



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



عنوان الأطروحة:

## الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مكتملة لنيل شهادة الدكتوراه علوم  
تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ:  
أ.د. كاملي مراد

إعداد الطالب:  
عمارة علي

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة	اسم ولقب الأستاذ
رئيساً	جامعة أم البواقي	أستاذ محاضر - أ -	بوقندورة عبد الحفيظ
مشرفاً ومقرراً	جامعة جيجل	أستاذ التعليم العالي	كاملي مراد
عضواً	جامعة عنابة	أستاذ التعليم العالي	حداد عيسى
عضواً	جامعة سكيكدة	أستاذ التعليم العالي	رحماني منصور
عضواً	جامعة أم البواقي	أستاذ محاضر - أ -	مرامية سناء
عضواً	جامعة أم البواقي	أستاذ محاضر - أ -	قصار الليل عائشة

السنة الجامعية: 2022 - 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ

بِهِ عَلِيمٌ)

[الآية: 92 آل عمران]

## الإهداء

إلى روح والدي - رحمه الله -

إلى من جعلت الجنة تحت قدميها

والدي العزيزة - حفظها الله ورعاها -

إلى رفيقة دمي وحياتي زوجتي الغالية.

إلى قرّة عيني أولادي:

ملاك - لينة - ريم - طه أمين - عبد الماجد.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل عائلتي وأحبتي وزملائي

أهدي هذا العمل.

# شكر وعرافان

أقدم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلية

أساتذة وطلبة وإدارة.

وأخص بالذكر أستاذي الفاضل.

الأستاذ الدكتور: كامل مراد الذي أشرف على هذه الرسالة

والذي غممني بأخلاقه قبل أن يغممني بعلمه واجتهاده

فكان نعم الناصح المرشد والمعين على إتمامها.

ولي كل الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة.

كل باسمه وصفته.

كما لا يفوتني أن أقدم بالشكر إلى من ساعدني

ومد لي يد العون والنصح والإرشاد.

## جدول المختصرات:

الاجتهاد القضائي	-----	اج. ق
جزء	-----	ج
الجريدة الرسمية	-----	ج. ر
سنة	-----	س
صفحة	-----	ص
العدد	-----	ع
الغرفة الاجتماعية	-----	غ. اج
غرفة الأحوال الشخصية	-----	غ. أ. ش
غرفة الأحوال الشخصية والمواريث	-----	غ. أ. ش. مو
الغرفة العقارية	-----	غ. ع
غرفة القضاء الخاص	-----	غ. ق. خ
الغرفة المدنية	-----	غ. م
الغرفة المجتمعة	-----	غ. مج
قانون	-----	ق
قانون الأسرة	-----	ق. أ
القانون المدني	-----	ق. م
المجلس الأعلى	-----	م. أ
المحكمة العليا	-----	م. ع
مجلة المحكمة العليا	-----	م. م. ع
مجلة قضائية	-----	م. ق
نشرة القضاة	-----	ن. ق
هامش	-----	ه



يمثل الاجتهاد القضائي في مسائل شؤون الأسرة وظيفة بالغة الأهمية، مكملة للنص القانوني، وموجهة للعمل القضائي باعتباره صمام الأمان في نشاطه، من حيث تنزيل النصوص القانونية على الوقائع المعروضة، حيث يتصدى لمهمة توضيح معاني النصوص القانونية وتوجيه فهم القضاة قصد تحقيق التطبيق السليم المتناسب مع روح التشريع، وتوحيد الاجتهاد القضائي عامة، باعتبارها عملية رقابة وتصويب للأحكام القضائية.

إن طبيعة مسائل شؤون الأسرة المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية والمرتبطة ارتباطا وثيقا بالخلية الأساسية للمجتمع تعد من المواضيع القانونية المتجددة في بعض مسائلها الجزئية تبعا لتجدد الحوادث والوقائع وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات، مما دفع المحكمة العليا باعتبارها الهيئة الأولى لتوحيد الاجتهاد القضائي في فهم النصوص وتطبيقها إلى النظر في الاجتهاد الفقهي الإسلامي، وترجيح اختيارات فقهية على أخرى بما يخدم كيان الأسرة وقيم المجتمع الجزائري. وباعتبار عقود التبرعات من هبة ووصية ووقف تصرفات قانونية تخضع لسلطان الإرادة، وبالتالي تسري في شأنها القواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود ونفاذها وانحلالها، وتحكمها القواعد القانونية الآمرة لنصوص قانون الأسرة.

وبما أن هذه التصرفات القانونية ذات أهمية بالغة إذ يتنازل فيها الانسان عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية بما يلحقه من ضرر بسبب الحاجة والعوز، فإن المشرع قد نظمها في الكتاب الرابع من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان التبرعات: الوصية، الهبة، الوقف.

فخصص الفصل الأول منه للوصية، والفصل الثاني للهبة، والفصل الثالث للوقف، ومن خلال هذا الموضوع "الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات"،

سنحاول إلقاء الضوء على هذه الاجتهادات لمعرفة مدى توافقها مع النصوص القانونية، والمنهج المتبع في اختياراتها من مذاهب الفقه الإسلامي.

### أهمية الموضوع:

تعتبر عقود التبرعات من أهم المعاملات اليومية التي تعيشها الأسرة، وفق معايير مختلفة وتجاذبات عديدة لأن المال هو عصب الحياة لحفظ النفس البشرية، وتقوية الروابط الانسانية المبنية على أساس البر لقوله تعالى: "لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" سورة آل عمران. الآية: 92.

ومن هنا تبرز أهمية البحث من زوايا ثلاثة وهي:

- حداثة الموضوع: وذلك لأن عقود التبرعات من المواضيع المتجددة في فروعها بالنظر إلى التطور الذي يشهده المجتمع في تعاملاته القانونية المختلفة، وما يترتب عليها من مسائل وقضايا مثيرة للنزاع والتساؤل، مما يقتضي التصدي لها والمتابعة استنادا إلى ما يمليه الاجتهاد القضائي.
- قيمة الموضوع: وتتجلى من خلال معرفة الاجتهادات القضائية المختلفة في عقود التبرعات ومدى تطبيقها للنصوص القانونية وتوافقها أو تباينها مع سائر اجتهاداته في المادة، وتناسقه مع الاجتهاد في الفروع الأخرى.
- اتساع الموضوع وتشعبه: بما أن نظام الاسرة مجال واسع وخاصة ما تعلق بعقود التبرعات، فهي تفرض البحث في آليات جديدة تستجيب وتتماشى مع ما يظهر من تجديد وتطور في هذه العقود بما يجعلها قادرة على استيعاب ما تفرضه حماية الأسرة.

## أسباب اختيار الموضوع:

لقد تنوعت الأسباب التي دفعت الباحث إلى اختيار موضوع الدراسة بين الذاتية والموضوعية والمبينة كما يلي:

أما الأسباب "الذاتية" فهي حب الباحث للقانون المدني والرغبة لديه في الإطلاع الجيد على هذه العقود الثلاثة من هبة ووصية ووقف، وما هي أركانها ومدى لزومها وهل يمكن التراجع عنها؟ وهل تتشابه فيما بينها أم تختلف وتتمايز باعتبارها جميعا عقود تبرعات.

وأما الأسباب "الموضوعية" فهي اجراء دراسة تحليلية لأهم المسائل المنصوص عليها قانونا أو صدرت بشأنها قرارات من المحكمة العليا تمثل اجتهادات قضائية تفسيرية وذلك قصد إظهار مواطن التوافق والتعارض مع نصوص قانون الأسرة، ومحاولة تقييمها في ظل استجابتها للتحديات وتطلعات الأسرة والمجتمع الجزائري، ومساهمتها في تنوير العمل القضائي في هذا الجانب على مستوى المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية.

## الدراسات السابقة:

إن موضوع عقود التبرعات موضوع قديم متجدد، حيث تناولته كتب الفقه الإسلامي بإسهاب، وكذا الحال بالنسبة لفقهاء القانون على حد سواء، بالنسبة لعقد الهبة والوصية، أما عقد الوقف فيبقى عقدا إسلاميا خالصا تميز به الفقه الإسلامي عن غيره.

أما الدراسات السابقة فنجد أطروحة دكتوراه بعنوان: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري للباحث: محفوظ بن صغير.

وبعد الإطلاع عليها وجدت أنها مقتصرة على دراسة الزواج وآثاره، وانحلال الزواج وآثاره، ولم تتطرق مطلقا لبقية المواضيع.

وأطروحة دكتوراه ثانية بعنوان: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة للباحث: عدلان مطروح. والتي جاءت مقتصرة أيضا على الزواج والطلاق.

وهذا ما دفعني إلى دراسة هذا الموضوع باعتباره حديثا ولم أعثر على دراسات سابقة تخص الاجتهاد القضائي في عقود التبرعات، وهذا ما يجعل من هذه الدراسة متميزة، لأنها ستتناول عقود التبرعات الواردة في قانون الأسرة من ناحية اجتهادات المحكمة العليا.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز مجموعة من النقاط أهمها:

- 1- تقييم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات من حيث مدى استجابته وفعاليته في التصدي للإشكالات المطروحة على مستوى العمل القضائي والبحث العلمي.
- 2- تحديد اختيارات الاجتهاد القضائي للمحكمة في مسائل عقود التبرعات ضمن الاتجاهات المختلفة للفقهاء الإسلاميين.
- 3- تحديد مدى مراعاة الاجتهاد القضائي للمنظومة القانونية الجزائرية (فروع القانون الأخرى).
- 4- بيان أهم الأسس والقواعد التي يمكن من خلالها استخلاص قواعد وضوابط لتجديد الاجتهاد القضائي بما يتماشى والمستجدات.
- 5- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية في مجال الأسرة حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بهذه الأبحاث.

إشكالية البحث:

أولاً: الإشكالية الرئيسية.

- ما مدى توفيق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات في تطبيق نصوص قانون الأسرة خصوصاً والقوانين الجزائرية عموماً؟.
- وما مدى توفيقه في التصدي لتساؤلات العمل القضائي وحاجات المجتمع الجزائري؟.

ثانياً: التساؤلات الفرعية:

- ما مدى توافق الاجتهاد القضائي في مسائل عقود التبرعات مع النصوص وأحكامها في فروع القانون الأخرى (خاصة المدني)؟.
- وما هي أهم اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات التي كملت القصور والنقص في نصوص قانون الأسرة؟.
- ما هي اختيارات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في أحكام عقود التبرعات من الفقه الإسلامي؟. وما هو منهجه في هذه الاختيارات؟.
- ما مدى استجابة الاجتهاد القضائي لحاجة المجتمع الجزائري؟.
- ما قيمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ الاجتهاد القضائي الخاص بالأسرة؟. وهل تعتبر كافية لسد العجز التشريعي؟.

المنهج المتبع:

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي الاستقرائي أساساً، حيث يقوم بتجميع وتوظيف اجتهادات المحكمة العليا في قضايا عقود التبرعات، تبعاً للمحاور الأساسية لقانون الأسرة. وذلك من خلال تتبع كل الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع.

كما يعتمد آليات المنهج التحليلي الذي يعتمد على التفصيل والتحليل والتمحيص عند عرض هذه الاجتهادات وتشريحها قصد معرفة توجهات المحكمة العليا في فهم النصوص وتوحيد الاجتهاد، وتقدير ملاءمته لاحتياجات الأسرة الجزائرية.

ويعتمد انتهاء على آليات المنهج المقارن من خلال عرض مدى موافقة أو مخالفة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لتوجهات الفقه الإسلامي، وهو ما يمكننا من الموازنة بينهما، وبيان أوجه الإختلاف والإتفاق والأسباب العميقة لذلك.

### خطة البحث:

يتبين لنا من موضوع هذه الدراسة أن الخطة الأمثل تتم باتباع منهجية الفصول والمباحث والمطالب، لذلك فقد قام الباحث بتقسيم خطة البحث إلى مقدمة وأربعة فصول رئيسية وخاتمة، حيث خصص الفصل الأول للتعريف بالاجتهاد القضائي ومجالاته، وقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

خصص الأول منها: لمفهوم الاجتهاد القضائي.

والثاني منها: لمجالات الاجتهاد القضائي.

والثالث منها: لحكم الاجتهاد القضائي ومحلّه.

والفصل الثاني خصص للاجتهاد القضائي في عقد الهبة، وقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

خصص الأول منها: لتعريف الهبة ومشروعيتها.

والثاني منها: لأركان الهبة وشروطها.

والثالث منها: لأحكام الرجوع في الهبة.

والرابع منها: للآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة.

والفصل الثالث خصص للاجتهاد القضائي في الوصية، وقسم هذا الفصل إلى أربعة  
مباحث:

خصص الأول منها: لمفهوم الوصية.

والثاني منها: لإنشاء الوصية.

والثالث منها: لأحكام الوصية.

والرابع منها: لمبطلات الوصية وموانع استحقاقها.

والفصل الرابع خصص للاجتهاد القضائي في الوقف، وقد قسم هذا الفصل إلى ثلاثة  
مباحث:

خصص الأول منها: لمفهوم الوقف ومشروعيته.

والثاني منها: لإنشاء الوقف.

والثالث منها: لأحكام الرجوع في الوقف.

خاتمة.

**الفصل الأول:**

**الاجتهاد القضائي**

**ومجالاته**

## الفصل الأول: الاجتهاد القضائي ومجالاته.

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش إلا ضمن مجتمع إنساني ونتيجة لذلك فقد نشأت علاقات بين أفراد تلك المجتمعات سواء أكانت علاقات شخصية كالزواج مثلا، أم علاقات مالية كالبيع والشراء، ولطبيعة تلك العلاقات قد تنشأ أحيانا نزاعات بين أطرافها مما يستدعي حسمها من القضاء.

وإصدار الأحكام القضائية ليس دائما بالسهولة التي نتصورها فهي تستند إلى القوانين، وبطبيعة الحال فإن القوانين تتضمن نصوصا تشريعية تعد المصدر الرئيس لها، وتلك النصوص التشريعية تتضمن قواعد عامة مجردة تمت صياغتها بإيجاز لتكون - في نظر المشرع - مستوعبة للحالات الكثيرة التي تستجد بعد صدور النص التشريعي.

وحيث أن القاضي ملزم بإصدار الحكم في الدعوى المعروضة عليه، وإزاء ذلك فقد نشأت الحاجة إلى الاجتهاد القضائي وذلك لسد القصور التشريعي، إما لفقدان النص أو غموضه.

لكن الاجتهاد القضائي ليس عملية اعتباطية يقوم بها القاضي، بل هو يخضع لضوابط معينة يجب على القاضي أن يتقيد بها وإلا كان الحكم الذي يصدره معرضا للنقض.

والاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع والنوازل، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حولا وسطى، ولا يخصص حولا فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا مستقلا ومساويا لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية، ويقوم بتحيينها، إذ بدونها لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، فالاجتهاد القضائي يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص.

كما أنه يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها فيصير الاجتهاد القضائي مصدرا مباشرا للقانون.

ولا شك في أن أهمية الاجتهاد القضائي، ستكون عديمة الأثر إذا لم يتم تعميمه بين الممارسين المتخصصين بدرجة أولى، ثم العمل على نشره بمختلف الوسائل المتاحة حتى يمكن تقريبه إلى أكبر قدر ممكن من الأشخاص، وتبعاً لذلك فإن تعميم الاجتهاد القضائي على هذا المنوال يسهم في ترسيخ قيم العدالة لأنه يمكن من إدراك اتجاه القضاء ويدفع الناس إلى مراعاة ذلك الاتجاه في تعاملاتهم والاستدلال بها في خصوماتهم.

ولتحديد مفهوم الاجتهاد القضائي ومجالاته فقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة

وهي:

**المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.**

**المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي.**

**المبحث الثالث: حكم الاجتهاد القضائي ومحلّه.**

**المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.**

الاجتهاد القضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، لأن وقائع الحياة متجددة وغير محدودة، لذا كان لزوما بذل الجهد في استخلاص الأحكام القضائية من تلك النصوص التشريعية المحدودة.

فالقاضي يجب عليه أن يصدر حكما في النزاع المعروض عليه في كل الأحوال وأن لا يتذرع بفقدان النص التشريعي أو غموضه وإلا عد ممتنعا عن احقاق الحق ومنكرا للعدالة. فإذا كانت المشكلة الأولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون أو المبتدئ في دراسته تتمثل في إيجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين، وهي المشكلة التي تتعد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة، سواء أكانت من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة، مثل الدستور، التشريع، المراسيم والقرارات، فإن المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون، ولاسيما القضاة والمحامين، تتمثل أساسا في تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة.

ولدراسة مفهوم الاجتهاد القضائي تم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

**المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.**

**المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.**

## المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.

الاجتهاد القضائي هو محاولة القاضي استنباط أحكام قانونية من مصادرها الرسمية، فتكون بمثابة الحل الذي يتخذه القاضي في قضية معروضة أمامه لعدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته، ولمعرفة ذلك سنتطرق لتعريف الاجتهاد القضائي لغة واصطلاحاً.

## الفرع الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً.

## أولاً: تعريف الاجتهاد لغة:

الاجتهاد لغة: افتعال من "جهد يجهد" إذا تعب، والجهد والجهد: الطاقة. وقرئ: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾<sup>1</sup> و "جَهْدَهُمْ"<sup>2</sup>.

ويعرف الاجتهاد في أيضا على أنه: "بذل الجهد في تحقيق أمر معين سواء كان مادي أو معنوي"، والجهد بالفتح الطاقة والوسع، والتجاهد في بذل الوسع والمجهود كالاجتهاد افتعال من الجهد والطاقة والوصول إلى أمر من الأمور، واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد للوصول إلى أمر من الأمور"<sup>3</sup>.

وفي حديث معاذ - رضي الله عنه - لما أراد النبي -صلى الله عليه وسلم- أن يرسله قاضياً إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء، قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله"<sup>4</sup>.

1- سورة التوبة، الآية 79.

2- الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ج1، ص 119.

3- مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص15.

4- أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج3، ص 330. باب اجتهاد الرأي في القضاء.

ثانياً: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً.

عرفه العز بن عبد السلام بقوله: "الاجتهاد هو بذل الجهد والطاقة في النظر في الأدلة الدالة على مطلوب المجتهد".<sup>1</sup>

وعرفه الإمام محمد أبو زهرة بقوله: "استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها".<sup>2</sup>

وعرف أيضاً بأنه: "استفراغ الجهد في إدراك الأحكام واستنباطها من أدلتها".<sup>3</sup>

كما أن الاجتهاد القضائي هو "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"، سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، فيقال مثلاً الاجتهاد القضائي دون تخصيص"<sup>4</sup>.

وأما في عرف الفقهاء فهو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه وهو سبيل مسائل الفروع ولهذا تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيها مجتهداً.<sup>5</sup>

ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي إنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة بين قانونين أو أكثر ويعرفه كل من الأستاذين لومبير وصالي بأنه: "العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة يقوم الفقه والقضاء عن طريق الدراسة المقارنة بدور مهم في إصلاح التشريع أو في حسن تطبيقه. بالنسبة للفقه : يقوم الفقيه بدراسة القوانين الأجنبية ومقارنتها بقانونه الوطني حيث تظهر له عيوب القانون

1- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج4، ص 21.

2- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص 379.

3- البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1995، ص246.

4- موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، عدد3، جويلية 1969، ص16.

5- الاجتهاد هو الطريق الموصل الى استنباط الأحكام .. والاجتهاد من الجهد وهو المشقة والطاقة وهو استفراغ الوسع في تحصيل المطلوب ولا يطلق في الحقيقة الا على ما فيه مشقة.

ونواقصه ويقترح التعديلات التي تصلح للقانون الوطني وبذلك يكون الفقيه رائداً للمشرع يزوده بما يسترشد به في إصلاح القانون وتحسينه"<sup>1</sup>.

كما أنه مساهمة القضاء، أو بتعبير آخر إضافات القضاة، ونتائج جهودهم في تفسير القانون، وسد النقص الموجود فيه أو تكملته ورفع التناقضات الموجودة بين قاعدتين أو تحديد معاني القواعد إذا شابها الغموض<sup>2</sup>.

### ثالثاً: تعريف الاجتهاد قانوناً.

تطلق على الاجتهاد القضائي في اللغة العربية عدة مصطلحات، منها "اجتهاد" و"اجتهاد المحاكم" و"قضاء"، أما في اللغة الفرنسية فإن عبارة "الاجتهاد القضائي" "jurisprudence" مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ "juris" ويعني القانون، ثم لفظ "prudentia" وتعني المعرفة أو العلم، بحيث كان يطلق قديماً على الاجتهاد القضائي: "العلم التطبيقي للقانون"<sup>3</sup>.

والاجتهاد القضائي له معنيين عام وخاص، فأما العام فهو: مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في مسألة قانونية معينة، وبمعنى آخر هو "مجموع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم"<sup>4</sup>.

كما يعرف بعض الفقه الاجتهاد القضائي بأنه: "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"، سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، فيقال مثلاً الاجتهاد القضائي العقاري، أو في القانون عموماً، فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص<sup>5</sup>.

1- مجلة القانون والأعمال عبر الرابط الإلكتروني: [www.droitentreprise.com](http://www.droitentreprise.com) تاريخ الزيارة: 2021/11/04.

2- عبد الجليل مفتاح، مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟ مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، دت، ص 116.

3- محمد عبد النباوي، تعميم الاجتهاد القضائي: مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، المغرب، العدد 2، 2011، ص ص 10، 11.

4 - A. de Theu, I. Kovalovszky et N. Bernard : « Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit », publications des facultés universitaires, Sant-louis, Bruxelles, 2000, p : 33.

5 - F. Terré : « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 2006, p : 237.

أما المعنى الخاص للاجتهاد القضائي فيقصد به الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية معينة، فإذا كان المشرع يضع قاعدة عامة، فإن الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، ومن هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية ابداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة، وتبعاً لذلك يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه الاجتهاد القضائي بكونه: "مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية"<sup>1</sup>.

ويعرف أيضاً الاجتهاد القضائي بأنه: بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية والقانونية من مصادرها الرسمية. على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في حل مسألة قانونية والذي يقضي به، وعلى هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها، ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضاً اسم القضاء، وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما<sup>2</sup>.

ونعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتها عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته<sup>3</sup>.  
وأما الاجتهاد في معنى القضاء فيطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص.<sup>4</sup>

أما في الجزائر فإن القوانين مدونة وبالتالي فإن الاجتهاد يقل عن بلد مثل إنجلترا، بحيث الاجتهاد هناك له أهمية كبرى لأنه لا يوجد هناك قانون مدون جامع ينفذ به القاضي،

1 - G.D.Genevière : « Institutions judiciaires et juridictionnelles », Paris, 1987, p : 45.

2- محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، ط4، دار هومة، الجزائر، 2007، ص204

3- لحدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر، 1991/2/25-23، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993، ص153.

4- محمد سلام منكور، المدخل للفقه الإسلامي -تاريخه ومصادره ونظرياته العامة-، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، القاهرة، 1996، ص 289.

وإنما الأحكام القضائية تمثل مرجعا بحيث القاضي الانجليزي يتقيد باجتهاد المحاكم العليا. وتعتبر أحكام المحاكم كمصدر للقوانين حيث تكون هذه الأحكام ملزمة للقضاء ويطلق على مجموعات الأحكام عبارة (التشريعات القضائية).<sup>1</sup>

وفي الجزائر وتطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعتبر مصادر القانون بعد التشريع هي: مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ويظهر لنا بأن آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصدرا للقانون الجزائري، ومعنى ذلك أن الفقه والقضاء<sup>2</sup> لا يعتد بهما كمصادر للقانون ولا يلتزم القاضي بأي منهما في إصدار أحكامه.

الفرع الثاني: تعريف القضاء لغة واصطلاحا.

أولا: تعريف القضاء لغة:

مادة ( قضي ) أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه، وإنفاذه لجهته، ولذلك سمي القاضي قاضيا، لأنه يحكم الأحكام وينفذها.<sup>3</sup>

وهو الحكم والفصل، وأصل الكلمة من قضاى، لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾.<sup>4</sup> وتأتي بمعنى عهدنا في مثل قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي

1- اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، -ديوان المطبوعات الجامعية-، الطبعة الثانية، 1990، الجزائر، ص163.

2- يقصد بالفقه ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوصه بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم وإبداء آرائهم الخاصة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.

أما التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في المحاكم وتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط انطباقها على الأشخاص والوقائع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية. والتفسير القضائي الذي يصدر من القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزما له في الدعاوى الأخرى، كما لا يكون ملزما للقضاة في المحاكم الأخرى، غير أن التفسير إذا صدر عن المحكمة العليا فيعتبر ملزما للمحاكم الأقل درجة حتى تعدل عنه أو تستبدله المحكمة العليا .

3- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دس، ج5، ص 99.

4- سورة الإسراء، الآية: 23.

الأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوقًا كَبِيرًا<sup>1</sup>.

وتأتي بمعنى الصنع والتقدير، ومنها قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ

وَأَوْحَى فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا<sup>2</sup>.

ثانيا: تعريف القضاء اصطلاحا.

عرفه الدردير بقوله: "الإخبار بالحكم على وجه الإلزام لما فيه من فصل الخصومات، ودفع الهرج وإقامة الحدود ونصر للمظلوم"<sup>3</sup>.

وعرفه الكاساني بقوله: "هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل"<sup>4</sup>.

وعرفه الرازي بقوله: "استقراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استقراغ الوسع

فيه"<sup>5</sup>.

يلاحظ أن التعريفات الشرعية متقاربة وهي الفصل والحكم على الواقعة المتنازع فيها إذا كان القضاء شرعياً، أو حكم القانون إذا كان القضاء بخلافه، وأما علاقة التعريفات الشرعية باللغوية، فالتعريف اللغوي أعم فيشمل الحكم والفصل في الخصومة وغيرها، ويشمل معاني أخرى متغايرة كما بينها علماء اللغة.

### المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي

تتمثل أهمية الاجتهاد القضائي فيما تواجهه الحياة من تطور سريع مما قد ينشأ عنه وقائع قانونية جديدة في ظل غياب النصوص القانونية التي تنظم تلك الوقائع فتبرز أهمية الاجتهاد القضائي من حيث إنه يمنح القاضي فرصة للفصل في النزاع المعروض في حالة غياب النص التشريعي كما يعمل على تحفيز القضاة لبذل مزيد من الجهد في فهم وتحصيل

1- سورة الإسراء، الآية: 04.

2- سورة فصلت، الآية: 12.

3- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ج2، ص 174.

4- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج7، ص2

5- محمد الرازي، المحصول للرازي، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1400هـ، ج6، ص 7.

القواعد القانونية حيث إن حظر الاجتهاد القضائي يترتب عليه غل يد القاضي عن الفصل في الموضوعات التي لا نص فيها الأمر الذي يترتب عليه بقاء النزاعات دون فصل فيها.<sup>1</sup> كما ظفر الاجتهاد القضائي بمكانة جد هامة ومؤثرة في عملية التأسيس لدولة القانون، استحق من خلال دوره الابداعي والمؤسس للقانون الحديث، الأمر الذي سمح بتحويل تسيير شؤون الدولة إلى إدارة حديثة محكومة وخاضعة في نشاطها العام المتوسع والمتشعب لأحكام القانون بما يشكل ذلك من ضمانات أساسية لحريات وحقوق الأفراد. المشرع يصدر القوانين والقاضي يطبقها، وعلى ذلك فالسلطتان التشريعية والقضائية متكاملتان لتحقيق روح العدالة.

إن المشرع يستوحي آراءه من المجتمع بعد تفكير وتقدير للأمر والقاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحيا آراءه من ظروف كل قضية وملاساتها بجزئياتها وكلياتها، ومن ثم فهو مدعو للقضاء طبقاً لأحكام التشريع .

والقاضي ملزم بمتابعة التطور التشريعي باعتبار أن القاعدة القانونية كائن حي يتطور، والقاضي هو أول من يلمس هذا التطور والتبدل وأول من يحس بالحاجة إلى التغيير والتجديد. فإذا لاحظ القاضي في قضية ما، أن النصوص الموجودة بين يديه لا تحقق العدل ولا تستجيب مع مقتضياتها وظروفها، فهل يمسك عن القضاء فيها، أو يخضع لتطبيق تلك النصوص التي يراها غير كافية، أم أنه يحكم بما يراه عدلاً وإنصافاً.

ومن المعلوم أنه يحضر على القاضي أن يحكم بغير التشريع، باعتبار أن القاضي يشكل مصدر العمل القضائي في تأويل النصوص وتحري روحها.

كما وأن إمساك الفصل في القضايا بعلّة عدم وجود النص أو غموضه، يعد في موقع منكر العدالة وحينئذ لا يبقى له إلا أن يحكم ولكن بماذا يحكم ؟

انطلاقاً من أن القاضي يعمل لتحقيق هدف من أهم أهداف الدولة والمتمثل في تحقيق العدل والإنصاف. فإن هذا يدفعنا للقول أنه إذا لاحظ قصور النص القانوني الواجب التطبيق

1- عبد المهدي محمد سعيد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي، مذكرة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص43.

عن تحقيق العدل لما بين ذلك النص والعدل من البون الشاسع فإنه يتعين عليه الحكم بما يتوافق ومنطق العدالة. فإذا قلنا أن القاضي يطبق النص بعلاته تأسيساً على أنه من المحذور عليه الخروج عن منطق النصوص وبالتالي الدخول في مجال السلطة التشريعية فإننا بذلك نأمر القاضي بالعمل على نقيض ما قصده المشرع من تحقيق العدل والإنصاف ونلزمه بإهدار شخصيته والحكم بما يخالف ضميره ووجدانه، وكل ذلك لا يقرره المنطق والذوق القانونيين السليمين .

من هنا يخول للقاضي في صورة عدم النص التشريعي أن يركن إلى البحث في مصادر القانون الأخرى<sup>1</sup>.

الاجتهاد القضائي لا يكاد يقل أهمية عن التشريع نفسه، لأنه يضيف على القانون طابعه العملي الحي، لأن دور القاضي هو تطبيق النصوص العامة المجردة على الوقائع الخاصة، ولأهمية هذا الاجتهاد اعتبر في الدول الأنجلوسكسونية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية، حيث تعتبر الأحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة إلا أن النظم القانونية اللاتينية و منها تأثر المشرع الجزائري لا تعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية، بل من المصادر التفسيرية، ولعل الذي حمل هذه الدول على ذلك هو الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، فكما أن السلطة التشريعية لا يمكنها أن تتولى مهمة الفصل بين الوقائع، كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تضع القواعد القانونية العامة، ولكل من السلطتين حدود، الأولى: تضع القواعد القانونية اللازمة، والثانية ليس لها إلا تطبيقها فإذا وجدت غموضاً عند التطبيق لجأت إلى تفسيرها وتوضيحها<sup>2</sup>.

وإذا كان الاجتهاد القضائي لا يستطيع من الوجهة النظرية إنشاء قواعد قانونية عامة، فإنه باستطاعته من خلال تطبيقه لهذه القواعد إلى إيجاد ثروة قانونية غزيرة. ويتمتع هذا الاجتهاد القضائي من الناحية العملية بقوة إلزامية لا تكاد تقل أهمية عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، وبالرغم من أنه لا يعتبر ملزماً من الوجهة النظرية إلا بالنسبة

1- ملقى للندوة الوطنية للقضاء، نادي الصنوبر 23 و 24 و 25 فيفري 1991.

2- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق، سوريا، 2003، ص 241 .

للقضايا التي يفصل فيها. ويعود السبب في هذه القوة الإلزامية التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية إلى حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد، وأن تتجنب تعديله بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار. وهذا ما نصت عليه المادة 179 من دستور 96 المعدل بالمرسوم الرئاسي<sup>1</sup> رقم: 20-442 : "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون. وهو ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90/141 المؤرخ في 19 ماي 1990 المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا: (إن موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم)، ولذلك تستعمل القرارات عبارة "ما استقر عليه قرار المحكمة"، "لما جرى به العمل القضائي" وعبارة "من المبادئ المستقر عليها قضاء"<sup>2</sup>.

وعلى هذا فإن الاجتهاد القضائي إذا استقر بالنسبة لموضوع من المواضيع، وخاصة إذا كان هذا الاجتهاد صادرا عن المحكمة العليا، فإن المحاكم تحاول عمليا أن تتقيد به في أحكامها وتعتبر نفسها ملزمة باتباعه في جميع القضايا التي تعرض عليها، وإن كان هذا الاجتهاد غير ملزم كما سبق ذكره من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي صدر بشأنها. وإذا كان للاجتهاد القضائي هذه القوة الإلزامية من الوجهة العملية، فليس معنى ذلك أن هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله قط أو الخروج عليه، بل من الممكن أن تعدل المحاكم من اجتهادها إذا وجدت أن هنالك ضرورة تدعوها إلى ذلك، وهذا التعديل إذا كان صادرا عن المحكمة العليا، يصبح هو الاجتهاد الجديد الذي تحاول سائر المحاكم أن تتقيد به لأنه يمثل الاتجاه الأخير لتلك المحكمة<sup>3</sup>.

1- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في: 07/12/1996. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم: 20-442 المؤرخ في: 30/12/2020 جريدة رسمية رقم: 20/82.

2- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، سنة 2007، ص 225.

3- هشام القاسم، المرجع السابق، ص 243.

على أن المحاكم وخاصة المحكمة العليا لا تلجأ إلى تعديل اجتهادها، إلا إذا وجدت هناك اعتبارات قوية تبرر ذلك، كأن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم لتطور المجتمع وظروفه الحالية، وعلى هذا نجد أن الاجتهاد القضائي يحقق عاملي الاستقرار والمرونة في آن واحد، فهو يحقق عامل الاستقرار لأن المحاكم تحاول أن تلتزم به وأن تتبعه بصورة مطردة في القضايا المتماثلة، وهو يحقق عامل المرونة لأن من الممكن تعديله وتطويره كلما دعت الحالة إلى ذلك من جهة أخرى، فالاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، الاجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، ويعتبر ضروري وهام سواء بالنسبة للدارس او الممارس أو الباحث، إذ تعتبر هذه العملية ذات أهمية كبرى سواء بالنسبة للقاضي خصوصا ولرجل القانون عموما، إذا بواسطتها يقع الاحتكاك المباشر مع التطبيق القضائي للنصوص القانونية والاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) له طابع خاص والمقصود به هو القانون الذي يتعلق بالأسرة والعلاقات الأسرية والاجتهادات القضائية<sup>1</sup>.

من الناحية الفقهية وينظمها ويتم الاحتكام في حال نشوء نزاعات أسرية، وهو يمس بشكل مباشر حقوق المرأة في نطاق الأسرة أو العائلة وكل ما يترتب عليها من آثار والتزامات مادية أو أدبية ، نجد أن النص القانوني الفاعل في مجال الأحوال الشخصية هو قانون الأسرة ولقد استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من الشريعة الإسلامية، كما أن هذا القانون نص صراحة في المادة 222 من قانون الأسرة على أن 'كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية'. ولا يتقيد في ذلك بمذهب معين، ولقد تم تعديل هذا القانون بموجب الأمر 05-02 مؤرخ في 2005/02/27.

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008-2009، ص125.

**المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي.**

تعددت مجالات الاجتهاد القضائي بين تفسير النصوص التشريعية محددًا معانيها أو مستخلصنا منها أحكامًا جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحيانًا وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعدد أحكامها، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر الشريعة الإسلامية والعرف، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في حدود النص، وفي المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه.

**المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في حدود النص.**

يكون الاجتهاد فيما ورد فيه نص قانوني بأحد الصور الآتية:

بذل مجهود في الوصول إلى الحكم الصحيح ويكون الاجتهاد هنا في حدود ما ورد في النص القانوني ومدى تحصيل وفهم القاضي له وترجيح بعض ما ورد به على البعض الآخر وتطبيقه على الواقعة المطروحة على القضاء دون أي خروج عن النص القانوني. الاجتهاد في معرفة مدى صلاحية القاعدة القانونية للتطبيق على الحكم مثل معرفة إذا ما كانت القاعدة القانونية لازالت سارية أم تم إلغاؤها أو نسخها أو تم استبدالها بصور قاعدة قانونية أخرى<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للقانون فإن التشريع عبارة عن قواعد عامة مجردة من قبل المشرع لتطبق على الحالات الخاصة التي تتناولها أحكامها فحين تعرض على القاضي مثلًا قضية من القضايا يكون من واجب هذا القاضي أن يبدأ فيبحث في نصوص التشريع عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه، ثم يصدر حكمه في الواقعة، غير أن عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة فالقواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوماً كل الوضوح و ليست خالية من كل عيب أو نقص، بل كثيراً ما يجد

1- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مدلوله وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، 2004، العدد 01، ص13.

القاضي نفسه مضطرا إلى أن يتبين مضمون القاعدة التشريعية وتفسيرها ليستخلص الحكم المطلوب لتطبيقه على الواقعة. والحالات التي يلجأ القاضي فيها إلى الاجتهاد والتوضيح والتفسير هي الخطأ المادي، الغموض أو الإجمام، النقص أو السكوت، التناقض أو التعارض.

أ- **الخطأ المادي:** يعتبر الخطأ المادي في التشريع إذا كانت العبارة التي ورد بها هذا النص تتضمن خطأ فادحا في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معين النص إلا بتصحيحها، وهذا النوع من العيوب هو من أبسطها وأقلها شأنًا، لأنه في الواقع لا يستوجب تفسيرًا ولا توضيحًا ولا اجتهادًا في النص المعيب، وإنما تصحيحه فقط، والتصحيح في هذه الحالة لا يثير أي خلاف حوله لبداهته ووضوحه<sup>1</sup>.

ب- **الغموض أو الإبهام:** يعتبر النص مشوبا بالغموض أو الإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة بحيث تحتمل التفسير والتأويل، ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة، والأقرب إلى الحق والصواب<sup>2</sup>.

مثال: جاء في المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم<sup>3</sup>.

فالنص القانوني لم يبين الطبيعة القانونية للخلع هل هو عقد رضائي يشترط لصحته رضا الزوج أم لا، لذلك اختلفت القضاة في تفسير هذه الطبيعة القانونية فمنهم من اعتبره عقد رضائي وجاءت بعض القرارات القضائية تؤكد هذا كما جاء في قرار بتاريخ: 1984/06/11. ما يلي:

"متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم

1- هشام القاسم، مرجع سابق، ص 141.

2- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 237 .

3- المادة 54 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع. إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع، وبالتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وإن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي".<sup>1</sup>

وجاء في القرار رقم 35891 بتاريخ: 1985/02/25 ما يلي: "من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها"<sup>2</sup>.

ومنهم من لم يعتبره عقدا رضائيا وإنما هو حق للمرأة أعطي لها في مقابل ما أعطي الزوج من الطلاق لافتداء نفسها إذا كرهت البقاء مع الزوج فجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1992/07/21 ما يلي: من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقها يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز

1- قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد 03، ص 38.

2- قرار رقم 35891 بتاريخ 25-2-1985، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد الأول، ص 80.

والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>.

وجاء في القرار رقم 141262 بتاريخ: 1996/07/30. ما يلي: من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

**ج- النقص:** يعتبر هناك نقص في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها<sup>3</sup>، مما يستدعي اجتهادا من القاضي في تقدير محذوف ليكون تطبيقه صحيحا.

مثال: جاء في المادة 9 مكرر يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج . يلاحظ أن المشرع لم يبين جنس وصفة الشهود، وهذا نقص واضح في التشريع يحتاج إلى تفسير وبيان، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه فسر هذا النص بما ذهب إليه أغلب الفقهاء من اشتراط الذكورة والعدالة في شهادة الشهود في الزواج ، وهو ما أكدته القرار رقم: 43889 بتاريخ: 15-12-1986 جاء فيه : من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاه أحدهما، وأنكره

1- قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، عدد خاص، ص 134 .

2- قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998، العدد الأول، ص 120.

3- هشام القاسم، مرجع سابق ص142، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد معاينة العقد، أو السماع الفاشي، والشهادة المعتمدة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

د-التناقض أو التعارض: يكون التناقض أو التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة أن يحاول التوفيق بين النصين فإذا تعذر ذلك رجح أحدهما على الآخر<sup>2</sup>.

ومثال آخر نصت المادة 144 من قانون العقوبات: يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين كل من أهان قاضياً أو موظفاً أو قائداً أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد..... ولكن بالانتقال إلى قانون الإجراءات المدنية وإلى نص المادة 31 الفقرة 4 نجد أنها قضت بعقوبة مخالفة للأولى في ذات الفعل إذ جاء فيها: وفي حالة إهانة القاضي أو الإخلال الجسيم بواجب الاحترام له يحرر القاضي محضراً بما حدث ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس مدة لا تتجاوز ثمانية أيام

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية، التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين:

1-غموض النص أو إبهامه من جهة: يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها<sup>3</sup>.

1- قرار رقم 43889 بتاريخ 15-12-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 2، ص 37.

2- هشام القاسم، مرجع سابق، ص 143.

3- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 181-182.

2- النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية: وأما النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو مستعينا التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع<sup>1</sup>.

في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة،<sup>1</sup> ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية و اجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل، متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.<sup>2</sup>

**المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه.**

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر:

1- المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

2- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 182.

العرف<sup>1</sup>: والقاضي لا يصنع العرف، كما أنه لا يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دورا مهما في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانون المصري والسوري وبعض القوانين العربية الأخرى "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>2</sup>.

وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين، فإذا احتاج القاضي الرجوع إليها كان عليه تحديد ما يراه موافقا منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها "إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة الأولى في فقراتها الثانية من القانون المدني على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>4</sup>.  
يكون الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص قانوني بأحد الطرق الآتية:

• سعي القاضي إلى التوصل لحكم لم يرد فيه نص سواء من الشريعة أو القانون ويكون ذلك

1- يمكن تعريفه بأنه: "اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا". انظر، حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 102. ومن المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن العادة محكمة، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ولا ريب أن مناط وجوب مراعاة القاضي للعرف في قضاؤه أن يكون عرفا صحيحا لا عرفا فاسدا، فالعرف الفاسد أي المخالف لأصل شرعي أو حكم ثابت بالنص لا يراعيه المجتهد في اجتهاده، ولا القاضي في قضاؤه. انظر، عصام أنور سليم: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 104.

2- اشترط الفقهاء في القاضي العلم بالأعراف الجارية في زمانه، وهو أمر غير متيسر حاليا لتنتقل القضاة من إقليم إلى آخر، بل من دولة إلى أخرى، ولذلك يعتمد في تحديد العرف على الجهات التي لها اطلاع على عادات الناس وأعرافهم في كل مجال، وإذا كان دور القاضي محدودا في تحديد العرف، فإن دوره الأساسي ينصب على فحص الأدلة التي تقدم إليه على وجود القاعدة العرفية، وعلى توافر الشروط اللازمة لاعتبارها مصدرا للحكم الشرعي، سواء في ذلك ما تعلق بالعرف العام أو العرف الخاص وبالعرف القولي أو العرف العملي. انظر، جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 23.

3- انظر، أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 84-85.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 3، 2007.

عن طريق البحث في طرق التشريع التي نصت عليه (المادة 2) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي وضحت المصادر التشريعية التي يستقي منها القاضي حكمه عند غياب النص التشريعي

• بذل القاضي مجهود في تطبيق القواعد الكلية على واقعه خاصة دون أن يرد فيها نص خاص.<sup>1</sup>

كما يكون من خلال المبادئ الأساسية في العلوم القانونية أن النص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره باعتبار انه (لا اجتهاد مع النص).  
والاجتهاد ثلاثة أنواع :

- 1- بذل الجهد للتوصل إلى الحكم، ومجال الاجتهاد هنا يكون في حدود فهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهوماً آخر دون خروج عن دائرة مفاد النص.
- 2- بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعي ولم يظهره إجماع تم وضعه من قبل المشرع للدلالة عليه كالقياس.
- 3- بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي لتطبيق القواعد الكلية، وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون أن يكون فيه نص خاص.<sup>2</sup>

1- المرجع نفسه، ص 13.

2- ينبغي أن يكون الاجتهاد بالرأي قاصراً على الجماعة التشريعية الذي توافر في كل واحد منها ما يجعله أهلاً للاجتهاد حتى تتجنب الفوضى التي أدت سابقاً إلى القول بسد باب الاجتهاد، وحتى نأمن الشطط والزلل راجع: محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص 291 .

**المبحث الثالث: حكم الاجتهاد القضائي ومحلّه.**

يعتبر الاجتهاد القضائي في النظام الأنجلوساكسوني مصدرا هاما للقانون، ففي هذا النظام حيث يقوم التقليد على انعدام وجود نصوص تشريعية، تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم بمثابة قوانين، تنتج عن حالات ومحاكمات تدرسها المحاكم، وهو نظام قانوني مبني على الاجتهاد القضائي، والذي تقيد فيه أحكام المحاكم الأعلى المحاكم الأدنى، كما أن المحاكم نفسها مقيدة بأحكامها السابقة.

أما في الدول التي تتبع النظام اللاتيني فتتميز بتبنيها لنصوص تشريعية مكتوبة ومقننة، وغالبا ما تتردد هذه المدرسة في إعطاء أهمية كبرى للاجتهاد القضائي انسجاما مع تقاليدها التي لا تسمح للمحاكم بخلق القانون الذي هو مهمة المشرع في نظرها، وكمثال على ذلك، تمنع المادة 5 من القانون المدني الفرنسي على القضاة أن يبتوا بواسطة مقتضيات عامة أو تنظيمية في القضايا المعروضة عليهم.

ولمعرفة ذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول: حكم الاجتهاد القضائي.**

**المطلب الثاني: محل الاجتهاد القضائي.**

**المطلب الأول: حكم الاجتهاد القضائي.**

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول: حكم الاجتهاد القضائي في مختلف التشريعات، وفي الفرع الثاني: اجراءات تغيير الاجتهاد القضائي، وفي الفرع الثالث: واقع تغيير الاجتهاد القضائي.

**الفرع الأول: حكم الاجتهاد القضائي في مختلف التشريعات.**

لقد اعتدت الكثير من التشريعات العربية بالاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر التشريع ومنها القانون المصري الذي فتح الباب أمام اجتهاد القضاء عن طريق توضيح الطريق الذي يسلكه القاضي فيما لم يجد فيه نص قانون حيث حدد مصادر التشريع وفقاً لنص (المادة 1) فقرة (2) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي نصت على إنه: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

1- حيث يجب على القاضي عند نظر الدعوى أن يتبع هذا الترتيب عند البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فيبدأ بالقانون فإن لم يجد فبالعرف ثم الشريعة الإسلامية إلى آخر المصادر المذكورة وبهذا يكون المشرع المصري قد سمح بالاجتهاد فيما لم يذكر فيه نص قانوني صريح.<sup>1</sup>

ولم يختلف المشرع الأردني في ذلك عن المشرع المصري حيث نصت (المادة 2) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه: "1-تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة،

1- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2010، ص102.

ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطرذا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

4- ويستترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر.

ويستفاد من نص المادة السابقة أن المشرع الأردني قد حظر الاجتهاد فيما ورد فيه نص صريح أما بالنسبة للواقعة القانونية التي لم يصدر فيها نص صريح فلقد أباح للقاضي الاجتهاد مسترشدا بمصادر التشريع من العرف والشريعة ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>1</sup>.

كما أن حالات الغموض والتعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للاجتهاد لأن تعدد احتمالات الفهم يقابل بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات. كما وأن سكوت النص أو قصوره تعد أنسب الحالات واعقدها لتدخل الاجتهاد القضائي بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملا لبعث قاعدة قانونية لأن القاضي يواجه صمت القانون في مسألة ما، تحتم عليه الفصل<sup>2</sup>.

وهكذا أخذ القضاء يعمل باسم التأويل والتفسير لمراد المشرع وتطبيق القواعد العامة للقانون ويبحث في بعض النصوص من المعاني والتفسير السامية ولم يعد القاضي كرجل جامد بل أصبح يتصرف في النصوص ليجعلها تتماشى مع الحياة العملية.

والقاضي لا يتجاوز حدود القانون ويدخل حرم السلطة التشريعية، وذلك بإصدار حكم تكون له الصبغة العامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالف القانون وإنما إذا أشكل عليه الأمر ورأى أن ما بسط لديه من الوقائع يستوجب حلا عادلا لا يتماشى مع ظاهر النصوص فإن الواجب يدعوه في مثل هذه الحالة لأن يتعمق في البحث والاستقصاء الفهم مراد المشرع، وهذا ما يجب على القضاة في أحكامهم بالمحافظة على روح التشريع

والتعمق في فهمه وأن يثبتوا ويتأنوا في استعمال الفهم. وأن لا يركنوا إلى التفسير والتأويل إلا عندما يسمح لهم النص القانوني بذلك لغموض أو إجمال حتى لا يتجاوزوا اختصاصهم إلى

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص102

2- ملتقى الندوة الوطنية للقضاء، نادي الصنوبر 23 و 24 و 25 فيفري 1991

منطقة التشريع وحتى لا يقعوا في الخطأ<sup>1</sup>.

إذا كان المتقاضون يعتبرون المحكمة العليا درجة الثالثة<sup>2</sup> من درجات التقاضي، فإنها بحكم القانون لا تعتبر كذلك كون مهمتها تقتصر على مراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، عادية كانت أو استثنائية، من ناحية القانون دون الوقائع<sup>3</sup>، مما يؤدي إلى القول أن المحكمة العليا، فيما عدا الحالات التي ينص القانون على اعتبارها محكمة موضوع وقانون في الوقت نفسه<sup>4</sup>، تفصل في الأحكام لا القضايا.

وبهذه الصفة تعتبر المحكمة العليا مدعوة إلى بيان الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه على الدعوى المعروضة أمامها، وفي حالة قبولها الطعن المقدم، ونقض الحكم المطعون فيه أو جزء منه، فإنها لا تنتظر في موضوع النزاع بل تحيل القضية والأطراف إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض مشكلة تشكيلا آخر أو إلى جهة قضائية أخرى من نوع ودرجة الحكم المنقوض (374 ق.إ.م.)، والتي تلتزم بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا<sup>5</sup>.

وإضافة إلى وظيفة الرقابة التي تمارسها على الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي بمناسبة الطعون بالنقض التي تقدم ضدها، تعتبر المحكمة

1- نشرة القضاة، الصادرة عن وزارة العدل، الجزائر، 1976، العدد 7، ص 17 وما بعدها.

2- راجع د. أحمد مسلم، الذي يرى أنه وإن لم يقصد بالمحكمة العليا أن تكون درجة ثالثة للتقاضي، إلا أنها في نظر المتقاضين على الأقل درجة فعلية من درجات التقاضي، فرغم أنها لا تتعرض للوقائع، فإنها درجة تقاضي مطلقة عن كل قيد وشرط، وهو ما يجعلها مرحلة من مراحل التقاضي بلا جدال، أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 182.

3- تتحقق المحكمة العليا هل هناك مخالفة للقانون، ولا تراقب أوجه الطعن إذا كانت خاصة بالوقائع التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع. قرار المجلس الأعلى رقم 24416 الصادر في 24/4/1982، نشرة القضاة، العدد 43، 1988، ص 71 وما بعدها .

4- المادتان 4/2 ق.م. ع و 268 ق.م .

5- راجع م 274 ق.إ.م. ، وقرار المجلس الأعلى الصادر في 1981/5/11 تحت رقم 22267، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص 170-173. وم 523 ق.إ. ج ، وقراري المجلس الأعلى الصادرين في 1984/12/25 تحت رقم 29562، نفس المجلة، العدد 2، 1990، ص ص 272 و 275. و 19/4/1988 تحت رقم 50727، نفس المجلة، العدد 4، 1991، ص ص 280 - 283.

العليا مدعوة بنفس المناسبة إلى إقرار اجتهاد قضائي يتضمن الحلول التي سوف تسهل عمل جميع الجهات القضائية، بما فيها هي .

وإذا كان الأمر بديها بالنسبة للمحكمة العليا ، فإن السؤال يبقى مطروحا بخصوص مجلس الدولة ، ولاسيما لكونه كقاعدة عامة <sup>1</sup> درجة ثانية من درجات التقاضي، يفصل في موضوع القضايا التي تعرض عليه مثلته مثل المجالس القضائية بالنسبة للقضايا العادية . ولكن نظرا لكون مجلس الدولة أعلى هيئة قضائية خاضعة للنظام القضائي الإداري، فقد كلف بدوره بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد والسهر على احترام القانون. ولما يعتبر من المؤكد أن استقرار المحكمة العليا ومجلس الدولة على اجتهادهما القضائية يعطى لها قوة ويضمن الأخذ بها من الجهات القضائية الدنيا، فإنه لا يوجد تناقض بين تكليف الجهتين القضائيتين المذكورتين بتوحيد الاجتهاد القضائي والترخيص لهما في الوقت ذاته بالتراجع عنه وإقرار اجتهاد مغاير. بل بالعكس طبيعة عمل تلك الجهتين، وكونهما متصلان في الطعون الخاصة بقضايا معينة، يجعل قراراتهما لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة، مجردة وملزمة، وهو ما يخول لهما الحرية في التقيد بالاجتهاد الذي قرره أو التراجع عنه وإقرار اجتهاد قضائي مغاير، وذلك بشرط إتباع الإجراءات المقررة قانونا .

#### الفرع الثاني: اجراءات تغيير الاجتهاد القضائي.

قصد نشر الثقة في جهاز القضاء واستبعاد كل شبهة، كان يتعين أن يتم تغيير الاجتهاد القضائي طبقا للإجراءات المقررة بموجب القانون رقم 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها قبل أن يتم تعديلها بموجب القانون العضوي رقم 11. 12 المؤرخ في: 2011/07/26 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. ففي ظل القانون رقم: 22/89 كان المشرع يشترط

1- ينظر مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة غيابيا، وكذا في قرارات مجلس المحاسبة (م 11ق.ع.م.د).

الفصل في الدعوى في هيئة الغرفة الموسعة في مرحلتين<sup>1</sup>:

أ- في المرحلة الأولى: إذا لاحظت الغرفة التي عرضت عليها القضية أنها يمكن أن تصدر قرارا يتضمن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا، تدعو إلى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين، والتي لا تثبت بصفة قانونية إلا بحضور تسعة أعضاء على الأقل (م 22 ق م ع)

ب- وفي المرحلة الثانية: إذا رأت الغرفتان أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي، تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة، والتي تتألف من الرئيس، ونائب الرئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين في كل غرفة لا يصح أن تثبت في القضية إلا بحضور خمسة وعشرين عضوا على الأقل. وفي كل الحالات، تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية، مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات.

وبموجب القانون العضوي رقم 12/11 تتعقد المحكمة العليا في هيئة الغرف المجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرف المحكمة العليا تغيير في الاجتهاد القضائي<sup>2</sup>.

وذلك بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، وبمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف. تتشكل تلك الغرفة التي يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا من نائب الرئيس ورؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين بكل غرفة ومستشار مقرر. ولا يصح أن تثبت في القضية إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل. وفي كل الحالات، تتخذ

1- راجع قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا رقم 136156 الصادر في، 18/02/1997 والذي قرر ضرورة الشكل الرسمي في العقد المتضمن بيع قاعدة تجارية رقم 136156 الصادر في، 18/02/1997 منشور في المجلة القضائية، العدد1، 1997، ص، 10-13. وفي نشرة القضاة، العدد 51، 1997، ص ص 116-120. وفي الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص ص 46-50.

2- راجع أيضا قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا رقم 201823 الصادر في 27/03/2001 والذي قرر سقوط الخصومة بعد إحالة القضية بعد النقص بمضي سنتين من تاريخ النطق بقرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 2001، ص ص 99-103، ونود الإشارة إلى أنه كثيرا ما تصدر المحكمة العليا قرارات تتضمن تحولا في الاجتهاد القضائي دون حاجة إلى دعوة الغرفة المجتمعة، ونذكر على سبيل المثال التحول في الاجتهاد القضائي الذي حصل بخصوص الخلع، وفي هذا مخالفة صريحة للقانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها.

