانبها يوجد تصرف تبرعي آخر لا يقل أهمية عنها ألا وهو الوقف الذي يعتبر من الأمور المهمة الذي تطرقت إليه في الشريعة الإسلامية والقانون لذلك نخصص دراستنا في هذا المبحث لدراسة تعريف الوصية في المطلب الأول وتعريف الوقف في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف الوصية ودليل مشروعيتها

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بالوصية أولاً، وثانياً ذكر أدلة مشروعيتها والحكمة منها كفرع أول، أما في الفرع الثاني نتناول خصائص الوصية والحكمة منها.

الفرع الأول: تعريف الوصية

لتحديد مفهوم الوصية لا بد من التطرق بداية إلى تعريفها لغة، اصطلاحاً، قانوناً وأخيراً خصائص الوصية.

أولاً: تعريف الوصية لغة واصطلاحاً وقانوناً

وسنتناول تعريف الوصية في كل جوانبها اللغوية والإصطلاحية والقانونية على النحو الآتي:

1- تعريف الوصية لغة:

هي من وصيت الشيء أوصيه إذا وصلته ويقال: أرض واصية أي: متصلة بالنبات. وأوصاه و وصاه توصية عهد إليه والسلام : الوصاية بالكسر والفتح.

ومناسبة هذا المعنى للمعنى الشرعي، أن الموصي لما أوصى كأنه وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ تصرفه، أو بمعنى آخر وصل خير دنياه بخير آخرته، وهو الوصي فجعل بمعنى مفعول والجمع أوصياه، وأصيت إليه بمال جعلته له.

وسميت وصية إلا أن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصى وعلى ما يوصى به مال أو غيره من عهد ونحوه.

ومما ذكر تبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو: الإيصاء كما تطلق على ما يوصى به الإنسان من مال أو غيره، وهو الوصية، بمعنى أن اللغويين لم يفرقوا في معنى الوصية والإيصاء، فجعلوا لفظ الوصية يدل على التملك المضاف الى ما بعد وفاته.¹

(2) - تعريف الوصية اصطلاحاً

سنحاول الإحاطة بتعريف الوصية الإصطلاحية في الشريعة الإسلامية بالتطرق إلى تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية.

(أ) - في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية حيث عرفوا الوصية كما يلي:

(1) - الحنفية: حيث عرف الحقيقة الوصية بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع.

(2) - المالكية: عرفوا بأنها هبة الشخص ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح.

(3) - الشافعية : وعرف الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو تقديراً.

(4) - الحنابلة : فقد عرفوا الوصية على أنها تبرع المال بعد الموت.²

إذا كانت هذه التعاريف للمذاهب الأربعة، فما هو التعريف الذي تطرق إليه المشرع

الجزائري للوصية.

¹ - محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري الأردن، 2010، ص 323.

² - أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997 ص ص 11-12.

(3)-تعريف الوصية قانونا:

عرّف المشرع الجزائري للوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة 190 على أنه: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عبثا أو منفعة".
والمقصود بكلمة ((تمليك)) الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا أو بالدفع تسكن الدار أو زراعة الأرض.¹
والمراد بعبارة ((مضاف إلى ما بعد موت)) إن أثر التصرف الذي تم في حياة الوصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن يخرج من نطاقها التصرف حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.
أما المقصود بكلمة " التبرع " فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا تأخذ الموصي مقابلا لوصيته.
والملاحظ من التعريف فقد أعتمد المشرع الجزائري في حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ذلك أن الوصية تشمل بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة، كالإجراء من الدين، وتأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من جهات، كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط.²

ثانيا: خصائص الوصية

خصائص الوصية أربعة وهي:

(1)-الوصية تصرف تبرعي

يعد تصرف الوصية من أعمال التبرع، الأمر الذي يستشف من نص المادة 184 من قانون الأسرة التي نصها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق

¹- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 120.

²- نفس المرجع، ص ص 180-181.

التبرع"، ومن أجل استتباط الصفة التبرعية في الوصية التبرعية في الوصية نستعين بمعيارين معيار شخصي وآخر موضوعي، حيث أن المعيار الشخصي يتمثل في وجود نية التبرع من جانب الموصي، إذ لا يقصد من وراء وصيته حصول منفعة عاجلة أو آجلة، أما عن المعيار الموضوعي، فلا يتحقق وفاة الموصي، حيث يخرج من تركته قيمة ما لتدخل في ذمة الموصى له.

(2)- الوصية تصرف وحيد الجانب:

الوصية تصرف ناشئ عن إرادة منفردة، إذ إن الموصي لا يحتاج في إنشاء الوصية إلى قبول الموصى له، هذا وقد احتدم نقاش بين أنصار النظرية الفرنسية، التي تنفي إمكانية الإدارة المنفردة من إنشاء الحقوق، وبين أنصار النظرية الألمانية، التي ترى إمكانية ذلك. وإن قانون الأسرة الجزائري تأثر بالقانون الإسلامي، إذ أنه لا خلاف بين مدارس القانون الإسلامي¹، في إمكانية إنتاج الإرادة المنفردة لأثرها.

(3)- الوصية تصرف مؤجل النفاذ

من مقتضيات الوصية أنها تصرف موقوف التنفيذ، إلى أجل وفاة الموصي، الذي يبقى مالكا للشيء الموصى، والذي يلزم ورثته من بعده بنقل ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له، الذي لا يكتسب هذا الحق العيني إلا بتحقق واقعة الوفاة.

(4)- الوصية تصرف ناقل للملكية

أول آثار الوصية هو نقل الملكية، بحيث تنتقل ملكية الشيء الموصى به بعد وفاة الموصى إلى الموصى له الذي يسعى إلى تنفيذ الوصية، في صورة سند جرت العادة على تسميته " الشهادة التوثيقية لنقل الملكية"، حيث يستعمل هذا السند عادة لنقل الملك من المورث إلى الورثة.

¹ - للتوسع في موضوع تقدم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد واتساع ميدان الإرادة المنفردة، طالع عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مج1، دار الفكر، ب.س، ص40.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الوصية والحكمة منها

سنحاول الإمام بالأدلة حول مشروعية الوصية والحكمة من تشريعها في كلا الجانبين الفقهي والتشريعي.

أولاً: أدلة مشروعية الوصية

سننتظر أولاً إلى أدلة مشروعيتها من القرآن الكريم ومن السنة النبوية ومن الإجماع.

(1)- دليل مشروعية الوصية من القرآن الكريم:

حيث تعددت الآيات الكريمة تفيد جواز الوصية ومنها:

قوله تعالى في آيات المواريث من سورة النساء بعد أن عدد أصناف من الورثة وأنصبتهم.

﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)

لقد شرع الله هذه الآيات المتعددة الميراث مرتباً على الوصية مؤخراً عنها في الأداء عند وجودها، فدل ذلك على أن الوصية مشروعية وجائزة وإلا لو لم تكن مشروعية وجائزة لما جعل استحقاق الميراث وثبوته للورثة بعد إخراجها من التركة.³

*وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)
﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ خَيْرٌ لَّكَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهِمْ وَنَسَبِهِمْ شَرٌّ لَّكَ﴾ (النساء: 12)

¹ - سورة النساء، الآية 12.

² - سورة النساء، الآية 12/11 .

³ - محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999

﴿...﴾¹

فالأية نص صريح في طلب الوصية للوالدين و الأقربين ممن حضرته الوفاة وله مال يوصي فيه فتفيد مشروعيتها إذ غير المشروع لا يطلب حصوله.

*قوله تعالى: ﴿...﴾²

(2)- دليل مشروعية الوصية من السنة النبوية:

وفيهما أحاديث وأحكام وروايات كثيرة تفيد جواز الوصية وتدل على مشروعيتها منها ما رواه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بتلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر يا رسول الله فقال لا قلت فالثلث، قال الثلث، والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس.

ففي هذا الحديث جواز الوصية بثلث فلو لم تكن مشروعية ما أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(أ)- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق أمريء ببيته ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند أمره.

¹- سورة البقرة، الآية 180.

²- سورة المائدة، الآية 107-108.

وهذه دعوة ممن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى إمضاء الوصية المكتوبة، وهذا دليل صريح على المشروعية.

(ب)-وقوله صلى الله عليه وسلم : إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو حيث أجبكم.

وجاء في الموطأ عن مالك قوله " السنة الثابتة عندنا التي اختلف فيها انه لا تجوز وصية لوارث، إلا أن يجيز له ذلك الميت وانه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك هذا استفادة من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة".¹

(3)- دليل مشروعية الوصية من الإجماع:

لقد اجمع الفقهاء في جميع الامصاد و الاعصار على جواز الوصية، ولم ينتقل عن أحد انه قال بعدم مشروعيتها أو منعها.²

ثانيا: الحكمة من الوصية

الإنسان بحكم بشريته وفطرته شديد الحب للمال، مغرور بماله، كثير ما يكون ظالما لنفسه وللناس كثير ما يقصر في أعمال البر وتحصيل الثواب، حتى إذا تذكر، وعرض له عارض وخاف الهلاك، يحاول أن يتدارك بماله ما فاتته في الماضي من العمل الصالح وقصر في تحصيله، وقد يبدو له أن يكافئ شخصا أسدى إليه في حياته معروفا أو قدم إليه فيها جميلا، وقد يقصد مساعدة غير الوارثين من أقربائه أو غيرهم ممن تشتد حاجتهم إلى المال يريد أن يرفع ظلما كان قد أصاب به غيره، إلى غير ذلك من أسباب القربي، وأعمال البر، وفي الوقت نفسه يخشى أن يتبرع بماله في الحال، ثم تمتد به الأيام ويطول به الأجل فيحتاج إليه ليصرفه في قضاء مصالحه في الدنيا ودفع حاجته فيها، فكان أن شرع الشارع الحكيم بما في نفوس العباد والوصية تمكينا لهم من العمل الصالح، لأنها تصرف يحقق

¹- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص27.

²- محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص301.

للإنسان عرضه، فيها يتحقق مقصده الأخوي إذا احتج لماله ومات مصرا على وصيته، يقول صلى الله عليه وسلم: « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ». وبها يتحقق مقصده الدنيوي إذا طال عمره وأحوجته الأيام إلى ماله الموصي به ليصرفه فيما هو حاجة إليه، لأن المال الموصي به يظل مملوكا له طوال حياته وله شرعا حق الرجوع في وصيته.¹

الوصية إذا كانت مندوبة فإن سببها هو سبب التبرعات وهو حسن الذكر في الدنيا وحسن الثواب في الآخرة، وإذا كانت واجبة فإنها سببها هو سبب الأداء وهو النص الموجب وقد قالوا إن القضاء يجب بما يجب به.

والأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت، والموت يزيل الملك فلا يجوز تصرف الإنسان فيما يملك، ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة، لما فيه ممن مصلحة خاصة ومصلحة عامة.²

(1) - المصلحة الخاصة:

وهي قد تتعلق بالموصى ذاته، حيث يمكن تدارك ما فاتته، وتحميل ما عساه قصر فيه من أعمال الخير، أو ما يرغب فيه من مساعدة أصدقائه وأقربائه غير الوارثين، والوصية تحقق له مقاصده دون مخاطر، فحق الرجوع عن الوصية ثابت للموصي إذا امتد به الأجل واشتدت الحاجة وأعوزته الأيام، فالوصية تبرع لا خوف منه.

وتتعلق بغيره من أقاربه غير الوارثين فتحقق لهم موردا قد يكونون في حاجة إليه بل انه قد يرفع عن الأسرة عناء التطاحن ومتاعب الحسد الذي وجب الفرقة، والحقد الذي لا يولد التنازع والتخاصم.

(2) - المصلحة العامة:

¹ - أحمد فراج حسين، مرجع سابق ص ص 13-14.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص ص 33-34.

وهي مصلحة المجتمع فان الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير العامة كالمساجد والمدارس والمكتبات وعلى أصحاب الحق في التكافل الاجتماعي ولهذا كانت الوصية من قوانين التكافل في نظام الإسلام.¹

بل أن الوصية بالإضافة إلى ذلك وسيلة الإنسان إذا ما ظهرت أمارت الموت أو يوصي بإيصال ما عنده من أموال الناس من الودائع والبضائع ونحوها إلى أربابها والإشهاد عليها وخصوصا إذا خصيت عن الورثة، وغير ذلك مما يحفظ التماسك الاجتماعي، ويوصل أبواب الصراع الفردي والجماعي.

فالوصية إذا أحسن المسلم استعمالها تحقق المصلحة العامة والخاصة مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم».

المطلب الثاني

تعريف الوقف وأدلة مشروعيته

يستدعي التعريف بالوقف كتصرف تبرعي تضمنين هذا المطلب فرعين، يتناول الأول منهما تعريف الوقف، والثاني يعرض أدلة مشروعيته والحكمة منه.

الفرع الأول: تعريف الوقف

لتحديد معنى الوقف بدقة لابد من التطرق إلى تعريفه اللغوي والاصطلاحي، إذ للوقف عدة مرادفات منها: الحبس والمنع والتسبيل، لذلك سنتطرق إلى تعريفه من الناحية اللغوية في نقطة جزئية أولى، وفي نقطة ثانية للتعريف الاصطلاحي.

أولاً: تعريف الوقف لغة-اصطلاحاً-قانوناً

¹ - محمد كمال المرجع السابق ، ص 34.

