

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

-قسنطينة-

قسم الشريعة والقانون

- دراسات عليا -

تخصص الأحوال الشخصية

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل.....

## أحكام الرجوع في عقود التبرعات

-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عمار بوضيف

إعداد الطالبة:

مايا دقايشية

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر_قسنطينة_	أستاذ التعليم العالي	أ-د/ سعاد سطحي
مشرفا ومقررا	جامعة الشيخ العربي التبسي_تبسة_	أستاذ التعليم العالي	أ-د/ عمار بوضيف
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر_قسنطينة_	أستاذ محاضر	د/ نور الدين صغيري
عضوا مناقشا	جامعة منتوري_قسنطينة_	أستاذ محاضر	د/ محمد زعموش

السنة الجامعية: 2009-2010م



سموت اللهم بوصف البقاء والقدم، وتعاليت عن  
لحوق الفناء والعدم، يتقاصر عن دركك عقول  
العقلاء، وتعجز عن بلوغ غايتك ألسن الفصحاء،  
والصلاة والسلام على نبيك محمد مبدأ الأنوار  
العلية، وعلى آله وأصحابه النجوم السائرة في فلك  
التوحيد أحسن سير، الواصلين به إلى الحد الذي لا  
يحد، من نعوت الفضل والخير، وسلم.

و بعد:

لقد خولت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية التي سارت على نهجها للشخص حرية التصرف في ماله. غير أن هذا التصرف أمر محفوف بالخطورة لاتصاله المباشر وتأثيره على حاضر المتصرف ومستقبله، وكذا وضعية خلفه من بعده، بل قد تمتد آثار التصرف إلى الغير مما قد يجعل الأمر أكثر تعقيدا. ونظرا لكون التبرع أخطر ما في التصرفات المالية لأنه يتم غالبا تطوعا من غير شرط أو عوض، حفت الشريعة الإسلامية التبرعات المالية بسياج من القواعد التي تضبط شروطها وتنظم أحكامها. ونتيجة لخطورة التبرع وجب على المقدم عليه التأي والتروي، والإحاطة بآثار ما سيقدم عليه، لذا يتعين تبصرته بمدى إمكانية رجوعه عن ذلك التبرع، تحقيقا لجوهر ومقصد تبرعه وهو تطوعه بماله من غير بدل عن طيب نفس ورضا تام منه من أجل الوصول إلى الغاية المنشودة من ذلك. لأجل ذلك اكتست مسألة الرجوع في عقود التبرعات أهمية بالغة تقتضي دراستها وإلقاء الضوء على أبعادها الفقهية والقانونية والقضائية.

وعلى الرغم من كون الأمور المتعلقة بالمسائل المالية تعد كلها حسب الأصل من الأحوال العينية، إلا أن المشرع الجزائري خص كتابا بأكمله للتبرعات في ثنايا قانون الأسرة، فحوى الوصية، الهبة، والوقف. وتأسيسا عليه نخوض في ثنايا بحثنا في أحكام الرجوع عن الوصية وتلك المتعلقة بالهبة ثم الخاصة بالوقف.

## أهمية الموضوع:

إن أهم ما يبرز أهمية الموضوع فضلا عن خطورة التصرف ذاته الأمر الذي يطرح مدى جواز الرجوع فيه هو تشعبه وصلته الوثيقة بمبادئ تشريعية شتى.

أضف إلى ذلك فمعظم أحكام الرجوع اجتهادية مما يوجب التعمق في دراستها وتحليلها. والأكثر من ذلك فقد باتت مسألة الرجوع في عقود التبرعات تحتل مكانا لا بأس به في ساحة المنازعات القضائية على الصعيد الوطني.

من هنا يصبح الخوض في هذا الموضوع بدراسة أبعاده الفقهية والقانونية والقضائية أمرا بالغ الأهمية محاولة لتأصيله وإتماما للنقص الذي يعتريه.

## أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب الشخصية التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هي رغبتني في بحث هذا الجانب ولم جزئياته القانونية ومقارنته مقارنة فعالة مع الفقه الإسلامي، خدمة للنظام الشرعي والقانوني والقضائي على حد سواء.

أما الأسباب الموضوعية فهي ندرة الدراسات فيه، خصوصا الدراسات المقارنة. فمعظم ما تمكنت من الحصول عليه من مراجع وأبحاث تنصب على الأحكام العامة لكل عقد من عقود التبرعات دون أن تخصص دراسة مستوفية لكل جزئية من تلك الأحكام بشكل مستقل.

إضافة إلى ذلك فقد شديني اقتضاب النصوص القانونية، وإحالة قانون الأسرة على الشريعة الإسلامية عند غياب النص، وهو ما بعث بداخلي حافزا للغوص في مختلف الأحكام الفقهية محاولة لسد الفراغات التشريعية.

## إشكالية الدراسة:

يبتغي البحث بلورة تصرف الرجوع في عقود التبرعات من الناحية الفقهية والقانونية، وعليه فالإشكالية الأساسية هي:

هل يجوز الرجوع في عقود التبرعات شرعا وقانونا؟ وما طبيعة ذلك الرجوع وما هي آثاره؟  
ومن خلال ذلك يتم إبراز ما يأتي:

- ✓ من يحق له الرجوع وما هي أساليب ممارسته وهل يستلزم ذلك إدراجه كشرط في العقد أم أنه ثابت بقوة الشرع والقانون؟ وهل هناك رقابة قضائية تبسط على حق الرجوع؟
- ✓ هل واكبت القواعد القانونية النظريات الشرعية وتكيفت في ذلك مع أقوى الاجتهادات الفقهية؟
- ✓ ما هو الفرق بين الرجوع وبين إبطال عقود التبرعات وبطلانها؟

## أهداف الدراسة:

يهدف البحث إلى ما يأتي:

- ✓ تسليط الضوء على هذه الجزئية بمختلف عناصرها الفقهية والقانونية وتنازلها بالشرح والتحليل والتفسير عملا على تدارك بعض النقائص وسد بعض الثغرات وتقريب أبعاد هذا الموضوع على المتعاملين معه.
- ✓ إثراء المكتبة الشرعية والقانونية بدراسة متخصصة تساهم في سد النقص الذي تعانيه الدراسات في هذا المجال.
- ✓ محاولة التعرض إلى أبرز المشاكل القضائية المتعلقة بالموضوع وطرح أهم الإشكالات العملية.

## الدراسات السابقة:

من جملة الدراسات التي حصلت عليها والتي تصب في الموضوع ما يأتي:

✓ مؤلف بعنوان: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دكتور محمد حسن بودي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د ط ، 2004 . تناول فيه صاحبه أحكام الرجوع في الهبة من خلال الفصل بالباب الأول، وتناول موانع الرجوع في الباب الثاني من الكتاب. وهي دراسة مقارنة قيمة أفدت منها الكثير.

✓ مؤلف بعنوان: أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001. وهي دراسة قانونية قضائية جادة غير أن المقارنات الفقهية التي كانت في متنها لم تستق من مظان المصادر الفقهية.

✓ مذكرة ماجستير بعنوان: الرجوع في الهبة، ضريفي الصادق، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002. ركزت على المقارنة بالقانون المصري خصوصا ولم تكن مقارنة فقهية.

✓ مقال بعنوان: الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الأردني، جعفر الفضلي، مجلة الدراسات ، جامعة الأردن، العدد 1997. تناول مفهوم الهبة و طرق الرجوع فيها وآثاره من الناحية الشرعية مقارنة مع القانون الأردني.

وعليه فالرجوع في عقد الهبة هو الوحيد الذي وجدت فيه بعض الدراسات المتخصصة، أما الرجوع في الوصية والوقف فلم أجد لها - حسب ما بحثت - دراسة مستقلة، بل كن موضوعهما متفرقا وموجزا في بعض صفحات الكتب والرسائل الجامعية. لذلك فموضوع الرجوع في عقود التبرعات الشامل للوصية والهبة والوقف موضوع جديد بحاجة إلى التعمق والإثراء والتأصيل.

## المنهج المتبع:

اعتمدت الدراسة على المناهج الآتية:

■ **المنهج الإستقرائي:** وذلك باستقراء النصوص الشرعية والقانونية المتصلة بالموضوع من الكتب المعتمدة. ويبرز هذا المنهج بشكل جلي في الجانب الفقهي وذلك لأن الكتابة الفقهية القديمة

كانت تعتمد إيراد الفروع الفقهية وبيان أحكامهما دون أن تعنى بالجانب التنظيري كما هو عليه الحال في الدراسات الفقهية والقانونية الحديثة.

- **المنهج التحليلي:** الذي يعتمد على التحليل والتفصيل والتمحيص في الآراء الفقهية والقانونية.
- **المنهج المقارن:** تمثل في المقارنة بين الآراء الفقهية في المذاهب المعتمدة في الدراسة وإبداء أدلتها ومناقشتها ثم المقارنة بينها وبين ما جاء من نصوص قانونية وآراء قضائية للوصول إلى المستند الشرعية الذي اعتمده الرأي القانوني.

## منهجية البحث:

- ✓ لم أتبع في المقارنة القانونية مسلكا واحدا فأحيانا أوردتها ضمن الدراسة الفقهية، وأحيانا أذكرها بعدها، وحين يقتضي الأمر الفصل بعنوان مستقل أجعلها كذلك.
- ✓ رجعت إلى المصادر الأصلية وأمهات الكتب التي صنفتها الفقهاء واكتفيت بالمذاهب الأربعة وفقه الظاهرية.
- ✓ قمت بتدعيم البحث بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة وأقوال العلماء بما يخدم البحث وعناصره.
- ✓ عزو الآيات القرآنية المنقولة بذكر الصورة ورقم الآية بعدها مباشرة وهذا برواية حفص.
- ✓ قمت بتنخريج الأحاديث من كتب الحديث والتنخريج المعروفة مع الاكتفاء بالصحيحين أو أحدهما إن وجدا الحديث فيهما وإلا خرجته من السنن الأربعة مع ذكر درجة الحديث ما أمكن. وإن لم يوجد في هذه المطان خرجته من الكتب الأخرى كموطأ الإمام مالك وسنن الدراطيني .
- ✓ هناك بعض الطباعات التي اعتمدت عليها لم تذكر رقم الحديث لذلك لم أذكر الرقم في بعض الحالات.
- ✓ اتبعت في تهميش المصادر والمراجع ذكر المؤلف ثم المؤلف ثم المحقق إن وجد، ثم درا ومكان النشر ثم الطبعة والتاريخ ثم الجزء والصفحة، واعتمدت في ذكر المؤلف على اسم الشهرة مثل: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتاب، السعودية، دط، 2003.

✓ ذكرت في كل مرة تكرر المصدر أو المرجع اسم المؤلف واسم الكتاب إلا إذا ورد في الصفحة الواحدة أكثر من مرة فأكتفي بذكر اسم المؤلف وبعده المصدر أو المرجع السابق.

✓ فيما يخص المواقع على شبكة الأنترنت فيتم بيان كاتب المقال وعنوانه ثم اسم الموقع وتاريخ الزيارة.

✓ قمت بترجمة الأعلام الواردة أسماؤهم في المذكرة ترجمة وافية، بذكر اسم العلم وكنيته وبعض مؤلفاته وشيوخه، وتاريخ الميلاد والوفاة، وذلك اعتمادا على كتب التراجم المختلفة واستنيت الخلفاء الراشدين وزوجات الرسول وأئمة المذاهب الاربعة لأنهم من المشهورين.

✓ التعريف بالمصطلحات الفقهية والأصولية والقانونية في متن المذكرة إذا اقتضى الأمر ذلك وإلا ففي الهامش مع شرح غريب المفردات إن وجدت من المعاجم الخاصة لذلك.

✓ اعتمدت في الهامش المختصرات الآتية:

— دم ج ، opu : ديوان المطبوعات الجامعية.

— دط : دون طبعة .

— دت : دون تاريخ .

✓ أعددت فهرس فنية في آخر المذكرة وتتضمن الآتي:

- 1/ فهرس الآيات القرآنية
- 2/ فهرس الأحاديث النبوية
- 3/ فهرس الآثار
- 4/ فهرس الأعلام المترجم لها
- 5/ فهرس المصادر والمراجع
- 6/ فهرس الموضوعات.

## صعوبات البحث:

واجهت أثناء إعداد البحث صعوبات أهمها أن جزئيات الموضوع الشرعية متعددة ومتناثرة في مصادر غير منظرة فكان أمر الإمام بها صعبا جدا تطلب الكثير من الدقة والإمعان والتمحيص.

صادفني كذلك في جزئيات شتى الفراغ القانوني ومن ثم الإحالة إلى الفقه الإسلامي، ونظرا لتعدد الآراء في المسألة الواحدة كان من الصعب الترجيح بينها واقترح نص قانوني. كما اعترضتني قلة المراجع المتخصصة في الرجوع خاصة فيما يتعلق بالوصية وإثبات الرجوع فيها فكان البحث فيها اجتهادا شخصيا مستندا إلى قواعد عامة حاولت إسقاطها على الموضوع وتخصيصها.

### خطة البحث:

تبعاً للإشكالية الميينة مسبقاً جاءت الخطة مقسمة إلى ثلاث فصول: فصل أول يتضمن أحكام الرجوع في الوصية وفصل ثاني يعالج أحكام الرجوع في الهبة وفصل ثالث يدرس أحكام الرجوع في الوقف. أما **الفصل الأول** فخصصته لبيان طبيعة الوصية وصفتها ومدى جواز الرجوع فيها ثم تعرضت للحكمة من تشريع الرجوع وأدلته وتكييفه، هذا في المبحث الأول. وخصصت المبحث الثاني لطرق الرجوع فيها وأما المبحث الثالث فلإثبات ذلك الرجوع. وتناول **الفصل الثاني** أحكام الرجوع في الهبة فقسمته بدوره إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول عالجت فيه مفهوم الهبة بإبراز صفتها ومدى جواز نقضها ثم تعرضت في المبحث الثاني لموانع الرجوع في الهبة من الناحية الفقهية والقانونية. وجعلت المبحث الأخير لطرق الرجوع وآثاره. وتعرض **الفصل الثالث** لأحكام الرجوع في الوقف فجعلت له مبحثين: الأول عالجت فيه مفهوم الوقف شرعاً وقانوناً مبرزة طبيعته وأركانه ومدى اشتراط الشكلية لإنعقاده. وخصصت المبحث الثاني لمدى جواز الرجوع في الوقف عارضة آراء الفقهاء ومناقشتها لأخلص أخيراً للرأي القانوني. وتوجت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها وبعض المقترحات. وأسأل الله أن يلهمني الرشيد والصواب، وأن يجعل هذا العمل نافعا للفقه والقانون إنه ولي ذلك والقادر عليه.



جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



## أحكام الرجوع في الوصية

تنصب دراستنا في هذا الفصل على الوصية الإختيارية، فنبداً  
أولاً بالخوض في مفهومها وصفتها لتحديد مدى لزومها وتأصيل  
حكم الرجوع فيها. ثم نتعرض لطرق الرجوع لنتهي بالوقوف  
أمام وسائل إثبات ذلك الرجوع.

بناءً عليه تناولنا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الوصية والرجوع فيها.

المبحث الثاني: طرق الرجوع عن الوصية.

المبحث الثالث: إثبات الرجوع في الوصية.

## مفهوم الوصية و الرجوع فيها

إن التعمق في دراسة أحكام الرجوع عن الوصية يفرض علينا أولاً البحث في مدلولها لتحديد رؤية واضحة لما ستنبص الدراسة عليه، ثم تبيان صفتها للوصول لرأي حاسم في مدى جواز الرجوع و متى ثبت هذا الحق تساءلنا لمن هو مخول؟ و ما هو تكييفه؟ كل ذلك من منظور فقهي شرعي و من منظور قانوني. و تأسيساً عليه قسمنا البحث إلى المطلبين الآتين:

**المطلب الأول:** طبيعة الوصية، و يتناول تعريفها و بيان صفتها.

**المطلب الثاني:** الرجوع في الوصية، و يشمل بالدراسة لمن يثبت حق الرجوع و تكييف ذلك الحق.

### المطلب الأول: مفهوم الوصية

نبحث في ثنايا هذا المطلب تعريف الوصية و بيان طبيعتها.

#### الفرع الأول: تعريف الوصية

##### البند الأول: تعريفها لغة

الوصية اسم من أوصى يوصي إيضاء و جمعها وصايا، و الوصية هي ما أوصيت به فيقال أوصى الرجل و وصاه أي عهد إليه<sup>1</sup>.

و الوصية من الوصل، فيقال وصى الشيء بالشيء وصياً أي وصله<sup>2</sup>، و سميت وصية لاتصالها بأمر الميت<sup>3</sup>، فالموصي وصل ما كان في حياته بعد موته.

و يوصيكم الله أي يفرض عليكم لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصْنُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾<sup>4</sup>، و المقصود أن ذلك أمر محكم علينا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301 هـ، ج4، ص 392، مادة "وصى".

<sup>2</sup> - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، ط2، 1988، ص 381.

<sup>3</sup> - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق علي عبد الرحمن وآخرون، دار المعارف، مصر، دت، ج6، ص 4853، مادة "وصى".

<sup>4</sup> - الأنعام: 151.

<sup>5</sup> - البغوي، تفسير البغوي، تحقيق عبد الرحمن العك و مروان سوار، دار المعرفة، لبنان، ط2، دت، ج2، ص 141.

و تطلق الوصية على ما يوصي به الإنسان من مال أو غيره لقوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾<sup>1</sup>.

كما تطلق على فعل الموصي و هو الإيضاء لقوله عز وجل: ﴿ يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم... ﴾<sup>2</sup>.  
و عليه فالوصية و الإيضاء<sup>3</sup> لهما المدلول اللغوي ذاته<sup>4</sup>، فلا فرق أن يكون الفعل تبرعا بمال أو عهد إلى الغير بتصرف من التصرفات<sup>5</sup>.

### البند الثاني: تعريفها اصطلاحا

يتضمن هذا البند تعريف الوصية في الفقه الإسلامي ثم في الاصطلاح القانوني. و نحاول من خلال التعريف معالجة ما إذا كانت الوصية عقدا أو تصرفا انفراديا.

### الفقرة الأولى: تعريفها في الفقه الإسلامي

إن الباحث عن ماهية الوصية في ثنايا المصادر الفقهية يجد الفقهاء قد انقسموا إلى أربع اتجاهات: منهم من يعرف الوصية بأنها عقد، هناك من يعتبرها تصرفا، و آخرون يرونها تملكا، و من يكتفي بأنها تبرع. و نوضح تلك التعريفات على النحو الآتي:

### التعريف الأول: الوصية عقد

<sup>1</sup>-النساء: 11.

<sup>2</sup>-المائدة: 106.

<sup>3</sup>- الإيضاء: هو جعل الغير وصيا يتصرف في أمر الموصي و ماله و عياله بعد موته. ينظر: إبراهيم أنيس و آخرون، المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، ط2، 1973، ج2، ص 1038، مادة "وصى".

<sup>4</sup>- التفرقة بين الوصية و الإيضاء تفرقة اصطلاحية شرعية، فيقال "أوصيت له" أي بمال و "أوصيت إليه" أي جعلته وصيا، ومع ذلك فمن الفقهاء من يجعل الوصايا شاملة للإيضاء، ومن هذا المنطلق تكون التعريفات متباينة فمن يرى عمومها يعرفها بما يشمل الإيضاء و من يرى خصوصها يجعلها قاصرة على التصرف في المال. يراجع: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، و علي محمد عوض، دار عالم الكتب، السعودية، دط، 2003، ج10، ص 335.\* الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، دط، دت، ج3، ص 39.\* د. عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 2000، ج10، ص 380.\* د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، لبنان، ط4، 1982، ص 21.

<sup>5</sup>-د. محمد مصطفى شلبي، مرجع نفسه، ص 20.

يقصد بالعقد لغة الشد والربط و الإحكام والإلزام، ويطلق أيضا على العهود<sup>1</sup>.

وللعقد إصطلاحا معنيين:

\***معنى عام** وهو كل التزام ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين، فيكون بذلك أقرب للمعنى اللغوي ومرادفا للإلتزام والتصرف.

\***معنى خاص** وهو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر، وعليه فهو يتم بين إرادتين متقابلتين أي بإيجاب وقبول<sup>2</sup>.

وقد عرف ابن عرفة<sup>3</sup> الوصية بأنها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"<sup>4</sup>.  
فقوله: " يوجب حق في ثلث عاقده" هو قيد<sup>5</sup> أخرج به ما يوجب حقا في رأس ماله مما عقده على نفسه<sup>6</sup>.

وقوله: " يلزم بموته" قيد أخرج به اهبة لأنها تملك حال الحياة لا بعد الموت. و قوله: " أو نيابة عنه

<sup>1</sup> - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج1، ص312، مادة (عقد). \* ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج4، ص3031، مادة (عقد).

<sup>2</sup> - للتفصيل يراجع: \* الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دط، ج3، ص294. \* د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط2، 1981، ص80، 81، \* د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دط، 1999، ص126 وما بعدها.

\* د سلطان بن ابراهيم بن سلطان، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث، الإمارات العربية، ط1، 2002، ص52 وما بعدها. \* بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، لبنان، دط، دت، ص361 وما بعدها.

<sup>3</sup> - هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي المالكي، يكنى أبا عبد الله، عمدة أهل التحقيق في المذهب المالكي، ولد في تونس سنة 716 هـ وتوفي سنة 807 هـ، إمام وخطيب الجامع الأعظم التونسي طيلة 50 سنة، من مصنفاته: المختصر الكبير، المختصر الشامل، الحدود في التعريفات الفقهية. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق مأمون بن يحيى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط01، 1996، ص337. \* محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، لبنان، دط، دت، ص227.

<sup>4</sup> - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط01، 1993، ج2، ص681.

<sup>5</sup> - القيد هو إضافة وصف زائد عن ماهية. ينظر: د. قلعة جي، د. قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، لبنان، ط2، 1988، ص373.

<sup>6</sup> - الرصاع، المصدر السابق، ص682.

بعده " إدخال للإيصاء لشخص و إسناد الوصية إليه<sup>1</sup>.

ومن خلال التعريف يطرح التساؤل الآتي:

هل الوصية عقد بالمعنى الخاص يستوجب انعقادها توافق الإيجاب و القبول؟ أم هي عقد بالمعنى العام المرادف للتصرف أو الالتزام<sup>2</sup>؟

ولبيان هذه المسألة بحثنا في أركان الوصية عند فقهاء المالكية فوجدنا أن " أركان الوصية أربعة: موصي وموصى له و موصى به وصيغة"<sup>3</sup>.

ثم ورد في الموضوع ذاته أن " قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين هو شرط لزوم و وجوب الوصية له " و أن " الوصية لغير معين كالفقراء فلا يشترط فيها القبول لتعذره"<sup>4</sup>.

و بناء عليه نستخلص أن كلمة "ركن" وردت على غير حقيقتها<sup>5</sup> باعتبار أن قبول الموصى له المعين شرط<sup>6</sup> للزوم الوصية لا ركننا لانعقادها.

<sup>1</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، المطبعة العلمية، مصر، ط1، دت، ج2، ص 284. \* الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996، ج6، ص 484.

<sup>2</sup> - التصرف هو ما يصدر من الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً ويرتب عليه الشارع نتيجة، وقد يكون فيه التزام بإنشاء حق أو إسقاطه وقد يكون خالياً من ذلك. وعليه فهو يشمل الإلتزام والعقد لأنه يتناول ما كان بإرادتين وما كان بإرادة واحدة. الإلتزام هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنحائه أو إسقاطه.

للتفصيل يراجع: د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 131، 132.

<sup>3</sup> - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المطبعة الجمالية، د ط، د ت، ج2، ص 280. \* الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي، مصر، د ط، دت، ج8، ص 175.

<sup>4</sup> - الزرقاني، مصدر نفسه، ص 177.

<sup>5</sup> - الركن هو ما يكون به قوام الشيء و وجوده بحيث يعد جزء داخلاً في ماهيته. ينظر: \* الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق عبد المنعم الحفني، دار الرشد، مصر، دط، 1، ص 126. \* د. مصطفى محمد شليبي، المدخل في التعريف بالفقه و قواعد الملكية و العقود، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1985، ص 418.

<sup>6</sup> - يتفق كل من الركن و الشرط في أنه لا وجود للعقد أو الشيء إلا بوجودهما، و يختلفان في أن الركن جزء من حقيقة الشيء أما الشرط فهو خارج عن حقيقته و ليس جزء منه فيلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود و لاعدم لذاته.

يراجع: \* القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، لبنان، مصدر، ط1، 1973، ص 261. \* د.

عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط07، 1998، ص 59. \* د. أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 146.

و على هذا تنعقد الوصية عند الملكية بإيجاب الموصي<sup>1</sup>، أما قبول المعين فهو أمر زائد على أصل العقد لأنه شرط لزوم و وجوب الوصية له<sup>2</sup>.

و تأسيسا على ما تقدم تعد الوصية حسب هذا الرأي عقدا بالمفهوم العام، مضافا إلى ما بعد الموت، لأن العقود بإرادة واحدة عقود شرعية وفق المعنى العام للعقد الذي يشمل جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية<sup>3</sup>.

### التعريف الثاني: الوصية تصرف

ورد تعريف الوصية في اللباب- و هو مصدر مالكي- كالأتي: " الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه"<sup>4</sup>.

يضع هذا التعريف الوصية في مصف التصرفات الإفرادية لا في مصف العقود لانعقادها بإرادة الموصي المنفردة، و هو بذلك يضيفي عليها وصفها الحقيقي تماشيا مع اعتبار القبول شرط لزوم في المعين لا ركنا من أركان الوصية - كما سبق بيانه عند الملكية- أما الوصية لغير معين كالفقراء أو لجهة من الجهات كالمسجد فتلزم بمجرد الموت، و عليه فالقبول ليس شرطا في جميع صور الوصية<sup>5</sup>.

و جدير بالملاحظة أنه يدرج إمكانية الرجوع عن الوصية قبل الموت، وهو بذلك يبرز عدم لزوم الوصية في تعريفها.

### التعريف الثالث: الوصية تمليك

وظف الملكية مصطلح "تمليك" لتعريف الوصية فقد جاء في مواهب الجليل: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>6</sup>. و أما الحنفية فهم أكثر من اعتمد هذا اللفظ لبيان مفهوم الوصية، فالتعريف السابق هو ذاته الوارد في تحفة الفقهاء<sup>7</sup>. و ذكر أيضا في الدر المختار: "الوصية تمليك إلى ما

<sup>1</sup>- الإيجاب هو ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين فيوجد الإلتزام، و القبول هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانيا، الواقع جوابا للأول. ينظر: د. محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه و قواعد الملكية و العقود فيه، مرجع سابق، ص 419.

<sup>2</sup>- الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 01، 1996، ج 6، ص 486. \*الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 3، 1992، ج 6، ص 367. \*التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج 2، ص

<sup>3</sup>- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، د ط، دت، مجلد 01، ج 01، ص 76، ينظر التهميش.

<sup>4</sup>- محمود عبد الله بن راشد البكري، لباب اللباب، المطبعة التونسية، تونس، دط، 1346 هـ، ص 300.

<sup>5</sup>- التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، تونس، ط 1، 1339 هـ، ج 4، ص 86.

<sup>6</sup>- الخطاب، المصدر السابق، ص 364.

<sup>7</sup>- السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1993، ج 3، ص 205

بعد الموت عينا كان أو دينا<sup>1</sup>، و في تبين الحقائق<sup>2</sup> و تكملة فتح القدير<sup>3</sup>: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة".

و نلاحظ أن هذه التعريفات متقاربة اللفظ و المعنى، فهي تفيد أن الوصية تمليك مضاف إلى حال زوال الملك فلو أضيف إلى حال قيامه لكان باطلا<sup>4</sup>، و بذلك تنفصل الوصية عن البيع و الإجارة والهبة لأنها عقود لا تشمل الإيجاب بعد الموت. و تكون الوصية تبرعا دون عوض سواء كانت من الأعيان أو المنافع، و يعد ذلك قيد يخرج به الواجب كالزكاة و الكفارة لأن التبرع هو التطوع بما ليس بواجب و لا فيه بدل.

و لكن الإشكال يدور حول لفظ "تمليك" فهل يقصد به أن الوصية عقد أم تصرف انفرادي؟ بالرجوع إلى مفهوم التمليك<sup>5</sup> اصطلاحا نجده يفيد: "إزالة ملك المتصرف عما تصرف فيه و نقله إلى ملك غيره، سواء كان المنقول عينا أو منفعة و سواء كان بعوض أو بغير عوض"<sup>6</sup>.

و بناء عليه نخلص إلى أن مصطلح "تمليك" قد يعني عن إضافة لفظي "عينا أو منفعة"، إلا أنه لا يفيد بالضرورة أن الوصية تصرف انفرادي لأن التمليك بحسب مفهومه هو نقل للملك في عقود المعاوضات أيضا مثل البيع. و هو الأمر الذي يوجب علينا بيان أركان الوصية عند أصحاب التعاريف لتركز إلى المعنى الحقيقي المقصود من لفظ التمليك.

فأما عن تعريف الملكية المذكور فينصرف التمليك فيه إلى التصرف الانفرادي لا إلى العقد لأن فقهاء الملكية- كما سبق بيانه- اعتبروا الإيجاب ركن الوصية الوحيد، ولم يطلقوا عليها لفظ "عقد" إلا بالمفهوم العام له. و أما الحنفية فقد اختلفوا في تحديد ركن الوصية فكان لهم رأيان:

\*الأول: وبه قال الإمام أبوحنيفة وصاحبه، ومفاده أن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الحصكفي، الدر المختار، مطبعة صبيح و أولاده، مصر، د ط، د ت، ج 2، ص 484.

<sup>2</sup> - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د ت، ج 6، ص 182.

<sup>3</sup> - قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار، دار الفكر، لبنان، د ط، د ت، ج 10، ص 411.

<sup>4</sup> - الزيلعي، المصدر السابق، ص 182.

<sup>5</sup> - التمليك لغة مصدر ملكه الشيء إذا جعله ملكا له. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1994، ص 1.

748.

<sup>6</sup> - د. أحمد الصويبي شليبيك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النقاش، الأردن، ط 1، 1999، ص 26.

<sup>7</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1997، ج 10، ص 479.

\*الثاني: و به قال زفر<sup>1</sup> و مفاده أن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط<sup>2</sup>.

وتأسيسا عليه فالوصية عند جمهور الحنفية عقد بالمعنى الخاص يستوجب انعقاده توافق الإيجاب والقبول، أما عند زفر و من وافقه<sup>3</sup> فهي تصرف انفرادي محض.

### التعريف الرابع: الوصية تبرع

التبرع لغة هو العطاء من غير سؤال والتفضل بما ليس بواجب، وعليه فالتبرع هو العطاء بغير عوض أو مقابل<sup>4</sup>.

وقد عرف الشافعية الوصية بأنها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت"<sup>5</sup>.

وعرفها الحنابلة كالاتي: "الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت"<sup>6</sup>. وجاء في الإنصاف أن التعريف الصحيح عند الحنابلة هو: "الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت"<sup>7</sup>. فتكون الوصية بذلك شاملة للإيصال.

و نلاحظ أن أصحاب التعاريف اختلفوا بالتركيز على أن الوصية تبرع أي من غير بدل. ولكن تجدر الإشارة إلى أنها تعد تصرفا انفراديا عندهم، فالشافعية في قول لهم<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> اعتبروا القبول شرط لثبوت الملك بعد الموت. ويرى الشافعية في قولهم الثاني أنها تتملك بمجرد وفاة الموصي كالإرث، و لا تفتقر إلى قبول.

2- هو زفر من الهذيل العنبري ، أحد بحور الفقه وأذكياء الوقت ، تفقه على شيخه أبي حنيفة فكان أكبر تلامذته ، حدث عنه ، جمع بين العلم والعمل وكان عارفا بالحديث ، توفي عام 158هـ . ينظر: الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ط3 ، 1985 ، ج8 ، ص 38 . \*القرشي ، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ، هجر للطباعة والنشر ، ط2 ، 1993 ، ج2 ، ص 207 .

2- الكاساني ، المصدر السابق ، ص 479 . \* السمر قندي ، تحفة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 206 .

3- جاء في العناية الآتي : " وركنها أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها " وعليه فإيجاب الموصي هو ركن الوصية لا غيركما أفاد زفر .

ينظر: البابرقي ، العناية شرح الهداية (مع تكملة فتح القدير على الهداية) ، دارالفكر ، لبنان ، دط ، ذت ، ج10 ، ص 412 .

4- د . قلعه جي ، دقيني ، معجم لغة الفقهاء ، مرجع سابق ، ص 20 .

5- الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 38 . \* الرملي ، تهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دارالفكر ، لبنان ، دط ، 1984 ، ج6 ، ص 40 .

6- ابن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، دط ، 1983 ، ج6 ، ص 414 .

7- المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، ط1 ، دت ، ج7 ، ص

وخلاصة القول أن التعريفات التي ذكرناها متقاربة المعنى و إن اختلفت عبارتها، فكلها تتفق على أن الوصية تملك للغير مضاف لما بعد الموت.

و أما خلافها فيكمن في الآتي:

\* اعتبار الوصية عقد أو تصرف انفرادي.

\* إدراج القيود في التعريف من عدمه على أساس بيانها في الشروط المنصوص عليها لاحقا في

كل من الموصي و الموصى له و الموصى به.

\* إضافة صفة الوصية في التعريف بذكر إمكانية الرجوع عنها.

### الفقرة الثانية: تعريفها قانونا

#### أولا: الوصية في القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>

يعتبر المشرع الجزائري الوصية طريقا من طرق اكتساب الملكية<sup>4</sup>، و يرى فقهاء القانون أنها تحتل مكانة هامة بين تلك الطرق<sup>5</sup>، ذلك أن الوصية عمل إرادي يفضي إلى منح الغير حقا مشروعاً.

و تعد الوصية في القانون الجزائري من قبيل الأحوال الشخصية فقد أحضعها المشرع لأحكام قانون الأسرة بنص المادة 775 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup> والنصوص القانونية المتعلقة بها"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص 52 ومايليها.

<sup>2</sup> - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، دط، 82، ج4، ص 344.

<sup>3</sup> - تناولها الأمر 75-58 المؤرخ في 26/12/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، في القسم الثاني من الفصل الثاني من

الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، وخصص لها المواد من 775 إلى 777.

<sup>4</sup> - ملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا، علما أن تلك الحقوق هي التي تقوم بذاتها ولا تستند في وجودها إلى حق آخر

تبعه. وقد عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 674 مدني كالاتي: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء شرط ألا يستعمل

استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" للتفصيل يراجع:د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة

العربية، لبنان، دط، دت، ص06.