القرارات بالأغلبية، مع ترجيح.

رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات وقريب من ذلك، يلاحظ أن مجلس الدولة يعقد جلساته في حالة الضرورة، مشكلا من كل الغرف مجتمعة، لاسيما في الحالات التي يمثل فيها القرار المتخذ بشأنها تراجعاً في الاجتهاد القضائي.

يتشكل مجلس الدولة في هذه الحالة، من رئيس مجلس الدولة ونائب الرئيس ورؤساء الغرف وعمداء رؤساء الأقسام أولاً. لا يصح أن يبيت في القضية إلا بحضور نصف عدد الأعضاء المذكورين على الأقل.

### الفرع الثالث: واقع تغيير الاجتهاد القضائي.

إن المشكلة في الجزائر لا تكمن في النصوص القانونية، فالنصوص موجودة وهي تضاهي تلك السارية المفعول في الدول الأكثر تطوراً، بل تتمحور في الغالب حول التطبيق. وهذه واقعة ثابتة في أغلب المجالات، ولا تمثل المحكمة العليا ومجلس الدولة استثناء، بل بالعكس تبدوان كمثالين نموذجيين<sup>1</sup>.

يلاحظ أن المحكمة العليا ومجلس الدولة لا يؤديان الدور المنوط بهما والمتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي، إذ كثيراً ما تتذبذب اجتهاداتهم القضائية وتجري تغييراً فيه دون اتباع الإجراءات المشترطة قانوناً لذلك، حتى أصبحت قراراتها لا تؤخذ بجدية من الجهات القضائية الدنيا، ويساهم في فشل المحكمة العليا ومجلس الدولة في أداء دورهما المذكور في إبقائهما على اجتهادات تكون مجهولة في غالبية المجالات.

### 1- أمثلة عن تغيير الاجتهاد القضائي:

نشرت المجلة القضائية قراران صدرا عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا طبقاً للإجراءات المقررة قانوناً، يتضمنان أساساً ما يلي:

1- يتضمن القرار الصادر بتاريخ: 1997/02/18 تحت رقم: 136156 ضرورة

1- لم تكن المحكمة العليا تحترم نص المادتين 21 و22 م.ع.ق. واللتين تستدعيان للفصل في الموضوع في قضية على إثر طعن ثان أن تتعقد في هيئة الغرفة المختلطة المشكلة من ثلاث غرف ومن 15 عضو على الأقل. فالغرفة التي يعرض عليها الطعن الثاني أو الثالث أو الرابع، هي التي تفصل فيه، ويتشكلتها المعتادة.

الشكل الرسمي في العقد المتضمن بيع قاعدة تجارية تحت طائلة البطلان.

2- يتضمن القرار الصادر بتاريخ: 2001/03/27 تحت رقم: 201823 سقوط الخصومة بعد إحالة القضية بعد النقض بمضي سنتين من تاريخ النطق بقرار المحكمة العليا.

ونشرت مجلة المحكمة العليا قرارا تحت رقم: 444499 بتاريخ: 2009/02/23 تقرر بمقتضاه أن رجوع الأبوين عن عقد الهبة جائز عن طريق عقد توثيقي، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

ونشرت مجلة مجلس الدولة خمس قرارات صدرت عن الغرف المجتمعة لمجلس الدولة، تتمثل فيما يلي:

1- القرار الصادر بتاريخ: 2003/06/16 تحت رقم: 11081 الذي قرر ما يلي:

أ- يعتبر النزاع المتعلق بانتخابات مجالس المنظمات الوطنية للمحامين من اختصاص مجلس الدولة.

ب- تعتبر عملية الانتخابات عملية واحدة ولو نظمت في مرحلتين، مما يسمح بالطعن في سلامتها في أجل ثمانية أيام من تاريخ المرحلة الثانية.

ج- يمكن أن ترفع الدعوى جماعيا من طرف عدة أشخاص إذا كانت المصلحة مشتركة<sup>1</sup>.

د- لا يسمح للوكيل الواحد أن يستلم عدة وكالات

2- القرار الصادر بتاريخ: 2003/06/17 تحت رقم: 11053 الذي قرر ما يلي:

أ- لا يتمتع المكتب المكلف بالإشراف على انتخابات أعضاء مجلس نقابة المحامين للناحية بأهلية التقاضي ولا بالشخصية المعنوية.

ب- يتعين توجيه كل دعوى قضائية ترمي إلى الطعن في صحة الانتخابات ضد النقيب

1- راجع النص الكامل للقرار في: المجلة القضائية، العدد1، 1997، ص ص 10-13. ونشرة القضاة، العدد51، 1997، ص ص 116-120. وكذا في الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص ص 46-50.

بصفته الممثل القانوني لنقابة المحامين.<sup>1</sup>

3- القرار الصادر بتاريخ: 2003/07/22 تحت رقم: 008247 الذي قرر ما يلي:

أ- إن النزاع المتعلق بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة يدخل بطبيعته ضمن منازعات القضاء الكامل، ويعتبر بالتالي من اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي رغم كون أحد طرفيه سلطة إدارية مركزية ( وزارة السكن في هذه القضية).  
ب- يعتبر الوالي ممثلاً للدولة على مستوى الجماعة الإقليمية التي يكون مسئولاً عنها، وبذلك الصفة يكون الأمر بصرف الغلاف المالي المخصص لأي مشروع قطاعي إذا لم يذكر المستفيد من عملية نزع الملكية أو وجدت منازعة جدية بخصوص هذه الصفة.

4- القرار الصادر بتاريخ: 2004/06/15 تحت رقم: 18743، والذي قرر ما يلي:

أ- إن الهيئة التي لها صلاحية وقف تنفيذ القرار الإداري هي الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي بتشكيلتها الجماعية، ولا يمكن في أي حال من الأحوال لقاضي الاستعجال أن يقرر بمفرده وقف التنفيذ، ذلك أن الغرفة الإدارية الفاصلة في دعوى الإلغاء هي نفسها التي لها صلاحية الفصل في هذا الطلب، وبالتالي لا يمكن تقديمه منعزلاً، إنما يجب أن يرتبط حتماً بدعوى إلغاء سابقة أو متزامنة معه لا كان غير مقبول شكلاً.<sup>2</sup>  
ب- يكون قرار الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي الفاصل في طلب وقف التنفيذ قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة، والذي يفصل فيه أيضاً بتشكيله جماعية، كما يمكن لرئيس مجلس الدولة طبقاً للفقرة 13 من المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية أن يأمر فوراً وبصفة مؤقتة بوضع حد لوقف التنفيذ شريطة أن يرفع الاستئناف في ميعاد 15 يوماً من تاريخ التبليغ.

ج- لقاضي الأمور المستعجلة كقاض فرد صلاحية اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير المؤقتة التي يراها مناسبة، شريطة أن لا تمس بأصل الحق وبالنظام العام أو تعترض

1- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص ص 46-50.

2- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص ص 64-65.

تنفيذ قرار إداري باستثناء ما إذا كان هذا الأخير يشكل تعدياً أو استيلاءً أو غلقاً إدارياً، وهي تدابير يمكن أن يتخذها حتى في حالة عدم وجود قرار إداري أو نزاع. وتكون أوامره قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، والذي يفصل فيها بتشكيلة جماعية، ويمكن لرئيس مجلس الدولة، بناء على طلب خاسر الدعوى أن يوقف فوراً وبصفة مؤقتة تنفيذ الأمر المستأنف<sup>1</sup>.

5- القرار الصادر بتاريخ: 2005/06/07 تحت رقم 16886، والذي قرر أن مقررات المجلس الأعلى إنما عن القضاء في تشكيلته التأديبية تكتسي طابعاً قضائياً، وبهذه الصفة لا يمكن الطعن فيها بالبطلان وطريق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة. وكان ذلك استناداً إلى كون ذلك المجلس التأديبي جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاماً نهائية

### المطلب الثاني: محل الاجتهاد القضائي

القاضي يجتهد في حالة غياب النص القانوني، وإذا اختار القانون نصاً معيناً فلا مجال للاجتهاد.

ولكن إذا ترك القانون نصاً قصداً أو نسياناً أو تناسياً أو كانت هناك حادثة جديدة لا نص فيها، هل القاضي يأخذ بالحكم المتروك والاجتهاد في الحادثة وفق ضوابط الاجتهاد المعروفة.

لم ينص قانون العقوبات على عقوبة التعامل في الربا ولم يجعله من الجرائم المنصوص عليها في القانون، هل هذا يعني إباحة الربا وجوازه؟ أم هذا لا يعني إباحة الربا لأنه محرم في جميع الأديان السماوية؟. ولقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريمه وتعزيز من تعامل بالربا، فهل يجوز للقاضي الجزائري أن يجتهد طبقاً لهذا المفهوم؟<sup>2</sup>

حقيقة بإمكان القاضي الجزائري أن يجتهد فمن المقرر قانوناً أن الدعوى العمومية في

1- قرار مجلس الدولة رقم 025039، الصادر في 19/04/2006، نفس المجلة، ص 57 و58.

2- قرار الغرفة الجنائية، المحكمة العليا 13/04/1993 قضية (وم) عند: (زز) والنيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 248.

مواد الجرح تتقدم بثلاث سنوات كاملة ويتبع في شأنها الأحكام الموضحة بالمادة 7 قانون الإجراءات الجزائية.

1/ إذا تعلق الأمر بجريمة مستمرة كحالة الاعتداء على الملكية العقارية فلا تتقدم إلا من تاريخ انتهاء الفعل الإجرامي.

2/ كما أنه لا يجوز الطعن ضد الأحكام والقرارات القضائية إلا من كان طرفاً فيها ولما ثبت أن الطاعنة بصفتها طرفاً مدنياً لم تستأنف أمر السيد قاضي التحقيق القاضي بانتقاء وجه الدعوى ولما استأنفت النيابة العامة لوحدها الأمر لمراجعتة أمام غرفة الإتهام، فإن الطرف المدني بذلك لم يصبح طرفاً أمام غرفة الاتهام ولا يجوز له بالتالي الطعن بالنقض في قرارها وهذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا<sup>1</sup>.

3/ كما توصل الاجتهاد القضائي أن البحث في نية المتهم وقصده عند ارتكاب الجريمة ليس من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا ، إنما الأمر موكول فيها إلى قضاة الموضوع، ويكفي لإثبات القصد الجنائي أن يكونوا بنو قضاءهم على صحة الواقعة ونسبيتها إلى المتهم وبما استنتجوه من ظروف الدعوى وملابساتها شرط أن يكون إليه سائغاً منطقياً وقانوناً وعلى هذا الأساس فالقصد الجنائي -من مسائل الموضوع- لا رقابة القضاة المحكمة عليه<sup>2</sup>.

4/ توصل الاجتهاد القضائي أن حجة الاعتراف في حق المتهم المعترف أو في حق غيره من المتهمين الذين تناولهم هذا الاعتراف هي مسألة موضوعية نقرها غرفة الاتهام لها أن تأخذ به إن اعتقدت صحته أو تستبعده إن شككت في صحته ، ومن المقرر أيضاً أن إعادة تمثيل الجريمة من طرف قاضي التحقيق أمر جوازي متروك إليه وحسب مدى حاجة الدعوى

1- قرار الغرفة الجنائية، المحكمة العليا 1993/01/05 قضية (ع ن) ضد (ع م) والنيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 251 .

2- قرار الغرفة الجنائية، المحكمة العليا 1987/11/24 قضية (ب ص) ضد النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص 203.

إليه<sup>1</sup>.

5/ متى كان من المقرر قانونا وقضاء أن الحكم المدني تابع للحكم الجنائي في أحكام محكمة الجنايات، فإن نقض وإبطال الحكم الجنائي يستتبع حتما إبطال الحكم المدني، ويستتبع بالتالي الفصل في الدعوتين العمومية والمدنية .

ولما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس الأعلى قرر نقض وإبطال الحكم الجنائي فإن المحكمة المحالة عليها الدعوى الفاصلة في الدعوى العمومية فقط دون التطرق للدعوى المدنية يتوجب إحالة هذه الدعوى عليها للفصل فيها طبقا للقانون باعتبارها لا زالت قائمة أمامها، ومتى كان كذلك استوجب إحالة الدعوى المدنية على نفس محكمة الجنايات التي لا زالت قائمة أمامها<sup>2</sup>.

6/ كما أنه يكفي النطق بمصادرة محل الجريمة أمام القاضي الجزائي في المواد الجمركية يغني عن النطق بها أمام القاضي المدني، ولما كان الثابت أنه قد تم أمام القاضي الجزائي التصريح بمصادرة محل الجريمة، فإن القاضي المدني برفضه الاستجابة لطالب المصادرة يكون قد طبق القانون التطبيق الصحيح<sup>3</sup>.

7/ ولقد توصل اجتهاد قضاة المحكمة العليا على أنه إذا تبين لغرفة الاتهام أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا غير الوصف القانوني المعطى لها، فإنه يجب عليها اعطاء تلك الوقائع التكييف القانوني الصحيح، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

ولما كان الثابت أن قرار غرفة الاتهام القاضي بانتقاء وجه الدعوى ضد المتهم من أجل تحريض قاصرة على الفسق بالرغم من أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا آخر معاقب

1- قرار الغرفة الجنائية المحكمة العليا 20/12/1988 قضية النائب العام لدى مجلس قضاء جيجل، ضد (س ع) المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص 227.

2- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية بتاريخ 1987/04/21 قضية (ش ط) و (ش أ) ضد: الديوان الوطني للتسويق والنيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 3، 1991، ص 195.

3- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية بتاريخ 1990/06/05 قضية ادارة الجمارك، ضد: (وع-ن ع) المجلة القضائية، العدد 3، 1991، ص 208.

عليها تكون قد أخطأت<sup>1</sup>.

8/ كما أنه من مبادئ الاجتهاد القضائي أن تكييف الوقائع مسألة موضوعية تدخل ضمن

السلطة التقديرية للقاضي، طالما كان هذا التكييف مبرر بتعليل كاف وفقا للقانون.<sup>2</sup>

9/ كما أنه من المقرر قانونا وقضاء أن تراقب غرفة الاتهام أعمال ضبط الشرطة القضائية

والموظفين و الأعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي التي يمارسونها حسب

الشروط المحددة في المواد 21 وما يليها من ق... ج ولغرفة الاتهام أن تصدر قرارات إدارية

أو تأديبية دون جواز الطعن فيها قانونا .

ولما كان الثابت أن غرفة الاتهام أصدرت قرارا تأديبيا يتضمن توقيف صفة الطاعن لمدة

سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم، فإن هذا القرار على خلاف الأحكام الجزائية لا يجوز

استعمال طريق الطعن فيه ، مما يتعين رفض الطعن الحالي لعدم جوازه قانونا<sup>3</sup>.

10/ كما توصل قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم على أن يعاقب بالحبس والغرامة كل من

أصدر بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف، وكل من قبل شيكا غير قابل

للصرف فورا، وجعله كضمان .

ومن المستقر عليه قضاء أن الركن المعنوي للجريمة لا يتمثل في قصد الأذى

وإلحاق الضرر ولكن يستخلص من حالة غياب الرصيد أو عدم كفايته.

ومن ثم فإن اعتراف المتهمين: الأول بإصدار شيك على بياض والثاني: بقبوله، تجعله

كضمان، لا يجعلهما ينجوان من المتابعة القضائية<sup>4</sup>.

11/ كما أنه من المستقر عليه قضاء، أنه يمكن للطرف المدني استئناف القرار الصادر

1- قرار المحكمة، العليا الغرفة الجنائية بتاريخ: 1990/01/08 قضية النائب العام لدى مجلس قضاء تيارت ضد: (م م)،

المجلة القضائية، العدد 3، 1993، ص 264.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات بتاريخ 1991/11/19 قضية (مب) عند (ش ع)، المجلة القضائية،

العدد 3، 1993، ص 309.

3- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية بتاريخ 1993/01/05 قضية (ق ف) ضد: (ب ع) والنيابة العامة، المجلة

القضائية، العدد 01، 1994، ص 247.

4- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات قرار 1990/03/20 قضية (ع ح)، (ب ح) ضد النيابة العامة، المجلة

القضائية، العدد 01، 1994، ص 261.

بالبراءة للمطالبة فيما يخص المصالحة المدنية، لأن الحكم بالبراءة يبقى مكتسب بالنسبة للمتهم بعدم النطق بعقوبة جزائية في حقه. وليس في التعويضات المالية. وعندما منح قضاة المجلس تعويضات مدنية للطرف المدني يكونوا قد أصابوا<sup>1</sup>.

12/ من المبادئ المستقر عليها في القضاء الجنائي أن نقض الحكم أو القرار لا يمتد أثره لغير الطاعن طالما لم يكن الطعن مقدما من النيابة العامة، وإذا طعن عدة متهمين فالوجه أو الأوجه الذي يقدم أحدهم وتقبله المحكمة العليا يستفيد منه الآخرين متى كان الوجه مشتركا بينهم وكان هناك اتصال بين حالة المتهمين ووجه الطعن، وأن المحكمة العليا وحدها التي تعين في قرارها من الذي يمتد إليهم أثر الطعن بالنقض، ومن ثم فإن غرفة الاتهام التي مددت اثر النقض إلى بقية المتهمين دون أن تقرر ذلك المحكمة العليا تكون قد خرقت الاختصاص وتجاوزت سلطتها<sup>2</sup>.

13/ وفي مادة الاجتهاد القضائي استقر القضاء على أنه لا تجوز معارضة على معارضة أخرى. ولما كان الثابت إن الطاعن رفع معارضة جديدة ضد قرار غيابي مكرر. فإن قضاة المجلس لما صرحوا بعدم قبول المعارضة المرفوعة يكونوا قد أحسنوا تطبيق القانون<sup>3</sup>.

14/ من مبادئ الاجتهاد القضائي إن التناقض المفضي إلى النقض هو التناقض الموجود بين بيانات جوهرية في الإجراءات تؤثر على صحة الحكم، أما مجرد الخطأ المادي فإنه لا يعد سببا من أسباب النقض ومن ثم فإن النص على الحكم المطعون فيه بوجود تناقض بين تاريخ ورقة الأسئلة وتاريخ الحكم المطعون فيه المثبت بمحضر المرافعات وورقة التكليف

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح بتاريخ 17/01/1993 قضية (س م .. ادارة الجمارك) ضد: (النيابة العامة). المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص 278 .

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية بتاريخ 24/07/1990 قضية (ن ع) ضد: (فريق ل ح)، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 175.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات 20/03/1990 قضية (ب ب) ضد: (ن ع)، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص 196 .

بالحضور يعد خطأ ماديا لا يؤثر في صحة الحكم<sup>1</sup>.

15/ من المقرر قانونا إن يعاقب كل شخص دخل فجأة أو خدعة أو اقتحم منزل مواطنا ومن ثم فإن القانون لا يشترط في التعدي على المنازل أن تكون مسكونة، بل يكفي أن يكون العقار معد للسكن وتحوزه الضحية بأي طرق الحيازة المشروعة<sup>2</sup>.

16/ من المستقر عليه قضاء أن البحث في نية المتهم وقصده عند ارتكاب الجريمة ليس من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى، إنما الأمر موكول فيه إلى قضاة الموضوع، ويكفي لإثبات القصد الجنائي أن يكونوا بنو قضاءهم على صحة الواقعة ونسبتها إلى المتهم، وبما استنتجوه من الدعوى وملابساتها شرط أن يكون ما توصلوا إليه سائغا منطقيا وقانونا، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المتهم الطاعن وجد في حوزته الشيء المسروق وان غرفة الاتهام اشنت أدلة الاتهام من واقع الأوراق الموجودة في الملف، فان قرار الإحالة المطعون فيه القاضي بإحالة الطعن وآخرين على محكمة الجنايات كان مؤسسا تأسيسا قانونيا<sup>3</sup>.

من المتفق عليه قضاء أن حجية الاعتراف في حق المتهم المعترف أو في حق غيره من المتهمين الذين تناولهم هذا الاعتراف هي مسألة موضوعية تقدرها غرفة الاتهام لها أن تأخذ به إن اعتقدت صحته أو تستبعده ان شكت في صحته ، ومن المقرر أيضا أن إعادة تمثيل الجريمة من طرف قاضي التحقيق أمر جوازي متروك إليه وحسب مدى حاجة الدعوى إليه، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه ببطلان الاجراءات والقصور في التسبب غير مؤسس يستوجب رفضه.

ولما كانت غرفة الاتهام في قضية الحال وان انعدام المؤيدات المادية والقانونية

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية بتاريخ 12/07/1988 قضية (ع س م) ، ضد: (م ع)، المجلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 181.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات 26/02/1991 قضية (ب ف)، ضد: (ع أ)، المجلة القضائية، العدد 01، 1996، ص 205.

3- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية بتاريخ: 24/04/1987 قضية (ب ص) ضد: النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 04، 1990، ص 203.

للاتهام واستبعادها لاعتراف المتهم في حق غيره من المتهمين بمشاركتهم في الجريمة وقضت بتأييد أمر قاضي التحقيق القاضي بانتقاء وجه الدعوى بالنسبة للمطعون ضدهم في حدود سلطتهم التقديرية متى كان هذا التقدير سائغا ، فان قرارها هذا لا يكون مشوبا بالقصور<sup>1</sup>.

17/ من المستقر عليه قضاء أن الشكلية تعتبر جوهرية عندما تمس بحقوق من يتمسك بها، ومن ثم فان الطاعن في قضية الحال لم يثبت ان خرق الإجراء المدعى به قد مس بحقوقه<sup>2</sup>.

18/ أن المحاضر الصادرة عن مصلحة إدارة الغابات من جملة المحاضر التي تمتاز بحجيتها، وإن قوة اثباتها تتعلق أساسا بالدفع المتعلقة بالجريمة التي يكون محرروها قد رأوها وسمعوها بأنفسهم.

ولما كان الثابت في قضية الحال ان ادارة الغابات التي شرعت في متابعة الطاعن انت بالدليل العكسي، وشهدت كتابيا على نفسها انها ما عثرت وما شهدت وما عاينت المتهم في عين المكان، وبهذا الطرح تكون ادارة الغابات قد عرضت محضرها إلى التناقض واخوته من كافة شروط الإثبات<sup>3</sup>.

#### الفرع الأول: الاجتهاد القضائي والمحكمة العليا<sup>4</sup> :

أنشأ المشرع الجزائري طرقا تسمح بتوحيد الاجتهاد في القانون المؤرخ في: 20 ديسمبر 1989.

الطريقة الأولى: تتمثل في عرض القضايا التي تطرح اشكالات قانونية من شأنها أن

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية بتاريخ: 1988/12/20، قضية النائب العام لمجلس قضاء جيجل ضد: (س ع)، المجلة القضائية 4، 1990، ص 227.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات 1989/11/28، قضية (ب أ)، ضد: (ب ع)، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 263.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات 1994/12/21 قضية (و ث ش) ضد: النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 287.

4- القانون رقم 89 - 22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها .

تؤدي الى تناقض في الاجتهاد القضائي على غرفة مختلطة مشكلة من غرفتين طبقا للمادة 20 من القانون المؤرخ في 20 ديسمبر 1989<sup>1</sup>.

أما الطريقة الثانية: تتمثل في طرح القضايا التي يحتمل أن يؤدي الفصل فيها إلى تغيير الاجتهاد القضائي على هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للمادة 22 الفقرة 5،<sup>2</sup> أو المادة 23.

أما الطريقة الثالثة: فتقتضي عرض القضايا على غرف مختلطة مشكلة من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة للفصل في الموضوع على إثر طعن ثان طبقا للمادة 21 ف02. غير أنه يبدو أن الطرق التي وضعها المشرع لتقادي الاضطرابات في الاجتهاد القضائي تحتاج هي نفسها إلى تأويل وتعديلات. فإذا درسنا القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا وإحالتها لقضاة الموضوع من جديد فإن هؤلاء أحرار في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات عند عرضها وإحالتها عليهم للفصل فيها من جديد باستثناء نص المادة 524 الفقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية التي تلزم القضاة بالتقيد في النقطة القانونية التي قطع فيها قضاة المحكمة العليا .

إن المشرع لا زال غامضا فيما يتعلق بسلطة الاجتهاد القضائي التي منحها للقاضي فمثلا عبارة الفصل في الموضوع. هل معنى طرح كل قضية تكون محل طعن ثان على الغرفة المختلطة طبقا لنص المادة 21 من قانون المحكمة العليا، وهذا يعني أن الغرفة المختلطة تفصل في الموضوع .

كما الحال عليه في مصر، أم تكفي بالفصل في موضوع الطعن أما بالرفض أو بالنقض وفي هذه الحالة تحال القضية مرة ثانية للبت فيها مرة أخرى طبقا للقانون؟

فإذا قلنا بان الغرفة المختلطة تفصل في موضوع القضية على اثر طعن ثان، كان

1- تنص المادة 20 من قانون المحكمة العليا على أنه تتعقد الغرفة المختلطة للبت في القضاء التي تطرح اشكالات قانونية التي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي.

2- تنص المادة 22/5 من قانون المحكمة العليا على أنه لا يجوز للغرفة المختلطة اذا ما ارتأت أن الاشكال القانوني يمكن أن يؤدي الى تغيير الاجتهاد القضائي، أن تقرر إحالة القضية على الغرفة المجتمعة

حكمتنا مخالفا لقانون الإجراءات الجزائية وإذا قلنا بان الغرفة تكتفي بالفصل في الطعن الثاني تحيل القضية إلى قضاة الموضوع في حالة النقض.<sup>1</sup>

جاء في المادة 222 "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية فقط، نص المشرع الجزائري بناء على هذه المادة أن كل ما لم ينص عليه القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة. و نلاحظ هنا ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: أطلق المشرع للقاضي و لغيره العنان في الاجتهاد في كل ما لم ينص عليه صراحة، و ذلك أن جزئيات القضايا أو المسائل لا يمكن أن تعد أو تحصر بتشريع معين فكان لزاما من الاجتهاد في إطار الكليات العامة .

قال الشهرستاني: والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد.<sup>2</sup>

و بهذا يضيفي المشرع على القانون صفة المرونة وعدم الجمود.

الملاحظة الثانية: أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون إلى مذهب معين كما هو الحال في بعض التشريعات العربية كالتشريع السوري الذي يقيد القاضي، بالرجوع إلى مذهب الحنفية حصرا، أما المشرع الجزائري فأطلق له التصرف ليبحث في ظل أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ما يراه محققا للمقاصد.

ويعد هذا طريقة للتشريع الجزائري دون غيره في فتح المجال لاجتهاد القاضي من غير تقيد لحريته. ومثال على ذلك أجره الحضانة، فهل تستحق الحضانة أجره على ممارسة الحضانة في التشريع الجزائري أم لا؟ المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بيان ذلك بل سكت عنه و بالرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 نجد أن الفقهاء اختلفوا في المسألة على

1- الاستاذ بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية للقضاء الجزائر 23/24/25 فيفري 1991.

2- د. محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، 1404، ج1، ص197.

قولين بسبب اختلافهم في طبيعة الحضانة هل هي حق أم واجب، ورجح قضاة المحكمة العليا القول الثاني دون الأول من عدم استحقاق المرأة أجره على الحضانة بناء على قول من يرى أن الحضانة حق للمحزون واجب على الأم، ولا يستحق من ممارسة الواجب أجره. جاء في القرار رقم 35912 بتاريخ: 08-04-1985 الحاضنة لا تستحق اجرا على الحضانة، والمجلس إذا وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دج يدفعها كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على هذا خلاف الشرع، فليس ظاهرا في القضية، وقد جاء في كتاب البهجة على شرح التحفة أنه لا أجره للحاضن على الحضانة، إذ الإنسان لا يأخذ اجرا على فعل شيء واجب عليه، ومخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب<sup>1</sup>.

مثال آخر: لم يتطرق المشرع الجزائري في موانع الإرث إلى مسألة اختلاف الدين، وبناء عليه فسر القضاة المسكوت عنه ما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية أخذا بالمادة 222 التي تحيل كل ما لم ينص عليه في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية .  
فجاء القرار رقم 123051 بتاريخ 25-7-1995 كما يلي:

"من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئا. ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام، ولم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن"<sup>2</sup>.

مثال آخر: قانون الأسرة لم يتطرق لموضوع المتعة كله تاركا تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفق المادة 222 منه، حيث نجد أن العمل بتقدير المتعة للمطلقة جاري في المحاكم،

1- قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/4/8، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 1989، العدد 1، ص 89.

2- قرار رقم 123051 بتاريخ 1995/7/25، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 1996، العدد 01، صفحة 113.

والمجالس، والمحكمة العليا وفق الشروط التي قررها الفقهاء كما هو موضحا من خلال هذه القرارات .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 21-05-1991 ما يلي: "إن تحديد نفقات العدة، والمتعة، والنفقة الغذائية للزوجة، والمطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"<sup>1</sup>. وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 18-06-1991 ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة، والتعويض، والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل .. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

تنص المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

مما يستخلص أن المشرع لم يلزم قضاة الموضوع بالأخذ بالاجتهاد القضائي بموجب نص صريح .

- تنص المادة 338 من القانون المدني: "... لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل

1- قرار رقم 72602 بتاريخ 1991/5/21، غرفة الأحوال الشخصية، منشور نشرة القضاة، الصادرة بتاريخ 1995، العدد 47، صفحة 149 .

2- قرار رقم 75029 بتاريخ 1991/6/18، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 1994، العدد 02، صفحة 65.

والسبب...". ويستخلص منها أن القاضي لا يشرع حين يفصل في المنازعات المعروضة عليه، بمعنى أنه لا يضع قواعد قانونية ملزمة يتعين احترامها خارج النزاع المعروض أمامه. فحجية الأحكام نسبية، وتقتصر على النزاع القائم بين الخصوم أنفسهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

- يستخلص بمفهوم المخالفة من المادتين 374 من قانون الإجراءات المدنية و 524 من قانون الإجراءات الجزائية أن النقاط التي تقطع فيها المحكمة العليا غير ملزمة سوى للجهة القضائية التي تعاد إليها القضية بعد النقض.

إن الواقع العملي يجعل الأحكام والقرارات التي تصدرها الجهات القضائية غير متوقعة ، ففي العديد من المرات تصدر أحكام مختلفة بشأن قضايا مماثلة ، فمن يصدق مثلا أن جماعة من العمال الذين طردوا من مناصب عملهم من طرف الهيئة المستخدمة لهم، في نفس الظروف واستنادا إلى نفس السبب، فيقاضوها، ويقع إثر ذلك ما يلي:

أ- يصدر القسم الاجتماعي للمحكمة أحكاما تقيّد جميع المدعين بتعويضات متفاوتة.

ب- وبعد الاستئنافات المقدمة أمام الغرفة الاجتماعية للمجلس، تنوعت القرارات الصادرة إثر ذلك، وفق المبين مما يلي:

1- تقرر في أغلب القضايا تأييد الحكم المستأنف.

2- وتقرر في بعض القضايا إلغاء الحكم المستأنف، ومن جديد رفض طلبات المدعين في الحال.<sup>1</sup>

3- وتقرر في القضايا الأخرى إلغاء الحكم المستأنف، ومن جديد عدم الاختصاص النوعي للقضاء الاجتماعي .

ج- وإثر الطعن بالنقض المقدم من البلدية، أصدرت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا قرارات تصنف إلى نوعين:

1- قرار مجلس قضاء، تيزي وزو مؤرخ في 1989/11/22 تحت رقم 571.

الأول: رفض الطعن بالنقض.<sup>1</sup>

الثاني: إلغاء القرار المستأنف دون إحالة، لعدم اختصاص القسم الاجتماعي بالفصل في هذا النوع من القضايا.<sup>2</sup>

هذا ما يلاحظ أيضا بخصوص جهات القضاء الإداري، ففي العديد من المرات التي تتولى جماعة من الأشخاص، التي تتواجد في نفس الظروف المكانية والزمنية، رفع دعاوى فردية للمطالبة بنفس الحقوق، فتصدر الغرفة الإدارية للمجلس القضائي وكذا بمجلس الدولة قرارات مختلفة.

وعلى سبيل المثال لا الحصر، أصدر مجلس الدولة قرارات تتضمن تأييد قرارات الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر القاضية برفض الطعن الرامي إلى بطلان القرارات التي أصدرها رئيس الدائرة<sup>3</sup>، وقرار آخر يتضمن إلغاء قرار نفس الغرفة الإدارية والقضاء من جديد بإبطال قرار رئيس الدائرة<sup>4</sup>.

ومما لا شك فيه أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يتحملان قدرا من المسؤولية في اختلاف الحلول التي تقدمها الجهات القضائية (المحاكم والمجالس القضائية والمحاكم الإدارية) بخصوص المشاكل القانونية التي تعرض عليها، فقرارات المحكمة العليا وبمجلس الدولة تتضمن اجتهادات مختلفة ومتعارضة في بعض الأحيان، وذلك دون تمكين الجهات القضائية الأخرى من الاطلاع عليها.

وإذا كانت المحكمة العليا ومجلس الدولة يتذبذبان في اجتهادهما ولا يلتزمان بالمبادئ التي يقران، والأكثر من ذلك لا يلتزمان حتى بالقانون المتعلق بصلاحياتهما وتنظيمهما

1- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/11/22 تحت رقم 110978.

2- قرارات الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادرة في: 1992/9/30 تحت رقمي 88866، و 88867، وبتاريخ 2001/10/10 تحت رقم 225979.

3- قرارا بمجلس الدولة الصادرين في: 2000/4/10 تحت رقم 199605، و 2001/5/15 تحت رقم 001900.

4- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2000/2/28 تحت رقم 201911.

وسيرهما"<sup>1</sup>، ولاسيما فيما يتعلق بالمهمة الأساسية المسندة إليهما والمتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي، فمن الطبيعي أن لا تلتزم الجهات القضائية الدنيا بقرارات تلك الجهتين القضائيتين نظرا لعدم تجانسها و تعارضها.

ومن أجل توضيح بعض معالم هذه المشكلة، نبين موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضائي، وما يجري في أرض الواقع هذا الخصوص، قبل أن نقدم اقتراحاتنا قصد ضمان التطبيق السليم للقانون.

### الفرع الثاني: دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية:

تعد الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم والجهات القضائية بشكل عام ثروة حقوقية، إذ أنها تشكل الطابع العملي الحي للقانون، وهي التي تشكل مداه وأبعاده، فالقانون بمواده عبارة عن مادة خام جامدة، تصبح في حالتها النشطة عندما تتحول إلى أحكام قضائية؛ فالأحكام المؤيدة من قبل المحكمة العليا، والتي يستقر عليها قضاؤها هي تعبير عن توجه القضاء وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه. وتسمى الأحكام التي تستقر المحاكم العليا على الأخذ بها بالمبادئ القضائية<sup>2</sup>.

وللمبادئ القضائية أهمية كبرى سواء بالنسبة للمحامين والمترافعين أمام المحاكم، أو حتى بالنسبة للقضاة أنفسهم خاصة قضاة الدرجة الأولى، وذلك أن القوانين والأنظمة واللوائح، وإن كانت هي المرجع في تقرير الحقوق وترتيبها، إلا أن تلك القوانين - مهما تم الاجتهاد عند إعدادها ووضعها ومحاولة أن تكون شاملة - إلا أنها قد يعترى بعض موادها إما الغموض والإبهام، أو أن تكون قاصرة في بعض الحالات، بحيث يصبح هناك فراغ قانوني، وفي هذه الحالة فإن القاضي والمحامي يستأنس بالرجوع للمبادئ والأحكام القضائية السابقة لحالات مشابهة. والمبادئ القضائية تنشأ بسبب وجود مواد مبهمه أو حالات لم يتم

1- راجع القانون رقم 89/22 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها ومسيرها (ج.ر. عدد 53 لسنة 1989)، المعدل والمتمم حسب الأمر رقم 96/25 المؤرخ في 1996/8/12.

2- انظر، عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، ص 307.

تناولها عند سن القانون أو النظام، وفي هذه الحالة فإن القاضي يحاول أن يجد تفسيراً مناسباً للنص الغامض، أو أن يبتدع حكماً جديداً للحالة غير المتناولة بالتنظيم، مستعيناً في ذلك بالعرف وبمبادئ القانون الطبيعي، ومبادئ العدالة، و الحالات المشابهة، محاولاً الوصول لحكم مرض. ومما يؤكد على أهمية المبادئ القضائية في العمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية، هو غياب القوانين المنظمة لأغلب الحقوق، في ظل عدم وجود تقنين شامل تمثله أحكام الفقه الإسلامي، حيث إن مجال الاجتهاد يبقى مفتوحاً أمام القاضي ليحكم بما يرضه من المذاهب الفقهية المختلفة. وكما هو معلوم فإن المذاهب والآراء والاجتهادات الفقهية كثيرة ومتنوعة ولا يمكن حصرها، بل هي متجددة ومجال الاجتهاد فيها مفتوح، والنصوص الشرعية من المرونة بحيث يمكن الاحتجاج بها لكثير من الأقوال والمذاهب، لذلك فإن المبادئ القضائية تصبح ضرورة في هذه الحالة، حتى يعرف المترافع أمام القضاء التوجه الذي يسير فيه القاضي، مما يمكنه من المطالبة بحقوقه في ضوء الأحكام السابقة. ومع أن السوابق والمبادئ القضائية غير ملزمة كما هو المعمول به في القضاء الفرنسي والذي تسير على خطاه معظم الدول العربية، خلافاً للقضاء الانجليزي الذي يعتبر المبادئ القضائية قواعد ملزمة -مع أنها ليست ملزمة من الناحية النظرية- إلا أنها تعبر في الغالب الأعم عن توجه القضاء، وذلك بفضل وجود درجات للتقاضي، ذلك أن المحكمة العليا تقوم بنقض الأحكام التي لا تتوافق مع المبادئ التي قررتها، مما يجعل قاضي الدرجة الأولى يراعي ذلك في القضايا المعروضة أمامه، بحيث لا يخرج عن ما قرره المحاكم الأعلى منه درجة، حتى لا يعرض أحكامه للنقض، مما يضيء على المبادئ القضائية المستقرة صفة القواعد الملزمة، مع أن بإمكان دوائر النقض العدول عن اجتهاداتها السابقة، والمبادئ التي سبق وقررتها، بحيث تقرر مبادئ جديدة، ويتم ذلك وفق آلية يحددها المشرع<sup>1</sup>.

ولا شك أن الصعوبات الأساسية التي تقف أمام الاعتراف بالاجتهاد القضائي

1- عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 308.

كمصدر للقواعد القانونية تكمن في مبدأ الحجية النسبية للأمر المقضي به، ويقصد به أن الحكم الصادر في قضية معينة تكون حجيته مقتصرة على أطراف النزاع وحدهم، فلا تمتد لغيرهم، وتسري نسبية الحجية بالنسبة للواقع والقانون، فلو عرضت في المستقبل قضية مماثلة أمام نفس المحكمة فلا يوجد أي التزام قانوني على المحكمة أن تطبق حكمها السابق على وقائع القضية الجديدة، كما لا يجوز للخصوم أطراف الصراع الجديد المطالبة بإعمال الحكم السابق في مواجهتهم، ويترتب على ذلك أنه طالما كان الحكم لا يتمتع بالحجية إلا بصدد النزاع الذي فصل فيه، فلا يمكن إذاً أن تنشأ قاعدة عامة من أحكام المحاكم.<sup>1</sup>

---

1- عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 308.

## ملخص الفصل:

إن الاجتهاد القضائي بوصفه عملا ذهنيا إبداعيا يجعله يختلف عن العمل القضائي من حيث مصدره وشكله ومضمونه، ومن نتائج هذه التفرقة بين الاجتهاد القضائي والعمل القضائي، أن معظم التشريعات تجعل من العمل القضائي عملية منظمة قانونا لحسم كل نزاع يثور بين الأفراد، بينما لا يخصص المشرع الاجتهاد القضائي بقواعد قانونية محددة بشكل مسبق، بل إن الاجتهاد القضائي نفسه يساهم في خلق قواعد وأعراف توطر العملية القضائية.

من خلال استقراءنا للنصوص القانونية يظهر بأن بلادنا تعرف تعديلات عديدة ومتكررة مما يستوجب تغيير الاجتهاد القضائي كما أنه من خلال إطلاعنا على القوانين يظهر بان المشرع الجزائري أحاط مهمة الاجتهاد القضائي بقضاة المحكمة العليا دون غيرهم إذا ما اعتبرنا أن القضاة الأقل درجة ملزمين كما توصل إليه قضاة المحكمة العليا باعتبارها المقومة والموجهة لإعمال قضاة المجالس والمحاكم.

ولهذا فان القرارات التي تصدرها المحكمة العليا على مستوى الغرف المجتمعة لا يكون لها أثر فعال ومفيد في توحيد الاجتهاد القضائي إلا إذا كان إتباعها والامتثال إليها واجبا.

**الفصل الثاني:**  
**الاجتهاد القضائي**  
**في عقد الهبة**

## الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في عقد الهبة.

الهبة تصرف قانوني صادر من جانبين الغرض منه التبرع، أباحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ونظمت أحكامه على نحو يحقق أهدافه التي أبرم من أجلها. ونظرا لخطورة هذا التصرف وجانب المسؤولية الملقى على عاتق المتبرع إذ يتجرد فيه من أمواله أو جزء كبير من ممتلكاته دون مقابل وهو ما يؤثر في ذمته المالية، فهو إقرار له من جهة وإغناء للموهوب له من جهة أخرى. وأمام هذه القدر من الخطورة وتبعات المسؤولية وما قد تحدثه من أثر بالغ في نفوس أهل وأقارب المتبرع وما يمكن أن تثيره من نزاعات وخلافات وانشقاقات أسرية في حالة التبرع أو الرجوع فيه، فقد نظمت أحكام هذا العقد وبينت جوانبه المختلفة حتى يكون الواهب على بينة من أمره ويعرف ما هو مقبل عليه.

ولذلك فقد قسمت هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها.

المبحث الثاني: أركان الهبة وشروطها.

المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الهبة.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة.

المبحث الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها.

الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة، فإن قصد بها التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج فهي صدقة، وإن حملت إلى المهدي إليه إعظاماً له وتودداً فهي هدية، وإلا فهي هبة، والعطية هي الهبة في مرض الموت.

ولتحديد هذا المعنى المرتبط بالهبة تحديداً دقيقاً فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية الهبة.

المطلب الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحاً.

لتبيين معنى الهبة ومفهومها من خلال البناء اللغوي والاصطلاحي سنتطرق إلى ذلك من خلال فرعين، يخص الأول للتعريف اللغوي والثاني للتعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: تعريف الهبة لغة.

الهبة لغة هي مصدر الفعل وهب وجمعها هبات، ووهبت له هبة وموهبة ووهبا إذا أعطيته.<sup>1</sup>

وقيل أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال،<sup>2</sup> قال تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾.<sup>3</sup> والهبة هي العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهي من أبنية المبالغة، يقال رجل وهاب، ووهابة، أي كثير الهبة.<sup>4</sup>

1- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، ط2، 1988، ص 390.

2- الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1981، ص 737.

3- سورة الأنعام، الآية: 84.

4- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، دط، دس، ج6، ص 4929.

والوهاب من أسماء الله تعالى المنعم على العباد بالبذل الشامل والعطاء الدائم بلا تكلف ولا غرض ولا عوض، ومنها قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّآ أَنَا وَبِهِ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾<sup>1</sup>.

ومن خلال استعراض كل هذه المعاني يتضح لنا بأن الهبة هي التبرع والتفضل على الغير دون مقابل، والعطاء بغرض الإحسان.

### الفرع الثاني: تعريف الهبة اصطلاحاً.

لقد حظيت الهبة بعدد التعريفات وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أهميتها من الناحية التشريعية ومن الناحية العملية في حياة الأفراد، فبأي هذه التعريفات تأثر المشرع الجزائري في صياغته لتعريف الهبة.

فقد عرّفها الحنفية بأنها: "تمليك العين بلا عوض"<sup>2</sup>. ومعنى التمليك الوارد في التعريف يشمل ما هو بعوض أو بغير عوض، وسواء كان تمليكا للذات أو للمنافع، وأخرج تمليك المنافع كالإجارة والإعارة وغيرها، كما أن جعلها بغير عوض إنما القصد منه إخراج الهبة من عقود المعاوضات.<sup>3</sup>

كما عرّفها المالكية على أنّها: "تمليك بلا عوض"<sup>4</sup>.

وفي تعريف آخر لهم: "تمليك من له التبرع ذاتا تنتقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل لثواب الآخرة صدقة". فقد جرى إخراج تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة والوقف

1- سورة الشورى، الآية: 49.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997، ج8، ص 84.

- انظر: الزيلعي، تبیین الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دس، ج5، ص 91.

3- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 19.

4- سعاد سطحي، عقد الهبة في الفقه المالكي، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 21، العدد 02، سنة 2006، ص ص 97-130. انظر: الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، لبنان، ط3، 1992، ج6، ص 49.

والعمرى، وتجعل لأهل من يستحقها، ويكون ذلك بصيغة صريحة أو أي فعل آخر على يدل التملك.<sup>1</sup>

وعرّفها الشافعية على أنّها: "التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً". فخرج بالتمليك العارية والضيافة والوقف، وبالعين الدين والمنفعة، وبنفي العوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة، وبالحياة الوصية لأن التملك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت، وبالتطوع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما.<sup>2</sup>

وعرّفها الحنابلة على أنّها: "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض".<sup>3</sup>

قوله: "تمليك" أخرج به العارية.

قوله: "جائز التصرف" وهو الحر المكلف الرشيد.

قوله: "مالاً" أخرج به الكلب ونحوه.

قوله: "معلوماً" يصح بيعه منقولاً أو عقاراً.

قوله: "أو" مالا "مجهولاً تعذر علمه" كدقيق اختلط بدقيق لآخر، فوهب أحدهما للآخر ملكه منه، فيصح مع الجهالة للحاجة.

قوله: "موجوداً" أخرج به المعدوم كعبد في ذمته.

قوله: "مقدوراً على تسليمه" أخرج به الحمل.

قوله: "غير واجب" أخرج به الديون والنفقات ونحوها.

قوله: "في الحياة" أخرج به الوصية، وهو متعلق بتمليك.

قوله: "بلا عوض" متعلق أيضاً به، فإن كانت بعوض فبيع.<sup>4</sup>

واعترض على هذا التعريف بما يلي:

1- الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، دط، دس، ج4، ص ص 139، 140.

2- الشرييني، مغني المحتاج، دار الفكر، لبنان، دط، دس، ج2، ص 396.

3- البهوتي، كشف القناع، دار الفكر، لبنان، دط، 1982، ج10، ص 117.

4- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص 518.

أولاً- قوله: "جائز التصرف" هذا من ادخال الشروط في التعريف.

ثانياً: عدم شموله لهبة الثواب، والأقرب في تعريف الهبة اصطلاحاً أن يقال: "التبرع بتملك ما فيه منفعة في الحياة".

فقولنا: "التبرع" لإخراج الواجب نحو الزكاة والكفارة، وما فيه تملك كالبيع.

وقولنا: "بتملك" لإخراج العارية، فهي إباحة للمنفعة.

وقولنا: "ما فيه منفعة" ليشمل الأموال والمختصات.

وقولنا: "في حال الحياة" ليخرج الوصية.<sup>1</sup>

وخلاصة القول: أن الفقهاء متفقون على أن الهبة تملك المال دون مقابل، أي من غير عوض أو بدل، وعليه فلا خلاف بينهم في جوهرها وحقيقتها، وإنما في العبارات والألفاظ، وينحصر ذلك في إضافة البعض لقيود في التعريفات يخرج بها ما ليس بهبة، وإغفال البعض الآخر إدراج تلك القيود على أساس بيانها في الشروط.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه عرف الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة بقوله: "الهبة تملك بلا عوض".<sup>2</sup>

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط.

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعريف الذي ذهب إليه المالكية، ومن خلال الفقرة الأولى والثانية منه يتبين لنا أن الهبة تقوم على مقومات أربعة وهي:

1- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1434، 2013، ج4، ص 34.

2- المادة 202 من القانون 11/84 المؤرخ في: 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

أولاً: الهبة عقد ما بين الأحياء: وهذا العقد لا بد له من إيجاب وقبول متطابقين، ولا تتعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة، وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، إذ الوصية تتعقد بإرادة الموصي المنفردة.

وتبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة لا يمكن أن يتم إلا في حياة الواهب والموهوب له، وبما أن الهبة عقد بين الأحياء، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت، ومن ثم لا يجوز للواهب أن يعقد هبة بآتة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد وفاته، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة.<sup>1</sup>

ثانياً: الواهب يتصرف في مال له: فالهبة تدخل في عموم عقود التبرع، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له.

فالواهب يتصرف في مال له دون عوض، فهو يلتزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له، ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال، فينقل الواهب الملكية في العقار أو المنقول، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية.<sup>2</sup>

ثالثاً: دون عوض: فالتزام الواهب يجب ألا يقابله عوض، إذ الهبة تصرف في المال دون عوض، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له، وقد ترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار ولكنه ليس إثراء بلا سبب، فلا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع، إذ الإثراء هنا سببه عقد الهبة.

والقول أن الهبة تكون دون عوض لا يحول من قيام الهبات المتبادلة، كأن يهب شخص شيئاً لآخر ثم يهب هذا الآخر أي الموهوب له شيئاً ثانياً للواهب، فتكون حينها

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دط، 2004، ج5، ص 7، 8.

2- المرجع نفسه، ص 10.

الهبّتان متبادلتين، وتكون كل منهما بدون عوض لأن كلا من الهبتين ليست عوضاً عن الهبة الأخرى بل واهب وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته.<sup>1</sup>

رابعا: نية التبرع: تعتبر هذه الخاصية عنصراً جوهرياً في الهبة، إذ لا يكفي لانعقادها أن يتصرف الواهب في مال له دون عوض، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي وهو نية التبرع، فإذا انتقت هذه النية انتقت الهبة معها، ومثال ذلك أن يقوم شخص بالوفاء بالتزام طبيعي نحو شخص آخر فلا يكون متبرعاً وإنما موفياً لدين وإن كان غير مجبر على الوفاء به، ويكون عندها تصرفه وفاء لا هبة.<sup>2</sup>

ونية التبرع مسألة نفسية تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع والعبارة فيها تكون بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع، فإذا قصد الشخص التضحية دون الحصول على منفعة معينة مادية كانت أو أدبية تحققت نية التبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة منها واعتبر تصرفه هبة، أما إذا قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه انتقت عنده نية التبرع حتى ولو تخلفت هذه المنفعة المرجوة.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: مشروعية الهبة.

الهبة عقد مشروع وقد دل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع.

#### أولاً: من الكتاب:

أ- قال تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ

1- بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، دط، 1970، ص 217.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 15.

3- عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية: الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ج1، ص 23.

إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ<sup>1</sup>.

وجه الدلالة:

هذه الآية تشمل كل تبرع على جهة الثواب كالصدقة والهبة والهدية ونحو ذلك، ومعنى أتى المال على حبه أن تعطيه وأنت صحيح شحيح.<sup>2</sup>

ب- قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>3</sup>.

وجه الدلالة:

أن هذه الآية تدل على جواز هبة المرأة صداقها لزوجها بكرا أو ثيبا وبه قال جماهير الفقهاء، وقد اتفق العلماء على أن المرأة المالكة لأمر نفسها إذا وهبت صداقها لزوجها نفذ ذلك ولا رجوع له فيه، يعني في المهر، والصحيح في هذه الآية أن المراد بالنحلة الصداق.<sup>4</sup>

ج- قال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾<sup>5</sup>.

وجه الدلالة:

فسّرت التحيّة في هذه الآية بالهبة قال بعض المالكية: "ويجوز حمل هذه الآية على الهبة إذا كانت للثواب".<sup>6</sup>

ثانيا: من السنة:

1/ عن أبي هريرة رضي الله عنه- عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "تهادوا تحابوا".<sup>7</sup>

وجه الدلالة من الحديث:

1- سورة البقرة، الآية: 177.

2- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج1، ص 181.

3- سورة النساء، الآية: 04.

4- الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص 25. وتفسير الطبري، ج7، ص 555.

5- سورة النساء، الآية: 86.

6- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص 192.

7- البخاري، الأدب المفرد، دار الصديق، ط1، 1419هـ، ص ..، حديث رقم: 594.

هذا الحديث يدل على مشروعية الهبة وذلك لأن الهبة والهدية تطلق على معنى واحد وهو التملك بلا عوض، وأنها من أسباب التواد والمحبة.<sup>1</sup>

أ- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة".<sup>2</sup>

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث يدل على مشروعية الهبات والهدايا ولو باليسير لأن الكثير قد لا يتيسر.

ج- عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنه - أخبره أنه سمع الصّعب بن جثامة الليثي وكان من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - يخبر: "أنه أهدى لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - حمار وحش وهو مُحْرِمُ فردّه، قال صعب: فلما عرف في وجهي رده هديتي، قال: ليس بنا رد عليك، ولكننا حرم".<sup>3</sup>

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث يدل على مشروعية الهبة وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أهدى إليه ولم يمنعه من قبول الهدية إلا الدخول في النسك، وفيه دلالة على أنه لا يجوز قبول المحرم ما لا يحل من الهبات.<sup>4</sup>

د- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: "كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقبل الهدية ويثيب عليها".<sup>5</sup>

وجه الدلالة من الحديث:

1- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، ط3، 1407، ج5، ص 243.  
2- البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، دس، مجلد 2، ج3، كتاب الهبة وفضلها والتعريض عليها، باب قبول الهبة، حديث رقم: 2566، كتاب الهبات وفضلها والتعريض عليها.  
3- المرجع نفسه، حديث رقم: 2573، باب قبول الهدية.  
4- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج5، ص 250.  
5- البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، حديث رقم: 2585، باب المكافأة في الهبة.

الحديث يدل على مشروعية الهبة لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- كان يقبل الهدية ويعطي الذي يهدي إليه بدلها، فيدل ظاهر الحديث على وجوب الثواب والمجازاة على الهدية إذا أطلق الواهب وكان ممن يطلب مثله الثواب كالفقير للغني.<sup>1</sup>

هـ- عن النعمان بن بشير - رضي الله عنه- قال: "أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فأتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا، قال: فاتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع فرد عطيته".<sup>2</sup>

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث يدل على وجوب المساواة بين الأولاد في الهبة وذلك بأن تكون عطية الذكر مثل حظ الأنثيين على حسب المواريث.<sup>3</sup>

**ثالثاً: الإجماع:**

نقل الثقة من الفقهاء إجماع المسلمين في كل عصر وفي كل مصر على جواز الهبة واستحبابها بجميع أنواعها حيث لم يترتب عليها حرام أو مكروه، لأنها سبب التواد والتحاب والتراحم.<sup>4</sup> قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.<sup>5</sup>

1 - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج5، ص 259.

2 - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، حديث رقم: 2587.

3 - الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص 191.

4 - حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص28.

5 - سورة المائدة، الآية: 02.

المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وشروطها.

الهبة عقد كبقية العقود الأخرى، وحتى تتعدد صحيحة لابد أن تتوافر فيها أركانها وشروط صحتها، ولمعرفة هذه الأركان والشروط فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، خصصت المطلب الأول لأركان الهبة، والمطلب الثاني لشروطها.

**المطلب الأول: أركان عقد الهبة.**

تتمثل أركان الهبة في التراضي والمحل والسبب والشكل والحيازة ولذلك سأحاول تحليل هذه العناصر تباعا في خمسة فروع.

**الفرع الأول: التراضي في عقد الهبة.**

يقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما وانصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معين ألا وهو إنشاء عقد الهبة.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ركن التراضي في عقد الهبة، فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد أن الإيجاب وحده هو الذي يعد ركنا في الهبة، أما القبول فليس بركن استحسانا وإنما هو شرط لثبوت الملك لا شرطا لوجود الهبة، وعليه فركن التراضي في عقد الهبة عندهم يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط دون اشتراط قبول الموهوب له كركن، وإنما القبول لثبوت حكمها أي الأثر المرتب عليها، وهو نقل الملكية<sup>1</sup>.