لتعريف الوقف نتطرق اولاً الى التعريف اللغوي و التعريف الاصطلاحي

(1)-التعريف اللغوي للوقف:

لمصدر "وقف" في لغة العرب عدة معان منها ما ورد في المعجم الوسيط: "وقف وقوفاً، وقف قام من جلوس وسكن بعد المشي، ووقف على الشيء عاينه، ووقف في المسألة ارتاب فيها، و وقف على الكلمة نطق بها مسكنة الآخر قاطعا لها عما بعدها، ووقف الحاج بعرفات شهد وقتها، ووقف فلان على ما عند فلان فهمه وتبينه، ووقف الماشي والجالس وقفا جعله يقف يقال وقف الدابة، ووقف فلانا عن الشيء منعه عنه، ووقف فلانا على الأمر أطلع عليه، ووقف الأمر على حضور فلان علق الحكم فيه بحضوره، ووقف الدار ونحوها حبسها في سبيل الله ويقال وقفها على فلان وله، وأوقف فلان عن الأمر الذي كان فيه أقلع عنه".¹ ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، تقول: هذا العقار وقف، أي موقوف ومن هنا جمع على أوقاف، ولذا يقال وزارة الأوقاف.²

(2)-التعريف الاصطلاحي للوقف:

يقتضي تحديد المعنى الاصطلاحي للوقف ضبط معنى الوقف في الاصطلاح الشرعي ومعناه في الاصطلاح القانوني.

(أ)-الوقف في الاصطلاح الشرعي:

معنى الوقف في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية مختلف فيه تبعا لاختلاف حقيقته في نظرهم ولقد كان معروفا في صدر الإسلام باسم الحبس .ويرى البعض أن كلمة الحبس اصطلاح مستعمل في شمال إفريقيا، أما اصطلاح الوقف فهو مستعمل بكثرة في بلدان المشرق العربي³. كما أن بعض الفقهاء يضيفون كلمة "التسبيل" على أنها تعتبر من

¹ - مجموعة من المؤلفين: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، مصر، 2004، ص 272.

² - محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982، ص303

³ - Raymond Charles, le droit musulman que sais-je ?, cinquième édition, presses universitaires de France, 1979, p78.

الألفاظ الصريحة، وهناك معانٍ محتملة للوقف جاءت على سبيل الكناية مثل: "تصدقت وأبدت"، لكن لا بد من قرينة تفيد معنى الوقف حتى ينعقد بها، لأنه لم يثبت لهذه الألفاظ عرف في الاستعمال، ومثال ذلك القول: "تصدقت بالمال صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث"¹ ومن الثابت فقها أن الوقف لم يعرف تعريفاً جامعاً مانعاً لاختلاف نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إليه، مما يفرض علينا التعرض للتعريفات المنسوبة لأصحاب المذاهب الفقهية والآراء المشهورة منها، وهي على الشكل التالي:

(1)-تعريف الفقيه أبي حنيفة: يرى أن الوقف هو: "حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المآل".²

ومقتضى هذا التعريف، أن الوقف عنده هو حبس العين على ملك الواقف، أي أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف ولم تخرج عنه، ولهذا يصح منه التصرف في العين بكل تصرف ناقل للملكية من بيع وهبة ورهن، وكل ما يترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة.³

(2)-تعريف الإمام مالك: يعرفه بأنه: "حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر"⁴، أي أن العين الموقوفة لا تخرج عن ملك الواقف-كما في مذهب أبي حنيفة-، ويمنع الواقف من التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف تملكي، كما أن التأبيد ليس شرطاً في الوقف، فيجوز الوقف لمدة زمنية محدودة.⁵

(3)-تعريف الإمام أحمد بن حنبل: يعرف الوقف بأنه: "حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكاً لا يبيح

¹ - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1388 هـ، ص7.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982، ص304.

³ - عمر بن فيحان المرزوقي، اقتصاديات الوقف في الإسلام، مجلة أوقاف، ع3، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت 2009، ص 19 و78.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط8، دمشق، سورية، 1989، ص156.

⁵ - بدران أبو العينين، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1982، ص259.

لهم التصرف المطلق فيه"¹ ، أي أن العين الموقوفة تدخل في ملكية الموقوف عليهم، ولكن دون التصرف فيها بالبيع والهبة، وإذا ماتوا لا تورث عنهم.

(4)-**تعريف الإمام الشافعي**: يرى أن الوقف هو "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمآل"، بمعنى أنه لا يمكن التصرف في رقبة الوقف مع خروج ملكية العين الموقوفة من يد الواقف إلى حكم ملك الله تعالى.

ومن بين التعريفات الفقهية الحديثة نجد التعريف الذي وضعه الإمام محمد أبو زهرة بقوله: "الوقف هو منع التصرف في رقبة العين، التي يدوم الانتفاع بها ، وجعل منفعتها لجهة من جهات الخير ابتداءً أو انتهاءً"² ، وتعريف الأستاذ منذر قحف: "الوقف هو حبس مؤبد لمال للانتفاع المتكرر به أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة"³.
وعليه، فإن التعاريف الفقهية السالفة الذكر تتمحور حول حق الملكية والمنفعة بشكل خاص⁴، ومدى سلطة الواقف في استخدام هذا الحق والتصرف فيه من جديد وطبيعة المدى الزمني الممكن خلاله إعادة الموقوف إلى الحياسة الحقيقية للواقف، كما أنها لم تحدد الجهة المنتفعة، إذ أن جهة الخير تتغير بتغير الزمان والمكان.⁵

ب)- التعريف القانوني للوقف:

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 307 .

² - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 156

³ - منذر قحف، الوقف الإسلامي "تطوره، إدارته، تنميته"، دار الفكر، ط3، دمشق، سورية، 2006 ، ص 62 .

⁴ - وهو ما يلاحظ على هذه التعاريف من تعارض في مسألة ملكية العين الموقوفة، فهي على حكم الله تعالى، أم على حكم الواقف أم الموقوف عليهم. فيرى الدكتور محمد مصطفى شلبي أن السبب في هذا التعارض هو وصول الأحاديث والآثار الواردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة دون البعض الآخر من طريق سليم، كما هو الشأن بالنسبة لحديث ابن عمر في موضوع الوقف والذي لم يصل إلى الإمام أبي حنيفة، ولو وصله لكان له رأي الجمهور في تعريفه للوقف، كما حدث مع صاحبيه. انظر: محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف، مشار إليه، ص 31

⁵ - فتحة محمد بوشعالة، والوقف في التنمية والسبيل إلى تفعيله، مجلة المحراب، ع1، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

قسنطينة، 2007 ، ص 199

أن أول تعريف للوقف في القانون الوضعي الجزائري كان بموجب نص المادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة التي عرفت الوقف على انه " : حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"، وهذا التعريف جامع بين نوعين من الوقف العام والخاص شأنه في ذلك شأن التعريف الذي جاءت به، المادة الثالثة من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم والتي عرفته كما يأتي " : الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق والمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير."

ويبدو أن التعريف قد ركز على الجمع بين ثلاث خصائص أساسية للوقف وهي: خاصية التأييد والدوام، وخاصية إسقاط الملكية عن العين الموقوفة، والخاصية الثالثة هي خاصية نية التصديق، ويلاحظ أن التعريف الوارد في قانون الأوقاف 10/91 كان أكثر وضوحاً من سابق ذلك انه ركز على تبيان أن التصديق يكون المنفعة وليس العين الموقوفة. وما يلاحظ أن هذين التعريفين مأخوذتين من أساس الترجيح بين أهم مذاهب الفقه الإسلامي والتي عرفت تبايناً في تعريف الوقف وأدت بذلك إلى تباين التعريفات القانونية للوقف في أكثر الدول العربية والإسلامية التي عرفت الوقف.¹

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية الوقف

إذا رجعنا إلى الأصول الشرعية للوقف وجدنا أن الفقهاء قد إستندوا في تأصيلهم له إلى أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والإجماع والقياس، وسنعرضها بالترتيب كما يلي²:

أولاً: دليل مشروعية الوقف من القرآن الكريم:

¹ - قرعاني موسى، عقد الوقف و طرق اثباته - في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري - ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1"بن يوسف بن خدة"،كلية الحقوق،2013/2014، ص14.

² - عظيم حكيم، أساليب إدارة الوقف، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة د. طاهر مولاي- سعيدة، الجزائر، 2016/2017، ص10.

عموم الآيات التي تحت على الإنفاق وبخاصة صدقة التطوع، وقد تكررت في

القرآن الكريم آيات كثيرة في هذا المقام، منها على سبيل المثال لا الحصر:

- قوله تعالى ﴿...﴾ : ﴿...﴾¹

- قوله تعالى: ﴿...﴾²

- قول الله جل وعلا: ﴿...﴾³

إلى غير ذلك من آيات الحث على البر، والبذل في وجوه الخير، التي تشمل الوقف باعتبارها من أوجه الإنفاق في البر والخير.

ثانياً: دليل مشروعية الوقف من السنة النبوية

ثبت الوقف بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وإقراره بما ورد في شأنه من أحاديث عدة منها:

¹ - سورة آل عمران، الآية 115
² - سورة البقرة، الآية 267
³ - سورة آل عمران، آية 92.

فعل النبي صلى الله عليه وسلم للوقف كما في حديث عمرو بن الحارث رضي الله عنه قال: « ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً ولا درهماً ولا عبداً ولا أمة إلا بغلته البيضاء التي كان يركبها وسلاحه وأرضاً جعلها لابن السبيل صدقة».¹

-حديث ابن عمر رضي الله عنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخبير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخبير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها . قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول».

وفي لفظ أن عمر قال: يا رسول الله: إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره فتصدق به عمر فصدقته تلك في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقه غير متمول به».² وقد قال الحافظ ابن حجر في هذا الحديث: (وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف).³

-ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له »⁴

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه برقم . 4461 قال ابن حجر العسقلاني " فالنبي صلى الله عليه وسلم تصدق بمنفعة الأرض فصار حكمها حكم الوقف"، انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، شرح وتصحيح محب الدين الخطيب، ترقيم وتبويب محمد فؤاد عبد الباقي، مراجعة محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، ص: 5-360.

² - الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه برقم 2764 ، وبنحوه مسلم في صحيحه، برقم 1632

³ - فتح الباري، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، الجزء الخامس، ص 469.

⁴ - أخرجه مسلم في صحيحه برقم 1631.

- وقد جاء في الصحيحين، عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: (كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نحل، وكان أحب أمواله إليه ببيحاء، وكانت مستقبلة المسجد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس: فلما أنزلت هذه الآية: «لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون» قام أبو طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: «لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون» وإن أحب أم والي إليّ ببيحاء، وإنها صدقة لله، أرجو برّها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله. قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بخّ¹ ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين». فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله.

فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبنى عمه²، والحجة في هذا الحديث ظاهرة على مشروعية الوقف وفضله فإن أبا طلحة رضي الله عنه لما سمع الآية رغب في وقف أحب أمواله إليه وأقره النبي صلى الله عليه وسلم بل أعجب بفعله وعظم أمره³. ففي هذا الحديث دلالة على انقطاع عمل الإنسان وتجدد الثواب له بموته إلا في هذه الأشياء الثلاثة فإن أجرها لا ينقطع ومنها: الصدقة الجارية وهي محمولة عند العلماء على الوقف فإن غيره من الصدقات ليست جارية بل يملك المتصدق عليه أعينها مما يدل على فضله ومشروعيته وأنه من أفضل ما يتقرب به الإنسان إلى الله تعالى.⁴

ثالثاً: دليل مشروعية الوقف من الإجماع

¹ - بخّ، كلمة إعجاب ورضا بالشيء ومدح به.

² - الحديث متفق عليه خرجه البخاري في صحيحه برقم 2769، ومسلم في صحيحه برقم 998

³ - محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منقى الأخيار، ط1، ضبط وتصحيح محمد سالم هاشم، بيروت، دار الكتب العلمية، عام 1995/1415، ج6، ص137.

⁴ - محمد علي الشوكاني، المرجع السابق، الجزء السادس، ص13

لا خلاف بين الأئمة الأربعة في مشروعية الوقف، وأنه مسنون، ومن القرب المندوب إليها بل إن أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بسنية الوقف وأنه من أحسن ما تقرب به إلى الله تعالى لأنه صدقة دائمة ثابتة.¹

وقال الحافظ ابن حجر نقلاً عن الإمام الترمذي قوله: « لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافاً في جواز وقف الأراضين »²

رابعاً: دليل مشروعية الوقف من القياس

اتفق الفقهاء على أن بناء المساجد وإخراج أرضها من ملكية واقفها أصل في وقف الأصل، وحبس أصولها، والتصديق بثمرتها، فيقاس عليه غيره ويلاحظ أن القليل من أحكام الوقف ثابتة بالسنة، ومعظم أحكامه ثابتة باجتهاد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف.³

الفرع الثالث: خصائص الوقف

بالرجوع إلى قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 والمرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/02 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، يتبين أن للوقف جملة من الخصائص يمكن تعددها على الشكل التالي:

أولاً: الوقف حق عيني

باعتباره أنه لا يرد إلا على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الإنتفاع بمحل الوقف بشرط إحترام إرادة الواقف.

¹ - أبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 184.