<sup>5</sup> - يعتبر الدكتور السنهوري الوصية سببا من أسباب كسب الملكية بالوفاة. ينظر: د، عبد الزراق السنهوري، الوسيط في شرح القانون

المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مصر، دط، 2004، ج9، ص 168.

<sup>6</sup> - المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي، معتبرا في حد ذاته وفي علاقته العائلية، ويعتبر

من الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بأحوال الناس وأهليتهم ونظام الأسرة والطلاق و البنوة والنسب والولاية والوصاية والموارث

والوصايا. يراجع: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، دارهومة، الجزائر، ط1، 2006، ج1، ص187. \* د. بلحاج

كما أنه يسري على الوصية قانون جنسية الموصي وقت موته و هو ما نصت عليه المادة 16 من القانون المدني<sup>2</sup>. هذا و قد ألحق المشرع بالوصية تصرفين هما:

\***التصرف في مرض الموت<sup>3</sup>**، حيث جاء بنص المادة 776 مدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام

الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"<sup>4</sup>.

\***التصرف للورثة مع الاحتفاظ بالحياة<sup>1</sup>**، فقد نصت المادة 777 مدني على الآتي: "تعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد الورثة و استثنى لنفسه بطريقة ما

---

العربي، الوحيزي في شرح قانون الأسرة، دم ج، الجزائر، دط، 94، ج 1، ص 13-14. \*د.علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص، دم ج، الجزائر، دط، 2000، ص 64.

<sup>1</sup>- ورد في النص العربي مصطلح "الأحوال الشخصية" في حين ورد في النص الفرنسي مصطلح "قانون الأسرة code de la famille" والنص الفرنسي أصح تماشيا مع تسمية قانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 84 بقانون الأسرة، وتغيير تسمية قسم وغرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم والمجالس القضائية إلى قسم وغرفة شؤون الأسرة بنص المواد 5 و 13 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 للتفصيل يراجع: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 15. \*فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 86، ج 1، ص 13.

<sup>2</sup>- وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها رقم 63219 الصادر في 90/10/17 وقررت أن مخالفة هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والوثائق، المحكمة العليا، 1991، عدد 02، ص 79.

<sup>3</sup>- لم يبين المشرع الجزائري مفهوم مرض الموت وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد تعريفات عديدة منها: "مرض الموت هو كل مرض يخاف منه الهلاك ويتصل به الموت فعلا". ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 85.

وقد رجح الدكتور عبد الكريم زيدان هذا التعريف للحنبلة لاشتراطه أمرين: \*كون المرض مخوف أي يقع الموت بسببه غالبا لا نادرة. \* اتصالة بالموت دون تقييد بوقت. للتفصيل يراجع: د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج 10، ص 361 وما يليها. وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33719 المؤرخ في 84/07/09 ما يأتي: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطير ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه". المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 03، ص 51.

<sup>4</sup>- لمزيد من الشرح ينظر: محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 91، ص 130 وما يليها.

حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"<sup>2</sup> .  
وذلك حماية للورثة لتعلق حقهم بمال مورثهم منذ حلول مرض الموت، وردا للإحتيال على أحكام الوصية<sup>3</sup> .

### ثانيا: الوصية في قانون الأسرة<sup>4</sup>

ورد تعريف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". و هو تعريف مطابق لما جاء في مواهب الجليل و تحفة الفقهاء - كما سبق بيانه- و هنا نتساءل حول مصطلح " تمليك": هل قصد به المشرع أن الوصية عقد<sup>5</sup> أم تصرف انفرادي<sup>6</sup>؟

بالرجوع إلى النص الفرنسي نجده أدق في ألفاظه حيث اعتبر الوصية تصرفا<sup>7</sup> . وبإمعان النظر في المواد المنظمة لأحكام الوصية نجد المادة 201 تعتبر رد الوصية مبطلا لها حيث جاء فيها: "تبطل الوصية.... بردها" غير أن ذلك لا يفيد بأن القبول ركن يؤدي تخلفه إلى بطلان الوصية و إنما دل لفظ "تبطل الوصية" على انعدام أثرها لسبب مستقل عن أركانها، فقد قابل لفظ "تبطل" في النص الفرنسي مصطلح

<sup>1</sup> - الحيازة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق قصد الظهور بمظهر المالك. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص784.

<sup>2</sup> - يشترط لاعتبار التصرف وصية: \* أن يكون لأحد الورثة. \* أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة. \* أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع مدى الحياة. ينظر: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، دارهومة، الجزائر، دط، 2002، ص63. \* محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص103 وما يليها.

<sup>3</sup> - محمودي عبد العزيز، مرجع نفسه، ص41.

<sup>4</sup> - نظم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/84 (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 84) المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 (جريدة رسمية رقم 15 لسنة 2005) والموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04/05/2005 (جريدة رسمية رقم 43 لسنة 2005) والمتضمن قانون الأسرة أحكام الوصية في باب التبرعات في الفصل الأول من الكتاب الرابع من المواد 184 إلى 201.

<sup>5</sup> - ورد تعريف العقد بنص المادة 54 من القانون المدني: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وعليه فالعقد القانوني يتفق مع المعنى الخاص للعقد ويتعد بذلك عن المعنى اللغوي.

<sup>6</sup> - التصرف القانوني الإفرادي هو عمل قانوني يتم وينتج أثره بإرادة منفردة ينظر: د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط4، 2007، ج1، ص40.

<sup>7</sup> - ورد في النص الفرنسي " .. le testament est l'acte " ومعنى " acte " هو تصرف .

"CADUC"<sup>1</sup> و ليس مصطلح "NUL" المقصود به البطلان. و بذلك فالوصية انعقدت بإيجاب الموصي وأما القبول فهو شرط للزومها<sup>2</sup>، الأمر الذي يجعلها تصرفا قانونيا من جانب واحد. هذا و بالرجوع إلى المادة 191 من قانون الأسرة نجد أنها تنص صراحة على أن إثبات الوصية قانونا يتم بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.

و تأسيسا على كل ما تقدم نخلص إلى أن الوصية في حقيقتها تصرف قانوني من جانب واحد، و لكن إثباتها يقتضي إفرانها في عقد رسمي<sup>3</sup> أمام الموثق.

و عليه فالوصية تعد من العقود التصريحية الإحتفائية<sup>4</sup>، و التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال

التصريح فيحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان غير مخالف للقانون<sup>5</sup>. و قد يكون ذلك سببا وراء اعتبار الوصية عقدا في بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فقد جاء في القرار رقم 75598 الصادر في 91/02/24 ما يأتي: "إن تطبيق نصوص قانون الأسرة لا يضر مادام هذا النص مطابق

<sup>1</sup> - يقصد بمصطلح "caduc" انعدام أثر التصرف لسبب خارجي يطرأ بعد التكوين أو الانعقاد. ينظر : ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البلدة ، دط ، 1998، ص 43.

<sup>2</sup> - لم يخصص المشرع الجزائري للوصية قانون خاصا بما على غرار نظيره المصري الذي سن في 24 يونيو 1946 قانون رقم 71 لسنة 1946 والذي كا ، أشمل وأدق من المواد المنظمة للوصية في قانون الأسرة الجزائري ، فقد عرف الوصية على أنها تصرف بنص المادة 01 ثم أكد أنها تلزم بالقبول بنص المادة 20 ، لا يجرم بأنها تصرف انفرادي ، وأما المشرع المغربي فقد نص في المادة 284 من مدونة الأسرة على أن الوصية تنعقد بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي. ينظر : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، دط ، 1988، ص 239 ، 243. \* قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية على موقع [www.islam-maroc.ma](http://www.islam-maroc.ma). تاريخ الزيارة : 2007/02/09.

<sup>3</sup> - نصت المادة 324 مدني على: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

<sup>4</sup> - لم يحدد المشرع الجزائري تلك العقود بل اكتفى باشتراط شاهدي عدل (شهود العقد) لإبرامها تحت طائلة البطلان بنص المادة 324 مكرر 03 قانون مدني، ولكن العمل التوثيقي لم يختلف حول اعتبار الهبة الوصية والوقف عقودا احتفائية. ينظر : علاوة بوتغزار، المادة 324 مكرر 03 فيما بين نصها العربي والفرنسي ، مجلة الموثق ، الغرفة الوطنية للموثقين ، 2001 ، عدد 03 ، ص 10.

<sup>5</sup> - عمر حمدي باشا ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة ، الجزائر ، دط ، 2002 ، ص 31 32 . \* عمر حمدي باشا ، نقل

الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، دط ، 2004 ، ص 107 ومبايلها .

للشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة وقد أبرم عقد الوصية ، وإن نصوص قانون الأسرة ليست منشئة لأحكام جديدة لم تكن مطبقة وقت إبرام عقد الوصية ، فهذا مجرد تكريس لأحكام الشريعة الإسلامية في تقنين يسهل العمل القضائي.<sup>1</sup>

وجاء في القرار رقم 278004 الصادر بتاريخ 16/01/2002 الآتي : "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وعليه فإن القضاة برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد المالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته"<sup>2</sup>.

و نظرا للانتقادات الموجهة للتعريفات المذكورة نقترح التعريف الآتي:

"الوصية تصرف انفرادي ينقل بمقتضاه المالك حقا من حقوقه إلى ما بعد الموت على وجه التبرع" و هو تعريف يظهر فيه بوضوح ما يأتي: \*أن الوصية تصرف انفرادي.

\*أنها تصرف تبرعي.

\*أنها مضافة إلى ما بعد الموت.

وحصول القول أن جمهور الفقهاء اعتبروا الوصية تصرفا انفراديا ينعقد بإيجاب الموصي وقد وافقهم القانون في ذلك، إلا أن أغلبهم في ثنايا مصادرهم قد أطلق على الوصية لفظ "عقد" و إن كان بالمفهوم العام له إعمالا لمعنى التقوية و العهد فيه.

هذا و تعد الوصية عقدا تصريحيا في الحياة التوثيقية و هو ما يجعلنا نعتبر الوصية من عقود التبرعات.

## الفرع الثاني: طبيعة الوصية

نبحث في هذا الفرع وصف الوصية من منظور فقهي شرعي ثم من منظور قانوني.

### البند الأول: طبيعتها في نظر الفقه الشرعي

اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم أو ما يطلق عليهم بعضهم بالجائز<sup>3</sup> ، و هو العقد الذي

1- المجلة القضائية لسنة 93، العدد 02، ص 65.

2- المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 01، ص 367.

3- يراجع في الفقه الحنفي: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص186. \*الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج10، ص566. \*ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج10، ص350. \*المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دارالكتب العلمية، لبنان، ط1، دت، ج1، ص586. في الفقه المالكي: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مصدر سابق، ج8، ص177. \*الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، مصدر سابق، ج6، ص493. \*التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، مصدر سابق، ج4، ص88. في

الفقه الشافعي: الشاربي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71. \*الماوردي، الحاوي الكبير، دار

بإمكان كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط التحلل منه دون التوقف على رضا الآخر<sup>1</sup>.  
و تعد الوصية عقداً غير لازم من جانبين<sup>2</sup>، فهي في حياة الموصي غير لازمة له، يرجع عنها متى شاء وهي بعد الوفاة غير لازمة للموصى له، يحق له ردها فلم يخالف في حق الموصي له في رد الوصية إلا زفر في رواية له تفيد أن الوصية تلزم بالموت ولا يحق للموصى له ردها<sup>3</sup>.  
و عليه فللموصي حق الرجوع عن وصيته كلها أو بعضها كما له تعديلها أو إدخال شروط و قيود عليها<sup>4</sup> و ذلك سواء وقع الإيضاء حال صحته أو سقمه<sup>5</sup>.  
و للموصي أن يرجع عن وصيته حتى و إن أعلن الموصى له قبوله لأنه غير معتبر قبل الوفاة<sup>6</sup>.  
و لجواز الرجوع عن الوصية أدلة يرتكز عليها و حكم شرع لتحقيقها نتناولها في الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى : أدلة جواز الرجوع

استدل الفقهاء على جواز الرجوع في الوصية بما يأتي:

#### أولاً: من الآثار

ما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه قال: "يغير الرجل ما شاء من الوصية"<sup>1</sup>.

الفكر، لبنان، دط، 1994، ج10، ص158. \*الشافعي، الأم، دار الشعب، دط، 1968، ج4، ص45. في الفقه الحنبلي: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص485. \*البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص348. في الفقه الظاهري: ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، دط، دت، ج9، ص340.

<sup>1</sup>- د. محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص558. \*د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص275.

<sup>2</sup>- هناك عقود غير لازمة من جانب واحد مثل الرهن فبعد تمامه لازم في حق الرهن لا يفسخه إلا برضا المرتهن، وغير لازم في حق المرتهن له فسخه متى شاء. ينظر: د. مصطفى شلي، المرجع السابق، ص559، 560. \*د. مصطفى أحمد الرزقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط2، 2004، ج1، ص521 وما يليها.

<sup>3</sup>- د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص223. \*السرخسي، المبسوط، دار المعارف، لبنان، دط، دت، مجلد4، ج28، ص47.

<sup>4</sup>- د. مصطفى الخن، د. مصطفى البغا، علي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، سوريا، الدار الشامية، لبنان ط2، 1998، مجلد2، ص259.

<sup>5</sup>- د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1993، ص54.

<sup>6</sup>- د. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، دار العلم للملايين، لبنان، ط7، 1981، ص230.

فهو دليل على عدم لزوم الوصية في حق الموصي و أن له تغييرها متى شاء و كيفما شاء.

### ثانياً: من القياس

فما صدر عن الموصي مجرد إيجاب و أن القبول يتوقف على الموت<sup>2</sup>، فصح إبطال الإيجاب قبل القبول<sup>3</sup> قياساً بالبيع. فقد اتفق جمهور الفقهاء (حنفية، رأي للمالكية، شافعية، حنابلة، ظاهرية) على خيار الرجوع في الإيجاب قبل القبول في البيع، إلا المالكية في رأي لهم مفاده الزامية الإيجاب وعدم جواز الرجوع فيه<sup>4</sup>.

### ثالثاً: من المعقول

إن جواز الرجوع عن الوصية أساسه فكرة عدم لزوم الإيجاب الصادر عن إرادة منفردة.

فالوصية تبرع مضاف لما بعد الموت، أي أنه لم يتم بعد بل ينجز بعد الوفاة و بذلك جاز الرجوع عنها قبل تنجزها<sup>5</sup>.

أضف إلى ذلك أنه لم يتعلق بالموصى به حق للموصى له حال حياة الموصي، فالأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا تعلق بالإيجاب حق لغير المتكلم به<sup>1</sup>، فكان بذلك رجوع الموصي جائزاً لا يترتب عليه إلحاق الضرر بأحد أو إبطال حق للغير<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، ط، دت، ج6، كتاب الوصايا، باب الرجوع في الوصية وتغييرها، ص 281.

<sup>2</sup> - جدير بالذكر أنه لا أثر للقبول والرد في حياة الموصي عند جمهور الفقهاء فلورد الموصى له الوصية في حياة الموصي ثم قبلها بعد موته صح قبوله لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت فكذا يعتبر القبول بعده ولم يخالف في ذلك غير زفر في رواية عنه مفادها أن الرد حال الحياة ملزم للموصى له وليس له القبول بعد الوفاة. للتفصيل يراجع: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج، 10 ص 481. \*الزيعلي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص 184. \*التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 286. \*الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3 ص 53. \*ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 437.

<sup>3</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص 566. \*الزيعلي، المصدر السابق، ج6، ص 186. \*د.عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج10، ص 388.

<sup>4</sup> - للتفصيل يراجع: الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص 530. \*الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 240. \*الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص 3 وما يليها. \*ابن قدامة، المصدر السابق، ج4، ص 6 وما يليها. \*ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج8، ص 351. \*د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، دت، 2001، ص 309. \*محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، دار الكتاب الحديث، ط، دت، ص 535.

<sup>5</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 348. \*الزيعلي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص 186. \*د. علي الخفيف، أحكام الوصية، المطبعة العالمية، مصر، ط، 1962، ص 219. \*د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص 54.

## الفقرة الثانية: الحكمة من تشريع الرجوع عن الوصية

شرح الرجوع عن الوصية للأسباب الآتية:

## أولاً: حماية الموصي والترغيب في الوصية

فالموصي إذا تأكد له حق الرجوع في صحته أو مرضه، في غناه أو فقره كان آمناً على أن المال الموصي به سيظل على ملكه إن احتاجه صرفه و إن مات في غنى عنه زاد في حسناته<sup>3</sup>، فيكون ذلك حماية له متى أراد الرجوع و ترغيباً له في الإيضاء.

## ثانياً: جلب المصلحة و دفع الضرر

قد يكون الموصي غنياً وقت الوصية ثم يعسر أو حتى يفلس بعدها<sup>4</sup>، و قد يصيبه مرض فيستنفذ العلاج كل ماله، و قد لا يكون له ولد حين الوصية فيدفعه ذلك للإيضاء ثم يرزق أولاداً يخاف عليهم الحاجة لقلة المال، فيرجع في كل الحالات عن وصيته توفيراً للمال<sup>5</sup>.

و قد يكون الموصي به جزء مشاع مع الورثة ثم يعلم الموصي بالأضرار التي ستلحقهم خاصة من حيث استغلال المال أو استثماره، فيرجع عن وصيته حماية لورثة و دفعاً للضرر عنهم<sup>6</sup>.

ثالثاً: لو لم يشرع الرجوع عن الوصية لما استطاع الموصي العدول عنها إذا غلب عليه الظن أن الموصي له سيصرفها في مكروه أو محرم<sup>7</sup>، كأن يوصي بعبث مثلاً، ثم يعلم أنه سيتخذها نبذاً.

<sup>1</sup> - أبوزهرة ، شرح القانون الوصية، مرجع سابق، ص 200.

<sup>2</sup> - د.علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي، دار اللواء، السعودية، ط 1، 1987، ص 427.

\* د.محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية، لبنان، دط، 1998، ص 125.

<sup>3</sup> - د.زكي الدين شعبان، د.أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة

الفلاح، الكويت، ط 1، 1984، ص 182.

<sup>4</sup> - د.عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ط 4، 1998، ص 265.

<sup>5</sup> - د.زكي الدين شعبان، د.أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 183. \* د.عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف و الموارث في

الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1997، ص 137. وفي ذلك قال الشعبي (ما من مال أعظم أجراً يتركه الرجل لولده

يغنيهم عن الناس).

<sup>6</sup> - د. عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، مرجع سابق، ص 255.

<sup>7</sup> - جاء في البيهقي على الخطيب أن الموصي إذا غلب عليه الظن بأن الموصي له سيصرف الوصية في مكروه كان رجوعه مندوباً

وإذا كان سيصرفها في محرم كان رجوعه واجباً ينظر: البيهقي، البيهقي على الخطيب، دار الكتب العلمية، لبنان،

ط 1، 1996، ج 4، ص 68.

## البند الثاني: طبيعتها في نظر القانون

تعتبر الوصية تصرفا غير لازم<sup>1</sup> لأنه يتم بالإرادة المنفردة للموصي<sup>2</sup>، و عليه جاز له الرجوع عنه متى شاء، كله أو بعضه<sup>3</sup>، و هو ما أكدته المادة 192 من قانون الأسرة.

## و ينبغي جواز الرجوع عن الوصية على الحجج الآتية:

أولاً: أن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد<sup>4</sup>، يعتبر القبول شرطاً للزومها و لا يعتد بهذا القبول إلا إذا صدر بعد موت الموصي بناء على نص المادة 197 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " يكون

قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"<sup>5</sup>، و عليه فيإيجاب الموصي غير ملزم له بإمكانه الرجوع عنه متى شاء.

ثانياً: أن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة الموصي مصراً على وصيته<sup>1</sup>، لذلك حق له العدول عن تبرعه حال حياته.

<sup>1</sup> - أنور طلبة، العقود الصغيرة، المكتبة القانونية، دط، 2004، ص 288. \* د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص 210. \* مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2004، ج1، ص 33. \* د، عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، دط، دت، ص 92.

<sup>2</sup> - د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، لبنان، دط، 2000، ص 165.

<sup>3</sup> - محمدي سليمان، كسب الملكية بسبب الوفاة، ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1988، ص 218.  
\*Ghaouti Benmelha, le droit patrimonial Algérien de la famille, opu, alger, 1 ére édition, 1995,p206.

<sup>4</sup> - د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 60. \* أديب استنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط3، 1994، ص 1081.

<sup>5</sup> - لم يعالج المشرع الجزائري وقت اعتبار الرد بل اكتفى بإبطال الوصية به بنص المادة 201 قانون أسرة. في حين نجد المشرع المصري قد كان أكثر دقة في معالجة المسألة فقد نصت المادة 24 من قانون الوصية المصري(قانون 71 لسنة 1946) على عدم بطلان الوصية بردها قبل موت الموصي. وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 قانون أسرة والتي تحيلنا إليه عند غياب النص نجد جمهور الفقهاء قد أقروا ما جاء في قانون الوصية المصري.

**ثالثا:** أن الإيجاب المنفرد في المعاوضات يجوز إبطاله فقد جاء في المادة **64** **فقرة 2** من القانون المدني الآتي: "غير أن العقد يتم لو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".  
فمن خلال هذه المادة نستشف أن للموجب حق العدول عن إيجابه قبل القبول ما لم يحدد لهذا الأخير أجل، فإن كان ذلك جائز في المعاوضات فإيجازه في التبرعات أحق و أولى.

**رابعا:** أن الوصية لا ترتب التزاما على الموصي حال حياته اتجاه الموصى له، فحق الموصى له قبل الموصي يطلق عليه قانونا الحق الإحتمالي<sup>2</sup>، و يعرف هذا الأخير بأنه حق تنقسه أحد عناصره الجوهرية، وعليه يعتبر حق الموصى له احتماليا لتخلف عنصر من عناصره و هو موت الموصي مصرا على وصيته<sup>3</sup>، وهو ما يؤكد جواز رجوع الموصي عن وصيته .

**خامسا:** أن ملكية الموصى به تظل للموصي طيلة حياته<sup>4</sup>، و عليه حق له التصرف في ملكه

<sup>1</sup> - د. الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، د ط، 2003، ج2، ص 171.

<sup>2</sup> - محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1991، ص 95.

<sup>3</sup> - د. عبد الزراق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج3، ص 24، 25. وتقدر الإشارة إلى أن نتائج اعتبار الموصى له صاحب حق احتمالي الآتي: \*ليس للموصى له الحق في رفع دعوى بوليصية للوصول إلى عدم نفاذ تصرفات الموصي في حقه، سواء تصرف الموصي معاوضة أو تبرعا.\* إذا أبرم الموصي عقدا صوريا فلا يحق للموصى له الطعن بالصورية على ذلك التصرف.\* إذا سلم الموصي محل الوصية إلى الموصي له حق له استرداده لأنه دفع غير مستحق. لمزيد من الشرح يراجع: محمد زهدور، المرجع السابق، ص 97 وما يليها.

<sup>4</sup> - لم يتعرض المشرع الجزائري لوقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد ثلاثة آراء-هذا إذا لم

يحدد الموصي وقتا للاستحقاق- ويدور الإشكال هنا حول ملكية نماء الموصى به وزوائده بعد موت الموصي، وتلك الآراء هي:

**الأول:** يفيد انتقال الملك بالقبول مستندا إلى وقت الوفاة ما لم يحدد الموصي وقت معين، فتكون الزوائد ونماء الموصى به ملكا للموصى له من وقت الوفاة حتى القبول. **الثاني:** يفيد انتقال الملك من وقت القبول فتكون الزوائد ملكا للورثة. **والثالث:** يراعي الأمرين معا فيجعل نماء الموصى وزوائده بعد الموت وصية تنفذ في حدود الثلث للموصى له. وقد أخذ المشرع المصري بالرأي الأول طبقا لنص المادة 25 من قانون الوصية في حين اكتفى المشرع الجزائري بإضافة الوصية لما بعد الموت دون تفصيل في وقت ثبوت الملك. وبالرجوع إلى التشريعات العقارية نجد المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 75 المتضمن إعداد

كيفما شاء حتى وفاته<sup>1</sup>.

و بناء على ما تقدم نخلص إلى أن الفقه الشرعي و القانون قد اتفقا على إضفاء وصف عدم اللزوم على الوصية و إثبات حق الموصي في الرجوع عنها.

## المطلب الثاني: الرجوع عن الوصية

الرجوع لغة هو الإنصراف والرد والعود والنقض. فيقال رجع عن الشيء رجوعا أي صرفه ورده، ورجع إلى نومه أي عاد إليه، ورجع في كلامه أي نقض قوله السابق. هذا ويستعمل الفقهاء الرجوع بمعنى استعماله عند أهل اللغة<sup>2</sup>.

ونتناول في هذا المطلب الرجوع عن الوصية من زاويتين الأولى نركز فيها على من يخول له حق الرجوع و الثانية نحاول من خلالها تكييف هذا الحق.

### الفرع الأول: لمن يثبت حق الرجوع

سبق و أن خالصنا إلى أن الوصية عقد غير لازم، و أن عدم اللزوم هو إمكانية رجوع العاقد عن العقد و نقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك النقض<sup>3</sup>.

و لما كانت الوصية تنعقد بإيجاب الموصي وحده حق لهذا الأخير العدول عن إيجابه طيلة حياته تأسيسا على الحجج و الحكم السابق ذكرها.

و لكن التساؤل المطروح يكمن في مدى طلاقة هذا الحق بالنسبة للموصي؟ و هل يقتصر عليه أم يمتد لورثته من بعده؟

---

مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري نجدها قد نصت على الآتي: "... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية". وعليه وباعتبار الوصية نقلا للملكية عن طريق الوفاة فملكية العقار الموصى به تثبت للموصى له بقبوله استنادا إلى يوم وفاة الموصي. فلو فرضنا أن الموصى به بستان كانت ثماره التي أثمرت بعد وفاة الموصي ملكا للموصى له. ينظر:

\*د. محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص49 وما يليها. \*الأمر 75-74 جريدة رسمية رقم92 لسنة75. \*

عمر حمدي باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومة، الجزائر، دط، 2003 ص 485.

<sup>1</sup> - د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ص 171.

<sup>2</sup> - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج3، ص27، مادة (رجع). \* د. قلعه جي، د. قنبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص220.

<sup>3</sup> - د. ستار أبو غدة، الخيار و أثره في العقود، مطبعة مقهور، الكويت، ط2، 1985، ص 43.

لقد أجمع الفقهاء - ووافقهم القانون في ذلك - على أن الموصي يبقى مالكا لحق إعادة النظر في وصيته ما دام حيا في صحته أو مرضه، فإذا توفي مصرا عليها أصبحت لازمة في حق ورثته<sup>1</sup> بعد إخراج نفقات دفنه و إيفاء ديونه<sup>2</sup>.

فجدير بالذكر أن الوصية تلزم الورثة في حدود الثلث إذا كانت لأجنبي، فان هي زادت عن الثلث وقفت على إجازتهم عند جمهور الفقهاء ولم يخالف في ذلك غير الظاهرية الذين أبطلوا الوصية بأكثر من الثلث، و قد ذهب القانون مذهب الجمهور بنص المادة 185 قانون أسرة.

أما الوصية لو ارث فهي موقوفة على إجازة الورثة عند جمهور الفقهاء، و باطلة عند الظاهرية و الشافعية في قول ثان لهم. و لقد أخذ القانون برأي الجمهور بنص المادة 189 قانون أسرة.

هذا و تكون الإجازة بعد الموت أي بعد ثبوت الحق للورثة فإن هم أسقطوا حقهم صح ذلك الإسقاط و لا رجوع لهم فيه، فإن كانت الإجازة قبل الموت فللفقهاء رأيان:

\***الأول:** و به قال الجمهور (حنفية، شافعية، حنابلة) ومفاده أن لهم الرجوع عن إجازتهم بعد الموت فلا عبرة بما صدر منهم قبله سواء كان في صحة المورث أو مرضه فيما زاد عن الثلث لأجنبي أو لو ارث، لأن إسقاطهم كان في ما لم يملكوه بعد و عليه فالإجازة لم تصادف محلها فكان لهم الرجوع عنها بعد الموت.

\***الثاني:** و به قال المالكية و مفاده أن الإجازة قبل الموت لازمة للورثة و ليس لهم الرجوع فيها بعده إلا بشروط هي:

- أن تكون الإجازة في مرض الموت سواء كانت الوصية في المرض أو الصحة.
- أن يكون الوارث معذورا في إجازته كأن يكون في نفقة المورث أو مدينا له.
- ألا يكون المحيز ممن يجهل أن له الرد و الإجازة و يحلف على ذلك فله الرد إذ كان جاهلا فإن نكل لزمته إجازته.

<sup>1</sup>- للتفصيل يراجع: السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص212. \*الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997، ج9، ص222 و ما يليها. \*الزبيعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص183. \*التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، مصدر سابق، ص87. \*الإمام مالك، المدونة الكبرى (برواية سحنون)، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323 هـ، ج15، ص76. \*الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج10، ص509 و ما يليها. \*المارودي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص39-40. \*الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص44. \*البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص341 وما يليها. ابن حزم، المحلى بالآثار، مصدر سابق، ج9، ص340. \*د، أحمد الصويعي شليليك، أحكام الإسقاط، مرجع سابق، ص318 و ما يليها.

<sup>2</sup>- أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ بنص المادة 180 قانون أسرة.

- أن يكون المحيز مكلفاً غير محجور عليه.

وقد اعتد القانون بإجازة الورثة للوصية لو ارتث بعد وفاة الموصي بنص المادة 189 قانون أسرة، وعليه فلا عبرة بإجازتهم قبل الموت، وقد سكت عن وقت الإجازة فيما زاد عن الثلث لغير وارث.

و عليه فحق الرجوع عن الوصية قاصر على الموصي وحده لا يتعدى لورثته من بعده للزوم الوصية بعد الموت للأجنبي في حدود الثلث<sup>1</sup>.

أما مدى طلاقته بالنسبة للموصي فقد احتدم بشأنه النقاش عند فقهاء المالكية،<sup>2</sup> فهل يبقى ثابتاً له حتى وإن التزم عدم الرجوع أم يسقط حقه بذلك الالتزام؟

و نظراً لاختلاف الفقهاء في هذا الشأن نعالج المسألة في البندين الآتيين:

### البند الأول: جواز الرجوع وإن التزم الموصي عدم الرجوع

لم يتناول جمهور الفقهاء مسألة التزام الموصي بعدم الرجوع تناولاً صريحاً حسب المصادر المشمولة بالدراسة في هذا الفصل، فقد أكدوا على حق الموصي في نقض وصيته من غير تطرق لذلك الإلتزام

مما قد يفهم منه إطلاقهم لحق الرجوع وإن التزم الموصي خلافه<sup>3</sup>.

و لم يفصل في هذه المسألة غير فقهاء المالكية، إذ ذهبوا في رأي لهم إلى أن للموصي حق الرجوع فيما أوصى به و لو التزم عدم الرجوع، و قد ورد في الشرح الصغير أن هذا الإتجاه هو الراجح<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- يرى الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء أن الوصية عقد أصله عدم الزوم لكن يلزم أحياناً فهي غير لازمة في حياة الموصي له الرجوع عنها ثم تصبح لازمة بعد موته في حدود الثلث فلا ينتقل حق الرجوع للورثة. ينظر: د مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص528.

<sup>2</sup>- لم يرد النص على التزام الموصي بعدم الرجوع عند الإمام مالك و لا عند أصحابه المتقدمين، فالخلاف قد ظهر عند متأخري فقهاء تونس و المغرب، و أول من نص على ذلك أبو إسحاق التونسي، ينظر: عليش، شرح منع الجليل شرح مختصر خليل، دار صادر، دط، دت، ج4، ص651.

<sup>3</sup>- ذكر كل من الدكتور أحمد الكبيسي و علي الخفيف أن: جمهور الفقهاء قد أجمعوا على حق الموصي في الرجوع و إن التزم خلافه، و قد يكون ذلك تفسيرهم لسكوت الجمهور عن هذه المسألة. يراجع: د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، مطبعة الإرشاد، بغداد، دط، 1972، ج2، ص41.\* د. علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص219.

<sup>4</sup>- الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، دط، دت، ج4، ص183.

فلموصي أن ينقض التزامه و له إبطال وصية تعهد فيها بعدم الرجوع<sup>1</sup>، و قد أكد ابن ناجي<sup>2</sup> أن به العمل، كما صرح غيره بمشهورية هذا القول<sup>3</sup>.

و تأكيد حق الرجوع عن الوصية و إن التزم الموصي عدم الرجوع يرتكز أساسا على حجتين هما:  
أولاً: عدم زوال ملكية الموصي للموصي به، فهي تبقى للموصي طيلة حياته<sup>4</sup> ولا تنتقل إلى الموصى له إلا بالقبول بعد الموت عند الجمهور - كما رأينا - لأن طبيعة الوصية تأبى التنجيز، وعليه فالتزام الموصي بعدم نقض وصيته لا يسقط حقه الأصلي في الرجوع لأن ذلك الإلتزام لم ينشأ حقا للغير، فكيف نقيد الموصي بالتزام لم يثبت بعد حقا للموصى له؟ و عليه كان نقض الموصي لالتزامه لا يلحق ضررا بأحد.  
ثانياً: فكرة عدم الإكراه، فالموصي قد يتعهد بعدم الرجوع فيما أوصى به ثم تظهر معطيات جديدة تضطره إلى نقض التزامه، فإن نحن ألزماه عدم النقض كان ذلك إكراها له على إتمام الوصية دون طيب نفسه منه.

و قد يطرأ من المستجدات الآتي:

**1- مستجدات اقتصادية:** قد يلتزم الموصي عدم الرجوع ثم يفلس أو يعسر فيضطره ذلك إلى نقض التزامه و الرجوع عن وصيته لتوفير المال الذي هو أحوج إليه من غيره<sup>5</sup>.

**2- مستجدات شخصية:** قد يلتزم الموصي عدم الرجوع ثم ينشأ حال حياته نزاع بين ورثته والموصى له و يكون الموصى به جزء مشاع بينهم فيدفعه ذلك إلى نقض وصيته دفعا للضرر عن ورثته.  
أو قد يتعهد الموصي عدم الرجوع لانطباعه الحسن بالموصى له ثم يتأكد له بعد ذلك بأنه سيصرف الموصى به قطعاً في محرم أو مكروه، فهل يعقل منعه من نقض التزامه؟

<sup>1</sup> - التوزري، توضيح الأحكام، مصدر سابق، ص 88.\* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180.\* الدردير، الشرح الكبير مع حاشية السوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 493.