وفائدة الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان، فوهبه منه، فلم يقبل: يحث استحسانا، ولا يحدث قياسا، وأكثر شراح الحنفية<sup>2</sup> على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالإقرار والوصية، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سنة 1985، ج 5، ص 07.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 115. انظر: السرخسي، المبسوط، ج12، ص 57. انظر: ابن عابدين، حاشية بن عابدين، ج4، ص 531.

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي: أولاً: ما روي عن الصعب بن جثامة أنه أهدى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - حماراً وحشياً بالأبواء فرده عليه. فلما رأى ما في وجهه قال: **π أما إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم**<sup>1</sup>.

فقد أطلق الراوي لفظ الإهداء من غير قبول، وبما أن الإهداء من ألفاظ الهبة فذلك دليل على عدم افتقارها إلى قبول.

ثانياً: ما روي عن سيدنا أبي بكر - رضي الله عنه - أنه نحل عائشة - رضي الله عنها - جاد عشرين وسقاً<sup>2</sup> بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: "والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً فلو كنت جدتيه أو احتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختك فاقسموه على كتاب الله"<sup>3</sup>.

فقد أطلق الصديق لفظ النحلة<sup>4</sup> دون القبض، والنحلة من ألفاظ الهبة، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دلّ عليه اللفظ لغة وعليه فالهبة عبارة عن إيجاب بالملك. ثالثاً: أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وذلك يتحقق من غير قبول خلافاً للبيع<sup>5</sup>.

وقد رد على تلك الأدلة بما يأتي:

أولاً: أن قول النبي - صلى الله عليه وسلم - **π إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم**. دليل على أن للموهوب له حق القبول أو الرد، وعليه فهذا استدلال يحتسب ضد أصحاب هذا الرأي لا لهم.

1- البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، حديث رقم: 2573، ص 182.

2- الوسق: مكيلة معلومة وقيل هو حمل بغير وهو ستون صاعاً بصاع النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو خمسة أرتال وثلاث. انظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج 10، ص 378، مادة (وسق).

3- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 254.

4- النحلة: هي العطية وجمعها النحل بالضم وهي العطية والهبة ابتداء من غير عوض ولا استحقاق. انظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج 11، ص 649، مادة (نحل).

5- الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج 8، ص 86.

ثانياً: أن الأثر المذكور عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - يدل على أن الهبة تملك بالقبض، ولا دلالة فيه على أن الهبة تملك بالإيجاب مفرداً<sup>1</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وزفر من الحنفية إلى أن كلا من الإيجاب والقبول ركنان للهبة - شأنها شأن أي عقد آخر وهما يكونان معا ركن التراضي - فالهبة عقد والعقد هو توافق الإيجاب مع القبول لا مجرد الإيجاب<sup>2</sup>.  
وحجتهم في ذلك ما يلي:

أولاً: أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي لي ذراع أو كراع لقبلت"<sup>3</sup>.

فقوله - صلى الله عليه وسلم - "لأجبت" و "لقبنت" دليل ظاهر في اعتبار القبول ركناً من أركان الهبة.

ثانياً: أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال لأم سلمة: "إني قد أهديت إلى النجاشي حلة أواقى من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علي فهي لك". قالت: "وكان كما قال رسول الله" وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة أوقية المسك والحلة<sup>4</sup>.

فلو ملك النجاشي المسك بالإيجاب لما استحله الرسول - صلى الله عليه وسلم - ولأوصله لورثته، وعليه فهو دليل على أن الهبة لا تتعقد إلا بالإيجاب والقبول مجتمعين.

ثالثاً: قياس الهبة بالبيع، بجامع انتقال الملك في كليهما، وعليه لزم فيها الإيجاب والقبول معا لأنها عقد كسائر عقود البيع.

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 64، 65.  
2- الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص 54. انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، د ط، دار الفكر، لبنان، 1994، ج9، ص400. انظر: ابن قدامة: المغني، د ط، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ج6، ص 252.  
3- البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد 2، ج3، كتاب الهبة وفضلها، باب القليل من الهبة، حديث رقم: 2568، ص 180، 181.  
4- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة قرطبة، مصر، دط، دس، حديث رقم: 27717، ج6، ص 404.

رابعاً: أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها قد تثقل كاهل الموهوب له بالجميل، وقد يفضل رفضها، وعليه فلا يعقل أن يملك دون رضاه، وهو ما جعل القبول ركناً من أركانها<sup>1</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم نرجح ما ذهب إليه الجمهور في أن الهبة عقد لا تصرف بالإرادة المنفردة، وذلك لقوة أدلتهم ولسلامتها من المعارضة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد اعتمد رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر الإيجاب والقبول ركناً من أركان الهبة، فنص صراحة في المادة 206 منه على أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"<sup>2</sup>.

وهو ما أقرته المحكمة العليا في الملف رقم: 40651، الصادر بتاريخ: 1986/02/24 (غير منشور)، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول"<sup>3</sup>.

وكذلك القرار الصادر في الملف رقم: 0998538 الصادر بتاريخ: 2016/07/13 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم، أو الشرف أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر على جسامته الإكراه.

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 63.

2- القانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 (جريدة رسمية رقم: 24 لسنة 1984) المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 (جريدة رسمية رقم: 15 لسنة 2005) والمتضمن قانون الأسرة.

3- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 195.

وعليه فلما تبين من الحكم المستأنف ومن القرار المؤيد له، المطعون فيه وأن قضاة الموضوع قد ذكروا أن الرهبة التي يعتد بها قانونا كسبب من الأسباب التي تعيب إرادة المتعاقد هي التي يبعثها في نفس المتعاقد المكره بالتهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد، وهي التي حملته على التعاقد.

وأضاف القضاة أن الأسباب التي استند إليها الطاعن باعتبار والده مارس عليه التهديد بألا يرضى عنه لا يشكل تهديدا بخطر جسيم ومحقق من شأنه أن يحدث رهبة في النفس سيما وأن الطاعن بالغ ومسؤول عن كافة أعماله ومستقل، فإن قضاة الموضوع وبتحليلهم هذا قد أصابوا وطبقوا صحيح القانون.<sup>1</sup>

يستفاد من هذه المادة أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتعقد، والسبب في ذلك أن الهبة عقد وليست تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية، فهي وإن كانت تبرعا إلا أنها تنقل عنق الموهوب له بالجميل وتقرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا ما استشرف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها كما أن ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها.<sup>2</sup>

والجدير بالذكر هنا أنه يجب أن تطبق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بوجه عام على ركن التراضي في عقد الهبة لعدم معالجته بنص خاص في قانون الأسرة<sup>3</sup>، فلا بد من صدور إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة لا لبس فيها يقابله قبول من الموهوب له. ويتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير يصدر من الواهب بقصد تملك الموهوب له شيئا يملكه في الحال وبغير عوض، فلا يشترط فيه ألفاظ معينة إذ يكون بكل ما يدل عليه كأن يقول الشخص: "وهبتك كذا"، "ملكتك"، "جعلته لك".

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم الفهرس: 01198 / 16 ( قرار غير منشور ).

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج5، ص 29.

3- يراجع نص المادة 59 وما بعدها من القانون المدني.

وقد يتصل الإيجاب بقريئة كذكر الوقت أو الشرط أو المنفعة فلا تكون الهبة عندئذ إلا بالنية<sup>1</sup>.

أما القبول فهو تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب أي الموهوب له فيوافق على الأمر الذي عرض عليه، ويكون إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموهوب له: "قبلت" أو "رضيت" أو "أخذت" أو يتم بصور تصرف من الموهوب له يدل عليه كقبضه الشيء الموهوب، أو يتم بالإشارة في حالة عدم القدرة على النطق وعلى الكتابة بشرط أن تكون الإشارة مفهومة دالة على القبول، كما يعتبر سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب قبولاً إذا كانت الهبة نافعة له ولم تكن بعوض<sup>2</sup>.

ويشترط أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب حتى تتعقد الهبة، فإذا انعدم هذا التوافق والتطابق بأن أعطى الواهب على سبيل الهبة مثلاً وقبل الطرف الآخر على سبيل آخر غير الهبة كالعارية مثلاً لم تتعقد الهبة، فتطابق الإيجاب مع القبول أمر وجوبي لا يعدل منه أو يقيد منه أو يزيد عليه وإلا اعتبر إيجاباً جديداً<sup>3</sup>.

ويجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين، فتتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قريئة على علمه به إلى أن يثبت العكس<sup>4</sup>، ولا يكون لقبول الموهوب له أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب، فإذا رجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه لم تتعقد الهبة بشرط أن يكون وصول الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القبول لم يقترن بالإيجاب، وعليه يحق رجوع الواهب عن إيجابه ما دام قبول الموهوب له لم يتم بعد.

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 221.

2- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة، الجزائر، ط2، 2014، ص35.

3- انظر المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 25.

وإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل وصول إيجابه إلى علم الموهوب له لم تتعد الهبة لعدم اقتران الإيجاب والقبول<sup>1</sup>.

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته فنكون أمام حالتين: حالة ما إذا مات قبل أن يصدر عنه القبول فإن الهبة لا تتعد لأن الإيجاب لم يلاق شخصا يقبله، فالهبة أمر خاص بشخص الموهوب له فلا يحل ورثته محله في القبول، وفي حالة ما إذا مات بعد أن صدر القبول منه ولكن قبل وصوله إلى علم الواهب فإن القبول هنا يبقى قائما وينتج أثره إذا ما اتصل بعلم الواهب فتتعد عندئذ الهبة.

ويجوز قانونا صدور القبول من غير شخص الموهوب له، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا صدر القبول من نائبه دون إغفال القواعد القانونية العامة المقررة في الوكالة والنيابة في القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

وخلاصة لما تقدم فإن الهبة عقد ينشأ بإيجاب وقبول متطابقين، فإن تخلف أحدهما كان عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا.

### الفرع الثاني: المحل في عقد الهبة.

الهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها إلى الموهوب له دون مقابل، ومن ثم فالأصل فيها أن تكون ملزمة لجانب واحد وهو الواهب بحيث يكون محل التزامه فيها هو الشيء الموهوب<sup>3</sup>.

كما أنه يجوز طبقا للمادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى على الموهوب له فتصبح الهبة عقدا ملزما للجانبين ويكون محل التزام الموهوب له فيها هو العوض المشترط.

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005، ص 36.

2- انظر نص المواد 74 و 571 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

3- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 81.

فالهبة إذن يكون لها دائما محل يتمثل في الشيء الموهوب، وقد يكون لها محل ثان وهو العوض، وهذا ما سأبينه فيما يلي:

**أولا: الشيء الموهوب:**

هو ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له ويسري عليه في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام، ومن ثم يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد<sup>1</sup>، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين بأن يكون معلوماً علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة للمتعاقدين، وبأن يكون صالحاً للتعامل فيه بالألا يكون مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون مملوكاً للواهب فلا يجوز له هبة ما ليس ملكاً له.

وهذا ما أيده قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 324515، الصادر بتاريخ: 2006/01/18، والذي جاء فيه ما يلي: "كان يتعين على القضاة أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون ضده في الشروع مع الواهب، ويبقى عقد الهبة صحيحاً فيما يعود للواهب في هذه القطع، مما يعرض قرارهم للنقض"<sup>2</sup>.

**ثانياً: العوض في الهبة:**

للحبة محل دائم هو الشيء الموهوب لكن قد يكون لها محل آخر وفقاً لمقتضيات المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة وهو العوض. فقد تقترن الهبة بمقابل أو بشروط أو التزامات تفرض على الموهوب له فتكون الهبة عندئذ ملزمة للجانبين، بحيث تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب.

1- وهنا يجب التمييز بين المال الحاضر والمال المستقبلي، إذ أن هبة المال الحاضر جائزة بخلاف هبة المال المستقبلي فهي باطلة. انظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 89.

2- مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، عدد 01، سنة 2006، ص 220.

وقد تتعدد صور المقابل في عقد الهبة، فتكون الشروط والالتزامات التي يفرضها الواهب على الموهوب له تصب في مصلحة هذا الأخير كأن يهب له مالا ويشترط عليه في المقابل أن يشتري به بيتا أو أي شيء آخر ينتفع به.

وقد تكون هذه الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له تصب في مصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه، فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة وقت الهبة.

وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ومثال ذلك أن يهب الواهب مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تقوم بتشييد ملجئ للأيتام أو مستشفى أو غير ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.

كما قد يكون المقابل المفروض على الموهوب له في الهبة من طرف الواهب لصالح أجنبي بأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيرادا لشخص آخر غير المتعاقدين مدى حياة هذا الشخص أي الأجنبي<sup>1</sup>.

وأيا كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل في عقد الهبة فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، فيجب أن يكون هذا المال موجودا إذا كان متعلقا بشيء معين بالذات أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل، ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كما يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب فإذا تعادلت أو تقاربت قيمة المقابل مع قيمة الشيء الموهوب فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعا وأصبحت عقد معاوضة لا تبرعا<sup>2</sup>.

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون الموهوب مالا متقوما، فإذا لم يكن مالا، كالميتة والدم المسفوح، أو كان مالا غير متقوم كالخمر والخنزير، فلا تجوز هبته، هذا

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 40.

2- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، سنة 2015، ص 166.

بالنسبة إلى المسلمين، سواء أكانت الهبة لمسلم أم كانت لغير مسلم، أما بالنسبة إلى غير المسلمين فالحكم على وفق ديانتهم، إذ أمر المسلمون بتركهم وما يدينون.

لا نجد في القانون ما يمنع من أن تكون الأشياء التي لا تعتبر أموالاً منقومة محلاً للهبة، ولكن الهبة تقوم عادة على فكرة التصديق المندوب إليه شرعاً، ويراد بها الثواب، فإذا كان الأمر كذلك أمكن تطبيق قانون الأحوال الشخصية إذا كانت الهبة دون مقابل، فبالنسبة للمسلمين يجدر أن يكون محل هباتهم مالا متقوماً كما تقضي بذلك الشريعة الغراء<sup>1</sup>.

يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام فيجب أن يكون موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين صالحاً للتعامل فيه<sup>2</sup> مملوكاً للواهب، وملكية الشيء الموهوب هي قد تثير إشكالات على الصعيد التطبيقي وهي:

(1) هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع.

(2) هبة المريض مرض الموت.

**هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع:** ويكون ذلك من خلال التماس بعض المواطنين من مكاتب التوثيق إبرام عقد هبة عقارات معينة، إلا أنهم يشترطون الإحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفاً مما قد يعود عليهم من ضرر في المستقبل بسبب إقدامهم على التخلي عن أملاكهم دون مقابل لفائدة غيرهم، وعليه فمن باب الاحتراز يلتزمون من الموثق إدراج هذا الشرط.

فهل يجوز أن تنصب الهبة على ملكية الرقبة مع تمسك الواهب بحق الانتفاع بالشيء

الموهوب؟.

1- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، 2005، ج2، ص 36.

2- قرار المحكمة العليا رقم: 39360 مؤرخ في: 13/01/1986 (غير منشور) جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تتنافى مع التأييد وأحكام الحبس، كما أنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك". انظر حمدي باشا عمر، عقود التبرعات - الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة، الجزائر، دط، ص 22.

جاء في المذكرة رقم : 689 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ: 1995/02/12 ما يلي: (فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> التي عرفت الهبة بأنها: "تمليك بلا عوض" فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل "حق الملكية" أي ملكية الرقبة وحق التمتع.

غير أن المشرع استثنى حق الانتفاع من هذه القاعدة، إذ يمكن أن يكون هذا الحق محلا لعقد الهبة بمفرده وهذا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.  
لذا فإنه إذا كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع أي أن الواهب يحتفظ بملكية الرقبة فهي صحيحة قانونا، أما الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانونا<sup>3</sup>.

وعليه فإن الهبة التي لا تتبعها عملية الحيابة تكون باطلة ومن ثم فإن الشخص الذي يقدم على إبرام عقد هبة عقار ويحتفظ بحق الانتفاع به طيلة حياته يعتبر تصرفه باطلا لأن من أركان الهبة الحيابة.

وقد نصت المادة 777 من القانون المدني على أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص "لأحد ورثته" واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في القرار رقم: 59240 المؤرخ في: 1990/03/05 والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

1- القانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 (جريدة رسمية رقم: 24 لسنة 1984) المعدل والمتمم بموجب الأمر

05-02 المؤرخ في 27/02/2005 ( جريدة رسمية رقم: 15 لسنة 2005) والمتضمن قانون الأسرة.

2- القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، والمتضمن قانون الأسرة.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات -الهبة- الوصية -الوقف، دار هومة، الجزائر، دط، دس، ص ص 22، 23.

ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة: "ولما كان ثابتا في - قضية الحال- أن قضاة الاستئناف لما قضاوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوarith يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"<sup>1</sup>.

والجدير بالملاحظة أن الهبة يمكن أن تنصب على حق الانتفاع مع احتفاظ الواهب بملكية الرقبة، إعمالا لنص المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء بها على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير". كما يمكن للواهب أن يتخلى على أحد الحقوق العينية كحق الارتفاق، حق الاستعمال، حق السكن، وحق الانتفاع.

### هبة المريض مرض الموت:

نصت المادة 204 من قانون الأسرة على أن: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"<sup>2</sup>.

ومرض الموت كما عرفه علماء الفقه الإسلامي هو: "المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة". ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروط ثلاثة ليكون المرض مرض الموت:

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

2- أن يغلب فيه الموت.

3- أن ينتهي بالموت فعلا.

وقد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة، فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأصحاء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة، ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض<sup>3</sup>.

1- المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1992، ص 57.

2- القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات - الهبة - الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص 25.

ومن القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 41111 الصادر بتاريخ: 1986/05/05 (غير منشور)<sup>1</sup> والذي جاء فيه ما يلي: "حيث من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية، ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الاحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقبول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد.

حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطال الهبة مسألة قانون فإن حصول هذا المرض يجب إثباته.

وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون اجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسببوا قرارهم تسببا كافيا ولم يؤسسوه تأسيسا شرعيا، الأمر الذي يستوجب نقض القرار".

وهو نفس ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاداتها في الملف رقم: 33719 المؤرخ في: 1984/09/07. والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه"<sup>2</sup>.

وكذلك القرار في الملف رقم: 318410 المؤرخ في: 2005/06/15 بما يلي: "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات

1- منقول عن: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات - الهبة - الوصية - الوقف، المرجع نفسه، ص 26.

2- المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1989، ص 51.

المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، وكان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه وصية<sup>1</sup>.

وكذلك القرار في الملف رقم: 0763305 المؤرخ في: 2013/09/12 والذي جاء فيه ما يلي: "مخالفة القانون المستمد من المادتين 204 و 222 من قانون الأسرة، بدعوى أن القرار المطعون فيه برر رفض الدعوى باعتبار أن المرض الذي أصيب به الواهب يشكل مرضاً عضوياً لا علاقة له بإرادة الواهب ووعيه العقلي ومن ثم فإن هذا المرض لا يفقد صاحبه التمييز ولا يسلب منه إرادته وأهلية التصرف... إلخ.

ويكون بذلك القرار لم يوفق في تفسير مرض الموت واعتبره بأنه لا يشمل الأمراض العضوية كمرض السرطان لكونها أمراضاً لا تمس إرادة الواهب ووعيه العقلي ولا تفقد القدرة على التمييز ولا تسلب منه أهلية التصرف وهذا يمثل خطأً في تطبيق أحكام المادة 776 من القانون المدني التي قررت إبطال التصرف في حال مرض الموت دون تمييز بين المرض العقلي والمرض العضوي.

ونفس المادة 204 من قانون الأسرة اعتبرت الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية دون تمييز بين المرض العضوي والمرض العقلي<sup>2</sup>.

ومنه ما جاء في الملف رقم: 0964824 المؤرخ في: 2016/05/04 ما يلي: "وانتهوا إلى القول أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت أن الواهب كان طريح الفراش أو ميؤوس من شفائه، ويكونون بذلك قد أوردوا أسباباً كافية وسائغة على التدليل بانتفاء مرض الموت الذي يقوم على علة وجود خوف الهلاك كعجز الرجل عن القيام بمصالحه الخارجية، أو المرض الذي يقرر الطب كثرة الموت فيه كالإصابة بالأمراض والحالات المخيفة، وأن عبء إثبات ذلك إنما يقع على الورثة، أما التقدير فيؤول لسلطة قضاة الموضوع، وبانتهاء قضاة المجلس إلى

1- نشرة قضاة، العدد 59، سنة 2005، ص 231.

2- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم الفهرس: 13/00923 (قرار غير منشور).

انتقاء مرض الموت استنادا إلى الأسباب التي أوردها يكونون قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قضاءهم التسبب الكافي.<sup>1</sup>

وعليه إذا مات الواهب قبل مدة السنة، يعتبر تصرفه وصية وتطبق عليه أحكامها، وقد وافقت اجتهادات المحكمة العليا النصوص الواردة في قانون الأسرة وهذا بإبطال المخالف لها أو المخطئ في تفسيرها، وهذا كله إعمالا على تطبيق النص الوارد في قانون الأسرة والالتزام به في الأحكام، وفي هذا الصدد يجب أن نميز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** "إذا لم تزد قيمة الشيء الموهوب على ثلث التركة". إذا لم تزد قيمة المال الموهوب على ثلث التركة، وكانت الهبة موجهة لغير وارث، صحت الهبة، وبالتالي تصبح نافذة في حق الورثة.

**الحالة الثانية:** "إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة". إذا كانت قيمة المال الموهوب تزيد على ثلث التركة، صحت الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث، أما ما جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا، وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها.

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية، ومن ثم فإنها تحتاج إلى إجازة بقية الورثة تطبيقا لمقتضيات المادة 189 من قانون الأسرة والتي جاء فيها بأنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: السبب في عقد الهبة.

تسري نظرية السبب في القانون المدني على عقد الهبة كما تسري على غيره من العقود، ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث لا التقليدي، أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل، فالسبب حسب النظرية التقليدية يقصد به نية المتبرع، وفي

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 00776 / 16 ( قرار غير منشور ).

2- القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

الهبة تكون النية موجودة حتما في جانب الواهب بمجرد التراضي، وعليه وصف هذه النية بأنها السبب في عقد الهبة لا يقدم شيئا.

وحتى يكون عقد الهبة صحيحا يجب أن يكون باعث الواهب على التعاقد مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا كان الباعث الذي دفع الواهب على إبرام عقد الهبة غير مشروع كانت الهبة باطلة، كأن يهب شخص لآخر شيئا بشرط أن يقتل الموهوب له غريم الواهب، أو أن يهب لامرأة من أجل إقامة علاقة محرمة معها<sup>1</sup>.

ويفترض أن يكون الباعث الدافع للواهب على إبرام عقد الهبة مشروعاً إلى أن يثبت العكس<sup>2</sup>، وقد تقتزن الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقاته ويشترط عليها عدم الزواج بغيره، فهذا الشرط يعتبر غير مشروع لمخالفته القانون والنظام العام، وعليه إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على إبرام الواهب هبته ألغي الشرط وبطلت معه الهبة، أما إذا لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ألغي الشرط وصحت الهبة<sup>3</sup>.

ومثال الهبة المقترنة بشرط مستحيل، أن يهب شخص لآخر هبة ويشترط عليه أن يرتب إيرادا لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة. فهنا الشرط الذي اقترنت به الهبة هو شرط مستحيل، ومن ثم ننظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع للواهب على التبرع، فإن كان الشرط هو السبب فقد انعدم، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب هبته من الموهوب له، أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع، وثبت أن الواهب كان يهب هبته حتى لو تبين أن الشرط مستحيل، فإن الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط وحده<sup>4</sup>.

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 88.

2- تنص المادة 98 من القانون المدني على ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

3- شيخ نسيم، م أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، رجع سابق، ص 42.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 103، 104.

ومحل البطلان المطلق مع الشرط غير المشروع أو المستحيل، أن يكون هذا الشرط هو الدافع إلى الهبة، وإن لم يكن كذلك فإن الهبة تقع صحيحة ويلغى الشرط. والملاحظ أن العبرة في عدم مشروعية الشرط تكون من يوم صدور الهبة، ومن ثم إذا كانت الهبة مشروعة وقت إبرام العقد اعتبرت صحيحة وإن أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: الشكل في عقد الهبة.

بتقصي آراء المذاهب الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفاً رضائياً ولا يشترطون إفراغها في شكل معين، فالهبة سواء وردت على عقار أو منقول تتعقد بمجرد تبادل الرضا بين الواهب والموهوب له دون الحاجة لإفراغها في ورقة رسمية، ومن ثم تخلف الشكل في عقد الهبة - بحسبهم - لا يترتب عليه البطلان، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ذلك أن صورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض. أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة 206 منه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

وقد جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0822620 المؤرخ في: 2014/11/13 ما يلي: "حيث أنه لما كان عقد الهبة تعلق بعقار واستوفى شرط الشكلية والإشهار مراعاة لأحكام التوثيق، وكانت الموهوب لها على علم بالتصرف، وبذلك كان بإمكانها الاستيلاء على العين الموهوبة مادياً فإن ذلك يكفي لقيام عنصر الحيازة ولو لم تستول عليها استيلاء مادياً لأنه مثلما كان بإمكانها التصرف في المال الموهوب بكافة أنواع التصرفات والانتفاع به دون عائق طالما أن العقد استوفى إجراءات الإشهار، كان بإمكانها إجبار الواهبة على تنفيذ التزامها بتسليم العين، ومنه فإن بقاء الواهبة في الأمكنة لغاية وفاتها

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 43.

لا يعدو أن يكون اتفاقاً ضمناً مع ابنتها الموهوب لها على البقاء في الأمكنة كحارسة وليست كمالكة لخروج الملكية عنها بالهبة الموثقة والمشهرة لوجود الموهوب لها بالخارج وبالتالي فإن قضاة المجلس برفضهم الدعوى واعتبارهم عنصر الحيابة قائماً وفقاً لنص المادة 206 المذكورة قد طبقوا صحيح القانون".<sup>1</sup>

وكذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا في الملف رقم: 1037938 الصادر بتاريخ: 2015/05/14 ما يلي: "حيث أن الهبة وفقاً لنص المادة 206 من قانون الأسرة تتعدى صحيحة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، أما نقل الملكية فليس ركناً من أركان انعقادها ولا شرطاً من شرائط صحتها وإنما هو أثر من الآثار المترتبة على قيامها.

حيث أن إجراءات الشهر المنصوص عليها في المادة 793 من القانون المدني والمادة 15 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إنما هو التزام يقع على عاتق الموثق وفقاً لنص المادة 10 من قانون التوثيق والذي يجب عليه شهر التصرف ضمن الآجال المحددة في القانون ولا علاقة لطرفي العقد به، وأنه طالما أن عقد الهبة موضوع النزاع قد تم شهره بتاريخ: 2012/10/21 وقبل رفع الدعوى فإن الملكية بذلك انتقلت إلى الموهوب له، وأن كون هذا الإجراء تم بعد وفاة الواهبة لا يؤثر في صحة عقد الهبة لأن هذا العقد وخلال الفترة السابقة على الشهر أنشأ جميع الالتزامات في جانب الواهبة وفي جانب خلفها العام ومن ذلك الالتزام بنقل الملكية، وأن الملكية إذا كانت قد انتقلت للورثة بالنسبة للعقار محل عقد الهبة وفقاً لنص المادة 15 من الأمر رقم: 74/75 التي تنص على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية لكون عقد الهبة لم يكن مشهراً يوم وفاة الواهبة، فإن هذا الانتقال للملكية كان مثقلاً بالتصرف الذي أبرمته الواهبة المورثة وما ترتب عنه من التزام بنقل الملكية للموهوب له طالما وأن الواهبة ومن بعدها الورثة لم يبرموا أي تصرف مشهراً بشأن العقار محل عقد

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 14/00993 (قرار غير منشور).

الهبة ويخرج بذلك من التركة ويدخل ذمة الموهوب له، خاصة وأن هناك من الفقه من يرى أن للإشهار أثرا رجعيا في انتقال الملكية، ويكون قضاة المجلس بما انتهوا إليه من قضاء ببطلان عقد الهبة لعدم تمام الإشهار حال حياة الواهبة قد أفقدوا قرارهم الأساس القانوني وعرضوه للنقض".<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: شروط عقد الهبة.

هناك شروط في الواهب، وشروط في الموهوب، وقد ذكر الحنابلة<sup>2</sup> أحد عشر شرطا في الهبة وهي:

كونها من جائز التصرف، مختار جاد، بمال يصح بيعه، بلا عوض، لمن يصح تملكه، مع قبوله، أو وليه قبل تشاغل بقاطع، مع تنجيز، وعدم توقيت، وجائز التصرف: هو الحر المكلف الرشيد.

وكون الموهوب مالا لإخراج الإختصاصات.

### شروط الواهب:

يشترط أن يكون الواهب له أهلية التبرع بالعقل والبلوغ مع الرشد، وهذا شرط انعقاد، لأن الهبة تبرع، فلا يجوز هبة الصبي والمجنون، لأنهما لا يملكان التبرع، لكونه ضررا محضا، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف، لأن ولايته قاصرة على وجوه النفع، والهبة تبرع فيه ضرر محض فلا تجوز منه.

فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء، أي قبل القبض، ثم تصير بيعا انتهاء، أي بعد القبض، والأب لا يملك

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم الفهرس: 15/00797. (قرار غير منشور).

2- انظر: مرعي الكرمي، غاية المنتهى، ج2، ص 234. انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 229.

التبرع، وقال محمد: تجوز الهبة من الأب بشرط العوض، لأن ذلك في معنى البيع، والعبرة باتفاق المعنى.<sup>1</sup>

وما جاء في المادة 203 من قانون الأسرة: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه.

وهو ما جاء في المادة 107 من قانون الأسرة حيث نصت على: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0837164 الصادر بتاريخ: 2014/12/11 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث أنه إذا كانت تصرفات المحجور عليه باطلة بعد الحكم لنص المادة 107 من قانون الأسرة فإن التصرفات الصادرة قبل الحكم لا يلحقها البطلان وفقاً لنص نفس المادة إلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، وإنه لإعمال هذه القرينة يجب إثبات أن التصرف من الواهب صدر وهو في حالة كانت فيها أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، وأن عبء إثبات ذلك إنما يقع على صاحب الصفة في إبطال التصرف الذي بإمكانه إثبات ذلك بكافة الطرق، خاصة منها البيئة والقرائن كونه يثبت واقعة مادية وأن ظهور أسباب الحجر وتفشيها -وهو الجنون- مما يطلع عليه الناس ويتسامعونه ويتحدثون به مما يسهل إثبات الحالة المذكورة، وطالما أن الطاعنين وطوال المراحل التي مرت بها الدعوى اكتفوا فقط بالإشارة إلى الشهادات الطبية والوصفات الطبية للدلالة على أن الواهب كان يعالج في مستشفى الأمراض العقلية إضافة إلى الخبرة التي ناقشها قرار النقض والإحالة الصادر بتاريخ: 2010/09/16 واعتبرها ناقصة لا يصح الاعتماد عليها في إبطال التصرف فإن قضاة المجلس وبما لهم من سلطة مطلقة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة

1- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص 71. انظر: الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ج6، ص 119. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 534.

وتقدير قيمتها واستخلاص ما يؤكد شيوع أسباب الحجر وتفتيشها من عدمه ناقشوا ما قدم إليهم من دلائل، وعبروا عن عدم الأخذ بها بأسباب كافية وسائغة تبرر ما انتهوا إليه من قضاء ويكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون".<sup>1</sup>

### شروط الموهوب: يشترط في الموهوب شروطا:

1- أن يكون موجودا وقت الهبة: فلا تتعد هبة ما ليس بموجود وقت العقد<sup>2</sup> مثل أن يهب ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة، لأنه تملك لمعدوم، فيكون العقد باطلا<sup>3</sup>.

ومثل: أن يهب ما في بطن هذه الشاة، وسلطه على القبض عند الولادة، فلا ينعقد لاحتمال الوجود والعدم، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن. وكذلك لو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمس أو زبدا في لبن، أو زيتا في زيتون: لا يجوز، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه، لأنه معدوم الحال، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا، فلا ينعقد إلا بالتجديد.

أما هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخيل في الأرض، والتمر في النخيل: فهي كهبة المشاع الآتية تقع فاسدة، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له، جاز، لأن الموهوب موجود مملوك للحال، إلا أنه لم ينفذ لمانع، وهو كونه مشغول بغيره، فإذا فصل ذلك، فقد زال المانع، فتجوز الهبة وتصير صحيحة<sup>4</sup>.

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 14/01165 (قرار غير منشور).

2- الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ج6، ص 119. انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق ج12، ص 74.

3- قال المالكية: لا تأثير للغرر على صفة الهبة، فتجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، كالعبد الآبق، والبعير الشارد والمجهول والثمره قبل بدو الصلاح، والمغصوب، وفي الجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر (بداية المجتهد، ج2، 224. القوانين الفقهية، ص 267).

4- الكاساني، البدائع، ج6، ص 119. ويلاحظ أن هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم حكمها باطل في تحفة الفقهاء والبدائع، والأصح أن الهبة فاسدة كما في الدر المختار ورد المحتار.

ووافق الشافعية والحنابلة مذهب الحنفية في هذا الشرط، فقالوا: "كل ما صح بيعه صحت هبته"، وقال المالكية: "تجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الأبق والبعير الشارد والمجهول والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب".

2- أن يكون مالا متقوما: فلا تتعد هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام وغير ذلك، ولا تجوز هبة ما ليس بمتقوم كالخمر.<sup>1</sup>

3- أن يكون مملوكا في نفسه: فلا تتعد هبة المباحات، وهذه الشروط السابقة كلها شروط انعقاد.

4- أن يكون مملوكا للواهب: فلا تتعد هبة مال الغير بغير إذنه، لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك،<sup>2</sup> وهذا شرط نفاذ عند الحنفية، وبناء على الشرط الأخير يجوز عند الحنفية هبة المملوك، سواء أكان عينا أم ديناً، فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين، لأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، لأن قبض العين قائم مقام قبض عين ما في الذمة، كما تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين إن أذن له صراحة بالقبض، وقبضه استحساناً، كما ستوضح في شرط الإذن بالقبض.

5- أن يكون محرزا أي مفرزا: فلا تصح عند الحنفية هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير، وتكون الهبة فاسدة، فإن قسم المشاع وسلم، جازت الهبة، وهذا شرط صحة للهبة. وتجوز الهبة إذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة، كالسيارة والحمام والبيت الصغير والجوهر، وجواز الهبة للضرورة، لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك، ويكتفي بصورة التخلية مقام القبض.<sup>3</sup>

ودليلهم على الحالة الأولى: أن القبض في الهبة شرط كالرهن، كما سنبين، والشروع يمنع من القبض، لأن التصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى

1 - الكاساني، البدائع، المرجع نفسه، ج6، ص 119.

2 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص64. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص534.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص64. انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 534.

نصف الدار شائعا محال، ولا يتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل، والعقد لم يتناول كل الدار، فعدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وتمامه.<sup>1</sup> وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إن هبة المشاع جائزة، كالبيع، فإن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع، وصفة قبضه: أن يسلم الواهب جميع الشيء إلى الموهوب له، فيستوفي منه حقه، ويكون نصيب شريكه في يده كالوديعة.<sup>2</sup> والدليل على ذلك من السنة أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون في رسول الله صلى الله عليه وسلم - أن يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - "ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم".<sup>3</sup> وهذا هبة المشاع.

وهذا الخلاف يجري في التصدق بالمشاع على الغني، لأن الصدقة عليه هبة. وأما الصدقة بعشرة على مسكينين مثلا فتجوز، لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى، لا للفقير، فلا يتحقق الشيوخ، ويترتب على قاعدة الحنفية "وهو أن لا تجوز الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة ما يلي:

الهبة لاثنتين: لو وهب انسان دارا من رجلين أو مدا من حنطة أو ألف درهم أو نحو ذلك مما قسم، فإنه لا يصح عند أبي حنيفة. وعند الصحابين: يصح ويجري الخلاف في لو وهب رجل دارا لرجلين وقال: "وهبت لكما هذه الدار: لهذا نصفها، ولهذا نصفها".<sup>4</sup>

ومنشأ الخلاف في ذلك: أن أبا حنيفة يعتبر الشيوخ عند القبض مانعا من صحة الهبة، وبناء عليه: يجوز هبة الاثنتين من الواحد بالإتفاق، لعدم وجود شيوخ عند

1- الضابط فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها: أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصانا في ماليتها: يكون مما لا يحتمل القسمة، وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها. انظر: حاشية ابن عابدين، ج4، ص 533.

2- ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 267. انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص 323.

3- الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج8، ص03.

4- الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ج7، ص ص 121، 122.

القبض في رأي أبي حنيفة، لانعدام الشيوع في الحاليين معا في رأي صاحبين، لأن الشيوع وجد عند العقد، ولم يوجد عند القبض.

ولا تجوز هبة لواحد من الاثنتين عند أبي حنيفة، لوجود الشيوع عند القبض، ويجوز ذلك عند صاحبين، لأنه لم يوجد الشيوع عند العقد والقبض جميعا.

ولا تجوز الهبة بالإتفاق إذا قال في هبة الدار: "وهبت لك نصفها، ولهذا نصفها"، لأن الشيوع دخل على نفس العقد، فمنع الجواز، بخلاف المثال السابق: "وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها، ولهذا نصفها" فعند أبي حنيفة: لا يجوز، لأن هذا تملك مضاف إلى الشائع، وعند صاحبين يجوز، لأن قوله: "لهذا نصفها، ولهذا نصفها" لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد، لأن العقد وقع على تملك الدار جملة منهما، وإنما هو تفسير للحكم الثابت بالعقد أي أكثر العقد، فلا يوجب ذلك إشاعة في نفس العقد.<sup>1</sup>

ولو قال: "وهبت لكما هذه الدار، لهذا ثلثها، ولهذا ثلثها" لم يجر عند أبي يوسف وأبي حنيفة وجاز عند محمد، أما أبو حنيفة فكما قال في المقال السابق، وأما محمد فكما قال في المثال السابق أيضا، إن العقد متى جاز لاثنتين يستوي فيه حالة التساوي والتفاضل في الأنصاء، لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل، فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى أفراد العقد لكل منهما، فكان ذلك هبة المشاع، فيتعذر جعل قوله: "لهذا ثلثها، ولهذا ثلثها" مفسرا للحكم الثابت بالعقد، بخلاف حالة التساوي.

والخلاصة: أن الشيوع حالة القبض يمنع صحة الهبة، أما حالة العقد فلا يمنع صحتها، وكذا الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة، وهو كأن يرجع الواهب في نصف الموهوب شائعا.

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 870.

6- أن يكون الموهوب متميزا عن غيره، ليس متصلا به، ولا مشغولا بغير الموهوب: لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق من شغل الموهوب بغيره،<sup>1</sup> وهذا شرط صحة الهبة.

وبناء عليه لو وهب شخص أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع، أو زرعاً دون الأرض، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة بها دون الثمرة، أو ثمرة النخل دون النخل، لا يجوز، وإن قبض الموهوب، وتكون الهبة فاسدة، فلو جز الثمر، وحصد الزرع، ثم سلمه فارغاً، جاز، لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك، قد زال.

وكذا لو وهب داراً فيها متاع للواهب، أو ظرفاً فيه متاع للواهب دون المتاع، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل، وقبض الموهوب، فإنه لا تجوز الهبة، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له، لأن الموهوب مشغول بغيره، فيكون بمنزلة هبة المشاع، وتكون الهبة حينئذ فاسدة، فلو ميز الموهوب عن غيره، وسلمه وحده، جازت الهبة.

والخلاصة: أن هبة المشغول لا تصح بخلاف الشاغل، وهبة المتصل بغير الهبة اتصال خلقة مع إمكان الفصل لا تجوز.<sup>2</sup>

مسألة استثناء ما في البطن:

يتفرع على هذا الشرط السابق، بمقتضى القياس: أنه لو وهب دابة واستثنى ما في بطنها، لا يجوز، لأنه هبة ما هو مشغول بغيره.

وأما استحساناً فقالوا: تجوز الهبة في الأم والحمل جميعاً، ويبطل الاستثناء، والعقود في هذه المسألة في الجملة ثلاثة أنواع:<sup>3</sup>

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص 73. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 533.

2 - الفوائد البهية في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 204.

3 - الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ج6، ص 125. انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص 72.

أ- قسم يفسد فيه العقد أي لا يجوز فيه أصل التصرف، وهو البيع والإجارة والرهن، فإذا عقد على الأم، دون الحمل، بأحد هذه العقود، فسد العقد، لأن العقد ثبت في الأم وولدها، ففسد العقد، والقاعدة المقررة أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية يفسد العقد.<sup>1</sup>

ب- وقسم يصح فيه العقد ويبطل الشرط أو الإستثناء: وهو النكاح والخلع، والصلح عن دم العمد، والهبة، لأن موجب العقد أن يثبت الحكم في الكل، وقد استثنى بعض الموجب، فيكون شرطا فاسدا، والقاعدة المقررة، أن الشرط الفاسد لا يبطل عقود التبرعات والتوثيقات والزواج، بل العقد صحيح، والشرط لغو باطل، فالهبة إذا لا تبطل بالشروط الفاسدة، والأصل في ذلك بالنسبة للهبة أنه صلى الله عليه وسلم - "أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر".<sup>2</sup>

وهي بخلاف البيع، لأنه عليه الصلاة والسلام: "نهى عن بيع وشرط".<sup>3</sup>

ج- وقسم يجوز فيه العقد والإستثناء جميعا: وهو الوصية، كما إذا أوصى بفرس إلا حملها، صحت الوصية في الفرس، وبقي الحمل لورثة الموصي، لأن الحمل أصل على حدة بالنسبة للوصية، حتى أنه يجوز إفراده بالوصية، فيجوز استثنائه إذا، لأن عقد الوصية والإيضاء كل منهما بطبيعته لا يكون إلا مضافا لزمن مستقبل، ولا يثبت الملك في الموصى به إلا بعد وفاة الموصي.

7- الشرط السابع وهو قبض الموهوب: وهو أهم الشروط، وهو شرط لزوم وتمام الهبة، لا شرط صحة، وركن عند بعض الحنفية وابن عقيل من الحنابلة، فالقبض في الهبة: أن يكون الموهوب مقبوضا، فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، بل لا تتحقق

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 870.

2 - سبق تخريجه، رواه أبي داود والنسائي، والترمذي وصححه.

3- رواه الطبراني في معجمه الوسط، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم - أنه: "نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل". انظر: نصب الراية، مرجع سابق، ج4، ص 17.

الهبة إلا بالقبض، فبالقبض توجد الهبة، والقبض مولد لآثار الهبة عند الحنفية، ونتكلم هنا في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا عند الفقهاء.

اختلف الفقهاء فقال الحنفية والشافعية: القبض شرط للزوم الهبة، حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، بدليل ما روت عائشة -رضي الله عنها- أن أباهما نحلها جداد عشرين وسقا من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: يا بنية: إن أحب الناس عندي بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقرا بعدي لأنت، وإني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي، ولو كنت جددتيه وأحرزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتموه على كتاب الله، قالت هذان أخوأي فمن أختاي، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية.

المبحث الثالث: حق الرجوع في عقد الهبة وكيفية.

الهبة عقد كسائر العقود يجوز لطرفيه الاتفاق على الرجوع فيه، وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ولمعرفة لمن يحق هذا الرجوع، وكيف يتم؟ قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: خصصت الأول لحق الرجوع في عقد الهبة، والثاني لكيفية الرجوع في عقد الهبة.

المطلب الأول: حق الرجوع في عقد الهبة.

إذا كان الأصل في عقد الهبة أنها لازمة واستثناء يجوز الرجوع فيها ولذلك اختلفت آراء الفقهاء حول مسألة الرجوع في عقد الهبة بين مجيز لهذا التصرف ومانع له، ولذلك سنبين موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في هذا العقد في الفرع الأول وبأيها أخذ المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حق الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز الرجوع في الهبة، فذهب المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة وهي هبة الوالد لولده، وتسمى عند المالكية باعتصار الهبة.

ودليلهم في ذلك ما روي عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه<sup>4</sup>.

أما عند الحنفية فيجوز للواهب الرجوع في هبته لأنهم يرونها عقدا غير لازم، وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة<sup>5</sup>.

1- الخرشي، شرح مختصر خليل، د ط، دار الفكر، لبنان، د س ن، ج7، ص 113.

2- الماوردي، مصدر سابق، ج3، ص 414.

3- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص 270.

4- الترمذي، سنن الترمذي، ط2، دار الفكر، لبنان، 1983، حديث رقم 2132، ج4، ص 270.

5- الكاساني، مصدر سابق، ص 115.

ودليلهم ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»<sup>1</sup>. أي: يعوض.

وأما الإجماع فقد روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وغيرهم من الصحابة أنه يجوز الرجوع في الهبة ولم يرد عن غيرهم خلاف فصار ذلك إجماعاً، وأما شرط الرجوع بعد تمام الهبة فلا يصح إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي لأن الرجوع فسخ بعد تمام العقد فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض.<sup>2</sup>

وللواهب الرجوع في هبته بعد أن يقبضها الموهوب له ومن باب أولى الرجوع قبل القبض لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وإن كان الرجوع في الهبة مكروها عند الحنفية، وإذا أسقط الواهب حقه في الرجوع ثم رجع بعد ذلك صح رجوعه، لأن حقه في الرجوع لا يسقط بإسقاطه.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: حق الرجوع في عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:"<sup>4</sup>، ومن خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الجمهور وهي أن عقد الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب، وإنما استثناء من الأصل العام يحق للوالدين الرجوع دون سواهما، وهو ما أيده بما جاء في المادة 212 بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة تأكيداً على اللزوم وعدم الرجوع في غير الحالات المستثناة.

1- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، د ط، دار الفكر، لبنان، د س ن، حديث رقم 2387، ج 2، ص 798.

2- الكاساني، مصدر سابق، ص 115.

3- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة - دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 275.

4- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وقد تأكد ذلك من خلال اجتهادات المحكمة العليا التي أقرت ذلك من خلال قراراتها من أن حق الرجوع مقرر للوالدين فقط دون سواهما، وعدم جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد لأن الاستثناء الوارد في المادة 211 من قانون الأسرة يخص الأبوين دون سواهما، والأبوين هما الأب والأم لا غير، وهو ما استقر عليه القضاء في أحكامه متواترا.

- ملف رقم: 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21 والذي جاء فيه ما يلي: "إن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه والذي لم يكن مقصودا بذاته، وعليه نستخلص أن ابن الابن إن قصد لذاته لم يجز الرجوع للواهب لأنه يصبح الجد لا الوالد".<sup>1</sup>

- في الرجوع قرار رقم 328682 الصادر في 2006/02/15 والذي جاء فيه: "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدتهما، ولما كان الثابت في قضية الحال أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة".<sup>2</sup>

- ملف رقم: 357544، الصادر بتاريخ: 2007/03/21 والذي قضى بما يلي: "ليس للجدة حق الرجوع في الهبة، فهو حق مقرر للأبوين فقط".<sup>3</sup>

- وفي نفس المعنى قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 564007، الصادر بتاريخ: 2010/05/1، (غير منشور)، والذي قضى بما يلي: "الرجوع في الهبة يكون للوالدين فقط وذلك طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إبطال عقد الهبة الذي أبرمه لفائدة حفيده المطعون ضده معللا ذلك برجوعه عن الهبة، بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون، وعليه يتعين رفض الطعن".<sup>4</sup>

- كما جاء في القرار رقم: 554347 الصادر بتاريخ: 2010/07/15 الآتي: "إن قضاة المجلس أعطوا أساسا قانونيا سليما لما استندوا إلى نص المادة 211 من قانون الأسرة التي

1- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد1، سنة 2002، ص 308.

2- مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، عدد 1، سنة 2006، ص 237.

3- مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، عدد 1، سنة 2007، ص 255.

4- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص95.

تنص على أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في حالات نصت عليها المادة. والطاعنة بصفتها جدة المطعون ضدهم لا يمكن اعتبارها والدة لهم بمفهوم تلك المادة، ولذلك فإن قضاة المجلس أصابوا بتطبيقهم تلك المادة".<sup>1</sup>

- كما جاء في حيثيات القرار رقم: 577191 المؤرخ في: 2010/09/16 ما يلي: "متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كانت قد استقادت منها زوجته وابنتاه القاصرتان دون أن يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ما هو موهوب للزوجة والذي لا يجوز الرجوع فيه، وبين ما هو موهوب للبنتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه، فإن قضاءهم بإلغائهم لعقد الهبة المحرر بتاريخ 2003/05/17 بأكمله يجعل من قرارهم المنتقد مشوب بالخطأ في تطبيق القانون الأمر الذي يستوجب نقض القرار محل الطعن".<sup>2</sup>

- كما جاء في الملف رقم: 0752377 الصادر بتاريخ: 2012/09/13 ما يلي: "حيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تمنح للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما باستثناء الحالات المنصوص عليها في الفقرات الثلاثة التي تضمنتها المادة ومنها إدخال الموهوب له ما يمكن أن يغير في طبيعة الشيء الموهوب والتدليل على ذلك بأسباب كافية وسائغة.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس انتهوا إلى تأييد الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد الهبة المتعلق بالقطعتين اعتمادا على وجود بناية على جزء صغير من القطعة "تحريقت" ولم يغير سائر القطعة إلى جانب وجود قطعة أخرى تسمى "رابطة" دون إبراز المساحة الإجمالية التي تضمنتها الأشغال ونسبة الأشغال وما إذا كانت تشكل تغييرا في طبيعة الشيء الموهوب والتدليل على ذلك بأسباب كافية وسائغة خاصة وأنه ورد في حيثيات القرار أن البناية تضمنت جزءا صغيرا من القطعة "تحريقت" ولم

1- مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد 02، سنة 2010، ص 255.

2- مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد 02، سنة 2010، ص 281.

يغير سائر القطعة مما يعد تناقضا في التسبب إذ من جهة يشير إلى وجود تغيير في جزء من القطعة الأرضية، ومن جهة ينتهي إلى نفي وجود هذا التغيير مما يجعل الوجه سديدا.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار.<sup>1</sup>

وعليه فقد وافقت الاجتهادات القضائية ما جاء في التشريع واقتصارها تفسير عبارة الأبوين الواردة في المادة 211 منه على الأب والأم دون سواهما، أما الجد والجدة فهما غير مشمولين بهذا الاستثناء في الرجوع في الهبة، وبذلك لا يمكنهما الرجوع في ما أهدياه لأحفادهم أو أسباطهم.

### المطلب الثاني: كيفية الرجوع في عقد الهبة.

الرجوع في الهبة حق شخصي مقرر للواهب ولا يمكن أن يتأتى إلا بإحدى طريقتين وهما: إما بالتراضي بينهما وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، أو بالتقاضي وذلك باللجوء للقضاء.

### الفرع الأول: الرجوع في عقد الهبة بالتراضي.

يجوز لطرفي عقد الهبة الرجوع فيه وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإن تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع اعتبر ذلك الاتفاق إقالة من الهبة تتم بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أي عقد آخر، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود.

ويلاحظ أن التراضي 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 للرجوع أو لم يوجد.<sup>2</sup> فقد يندم الواهب على هبته لأي سبب من الأسباب، وقد يكون مخطئا في هبته ويريد الرجوع فيها ومن أجل ذلك يرجع للموهوب له ليتراضى معه على الرجوع فإن قبل هذا الأخير طلب الرجوع فكأنما أقاله من خطئه.

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواثيث، رقم الفهرس: 01235 / 12 (قرار غير منشور).

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 135، 136.

ويشترط لصحة الرجوع في عقد الهبة بالتراضي أن يتم بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من متعاقدين يتمتعان بأهلية التصرف، وأن تكون إرادتهما سليمة خالية من عيوب الرضا.<sup>1</sup> فهل تشترط الرسمية في الرجوع عن عقد الهبة بالتراضي كما تشترط في عقد الهبة ذاته. أم لا؟.

لقد استقر الاجتهاد القضائي الجزائري على أنه يجب أن يتم الرجوع في عقد الهبة في الشكل الرسمي، وذلك بغية تمكين أسرة الواهب والموهوب له والغير من العلم بالرجوع وبأن الشيء الموهوب قد عاد لملك الواهب مرة أخرى وبالتالي التصرف على هذا الأساس، فلو اكتفى الواهب والموهوب له بالرجوع بالتراضي بينهما شفاهة أو في ورقة عرفية دون إفراغ ذلك الرجوع في عقد رسمي مثبت له لا يكون للرجوع عندئذ أي أثر قانوني، وهو ما قرره غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا: "والملاحظ هنا أنه لا يجوز لورثة الواهب طلب الرجوع في الهبة التي أبرمها مورثهم بدعوى أن هذا الأخير قد تراضى مع الموهوب له في الرجوع قبل وفاته لكنه لم يثبت هذا الرجوع في شكل رسمي، فإذا رفعوا الدعوى فإنه لا يمكن للقضاء الإستجابة لطلبهم لأن الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب ولا ينتقل إلى ورثته بالميراث اللهم إلا إذا تعلق الأمر باختلال شرط من شروط صحة الهبة أو ركن من أركانها، وفي هذه الحالة نكون أمام إبطال الهبة وليس الرجوع فيها، وبين الحكيم آثار قانونية مختلفة".<sup>2</sup>

أما ما ذهب إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ: 14/02/1994 تحت رقم: 626 التي اعتبرت أن الرجوع في الهبة هو حق مقرر على وجه الاستثناء للوالدين فقط، في الهبة التي يرتبونها لأولادهم مهما كان سنهم، بالشروط المقررة في المادة 211 من قانون الأسرة، إذ يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 73.

2- خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، سنة 2008، ص 131.

منفردة إذا التمس منه أحد الوالدين ذلك، حيث يتم إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به وهذا بجانب للصواب للأسباب الآتية:

أ) تأسيس المذكرة حق الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة، بحجة أن استرجاع الواهب لأملكه يتم بنفس الإجراءات الشكلية التي تم بها التصرف أمر غير سديد، لأن الهبة لا تتعد بإرادة منفردة حتى يتم فيها الرجوع بنفس الكيفية التي نشأت بها، بل هي تنشأ من تطابق إرادتين لانعقاد الهبة، ومن ثم فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإيجاب وقبول جديدين (التقابل) حتى يمكن للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة.

ب) ما ورد في المذكرة ينطبق على الرجوع في الوصية لأنها تصرف قانوني صادر من جانب واحد، والركن الوحيد فيها هو الإيجاب الذي بصدوره تبرم الوصية، وبالتالي يمكن اللجوء فيها للموثق لتحرير تصريح بالرجوع في الوصية من دون حاجة إلى موافقة الموصى له، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

ج) حق الرجوع في الهبة بالشروط والقيود الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة هو حالة استثنائية، والحالات الاستثنائية يلجأ فيها إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة، لأن مراقبة مدى توفر الشروط الواردة في المادة السابقة والقيود الواردة عليها، أمر مناط بالهيئة القضائية القيام به لمعرفة أحقية الواهب في الرجوع في هبته أم لا، وهذا يعد من صميم أعمال القضاء، إن لم نقل أنه يخضع للاختصاص المانع والأصيل للقضاة دون سواهم.<sup>1</sup>

فالمحكمة العليا ارتأت في البداية أن المادة 211 من قانون الأسرة لم تشترط على الأبوين أية طريقة عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما لذلك صح الرجوع بموجب عقد توثيقي.