² - فتح الباري، المرجع السابق، ص 4

³ - عبد القادر أبوغدة وحسين شحاته، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، ص 48

وان كان جانب من شراح القانون، يرى أن الوقف هو حق شخصي وليس بعيني باعتبار أنه ينقل حق الإنتفاع فقط لا ملكية الرقبة.¹

ثانيا: الوقف شخص معنوي

أي مستقل تمام الإستقلال على الشخص المستحق له، له ممثل قانوني يتصرف باسمه ويمثله أمام القضاء وهو ناظر الوقف.²

وتكمن شخصيته المعنوية أكثر في قيام الدولة بكل مؤسساتها وما تملكه من سيادة في إحترام إرادة الواقف وتنفيذها، طبقا لما حددته نص المادة 02 من قانون الأوقاف " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا للإعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على إحترام إرادة الواقف وتنفيذها ".³

فبإضفاء المشرع الجزائري صفة الشخصية المعنوية على الوقف يعد خيارا سليما لجدال الفقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى.

ثالثا: الوقف عقد تبرعي

الوقف ينتقل حق الإنتفاع العين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك برا بهم أو إبتغاء لوجه الله عز وجل، تبعا لنوع الوقف واشتراطات الواقف ويفيد التبرع كذلك خروج الملك الوقفي من المتبرع - الواقف - بما يزيل كل سلطاته على الشيء وهذا ما أكدته صريح المادة 17 من ق.أ.و " إذا صح الوقف ازل الحق ملكية الواقف " .. وزوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني بالضرورة إنتقالها إلى

¹ - خير الدين مشرين ، ادارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة لنير شهادة الماجستير في قانون الادارة المحلية ، جامعة تلمسان/2001/2002،ص21.

² - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، والتي حددت مهام ناظر الملك الوقفي.

³ - المادة 02 ، من قانون الاوقاف، المرجع السابق.

الموقوف عليهم، بل أن محل التبرع هو منفعة الشيء مع حبس رقبة المال، وهذا يعتبر تبرعا من نوع خاص بالمقارنة بعقود التبرع المعروفة في القواعد العامة.¹

وما يستفاد من ذلك أن الوقف يلتزم تبرعي صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة الواقف، تبعا لنص المادة 04 من ق.أ.و المذكور أعلاه "الوقف عقد يلتزم تبرعي صادر عن إرادة منفردة" فإن الإيجاب شرطا لوجوده²، أما القبول بمعنى قبول الموقوف عليهم فهو شرط لنفاذه إذا كان الوقف خاص، فتخلف قبول الموقوف عليهم للوقف لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد كما هو معروف في القواعد العامة، وإنما يؤدي إلى تحويله من وقف خاص إلى عام هذا ما أشارت إليه صراحة المادة 07 من قانون 10/91 السابق الذكر "يصير الوقف خاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم".

من هنا نستنتج أن الوقف ينعقد بالإيجاب فقط إذا كان عاما، أما القبول هو شرطا لنفاذ الوقف الخاص.

رابعاً: الوقف تصرف لازم صاحبه

كما هو متعارف عليه طبقاً للقواعد العامة، الإيجاب يعبر به صاحبه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له أنعقد العقد.³ وحتى يعتبر العرض إيجاباً يجب أن يتضمن تحديد طبيعة العقد المراد إبرامه، كأن يقول أريد إبرام عقد وقف، وتبيان كل العناصر الأساسية التي لابد توافرها لإبرام هذا العقد.

وان كانت مسألة اللزوم هي الأخرى محل خلاف بين العديد من فقهاء الشريعة من مؤيد لها ومعارض، فمن بين القائلين بعدم لزوم الوقف أبو حنيفة، فالوقف عندهم بمثابة

¹ - المادتين 07، 17 قانون الأوقاف 10/91، المرجع السابق.

² - المحكمة العليا، القرار المؤرخ في 1969/10/29، النشرة السنوية لسنة 1969، ص 440 حيث أكد أن الوقف يخضع لإرادة الواقف ولا يمكن إبطاله ما دام أنه أقامه على أحكام الفقه الإسلامي.

³ - محمد صبري السعدي، "شرح للقانون المدني الجزائري"، مصادر الالتزام، الجزء 1، ط 1991، دار الهدى الجزائر، ص 108.

"العارية" التي تعتبر جائزة غير لازمة فتصرف المنفعة هي جهة الوقف، وتبقى العين على

ملك الواقف، بل أن الإمام أبي حنيفة يقر بلزومية الوقف في ثلاثة حالات فقط وهي:

(1)- إذا حكم القاضي بلزومه.

(2)- أن يكون الوقف مسجداً، إذ ينقطع حق الواقف بإقامة الشعائر.

(3)- أن يخرج الوقف مخرج الوصية، فيلزم الوقف إذا خرج من الثلث.¹

ويستندون أصحاب هذا ال أري ما روى عن عمر رضي الله عنه، قال في وقفه

الذي أقامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم " لولا أني ذكرت صدقتي لصلى الله عليه وسلم

لرددتها."

غير أن الفريق الآخر أقر بلزومية الوقف، وهم الشافعية والحنابلة مستندين في ذلك

على الحديث المشهور الذي أخرجه أصحاب كتب الحديث السنة مصدقا لقول الرسول صلى

الله عليه وسلم " إن شئت حبست أصلها وتصدق بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع

ولا توهب ولا تورث" .. ، فعبارة لا تباع، ولا توهب ولا تورث بمفهوم الحديث دلالة قاطعة

على لزوم الوقف ومنع التصرف فيه بكفاية التصرفات الناقلة للملكية .²

وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري عند تنظيمه للوقف، حيث بالرجوع إلى

نص المادة 312 من ق.أ.ج التي تنص " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على

وجه التأييد والتصديق" وبمقابل ذلك إن كان المشرع الجزائري في نص المادة 12 من ق.أ.ج قد

أجاز للواقف أن يتراجع على بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، غير أنه قيد ذلك بشرط

آخر وهو أن يكون الواقف قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع في عقد الوقف ذاته.³

¹- زهدي يكن، المرجع السابق ، ص 9.

²- تنص المادة 25 من قانون الأوقاف 10/91، "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط نفسه ذلك حين إنعقاد الوقف."

³- المادة 44 من قانون 10/91، "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب، والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير."

كما أن المادة 16 من نفس القانون تفيد للزوم ومعنى جواز عدم الرجوع في الوقف إذا انعقد صحيحا حيث نصت على ما يلي " :يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو للزوم..

خامسا: الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى

إنطلاقا من كون أن الوقف يعد من أعمال البر والخير، فإنه يعفى من رسوم التسجيل والشهر العقاري.

غير أن هذا الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق، باعتبار أن عقد الوقف لا بد أن يحرر في شكل رسمي أمام الموثق.¹

سادسا: الوقف عقد شكلي

هذا ما أكدته نص المادة 892 من ق.م.ج " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"² هذه الشكلية تعد ركن في العقد وشرط لنفاذه حسب ما أق ره نص المادة 81 من ق.أ.و 10/91 "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق " وأكدته كذلك نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

ويستفاد من ذلك أن على الواقف إفراغ وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق تطبيقا لنص المادة 238 مكرر من ق.م.ج، فالعقد الرسمي كافي لإنشائه غير أنه لا كافي لنفاذه حيث زيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري - المحافظة العقارية- ولقد حددت وزارة الإقتصاد سابقا، النموذج الرسمي الذي يجب أن يحترمه السادة الموثقين في كل عملية إيداع رسمية لعقد وقف وذلك من خلال التعليم رقم 103905/ع أو ع/م ع الصادرة بتاريخ 1990/12/18.

¹ - رمضان قنفوذ، نظام الوقف في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة سعد دحلب البليدة 2001 ، ص 29.

² - تنص المادة 324 مكرر 1 "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية." ...

المبحث الثاني

الحياسة وأحكام الرجوع في الوصية

الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة المنتشرة في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت تنشأ صحيحة بالإرادة المنفردة للموصي وأثرها لا يترتب إلا بعد الموت فما مدى توفر الحياسة في الوصية، ويحصل كثيرا أن يرجع الموصي في تصرف، لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نحاول الإلمام بالحياسة في الوصية بالمطلب الأول، أما المطلب الثاني نتناول فيه أحكام الرجوع في الوصية.

المطلب الأول

الحياسة في الوصية

سنتناول في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول مدلول الحياسة، وفي الفرع الثاني مدى وجوب الحياسة في الوصية.

الفرع الأول: مدلول الحياسة

تطرق المشرع الجزائري إلى الحياسة في القانون المدني والتي نص عليها في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث كطريقة من طرق اكتساب الملكية، وبالتالي نلجأ إلى المحاولات الفقهية لتعريف الحياسة، فنجد من يعرفها بأنها " مجرد سلطة فعلية (واقعية) وهذه السلطة التي يباشرها الشخص على الشيء قد تكون مستمدة من أي حق فيمارسها صاحب الحياسة بوصفه مجرد حائز ويبدو الحائز حتما في هذه الحالة الأخيرة كما لو كان صاحب حق بالفعل على الشيء " وهناك من يعرفها بأنها " حالة واقعية تتألف من وضع اليد على الشيء وممارسة الأعمال القانونية عليه استعمالا وانتفاعا كما لو كان ملكا لوضع اليد.¹

ويمكن القول أن الحياسة بهذا المعنى لا تعني الحياسة في التبرعات، فالمصطلح المقصود من دراستنا هو الحوز في التبرعات حتى لا يتبادر إلى ذهننا الحياسة في القانون المدني، إذ أن المدلول الخاص للحوز أو القبض - تطرق إليه فقهاء القانون كذلك تحت مسمى العينية في العقود - أو التسليم هو اعتباره الشرط المتطلب في التبرعات والذي بتحقيقه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 785.

يتم التبرع، وتبرز أهمية موضوع الحوز في التبرعات في كونه يحتل حيزا كبيرا في النزاعات المعروضة أمام القضاء، هذا بالضافة إلى أن التشريع الجزائري لم يتطرق إليه بشكل كاف لاستيعاب كل النزاعات المثارة بشأنه.¹

الفرع الثاني: مدى وجوب الحياسة في الوصية

إن التصرفات التبرعية منها ما تحتاج إلى حياسة ومنها ما لا يحتاج، والوصية من التبرعات التي لا تحتاج إلى حياسة فهي تصرف ناشئ بالإرادة المنفردة والموصي لا يحتاج في إنشائها إلى قبول الموصى له حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقدا، ولكن الإيجاب يحتاج للقبول لمجرد لزوم الوصية.²

والوصية هي من التبرعات التي لا تحتاج إلى حياسة، ولا يشترط لحصتها القبض بل يكفي القبول أو عدم الرد، لأن من مقتضياتها أنها تصرف موقوف النفاذ إلى أجل وفاة الموصي الذي يبقى مالكا للشيء الموصى به، والذي يلزم ورثته من بعده بنقل ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له، الذي لا يكتسب هذا الحق العيني إلا بتحقق واقعة الوفاة.

وما ويؤكد ذلك أكثر - الوصية لا تحتاج إلى حياسة - هو إعادة تكييف وإلحاق التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياسة، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني على ما يلي: «يعتبر التصرف وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واشتثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك».

بقراءة هذه الادة ويتضح لنا أنه إذا عمد المتصرف إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع والهبة أو غيرها أعتبر تصرفه وصية متى ان للوارث. واحتفظ بموجبه لنفسه بحياسة الشيء المتصرف فيه من جهة والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى.

¹ - ياسين جريفي، الحوز في التبرعات، مقالة في الأنترنت، أنظر الرابط <https://blogsport.com> .. التاريخ: 2019/05/20 على الساعة: 15.30.

² - محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991 ص 64.

المطلب الثاني

أحكام الرجوع في الوصية

سنتعرض في هذا المطلب إلى موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في الوصية أولاً ثم نبين موقف القانون الجزائري ثانياً.¹

الفرع الأول: حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي في وصيته، فمنهم من أجازوه ومنهم من منعه وهذا ما سنحاول شرحه بشيء من التفصيل مبينين مبررات وأسانيد كل اتجاه.

أولاً: الوصية عقد جائز يجوز للموصي أن يرجع فيه

يجوز للموصي بعد إبرامه الوصية أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه ما دام حياً باتفاق الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة. وقد استدل أنصار هذا الرأي في ذلك على الأدلة التالية:

(1)- ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي عنه قال: " يغيّر الرجل ما شاء من وصيته" وفي هذا الحديث دلالة واضحة أن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء.

(2)- أن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت تتجزأ بالموت فيجوز إنمّا للموصي الرجوع فيها قبل نفاذها كالهبة قبل القبض.

(3)- أن الوصية بمنزلة الوعد، والوعد كما هو معلوم لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط وعليه يجوز للموصي أن يرجع في وصيته.

ثانياً: الوصية عقد لازم لا يجوز وللموصي أن يرجع فيه:

يرى الظاهرية أن للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به ما دام حياً إلا الوصية بالعنق فلا رجوع فيها إذا ما كانت الرقبة الموصى بها مملوكة للموصي، أما إذا لم تكن

¹ - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 244-245.

مملوكة له حين الوصية فله الرجوع في الوصية ولقد استدل أنصار هذا الرأي على قوله سبحانه وتعالى: « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»، فالوصية بعنق رقبة عبد الموصي إن مات تصبح عقدا لازما يجب الوفاء به، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه بخلاف سائر الوصايا التي تعتبر وعود والوعد لا يلزم تنفيذه، وبالتالي جاز الرجوع فيه.