<sup>2</sup> - هو أبو الفضل قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، أحد المبرزين في فقه الإمام مالك، ولي القضاء في جهات عديدة من إفريقيا، من آثاره: شرح كبير و آخر صغير على المدونة، شرح على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، اختلف في تاريخ وفاته فقيل سنة 837 هـ و قيل 838 هـ و قيل 839 هـ و قيل بعدها. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 244.\* الزركلي،

الأعلام، دار العلم للملايين، لبنان، ط 5، 1970، ج 5، ص 179

<sup>3</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج 2، ص 287.\* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 493.

<sup>4</sup> - د. محمد كمال حمدي، أحكام الوصية، المطبعة العالمية، مصر، د ط، 1962، ص 219.

<sup>5</sup> - د. عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، مرجع سابق، ص 256.

و بناء على ما تقدم نخلص إلى أن الموصي قد يلتزم عدم الرجوع فيما أوصى به ثم يفضل بعد ذلك استثمار ماله لجلب نفع أكبر لورثته، أو قد تظهر معطيات تلزم إبراء ذمته، و تضطره إلى نقض التزامه دفعا للضرر و رفعا للحرج<sup>1</sup>، فيجوز له نقض وصيته لأنه إن كان مكرها على إبقائها انتفى الغرض من تشريع الوصية و هو كسب الثواب و استدراك ما فات.

### البند الثاني: التزام الموصي بعدم الرجوع ملزم له

يذهب الإتجاه الثاني من المالكية إلى أن الموصي إذا صرح بعدم رجوعه عن وصيته مطلقا أسقط بذلك حقه في الرجوع، فلم يكن له بعد ذلك إبطال وصيته بالعدول عن إيجابه<sup>2</sup>.  
و عليه فإن التزام الموصي بعدم الرجوع يبقى عالقا في ذمته و يزيل حقه في نقض وصيته إلى الموت. وقد صرح ابن عرفه أن هذا الرأي هو الأصح<sup>3</sup>، و قال القوري<sup>4</sup> أن به العمل وقد مضى به القضاء عند المتأخرين<sup>5</sup>، وأنه الأقوى من جهة النقل فقد أفتى به أكثر الشيوخ<sup>6</sup>، واكتفى به العبدوسي<sup>7</sup>.  
و استدل أصحاب هذا الرأي بحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): " المسلمون عند شروطهم"<sup>1</sup> فهو دليل صريح لوجوب الوفاء بالشروط.

<sup>1</sup> - مرجع نفسه، ص 256.

<sup>2</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 369. \*الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180. \*الرصاع،

شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ج 2، ص 682.

<sup>3</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج 2، ص 287.

<sup>4</sup> - هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن قاسم بن محمد اللخمي المكناسي ثم الفاسي، الشهير بالقوري، ولد سنة 804هـ، أحد أقطاب المذهب المالكي بمدينة فاس، كان عليه مدار الفتوى بها، من أبرز تلاميذه: ابن غازي صاحب كتاب شفاء الغليل في حل مقفل خليل، و الشيخ زروق شارح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، من أشهر مصنفاته شرحه لمختصر خليل، مات سنة 872هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 261.

<sup>5</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 493.

<sup>6</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج 2، ص 287. \*د.علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص 219.

<sup>7</sup> - هو أبو القاسم عبد العزيز بن موسى بن معطي العبدوسي، من أبرز شيوخه والده أبو عمران شيخ الإسلام في مذهب مالك، رحل من فارس إلى تونس فكان أمراؤها و علماؤها يحضرون دروسه نحو من عشرين سنة، من أشهر تلاميذه الرصاع شارح حدود ابن عرفة، مات سنة 849هـ. ينظر: محمد مخلوف، المصدر السابق، ص 252. \*القراي، توشيح الديباج و حليه الابتهاج، تحقيق الدكتور علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط 1، 2004، ص 95.

ويبني بعض المعاصرين<sup>2</sup> لزوم التزام الموصي بعدم الرجوع على الحجج الآتية:

أولاً: أن ذلك الالتزام هو تأكيد من الموصي على رغبته في إنجاز الوصية.

ثانياً: أن تعهد الموصي بعدم الرجوع فيما أوصى به يضيفي صفة الإلزام على وصيته، فيسقط بذلك حقه في الرجوع عنها<sup>3</sup>.

و يرد على ذلك بما يأتي:

أولاً: حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) ينصرف إلى الشروط الجعلية، و هي التي يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر في العقد قصد تحقيق مصالح خاصة<sup>4</sup>.

فالشرط هو عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر فإن اتفقا عليه و تراضيا بشأنه أمر بالوفاء به<sup>5</sup>.

ولكن تعهد الموصي بعدم الرجوع التزام من طرف واحد يلزم به الموصي نفسه ما لم يكن لازماً عليه، فلا يكون لهذا الالتزام أثر إلا إذا تعلق به حق للغير.

وبناء عليه قصد الحديث الشروط العقدية الإتفاقية<sup>6</sup> لا الإلتزامات والتعهدات الإفرادية التي لم تنشأ حقاً للغير.

ثانياً: قد تطرأ مستجدات و معطيات- كما سبق ذكره- تجعل من إلزام الموصي بالإبقاء على وصيته إكراه لإرادته، فأى رغبة سيؤكد لها التزامه عدم الرجوع إن استجدت تلك الأمور بعده؟

<sup>1</sup>- رواه البخاري، أبو داود، الترمذي، البيهقي.

البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت، ج2، كتاب الإجارة، أجرة السمسرة، ص 135.

أبو داود، سنن أبي داود، مكتبة مصطفى الحلبي و أولاده، ط1، 1952، ج2، كتاب الاقضية، باب في الصلح، ص 395.

الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، ط2، 1983، ج3، كتاب الأحكام، باب في الصلح بين الناس، ص 634.

البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج7، كتاب، الصداق، باب الشروط، في النكاح، ص 249.

<sup>2</sup>- تبني هذا الرأي المقرر العام لمشروع مدونة الأسرة المغربية "علال الفاسي" و احتج به على أساس أن العمل جرى في المغرب بعدم الرجوع إن التزم الموصي بذلك. ينظر: د. عبد الرحمان بلعكيد، علم الفرائض، مرجع سابق، ص 255.

<sup>3</sup>- مرجع نفسه، ص 255.

<sup>4</sup>- محمد باوني، الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية، ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد

القادر، 1988، ص 09. \* د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد، مرجع سابق، ص 385. \* د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في

أصول الفقه، مرجع سابق، ص 61.

<sup>5</sup>- د. مصطفى شلي، المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 476.

<sup>6</sup>- رأينا عند تخريج الحديث أنه ورد في أبواب خاصة بالعقود: الإجارة، الصلح، الزواج.

**ثالثاً:** إن الوصية في حقيقتها عقد جائز غير لازم، فكيف لالتزام الموصي بعدم الرجوع أن يضيف عليه صفة الإلزام قبل الموت و هي أساساً تبرع مضاف لما بعد الوفاة؟<sup>1</sup>

و بناء على ماتقدم فحجة هذا الرأي لا ترقى إلى تجريد الموصي من حقه الأصلي في الرجوع بمجرد التزامه خلاف ذلك، فيكون بذلك الرأي الأول أرجح و أقوى.

و جدير بالذكر أن **المشروع الجزائري** لم يتطرق لهذه المسألة بل اكتفى بمنح الموصي حق الرجوع عن وصيته متى شاء و كيفما شاء على نحو سيأتي بيانه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تكيف حق الرجوع عن الوصية

يقصد بالتكيف إعطاء الوصف الشرعي و القانوني الذي ينطبق على المسألة<sup>3</sup>، لذلك نحاول من خلال هذا الفرع تحديد الطبيعة الشرعية و القانونية لحق الرجوع في الوصية.

لكن جدير بنا أن نميز أولاً بين حق الموصي في الرجوع عن وصيته وخيار الرجوع عن الإيجاب أو ما يسمى أيضاً بخيار الإيجاب، فهذا الأخير هو أول أثر مترتب على مجلس العقد، وهو يدور بين إهدار الإيجاب بمعنى الفسخ أو الاستمرار فيه، أي أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق في اختيار أحد الأمرين إما إمضاء العقد أو رفعه من أساسه. ولكن خيار الرجوع عن الإيجاب لا يرد إلا على شئ لازم وعليه فهو لا يكون إلا في العقود اللازمة<sup>4</sup>.

### البند الأول: تكيفه من منظور الفقه الشرعي

<sup>1</sup> - د. عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض ، مرجع سابق ، ص 256.

<sup>2</sup> - تعرض المشروع المغربي لهذه المسألة متبنياً الرأي الأول فقد جاء بنص المادة 286 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونه الأسرة المغربية الآتي: " للموصي حق الرجوع في وصيته ولو التزم بعدم الرجوع...." وقد يكون الخلاف الذي ظهر عند متأخري فقهاء المغرب هو الذي دفع بالمشروع للفصل فيه بتزجيج الرأي الأول، أما المشروع الجزائري فقد يكون اغفاله لهذا الأمر راجع لعدم طرحه في الساحة العملية .

<sup>3</sup> - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد ، مرجع سابق ، ص 372.

<sup>4</sup> - للتفصيل يراجع: د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد ، مرجع سابق، ص 340 307 304.\* د. ستار أبو غدة ، الخيار وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 183 43.\* د. محمد مصطفى شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص 595.

إن الباحث أيا المصادر الفقهية يجد أن الفقهاء قد أدرجوا الرجوع عن الوصية تحت مبطلاتها، فاعتبروا نقض<sup>1</sup> الموصي لوصيته مبطلا لها، و منهم من استخدم لفظ الفسخ<sup>2</sup> للدلالة على الرجوع و فسره به، ومن خلال ذلك طرح التساؤل الآتي: هل يدخل الرجوع عن الوصية في الفقه الإسلامي تحت نظرية البطلان<sup>3</sup> أم نظرية الفسخ؟  
للإجابة على هذا التساؤل قسمنا البند إلى الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى: الرجوع و البطلان

اعتبر الفقهاء الرجوع مبطلا من مبطلات الوصية، فقد جاء في البدائع أن من مبطلات الوصية النص على إبطالها من أهل الإبطال حين يكون المحل قابلا للإبطال، فالرجوع عن الوصية إبطال لها في الحقيقة.<sup>4</sup> و ورد في شرح الزرقاني أنه إذا قال الموصي: " رجعت في وصيتي أو أبطلتها أولا تنفذوها" بطلت الوصية.<sup>5</sup> و قيل في المبدع و الحاوي الكبير أن قول الموصي "رجعت عن وصيتي" هو رجوع صريح تبطل به الوصية.<sup>6</sup>

و بالرجوع إلى مفهوم البطلان في الفقه الإسلامي نجد أنه يترتب على تخلف عنصر من عناصر العقد الجوهرية المطلوبة لانعقاده<sup>7</sup>، فغيابها يمنع وجود العقد من أساسه.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> - النقض هو إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء وهو ضد الإبرام . الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، مصر، دط، 1952، ج2، ص 854.

<sup>2</sup> - الفسخ، هو النقض والرفع والإزالة. يقال فسخت العقد فسحا أي رفعتة. مصدر نفسه، ج2، ص646.

<sup>3</sup> - البطلان أو الإبطال من فعل بَطَّلَ أي فسد وسقط حكمه. وذهب ضياعا وخسرا. مصدر نفسه، ج1، ص72.

<sup>4</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج10، ص593.

<sup>5</sup> - الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج8، ص180.

<sup>6</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص161.\* ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص25.

<sup>7</sup> - العناصر الجوهرية للعقد هي: \*صيغة العقد، و ينطوي هذا الركن على عنصرين هما تطابق الإيجاب و القبول و اتحاد مجلس العقد.\* العاقدان. \*محل العقد: و يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين و مقدور التسليم و صالحا للتعامل، فإن تخلف عنصر منها كان العقد باطلا لا وجود له. للتفصيل يراجع: د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، جلد2، ج4، ص125.

<sup>8</sup> - مرجع نفسه، ص126.

و على هذا فالبطلان هو ألا يكون للعقد وجود اعتباري في نظر الشرع لأنه لم ينعقد أصلاً، كالمولود الذي ينفصل عن أمه ميتاً<sup>1</sup>.

و استناداً لما ذكره البطلان لا يسري إلا على عقد منعدم لم ينشأ صحيحاً<sup>2</sup>، في حين أن الوصية تنشأ صحيحة ثم يكون للموصي حق الرجوع فيها بعد إنشائها. و بذلك فلا تنطبق أحكام البطلان على الرجوع.

أما ما قصده الفقهاء من وراء إبطال الوصية بالرجوع عنها، فهو عدم ثبوت الملك للموصى له في تركة الموصي<sup>3</sup>، فيكون المبطل هو إسقاط التصرف و صيرورته لغوا و ليس جزءاً لتخلف ركن فيه<sup>4</sup>، و هو الأمر الذي لا يجعل من الرجوع عن الوصية بطلاناً بالمفهوم الاصطلاحي له.

### الفقرة الثانية: الرجوع و الفسخ

وصف الفقهاء الرجوع في الوصية بأنه فسخ لها، فقد جاء في رد المحتار: "الرجوع أنواع ما يحتمل الفسخ بالقول و الفعل و ما يحتمله إلا بالقول كالوصية بالثلث"<sup>5</sup> فيكون بذلك الرجوع فسخاً للوصية.

و ورد في المبسوط أن "الرجوع فسخ و رفع للعقد الثابت"<sup>6</sup>. و قيل في تكملة فتح القدير أن "الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ"<sup>7</sup>.

و بالرجوع إلى مفهوم الفسخ اصطلاحاً نجد أنه يفيد حل ارتباط المعقود أو حل رابطة العقد<sup>8</sup>، و يعد الفسخ سبباً من أسباب انحلال العقد، و لا يكون الانحلال إلا بعد سبق الانعقاد، فهو لا يسري إلا

<sup>1</sup>- د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 593.

<sup>2</sup>- هناك مرتبة للبطلان لم يعرفها إلا الفقه الحنفي و هي فساد العقد، و تسري على العقد المشتمل لأركانه و شرائطه لكن يعتره خلل في وصفه كالإكراه و الغرر، في حين لم تميز المذاهب الأخرى بين العقد الفاسد و الباطل. ينظر: د. السنهوري، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup>- قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق، ج10، ص 438.

<sup>4</sup>- د. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 92.

<sup>5</sup>- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج10، ص 350.

<sup>6</sup>- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، مجلد 14، ج27، ص 163.

<sup>7</sup>- قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق، ص 436.

<sup>8</sup>- أبو بكر السيوطي، الأشباه و النظائر، مطبعة مصطفى محمد، ط 1359هـ، ص 234.

على عقد منعقد منتج لآثاره<sup>1</sup>، ثم يطرأ بعد الوجود ما يزيله لسبب إرادي فيكون فسخاً، أو سبب لا إرادي فيعد انفساخاً<sup>2</sup> كالشخص الذي تطرأ عليه الوفاة.

و بما أن الوصية تنشأ صحيحة ثم يزيلها الموصي بإرادته المنفردة، برجوعه عنها، و باعتبار أن تصرفات الإرادة المنفردة غير اللازمة تفسخ بإرادة منشئها<sup>3</sup>، كان الرجوع فسخاً للوصية لانطباق أحكام الفسخ الانفرادي على الرجوع.

هذا و قد استخدم الفقهاء الرجوع بمعنى الفسخ و الإبطال معاً، فقد ورد في البدائع أن " معنى الرجوع هو الفسخ و الإبطال، و فسخ العقد عدم الرضا بالكلام السابق و ثبوت حكمه " <sup>4</sup> و لا نجد لذلك تفسيراً غير تقارب المعاني اللغوية للفسخ و الإبطال.

فالبرغم من أن البطلان اصطلاحاً هو جزء لتخلف ركن من أركان العقد إلا أننا نجد الفقهاء قد وسعوا من دائرته فأدرجوا تحته كل ما يرفع العقد و يزيل حكمه سواء كان إبطالا أو فسخاً أو انفساخاً، و قد يكون السبب في ذلك تغليب المعنى اللغوي للإبطال وهو الفساد و سقوط الحكم و ضياعه.

و حوصلة القول أن رجوع الموصي في وصيته في الفقه الإسلامي يعد فسخاً بإرادة منفردة تجعل الوصية كأن لم تكن بعد انعقادها صحيحة، و ما إطلاق البطلان على الرجوع إلا بمفهوم رفع التصرف و إسقاط حكمه لا بمعناه الإصطلاحي.

### البند الثاني: تكييفه قانوناً

لإضفاء الوصف القانوني على حق الرجوع في الوصية المقرر بنص المادة 192 من قانون الأسرة، يتعين علينا البحث في مفهوم البطلان و الفسخ من الناحية القانونية، حتى نركن إلى طبيعة هذا الرجوع. أما البطلان قانوناً فهو الجزء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد<sup>1</sup>، و يطلق عليه أيضاً البطلان

<sup>1</sup>- د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 01، ص 593.

<sup>2</sup>- الانفساخ هو الخلال العقد من نفسه إذا استحال تنفيذه، ينظر: مرجع نفسه، ص 596.

<sup>3</sup>- مرجع نفسه، ص 593.\* د، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 276.

<sup>4</sup>- الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 10، ص 570.

المطلق<sup>2</sup>، و هو لا يسري إلا على عقد غير صحيح ابتداءً، كما أنه من النظام العام إذ لكل ذي مصلحة حق التمسك به طبقاً لنص المادة 102 من القانون المدني<sup>3</sup>.

و أما العقد القابل للإبطال أو ما يعرف كذلك بالبطلان النسبي فهو جزاء لتخلف شرط من شروط صحة العقد<sup>4</sup>، و عليه فهو لا يكون إلا على عقد صحيح منتج لجميع آثاره لكنه مهدد بالزوال إذا طلب ذلك المقرر لمصلحته البطلان<sup>5</sup> لأنه ليس من النظام العام<sup>6</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن المتعاقدان يعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في كل من العقد الباطل والقابل للإبطال، فإن استحال ذلك حكم بالتعويض، وهو ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني.

أما الفسخ فهو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامه<sup>7</sup>.

وشروط الفسخ هي<sup>8</sup>:

\* أن يكون العقد ملزماً لجانبيين و أن ينشأ صحيحاً.

\* أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه.

<sup>1</sup>- أركان العقد هي: التراضي، المحل و السبب و الشكل في العقود التي يشترط فيها القانون أو المتعاقدان الشكلية، ينظر: د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 73 و ما بعدها.\* د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 142 و ما يليها.

<sup>2</sup>- د. محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 235.\* د. السنهوري، المرجع السابق، ص 596 و ما يليها.\* د. عدنان إبراهيم

السرحان، د. نوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مكتبة دارالثقافة، الأردن، ط1، 2000، ص 293.

<sup>3</sup>- نصت المادة 102 قانون مدني بـ: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و لا يزول البطلان بالإجازة".

<sup>4</sup>- شروط صحة العقد هي: الأهلية وخلق الإرادة من العيوب. للتفصيل يراجع: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 151 و ما يليها و ص 161 و ما يليها.

<sup>5</sup>- مرجع نفسه، ص 240.\* د. السنهوري، المرجع السابق، ص 430.

<sup>6</sup>- أحكام العقد القابل للإبطال نظمها المواد 99، 101، 100 من القانون المدني الجزائري.

<sup>7</sup>- د. محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 235، و 248.\* د. السنهوري، المرجع السابق، ص 569.\* د. عدنان إبراهيم

السرحان، د. نوري محمد خاطر، المرجع السابق، ص 297.

<sup>8</sup>- د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 349، 355.\* د. السنهوري، مصادر الحق،

المرجع السابق، مجلد 2، ج 6، ص 190.



\*أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه، و أن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>1</sup>.

و قد يكون الفسخ اتفاقيا<sup>2</sup> أو بموجب حكم قضائي.

وما تجدر ملاحظته هو أن أحكام البطلان لا تنطبق على الرجوع لأن الوصية تنشأ صحيحة ثم يحق للموصي نقضها. ولا يمكن أيضا وصف الرجوع بالإبطال لعدم تخلف شرط من شروط الصحة، كما لا يتصور أن يكون فسخا قانونيا لأنه لا يسري إلا على العقود الملزمة لجانبين و ما الوصية إلا تصرف انفرادي غير لازم.

و عليه فلا يمكن تكييف الرجوع قانونا على أنه بطلان أو فسخ، و كل ما يمكن أن يقال هو أنه نقض للوصية و إنهاء لها.

و بناء على كل ما تقدم نجد أن الفقه الإسلامي أوسع دائرة من القانون بشأن حق الرجوع في الوصية، وذلك بإقراره للفسخ بإرادة منفردة.

## طرق الرجوع في الوصية

ليس للرجوع عن الوصية صيغة خاصة<sup>1</sup>، فهو يتم بكل ما يدل على عدول الموصي عن وصيته وإعراضه عنها<sup>2</sup>، سواء كان ذلك بالنص الصريح أو بطريق الدلالة. فالرجوع الصريح هو كل تصريح يدل على نية

<sup>1</sup>-ورد الفسخ بنص المادة 119 قانون مدني جزائري، و التي جاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين

بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

<sup>2</sup>-و هو ما نصت المادة 120 قانون مدني جزائري: "يجوز الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء

بالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي".

الموصي في الرجوع<sup>3</sup>، وأما الضمني فيستخلص من كل فعل يجعل الإبقاء على الوصية شيئاً غير ممكن أو مستحيل<sup>4</sup>.

ورغم اتفاق الفقهاء على أن الرجوع صريح وضمني<sup>5</sup>، وموافقة القانون لهم في ذلك<sup>6</sup>، إلا أنهم اختلفوا في دائرة الرجوع الضمني بين موسع ومضيق<sup>7</sup>، وذلك تبعاً لاختلاف أنظارتهم في دلالة الأفعال والتصرفات اعتماداً على العرف أو القرائن الأخرى<sup>8</sup>.

ولما كان الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من القانون في تناوله وتفصيله لطرق الرجوع عن الوصية ارتأينا تقسيم المبحث تقسيماً فقهياً وفق ما اتفق الفقهاء على أنه رجوع وما اختلفوا حوله، ثم عرض الأحكام القانونية المقابلة للآراء الفقهية في المتن، فإن لم نجد حاولنا سد بعض الفراغات التشريعية بترجيح الرأي الأقوى حجة.

بناء عليه جاء المبحث في مطلبين هما:

**المطلب الأول: الطرق المتفق على أنها رجوع.**

**المطلب الثاني: الطرق المختلف حولها.**

## المطلب الأول: الطرق المتفق عليها أنها رجوع

يحتوي هذا المطلب محل اتفاق الفقهاء على أنه رجوع في الوصية، وهو الرجوع الصريح والتصرف في الموصى به تصرفاً يزيل ملكية الموصى أوفيقه. أو يجعل الجمع بين الوصية والتصرف أمراً غير ممكن.

### الفرع الأول: الرجوع الصريح

<sup>1</sup> - د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج2، ص 172.

<sup>2</sup> - د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 262.

<sup>3</sup> - د. صبحي محمصياني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، مرجع سابق، ص 231.

<sup>4</sup> - Ghaouti Benmelha, le droit patrimonial Algérien, op cit, p207.

<sup>5</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مصدر سابق، ج4، ص586. \*الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج8، ص180. \*الماوردي،

الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص158. \* ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص25 ومايليهما.

<sup>6</sup> - يكون الرجوع قانوناً صراحة أو ضمناً وهو ماجاء بنص المادة 192 من قانون الأسرة.

<sup>7</sup> - د. محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 263.

<sup>8</sup> - د. محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، منشأة المعارف مصر، د ط، 1993، ص 150.

يقصد بالرجوع الصريح كل ما يصرح به الموصي فيدل دلالة قاطعة على نيته في العدول عن وصيته<sup>1</sup>، من غير أي شك أو احتمال لشيء آخر<sup>2</sup>.

فيعد رجوعاً كل ما يتلفظ به الموصي قاصداً الرجوع قصداً واضحاً<sup>3</sup>، كأن يقول: رجعت عن وصيتي، هي لاغية، فسختها، غيرتها، لا تنفذوها، نقضتها، رفعتها، رددتها<sup>4</sup>، عدلت ورغبت عنها<sup>5</sup>. كما يعد رجوعاً قوله "أبطلتها" أو "اشهدوا إني قد أبطلت كل وصية تقدمت"<sup>6</sup>. وقوله "تركتها" أو "تنازلت عنها"<sup>7</sup> لأنه يتضمن معنى الإسقاط<sup>8</sup>. وكذا قوله "الوصية لورثتي" لأن ذلك ينافي الوصية<sup>9</sup>.

ولا يعتبر نقضاً للوصية قول الموصي "أخرتها" لأن التأخير لا يستلزم السقوط كتأخير سداد الدين<sup>10</sup>. وكذا قوله "ندمت" أو "تعجلت"<sup>11</sup>، الأمر سواء إذا قال "كل وصية أو صيت بما هي حرام أو ربا" لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل<sup>12</sup>.

1- د. علي الخفيف، الوصية، مرجع سابق، ص 220.

2- د. أحمد الغندور، د. زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 182.

\* د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دط 2003، ص 467.

3- د. مصطفى السباعي، د. عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط3، 1970، ص 379.

4- الرد لغة هو صرف الشيء ورجعه. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ج 1، ص 306.

5- الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 186. \* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 71. \* د. علي الربيعية، أحكام الوصايا، مرجع سابق، ص 427. \* د. بدران أبو العينين بدران، الموارث والهبة والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، دط، 1985، ص 142.

6- الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 369.

7- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج 4، ص 587.

8- الإسقاط هو إزالة الملك لا إلى مستحق. ل: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الكتاب المصري، مصر، دار الكتاب اللبناني، لبنان، د ط، د ت، ج 8، ص 233.

9- ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 25.

10- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ص 587.

11- د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 54 و 114.

12- الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 186.

أما إذا قال الموصي " ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه " فيرى الشافعية في قوله لهم<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> أنه رجوع، وفي قول ثان للشافعية لا يعد رجوعاً عن الوصية<sup>3</sup>.

وإذا قال " هي من تركني " فللشافعية فولان أولهما يفيد بأنه رجوع في الوصية لأن التركة للورثة<sup>4</sup>، وثانيهما لا يعتبره رجوعاً لأن الوصية من التركة<sup>5</sup>.

والظاهر أن الرأي الثاني هو الأصح لأن التركة عند الشافعية تبدأ بمؤونة تجهيز الميت، ثم تفض ديونه، ثم وصاياه من الثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة<sup>6</sup>، وعليه عدت الوصية من التركة.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن اللفظ الذي يقصد به الرجوع يجب أن يكون واضحاً في الدلالة عليه، أما ما يحتمل الرجوع فلا يعد كذلك إلا بدليل يثبت<sup>7</sup>.

هذا عن الرجوع الصريح شرعاً<sup>8</sup>، وأما قانوناً فهو يتحقق بوسائل إثبات الوصية، وهي تصريح الموصي برجوعه أمام الموثق، أو بموجب حكم قضائي يثبت الرجوع في حالة وجود مانع قاهر وهو ما أقرته المادة 192 من قانون الأسرة وسيأتي بيان هذه المسألة وتفصيلها في المبحث الثالث الخاص بإثبات الرجوع.

### الفرع الثاني: التصرف في الموصى به

وهو كل فعل يصدر من الموصي بعد الوصية فيخرج الموصى به من ملكه، أو يفنيه، أو يتناهى مع الوصية فيستحيل التوفيق بينهما<sup>9</sup>.

ولما كان التصرف في الموصى به رجوعاً ضمناً عن الوصية وجب أن ينبئ دون أدنى شك عن إرادة الموصى في الرجوع<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71. \*الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص171.

<sup>2</sup> - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص350. \*المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص212.

<sup>3</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ص171.

<sup>4</sup> - مصدر نفسه، ص171.

<sup>5</sup> - الشريبي، المصدر السابق، ص71.

<sup>6</sup> - مصدر نفسه، ص03. \*الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (بجامش حواشي الشرراني وابن قاسم)، دار إحياء التراث العربي، دط، د ت، ج6، ص282 وما يليها.

<sup>7</sup> - د. مصطفى السباعي، د. عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مرجع سابق، ص379.

<sup>8</sup> - جدير بالإشارة أن الفقهاء قد أطلقوا على الرجوع الصريح بالقول مصطلح الرجوع القولي ينظر: د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج2، ص173.

<sup>9</sup> - أنور طلبة، العقود الصغيرة، مرجع سابق، ص234.

<sup>10</sup> - د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج2، ص177.

وانطلاقاً من اتفاق الفقهاء على أن كل فعل يزيل ملكية الموصي للموصى به إزالة تامة يعد رجوعاً عن الوصية نساءل عن تلك التصرفات الناقلة للملك؟ وهل امتد اتفاق الفقهاء حتى في حالة فساد التصرف أو عدم انعقاده فعلاً أم اختلفوا؟ وماذا إن عاد الملك إلى الموصي أو استخلف الموصى به؟  
 إجابة عن ذلك قسمنا الفرع إلى بندين يتناولان التصرف المزيل للملك وعودته من جديد. وجديرنا أن نوضح في البداية بأننا أدرجنا هذا الفرع تحت الطرق المتفق على أنها رجوع استناداً إلى اتفاق الفقهاء وإجماعهم بشأن التصرفات المزيللة للملك زوالاً تاماً، غير أن تفصيل المسألة ألزم علينا التعرض إلى كل جزئية ذات صلة أو علاقة بزوال الملك، سواء كان تعريضاً لزواله، أو رهناً باعتباره تصرفاً مطلقاً للملكية وقد يؤدي إلى فقدها أو عودة الملك من جديد، هذا وإن كانت تلك الجزئيات من المسائل الخلافية فهي تدرج تحت أصل متفق حوله.

### البند الأول: التصرف بإزالة الملك

قبل الخوض فيما يزيل ملك الموصى به نشير أولاً إلى ما يذهب بجوهر المحل وحقيقته وهو استهلاك الموصى به من قبل الموصي، فهو تصرف يفني الموصى به ويعدمه لذا اعتبر دليلاً قطعياً على الرجوع.<sup>1</sup> فإذا كان الموصى به غنماً مثلاً ثم ذبحت دل ذلك على نقض الوصية لأن الذبيحة لا تبقى لما بعد الموت. أضف أن الإقدام على ذلك يكون للاستهلاك والصرف للحاجة<sup>2</sup>، وعليه اعتبر رجوعاً اتفاقاً<sup>3</sup>.  
 أما التصرف بإزالة الملك فهو كل ما يقدم عليه الموصي فيفقد ملكية الموصى به ويزيلها إزالة تامة كالبيع والهبة وتقديم الموصى به مهراً للزواج أو بدلاً للخلع أو التصديق به إذ يعد ذلك دليلاً واضحاً على نقض الوصية وإبطالها.  
 ويثور الإشكال بشأن التصرفات التي لا تزيل الملك زوالاً تاماً، لذلك نميز فيما يأتي الأفعال الدارجة تحت زوال الملك زوالاً تاماً عن غيرها.

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 115.

<sup>2</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مصدر سابق، ج 4، ص 481.

<sup>3</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 10، ص 568. \* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 181. \* الماوردي، الحاوي

الكبير، مصدر سابق، ج 10، ص 167. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 486.

وبما أن الموصي قد يقدم على التصرف وينفذه فعليا، أو قد يوصي به أو يوكل شخصا غيره أو يدي رغبته ويعلنها دون أن يتم التصرف، تناولنا المسألة من وجهتين : الأولى تضم التنفيذ الفعلي للتصرف والثانية تحوي حكم مجرد الإقدام عليه بالعرض أو الإيضاء أو التوكيل فجاء البند في الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى: التنفيذ الفعلي للتصرف

#### أولاً: البيع<sup>1</sup>

إذا باع الموصي الموصى به عد ذلك رجوعا ضمنيا عن وصيته لأن البيع يوجب زوال الملك اتفاقا<sup>2</sup> أضف أنه من المستحيل بما كان الجمع بين البيع والوصية، فالأول عقد ناجز يفيد التمليك في الحال والثانية عقد غير ناجز مضاف لما بعد الموت<sup>3</sup>. فكان بذلك البيع منافيا للوصية ومبطلا لها.

وجدير بنا أن نميز بين ما إذا كان الموصى به معين أو غير معين: فإذا كان غير معين كأن يوصي أحد بثلاث ماله ثم يبيعه فلا يعد ذلك عدولا منه عن وصيته وإنما يعطى الموصى له ثلث ملك الموصى وقت الموت ولا يكون له شيء في ثمن المبيع<sup>4</sup>. والحجة في ذلك أن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاضر بل فيما هو موجود عند الموت<sup>5</sup>. وعليه كانت العبرة بالموت زاد المال أو نقص أو تبدل<sup>6</sup>.

ونتيجة لذلك فالإيضاء بمقدار من المال كالثلث أو الربع دون تعيين لا يقبل الرجوع إلا بالقول الصريح لأن البيع لا يبطل الوصية في هذه الصورة بل تنفذ في الثلث الباقي<sup>7</sup>.  
وأما إذا كان الموصى به معيناً ثم بيع فالوصية تنقض بالبيع اتفاقاً.

<sup>1</sup> - البيع هو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تليكا وتملكا. ينظر: الجرجاني، كتاب التعريفات، مرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 223. \* الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 10، ص 567. \* المرغيناني،

الهداية شرح بداية المبتدى، مصدر سابق، ج 4، ص 587. \* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 369. \* الزرقاني، شرح

الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180. \* الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 4، ص 45. \* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 10، ص

161. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 486. \* المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 212.

<sup>3</sup> - د. مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 266. \* د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج 2، ص 178.

<sup>4</sup> - الدسوقي، حاشية السوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 469. \* ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 26.

<sup>5</sup> - المرداوي، المصدر السابق، ص 212.

<sup>6</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72.

<sup>7</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج 10، ص 350.

هذا نجد الأحكام ذاتها من الناحية القانونية فالمادة 192 من قانون الأسرة قد اعتبرت كل فعل يستخلص منه الرجوع رجوعا ضمنيا عن الوصية، وبما أن البيع<sup>1</sup> تصرف ناقل للملكية نقلا تاما فهو بذلك مبطل للوصية بلا نزاع أو نقاش<sup>2</sup> لأن الوصية ستقع على شيء منعدم لا يملكه الموصي. وتأسيسا عليه فالبيع المبطل للوصية يجب أن ينصب على الموصى به المعين، أما غير المعين فلا ينقض وصية لأنها قانونا تنفذ بعد الموت ولا أثر لها قبله، فإذا أوصى شخص بثالث ماله إطلاقا دون تعيين وكانت له عقارات باع في حياته نصفها، خرج الثلث من أملاكه الباقية عند الموت ما لم يكن هناك رجوع صريح عن الوصية.