ثم جاء قرار الغرفة التجارية والبحرية رقم: 342915 المؤرخ في: 2005/04/13 بما يلي: "حيث أن قضاة المجلس اعتبروا أن العقد التوثيقي الذي تراجعت فيه الواهبة عن الهبة

1-حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص ص 38، 39.

(انفراديا أمام الموثق) كافيا لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي ... وفاتهم أن إبطال عقد الهبة لا يكون إلا أمام الجهة القضائية المختصة، وبالتالي فلا يمكن تأسيس الدعوى المنشورة على عقد لا قيمة له تجاه بقية أطرافه، الأمر الذي أدى إلى خرق أحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون التوثيق".<sup>1</sup>

وتأسيسا على هذا القرار نخلص إلى أن نقض عقد الهبة وإزالة آثاره لا يكون إلا عن طريق دعوى قضائية، غير أن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا تبنت اجتهادا مغايرا في القرار الصادر بتاريخ: 2009/02/23 تحت رقم: 444499، "حق الرجوع في الهبة يكون بموجب عقد رجوع توثيقي".<sup>2</sup>

المادة 211 من قانون الأسرة تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد للإجراء الواجب إتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، وبالتالي وجب مراعاة الشكل اللازم لصحته باعتباره من الأعمال الإدارية وهذا ما تمليه طبيعة المال الموهوب.

والإشكال الذي يمكن أن يثار هنا حقيقة هو في إذا كان الولد الموهوب له راشدا فهنا لا بد من وجود إرادته المعبر عنها في موافقته على الرجوع، أما بالنسبة للقاصر فالأبوين يمكنهما التعبير عن إرادتهما في الرجوع أصالة وولاية عن القاصر وخاصة إذا كان الرجوع من أجل العدل بين الإخوة في العطفية، ولم يبق في هذه الحالة أمام الراشد لحماية حقه سوى رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع إذا كان لديه مانع من الموانع التي تضمنتها المادة 211 من قانون الأسرة، بعد أن كرس الاجتهاد القضائي حق الرجوع في الهبة بموجب عقد توثيقي يبرمه الواهب بمحض إرادته.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي.

وهي الوجه الثاني من أوجه الرجوع في الهبة بأن يلجأ الواهب للقضاء لتمكينه من حقه في الرجوع في هبته إذا لم يتمكن من ذلك عن طريق التراضي، فالرجوع في الهبة بالتقاضي

1- مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، عدد 01، سنة 2005، ص 179 وما بعدها.

2- مجلة المحكمة العليا، الغرف مجتمعة، عدد 01، سنة 2009، ص 107.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص ص 40، 41.

هو فسخ قضائي لها بناء على طلب الواهب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام، فإذا أراد أن يرجع في هبته بالتقاضي وجب عليه التقيد بقيود ثلاثة وهي:

أولاً: هناك هبات لازمة لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراضي، وهذه هي الهبات التي يقوم فيها مانع من موانع الرجوع.

ثانياً: في الهبات غير اللازمة التي لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع، لا يجوز للواهب بغير التراضي أن يرجع في الهبة بإرادته المنفردة إلا إذا كان عنده عذر مقبول للرجوع.

ثالثاً: العذر المقبول لا يترك إلى تقدير الواهب وحده، بل يراقبه فيه القضاء، فإذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذر مقبول، أقره عليه وقضى بفسخ الهبة، وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة.<sup>1</sup>

ولقد نصت معظم التشريعات العربية على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي في قوانينها وخولت الواهب ممارسة هذا الحق إذا رفض الموهوب له الرجوع بالتراضي شريطة أن يستند في ذلك إلى عذر مقبول وأن لا يوجد مانع من موانع الرجوع، على أن السبب في إدراج هذين الشرطين هو منع الواهب من التعسف في استعمال حقه في الرجوع من أجل إلحاق الضرر بالموهوب له.<sup>2</sup>

وترفع دعوى الرجوع من الواهب أو ممن يمثله قانوناً ضد الموهوب له عن طريق إتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى أمام القضاء، وإذا استصدر الواهب حكماً قضائياً يقضي بالرجوع في هبته فإن هذا الحكم يجب إخضاعه للإشهار العقاري والتأشير به على هامش

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 138.

2- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 78.

البطاقة العقارية المعدة للعقار الموهوب حتى يكون له أثر فيما بين المتعاقدين ويكون حجة على الغير.<sup>1</sup>

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي صراحة في قانون الأسرة وإنما يستفاد ضمناً من نص المادة 211 منه التي تخول للأبوين ممارسة هذا الحق استثناء بشروط مخصوصة، وهو ما ترك فراغاً في النص التشريعي أصبح يفسر كل مرة بطريقة حسب الاجتهاد، وهو ما سنلاحظه من خلال هذه النماذج المعروضة أمامنا. ففي القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2005/04/13 قضى بما يلي: "التراجع عن عقد الهبة الرسمي أمام الموثق وليس أمام القضاء خرق لأحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون التوثيق".<sup>2</sup>

وهذا القرار هو تراجع عن قرار سابق صدر عن المحكمة العليا كان يسمح بالرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة للواهب أمام الموثق وهو ما تناولناه سابقاً في الملف رقم: 249828.<sup>3</sup> وأمام هذا التباين بين الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا حول كيفية رجوع الوالد في هبته لولده صدر قرار عن المحكمة العليا في غرفه المجتمعة بتاريخ: 2009/02/23<sup>4</sup> كرس ما جاء به القرار الأول الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بحيث أطلق حق الواهب في الرجوع وترك له حرية أن يختار الطريقة التي يراها هو مناسبة له في الرجوع في هبته سواء عن طريق عقد توثيقي أو عن طريق حكم قضائي، وهذا لأن المادة 211 من قانون الأسرة تضمنت أحكاماً عامة دونما تحديد للإجراء الواجب إتباعه من جانب

1- المادة 15 و16 من الأمر 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

2- مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، عدد 01، سنة 2005، ص 179 وما بعدها.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم: 249828، الصادر بتاريخ: 2000/10/17 (غير منشور)، ذكرته شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 80.

4- مجلة المحكمة العليا، الغرف مجتمعة، عدد 01، سنة 2009، ص 107.

الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في هبته لولده، ولذلك تولى الاجتهاد القضائي ذلك وجعله مخيّرا بين عقد توثيقي بالتراضي أو بحكم قضائي.<sup>1</sup>

---

1- شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 81.

المبحث الرابع: موانع الرجوع في عقد الهبة وآثاره.

كما عرفنا سابقا أن عقد الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه واستثناء فقد أقر بهذا الحق للوالدين، إلا أنه مع هذا قد توجد موانع تمنع هذا الرجوع، وآثار تلحق بالمتعاقدين والغير، وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: خصصت الأول لموانع الرجوع، والثاني لآثار الرجوع.

المطلب الأول: موانع الرجوع في عقد الهبة.

وهي مجموعة من الموانع وضعها جمهور الفقهاء متى قامت فوتت على الوالد حقه في استرجاع ما وهبه لولده وسنبينها تباعا في فرعين: الأول منها لموانع الرجوع في الفقه الإسلامي، والثاني لموانع الرجوع في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: موانع الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

ذكرنا أن جمهور العلماء من مالكية وشافعية وحنابلة، يرون لزوم الهبة على الإطلاق باستثناء هبة الولد لولده فهي هبة عندهم غير لازمة استثناء من الأصل.

أما الحنفية فيرون عدم لزوم الهبة، فيجوز للواهب الرجوع فيها ما لم يوجد مانع، فإنها تنقلب لازمة، والموانع عندهم سبعة تجمعها عبارة (دمع خزقه).

فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعين للعرض، والخاء لخروج الموهوب من ملك الموهوب له، والزاي للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء للهلاك<sup>1</sup>. وتفصيل ذلك بما يأتي:

أولا: مانع الزيادة المتصلة في نفس العين.

يرى الحنفية أن زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة، ومن ثم يمتنع الرجوع فيها عن طريق القضاء حتى لو وجد عند الواهب عذر يجيز له الرجوع في الهبة، وتعتبر هذه الزيادة مانعا من موانع الرجوع في الهبة سواء كانت بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، وسواء كانت الزيادة متولدة عن الشيء

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سنة 1985، ج 5، ص 28.

الموهوب أو غير متولدة عنه،<sup>1</sup> كأن يكون الموهوب دارا فبنى الموهوب له فيها بناء، أو كان أرضا فغرس فيها أشجارا وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل بدون زيادة، فامتنع الرجوع أصلا.

وأما الزيادة المنفصلة: فهي زيادة تزيد من قيمة الشيء الموهوب لكنها لا تمنع من الرجوع في الهبة لأنه يسهل فصلها عنه فيحتفظ الموهوب له بالزيادة ويرد الأصل أي الشيء الموهوب إلى الواهب.

وأما نقصان الموهوب فلا يمنع من الرجوع في الهبة، لأنه ما دام له الحق في الرجوع في كل الموهوب، فيكون له الرجوع في بعض الموهوب مع بقاءه، فكذا عند نقصانه ولا يضمن الموهوب له النقصان، لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون.<sup>2</sup>

**ثانيا: مانع موت أحد المتعاقدين.**

إذا مات الموهوب له امتنع الرجوع، لأن الملك انتقل إلى ورثته، فصار كما إذا انتقل في حياته، وكذا إذا مات الواهب، لأن الملك ينتقل إلى وارثه، وهو أجنبي لم تحدث منه الهبة.<sup>3</sup>

**ثالثا: مانع أخذ الواهب عوضا عن هبته.**

العوض هو المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب نظير الهبة فيمنع الرجوع فيها لقوله - صلى الله عليه وسلم - «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»<sup>4</sup> أي ما لم يعوض، فالتعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا حصل مقصوده فممنوع رجوعه، ويستوي أن يكثر العوض أو يقل لأن تأثير العوض إنما هو في قطع الحق في الرجوع وقد حصل المقصود.<sup>5</sup>

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 246.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 32.

3- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 5، ص 146.

4- سبق تخريجه.

5- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دط، دار هومة، الجزائر، دس، ص 157.

رابعاً: مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له.

فخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب من الأسباب الناقلة أو المسقطه للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإبراء ونحوها، فإذا أخرج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وسلمه للغير سقط حق الواهب في الرجوع حتى لو عاد الشيء الموهوب بعد ذلك إلى ملك الموهوب له بسبب آخر كالإرث مثلاً وذلك لعدم زوال المانع من الرجوع.<sup>1</sup>

خامساً: مانع الزوجية.

الهبة بين الزوجين عند جمهور الفقهاء لازمة، فلا يجوز للواهب زوجاً كان أو زوجة الرجوع فيها على الإطلاق، ولو بعد انتهاء الزوجية بالطلاق أو الوفاة، فالعبرة بصدور الهبة بين الزوجين بعد عقد الزواج، كي يتمتع رجوع كل واحد منهما فيما وهبه للآخر.

وأساس لزوم الهبة أثناء قيام الزوجية يكمن في الحض على تقوية رباط الزوجية، ومنع أحد الزوجين من الإقدام على ما يسيء للآخر.<sup>2</sup>

سادساً: مانع القرابة المحرمة.

الهبة للمحارم هبة لازمة، لأن الغرض منها هو صلة الرحم، وقد تحققت بصدور الهبة ذاتها، فلا يصح الرجوع في هبة ذوي الرحم المحارم لأن هذه الصلة عوض معنوي، فالتواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان ذلك أقوى من المال.<sup>3</sup>

ويستند هذا الحكم إلى حديث عن النبي عليه السلام: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم، لم يرجع فيها".<sup>4</sup>

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 132، 133.

2- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 174.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 5، ص 31.

4- رواه الحسن عن سمرة مرفوعاً عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ورواه الحاكم والدارقطني.

ولابد من اجتماع الوصفين للمنع من الرجوع: الرحم والمحرمية، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يمتنع الرجوع.<sup>1</sup> بمعنى أنه إذا وهب شخص لذي رحم غير محرم كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة، أو وهب لمحرم غير ذي رحم كأخيه أو أخته من الرضاعة وأمّهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات جاز للواهب أن يرجع فيما وهب لعدم تحقق المانع من الرجوع.

### سابعاً: مانع هلاك العين الموهوبة.

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانعاً آخر عند الحنفية لا يجيز للواهب أن يرجع في هبته سواء كان الهلاك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي عنه كالحريق أو الزلزال ونحوها.

ويقصد بالهلاك: "فناء مادة الشيء وطبيعته على نحو يفوت الغرض المقصود منه عادة أو ينقص من الانتفاع به إما بفعل أحد المتعاقدين أو لسبب أجنبي".<sup>2</sup> وتحول الموهوب من حالة إلى أخرى كتغير اسمه أو صورته يأخذ حكم الهلاك أو الاستهلاك، وبالتالي يمتنع عن الواهب الرجوع، ومثال ذلك أن تكون العين الموهوبة قطناً فتصير قماشاً، أو قطعة من ذهب فتصنع حلياً، فتغير صورة الشيء الموهوب تؤدي إلى زواله.<sup>3</sup>

ولقد فرق الحنفية بين الهلاك الكلي للعين الموهوبة والذي يعد مانعاً من الرجوع وبين الهلاك الجزئي الذي يجيز للواهب الرجوع في الجزء الباقي لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الباقي.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 5، ص 144.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج 5، ص 241.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 5، ص 147.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص على موانع الرجوع في الهبة في المادتين 211 و 212 منه، فنص في المادة 211 على ما يلي: "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.

ونص في المادة 212 على أن: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".<sup>1</sup>

وعليه فالمشرع الجزائري قد أقر بالحق في الرجوع في الهبة للوالدين فقط دون سواهما في المادة الأولى وحصره في ثلاثة موانع، ومنع الواهب من حقه في الرجوع في هبته إذا كانت بقصد المنفعة العامة في المادة الثانية.

وهو ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاداتها، ملف رقم: 330258 الصادر بتاريخ: 2005/05/18 والذي يقضي بما يلي: "لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الولد الموهوب له تصرف في الشقة التي وهبها له والده بأن وهبها بدوره لزوجته قبل رفع دعوى الرجوع من قبل الواهب، ومن ثم لا يسوغ للأب الرجوع عن هبته طبقاً للمادة 3/211 من قانون الأسرة".<sup>2</sup>

- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 153622 الصادر بتاريخ: 1998/03/11 والذي جاء فيه: "حيث أن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب (الأرض) أعمالاً غيرت من طبيعتها وهي بناء مساكن، وحيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تستثني في هذه الحالة

1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد 2، سنة 2005، ص 377.

الأبوين من الحق في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب من طبيعته، مما يسقط حق الواهب في الرجوع عن الهبة، وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة وإبطال عقد الرجوع فيها، مما يتعين على المجلس تأييده على تراتبيه".<sup>1</sup>

- كما قضت المحكمة العليا في الرجوع في الهبة بقصد المنفعة العامة وذلك من خلال الملف رقم: 119197 الصادر بتاريخ: 1997/01/19. بما يلي: "من المقرر قانوناً أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، وأن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرًا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكاً للبلدية ولم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة يجوز استرجاعها".<sup>2</sup>

- كما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 1000829 الصادر بتاريخ: 2016/09/07 ما يلي: "حيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تمنح للأب الحق في الرجوع عن الهبة لولده إلا في الحالات الثلاثة الواردة على سبيل الحصر، ومنها الحالة الثالثة وهي تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته، ولما كان البين من الحكم المستأنف المؤيد بالقرار محل الطعن منطوقاً وأسباباً أنه وقف على أن عقد الهبة المشهر تضمن شقة في طريق الإنجاز، وبأن الموهوب له أدخل عليها تغييرات وأصبحت صالحة للسكن مما يجعل حالة ادخال تغيير على الشيء الموهوب، ما غير طبيعته بحسب نص المادة متحققاً، فضلاً عن أن قاضي الدرجة الأولى وقضاة المجلس وقفوا على أن الموهوب له توفي قبل إقامة دعوى الرجوع مما يجعل الشيء الموهوب انتقل لورثة الموهوب له بالوفاة وفقاً لنص المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن

1- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، عدد 2، سنة 1997، ص 72.

2- المرجع نفسه، ص 114.

إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي تنص على نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية، وبذلك تأخذ الوفاة حكم بيع الشيء الموهوب أو التبرع به أو ضياعه بمفهوم الفقرة الثالثة من المادة 211 المذكورة، ويكون بذلك قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون".<sup>1</sup>

ومن خلال هذه الاجتهادات يتضح لنا أن المحكمة العليا متوافقة مع ما جاء به المشرع من نصوص.

### المطلب الثاني: آثار الرجوع في عقد الهبة.

الرجوع في عقد الهبة سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي كما عرفناه سابقا، تترتب عليه بعض الآثار القانونية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الذي اكتسب حقا على الشيء الموهوب، وقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين: خصصت الأول لآثار الرجوع في القواعد العامة للقانون المدني، والثاني لآثار الرجوع في قانون الأسرة الجزائري.

#### الفرع الأول: آثار الرجوع في عقد الهبة في القواعد العامة للقانون المدني.

وهي آثار فيما بين المتعاقدين وآثار بالنسبة إلى الغير.

#### أولا: أثر الرجوع في عقد الهبة فيما بين المتعاقدين.

إذا تم الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي، فإن الهبة تفسخ، وتعتبر كأن لم تكن، ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه، ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إذا كان قد سلمه.

**1- اعتبار الهبة كأن لم تكن:** يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء كان ذلك بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، بمعنى أن الرجوع في عقد الهبة يتم بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، ومن ثم رجوع هذين الأخيرين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة.

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 16/01325 (قرار غير منشور).

ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له إذا لم يكن قد سلمه بعد، كما يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه، وإلى أن تفسخ الهبة لا يجوز للواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب قبل الفسخ إذا كان لم يسلمه ولا أن يسترده إذا كان قد سلمه، فإذا استرده بعد أن سلمه بغير التراضي أو التقاضي عد غاصبا وكانت يده يد ضمان، ويترتب على ذلك أن الشيء إذا هلك بعد استرداده بفعل الواهب أو بسبب استعمال الشيء الموهوب أو بسبب أجنبي عنه- كان الواهب ضامنا له ووجب عليه تعويض الموهوب له، ولا يجوز في هذه الحالة للواهب أن يدفع مسؤوليته بالضمان عن الهلاك حتى لو أراد الرجوع في هبته وكان له عذر مقبول لذلك، لأن الرجوع في

الهبة يمتنع على الواهب في هذه الحالة لقيام المانع وهو هلاك الشيء الموهوب.<sup>1</sup>

2- رد الشيء الموهوب إلى الواهب: مما سبق ذكره أن الرجوع في الهبة هو فسخ لها ويترتب على ذلك اعتبار الهبة كأن لم تكن فيعود الموهوب بذلك إلى ملك الواهب ولو لم يقبضه وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من مالكية<sup>2</sup> وشافعية<sup>3</sup> وحنابلة<sup>4</sup>.

أما الحنفية فقد وافقوا الجمهور في اعتبار الرجوع في الهبة فسخا لها إذا ما تم ذلك بحكم القضاء، واختلفوا بشأن الرجوع بالتراضي فمن قال بأنه هبة مبتدأة اشترط القبض لعودة الموهوب إلى قديم ملك الواهب، ومن قال بأنه فسخ رأى أن الشيء الموهوب يعود إلى ذمة الواهب دون أن يفتر ذلك إلى القبض.<sup>5</sup>

وبناء عليه يلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب من وقت الرجوع، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد ذلك الوقت فكان لهما رأيان:

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 167.  
2- التاسولي، مصدر سابق، ج 2، ص 228.  
3- الشرييني، مصدر سابق، ج 2، ص 403.  
4- ابن قدامة، مصدر سابق، ج 6، ص 282.  
5- الكاساني، مصدر سابق، ج 8، ص 134.

**الرأي الأول:** وبه قال جمهور الفقهاء<sup>1</sup>، ومقتضاه أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب.

**الرأي الثاني:** وإليه ذهب الحنفية<sup>2</sup> ومؤداه أن وقت الرجوع هو وقت التراضي إذا تم الرجوع بتراضي الطرفين أو وقت الطلب المقدم أمام القاضي إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضي.

هذا من الناحية الفقهية أما من الناحية القانونية فلم يتطرق المشرع الجزائري لآثار الرجوع عن الهبة، الأمر الذي يحتم علينا تطبيق القواعد العامة للفسخ باعتبار أن الرجوع في الهبة عبارة عن فسخ اتفاقي أو قضائي.<sup>3</sup>

وبناء على ذلك يرتب الرجوع في الهبة سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي اعتبار الهبة كأن لم تكن، وبالتالي رجوع الواهب والموهوب له إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهو ما يستلزم استرداد الواهب للمال الموهوب.

وإذا هلك الشيء في يد الموهوب له أو باستهلاكه إياه، كان ضامنا لهذا الهلاك، ووجب عليه تعويض الواهب، أما إذا هلك بسبب أجنبي فإن الهلاك يكون على الواهب، ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم، وهلك الشيء بعد الإعذار، فالهلاك في هذه الحالة يكون على الموهوب له، وليس هذا إلا تطبيقا للقواعد العامة.<sup>4</sup>

**3- رجوع الواهب بالثمرات:** تبقى ثمرات الشيء الموهوب ملكا للموهوب له إلى يوم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي لأن الموهوب له يعتبر إلى هذا اليوم حسن النية فله إذن أن يجني ثمرات ملكه، ومن ثم فإنه لا يسأل عن ردها إلى الواهب.

1- انظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ص282. انظر: الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص282.

انظر: التاسولي، مصدر سابق، ج2، ص828.

2- السرخسي، المبسوط، ج11، ص82.

3- مايا دقايشية، مرجع سابق، ص184.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 5، ص 156.

أما من يوم التراضي على الرجوع في الهبة أو من يوم رفع دعوى الرجوع أمام القضاء لعذر مقبول، فإن الموهوب له يصبح سيء النية ومن ثم ليس له أن يملك الثمار، وعليه أن يردها إلى الواهب من ذلك الوقت.

ولقد تعرض هذا الرأي الذي يعتبر الموهوب له سيء النية من يوم رفع دعوى الرجوع إلى النقد من قبل بعض الفقه<sup>1</sup> كونه غير صائب ولا يقوم على أساس صحيح، لأن القاضي المعروض عليه النزاع قد يحكم للواهب إذا كان له عذر مقبول، وقد يحكم برفض دعواه إذا لم يكن له عذر مبرر أو وجد مانع من موانع الرجوع، ولهذا السبب كان من الأجدر اعتبار الموهوب له حسن النية حتى صدور الحكم بالرجوع، وبالتالي احتفاظ هذا الأخير بالثمرات حتى يتم الحكم بالرجوع، بمعنى أن يكون رد الثمار من تاريخ الحكم لا من يوم رفع الدعوى.<sup>2</sup>

**4- رجوع الموهوب له بالمصرفات:** إذا كان الرجوع في عقد الهبة يترتب التزامات على عاتق الموهوب له فإنه يمنحه بالمقابل بعض الحقوق بحيث يجوز للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقه من مصرفات على الشيء الموهوب قبل الرجوع من جانب الواهب على النحو التالي:

إذا كانت المصرفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب ضرورية<sup>3</sup> كترميم جدار يهدد بانهيار البيت الموهوب فإن من حق الموهوب له أن يرجع على الواهب بكل المصاريف التي أنفقها.

أما إذا كانت المصرفات نافعة كحفر بئر في الأرض الفلاحية محل الهبة أو إدخال الكهرباء إلى المنزل الموهوب، رجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين: قيمة المصرفات التي أنفقها أو قيمة ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصاريف.

1- مصطفى أحمد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2000، ص171.

2- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص168.

3- يقصد بالمصرفات الضرورية تلك المصاريف التي ينفقها الشخص للمحافظة على الشيء الموهوب وصيانته لمنع هلاكه أو تلفه.

وقد تكون هذه المصروفات كمالية كتزيين أو تجميل الشيء الموهوب أو إضافة ديكورات عليه، وحكمها أن يتحملها الموهوب له دون أن يكون له الحق في الرجوع على الواهب بقيمتها، ولكنه يجوز له أن ينزع ما استحدثه في الشيء الموهوب على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ما لم يختر الواهب استبقاءها ودفع قيمتها طبقا للقواعد العامة.

وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقرير ما يراه مناسباً بالنسبة إلى هذه المصاريف وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة.<sup>1</sup> ويجوز للموهوب له إعمالاً للقواعد العامة أن يحبس الشيء الموهوب وذلك بأن يمتنع عن تسليمه للواهب حتى يستوفي ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة.

### ثانياً: أثر الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير.

يمكن القول بأن الرجوع في الهبة بوجه عام ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير، بل يجب حماية الغير حسن النية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن، وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب عن طريق نقل ملكيته للغير بأي تصرف ناقل للملكية كبيع أو هبة أو وقف، أو قد رتب عليه حقا عينيا كرهن أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية.

تصرف الموهوب له في العين الموهوبة: وهنا يجب التمييز بين حالتين:

#### الحالة الأولى: التصرف في المال الموهوب قبل ممارسة حق الرجوع في الهبة:

فإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقطه لها، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع، ويسري ذلك على العقار والمنقول، ويمتنع الرجوع سواء عن طريق الفسخ بالتقاضي أو عن طريق التقايل أو التراضي، ولا يقال في هذه الحالة أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي بل الأصح أن يقال أن الرجوع في الهبة ممتنع أصلاً.<sup>2</sup>

1- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 169.

2- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة- الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص ص 49، 50.

وإذا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة، فإنه لا يستطيع حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب.<sup>1</sup>  
الحالة الثانية: التصرف في المال الموهوب بعد شهر الدعوى.

إذا كان الشيء الموهوب عقارا فإن حق الرجوع من قبل الواهب عن طريق التقاضي يتطلب مسبقا شهر دعوى الرجوع. (شهر العريضة الإفتتاحية) بالمحافظة العقارية عملا بنص المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري،<sup>2</sup> وهذا من أجل إعلام الغير بأن العقار الموهوب محل نزاع أمام القضاء، وبالتالي إدخاله في مفهوم -الحق المتنازع عليه قضاء- وما يترتب على ذلك من آثار لأن شهر دعوى الرجوع في المحافظة العقارية الهدف منه هو الحفاظ على حقوق المدعي الواهب في حالة صدور الحكم لصالحه بتثبيت حقه في الرجوع.

لأنه لا يمكن للواهب أن يحتج بالحكم الصادر ضد الغير الذي كسب ملكية العقار الموهوب وقام بشهر سند ملكيته قبل شهر دعوى الرجوع تطبيقا لمقتضيات نص المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي جاء فيها: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص بحكم القانون تطبيقا للقانون".<sup>3</sup>

فهذه المادة رتبت على عدم إشهار الدعوى، عدم سريان الحكم الذي يصدر لفائدة المدعي في مواجهة الخلف الخاص، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم: 153622 الصادر بتاريخ: 1998/03/11. والذي جاء فيه أن الهبة لا تعد من حالة الأشخاص

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 130.

2- انظر: القرار الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة تحت رقم: 004851 الصادر بتاريخ: 2001/09/24، مجلس الدولة، العدد 01، 2002، مطبعة الديوان، ص ص، 135، 136.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة- الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص 51.

المنصوص عليها بالمادة 141 من ق.إ.م. القديم، "حيث أن الطاعنة تعيب على المجلس كون القضية الحالية تتعلق بحالة الأشخاص وأنها لم تحال إلى النائب العام ليطلع عليها، لكن بعد الإطلاع على المادة 141 من ق.إ.م أن حالة الأشخاص تتعلق بالقضايا المتعلقة بعديمي الأهلية أو كانوا قصرا.

أما بالنسبة للهبة فإن المشرع ذكر في المادة 1/141 من ق.إ.م الهبات لصالح الخدمات الاجتماعية، وبالتالي فإن هذه الحالة ليست لها أي علاقة مع القضية الحالية زيادة على ذلك فإن حالة الأشخاص لا تعني حالتهم المادية، وبالتالي فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات".<sup>1</sup>

وخلاصة القول: أنه بعد شهر دعوى الرجوع من قبل الواهب فإن التصرف الذي اكتسب بموجبه الغير العقار الموهوب لا يسري في مواجهة الواهب الذي يسترد العين الموهوبة خالية من أي حق للغير، وما على المتصرف إليه سوى الرجوع على الموهوب له (إذا كان قد تحصل على العين الموهوبة عن طريق الشراء) باسترداد ما دفع دون وجه حق طبقا للقواعد العامة.

**ترتيب الموهوب له حقا عينيا على الشيء الموهوب.**

قد لا يتصرف الموهوب له في العين الموهوبة بل يقتصر على ترتيب حق عيني عليها، كحق رهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع وهنا أيضا يجب التفرقة بين حالتين:

**الحالة الأولى: ترتيب الحق العيني قبل شهر دعوى الرجوع.**

إذا كان الشيء الموهوب عقارا وترتب الحق العيني (حق رهن، انتفاع، ارتفاق) للغير قبل شهر العريضة الافتتاحية المتضمنة طلب الرجوع في الهبة، فإن الواهب يسترد العقار الموهوب مثقلا بالحق العيني المترتب للغير.

**الحالة الثانية: ترتيب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع.**

1- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد 2، سنة 1998، ص 71.

إذا ترتب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة في المحافظة العقارية، فإن حق الغير والحالة هذه لا تسري في مواجهة الواهب، الذي يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير، الذي يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: آثار الرجوع في عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري.

مما عرفناه سابقا أن عقد الهبة في التشريع الجزائري عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام، غير أنه أقر استثناء للوالدين فيما وهباه لولدهما ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص على هذه الآثار التي تترتب على الرجوع في عقد الهبة لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، رغم أهمية هذه المسألة وما لها من تأثير على حقوق الواهب والموهوب له والغير حسن النية، بخلاف التشريعات العربية الأخرى التي عالجت هذه الآثار بنصوص قانونية خاصة. ولذلك إذا وجد نزاع حول آثار الرجوع في عقد الهبة توجب على القاضي أن يفصل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة، أو عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة على فسخ العقود أو إبطالها.<sup>2</sup>

1- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة- الوصية - الوقف، مرجع سابق، ص 53.

2- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، مرجع سابق، ص 162.

## ملخص الفصل الثاني:

الهبة تصرف خطير، يتجرد فيه الواهب من ماله دون مقابل على نحو يؤثر في ذمته المالية ويحدث أثرا بالغا في نفوس أهله وأقاربه، وأمام خطورة هذا التصرف أجاز القانون الجزائري -على غرار الشريعة الإسلامية- الرجوع في الهبة بشروط مخصوصة. غير أن الفقهاء لم يبحثوا أثر الرجوع في الهبة على حقوق الغير، ولكنهم بحثوا في أثر حقوق الغير على الرجوع، وذلك لأن حقوق الغير عندهم أقوى من أن تتأثر بالرجوع في حق اكتسب الغير منه حقا شرعيا صحيحا. وعليه فالرجوع في الهبة من الناحية الفقهية والقانونية ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير، سواء تم بالتراضي أو تم بالتقاضي، إذ تجب حماية حقوق الغير حسن النية نزولا عند المبادئ العامة للفقه والقانون.

**الفصل الثالث:**  
**الاجتهاد القضائي**  
**في الوصية**

### الفصل الثالث: الاجتهاد القضائي في الوصية

إن صلة الإنسان بالمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده، فهو يسعى جاهداً إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل، وتطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية، وعندما جاء الإسلام وضع لها نظاماً شاملاً، فجعل لها أسباباً منشئة، وأخرى ناقلة في حياة الشخص وبعد وفاته، وهذه الأسباب منها الاختياري الذي يصدر عن إرادة ورغبة، ومنها غير الاختياري الذي يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه.

والوصية من أسباب نقل الملكية في الإسلام، جاء نظامها مرتبطاً بنظام الموارث فيه، حيث أن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته، فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته، والموصى له الموصي فيما أوصى به، وإن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشارع لا دخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبراً عنهما، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشئته إذا قبلها الموصى له .

ومن هنا قسم الشارع مال الشخص إلى قسمين، قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث، وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصية، وجعل تنفيذها مقدماً على الميراث حتى لا يطغى أحدهما على الآخر.

وفي هذين التشريعين راعى الشارع الحكيم جانب المالك وجانب ورثته في وقت واحد، فلم يطلق له العنان كما كان في الجاهلية ليعطي من يشاء، ويحرم من يشاء حسب هواه، كما لم يقيد ويحجر عليه في تصرفاته في اللحظات الأخيرة من عمره، بل فتح له باباً يتدارك به ما فاته من فعل الخير في حياته الأولى، وليعوض من عاونه في جمع ماله من غير قرابته. وعليه فقد قسمت هذا الفصل إلى المباحث التالية:

**المبحث الأول: مفهوم الوصية.**

**المبحث الثاني: إنشاء الوصية.**

**المبحث الثالث: أحكام الوصية.**

**المبحث الرابع: مبطلات الوصية وموانع استحقاقها.**

المبحث الأول: مفهوم الوصية.

تعتبر الوصية من بين التبرعات التي تمكن للأشخاص تقديم أموالهم كإعانة لأوجه استحقاقها، لاسيما إذا كانوا من الأقارب المحتاجين، فكانت الوصية من أبلغ معاني التضامن داخل الأسرة وامتدادا لروح التعاون، ويمكن للأقارب تقييدها حفاظا على حقوقهم، ولتحديد مفهومها من خلال التعاريف وأدلة مشروعيتها والحكمة منها كان لزاما تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الوصية لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية.

المطلب الثالث: الحكمة من الوصية.

المطلب الأول: تعريف الوصية.

تختلف الوصية في المعنى اللغوي عنها في المعنى الاصطلاحي ولتحديد ماهية هذه المعاني بدقة سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الوصية لغة.

الفرع الثاني: تعريف الوصية اصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الوصية لغة.

الوصية اسم من الفعل أَوْصَى يُوصِي إِيصَاءً وجمعها وصايا، والوصية هي ما أوصيت به، فيقال أوصى الرجل و أوصاه ووصّاه بمعنى عهد إليه.<sup>1</sup>

وهي بالفرنسية (legs)<sup>2</sup> وبالإنجليزية (Testament)<sup>3</sup>، وأصل المادة ينبئ عن الوصول والإتصال، فاستعمل العرب الفعل وَصَى كَوَعَى بمعنى اتصل و وصل، ومنه وَصَتِ الأَرْض

<sup>1</sup> - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005، ط8، ص 400.

<sup>2</sup> - ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، ص 59 .

<sup>3</sup> - محمد رواس قلعة جي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص 505.

وَصِيًّا وَوُصِيًّا وَوَصَاءَ وَوَصَاءَ اتَّصَلَ نَبَاتُهَا، وَوَصِيَّتُ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ أَصِيهِ<sup>1</sup> من باب وعد وصلته به و وصى النبتُ إتصل وكثر.

وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت،<sup>2</sup> فالموصي وصل ما كان في حياته بعد موته. ثم استعملوا الوصية في التقدم إلى الغير بما يطلب منه على وجه الإستمرار مقترنا بوعظ أو بما يشبهه من وسائل التأثير والحمل على الاستجابة، سواء أكان ما يطلب مطلوباً حال حياة الطالب أم بعد وفاته، وذلك لما يتضمنه هذا الطلب من استمرار العمل وتواصله.<sup>3</sup>

وقد استعمل القرآن الكريم هذه المادة في الأمرين، فاستعملها في الطلب حال الحياة في مثل قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾<sup>4</sup>، وفي قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾.<sup>5</sup> وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ﴾،<sup>6</sup> واستعملها في الطلب بعد الوفاة في مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>7</sup>، وفي قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>8</sup>. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾<sup>9</sup>.

وعليه فالوصية والإيصاء لهما المدلول اللغوي ذاته<sup>10</sup>، فلا فرق أن يكون الفعل تبرعاً بمال أو عهداً إلى الغير بتصرف من التصرفات.

1- سعدي أبو جيب، المرجع السابق، ص 381.

2- ابن منظور، مصدر سابق، ج6، ص 4853. مادة "وصى".

3- علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1431هـ/2010م، ص 5.

4- سورة الاحقاف، الآية: 14.

5- سورة الأنعام، الآية: 151.

6- سورة البقرة، الآية: 132.

7- سورة البقرة، الآية: 180.

8- سورة النساء، الآية: 11.

9- سورة المائدة، الآية: 106.

10 - محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دط، 2002، ص 31.

الفرع الثاني : تعريف الوصية اصطلاحا .

سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض إلى مفهوم الوصية في اصطلاح الفقهاء، ثم إلى مفهومها في الاصطلاح القانوني.

أولا : الوصية في اصطلاح الفقهاء .

اختلف الفقهاء في بيانهم لمعناها إختلافا يرجع إلى العبارة والأسلوب الأكثر مما يرجع إلى تحديد المعنى وتعريفه، لأنهم لا يكادون يختلفون فيه، ومع ذلك فقد كان لمحاولاتهم الإتيان بتعريف جامع مانع أثر بين في زيادة بعض القيود في بعض التعريفات حتى تكون جامعة مانعة، ولذلك سنتعرض إلى هذه التعريفات تباعا.

1- عرفها بعض الحنفية كصاحب الهداية والكنز: بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت.<sup>1</sup> ولوحظ على هذا التعريف أنه لا يشمل بعض أنواع الوصية كالوصية بالإسقاط، والوصية لجهة ليست أهلا للتمليك كالوصية في بعض جهات البر، إذ لا تملك في هذا النوع من الوصايا.<sup>2</sup>

2- عرفها الكاساني: بأنها اسم لها أو جبه الموصي في ماله بعد موته.<sup>3</sup> ويلاحظ عليه بأنه عمد إلى بيان أثر الوصية وهو الحق المترتب عليها، وهو بيان جامع من هذه الناحية، ولم يعمد إلى بيان الوصية باعتبارها سببا من جهة الموصي يترتب عليها حق في تركته.<sup>4</sup>

3- وعرفها الكرخي: بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه: ويلاحظ عليه ما لوحظ على سابقه، وبأنه لا يتناول ما يوصي به الإنسان وهو واجب عليه، كالوصية بوفاء الدين، كما أنه يدخل في الوصية تبرعات المريض المنجزة في

1- الزيلعي، تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د س ن، ج 6، ص 182. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 8، ص 460.

2- علي الخفيف، مرجع سابق، ص7.

3- الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص334.

4- علي الخفيف، مرجع سابق، ص7.

مرض موته، وهي لا تعد من قبيل الوصية وإن أعطيت حكمها بعد الوفاة بالنظر إلى إنفاذها.<sup>1</sup>

4- وعرفها أبو الخطاب الحنبلي: بأنها تبرع بمال يقف نفاذه على خروجه من الثلث.

ولوحظ عليه أنه يتناول ما لا يعد وصية في الاصطلاح، كالعطية في مرض الموت، ولا يشمل بعض ما هو وصية اصطلاحا كالوصية بحقوق الله تعالى الواجبة لأن الوصية بها وصية بواجب، فكانت لذلك واجبة شرعا وليست تبرعا، ولا يتناول الوصية بتأجيل الدين، ولا الوصية بقسمة التركة، فكل ذلك لا يعد تبرعا بمال.<sup>2</sup>

والتعريفات كثيرة وليس منها ما سلم من ملاحظة، وليس في حصرها واستقراءها بعد هذا البيان كبير فائدة، وخير هذه التعريفات ما عرفها به قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 في مادته الأولى، بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

فهو تعريف يشمل كل الوصايا التي اشتمل عليها، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات، وتقرير مرتبات ويشمل تقسيم التركة بين ورثته، ويشمل ما يكون بالمنافع، ولا يكون بالأعيان، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق، إن كان قد بين ذلك الوفاء، فإن هذا وغيره يعد تصرفا في التركة، إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره.

ولا ينقص التعريف أنه لم يشمل تبرعات المريض مرض الموت المنجزة التي تأخذ حكم الوصايا، فقد بينا أنا الفقه الصحيح، لا يجعلهما من الوصايا من حيث الإنشاء، فعدم شموله لها من كمال ذلك التعريف، لا من أسباب نقصه.<sup>3</sup>

### ثانيا: الوصية في اصطلاح القانون:

يعتبر المشرع الجزائري الوصية طريقا من طرق اكتساب الملكية، ويرى فقهاء القانون أنها تحتل مكانة هامة بين تلك الطرق، ذلك أن الوصية عمل إرادي يفضي إلى منح الغير حقا مشروعاً.

1- علي الخفيف، مرجع سابق، ص 7.

2- علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 8.

3- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة، ط2، 1950، ص 10.

وتعد الوصية في القانون الجزائري من قبيل الأحوال الشخصية فقد أخضعها المشرع لأحكام قانون الأسرة بنص المادة 775 من القانون المدني.<sup>1</sup> حيث جاء فيها أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup> والنصوص القانونية المتعلقة بها". وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد عالج أحكام الوصية ووضع شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 إلى 201 منه.

فعرف الوصية 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 عينا أو منفعة".

والمقصود بكلمة "تمليك" الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا، أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض.

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 - ورد في النص العربي مصطلح "الأحوال الشخصية" في حين ورد في النص الفرنسي مصطلح "قانون الأسرة" code de la famille والنص الفرنسي أكثر تماشيا مع تسمية القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 بقانون الأسرة، وتغيير تسمية قسم وغرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم والمجالس القضائية إلى قسم وغرفة شؤون الأسرة بنص المواد 5 و13 من القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

وقد اختار المشرع تلك التسمية بالرغم من أن أحكام القانون غير قاصرة على الأسرة، بل هي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة. انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص ص 14، 15.

والمراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.<sup>1</sup>

أما المقصود من كلمة " التبرع" فهو إخراج الوصايا التي تتبني على بيع أو إيجار لشخص ما، لأن مثل هذه التصرفات هي تملك بعوض، في حين أن الوصية تتم دون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.<sup>2</sup>

ولقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد بنص المادة 184 المذكورة اعلاه بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995 بما يلي: "من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."<sup>3</sup>

والملاحظ أن التعريف الذي جاء به المشرع وأيده القضاء يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تملكيا فقط، ذلك أن الوصية تشمل التملك بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة كالإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من الجهات كالوصية للمساجد أو المستشفيات والملاجئ ونحوها وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط.<sup>4</sup>

ووفقا لما سبق إبدائه من ملاحظات فإنني أرى التعريف الذي جاء به القانون المصري وأقره بعض الفقهاء هو الأشمل والذي يعرف الوصية كالاتي: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"<sup>5</sup>.

1 - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص180.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 231.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم: 116375، الصادر بتاريخ: 1995/05/02، مجلة قضائية، عدد1، سنة 1996، ص108.

4- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 181.

5- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1402هـ/ 1982، ص23.

فهو تعريف جامع مانع يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة أو إسقاطا فيه، ويشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك، فضلا عن كونه يخرج التبرعات التي تتم حال الحياة.

وقد ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها وهما تصرفات المريض مرض الموت والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وسنعرض هذين التصرفين كالآتي:

#### أ/ تصرفات المريض مرض الموت:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت. وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".<sup>1</sup>

فالظاهر من هذه المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله، على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع. ومن ثم إذا تصرف الشخص في ماله وهو في مرض الموت لم ينفذ تصرفه في حق ورثته إلا باعتباره وصية في حدود ثلث التركة إذا كان التصرف لصالح الغير ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين.

وتسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت بعد موت هذا الأخير بداهة، فقبل موته لاحق للوارث في الطعن في التصرف لأن حق الوارث لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث، كما وأن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه فعلا<sup>2</sup>.

1- المادة 776 من الأمر رقم 75-78 المؤرخ في: 1975/07/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1991، ص 130 وما بعدها.

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 33719 الصادر بتاريخ: 1984/07/09 ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص".<sup>1</sup>

وهو ما جاء كذلك في قرار آخر للمحكمة العليا في الملف رقم: 197335 الصادر بتاريخ: 1998/06/16 والذي قضت فيه بما يلي: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".<sup>2</sup>

ونفس القرار كرسته المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم: 219901 الصادر بتاريخ: 1999/03/16.<sup>3</sup>

وكذلك قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 52156 الصادر بتاريخ: 1990/07/09 والذي جاء فيه ما يلي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".<sup>4</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 776 على ما يلي: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا".

وعليه فإننا نخلص إلى أن عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

1- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، سنة 1989، عدد 03، ص 51.

2- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 281.

3- لمجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 287.

4 - المجلة القضائية، الغرفة مجتمعة، عدد 4، سنة 1991، ص 68.

على أن إثبات الورثة لواقعة مرض الموت يعتبر قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس بحيث يجوز للمتصرف له أن يدحضها وذلك بأن يثبت أن التصرف الذي نشأ بينه وبين مورثهم معاوضة بأن قدم الدليل على أنه دفع مقابل ما أعطاه إياه المريض، فيكون عندئذ التصرف نافدا في حق الورثة شريطة أن يكون المقابل معادلا لقيمة محل التصرف.<sup>1</sup>

### ب/ التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة:

الحياة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق قصد الظهور بمظهر المالك.<sup>2</sup>

وقد نصت المادة 777 مدني على أنه: "يعتبر التصرف وصية تجري عليها أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".<sup>3</sup>

وعليه يشترط لاعتبار التصرف وصية:

- أن يكون لأحد الورثة: والعبرة بتحديد صفة الوارث هي بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف ولو لم يكن وارثا وقت التصرف، ولا يعتبر وارثا من لم يكن كذلك وقت الوفاة ولو كان وارثا وقت التصرف.

- أن يحتفظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها مدى الحياة: ويكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف بالاستعمال الشخصي له أو بتأجيله للغير باسمه.<sup>4</sup>

- أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين مدى الحياة:

يجب أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها لوارثه مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية.

1- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2008، ص 89.

2- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج9، ص 784.

3- الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني.

4- مايا دقايشية، مرجع سابق، ص ص 26، 27.

فإذا توافرت هذه الشروط جميعها قامت قرينة قانونية بسيطة على أن التصرف وصية مستترة، فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطي لهذا التصرف، غير أنه يجوز للوارث المتصرف له أن يثبت عكس هذه القرينة بأن يثبت مثلاً أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو يثبت أن حيازة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عارية أو غيرها.

وعلى أي حال فإن الفصل في مدى اعتبار التصرف وصية مستترة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وقناعته وفق ما يقدم له من أدلة ودفوع.<sup>1</sup>

1- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص189.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية.

إن مقتضى القواعد الشرعية أن تكون الوصية غير جائزة، لأن القياس لا يجيز شرع الوصية، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فتقع الإضافة إلى زمان زالت الملكية فيه فلا يتصور التمليك فيه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فلا يصح لأنه لو أضيف التمليك إلى زمان قيام الملكية، بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا من باب أولى.<sup>1</sup> إلا أن الوصية -لما فيها من مصالح ومنافع- شرعت بالأدلة الأقوى من القياس وهي: الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: الأدلة من الكتاب:

1- قوله تعالى: [كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ].<sup>2</sup>

عن ابن عباس -رضي الله عنه- قال: "إن ترك خيراً" يعني مالاً<sup>3</sup>، وقال القرطبي: الخير هنا المال من غير خلاف.<sup>4</sup>

والمراد بحضور الموت: حضور أسبابه وأماراته من العلل والأمراض المخوفة، وليس المراد منه معاينة الموت، لأنه في ذلك الوقت يعجز عن الإيضاء.<sup>5</sup>

2- قوله تعالى في توزيع الميراث والتركاة: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.<sup>6</sup>

وقوله عز وجل: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.<sup>7</sup>

1- أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2002، ص 35.

2- سورة البقرة، الآية: 179.

3- رواه ابن جرير الطبري، (ج3/ص134)

4- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص 259.

5- الواحدي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، ج1، ص 268.

6- سورة النساء، الآية: 11.

7- سورة النساء، الآية: 12.

فهذان النصان جعلتا الميراث حقا مؤخرا عن تنفيذ الوصية وأداء الدين. فدل على مشروعيتها.

3- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ<sup>1</sup>، فقد نذب الله في هذه الآية إلى الاستشهاد على الإيصاء حال الوصية وقت حضور الموت أثناء السفر، فدل ذلك على أن الوصية مشروعة، ولو لم تكن مشروعة لما نذب الله إلى الإشهاد على الإيصاء، لأن غير المشروع لا يندب الإشهاد عليه.<sup>2</sup>

ثانيا: الأدلة من السنة:

1- ما رواه ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".<sup>3</sup>

وفي لفظ عند مسلم: "له شيء يريد أن يوصي فيه".<sup>4</sup>

ومعنى الحديث أن الحزم هو هذا، فقد يفاجئه الموت.

قال الشافعي: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه، لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك.<sup>5</sup>

زاد مسلم عن ابن عمر -رضي الله عنه-: "ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال ذلك وإلا وعندي وصيتي".<sup>6</sup>

2- 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، أ فأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: فالشطر يا رسول

1- سورة المائدة، الآية: 106.

2- سليمان الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، دار الوطن للنشر، الرياض، ط2، 1434هـ/ 2013م، ص10.

3- البخاري، كتاب الوصايا، مرجع سابق، ج5، ص419، حديث رقم: 2738.

4- مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1249، رقم الحديث: 1627.

5- سيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص285.

6- مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1250، ح رقم: 1627.

الله، فقال: لا، قلت: فالثالث، قال: الثالث، والثالث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".<sup>1</sup>

ففي هذا الحديث جواز الوصية بالثالث فلو لم تكن مشروعة ما أجازها رسول الله- صلى الله عليه وسلم-.

3- قوله-صلى الله عليه وسلم- "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو حيث أحببتم".<sup>2</sup>

### ثالثا: الأدلة من الإجماع:

وهو ثالث الأدلة الشرعية الأصلية التي تستقل بإثبات الأحكام، وقد توفي الرسول - صلى الله عليه وسلم- والوصية مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله، ثم أجمع فقهاء الأمة على جوازها منذ عصر الصحابة إلى يوم الناس هذا، لم ينقل عن أحد منهم المخالفة أو الرد. فقد قال ابن عبد البر: "واتفق فقهاء الأمصار على أن الوصية مندوب إليها، مرغوب فيها، وأنها جائزة لمن أوصى في كل ماله، قل أو كثير، ما لم يتجاوز الثالث".

ويروي تاريخ الصحابة نماذج من وصاياهم، فقد أوصى أنس بن مالك، وأوصى عبد الله بن مسعود، وأوصى أبو الدرداء، وأوصى غيرهم دون معارض أو مخالف، وهكذا تواتر نقل الإجماع عن الصحابة صريحا وسكوتيا بصحة الوصية ومشروعيتها.<sup>3</sup>

### رابعا: الأدلة من المعقول:

هو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات والحسنات وتداركا لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير، فهو يحتاج إلى أن يختم حياته بأعمال صالحة، فتكون الوصية مشروعة كسائر التصرفات والعقود التي يحتاج الناس إليها لقضاء مصالحهم، والتخفيف

1- البخاري، صحيح البخاري، ج، ص، ح رقم: 5354، ومسلم في صحيحه

2- ابن حجر العسقلاني، كتاب الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج2، ص 289.

3- سليمان الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، مرجع سابق، ص ص 11، 12.

عنهم من قسوة الحياة وخاصة الضعفاء منهم والبائسين واليتامى والمساكين والفقراء، كما أن بها يستطيع أن يصل أقرباءه الذين لا يرثون.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: الحكمة من الوصية.

إن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافى ما فاتته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته، فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح، وقضاء حاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح.<sup>2</sup>

فالإنسان بحكم بشريته وفطرته شديد الحب للمال، مغرورا بأمله، كثيرا ما يكون ظالما لنفسه وللناس، كثيرا ما يقصر في أعمال البر وتحصيل الثواب، حتى إذا تذكر أو عرض 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 جميلا، وقد يقصد مساعدة غير الوارثين من أقربائه أو غيرهم ممن تشتد حاجتهم إلى المال، وقد يريد أن يرفع ظلما كان قد أصاب به غيره، إلى غير ذلك من أسباب القربى 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 والعليم بما في نفوس العباد، الوصية تمكينا لهم من العمل الصالح، لأنها تصرف يحقق للإنسان غرضه، وفيها يتحقق مقصده الآخر إذا لم يحتج لماله ومات مصرا على وصيته.<sup>3</sup>

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص 232.

2- الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص182.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، دط، ص ص 24،25.

---

يقول -صلى الله عليه وسلم- "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة

في حسناتك".<sup>1</sup>

وبما يتحقق مقصده الدنيوي إذا طال عمره وأحوجته الأيام إلى ماله الموصى به ليصرفه فيما هو في حاجة إليه، لأن المال الموصى به يظل مملوكا له طوال حياته وله شرعا حق الرجوع في وصيته.

---

1- الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، المکتل الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج 6، ص 491.

**المبحث الثاني: إنشاء الوصية.**

اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركنا في الوصية وما يعتبر من شروطها تبعا لاختلافهم في مدى إمكان قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه.

فذهب الحنفية إلى أن الصيغة وحدها ركن في الوصية لا تتعقد إلا به، وانقسموا حول ما إذا كان الإيجاب وحده هو الممثل لركن الصيغة، أو أن الصيغة تتمثل في الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له.

وذهب الجمهور إلى أن للوصية أركاناً أربعة وهي: الصيغة والموصي والموصى له والموصى به.

واستدل الحنفية على أن ما ذهبوا إليه بأن الصيغة وحدها هي التي تنشئ الوصية وتوجدتها، ويدل على ذلك أن الموصي والموصى له والموصى به قد وجدوا جميعاً قبل الصيغة ومع ذلك لم توجد الوصية بوجودهم، وهذا ما يدل على أن الصيغة وحدها هي التي تستقل بإيجاد الوصية.

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأنه لا بد من اعتبار هذه الأمور الأربعة كلها أركاناً مع الصيغة لأنها بدونها لا يمكن أن نتصور وجود وصية.

وعلى أية حال فإن الصيغة هي الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء.

وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول: ركن الوصية (الصيغة).**

**المطلب الثاني: شروط الوصية.**

### المطلب الأول: ركن الوصية (الصيغة)

ركن الشيء ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون: هو ما كان داخلا في ماهية الشيء. والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة:

الموصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة المنشئة لها، وقد ثار خلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور كلها أركاناً، أو أن الركن هو الصيغة التي يوجد بها التصرف في الخارج وما عداها لوازم؟

فغير الحنفية يقولون: إن أركان الوصية هي الأربعة كلها.<sup>1</sup>

والحنفية يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث إنه خلاف في التسمية يرجع إلى أمر اصطلاحي فقط.

وستنكلم هنا عن الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه. وهذا يتطلب بيان أمرين - أحدهما: هل الصيغة هي الإيجاب وحده أو مجموع الإيجاب والقبول؟ واختلفوا في التعبير عنها هل تنعقد باللفظ وحده؟ أو تنعقد باللفظ والإشارة والكتابة؟ وهذه الاختلافات تعود إلى تباين آرائهم في مفهوم الركن، وتكييف الوصية بين أن تكون عقداً أو إيقاعاً يتم بالإرادة المنفردة.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: مضمون الصيغة.

من الفقهاء من قصر الصيغة على الإيجاب فهي عندهم كل لفظ أشعر بالوصية، لأن الصيغة عندهم هي صورة الوصية الظاهرة وتتحقق بإيجاب الموصي، ومن الفقهاء من توسع في الصيغة لتشمل الإيجاب والقبول.<sup>3</sup> والفقهاء من حيث مضمون الصيغة على ثلاثة آراء.

1- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص288. والأركان أربعة: الموصي، الموصى له، الموصى به، والوصية" أي الصيغة" وانظر: ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج7، ص4.  
2- أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص58.  
3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أ- الرأي الأول: ويرى أن الوصية عقد لا تصرف انفرادي، ولا تتحقق صورة العقد الخارجية إلا بإيجاب وقبول، فصيغة الوصية عندهم لها عنصران، الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له.