تماشيا مع ما استقر عليه جمهور الفقهاء فإن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة ولا يلزم إلا بموته، فالقول بلزوم الوصية رأي غير سديدي قد يترتب عنه امتناع الناس عن الإيحاء.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في القانون الجزائري

يجدر بنا قبل التعرض لحكم الرجوع في الوصية في التشريع الجزائري أن أشير إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، وبما أن الوصية تتدرج ضمن أحكام هذا القانون فإنه كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الوصايا المبرمة قبل تاريخ صدوره.¹ ولقد نظم المشرع الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة، فنص في المادة 192 مكنه على ما يلي: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

بقراءة نص هذه المادة يظهر جليا أن المشرع الجزائري اعتبر الوصية تصرف تبرعي غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمنا. وعليه متى تمت الوصية مستوفية لركانها- المتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي- ولشروط صحتها ونفاذها اعتبرت صحيحة نافذة لكنها تبقى تصرفا تبرعيا غير لازم في حياة الموصي يجوز له أن يرجع فيها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، وبالنتيجة يعود الشيء الموصى به إلى تركة الموصي كبقية أمواله ويصبح حقا للورثة.

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 246.

ولعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اعتبار الوصية تصرفاً جائزاً غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر من جانب الموصي وحده فالذي وجد منها هو الإيجاد فقط ولأنها تصرف لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصي، ومن ثم لا يترتب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل الوفاة فيكون إذا للموصي الحرية الكاملة في الاختيار بين المضي والإصرار على إبقاء الوصية أو الرجوع فيها إذا ما رأى ذلك.

ولقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الوصية تصرفاً غير لازم يجوز الرجوع فيه صراحة أو ضمناً/ للتدليل على ذلك أشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/01/24 والذي قضت فيه بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون". وترتيباً على ما سبق يمكن استخلاص النتائج التالية:

- 1- أن المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء وأغلب التشريعات الوضعية حين أجاز للموصي الرجوع في وصيته ما دام حياً.
- 2- أنه عمد إلى بيان كيفية الرجوع في الوصية، فأعطى للموصي حق ممارسة الرجوع فيما أوصى به إما صراحة أو ضمناً.¹
- 3- أنه اشترط في سماع دعوى الرجوع الصريح أن يكون ثابتاً بالكتابة إما عن طريق عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو عن طريق استصدار حكم قضائي في حالة وجود المانع القاهر وذلك لمنع الدعاوي الكيدية، واكتفى في الرجوع الضمني بإثباته بكافة طرق الإثبات.
- 4- أن المشرع وضع مبدأ عاماً في المادة 192 من قانون الأسرة اعتبر كل فعل أو تصرف يقوم به الموصي يستخلص منه أنه أراد الرجوع في وصيته رجوعاً فيها.

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 248.

المبحث الثالث

الحياسة وأحكام الرجوع في الوقف

يهدف الوقف إلى حبس العين على حكم الله تعالى والتصدق بثمارها على جهة من جهات البر، وهو التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة الواقف، بهذا المعنى فما مدى توفر الحياسة في الوقف، وإذا بدا للواقف أن يرجع في وقفه وأن يسترد ماله الذي وقفه فهل يثبت له ذلك، لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نحاول الإلمام بالحياسة في المطلب الأول، أما المطلب الثاني نتناول فيه أحكام الرجوع في الوقف.

المطلب الأول

الحياسة في الوقف

لقد أثيرت مسألتان وهما مسألة اشتراط القبض في الوقف، وقد تنازعت هذه المسألة نظريتان نظرية تشترطه وأخرى تستبعده مطلقا:

الفرع الأول: الحياسة في التشريع الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى كل نظرية على حدا كالاتي:

أولا: نظرية القبض شرط التمام واللزوم

ينزعم هذه النظرية المالكية والإمامان محمد بن الحسن وعبد الرحمن بن أبي ليلى ويرون أنه لا بد من القبض وأنه لا يتم الوقف ولا يلزم إلا به.¹

ويفصل المالكية في هذه المسألة، فيرون أنه لا يكفي قبض المتولي أو الناصر - مع أنه هو المعتبر - بل يشترطون زيادة على ذلك الحياسة لمدة سنة، فإذا لم تتحقق الحياسة لأي مانع بطل الوقف أصلا.

ويميز المالكية في الحياسة بين الحياسة الحسية والحكمية، وهذه الأخيرة لا تتحقق إلا بشروط ثلاث هي:

- (1)- أن يكون هناك إسهاد من الولي على الوقف على محجوره.
- (2)- أن تصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه.
- (3)- أن تكون العين الموقوفة مشغولة بسكن الواقف إلا ما كان شغلا قليلا.

¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، ط2، القاهرة، 1972، ص 64.

ثانياً: نظرية كفاية الصيغة

يرى الشافعية وأبو يوسف من الحنفية والحنابلة في بعض الأقوال أن الوقف لا يحتاج لتمامه إلى القبض بل تكفي فيه الصيغة.¹

ويستدل أصحاب هذه النظرية بأن الوقف كالإعتاق، لأن كليهما يفيد اللزوم بوجود الصيغة الدالة عليه، كما يستدلون بأن تسليم عمر رضي الله عنه وقفه لابنته حفصة رضي الله عنها يبرر كثرة أعماله، ولأنه خاف التصيير ليكون في يدها بعد موته، أما أنه فعل ذلك لإتمام الوقف فليس في الخبر ما يدل عليه ولا ما يرجحه.²

يلاحظ أن نظرية القبض للتمام واللزوم قامت على قياس الوقف على الهبة التي يشترط فيها القبض، مع أن هناك farkاً كبيراً بينهما من ذلك أن الهبة عقد يقتضي إيجاباً وقبولاً على خلاف الوقف، إضافة إلى أن الهبة تعطي الحق للمتصرف إليه بالهبة أن يمتلك الشيء الموهوب وبالتالي يكون له حق التصرف فيه بجميع التصرفات الناقلة للملكية. وهذه الفكرة الأخيرة هي التي استلزمت فكرة القبض أو التسليم كركن في الهبة في حين أن الوقف لا يمكن تملكه مطلقاً.

وعلى هذا فإن اشتراط القبض في الوقف ليس له مبرر إلا إذا كان القصد تحقيق صيغة الوقف.

الفرع الثاني: موقف القانون من القبول والقبض

يمكن تحليل موقف المشرع الجزائري من القبول والقبض في نقطتين³:

أولاً: القبول

إن العقد عند أهل الفقه له مدلولان عام وخاص:

(1)- فالمدلول العام يفيد أن العقد تصرف قانوني يترتب عليه التزام.

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 66.

² - ابن قدامة، مرجع سابق، ص 190.

³ - قرعاني موسى، المرجع السابق، ص 16.

(2)- أما المدلول الخاص للعقد هو :توافق بين إرادتين مظهرها الإيجاب والقبول على إحداث أثر قانوني معين .و إذا كان الأمر كذلك فأى المدلولين ينطبق على الوقف ؟.

إن الفقه الإسلامي يعرف اختلافا في مدى انطباق المفهوم الخاص للعقد على الوقف، على أساس أن هناك من يشترط القبول لقيام عقد الوقف، ومنهم من يكتفي بالإيجاب فقط.

أما في القانون الجزائري فإنه كان للوقوف على حقيقة القبول_قبل تعديل قانون الأوقاف و اخراج الوقف الخاص منه _ استلزم الأمر الاسترشاد بالمادة 07 من القانون 10/91 المؤرخ بتاريخ 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف و التي نصت على انه " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم".

إن ما يستنتج من المادة السابعة من قانون الاوقاف ، أن القبول بالنسبة للوقف الخاص هو فقط لتثبيت الاستحقاق و لا يترتب عليه وجود الوقف، أما في الوقف العام غير موجود أصلا وهذا ما يدعونا إلى القول إن انعقاد الوقف يتوقف على الإيجاب فقط، أما القبول فما هو إلا شرط لنفاذه اتجاه الموقوف عليهم إذا كان الوقف خاصا، فإذا لم يقبل الموقوف عليهم الوقف فإن ردهم له لا يجعل الوقف باطلا، و هذا ما يجعل العقد واستنادا إلى المادة 04 من قانون الوقف " :الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة . " إن هذه المادة وردت تحت الفصل الأول الخاص بالأحكام العامة المتعلقة بتحديد مفهوم الوقف في خطوته العامة.

إن تحديد المادة السابقة يدفعنا إلى تحليل مصطلحاتها الواردة فيها ومنها مصطلح العقد فما هو المقصود بالعقد هو العقد بالمدلول العام، وعليه يكون الوقف :تصرفا قانونيا يترتب عليه التزام بإرادة منفردة، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء.

وعليه فانه لا يوجد في النصوص القانونية المتعلقة بالوقف سواء قبل التعديل أو بعده ما يفيد أو يشير إلى علاقة بين القبول والوقف على جهة معينة، سواء من حيث اعتباره

ركنا في الوقف أو شرطا في صحته، اللهم إلا مادة متعلقة بالاستحقاق في الوقف ذكرت الجهة ولم تشترط قبولها.

وعلى هذا يمكن استخلاص حكم هذه المسألة بأن المشرع الجزائري لم يجعل القبول ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ولا في الاستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بالموقوف عليهم غير معين، وإنما يشترطه في الوقف على معين ليكون شرطا للاستحقاق أي لتثبيت حق المستحقين وليس هناك ما يفيد أنه مقابل الإيجاب من أجل الانعقاد.

وجدير بالذكر أن القانون 10/02 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف ألغى الفقرة 2 من

المادة 13 المتعلقة بشرط القبول للشخص الطبيعي و التي كانت تنص على انه:

....الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله".....

ثانيا: القبض

الظاهر من النصوص المتعلقة بالأوقاف أن المشرع الجزائري تبنى رأي الذي لا يشترط القبض والتسليم لتمام الوقف أو صحته كما ذهب إلى ذلك الشافعية وأبو يوسف وبعض الحنابلة، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال النقاط التالية:¹

1- أنه لا يوجد نص صريح بذلك.

2- أن قانون الأوقاف قد حدد أركان الوقف في المادة التاسعة وهي أربعة: الواقف

صيغة الوقف، المال الموقوف، والموقوف عليهم. ولو كان القبض شرطا لتمام الوقف لذكر مع هذه الأركان.

3- إن القول باشتراط القبض يجعل عقد الوقف عقدا عينيا كالهبة وبالتالي يترتب

على تخلفه بطلان العقد، ولم يوجد في أحكام الوقف ما يشير صراحة أو تلميحا إلى بطلان الوقف لتخلف القبض.

¹ - قرعاني موسى، المرجع السابق، ص 18 .

المطلب الثاني

أحكام الرجوع في الوقف

تعرضنا في هذا المطلب إلى مسألتين هما: مدى لزوم الوقف وجوازه من خلال عرض مختلف آراء الفقهاء في إمكانية تأبيد الوقف أو تأقيته ثم حكم الرجوع فيه وذلك في الفرع الآتية¹:

الفرع الأول: تأبيد و تأقيت الوقف

نتناول آراء الفقهاء في مسألتى التأبيد والتأقيت في الوقف من مؤيد ومخالف

كالتالي:

أولاً: التأبيد

يذهب الرأي الفقهي الغالب إلى أن التأبيد شرط في صحة الوقف، وفي هذا يقول الشافعية أنه يشترط في الوقف التأبيد المطلق من غير التقييد بزمن فلا يجوز للواقف أن يحدد وقفه بمدة معينة لأن الوقف إخراج للمال على وجه القرية فلم يجز إذا اقترن وجوده بمدة محددة كالعتق والصدقة.

وترتبياً على ذلك لا يجوز للواقف أن يقف على جهة تنقطع، فإذا كان الموقوف عليه جهة تنقطع ففي ذلك قولان: أحدهما يعتبر الوقف باطلاً لأن القصد به أن يتصل بالثواب على الدوام وهذا ما لا يوجد في هذه الحالة، وثانيهما يرى أن الوقف صحيح ويصير مأنه وقف مؤبد يقدم فيه الموقوف عليه المسمى في الوقف في الانتفاع به ويصرف بعد انقراضه إلى أقرب الناس إليه لأن مقتضى الوقف هو الثابت على التأبيد²، وسندهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " لا صدقة وذو رحم محتاج".

¹ - شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 301-302 .

² - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 66.

ويشترط الحنابلة أيضا لصحة الوقف التأييد المطلق، وبناء عليه متى اشترط الواقف في وقفه بيعه أو هبته أو الرجوع فيه متى شاء لم يصح الشرط ولا الوقف لأن ذلك يتنافى ومقتضى الوقف، أما إذا وقف الواقف على جهة تتقطع صحّ الوقف عندهم وصرفت منفعة الوقف بعد انقراض الموقوف عليه لأقرب الناس إلى الواقف-كما ذهب إلى ذلك أحد قولي الشافعية ورحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة".

وقد اشترط الإمام محمد بن الحسن من الحنفية التأييد وشدد في اشتراطه وشدد في اشتراطه وأوجب أن تكون الصيغة مشتملة على لفظ ومعنى التأييد أو معناه فقط، وإذا وقف الواقف على جهة تتقطع وسكت ولو مع التصريح بالتأييد لم ينعقد الوقف، إذ لا تؤدي الصيغة معناه ولا يترتب عليها التزامه.