### ثانيا: الهبة

تعد الهبة من التصرفات الناقلة للملكية لذلك كان الإقدام عليها دليلا ضمنيا للرجوع عن الوصية لأنها توجب زوال ملك الموصي للموصى به<sup>3</sup>، وعليه فهي تتنافى مع الوصية إذ لا يمكن التوفيق بينهما. وما قيل بشأن تعيين الموصى به من عدمه في البيع ينصرف بدوره إلى الهبة، فإذا كان الموصى به معينا ثم وهب عد ذلك نقضا للوصية، وإن لم يكن معينا ثم وهب الموصي نصف ماله مثلا فلا يعتبر ذلك عدولا منه عن وصيته<sup>4</sup>، وإنما تنفذ في ثلث ماله الباقي.

<sup>1</sup> - ورد تعريف البيع بنص المادة 351 من القانون المدني كالاتي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

<sup>2</sup> - كان المشرع المصري أكثر دقة في النص على الرجوع الضمني معتبرا كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به رجوعا عن طريق الدلالة فيدخل تحت ذلك البيع والهبة والوقف وكل تصرف ناقل للملكية دون نقاش، في حين اكتفى مشرعنا بالإحالة على كل ما يستخلص منه الرجوع. وأما المشرع المغربي فقد نص صراحة على البيع معتبرا بيع العين الموصى بها رجوعا ضمنيا عن الوصية مما يفهم منه أن الموصى به غير المعين لا يبطل إذا باع الموصي جزء من ماله. يراجع: المادة 18 من قانون الوصية المصري (قانون رقم 71 لسنة 1946)، أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 242. \*المادة 287 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية على موقع [www.islam-maroc.ma](http://www.islam-maroc.ma) (تاريخ الزيارة 2007/02/9).

<sup>3</sup> - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج 4، ص 587. \*الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 181. \*الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 71. \*البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 349. \*ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 26. كما اعتبر الظاهرية كل ما يخرج الموصى به من ملك الموصي رجوعا عن الوصية وبذلك يكون البيع والهبة مبطلا لها لزوال الملك. ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 354.

<sup>4</sup> - الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 181. \*الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 71. \*المرداوي،

الإصناف، مصدر سابق، ج 7، ص 212. \*د. الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج 2، ص 177.

وتجدر الإشارة إلى أن الشافعية<sup>1</sup>، يفرقون بين قبض الهبة وعدم قبضها، فإن هي قبضت عد ذلك رجوعاً لأن القبض يخرجها عن الملك.

وإن لم تقبض ففي كونها رجوعاً قولان: الأول: يفيد الرجوع لأن الموصي عقد عقداً يؤدي إلى زوال الملك، فأصبح ذلك مخالفاً لما قصده من قبل.

والثاني: يفيد عدم الرجوع لأن ذلك لا يؤثر في ملك الموصي للموصى به.

هذا وتعد الهبة في نظر القانون رجوعاً ضمناً عن الوصية إذا كانت على معين باعتبارها تصرفاً مزيلاً للملكية و نرى من الأفضل أن يذهب القانون مذهب الجمهور في عدم التفريق بين قبض الهبة وعدمه، لأن مجرد إقدام الموصي على هبة الموصى به المعين هو تعبير عن نيته في الرجوع قبضت الهبة أو لم تقبض. وعليه فلا يعيننا في هذا المقام بطلان الهبة أو صحتها بقدر ما يعيننا إيجاب الموصى بهبة الموصى به، فهو يكفي وحده دليلاً لرغبة الموصي في نقض وصيته سواء انعقدت الهبة تامة الأركان أو لم تنعقد. وهذا قياساً بأن مجرد التوكيل بالبيع مبطل للوصية- كما سيأتي بيانه- سواء بيع الموصى به أو لم يبيع، ففي ذلك إعراض عن الوصية وإن بقي الملك للموصى .

وبناء عليه فإذا كان الموصى به عقاراً فإن عقد الهبة المحرر أمام الموثق يعد دليلاً كافياً على رجوع الموصي عن وصيته، سواء تمت الهبة بالحيازة أو لم تتم. وإذا كان الموصى منقولاً معيناً بالذات كان إيجاب الموصى بهبه رجوعاً منه عن الوصية تمت الهبة أو لم تتم، ويثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

### ثالثاً: الرهن<sup>2</sup>

يعد الرهن من التصرفات التي لا تفضي بالضرورة إلى زوال ملك الموصي عن الموصى به زوالاً تاماً، وهو الأمر الذي جعل الفقهاء يختلفون حول اعتباره رجوعاً ضمناً عن الوصية وعدم اعتباره كذلك فكان لهم رأيان:

الرأي الأول: يذهب إلى أن رهن الموصى به لا يعد رجوعاً عن الوصية، وهو ما قال به المالكية<sup>3</sup>، أما الشافعية<sup>4</sup> فلهم وجهان الأول يفيد بأن الرهن ليس رجوعاً قبضاً أم لم يقبض والثاني يشترط عدم

<sup>1</sup> -الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص 164. \*الشيرازي، المهذب، دار الفكر، ط3، ج1، ص462.

<sup>2</sup> - الرهن هو حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين. ينظر: الجرحاني، كتاب التعريفات، مرجع سابق، ص 127.

<sup>3</sup> -المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل (كما مش مواهب الجليل)، دارالفكر، ط3، 1992، ص372. \*الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر

سابق، ج8، ص181. \*الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج6، ص496.

<sup>4</sup> -الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71. \*الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص164.

قبض الرهن لكي لا يعد نقضا للوصية .  
وحجة أصحاب هذا الرأي أن الرهن لم ينقل ملك الموصى به من ذمة الموصي، فهو كالإجارة لا يزال الملك، لذا لا يمكن اعتباره إعراضا عن الوصية.  
الرأي الثاني: يفيد بأن الرهن رجوع ضمني عن الوصية، وبهذا قال الحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>1</sup>، أما الشافعية<sup>2</sup> فلهم قولان: الأول يعتبر الرهن نقضا للوصية سواء قبض أم لم يقبض، والثاني يلزم القبض في الرهن لكي يصير عدولا عن الوصية.

### وقد استند هذا الفريق على الحجج الآتية:

- \* أن الرهن عرضة لزوال الملك فكان دليلا على الإعراض عن الوصية<sup>3</sup>.
- \* أنه يتعلق به حقا يجوز بيعه، وعليه فهو يراد للبيع لذا كان الرهن كبيع الموصى به<sup>4</sup>.
- \* أن الوصية تنقل الملك حين الموت بقيمة القابلية له، والقابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه<sup>5</sup>.

وقد ذهب القانون مذهب المالكية والشافعية والحنابلة في أحد أقوالهما في أن الرهن لا يعد رجوعا عن الوصية وهو ما نصت عليه المادة 193 من قانون الأسرة بقولها: "رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية".

وعليه فالقانون لم يفرق بين أنواع الرهن المختلفة<sup>6</sup>، 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

<sup>1</sup>- المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 212. \* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص349.

<sup>2</sup>- الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص164. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71.

<sup>3</sup>- الشربيني، مصدر نفسه، ص71. وقد ورد في تحفة المحتاج أن الأصح من المذهب هو اعتبار الهبة والرهن رجوع من دون قبض لدالتها على الإعراض، وإن لم يوجد قبول بل وإن فسد من وجه آخر.

<sup>4</sup>- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 487. \* البهوتي، المصدر السابق، ص349.

<sup>5</sup>- ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص 26.

<sup>6</sup>- يراجع في الرهن الرسمي المادة 882 من القانون المدني الجزائري وما بعدها وفي الرهن الحيازي المادة 948 مدني وما بعدها.

الراهن أو بعد موته إذا لم ينقض الرهن بانقضاء الدين، لذلك لم يكن إقدام الموصي على رهن الموصى به دليلاً على نيته في العدول عن وصيته لأن احتمال سداد الدين أقوى.

هذا إضافة إلى أن الموصى إذا مات قبل انقضاء الرهن فلا نكون أمام رجوع في الوصية لأن ذلك يكون حال الحياة، وإنما نكون بصدد بطلان الوصية أو نفاذها فإذا استغرق الدين كل الموصى به بطلت الوصية لفوات محلها وإن لم يستغرقه كله نفذت فيما بقي.

هذا فيما يخص التصرفات الناقلة للملك أو التي قد تفضي إلى زواله، أما التصرفات التي لا تخرج العين الموصى بها من ذمة الموصي المالية كالإجارة والإعارة<sup>1</sup> فلا تعد رجوعاً عن الوصية<sup>2</sup> لأنها لا تتنافى معها. هذا وقد أورد الشافعية تفصيلاً انفردوا به في مسألة الإجارة، إذ تطرقوا إلى الإيضاء بسكنى دار ثم تأجيرها، فاعتبروا التأجير ليس رجوعاً عن الوصية بسكنائها فإن انقضت الإجارة قبل موت الموصي صحت الوصية بجميع مدة السكن، أما إن مات الموصي قبل انقضاء مدة الإجارة فكان لهم رأيان:

**الأول:** يفيد بأن يسكن الموصى له مدة وصيته كلها بعد انقضاء ما بقي من مدة الإجارة لأن بقاء شيء من المدة لا يعد رجوعاً في الوصية لإمكانية استيفاء مدة السكن.

**والثاني:** يفيد أن الوصية بالسكن تبطل بقدر ما بقي من مدة الإجارة<sup>3</sup>.  
و تجدر الإشارة أيضاً إلى أن استعمال الموصى به لا يعتبر نقضاً للوصية، فلو أوصى شخص بدار لشخص آخر ثم انتقل بعد ذلك للسكن فيها لم يكن تصرفه عدولاً منه عن وصيته لأنه مجرد استيفاء

منفعة غير منزل للملك<sup>4</sup>.

### الفقرة الثانية: العرض والإيضاء والتوكيل

<sup>1</sup> الإجارة هي تمليك المنافع بعوض مالي أما الإعارة فتتمليك المنافع بغير عوض مالي. ينظر: الجرجاني، كتاب التعريفات، مرجع سابق، ص 20، 39.

<sup>2</sup> جاء في شرح منح الجليل: "من أوصى بعبد ثم آجره فليس برجوع لأنه لا ينتقل الملك" \* ينظر: عليش، مصدر سابق، ج 4، ص 654. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72. الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 10، ص 165. البهوتي

، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 350. \* الماوردى، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 212.

<sup>3</sup> - الماوردى، المصدر السابق، ص 165، 166.

<sup>4</sup> - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 350.

توسع الشافعية والحنابلة أكثر من الحنفية والمالكية في تناولهم للأفعال الدالة عن الرجوع في الوصية، فقد تطرقوا إلى عرض الموصى به للبيع أو الهبة أو الرهن، أو الإيضاء بتلك التصرفات أو توكيل شخص بشيء منها هذا وإن لم يتحقق التصرف في النهاية، في حين لم يأت باقي الفقهاء على ذكر تلك الأفعال<sup>1</sup>. ونفصل المسألة كالاتي:

### أولاً: العرض والإيضاء

قد يقدم الموصي على عرض الموصى به للبيع أو الهبة أو الرهن دون أن يتم انعقاد التصرف بل يظل مجرد إيجاب به، كما قد يوصي بأحد تلك التصرفات لتنفيذ بعد موته، فهل يعد ذلك نقضا منه لوصيته أم أن الإقدام على هذه الأفعال لا يؤثر بشيء فيما أوصى به؟ معالجة لهذه الجزئية انقسم فقهاء الشافعية والحنابلة إلى رأيين هما:

**الرأي الأول:** وهو أحد أقوالهما<sup>2</sup>، ومفاده أن إيجاب الموصى به المعين في بيع أو هبة أو رهن وإن لم يقبل، أو تعريضه لذلك أو الإيضاء بشيء من تلك التصرفات يعد رجوعاً عن الوصية وإن لم يتم التصرف فعلاً.

**وحجتهم في ذلك** أن الإقدام على العرض أو الإيضاء دليل قوي على قصد الرجوع لأن التعريض لزوال الملك صرف عن الموصى له وإن لم يزل الملك فعلاً، فالموصي بإقدامه على ذلك قد توسل إلى أمر يحصل به الرجوع مما يؤكد اختياره له.

**الرأي الثاني:** وهو القول الثاني للشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، ومؤداه أن إقدام الموصي على عرض الموصى به للبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيضاء ببيعه مثلاً لا يعد رجوعاً منه عن وصيته ما لم ينعقد التصرف فعلاً. **وحجتهم في ذلك** أن ملك الموصى به لم ينتقل بل لا يزال في ذمة الموصي.

وجدير بالذكر أن أصحاب هذا الرأي من الشافعية لم يبطلوا الوصية بإيضاء الموصي ببيع الموصى به بعد موته إلا في حالة واحدة فقط تتمثل في الإيضاء بالبيع على شخص معين بثمن يذكره الموصي، ويعلم أن فيه محاباة، فتنفذ الوصيتان معا ويكون الموصى به بينهما على قدر المحاباة في الثمن. وقد عرضوا ثلاثة

<sup>1</sup> - د. علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 429. \*د، الياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ج2، ص176.

<sup>2</sup> - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص462. \* الشافعي، الأم، دار المعرفة، لبنان، دط، ص2، ج2، ص118. \*البهوتي، المصدر السابق، ص 349. \*ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص26. \*ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص486.

<sup>3</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص162.

<sup>4</sup> - ابن مفلح، المصدر السابق، ص26.

أقسام فيما أوصى الموصي ببيع الموصى به بعد موته: **الأول** أن يوصي بالبيع ولا يذكر الثمن ولا على من يباع، فهذا الإيصاء رجوع عن الوصية الأولى فيصير الموصى به ملكا للورثة ولهم خيار بيعه أو امساكه. **والثاني** أن يوصي ببيعه على شخص يعينه وبثمن يذكره ويعلم فيه محاباة، فهنا وجهان أحدهما يفيد بأنه رجوع عن الوصية والآخر يحمل على الوصيتين معا كما ذكرنا. **الثالث** أن يوصي ببيعه على شخص يعنيه دون ذكر الثمن فذلك رجوع عن الوصية الأولى، أما صحة الإيصاء بالبيع فعلى وجهين: أحدهما باطل لعدم ذكر الثمن، والثاني جائز بثمن مثله<sup>1</sup>. هذا ويعد الرأي الأول الإتجاه الأصح لكل من الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup>.

#### ثانيا: التوكيل<sup>4</sup>

قد يوكل الموصي شخصا غيره ليتولى بيع أوهبة أو رهن الموصى به، وحسب المصادر المطلع عليها لم نجد إشارة للتوكيل إلا عند الشافعية فقد جاء عندهم أن التوكيل ببيع الموصى به يعد رجوعا في الوصية على الأصح<sup>5</sup>.

هذا ويمكن أن يقاس التوكيل بالإيصاء باعتبار كل منهما عهدا للغير أو تفويضا للقيام بعمل شئ أو تصرف ما، والفرق بينهما هو أن التوكيل يكون حال حياة الموصي إذ تنتهي الوكالة بموته في حين يضاف الإيصاء لما بعد وفاته.

وتأسيسا عليه يكون لهما الحكم ذاته لما فيهما من إشعار بالإعراض عن الوصية، فالموصي بالتوكيل قد رفع وصيته لأنه عهد للغير القيام بتصرف يوصل غالبا لما به الرجوع، لذلك يثبت الرجوع وإن لم ينفذ الوكيل التصرف فعلا.

وجدير بالذكر أن المحكمة العليا قد تبنت هذا الرأي مؤكدة أن التوكيل بالبيع يعد رجوعا ضمنا عن الوصية، وهذا في قرارها رقم 54727 المؤرخ في 1990/01/24 والذي جاء فيه ما يأتي :

<sup>1</sup> - الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص 162، 163.

<sup>2</sup> - الشربني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71.

<sup>3</sup> - المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص216.

<sup>4</sup> - التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف فيما يملك. ينظر: الجرجاني، كتاب التعريفات، مرجع سابق، ص78.

<sup>5</sup> - الشربني، المصدر السابق، ص71.

" لما كان من الثابت في قضية: الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون"<sup>1</sup>.

فبما أن الوكالة<sup>2</sup> قد عقدت بعد الوصية عدت منافية لها ومخالفة لما جاءت به، وعليه فهي نقض ضمني لها وإن لم تبع الممتلكات فعلا. وقياسا على ما تقدم نخلص إلى أن عرض الموصي به المعين للبيع أو الوعد بالبيع<sup>3</sup> أو توكيل شخص للقيام بذلك أو تقديمه هبة يعد قانونا رجوعا ضمنيا في الوصية وإن لم يبيع الموصى به فعليا أو لم تتم الهبة - كما سبق بيانه - لأن مجرد الإقدام على ذلك دليل قوي على نية الرجوع وإن لم تزل الملكية حقيقة.

أما التوكيل بالرهن<sup>4</sup> فلا يعد قانونا رجوعا عن الوصية لأن الرهن في حد ذاته لا يعتبر نقضا لها.

### البند الثاني: عودة الملك من جديد

اتفق الفقهاء - كما رأينا - على أن التصرف الناقل للملكية نقلا تاما كالبيع والهبة يعد رفعا للوصية ونقضا لها لكن التساؤل يطرح عند عودة الملك إلى الموصي بسبب جديد؟ فهل يعيد ذلك الوصية أم أنه لا يؤثر بشيء في نقضها؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل فكان لهم رأيان: الأول يبطل الوصية ولو عاد الملك والثاني يعيدها بعودته. ونتناول ذلك في الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى: بطلان الوصية ولو عاد الملك

يرى جمهور الفقهاء<sup>5</sup> أن الموصي إذا رجع عن وصيته بالبيع أو الهبة فإنها لا تعود بعودة ملكية الموصى به لذمته، سواء عاد الموصى به إلى ملك الموصي بسبب جديد كشرائه

<sup>1</sup> - المجلة القضائية لسنة 91، العدد 04، ص 85.

<sup>2</sup> - عرفت المادة 571 مدني جزائري الوكالة كالاتي: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

<sup>3</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 61.

<sup>4</sup> - يكون التوكيل بالبيع أو الرهن أو التبرع بموجب وكالة خاصة حسب نص المادة 574 مدني جزائري، هذا وتنقضي الوكالة بموت الموكل وهو ما نصت عليه المادة 586 مدني .

<sup>5</sup> - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص 587. \*الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص 71. \*ابن حزم، المحلى، مصدر

سابق، ج9، ص 354.

ثانية<sup>1</sup> أو بموجب هبة أو ميراث، أو عاد إليه بفسخ التصرف الذي كان سبب في زوال ملكه. ووجههم في ذلك أن العقد قد انعدم بالرجوع فصار كأن لم يكن،<sup>2</sup> وعودة الملك لاتعيد العقد وإنما ينشأ العقد ثانية بإيجاب جديد<sup>3</sup>، وعليه كان العائد ملكا جديدا غير الموصى به ولا يمكن أن يكون كذلك إلا بوصيته جديدة<sup>4</sup>.

### الفقرة الثانية: عودة الوصية بعودة الملك

بي المالكية أن الوصية إذا بطلت بزوال ملكيته الموصى به عن الموصي فإنها تعود إذا عاد الملك لذمته، من غير حاجة إلى إنشاء جديد.

هذا ويفرق المالكية بين استخلاف الموصى به المعين ذاته أو استخلاف مثله: فإذا باع الموصي الموصى به المعين ثم عادله بذاته بالشراء أو الميراث أو وهب له، فإن الوصية تعود بعودته ويأخذ الموصى له المستخلف. أما إذا اشترى مثله أو استخلف غيره فإن الوصية لا تعود ولا يأخذ الموصى له المستخلف لأنه غير المعين.<sup>5</sup>

ونرجح الرأي الأول لأن الموصى المعين إذا خرج من ملك الموصى بفعل أقدم عليه بمحض إرادته فإن قطعي على عدوله عن وصيته، ومتى نقضت الوصية فلا يعقل عودتها بعودة الملك للموصي<sup>6</sup>، وإنما تحتاج إلى إنشاء جديد يعبر عن إرادته الحرة الكاملة في إعادة الإيلاء.

<sup>1</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص223.\* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص162.

<sup>2</sup> - د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص184.

<sup>3</sup> - ابن حزم، المصدر السابق، ص354.

<sup>4</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج10، ص567.\* د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار

الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د ط ، 2003، ص183.

<sup>5</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج6، ص496، 497.

<sup>6</sup> - د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص184.

## المطلب الثاني: الطرق المختلفة في كونها رجوع

نبحث في ثنايا هذا المطلب ما اختلف بشأنه الفقهاء في اعتباره نقضا للوصية أو عدم اعتباره كذلك، وهو التغيير في الموصى به، إعادة الإيضاء والحدود.

### الفرع الأول: التغيير في الموصى به

قد يقدم الموصي على إحداث تغييرات بالموصى به، فتكون إما ماسة بذات الموصى به أو بتوابعه وصفاته، وإما أن تكون بالزيادة عن طريق البناء أو الغرس. لأجل ذلك تناولنا المسألة في البنود الآتية:

#### البند الأول: التغيير الماس بذات الموصى به

قد تلحق بالموصى به بعد الإيضاء وقبل وفاة الموصي تغييرات من فعل الموصي ذاته أو من غير فعله ونعرض ذلك كالتالي:

#### الفقرة الأولى: التغيير بفعل الموصي

ويتحقق ذلك بأفعال عدة يقدم عليها الموصي كخلط الموصى به مع غيره أو نقله من مكان إلى آخر أو حصد الزرع الموصى به أو غزل النسيج أو خياطة القماش أو صياغة المعدن.

فأما خلط الموصى مع غيره فنميز فيه نوعين:

أولهما أن يخلط مع غيره خلطا لا يعسر معه التمييز والإفراز، فلا يعد ذلك نقضا للوصية ورجوعا فيها اتفاقا، استنادا إلى إمكانية تسليم الموصى به<sup>1</sup>.

وثانيهما أن ينتج عن الخلط عسر ومشقة التمييز، وفي ذلك اتجاهان: رأي يفيد بأن مشقة التمييز تجعل من خلط الموصى به بغيره رجوعا عن الوصية، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (حنفية<sup>2</sup>، شافعية<sup>3</sup>، وحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> - يشترط الحنفية في الزيادة الملحقة بالموصى به استحالة التسليم لاعتبارها نقضا للوصية وعليه فإن عدم تعذر التسليم لا يجعل من الخلط رجوعا عن الوصية، أما المالكية فالزيادة عندهم لا تعد لوحدها رجوعا في الوصية وإن تعذر تسليم الموصى دونها وعليه فامكانية التسليم تجعل من الخلط ليس رجوعا من باب أولى. ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 186. \*المواق، التاج والإكليل (بهاشم مواهب الجليل)، مصدر سابق، ج 6، ص 369. \*الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72. \*ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 487. \*د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 55.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 10، ص 577.

<sup>3</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 487. \*المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 214.

لأن من يسعى حقاً لتنفيذ وصيته لا يضع عقبات تحول دون إمكانية تسليم الموصى به<sup>1</sup>.

والرأي الثاني مفاده أن ذلك ليس دليلاً على الإعراض عن الوصية، فهي تظل قائمة لبقاء الموصى به، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في أحد أقوالهم<sup>2</sup>.

وعن نقل الموصى به من مكان إلى آخر فلم يشر إلى ذلك غير الشافعية إذ أوردوا تفصيلاً مفاده:

أن نقل الموصى به إلى بلد أقرب للموصى له لا يعد رجوعاً عن الوصية لما في ذلك من الحرص على إتمامها، فإذا نقل إلى بلد أبعد إلى الموصى له وكان ذلك بعذر ظاهر فلا يعتبر نقضاً للوصية، فإن كان ذلك بغير عذر ظاهر فعلي وجهين: الأول يجعله رجوعاً في الوصية اعتباراً بظاهر الفعل والثاني لا يعتبره رجوعاً لبقاء الموصى به على صفته ملكاً للموصي<sup>3</sup>.

هذا وقد أشار المالكية في أمثلتهم عن التغيير إلى حصد الزرع الموصى به فلم يعتبروه رجوعاً في حد ذاته إلا إذا تبعته عملية الدرس والتذرية لأن ذلك هو ما يغير اسم الموصى به تماماً<sup>4</sup>.

أما إذا كان الموصى به قماشاً ففصله الموصي أو خاطه، أو كان نسيجاً فغزله، أو ذهباً أو فضة فصاغهما حلياً، أو كان حديداً فجعله آنية أو آلات، فذلك رجوعاً منه عن وصيته اتفاقاً<sup>5</sup>، لما فيه من دلالة على تبقية الملك لنفسه، إضافة إلى تبدل اسم الموصى به فهو يصبح عيناً آخر غير الذي أوصي به، فكان ذلك استهلاكاً من حيث المعنى.

### الفقرة الثانية: التغيير من غير فعل الموصي

ويقصد بذلك أن يطرأ على الموصى به تبديلاً من غير فعل أحد سواء كان بالزيادة أو بالنقصان، وهي مسألة تعرض لها كل من الحنفية والحنابلة.

فأما الحنفية فقد أطلقوا عليها تسمية الرجوع بالضرورة وضربوا لها أمثلة: وهي أن يوصي شخص بعنب فيصبح زيبياً، أو سنبل فيصير حنطة، أو بيض فتحضنه دجاجة فيفرخ قبل موت الموصي، واعتبروا كل ذلك مبطلاً للوصية بطريق الضرورة نتيجة تغير اسم الموصى به، إذ يصير شيئاً آخر فيزول معناه وعليه

<sup>1</sup>- د. محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 270.

<sup>2</sup>- الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180. \* ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 27.

<sup>3</sup>- الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 10، ص 167 168.

<sup>4</sup>- الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 494. \* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 369.

<sup>5</sup>- السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 223. \* المواق، التاج الإكليل، مصدر سابق، ج 6، ص 69. \* الماوردي، المصدر السابق

ص، 169. \* ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 27.

يتعذر تنفيذ الوصية<sup>1</sup>. هذا و إذا كان الموصى به رطباً ثم صار تمراً فلا ينقض ذلك الوصية عند هم لأحدهما من جنس واحد وعليه جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر<sup>2</sup>.

وأما الحنابلة فقد تناولوا هذه الجزئية تحت مسمى إزالة الاسم من غير فعل الموصي، وأوردوا لها مثالين هما: سقوط الحب الموصى به وتحوله زرعاً، وانهدام الدار في حياة الموصى لتصبح فضاء، وقد جعلوا ذلك مبطلاً للوصية على أشهر أقوالهم لأن ما يصير ويبقى لا يتناول اسم الموصى به الأول<sup>3</sup>.

### البند الثاني: التغيير المأس بتوابع الموصى به وصفاته

وهو التغيير الذي لا يلحق بذات الموصى به ولا يبدل حقيقته بل يتوقف عند توابعه أو أوصافه، فمن أوصى بشيء ثم غسله لم يكن ذلك إعراضاً منه عن وصيته،<sup>4</sup> بل هو من قبيل التقرير لأن من يريد تقديم شيء يغسله عادة<sup>5</sup>.

وإذا كان الموصى به زرعاً فداوم الموصي على سقيه، أو غنماً فجز صوفها فلا يعد ذلك رجوعاً منه في وصيته لأنه لم يؤثر على ملكية العين الموصى بها ولا على اسمها<sup>6</sup>.

و إذا أقدم الموصي على صبغ الموصى به كالثوب أو السيارة فيرى الشافعية<sup>7</sup>، بأنه نقض للوصية، في حين يذهب المالكية إلى أنه لا يعد رجوعاً وتكون الزيادة للموصى له<sup>8</sup>، لأن التغيير لم يلحق بذات العين بل بلونها وصفتها.

هذا وإذا كان الموصى به داراً فقام الموصي بترميمها كإعادة بناء سقفها أو تخصيصها<sup>1</sup>، أو كان أرضاً زراعية شق بها المراوي، فلا يعد ذلك إبطالاً منه لوصيته اتفاقاً، لأنه لم يزل الاسم ولم ينقل الملك وإنما تصرف في أمر تابع، وعليه فلا مشاركة للوارث مع الموصى له فيما أضافه الموصي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ابن عابدين، رد المختار، مصدر سابق، ج 10 ص 350. \*الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 10، ص 577.

<sup>2</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 187.

<sup>3</sup> - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج 6، ص 27. \*ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 487.

<sup>4</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72. \*ابن قدامة، المصدر السابق، ص 487.

<sup>5</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مصدر سابق، ج 4، ص 587.

<sup>6</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 363.

<sup>7</sup> - الشرييني، المصدر السابق، ص 72.

<sup>8</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 6، ص 497.



## الفصل الأول: أحكام الرجوع في الوصية

وحوصلة القول أن كل فعل تعلق بأمر خارج عن العين الموصى بها أي لحق بتوابعها أو بصفة من صفاتها أو كان مجرد زينة لها حيث لا يغير حقيقتها ولا يزيل اسمها، لم يكن نقضا للوصية وإبطالا لها<sup>3</sup>.

### البند الثالث: التغيير بالبناء أو الغرس

قد يكون الموصى به أرضا فيقدم الموصي على البناء فوقها أو على غرسها، فهل يعد ذلك رجوعا منه في وصيته أما أنه لا يؤثر بشيء فيها؟ نتناول ذلك في الفقرتين الآتيتين:

#### الفقرة الأولى: البناء

ويقصد به زيادة الموصى به زيادة لا يسلم إلا بما كان يكون أرضا فيبني الموصي فوقها، أو يكون الموصى به به دارا فيضيف لها الموصي حماما أو مطبخا أو غرضا وبشأن هذه المسألة انقسم الفقهاء إلى رأيين هما: **الرأي الأول:** مفاده أن تلك الزيادة تعد رجوعا ضمنيا عن الوصية، وبهذا الرأي قال كل من الحنفية<sup>4</sup>، والشافعية في قول<sup>5</sup>، والحنابلة في أحد الروايتين<sup>6</sup>.

هذا وللشافعية تفصيل مفاده أن البناء إذا كان فوق الأرض كلها فهو رجوع في الجميع، أما إذا كان البناء في البعض فقط فهو رجوع فيما بناه<sup>7</sup>.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

**البناء في الدار أو فوق الأرض الموصى بها دليل على جعلها لمنفعة مؤبدة فكان ذلك رجوعا ضمنيا عن الإيضاء بهما<sup>8</sup>.**

\*أن الزيادة تعد تصرفا في الموصى به وتبديلا لاسمه.

<sup>1</sup> - الجص هو الذي يطلى به، فيقال جص الحائط أي طلاه بالجص. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 10، ص 07، مادة (جصص).

<sup>2</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 224. \*الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 187. \*الزرقاني، حاشية الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 180. \*المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج 6، ص 372. \*ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 488.

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 115.

<sup>4</sup> - السمرقندي، المصدر السابق، ص 223. \*الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 186.

<sup>5</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 10، ص 166.

<sup>6</sup> - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 350. \*المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 214.

<sup>7</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ص 166.

<sup>8</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 10، ص 166.

\* أن الزيادة تجعل تسليم الموصى به لا يتأتى إلا بتسليم ما اتصل به<sup>1</sup>. وبما أن الاتصال جاء بفعل الموصي فإن تعذر التسليم ناتج بدوره عن فعله وعليه فهو رجوع عن طريق الدلالة.

\* أن الزيادة تكون للدوام وعليه فهي صرف عن الموصى به الأول .

\* أن الزيادة لم تتناولها الوصية لذا كانت رجوعاً ضمناً عنها<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: ومؤداه أن الزيادة بالبناء لا تعتبر رجوعاً عن الوصية وهو ما ذهب إليه المالكية<sup>3</sup> والشافعية في قول ثان<sup>4</sup>، والحنابلة في رواية أخرى<sup>5</sup>.

وحجتهم في ذلك أن البناء من استيفاء المنافع لذا لا يعد رجوعاً عن الوصية ونقضا لها.

وهنا يطرح التساؤل حول تلك الزيادة: فهل تعتبر تابعة للموصى به وتكون بذلك ملكاً للموصى له؟ أم

أنها تظل ملكاً للموصي ويأخذ الموصى له الموصى به من غير زيادة؟

إجابة على هذا التساؤل انقسم أصحاب هذا الرأي إلى اتجاهين هما:

الأول: يفيد بأن الزيادة للموصى له وحده وهو ما ذهب إليه الشافعية في قول<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup>. والثاني

يجعل الموصي شريكاً مع الموصى له بما أضافه من بناء فيؤول بذلك للورثة ليصبحوا شركاء مع الموصى له بقيمة الزيادة بالبناء وهو ما أخذ به المالكية<sup>8</sup> والشافعية في قولهم الثاني .

هذا وبعد تطرقنا لأحكام الزيادة بالبناء جدير بنا أن نتعرض إلى مسألة هدمه: فهل يعد نقض البناء الموصى به نقضاً للوصية برمتها أم أن الأرض تبقى للموصى له؟

بشأن ذلك كان للفقهاء رأيان: الأول: يفيد بأن نقض البناء بالهدم رجوع عن الوصية، وهو ما ذهب إليه المالكية في أحد أقوالهم<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة في إحدى الروايتين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص 186.

<sup>2</sup> - ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص27. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 350.

<sup>3</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج6، ص 496.

<sup>4</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ج 10 ص 166.

<sup>5</sup> - المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 215.

<sup>6</sup> - جاء في الحاوي الكبير: "أما أساس البناء وقرار الغرس ففيه وجهان: أحدهما لا يكون رجوعاً فيه كالبياض.. والثاني يكون رجوعاً فيه لأنه قد صار تبعاً لما عليه ومستهلكاً به" الماوردي، المصدر السابق، ص 167.

<sup>7</sup> - المرداوي، المصدر السابق، ص215.

<sup>8</sup> - في حاشية الدسوقي: "إن بني الموصى بما داراً أو حمام أو غير ذلك فلا تبطل، واشتراك أي الموصى الباني والموصى له بقيمة بنائه قائماً" الدسوقي، المصدر السابق، ص496.