إيجاب الموصي الذي يظهر أثره بعد الموت، وقبول الموصى له الذي لا يصح إلا بعد وفاة الموصي.<sup>1</sup>

ب- الرأي الثاني: ويرى أن الوصية إيقاع لا عقد، وأن ركنها الإيجاب وحده، وأن القبول هو شرط لزوم فحسب في حالة الموصى له المعين فقط.<sup>2</sup>

ج- الرأي الثالث: ويراه "زفر" من الأحناف، وعنده أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي، وتنتقل بموته ملكية الموصى به إلى الموصى له دون توقف على إرادته أو حاجة إلى قبوله.<sup>3</sup>

وهذا الرأي لا يأخذ بالصفة الشرعية لطبيعة الوصية ذلك أنه لا شيء يدخل في ملكية الإنسان جبرا عنه سوى الميراث بمقتضى نص الشارع، فإذا لم يكن للموصى له حق رد الوصية فكأنما ألزمناه على قبول ملكية لا خيار له فيها.<sup>4</sup>

إن قياس الوصية على الميراث هو قياس غير صحيح، لأن الأولى تثبت بإرادة الموصي وليس له القوة حتى يلزم الموصى له بقبول الوصية، في حين أن الميراث يثبت بحكم الشارع الذي له صفة الإلزام والقوة القانونية.<sup>5</sup>

والمراد بالقبول: ما يكون صريحا مثل قبلت، أو دلالة كموت الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد، ولا يصح قبول الوصية إلا بعد موت الموصي، فإن قبل الموصى

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 2005، ص ص12،13.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص14.

3- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 26.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص233.

5- بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، سنة 1990، عدد2، ص 392.

له بعد موت الموصي، ثبت له ملك الموصى به، سواء قبضه، أو لم يقبضه، فإن مات بعد موت الموصي قبل القبول أو الرد، انتقل الموصى به إلى ملك ورثته، وإن قبلها الموصى له في حال الحياة أو ردها، بطلت.<sup>1</sup>

والراجع عند الحنيفة أن الوصية تنشأ بإرادة الموصي.

وبالنظر إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، واعتبر الإيجاب وحده محققا للوصية<sup>2</sup>، أما القبول الذي يصدر عن الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به وأن هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها من يمثلها قانونا، فنص صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

ونص في المادة 197 على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة

الموصي".

وبقراءة نصي هاتين المادتين يتبين لنا أن إيجاب الموصي هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له لأن الوصية تصرف صادر من جانب واحد وليست عقدا كالهبة، غير أنه وإن كانت تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لا بد أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة، فإن قبلها ألزمت ومن ثم كان الموصى به ملكا له وإن ردها بطلت.<sup>3</sup>

وقال الجمهور: للوصية أربعة أركان وهي: موصي، وموصى له، وموصى به، وصيغة. والصيغة تنعقد بإيجاب من الموصي كقوله: أوصيت له بكذا، أو ادفعوا إليه أو

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص14.

2- الملاحظ أن الوصية تلزم بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصي، وهو رأي الحنيفة، ويقبل عن الجنين والصغير والمحجور عليه من له الولاية على مالهم، أخذا من مذهب الشافعية في الجنين، ومن مذهب المالكية في المحجور عليه. ويقبل عن جهات البر كالمؤسسات العلمية والدينية والملاجئ والمشافي ونحوها من يمثلها شرعا أو قانونا، ولا يعتبر القبول من الموصى لهم كطلبة المدرسة والموجودين بالملجأ أو المستشفى، أخذا من مذهب الشافعية والإمامية.

3- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 191، 192.

أعطوه بعد موتي، والقبول من الموصى له المعين، ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت، وإن كانت الوصية لجهة عامة كمسجد أو لغير معين كالفقراء، فإنها تلزم بالموت بلا قبول.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: كيفية انعقاد الوصية وأثر العقد:

تتعقد الوصية شرعا بأحد طرق ثلاثة: العبارة، أو الكتابة، أو الإشارة المفهمة، ونصت القوانين عليها.<sup>2</sup>

غير أن هذه الأشياء الثلاثة ليست في درجة واحدة، من حيث جواز انعقاد الوصية بها، بل هي مرتبة تبعا للحال التي يكون عليها منشئ الوصية.

فالموصي إما أن يكون قادرا على النطق، أو عاجزا عنه، وفي كلا الحالتين - إما أن يكون عالما بالكتابة، أو جاهلا بها،<sup>3</sup> وهل تصح صيغة الوصية بكل هذه الصور أو ببعض منها فحسب.

أ- **العبارة:** الأصل في الصيغة - في كافة التصرفات - أن تجيء عبارة ولفظا وتصح الوصية بها من جميع المذاهب، لأنها أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا الباطني. وقد تتعدّد الوصية باللفظ المخصوص كأوصيت أو بأي لفظ آخر يدل على قصد الموصي، فلا تتعين بألفاظ كالزواج مثلا، فكل لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصي تتعدّد الوصية به، والوجه في ذلك - كما قيل - أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص، ومبرز معين في إنشاء العقود والإيقاعات.

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص15.

2- المادة: 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

3- رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص14.

وتصح الصيغة بمطلق اللفظ المعبر عن الإرادة سواء قلنا إنها الإيجاب فقط من الموصي، أو قلنا إنها الإيجاب والقبول كما يرى بعض الفقهاء.<sup>1</sup>

ب- الكتابة: الكتابة فعل لا قول، فصورتها تقرأ بالعين، وإن تجسدت في حروف وكلمات، فالأصل في العبارة أنها تسمع بالأذن، أما الكتابة فالأصل فيها أنها مقروءة بالعين.<sup>2</sup> وتتعقد الوصية بالكتابة من قادر على النطق إذا ثبت أنه خط الموصي بإقرار وارث، أو بينة تشهد أنه خطه، وإن طال الزمن.

وهذا هو الراجح لدى الحنابلة، وقال الحنفية والمالكية: إذا كتب الشخص وصيته بيده، ثم أشهد، فقال: أشهدوا على ما في هذا الكتاب، جاز.

وقال الشافعية: الكتابة كناية، أي تتعقد الوصية بها مع النية، كالبيع واشتروا لإثبات الكتابة بالشهادة أن يطلع الموصي الشهود على ما في كتابه، فإن لم يطلعهم على ما في كتابه، لم تتعقد وصيته.

والدليل على جواز الاكتفاء بالكتابة: أن الكتابة لا تقل في بيان المراد عن العبارة، بل هي أقوى منها عند الحاجة إلى الإثبات.<sup>3</sup>

وينعقد الإيجاب أيضا بالكتابة حتى لو كان الموصي قادرا على التعبير عن إرادته بالكلام<sup>4</sup>، وهو ما جاء في المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

ج- الإشارة: وهي بديل عن النطق والكتابة لمن كان عاجزا عنهما، ويقصد بها الإشارة المفهومة. وتتعقد بها الوصية من الأخرس أو معتقل اللسان، بشرط أن يصير معتقل اللسان عند الحنفية والحنابلة ميئوسا من نطقه، بأن يموت كذلك، وإن كان عاجز عن النطق عالما

1- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 59، 60.

2- المرجع نفسه، ص 60.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 17.

4- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 194.

بالكتابة، فلا تتعد وصيته إلا بالكتابة، لأن دلالتها على المقصود أدق وأحكم، وهذا هو المأخوذ به قانوناً.<sup>1</sup>

وتتعد الوصية بالإشارة المفهمة أيضا ولو من قادر على النطق عند المالكية.

**والخلاصة:** أن الناطق تتعد وصيته بالعبارة (اللفظ)، وبالكتابة، وكذا بالإشارة المفهمة عند المالكية، والأخرس ونحوه تتعد وصيته بالعبارة، أو الكتابة، أو الإشارة إذا كان عاجزا عن الكتابة، فإن كان عالما بالكتابة فلا تتعد وصيته إلا بالكتابة في رأي الأكثرين.

أما القانون فقرر أنه لا تتعد وصية الناطق إلا بالعبارة، أو الكتابة ولا تتعد بإشارته، وهو مذهب الحنفية، وأما الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يستطيع النطق، فإن كان عالما بالكتابة فلا تتعد وصيته إلا بها، وأما إذا كان لا يعرف الكتابة، فإن وصيته تتعد بإشارته.<sup>2</sup>

فإذا كان الموصي من أصحاب العاهات بأن كان أصم أبكم، أو أعمى أصم. أو أعمى أبكم فإنه يخضع إلى حكم نص المادة 80 من القانون المدني الجزائري التي تقيد أنه: " إذا تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.<sup>3</sup>

أما إذا لم يستحل عليه بسبب تلك العاهتين التعبير عن إرادته باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا فيمكنه أن يبرم الوصية بشرط أن يدون الموثق في العقد المثبت

1- محمد أحمد شحاتة، الوجيز في الموارث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، دط، 2010، ص152.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص17.

-انظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط2، 1434 هـ، ج17، ص75.

3- المادة:80 من القانون المدني.

للوصية حسب الحالة الموانع الموجودة وطريقة التعبير عن الإرادة والمترجم للإشارات واللغة الخاصة إن اقتضى الأمر ذلك.<sup>1</sup>

وإذا كان الموصي مبتور اليدين جاز للموثق تحرير العقد المثبت للوصية بشرط أن يوضح فيه المانع القاهر اللاحق بالموصي، ويعتبر العقد صحيحا حينئذ بعد أن يمضي عليه الموثق والشهود فقط.<sup>2</sup>

وإذا كان الأصل في صيغ التصرفات عموما أن تكون منجزة، إلا أن الوصية تخرج عن هذه القاعدة لأن طبيعتها تأبى التجيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة إلى أجل لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، بيد أنه لا يوجد مانع يحظر تعليقها على الشرط ما دامت لا تفيد التملك إلا بعد الموت، فإذا تحقق الشرط عدت الوصية قائمة لكنها تبقى مضافة إلى أجل تحقق وفاة الموصي، ومثال ذلك أن يقول الشخص: " إذا نجحت في الامتحان ووهب لي والدي البيت الذي اشترطه على نفسه، فإنني أوصي به لفقراء مدينتي ليكون مأوى لهم، فالوصية هنا معلقة على شرط واقف وهو تحقق النجاح، فإن نجح الولد وأعطى الوالد ابنه المنزل الذي وعده به فإن الابن يصبح مالكا له بأثر رجعي، فتكون الوصية عندئذ صحيحة كونها صدرت على شيء يملكه الموصي ولكنها تبقى رغم ذلك مضافة إلى أجل وهو موت الموصي لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث:

#### أ/ قبول الوصية وردها:

تتعقد الوصية بالإيجاب، والقبول شرط لزومها، ومن حق الموصى له أن يقبل الوصية أو يردها، واختلف الفقهاء في القبول فذهب بعضهم إلى أن القبول المعتبر هو الإيجابي، أي الذي يكون بالقول الصريح، وذهب بعضهم الآخر إلى أن القبول قد يكون سلبي، وهو عدم

1- علاوة بوتغرار، الوصية في التشريع الجزائري. والشريعة الإسلامية، محاضرة أقيمت بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة من قبل الغرفة الجهوية للموثقين - ناحية الشرق - أيام 12، 19، 26 ديسمبر 1998 لكل من سطيف، قسنطينة، عنابة.

2- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات - الهبة - الوصية - الوقف -، مرجع سابق، ص 63.

3- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 195.

رد الوصية.<sup>1</sup> والموصى له صاحب الحق في قبول الوصية أو ردّها، ولكن هل ينتقل هذا الحق لغير الموصى له كالورثة مثلاً.

اختلف الفقهاء في ذلك فذهب الجمهور إلى جواز الانتقال للورثة، وذهب بعضهم إلى أن هذا الحق لا يعدو الموصى له ولا ينتقل إلى الورثة.<sup>2</sup> وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي" وهذا معناه أن الوصية لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي، بل لابد من أن يقبلها صراحة أو دلالة بعد الوفاة، ومن حقه أن يقبل أو يرد، فإذا قبلها ألزمت، وإن ردها بطلت والمقصود بالوصية في هذه المادة الوصية الاختيارية، لأن الوصية الواجبة أو التنزيل (م 169 - 172 ق، أ) تأخذ حكم الميراث إلا فيما يتعلق بانحصارها في ثلث التركة واستخراجها منها مع استخراج سهام الورثة.<sup>3</sup>

إن القبول المعتبر قانوناً هو الذي يصدر عن الموصى له إذا كان بالغاً عاقلاً ورشيداً، أما بالنسبة للجنين والقاصر والمحجور عليه لجنون أو لعتة أو لسفه أو غفلة، فإن القبول المعتبر أو الرد هو الذي يصدر، ممن له الولاية على ماله، وليا كان أو وصياً أو قيماً (م 181 ق.أ.ج).

#### ب/ وقت القبول والرد:

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط كون القبول في مدة معينة، ولا تشترط الفورية في القبول أو الرد، بل هو على التراخي، فيجوز بعد الوفاة، ولو إلى مدة طويلة، لأن الفور إنما يشترط في العقود المنجزة التي يرتبط القبول فيها بالإيجاب كالبيع، وليست الوصية منها، لكن رأي الشافعية أن للوارث الحق في مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد، فإن امتنع بعد المطالبة، كان امتناعه رداً للوصية، وهذا معقول، لأن فيه دفع الضرر عن الورثة.

وقال الحنابلة: إن امتنع من قبول ورد، حكم عليه بالرد وسقط حقه.

1- محمد أحمد شحاتة، مرجع سابق، ص 155.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 18.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 2، ص 275.

كما اتفق الفقهاء على أن قبول الموصى له الوصية، أو ردها لا يكون معتبرا إلا بعد وفاة الموصي لا قبله ولا معه، فإن قبلها أو ردها حال حياة الموصي، فذلك باطل، لأن الوصية تصرف لا يظهر أثره إلا بعد الموت، ومن ثم كان أوان ثبوت حكم القبول أو الرد بعد الموت لتعلقه به، فلا يعتبر قبله، كما لا يعتبر قبل العقد.<sup>1</sup>

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على صيغة العموم والإطلاق فلم يشترط قبول الوصية على الفور بعد موت الموصي. " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".<sup>2</sup>

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 54727، المؤرخ في: 1990/01/24 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع عن الوصية صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون."<sup>3</sup>

غير أنه يترتب على تأخير الرد أضرارا بالورثة أو التركة، ولهذا اشترط كل من القانون المصري (م22)، والقانون السوري (م 1/27)، أن يكون رد الوصية خلال 30 يوما من وفاة الموصي، فإن لم يجب بالقبول أو الرد، اعتبر ذلك منه ردا، فتبطل الوصية، ما لم يكن له عذر مقبول.

وهذا التحديد الذي جاء في القانون المصري والسوري هو من قبيل السياسة الشرعية منعا للإضرار، وهو مأخوذ من مذهب الشافعية والحنابلة.<sup>4</sup>

### ج/ تجزئة القبول:

قد يتجزأ الرد، فيقبل الموصى له بعض الموصى به ويرد البعض الآخر، كما إذا أوصى له بدار وأرض زراعية، فقبل الدار ورفض الأرض الزراعية أو بالعكس، فإن الوصية

1- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 59.

- محمد أحمد شحاتة، مرجع سابق، ص 157.

2- المادة 197 من القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بالأمر 02/05.

3- المجلة القضائية، سنة 1991، عدد4، ص85.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، مرجع سابق، ج2، ص277.

تنفذ فيما قبله، وبطلت فيما رده، لأنه أدري بمصلحته، ولا ضرر على غيره في التجزئة، فيقبل ما يطيب له ويرد ما لا يرغب فيه، أي أنه لا يلزم مطابقة القبول للإيجاب.<sup>1</sup>

وإذا كانت الوصية لجماعة، أو وصية مشتركة، فقبل البعض ورد البعض، فإن الوصية تصح في حق من قبل، وتبطل في حق من رد، سواء كان الموصى به قابلاً للقسمة أو غير قابل لها، لأن بطلانها في نصيب من رد لا يؤثر في صحتها في نصيب من قبل، إلا إذا اشترط الموصي عدم تجزئة الموصى به، فإنه لا يكون للموصى له ولا للموصى لهم في هذه الحالة حق قبول البعض ورد البعض الآخر، لأنه يجب احترام شروط الموصي والالتزام بمقتضاها ما دامت لا تخالف أحكام ومقاصد الشريعة.<sup>2</sup>

وهو ما جاء في المادتين 194 و195 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت المادة 194 على ما يلي: "إذا أوصي لشخص ثم أوصي لثان يكون الموصى به مشتركاً بينهما". وفي المادة 195 جاء فيما يلي: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له".

#### د/ الرجوع عن الرد أو القبول:

إذا حصل الرد أو القبول، لم يجز بعدئذ الرجوع عن الرد إلى القبول، أو عن القبول إلى الرد، إلا إذا أجاز الورثة ذلك، فإن قبل الورثة جميعاً أو قبل أحدهم الرد، فسخت الوصية، وعاد الموصى به إلى التركة، وإذا أبى الورثة الرد، فلا عبرة به. وتبقى الوصية نافذة عملاً بالمذهب الحنفي الذي يجيز الرد بعد القبول، وتفسخ الوصية بشرط أن يقبل الورثة منه الرد، كلهم أو بعضهم، ولو كان واحداً.<sup>3</sup>

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص19.

- عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2015، ص148.

2- الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص234.

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج8، ص20.

وقال الشافعية والحنابلة<sup>1</sup>: لا يصح الرد بعد القبول، لأن الملك قد ثبت بالقبول، واستقر بالقبض، فلا يصح الرد، لأن ملكه قد استقر عليه، فأشبهه رده لسائر ملكه، إلا أن يرضى الورثة بالرد، فيكون لهم هبة مبتدأة، تفتقر إلى شروط الهبة.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز رد الوصية بعد قبولها إذا تم قبضها، لأن الملك قد ثبت واستقر، فلا فسخ للوصية إلا إذا قبل الورثة ذلك، فتعتبر هبة من الموصى له إلى ورثة الموصي، وتحتاج إلى شروط الهبة (فتأخذ حكم التبرعات ولا صلة لها بالوصية).

إن رأي الجمهور يتفق مع المبادئ العامة المتعلقة بالنظرية العامة للعقود وخاصة قوة الإلزام، ذلك أنه فسخ أي عقد من العقود لا يكون إلا من طرف عاقيه، فكيف يتم فسخ الوصية والموصي قد توفي.<sup>2</sup>

وعلى هذا نص المشرع الجزائري في المادة: 201 من قانون الأسرة على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الوصي أو بردها".

ويحصل الرد بقوله: رددت الوصية أولاً أقبليها وما في معناه،

#### ه/ من يملك القبول والرد:

حق قبول الوصية أو ردها يختلف باختلاف حال الموصى له، لأنه قد يكون شخصا أو أشخاصا معينين، وقد يكون جهة من الجهات، والأشخاص المعينين منهم كامل الأهلية وناقصها وفاقدها.

وغير المعينين منهم من يكون منتميا إلى جهة لها من يمثلها شرعا أو قانونا، ومنهم غير ذلك.

وكذلك الجهة قد يكون لها ممثل وقد لا يكون لها ذلك ولكل حالة حكم.<sup>3</sup>

1- الشيرازي، مصدر سابق، ج1، ص 452 وما بعدها.

وانظر: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 381.

وانظر، ابن قدامة، مصدر سابق، ج6، ص22.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص 285.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص 68-69.

### 1- الموصى له المعين كامل الأهلية:

لاخلاف بين الفقه والقانون على أن الموصى له المعين، كامل الأهلية سواء كان واحداً أو أكثر، يكون وحده صاحب الحق في قبول الوصية أو ردها، لأنه صاحب الولاية على نفسه.

### 2- الموصى له المعين ناقص الأهلية:

إذا كان الموصى له المعين ناقص الأهلية، كما لو كان صبياً مميزاً، أو محجوراً عليه بسبب الغفلة أو السفه.

فإن الحنفية يجعلون له الحق في قبول الوصية، لأنها تصرف نافع له نفعاً محضاً، فإن قبلها نفذت من غير توقف على إجازة الولي، ولكنه لا يملك ردها لأن رد الوصية تصرف ضار فلا يملكه، كما لا يملكه عليه الولي أيضاً، لأن ولايته متوسطة بشرط النظر والمصلحة.

أما الحنابلة ومثلهم المالكية والشافعية فعندهم أن الموصى له إذا لم يكن بالغاً رشيداً، أي كامل الأهلية، فإن أمر القبول أو الرد يكون إلى الولي وحده، ولا يقبل القبول أو الرد من ناقص الأهلية.

ومناط قبول الولي أو رده ما فيه حظ المولى عليه ومصالحته، فإن فعل غير ما فيه الحظ والمصلحة كان فعلاً باطلاً، ووجب عليه فعل غيره، فإن كان الحظ والمصلحة في قبول الوصية فردها كان رده باطلاً، وكان عليه قبولها بعد ذلك.<sup>1</sup>

### 3- الموصى له المعين فاقد الأهلية:

إذا كان الموصى له المعين فاقد الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون، فقد اتفق الفقهاء والقانون على أن الذي يقبل عنه هو وليه، لأن عبارته ملغاة لعدم تمييزه.

1- دبيان بن محمد الدبيان، مرجع سابق، ص 120.

4- الجنين:

اختلف الفقهاء فيمن يقبل عن الجنين، فقال الحنفية: إذا أوصي للجنين دخل الملك الموصى به في ملكه، من غير قبول استحسانا، لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه، لأن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه إلى النظر، ولا حاجة للجنين، لأنه في حكم جزء من أجزاء الأم.

وقال بعض الفقهاء الشافعية والحنابلة، أن الوصية للجنين، تحتاج إلى القبول، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته، لأن وصيته لا تتقرر إلا بعد ولادته حيا.<sup>1</sup> وهو ما جاء في نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".<sup>2</sup>

5- الموصى له غير معين:

إذا كانت الوصية لغير المحصورين كالفقراء، أو طلبة العلم، أو المرضى، فإن أمر القبول يكون موكولا إلى من يمثلهم، وكذا بالنسبة للجهات العامة والمؤسسات والمنشآت، فإن حق القبول والرد يكون لمن يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها ألزمت الوصية بدون توقف على القبول.<sup>3</sup>

و/ وفاة الموصى له قبل القبول أو الرد:

إذا مات الموصى له قبل أن يصدر منه قبول أو رد فإنه على رأي الحنفية تلزم الوصية بموته وينتقل الملك في الموصى به إلى ورثته لأن سبب الملك ثم من جانب الموصى بموته.

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أنه لا تلزم الوصية ولا تثبت الملك للموصى له ولا يبطل حقه في القبول أو الرد، بل ينتقل هذا الحق لورثته، فإن قبلوا جميعا الوصية صارت

1- عبد الودود السريني، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 31.

انظر: محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 31.

2- المادة 187 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 2، ص 280.

لازمة و إن رفضوها جميعا صارت باطلة وإن قبلها البعض ورفضها البعض لزمتم في نصيب من قبل وبطلت في نصيب من رفض.<sup>1</sup>

وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري حيث نص في المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".  
ز/ وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له:

حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب على الشيء: هو انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له ملكا جديدا بقبول الموصى له بعد وفاة الموصي، وبه تلزم الوصية بالاتفاق. واتفق الفقهاء على أن الموصي إذا حدد موعدا للملكية كابتداء شهر كذا، تبدأ منه، لأن شرط الموصي يراعي ما لم يخالف مقاصد الشرع.<sup>2</sup>

أما إذا لم يعين الموصي وقتا لابتداء الملكية، فإن قبل الموصى له عقب الوفاة، ثبت له الملك بالوفاة مباشرة، أما إذا تراخى القبول عن الوفاة فقد اختلفوا في وقت ثبوت الملكية على رأيين: رأي الحنفية والشافعية،<sup>3</sup> ومشهور مذهب المالكية: بالقبول مستندا إلى موت الموصي، أي أن له أثرا رجعيا، ورأي بعض المالكية والحنابلة:<sup>4</sup> بالقبول وحده.

والراجح هو الرأي الأول: فيثبت الملك مستندا إلى وقت الوفاة، لأن ذلك هو لذي قصده الموصي بوصيته، ويظهر الخلاف في ملك زوائد الموصى به، وغلته الحادثة في المدة ما بين الموت والقبول، كنسل الحيوان والثمار ونحوها من الزوائد المنفصلة، أما الزوائد المتصلة كالسمن، فهي بالاتفاق للموصى له إذا احتملها الثلث.

فعلى الرأي الأول: تكون الزوائد بعد الموت وقبل القبول ملكا لورثة الموصي، وعليهم نفقتها، لكن اختلف الحنفية مع الشافعية أصحاب الرأي الأول في اعتبار الزوائد من الثلث، فقال الحنفية: تعتبر من أصل الموصى به، فيشترط ألا تزيد مع الأصل عن الثلث.

1- عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 34.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص22.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص322.

4- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص25. انظر: الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص424.

وقال الشافعية: يعتبر ذلك نماء زائدا عن أصل الموصى به، فلا تدخل في حساب الثالث فتكون للموصى له، وهذا هو الأرجح، لأن هذا الزائد حدث على ملك الموصى له، فيسلم له.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له، ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول، غير أنه انطلاقا من المواد 185 و198 و222 من قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا بأنه يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي، والراجع عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استنادا إلى وقت الوفاة، لأن ذلك هو الذي قصده الموصي بوصيته، غير أن الموصى له لا يملك الموصى به إلا بالقبول المعتبر قانونا، لأن القبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سببه، فتثبت الملكية بالقبول، ولا يستند وجودها إلى ما قبله (م 197 ق.أ.ج).<sup>1</sup>

ولقد نص القانون أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك (م 191 ق.أ.ج)، وأنه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية.

### ح/ تعليق الوصية على شرط.

لا تكون الوصية منجزة حال الحياة، لأنها بطبيعتها عقد مضاف إلى ما بعد الموت، فكل العقود تقبل التنجيز إلا الوصية والإيضاء، لكون مفهومهما الإضافة إلى المستقبل.

أما تقييد الوصية بشرط صحيح فهو جائز على أن يتقيد تنفيذ الوصية بهذا الشرط المقترن بها، والشرط الصحيح وفق رأي ابن تيمية وابن القيم الذي أخذ به القانون، هو ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي، أو للموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيًا عنه، ولا مخالفا لمقاصد الشريعة.<sup>2</sup>

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص 284.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص25.

وهو متفق مع مذهب الحنفية مع تقييد الشرط الصحيح بقيدين وهما: - أن يكون الشرط مشتملا على مصلحة أولا، وألا يكون منهيًا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة ثانيا.

فإن كان الشرط غير صحيح شرعا، لغى الشرط وصحت الوصية، كأن يوصي لفلان بمبلغ من المال على أن يتزوج، تصح الوصية وله أن يتزوج، فهذا شرط موافق لمقاصد الشريعة، وكذلك يلغى الشرط من باب أولى إن كان ممنوعا شرعا، كأن يوصي لفلان بمبلغ كذا على أن ينفق بعضه في حفلة شرب الخمر، أو الحرام.

وأما تعليق الوصية على شرط،<sup>1</sup> فيجوز تعليقها بشرط في الحياة كالطلاق ونحوه، ويشترط بعد الموت، لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة، جاز بعد الموت. وبه عرف أن الوصية من العقود التي تقبل التعليق على الشرط بالاتفاق، وهو ما أخذ به القانون الأسرة الجزائري في المادة 199 منه: "إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد انجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط".<sup>2</sup>

1- التعليق: هو ترتيب وجود العقد على وجود الشرط، أما الإقتران: فهو تقييد تنفيذ العقد بشروط معينة.

2- المادة 199 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

**المطلب الثاني: شروط الوصية.**

من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا بوجود عاقلين ومعقود عليه، وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد صحيحا نافذا.

والوصية تصرف بالإرادة المنفردة لا يكفي لانعقادها صحة توافر ركن الإيجاب فقط، بل لابد لها من شروط صحة يتوقف عليها وجود الوصية، وشروط نفاذ يتوقف عليها نفاذ الوصية وترتب اثارها، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالموصي، ومنها ما يتعلق بالموصى له، ومنها ما يتعلق بالموصى به، ومنها ما يتعلق بشكل الوصية، كما أن بعض هذه الشروط متفق عليه بين الفقهاء، وبعضها مختلف فيه.

وعليه فقد قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول: شروط الموصي.

الفرع الثاني: شروط الموصى له.

الفرع الثالث: شروط الموصى به.

**الفرع الأول: شروط الموصي.**

الموصي هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوصية ولكي تصح وصيته اشترط الفقهاء فيه شروطا معينة بعضها محل اتفاق بينهم وبعضها محل خلاف.

**أولا: العقل:**

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلا، فلا تصح وصية من لا عقل له، من المجنون والمعتوه والصغير غير المميز. لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول، ولا قول لهؤلاء، لأن غير المميز فاقد لأهلية الأداء، وكذلك من كان فاقدا للعقل بجنون أو عته، ومن ثم كانت عبارتهم لا ينعقد بها تصرف ولا يترتب عليها أثر.<sup>1</sup>

1- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 81.

ولذا فوصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا، لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار التصرفات القانونية. أما إنشاء الوصية حال الإفاقة من الجنون أو الجنون الطارئ لا يبطل الوصية، ويرى المذهب المالكي بأن عقد الوصية متى صدر صحيحا لا يبطل بزوال الأهلية، وذلك قياسا على سائر عقود المعاوضات كالبيع والإيجار، وأما المحجور عليه لسفه، فإن وصاياه جائزة وصحيحة على أن لا تنفذ إلا بعد موته وأنها قاصرة على الثلث الذي لا يخشى من تذييره، لأنه كما قال الحنفية والمالكية إنما حجر عليه لحفظ ماله، وليس في الوصية إضاعة له، لأنه إن عاش، كان ماله له، وإن مات كان ثوابه له، وهو أحوج إليه من غيره.<sup>1</sup>

ونص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل"، وعليه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلا، فلا تصح الوصية المبرمة من طرف شخص لا عقل له كالمجنون،<sup>2</sup> والمعتوه<sup>3</sup> والصغير<sup>4</sup> غير المميز لانعدام إرادتهم ولعدم إدراكهم وتمييزهم لمنافع وأضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها.

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 41111 الصادر بتاريخ: 1986/05/05 (غير منشور)<sup>5</sup>، ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل...".

وإن العبرة في قيام هذا الشرط تكون بوقت إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي، فإذا ما أبرم الشخص وصيته وهو في كامل قواه العقلية بقيت الوصية التي أنشأها صحيحة

1- رمضان الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مرجع سابق، ص29.

2- الجنون: مرض يصيب الشخص فيؤدي إلى زوال العقل، وقد يبقى هذا المرض مرافقا للمريض طيلة حياته، ويسمى حينئذ جنونا مطبقا، وقد يجن المريض فترة من الزمن ثم يفيق أخرى فيسمى جنونا منقطعاً.

3- العته: مرض عقلي يصيب الشخص بسبب تقدمه في السن أو مرضه لكنه لا يرقى لدرجة الجنون. والمعتوه: هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم.

4- الصغير غير المميز هو من لم يبلغ 13 سنة طبقاً للمادة 2/42 ق.م.

5- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص207.

ونفذت في جانب الموصى له حتى وإن أصيب الموصي بعد صدور الوصية بعارض من عوارض الأهلية وتوفى على تلك الحال.<sup>1</sup>

ولم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفیه ولا الصبي ولا الغفلة، مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

ونقترح بأن تكون وصية المجنون جنونا متقطعا، وكذا وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة جائزة إلا إذا أذن بها القاضي وبموافقته حتى يتأكد من صحتها وسلامة الإرادة والتمييز عند الموصي وهذا تحت طائلة البطلان بسبب انعدام أهلية التبرع القانونية. أما إذا كانت الوصية في وقت لا مجال فيه للاستئذان كأن يكون الموصي مريضا مرض الموت فإننا لا نجد مبررا لهذا التقييد.

#### ثانيا: البلوغ والرشد.

اتفق الحنفية والشافعية في أرجح القولين عندهم على اشتراط البلوغ، فلا تصح وصية الصبي المميز وغير المميز، ولو كان مميزا مآذونا له في التجارة، لأن الوصية من التصرفات الضارة ضررا محضا، إذ هي تبرع، كما أنها ليست من أعمال التجارة.<sup>3</sup> وأجاز المالكية والحنابلة وصية المميز وهو ابن عشر سنين فأقل مما يقاربها، دون غير المميز، إذا عقل المميز القربة، لأنها تصرف تجلب نفعاً له، فصح منه كالإسلام والصلاة، كما أن الحنفية<sup>4</sup> أجازوا وصية المميز (وهو من أتم السابعة) إذا كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه، لأن عمر رضي الله عنه - أجاز وصية صبي من غسان له عشر سنين أوصى لأخواله، ولأنه ضرر على الصبي في جواز وصيته، لأن المال سيبقى على ملكه مدة حياته، وله الرجوع عن وصيته.

1- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 199.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 2، ص 254.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 26.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج 7، ص 334. الزيلعي، تبیین الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 185.

وكذلك قال المالكية<sup>1</sup>: تصح وصية المحجور عليه السفيه والصغير، لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فلو منعنا من الوصية، لكان الحجر عليهما لحق غيرهما. والرشد هو كمال العقل والإدراك، ومتى كان الشخص رشيدا غير محجور عليه لسفه أو غفلة صحت كل تصرفاته.

ولقد حدد القانون الجزائري سن الرشد في المادة 40<sup>2</sup> من القانون المدني. "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

والبالوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، ومن ثم لا تصح الوصية من صبي غير مميز لأن الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 186<sup>3</sup> من قانون الأسرة... "بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

#### ثالثا: الرضا وإرادة الاختيار.

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية، أن يكون الموصي راضيا بالوصية لأنها إيجاب الملك، فلا بد من الرضا، كإيجاب الملك لسائر التصرفات من بيع وهبة ونحو ذلك. ولا بد أن يتوافر فيها عنصر الاختيار الحقيقي حتى تكون صحيحة، وأن تكون إرادة الموصي أثناء صدور الإيجاب منه خالية من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط أو التدليس أو الإكراه، وإلا وقعت الوصية باطلة لانعدام عنصر الاختيار والحرية.<sup>4</sup>

ولهذا فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي بأن وصية المكره والسكران والهازل والمخطئ، باطلة لعدم توفر شرط الرضا الاختياري طالما أن الإرادة قد شابها عيب من عيوب الرضا.<sup>1</sup> (م 79 وما بعدها من ق.م.).

1- الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج4، ص 580.

2- المادة 40 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3- المادة 186 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

4- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية،

هذا وإنه لا يشترط في الموصي أن يكون مسلماً ذلك أن الوصية عمل من أعمال البر مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

فكما تكون الوصية قرينة يتقرب بها الإنسان إلى ربه تكون صلة يصل بها الشخص قريبا له، أو صديقا عزيزا عليه، وبالتالي فإنها تصح من المسلم وغير المسلم إذا استوفت الوصية جميع الشروط القانونية اللازمة لانعقادها.<sup>2</sup>

### شرط نفاذ الوصية في الموصي:

يشترط في الموصي لنفاذ الوصية: ألا يكون مدينا بدين مستغرق لجميع تركته، لأن إيفاء الدين مقدم على تنفيذ الوصية بالإجماع كما بينا سابقا، وقد تعلق بالمال حق للغير وهو الدائن، فتكون الوصية في هذه الحالة موقوفة على إجازة أصحاب الحق، فإذا أجازوها نفذت، وإلا بطلت.

وقد اتفق القانون مع الفقه في شرط نفاذ الوصية، وفي شرط كون الموصي أهلا للتبرع قانونا، فلا تصح وصية المجنون ولا المعتوه، ولا الصبي ولو كان مميزا، أخذا برأي الحنفية، والشافعية في الأرجح.

أما وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة، فهي جائزة بإذن القاضي، فإذا أذن نفذت، وإلا بطلت، سواء أكانت الوصية في وجوه الخير أم لا.<sup>3</sup>

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص255.

2- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص202.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص28. رمضان الشرنباصي، مرجع سابق، ص37.

الفرع الثاني: شروط الموصى له.

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتسيير ولهذا كانت لها صور عديدة، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص معينين بالاسم والوصف موجودين عند صدور الوصية أو غير موجودين وتارة أخرى تكون لجهة من الجهات.

وحتى تتعد الوصية صحيحة يشترط أن يتوافر في الموصى له شروط صحة وشروط نفاذ. أما شروط الصحة فهي:

أولاً: أن يكون الموصى له معلوماً.

والمراد بها ألا يكون مجهولاً جمالة لا يمكن رفعها وإزالتها، لأن هذه الجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تقيد الوصية، ولأن الوصية تملك عند الموت-في رأي الجمهور غير الحنابلة- فلا بد أن يكون الموصى له معلوماً في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له، ويمكن تسليم الموصى به إليه.<sup>1</sup>

والعلم بالموصى له قد يكون: بذكر اسمه كفلان ابن فلان، أو بالإشارة إليه كأوصيت لهذا الشخص أو لهذا المسجد أو لحمل هذه المرأة، أو بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره كمستشفى أو ملجأ كذا، أو فقراء مدينة أو قرية كذا، ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الموصى له معلوماً ومتعيناً والوصية له صحيحة.

أما إذا كان الموصى له مجهولاً، كالوصية لرجل أو لزيد، فإن الوصية تكون باطلة،

لأن الوصية تملك عند الموت، فلا بد أن يكون الموصى له معلوماً في ذلك الوقت حتى يقع الملك له، ومن ثم يمكن تسليمه الوصية.<sup>2</sup>

أما لو أوصى بثلاث ماله للمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل. فإن المذهب المالكي يعتبرها صحيحة على أنها صدقة على غير محصورين أو لجهة معلومة مستقبلاً. كالوصية للملجأ الذي سيبنى في الحي الفلاني.

1- رمضان الشرنباحي، مرجع سابق، ص39.

2- عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، مرجع سابق، ص72.

ويفوض الأمر للقاضي لمعرفة المعلومية وتفسير المعلوم الاحصاء في مسائل

الوصايا.<sup>1</sup>

ثانيا: أن يكون الموصى له موجودا.

حتى تتعد الوصية صحيحة ونافذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه.

ويكون تعيين الموصى له- مثلما سبق بيانه- بالاسم أو بالإشارة أو بالوصف. فإن تعذر ذلك وجب وجوده وقت وفاة الموصي لأنه وقت ثبوت الوصية<sup>2</sup>، فإذا لم يكن الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية ولا وقت وفاة الموصي كانت الوصية باطلة شرعا وقانونا باتفاق جمهور الفقهاء عدا المالكية، وذلك كمن يوصي لمن سيولد لفلان ثم مات قبل أن يولد له.<sup>3</sup>

هذا ولقد أجاز المذهب المالكي الوصية للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصي، وذهب إلى أن الوصية للميت جائزة شرط أن يكون الموصي على علم بموته، وعندها تصرف الأموال موضوع الوصية لسداد ديونه أو على ورثته إن لم يكن مدينا.<sup>4</sup> ويعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معيناً في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية حتى لو لم يكن موجودا أثناء صدور الوصية، وتعتبر الوصية حينئذ للحمل جائزة صحيحة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..."، الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل ونفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

1- الدردير، مرجع سابق، ج2، ص 431.

انظر: محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص92.

2- ابن عابدين، دار المختار، مرجع سابق، ج5، ص590.

3- شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص204.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، مرجع سابق، ج2، ص256.

وهو ما نصت عليه المادة 134 ق.أ.ج "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".<sup>1</sup>

وهذه كلها معطيات تتفق مع المادة 2/25 من القانون المدني: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا".<sup>2</sup>

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري هذا جاء موافقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء بلا خلاف والذي أجاز بالإجماع الإيضاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت إبرام الوصية وأن يولد حيا<sup>3</sup> وأنه جاء محققا للانسجام والتوافق التام بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث والوصية بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية والشخصية.<sup>4</sup>

ولقد سوى المشرع الجزائري فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر والأنثى في المادة 187 بنصه على ما يلي: "وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".<sup>5</sup> وقد يحصل أن يولد أحد التوائم حيا والآخر ميتا، ففي هذه الحالة تكون الوصية كلها للحيا، أما إذا مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيب المتوفي منهما في الوصية لورثته ميراثا.

### ثالثا: أن يكون الموصى له أهلا للتملك:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له من أهل الاستحقاق، بمعنى كونه أهلا للتملك، وبالتالي فلا تصح الوصية لما ليس أهلا للتملك: كأن أوصي لدابة أو فرس غيره، وقصد تملكها، أو أطلق، فهي باطلة عند الحنفية والشافعية والمالكية، لأن مطلق اللفظ للتملك، والدابة لا تملك، أما لو قال: لعف هذه الدابة، صح،

1- المادة 134 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05

2- المادة 25 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص131.

4- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص205.

5- المادة 187 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

مراعاة لظاهر لفظ الموصي، لا إلى قصده، ولا يشترط عند الحنفية القبول في هذه الحالة، لأنها حينئذ كالميراث، فلا يشترط فيها القبول لتعذره كالوقف على الفقراء والمساكين.<sup>1</sup>

وقال الشافعية: يشترط قبول مالك الدابة، أما الحنابلة فقالوا: لو قصد الموصي الإنفاق على فرس زيد أو دابته، ولو لم يقبل الموصى له، تصح الوصية، لأن العبرة في العقود للمعاني والمقاصد. ويصرف الموصى به في علف الدابة.<sup>2</sup>

غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط في قانون الأسرة، غير أن إغفال ذكره له لا يفهم منه إجازة الوصية لمن ليس أهلاً للتملك والاستحقاق، ذلك وأنه وباتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له أهلاً للتملك والاستحقاق، ومن ثم لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلاً بطلت وصيته لأن الموصى له ليس أهلاً للملك.<sup>3</sup>

#### رابعاً: أن لا يكون الموصى جهة معصية.

لأن الوصية شرعت لتكون قرينة أو صلة، فإذا كان الموصى له جهة معصية لم يتحقق شيء من ذلك.

ولما كانت الوصية تصح من المسلم وغير المسلم - كما سبق - والمعصية تختلف باختلاف الأديان لذا اختلف المراد بهذا الشرط باختلاف ديانة الموصي.

فإذا كان الموصي مسلماً أريد بها المحرمة في نظر الإسلام، سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لا.

فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الأديان كلها كدور اللهو المحرم وأندية القمار والنياحة على الموتى وما شاكل ذلك.

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص 37.

2- ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج5، ص 582. - البهوتي، مصدر سابق، ج2، ص514.

3- الدردير، مرجع سابق، ج2، ص 431.

كما لا يصح منه الإيصال للكنايس والمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين لأن هذه لا تعتبر قرابة في عقيدته.<sup>1</sup>

وهذان النوعان اتفق الفقهاء على عدم صحة الوصية فيهما.

وإما إن كانت الوصية في ذاتها مباحة شرعا. لكن الباعث عليها محرم، كالوصية لأهل الفسق ليستعينوا بها على فسقهم، ففيها رأيان: بحسب الخلاف في مبدأ سد الذرائع: فيرى الحنفية والشافعية: أن الوصية صحيحة، عملا بظاهر العقد، فلم يشتمل لفظ الوصية على محرم، ويترك أمر النية والقصد لله تعالى.

ويرى المالكية والحنابلة ومنهم ابن تيمية وابن القيم: أن مثل هذه الوصايا تكون باطلة، لأن العبرة في العقود بالقصد والنية، والباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة، فتكون باطلة، وهذا ما أخذ به القانون.<sup>2</sup>

**خامسا: أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي.**

فالقتل إما أن يكون بعد الوصية كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل هذا الآخر ذلك الشخص، وإما أن يكون قبل الوصية، كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط.

فذهب الشافعية في أرجح الأقوال والحنابلة في قول لهم إلى أن القتل لا يمنع صحة الوصية ومعنى هذا أن الموصى له القاتل يستحق الوصية سواء أكان القتل بعد الوصية أم وجد سببه قبلها. ويستدلون على ذلك بقياس الوصية على الهبة إذ كل منهما تمليك يقصد بدون عوض، وقتل الموهوب له للواهب لا يمنع صحة الهبة فكذلك قتل الموصى له للموصي لا يمنع صحة الوصية.

1- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 76.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 29، 30.

- رمضان الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مرجع سابق، ص 39.

ولأن الوصية تصح للكافر فإذا جازت مع الكفر جازت مع القتل من باب أولى لأن الكفر أشنع من القتل.<sup>1</sup>

وذهب الحنابلة في قول ثان والراجح عند المالكية إلى التفريق بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين ما إذا حدث سببه فلا يمنع صحتها.

أما بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأن الظاهر أن القاتل استعجل الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما في الميراث. أما عدم بطلانها في الصورة الثانية فلأن ظاهر حال الموصي أنه أراد الإحسان إلى من ضربه، والوصية في أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة.<sup>2</sup>

وذهب الحنفية والحنابلة في قول ثالث والشافعية في قول آخر إلى أن القتل يمنع صحة الوصية مطلقاً والمنع شامل لما إذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له. ويستدلون على ذلك بقول الرسول -صلى الله عليه وسلم- **ليس لقاتل وصية<sup>3</sup>**، فهذا الحديث يدل على منع الوصية للقاتل.

وقال المالكية تصح الوصية للقاتل إذا علم الموصي بأن هذا القاتل هو الذي ضربه، وأما إذا لم يعلم أنه هو الذي ضربه، فتأويلان في صحة الوصية وعدم صحتها.

فالأول: أنه إذا علم الموصي بالقاتل فقد رضي بها، فلا بد من احترام إرادته، والثاني: إذا لم يعلم فإنه في الغالب أنه سيرجع عن وصيته، إذا كان سبب القتل قد حدث قبلها، حيث أن النفس البشرية من طبيعتها عدم الإحسان إلى من أساء إليها.<sup>4</sup>

ولقد أخذ القانون في هذا الشأن بمبادئ الفقه المالكي، فاشتراط قتل الموصي له للموصي عمداً مما يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة، ولقد جاء في المادة 188 من

1- عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

2- رمضان الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مرجع سابق، ص ص 43-44.

3- رواه الدارقطني والبيهقي.

4- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص، 81، 82.

- انظر الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 182.

- الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 7، ص 14.

قانون الأسرة ما يلي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً"، فالعبرة إذن هي بالقتل العمد المباشر (أي عدواناً دون حق) وليس بالقتل الخطأ حسبما جرى عليه القانون المواريث في المادة 137 ق.أ.ج "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض".

وبالتالي فإنه يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة قتل الموصي أو المورث عمداً، سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً، أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه، أو كان عالماً بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك.<sup>1</sup>

**سادساً: ألا يكون الموصى له وارثاً:**

من أهم شروط الوصية ألا يكون الموصى له وارثاً للموصي، وهذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول:** ذهب جمهور المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة<sup>2</sup> إلى أن الوصية للوارث غير صحيحة مطلقاً أجازها الورثة أو لم يجزوها، فلو أوصى شخص لآخر وكان الموصى له وارثاً، كانت الوصية باطلاً، وذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - **π لا وصية لوارث**.<sup>3</sup>

هذا الحديث يفيد بظاهرة نفي الصحة فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث، فلا يترتب عليها أثرها الشرعي، وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة، فلا تعمل الإجازة فيها شيئاً.<sup>4</sup>

**المذهب الثاني:** وذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة في المشهور<sup>5</sup>: إلى أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، إن أجازوها نفذت وإلا بطلت، وإن أجازها بعضهم

1- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص262.

2- البيهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج3، ص39. انظر: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص451.

- انظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج10، ص422.

3- رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد عن أبي أمامة الباهلي.

- انظر: الصنعاني، سبل السلام. مصدر سابق، ج3، ص106.

4- عبد المحمود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص61.

5- عبد الرحمان شيخي زادة، مجمع الأنهر، دار إحياء التراث العربي، د.ط. د.س، ج1، ص692. انظر: الحجاري،

الإقناع، دار المعرفة، بيروت، ج3، ص49. انظر: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص451.

دون بعض، نفذت في حصة من أجاز، وبطلت في حصة من لم يجز، وقد استدلووا على ذلك بحديث "لا وصية لوارث" ثم قالوا لقد ورد في بعض روايات الحديث زيادة "إلا أن يجيزها الورثة" وهذه الزيادة تفيد أن الوصية تقع صحيحة، وتصير نافذة بإجازة الورثة، ولا يصح القول بأنها باطلة، لأنها لو وقعت باطلة لما جاز أن تتقلب صحيحة بالإجازة.<sup>1</sup>

والمعتبر في كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية، فلو أوصى لشخص وارث ثم وجد من يحجبه عن الإرث وقت الوفاة: كما لو أوصى لأخيه ولم يكن له ولد، ثم ولد له ولد بعد ذلك، فإن الوصية للأخ في هذه الحالة تنفذ من غير توقف على الإجازة، ولو كان الأمر بالعكس توقفت.

**المذهب الثالث:** وذهب إلى ذلك الإمامية وبعض الزيدية: إلى أن الوصية للوارث صحيحة نافذة دون توقف على إجازة الورثة كالوصية للأجنبي مادامت في حدود الثلث .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>2</sup>.

فهذه الآية تفيد مشروعية الوصية للوالدين والأقربين ولم تفرق بين أن يكون الموصى له وارثاً أو غير وارث، وهذا يدل على وجوب الوصية للوارث كغير الوارث سواء بسواء . ويعترض على هذا الاستدلال بأن الآية منسوخة بآيات الموارث وبقوله - صلى الله عليه وسلم- "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>3</sup>. إذ أن آية الوصية كانت أسبق نزولاً.

وأنا أرى أن أصحاب المذهب الثاني هم الأكثر توفيقاً فيما ذهبوا إليه، باعتبار أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة أما صحتها فلأن الوصية تصرف صدر من أهله في محله كما لو أوصى لأجنبي وأما توقفها على إجازتهم فلأن المنع لحقهم، وأما جوازها بعد الإجازة فلأنهم أسقطوا حقهم فزال المانع.

1- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 139.

2- سورة البقرة، الآية: 180.

3- رواه الترمذي، انظر: الشوكاني في: نيل الأوطار، مصدر سابق، ج6، ص ص 39-40.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، إذ أجاز الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث وأجازها بقية الورثة، فنص في المادة 189 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"<sup>1</sup>.

ولقد خالف المشرع الجزائري القوانين العربية التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث، دون إجازة الورثة، وهو مذهب الشيعة الإمامية. وأما القانون المغربي فلقد نص على أنه: "لا وصية لوارث إطلاقاً، ولا تصح ولو أجازها الورثة"، وهو مذهب المالكية.

وعليه فإن الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري سليم، كونه يتماشى وبعض القواعد الفقهية المشهورة في ذلك قاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح". وقاعدة: "الحكم يتبع المصلحة". وهو موقف وسط عقلاني يحقق المصلحة الراجحة بين الموصى له وباقي الورثة، فمنع الوصية للوارث مطلقاً فيه نوع من الظلم تجاه بعض الحالات المشروعة كحالة ما إذا لم يرزق الموصي إلا بالبنات، أو بولد مصاب بعاهة أو مرض مزمن فأراد والده الإيصال له لتأمين حياته ولعلاجه، أما السماح مطلقاً بالوصية للوارث من شأنه إثارة الضغينة والحقد بين الورثة فيما بينهم.<sup>2</sup>

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0830706 المؤرخ في: 2014/11/13 ما يلي: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس بعد أن كيفوا التصرف بأنه وصية، انتهوا إلى إلغاء الوصية اعتماداً على قاعدة (لا وصية لوارث) المنصوص عليها في المادة 189 من قانون الأسرة، وأنه بالرجوع إلى عقد الوصية يتبين أنه من بين الموصى لهم أحفاد الموصي وهم ليسوا ورثة كونهم محجوبين بوالدهم الوارث، وبالتالي فإنه في حالة تكييف العقد بالوصية فإن الوصية في حقهم صحيحة ويكونون بذلك قد حلوا محل الموصي في المحل المعوض للموصي عن المحل المهتم الذي

1- المادة 189 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتسم بالامر 02/05.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص ص265، 266.

كان يملكه، وأن الموصي في هذه الحالة قد أوصى لهم بما يملك وهم يحلون محله في المطالبة بالمحل الذي استفاد منه بدلا عن محله المهدم، أو بالتعويض الذي يقابله وأن قضاة المجلس بانتهاهم إلى إبطال الوصية في حقهم استنادا فقط إلى المحل الموصى به لا زال ملكا للبلدية ولم يحول للموصي، يكون قرارهم مشوبا بقصور التسبيب مستوجبا للنقض.<sup>1</sup>

**شروط نفاذ الوصية في الموصى له:**

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى له وارثا للموصي عند موت الموصي، إذا كان هناك وارث آخر لم يجز الوصية، فإن أجاز بقية الورثة الوصية لوارث نفذت الوصية، فتكون الوصية للوارث موقوفة على إجازة بقية الورثة.

ويشترط لصحة الإجازة شرطان:

**الأول:** أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بالموصى به:

بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجوز عليه لسفه أو عته، أو مرض موت، وأن يكون عالماً بالموصى به، فلا تجوز إجازة صغير ومجنون ومريض مرض موت، ولا تصح إجازة وارث لم يعلم بما أوصى به الموصي.

**الثاني:** أن تكون الإجازة بعد موت الموصي، فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصي، فلو أجازوها حال حياته، ثم ردها بعد وفاته، صح للوارث، أو لأجنبي بما زاد عن ثلث التركة<sup>2</sup>.

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0940782 بتاريخ: 2015/09/10 ما يلي: "حيث أن الوصية وفقا لنص المادة 184 من قانون الأسرة هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وتكون في حدود ثلث التركة وفقا لنص المادة 185 من نفس القانون ولا تجوز الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وفقا لنص المادة 189 من القانون المذكور وأنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بالنقض، يتبين أنه بالرغم من اعتباره الطاعنة ( ب. ب ) أجازت الوصية حال حياة الموصي مما يعد قرينة

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 14/01050. ( قرار غير منشور ).

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص744.

على إجازتها بعد الوفاة، وعلى أن مرور تسع سنوات على الوفاة قرينة على إجازة الطاعنة الثانية للوصية، واعتبار بذلك الوصية صحيحة منتجة لآثارها، إلا أنه مع ذلك انتهى إلى تأييد الحكم المستأنف الذي قرر خلاف ذلك حينما اعتبر الوصية صحيحة مستوفاة لشروطها، وبأنها ما دامت لوارث فإنها لا تسري في حق الورثة إلا بإجازتها من طرفهم عند تقسيم التركة، ومنه فطالما أن المادة 189 من قانون الأسرة تشترط إجازة الورثة للوصية بعد وفاة الموصي فإنه لا عبرة شرعا وقانونا لحضور الورثة لمجلس عقد الوصية أو إجازتهم لها حال انعقادها وحال حياة الموصي، لأن الإجازة المعتبرة شرعا وقانونا وفقا لنص المادة المذكورة هي التي تصدر بعد وفاة الموصي لأن ذلك هو الوقت الذي يتعلق به حق الوارث في التركة، ويكون من حقه بصفته وارثا إجازة الوصية للوارث أو عدم إجازة ذلك".<sup>1</sup>

#### الفرع الثالث: شروط الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية الذي يثبت فيه الملك للموصى له، واشترط الفقهاء فيه شروطا لصحة الوصية وأخرى لنفاذها.

#### أولاً: أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث.

لتنعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرها حال حياة الموصي، لأن الوصية تمليك، ومالا يقبل التمليك لا تنشأ به الوصية، وعليه فإن ما لم يجز فيه الإرث، وما لم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به، كالوصية بالوظائف العامة، أو بالأموال العامة الخاصة بالدولة، أو الأموال المباحة غير المملوكة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون، وغيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة<sup>2</sup>.

1- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 15/01296 (قرار غير منشور).

2- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص213.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة، بما يلي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"<sup>1</sup>.

وبقراءة نص هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن تكون محلا للوصية.

وهي الأموال المحوزة للإنسان بكافة أنواعها منقولات أو عقارات مثلية كانت أو قيمة، كالحيوانات والملابس والدور والأشجار ونحوها، سواء كانت في يد الموصي أي في حيازته الحقيقية أو في يد أخرى قائمة مقام يده كالمال الذي تحت يد الوكيل أو المستأجر أو المودع أو المستعار أو المرتهن، أو في يد أخرى ظالمة كالمال المغصوب أو المسروق<sup>2</sup>.