ولقد اتبع الظاهرية نفس هذا الموقف فاشتروا لزوم التأييد في الوقف، غير أنهم اعتبروا بالمقابل الوقف المشروط بالبيع صحيحا والشرط باطلا لأن الوقف فيه تمليك لله عزّ وجل، ويبطل الشرط لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى وهما فعلا متغايران إلا أن قول الواقف " لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع" فهذا الحبس لا يعتبر صحيحا لأنه حبس لم ينشأ إلا على شرط باطل فلم ينعقد.

وخلاصة لما تقدم يتضح جليا أن أكثر المذاهب الإسلامية وأئمة الفقه الإسلامي يشترطون تأييد الوقف لصحته ويعتبرون التأييد داخلا في مقتضاه وهو جزء من معناه.

ثانيا: تأقيت الوقف

يرى المالكية أنه لا يشترط التأييد في الوقف بل يجوز مؤقتا كما يجوز مؤبدا، كما يجوز الوقف بشرط البيع عند الاحتياج ويجوز بشرط العودة للواقف أو لورثته بعد موت الموقوف عليه¹، فالوقف عندهم صحيح مع ما يفيد التأقيت سواء أكان التأقيت لمدة محدودة معروفة مقدرة بالسنين أو لمدة غير مقدرة بالسنين ولكن لها نهاية.

¹ -زهدي يكن ، مرجع سابق، ص17.

هذا ولم يكن المالكية والإمامية وحدهم من قال بتأقيت الوقف وعدم اشتراط تأبيده بل روي عن الإمام أبي حنيفة أنه توسع في الصدقة الموقوفة كثيرا فلم يشترط التأبيد واعتبر الوقف على جهة تتقطع صحيحا وإن لم يجعل آخره للمساكين، فإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى ورثة الواقف.¹

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد شايح ما ذهب إليه الرأي الفقهي الغالب واعتبر أن الوقف يجب أن يصدر مؤبدا، فإذا كان مؤقتا اعتبر باطلا، ولقد نص على ذلك صراحة في المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 والتي جاء فيها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ والخير"، وأكد على ذلك في المادة 28 من نفس القانون والتي جرى نصها كالاتي: "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن"

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وقع في تناقض بين نصوصه فيما يخص مسألة تأبيد الوقف وتأقيته، فنجدته تارة ينص على أن المبدأ العام في الوقف أنه يجب أن يصدر على وجه التأبيد وإلا وقع باطلا وتارة أخرى نجده يقر بصحة الوقف الذي يكون محله منفعة، الأمر الذي يفهم منه ضمنا أنه أجاز أن يكون الوقف مؤقتا لأنه إذا كان محل الوقف منفعة فلا بد أن يكون محددا بمدة معينة تعود بعد انتهائها العين الموقوفة محل الانتفاع إلى مالك الرقبة أي الواقف إذا كان لا يزال حيا أو إلى ورثته إذا كان ميتا/ فالوقف الوارد على المنفعة لا يمكن أن يكون مؤبدا وإلا أصبح قيذا أبديا على الملكية يتنافى مع حق الانتفاع في ذاته.²

الفرع الثاني: حكم الرجوع في الوقف في الفقه الإسلامي

¹ - جاء في فتح القدير: "عن محمد بن أبي مقاتل عن أبي يوسف إذا وقف على رجل بعينه جاز، وإذا مات الموقوف عليه، رجع الوقف إلى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى، وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة جوازا"، أشار إليه الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 69.

² - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 306-307.

-لتفاصيل أكثر يراجع : زاوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، ج1، ص 903.

انقسم الفقه حول مسألة الرجوع في الوقف حسب اختلافهم في نوع الوقف الذي أنشأه الواقف ويريد الرجوع فيه، فمنهم من أجازته ومنهم من لم يجزه وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً-حكم الرجوع في الوقف المطلق

إذا وقف شخص ماله لجة معينة أو غير معينة على وجه التأييد ثم بدا له أن يرجع في وقفه وأن يسترد ماله الذي وقفه، فهل يثبت له ذلك؟ أم أن الوقف الذي أنشأه يلزم مطلقاً بمجرد انعقاده سواء تم قبض الموقوف من طرف الموقوف له أو لم يتم؟ وللإجابة على هذا السؤال انقسم فقهاء الشريعة إلى ثلاث اتجاهات، وهي:

أ)-الإتجاه الأول: عدم جواز الرجوع في الوقف قبل القبض¹

إن الوقف قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد لازم بمجرد إنشائه، ومن ثم متى الواقف رغبته في وقف ماله كله أو بعضه صراحة أو ضمناً لم يجز له أن يرجع فيه سواء قبض الموقوف عليه المال الموقوف أولم يقبضه وجليلهم في ذلك.

1- أن الله سبحانه وتعالى قال: -أن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿لَا يَجُوزُ لَكُمْ أَنْ تُخَالِفُوا عَهْدَ اللَّهِ إِذْ أَنْتُمْ عَاهِدُونَ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ حَائِثًا بِمَا عَاهَدْتُمْ بِهِ﴾²، فالآية الكريمة جاءت عامة في وجب الوفاء بالعقود، والوقف عقد من العقود لذلك يلزم الوفاء به، فلا يجوز لرجوع فيه لأن في ذلك مخالفة لأمر الله سبحانه وتعالى.

2- ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، ومنها صدقة جارية"³، فالصدقة الجارية الواردة في هذا الحديث هي الوقف والوقف يلزم ولا يجوز نقضه، ولو جاز نقضه لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وصفه الحديث الشريف بعدم الإنقطاع.

¹ - وهو قول أبي يوسف من الحنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة.

² - سورة المائدة، الآية 1.

³ - رواه الإمام مسلم في صحيحه.

(3)- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن الرسول قال: " أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، قال: يا رسول الله إني أصبت بخيبر أرضا لم أصب مالا قط هو أنفس منه فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدق بها، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من يوليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم صديقا غير متمول فيه¹، ومفاد هذا الحديث أنه لا يجوز الرجوع مطلقا في الوقف بأي تصرف يزيل الملكية سواء تم القبض أو لم يتم.²

(4)- ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: " إن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه دلاء المسلمين بخير منها في الجنة، فاشتريتها من صلب مالي"، وفي هذا الحديث دلالة واضحة على أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رقبة العين ومنعها من أن يتصرف فيها.

(5)- أن الإمام أبا يوسف من الحنفية قال: " أن الوقف يلزم بمجرد القول، ولو لم يحز الموقوف عليه الموقوف، فإذا أراد الواقف الرجوع في وقفه لم يمكن له ذلك، وإذا لم يحز عنه أجبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه، فالوقف إذا صحّ عقد لازم لا يجوز فسخه بالإقالة أو غيرها، كما لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه".

(6)- ما روي عن جمهور الفقهاء أن الوقف هو حبس للمال، والحبس يدلّ على المنع والتأبيد³، ومن ثمّ متى حبس الشخص مثلا أرضه وقفا مؤبدا فإنه لا يرجع فيما وقفه لأنّ الأرض أصبحت حبسا لا يباع ولا يورث.

(7)- ما أجمع عليه الصحابة من أنّ الوقف لازم بمجرد القول، وفي هذا يقول جابر بن عبد الله، " لم يكن أحد من الصحابة له مقدرة إلا وقف وقفا ومنع فيه من البيع والهبة".¹

¹ - رواه بخاري ومسلم في صحيحيهما.

² - قال الإمام الشافعي: لم يزل عمر بن الخطاب رضي الله عنه المتصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يلي فيما بلغنا صدقته حتى قبضه الله تبارك وتعالى، ولم يزل علي بن أبي طالب رضي الله عنه يلي صدقته حتى لقي الله عز وجل ولم تزل فاطمة رضي الله عنها تلي صدقتها حتى لقيت الله تبارك وتعالى".

³ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 70-71.

(8)- قياس لزوم الوقف بمجرد اللفظ على لزوم العتق بمجرد اللفظ بدعوى أن كليهما تبرع يمنع البيع والهبة والإرث.

الاتجاه الثاني: جواز الرجوع في الوقف قبل القبض²

يرى أنصار هذا الإتجاه أنه متى أنشأ الشخص وقفا ولم يحز الموقوف عليه محل الوقف كان للواقف حق الرجوع في وقفه، أمّا إذا سلّم الموقوف إلى الموقوف عليه أصبح لازماً لا رجوع فيه ودليلهم في ذلك:

(1)- قال: " لا يزول الملك حتى يجعل الموقوف وليا يسلم إليه "، وقوله أيضا: " لا يلزم الوقف إلا بالقبض وإخراج الوقف من يده".

(2)- قياس الوقف على الهبة بدعوى أن كلا منهما يخرج المال عن ملك صاحبه على وجه التبرع.

(3)- أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها وأنه إنما فعل ذلك ليتم وقفه فدلّ على أن الوقف لا يتم إلا بتسليمه إلى المتولي وهو قبل تمامه غير لازم يجوز الرجوع فيه.

(4)- أن الوقف تبرع، فإذا كان كذلك كان للواقف الرجوع في وقفه ولا يجبر على التسليم فلذلك لا تتم الهبة ولا الصدقة ولا تلزمان إلا بالقبض والوقف مثلهما في أن الجميع تبرع فيكون مثلهما في أنه لا يلزم إلا بالقبض وقبله يجوز الرجوع فيه.

(5)- الوقف في حقيقته إخراج مال على وجه القرية فلم يلزم بمجرد كالصدقة.

ولقد تعرض هذا الإتجاه للنقد من قبل بعض الفقه للأسباب الآتية:

(6)- أن عمر رضي الله عنه إنّما جعل وقفه في يد ابنته لكثرة أعماله-فخشي التقصير في القيام به-ولأنه رغب في أن يكون الشيء بيدها بعد وفاته.¹

¹ - جهاد سالم جريد الشرفات، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، 1999، ص 195.

² - هو قول محمد بن الحسن من الحنفية ورواية للحنابلة عن الإمام أبو حنبل.

(7)- أن قياس الوقف على الهبة قياس مع الفارق لأن الهبة تملك مطلق تنتقل بموجبها ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له وأن المقصود بها غالباً نفع الموهوب له والتودد إليه، أما الوقف فلا تخرج بموجبه ملكية الموقوف إلى الموقوف عليه لأنه يرد على المنفعة فقط فيكون أشبه بالعتق وأن المقصود به الثواب والأجر من الله عزّ وجل.

(8)- أن قياس الوقف على الصدقة فيه نظر، فالصدقة تلزم في الحياة بغير حكم الحاكم وتفتقر إلى القبول والوقف لا يفتقر إليه فافتقرا.

الإتجاه الثالث: جواز الرجوع في الوقف مطلقاً²

يرى أنصار هذا الإتجاه أن للواقف أن يرجع عن الوقف الذي أنشأه متى أراد ذلك ما لم يحكم الحاكم به أو يضيفه الواقف إلى ما بعد الموت ويكون الموقوف مسجداً ذلك أن الوقف لا يزيل ملكية الموقوف عن ملك الواقف فلا يلزم ولا يصح الرجوع نفيه، ومن ثمّ يجوز التصرف فيه ببيعه أو هبته ونحوها.

ولقد استدلت أنصار هذا الإتجاه في ذلك على الأدلة التالية:

(1)- ما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: " لا حبس عن فرائض الله"³ فمعنى هذا أنه لا يوجد ما يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة ولا شك أن منع العين من التصرف وعدم انتقالها إلى الورثة فيه حبس عن فرائض الله وفي هذا مخالفة للحديث.

(2)- ما روي عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه أنه أتى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: " يا رسول الله حائطي هذا صدقة وهو إلى الله ورسوله، فجاء أبواه، فقالا: يا رسول الله كان من قوام عيشنا، فردّه رسول الله إليهما، ثمّ ماتا فورثهما ابنتهما من بعد⁴، الأمر الذي يستفاد منه

¹- نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2001، ص 505.

²- هو قول أبي حنيفة والإمام زفر.

³- أخرجه البيهقي في سننه الكبرى.

⁴- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، والدار قطني.

أن ردّ الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الصدقة إلى والدي الواقف بعد شكواهما دليل كاف على جواز الرجوع وإرثه من صاحبه بعد موته.

(3)- ما رواه الطحاوي¹ عن الزهري ن عمر رضي الله عنه قال: "لولا أنّني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها"، وبمعنى هذا القول أن الوقف عقد جائز يجوز الرجوع فيه، ذلك أن الذي منع عمر رضي الله عنه من الرجوع في وقفه كونه ذكره للنبي صلى الله عليه وسلم فكره أن يفارقه على أمر ثمّ يخالفه بفعل غيره.

(4)- أن الوقف تمليك دون الرقبة فلا يلزم كالعارية.

ولقد تعرض هذا الإتجاه أيضا للنقد من قبل بعض الفقه للأسباب التالية:

1- أن الحديث الذي رواه ابن عباس يحتمل - في معناه - أن يكون المراد منه النهي عن حبس المال عن وارثه وعدم إطلاقه إلى يده وهو ما كان يفعله العرب في الجاهلية.

2- أن المراد من الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم هو صدقة التطوع فقط أما الوقف فلم يذكر فيه أصلا، كما وأن الحائط المتصدق به ليس ملكا للمتصدق الذي كان يعمل فيه بطريق النيابة فكان هذا الحائط لأبويه، ومن ثمّ يكون تصرف المتصدق فيه بالحبس من غير أمرهما باطل إجماعا ولولا أنه ابنهما لما ورثه عنهما.

3- لا حجة في الحديث الذي رواه الطحاوي تفيد جواز الرجوع في الوقف.