وجدير بالذكر أنهم اتفقوا بشأن الأنقاض فجعلوها ملكا للورثة لأن الوصية بالدار قد بطلت بالهدم لانعدام الاسم الذي علقت عليه. أما بخصوص الأرض فقد ذهب المالكية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> إلى أنها تبقى للموصى له في حين رأى الشافعية إبطال الوصية برمتها لتعود الأرض والأنقاض معا للورثة<sup>6</sup>. والثاني مفاده أن الهدم ليس رجوعا في الوصية فتكون الأرض والأنقاض للموصى له، وهو ما أخذ به الحنفية<sup>7</sup>، والمعتمد عند المالكية<sup>8</sup>، والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>9</sup>. وقد استندوا على الحجج الآتية: \*أن البناء صفة وعليه فهو تابع فيكون الهدم تصرف في التبع، والتصرف في التبع لا يدل على إسقاط الحق في الأصل<sup>10</sup>. \*أن الهدم ليس فيه إلا تفريق للأجزاء فقط فلا مانع إذا من نفوذ الوصية<sup>11</sup>. \*أن المنهدم تابع للوصية فيبقى ببقائها وعليه فالأنقاض هي الأخرى للموصى له<sup>12</sup>. وحوصلة القول أن الخلاف ثار بشأن الأنقاض أما الأرض فقد ذهب الجمهور إلى أنها تبقى للموصى له ولم يخالف في ذلك غير الشافعية.

- 1- المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص 372.
- 2- الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 10، ص 170.
- 3- ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص 27.
- 4- جاء في التاج والإكليل أن المنقوض للورثة والعروة للموصى له. والعروة هي الأرض الخالية من البنيان وتطلق على الأرض بما فيها من بنيان تجاوزا. ينظر: المواق، المصدر السابق. \*الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص 497.
- 5- جاء في المبدع: "إذا زاد الموصى في الدار عمارة أو أهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له؟" وعليه فالإشكال يدور حول الزيادة بالبناء أو الأنقاض الناتجة عن الهدم وليس بشأن الأرض ذاتها لأن الهاء في "يستحقه" تعود على ما زاد أو أهدم ولا تعود على الوصية نلها وإلا لاستبدل اللفظ ب "هل يستحقها" وهو ما فهمنا منه بأن الأرض متفق على أنها للموصى له. ينظر: ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص 27.
- 6- الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص 79.
- 7- المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص 587 586.
- 8- الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج8، ص 182. \*المواق. التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص 372.
- 9- المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 217.
- 10- السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 223. \*ابن عابدين، رد المختار، مصدر سابق، ج10، ص 350.
- 11- الزرقاني، المصدر السابق، ص 182.

<sup>12</sup> ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج6، ص 27. \*البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 351.

الفقرة الثانية: الغرس<sup>1</sup>

ويقصد به أن يقدم الموصي على غرس الشجر أو النخل فوق الأرض الموصى بها، وأما الزرع<sup>2</sup> فيطلق غالبا على البذور التي تطرح. ولم يأت على ذكر الزرع إلا الشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> حيث لم يعتبروه رجوعا عن الوصية لأنه لا يستبقى.

وفيما يتعلق بغرس الأرض الموصى بها اتجه الفقهاء إلى اتجاهين هما:

**الاتجاه الأول:** يرى بأن الغرس يعد نقضا للوصية وإبطالا لها، وهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>5</sup>، والشافعية في أحد أقوالهم<sup>6</sup> والحنابلة في أصح الوجهين<sup>7</sup>. هذا مع تفصيل للشافعية مفاده أن الغرس فوق كل الأرض يعد رجوعا في الجميع أما الغرس في بعضها فهو رجوع فيما غرس فحسب.

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى ذات الحجج التي استند إليها من ذهب إلى أن الزيادة بالبناء رجوع عن الوصية كما سبق بيانه.

**الاتجاه الثاني:** يفيد بأن غرس الأرض الموصى بها ليس رجوعا في الوصية، وبهذا الرأي قال الشافعية في ثلث رواياتهم<sup>8</sup>. **وحجتهم في ذلك** أن الغرس من قبيل استيفاء المنافع وعليه فهو كالزراعة. وقد جعل الشافعية الزيادة بالغرس ملكا للموصى له لا ملكا للموصي.

هذا من الناحية الفقهية وأما من **الناحية القانونية** فقد كان المشرع الجزائري<sup>9</sup> جد مقتضيا في تنظيم أحكام الرجوع الضمني في الوصية حيث اكتفى بنص المادة 192 من قانون الأسرة بالإحالة إلى كل ما يستخلص منه الرجوع، وهو أمر واسع فضفاض يحتاج إلى كثير من الضبط والتوضيح.

<sup>1</sup> - الغرس هو الشجر الذي يغرس ويقال أيضا للنخلة. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 6، ص 154، مادة (غرس).

<sup>2</sup> - الزرع هو طرح البذر، ويغلب على الشعرير. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 8، ص 111، مادة (الزرع).

<sup>3</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق ج 10، ص 166.

<sup>4</sup> - البهوتي، المصدر السابق، ص 350.

<sup>5</sup> - جاء في رد المختار: "لوزرع فيها شجر، أو كرما" وعليه فالمقصود بالزرع هنا هو الغرس. لأنه أريد به الشجر والنخل وما شابهه، أي التي تبقى أصوله. ينظر: ابن عابدين، رد المختار، مصدر سابق، ج 6، ص 372.

<sup>6</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ص 166.

<sup>7</sup> - البهوتي، المصدر السابق، ص 350.

<sup>8</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ص 167.

<sup>9</sup> - كان المشرع المصري وكذا المغربي أكثر تفصيلا في تناولهما للرجوع الضمني حيث نصت المادة 19 من قانون الوصية المصري (قانون رقم 71 لسنة 1946) على: "لا يعتبر رجوعا عن الوصية حجبها ولا إزالة العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى

ومن خلال ما سبق بيانه من آراء فقهية نقترح أن تعالج مسألة التغيير والزيادة على النحو الآتي:

\* أن يعتبر التغيير في الموصى به بفعل الموصي والذي ينتج عنه عسر التمييز أو يجعله عينا آخر غير الذي أوصى به كالمخلط أو صياغة المعدن أو صناعة الحديد رجوعاً ضمناً عن الوصية.

\* أن تكون الزيادة الماسة بتوابع الموصى به أو صفاته كالصبغ والتجصيص، وترميم البناء أو شق المراوي زيادة تابعة للموصى به أي يكون كله للموصى له، لأن ذلك من قبيل الإصلاح والتحسين لأجل بقاء العين والانتفاع الشخصي، وعليه فهو لا يعد زيادة مقصودة أضف إلى أن الإصلاح والتحسين ليس لهما قيمة مالية منفصلة عن العين الموصى بها.

\* ألا تعد الزيادة بالبناء أو الغرس رجوعاً في الوصية إلا إذا وجدت قرينة ترجح إعراض الموصي عن وصيته، فإذا كانت الزيادة يسيرة يتسامح فيها الناس عادة كغرس بعض الأشجار في الحديقة الموصى بها أو زيادة حمام بأحد طوابق المنزل فإنها تكون ملكاً للموصى له وحده، أما إذا كانت الزيادة معتبرة ولم يثبت إلحاقها بالوصية فإن الورثة يشتركون مع الموصى له بقيمة تلك الزيادة<sup>1</sup>.

\* أن تكون الأرض ملكاً للموصى له بعد هدم البناء الموصى به<sup>2</sup>.

يغير معظم صفاته ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية" ثم نظم أحكام الزيادة في المواد 71 إلى 75 من نفس القانون. وجاء في المادة 293 من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية: "إذا زاد الموصي في العين الموصى بها، فإن كانت الزيادة مما يتسامح بمثله عادة أو = وجد ما يدل على أن صي قصد إلحاقها بالوصية أو كان الشيء المزيد لا يستقل بنفسه فإنها تلحق بالوصية، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه شارك زيادة الموصى له في المجموع بحصة تعادل قيمة الزيادة القائمة". يراجع: أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع ابق، ص 204 وما بعدها. \* مدونة الأسرة المغربية على موقع [www.islam-maroc.ma](http://www.islam-maroc.ma). تاريخ الزيارة: 2007/02/09.

<sup>1</sup> - فصل قانون الوصية المصري (قانون رقم 71 لسنة 1946) أحكام الزيادة بالبناء التي توجب الشراكة بين الموصى له والورثة وهي: \* إعادة البناء بعد الهدم على نحو يغاير البناء الأول ويزيد من قيمته زيادة معتبرة. \* جعل الموصى به وحدة سكنية واحدة مع بناء آخر حيث لا يمكن تسليم العين الموصى بها منفردة، وعليه تكون للموصى له قيمة الأرض أو قيمة الموصى به الأول قبل البناء أو الضم. ينظر: د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 179. \* د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف، مرجع سابق، ص 99، 100. \* أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 207 208.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن القيام بأية عملية هدم جزئية أو كلية لبنانية دون الحصول على رخصة الهدم لضمان إنجازها في الظروف الأمنية والتقنية المطلوبة وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون 29/90 المؤرخ في 01/12/90 والمتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون 05/04 (جريدة رسمية رقم 51 لسنة 2004) كما يجوز لرئيس البلدية أن يأمر بهدم البناءات الآيلة للسقوط الإختيار بناء على نص المادة 75 من المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28/05/91 والذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك المعدل والمتمم

\* أن تنطبق أحكام الزيادة في العقار على المنقول بدوره، فإذا كانت الزيادة به يسيرة كصبغ السيارة أو تصليحها بعد تعرضها لتلف أو لحادث، أو إصلاح السوار الموصى به بعد انقطاعه ولو بزيادة بعض الغرامات الذهبية، فإن ذلك لا يعد نقضا للوصية، أما إذا كانت الزيادة معتبرة تغير معالم الموصى به وتزيد قيمته زيادة محسوسة اشترك الموصى له مع الورثة بقيمة تلك الزيادة. وهذا كله ما لم يعم الدليل على أن الموصي قد قصد إلحاق الزيادة بالوصية. **وحجتنا في ذلك أن الفعل الذي يدل دلالة واضحة على الرجوع يعد في ذاته نقضا للوصية** ، أما إذا التبت نية الرجوع فإننا نحتاج إلى دليل آخر يرححها ويشبها كالعرف أو القرائن المحيطة بالتصرف إذ كان بإمكان الموصي أن يرجع في وصيته رجوعاً صريحاً.

### الفرع الثاني: إعادة الإيصاء

تجدر الإشارة أولاً إلى أن الإنسان إذا أوصى بوصيتين متساويتين في المقدار لنفس الشخص فإننا لا نكون بصدد إبطال الوصية بالرجوع وإنما أمام المقدار الذي يستحقه الموصى له، وفي ذلك انقسم الفقهاء إلى رأيين: **الأول**: يفيد بأن الموصى له يستحق إحدى الوصيتين فقط، وهو ما قال به الحنفية والمالكية في أحد أقوالهم لأن إعادة تغلب فيها نية التأكيد. **والثاني** : مفاده أن يأخذ الموصى له الوصيتين معاً. وهو ما أخذ به المالكية في ثان أقوالهم والشافعية<sup>1</sup>.

وعليه يتحقق إعادة الإيصاء إما بالإيصاء ثانية للشخص ذاته مع تغيير المقدار بالزيادة أو النقصان، وإما بالإيصاء بالموصى به الأول لشخص آخر. وبناء عليه نتناول الموضوع في البندين الآتين:

#### البند الأول: إعادة الإيصاء للشخص ذاته مع تغيير المقدار

ويقصد به أن يوصي الإنسان لشخص مرتين أو أكثر شرط أن تكون الوصية الثانية من صنف الوصية الأولى<sup>2</sup>، إلا أنها تختلف عنها في القيمة إما بالزيادة أو النقصان، لذلك قسمنا البند إلى الفقرتين الآتيتين:

بالمرسوم 03/06 (جريدة رسمية رقم 01 لسنة 2006). لتفصيل أكثر يراجع: عمر حمدي باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، مرجع سابق، ص 406 367.

<sup>1</sup> - ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 6، ص 187. \* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 372. \* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 6، ص 497. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 3، ص 72.

<sup>2</sup> - يرى المالكية أن الوصية الثانية إذا لم تكن من صنف الأولى كأن يوصي الشخص بدنانير ثم بثوب ثم بكتب فإن جميعها

جائزة. ينظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 8، ص 183.

### الفقرة الأولى: تغيير المقدار بالزيادة

كأن يوصي الإنسان لشخص معين بسدس ماله ثم يعاود له الإيصاء بالثلث فإن الموصى له يستحق ثلث المال لأن الوصية الثانية تعد ناسخة للأولى وهو ما قال به الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup>. وحثهم في ذلك أن الموصي قد أثبت الثلث بوصيته الثانية فينفذ الثلث دون السدس لأنه يتضمنه، وعليه فالموصي قد قصد رفع قيمة الوصية بإيصائه الثاني.

### الفقرة الثانية: تغيير المقدار بالنقصان

وهو أن يوصي مثلاً لشخص بثلث ماله ثم يوصي له مرة أخرى بثلاثين ألف دينار وتكون الأخيرة أقل من الثلث، ففي ذلك يرى المالكية أن الوصية الثانية لاتعد رجوعاً عن الأولى ونقضا لها وإنما يستحق الموصى له الثلث وان تقدم الإيصاء به<sup>4</sup>، وعليه فالوصية الثانية لا تكون ناسخة للأولى بل يأخذ الموصى له الأكثر لأن الأقل مشكوك فيه والذمة لا تلزم بمشكوك<sup>5</sup>. وأما الشافعية فيقولون بأن الوصية الثانية مبطللة للأولى وإن كانت بقيمة أقل وعليه استحق الموصى له الثلاثين ألف دينار لأن الموصي قصد التقليل<sup>6</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية جعلوا الوصية بالأكثر هي النافذة سواء تقدمت أو تأخرت و لو حررت الوصيتان بكتابين شرط ألا يسترد الموصي أحدهما لأن ما يسترده يبطل حكمه ولو كان الأكثر، وحثهم في ذلك أن رد الكتاب قرينة قوية على الرجوع<sup>7</sup>. هذا ويرى الشافعية أنه في حالة جهل أي الوصيتين المتقدم والمتأخر فإن الموصى له يستحق الأقل لأنها المتيقنة<sup>8</sup>.

### البند الثاني: الإيصاء بالموصى به الأول لشخص آخر

وقد يكون ذلك إما بإعادة ذكر الوصية الأولى عند الإيصاء ثانية وإما بعدم ذكرها. وعليه نعالج المسألة وفق الفقرتين الآتيتين:

<sup>1</sup> - الزيلعي ، تبيين الحقائق ، مصدر سابق ، 6 ، ص 187 .

<sup>2</sup> - الإمام مالك ، المدونة ، مصدر سابق ، ج 15 ، ص 69 .

<sup>3</sup> - الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 72 .

<sup>4</sup> - الزرقاني ، المصدر السابق ، ص 183 . \*الإمام مالك ، المصدر السابق ، ص 69 .

<sup>5</sup> - الدردير ، الشرح الكبير ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 497 .

<sup>6</sup> - الشربيني ، المصدر السابق ، ص 72 .

<sup>7</sup> - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 496 .

<sup>8</sup> - الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 72 .

### الفقرة الأولى: ذكر الوصية الأولى عند الإيصاء الثاني

وهو أن يقول الموصي " ما أوصيت به لفلان فهو لفلان" فهل يعد ذلك نقضا للوصية الأولى أم أن الموصي لهما يشتركان في الموصى به؟ إجابة على هذا التساؤل اتجه الفقهاء إلى رأيين مختلفين هما: **الرأي الأول:** يقر بأن ذلك يعد رجوعاً في الوصية الأولى، وبه قال جمهور الفقهاء (الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> في رأي لهم والحنابلة<sup>4</sup>)، وحثهم في ذلك أن إعادة الوصية الأولى عند الإيصاء ثانية دليل على قطع الشركة وصرف الموصى به عن الأول ليستحقه الثاني. **والرأي الثاني** يفيد بأن ذلك لا يعتبر نقضا للوصية الأولى، وإنما يكون الموصى به بينهما نصفين وهو ما ذهب إليه الشافعية في ثلث آرائهم<sup>5</sup>. قد استندوا في ذلك إلى أن الشخص إذا قال " وكلت عمر بما وكلت به زيد" فإن التوكيل الثاني لا يعد رجوعاً عن الأول فكذلك في الوصية<sup>6</sup>.

### الفقرة الثانية : عدم ذكر الوصية الأولى عند الإيصاء الثاني

وهو أن يوصي لشخص ثم يوصي بنفس الوصية لآخر دون إعادة ذكر الوصية الأولى أثناء الإيصاء الثاني ، كأن يقول " داري لفلان " ثم يقول " نفس الدار لفلان آخر" فهل يعد ذلك رجوعاً عن الوصية الأولى **أما أهما** ينفذان معا؟ في هذا الشأن كان للفقهاء رأيان هما: **الرأي الأول** مفاده أن ذلك يعتبر نقضا للوصية الأولى وإبطالا لها، وهو ما ذهب إليه الحنابلة في إحدى الروايتين<sup>7</sup>، لأن الوصية الثانية تتنافى مع الأولى لذلك يكون الموصى به للثاني<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المرغيناني ، الهداية ، مصدر سابق، ج4، 586. \* السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج3، ص 224.\* الزيلعي،

تبيين الحقائق ، مصدر سابق، ج6، ص 187.

<sup>2</sup> - الدسوقي، المصدر السابق ، ص 496.

<sup>3</sup> - الماوردي ، الحاوي الكبير ، مصدر سابق، ج10، ص 160.\* الشافعي ، الأم ، مصدر سابق ، ج2، ص 118.

<sup>4</sup> - ابن مفلح، المبدع ، مصدر سابق، ج6، ص 25.\* ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج6، ص 485 .

<sup>5</sup> - الماوردي ، المصدر السابق، ص 160.\* الشيرازي ، المهذب ، مصدر سابق ، ج1، ص 461.

<sup>6</sup> - جاء في الحاوي الكبير أن هذا الرأي فاسد لأن ذكر الوصية الأولى في الوصية الثانية يزيل احتمال النسيان واحتمال التشريك فهو إذا كالرجوع الصريح، أضف إلى أن الوكالة نيابة فصح أن ينوب اثنان في كل البيع، بينما الوصية تمليك فلا يصح أن يملك كل واحد من الجماعة كل الوصية . ينظر: الماوردي، المصدر السابق ، ص 161.

<sup>7</sup> - ابن مفلح ، المبدع ، مصدر سابق، ج6، ص25.\* د. عبد الكريم زيدان، المفصل ، مرجع سابق ، ج10، ص 401.

الرأي الثاني يفيد بأن ذلك ليس رجوعاً في الوصية الأولى، وهو ما أخذ به الجمهور (الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>5</sup>)، وعليه يكون الموصى به مشتركاً بينهما.

وقد استندوا إلى الحجج الآتية:

\*عدم وجود لفظ يقطع الشركة وعليه فهو صالح لهما معاً.

\*أن المحل قابل للشركة و المحتمل أن تكون الوصية الثانية إما لنسيان الأولى أو لإرادة التشريك وعليه وجب الحمل على إرادة التشريك.

**هذا ومن الناحية القانونية** فقد رجح المشرع الجزائري الرأي الثاني معتبراً إعادة الإيصاء لشخص آخر ليس رجوعاً في الوصية الأولى، وهو ما نصت عليه المادة 194 من قانون الأسرة حيث جاء فيها الآتي: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركاً بينهما".

## الفرع الثالث: الجحود<sup>7</sup>

يقصد بجحود الوصية إنكارها ونفيها في ماضى كأن يقول الموصي "لم أوص لفلان لا بقليل ولا كثير" أو يقول "لا أعرف هذه الوصية" وهو ما اختلف بشأنه الفقهاء في اعتباره نقضاً للوصية أو عدم اعتباره كذلك<sup>6</sup>.

فانقسموا إلى الرأيين الآتيتين:

### البند الأول: الجحود رجوع في الوصية

<sup>1</sup> - أخذ بهذا الرأي المشرع المغربي حيث جاء بنص المادة 306 من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة: "من أوصى بشيء معين لشخص ثم أوصى به آخر، اعتبرت الوصية الثانية إلغاءً للوصية الأولى".

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج10، ص568.

<sup>3</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص372. \*الإمام مالك، المدونة، مصدر سابق، ج15، ص70.

<sup>4</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص159. \*الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج2، ص118.

<sup>5</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص349.

<sup>7</sup> - الجحود هو نقيض الإقرار، وهو الإنكار مع العلم. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص93، مادة (الجحود).

<sup>6</sup> - إذا نفى الموصى وصيته في الحال كأن يقول "ليس لي في ذلك وصية منذ الآن" أو يقول "أشهدوا أنني لا أوصي لفلان" فإن ذلك يعد نفيًا لوقوعها في المستقبل ونفي البقاء في المستقبل هو معنى الرجوع، وعليه يعد ذلك نقضاً للوصية. ينظر: أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص204. \*ذ.علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص221. \*د.بن علي الربيع، أحكام الوصايا، مرجع سابق، ص433.

وهو ما ذهب إليه أبو يوسف<sup>1</sup> من الحنفية<sup>2</sup> والشافعية في أحد أقوالهم<sup>3</sup>، والحنابلة في إحدى الروايتين<sup>4</sup>. فإذا أنكر الموصي وصيته في الماضي كان ذلك نقضا وإبطالا لها.

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

\* أن الجحود دليل على أن الموصي لا يريد إيصال الموصى به إلى الموصى له<sup>5</sup>، وهو الدافع ذاته من الرجوع لذلك كان لزاما أن يتحد المعنى فيكون الجحود رجوعا.

\* أن الجحود نفي في الماضي والحاضر، والرجوع هو نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط، وعليه فالجحود أقوى معنى من الرجوع وأبلغ في نفي الوجود فكان أولى أن يكون رجوعا.

\* أن إنكار الموكل للوكالة يعد عزلا للوكيل، وإنكار المبايعين للبيع إقالة، فكذلك إنكار الوصية يعتبر رجوعا عنها<sup>6</sup>.

\* أن الجحود يعني عدم الرضا بالعقد وهو ذاته معنى الفسخ والرجوع، لأن الرجوع هو الفسخ والإبطال وفسخ العقد هو عدم الرضا بالكلام السابق وبثبوت حكمه<sup>7</sup>. وعليه اتحد الجحود مع الرجوع مقصدا ومعنى.

### البند الثاني: الجحود ليس رجوعا في الوصية

وهو ما قال به محمد<sup>1</sup> من الحنفية<sup>2</sup>، والشافعية في ثان أقوالهم شرط أن يكون لغرض<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> - هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، من كبار أصحاب أبي حنيفة، لازمه وتفقه عليه، تولى قضاء بغداد في عهد الرشيد، هو أول من وضع الكتب على مذهب الحنفية وأملى مسائله ونشرها في مختلف الأقطار، ترك كتاب الخراج والأموالي النوادير توفي عام 192 هـ. ينظر: القرشي، الجواهر المضئية في طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج3، ص 304 611.

<sup>2</sup> - المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص 586. \* الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص 187. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 223.

<sup>3</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج10، ص 171. وقد جاء في معني المحتاج أن الجحود يعد رجوع في الوصية إذا كان ليس لغرض وهو المعتمد. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص 71.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 488.

<sup>5</sup> - مصدر نفسه، ص488.

<sup>6</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، مجلد 14، ج 27، ص 163.

<sup>7</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج10، ص 570.

والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>4</sup>.

واستند هذا الفريق إلى الحجج الآتية:

\* أن الوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود،<sup>5</sup> لأن الرجوع فسخ ورفع للعقد الثابت وجحود أصل العقد لا يكون تصرفاً فيه بالرفع، كجحود النكاح من الزوج فهو لا يعتبر طلاقاً<sup>6</sup>.

\* أن إنكار الوصية يعد كذباً، والكذب لا يتعلق به حكم كالإقرار الكاذب<sup>7</sup>.

\* أن حقيقة الرجوع تختلف عن حقيقة الجحود، فالرجوع إقرار بوجود الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل، أما الجحود فنفي لوجودها في الماضي ليلزم منه الانتفاء في الحال<sup>8</sup>، وعليه لا يمكن اعتبار الجحود رجوعاً إذ لا يصح اعتبار حكم أحد الأمرين المتغايرين كحكم أحدهما<sup>9</sup>.

هذا ومن الناحية القانونية فالمرجع الجزائري لم يأت على ذكر الجحود وهو أمر جد منطقي لأن الوصية قانوناً تعقد أمام الموثق وعليه فلا يعقل أن يكون إنكار عقد توثيقي مبطلاً له وإنما يكون ذلك بالرجوع الصريح لأن الإنكار لا يؤثر بأي حال على وجود العقد، وهو سبب عدم النص على الجحود في قانون الأسرة الجزائري.

- 1- هو محمد بن الحسن بن فرقد أبو عبد الله، إمام بالفقه والأصول، نشر علم أبي حنيفة فقد نشأ بالكوفة وسمع منه فغلب عليه مذهبه وعرف به، انتقل إلى بغداد، وولاه الرشيد القضاء بالرقعة ثم عزله، من كتبه: المبسوط أو الأصل، الزيادات والجامع الكبير. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، لبنان، ط2، 1981، ص135.
- 2- المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص586.
- 3- الشيريني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص71.
- 4- المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص213.\* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص350.
- 5- المرادوي، مصدر نفسه، ص213.\* د. محمود حسن، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت، دط، 1993، ص63.
- 6- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، مجلد 14، ج27، ص163.
- 7- الكاساني، المصدر السابق، ص570.
- 8- الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج6، ص187.\* ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج10، ص351.
- 9- أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص210.

## 1 الرجوع عن الوصية

يعتبر إثبات الرجوع عن الوصية مسألة بالغة الأهمية توجب على القاضي التأكد جيدا من تاريخ انعقاد الوصية وصول إلى تحديد دقيق للقوانين أو القواعد الشرعية التي تحكمها، وذلك تفاديا للإصطدام بقاعدة عدم رجعية القوانين.

وبما أن قانون الأسرة يعد أول مدونة قانونية نظمت بشكل صريح أحكام الوصية ارتأينا تقسيم المبحث إلى مطلبين: الأول يعالج الفترة السابقة لسنة 1984 تاريخ صدور القانون، والثاني يتناول مرحلة ما بعد صدوره.

### المطلب الأول: إثبات الرجوع قبل صدور قانون الأسرة

إن البحث في الحقبة الزمنية السابقة لصدور قانون الأسرة يفرض علينا الوقوف أمام الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق<sup>2</sup> باعتباره نقطة تحول هامة فرضت الرسمية على كل التصرفات الواردة على العقار. وبناء عليه تناولنا المطلب في فرعين الأول يحوي إثبات الرجوع قبل صدور الأمر 91/70 والثاني يعالج مرحلة ما بعد صدوره.

### الفرع الأول: إثبات الرجوع قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق

لم يكن هناك أثناء هذه الفترة نص قانوني خاص بإثبات الوصية والرجوع فيها. فمع فجر الإستقلال صدر الأمر 157/62 ليمدد العمل بالقوانين الفرنسية باستثناء النصوص المخالفة للسيادة الوطنية. غير أن التمديد لم يشمل سوى العلاقات المالية بين الأفراد لأن مسائل الأحوال الشخصية قد خضعت إلى أحكام الشريعة الإسلامية حتى إبان الإستعمار. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 63219 المؤرخ في 17/10/1990<sup>3</sup>، أي جاء فيه الآتي: "إن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون

<sup>1</sup> - الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها. يراجع: د. السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000، ج2، ص 13، 14.

<sup>2</sup> - أمر 91/70 مؤرخ في 15/12/70 المتعلق بالتوثيق، وقد دخل حيز النفاذ في 01/01/71 (جريدة رسمية رقم 107 لسنة 70). هذا وقد استحدث قانون خاص بالتوثيق وهو القانون 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 88 (جريدة رسمية رقم 28 لسنة 88) والذي ألغي بموجب أحكام القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2006).

<sup>3</sup> - المحلة القضائية لسنة 91، العدد 02، ص 79.

وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية ذلك أن الموصي هو رجل مسلم وجزائري وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الإستعمار الفرنسي سنة 1952 وإن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف لشريعة الإسلامية وتصح وصيته في حدود ثلث التركة".

ييسر عليه وباعتبار الوصية من صميم الأحوال الشخصية فإنها لا تحتاج من الناحية الشرعية إلى شكل خاص تفرغ فيه كما يجز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وهو ما كرسه المجلس الأعلى في العديد من قراراته<sup>1</sup>.

وجدير بالإشارة أن القضاء الجزائري قد جانب الصواب في قرار المجلس الأعلى رقم 66151 المؤرخ في 19/05/1990<sup>2</sup> والذي أخضع فيه الوصية المحررة في 1960 إلى القانون المدني الفرنسي الساري آنذاك، وتؤكد من خضوعها للشكليات التي يوجبها القانون، في حين أن هذا الأخير يوكل مسائل الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية شكلا وموضوعا<sup>3</sup>.

هذا وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي لم نجد حسب المصادر الفقهية التي بحثناها نصا عن إثبات الرجوع في الوصية، فقد عالج الفقهاء مسألة إثبات الوصية دون التعرض لمسألة إثبات الرجوع فيها. وبناء عليه حاولنا - قدر استطاعتنا - استخلاص قواعد لإثبات الرجوع من خلال أقوال الفقهاء في إثبات الوصية. والذي يتحقق بطرق الإثبات الشرعية<sup>4</sup> كالكتابة والشهادة.

### أولا: الكتابة

تعد الكتابة من الأمور المعتمدة في إثبات الوصية ودليل ذلك قوله (صلى الله عليه وسلم): " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبين ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - يراجع القرار المؤرخ في 1969/04/30. والمشار إليه في المراجع الآتية: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 167. \* عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2008، ص 268. \* محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية لسنة 93، عدد 03، ص 205.

<sup>3</sup> - خضعت الملكية بين الجزائريين للشريعة الإسلامية في الريف، وخضعت للقانون المدني الفرنسي القديم في الوسط الحضري ماعدا تلك التي تخص الأحوال الشخصية. ينظر: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية مرجع سابق، ص 72.

هذا وقد كانت العقود الناقلة للملكية العقارية والمتعلقة بالأحوال الشخصية تحرر قبل الإستقلال من طرف المحاكم الشرعية، وقد أكد المجلس الأعلى على الصيغة الرسمية لتلك العقود في قراره رقم 40037 الصادر بتاريخ 1989/06/03. المجلة القضائية لسنة 92، عدد 01، ص 199.

<sup>4</sup> - يقصد بالطرق أو وسائل الإثبات الشرعية الحجج المؤيدة للدعوى والتي يصل بها القاضي إلى الحق.

ينظر: ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة الإتحاد الشرقي، سوريا، د.ط، دت، ص 94.

فهل يجوز الاعتماد على خط الموصي لوحده أم يجب الإشهاد عليه؟  
إجابة على هذا التساؤل كان للفقهاء الآراء الآتية:

**مذهب الحنفية والشافعية:** لا تثبت الوصية عندهم بالخط المجرد، بل يجب قراءة الكتاب على الشهود لسماع مضمونه، أو قراءته على الموصي فيقر بما فيه<sup>2</sup>.

**مذهب المالكية:** تثبت الوصية المكتوبة بالإشهاد عليها وأن لم يعلم الشهود محتواها إذ يكفي أن يعرفوا بأنه لكتاب بعينه<sup>3</sup>.

وتثبت بالكتابة وحدها إذا كانت بخط الموصي وقال "نفذوها" فتنفذ بعد موته إذا عرف خطه، فإذا لم  
"نفذوها" أو "فلينفذ ما كتب بخطي" فإنها لا تنفذ لاحتمال رجوعه فيها<sup>4</sup>. فإن هو كتبها وأخرج  
الكتاب ولم يسترده قبل وفاته بقيت الوصية قائمة ولم تبطل<sup>5</sup>.

**مذهب الحنابلة:** يفرق أصحاب هذا المذهب بين حالتين<sup>6</sup>:

\* **الأولى:** هي أن يكتب الموصي وصيته بخط يديه ولا يشهد عليها، فيرى فريق منهم أن الوصية تقبل إذا  
عرف خطه أو كان مشهور الخط، فيحكم بما لم يعلم رجوعه عنها، وهذا هو المذهب مطلقاً، ويرى  
الفريق الآخر عدم قبول الكتابة ولا الختم إلا بإقرار الموصي أو سماع الشهود لمحتوى الوصية.

\* **الثانية:** هي أن يكتب الموصي وصيته ويقول اشهدوا علي بما فيها، وفي مثل هذه الصورة رأيين؛ الأول  
يجيز الوصية وإن لم يعلم الشهود مضمونها، والثاني لا يجيزها حتى يسمع الشهود ما في الكتاب.  
هذا ويستحب عند الحنابلة كتابة الوصية والإشهاد عليها لأن ذلك أحفظ لها وأحوط لما فيها.

**ثانياً: الشهادة<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، كتاب الوصايا، باب الوصايا، حديث رقم 2738، ج2، ص 286.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج10، ص355 \* الشريفي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص 53..

<sup>3</sup> - الإمام مالك، المدونة، مصدر سابق، ج 15، ص 13 \* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج8، ص 198.

<sup>4</sup> - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص288 \* الزرقاني، المصدر السابق، ص198. وقد تبني المشرع المغربي هذا الرأي إذ جاء بنص المادة 297 من القانون 70\_03 بمثابة مدونة الأسرة الأتي: "يجب أن يصرح في عقد الوصية المنعقدة بخط يد الموصي ما يفيد الإذن بتنفيذها".

<sup>5</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص 488.

<sup>6</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 488، 489، 490. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 188. \* البهوتي،

كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص 337، 338.

قد تكون الوصية شفوية فهل يكفي الإشهاد العاري لثبوتها؟

نعم لقد عد العلماء الإشهاد العاري عن الكتابة دليلاً لإثبات الوصية وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُو عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>2</sup>.  
فهذه الآية هي دليل صريح على مشروعية الإشهاد على الوصية<sup>3</sup>.

والإشهاد هو إخبار عن علم لا عن ظن أو شك ليقضى بمقتضاه لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>4</sup>.

هذا وللقاضي السلطة التقديرية لقيمة الشهادة ومدى اطمئنانه وقناعته بها<sup>5</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم استخلصنا ما يأتي:

\* أن الفقهاء رغم اختلافهم حول حجية أدلة إثبات الوصية إلا أن جميعهم أكد على مسألة عدم العلم بالرجوع ليتأكد نفاذها.