وعلى هذا تصح الوصية بالحمل والأعيان المالية (عقارا أو منقولا)، وبالحقوق العينية التي ليست في ذاتها أموالا، ولكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق، أو بالمنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض، وغلة البستان التي ستحدث في المستقبل ونحو ذلك، وسواء كانت الوصية لهم بالمنافع لمدة معينة أو مؤبدة<sup>3</sup>.

ولقد أجاز المشرع الجزائري الوصية بالعين (أو بالمال) أو بالمنفعة لمدة معينة، أو غير معينة، لكنه في المادة 196 ينص على أنه: " الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري "<sup>4</sup>.

والملاحظ في هذا الصدد أن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية.

1- المادة 190 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

2- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص 64.

3- احمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 145.

4- المادة 196 من القانون 11/84 المتضمن ق، أ، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري وذلك بتطبيق القواعد العامة التي تقضي بإنهاء حق الإنتفاع بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء أجل الإنتفاع المحدد، وبالنتيجة يترتب على وفاة الموصى له المنتفع عودة حق الانتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية<sup>1</sup>.  
**ثانيا: أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصى له:**

لأن الوصية بمعين إيجاب للملك في المعين، فلا بد أن يكون مملوكا له وقت الوصية، فالوصية بملك الغير لا تصح.

فإذا هذا الموصى به معينا بالذات، كمن يوصي لشخص بساعته فإنه يشترط شرعا وقانونا أن تكون موجودة في ملك الموصي عند الوصية، أي أن تكون مملوكة للموصي حين إنشاء الوصية، ولهذا لا تصح الوصية بملك الغير، وإن ملكه بعد الوصية ثم مات<sup>2</sup>.

وذلك ما أكده القانون الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة ينص فيها على ضرورة الإيصال بالأموال التي يملكها الموصي حين الوصية (والمقصود ها هنا هي الأشياء المعينة بالذات لأنه إذا تعلق بجزء شائع في المال كله، فيشترط وجوده عند الوفاة).

- المادة 190: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"<sup>3</sup>.

هذا ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لانعدام المحل، كمن يوصي بداره الموجودة في مدينة كذا ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار.

**ثالثا: أن يكون الموصى به مالا متقوما وقابلا للتمليك:**

أي يباح الإنتفاع به شرعا وقانونا، فلا تصح الوصية من مسلم ولا لمسلم بمال غير متقوم، أي لا يجوز شرعا كالخمر، والخنزير، والكلب والسباع التي لا تصلح للصيد، لعدم

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون أ، ج، مرجع سابق، ج2، ص267.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص745.

3- المادة 190 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

نفعها وتقومها في نظر الإسلام، وتصح الوصية بهما من مسيحي لمثله لتقومها في اعتقاده، ولا تجوز الوصية بما لا يقبل النقل كالعقاص وحق القذف وحق الشفعة<sup>1</sup>.

ومعنى قابلا للتمليك هو أن يكون الموصى مما لا يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والإسلامي (كعقود البيع، والهبة، والإيجار والإرث، وكذا الحقوق المالية) لأن الوصية تملك المادة 184 (ق، أ، ج)، وما لا يقبل التملك لا تتعد به الوصية. **ثانياً: شروط نفاذ الموصى به:**

تتشرط لنفاذ الوصية في الموصى به شرطان:

أ- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة: الأصل في الوصية أن تكون في حدود ثلث التركة، ولذلك هذا المقدار وهو الثلث شرط في نفاذها، فإذا أوصى الموصى بأكثر من الثلث توقف نفاذ على إجازة الورثة فان أجازوها نفذ وان لم يجيزوها لم تنفذ، وان أجازها البعض دون البعض نفذت في حق المجيز وبطلت في حق غيره<sup>2</sup>.

وهذا وفقاً لمقتضيات المادة 185 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كالاتي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة":

وهذا عملاً واستناداً إلى الحديث المروي عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: **«الثلث والثلث كثير»**<sup>3</sup>، ولقوله - صلى الله عليه وسلم -: **«إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم»**<sup>4</sup>.

فهذه الأحاديث النبوية توضح بأنه ما زاد عن ثلث التركة إنما هو حق خالص للورثة، فإذا رفضوا لم يكن للقاضي ولا للمحكمة أن تنفذ عليهم ذلك. أما إذا لم يكن للموصى ورثة وتجاوز الموصى به ثلث التركة، صحت الوصية في حدود الثلث ولم تصح في الزيادة التي

1- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ج2، ص431.

2- عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 2006م، ص 121.

3- البخاري، فتح الباري، مرجع سابق، ج3، ص164. انظر، مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3/1250.

4- رواه ابن ماجه والدارقطني.

تؤول إلى الخزينة العمومية، لأن مال الموصي في هذه الحالة يعتبر ميراثا للمسلمين ولا مجيز له منهم<sup>1</sup>.

**ب- ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين:**

يشترط لنفاذ الوصية كذلك ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين أي ألا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع ماله، لأن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدّمة في التعلق بمال الميت عن كل حق بعد مصاريف تجهيز الميت ودفنه بالقدر المشروع، و لأن أداء الدين واجب والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب مقدم على المندوب والمباح<sup>2</sup>، ومن ثم إذا كان الموصى به مستغرقا بالدين لتركة الموصي لم تنفذ الوصية رغم نشوئها صحيحة في حق الموصى له ما لم يجزها الدائنون بان أبرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه، أو أنهم أجازوا للموصى له أن يستوفي حقه من تركة مدينهم قبل استحقاق ديونهم من التركة، فإن كان الدين غير مستغرق لتركة الموصي نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون<sup>3</sup>.

ولا يكفي لانعقاد الوصية صحيحة أن تصدر بإرادة منفردة للموصي وأن تتوافر فيها شروط صحتها وشروط نفاذها من موصي وموصى له وموصى به، بل ينص القانون على وجوب توفر شرط رابع وهو شرط الشكل، وهذا ما سأنتظر إليه في المبحث الموالي.

1- بلحاج العربي العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص171.

2- شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص218.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص270.

## المبحث الثالث: إثبات الوصية وبطلانها:

إذا وقعت الوصية مستوفية مقوماتها وشروطها وصفت صحيحة غير لازمة - إذا لم تكن واجبة - يجوز لصاحبها أن يرجع عنها في أي وقت شاء، فإذا مات مصرا عليها ولم يوجد ما يبطلها، وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها أثرها.

وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها، ويسمى مبطلا، ومبطلاتها كثيرة عرض لها القانون في مواد مختلفة، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي، وأخرى من قبل الموصى له، وثالثة من ناحية الموصى به، ولقد سبق الكلام على أكثر هذه المبطلات، ولذلك سنعرض لها إجمالا وعليه فكيف يمكن إثبات الوصية في حالة النزاع عليها؟ وما هي طرق الإثبات التي أخذ بها المشرع الجزائري؟ وكيف تصدت إجتهدات المحكمة العليا لحل هذه النزاعات؟

وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول: إثبات الوصية.**

**المطلب الثاني: مبطلات الوصية.**

## المطلب الأول: إثبات الوصية.

رغم اختلاف الفقهاء حول حجية أدلة إثبات الوصية إلا أنهم جميعا أكدوا على مسألة عدم العلم بالرجوع عنها ليتأكد نفاذها.

وبما أن ما يثبت بالدليل لا يزول بالشك، فإن ثبوت الوصية لا يرتفع إلا بدليل قاطع، ولا يحكم بزوالها لمجرد الشك قياسا بعدم ثبوتها لمجرد الشك، ولكن بدليل إثبات يؤكدها، وإعمالا للقاعدة العامة التي تقر بأنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل لا بد من وجود بينة وبرهان.

ولذا كان إثبات الوصية مسألة بالغة الأهمية توجب على القاضي التأكد جيدا من تاريخ انعقادها بهدف الوصول إلى تحديد دقيق للقوانين، أو القواعد الشرعية التي تحكمها وذلك تقاديا للاصطدام بقاعدة عدم رجعية القوانين.

وبما أن قانون الأسرة يعد أول مدونة قانونية نظمت بشكل صريح أحكام الوصية، وكيفية إثباتها من خلال النص عليها في المادة 191 منه.

أما الوصية في النظام الإسلامي فهي من العقود الرضائية، التي يمكن إثباتها بجميع الطرق، فإذا أنكر الورثة الوصية، فعلى الموصى لهم إثبات ذلك بدعوى عادية أمام الجهات القضائية، ولذلك فقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين .

الفرع الأول: إثبات الوصية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: إثبات الوصية في القانون الجزائري.

الفرع الأول: إثبات الوصية في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء حول وسيلتين لإثبات الوصية وهي الكتابة والشهادة، فهل تكفي الكتابة لوحدها للإثبات أم لا بد من الإشهاد عليها:

أولا : الكتابة : ودليل ذلك حديث ابن عمر : "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"<sup>1</sup>.

1- البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الوصايا ، باب الوصايا، حديث رقم: 2738، ج2، ص286.

فإذا كتب الموصي وصيته بقلمه، وتحقق أنه قلمه وخطه فان هذا يكفي في ثبوت الوصية ولو لم يشهد.

قال إسحاق بن إبراهيم: قلت لأحد: الرجل يموت ويوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليها، أو أعلم بها أحدا، هل يجوز إنفاذ ما فيها؟ قال: إن كان عرف خطه، وكان مشهور الخط، فانه ينفذ ما فيها<sup>1</sup>.

فهل يجوز الإعتماد على خط الموصي لوحده أم يجب الإشهاد عليه؟

ذهب الحنفية والشافعية: إلى أن الوصية عندهم لا تثبت بالحظ المجرد، بل يجب قراءة الكتاب على الشهود لسماع مضمونه، أو قراءته على الموصي فيقر بما فيه. أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أن الوصية المكتوبة لا تثبت إلا بالإشهاد عليها وإن لم يعلم الشهود محتواها، إذ يكفي أن يعرفوا بأنه الكتاب بعينه<sup>2</sup>.

وانقسم أصحاب المذهب الحنبلي إلى رأيين:

**الحالة الأولى:** هي أن يكتب الموصي وصيته بخط يده، ولا يشهد عليها، فيرى فريق منهم أن الوصية تقبل إذا عرف خطه، أو كان مشهور الخط، فيحكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها، وهذا هو المذهب مطلقا، ويرى الفريق الآخر عدم قبول الكتابة ولا الختم إلا بإقرار الموصي، أو سماع الشهود لمحتوى الوصية.

**الحالة الثانية:** هي أن يكتب الموصي وصيته، ويقول: اشهدوا علي بما فيها، وفي مثل هذه الصورة رأيين، الأول يجيز الوصية وان لم يعلم الشهود مضمونها، والثاني لا يجيزها حتى يسمع الشهود ما في الكتاب<sup>3</sup>.

هذا ويستحب عند الحنابلة كتابة الوصية والإشهاد عليها لأن ذلك أحفظ لها وأحوط

لما فيها.

1- ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج5، ص263، انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص488.

2- ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج10، ص355.

3- البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص378، 377.

ثانيا الشهادة:

قد تكون الوصية شفوية فهل يكفي الإشهاد العادي لثبوتها؟

نعم لقد عد العلماء الإشهاد العادي عن الكتابة دليلا لإثبات الوصية وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾<sup>1</sup>.

فهذه الآية هي دليل صريح على مشروعية الإشهاد على الوصية<sup>2</sup>، والإشهاد هو إخبار عن علم لا عن ظن أو شك ليقضي بمقتضاه لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>3</sup>.

هذا وللقاضي السلطة التقديرية لقيمة الشهادة ومدى اطمئنانه وقناعته بها<sup>4</sup>.

ولهذا فالفقهاء رغم اختلافهم حول حجية أدلة إثبات الوصية إلا أن جميعهم أكد على مسالة عدم العلم بالرجوع ليتأكد نفاذها.

الفرع الثاني: إثبات الوصية في القانون:

لقد كانت الوصية في الجزائر خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وبمراجعة نصوص القانون المدني يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفا رضائيا صادرا من جانب واحد لا كشكل انعقاد ولا كشكل إثبات، ولا كشكل متعلق بالشهر، وإنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه بشأن هذه المسألة "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"<sup>5</sup>.

1- سورة المائدة، الآية : 108.

2- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار بن حزم، لبنان، ط1، 2002، ج2، ص1026.

3- سورة الإسراء، الآية : 36.

4- مايا دقايشية، مرجع سابق، ص91.

5- المادة 775 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

غير أن قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة الأولى، الفقرة الثانية من نفس القانون المذكور.

وإما في ما يتعلق بالمادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق والتي تنص على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، فإنه لا مجال لتطبيقها على الوصية باعتبارها ليست عقداً، وإنما تصرفاً صادراً من جانب واحد، وعليه لا يكون لنص المادة 12 من قانون التوثيق - الساري المفعول آنذاك - سنداً لإعماله في الوصية، إلا إذا عدل واستبدلت كلمة "التصرفات" بكلمة "العقود" الواردة فيه حتى يصبح النص عاماً وشاملاً للتصرفات الصادرة من جانبين والتصرفات الصادرة من جانب واحد<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري يتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، إذ أنه لم يشترط شكلاً معيناً سواء كان محل الوصية عقاراً أو منقولاً، فلم يرتب بطلان الوصية على تخلف الشكل الرسمي فيها.

وخلاصة ما تقدم أن الشكل كركن إنعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سواء كان الموصى به عقاراً أو منقولاً، فتتم بكل عبارة دالة عليها أو كتابة عرفية أو رسمية لأن الرضائية هي الأصل، ولكن إذا أراد الأفراد كتابة وصاياهم فلهم ذلك<sup>2</sup>. هذا ويسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره، فما هو الموقف الذي تبناه المشرع في إثبات الوصية ؟

وبمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري، نجد المشرع ينص في المادة 191 منه على ما

يلي:

"تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

1- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 221.

2- مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 93.

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.<sup>1</sup> ومن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري يعتبر أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، واستثناء تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية.

وفيما يلي سأتناول كل حالة على حدى:

#### أ- إثبات الوصية بعقد رسمي توثيقي:

الأصل أن تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، على أنه يجب أن تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الإحتقائية، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان. ويجب عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق الإشارة بدقة لصفة الموصي والموصى له والموصى به، وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود.<sup>2</sup>

وإذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة، ثم يحرر العقد بشرط أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه، وجدير بالذكر أن الحقوق العقارية المكتسبة عن طريق الوصية لا يجب شهرها في حياة الموصي في القانون الجزائري لانعدام النص الخاص بذلك: وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 211880 المؤرخ في: 2001/05/30 والذي جاء فيه: "لكن حيث أنه ولتعلق الأمر بتصرف ما بعد الموت (وصية) فإن القانون لا يشترط شهر العقد"<sup>3</sup>.

وقد تأكد ذلك أيضا بالقرار رقم: 581896 الصادر في 2010/12/09 والذي جاء في حيثياته: " أن قضاة الموضوع بإخراجهم الطاعنة الموصى لها من الخصام بدعوى انتقاء

1- المادة 191 من القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

2- شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص223.

3- قرار غير منشور.

الصفة لديهم لعدم إشهار الوصية قد جانبوا الصواب لأن الإشهار في حال وجوبه لا يكون إلا بعد وفاة الموصي طالما أن الوصية لا تحدث أثرها إلا بعد الموت<sup>1</sup>.

وكخلاصة لما تقدم هو أن الوصية بعد صدور قانون الأسرة وجب أن تفرغ في قالب رسمي سواء انعقد محلها على عقار أو منقول متى تجاوزت قيمة المنقول 100000 دج، هذا وقد أكدت المحكمة العليا على استبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق، وهو ما جاء في قرارها<sup>2</sup> رقم : 160350 الصادر بتاريخ : 1997/12/23م "وعليه فالوصية لا تثبت شفويا أو بورقة عرفية، إلا في حالة القوة القاهرة".

وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0868350 المؤرخ في: 2015/06/11 ما يلي: "حيث أن العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي وفقا لقوانين ذلك البلد لا تتمتع بالقوة التنفيذية في الجزائر إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية المختصة شريطة استيفائها للشروط المنصوص عليها في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي أولا توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه، وثانيا توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه، وثالثا خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وطالما أن الوصية الخطية المحررة بمدينة بجاية بتاريخ: 1993/12/01 من طرف الموصي الفرنسي الجنسية، يسري عليها قانون جنسية الموصي وقت وفاته وفقا لنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري، فإنه لا يمكن إضفاء الصيغة التنفيذية للوصية المذكورة إلا باستيفائها للشروط المنصوص عليها في المادة 606 المذكورة، ويكون من واجب صاحب الصفة في إقامة دعوى الحصول على الصيغة التنفيذية تقديم ما يثبت توافر الشروط المطلوبة لرسمية الوصية الخطية وفقا للقانون الفرنسي وقابليتها للتنفيذ وفقا لهذا القانون، لأنه لا يمكن للقاضي الجزائري أن يمنح الصيغة التنفيذية للوصية الخطية

1- مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص 276.

2- المجلة القضائية، سنة 2001، عدد خاص بالأحوال الشخصية، ص 295.

موضوع الدعوى لأجل تنفيذها في الجزائر في حين أنها غير قابلة للتنفيذ في البلد الأجنبي الصادرة وفق أحكامه، ولا يتأتى ذلك إلا بتقديم المدعي للوثائق المثبتة لرسمية الوصية الخطية وقابلتها للتنفيذ بفرنسا.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع وقفوا على خلو ملف الطاعن من محضر إيداع الوصية الخطية والمعaine لدى الموثق وخلوه مما يثبت إيداع المحضر المذكور والوصية لدى كتابة ضبط محكمة المرافعات الكبرى لكان افتتاح التركة وما يثبت التأشير بالإستلام والإيداع والحفظ، وهي الإجراءات المنصوص عليها في المادة 1007 من القانون المدني الفرنسي لتصير الوصية الخطية سندا تنفيذيا في فرنسا وباتهاء قضاة الموضوع إلى رفض الدعوى لعدم تقديم الوثائق المذكورة يكونون قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قضاءهم التسبب الكافي".<sup>1</sup>

#### ب- إثبات الوصية بحكم قضائي:

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر، كأن يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصى له مريضا، فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب الموثق محدد موعدا لتحرير العقد المثبت للوصية، وبحضور شاهدي عدل، لكن وأثناء انتقال الموصي إلى مكتب التوثيق لإمضاء العقد في الموعد المحدد صدمته سيارة فمات، فهنا يجوز للموصى له الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود، وبإثبات المانع القاهر، فيرفع دعوى أما الجهة القضائية المختصة يلتزم فيها إثبات هذه الوصية بحكم قضائي، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 15/00810 (قرار غير منشور).

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص245.

وترتيباً على ما سبق بيانه فإن الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة ونافاذة إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية، والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته، أو بتصريح الشهود بوجود الوصية<sup>1</sup>.

هذا ومن خلال نص المادة 191 المذكورة سابقاً فهل الكتابة شرطاً شكلياً في الوصية، أم أنها مقررة للإثبات فقط؟

حيث يتبين لنا من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري لم يربط البطلان كجزء عن عدم كتابة الوصية في الشكل الرسمي، ومن ثم فالكتابة في الوصية شرط للإثبات فقط سواء كان الموصى به عقاراً أو منقولاً وليست ركناً فيها.

والعلة في ذلك واضحة وهي أن المشرع الجزائري أراد باشتراطه للشكل الرسمي تقادياً للمشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير والموصى له، وكذا قطعاً للطريق أمام المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها ويؤيدونها بشهادة مزورة، وقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو للإثبات فقط وليس ركناً فيها، وذلك أن تخلف الشكل لا يترتب عليه بطلان الوصية وإنما استبعادها.

هذا وبعد أن يتم إثبات الوصية بإحدى الطريقتين المنصوص عليها في المادة 191 من قانون الأسرة السالفة الذكر، تسجل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت وتشهر في المحافظة العقارية بعد وفاة الموصي له للوصية إذا كان الموصى به عقاراً حتى تنتقل الملكية إلى الموصى له وفقاً لأحكام الشهر العقاري، وذلك حماية لمصلحة الموصى له وتحقيقاً لإستقرار المعاملات، حتى يكون الغير الذي تعامل مع الموصى له على بينة من مدى ضرورة الشيء الموصى به خاصة<sup>2</sup>.

1- بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص70.

2- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية - الوقف -، مرجع سابق، ص73، 74.

**المطلب الثاني: مبطلات الوصية.**

من الثابت شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية كل شروطها ومقوماتها تكون صحيحة، فإذا مات الموصي مصرا على وصيته، ولم يوجد ما يبطلها نفذت في حدود الثلث وترتبت عليها آثارها.

ولكنه قد يحدث ما يلغي الوصية ويبطلها، وإما من جهة الموصي أو من الموصى له، أو من جهة الموصى به.

**الفرع الأول: مبطلات الوصية في الفقه والقانون.**

**أولا: زوال أهلية الموصي:**

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق ونحوه كالعته، سواء اتصل بالموت أو لم يتصل بأن أفاق قبل الموت، لأن الوصية عقد غير لازم بالوكالة، فيكون لبقائه حكم ابتداءه، ولما كان المجنون غير أهل لإنشاء الوصية في الابتداء، كان طروء الجنون المطبق مبطلا لها<sup>1</sup>.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية بالجنون، سواء كان مطبقا أم لا، لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد، ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف<sup>2</sup>، وهو ما يستفاد من أحكام القانون الجزائري الذي يشترط سلامة العقد عند الانعقاد فقط للمادة 186 منه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل"<sup>3</sup>.

ونلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت، فقد طرأ عليها احتمال رجوعه عنها فتبطل.

**ثانيا: ردة الموصي:**

إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات، وهو على رده أو قتل، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا تبطل، ذلك لأن

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص113.

2- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص124.

3- المادة 186 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، فيلزم لبقائها صحيحة بقاء ملك الموصي لما أوصى به، فإن زال ملكه قبل موته بطلت الوصية لعدم صلاحية محلها لحكمها في هذه الحالة، وعلى هذا يكون بقاء الوصية مرتبطا بعدم زوال ملك الموصي.

فمن يرى أن ملك المرتد يزول بالردة يحكم ببطلان الوصية، ومن يرى أنه لا يزول بها يحكم بعدم بطلانها.

ولم يتعرض القانون للردة لقلّة وقوعها، وعملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد<sup>1</sup>.

### ثالثا : تعليق الوصية على شرط لم يحصل:

كأن قال: إن مت من مرضي هذا، أو من سفري هذا، فلفلان كذا، فلم يمّت، فتبطل الوصية، لأنه علقها على الموت في المرض والسفر، ولم يحصل، وقد صرح المالكية والحنفية به<sup>2</sup>.

### رابعا: الرجوع عن الوصية:

تبطل به بالاتفاق، لأنها عقد غير لازم، فيجوز للموصي الرجوع فيها متى شاء، لأنه الذي وجد منه الإيجاب فقط، ولأنه عقد لا يثبت حكمه إلا بعد الموت الموصي، فلا يترتب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل ذلك، فيكون بالخيار بين الإمضاء والرجوع. والرجوع إما أن يكون صريحا أو ضمنا.

وهو ما نصت عليه المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

1- محمد كمال إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص124.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص115.

أ- الرجوع الصريح:

يكون الرجوع الصريح في الوصية صريحا إذا أفصح الموصي قيد حياته أنه رجع في وصيته<sup>1</sup>، على أنه لا يشترط في الرجوع صيغة معينة، فقد يتحقق بكل لفظ صريح يدل على إعراض الموصي عن وصيته لغة أو عرفا.

مثل قول الموصي: رجعت عن وصيتي لفلان، أو تركتها، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو ما أوصيت به لفلان هو لورثتي، ونحوه. وهذا متفق عليه فقها وقانونا، لأنه صريح في عدول الموصي عن وصيته، وهو يملك العدول متى شاء.

ولا يعد رجوعا: "ندمت على الوصية التي أوصيت بها لفلان" أو "تعجلت" أو "أخرت الوصية" لأن التأخير لا يستلزم السقوط كتأخير الدين عن المدين، وكذلك "كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام" لا يدل على الرجوع، أو تغيير الموصي له من زيد لخالد مثلا. بل يكون الموصي به مشتركا<sup>2</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري على الرجوع الصريح كطريق يسلكه الموصي للرجوع في وصيته قيد حياته في المادة 192 من قانون الأسرة والتي جرى نصها كالاتي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة....، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها..."<sup>3</sup>.

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري خول الموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكنه قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية والمتعلقة بشكلها.

فالرجوع الصريح في الوصية يكون بوسائل إثباتها، ومن ثم فإن الرجوع القولي من جانب الوصي - ولو كان بألفاظ صريحة لا تدع مجالا للشك في أن الموصي رجع عن وصيته - لا يعتد به لسماع الإدعاء به إلا إذا تم بنفس الشكل الذي أفرغت فيه الوصية.

1- G.DEMOLOMBRE: Traité des donations entre vifs et des testaments, t5, imprimerie générale, Paris, 1876, p106.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص114.

3- المادة 192 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

ومن ثم لا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أي أثر إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق أو عن طريق استصدار حكم قضائي من المحكمة المختصة يقضي بالرجوع في الوصية<sup>1</sup>.

ولعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة في الرجوع الصريح في الوصية هو تفادي حصول الخلاف الذي قد ينشأ بعد موت الموصي بشأن التصرفات والأفعال التي قام بها هذا الأخير قبل وفاته، والتي تحتمل الرجوع في الوصية من عدمه.

**ب- الرجوع الضمني:**

والرجوع ضمنا يتم بأي تصرف شرعي في الشيء الموصى به سواء كان ماديا أو قوليا، فالتصرف المادي كذبح الحيوان الموصى به والتصرف القولي كبيع الموصى به أو هبته أو وقفه، أو جعله بدلا في الخلع، أو مهرا في الزواج، وغير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، فالرجوع عن الوصية صراحة أو ضمنا مبطل للوصية<sup>2</sup>، وهذا ما أخذ به القانون في مادته 192 من قانون الأسرة: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا،...والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

وتجدر الإشارة هنا أن الرجوع الضمني لا يحتاج في إثباته بعد وفاة الموصي إلى ما يحتاج إليه الرجوع الصريح، وذلك لأنه يعتبر من قبيل الوقائع المادية التي يمكن للشخص أن يثبتها بكل الوسائل الإثبات لأنها واضحة جلية، كما وإن تصرف الموصي في المال الموصى به ضمنا غالبا ما يخرج العين عن ملك الموصي، فلا تكون في ملكه وقت الوفاة، ومن ثم لا يمكن تنفيذ الوصية فيها لانعدام المحل، فلا يحتاج الرجوع الضمني إذن إلى إثبات<sup>3</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة على نوعين من التصرفات التي لا تعبر بذاتها رجوعا عن الوصية وهي: رهن الشيء الموصى به، والتصرف في الموصى به

1- شيخ نسيم، ص230.

2- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص137.

3- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص128.

لشخص ثان، وفيما عدا هاذين التصرفين سكت المشرع الجزائري عن حكم باقي التصرفات الأخرى- التي قد يقوم بها الموصي- في كونها تدل على الرجوع أو عدمه والتي كانت محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو ما سيتم تناوله.

- ما لا يعتبر رجوع عن الوصية:

1- رهن الموصى به بعد إبرامه الوصية: وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب المالكية والشافعية في أحد أقوالهم في أن الرهن لا يعد رجوع عن الوصية وهو ما نصت عليه المادة 193 من قانون الأسرة بقولها: "رهن الموصى به لا يعد رجوع في الوصية".

وعليه فالقانون لم يفرق بين أنواع الرهن المختلفة، بل جعل لها الحكم ذاته، وحسنا فعل المشرع بترجيح هذا الرأي لأن الرهن ليس ناقلا للملكية بالضرورة، وإنما يقوم مجرد احتمال زوال الملك في حياة الموصي الراهن أو بعد موته إذا لم ينقض الرهن بانقضاء الدين، لذلك لم يكن إقدام الموصي على رهن الموصى به دليلا على نيته في العدول عن وصيته لأن احتمال سداد الدين أقوى.

2- تصرف الموصي في الموصى به لشخصين: نص المشرع الجزائري في المادة 194 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما".

ونص أيضا في المادة 195 على ما يلي: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له"<sup>1</sup>.

وبقراءة هاتين المادتين يستفاد أنه إذا أوصى الموصي بمال معين إلى شخص معين ثم أوصى لشخص ثان بنفس المال فلا يعد ذلك رجوعا ضمنيا عن الوصية من جانب الموصي، بل يكون الموصى به مشتركا بينهما.

1- المادة 195 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد أعطى لهذا التصرف حكم التصرف بالوصية لشخصين في وقت واحد بنفس الشيء الموصى به - لاحتتمال إرادة الموصي التشارك بينهما - كما لو قال الموصي دفعة واحدة: "أوصيت لكما بكذا".

هذا وإذا أوصى الموصي لشخصين معينين، دون أن يحدد النصيب الذي يستحقه كل واحد منهما أثناء إبرامه الوصية ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصي، عاد هذا الشيء الموصى به كله للموصى له الحي منهما، فإن حدد الموصي ما يستحقه كل منهما فليس للحي أن يستحق إلا ما حدّد له<sup>1</sup>.

#### خامسا: رد الوصية:

تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي، كما بيناه سابقا في صيغة العقد.

#### سادسا: موت الموصى له المعين قبل الموصي:

تبطل به الوصية بإتفاق المذاهب الأربعة، لأن الوصية عطية، وقد صادفت المعطى ميتا، فلا تصح الهبة للميت، ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي وقبول الموصى له. وكذلك تبطل الوصية عند الجمهور غير الحنفية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول.

وعند الحنفية: لا تبطل لأن القبول معناه عندهم عدم الرد، وتبطل الوصية عند الجمهور بموت للموصى له، سواء علم الموصي بموته أم لم يعلم<sup>2</sup>.

وهو ماجاء به المشرع الجزائري في المادتين 201 و 198 من قانون الأسرة حيث جاء في نص المادة 201 ما يلي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها".

وفي نص المادة 198 ما يلي: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

1- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص ص236، 237.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص116.

سابعاً: قتل الموصى له الموصي.

تبطل الوصية إذا قتل الموصى له الموصي عمداً أو عدواناً، وبدون وجه شرعي ولا عذر قانوني، سواء كان قبل انعقاد الوصية أو بعدها (م 137 و م 188ق،أ)<sup>1</sup>.

ثامناً: هلاك الموصى به المعين أو إستحقاقه:

تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً بالذات، وهلك قبل قبول الموصى له، لفوات محل حكم الوصية، يستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاءه بدون وجود محله أو بقاءه، كما لو أوصى بهذه الشاة فهلكت، أو أوصى بجزء شائع في شيء معين بذاته، أو من نوع معين من أمواله، كان يوصي بنصف هذه الدار، فتهدمت، فلا شيء للموصى له، لفوات محل الوصية<sup>2</sup>.

وتبطل الوصية أيضاً باستحقاق العين الموصى بها، سواء أكان الاستحقاق قبل موت الموصي أم بعده، لأنه بالاستحقاق تبين أن الوصية كانت في غير ملكه، فتبطل. وهو ما أخذ به القانون ببطلان الوصية بهلاك الموصى به المعين أو باستحقاقه.

تاسعاً: الوصية لوarith:

تبطل الوصية لوarith، إلا إذا أجازها الورثة، بعد وفاة الموصي وهذا ما نصت عليه المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

والتي جاء فيها ما يلي: "لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

الفرع الثاني: تزام الوصايا:

المقصود بتزام الوصايا، أن تتعدد الوصايا ويزيد مجموعها على ثلث التركة، ولم يجز الورثة هذه الزيادة، أو أجازوها وكانت التركة لا تسع لها جميعاً، فإذا كان الأمر كذلك

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص318.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص117.

وقع التزاحم بين الوصايا، ويقال إن الوصايا قد زاحمت، أي أن المال قد ضاق على تنفيذها على الوجه الذي أراده الموصي<sup>1</sup>.

والوصايا المتزاحمة إن كان بينها وصية واجبة، فالقاعدة أن يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة سواء كان الموصي قد أوصى لهم فعلا بحقهم، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون، فإن استنفذت هذه الوصية كل الثلث بطلت الوصايا الأخرى وإن بقي منه شيء تزاحمت فيه الوصايا الإختيارية<sup>2</sup>.

### حالات المزاحمة:

إذا كثرت الوصايا ولم يف المال، فهذه الوصايا لا تخرج عن كونها للعباد كأن يوصي لخالد بثلاث التركة ولعلي بربعها، أو تكون لله تعالى، كأن يوصي بزكاة وحج وصدقة وبناء مسجد، أو تكون مختلفة بعضها للعباد وبعضها لله تعالى، كأن يوصي بمبلغ من المال لأولاد أخيه، فهذه حالات ثلاث ولكل حالة حكمها.

**الحالة الأولى:** وهي الحالة التي تكون جميع الوصايا فيها للعباد، فإما أن يكون التزاحم في ثلث التركة، وإما أن يكون في التركة كلها، فإذا كان الأول فتنتم في الثلث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم، وإذا كان الثاني، قسمت التركة فيما بينهم أيضا بنسبة سهامهم<sup>3</sup>.

فإذا زادت الوصايا عن ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تقي بالوصايا، أو لم يجيزوها، وهذا الثلث لا يفي بها، قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصي له بعين نصيبه إلا من هذه العين".

**الحالة الثانية:** وهي الحالة التي تكون فيها الوصايا المتزاحمة لله تعالى فإما أن تكون كلها في مرتبة كأن تكون كلها فرائض كالزكاة والحج، أو واجبات كصدقة الفطر والأضحية

1- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص141.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص319.

3- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص142.

والنذر، أو نوافل كحج التطوع وبناء المسجد، وإما أن تكون مختلفة المراتب بأن كان بعضها بالفرائض وبعضها بالواجبات والحكم في هذه هو:

أنه إذا كانت الوصايا كلها في مرتبة واحدة كالفرائض مثلا قسم المال لمخصص لتنفيذها بينها بالمحاصة على نسبة سهامها إذا كانت معلومة مختلفة، وإن لم تكن معلومة، بأن لم يذكر الموصي السهام يقسم المال بينهما بالتساوي، وذلك لعدم وجود ما يدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر<sup>1</sup>.

وإذا كانت الوصايا مختلفة المراتب، قدمت الفرائض أولا ثم الواجبات ثم النوافل، فإذا استنفذت الوصية بالفرائض المال كله بطلت الوصايا الأخرى، وإن بقي شيء من المال كله بطلت الوصايا الأخرى، وإن بقي شيء من المال صرف لما بعد الفرائض وهكذا.

**الحالة الثالثة:** وهي الحالة التي تكون فيها الوصايا بعضها لله تعالى وبعضها للعباد، والحكم في هذه الحالة: إذا كان الموصي قد بين سهام هذه الوصايا، قسم المال الموصى به بالمحاصة بنسبة هذه السهام<sup>2</sup>.

وإذا لم يكن الموصي قد بين سهامها قسم المال الموصى به بينها بالتساوي، وبعد التقسيم يعطي ما يخص وصايا العباد لهم، وما يخص الله تعالى يجمع ويتبع في صرفه ما يتبع في الوصايا التي تكون كلها له تعالى فتقدم الفرائض على الواجب، والواجب على النفل<sup>3</sup>.

فلو أوصى بثلث ماله للحج عنه وللزكاة عنه وللفقراء ولخالد، فإن الثلث يقسم بين هذه الوصايا على أربعة أسهم، للحج سهم، وللزكاة سهم، وللفقراء سهم، ولخالد سهم، فما

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص 120.

2- محمد كمال الدين إمام، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص134.

3- عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، مرجع سابق، ص338.

أصاب خالد كان له، وما كان لله تعالى يجمع ويصرف منه أولاً للفرائض، فان بقي شيء صرف لما دونها من الواجبات ثم النوافل<sup>1</sup>.

ونلاحظ أخيراً، أنه إذا تراحت الوصايا بالمرتبات، ومات بعض الموصى لهم، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب، كان نصيبها لورثة الموصى له.

---

1- عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص143.

## ملخص الفصل:

لقد اعتبر المشرع الجزائري الوصية تصرفا جائزا غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر من جانب الموصي وحده، فالذي وجد منها هو الإيجاب فقط، ومن ثم لا يترتب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل الوفاة، فيكون إذن 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 تصرفا غير لازم، يجوز الرجوع فيه صراحة أو ضمنا، وللتدليل على ذلك أشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1990/01/24 والذي قضت فيه بما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

وترتبيا على ذلك يمكن استخلاص النتائج التالية:

- أن المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء وأغلب التشريعات الوضعية حين أجاز للموصي الرجوع في وصيته ما دام حيا.
- أنه عمد إلى بيان كيفية الرجوع في الوصية فأعطى للموصي حق ممارسة الرجوع فيما أوصى به إما صراحة أو ضمنا.
- أنه اشترط في سماع دعوى الرجوع الصريح أن تكون ثابتا بالكتابة، إما عن طريق عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو عن طريق استصدار حكم قضائي في حالة وجود المانع القاهر، وذلك لمنع الدعاوى الكيدية، واكتفى في الرجوع الضمني بإثباته بكافة طرق الإثبات.
- إن المشرع الجزائري وضع مبدأ عاما في المادة 192 من قانون الأسرة، واعتبر كل فعل أو تصرف يقوم به الموصي ويستخلص منه أنه أراد الرجوع في وصيته، عد ذلك رجوعا فيها.

**الفصل الرابع:**

**الاجتهاد القضائي**

**في الموقف.**

## الفصل الرابع: الاجتهاد القضائي في الوقف.

الوقف نظام قديم عرفته نظم وشرائع سابقة على الإسلام، وجاءت بعض أحكامه مجملة في شرع من قبلنا، وجاء الإسلام فأقر أصله واعترف بوجوده ونظمه بطريقة تكفل توافقه مع قواعد الميراث ومقاصد الشريعة، فهو سمة من سمات المجتمع الإسلامي، ويمثل قيمة من أرفع القيم الانسانية سواء بالنسبة لرعاية بيوت الله، أو بالنسبة للتكافل الإجتماعي الذي جعله الإسلام أساس مجتمعه الفاضل.

فمنذ عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- برزت هذه الظاهرة الطيبة في المجتمع الإسلامي ونمت وتفرعت بعد ذلك بأن أصبح أهل الخير وطلاب مرضاة الله تعالى يرصدون من أموالهم - أرضا أو عقارا- وقفا ثابتا ومؤبدا على المساجد والمستشفيات وطلاب العلم وأهل الحاجة بجانب الوقف على الأهل.

وهذه الأوقاف تمثل ثروة ثابتة دائمة الدخل للإنفاق منها على أوجه الخير المرصودة لها، وهي في حكم ملك ثابت على ملك الله - سبحانه وتعالى- ولا يجوز تبديده ضمانا لبقاء الوجوه التي أوقفت من أجلها، وإن كان يجوز استبداله.

ولقد كان الاهتمام كبيرا بإصلاح نظام الوقف باعتباره نظاما مشروعاً يمثل صورة من أفضل صور التكافل الاجتماعي في الإسلام، وموردا هاما من موارد البر بمختلف صورته، فأصدرت القوانين والتشريعات للحد من مجالات العبث بالحقوق الموقوفة، والعمل على تطويرها بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها السامية، وتنمية موارد الوقف المالية حتى يكون ملائما للغرض المقصود منها.

ومن الملاحظ أن القوانين والتشريعات تتأثر بالظروف والأحوال المحيطة بها، وتأتي معبرة عن ظروف العصر الذي تصدر فيه، فهي دائما في حالة تغيير وتعديل، ونظام الوقف في التشريع الجزائري حمل في طياته كل تجارب المشرع من تطبيقات عملية وممارسات

اجتماعية، إيجابية وسلبية، واجتهادات فقهية، وفتاوى شرعية، وأحكام قضائية، وأبنية مؤسسية، وممتلكات وأموال موقوفة، وأنظمة إدارية وتشريعات قانونية، وتقاليد وظيفية، شكلت في مجملها الإرث التشريعي والتاريخي لنظام الوقف الجزائري.

ولمعرفة هذا النظام الوقفي وأهم القواعد التي بني عليها، والأسس القانونية التي تبناها المشرع الجزائري، وأهم الاجتهادات القضائية التي كرس منحه ودعمت إختياراته قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

**المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته.**

**المبحث الثاني: إنشاء الوقف.**

**المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الوقف.**

## المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته.

الوقف التزام تبرعي من نوع خاص صادر عن إرادة منفردة من جانب الواقف ينتقل بموجبه حق الانتفاع بالشيء الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل وذلك برا بهم وابتغاء لوجه الله تعالى، وهو يتمتع بشخصية معنوية مستقلة تفرض على الدولة بجميع مؤسساتها وما تملكه من سيادة احترام إرادة الواقف وتنفيذها.

ويمثل الوقف أهمية خاصة في النسيج الاجتماعي، وآثار الوقف عند المسلمين لا تنحصر في البر والإحسان على الأهل وغيرهم، وإنما أهميته الكبرى تتجلى في دوره في استقلال المؤسسات العلمية، وما تمنحه مؤسسة الوقف من فعالية في إعادة توزيع العلم على الجميع، فهناك وقفيات خصصها أصحابها لطلاب العلم، وأخرى للفقهاء، وثالثة للمؤسسات التعليمية، والذي يرصد التاريخ الاجتماعي للأمة يعرف الدور الكبير الذي كانت به مؤسسة الوقف في كافة هذه المجالات، بل إن انحسار دور الوقف في حياة كثير من المجتمعات الإسلامية اليوم له آثاره السلبية على توفير الخدمات للمجتمع وتحقيق التكافل الاجتماعي المطلوب، ولتحديد مفهوم الوقف وأساس مشروعيته فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

## المطلب الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً وقانوناً.

## المطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمه.

المطلب الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً وقانوناً.

يعتبر الوقف من التصرفات التي عالجها الفقه والقانون، باعتباره وسيلة للتبرع لأوجه الخير ذو طبيعة دينية يختلف عن الهبة والوصية، ويمكن للأقارب تقييده وفق ضوابط معينة، ولذلك سيتم التعرف على أهم تفاصيل ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع: نخصص الأول منها للتعريف اللغوي، والفرع الثاني للتعريف الاصطلاحي، والفرع الثالث للتعريف القانوني والفرع الرابع للطبيعة القانونية للوقف.

الفرع الأول: تعريف الوقف لغة:

الوقف لغة مصدر من الفعل وقف، فيقال: وقفت الشيء أوقفه وقفاً، ولا يقال: أوقفت إلا على لغة رديئة.<sup>1</sup>

والوقف في اللغة يعني الحبس والمنع، وبالفرنسية (Mainmorte)<sup>2</sup>، وفي الإنجليزية (Mortmain)<sup>3</sup>، ويقال: وقف داراً بمعنى حبسها في سبيل الله، وعلى فلان أي: له، والموقوف: يقصد به العين المحبوسة إما على ملك الواقف، وإما على ملك الله تعالى.<sup>4</sup> ويستعمل في الأمور الحسية والمعنوية، فمن النوع الأول قولهم: وقف الدابة أي جعلها تقف ومنعها من السير، والوقف بهذا المعنى اللغوي مذكور في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾.<sup>5</sup> وقوله أيضاً: ﴿وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ﴾.<sup>6</sup>

1- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 4898، مادة وقف.

2- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي - فرنسي - أنجليزي)، مصدر سابق، ص 443.

3 - محمد رواس قلعة جي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، مصدر سابق، ص 509.

4 - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 1051.

5 - سورة الصافات، الآية: 24.

6- سورة سبأ، الآية: 31.

ومن النوع الثاني قولهم: وقفت حياتي على الدراسة أو على تربية الأولاد، والوقف والحبس بمعنى واحد، والحبس ضد التخلية، والحبس بالضم هي ما وقف، ووقف الأرض على المساكين أي حبسها وجعلها في باب البر والإحسان.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للوقف.

لقد استقر الفقه في تعريف الوقف على مذاهب ثلاث:

التعريف الأول لأبي حنيفة:

وهو حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير،<sup>2</sup> وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف على ملك الواقف ويصح له الرجوع عنه، ويجوز بيعه، لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية، فلا يلزم إلا بأحد أمور ثلاثة<sup>3</sup>:

1- أن يحكم به الحاكم المولى لا المحكم، بأن يختصم الواقف مع الناظر، لأنه يريد أن يرجع بعله عدم اللزوم، فيقضي الحاكم باللزوم، فيلزم. لأنه أمر مجتهد فيه، وحكم الحاكم يرفع الخلاف.

2- أو أن يعلقه الحاكم بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت داري مثلاً على كذا، فيلزم كالوصية من الثلث بالموت، لا قبله.

3- أن يجعله وقفاً لمسجد، ويفرزه عن ملكه، ويأذن بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد، زال ملكه عن الواقف عند أبي حنيفة، أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به، وأما الصلاة فيه، فلأنه لا بد من التسليم عنده وعند محمد، وتسليم الشيء بحسب نوعه، وهو في المسجد بالصلاة فيه.<sup>4</sup>

1 - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج3، ص 199، مادة وقف.

2 - ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج5، ص 27. انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص 391.

3 - ولكن الأصح المفتى به كما سيأتي هو قول صاحبين.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 154.

4- وقد استدلت أبو حنيفة على رأيه بدليلين:

أ- قوله - صلى الله عليه وسلم-: "لا حبس عن فرائض الله".<sup>1</sup> فلو كان الوقف يخرج المال الموقوف من ملك الواقف، لكان حبسا عن فرائض الله، لأنه يحول بين الورثة وبين أخذ نصيبهم المفروض. لكن لا يدل هذا الحديث مع ضعفه على مقصود الإمام، لأن المراد به إبطال عادة الجاهلية بقصر الإرث على الذكور الكبار، دون الإناث والصغار.

ب- ما روي عن القاضي شريح أنه قال: "جاء محمد - صلى الله عليه وسلم- ببيع الحبس". فإذا جاء الرسول عليه الصلاة والسلام بذلك، فليس لنا أن نستحدث حبسا آخر، إذ الوقف تحبب العين، فهو غير مشروع.

ولكن لا دلالة أيضا في هذا القول على مطلوب الإمام، لأن الحبس الممنوع هو ما كان للأصنام والأوثان، وقد جاء الرسول - صلى الله عليه وسلم- ببيعه وإبطاله قضاء على الوثنية، أما الوقف فهو نظام إسلامي محض. قال الإمام الشافعي: "لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت، إنما حبس أهل الإسلام".

التعريف الثاني: للجمهور:

وهما صاحبان وبرأيهما يفتى عند الحنفية، والشافعية والحنابلة في الأصح. وهو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود - أو بصرف ريعه على جهة بر وخير - تقربا إلى الله تعالى. وعليه يخرج المال عن ملك الواقف، ويصير حبيسا على حكم ملك الله تعالى،<sup>2</sup> ويمنع على الواقف تصرفه فيه، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف.<sup>3</sup>

واستدلوا لرأيهم بدليلين:

- 1 - رواه الدار قطني عن ابن عباس، وفيه ابن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان.
- 2 - المراد أنه لم يبق على ملك الواقف، ولا انتقل إلى ملك غيره، بل صار على حكم ملك الله تعالى الذي لا ملك فيه لأحد سواه، هذا هو المراد وإلا فالكل ملك لله تعالى.
- 3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 155.

أ- حديث ابن عمر: "أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله، أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟". فقال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها عمر، على ألا تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف، ويطعم غير متمول".<sup>1</sup> أي غير متخذ منها مالا أي ملكا. قال ابن حجر في الفتح: "وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف".

وهذا يدل على منع التصرف في الموقوف، لأن الحبس معناه المنع، أي منع العين على أن تكون ملكا، وعن أن تكون محلا لتصرف تمليكى. لكن يلاحظ أن هذا الحديث لا يدل على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف.

ب- استمرار عمل الأمة منذ صدر الإسلام إلى الآن على وقف الأموال على وجوه الخير، ومنع التصرف فيها من الواقف وغيره.<sup>2</sup>

### التعريف الثالث: للملكية:<sup>3</sup>

وهو جعل المالك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كدراهم، لمستحق، بصيغة، مدة ما يراه المحبس، أي أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تمليكى، ويتبرع بريعتها لجهة خيرية، تبرعا لازما، مع بقاء العين على ملك الواقف مدة معينة من الزمان، فلا يشترط فيه التأييد.

ومثال المملوك بأجرة: أن يستأجر دارا مملوكة أو أرضا مدة معلومة، ثم يقف منفعتها لمستحق آخر غيره في تلك المدة، وبه يكون المراد من "المملوك" إما ملك الذات أو ملك

1 - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، مصدر سابق، حديث رقم: 2772، ص 1226. باب الوقف.

-رواه الجماعة. أنظر: الشوكاني، نيل الأوطار، مصدر سابق، ج6، ص 20.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 155.

3 - الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص 76. انظر: الدريدر، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج4، ص 98.

وانظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص 111.

المنفعة، فالوقف عند المالكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيها.

والملاحظ من هذا التعريف أن المالكية اتخذوا موقفا وسطا بين المذهبين السابقين إذ أنه متى تم الوقف يمنع على الواقف التصرف في العين الموقوفة، ويلزم بالتصدق بمنفعتها، مع بقاء العين على ملكه.<sup>1</sup>

وقد استدلووا على بقاء الملك في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيها، بحديث عمر المتقدم، حيث قال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها". ففيه إشارة بالتصدق بالغلة، مع بقاء ملكية الموقوف على ذمة الواقف، ومنع أي تصرف تمليكي فيه للغير بدليل فهم عمر: "على ألا تباع ولا توهب ولا تورث". وهذا يشبه ملك المحجور عليه لسفه: أي تبذير، فإن ملكه باق في حاله، ولكنه ممنوع من بيعه وهبته. وهذا الرأي أدق دليلا ولكن التعريف الثاني أشهر عند الناس.<sup>2</sup> واتفق العلماء في وقف المساجد أنها عن باب الإسقاط والعتق، لا ملك لأحد فيها، وأن المساجد لله تعالى.

وخلاصة القول أنه من خلال التعريفات الفقهية المختلفة يمكننا استخلاص الحقائق الشرعية الآتية:

**أولاً:** أن الفقهاء متفقون ما عدا أبي حنيفة على أن الوقف يخرج الشيء الموقوف من تصرف الواقف.

**ثانياً:** أن المذاهب الثلاثة (الحنفية والشافعية والحنابلة) تتفق في أن تأبيد العين الموقوفة شرط من شروط الوقف ويخالفهم في ذلك المالكية إذ الحبس عندهم مؤقت ومؤبد.

1 - أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، دط، 2000، ص 153.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 156.

ثالثاً: أن الملك في الوقف يظل في ذمة الواقف عند أبي حنيفة والمالكية، في حين يؤول الملك لله تعالى عند الجمهور، وللموقوف عليهم في رأي ثان للحنابلة.<sup>1</sup>

ويميل الباحث إلى ترجيح رأي الجمهور في نقل ملكية المال الموقوف لله تعالى مع منع التصرف فيه وذلك استناداً للحجج الآتية:

• أن ابقاء الملك للواقف ومنعه من حرية التصرف فيه بجميع وجوهه يعد ملكاً صورياً أجوفاً، وما لهذا شرع الملك أصلاً في الإسلام، لأن حرية التصرف هي جوهر معنى الملك، ونقض هذه الحرية نقض للملك من أساسه.

• أن القول بزوال الملك في الموقوف عن المالك ليصبح على حكم ملك الله تعالى مثقلاً بحق الجهة الموقوف عليها في الانتفاع أقرب إلى مقصد الشارع وتحقيق المصلحة العامة، فالوقف ينبنى على فعل روحاني مرتبط بالعقيدة ونيل الثواب فكا الدافع الأسمى والأول في أوقاف المسلمين تحقيق طاعة الله والتقرب إليه سبحانه وتعالى. وقد علل بعض المعاصرين اختلاف الفقهاء في تعريف منى الوقف شرعاً بأحد الأمور الآتية:

- الخلاف في طبيعة العقد فجاء كل تعريف معبراً عن وجهة نظر صاحبه.<sup>2</sup>
- الخلاف في التكيف الفقهي للوقف وتصور حقيقته.
- وصول أحاديث وآثار واردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة بطريق سليم دون بعضهم الآخر.
- اختلافهم في فهم ما تدل عليه تلك الأحاديث والآثار.<sup>3</sup>

1 - عبد الله بن الشيخ المحفوظ، أثر المصلحة في الوقف، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة 12، عدد 47، 2000، ص 08.

2 - العياشي الصادق فداء، محمود أحمد مهدي، الإجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، المعهد الإسلامي للبحوث، السعودية، دط، 1995، ص 16.

3 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 307.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للوقف.

لقد عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري بنصه على ما يلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".<sup>1</sup> من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء إذ أخرج المال الموقوف عن ملك الواقف بعد تمام الوقف، ومنعه من التصرف في العين الموقوفة، واشترط لصحة الوقف أن يكون مؤبدا لا محددًا بزمن،<sup>2</sup> باعتبار الوقف صدقة دائمة،<sup>3</sup> غير أنه لم يحدد صراحة إلى من تتول ملكية المال الموقوف رغم نصه على إخراجه على ملك واقفه، أو عن ملك أي شخص آخر كالموقوف عليهم، كما أنه استعمل عبارة "التصدق" دون تحديد الجهة التي تنتفع بالوقف، وإن كانت عبارة "التصدق" وحدها تعني أن يكون على جهة من جهات البر والخير.

ولقد أكد القضاء الجزائري هذا التعريف بحيث قضت المحكمة العليا في الملف رقم: 189265 بالقرار الصادر عنها بتاريخ: 1998/05/19. على ما يلي: "الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".<sup>4</sup>

وهو ما جاء في تعليق الغرفة العقارية في الملف رقم: 204958، الصادر بتاريخ: 2001/01/31. والذي جاء فيه ما يلي: "بما أن الوقف هو تصرف نهائي ... فإن أثره إلغاء عقد ملكية المحبس، أي في قضية الحال ملكية المالكين الأصليين ولم يعد في إمكانهم تغيير طبيعة الوقف بتصرفات أخرى كالهبة".<sup>5</sup>

1 - المادة 213 من القانون 11/84، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2 - تنص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم: 10/91 على ما يلي: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".

3 - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1991، ص 74.

4 - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد 01، سنة 2000، ص 178.

5 - مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، عدد 01، سنة 2004، ص 136.

وقد أصدر المشرع الجزائري بتاريخ: 27 أبريل 1991 القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف،<sup>1</sup> نظم فيه أحكام الوقف بنصوص قانونية خاصة، فعرف الوقف في المادة الثالثة منه بأنه: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

وبقراءة نص هذه المادة نلاحظ أن هذا التعريف هو ذاته الذي ورد بنص المادة 213 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، فجاء جامعا بين نوعي الوقف العام والخاص، غير أن المشرع خص الوقف بحبس المال بصفة عامة في قانون الأسرة بينما حدد الوقف في حبس العين عن التملك في قانون الأوقاف،<sup>2</sup> كما أنه حذف عبارة "لأي شخص" وأضاف عبارة "المنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". مقتديا في ذلك بفقهاء الشريعة الإسلامية.

وترتيبيا على ما سبق نشير في هذا الصدد إلى أن التعريف الوارد في قانون الأوقاف أكثر وضوحا من التعريف الوارد في قانون الأسرة كونه يبين أن التصدق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة.

#### الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للوقف.

بعد تعريفنا للوقف من الناحية القانونية سنحاول التعرض للطبيعة القانونية للوقف من خلال تحليل هذه النقاط الثلاث التي نبني عليها تكييفنا لهذه الطبيعة القانونية الخاصة.

1 - القانون 10/91 مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 أبريل 1991، معدل بالقانون 07/01 مؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق 22 ماي 2001. المعدل بالقانون 10/02 مؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002. المتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية، العدد: 21، السنة: 28.