4- قياس الوقف على العارية قياس مع الفارق لأن العارية إباحة انتفاع لا تمليك يبقى المعير بموجبها مالكا للعين المعارة، أما الوقف فتملك على الدوام فافترقا.

وتجدر الإشارة إلى أن أنصار هذا الاتجاه القائلين بجواز الرجوع في الوقف مطلقا يعتبرون استثناء الوقف عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إذا حكم الحاكم²، والسبب في ذلك يرجع إلى أنّ حكم الحاكم كان محل اجتهاد بحيث أفضى اجتهاده إليه بعد بحثه في المسألة وقضى بعدم جواز الرجوع في الوقف لأسباب مسوغة فيلزم.

¹ - هو أبو جعفر أحمد بن محمد سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي، ينتسب إلى المذهب الحنفي.

² - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 315.

كما وأن إضافة الوقف إلى ما بعد الموت يجعل عقد الوقف لازماً بعد موت الواقف لا في حياته كأن يقول: "إذا متّ فقد وقفته" لا يجوز للواقف أن يرجع فيه لأنه يأخذ حكم الوصية حينئذ وهذه الأخيرة لا يتصور الرجوع فيها بعد الموت، ومن ثم لا يجوز الرجوع في الوقف المطلق.

وأما في وقف المسجد فيلزم إفرازه عن ملكه وإذنه الناس بالصلاة فيه، فليس في قول الواقف " جعلت هذه البقعة مسجداً" ما يدل على بقائها في ملكه لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يَجُوزُ عَلَيْهِمْ جُرُؤُكُمْ فِيهَا وَأَنْ تَبْنُوا عَلَيْهَا مَسْجِدًا وَلَا مَدْرَسَةً وَلَا مَقْرَبًا لِلْكَافِرِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ عَذَابًا أَلِيمًا﴾¹، ومن ثمّ يمتنع على الواقف الرجوع في وقف المسجد مطلقاً سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم. هذا وإنني أرى تماشياً مع ما استقر عليه الرأي الفقهي الغالب أنّ الوقف عقد لازم بمجرد وقوعه باللفظ سواء قبض محل الوقف أو لن يقبض ولا يجوز الرجوع فيه مطلقاً لأنّ الوقف تبرع ولا يخرج عن كونه تمليكا لله سبحانه وتعالى.

ثانياً: حكم الرجوع في الوقف المؤقت

إذا أطلق الواقف وقفه ولم يتعرض فيه لتتجيز ولا لتأبيد فإنّه يحمل على أنّه ناجز من حينه كما يحمل على أنه مؤبّد، أما إذا أقت وقفه بمدة معينة على أن يرجع فيه بعد انتهاء المدة، فهل يجوز له ذلك؟ وما أثر هذا التأقيت والاشتراط على صحة الوقف؟ اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في الوقف المؤقت بحسب اختلافهم في صحة تعليق الوقف على شرط الخيار² إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: بطلان الشرط والوقف معا³

¹ - سورة الجن، الآية 18.

² - يقصد بشرط الخيار أن يشترط الواقف لنفسه عند إنشائه الوقف أن يكون له الحق في الرجوع فيما وقف متى شاء، أو أن يشترط رجوعه إليه بوجه ما كأن يبيعه أو يرهنه أو يهبه متى شاء.

³ - يمثل هذا الاتجاه الحنفية عدا الإمام أبو حنيفة، الشافعية، والحنابلة.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الوقف إذا اقترن بشرط البع أو الهبة أو الرجوع كان باطلاً، ذلك أن الوقف يهدف إلى التأييد ولا يصح تعليقه على شرط الخيار أو شرط الرجوع فيه متى شاء.

ولقد استدلت أنصار هذا الاتجاه على الأدلة التالية:

- (1)- أن اشتراط الواقف لنفسه حق بيع الوقف أو الرجوع فيه يتنافى ومقتضى الوقف فلا يقع صحيحاً لشموله هذا الشرط الفاسد.
 - (2)- قياس الوقف على الصدقة بدعوى أنّ كلا منهما إخراج للمال على وجه القرية، فكما أنّ الصدقة لا تصح مع وجود هذا الشرط فكذلك الوقف.
 - (3)- الوقف إضافة ملك إلى الله سبحانه وتعالى كالعتق أو إلى الموقوف عليه كالبيع والهبة فلا يصح اشتراط الخيار فيه، ومن ثم يكون اشتراط الواقف الرجوع في وقفه شرطاً فاسداً.
- الاتجاه الثاني: صحة الوقف وبطلان الشرط¹

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّه متى وقف الشخص ماله واشتراط لنفسه الرجوع فيه متى شاء كان هذا الشرط باطلاً والوقف صحيحاً ودليلهم في ذلك:

- (1)- قياس الوقف على البيع، ذلك أن البيع متى اقترن بشرط فاسد كان صحيحاً ووقع الشرط باطلاً لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أبطل الشرط ولم يبطل العقد، ومن ثم يسري نفس الحكم على الوقف.
 - (2)- قياس الوقف على العتق بشرط الرجوع في أنّه يقع العتق صحيحاً ويبطل الشرط.
 - (3)- قياس اشتراط الرجوع في الوقف على اشتراط المطلق أنه لا رجعة له، فإذا أسقط المطلق حقه في الرجعة أو طلق بشرط ألا رجعة له وقع الطلاق ولم يسقط حقه في الرجوع.
- غير أنّ هذا الرأي تعرض للنقد من قبل الفقه وذلك للأسباب التالية:

¹- يمثل هذا الاتجاه بعض الشافعية ووجه عند الحنابلة والظاهرية.

- 1- أن قياس الوقف على البيع قياس مع الفارق لأن عقد الوقف عقد إسقاط أما البيع فمعاوضة فهما يختلفان إذن، وأن في صحة البيع مع الشروط الفاسدة خلاف بين الفقهاء فيكون حكم الأصل المقيس عليه مختلفا فيه، ومن ثم لا يصح أن يقاس عليه غيره.
- 2- أن الكثير من العلماء قالوا بعدم وقوع العتق بشرط الرجوع ومع التسليم فإنه مخالف للوقف وذلك أن العتق مبني على الغلبة.
- 3- قياس الوقف على الطلاق قياس مع الفارق لأن اشتراط الرجوع في الوقف يعتبر بمثابة إنشاء حكم لم يكن ثابتا له بخلاف اشتراط عدم الرجوع في الطلاق الرجعي فإنه إسقاط حكم أثبتته الشارع فلا يسقط بالإسقاط.

الاتجاه الثالث: صحة الشرط وثبوت حق الرجوع¹

- يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يشترط في صحة الوقف التأييد، فيصح أن ينشأ أن ينشأ الوقف مؤقتا مدة معينة ثم ترفع وقيته بعد إنتهاء مدته وحججهم في ذلك:
- (1)- ما روي عن الإمام البخاري أن حسّان باع حصته من وقت أبي طلحة من معاوية الذي شرط في وقفه أنه يجوز للموقوف عليهم أن يبيعوا حصتهم من الوقف إذا ما احتاجوا ذلك.²
 - (2)- قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"، فالحديث الشريف دال على أن من شرط شيئا كان له ما شرط، وفي ذلك مراعاة لحقوق كل من الواقف والموقوف عليه فضلا عن أنه لا مانع من وضع شرط التأقيت شرعا ما دام أنه لم يشتمل على محرم.
 - (3)- قول عمر رضي الله عنه: "لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها"، وهذا القول يحتمل أن عمر رضي الله عنه كان يرى صحة الوقف ولزومه ما لم يشترط الواقف الرجوع فيه.

ولقد تعرض هذا الاتجاه بدوره إلى النقد من قبل بعض الفقهاء للأسباب التالية:

- 1- أن احتمال اشتراط أبا طلحة بيع الموقوف إذا ما احتاج الواقف ذلك بعيد، إذ لم يقدّم الدليل عليه بل هو مجرد احتمال فلا يصح أن يبنى عليه حكم شرعي، وأن بيع حسان

¹ - يمثل هذا الاتجاه بعض الشافعية ووجه عند الحنابلة والظاهرية.

² - نايف محمد العجمي، مرجع سابق، ص516.

حصته يدل على أن أبا طلحة ملكهم الحديقة المذكورة بعد أن أرجعها إليه الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يوقفها عليهم إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعهما لأنّ الوقف لا يباع.

2- أنّ الحديث النبوي الشريف المذكور أنفاً ظاهر الدلالة في لزوم الشروط وأنّه يجب الوفاء به، ولكن يجب أن يقيّد هذا اللزوم فيما إذا كانت هذه الشروط صحيحة ومنعقدة وفي هذه الحالة فإنّ الشرط غير صحيح فلا ينعقد لأنّ الوقت عقد مؤبد لا يحتمل التأييت ولا الفسخ لأنّه مناف لمقتضى العقد، والشرط متى كان منافياً لمقتضى العقد أو ترتب عليه حلّ ما حرّم الله أو تحريم ما أحلّ الله فإنّه يبطل.

3- أنّه ليس في قول عمر رضي الله عنه ما يدل على أنّ الوقف يجوز أن يفترن بشرط تأقيته ولا أنّه يجوز للواقف أن يشترط الرجوع فيما وقفه، لذا فلا يصح التعلق به للقول بصحة اشتراط الرجوع في الوقف.

ثالثاً: حكم الرجوع في الوقف المعلق بالموت

إذا وقف الشخص ماله ولم ينجزه بل جعله معلقاً على موته كأن يقول: "إذا متّ فقد وقفت داري على فقراء مدينتي" فهل يجوز في هذه الحالة للواقف الرجوع في وقفه إذا كان حياً ولم يمّت بعد أم أنّه يلزم من وقت صدوره؟
اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة فقرر البعض منهم جواز الرجوع ما دام الواقف حياً، في حين ذهب فريق آخر إلى لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه وسنعرض وجهة نظر كل اتجاه تباعاً.

الفريق الأول: جواز الرجوع مادام الواقف حياً¹

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الوقف المعلق على الموت يعتبر كالوصية لا يقع لازماً قبل وجود المعلق عليه أي الموت، ومن ثمّ يجوز للواقف أن يرجع فيه مادام على قيد الحياة فإن مات الواقف دون رجوع لزم الوقف ولا يملك أحد من الورثة أن يرجع عنه أو يعدل فيه² ودليلهم على ذلك:

¹ - وهو قول الحنيفة والشافعية وبعض الحنابلة.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 196.

1- أن كل ما يعلق بالموت يعتبر وصية، والوصية بالإجماع لا تلزم قبل وفاة الموصي فهي عقد جائز غير لازم، لذا فإن الوقف المعلق بالموت يعتبر وصية من الوصايا، ومن ثم يجوز للواقف أن يرجع فيما وقفه ما دام حيًا.

2- قياس الوقف على التدبير، فكما أنه يجوز للسيد أن يبيع عبده المدير عند الحاجة ولزوم الدين فكذلك يجوز الرجوع عن الوقف المعلق بدعوى أن كلا منهما تبرع معلق بالموت. ولقد تعرض هذا الفريق للنقد من طرف بعض الفقهاء وذلك لما يلي:

1- الوقف المعلق على الموت وإن تشابه مع الوصية إلا أن اعتباره وصية قطعاً غير صحيح وذلك لوجود الفارق بينهما، ففي الوصية ينتقل ملك الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد موت الموصي بخلاف الوقف الذي لا يفيد تملك الشيء الموقوف وإنما الانتفاع به فقط، فضلاً عن أن الوصية تتطلب قبول الموصى له لها لتنتقل ملكية الموصى به إليه بخلاف الوقف الذي لا يفترق انعقاده إلى القبول.

2- أن على التدبير قياس فاسد لأن البيع المدير عنه الحاجة مختلف فيه، ومن شروط صحة القياس أن يكون حكم الأصل المقيس عليه متفقاً عليه، وحتى لو سلمنا بصحته فإن الاستدلال به لا يصح فيما نحن بصدده، فقد اشترط القائلون بجواز بيع المدير أن تكون هناك حاجة توجب كدين ونحوه بخلاف الوقف المعلق على الموت فإن القائلين بجوع فيه لم يقيّدوه بالحاجة، فالرجوع في الوقف المعلق يصبح مطلقاً ومن ثم الاستدلال بالقياس هنا غير صحيح.

الفريق الثاني: عدم جواز الرجوع ولزوم الوقف من وقت صدوره¹

يذهب أنصار هذا الرأي أن الوقف المعلق على الموت عقد لازم من وقت صدوره حتى لو اقترن بأجل الوفاء²، وبرروا ذلك بلزوم الوقف كونها أدلة عامة تشمل الوقف المنجز والمعلق.

¹ - وهو قول المالكية وأكثر الحنابلة.

² - جاء في حاشية الدسوقي: "ولا يشترط في الوقف التتجيز بل يصح فيه التأجيل" في الانصاف: "أن يقف ناجزاً، فإن علقه على شرط لم يصبح إلا أن يقول: هو وقف من بعد موتي فيصح في قول الخري وهو المذهب".

غير أنه ردّ على أنصار هذا الاتجاه أن الأدلة التي اعتبروها سندا مبررا لاتجاهاتهم

تدلّ على لزوم الوقف المنجز فقط فلا تدلّ على لزوم الوقف المعلق لأنّه أشبه بالوصايا.

وأرى تماشيا مع ما أخذ به الفريق الثاني من الفقه أنّ الوقف المعلق على الموت عقد لازم بمجرد صدوره لا يجوز للواقف أن يرجع فيه لأنّ الوقف تبرع وهو قرينة لله سبحانه وتعالى.