وبما أن ما يثبت بالدليل لا يزول بالشك<sup>6</sup> فإن ثبوت الوصية لا يرتفع إلا بدليل قاطع ولا يحكم بزوالها بمجرد الشك قياساً بعدم ثبوتها بمجرد الشك ولكن بدليل إثبات يؤكدتها، وإعمالاً للقاعدة العامة التي تقر

<sup>1</sup> - الشهادة بمعنى الحضور والإطلاع والمعاينة والعلم والإدراك، وهي خبر قاطع. ينظر: ابن المنصور، لسان العرب، مصدر سابق، ج4، ص 238، مادة (شهد). \* الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 178.

<sup>2</sup> - المائة: 106.

<sup>3</sup> - ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار ابن الحزم، لبنان، ط1، 2002، ج2، ص 1026. ويراجع في شروط الشهادة: د. فطري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، دط، دت، ص46 وما يليها.

\* عبد الله بن محمد بن أحمد الطبار، الوصية ضوابط وأحكام، على موقع: [www.saaaid-net /book/6/962](http://www.saaaid-net/book/6/962) (تاريخ الزيارة: 26 فيفري 2008)

<sup>4</sup> - الإسراء: 36 .

<sup>5</sup> - محمود محمد هشام، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، السعودية، دط، 1988، ص 308.

<sup>6</sup> - وذلك إعمالاً لقاعدة اليقين لا يزول بالشك يراجع في شرحها: عبد المومن بلباقي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، دط، دت، ص 38 وما يليها.

بأنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل لابد من وجود بينة وبرهان<sup>1</sup>، وذلك لقوله (صلى الله عليه وسلم): "لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم"<sup>2</sup>.

وبناء عليه يثبت الرجوع عن الوصية إما بإقرار الموصي برجوعه في وصيته أثناء حياته، وإما بالإشهاد على رجوعه إذا كان صريحا، بعد وفاته، وإما بالكتابة كأن يحرر الموصي وصية ثانية يشير فيها إلى رجوعه عن الأولى، أو يحرر كتابا ينص فيه على رجوعه فيما أوصى به وتخصيصه لورثته، ويقع الإثبات هنا على الكتابة، فإن ثبتت ثبت الرجوع.

\* أن الوصية المكتوبة والمسلمة إلى الغير تبطل إذا استرد الموصي الكتاب لأن استرداده بعد إخراجها دليل قوي على نيته في التزوي أو الرجوع<sup>3</sup>.

\* إذا كان الرجوع ضمنيا بالأفعال التي رأيناها فإن إثباته يكون بإثبات التصرف محل الرجوع، ويتحقق ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية في المعاملات المالية.

## الفرع الثاني: إثبات الرجوع بعد صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق

سبق وأن خلصنا إلى أنه لا يشترط إفراغ الوصية في صيغة شكلية خاصة، فقد تكون شفوية أو عرفية أو رسمية، سواء كان محلها عقارا أو منقولا.

لكن وبصدور الأمر 91/70 فرضت الرسمية على كل التصرفات الواردة على العقار، وهو ما جعلنا نعالج الفرع في بندين؛ الأول يتناول الوصية المنعقدة على عقار والثاني يتطرق للوصية بالمنقول.

### البند الأول: الوصية التي محلها عقار<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد الصنعاني، سبيل السلام شرح بلوغ المرام، المكتبة العصرية، لبنان، د ط، 1992، ج4، ص235.

<sup>2</sup> البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب "إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا"، حديث رقم 4552، ج03، ص207.

<sup>3</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج6، ص496. \* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج6، ص497.

<sup>4</sup> عرف المشرع الجزائري العقار بنص المادة 683 مدني كالاتي: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". هذا ويعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بنص المادة 684 مدني. للتفصيل في التفرقة بين العقار والمنقول يراجع: د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج8، ص11 وما يليها.

يعتبر الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق نقطة تحول هامة في المعاملات العقارية، إذ جاءت المادة 12 منه بقاعدة مفادها أن جميع التصرفات الواردة على عقار يجب أن تخضع للشكل الرسمي، وقد حولت إلى نص المادة 324 مكرر 1 المستحدثة بموجب تعديل 88-14 للقانون المدني والمؤرخ في 3 مايو 1988، والتي تنص على: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها... في كل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".  
بناء على هذا النص فرضت الكتابة الرسمية<sup>1</sup> على المعاملات العقارية كركن ركين لا كشرط لإثبات العقد<sup>2</sup>.

وبما أن الوصية تصرف ناقل للملكية بعد الوفاة استوجب ذلك إفراغها في قالب رسمي متى انعقد محلها على عقار، وذلك تحت طائلة البطلان.

هذا ويرى البعض من الفقه أن الوصية تخرج من نطاق تطبيق نص المادة 324 مكرر 1 باعتبارها خاصة بالعقود لا بالتصرفات الإفرادية<sup>3</sup>.

ونرد على هذا الرأي بالحجج الآتية:

● أن إقرار الوصية العرفية المنعقدة على عقار سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية واضطرابها

● أنه لا يمكن استبعاد الوصية من نطاق تطبيق قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية لعدم وجود نص يستثنيها.

<sup>1</sup> - يمر العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية بمجموعة من المراحل هي: \* إبرام العقد أمام الموثق بالنسبة للأموال التابعة للخوادم ومعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذه الأخيرة. \* تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب قصد تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية. \* شهره بالمحافظة العقارية كي ينتج أثره العيني وهو نقل الملكية العقارية. للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 111 وما يليها.

<sup>2</sup> - جدير بالإشارة إلى أن الكتابة تعد مقررّة للإنعقاد إذا رتب القانون على تخلفها البطلان، أي أنه لا وجود للتصرف دونها، ولا يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين الحاسمة. وتعد الكتابة مقررّة للإثبات إذا كان تخلفها لا يترتب البطلان وإنما لا يجوز إثبات التصرف إذا زادت قيمته على النصاب القانوني المحدد بالمدة 333 مدني بشهادة الشهود أو القرائن. ينظر: عمر حمدي باشا، المرجع السابق، تميمش ص 127.

<sup>3</sup> - محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 21.

• أن المشرع ألزم الورثة والموصى لهم باللجوء إلى الموثق لإعداد شهادة توثيقية<sup>1</sup> إذا اشتملت التركة على حقوق عقارية، وهو ما جاء بنص المادة 91 من المرسوم 63/79 المتضمن تأسيس السجل العقاري<sup>2</sup>، حيث نصت على: " كل انتقال أو إنشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".  
وتخضع الشهادة التوثيقية للشهر<sup>3</sup> بناء على نص المادة 39 من نفس المرسوم، والتي جاء فيها: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يُؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشيعاء وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة". وتأسيسا عليه فإن الورثة والموصى لهم يتقدمون إلى الموثق لطلب إعداد شهادة توثيقية في أجل ستة أشهر من الوفاة، ويقوم الموثق بتحريرها استنادا إلى عقود رسمية تثبت الملكية

<sup>1</sup> - الشهادة التوثيقية هي أداة فنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تنفيذ انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم.

ينظر : عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2007، ص 209.

<sup>2</sup> - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 30 لسنة 76.

<sup>3</sup> - يعتمد الشهر العقاري على نظامين: نظام الشهر الشخصي : وفيه يعلن التصرف على أسماء الأشخاص القائمين به. ونظام الشهر العيني والذي يركز على العين ذاتها، أي العقار محل التصرف ويعد نظام الإشهار العقاري الحالي في الجزائر مزيجا بين الشخصي والعيني في انتظار تعميم عملية المسح العقاري.

للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 118. \* جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دط، 2006، ص 15 وما بعدها. \* عمر حمدي باشا، ليلي زريقي، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها. \* د. رمول خالد، دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2008، ص 23. \* الهادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي تبسة، 2008، ص 99 و ما بعدها.

<sup>1</sup> ، ثم تشهر تحت رقابة المحافظ العقاري الذي لا يقوم بشهر أي وثيقة في مجموعة البطاقات العقارية إلا بعد التأكد من سلامتها شكلا وموضوعا استنادا إلى مبدأ الشرعية<sup>2</sup> .

وبناء على ذلك فإن الوثائق والسندات المقدمة لاستخراج شهادة موثقة يجب أن تلبس ثوب الرسمية، الأمر الذي يؤكد استبعاد الوصية العرفية الواقعة على عقار.

إضافة إلى ما تقدم فإن كل عقد يكون موضوع إشهار يجب أن يقدم في شكل رسمي وهو ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 63/76. وعليه فلا يعقل أن يتقدم الموصي له بعقد عرفي لوصية عقارية.

وحصول القول أنه قبل سنة 1971 كان مبدأ الرضائية هو الذي يطبع المعاملات العقارية، فكانت الوصية إما شفوية أو عرفية أو رسمية وإن انصبت على عقار، ثم جاء المشرع بالأمر 91/70 ليفرض الرسمية على كل المعاملات العقارية<sup>3</sup> بما فيهم الوصية ويؤكد على ذلك بالمراسيم التي تلتها.

عمالا لقاعدة توازي الأشكال فإن إثبات الرجوع عن الوصية بعقار يتحقق بما ثبت به الوصية ذاتها، بمعنى أن الرجوع الصريح يجب أن يفرغ في قالب رسمي لأن ما يثبت بالكتابة الرسمية لا يدحض إلا بمثلها، إذ لا يتصور أن تنقض وصية رسمية بشهادة الشهود على رجوع الموصي، بل يتعين عليه التصريح برجوعه أمام الموثق إذا انصب تصرفه على عقار. ونعتقد أن الاستثناء الوحيد يقوم في حالة وجود قوة قاهرة تمنعه عن ذلك منعا لا يمكن رده، ويقع هنا عبء إثبات رجوع الموصي وإثبات القوة القاهرة على عاتق الورثة.

هذا و نؤكد دائما أن الرجوع الضمني يثبت بإثبات التصرف محل الرجوع وذلك بكافة وسائل الإثبات.

### البند الثاني: الوصية بمنقول

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 210.

<sup>2</sup> - مبدأ الشرعية هو أحد المبادئ التي تحكم نظام الشهر العيني ومفاده إلزام المحافظ العقاري بتفحص كل الوثائق والعقود والتحقق من صحة التصرف ومن سند الملكية بدقة قبل الشهر. للتفصيل يراجع: مرجع نفسه، ص 44. \* جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 31، 32.

<sup>3</sup> - جدير بالذكر أن ما يفرضه المشرع من تقييد يستند إلى القاعدة الشرعية التي تقر بسلطة ولي الأمر في تقييد المباح، وذلك لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر وجبت طاعته. يراجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 8، ص 127.

لم يصدر بشأن المعاملات الواردة على المنقول نص خاص يقيدها، فقد فرض الأمر 91/70 الرسمية على المعاملات العقارية لا غير. وعليه ظلت الوصية المنعقد محلها على منقول- ونظرا لغياب النص القانوني- خاضعة للشريعة الإسلامية، فتصح بذلك شفوية أو كتابية رسمية كانت أو عرفية. وبقي الأمر كذلك إلى غاية صدور القانون المدني سنة 1975، فقد جاء نص المادة 775 بالآتي: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها". وفي ظل تأخر صدور قانون الأسرة أضحى الوصية بمنقول خاضعة لنصوص القانون المدني كشرعية عامة.

وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد المادة 333 السارية آنذاك قد نصت على: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك"<sup>1</sup> وتأسيسا عليه يثبت بالكتابة كل تصرف - وجود أو إنقضاء- زادت قيمته على النصاب القانوني المذكور أو كان غير محدد القيمة، ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن .

وباعتبار الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، وبما أن الرجوع فيها هو نقض وإنهاء لذلك التصرف، فإن إثباته يكون بالكتابة إذا كانت الوصية بمنقول غير محددة القيمة أو تزيد على 1000 دينار جزائري. والكتابة هنا تأخذ على عمومها بمعنى أنها تتسع للرسمية والعرفية<sup>2</sup>.

لكن جدير بالذكر أن مسألة الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، وعليه يجوز للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا، وليس للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه<sup>3</sup>، وهو ما يفسر بقاء الوصية الشفوية بمنقول في ساحة الواقع أثناء تلك الفترة الزمنية.

<sup>1</sup> - عدلت المادة 333 مدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث رفعت قيمة التصرف القانوني من 100 دينار جزائري إلى 10000 دج.

<sup>2</sup> - للتفصيل يراجع: يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط3، 1988، ص 89 وما يليها.

<sup>3</sup> - يراجع القرار رقم 28537 المؤرخ في 11 ماي 1983. نشرة القضاء، تصدرها وزارة العدل، مديرية التشريع والدراسات القانونية، عدد 43، ص 65.

إضافة إلى ما تقدم جاء قانون التسجيل رقم 105/76<sup>1</sup> بنص المادة 64 والتي جاء فيها: " إن الوصايا لودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها، تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة، الموصى لهم أو منفذي الوصايا".

ويقصد بالوصايا المودعة لدى الموثق تلك التي يجرها الموصي بخط يده ويوقعها ثم يضعها في ظرف يقوم بغلقه وتسليمه للموثق<sup>2</sup>.

وبما أن هذا النوع من الوصايا يعد مجرد رسالة أو عقد عرفي لا يخضع لأية شكلية رسمية فإن نص المادة لا يسر إلا على الوصية التي محلها منقول. هذا ويعد استرداد الموصي لوصيته المظروفة دليلا قاطعا على رجوعه في وصيته.

## المطلب الثاني: إثبات الرجوع بعد صدور قانون الأسرة

يعتبر صدور قانون الأسرة سنة 1984 نقطة تحول جديدة ذات أهمية بالغة، إذ جاء بالجديد فيما يخص إثبات الوصية والرجوع عنها. فقد نصت المادة 192 منه على الآتي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها." وعليه قسمنا المطلب إلى فرعين: الأول يتضمن الرجوع الصريح والثاني يتناول الرجوع الضمني.

## الفرع الأول: إثبات الرجوع الصريح

<sup>1</sup> - قانون رقم 105/76 الصادر بتاريخ 76/12/09 . جريدة رسمية رقم 81 لسنة 77.

<sup>2</sup> - علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، 2001، عدد 01، ص 09.\* علاوة بوتغرار، نظرات في قانون التسجيل الجزائري، مجلة الموثق، 2005، عدد 13، ص 07.

وتجدر الإشارة إلى أن النص على الوصايا المظروفة تأثر واضح بالتشريعات الفرنسية، والتي حددت ثلاثة أشكال للوصايا هي: الوصية العرفية Testament olographe : وتحرر بخط يد الموصي وعليها إمضاءه، ويشير فيها أنها وصية مع ذكر مكان وتاريخ تحريرها. ويتعين على من يجدها بعد الموت تسليمها إلى رئيس محكمة مكان فتح التركة، والذي بدوره يفتحها ثم يسلمها للموثق.

الوصية الموثقة Testament public : وتحرر أمام الموثق بحضور أربعة شهود أو أمام موثقين بحضور شاهدين.

الوصية السرية Testament mystique ou secret : ويحررها الموصي بيده ويوقعها ثم يغلقها في ظرف يسلمه للموثق بحضور ستة شهود.

والوصايا السرية المودعة لدى الموثق مستمدة أساسا من الفقه الإسلامي فهي تقابل الوصية بكتاب محرر بخط الموصي دون إظهار أو دون علام الشهود ما في الكتاب - كما رأينا. ينظر : <http://olijuseb.free.Fn/donations.htm> (تاريخ الزيارة

ت الرجوع الصريح عن الوصية بذات الوسائل التي تثبت بها الوصية والتي حددتها المادة 191 من قانون الأسرة كالاتي: " تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2- في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش (عقد)<sup>1</sup> أصل الملكية.

"بناء عليه تناولنا الفرع في بندين: الأول يتضمن إثبات الرجوع بعقد توثيقي والثاني يدرس الإثبات بموجب حكم قضائي.

البند الأول: إثبات الرجوع بعقد توثيقي.

تدخل الوصية - كما تناولنا في تعريفها - ضمن مصف العقود<sup>2</sup> التصريحية الإحتفائية ، فقد ألزمت المادة 191 قانون أسرة إلباس الوصية ثوب الرسمية حتى يتسنى إثباتها.

أ أن نقض الوصية وإخائها يتم بذات الأساليب المثبتة لها، فإنه يتم على النحو الآتي:

1) أن يتقدم الموصي أو وكيله إلى الموثق<sup>3</sup> ليصرح برجوعه، فيستقبل الموثق تصريحه ويجرر بشأنه

2) عقدا رسميا. ويتم ذلك في حضور شاهدين<sup>4</sup> - تحت طائلة البطلان - وهو ما فرضته المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني.

ثم يسجل الرجوع في الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سقطت من النص العربي كلمة (عقد) الموجودة بالنص الفرنسي (Acte original de propriété). ينظر الجريدة الرسمية

رقم 24 لسنة 84 المتضمنة قانون الأسرة بنصها العربي والفرنسي. على موقع: [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)

<sup>2</sup> حدير بالإشارة إلى أن العقود الرسمية نوعان: 1) تعاقدية: يوجب القانون فيها توافر إرادتين متبادلتين أي إيجاب وقبول. 2) تصريحية: يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويجرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان موافقا للقانون.

ينظر: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، تميمش ص 107. \* عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 29 وما يليها.

<sup>3</sup> كان الموثق عبارة عن موظف عام يمارس مهامه بمقر المحكمة طبقا لنص المادة 02 من الأمر 91/70، لكن بعد استحداث قانون خاص بالتوثيق وهو القانون 27/88 استقل الموثق ليصبح ضابط عمومي صاحب مكتب خاص..

<sup>4</sup> يجب أن يكون الشهود الحضور شهود عدل لا شهود إثبات، أي من غير أقرناء أو أصحاب الأطراف المتعاقدة. ينظر: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 27 وما يليها.

3) أن يتقدم الموصي أمام القنصل الجزائري إذا كان يقطن بالخارج، فيحرر له عقداً بذلك، فقد أعطى المرسوم 60/77<sup>2</sup> المؤرخ في 01 مارس 77 صفة الموثق للقناصل بنص المادة 02 فقرة 03.

ولكن التساؤل المطروح يدور حول نطاق تطبيق المادة 191، فهل يسري حكمها على العقارات والمنقولات معاً؟ أم أن أحكامها تخص العقار فحسب ويبقى المنقول خاضعاً للقواعد العامة؟ من خلال التمعن في المواد المنظمة للوصية، ومن خلال المراحل التاريخية في إثباتها وبالتالي إثبات الرجوع فيها، نرى أن المادة تحكم العقار والمنقول على حد سواء، ونستند في رأينا إلى الحجج الآتية:

- أن المادة وردت بصيغة عامة بقولها " تثبت الوصية" ، فلا تخصيص فيها على عقار أو استثناء للمنقول، وعليه وفي غياب نص خاص بالمنقول وجب الأخذ بالعموم.
- أن ما جاء بالفقرة الثانية " ويؤشر به على هامش (عقد) أصل الملكية" لا يفيد بالضرورة استبعاد المنقول بحجة أن عقد أصل الملكية لا يكون إلا عقاراً، وإنما نعتقد أن المشرع قد أكد على عموم النص بقوله " في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم" وقصد بالتأشير على الهامش العقد الوصية التي محلها عقار، وما كان عليه إلا أن يتم الصياغة على النحو التالي: "... ويؤشر به على هامش (عقد) أصل الملكية، إذا كان الموصى به عقاراً." فيكون بذلك التأشير على أصل عقد الملكية إثباتاً للوصية أو الرجوع عنها متى كان محلها عقاراً، ويعد الحكم سنداً مثبتاً للوصية أو نقضها إذا انعقدت على منقول - كما سيأتي بيانه.
- أنه من خلال المراحل التاريخية السابقة نستشف نية المشرع في زيادة الضبط والتقييد، ففي 71 قيد التصرف على المعاملات العقارية بالرسمية، وفي 75 قيد المنقول بالكتابة على عمومها ولكن

<sup>1</sup> - جدير بالذكر أن الحقوق العقارية المكتسبة عن طريق الوصية لا يجب شهرها في حياة الموصي في القانون الجزائري لانعدام النص الخاص بذلك، هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 211880 المؤرخ في 30 ماي 2001 والذي جاء فيه: "لكن حيث أنه ولتعلق الأمر بتصرف ما بعد الموت (وصية) فإن القانون لا يشترط شهر العقد". (قرار غير منشور)

للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 68، 69، 70. \* د. بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2008، ص 72. \* محمد زهدور، الوصية، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المرسوم 60/77 يتضمن تحديد اختصاصات قناصل الجزائر، جريدة رسمية رقم 28 لسنة 77.

ليس بقاعدة آمرة - كما رأينا- ثم جاء في قانون الأسرة بحكم عام ليسري على العقارات والمنقولات معا تأكيدا منه على رغبة التقييد.

إضافة إلى ذلك نرى أسباب كثيرة تفرض علينا الأخذ بعموم الحكم في المادة 191، ومن هذه الأسباب:

- تغيير الزمان وزيادة قيمة المنقول إلى حد قد تفوق فيه قيمة العقار، كأن يوصي شخص بطائرة أو باخرة. فهل يعقل أن تترك مثل هذه الأمور لإثباتها بورقة عرفية أو بشهادة الشهود؟

- الوصية تصرف خطير وجب تسيجه بآليات تضبطه، وعليه فرض المشرع الرسمية في إثباتها وكذا إثبات الرجوع الصريح فيها حماية للموصي أولا حتى يكون على بينة وتبصرة لما يقدم عليه، وحماية للورثة ثانيا لتعلق حقهم بمال مورثهم فوجب عدم إثبات الوصية إلا بالدليل القاطع، وحماية للموصي ثالثا فلا يثبت الرجوع إلا باليقين. وكل ذلك يتحقق بالكتابة الرسمية. وبما أن خطورة التصرف لا تفرق بين العقار والمنقول لما قد يكون في المنقول من قيمة وأهمية تعين بذلك بسط التوثيق على الوصية المنعقدة على عقار أو منقول على السواء.

- أن الكتابة الرسمية تظهر معالم الموصي به بدقة سواء كان مالا عقاريا أو منقول، وأن دحضها لا يكون إلا بالطعن فيها بالتزوير، وعليه فإن فرضها على إثبات الوصية أو نقضها سيحد من دعاء الكاذب بالوصايا وإبطالها وسيدفع نفي الرجوع زورا وبهتانا، لذلك وجب أن ينصرف التقييد إلى العقار والمنقول معا لتغير الزمان وفساد الذمم.

- وحوصلة ما تقدم هو أن الوصية بعد صدور قانون الأسرة وجب أن تفرغ في قالب رسمي سواء انعقد محلها على عقار أو منقول.

وعليه فهي لا تثبت ولا يثبت الرجوع فيها شفويا<sup>1</sup> أو بورقة عرفية<sup>2</sup>

إلا في حالة القوة القاهرة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أكدت المحكمة العليا على استبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق، وهو ما جاء في قرارها رقم 160 350 الصادر بتاريخ 97/12/23.

المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص بالأحوال الشخصية، ص 295.

<sup>2</sup> - جدير بالإشارة إلى أنه يفترض أن يتمشى قانون التسجيل مع قانون الأسرة، وعليه يجب إلغاء المادة 64 منه والتي تنص على الوصايا المدونة لدى الموثق - كما رأينا - لأنها وضعت قبل أن يفرض قانون الأسرة الرسمية في إثبات الوصية، وعليه فالوصايا المكتوبة على يد الموصي دون أن يمنعه مانع قاهر من إثباتها بعقد رسمي أمام الموثق تعد باطلة.

يراجع: علاوة بوتغرار، نظرات في قانون التسجيل الجزائري، مقال سابق، ص 07.

## البند الثاني: إثبات الرجوع بحكم قضائي

نصت الفقرة الثانية من المادة 191 قانون الأسرة على أنه: " في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش (عقد) أصل الملكية". وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 413209 الصادر في 16/01/2008 والذي جاء في حشياته الآتي: "إن القرار المطعون فيه استبعد إمكانية إثبات الوصية عن طريق القضاء عندما يحدث المانع القاهر الذي يحول دون استطاعة الموصي لإعداد وصيته أمام الموثق، مع أن المادة 191 من قانون الأسرة واضحة كل الوضوح في إثبات الوصية في حالة وجود مانع قاهر بحكم شرط وجود وصية شفوية وإثبات المانع القاهر وتقديم عقد الملكية، والطاعة نطاعت أمام المحكمة وأمام المجلس تلبية جميع تلك الشروط وقدمت ما يثبت وجود المانع القاهر وهو الوفاة المفاجئة للموصية وقدمت شهودا أمام المحكمة اثبتوا ذلك كما قدمت نسخا من عقود الملكية. أنه تبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن لوصية الشفوية التي تطالب الطاعة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي والتصريح بها أمام الموثق. وحيث أن هذا التسبب خاطيء ويخالف نص المادة 191/2 من قانون الأسرة.. وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

من خلال ذلك نخلص إلى قاعدة مفادها أن الإفلات من وجوب إثبات الوصية أو الرجوع فيها بعقد توثيقي مشروط بقيام المانع القاهر أو القوة القاهرة كما ورد بالنص الفرنسي، ويكون القاضي مقيدا بضرورة التحقق من قيام ذلك المانع، فبينه في حكمه وكذا طريقة ثبوته أمامه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - لم يوافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه كل من المشرع المصري والتونسي في إثبات الرجوع عن الوصية. فالقانون المصري يشترط لسماع دعوى الرجوع الصريح بثبوته بورقة رسمية أو عرفية كتبت كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه أو مصادق على توقيعها. وفي القانون التونسي تثبت الوصية وكذا الرجوع فيها بالحجة الرسمية أو بكتاب محرر ومؤرخ وممضي من الموصي وهو ما نص عليه الفصل 176 و 177 من مجلة الأحوال الشخصية. ينظر: د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها. \* مجلة الأحوال الشخصية ، تعليق فاطمة الزهراء بن محمود ، حيث بن سليمة، سامية دولة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس ، 2008، ص 763.

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2، ص 303.

<sup>2</sup> - علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، مقال سابق، ص 09. \* فيروز سخان، إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي سوق اهراس، 2008، ص 64.

وتعرف القوة القاهرة بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع ، يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين <sup>1</sup> .

وتأسيسا عليه لا نتصور قوة القاهرة تحول دون رجوع الموصي عن وصيته أمام الموثق غير الموت المفاجئ أو مرض الموت الذي يشل فيه الموصي ويعجز عجزا كليا عن الكلام والتعبير بأدنى حركة. فالشخص الذي يفرغ وصيته في قالب رسمي ثم يرجع فيها بعد مدة أمام الشهود ويعيش لسنوات طويلة في صحة جيدة دون أن يتقدم للموثق ليضفي صفة الرسمية على رجوعه تنتفي في حقه حالة القوة القاهرة.

أما إذا تقدم الموصي أمام الموثق وصرح برجوعه رجوعا كليا أو جزئيا، ثم انتابته نوبة قلبية مثلا أدت بحياته قبل أن يوقع على العقد، أو صرح برجوعه أمام الشهود ثم انتقل معهم إلى الموثق ليحرر عقدا بذلك وإذ بسيارة تصدمه فتزهق روحه ، أو كتب ورقة عرفية في المستشفى أمام الطبيب قبل أن يلفظ أنفاسه الأخيرة، جاز في هذه الحالات اللجوء إلى القضاء لإثبات الرجوع بحكم، ويقع على القاضي دائما عبء التحقق من مدى سعي الموصي لتوثيق رجوعه ومدى قيام المانع القاهر الذي منعه من ذلك.

بنا أن ننبه إلى أن دعوى إثبات الرجوع عن الوصية ترفع من ورثة الموصي بعد موته لكونهم أصحاب مصلحة في ذلك، فمن الخطأ - كما ذهب إليه البعض <sup>2</sup> - القول بأنها ترفع من قبل الموصي لأن طريق الرجوع بعقد توثيقي مفتوح أمامه طالما كان حيا يرزق.

هذا ويثبت الرجوع بكافة طرق الإثبات سواء انعقدت الوصية على عقار أو منقول، وينصب الإثبات على الرجوع الشفوي وقيام المانع القاهر، ويمكن الاستعانة بمشروع العقد أو شهادة الشهود أو الورقة العرفية التي دون بها الموصي رجوعه كما ذكرنا في الأمثلة السابقة.

ويكون الحكم بالرجوع سند ملكية الورثة للمنقول الموصى به، فإذا كان هذا الأخير عقارا يؤشر بالحكم على هامش عقد أصل الملكية <sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، مجلد 2 ، ج 6 ، ص 126 وما بعدها.

\* د. كمال الدرغ ، الأعداء الطارئة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله ، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996، ص 45.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 61. \* محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 22.

## الفرع الثاني: إثبات الرجوع الضمني

سبق وأن رأينا أن الرجوع الضمني عن الوصية يتحقق بكل تصرف يقدم عليه الموصي فينبئ عن نيته في نقض وصيته. وقد يكون التصرف ناقلاً للملكية الموصى به من ذمة الموصي كالبيع أو الهبة، أو قد تبقى تامة كأن يعرض الموصى به لبيع أو يوصي بهته أو يوكل شخصاً بذلك من غير أن ينفذ التصرف فعلاً أو يتم.

بناءً على ذلك يعتبر الرجوع الضمني في الوصية وقائع وحوادث مادية لا حصر لها<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة لا نتوقع من الموصي اللجوء إلى الموثق ليحرر له عقداً رسمياً يثبت رجوعه كلما أراد التصرف في ملكه. وسيكون من الحرج تكليف الورثة بتقديم سند رسمي لإثبات الرجوع الضمني<sup>3</sup>. وتأسيساً عليه فإن إثبات تلك الوقائع المادية يتم بكافة وسائل الإثبات<sup>4</sup>. فإذا تصرف الموصي في محل الوصية بالبيع مثلاً يثبت إذا كان عقاراً بالعقد الرسمي ويثبت - إذا كان منقولاً - بكافة الوسائل كالحيازة وشهادة الشهود أو البطاقة الرمادية بالنسبة للسيارات.

هذا وإذا لم يزل التصرف ملكية الموصى به من ذمة الموصي كالوعد بالبيع أو الهبة غير المقبوضة أو وكيل أو العرض للبيع، فما يعيننا هو الإيجاب بتلك التصرفات وإن لم تتم أركانها - كما عرضناه في مسألة الرجوع الضمني - وعليه يقع الإثبات على ذلك الإيجاب، ويتحقق بكافة طرق الإثبات، كالعقود التوثيقية المبدئية وإن لم تتم أركان العقد - كالحيازة في الهبة - أو بشهادة الشهود، أو بالتحقق من عقد الوكالة أو الوعد بالبيع. أو بإثبات العرض للبيع بإشهارات الصحف أو القنوات التلفزيونية. فالعبرة هي إثبات نية الرجوع وإن لم تزل الملكية.

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن القسم العقاري بالمحكمة هو المختص بالنظر في قضايا الوصايا المتعلقة بالعقارات حسب نص المادة 512 فقرة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ينظر: قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008.

<sup>2</sup> د. إلياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ص 182.

<sup>3</sup> علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص 238.

<sup>4</sup> أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 201.



## أحكام الرجوع في الهبة

إن الإمام بأحكام الرجوع في الهبة يحتم علينا الخوض في مفهومها وصفتها للوصول لمدى جواز الرجوع فيها، ومن ثم تبين الأشخاص المخوّل لهم حق الرجوع، ثمّ البحث في موانعه وطرق ممارسته وآثاره لأجل ذلك قسمنا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الهبة والرجوع فيها.

المبحث الثاني: لمن يثبت حق الرجوع وموانعه.

المبحث الثالث: طرق الرجوع وآثاره .

## مفهوم الهبة و الرجوع فيها

تدور دراستنا في هذا المبحث حول تعريف الهبة وبيان صفتها في نظر الفقه الشرعي والقانون، وذلك بهدف الوصول إلى تحديد مدى لزومها وجواز الرجوع فيها، ثم البحث في طبيعة ذلك الرجوع. وتأسيسا عليه تناولنا المبحث في مطلبين:

**المطلب الأول: مفهوم الهبة.**

**المطلب الثاني: الرجوع في الهبة، ويتطرق لمدى جواز الرجوع وتكليفه.**

### المطلب الأول: مفهوم الهبة

نحاول من خلال بيان مفهوم الهبة في الإصطلاح الشرعي والقانوني معالجة طبيعتها: فهل هي تصرف بإرادة الواهب المنفردة أم أنّ لها طبيعة عقدية؟ وقبل الخوض في ذلك تجدر الإشارة إلى أنّ الهبة لغة هي مصدر الفعل وَهَبَ وجمعها هبات<sup>1</sup>، ووهبت له هبة وموهبة ووهبا إذا أعطيته.

ويهب الله بمعنى يرزق<sup>2</sup> لقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾<sup>3</sup>.

فالهبّة هي العطية الخالية من الأعياض والأغراض<sup>4</sup>، وهي أيضا التبرع<sup>5</sup> والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحا، مرجع سابق، ص 390

\* د. قلعة جي، د. قنبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 492.

<sup>2</sup> - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج4، ص 2577.

<sup>3</sup> - الشورى: 49 .

<sup>4</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج6، ص 4929، مادة (وهب).

<sup>5</sup> - الجرجاني، كتاب التعريفات، مرجع سابق، ص 285.

<sup>6</sup> - الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1981، ص 737، مادة (وهب).

## الفرع الأول: مفهوم الهبة في الإصطلاح الشرعي

إن الباحث عن ماهية الهبة في ثنايا المصادر الفقهية يجد لها تعاريف كثيرة، وقد تكررت التعاريف ذاتها عند أصحاب المذهب الواحد، بل وتطابقت أحيانا من مذهب إلى آخر الأمر الذي جعلنا نركز في انتقائنا على ما يحمله التعريف من إضافات تميزه عن غيره.

فقد عرف الحنفية الهبة بأنها "تمليك العين بغير عوض"<sup>1</sup> فلفظ "تمليك" شامل للذات والمنافع، كما يصلح لما هو بعوض أو بغير عوض.

وعليه إضافة لفظ "العين" قيد خرج به تمليك المنافع كالإجارة والإعارة وغيرها وقولهم "بغير عوض" قيد ثان انفصلت به سائر عقود المعاوضات كالبيع.

والملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف بالأعم أي تصوير للمعرف بوجه عام، فهو لم يحدد وقت انتقال الملك، الأمر الذي جعله غير مانع<sup>2</sup>. كونه لم يستبعد الوصية والتي يضاف فيها الملك لما بعد الموت. وعرفها المالكية<sup>3</sup> بأنها "تمليك بلا عوض"<sup>4</sup> ويتميز هذا التعريف عن سابقه بحذف لفظ "العين" وعليه تكون الهبة شاملة للعين والدين والمنفعة.

أما الشافعية فقد أوردوا لها تعريفا مفاده "تمليك العين بلا عوض في الحياة تطوعا"<sup>5</sup>. ويلاحظ على هذا التعريف إضافة لفظي "في الحياة" و"تطوعا".