2 - شريف بن عقون، الوقف في التشريعات الجزائرية، مجلة الموثق، عدد 07، سنة 2002، ص 47.

## أولاً: الوقف تصرف بالإرادة المنفردة.

اتفق الفقهاء على أن الوقف يعتبر من التصرفات التي توجد بإرادة منفردة فينشأ بوجود الإيجاب الصادر من الواقف فقط، وهو نفس المنحى الذي سار عليه المشرع الجزائري،<sup>1</sup> إذ نص في المادة الرابعة الفقرة الأولى من قانون الأوقاف على ما يلي: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة".

غير أنه يؤخذ على هذا النص أنه جمع بين عبارتين متناقضتين في المعنى، فاستعماله كلمة "عقد" يفيد أن الوقف التزام يتوقف إنشاؤه على تطابق الإيجاب الصادر من الواقف مع القبول الصادر من الموقوف عليه وهذا غير صحيح، ذلك أن الوقف لا ينعقد بتطابق الإيجاب مع القبول حتى يسمى عقدا وإنما يتم بالإرادة المنفردة للواقف.<sup>2</sup>

ولعل استعمال المشرع لعبارة العقد في نص المادة الرابعة مستمد من استعمال الفقهاء المسلمين القدامى لهذه العبارة على كل التصرفات الصادرة من جانبيين، وتلك الصادرة من جانب واحد، إلا أن فقهاء الشريعة المعاصرين قصرها مصطلح "العقد" على التصرفات الصادرة عن توافق إرادتين دون غيره واعتبروا الإرادة المنفردة ليست عقدا.<sup>3</sup>

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الصياغة الفرنسية للمادة الرابعة جاءت موفقة، إذ نص فيها المشرع على أن الوقف تصرف قانوني صادر من جانب واحد.<sup>4</sup>

1 - محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 228.

2 - شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 255.

3 - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 55.

4 - L'article 04 du la loi 91/10 : «Le wakf est un acte par lequel une volonté individuelle s'engage à faire une donation ».

وعليه فإنني أرى حذف عبارة "عقد" الواردة في نص المادة الرابعة من قانون الأوقاف رقم: 10/91 في صيغته العربية ليصبح كالاتي: "الوقف التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة".

### ثانيا: الوقف ينصب على المنفعة.

بقراءة نص المادة 17 من قانون الأوقاف رقم: 10/91 والتي جاء نصها كالاتي: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه". والمادة الثالثة من نفس القانون، وكذا المادة 213 من قانون الأسرة، يتبين لنا جليا أن الوقف ينصب أصلا على المنفعة، فهو لا يهدف إلى تملك الشيء الموقوف ولا تنتقل بموجبه ملكية المال الموقوف إلى الموقوف عليه، وإنما يكون لهذا الأخير الانتفاع فقط بالوقف عكس ما هو عليه الحال في الهبة والوصية.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها من بينها القرار الصادر عنها في الملف رقم: 195280، الصادر بتاريخ: 2000/05/31 والذي قضت فيه بما يلي: "الحبس يعد من أعمال التبرع التي يستفيد المحبس له من حق الانتفاع فقط...".<sup>1</sup>

هذا ولا يجوز للواقف -كقاعدة عامة- أن يتصرف في المال الموقوف بالتصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو التنازل وغيرها مثلما تنص على ذلك المادة 23 من القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف إلا استثناء في بعض الحالات التي يجوز فيها استبدال العين الموقوفة بملك آخر في حالات خاصة وبشروط محددة. وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون 10/91 بما يلي: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية: .... وهي حالات على سبيل الحصر.

1 - المجلة القضائية، الغرفة العقارية، عدد 01، سنة 2004، ص 138.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في الملف رقم: 157310، الصادر بتاريخ: 1997/07/16. بما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها".<sup>1</sup>

والوقف بهذا المعنى يشبه حق الانتفاع في أن كليهما ينصب على المنفعة، غير أنه يختلف عنه كون أن حق الموقوف عليه هو حق شخصي لأنه ينقل حق الانتفاع فقط دون ملكية الرقبة، أما حق المنتفع فهو حق عيني،<sup>2</sup> ومن ثم يكون الانتفاع بالوقف باستغلال المال الموقوف على نحو يمكن من الحصول على منافعه وغلاته وفقا لطبيعة الشيء الموقوف وإرادة الواقف ومقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات المحددة قانونا، ووفقا لما تقتضيه المادتان 18 و 45 من القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف، فإذا كان المال الموقوف دارا مثلا ثم الانتفاع بها عن طريق شغلها، أما إذا كان أرضا زراعية فبزراعتها أو غرسها أشجارا للانتفاع بها.

### ثالثا: الشخصية المعنوية للوقف.

نص المشرع الجزائري في المادة: 49 الفقرة الخامسة من القانون المدني<sup>3</sup> على ما يلي: "الأشخاص الاعتبارية هي: الوقف". ونص في المادة 05 من قانون الأوقاف رقم: 10/91<sup>4</sup> على ما يلي: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها".

1 - المجلة القضائية، الغرفة العقارية، عدد 01، سنة 1997، ص 34.

2 - نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 177.

3 - هذا هو النص الجديد للمادة 49 من القانون المدني التي تم تعديلها بموجب المادة 21 من القانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 44، س 42، صادر بتاريخ: 2005/06/26.

4 - القانون رقم: 10/91 الصادر بتاريخ: 1991/04/27، جريدة رسمية، عدد 21، ص 28، صادر بتاريخ: 1991/05/08.

وبتحليل هاتين المادتين يتبين لنا أن للوقف شخصية معنوية مستقلة تماما عن شخصية الموقوف عليه، وأن الاعتراف بهذه الشخصية المعنوية يضمن للوقف الاستقلال المالي والإداري من خلال تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمة الواقف والموقوف عليه، وتمثيله من طرف ممثل قانوني يسمى ناظر الوقف<sup>1</sup> يتصرف باسمه ويتولى إدارته<sup>2</sup> وتمثيله أمام القضاء.

هذا وإن إضفاء المشرع صفة الشخصية المعنوية على الوقف يضع حدا للجدال الفقهي الذي كان سائدا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي سواء للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى.<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمه.

الوقف عند الجمهور غير الحنفية سنة مندوب إليها، فهو من التبرعات المندوبة لقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾.<sup>4</sup> وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾.<sup>5</sup> فهو بعمومه يفيد الإنفاق في وجوه الخير والبر، والوقف إنفاق المال في جهات الخير.

ولقوله صلى الله عليه وسلم- في حديث عمر المتقدم: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها".<sup>6</sup> وقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي يرويه عنه أبو هريرة رضي

1 - نص المشرع الجزائري على شروط تعيين ناظر الوقف، وحقوقه، وكيفية أداء مهامه وإنهائها في المرسوم التنفيذي رقم:

381/98 الصادر بتاريخ: 1998/12/01. المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

2 - تنص المادة: 33 من القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف على مايلي: "يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كيفية تحدد عن طريق التنظيم".

3 - شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 260.

4 - سورة آل عمران، الآية: 92.

5 - سورة البقرة، الآية : 267.

6 - سبق تخريجه.

الله عنه: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له".<sup>1</sup> والولد الصالح هو القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد.

وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف، وكان وقف عمر مائة سهم من خير أول وقف في الإسلام على المشهور، وقال جابر رضي الله عنه - ما بقي أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم - له مقدرة إلا وقف.

والوقف من خصائص الإسلام، قال النووي: "وهو مما اختص به المسلمون". وقال الشافعي: "لم يحبس أهل الجاهلية داراً ولا أرضاً فيما علمت".

ويلاحظ أن القليل من احكام الوقف ثابت بالسنة، ومعظم أحكامه ثابت باجتهاد الفقهاء، وبالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف.<sup>2</sup>

وحكمة الوقف أو سببه: في الدنيا بر الأحياب، وفي الآخرة تحصيل الثواب، بنية من أهله.<sup>3</sup>

#### حكم الوقف:

قال الحنفية: الوقف مباح بدليل صحته من الكافر، وقد يصبح واجباً بالنذر، فيتصدق بالعين الموقوفة أو بثمانها، ولو وقفها على من لا تجوز له الزكاة كالأصول والفروع، جاز في الحكم، أي صح الوقف في حكم الشرع لصدوره من أهله في محله، لكن لا يسقط به النذر، لأن الصدقة الواجبة لا بد من أن تكون لله تعالى على الخلوص، وصرفها إلى من لا تجوز

1 - الإمام مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، حديث رقم: 1631، ج3، ص 1255، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 157.

3 - رمضان علي الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مرجع سابق، ص 154.

شهادته له، فيه نفع له، فلم تخلص لله تعالى، كما لو صرف إليه الكفارة أو الزكاة، وقعت صدقة وبقيت في ذمته.<sup>1</sup>

---

1 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج2، ص ص 392 - 399.

المبحث الثاني: إنشاء الوقف.

الوقف نوعان: خيرى وأهلي.

**فالخيرى:** ما يصرف ريعه من أول الأمر إلى جهة خيرية كالمساجد والملاجئ والفقراء، ولو كان ذلك لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين، كمن وقف على ملجأ أرضه لمدة عشر سنوات، ثم تكون بعدها لأولاده.

**والأهلي:** ما جعل استحقاق الريع فيه أولاً للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين بالذات أو بالوصف، سواء أكانوا من أقاربه أم من غيرهم، ومثاله أن يقول وفتت أرضي على نفسي مدة حياتي ثم على أولادي بعد مماتي، أو أن يقول وفتت أرضي على فلان ثم على جمعية تحفيظ القرآن الكريم، أو أن يقول وفتت كذا على أولاد فلان ثم من بعدهم على مسجد الحي. أما إذا وقف أولاً على جمعية مدة عشر سنين ثم على أولاده فإن الوقف يكون خيرياً.

ويخضع إنشاء الوقف إلى جملة من الشروط والضوابط ينبغي على المحبس احترامها، لكي يمكن اعتبار وقفه صحيحاً ومنتجاً لآثاره، وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول: أركان الوقف.**

**المطلب الثاني: شروط الوقف.**

المطلب الأول: أركان الوقف.

إذا فسر الركن بأنه ما يتوقف عليه الشيء، كانت أركان الوقف أربعة: الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة.<sup>1</sup> وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أن للوقف أركاناً أربعة، الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه، بناء على تفسيرهم الركن بأنه ما يتوقف عليه الشيء ولا شك في أن هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف.<sup>2</sup>

أما إذا فسر الركن بأنه جزء الحقيقة، أو ما به قوام الشيء ووجوده كان ركن الوقف شيئاً واحداً من الصيغة المنشئة للوقف، ويكون ما وراءها من لوازم وجود الصيغة. وهو ما ذهب إليه الحنفية: أن للوقف ركناً واحداً وهو الصيغة المنشئة له وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة بناء على تفسيرهم الركن: بأنه ما كان جزءاً من حقيقة الشيء، أو ما به قوامه ووجوده، وهو خلاف راجع إلى الإختلاف في أمر اصطلاحي فلا يترتب عليه ثمرة.<sup>3</sup>

وسنكتفي هنا بالكلام على عن الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه، وأما باقي الأركان فسنعرف تفصيلها عند بيان شروط كل ركن.

**الفرع الأول: ركن الصيغة:** اتفق الفقهاء<sup>4</sup> على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة فيكفي في تحقيقها وجود الإيجاب من الواقف، وأما القبول من الموقوف عليهم فليس

1 - رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 156.

2 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1982، ص 275.

3 - رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، نفس المرجع، ص 156.

4 - الزيلعي، تبیین الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص238. انظر: الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 383. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 375. انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205.

بركن، فصيغة الوقف هي كل ما يصدر من الواقف دالا على إنشاء الوقف لفظا كان أو فعلا أو إشارة.

يستوي في ذلك لفظ الوقف والحبس والصدقة وغيرها من كل ما يدل على حبس العين والتصدق بالغلة والثمرة، وأما الفعل فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف به كالإذن بالصلاة في وقف المسجد، والدفن في المقبرة، والشرب من السقاية، ويكفي في الإذن التخلية بينه وبين الناس للانتفاع به.

ولا يشترط في الإشارة إلا كونها صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس مفهمة للمقصود منها.

ويعد اتفاق الفقهاء على أن القبول ليس ركنا في الوقف، اتفقوا على أنه ليس شرطا في صحته ولا الاستحقاق فيه إذا كان الموقوف عليه غير معين، واختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معينا، فمنهم من جعله شرطا ومنهم من لم يشترطه.<sup>1</sup>

فالمالكية شرطوا لصحة الوقف والاستحقاق فيه القبول من الموقوف عليه المعين إن كان أهلا أو من وصيه أو القيم عليه إن لم يكن أهلا، فإذا قبل صح وثبت الاستحقاق، وإن رده بطل في حقه وانتقل الحق للفقراء والمساكين.<sup>2</sup>

والحنابلة في قول لهم يشترطون القبول الصريح للاستحقاق، فإن لم يقبل لا يستحق شيئا، وإن رده بطل حقه وكذلك إذا سكت. فالوقف تبرع لآدمي فأشبهه الهبة والوصية، وهما لا يثبت الملك فيهما للمعين إلا بالقبول فكذلك الوقف.

1 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 324. انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 54. انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 159.

2 - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 371.

ولكن المشهور عندهم أن القبول ليس بشرط للاستحقاق، لأن الوقف إزالة ملك بمنع التصرفات من بيع وهبة وغيرها فلا يعتبر فيه القبول كالعق، والقياس على الهبة والوصية قياس مع الفارق، لأن الوقف في هذه الصورة يختص بالمعين، بل له ولمن بعده بخلاف الهبة والوصية فإنهما مختصان بالموصى له والموهوب له فلزم فيهما القبول.<sup>1</sup>

وعلى هذا الرأي يثبت الاستحقاق مطلقا سواء قبل أم رد أم سكت فهو لا يتأثر بالرد ما دام الملاحظ فيه أنه إزالة ملك الواقف فقط.

وذهب الشافعية<sup>2</sup> والحنفية على المشهور في كتبهم إلا أنه ليس بشرط لا في صحة الوقف ولا في الاستحقاق، فيصح متى صدرت الصيغة صحيحة ويستحق الموقوف عليه الثمرة والغلة وإن لم يصدر منه قبول إلا أنه إذا رده يبطل استحقاقه وينتقل الحق إلى من يليه متى كان أهلا للرد. ولا يقبل الرد من وليه أو وصيه أو القيم عليه، لأن الرد ضرر محض، فلا يقبل من هؤلاء.

وإنما قبل الرد منه إذا كان أهلا، لأن الأموال لا تدخل في ملك أحد بغير إرادته إلا في الميراث فإنه بجعل الشارع.

وبناء على ما تقدم فلا خلاف بين الفقهاء في أن ركن الوقف هو الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف، وعليه فالوقف كالوصية تصرف يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف نفسه والتي يعبر عنها بإيجاب الواقف، وإن كان الفقهاء قد أطلقوا على الوقف لفظ العقد في ثنايا مصادرهم فذلك إعمالا لمعنى التقوية والعهد فيه، أي تكريسا للمعنى العام له لا الخاص كما سبق بيانه في الوصية.

1 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 189. انظر: البهتوي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 254.

انظر: أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 246.

2 - الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 383. انظر: الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص 442.

الفرع الثاني: القبض.

هل يكفي إيجاب الواقف لانعقاده وثبوت الملك فيه أم لابد من أن يتم قبضه وحوزه؟.

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل فكان لهم قولان:

أولاً: اشتراط القبض لتمام الوقف.

وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين، فالإمام أبو حنيفة والإمام محمد<sup>1</sup> يقولان: بعدم زوال الوقف حتى يجعل له وليا ويسلم إليه، ويرى المالكية<sup>2</sup> أن صحة الحبس موقوفة على الحوز، فالوقف إن لم يحزه الكبير الذي وقف عليه يعد باطلاً، وأما الصغير فيحوز عنه وليه فإن كان مميزاً فحوزه كاف على المعتمد من المذهب.

والحياسة المطلوبة عند المالكية قد تكون حسية وقد تكون حكمية. فالحسية هي ما كان التسليم فيها فعلياً، والحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجوراً تحت ولاية الواقف فالحياسة في هذه الحالة تتحقق بإشهاد الولي على الوقف على محجوره وصرف الغلة كلها أو بعضها على مصارفه، وألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكنى الواقف، فإن كانت كذلك فلا تصح الحياسة، وإذا شغل النصف بطلت الحياسة فيه وصحت في النصف الآخر.

وأما الحنابلة<sup>3</sup> في أحد أقوالهم: فالوقف يقع باطلاً عندهم إن لم يخرج من يد الواقف فهو لا يلزم إلا بالقبض، ويتحقق ذلك بالتسليم إلى الناظر أو الموقوف عليه المعين.

1 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 33. \*انظر: الزيلعي تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص 325.

2 - الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص 84. \*انظر: الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص 464. \*انظر: التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 370. \*انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص 144.

3 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188. \*انظر: المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 36، ص 37.

والجدير بالذكر هنا أن أصحاب هذا الرأي متفقون على أن الحوز والقبض في وقف المسجد يتحقق بتخليته للناس، فلا يشترط فيه التسليم لأنه إسقاط لملك العبد، فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد.

واستدل أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

- **أولاً:** قياس الوقف بالصدقة المنفذة، فلما كان التسليم شرطاً لصحتها كان في الوقف كذلك.<sup>1</sup>
- **ثانياً:** أن الوقف تبرع بمال والمال لا يخرج عن الملكية مجرد القول، وإنما يتحقق التبرع فعلاً بإخراجه من يد مالكة الواقف.<sup>2</sup>
- **ثالثاً:** أن التملك من الله لا يتحقق قصداً لأنه مالك الأشياء، ولكنه يثبت ضمناً التسليم إلى العبد كما في الزكاة.<sup>3</sup>

**ثانياً: عدم اشتراط القبض لتمام الوقف.**

وهو ما قال به أبو يوسف والشافعية والحنابلة في ثاني رواياتهم والظاهرية. فالوقف عند أبي يوسف<sup>4</sup> يزول بمجرد القول، ولا يفتقر إلى التسليم، وهو ما يراه الشافعية<sup>5</sup> بدورهم بأن الوقف يلزم بمجرد التلفظ به ولا يحتاج إلى القبض، كما يذهب الحنابلة<sup>6</sup> في اتجاههم الثاني

1 - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 375.

2 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188.

3 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205.

4 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 33.

5 - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص 372. \*انظر: وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1993، ص 171.

6 - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 36.

إلى أنه لا يشترط إخراج الوقف عن يد الواقف لتمامه، ويرى الظاهرية أن ترك الحيابة لا يبطل الوقف.<sup>1</sup>

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

- **أولاً:** حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعمر -رضي الله عنه- إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، لم يرد فيه أمر بالإقباض والتسليم.<sup>2</sup>
  - **ثانياً:** قياس الوقف بالعتق، لأن الوقف إسقاط للملك وعليه صح بمجرد القول فلا يفتقر إلى القبض.<sup>3</sup>
  - **ثالثاً:** أن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة والميراث، فيلزم بمجرد أي بالعبارات الدالة عليه من غير اشتراط القبض.<sup>4</sup>
  - **رابعاً:** أنه لا يمكن قياس الوقف على الصدقة المنفذة والهبة، لأن فيهما تملك العين للمتصدق عليه والموهوب له، والوقف ليس كذلك عند الأكثرين.<sup>5</sup>
- وعليه فخلاصة القول أن الوقف عند الفقهاء تصرف إرادي محض وإن أطلقوا عليه لفظ العقد بالمفهوم العام له، وهو تصرف من نوع خاص يترتب عليه انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الشخصية الحكيمة بحكم الشرع.
- فأحكام الوقف في الإسلام تقوم على أساس اعتبار الوقف مؤسسة ذات شخصية حكيمة لها نمة مالية مستقلة، وأهلية لثبوت الحقوق لها وعليها.

1 - ابن حزم، المحلى، دار الفكر، لبنان، دط، دت، ج9، ص 185.

2 - الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 383.

3 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 33.

4 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188.

5 - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 207.

فالوقف شخص معنوي له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس بواسطة ممثله وهو المتولي أو ناظر الوقف لحفظه وعمارته وتحصيل ريعه وصرفه في جهاته، كما أن عليه رعاية الأعيان الموقوفة وإدارة شؤونها واستغلالها وإجراء العمارة اللازمة وصرف غلتها إلى المستحقين، كل ذلك من أجل تحقيق الغاية والمقصد من تشريع الوقف

#### المطلب الثاني: شروط الوقف.

**الشرط:** هو ما يتوقف عليه الشيء وليس جزءا من حقيقته، وإذا كان من المعلوم أن وجود الوقف يتوقف على واقف وموقوف وموقوف عليه وصيغة تعبر عن إرادة الواقف، وقد تشتمل هذه الصيغة على شروط يملئها كل واقف في كتاب وقفه، وعليه فقد قسمت هذا المطلب إلى خمسة فروع:

الفرع الأول: شروط الصيغة.

الفرع الثاني: شروط الواقف.

الفرع الثالث: شروط الجهة الموقوف عليها.

الفرع الرابع: شروط المال الموقوف.

الفرع الخامس: الشروط التي يشترطها الواقفون في كتب وقفهم.

الفرع الأول: شروط الصيغة.

**صيغة العقد:** هي ما يعبر العاقد بها عن العقد دالا على إرادته ورغبته، وعلى هذا فصيغة الوقف هي ما يدل على انشاء الوقف من قول أو كتابة أو إشارة من العاجز عن

التعبير بغيرها متى كانت دالة على مراد الواقف أو ممن يقوم مقام الواقف في ذلك شرعا، من وكيل أو فضولي.<sup>1</sup>

وقد اشترط في الصيغة شروطا لا بد منها لصحة الوقف منها:

**أولاً:** ألا تكون الصيغة معلقة على أمر غير موجود وقت الوقف بأن يكون المعلق عليه معدوما في الحال، وإن كان يحتمل وجوده في المستقبل فمن قال: هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء الطلبة إن ملكتها، كان هذا الوقف غير صحيح ولا تكون الدار وقفا إذا ملكها، لأنه لم ينشئ وقفا بعبارة، وإنما علق انشاءه على أمر معدوم فكأنه قال: إن ملكت هذه الدار كانت وقفا، وإن لم أملكها فلا وقف.

أما إذا كان المعلق عليه هو موت الواقف المطلق يكون الوقف وصية ويأخذ حكمها ويلزم للورثة تنفيذها إذا مات مصرا عليه بدون رجوع عنه، كما إذا قال: إذا مت فأرضي موقوفة على جماعة الفقراء، فإن قيد الموت بسنة أو مرض فلا يصح.

وإن علق على أمر آخر غير الموت وكان محققا حين صدوره صح الوقف أيضا لأنه تعليق صوري، فهو تنجيز حقيقة، كما إذا قال: إن كانت هذه الدار ملكي فقد جعلتها صدقة موقوفة على فقراء هذه البلدة، ثم تبين أن هذه الدار كانت ملكا له وقت قوله بأن ملكها بالإرث قبله.

ولم يأت القانون بما يخالف هذا لأنه بعدما شرط في صحة الوقف صدور اشهاد رسمي أمام المحكمة ممن يملكه، لا يتصور أن يوجد وقف معلق على أمر غير موجود.

أما الصيغة المنجزة كقوله: جعلت أرضي صدقة موقوفة على كذا، فالإتفاق على صحة الوقف بها.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 279.

وفي الصيغة المضافة الدالة على إنشاء الوقف من غير أن تترتب عليه آثاره في الحال، بل تتأخر إلى زمن مستقبل أضيفت إليه، مثل أن يقول الواقف: وقفت أرضي الفلانية صدقة موقوفة لله تعالى من أول جانفي 2022م على طلاب الجامعة الفقراء، حكمها مختلف فيه باختلاف الزمن الذي تضاف إليه، فإن أضيفت إلى ما بعد موته كأن قال: وقفت أرضي على هذا المسجد لينفق منها على مصالحه بعد موتي كان ذلك وصية. وإن كانت الإضافة إلى وقت آخر غير ما بعد الموت ففيها روايتان عند الحنفية:

أحدهما أنها تصح ويستحق الموقوف عليهم الربيع من حين مجيء الوقت المضاف إليه، والثانية أنها لا تصح فلا استحقاق لأنه لا وقف، ومرجع الاختلاف إلى أن الوقف له شبه بالإسقاط لما فيه من إخراج العين الموقوفة عن ملك الواقف -وله شبه بالإجارة من جهة أن المقصود منه انتفاع الموقوف عليهم بالربيع، فلهذين الشبهين صح إضافته لأن كلا من الإسقاطات والإجازات يصح إضافتها- وللوقف شبه أيضا بالتمليكات من جهة أنه يجعل العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى بعد أن تخرج من ملكه ليملك الموقوف عليهم منفعتها، فهذا الشبه لا تصح إضافة الوقف إلى زمن المستقبل لأن التمليكات لا تقبل الإضافة ولا التعليق لما فيها من الخطر وهو احتمال الوجود والعدم، والراجح رواية الجواز لما فيها التوسعة على الناس في أوقافهم.<sup>1</sup>

**ثانيا:** ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي حكم الوقف أو يخل بأصله في وقف غير المسجد. ومثال ذلك: ما إذا قال جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها متى أردت، أو أصرف ثمنها في حاجتي، أو يشترط هذا الشرط لأحد المستحقين، فإذا اشترط ذلك بطل وقفه بهذا الشرط، في الرأي الراجح عند الحنفية، وفي رواية عندهم أنه يصح الوقف ويبطل الشرط، وهذه الأخيرة اختارها المتأخرون للفتوى. أما وقف المسجد فلا يتأثر بهذا الشرط اتفاقا. والقانون لم يشترط هذا الشرط، فلم يجعل للشروط تأثيرا على الوقف.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 281.

ثالثا: ألا تقترن الصيغة بما يدل على التوقيت كأن يقول: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان مدة عشر سنوات، أو يقول وقفت أرضي هذه على هذا الملجأ إلى أن يتخرب، وإنما اشترط هذا لأن الوقف شرع ليكون صدقة دائمة فتوقيته ينافي حكمه الذي شرع من لأجله وهذا الشرط يستلزم أن يكون الموقوف عقارا، وأن يكون آخره لجهة بر لا تنقطع كالفقراء.

وأجاز الإمام مالك أن يكون الوقف مؤقتا لمدة معينة ينتهي بعدها ويعود للواقف حرية التصرف كما كان قبل الوقف.

أما القانون: فقد نصت المادة 213 من (ق.أ.ج) على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: شروط الواقف.

يشترط في الواقف أن يكون من أهل التبرع، سواء اعتبرنا الوقف تبرعا أو إسقاطا لأن في كليهما، إخراج المالك ما له من ملكه بدون عوض مالي يدخل بدل ما أخرجه، فلهذا كان لا بد أن يكون هذا التصرف صادرا عن مالك ذي عقل ناضج واختيار صحيح وإرادة كاملة ولا يتحقق ذلك إلا إذا توفر في الشخص الأهلية الكاملة التي تكون:

1- الحرية: فلو كان الواقف عبدا أو أمة. لا يصح وقفه لأنه لا ملك لهما.

2- البلوغ: فالصبي وقفه باطل ولو كان مميزا، لأن غير المميز ليس أهلا للتصرفات والمميز ليس أهلا للتبرعات.<sup>2</sup>

3- العقل: والمراد به كماله، فالمجنون فاقد العقل والمعتوه ناقصه لا يصح وقفه، لأن صحة التبرعات أو ما في معناها من الإسقاطات تتوقف على كمال العقل.

1 - المادة 213 من القانون 11/84 المؤرخ في: 09 جويلية 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 286.

4- ألا يكون محجورا عليه لسفهه أو لعدم رشد أو غفلة، فمن بلغ سفيها أو مغفلا وحجر عليه لذلك وتم الحجر لا يصح منه الوقف لعدم أهليته للتبرع.

### وقف الدين:

1- إذا كان المدين محجورا عليه لدينه (على رأي القائلين بذلك) فوقف، فإن وقفه يتوقف نفاذه على إجازة الدائنين من وقت إنشاء العقد، فإن لم يجيزوه بطل، وذلك لأنه لو نفذ دون إجازة الدائنين أضر بهم وضاعت فائدة الحجر، لكن إذا استفاد المحجور عليه مالا آخر بعد الحجر عليه في ماله الذي كان له في وقت الحجر فلا يسري الحجر الأول عليه، وإن تكون يده مطلقة التصرف في ماله الجديد المستفاد بعد الحجر.

2- إذا لم يكن المدين محجورا عليه: فإن كان الدين غير مستغرق لماله ووقف ما زاد عما يفي بدينه فوقه صحيح نافذ في حق الدائنين غير متوقف على إجازة أحد سواء كان ذلك في صحته أو في مرض موته، خلافا لمالك وبعض فقهاء الحنفية المتأخرين صيانة لأموال الدائنين، ومنعا للمماطلة والتلاعب من المدينين.<sup>1</sup>

وإن كان الدين مستغرقا ووقف قبل الحجر عليه في مرض موته فإنه يتوقف نفاذه أيضا على إجازة الدائنين، وإنما توقف لأن حقوق الدائنين تعلقت بدمته وماله معا كما في صورة الحجر محافظة على أموال الدائنين، لاحتمال أنه تصرف، وهذا التصرف بقصد تضييع حقوقهم.

غير أن الإجازة لا تعتبر منهم من وقت إنشاء الوقف بل بعد الموت، لأن المرض الذي يعتبر بمنزلة الحجر هو مرض الموت، ولا يعرف إن كان هو أو لا، لجواز أن يبرأ منه.

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 287.

أما إذا وقف في صحته فإن وقفه صحيح فإن وقفه صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة الدائنين لا في حياته ولا بعد وفاته، لأن حقوقهم لم تتعلق بالمال، بل هي لا زالت متعلقة بزمته فقط، وهذا قول جمهور الأئمة.

ومذهب المالكية على أن وقفه في هذه الحالة باطل متى ثبت تقدم دينه على وقفه، وقد أفتى بعض الحنفية المتأخرين بأن هذا الوقف موقوف على إجازة الدائنين.

### الفرع الثالث: شروط الجهة الموقوف عليه

يشترط في الجهة الموقوف عليها أن تكون جهة بر وخير حتى يعتبر الإنفاق عليها تقرباً إلى الله تعالى، وعلى هذا إذا كانت الجهة الموقوف عليها قريبة في نظر الإسلام وغيره كالوقف على الفقراء والمحتاجين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين فإن الوقف يصح باتفاق سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم.

أما إذا كانت الجهة الموقوف عليها ليست قريبة عند جميع الأديان كالوقف على أندية القمار فلا يصح سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم، فإن كانت الجهة قريبة في نظر الإسلام فقط كالوقف على المساجد، وإعانة الحجاج فيصح الوقف عليها من المسلم، وغير المسلم فيه خلاف.

وإذا كانت الجهة قريبة عند غير المسلمين وليست قريبة في الإسلام، فلا يصح الوقف عليها من المسلم اتفاقاً، ويصح من غير المسلم إذا وافقت اعتقاده عند المالكية، ولا يصح عند باقي الأئمة.

### الفرع الرابع: شروط المال الموقوف.

اشتراطوا في المال الموقوف شروطاً أربعة وهي:

- 1- أن يكون من الأموال المتقومة فلا يصح وقف المنافع والحقوق عند الحنفية، كما لا يصح وقف آلات الملاهي، وما لا يمكن الانتفاع به أصلاً، أو أمكن لكن حرمه الشارع.
  - 2- ألا يكون مجهولاً جهالة تقضي إلى النزاع، بأن يكون معلوماً وقت الوقف علماً تاماً بحيث لا تشوبه الجهالة، فمن قال وقفت بعضاً من داري على فقراء بلدي فلا يصح، وأيضاً إذا وقف مالا معلوماً واستثنى منه قدراً مجهولاً كمن يقول: وقفت أرضي المشجرة ويستثنى الشجر ومواضع الشجر من الأرض.
  - وأشترط القانون في العين الموقوفة بيان حدود العقار لا مقدار مساحته، وذلك لأن ملكية العقار لا تثبت إلا بتسجيله، فلا يصح الوقف إلا إذا كان موثقاً بالمحكمة المختصة، ولا يمكن توثيق أو تسجيل العقار دون تحديد ولا بيان مساحته.
  - 3- ملكية الموقوف للواقف وقت وقفه ملكاً باتاً لازماً -فمن وقف ما لا يملك فوقه صحيح: موقوف على إجازة المالك لأنه فضولي.
  - 4- أن يكون الموقوف مفرزاً غير شائع في غيره.
- والمشاع نوعان: مشاع لا يقبل القسمة وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة سواء كان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أولاً، كالحصة في بيت صغير، أو الحصة في آلة من آلات الحرث، أو السيارة.
- والثاني: مشاع يقبل القسمة، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة كالحصة في الأرض الزراعية.
- وقد اتفق الفقهاء والقانون على أن الشيوع مانع من صحة الوقف لجعله مسجداً أو مقبرة لأن الشيوع يفضي إلى كون الانتفاع بها يكون بالمهاياة، وهي في غاية القبح إذ يؤدي إلى أن تكون الأرض في عام مسجداً أو مقبرة، وفي عام آخر مزرعة.<sup>1</sup>

1 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 290.

أما وقف الحصة المشاعة في المال القابل للقسمة على جهة من جهات البر فمختلف فيها فمنهم من يجوز ومنهم من يمنع، واختار القانون القول بجواز وقف هذا المشاع، لأنه شيعو لا يؤدي إلى تعطيل مصالح الوقف، لأن القسمة ممكنة ولا تقضي إلى النزاع. فإن كانت الحصة المشاعة في مال لا يقبل القسمة، الوقف غير مسجد أو مقبرة فبعض الحنفية صححوا هذا الوقف، ومنع القانون ذلك أخذاً بمذهب المالكية، لأن الشيعو على هذا الوجه يعطل مصالح الوقف في كثير من الحالات، إذ قد يختلف الناظر والمالك ولا يتفقان على التعمير بينما يكون الوقف في حالة يحتاج فيها ذلك، وأحياناً يستبد بعض ملاك العين الموقوفة وبعضها شائعا.

#### الفرع الخامس: الشروط التي يشترطها الواقفون في كتب وقفهم.

ما المراد بشروط الواقفين؟. المراد بشروط الواقفين ما يعبر به كل واقف في وقفه عن نظمه ورغباته ومقاصده من وقفه، وقد تكون هذه الشروط متعلقة بأصل الوقف وإنشائه كاشتراط توقيته أو تأبيده، وقد تكون متعلقة بغير أصله كاشتراط طريق معينة في توزيع ريعه والاستحقاق فيه والولاية عليه ونحو هذا، فشروط الواقفين هي المواد التي يكون منها كل واقف قانون وقفه للوصول إلى غرضه منه، وهي لا سبيل إلى حصرها لأن أغراض الواقفين ورغباتهم لا سبيل إلى حصرها.<sup>1</sup>

حكم شروط الواقفين؟. كل شرط يشترطه الواقف في وقفه تعبيراً عن إرادته فإما أن يكون شرطاً باطلاً، وإما أن يكون شرطاً فاسداً، وإما أن يكون شرطاً صحيحاً. ولكل واحد من هذه الأنواع الثلاثة معناه وحكمه.

1- فالشرط الباطل: هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه، وحكم هذا الشرط الباطل أنه يبطل الوقف فلا يترتب عليه أثره، فإذا شرط الواقف في وقفه أن يبقى

1 - سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2015، ص 73.

الموقوف على ملكه فهذا شرط باطل لأنه يخل بأصل الوقف أي بحقيقة الوقف التي هي حبس الموقوف عن أن يكون ملكا لأحد من العباد، وإذا اشترط الواقف في وقفه أن يكون له حق الرجوع فيه متى شاء فهذا شرط باطل لأنه ينافي حكم الوقف وهو اللزوم، وفي رواية عن أبي يوسف أن الشرط الباطل لا يبطل الوقف بل يصح الوقف ويلغو الشرط ويعتبر كأن لم يكن.

2- والشرط الفاسد: هو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ولا ينافي حكمه ولكنه يخل بالانتفاع بالموقوف أو بمصلحة الموقوف عليهم، أو يخالف الشرع، وحكم هذا الشرط الفاسد أنه لا يبطل الوقف بل يصح الوقف ويلغو الشرط ويعتبر كأن لم يكن، فإذا اشترط الواقف في حجة وقفه أن لا يستبدل بالموقوف ولو تخرب، أو أن لا يمنع الربيع من المستحقين ولو احتاج الموقوف إلى التعمير فهذا شرط فاسد لأنه يخل بالانتفاع بالموقوف، وإذا اشترط الواقف في وقفه أن لا يعزل الناظر من أولاده ولو خان أو أن لا يتدخل القضاء في شؤون وقفه فهذا شرط فاسد لأنه يخل بمصلحة المستحقين، وإذا اشترط الواقف في وقفه أن لا يستحق من أولاده إلا من قاطع أمه أو أن يصرف من ريعه مبلغ معين في ارتكاب جريمة أو في أي محرم فهذا شرط فاسد لأنه يخالف الشرع.

3- والشرط الصحيح: هو ما لا يخل بأصل الوقف ولا ينافي حكمه ولا يخل بالانتفاع بالموقوف ولا بمصالح المستحقين ولا يخالف الشرع. وحكم هذا الشرط الصحيح أنه واجب إتباعه وتنفيذه ولا تجوز مخالفته إلا في حالات استثنائية سيأتي بيانها، فإذا اشترط الواقف في وقفه أن يبدأ من ريعه بأداء الضرائب المستحقة فإنه يلزم بتنفيذه.

وبالنظر إلى ما تقدم فإن كل شرط يضعه الواقف في العقد لا ينافي حكم الوقف ولا يضر بالموقوف ولا بمصلحة الموقوف عليهم ولا يخالف حكم الشرع يجب اتباعه والعمل به وإلا كان الوقف باطلا، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 156651 الصادر بتاريخ:

1998/03/04. والذي يقضي بما يلي: "إذا كانت بنات المحبس متزوجات فإن ذلك يفقدهن حق التمتع بالمال موضوع الحبس باعتبار ذلك شرطا من الشروط الواردة في عقد الحبس".<sup>1</sup> وبالرجوع إلى القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف نجد المشرع قد نص في المادة 14 منه على أن: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

كما نص في المادة 15 منه على ما يلي: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

كما نص في المادة 16 منه على ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه".<sup>2</sup>

وبالنظر إلى المواد السالفة الذكر يمكننا أن نستنتج: أن المشرع الجزائري ترك للواقف الحرية الكاملة في اشتراط ما يراه مناسبا لوقفه بشرط ألا يكون منهيًا عن هذه الشروط في الشريعة الإسلامية، فإذا كانت الشروط الموضوعية في الوقف محرمة في الشريعة الإسلامية بطلت وصح الوقف.

وهو ما أكدته المادة 218 من ق.أ والتي جاء فيها: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".<sup>3</sup> وكذلك المادة 29 من قانون الأوقاف بنصها على ما يلي: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".<sup>4</sup>

1 - المجلة القضائية، غ. أش. ومو. عدد 01، سنة 1998. ص 94.

2 - شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 284، 285.

3 - المادة 218 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

4 - القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف.

وأنة أجاز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف، فإذا لم يشترط الواقف حين إبرام الوقف ذلك فلا مجال لمراجعة الوقف حينها.

كما أنه أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كانت منافية لحكم الوقف الذي هز اللزوم، أو كانت ضارة بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه، وعندئذ يصير الوقف صحيحا بإزالة الشرط الباطل أو الفاسد.

ومن أمثلة الشروط التي تلحق ضررا بمحل الوقف اشتراط عدم ترميم وعدم صيانة العقار الموقوف إن كان مسجدا مثلا - حتى ينهار - فإن هذا الشرط يلحق ضررا بالمسجد لذلك فلا بد من إزالته لكونه مضرا بمحل الوقف.<sup>1</sup>

ومن أمثلة الشروط التي تمس بمصلحة الموقوف عليه أن يشترط الواقف على زوجته الموقوف عليها ألا تتزوج بعد وفاته، أو أن يقف الواقف على ابنه بشرط أن يقاطع والدته، فهنا يحق للقاضي أن يتدخل لإزالة وإلغاء هذا الشرط بحيث يبقى الوقف صحيحا.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري نجده اعتمد نفس الموقف، وهذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم: 204958 الصادر بتاريخ: 2001/01/31 والذي قضت فيه بما يلي: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين العقد، وعليه فإن القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس والذي يعتبر تصرفا نهائيا ما دام عقد الحبس لم يدرج فيه شرط يسمح بالتراجع يعد خطأ في تطبيق القانون.

1 - عابدين مصطفى، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 59، سنة 2006، ص 125.

2 - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 286.

وحيث وخلافا لما صرح به قضاة الموضوع لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس الذي يعتبر تصرفا نهائيا، وأن قراءة عقد الحبس لا تبين أنهم أدمجوا فيه شروطا تسمح لهم بالتراجع عن الحبس وفقا للمادة 15 من القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف".<sup>1</sup>

هذا وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد تبنى ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية بهذا الصدد جملة وتفصيلا، فاعتبر أن الضابط في هذه الشروط هو عدم مخالفتها للشرع، ومن ثم يجوز للواقفين -في الجزائر- أن يشترطوا في أوقافهم إحدى الشروط التي أجمع الفقهاء على صحتها وجوازها شرعا وأطلقوا عليها مصطلح: "الشروط العشرة".

4- الشروط العشرة: وهي طائفة من الشروط الصحيحة يجوز للواقف أن يشترطها في عقد الوقف وقت إنشائه، وسميت بالشروط العشرة نسبة إلى عددها، وقد اهتم بها الواقفون وأصبح أغلبهم يشترطها في عقد الوقف حتى أصبحت عرفا تقليديا متبعا بحيث لا يوجد عقد وقف يخلو من هذه الشروط وهي:

(أ) شرط الزيادة: يقصد بشرط الزيادة أحقية الواقف في التعديل في مقدار نصيب أحد أو أكثر المستحقين من ريع الوقف وذلك بالزيادة كأن يكون عدد المستحقين عشرة يقسم ريع الوقف فيما بينهم بالتساوي، ثم يقوم الواقف بعد ذلك بتعديل نصيب اثنين منهم فيرفعه إلى ريع أو نصف الوقف، والباقي يوزع بين المستفيدين الآخرين، ويشترط في هذا ألا تكون الزيادة تؤدي إلى حرمان البعض من المستفيدين كلية.

(ب) شرط النقصان: يعتبر شرط النقصان من حيث النتيجة المترتبة عليه عكس شرط الزيادة لأنه يعني حق الواقف في تعديل مقدار نصيب بعض المستحقين من ريع الوقف بالنقصان، ومثاله إرجاع نصيب أحد المستحقين من ريع الوقف إلى الربع بدل النصف، يشترط فيه أيضا عدم حرمان بعض المستحقين من ريع الوقف بصفة كلية.

1 - مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة العقاري، عدد 1، سنة 2004، ص 132.

ت) شرط الإعطاء: المراد بشرط الإعطاء هو حق الواقف بتفضيل بعض المستحقين عن الباقي منهم وإعطائه ريع الوقف كله أو بعضه مدة معينة أو بصورة دائمة ولا يشترط في هذا الشرط عدم حرمان البعض من المستحقين أو كلهم.

ث) شرط الحرمان: المقصود من شرط الحرمان هو حق الواقف في منع بعض المستحقين من ريع الوقف مدة معينة أو بصورة دائمة.

ج) شرط الإدخال: يعني شرط الإدخال حق الواقف في جعل من كان غير مستحق في ريع الوقف مستحقا له، بمعنى إدخال شخص أجنبي عن الموقوف عليهم وجعله من أهل الوقف فيكون بذلك مستحقا أي مدخلا في الاستحقاق.

ح) شرط الإخراج: المقصود بشرط الإخراج حق الواقف في جعل ما كان مستحقا في ريع الوقف غير مستحق له، بمعنى إخراج أحد الموقوف عليهم من الوقف ليكون بعدها من غير أهل الوقف مدة معينة أو بصورة دائمة.

خ) شرط التبديل: يتضمن شرط التبديل معنى التبديل في المال الموقوف، ويكون هذا التبديل في ريع الموقوف كأن يجعل الأرض الموقوفة التي كانت تنتج الزرع بمساكن موقوفة، كما يعني مقايضة عين بعين.

ويلاحظ هنا أن التبديل يشمل المال الموقوف وريعه، ففي المثال المذكور كان المال الموقوف هو أرضا زراعية وريع الوقف هو المنتجات الزراعية فوقع تبديلها وأصبح المال الموقوف هو المساكن وريع الوقف هو الإنتفاع بهذه المساكن من طرف الجهة الموقوف عنها مباشرة، أو تأجيرها وقبض بدل الإيجار الذي أصبح بعد التبديل ريعا للوقف بدلا من المنتجات الزراعية، ولكن قد يكون التبديل يخص المال الموقوف فقط كما في مقايضة عين بعين.

د) شرط الإبدال: المراد بشرط الإبدال حق الواقف في إخراج المال الموقوف من الجهة الموقوف عليها ومنحها بدل ذلك نقودا أو عينا أخرى بدلها.

ويسمى البذل الأول بيعا والثاني مقايضة، وللإشارة هنا أن بعض المسؤولين في زمن المماليك بمصر استغلوا وجود مثل هذا الشرط في عقد الوقف واستولوا على كثير من الأوقاف بعد الفتوى بإجازة بيع بعض الأوقاف بحجة أنها أصبحت معرضة للتلف.

(ذ) شرط الاستبدال: يقصد بشرط الاستبدال أحقية الواقف في أخذ المال الموقوف واستبداله بمال آخر من نفس النوع أو من غيره أي شراء عين وتقديمها إلى الجهة الموقوف عليها وأخذ العين الأولى التي كانت موقوفة على الجهة الموقوف عليها.

(ر) شرط التغيير: يشمل شرط التغيير كافة الشروط السابقة ويتناولها جميعا، إذ يعتبر إجمالا بعد التفصيل، فالشروط السابقة ما هي إلا نوعا من التغيير، لذلك قيل: "إذا شرط الواقف لنفسه شرط التغيير كان له الحق في الشروط السابقة حتى ولو لم يشترطها، كما له أن يغير في مصارف الوقف بطريقة أخرى، فله أن يجعل مصارف مرتبات بدل الحصص.

وله أن يزيد في نصيب البعض من المستحقين، وإنقاص نصيب البعض الآخر إلى غير ذلك مما تحويه الشروط السابقة.

#### وجوب ذكر الشروط العشرة في عقد الإنشاء:

اتفق الفقهاء على أنه يجب على الواقف ذكر الشروط العشرة أو على الأقل شرط التغيير في عقد الوقف عند إنشائه لا بعده.

وبمقتضى هذا الشرط يمكن للواقف أن يغير وقفه من حيث الإنشاء، إذ يجوز له أن يغير من الجهة الموقوف عليها ويجعل نوع الوقف أهليا بعد أن كان خيريا أو العكس يجعله خيريا بعد أن كان أهليا، وله أن يدخل من كان غير مستحق في ريع الوقف ويخرج من كان مستحقا ويجعله غير مستحق له.

فإن لم يذكر هذه الشروط عند انشاء عقد الوقف فليس له بعد ذلك تعديل عقد الوقف بإدراج هذه الشروط فيه، وأجمعوا على أن للواقف أن يحتفظ لنفسه بهذه الشروط طيلة حياته وله أن يفوض الناظر بها بعد وفاته، فإذا لم يفوض الناظر بأي من هذه الشروط فإن عقد الوقف ينفذ بشروطه ولا يجوز للناظر أن يغير من شروط عقد الوقف حتى ولو كانت بعض الشروط تضر بالوقف أو بالموقوف عليه، ولكن يجوز للقاضي أن يغير من شروط الواقف الواردة في عقد الوقف إذا اتضح أنها تلحق ضررا بالوقف أو بمصلحة الموقوف عليهم غير أنه يجب أن تكون سلطة القاضي في التغيير مرتبطة بمصلحة الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه، وبما هو جائز قانونا وشرعا.

### موقف المشرع الجزائري من شروط الواقفين والشروط العشرة.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الصحيحة وغير الصحيحة، ولم يبين ما هي الشروط الفاسدة والشروط الباطلة، إنما ذكر في المادة 14 من قانون الأوقاف أن: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

يفهم من هذه المادة أن اشتراطات الواقف التي تؤثر في أصل الوقف وتنافي حكمه تكون باطلة ويبطل معها الوقف، لأن الشريعة تنهي عنها، ومثالها: قيام الواقف بوقف دار له وشرطه في عقد الوقف استعمال تلك الدار محلا للدعارة أو بيتا للعب القمار أو بنكا ربويا، فهذا الشرط باطل ويبطل معه الوقف.

كما يفهم من نفس المادة أن الشرط الفاسد الذي يشترطه الواقف في عقد وقفه حكمه بطلان الشرط مع بقاء الوقف صحيحا، أخذا بالمذهب المالكي الذي سبق شرحه واستنادا للمادة 218 من (ق.أ) التي تنص على ما يلي: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".<sup>1</sup>

1- المادة 218 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

أما الشروط الصحيحة المعتبرة شرعا وقانونا فإنها تطبق وتأخذ حكم القانون والشرع في لزومها ومن ثمة فإنها تطبق لقاعدة "شروط الواقف كنص الشارع"<sup>1</sup>.

وللبیان أن معنى شرط الواقف كنص الشارع لا يعني العمل بشروط الواقف الواردة في عقد الوقف بدون مناقشتها والبحث عن مفهومها إنما القصد من شروط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة.

ومن جهة أخرى فقد أجاز المشرع الجزائري للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، وهو ما يعني أن شروط الواقف والشروط العشرة تدرج في عقد الوقف، وقد تكون ضمن الشروط العامة، وقد يفرد لها ملحقا خاصا يلحق بعقد الوقف على غرار دفتر الشروط في العقود الأخرى.

وأيا كان الموقع الذي تدرج فيه شروط الواقفين والشروط العشرة فإن ذلك لا يهم كثيرا، إنما الذي يجب طرحه كسؤال ويتعلق بشروط الواقفين والشروط العشرة هل المشرع الجزائري أجاز للواقف أن يشترط أيا من الشروط المذكورة في عقد الوقف، وأجاز له أن يشترط لنفسه حق التغيير والتبديل أو الاستبدال في أي وقت شاء، وفي نفس الوقت أجاز له تفويض غيره للقيام بها بعد وفاته؟.

والإجابة على هذا السؤال ليست صعبة لأنه -في اعتقادنا- فيما يتعلق باشتراط الواقف حق التغيير في شروط الوقف والشروط العشرة يبدو أن المشرع الجزائري أجاز للواقف ذلك، ويستنتج ذلك من نص المادة 15 من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، وعليه يمكن تفسير عبارة التراجع تفسيراً أوسع وجعلها تشمل التغيير والتبديل وغيرهما من الشروط.

1 - زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، سنة 1984، مكتبة الفلاح، الكويت، ص 524.

وبخصوص تفويض الواقف غيره القيام بتغيير شروط الواقفين والشروط العشرة بعد وفاته، فإن المشرع لم يذكر ذلك، وعليه يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 02 من قانون الأوقاف.

والشريعة الإسلامية في هذه المسألة تجيز للواقف أن يفوض الناظر حقه في التغيير بعد الوفاة، وإذا فوض له ذلك فإنه لا يكون إلا مرة واحدة، إلا إذا كان الواقف قد فوض له أكثر من مرة، أما إذا كان عقد الوقف خالياً من التفويض فإنه لا يجوز التغيير من شروط الواقفين ولا من الشروط العشرة لا من الناظر ولا من غيره، حتى ولو كانت السلطة المكلفة بالأوقاف إلا إذا كانت مصلحة الجهة الموقوف عليها، وغرض الواقف وحكم الوقف تتطلب ذلك مثل حالة ما إذا أصبح الوقف غير ممكن استغلاله أو الانتفاع به بالحالة التي هو عليها أو أصبح ضاراً بمصلحة الموقوف عليهم، فإنه يتعين الرجوع إلى القضاء وذلك استناداً إلى المادة 16 من قانون الأوقاف التي تنص على ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضاراً بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليهم".

### المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الوقف.

يقصد بالرجوع في الوقف إمكانية نقضه أو التصرف فيه أو إنتقاله للورثة، وقد اختلف الفقهاء بين مجيز للرجوع ومانع له إلى اتجاهين ن فصلهما في المطالبين الآتين:

**المطلب الأول: عدم لزوم الوقف.**

ينسب القول بعدم لزوم الوقف إلى الإمام أبو حنيفة، ومؤداه أن للواقف مطلق الحرية في استرجاع وقفه حال حياته، كما تورث عنه العين الموقوفة متى نقض وقفه.<sup>1</sup>

ولا يلزم الوقف عند أبي حنيفة إلا في ثلاث حالات هي:

**الحالة الأولى:** هي وقف المسجد، إذ يراه أبو حنيفة وقفًا لازماً متى أفرز وأذن فيه للصلاة لأن احياء الشعائر الدينية لا يتم في المساجد إلا إذا كانت خالصة لله سبحانه وتعالى.

وعليه فالمسجد يخرج من ملكية الواقف خروجاً تاماً إلى ملكية الله لانقطاع حق العباد فيه انقطاعاً نهائياً<sup>2</sup> مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾.<sup>3</sup>

**الحالة الثانية:** هي أن يحكم به القاضي لأنه أمر مجتهد فيه،<sup>4</sup> وصورة ذلك أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي أو ناظر الوقف، ثم يقرر الرجوع فيه بحكم أنه غير لازم، فيتراجعاً إلى القاضي فيقضي هذا الأخير بلزوم الوقف وانقطاع ملك الواقف فيه.<sup>5</sup>

1 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص200. انظر: أحمد الكبسي، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص256.

2 - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، دت، ج3، ص22. انظر: زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1388هـ، ص9.

3 - سورة الجن، الآية: 18.

4 - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص326.

5 - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص376.

وهذه الحالة تطبيقاً لنظرية فقهية مفادها أن القضاء في فصل مجتهد فيه يرفع الخلاف، ومعنى الفصل المجتهد فيه المسائل المختلف فيها بين الفقهاء المجتهدين، فالوقف في نظر أبي حنيفة عقد غير لازم لكن متى قضي فيه أصبح لازماً.<sup>1</sup>

**الحالة الثالثة:** هي أن يخرج الواقف مخرج الوصية فيقول جعلت أرضي أو داري وقفاً بعد موتي، إذ يرى أبو حنيفة أن الوقف هنا لازم بعد الموت من ثلث التركة.<sup>2</sup>

والحقيقة أن الوقف في هذه الحالة لا يكون لازماً بالنسبة للواقف بل يكون حكمه حكم الوصية فيجوز الرجوع عنه مادام حياً، وإنما اللزوم هو في حق الورثة فحتى لو مات من غير رجوع عنه لزمهم التصديق بمنافع الموقوف في حدود ثلث التركة، وأما الزائد عن الثلث فيتوقف على إجازتهم.<sup>3</sup> ولقد استدل أبو حنيفة بعدم لزوم الوقف<sup>4</sup> في غير هذه الحالات المذكورة بأدلة احتدم نقاش الجمهور حولها فردوا عليها، لذلك نعالج المسألة في الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: أدلة القائلين بعدم لزوم الوقف.

استدل أبو حنيفة على جواز الوقف بأدلة من السنة والقياس والآثار والمعقول.

#### أولاً: من السنة.

1- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم - يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها".

1 - مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 107.

2 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 6، ص 203. انظر: مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 221.

3 - زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 524.

4 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 27.

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 ولاها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول.<sup>1</sup>

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الحبس يظل على ملك الواقف وأن التصديق يشمل الثمرة لا غير - كما سبق شرحه - وما دام الملك باقيا في ذمة الواقف فإن من حقه التصرف فيه بشتى أنواع التصرفات، إذ لا يعقل منح حق الملكية وقطع حق التصرف لأنها ستكون حينها ملكية صورية ناقصة.