رابعاً: الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت

إذا وقف الشخص جزء من ممرض الموت فهل يمتنع عليه الرجوع في وقفه؟ أم أنّ ما وقفه يعتبر وصية ويثبت له ما للوصية من أحكام، فيجوز له حينئذ الرجوع؟

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول: عدم جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت¹

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الواقف إذاه وهو في مرض الموت²، كان وقفه صحيحا وناجزا، ومن ثمّ لا يجوز للموقوف عليه أن يرجع به للأسباب التالية:

- أنّ الأدلة الدالة على لزوم الوقف وعدم الرجوع فيه عامة تشمل الوقف الذي نشأ من الواقف وهو في مرض الموت.

- أنّ حق الورثة تعلّق بالمال الموقوف كون الوقف نشأ أثناء المرض فمنع التبرع إذا زاد على الثلث كالعطية والعتق، أما إذا كان أقل من الثلث فجاز الوقف فيه ولزم لعدم تعلّق حق الورثة به.

الفريق الثاني: جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت³

¹ - وهو قول الصحابين أبو يوسف ومحمد والشافعية والمذهب عند الحنابلة.

² - مرض الموت هو مرض الذي يكون المريض به عاجزا عن القيام بمصالحه وقضاء حاجاته ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت. أنظر:

-O. pesle :La thorie et la pratiue du habous dans le titre malékite,Op,cit, p34-35.

-O-HOUDAS ,F.MARTEL :Traité de droit musulman, laTHFAT d'IBN ACEM, com-mentaire juridique et notes philologiques Gavauet SAINT-DAGER, éditeur, Alger,1882,P645.

³ - وهو قول المالكية والإمام أبي حنيفة.

يرى أنصار هذا الرأي أن الواقف إذا أنجز وقفه في مرض الموت كان كما لو أنجزه في وهو في صحته، ومن ثمّ كان وقفه غير لازم يجوز الرجوع فيه، ودليلهم على ذلك أنّه لما كان الوقف لا ينفذ إن مات الواقف في مرضه إلا في حدود الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه.

ولقد تعرض هذا الفريق للنقد على اعتبار أنّ قياس الوقف على الوصية قياس مع الفارق، فالوقف في مرض الموت يخالف الوصية ذلك أنه في الوقف إذا شفي الواقف من مرضه كان وقفه لازماً ولا رجوع فيه، بخلاف الوصية التي يكون للموصي الرجوع فيها إذا ما شفي هذا الأخير من مرضه، فضلاً عن أنّ ملكية الشيء الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي ويجوز عندئذ للموصى له أن يرد الموصى به إلى ورثة الموصي، بخلاف الوقف الذي ينجز من حينه ولا يمكن للواقف أن يسترده حتى ولو لم يقبله الموقوف عليه.

الفرع الثالث: حكم الرجوع في الوقف في التشريع الجزائري

إن حكم الرجوع في الوقف المبرم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية فتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها ذلك أن القانون لا يسري إلى على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي.

إن الوقف قبل صور قانون الأسرة يخضع لإرادة الواقف وعليه متى أنشأ الواقف وقفه على أساس المذهب الحنفي جاز له أن يرجع فيه بشرط أن يدمج بندا صريحا في العقد المثبت للوقف يحتفظ فيه لنفسه بحقه في التراجع في وقفه، أمّا إذا أنشأ الواقف وقفه بناء على مذهب جمهور الفقهاء فإنه لا يجوز له أن يرجع في وقفه مطلقاً.

ولقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد هذا الموقف بحيث أنه طبق أحكام الشريعة الإسلامية على وقف مبرم قبل صدور قانون الأسرة، ومن ذلك مثلاً ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 ديسمبر 2001¹ والذي قضت فيه بما

¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص326.

يلي: "من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي، ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد أساءوا تطبيق القانون".

أما بالنسبة لحكم الرجوع في الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدور قانون الأسرة فإننا نجد المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي بتأييد الوقف ولزومه، فنص صراحة في المادة 213 منه على أن الوقف يجب أن يصدر على وجه التأييد، الأمر الذي يستنتج منه أن الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للتراجع فيه مطلقا فلا يجوز للواقف أو لورثته من بعده الرجوع فيه ولو شرط الواقف ذلك في عقد الوقف، ولقد كرّس هذا المبدأ فيما بعد قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المواد 3 و16 و23 و28 منه.

وعليه متى تم الوقف صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه أصبح لازما وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو ناظر الوقف عن ملكية الرقبة، فتصير العين الموقوفة خارجة عن دائرة التمليك والتملك لأن الوقف صدقة جارية، ومن ثم لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه بأيّ تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما.¹

¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 328.

خلاصة:

انقسم الفقهاء الإسلاميون إلى أربعة إتجاهات لمفهوم الوصية، فهناك من اعتبرها عقد ومنهم من اعتبرها تصرف وآخرون يرونها تمليكاً، ليكتفي الباقي بأنها تبرع، وإن اختلفوا في هذا اتفقوا على أن الوصية تملك للغير مضاف لما بعد الموت، واعتبروها تصرفاً انفرادياً ينعقد بإيجاب الموصي، وهذا ما وافقهم عليه المشرع الجزائري واعتبرها طريقاً من طرق كسب الملكية وأخضعها لأحكام قانون الأسرة.

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء في تعريفه للوقف إذ أخرج المال الموقوف ومن ملك الواقف بعد تمام القف ومنه من التصرف في العين الموقوفة واشتراكه لصحة الوقف أن يكون مريداً لا محددًا بزمن.

الغاية من توافر الحياسة في التبرعات هو تأكيد رضا المتبرع ودفع التهمة عنه إلا أن هناك تبرعات لا تحتاج إلى حياسة منها الوصية، إذ لا يوجد نص خاص يشترط الحياسة. الظاهر من النصوص المتعلقة بالأوقاف أن المشرع الجزائري تبنى رأي الذي لا يشترط القبض والتسليم لتمام الوقف أو صحته كما ذهب إلى ذلك الشافعية وأبو يوسف وبعض الحنابلة.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي في وصيته، فمنهم من أجازوه ومنهم من منعه.

المشرع الجزائري اعتبر الوصية تصرف تبرعي غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمناً.

انقسم الفقه حول مسألة الرجوع في الوقف حسب اختلافهم في نوع الوقف الذي أنشأه الواقف ويريد الرجوع فيه، فمنهم من أجازوه ومنهم من لم يجزه وأما موقف المشرع الجزائري إلى الموقف القول أنه إذا ما تم الوقف صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه أصبح لازماً وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو ناظر الوقف عن ملكية الرقبة، فتصير العين الموقوفة خارجة عن دائرة التملك والتملك لأن الوقف صدقة جارية، ومن ثم لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns, rendered in a light gray color, framing the central text.

خاتمة

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة تبين لنا أن التصرفات التبرعية أخطر ما في التصرفات المالية كونه يتم من غير بدل أو عوض وإنما يقصد منه المتبرع تحقيق الثناء الدنيوي أو تحصيل الثواب الأخروي.

فعلى المقبل على التبرع أن يحاط علما بكافة التفاصيل المتعلقة بهذا التصرف خصوصا في مسألة الحيازة ورجوعه ونقضه لما أبرمه من أجل الوصول به إلى الغاية المنشودة من وراء تبرعه، لاسيما وأنّ التبرعات ذاتها تختلف فيما بينها، فالهبة والوقف ينتجان أثرهما حال الحياة في حين يلحق الحق في الوصية إلى ما بعد الموت.

وهذا لغياب تنظيم في المواد القانونية لكل من الوصية والهبة والوقف إذ نجد احكام عامة في قانون الاسرة لا تكفي لتنظيم هذه التصرفات بشكل تام، وغياب قانون مستقل للوصية وعدم تخصيص باب كامل للهبة في القانون المدني ينظم أحكامها ويضبط قواعد الرجوع فيها إضافة إلى كون تشريعات الوقف حديثة النشأة طالتها تعديلات عدة ولا زالت تحتاج إلى التوضيح والتدقيق، هذا من جهة.

وفي ظل ذلك كله وأمام الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها مما يفرض علينا البحث في كافة المذاهب الفقهية محاولة لإيجاد رأي قوي الحجة، من جهة أخرى.

من خلال دراستنا للحيازة وأحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري

خلصنا إلى عدة نتائج منها:

1- بالنسبة للهبة:

1- الهبة عقد عيني لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده يستوي في ذلك أن يكون محل الهبة عقارا أو منقولا إذ أنها عند الجمهور عقد تبرع ينعقد بإيجاب الواهب وقبول الموهوب له ولا يثبت الملك فيه ولا يلزم إلا بالقبض. وهو ما تبناه المشرع الجزائري جاعلا

الهبة عقدا ينعقد بالإيجاب والقبول والحيازة والرسمية في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول، وكلها أركان يترتب تخلفها البطلان المطلق.

2- إن الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقا و هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء أما عند الحنفية هي عقد جائز يمكن نقضها إلا إذا قام أحد الموانع، وقد نحى المشرع الجزائري منحى الجمهور وأضفى صفة اللزوم على الهبة ولم يستثنى سوى الأبوين بتبنيه لنص المادة 211 من قانون الاسرة.

3- إن جمهور الفقهاء حولوا حق الرجوع للأب والأم على السواء وألحق بعضهم الجد والجدة بهما، أما المشرع الجزائري فقد حوله للأبوين دون سواهما.

4- إن حق الرجوع في الهبة لا يسقط بإسقاطه عند الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية لهم، ويسقط بالإسقاط عند المالكية والحنابلة في روايتهم الثانية وقد رجحنا الرأي الثاني.

5- يكون الرجوع في الهبة بإرادة الواهب المنفردة عند الجمهور ويكون بالتراضي أو بحكم القاضي عند الحنفية وهو ما تبناه القضاء الجزائري و هو إن الرجوع في الهبة هو فسخ اتفاقي أو قضائي لها.

6- إن موانع الرجوع تختلف عند الفقهاء ضيقا واتساعا باختلاف القول بلزوم الهبة بعد القبض أو عدم لزومها و المشرع الجزائري إن كان قد تبنى الموانع التي ذكرها الجمهور إلا أنه لم يدرجها بأكملها.

7- إن الفقه الإسلامي تعرض لآثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين ولم يتعرض له بالنسبة للغير وهو ما يجعلنا نطبق القواعد العامة الفقهية والقانونية.

(2)- بالنسبة للوصية:

اعتبر الفقهاء الوصية تصرفا انفراديا ينعقد بإيجاب الموصي وقد وافقهم القانون في ذلك، إلا أنّ أغلبهم في ثنايا مصادرهم أطلق على الوصية لفظ "العقد" وإن كان بالمفهوم العام له إعمالا لمعنى التقوية والعهد فيه، هذا وتعد الوصية عقدا تصريحيا في الحياة التوثيقية وهو ما يجعلنا نعتبرها من عقود التبرعات

1/- لا تعتبر الحيازة في الوصية ركن لانها تصرف موقوف النفاذ الى اجل وفاة الموصى.

2/- اتفق كل من الفقه الشرعي والقانون على إضفاء وصف عدم اللزوم على الوصية وإثبات حق الموصي في الرجوع عنها.

3/- إن حق الرجوع في الوصية قاصر على الموصي وحده ولا يتعدى لورثته من بعده.

4/- اختلف فقهاء المالكية حول مسألة تنازل الموصي عن حقه في الرجوع، فذهب بعضهم إلى أن حقه يسقط بتنازله وذهب الآخر أن حقه ثابت وإن أسقطه على نفسه وهو الرأي الذي رجحناه.

5/- إن الفقه الإسلامي كان أوسع دائرة في تكييف حق الرجوع عن الوصية وذلك بإقراره للفسخ بإرادة منفردة، أما من الناحية القانونية فالرجوع ليس بطلان ولا فسخ للوصية وكل ما يمكن أن يقال أنه نقض وإنهاء لها.

6/- هناك طرق اتفق الفقهاء بشأنها واعتبروها رجوعا في الوصية وهناك طرق اختلفوا حولها أما القانون فقد كان جد مقتضبا واكتفى بالإحالة على الشريعة الإسلامية في غياب النص.

3- بالنسبة للوقف:

يعد الوقف تصرفا بإرادة الواقف المنفردة أما إطلاق لفظ العقد عليه فإعمالا للمعنى العام لا الخاص له، وذلك بإجماع الفقهاء وموافقة القانون لهم في ذلك. وهذا يعد الوقف عقدا احتقائيا في الحياة التوثيقية وهو ما يجعلنا نعتبره من عقود التبرعات.

1- رغم اتفاق الفقهاء على عدم ركنية القبول في الوقف وعدم اعتباره شرطا في الموقوف عليه غير المعين، إلا أنهم اختلفوا حول مدى اعتباره شرطا في المعين، فقد ذهب الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى عدم اعتباره لا شرط الصحة ولا استحقاق، في حين رأى المالكية والشافعية والحنابلة في روايتهم الثانية أن القبول في المعين شرط لاستحقاق الوقف وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري.

2- اشترط أبو حنيفة ومحمد والمالكية والحنابلة في أحد رواياتهم القبض لتمام الوقف في حين لم يشترطه أبو سيف والشافعية والحنابلة في ثاني آرائهم والظاهرية.