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص 84. \* الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص 483. \* الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 91.

<sup>2</sup> - د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2004، ص 20.

<sup>3</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص 490. \* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص 490.

<sup>4</sup> - عرف المالكية الهبة أيضا بأنها "تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة". ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص 49. \* الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، دط، ج7، ص 102.

<sup>5</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 396. وقد عرفها الشافعية أيضا بأنها "تمليك بعين أودين بلا عوض". ينظر: الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص 405.

فقولهم " في الحياة " إبراز لعنصر هام في الهبة وهو إيقاعها في حياة الواهب والموهوب له، ويعد ذلك قيده يخرج به الوصية.

وقولهم " تطوعاً " قيد آخر يخرج به الواجب كالزكاة والكفارة، لأنه وإن كان تمليك المال حال الحياة بلا عوض إلا أنه على جهة الوجوب لا التطوع.

هذا وقد عرفها الحنابلة بأنها " تمليك في الحياة بلا عوض"<sup>1</sup> وعليه تفادى التعريف حصر الهبة في العين، كما حدد وقت انتقال الملك، إلا أنه لم يشير إلى أن الهبة من أعمال التبرع والتطوع. وخلاصة القول أن الفقهاء متفقون على أن الهبة تمليك المال دون مقابل، أي من غير بدل أو عوض، وعليه فلا خلاف بينهم في جوهرها وحقيقتها، وإنما في العبارات والألفاظ وينحصر ذلك في إضافة البعض لقيود في التعريف يخرج بها ما ليس هبة وإغفال البعض الآخر لإدراج تلك القيود على أساس بيانها في الشروط المنصوص عيها لاحقاً<sup>2</sup>.

ولكن جدير بالملاحظة أن تعاريف الفقهاء المختلفة لم تبين بوضوح طبيعة الهبة، فلفظ " تمليك " ينصرف للعقد والتصرف الإفرادي على حد سواء - كما سبق ورأينا في الوصية - وعليه يقتضي الأمر البحث في أركان الهبة لمعرفة طبيعتها، فهل تنعقد بمجرد الإيجاب أم تحتاج إلى إيجاب وقبول معاً؟ وهل تكفي الصيغة وحدها لانعقادها؟ إجابة على هذا التساؤل قسمنا الفرع إلى البندين الآتيين:

### البند الأول: الصيغة

هل تعتبر الصيغة مجموع الإيجاب والقبول أم أنها تتحقق بالإيجاب منفرداً؟ للإجابة على هذا الإشكال انقسم الفقهاء إلى رأيين هما:

#### الفقرة الأولى: انعقاد الهبة بالإيجاب منفرداً

ذهب الحنفية في أحد آرائهم إلى أن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب واحد وهو الواهب المالك<sup>3</sup>، وعليه فهي تنعقد بإيجاب الواهب وحده ولا تفتقر إلى قبول.

فهذا الأخير لا يعد ركناً من أركانها وإنما شرط لثبوت الملك للموهوب له، أي أنه يثبت حكمها لا

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص246. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص116.

<sup>2</sup> - جمال الدين طه العقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة

الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، العدد1، 1998، ص16.

<sup>3</sup> - الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص485.

وجودها في نفسها<sup>1</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالحجج الآتية:

أولاً: ما روي عن الصعب بن جثامة<sup>2</sup> أنه أهدى إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) حماراً وحشياً بالأبواء فرده عليه. فلما رأى ما في وجهه قال: أما إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم<sup>3</sup>.  
فقد أطلق الراوي لفظ الإهداء من غير قبول، وبما أن الإهداء من ألفاظ الهبة فذلك دليل على عدم افتقارها إلى قبول<sup>4</sup>.

ثانياً: ما روي عن سيدنا أبي بكر (رضي الله عنه) أنه نحل عائشة (رضي الله عنها) جاد عشرين وسقاً<sup>5</sup> بالغابة. فلما حضرته الوفاة قال: "والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أغز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلته جاد عشرين وسقاً فلو كنت جددتني أو احتزيتني كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختك فاقتسموه على كتاب الله<sup>6</sup>".  
فقد أطلق الصديق لفظ النحلة<sup>7</sup> دون القبض، والنحلة من ألفاظ الهبة، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة وعليه فالهبة عبارة من إيجاب بالملك.

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص85. \* د. إيناس عباس إبراهيم، هبة الآباء لأبنائهم حال الحياة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 19، 1993، ص67. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001، ص5.

<sup>1</sup> - هو الصعب بن جثامة بن قيس الليثي، من شجعان الصحابة، شهد الوقائع في عصر النبوة، وحضر فتح فارس، وفي الحديث يوم حنين "لولا الصعب بن جثامة لفضحت الخيل". مات في خلافة عثمان وقيل قبلها. وله أحاديث في الصحيح. ينظر: الزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج3، ص2004.

<sup>3</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد2، ج3، كتاب الهبة وفضلها والتعريض عليها، باب قبول الهبة، حديث رقم 2573، ص182.

<sup>4</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص86.

<sup>5</sup> - الوسق: مكيلة معلومة وقيل هو حمل بعير وهو ستون صاعاً بصاع النبي (ص) وهو خمسة أرتال وثلاث. ينظر: ابن منظور لسان العرب، مصدر سابق، ج10، ص378، مادة (وسق).

<sup>6</sup> - مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق كامل محمد عويضة، دار التقوى، مصر، ط1، 2001، كتاب الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل، ص534. وقال عنه ابن حجر رواه الموطأ بإسناد صحيح، ينظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، ط3، 1407هـ، ج5، ص254.

<sup>7</sup> - النحلة هي العطية وجمعها النحل بالضم وهي العطية والهبة ابتداء من غير عوض ولا استحقاق. ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ج11، ص649، مادة (نحل).

ثالثاً: أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وذلك يتحقق من غير قبول خلافاً للبيع<sup>1</sup>.

ويرد على تلك الأدلة بما يأتي:

أولاً: أن قول النبي (صلى الله عليه وسلم): "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<sup>2</sup>.

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 منفرداً<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول معا

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية في ثان آرائهم، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية)<sup>4</sup>

وحجتهم في ذلك ما يأتي:

أولاً: أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع<sup>5</sup> لأجبت ولو أهدي لي ذراع أو كراع لقبلت"<sup>6</sup>.

فقوله (صلى الله عليه وسلم) "لأجبت" و"لقبلت" دليل واضح في اعتبار القبول ركناً من أركان الهبة.

ثانياً: أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال لأم سلمة: "إني قد أهديت إلى النجاشي<sup>7</sup> حلة أواقني

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص86.

<sup>2</sup> - د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص 42.

<sup>4</sup> - يراجع في الفقه الحنفي: الكاساني، المصدر السابق، ص84. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص 160. \*

الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص91. \* الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص 485. في الفقه

المالكي: الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص54. \* الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ج2، ص553. \*

ابن رشد (الحنفي)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص273. في الفقه الشافعي: الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9،

ص400. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص397. \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص446. في الفقه

الحنبلي: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص252. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص 118. في الفقه الظاهري:

ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص 120.

<sup>5</sup> - الكراع من الدواب هو ما دون الكعب، فهو من البقر والغنم مستدق الساق العاري من اللحم، ينظر: ابن منظور، لسان العرب،

مصدر سابق، ج8، ص 207، مادة (كراع).

<sup>6</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد2، ج3، كتاب الهبة وفضلها، باب القليل من الهبة، حديث رقم 2568، ص180،

من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علي فهي لك." قالت: "وكان كما قال رسول الله" ورددت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة أوقية المسك والحلة<sup>1</sup>. فلو ملك النجاشي المسك بالإيجاب لما استحله الرسول (صلى الله عليه وسلم) ولأوصله لورثته، وعليه فهو دليل قوي على أن الهبة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول مجتمعين.

ثالثاً: قياس الهبة بالبيع، بجامع انتقال الملك في كليهما، وعليه لزم فيها الإيجاب والقبول معا لأنها عقد كسائر العقود كالبيع<sup>2</sup>.

رابعاً: أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها قد تثقل كاهل الموهوب له بالجميل<sup>3</sup>، وقد يفضل رفضها، وعليه فلا يعقل أن يملك دون رضاه<sup>4</sup> وهو ما جعل القبول ركناً من أركانها.

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

### البند الثاني: القبض

هل تكفي الصيغة وحدها لانعقاد الهبة كما هو الشأن في سائر العقود أم أنه لا بد من قبضها وحيازتها؟<sup>5</sup>

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل فكانت لهم الأقوال الآتية:

### الفقرة الأولى: تملك الهبة بالقبض

7- هو أصحمة ملك الحبشة معدود في الصحابة رضي الله عنهم، كان ممن حسن إسلامه ولم يهاجر فهو تابعي. توفي في حياة النبي (صلى الله عليه وسلم) فصلى عليه بالناس صلاة الغائب. ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق د. صلاح الدين المنجد، دار المعارف، مصر، دط، دت، ج1، ص306.

2- الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تذييل شعيب الأرنؤوط، مؤسسة قرطبة، مصر، دط، دت، ج6، حديث رقم 27717، ص404. وعلق شعيب الأرنؤوط أن إسناده ضعيف لضعف مسلم بن خالد.

3- الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص446.

4- د. أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص06.

4- د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص42.

5- القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض. ينظر: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص99. هذا ويعد لفظ "القبض" الأكثر شيوعاً بين الفقهاء، أما المالكية فقد استخدموا لفظ "الحيازة" أو "الحوز" وعرفوه بقولهم: "رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن منه للمعطى أو نائبه". ينظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ج2، ص555.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القبض لا بد منه لثبوت الملك في الهبة، فيرى الحنفية<sup>1</sup> أنه شرط صحة، ويرى الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>3</sup> أنه شرط لزوم.

وقد ذهب الحنابلة في روايتهم إلى أن الهبة تلتزم بالقبض في الموزون والمكيل لا غير<sup>4</sup>.

ويستند أصحاب هذا القول إلى الأدلة الآتية:

أولاً: قوله (صلى الله عليه وسلم): "يا ابن آدم، تقول مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفانيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت"<sup>5</sup>.

وإمضاء الصدقة هو تسليمها وإقباضها فكان ذلك دليلاً على أن القبض شرط لثبوت الملك.

ثانياً: الأثر المروي عن أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) دليل على أن تملك الهبة يكون بقبضها، ويظهر ذلك جلياً في قوله "لو كنت احتزتيه كان لك"، فلو كانت الهبة تملك قبل القبض لكان لها ذلك<sup>6</sup>. هذا وقد حمل الحنابلة في روايتهم الثانية الأثر المروي على المكيل والموزون استناداً إلى طبيعة الشيء الموهوب الذي نحلّه الصديق (رضي الله عنه).

ثالثاً: أن للهبة طبيعة خاصة، فهي عقد تبرع تفتقر فيه ذمة لحساب أخرى، وعليه فهي لا تتم بالصيغة وحدها بل وجب أن يضم إليها ما يقويها وهو القبض<sup>7</sup>.

رابعاً: أن القبض يدل على الرضا بالتمليك<sup>8</sup>، وذلك هو جوهر التبرع، فهو إعطاء الشيء غير الواجب إعطاؤه إحساناً من المعطي.

خامساً: أنه لو صحت الهبة من غير قبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وفي ذلك تغيير للمشروع لأنها عقد تبرع<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص161. \* المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص251. \* السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص48.

<sup>2</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص402. \* الشافعي، الأم، مصدر سابق، مجلد2، ج4، ص62. \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص447. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص400.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص251. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص301.

\* المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص119.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المصدر السابق، ص251. \* المرداوي، المصدر السابق، ص119.

<sup>5</sup> - مسلم، صحيح مسلم، دار التراث العربي، لبنان، ط2، 1972، باب الزهد والرفاق، حديث رقم 2958، ص2273.

<sup>6</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص91. \* الماوردي، المصدر السابق، ص401.

<sup>7</sup> - أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيه، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد32، العدد1، 2005، ص86.

<sup>8</sup> - ابن قدامة، المصدر السابق، ص248.

الفقرة الثانية: تملك الهبة بالصيغة وحدها

يرى المالكية أن الهبة تملك بالقول وأن الحوز شرط تمامها<sup>2</sup>، وذهب الظاهرية<sup>3</sup> إلى أن القبض ليس شرطاً في الهبة. وقد ذهب الحنابلة في روايتهم الثانية إلى أن الهبة تلزم بمجرد العقد في غير المكيل والموزون<sup>4</sup>. وعليه فملكية الشيء الموهوب تثبت بمجرد إيجاب الواهب على التسليم<sup>5</sup>، وله قبض الهبة دون إذنه، فإن هو تراخى أو فوت الحوز بمرض أو إفلاس من الواهب سقط حقه<sup>6</sup>.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

أولاً: قوله سبحانه وتعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾<sup>7</sup>.

فالهبة عقد من العقود وجب الوفاء به سواء تتم القبض أو لم يتم كبقية العقود<sup>8</sup>.

ثانياً: قياس الهبة بالبيع، فهي عقد تمليك لا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد البيع<sup>9</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن استدلالهم جاء وفق أدلة خاصة وقوية.

ثانياً: أن قياس الهبة بالبيع قياس مع الفارق لأنها عقد تبرع لا عقد معاوضة.

ثالثاً: أن إجبار الواهب على التسليم تناف صارخ مع روح التبرع وهو التمليك عن طيب نفس ورضا تام.

وحوصلة القول أن الهبة عن جمهور الفقهاء عقد تبرع ينقذ بإيجاب الواهب وقبول الموهوب له ولا يثبت الملك فيه ولا يلزم إلا بالقبض.

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص105. \* الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص91.

<sup>2</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص496. \* أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة الفقهية، تحقيق د. هادي حمو، د. محمد أبو الأحفان، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط2، 1997، ص228.

<sup>3</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص120.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص251. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص120.

<sup>5</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص496. \* الخرشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص105، 106.

<sup>6</sup> - ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص276.

<sup>7</sup> - المائة: 01 .

<sup>8</sup> - أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مقال سابق، ص87. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع

القضائي، مرجع سابق، ص50.

<sup>9</sup> - د. إيناس عباس إبراهيم، هبة الآباء لأبنائهم حال الحياة، مقال سابق، ص71.

## الفرع الثاني: مفهوم الهبة في الإصطلاح القانوني

ورد تعريف الهبة بنص المادة 202 من قانون الأسرة<sup>1</sup> حيث جاء فيها: " الهبة تمليك بلا عوض ". وهو تعريف مطابق لتعريف الملكية- كما سبق بيانه - والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين ما إذا كانت الهبة عقدا أو تصرفا انفراديا.

لكن بالرجوع لنص المادة 206 من قانون الأسرة نجد كالتالي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

وبناء عليه فلا بد لانعقاد الهبة من إيجاب وقبول وحيازة إضافة إلى الشكلية في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. ونتعرض لذلك بالتفصيل في البنود الآتية:

### البند الأول: الإيجاب والقبول

من خلال المادة المذكورة أعلاه نستخلص أن الإيجاب والقبول ركنان في الهبة يؤدي تخلفهما إلى بطلانها<sup>2</sup>. وعليه فالهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين كسائر العقود وهو ما يحتم انعقادها بإيجاب من

الواهب وقبول من الموهوب له<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أدرج كل من المشرع الجزائري والتونسي الهبة في قانون الأسرة وفي مجلة الأحوال الشخصية مخالفين بذلك معظم التشريعات العربية التي أدرجتها ضمن القانون المدني.

وقد نظم قانون الأسرة أحكام الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات، وخصص لها المواد من 202 إلى 212 . وقد يكون السبب في ذلك الحرص على أن تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة، وذلك لارتباطها الوثيق بالبر والإحسان وعلاقته الوطيدة بالجانب الديني الذي يفرض التمسك بمبادئ الفقه الإسلامي.

للتفصيل يراجع: د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان

الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص9 و ص52، 53.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص8.

وعلى هذا الأساس تتميز الهبة عن الوصية باعتبارها تصرف يتم بإرادة الموصي المنفردة<sup>2</sup>، ويكون بذلك المشرع قد نحى منحى جمهور الفقهاء في إضفاء الطبيعة العقدية على الهبة<sup>3</sup>. ذا وإمكان الواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام فيتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط، وهو ما أقرته المادة 202 فقرة 02 من قانون الأسرة.

و جدير بالإشارة إلى أن المادة 205 من قانون الأسرة قد كرست مبدأ إطلاق الهبة<sup>4</sup> فباستطاعة الواهب الإيجاب بجميع ممتلكاته أو بجزء منها سواء كانت عيناً أو منفعة أودينا لدى الغير وقد أكدت المحكمة العليا أن التصرف في المال يعد حقاً مطلقاً للمالك وأن التدخل في إرادته تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي، وذلك في قرارها رقم 47072 المؤرخ في 14/03/88<sup>5</sup>.

### البند الثاني: الحيابة

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن إجراء قبول الدولة للهبات العقارية قد نظمها كل من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1 ديسمبر 90 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية في المواد 42 إلى 47، والمرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 91 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كميّات ذلك، في المواد 84 إلى 87.

يراجع: عمر حمدي باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، مرجع سابق، ص 91، 92، 146، 148.

\* جريدة رسمية رقم 52 لسنة 90. \* جريدة رسمية رقم 60 لسنة 91. \* عمر يحيى، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، دط، 2001، ص 44 وما يليها.

<sup>2</sup> - مصطفى لعروم، عقد الهبة، مجلة الموثق، 99، عدد 08، ص 19. \* زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار الثقافة، لبنان، دط، دت ج 8، ص 20.

<sup>3</sup> - جدير بالذكر أن للهبة أربعة عناصر أو مقومات هي: 1/ أنها عقْد بين الأحياء إذ لا بد من التقاء إرادتين لانعقادها ولا يكون ذلك إلا بين الأحياء. 2/ أنها تصرف في مال فالواهب يلتزم بنقل ملكية حق دون مقابل سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً. 3/ أنها تكون دون عوض فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له. ولا يمنع ذلك أن تكون بعوض فيكون المقدر المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترك. 4/ نية التبرع وهو العنصر المعنوي في الهبة.

للتفصيل يراجع: د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 5 إلى 19. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، الرجوع القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص 6 إلى 16. \* فاطمة الزهراء بن حمود: حسين بن سليمة، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 828، 829.

<sup>4</sup> - محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 24.

<sup>5</sup> - مجلة القضائية لسنة 91، عدد 01، ص 39.

يقصد بالحيازة وضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له وتمكينه من السيطرة المادية عليه<sup>1</sup>، ويتحقق ذلك بالتسليم الفعلي من الواهب والتسلم الفعلي من الموهوب له<sup>2</sup>. فالحيازة المادية تعد مظهرا من مظاهر الملكية إذ تخول للموهوب له الظهور بمظهر صاحب الحق<sup>3</sup>.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الحيازة ركنا من أركان الهبة بدليل بطلان العقد عند تخلفها. فكيف تتم الحيازة وهل يمكن الاستغناء عنها في حالات معينة؟

إجابة على هذا التساؤل قسمنا البند إلى الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى: كيف تتم الحيازة

إن الهبة التي لا تكون مرفوقة بالحيازة تعد هبة باطلة وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك في العديد من قراراتها بالرغم من أن القضاة استعملوا أحيانا عبارة "الحيازة شرط صحة" وأحيانا أخرى "الحيازة شرط تمام" ولكن إبطال العقد لتخلفها يجعلها ركنا من أركان الهبة<sup>4</sup>. وعليه وجب أن يتم القبض حال حياة الواهب، فمن يقدم على إبرام عقد هبة ثم يشترط بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرفه<sup>5</sup> إلى ما بعد وفاته يعد تصرفه باطلا، فإن تم ذلك لأحد ورثته عد تصرفه وصية طبقا لنص المادة 777 من القانون المدني.

ويشترط في الحيازة أن تكون فعلية وعلى القاضي أن يتحقق من حصولها، إذ لا يجوز الاكتفاء بالعبارة الدارجة في العقود التوثيقية والمتمثلة في انتقال الحيازة إلى الموهوب له ابتداء من يوم تحرير العقد وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 40457 الصادر في 86/04/21<sup>6</sup>.

وتتحقق الحيازة الفعلية بتخلي الواهب عن المال الموهوب للموهوب له وتخصيصه له لاستعماله والانتفاع به. فإذا كانت الهبة مسكنا مثلا وجب على الواهب أن يخليه من الأثاث والأمتعة وأن يسلم مفاتيحه للموهوب له، وإذا كانت أرضا تعين عليه تمكين الموهوب له من الاستيلاء عليها واستغلالها من دون تعرض.

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع السابق، ص 8.

<sup>2</sup> - د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 57.

<sup>3</sup> - مصطفى العروم، عقد الهبة، مقال سابق، ص 19.

<sup>4</sup> - يراجع القرار رقم 50651 الصادر في 86/02/24 (غير منشور مشار إليه ب: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع

سابق، ص 9). والقرار رقم 25554 المؤرخ في 82/01/11. نشرة القضاة لسنة 82، عدد خاص، ص 225.

<sup>5</sup> - إن التبرع بحق انتفاع بعقار مع الاحتفاظ بحق الرقبة أمر جائز لأن هبة المنفعة جائزة ولكن العكس غير جائز للتفصيل يراجع: عمر

حمدي باشا، المرجع السابق، ص 19، 20، 21. \* مصطفى العروم، عقد الهبة، مقال سابق، ص 19.

<sup>6</sup> - المجلة القضائية لسنة 89، عدد 02، ص 72.

وإذا كان المال الموهوب منقولاً فعلى الواهب تسليمه للموهوب له تسليمياً فعلياً<sup>1</sup>.

هذا ويجوز أن تكون الحيابة حكمية وهو ما نصت عليه المادة 207 من قانون الأسرة بقولها: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له<sup>2</sup> قبل الهبة يعتبر حيابة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره لها ليعتبر حائزاً" وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرارها رقم 121664 الصادر في 7 جوان 95<sup>3</sup>. وعلى ضوء ما تقدم نخلص إلى أن القانون وافق جمهور الفقهاء في ثبوت الملك في الهبة ولزومها بالحيابة.

### الفقرة الثانية: الإستثناءات الواردة على الحيابة

نصت المادة 208 من قانون الأسرة على الآتي: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة." وعليه جاءت المادة بحكم فيه خروج عن القاعدة العامة في اعتبار الحيابة ركناً من أركان الهبة، وذلك في ثلاثة حالات هي:

1) أن يكون الواهب ولي الموهوب له<sup>4</sup>، يعيش في كنفه ويسيطر عليه سلطته، فإذا كانت الموهوب لها ابنة الواهب مثلاً وكانت بالغة متزوجة سقط في حقها هذا الاستثناء وقد تأكد ذلك في قرار المحكمة العليا رقم 301 501 الصادر في 25 ماي 2005<sup>5</sup>.

2) أن يكون الواهب زوج الموهوب له<sup>6</sup> وذلك رفعا للحرص لاشتراك الزوجين في معيشة واحدة قد

<sup>1</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 223 وما يليها. \* د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 148 وما بعدها.

<sup>2</sup> - وافق القانون جمهور الفقهاء في مسألة وجود الهبة في يد المتهب (أي الموهوب له) فهي تلزم بالعقد بالإجماع. يراجع في ذلك: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 8، ص 112. \* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 5، ص 502. \* الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 9، ص 402. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 122.

<sup>3</sup> - المجلة القضائية لسنة 95، عدد 01، ص 111.

<sup>4</sup> - وافق القانون في ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن الصغير يجوز عنه ووليّه وأنه يملك بمجرد العقد. للتفصيل يراجع: الكاساني، المصدر السابق، ص 111. \* التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج 2، ص 222. \* الرصاع، شرح حدود بن عرفة، مصدر سابق، ج 2، ص 557. \* الماوردى، المصدر السابق، ص 404. \* المرادوي، المصدر السابق، ص 125.

<sup>5</sup> - غير منشور، مشار إليه في: عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 251.

<sup>6</sup> - للمالكية تفصيل في هبة أحد الزوجين للأخر مفاده: 1/ إذا كان المال الموهوب من متاع البيت فيكفي الإشهاد على الهبة ولا حاجة للحيابة. 2/ إذا كان الموهوب شيئاً آخر غير متاع البيت كالنقود والعقار، فلا بد من الحيابة الفعلية. 3/ إذا كان الموهوب دار السكنى

يتعذر معها الحيابة الفعلية للمال الموهوب وهو ما تأكد في قرار المحكمة العليا رقم 264468 الصادر في 18 أبريل 2001 والذي جاء فيه ما يأتي: " تعتبر الهبة بين الزوجين لازمة منذ صدورهما ولو لم تتم فيها الحيابة... " <sup>1</sup>.

(3) أن يكون المال الموهوب مشاعاً <sup>2</sup>.

وفي هذه الحالات تكفي الرسمية في العقارات والإجراءات الخاصة في بعض المنقولات - كما سيأتي بيانه- لتتمام الهبة والحكمة من ذلك هو دفع المشقة لصعوبة تحقيق الحيابة الفعلية في مثل هذه الصور.

### البند الثالث: مراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات

يقصد من هذا القيد توفر عنصرين أساسيين تتناولهما في الفقرتين الآتيتين:

#### الفقرة الأولى: الرسمية في هبة العقارات

مراعاة أحكام قانون التوثيق هو وجوب إفراغ الهبة في شكل رسمي <sup>3</sup> متى انصب محلها على عقار، وذلك تحت طائلة البطلان المطلق <sup>4</sup>، فالهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 10365 الصادر في 9/11/94 <sup>5</sup>.

وتأكيداً لذلك نشير إلى أن القضاء الجزائري قد جانب الصواب في قرار المحكمة العليا رقم 58700 المؤرخ في 19/02/90 <sup>6</sup>، والذي صحح عقد الهبة المبرم بين الزوجين قبل صدور قانون الأسرة، والواقع على قطعة أرض، واكتفى بالإشهاد دون تمام الحوز. في حين أن الهبة التي محلها عقار يجب أن تلبس

---

وكانت الزوجة هي الواهبة فالهبة صحيحة بالإشهاد. وإذا كان الواهب هو الزوج فلا تصح إلا بالانتقال من الدار وتسليم المفاتيح لها.

للتفصيل يراجع: الدسوقي، حاشية دسوقي، مصدر سابق، ج5، ص505 وما بعدها. \* بلقاسم مطالي،

أحكام الذمة المالية للزوجة، مذكرة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة،

2008، ص61، 62.

<sup>1</sup> - المجلة القضائية لسنة 2000، عدد01، ص320.

<sup>2</sup> - جاء تعريف الملكية الشائعة بنص المادة 713 من القانون المدني كالاتي: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصة متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك".

<sup>3</sup> - يراجع بخصوص مبدأ بسط الرسمية على المعاملات العقارية ومراحل انعقاد العقد الرسمي: الفصل الأول، ص70 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص12. \* د. محمد نقيه، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص202.

<sup>5</sup> - نشرة القضاة لسنة 97، عدد 01، ص67.

<sup>6</sup> - المجلة القضائية لسنة 91، عدد04، ص113.

ثوب الرسمية حتى قبل صدور قانون الأسرة تطبيقاً لنص المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق - السابق شرحها-

هذا وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 307934 الصادر في 19/10/2005<sup>1</sup> تكييف عقد الهبة على أنه وصية استناداً إلى أن العقد حرر أمام الموثق في 29/11/94 و 7/10/95، وأن وفاة الواهب وقعت يوم 19/09/98، في حين تم إشهار الهبة يوم 7/2/99 أي بعد وفاة الواهب. وعليه اعتبر التصرف وصية لأن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر طبقاً لنص المادة 793 من القانون المدني والمادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والشهر قدم بعد الوفاة.

لكننا نعتقد أن القرار قد أخطأ فيما ذهب إليه ونعيب عليه أنه حمل الموهوب له مسؤولية تأخر الشهر إلى ما بعد وفاة الواهب في حيث يقع عبء تسجيل العقد وشهره على الموثق فهذا الأخير مكلف حسب قانون التسجيل رقم 105/76 بتحصيل الرسم الذي يقبضه عادة بمجرد توقيع العقد، وتسديده لدى مصلحة التسجيل والطابع، وفي حالة تخلف ذلك يحق الأطراف الرجوع عليه جبايياً ومدنياً<sup>2</sup>. ثم يلزم الموثق بشهر العقد لدى المحافظة العقارية طبقاً لنص المادة 90 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وعليه فالإلزام يقع على عاتق الموثق لا على الطرف الذي تنتقل الملكية إلى ذمته.

بناءً على ما ذكر تعد الهبة من العقود الإحتفائية التي يوجب القانون إبرامها أمام الموثق بحضور شاهدي عدل، ثم يتعين عليه تسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب وأخيراً شهرها بالمحافظة العقارية. والهدف من وراء فرض الرسمية على هبة العقار هو كونها تصرف خطير وحدث هام في حياة الواهب وأسرته إذ أنه يتجرد من ماله دون مقابل، وعليه وجب دفعه إلى التدبر والتأمل وتقدير الأمور جيداً قبل الإقدام على إبرام عقد الهبة، وهو الأمر الذي تعين عليه الشكلية لما تستلزمه من إجراءات وتستغرقه من وقت وجهد<sup>3</sup>.

وجدير بالذكر أن الرسمية<sup>1</sup> والحيازة قيدان متلازمان لا بد من توافرها معاً إذ لا تغني إحداها عن الأخرى وإلا بطلت الهبة - ماعداً في الحالات المذكورة بالمادة 208 قانون أسرة السابق شرحها-

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 02، ص 195.

<sup>2</sup> - بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيق، مجلة الموثق، 2003، عدد 09، ص 37، 38.

<sup>3</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 22. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي،

أحكام الرجوع القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص 17 18. \* د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 45-46.

### الفقرة الثانية: الإجراءات الخاصة في المنقولات

إذا كان محل الهبة منقول فيكفي أن تصب في قالب عرفي لانعقادها إذ لا يشترط فيها الكتابة الرسمية، وهو ما يعرف بالهبة اليدوية والتي لا تحتاج إلى عقد أو توثيق وإنما تتم بالقبض<sup>2</sup>. لكن هناك بعض المنقولات يوجب القانون اتباع إجراءات خاصة لنقل ملكيتها، وعليه وجب احترام تلك الإجراءات لانعقاد الهبة تامة صحيحة. فإذا انصبت الهبة على سيارة أو جرار وجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له لتنتقل إليه الملكية<sup>3</sup>. ضافة إلى ذلك فإن السفن والطائرات والأسهم والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية تخضع لقوانين خاصة توجب إتباع إجراءات خاصة لنقل ملكيتها وعليه فهي لا تصح محلاً لهبة يدوية بل لا بد من مراعاة تلك الإجراءات.

وبالرغم من أن تسليم الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له يعد عملاً مادياً ينبهه إلى خطورة ما أقدم عليه بتجرده عن الحياة، إلا أننا نقترح بسط الرسمية على هبة المنقول على غرار هبة العقار وذلك تحقيقاً لحماية أكبر تتناسب وخطورة التصرف نظراً لزيادة قيمة المنقول في زماننا، وفساد الذمم في إثبات الإدعاءات الكاذبة وعليه تكفل الشكلية الحماية للواهب والموهوب له على حد سواء. وحوصله ما تقدم أن الهبة من عقود التبرعات تنعقد بالإيجاب والقبول ولا تنتقل الملكية فيها إلا بالقبض والرسمية في العقارات واحترام الإجراءات الخاصة في المنقولات، وكلها أركان يرتب تخلفها البطلان المطلق.

### المطلب الثاني: الرجوع عن الهبة

نبحث في ثنايا هذا المطلب صفة عقد الهبة، فهل يتسم باللزم أم بعدمه؟ وإن كان من الجائز الرجوع فيه فلمن يثبت ذلك الحق؟ بناءً عليه قسمنا المطلب إلى فرعين؛ الأول يتناول مدى جواز الرجوع والثاني يدور حول من يثبت لهم حق الرجوع.

#### الفرع الأول: مدى جواز الرجوع عن الهبة

<sup>1</sup> - إن الجانب الشكلي للهبة المبرمة في الخارج يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه كما يجوز أن يخضع لقانون جنسية الواهب وقت إبرام الهبة طبقاً لنص المادة 19 من القانون المدني .

<sup>2</sup> - من أمثلة الهبة اليدوية النقود والمجوهرات والأثاث والكتب والسندات. ينظر: د. محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها.

<sup>3</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 18.

سبق وأن عرضنا اختلاف الفقهاء حول اشتراط القبض في الهبة، وتبعاً لذلك الإختلاف يرى الجمهور (الحنفية، الشافعية، الحنابلة في الصحيح من المذهب وفي روايتهم الثانية المحمولة على الموزون والمكيل فحسب) أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض وعليه جاز الرجوع فيها قبل إقباضها، وذهب المالكية والظاهرية والحنابلة في ثان رواياتهم بخصوص غير المكيل والموزون، إلى أن الهبة لازمة منذ انعقادها بالصيغة وحدها، فالملكية تثبت للموهوب له بمجرد العقد لذا أضحت الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه. أما من الناحية القانونية فالهبة من غير حياة هبة باطلة لأنها تعد ركنا من أركانها وعليه فلا مجال للحديث عن الرجوع لأن الشيء الموهوب يبقى ملكا للواهب حتى تتم الحياة، فإن امتنع الواهب عن التسليم حق له رفع دعوى بطلان هبته لتخلف ركن الحياة، فنكون بذلك أمام دعوى بطلان الهبة وليس دعوى الرجوع فيها.

١. فيما يتعلق بمدى لزوم الهبة قبل حياتها وقبضها أما بعد إقباضها وتسليمها فقد انقسم الفقهاء إلى قولين نتعرض لهما بالتفصيل في البندين الآتيين:

### البند الأول: لزوم الهبة بالقبض

ذهب جمهور الفقهاء (المالكية<sup>1</sup>، شافعية<sup>2</sup>، حنابلة<sup>3</sup> ظاهرية<sup>4</sup>) إلى أن الهبة إذا استوفت أركانها وشروطها أضحت لازمة لا يجوز الرجوع فيها. ولم يستثنوا من ذلك إلا هبة الوالد لولده.

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى الأدلة الآتية:

أولاً: قوله (صلى الله عليه وسلم): "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص113. \* التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226.

\* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص511. \* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص63.