2- قوله -صلى الله عليه وسلم- "لا حبس عن فرائض الله".<sup>2</sup> ومعناه أن المال لا يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة وهو ما يدل على عدم لزوم الوقف، لأن الإرث خلافة شرعية جبرية ولزوم الوقف مناف لها لأنه يمنع الورثة حقهم في الإرث، فيكون حبسا عن فرائض الله، وهذا ما نهى عنه الرسول -صلى الله عليه وسلم- ليأخذ كل ذي حق حقه من الورثة الشرعيين.<sup>3</sup>

3- لما نزلت الآية ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾.<sup>4</sup> جاء أبو طلحة إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: يا رسول الله يقول الله تعالى في كتابه: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" وإن أحب أموالي لدي بيرحاء - قال: وكانت حديقة كان رسول الله يدخلها ويستظل فيها ويشرب من مائها-

فهني إلى الله وإلى رسوله -صلى الله عليه وسلم- أرجو بره وذخره، فضعها حيث أراك الله. فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "بخ يا أبا طلحة، ذلك مال رابح قبلناه

1 - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد 2، ج 3، حديث رقم: 2737، ص 252.

2 - البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، كتاب الوقف، ج 6، ص 163.

3 - لمريغاني، الهداية بداية شرح المبتدئ، مصدر سابق، ج 3، ص 15.

4 - سورة آل عمران، الآية: 92.

منك ورددناه عليك، فاجعله في الأقربين".<sup>1</sup> فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه. وقد ورد في الصحيح أن من ذوي رحمه من باع صاعاً من التمر بصاع من الدراهم، وهو دليل على عدم لزوم الوقف.<sup>2</sup>

4- ما روي أن عبد الله بن زيد جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - وقال: يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة وهو إلى الله تعالى ورسوله. فجاء أبواه وقالوا: يا رسول الله كان قوام عيشنا. فرده الرسول صلى الله عليه وسلم - ثم ماتا فورثهما ابنهما بعدهما.<sup>3</sup>

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن الوقف لو كان لازماً لما رده النبي صلى الله عليه وسلم.<sup>4</sup>

#### ثانياً: من القياس.

لقد قاس الإمام أبو حنيفة الوقف بالعارية إذا رصد على شخص أو أشخاص معينين، والعارية عقد غير لازم يجوز الرجوع فيه ونقضه من قبل المعير المالك في أي وقت شاء والعين لا تخرج بهذا العقد عن ملك صاحبها، فكذاك الوقف عقد جائز لا يخرج المالك عن ذمة الواقف.<sup>5</sup>

1 - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، حديث رقم: 2758، ص 261.

2 - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء في الفقه والقانون، مجلة دراسات لمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد: 26، العدد: 02، ص 282.

3 - الدار قطني، سنن الدار قطني، مصدر سابق، كتاب الأحباس، باب وقف المساجد والسقايات، ج 4، حديث رقم: 17، ص 201.

4 - محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 97.

5 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 27. انظر: محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 171.

ثالثا: من الآثار.

1- ما أثر عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه قال: "لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها".<sup>1</sup>

ووجه الدلالة أن مؤدى هذا الأثر يشعر بأن الوقف غير لازم، فقد كان بوسع عمر -رضي الله عنه- أن يرجع عن وقفه وينقضه بمحض إرادته، لكنه امتنع عن ذلك لا لأن الوقف لازم بل لأنه كره أن يبزم أمرا في حضرة النبي -صلى الله عليه وسلم- ثم يرجع عنه بعد مفارقتة لفرط مودته له ووفائه. وذلك دليل على عدم لزوم الوقف.<sup>2</sup>

2- ما روي عن القاضي شريح أنه قال: "جاء محمد -صلى الله عليه وسلم- ببيع الحبس".<sup>3</sup>

ووجه الدلالة أن الحبس هو المال المحبوس من التصرف فيه، وقد كان في الجاهلية أموالا محبوسة فجاء الرسول -صلى الله عليه وسلم- بإبطال حبسها وبيعها، وعليه فلو كان الوقف لازما لا رجوع فيه لكان من الحبس الذي أبطله النبي -صلى الله عليه وسلم-.<sup>4</sup>

رابعا: من المعقول.

يرى الإمام أبو حنيفة أن هناك تلازما بين ثبوت الملك للواقف وبين عدم لزوم الوقف، ذلك أنه متى ثبت الملك للواقف انتفى لزوم الوقف، ذلك أنه متى ثبت الملك للواقف انتفى لزوم الوقف وجاز له التصرف فيه بجميع الأوجه المشروعة.<sup>5</sup>

1 - البيهقي، معرفة السنن والآثار، دار الفكر، ط، دت، باب الوقف، ص 279. وقيل منقطع.

2 - زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 460.

3 - محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990، ج3، ص 431.

4 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 303.

5 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205.

ودليل ثبوت الملك للواقف الذي ينتقي به اللزوم ما يأتي:

- أن انتفاع الموقوف عليهم بالعين الموقوفة زراعة وسكنى دليل على ثبوت حقوقهم فيها، وثبوت حق العباد أثر لبقاء الملك، فدل ذلك على أن الملك في العين الموقوفة باق ببقاء تلك الحقوق، وبما أنه ليس لأحد ملك في الموقوف غير الواقف من الناس فوجب أن يكون و المالك، وثبوت الملك للواقف يستلزم منحه حرية التصرف فيه شرعا وهذا ينافي اللزوم.
- أن للواقف ولاية خاصة في تعيين الناظر وعزله، وأساس هذه الولاية مستمد من ملكه الثابت. فإذا ثبت الملك في الموقوف كانت له حرية التصرف فيه، وحرية التصرف تنافي اللزوم، وعليه كان الوقف عقدا جائزا غير لازم.
- أن الوقف لا ينقطع فيه الأجر بموت الواقف، ولا ريب أن استمرار الأجر بالصدقة لا يتم للواقف إلا إذا كان مالكا للعين التي يتصدق بريعتها، إذ لا صدقة لأحد فيما لا يملك.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: مناقشة الأدلة.

رد الجمهور (محمد وأبو يوسف، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية) على أدلة أبي حنيفة بالردود الآتية:

#### أولا: الرد على أدلة السنة.

- (1) أن تأويل حديث الرسول صلى الله عليه وسلم - السابق ذكره لعمر (رضي الله عنه) تأويل مخالف لمراد الشارع، فوقف عمر على ألا يباع أو يورث أو يوهب دليل على التأييد واللزوم وتلك هي ماهية التحبيس.<sup>2</sup>

1 - محمد فتحي الدريني، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 208.

2 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205.

(2) أن ما جاء عن الرسول -صلى الله عليه وسلم: "لا حبس عن فرائض الله" حديث

ضعيف لا يحتج به، ولو فرض ثبوته فإنه فإنه يدحض من زاويتين:

• أولها أن الوقف لا يعد حبسا عن فرائض الله تعالى لأن حق الوارث لا يتعلق بالميراث إلا بعد موت مورثه أو في حالة مرض الموت، أما في غير هاتين الحالتين فلا يتعلق له حق بمال مورثه لأنه لا أحد يعلم غير الله من الوارث ومن المورث فيهما لأن الأعمار بيد الله سبحانه.

أضف أنه لو صح اعتبار الوقف حبسا عن فرائض الله لصح كذلك أن تعتبر الهبات والصدقات والوصايا حبسا عن فرائض الله فلا تجوز وهذا ما لم يقل به أحد.<sup>1</sup>

• وثانيها أنه يمكن حمل الحديث على معنى يتعلق بالبائع على الوقف، وذلك بعدم جواز أن يكون قصد الوقف من وراء وقفه مضارة الورثة وحرمانهم مما فرض الله لهم من حقوق في التركة، دون أن يبتغي جعله قرابة دائمة لله عز وجل، يستمر به أجره وتدوم به مثوبته بعد وفاته.<sup>2</sup>

وعليه فقصد الإضرار بالورثة باعث غير مشروع لأن فيه حبس عن فرائض الله ومحاربة لنظام الإرث الشرعي وهو نوع من المضارة في الحقوق أو ما يطلق عليه اليوم "التعسف في استعمال حق الملك" لاتخاذ ذريعة إلى إسقاط حق أو هدم واجب أو تحليل محرم. وتأسيسا على ذلك ينتفي عن الوقف صفة كونه قرابة إلى الله تعالى بهذا الباعث التعسفي المحرم، لأن المعصية لا تجتمع مع القرابة الخالصة لله عز وجل، لذلك ينبغي أن يوافق التصرف الغاية التي شرع لأجلها.

1 - الشافعي، الأم، مصدر سابق، مجلد 2، ج4، ص ص 58، 59. انظر: ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص

177. انظر: زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 462.

2 - محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 200.

وبناء عليه فالحديث يتصل بالوقف من حيث الباعث عليه ولا يوجد في ذلك تعارض مع مشروعية الوقف ولزومه، بل هو تأكيد على وجوب كونه قربة لله تعالى خالصة لازمة لوجهه الكريم.<sup>1</sup>

(3) أما الدليل الثالث فهو حديث صحيح لا مجال للطعن فيه إلا أن النص ورد بلفظ الصدقة دون لفظ الوقف، وقد كان شائعا في ذلك الوقت اطلاق لفظ الصدقة على الوقف، وبما أن الوقف ورد على عقار فقد رجح ذوو أرحام أبا طلحة جانب الصدقة على الوقف. ومما يقوي هذا المعنى أن البخاري بوب لهذا الحديث بقوله: "باب من تصدق إلى وكيله" وقد كان يبوب في مجال آخر مستخدما لفظ الوقف.<sup>2</sup>

(4) أجيب على الاستدلال بحديث عبد الله بن زيد أنه حديث منقطع والمنقطع لا تثبت به حجة، ولو ثبت الحديث فليس في روايته ذكر للوقف، والظاهر أنه جعله صدقة لا موقوف فرأى الرسول -صلى الله عليه وسلم- أن والديه أحق الناس بثمرة الحائط فدفعه لهما، وبذلك فهو لم يرده عليه بل رده على أبويه. هذا ومن المحتمل أيضا أن يكون البستان للوالدين وكان عبد الله بن زيد يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف هذا التصرف دون أن يأذن له فيه، فلم ينفذاه فأتيا إلى الرسول -صلى الله عليه وسلم- فرده إليهما.

#### ثانيا: الرد على أدلة الآثار.

(1) فأما قول عمر (رضي الله عنه) فلا يصلح للاحتجاج به لسببين هما:

- ✓ أن هذا الأثر منقطع، والمنقطع من الآثار مردود لا يصلح للإحتجاج به.
- ✓ أنه قول صحابي، وأقوال الصحابة وأفعالهم ليست حجة إلا إذا وقع الإجماع عليها، ولم يقع الإجماع هنا.

1 - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 227.

2 - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والالغاء، مقال سابق، ص 283.

(2) وأما قول شريح فلا يفيد ما ذهب إليه أبو حنيفة لأن المراد بالحبيسة ما كان أهل الجاهلية يحبسونه من السائبة والبحيرة والوصيلة والحام. فجاء هذا الأثر مؤكدا لما أبطله القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ﴾<sup>1</sup>.

وعليه فهو أثر لا علاقة له بالوقف، لذلك لا يصلح مستندا للقائلين بعدم اللزوم.<sup>2</sup>

### ثالثا: الرد على أدلة المعقول.

رد الجمهور على أدلة المعقول لأبي حنيفة بأنه لا يوجد تلازم بين بقاء الملك وعدم اللزوم فهناك انفكاك بينهما، فالوقف يقطع حرية التصرف في العين الموقوفة كما في وقف المسجد والمقبرة، سواء بقي الملك للواقف أو خرج للموقوف له أو لله سبحانه وتعالى. فكما سبق بيانه فقد اختلف الجمهور حول من يثبت له ملك الوقف إلا أنهم أجمعوا على أن الوقف يقطع تصرف الواقف في العين الموقوفة، وعليه فلا تلازم بين بقاء الملك وحرية التصرف فيه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجاب على أن الأجر لا يستمر إلا إذا كان الوقف ملكا للواقف، بأن أصل الأجر يثبت بوقف أصل الملك لأنه قرينة لله تعالى ولكن استمراره بعد الموت منوط باستمرار العين المتصدق بها وجريانها، وذلك يعتمد وجود العين وقفا لا ملكا.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: لزوم الوقف.

يقصد بلزوم الوقف أنه متى انعقد مستكملا أركانه وشرائطه انقطع حق التصرف في رقبته تصرفا ينفذه أو يخل بمقصوده.<sup>4</sup>

1 - سورة المائدة، الآية: 103.

2 - زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 462.

3 - محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 211.

4 - محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 180.

وينسب القول بلزوم الوقف إلى جمهور الفقهاء، وهم محمد وأبو يوسف من الحنفية<sup>1</sup>، المالكية<sup>2</sup>، الشافعية<sup>3</sup>، الحنابلة<sup>4</sup>، والظاهرية. إذ يرى الجمهور أن الوقف متى صدر صحيحاً فإنه لا يحق للواقف الرجوع فيه، ولا يفسخ بإقالة أو غيرها، ولا ينقطع تصرف الواقف فيه<sup>5</sup>، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث عنه.

ويختلف الجمهور في وقت تحقيق اللزوم تبعاً لاختلافهم حول انعقاد الوقف بالصيغة وحدها أو افتقاره إلى القبض والتسليم - كما سبق بيانه -.

وعليه يرى أبو يوسف<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> في أحد آرائهم والظاهرية<sup>9</sup> أن الوقف يلزم بالصيغة وحدها ولا يحتاج لزومه إلى تمام القبض.

في حين يذهب محمد<sup>10</sup> والمالكية<sup>11</sup> والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>12</sup> أن لزوم الوقف يتحقق بتمام التسليم والقبض.

وسنعالج هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، نتناول في الأول أدلة القائلين بلزوم الوقف، ونناقش في الثاني تلك الأدلة ثم نعرض في الأخير للزوم الوقف من الناحية القانونية.

- 1 - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص 325. انظر: ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 200. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 375.
- 2 - الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج7، ص 135.
- 3 - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 376.
- 4 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188.
- 5 - محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، سعد سمك للنسخ والطباعة، مصر، 1995، ص 96.
- 6 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 33.
- 7 - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص 372.
- 8 - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 254.
- 9 - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص 185.
- 10 - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص 21.
- 11 - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 370.
- 12 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188.

الفرع الأول: أدلة لزوم الوقف.

استدل القائلون بلزوم الوقف<sup>1</sup> بأدلة من السنة وأخرى من القياس ومن الإجماع وأخرى من المعقول.

أولاً: من السنة.

(1) حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعمر -السابق ذكره في أدلة أبي حنيفة- ووجه الدلالة من هذا الحديث أن التصدق بالأرض على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث هو معنى اللزوم في الوقف، فلو كان الوقف غير لازم لكان من حق الواقف بيعه أو هبته أو التصرف فيه تصرف الملاك بعد الرجوع فيه واسترداده، وتلك هي ماهية التحبيس التي تستلزم لزوم الوقف وعدم جواز نقضه.<sup>2</sup>

(2) أن عمر حمل على فرس له في سبيل الله أعطاه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- له فحمل عليها رجلاً، فأخبر عمر أنه قد وقفها يبيعها، فسأل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يبتاعها فقال لا تتبعها ولا تترجعن في صدقتك.<sup>3</sup> وهنا نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن الرجوع في الصدقة التي تحمل معنى الوقف في الحديث المذكور.<sup>4</sup>

(3) أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقد كانت ماء يستسقي نته المسلمون، وكان مالك ذلك الماء يعنتهم بسعره فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين".<sup>5</sup> فاشتراها سيدنا عثمان وأوقفها على المسلمين.

1 - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص 442.

2 - محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص 235.

3 - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد 2، ج3، حديث رقم: 2775، ص 267.

4 - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والالغاء، مقال سابق، ص 281.

5 - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ص 105.

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن عثمان (رضي الله عنه) قد استجاب لما عرضه الرسول -صلى الله عليه وسلم- من وقف بئر رومة على المسلمين، فزالته ملكيته عن البئر بدليل أن دلوه أضحى كدلاء المسلمين، فهو ينتفع بها وقفا لا ملكا، فدل خروجها عن ملكه على لزومها، لأنه لو لم يكن وقفها لزاما لما خرجت عن ملكه ولما فقد سلطانه عليها ولما استحق المثوبة عينا في الجنة كعوض عنها.

(4) أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له".<sup>1</sup> ومؤدى هذا الحديث أن المقصود بالصدقة الجارية هو الوقف، وجريان الصدقة دليل على لزومها، فلو كان الوقف غير لازم لكان صدقة متقطعة لا جارية.<sup>2</sup>

#### ثانيا: من القياس.

قاس الجمهور الوقف بالعتق<sup>3</sup> من حيث أنه اسقاط للملك، تخرج به العين عن ملك المتصرف مما يستتبع المنع من التصرف في رقبة العين من أي كان، ومن الانتقال بالإرث، حتى لا يرد عليها ملك خاص على التأبيد. وعليه كان الوقف تصرفا نافذا لازما.

#### ثالثا: من الإجماع.

لقد كان أساس أوقاف الصحابة (رضوان الله عليهم) المنع من التصرف في رقبة العين الموقوفة، ومن الانتقال بالإرث، امثالاً لما أمر به النبي -صلى الله عليه وسلم- ولم يثبت أن أحدا من هؤلاء الصحابة قد نقض وقفه أو رجع عنه، فكان ذلك إجماعاً على اللزوم والتأبيد إجماعاً عملياً.

1 - مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، حديث رقم: 1631، ج3، ص 85.

2 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205.

3 - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 375.

وقد روي عن جابر بن عبد الله أنه قال: ما أعلم أحداً، كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله، صدقة مؤبدة، لا تشتري أبداً، ولا توهب ولا تورث.<sup>1</sup>

رابعاً: من المعقول.

أن الباعث على الوقف يستلزم لزوم ليصل الثواب إلى الواقف على الدوام، في الحياة وبعد الموت وذلك باستمرار منفعة العين.

فالسبب في اللزوم هو قصد القرية وهو الباعث عن الوقف توصلًا لاستمرار الثواب الأخرى باستمرار المنفعة المقصودة للشارع. فحكم اللزوم منصب على تحقيق مصلحتين، مصلحة الواقف في قصده القرية لله عز وجل، ومصلحة الموقوف عليهم في الانتفاع المستمر، وهو نوع من البر العام المقصود شرعاً. ولا يمكن أن يتم ذلك على أكمل وجه إلا إذا تقرر لزوم الوقف.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: مناقشة الأدلة.

وجه القائلون بعدم لزوم الوقف<sup>3</sup> انتقادات لأدلة الجمهور على عدم جواز الرجوع في الحبس، وأتى نقدهم على الآتي:

أولاً: نقد أدلة السنة.

نقدت أدلة السنة بأنها إما أن تكون محمولة على ما وقع قبل نزول آيات المواريث، وإما أن يكون القصد منها هو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وعليه فلا دلالة فيها على لزوم الوقف.

1 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 186.

2 - محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 229.

3 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 33.

واعترض كذلك على استدلال الجمهور بالشرط الصريح في وقف سيدنا عمر (رضي الله عنه) بأن ذلك الشرط في قوله: "أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث". مصدره سيدنا عمر نفسه وليس مصدره الشارع. وعليه وجب العمل به على أساس أنه شرط للواقف فتحترم إرادته طالما تصرف في ملكه، مثلما تحترم إرادة الموصي في وصيته. وبذلك يكون التأييد في وقف سيدنا عمر ولزومه أثر الشرط الواقف لا عملاً بنص الشارع.<sup>1</sup>

### رد الجمهور على النقد:

أجاب الجمهور<sup>2</sup> على انتقادات القائلين بجواز الوقف أن انشاء الوقف من قبل الصحابة (رضوان الله عليهم) استمر بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم - ثم استمر العمل بالوقف إلى يومنا فثبت أنه شرع دائم. وأما تأويل الأحاديث على أنها تقصد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فهو تأويل خاطئ لصراحة دلالاتها على الوقف حال الحياة وعلى وجه التأييد واللزوم. ولو أن الجمهور لم يملك من الأحاديث سوى حديث وقف سيدنا عمر، وحديث وقف سيدنا عثمان لكفى ذلك دليلاً على لزوم الوقف لثبوت صحة تلك الأحاديث، هذا فضلاً عن الإجماع العملي.

إضافة إلى ذلك فقد دل الحديث الصحيح في وقف سيدنا عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم - قد أمره فاستجاب وامتثل، وعليه فالشرط الوارد في الحديث شرط مصدره الشارع لا الواقف.

1 - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 235.

2 - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 67 وما بعدها. انظر: الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 376 وما بعدها. انظر: لين حزم، المحلى، مصدر سابق، ج3، ص 172 وما بعدها.

ثانيا: نقد أدلة القياس.

اعترض على قياس الوقف بالعتق بأنه قياس فيه نظر، فالعتق محله الإنسان والأصل فيه الحرية، وعليه فالرق فيه أمر عارض لأنه لا يقبل الملك، فإذا زال العارض بالعتق، رجع الأصل وهو الحرية وعدم قابلية الملك.

غير أن الوقف ليس كذلك إذ أنه لا يخرج العين الموقوفة من ذمة الملك بل تظل الملكية هي الأصل، والمال خلق أساسا لملك، وعليه يثبت الوقف الملك للواقف، ومتى ثبت الملك انتفى اللزوم.<sup>1</sup>

وقد رد الجمهور على هذا النقد: بأنه لا وجود للتلازم بين بقاء الملك وبين عدم لزوم الوقف -وقد سبق بيان هذه المسألة-

ثالثا: نقد أدلة المعقول.

يرى القائلون بعم لزوم الوقف أن استمرار الثواب لا يستلزم حرمة التصرف في العين الموقوفة، وإلا كان الوقف واجبا لا مستحبا أو مندوبا إليه.

وقد رد الجمهور على ذلك: بأن الوقف قرينة خالصة لله سبحانه وتعالى، وقواعد الشرع تقضي بعدم جواز الرجوع في القربات وفي الصدقات تعظيما لله عز وجل.

لذلك كان القصد من جريان المنفعة واستمرارها وهو التقرب إلى الله، فالوقف من المندوبات بلا نزاع ولا نقاش، ولكن قبل الشروع فيه أي قبل انشائه وانعقاده، لكن متى انعقد صحيحا أصبح له أثر اللزوم، وعليه فمن أنشأ وقفاً لله تعالى بمحض إرادته واختياره فقد ألزم نفسه شرعا بأثره تعظيما لله وتحقيقا لمقصد تشريع الوقف.<sup>2</sup>

1 - محمد فتحي الدين، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 226.

2 - محمد فتحي الدين، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع نفسه، ج2، ص 227.

وعلى ضوء كل ما ذكر يتبين لنا قوة استدلال الجمهور خصوصا بالأحاديث الصحيحة وبالإجماع العملي، وكذلك سلامة منطقتهم في الرد على أدلة القائلين بعدم اللزوم، وتأسيسهم القوي في دحض الانتقادات الموجهة لأدلتهم.

ويتضح لنا جليا ضعف ما استند إليه المجيزون للرجوع في الوقف بأحاديث وآثار غير صحيحة، وإن صحت أولت تأويلات خاطئة بعيدة عن المنطق وعن الإجماع العملي، وعليه فهي لا تقوى لدحض حجج الجمهور.

وبذلك يترجح رأي الجمهور في لزوم الوقف وعدم جواز نقضه أو استرجاعه أو التصرف فيه، وذلك تحقيقا لمصلحتين، قصد القرية لله عز وجل، والبر العام الدائم أي الانتفاع المستمر للموقوف عليهم من ريع الوقف.

ولعل أقوى دليل على ترجيح رأي الجمهور رجوع صاحبي أبو حنيفة، الإمام أبو يوسف والإمام محمد عن رأي شيخهم في عدم لزوم الوقف لينزلوا إلى رأي الجمهور.<sup>1</sup>

فبعد أن حج أبو يوسف والتقى الإمام مالك في المدينة وتكلم معه في لزوم الوقف ورأى أحباس أهل المدينة رجع عن رأيه، وكذلك فعل الإمام محمد لما ذهب إلى الإمام مالك وسكن معه سنين، حتى أنه قيل لو أن الإمام أبي حنيفة بلغه ما بلغ صاحبيه لرجع عن رأيه.

#### الفرع الثالث: لزوم الوقف قانونا.

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في عدم جواز نقض الوقف واسترداده أو التصرف فيه، وذلك من خلال أول تعريف سنه للوقف في ثنايا قانون الأسرة، فقد نصت المادة: 213 على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

1 - زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 463.

فباشترط المشرع شرط التأييد في الحبس أضفى عليه صفة اللزوم، وإذ لا يعقل إنعقاد أمر على وجه مؤبد مع إمكانية العدول عنه.

وعليه وباعتبار قانون الأسرة الصادر سنة 1984 أول تقنين جزائري حدد الإطار المفاهيمي للوقف، فإن عقود الحبس المحررة منذ ذلك الحين عقود الحبس المحررة منذ ذلك الحين لازمة لا يجوز قانونا نقضها والرجوع فيها.

لأجل ذلك يتعين التأكد من تاريخ إبرام تلك العقود حتى لا نصطدم بقاعدة عدم رجعية القوانين، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>1</sup> رقم: 30959 المؤرخ في 03 فيفري 1984 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أن صحة وإبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها.

ومن المقرر أيضا أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولذا فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن عقد الحبس المؤرخ في: 11/09/1968 قد أبطل من طرف قضاة الاستئناف تأسيسا على أحكام قانون الثورة الزراعية الصادرة في: 08/11/1971. وقضوا بعدم قبول إعادة القضية بعد الخبرة، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا قواعد فقهية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، تنظم صحة وإبطال الحبس من جهة، كما خرقوا قواعد قانونية تتعلق بعدم رجعية القوانين من جهة أخرى، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون.

1 - المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 04، ص 82.

وتأسيسا على ذلك وباعتبار الأوقاف المبرمة قبل صدور قانون الأسرة كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه كان من حق الواقف اختيار المذهب الذي يعقد وقفه بناء على قواعده وشروطه. وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

فقد جاء في القرار<sup>1</sup> رقم: 40589 المؤرخ في: 24 فيفري 1986. ما يأتي: "إذا كانت مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية فإن مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة. وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفاً بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس.

وورد في القرار<sup>2</sup> رقم: 109604 الصادر في: 19 جويلية 1994. أنه: "متى اشترط في عقد الحبس -المؤسس على المذهب الحنفي- عدم انتفاع البنات المتزوجات إلا إذا كن مطلقات، فإنه لا يجوز القضاء بخلاف ذلك.

فالنص على المذهب الذي حرر الوقف وفقا لشروطه دليل على حرية الواقف في اختيار المذهب زمن ثم الالتزام بقواعده وأحكامه. وعليه فمتى أختير مذهب أبو حنيفة بات عقد الوقف جائزا غير لازم، أما إذا أختير المذهب المالكي فالعقد يضحى لازما لا رجوع فيه وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>3</sup> رقم: 223224 الصادر بتاريخ: 2001/12/19. والذي جاء فيه: "أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم حسب المذهب الحنفي شريطة دمج بند صريح يحتفظ فيه المحبس بحقه في التراجع، ولما كان الحبس في دعوى

1 - المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 01، ص 118.

2 - المجلة القضائية، سنة 1994، عدد 03، ص 75.

3 - مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، سنة 2004، عدد 01، ص 147.

الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا أساؤوا تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض.

وعليه وبما أن عقد الوقف -حسب ما ورد في حيثيات القرار- قد حرر 25 سنة قبل رفع الدعوى فهو بذلك يخضع للشريعة الإسلامية ولإرادة المحبس في اختيار المذهب، وإن كان أبو حنيفة لم يشترط النص على خيار الرجوع في العقد.

كما ورد في حيثيات القرار<sup>1</sup> رقم: 692342 المؤرخ في: 2011/07/14 الآتي: "طالما أن المحبس في قضية الحال قد أوقفت المال محل الحبس على الطاعنة الكافلة لها على وجه البر والإحسان (عقد الحبس حرر في 1970) مقلدة من يرى لزوم الحبس من الفقهاء كالإمام أبي يوسف، فإن هذا التصرف منها يعد صدقة مؤبدة ولا يجوز لها التراجع عن هذا الوقف بإجماع الفقهاء... وبذلك فإن قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن الحبس عرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني".

هذا وقد صدر قانون الأوقاف 10/91 ليؤكد على صفة اللزوم في الوقف وتأييده، فقد نصت المادة 28 منه على بطلان الوقف المحدد بزمن، كما جاء بنص المادة 16 أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضار بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه.

وهو ما يؤكد لزوم الوقف وإن اشترط الواقف لنفسه حق الرجوع، وقد وافق القانون في ذلك مذهب المالكية والحنابلة في أحد رواياتهم.<sup>2</sup>

1 - المجلة القضائية، سنة 2011، عدد 02، ص 302.

2 - يرى المالكية أن الوقف لازم ولو قال لي الخيار، أما الحنابلة فقد كان لهم رأيان: الرأي الأول: يرى أن الواقف إذا اشترط بيع الموقوف أو هبته أو الرجوع فيه كان وقفه صحيحا وشرطه باطلا لأنه يصح بناء على الشروط الفاسدة. والثاني: يذهب إلى عدم صحة الشرط والوقف معا لأنه شرط يتنافى ومقتضيات العقد. انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص 157.

وبالرغم من ذلك نجد القضاة أحيانا لا يقفون أمام تاريخ إبرام عقد الحبس فيقعون في خلط بين شروط الواقف وإرادته الواجب إحترامها في اختيار المذهب ومن ثم جواز الرجوع في الوقف أو عدم جوازه وذلك قبل صدور قانون الأسرة عام 1984، وبين عقود الحبس المحررة بعد ذلك والتي تقع لازمة بقوة القانون وإن اشترط الواقف لنفسه ذلك.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 204958 المؤرخ في: 2001/01/31<sup>1</sup> الآتي:  
"وحيث خلافا لما صرح به قضاة الموضوع لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس (حرر في 1992/07/26) الذي يعتبر تصرفا نهائيا خاصة وأن قراءة عقد الحبس لا يتبين وأنه أدمجوا فيه شروطا تسمح لهم بالتراجع عن الحبس وفقا للمادة: 15 من القانون رقم: 10/91 في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف.

وحيث أن القرار المطعون فيه جاء منعدم الأساس القانوني ومخالفا للقانون مما يتعين نقضه.

فبالرغم من أن القضاة قضوا بعدم صحة الرجوع عن الوقف المبرم عام 1992 إلا أنهم جانبوا الصواب في تأسيسهم حيث اعتبروا لزوم الوقف ثابت لعدم ادراج شرط في العقد يسمح بنقضه مستنديين للمادة: 15 من قانون الأوقاف والتي تنص على: "يجوز للواقف أن يتراجع على بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف". وعليه المادة تجيز للواقف التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف. ولم تقصد أن يشترط الواقف لنفسه حق الرجوع لأنه شرط ينافي مقتضى حكم العقد الذي هو اللزوم، ويجوز للقاضي إذا حصل ذلك أن يلغي الشرط ويقضي بصحة الوقف طبقا لنص المادة 16 السابق ذكره.

1 - مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، سنة 2004، عدد 01، ص 132.

وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا في الملف رقم: 0859456 المؤرخ في: 2015/03/12 ما يلي: "حيث يتبين أن قضاة المجلس وبما لهم من سلطة استخلصوا من المصطلح المستعمل في الوثيقة المحررة في 1970/05/26 وهو إبطال الحبس الذي سبق للمحبسة إبرامه بأنه تراجع عن الحبس، ويكونون بذلك قد مارسوا سلطتهم في تفسير مصطلح الإبطال للتعرف على إرادة المحبسة ولا تخرج هذه الإرادة عن نية التراجع الذي ناقشه قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا لأن المحبسة تراجعت عن الحبس بداعي الإبطال، فضلا عن أن تقرير البطلان يخرج عن نطاق اختصاص الضابط العمومي أو الجهة التي حررت عقد الحبس، وإنما البطلان سواء كان مطلقا أو نسبي إنما يؤول لاختصاص القضاء سواء بطريق الدفع أو بطريق الدعوى، ويبقى بذلك التكييف القانوني للتصرف هو التراجع عن الحبس مما ينتقي معه التحريف القائم".<sup>1</sup>

وعليه كان ينبغي أن يؤسس عدم جواز الرجوع على لزوم الوقف قانونا طبقا لقانون الأسرة وأحكام قانون الأوقاف مهما كانت اشتراطات الواقف.

وختاما نعتقد أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلا بتبني مذهب الجمهور في لزوم الوقف<sup>2</sup> تحقيقا لاستمرار المنفعة ودوام البر العام المقصود شرعا من تشريع الوقف.

وبناء عليه فلا يجوز التصرف في العين المحبسة بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها وليس للمحبس إلا حق الانتفاع وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>3</sup> رقم: 157310 المؤرخ في: 1997/07/16 وكذلك القرار رقم: 188432 الصادر في: 1999/09/29.<sup>4</sup>

1 - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، رقم الفهرس: 15/00383 (قرار غير منشور).

2 - عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، نظام الوقف في تشريعاته المتعددة، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، دط، 1997، ص 11.

3 - المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 01، ص 34.

4 - مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، سنة 2004، عدد 01، ص 143.

ملخص الفصل:

بعد الانتهاء من هذا الفصل المتعلق بالوقف فإنني أخلص إلى النتائج التالية:

أولاً: الوقف تصرف قانوني من جانب واحد، ينصب على المنفعة ويتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه.

ثانياً: للوقف أركان أربعة حددتها المادة التاسعة من قانون الأوقاف وهي: الواقف ومحل الوقف وصيغة الوقف والموقوف عليه.

ثالثاً: الوقف تصرف رضائي وليس شكلياً، والكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده فحسب وليست ركناً لانعقاده، في حين أن الوقف الوارد على منقول يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات.

رابعاً: يثبت الوقف إما بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

خامساً: يجب احترام الشروط التي يضعها الواقف والسهر على تنفيذها إذا كانت صحيحة لا تتنافى مع حكمه لأن الشرط الواقف كنص الشارع.

سادساً: الوقف تصرف تبرعي لازم يجب أن يصدر على وجه التأبيد لأنه صدقة جارية لا يجوز للواقف أن يرجع فيه مطلقاً ولا لورثته من بعده.

سابعاً: يجب استثمار الوقف بما يعود بالفائدة والنفع على الجهات الموقوفة عليها إذا كان وقفاً خيرياً.

الخلاصة:

## الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي استعرضت خلالها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات خلصت إلى عدة نتائج يمكنني بلورتها في الآتي:

أن المعاملات المالية تشكل محط اهتمام بالغ للتحقيق الفقهي والقانوني على حد سواء، لما تكتسبه من أهمية تتبع من صلتها وتأثيرها المباشر على الذمة المالية، وإن أخطر ما في التصرفات المالية الجانب التبرعي فيها كونه يتم من غير بدل أو عوض وإنما يقصد منه المتبرع تحقيق الثناء الدنيوي أو تحصيل الثواب الأخروي.

وقد وفق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أيما توفيق من خلال تصديه لكل الإشكالات والنزاعات التي أثمرتها مسائل العقود والتبرعات من هبة ووصية ووقف، إما بإعطاء التفسير الصحيح للنصوص القانونية المراد من فحواها، أو بتبيين المذهب الفقهي المتبع في مسألة من المسائل ولماذا تم ترجيحه.

ولقد عملت على توحيد الاجتهاد القضائي من خلال نشر هذه الاجتهادات في المجالات القضائية لكي يستأنس بها القضاة في أحكامهم، والباحثون في بحوثهم وهو يأتي استجابة لتساؤلات العمل القضائي وحاجات المجتمع المتزايدة لمواكبة المستجدات.

وقد سبق البيان أن المقدم على عقد من عقود التبرع وجب أن يحاط علما بكل الجزئيات المحيطة بتصرفه، خصوصا إمكانية رجوعه ونقضه لما أبرمه من أجل الوصول به إلى الغاية المنشودة من وراء تبرعه، لا سيما وأن التبرعات ذاتها تتباين فيما بينها فالهبة والوقف ينتجان أثرهما حال الحياة في حين يضاف الحق في الوصية إلى ما بعد الموت.

هذا وفي ظل تخصيص مواد قانونية مقتضبة لكل من الوصية والهبة بين طيات قانون الأسرة، وغياب قانون مستقل للوصية وعدم إدراج 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 خضم الإحالة إلى الشريعة الإسلامية عند غياب النصوص القانونية المنظمة للوصية والهبة والوقف من غير تحديد للمذهب الواجب اتباعه مما يفرض علينا التنقيب في كافة المذاهب الفقهية محاولة لترجيح الآراء الأقوى حجة، من جهة أخرى.

كل ذلك يدفعنا للوصول في ختام بحثنا إلى جملة من النتائج والمقترحات عساها تساعد ولو بجزء يسير في سد بعض الفراغات التشريعية.

### الهبة:

أولاً: الهبة عقد يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين، وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وبنية التبرع، كما يجوز أن تتم الهبة بعوض كأن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بأي التزام يتوقف انعقاد وتمام الهبة على انجازه.

ثانياً: الهبة عقد شكلي لا بد من افرغه في عقد رسمي إذا كان محله عقارا ومن مراعاة الإجراءات الخاصة إذا كان محله منقولاً ذا طبيعة خاصة.

ثالثاً: الهبة عقد عيني لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركناً لانعقاده يستوي في ذلك أن يكون محل الهبة عقارا أو منقولاً.

رابعاً: الأصل أن الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقاً، غير أنه يجوز استثناء للأبوين الرجوع في هبتهما ما لم يوجد مانع من الموانع الثلاثة المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة.

خامساً: الرجوع في الهبة يتم إما بالتراضي بين الواهب والموهوب له أو بالتقاضي.

سادسا: يترتب على الرجوع في الهبة اعتبارها كأن لم تكن، وبالنتيجة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، على أنه يجب ألا يمس هذا الرجوع بحقوق الغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية الشيء الموهوب من الموهوب له.

### الوصية:

أولاً: الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت.

ثانياً: تأخذ تصرفات المريض مرض الموت والتصرفات لوارث مع الإحتفاظ بالحياة والمنفعة طوال حياة المتصرف حكم الوصية، وتخضعان لما يسري عليها من قواعد شرعية وقانونية.

ثالثاً: الوصية تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة، يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب فقط الصادر من الموصي، وشروط صحتها المتمثلة في الموصي والموصى له والموصى به والشكل.

رابعاً: الوصية تصرف رضائي، والكتابة المتطلبة فيها هي للإثبات فقط وليست ركناً لانعقادها.

خامساً: تثبت الوصية إما بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه أو بموجب حكم يؤشر به على هامش أصل الملكية في حالة وجود مانع قاهر.

سادساً: الوصية تصرف تبرعي غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء إما صراحة بواسطة وسائل إثباتها أو ضمناً بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ما دام الموصي على قيد الحياة، ذلك أن حق الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصي حق احتمالي لا يتحقق إلا بموت الموصي مصرًا على وصيته، فالمال الموصى به لا يخرج عن الضمان العام للموصي حتى وفاته.

الوقف:

أولاً: الوقف تصرف قانوني من جانب واحد، ينصب على المنفعة ويتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه.

ثانياً: للوقف أركان أربعة حددتها المادة التاسعة من قانون الأوقاف وهي: الواقف ومحل الوقف وصيغة الوقف والموقوف عليه.

ثالثاً: الوقف تصرف رضائي وليس شكلياً، والكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده فحسب وليست ركناً لانعقاده، في حين أن الوقف الوارد على منقول يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات.

رابعاً: يثبت الوقف إما بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

خامساً: يجب احترام الشروط التي يضعها الواقف والسهر على تنفيذها إذا كانت صحيحة لا تتنافى مع حكمه لأن الشرط الواقف كنص الشارع.

سادساً: الوقف تصرف تبرعي لازم يجب أن يصدر على وجه التأبيد لأنه صدقة جارية لا يجوز للواقف أن يرجع فيه مطلقاً ولا لورثته من بعده.

سابعاً: يجب استثمار الوقف بما يعود بالفائدة والنفع على الجهات الموقوفة عليها إذا كان وقفاً خيرياً.

## الإقتراحات:

نخلص من خلال هذا البحث المتواضع إلى الاقتراحات الآتية:

بالنسبة للهبة:

- إخراج الهبة من قانون الأسرة ونقلها إلى مصف العقود الواردة في القانون المدني على غرار ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية.
- إلحاق الجد والجدة بالأبوين في ممارسة حق الرجوع.
- النص على مسألة التنازل عن حق الرجوع في العقد وإلزام المتنازل به.
- إدراج شرط تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بحسن نية حتى لا يعتمد إلى تهريب الهبة لإسقاط حق والديه في الرجوع.
- النص على حالة هلاك جزء من العين الموهوبة أو التصرف فيه وسلامة الجزء الآخر بإيجاز الرجوع فيما بقي.
- النص صراحة على عودة حق الرجوع عند زوال التغيير وعودة العين الموهوبة إلى ما كانت عليه إعمالاً لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع.
- 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 إذا ما توفي الواهب أثناء سير دعوى الرجوع.
  - فقر الولد الموهوب له.
  - مرض المتعاقدين مرضاً يخشى منه الموت فإذا زال المرض عاد حق الرجوع.
- النص صراحة على الرجوع بالتراضي والتقاضي بالتأكيد على ضرورة رضا الموهوب له بالرجوع لإبرامه أمام الموثق وإلا فليس للواهب إلا الطريق القضائي.

- تخصيص فصل كامل لأثر الرجوع عن الهبة وعدم ترك المسألة للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.
- بالنسبة للوصية: أقتراح على المشرع.
- سن قانون مستقل للوصية على غرار نظيره المصري، ليحوي بابا خاصا بالرجوع وإثباته.
- أن ينص على المذهب الفقهي الذي يرجع إليه عند غياب النص القانوني توحيدا للاجتهاد القضائي.
- 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.
- 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 د.ج.

#### بالنسبة للوقف:

- أقتراح على المشرع أن يخصص في قانون الأوقاف مادة صريحة للزوم الوقف بأن يكون نصها كالاتي: لا يجوز للواقف الرجوع في وقفه وإن اشترط لنفسه ذلك في متن العقد.
- كما أقتراح التخصص في مادة الأحوال الشخصية للقضاة وتكوينهم تكويننا فقها قانونيا يعمل على سد الثغرات التشريعية وذلك بالإحاطة بمختلف الآراء الفقهية والاجتهادية.

# قائمة المصادر والمراجع:

المصادر والمراجع.

-القرآن الكريم: رواية حفص

- المصادر الرسمية القانونية:

القوانين والأوامر

1. دستور 1996-438 المؤرخ في: 07 ديسمبر 1996 (جريدة رسمية رقم: 1996/76)، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم: 20-442 المؤرخ في: 2020/12/30 (جريدة رسمية رقم: 2020/82).
2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/12/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. (جريدة الرسمية رقم: 78 لسنة 1975).
3. الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في: 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (جريدة رسمية رقم: 92 لسنة 75).
4. القانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 (جريدة رسمية رقم: 24 لسنة 1984) المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 (جريدة رسمية رقم: 15 لسنة 2005) والمتضمن قانون الأسرة.
5. القانون رقم 89/22 المؤرخ في 12/12/1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 53 لسنة 1989)، المعدل والمتمم حسب الأمر رقم 96/25 المؤرخ في: 12/08/1996.
6. القانون رقم: 90-30 المؤرخ في: 01/12/1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية (جريدة رسمية رقم 52 لسنة 1990).
7. القانون 91-10 المؤرخ في: 27/04/1991 والمتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم (جريدة رسمية رقم: 16 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22/05/2001 (ج.ر رقم: 29 لسنة 2001) والقانون رقم: 02-10 المؤرخ في: 14/12/2002 (ج.ر رقم: 83/2002)
8. قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية (جريدة رسمية رقم: 21 لسنة 2008).

- المصادر:

• أولاً كتب التفسير

1. ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2002.
2. البغوي، تفسير البغوي، دار المعرفة، لبنان، ط2، دس.
3. الواحدي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1995.

• ثانياً: كتب الحديث:

4. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة قرطبة، مصر، دط، دس.
5. أبو داود، سنن أبي داود، مكتبة مصطفى الحلبي وأولاده، سوريا، ط1، 1952.
6. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، ط3، 1407هـ.
7. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار الفكر، لبنان، د ط، د س.
8. البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دس.
9. البخاري، الأدب المفرد، دار الصديق، ط1، 1419هـ.
10. الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، ط2، 1983.
11. مالك بن أنس، الموطأ، دار النقوى، مصر، ط1، 2001.
12. مسلم، صحيح مسلم، دار التراث العربي، لبنان، ط2، 1972.

ثالثاً: المصادر الفقهية.

• الفقه الحنفي

13. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، السعودية، دط، 2003.
14. ابن همام، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، ط2، دس.
15. الحصكفي، الدر المختار، مطبعة صبيح وأولاده، مصر، دط، دس.
16. الزيلعي، تبيين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د س.
17. السرخسي، المبسوط، دار المعارف، لبنان، د ط، د س.
18. الكاساني، بدائع الصنائع، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997.
19. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، دس.

• الفقه المالكي

20. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المطبعة الجمالية، دط، دس.
21. الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، دط، دس.
22. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996.
23. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي، مصر، دط، دس
24. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، ط3، 1992.
25. الإمام مالك، الموطأ، دار التقوى، مصر، ط1، 2001.
26. الخرخشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، دط، دس.
27. التاسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1998.
- **الفقه الشافعي**
28. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، لبنان، دط، دس.
29. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، دط، 1984.
30. الشافعي، الأم، دار المعرفة، لبنان، دط، دس.
31. الشيرازي، المهذب، دار الفكر، دط، دس.
32. الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، لبنان، دط، 1994.
- **الفقه الحنبلي**
33. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، لبنان، دط، 1982.
34. ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1983.
35. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار احياء التراث العربي، لبنان، ط1، دس.
- **الفقه الظاهري**
36. ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، دط، دس.

• رابعا: المعاجم والقواميس.

1. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، دط، دس.
2. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المطبعة الأميرية، مصر، ط3، 1301هـ.
3. الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، مصر، دط، 1952.
4. الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1981.
5. مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ط1، بيروت، لبنان، 1999.
6. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط2، 1988.
7. د. قلعة جي، د. قنبيي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، لبنان، ط2، 1988.
8. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، دط، 1998.

• خامسا: المراجع الحديثة الحديثة.

1. خالد بن علي المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2013.
2. جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية.
3. سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، لبنان، ط3، 1977.
4. عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 2006م.
5. علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1431هـ/2010م .
6. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دط، 2002.
7. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي-تاريخه ومصادره ونظرياته العامة- دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، القاهرة، 1996.
8. أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دط، 2002.
9. أحمد مسلم، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.

10. اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990.
11. البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1995.
12. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
13. بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ط1، 1970.
14. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1994.
15. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة، الجزائر، ط1، دس.
16. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005.
17. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
18. خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، سنة 2008.
19. دبيان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط2، 1434 هـ.
20. رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2005.
21. سليمان الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، دار الوطن للنشر، الرياض، ط2، 1434هـ/ 2013م.
22. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري: الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة، الجزائر، ط2، 2014.
23. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2015.

24. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مكتبة دار العلوم، ط3، 1998.
25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دط، 2004.
26. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1997.
27. عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية: الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968.
28. عبد المهدي محمد سعيد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي، الجامعة الأردنية، الأردن، ط1، 2005.
29. عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2015.
30. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
31. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، سنة 2007.
32. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005.
33. مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دط، دار هومة، الجزائر، دس.
34. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة، ط2، 1950.
35. محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط4، 2007.
36. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1402هـ/ 1982.
37. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2010.

38. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، 2005.
39. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة - دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
40. محمد أحمد شحاتة، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، دط، 2010.
41. محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1991.
42. مصطفى أحمد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2000.
43. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، دط، 2008.
44. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، سوريا، 2003.
45. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، دط، 1985.

- الأطروحات:

1. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
2. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2014-2015.

- المقالات:

1. عبد الجليل مفتاح، مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقاتها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، دت.
2. موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، عدد3، جويلية 1969.

3. بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، سنة 1990، عدد2.
4. حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مدلوله وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، 2004، العدد 01.
5. سعاد سطحي، عقد الهبة في الفقه المالكي، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 21، العدد 02، سنة 2006.

• **الملتقيات والندوات:**

1. ملتقى للندوة الوطنية للقضاء، نادي الصنوبر 23 و 24 و 25 فيفري 1991.
2. الاستاذ بغدادي حيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية للقضاء، الجزائر 23/24/25 فيفري 1991.
3. علاوة بوتغرار، الوصية في التشريع الجزائري. والشريعة الإسلامية، محاضرة أقيمت بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة من قبل الغرفة الجهوية للموثقين - ناحية الشرق - أيام 12، 19، 26 ديسمبر 1998 لكل من سطيف، قسنطينة، عنابة.
4. لحدادي حيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر، 23-25/2/1991، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993.

• **المجلات القضائية:**

1. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01.
2. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02.
3. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 03.
4. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04.
5. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 04.
6. المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 03.
7. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 03.
8. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 01.
9. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02.
10. المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 01.

11. المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02.
12. المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 01.
13. المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01.
14. المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 01.
15. المجلة القضائية لسنة 1999، عدد خاص.
16. المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 01.
17. المجلة القضائية 2001، عدد خاص.
18. المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 01.
19. مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 01.
20. مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 01.
21. مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد 01.
22. مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 02.
23. مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد 01.
24. نشرة القضاة لسنة 1976، العدد 07.
25. نشرة القضاة لسنة 1988، العدد 43.
26. نشرة القضاة، 1995، العدد 47.
27. نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51.
28. نشرة قضاة لسنة 2005، العدد 59.

• المراجع الأجنبية:

1. G.DEMOLOMBRE: Traité des donations entre vifs et des testaments, t5, imprimerie générale, Paris, 1876.
2. A. de Theu, I. Kovalovszky et N. Bernard : « Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit », publications des facultés universitaires, Sant-louis, Bruxelles, 2000.
3. F. Terré : « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 2006.
4. - G.D.Genevière : « Institutions judiciaires et juridictionnelles », Paris, 1987.

• مواقع الإنترنت.

1. مجلة القانون والاعمال عبر الرابط الالكتروني: [www.droitentrprise.com](http://www.droitentrprise.com)

تاريخ الزيارة: 2021/11/04.

# فهرس المحتويات:

الصفحة	
أ	مقدمة
15	<b>الفصل الأول: الاجتهاد القضائي ومجالاته</b>
17	المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.
18	المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.
23	المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي
28	المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي.
28	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في حدود النص
33	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه
36	المبحث الثالث: حكم الاجتهاد القضائي ومحل
37	المطلب الأول: حكم الاجتهاد القضائي
45	المطلب الثاني: محل الاجتهاد القضائي
61	ملخص الفصل الأول
63	<b>الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في عقد الهبة</b>
64	المبحث الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها
64	المطلب الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحا
69	المطلب الثاني: مشروعية الهبة
73	المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وشروطها
73	المطلب الأول: أركان عقد الهبة
91	المطلب الثاني: شروط عقد الهبة
100	المبحث الثالث: حق الرجوع في عقد الهبة وكيفيته
100	المطلب الأول: حق الرجوع في عقد الهبة
104	المطلب الثاني: كيفية الرجوع في عقد الهبة
111	المبحث الرابع: موانع الرجوع في عقد الهبة وآثاره
111	المطلب الأول: موانع الرجوع في عقد الهبة
117	المطلب الثاني: آثار الرجوع في عقد الهبة
125	ملخص الفصل الثاني

## فهرس المحتويات

127	الفصل الثالث: الاجتهاد القضائي في الوصية
128	المبحث الأول: مفهوم الوصية
128	المطلب الأول: تعريف الوصية
138	المطلب الثاني: مشروعية الوصية
141	المطلب الثالث: الحكمة من الوصية
143	المبحث الثاني: إنشاء الوصية
144	المطلب الأول: ركن الوصية (الصيغة)
160	المطلب الثاني: شروط الوصية
180	المبحث الثالث: إثبات الوصية وبطلاتها
181	المطلب الأول: إثبات الوصية
189	المطلب الثاني: مبطلات الوصية
199	ملخص الفصل الثالث
201	الفصل الرابع: الاجتهاد القضائي في الوقف
203	المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته
204	المطلب الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحا وقانونا
215	المطلب الثاني: مشروعية الوقف وحكمه
218	المبحث الثاني: إنشاء الوقف
219	المطلب الأول: أركان الوقف
225	المطلب الثاني: شروط الوقف
242	المبحث الثالث: أحكام الرجوع في الوقف
242	المطلب الأول: عدم لزوم الوقف
250	المطلب الثاني: لزوم الوقف
263	ملخص الفصل الرابع
266	الخاتمة
273	جدول المختصرات
275	قائمة المصادر والمراجع
285	فهرس المحتويات
288	ملخص الدراسة

# ملخص الدراسة:

## الملخص:

إذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الواقع والمستجدات، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولاً وسطى، ولا يخصص حلولاً فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدراً مستقلاً ومساوياً لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية ويقوم بتحيينها، إذ بدونها لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، فالاجتهاد القضائي يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها، فيصير الاجتهاد القضائي مصدراً مباشراً للقانون.

وهذا ما ينطبق على عقود التبرعات من هبة ووصية ووقف، فهي تصرفات قانونية تخضع لسُلطان الإرادة، وبالتالي تسري في شأنها القواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود ونفاذها وانحلالها، وتحكمها القواعد الآمرة لنصوص قانون الأسرة.

وبما أن هذه التصرفات القانونية ذات أهمية بالغة إذ يتنازل فيها الإنسان عن جزء من ماله على سبيل التبرع ودون عوض، مما قد يؤثر على أسرته وعلى وضعيته المالية بما يلحقه من ضرر بسبب الحاجة والعوز، الأمر الذي يقتضي منه التمهّل والتروي وأخذ الحيطة والحذر قبل الإقدام عليها وذلك حتى يضع المتصرف أمواله في موضعها الصحيح، فإذا استوفى هذا التصرف التبرعي أركانه وتوافرت شروطه، ترتبت عليه آثاره، وانتقلت بموجبه ملكية المال المتصرف فيه من المتصرف إلى المتصرف إليه، غير أنه قد يحصل أن يتراجع الإنسان عن تصرفه التبرعي لأي سبب من الأسباب فتنجح عن ذلك النزاعات، وهو تصدّت له المحكمة العليا بقضائها واجتهاداتها التي صوبت بها الخطأ في تفسير النصوص، وبينت ما أشكل منها أو اتصف بالغموض.

---

---

## Summary:

If the legislation expresses the nations choices and its public interests, then the jurisprudence is characterized by the fact that it guarantees the continuity of the legislative rules, through their compatibility with reality and developments judicial jurisprudence is an independent and equal sources to the rest of the sources of law, as it allocates the legal base and updates it, because without it, legislation cannot reconcile, the characteristics of stability and continuity, judicial jurisprudence contributes to the interpretation of ambiguous texts and completes the missing ones, judicial jurisprudence becomes a direct source of law.

As it allocates the legal base and updates it, because without it, legislation cannot reconcile the characteristics of stability and continuity, this is with applies to donation contracts such as a gift, a will, and an endowment, as they are legal actions subject to the authority of the will, and therefore the general rules related to the conclusion, enforcement and dissolution of contracts apply to them, and are governed by the peremptory rules of the texts of family law.

And since these legal actions are of great importance, as a person waives part of his money as a donation and without compensation, which may affect his family and his financial situation with the damage he suffers due to need and want, which requires him to be slow, deliberate, and take caution, before taking action on it, so that the disposer puts his money in its correct place, and if this voluntary disposition fulfills its pillars and conditions are met, its effects will follow, and according to it the ownership of the disposed money will be transferred from the disposer to the disposed to him, except that it may happen that a person withdraws from his voluntary disposition for any reason whatsoever, and it results On that disputes, which the supreme Court dealt with with its jurisprudence and jurisprudence, which corrected the error in the interpretation of the texts, and indicated what was formed or characterized by ambiguity.