3-اتفق الفقهاء عدا ابو حنيفة على أن الوقف متى انعقد صحيحا فإنه يخرج الشيء الموقوف من تصرف الواقف وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

4-يرى أبو حنيفة أن الوقف عقد جائز يمكن نقضه واسترداده كما أنه يورث عن الواقف بعد مماته. وهو لا يصبح لازما إلا في وقف المسجد، أو بحكم القاضي، أو أن يخرج الواقف مخرج الوصية. في حين ذهب الجمهور إلى لزوم الوقف وعدم جواز العدول فيه، واختلفوا في وقت اللزوم تبعا لاختلافهم حول اشتراط القبض لتمام الوقف أو عدم اشتراطه.

5-إن قوة استدلال الجمهور كما فصلناه في المتن جعلتنا نرجح رأيهم في القول بعدم جواز الرجوع في الوقف.

6-قبل صدور قانون الأسرة عام 1984 كان للواقف حق اختيار المذهب الذي يعقد وفقه تبعا لشروطه وقواعده، وبعد صدور القانون أضحى الوقف عقدا مؤبدا لازما وهو ما أكده قانون الأوقاف 1/91 المعدل والمتمم.

2/الاقتراحات:

نخرج من خلال هذا البحث المتواضع بالاقترحات الآتية:

1)- بالنسبة للهيئة:

1/-إخراج الهيئة من قانون الأسرة ونقلها إلى مصف العقود الواردة في القانون المدني على غرار ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية.

2/-النص على مسألة التنازل عن حق الرجوع في العقد وإلزام المتنازل به.

3/-إدراج شرط تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بحسن نية حتى لا يعتمد إلى تحري الهيئة لاسقاط حق والديه في الرجوع.

4/-النص على حالة هلاك جزء من العين الموهوبة أو التصرف فيه وسلامة الجزء الآخر بايجاز الرجوع فيما بقى.

5/-النص صراحة على عودة حق الرجوع عند زوال التغيير الذي أحدثه الموهوب له وعودة العين الموهوبة إلى ما كانت عليه اعمالا لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع.

6/- إدراج بقية الموانع التي ذكرها الجمهور وهي:

-موت أحد المتعاقدين: بمنع رجوع الواهب متى توفي الموهوب له ومنع رجوع الورثة إذا توفي الواهب قبل مباشرته لدعوى الرجوع وتخويلهم حق إعادة السير في القضية غذا ما توفي الواهب أثناء سير دعوى الرجوع.

-النص صراحة على العذر المقبول.

7/-النص صراحة على الرجوع بالتراضي أو التقاضي بالتأكيد على ضرورة رضا الموهوب له بالرجوع لإبرامه أمام الموثق وإلا ليس للواهب إلا الطريق القضائي.

2)-بالنسبة للوصية: نقترح على المشرع

1-على المشرع الجزائري تحديد المذهب الفقهي عند إحالته لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

2-التفصيل في طرق الرجوع في الوصية بذكر:

-مسألة العرض للبيع والإيضاء والتوكيل وتكريس ما جاء في قرارات المحكمة العليا.

-التعرض لحالة عودة الملك من جديد والأخذ برأي الجمهور في أن الوصية لا تعود بعودته.

3-تعديل المادة 197 من قانون الأسرة للتأكيد على أن الرسمية في إثبات الوصية والرجوع فيها شاملة للمنقول والعقار على حد السواء متى تجاوزت قيمة المنقول 100000 دج.

3)-بالنسبة للوقف:

1/-نقترح على المشرع أن يخصص في قانون الأوقاف مادة صريحة للزوم الوقف بأن يكون

نصها كالآتي: "لا يجوز للواقف الرجوع في وقفه وان اشترط لنفسه ذلك في متن العقد".

2/-التأكيد على الحيابة كشرط نفاذ بالنسبة للوقف بنص صريح.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns, framing the central text.

قائمة المراجع

- 1- القرآن الكريم
- 2- السنة النبوية
- 3- أبي الفضل جمال الدين محمد مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، مج1، 1968.
- 4- الكاساني أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، ج8، 1997.
- 5- الدسوقي حاشية الدسوقي على، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ج5، ط1، 1996، ص490.
- 6- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، د.ط، ج2، د.ت.
- 7- ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، د.ط، ج6، د.ت.
- 8- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، ط1، ج1، القاهرة، مصر، 2003.
- 9- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، كتاب الهبة وفضلها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، الحديث رقم 2589، دار الريان للتراث 1407هـ-1986م.
- 10- سليمان بن محمد بن عمر الشافعي البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج3، 2007.
- 11- الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، التعليق لأبي الطيب محمد شمس الحق، سنن الدارقطني، كتاب الفرائض والسير، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432 هـ، 2011م.
- 12- مالك ابن أنس، تح: لحلال حسن علي، الموطأ، كتاب الأفضية، باب ما لا يجوز من لنحل، حديث رقم 1512 و 1513، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، دمشق-سوريا، 1434 هـ 2013م.
- 13- محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003.

- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، مجلد 3، 5، 2000.
- 15- أبو داوود، عون المعبود للعلامة محمد شمس الحق العظيم الأبادي، كتاب الإجارة، باب الرجوع في الهبة، الحديث رقم 3539، دار الفكر، 1415هـ-1995م.
- 16- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م.
- 17- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، طبعة مصححة لبنان، 2009.
- 18- سماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تر: أحمد عد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط3، 1984.
- 19- عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، تعليق محمود أو تفيقة، الاختيار لتعليل المتار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ج3، د.س.
- 20- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، دار القلم، الكويت، ط2 1990.
- 21- أبي إسحاق إبراهيم علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التتبيه في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان.
- 22- أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، لبنان 1997.
- 23- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية. رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.
- 24- فخر الدين عثمان بن علي الزيبي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ج5 مصر.
- 25- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف)، دار هومة، الجزائر 2012.

- 26- عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار نشر المعرفة، ط2، ج2، د.س.
- 27- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة- الوصية- الوقف)، دار هومة، طبعة جديدة، الجزائر، 2004.
- 28- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل، مج3، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م
- 29- فتح الحثم حمد الله تفاحة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، دار الجنادرية للنشر والتوزيع ط1، 2011.
- 30- ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2002/2001.
- 31- طه العاقل جمال الدين، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، ط1978.
- 32- حجازي مصطفى أحمد عبد الجواد، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر 2001/2000.
- 33- جمال الدين أبي محمد بد الله بن يوسف الزيلعي، نضب الرابة لأحاديث الهداية، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، الحديث رقم1، المكتب الإسلامي، ط2، مج4، بيروت، لبنان، 1393هـ/1972م .
- 34- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 35- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، ج3، 2005 .
- 36- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 37- حمدي كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، د.س.
- 38- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري الأردن، 2010.

- 39- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 40- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مج1، دار الفكر، ب.س.
- 41- محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999 .
- 42- لمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، مصر، 2004 .
- 43- محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982 .
- 44- زهدي يكن، الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت، لبنان ، 1388 هـ .
- 45- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982.
- 46- عمر بن فيحان المرزوقي، اقتصاديات الوقف في الإسلام، مجلة أوقاف، ع3، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت 2009.
- 47- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط8، دمشق، سورية، 1989.
- 48- بدران أبو العينين، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1982.
- 49- منذر قحف، الوقف الإسلامي " تطوره ،إدارته، تتميته"، دار الفكر، ط3، دمشق، سورية، 2006.
- 50- فتح الباري شرح صحيح البخاري، شرح وتصحيح محب الدين الخطيب، ترقيم وتبويب
- 51- محمد فؤاد عبد الباقي، مراجعة محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة.
- 52- محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منقى الأخيار، ط1، ضبط وتصحيح محمد سالم هاشم، بيروت، دار الكتب العلمية، عام 1995/1415، ج6.
- 53- محمد صبري السعدي، " شرح للقانون المدني الجزائري "، مصادر الإلتزام، الجزء1، ط1991، دار الهدى، الجزائر.

- 54-محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 55-شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة-الوصية-الوقف)، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 56-قرعاني موسى، عقد الوقف و طرق اثباته -في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2013/2014.
- 57-عظيم حكيم، أساليب إدارة الوقف، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة د. طاهر مولاي- سعيدة، الجزائر، 2016/2017.
- رمضان قنفوذ، نظام الوقف في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة سعد دحلب البلدية ، 2001 .
- 58-محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، ط2، القاهرة، 1972 .
- جهاد سالم جريد الشرفات، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، 1999.
- 59-نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2001.
- 60-فتيحة محمد بوشعالة، والوقف في التنمية والسبيل إلى تفعيله، مجلة المحراب، ع1، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف قسنطينة، 2007.
- 61-خير الدين مشرين ، ادارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الادارة المحلية ،جامعة تلمسان/2001/2002.

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns, rendered in a light gray color, framing the central text.

الفهرس

مقدمة

5 الفصل الأول: الحيابة وأحكام الرجوع في الهبة.
6 المبحث الأول: مفهوم الهبة
6 المطلب الأول: تعريف الهبة وخصائصها
6 الفرع الأول: تعريف الهبة لغة
7 الفرع الثاني: تعريف الهبة اصطلاحا
7 أولا: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي
8 ثانيا: تعريف الهبة في القانون
9 الفرع الثاني: خصائص الهبة
10 المطلب الثاني: مشروعية الهبة والتميز بين التصرفات المشابهة له
11 الفرع الأول: مشروعية الهبة
11 أولا: الأساس الشرعي
12 ثانيا: الأساس القانوني
13 الفرع الثاني: التمييز بين الهبة والتصرفات الأخرى المشابهة لها
13 أولا: التمييز بين الهبة والوصية
14 ثانيا: التمييز بين الهبة والوقف
15 المبحث الثاني: القبض والحيابة في الهبة
15 المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي
16 الفرع الأول: حكم القبض
17 الفرع الثاني: حكم القبض في بعض الهبات الخاصة منها هبة المشاع
20 المطلب الثاني: حيابة الهبة في التشريع الجزائري
21 الفرع الأول: كيفية إتمام حيابة المال الموهوب
22 الفرع الثاني: الحيابة شروطها والقيود الواردة عليها
22 أولا: شروط الحيابة

23 ثانيا: القيود الواردة على الحيابة
24 المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الهبة
25 المطلب الأول: حكم الرجوع في الهبة
25 الفرع الأول: الرجوع في الهبة من جانب الفقه الإسلامي
26 أولا: الرجوع في الهبة عند المالكية
27 ثانيا: الرجوع في الهبة عند الشافعية
27 ثالثا: الرجوع في الهبة عند الحنابلة
29 رابعا: الرجوع في الهبة عند الأحناف
30 الفرع الثاني: الرجوع عن الهبة في التشريع الجزائري
30 أولا: تعليق الرجوع على شرط صحة الهبة
31 ثانيا: حكم الرجوع عن الهبة وتمييزه عن المعاني المشابهة له
34 ثالثا: رجوع الأبوين
34 رابعا: إجراءات الرجوع عن الهبة
40 المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة
41 الفرع الأول: الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي
41 أولا: بالنسبة للمتعاقدين
42 ثانيا: آثار الرجوع المترتبة عن الغير
42 الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريع الجزائري
44 خلاصة
الفصل الثاني: الحيابة والرجوع في الوصية والوقف	
47 المبحث الأول: مفهوم الوصية و الوقف
47 المطلب الأول: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها
47 الفرع الأول: تعريف الوصية

47	أولاً: تعريف الوصية لغة واصطلاحاً ووفقاً للمشرع الجزائري
49	ثانياً: خصائص الوصية
51	الفرع الثاني: أدلة مشروعية الوصية والحكمة منها
55	المطلب الثاني: تعريف الوقف وأدلة مشروعيته
55	الفرع الأول: تعريف الوقف
55	أولاً: تعريف الوقف لغة و الاصطلاحاً و قانوناً
59	الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية الوقف
59	أولاً: من القرآن الكريم
60	ثانياً: من السنة المطهرة
62	ثالثاً: الإجماع
62	الفرع الثالث: خصائص الوقف
67	المبحث الثاني: الحيابة أحكام الرجوع في الوصية
67	المطلب الأول: الحيابة في الوصية
68	الفرع الأول: مدلول الحيابة
68	الفرع الثاني: مدى وجوب الحيابة في الوصية
69	المطلب الثاني: أحكام الرجوع في الوصية
69	الفرع الأول: حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي
70	الفرع الثاني: حكم الرجوع في القانون الجزائري
70	المبحث الثالث: الحيابة و أحكام الرجوع في الوقف
72	المطلب الأول: الحيابة في الوقف
72	الفرع الأول: الحيابة في التشريع الإسلامي
72	أولاً: نظرية القبض شرط التمام واللزوم
73	ثانياً: نظرية كفاية الصيغة
73	الفرع الثاني: موقف القانون من القبول والقبض
73	أولاً: القبول

75 ثانيا: القبض
76 المطلب الثاني: أحكام الرجوع في الوقف
76 الفرع الأول: تأييد و تأقيت الوقف
76 أولا: تأييد الوقف
77 ثانيا: تأقيت الوقف
78 الفرع الثاني: حكم الرجوع في الوقف في الفقه الإسلامي
79 أولا: حكم الرجوع في الوقف المطلق
84 ثانيا: حكم الرجوع في الوقف المؤقت
87 ثالثا: حكم الرجوع في الوقف المعلق بالموت
89 رابعا: الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت
90 الفرع ثالثا: حكم الرجوع في الوقف في التشريع الجزائري

94 خاتمة
99 قائمة المراجع
104 الفهرس