<sup>2</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص401. \* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج3، ص414. \* الرملي، نهاية المحتاج، مصدر السابق، ج5، ص416.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص270. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص145. ويرى الحنابلة أن للأب الرجوع سواء قصد التسوية بين الأولاد أو لم يرد.

<sup>4</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص125.

<sup>5</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد2، ج3، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، حديث رقم 2589، ص187، 188.

فقد شبه الرجوع في الهبة بالكلب العائد في قيئه، ولما كان العود في القيء حرام فإن الرجوع في الهبة يأخذ حكمه<sup>1</sup>.

ثانياً: ما روي عن النعمان بن البشير<sup>2</sup> أن أباه أتى به إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: إني نخلت ابني هذا غلاماً. فقال: "أكل ولدك نخلت منه؟" قال: لا قال: "فارجعه"<sup>3</sup>.  
فهذا الحديث دليل على استثناء الوالد من مبدأ لزوم الهبة ومنحه حق الرجوع فيها، حثاً على التسوية بين الأولاد<sup>4</sup>.

ثالثاً: قوله (صلى الله عليه وسلم): "لا يجلب للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه"<sup>5</sup>. بناء عليه استثني النبي (صلى الله عليه وسلم) من تحريم الرجوع الوالد فيما وهب لولده فكان رجوعه جائزاً، ويبقى التحريم فيما عداه قائماً.  
رابعاً: أن الأب لا يتهم في رجوعه لإيثاره لولده على نفسه، فلا يرجع إلا للحاجة أو مصلحة<sup>6</sup>، ولذلك استثني من حرمة الرجوع في الهبة.

### البند الثاني: عدم لزوم الهبة بالقبض

يرى الحنفية أن الهبة عقد غير لازم في الأصل وأن اللواهب حق الرجوع فيه<sup>1</sup> وإنما يثبت اللزوم ويمتنع

<sup>1</sup> - د. سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، تهامة للنشر، السعودية، ط2، 1984، ص 191 \* جمال الدين

طه العقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص 22. \* أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مقال سابق، ص 88.

<sup>2</sup> - النعمان بن البشير بن سعد بن ثعلبة الخزرجي الأنصاري أبو عبد الله، أمير خطيب شاعر من أجلاء الصحابة. من أهل المدينة. له 124 حديثاً ولي القضاء في دمشق وولي اليمن. وهو أول مولود للأنصار بعد الهجرة. توفي في 65 هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 8، ص 36.

<sup>3</sup> - البخاري، المصدر السابق، كتاب الهبة، باب الهبة للولد، حديث رقم 2586، ص 186.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 270.

<sup>5</sup> - الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، ج 4، كتاب الولاء والهبة عن رسول الله، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، حديث رقم 2132، ص 442. وقال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

<sup>6</sup> - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 5، ص 416. \* د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 79. \* د.

محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، دط، دت، ص 156.

الرجوع بأسباب عارضة، فالهبة عند الحنفية تمر بثلاث مراحل: الأولى هي مرحلة العقد تكون الهبة فيها صحيحة لكن غير نافذة إذ لا ينتقل الملك للموهوب له، وعليه فهي غير لازمة يجوز الرجوع فيها. المرحلة الثاني هي مرحلة القبض، ينفذ فيها العقد فينتقل الملك ولكنه لا يلزم. المرحلة الثالثة تتجسد في قيام مانع من موانع الرجوع وهنا فقط يلزم العقد عندهم فلا يجوز الرجوع فيه.

واستند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى الحجج الآتية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾<sup>2</sup> فالتحية تستعمل في معان منها السلام والثناء والهدية بالمال، والرد يتحقق في الأعيان مثل الهبة ولا يتصور في الأعراس، لأن الرد هو إعادة الشيء وعليه فهو غير ممكن فيما ليس مادياً<sup>3</sup>.

ثانياً: نوله (صلى الله عليه وسلم): "الواهب أحق بعبته ما لم يثب عنها"<sup>4</sup> فقد دل الحديث على جواز رجوع الواهب عن هبته مادام لم يثب عنها أي لم يعوض.

ثالثاً: أن العوض المادي قد يكون مقصود من هبة الأجنب، فالإنسان قد يهب إليهم إحساناً وإنعاماً وقد يهب طمعاً في المكافأة<sup>5</sup>، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي مما يجعل العقد محتملاً للفسخ كونه يعدم الرضا. فالغرض من الهبة أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه ولهذا أجاز للواهب الرجوع حتى يكون له القول الفصل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص115. \* الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص97. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص166. \* قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق، ج9، ص39، \* الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص494. \* المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص225.

<sup>2</sup> - النساء: 86

<sup>3</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ج8، ص119. \* محمد كامل مرسي باشا، العقود المسماة، مطبعة لجنة البيان العربي، مصر، ط2، 1952، ج2، ص158.

<sup>4</sup> - أخرجه ابن ماجة والبيهقي.

ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، لبنان، دط، دت، ج2، كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، حديث رقم 2387، ص798.

البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج6، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، ص181. وفي إسناده إبراهيم بن اسماعيل، ضعيف عند أهل الحديث. ينظر: الزيلعي، نصب الراية، مطبعة دار المؤمن، الهند، ط1، 1938، ج4، ص125، 126.

<sup>5</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص120 وما يليها. \* د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص84.

<sup>6</sup> - د. بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة، مرجع سابق، ص244.

رابعاً: أن الإستناد إلى حديث "العائد في هبته" لا يفيد تحريم الرجوع ولكن الوصف بالقبح للكرهية والتنفير فقط<sup>1</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في لزوم الهبة بالقبض وعدم جواز الرجوع فيها باستثناء الوالد فيما يهب لولده. وذلك للأسباب الآتية:  
أولاً: قوة أدلتهم المستمدة من صحة الأحاديث المستندة إليها.

ثانياً: أن استدلال الحنفية بالآية الكريمة المذكورة سالفاً يصرفها عن ظاهرها لأن المراد بقوله تعالى: " فحيوا بأحسن منها أو ردوها" هو رد السلام بأحسن مما ألقى على المسلم<sup>2</sup>. وعليه فلا يوجد ما يؤيد تفسيرهم برد الأعيان مما يجعل استدلالهم مردود<sup>3</sup>.

ثالثاً: أن الهبة قبل القبض غير لازمة عند جمهور الفقهاء، وفي ذلك فسحة كافية للواهب كي يتروى، فإن هو أقبض الشيء الموهوب لزم العقد لأن إجازة الرجوع بعد ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس وزعزعة الثقة بينهم<sup>4</sup>.

رابعاً: أن الهبة شرعت أساساً طلباً للمحبة والمودة وتقوية أواصر الأخوة بين الناس، وعليه فإن إطلاق الرجوع فيها يترك أثراً سيئاً في نفس الموهوب له ويوقع الشحناء والضغينة وذلك عكس المقصود من الهبة. أما من الناحية القانونية فالهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه بإرادة الواهب المنفردة<sup>5</sup>، ويستثنى من هذا الأصل العام الأبوين دون سواهما، وهو ما يستخلص من خلال نص المادة 211 قانون أسرة والتي حولت للأبوين حق الرجوع في هبتهما لولدهما فكان ذلك دليلاً على أنه أمر استثنائي ورد على سبيل الحصر. ثم جاءت المادة 212 بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة، وفي ذلك تأكيد للزوم عقد الهبة ولمبدأ عدم جواز الرجوع في غير الحالات المستثناة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص495. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، الرجوع القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص56.

<sup>2</sup> - ابن كثير، تفسير القرآن، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، ط3، 2002، ج1، ص520.

<sup>3</sup> - د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص83.

<sup>4</sup> - د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص57.

<sup>5</sup> - د. محمد حسين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، 1987، العدد 02، ص520. \* مصطفى لعموم، عقد الهبة، مقال سابق، ص21.

<sup>6</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص258.

وعليه فقد نحى المشرع الجزائري منحى جمهور الفقهاء بعدم إطلاق حق الرجوع في الهبة وقصره على الأبوين دون سواهما. وقد تأكد ذلك في قرار المحكمة العليا رقم 328 682 الصادر في 2006/02/15 والذي جاء فيه: "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما. ولما كان الثابت في قضية الحال أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: لمن يثبت حق الرجوع

رأينا أن جمهور الفقهاء اعتبروا الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه، واستثنوا من هذا الأصل العام الوالد فيما وهبه لولده. لكن هل يقتصر الرجوع على الأب أم يمتد كذلك للأم؟ وهل يقاس عليهما الجد والجددة؟ وهل يبقى حق الرجوع ثابتا وإن أسقطه الواهب عن نفسه في العقد؟ أم يسقط الرجوع بتنازله؟ إجابة على هذه التساؤلات قسمنا الفرع إلى البنود الآتية:

#### البند الأول: رجوع الأم فيما وهبت لولدها

انقسم الفقهاء حول رجوع الأم فيما وهبت لولدها إلى ثلاثة أقوال هي:

**القول الأول:** أن الأم تقاس بالأب فيما وهبه لولده، وعليه جاز لها الرجوع عن هبتها، وبذلك قال الشافعية في المعتمد عندهم<sup>2</sup> والحنابلة في رواية لهم<sup>3</sup> والظاهرية<sup>4</sup>.

**وحجتهم في ذلك:** \* أن لفظ الوالد المستثنى في الحديث يتناول الأب كما يتناول الأم، إذ لا فرق بينهما فكل منهما هو أحد الوالدين، وعليه فما جاز للأب جاز بالضرورة للأم.

\* أن الرجوع في الهبة قد يكون طريقا إلى التسوية بين الأولاد فقد لا يكون لها طريق غيره حين لا يمكنها إعطاء الآخر ما أعطته للأول، وعليه وجب أن تساوي الأب في التمكن من الرجوع تخليصا لها من الإثم<sup>5</sup>.

**القول الثاني:** وهو عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها. وبه قال الشافعية في غير المشهور عندهم<sup>6</sup>، والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 01، ص 237 وما يليها.

<sup>2</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 9، ص 416. \* الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 5، ص 417.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 272. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 139.

<sup>4</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 127.

<sup>5</sup> - د. إيناس عباس إبراهيم، هبة الآباء لأبنائهم حال الحياة، مقال سابق، ص 95 وما يليها.

<sup>6</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 402.

واستدلوا على رأيهم بحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): "أنت ومالك لأبيك"<sup>2</sup>. وقالوا أن للأب أن يأخذ من مال ابنه لا الأم، وعليه فاستثناء الوالد الوارد في الحديث قصر على الأب وحده.

**القول الثالث:** وإليه ذهب المالكية ومفاده أن للأم أن تعتصر<sup>3</sup> ما وهبته لابنها مادام الأب حيا سواء كان الولد صغيرا أو كبيرا، واستدلوا على ذلك بما استدل به أصحاب القول الأول. أما إذا كان الأب ميتا فيجوز لها اعتصار هبتها لولدها الكبير ولا يجوز لها ذلك في حالة الولد الصغير، والعبارة في اليتيم بوقت د الهبة فإن وهبته وهو صغير لا أب له ثم بلغ ولم يحدث في الهبة شيئا فليس لها حق الرجوع لأنها وهبته في حالة اليتيم وهو القول المعتمد والمختار عندهم.

و**حجتهم** في ذلك أن هبتها تقع بمنزلة الصدقة لذا تلبس ثوب اللزوم<sup>4</sup>.

هذا مدار اختلاف الفقهاء، أما من الناحية القانونية فقد رجح المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (أصحاب القول الأول) في إلحاق الأم بالأب ومنحها حق الرجوع في هبتها لولدها. وهو ما جاء بنص المادة 211 من قانون الأسرة بقولها: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه...". وبناء عليه خول حق الرجوع للأبوين معا مهما كان عمر الأولاد ولم يتبن المشرع التفرقة التي جاء بها المالكية. وحسنا فعل المشرع بعدم التفرقة بين الأب والأم في حق الرجوع، لأن الأم والدة وهي كالأب لا تتهم في رجوعها وقد لا تفعل ذلك إلا بمرر قوي. هذا وقد يكون استثناء الأبوين من قاعدة يم الهبة بهدف بسط الحماية عليهما تفاديا للأضرار التي قد تلحقهم من أبنائهم وتجنبا لما يطرأ من مستجدات بعد إبرام الهبة<sup>5</sup>.

### البند الثاني: رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد

<sup>1</sup>- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص273. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص149. \* البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص317.

<sup>2</sup>- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، ج2، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم 2291، ص769.

<sup>3</sup>- يعتصر بمعنى يرتجع، فالمالكية يطلقون على الرجوع في الهبة مصطلح "الإعتصار" ويعرفوه بأنه: "ارتجاع المعطي عطية دون عوض بلا طوع المعطي". ينظر: الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ج2، ص559.

<sup>4</sup>- التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226. \* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص511. \*

الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص63. \* الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص114. \* د. سعاد ابراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء، مرجع سابق، ص192. \* أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مقال سابق، ص88.

<sup>5</sup>- مصطفى لعموم، عقد الهبة، مقال سابق، ص21.

اتجه الفقهاء في مدى جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد إلى اتجاهين هما:  
الاتجاه الأول: يرى للجد والجدة حق الرجوع فيما وهبا لولد الولد، وبذلك قال الشافعية في المشهور عندهم<sup>1</sup> والحنابلة في رواية لهم<sup>2</sup> والظاهرية<sup>3</sup>.

ووجهتهم في ذلك أن الوالد المستثنى في الحديث يشمل كل من له ولادة سواء كان أبا أو أما، جدا أو جدة، فالجامع بينهم هو الولادة كما في النفقة وعليه فالوالد شامل لكل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته أو مجازة.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أنه لا يجوز للجد والجدة ارتجاع ما وهباه لولد الولد وبذلك قال المالكية<sup>4</sup> والشافعية في غير المشهور<sup>5</sup> والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>6</sup>.

وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن الجد غير ملزم بالنفقة على ولد الولد، والجدة تأخذ حكمه، وعليه لم يجز لهما الرجوع فيما وهباه له قياسا على العم. هذا ويرى المالكية في رأي لهم أن للجد والجدة حق الاعتصار في صورة واحدة وهي أن يشترطا ذلك لنفسهما عند الهبة<sup>7</sup>. أما من الناحية القانونية فقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني وهو عدم جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد. ذلك أن الإستثناء الوارد بالمادة 211 من قانون الأسرة يخص الأبوين دون سواهما، والأبوين هما الأب والأم لا غير<sup>8</sup>.

وقد تأكد ذلك أيضا في قرار المحكمة العليا رقم 357544 الصادر في 2007/03/21 حيث جاء حيثياته: "إن المجلس فسر القانون تفسيرا خاطئا بل اجتهد في تفسيره مع أنه واضح ولا يحتاج إلى أي اجتهاد ذلك أنه لا يمكن اعتبار الجددة بمثابة الأم فحق الرجوع في الهبة منحه المشرع للأبوين

<sup>1</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص401. \* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص416. \* الرملي، نهاية

المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص417. \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص447.

<sup>2</sup> - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص150.

<sup>3</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص135.

<sup>4</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226. \* الخرشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص133.

\* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص511.

<sup>5</sup> - الشربيني، المصدر السابق، ص402. \* د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص81، 82.

<sup>6</sup> - المرادوي، المصدر السابق، ص150. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص317.

<sup>7</sup> - التاسولي، المصدر السابق، ج2، ص226. \* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص513.

<sup>8</sup> - الأبوان لغة هما الأب والأم، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج1، ص205، مادة (أ ب). ويتضح لنا ذلك أيضا

بالنص الفرنسي إذ جاء فيه " Les père et mère " وعليه فالنص لا يشمل الجد والجدة.

فقط"<sup>1</sup>. وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 252 350 المؤرخ في 2001/02/21 أن 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>2</sup>.

ولكننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول ونقترح على المشرع إلحاق الجد والجددة بالأبوين ومنحهم حق الرجوع في هبتهما لولد الولد. ذلك أن الله تعالى قد أطلق على الجد لفظ الأب في كثير من آيات القرآن الكريم، ومن ذلك قوله سبحانه على لسان سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾<sup>3</sup> وإبراهيم وإسحاق هما جدا يوسف.

وقوله كذلك: ﴿كَمَا أَخْرَجَ أَبُويَكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾<sup>4</sup> وهما آدم وحواء. وعليه فلا مانع من اعتبار الجد والجددة في حكم الأبوين.

### البند الثالث: إسقاط حق الرجوع عن الهبة

إجابة على التساؤل الذي طرحناه والمتمثل في مدى قيام حق الرجوع وبقائه ثابتا وإن أسقطه الواهب في العقد، انقسم الفقهاء إلى رأيين هما:

**الرأي الأول:** ومفاده أن الواهب يظل قادرا على نقض هبته وأن التزم عدم الرجوع،

وهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>5</sup>

والشافعية<sup>6</sup> والحنابلة في رواية لهم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 01، ص 255 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية لسنة 2002، عدد 01، ص 308.

<sup>3</sup> - يوسف: 38

<sup>4</sup> - الأعراف: 27

<sup>5</sup> - الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 495.

<sup>6</sup> - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج 5، ص 417.

<sup>2</sup> - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 148.

<sup>3</sup> - د. أحمد الصويعي شليبيك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 311 وما بعدها.

<sup>4</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 5، ص 513. \*الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 5، ص 513.

<sup>5</sup> - المرادوي، المصدر السابق، ص 148.



## الفصل الثاني: أحكام الرجوع في الهبة

و**حجتهم** في ذلك أن حق الرجوع ثبت بطريق الشرع، وما ثبت بالشرع لا يسقط بالإسقاط كما لو سقط الولي حقه من ولاية النكاح.

وبناء عليه فلا يعتد بتنازل الواهب عن حقه في الرجوع إذ يبقى ثابتا في ذمته لأنه محول له من قبل الشرع<sup>3</sup>.

**الرأي الثاني:** وإليه ذهب المالكية<sup>4</sup> الحنابلة في روايتهم الثانية<sup>5</sup> ومقتضاه أن الوالد إن اسقط حقه في الرجوع فيما وهبه لولده، سقط رجوعه.

و**حجتهم** في ذلك أن الرجوع مجرد حق متعلق بذات لواهب بخلاف ولاية النكاح فإنها حق عليه لله تعالى وللرأة. وعليه إن اشترط على نفسه ألا يرجع مطلقا لزم العمل بشرطه.

أما من الناحية القانونية فلم يعالج المشرع الجزائري مسألة تنازل الوالدين عن حقهما في الرجوع عن الهبة. لأجل ذلك نقترح على المشرع أن يذهب إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني وهو إلزام الواهب بتعهده عدم الرجوع في العقد.

**وحجتنا في ذلك:**\* أن الرجوع حق شخصي والتنازل عنه لا يمس بالنظام العام.

\* ن الهبة عقد والعقد شريعة المتعاقدين.

وعليه فإن اشترط أحد الوالدين على نفسه في عقد الهبة عدم الرجوع مطلقا أسقط بذلك حقه بمحض إرادته فألزمه تنازله.

\_\_\_\_\_:

<sup>1</sup>الرجوع في الهبة

<sup>1</sup> - المانع لغة مشتق من المنع وهو خلاف الإعطاء وهو أن تحول بين الرجل وما يريد. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 8، ص 329 ، مادة (منع).

رأينا أن جمهور الفقهاء اعتبروا الهبة عقدا لازما لا رجوع فيه باستثناء هبة الوالد لولده فهي غير لازمة عندهم، وأن الحنفية رأوا في الهبة عقدا جائزا يحق للواهب نقضه ما لم يوجد مانع من الموانع فإنها تصبح حينئذ لازمة.

ومن هنا نتساءل: هل هناك حالات يمنع فيها الوالد من استرداد هبته لولده عند الجمهور؟ وما هي العوارض التي تضيفي اللزوم على الهبة عند الحنفية؟ وهل أخذ المشرع الجزائري بتفصيلات الجمهور تبعا لموافقته لهم في لزوم الهبة؟ أم أنه استقى أحكاما غيرها؟  
إجابة على ذلك قسمنا المبحث إلى مطلبين؛ الأول يعالج موانع الرجوع في الفقه الإسلامي والثاني يتناولها من منظور قانوني.

### المطلب الأول: موانع الرجوع في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا المطلب موانع الرجوع في الهبة عند القائلين بلزومها ثم عند القائلين بعدم لزومها، وعليه جاء المطلب في الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول: موانع الرجوع عند القائلين بلزوم الهبة

وضع جمهور الفقهاء مجموعة موانع متى قامت فوتت على الوالد حقه في استرجاع ما وهبه لولده. وتلك الموانع هي:

#### البند الأول: خروج الموهوب عن الملك

يتحقق خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له إما بالتصرفات الناقلة للملكية، وإما بهلاك الشيء الموهوب وإما بموت أحد المتعاقدين ونفصل ذلك كالاتي:

#### الفقرة الأولى: التصرف في الشيء الموهوب

ذهب المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> والظاهرية<sup>4</sup> إلى أن الولد إذا تصرف في الشيء الموهوب تصرفا ناقلا للملك أو مسقطا له كالبيع والهبة والوقف والإبراء سقط حق الوالد في استرداد هبته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226. \* الخرشى، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص114.

<sup>2</sup> - الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص417. \* الشريبي، مغني المحتاج، مصدر السابق، ج2، ص402.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص273. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص313.

<sup>4</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص136.

وحجتهم في ذلك أنه لو جاز للواهب الرجوع بعد خروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له لكان في ذلك إبطال لغير ملك الموهوب له. فيما أن الوالد قد أحاب ملكا لولده فليس له إذا أن يفسخ ملكا آخر<sup>2</sup>. أضف إلى ذلك فالرجوع مشروط ببقاء الموهوب بعينه وهذا البقاء يفوت وينتفي بتصرف الموهوب له في الهبة<sup>3</sup>. هذا وإن كان الشرط الأساس لاعتبار التصرف في العين الموهوبة مانعا من موانع الرجوع في الهبة هو أن يزيل الملك بأي سبب كان سواء نقالا للملكية أو مسقطا لها، إلا أن الشافعية والحنابلة كانوا أعمق خوفا وأكثر تفصيلا في هذا المانع، فاشتروا لقيامه الشروط الآتية:

**الشرط الأول:** أن يكون تصرف الولد في جميع الشيء الموهوب، لا في جزء منه، فإذا انصب التصرف على بعض الموهوب كان للوالد حق الرجوع في الباقي<sup>4</sup>، ذلك أن المانع قد وجد في البعض فيكون المنع من الرجوع بقدره لانتفاء المانع من الرجوع في البعض الآخر<sup>5</sup>.

**الشرط الثاني:** أن يبقى الشيء الموهوب في سلطة الموهوب له، بمعنى أن يكون الولد مالكا للعين ومالكا للتصرف وتطبيقا لهذا الشرط عرضوا تصرفات أهمها:

\* **الرهن:** فالولد إذا رهن العين الموهوبة وأقبضها سقط بذلك حق الوالد في استرجاع هبته لزوال سلطة الموهوب له على الشيء الموهوب.

فإذا افتك الولد الرهن زال المانع وعاد للوالد حق الرجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ ما قطع التصرف فمنع الرجوع، وعليه يزول المنع بزواله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص31.

<sup>2</sup> - التاسولي، المصدر السابق، ص226. \* ابن قدامة، المصدر السابق، ص274.

<sup>3</sup> - د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص180.

<sup>4</sup> - الشربيني، المصدر السابق، ص402. \* المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص150.

<sup>5</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المالكية قد اشتروا عدم نقص ذات الموهوب للرجوع في الهبة، ولما كان التصرف في بعض الموهوب يعتبر نقصانا في ذاته فيفهم من كلامهم أن الوالد يمنع من الرجوع في باقي ما وهبه لولده إذا تصرف هذا الأخير في جزء منه. ينظر: الخرشني، المصدر السابق، ص114.

<sup>6</sup> - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص418. \* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص417. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص275. \* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص314. \* محمد عثمان شبير، حدود العدل بين الأولاد في العطاء ومعالجة الجور فيه في الفقه الإسلامي، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 24، العدد 01، 97، ص95.

\* **الإجارة:** يرى الشافعية في المعتمد عندهم<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> أن إجارة العين الموهوبة ليس مانعا من رجوع الواهب فيها، لأن الولد يملك التصرف في الرقبة ومورد الإجارة المنفعة، وعليه ينتقل الموهوب إلى الوالد محملا بالإجارة إلى حين انتهاء مدتها وليس له إبطالها.

\* **الحجر على الموهوب له:** ذهب الشافعية والحنابلة في الأصح<sup>3</sup> إلى أن الحجر على الولد لإفلاسه يمنع رجوع والده فيما وهبه له، وذلك لتعلق حق الغرماء بالهبة، وعليه سقط حقه في الرجوع لأن فيه إبطالا لحق الغير. ومتى زال المانع عاد حق الرجوع.

هذا ويرى الشافعية أن الحجر إذا كان لسفه لم يمنع الرجوع في الهبة لعدم تعلق حق الغير بالموهوب<sup>4</sup>.

\* **البيع على الخيار:** وهي صورة تفرد بها الشافعية<sup>5</sup> إذا جعلوا بيع الولد للعين الموهوبة على الخيار لا يسقط حق والده في استردادها، لأن البيع على الخيار لا ينقل الملك في المبيع إلا بعد انتهاء مدة الخيار؛ وعليه تظل للموهوب له السلطة على الشيء الموهوب أثناء المدة. وطالما بقيت سلطنة الولد على الهبة قائمة بقي حق الرجوع للوالد قائما كذلك.

**الشرط الثالث:** أن يكون تصرف الولد في العين الموهوبة تصرفا نهائيا، فلو كان غير نهائي كما لو باع العين الموهوبة ثم عادت إليه بالفسخ لوجود عيب أو لفلس المشتري أو لغير ذلك من أسباب الفسخ فإن ذلك لا يمنع الوالد من استرداد هبته في الصحيح من مذهبي الشافعية<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup>.

وحجتهم في ذلك أن السبب المزيل للملك قد ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول. أما إذا كان التصرف نهائيا ثم عاد الشيء الموهوب بسبب جديد كالإرث أو الإقالة أو الهبة أو غيرها من أسباب كسب

1- الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص402.

2- البهوتي، المصدر السابق، ص314. \* د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص181.

3- الرملي، المصدر السابق، ص418 \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص447. \* ابن قدامة، المصدر السابق، ص275.

\* البهوتي، المصدر السابق، ص314.

4- الشريبي، المصدر السابق، ص402.

5- مصدر نفسه، أما الحنابلة فالبيع عندهم مانع من الرجوع في الهبة سواء كان مطلقا أو مقيدا بخيار أيا كان هذا الخيار، شرط أو

عيب أو غير ذلك. ينظر: ابن قدامة، المصدر السابق، ص277.

6- الشريبي، المصدر السابق، ص403. \* الرملي، المصدر السابق، ص421.

7- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص275. \* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص314. \* المرادوي،

الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص152.

الملكية، فيرى الشافعية في الأصح عندهم<sup>1</sup> والحنابلة بلا نزاع بينهم<sup>2</sup> أن الوالد لا يملك حق الرجوع في الهبة لأن الملك قد عاد للولد بسبب جديد لم يستفده من قبل أبيه، وعليه لم يملك الفسخ والإزالة.

### الفقرة الثانية: هلاك الموهوب<sup>3</sup>

يقصد بهلاك الشيء الموهوب فناء مادته وطبيعته فيكون الإنتفاع به انتفاعا ناقصا بسبب آفات سماوية أو بفعل مادي من الإنسان، قد يكون أحد المتعاقدين أو أجنبي عنهما<sup>4</sup>.

فإذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له استحال رجوع الواهب لانعدام المحل، وليس للوالد أن يطالب ولده ببدل الشيء الموهوب أو قيمته لعدم ورود العقد على ذلك<sup>5</sup>.

ويدخل تحت مسمى الهلاك؛ فقد الموهوب وضياعه وتلفه واستهلاكه ونقصه<sup>6</sup>. وقد أورد الفقهاء أمثلة على ذلك، فذهب الشافعية<sup>7</sup> إلى أن زراعة الولد للحب الموهوب أو تفریح البيض يمنع والده من الرجوع لأن الشيء الموهوب صار مستهلكا. وذكروا أيضا ضياع العين الموهوبة كمانع من موانع الرجوع، فإن عادت العين بأن سلمها ملتقطها للولد عاد لأبيه حق استرجاعها<sup>8</sup>.

هذا ويرى الشافعية<sup>9</sup> والحنابلة<sup>10</sup> أن تلف بعض العين الموهوبة لا يمنع الرجوع فيما بقي منها لانتفاء المانع فيه، في حين يذهب المالكية<sup>1</sup> إلى أن نقص بعض الموهوب يسقط حق الوالد في الرجوع في الباقي، فإن زال النقص عاد حق الرجوع.

<sup>1</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص417. \* الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص403.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المصدر السابق، ص274. \* المرادوي، المصدر السابق، ص152.

<sup>3</sup> - الهلاك لغة هو ذهاب مادة الشيء. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج10، ص503، مادة (هلك).

<sup>4</sup> - د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص173.

<sup>5</sup> - الماوردي، المصدر السابق، ص417. \* ابن قدامة، المصدر السابق، ص281.

<sup>6</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المالكية لم يستخدموا لفظ الهلاك بل أوردوا مانع فوات الهبة بنقص، وعليه فنقص الهبة شامل لاستهلاكها وتلفها وفقدانها.

<sup>7</sup> - الشريبي، المصدر السابق، ص403.

<sup>8</sup> - الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص418.

<sup>9</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص417.

<sup>10</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص281.

الفقرة الثالثة: موت أحد المتعاقدين

ذهب الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>3</sup> والظاهرية<sup>4</sup> إلى أن الهبة بعد تمامها تلزم بموت الواهب أو الموهوب له، بمعنى أنه لا يحق لورثة الواهب أن يقوموا مقامه في نقض الهبة واسترجاعها. وحثهم في ذلك:

\* أن موت الموهوب له يخرج ملكه لورثته وعليه اعتبر خروج الملك بالإرث مانعا من موانع الرجوع.  
\* أن الحقوق لا تورث وحدها وإنما تورث بتبعية المال<sup>5</sup>، وباعتبار أن ورثة الواهب لم يملكوا الهبة من جهة مورثهم فليس لهم إذا خلافتهم فيما لم يكن على ملكه<sup>6</sup>.

\* أن حق الرجوع متصل بالواهب وعليه فهو ينقضي بموته ولا ينتقل لورثته من بعده.  
أما المالكية فلم نجد - حسب ما أطلعنا عليه من مصادر - إشارة إلى موت الواهب كمانع لاعتصار الهبة، ولكنهم اعتبروا مرض الواهب المخوف مفوتا لحق الاعتصار<sup>7</sup> - كما سيأتي بيانه - وهو ما يدعوا إلى القول بأنهم يتفوقون مع الجمهور، ذلك أن الورثة إذا منعوا من الرجوع بسبب المرض المخوف الذي أصاب مورثهم فإن منعهم من الرجوع بموته أولى<sup>8</sup>.

البند الثاني: زيادة الشيء الموهوب

تنقسم الزيادة إلى قسمين متصلة ومنفصلة<sup>9</sup>، وكل واحدة منهما قد تكون متولدة عن الأصل أو غير متولدة عنه<sup>1</sup>. فهل تعتبر الزيادة بنوعيتها مانعا من موانع الرجوع في الهبة أم أن هناك اختلاف في أحكامها؟ إجابة على ذلك نعرض حكم كل نوع على حدة:

1- الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص115.

2- الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص402.

3- الرواية الأخرى للحنابلة هي جواز رجوع ورثة الواهب بعد موته لتحقيق التسوية بين الورثة. ينظر: ابن قدامة، المصدر السابق،

ص273. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص310. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص141.

4- ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص120.

5- الشرييني، المصدر السابق، ص402.

6- د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص191.

7- التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص227.

8- د. محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص190. \* جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص34.

9- جعفر الفضلي، الرجوع في الهبة، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 24، العدد 1، 1997، ص25.

أولاً: الزيادة المتصلة

وهي التي تتصل بذات العين الموهوبة اتصالاً حسيماً، ولا فرق أن تكون بفعل الموهوب له أو من غير فعله، أو أن تكون متولدة عن الشيء الموهوب أم غير متولدة عنه<sup>2</sup>.  
وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه الزيادة مانعاً من موانع الرجوع في الهبة أم عدم اعتبارها كذلك فكان لهم رأيان:

**الرأي الأول:** وإليه ذهب المالكية<sup>3</sup> والحنابلة في قول لهم<sup>4</sup> والظاهرية<sup>5</sup> ومفاده أن الزيادة المتصلة تسقط حق الوالد في استرجاع ما وهبه لولده. ولكن يشترط لاعتبارها مانعاً للرجوع أن تؤدي إلى زيادة قيمة العين الموهوبة، فإن لم تزد قيمتها لم يمتنع الرجوع.

وقد عللوا ما ذهبوا إليه بالحجج الآتية<sup>6</sup>:

\* أنه لا سبيل للرجوع في الأصل مع وجود الزيادة لعدم دخولها في محل العقد، وعليه امتنع الرجوع أصلاً.

1- مثال الزيادة المتصلة المتولدة عن الأصل: الكبر والسمن واللبن يصبح جبناً والعنب يتحول زبيباً، ومثال الزيادة المتصلة غير المتولدة عن الأصل صبيغ الثوب وغرس الأرض أو البناء فوقها. أما الزيادة المنفصلة المتولدة عن الأصل فمثالها ولد الناقة أو الشاة والتمر بعد قطفه، وغير المتولدة عن الأصل كبيع الأرض أو أجرة الحيوان الموهوب. للتفصيل في الأمثلة يراجع: الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص114. \* الرملي، نهایة المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص412\* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص315.

2- د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص152.

3- الخرشبي، المصدر السابق، ص114. \* التاسولي، البهجة شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226. \* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص513.

4- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص278. \* البهوتي، المصدر السابق، ص315.

5- ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص136.

6- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص28. \* أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مقال

\* أن الزيادة ملكا للموهوب له كونها نماء للشيء الموهوب الذي تملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، وعليه منع الوالد من الرجوع لتعارض حقه مع حق ولده في الزيادة، ولما كانت حقيقة الملك أقوى من حق الرجوع ترجح حق الوالد.

\* أن الرجوع في الأصل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموهوب له، لذلك بطل حق الواهب دفعا للضرر. \* أن العين الموهوبة مع الزيادة تتغير طبيعتها لتصبح عينا غير العين الموهوبة والتي خول للواهب حق الرجوع فيها.

الرأي الثاني: ومقتضاه أن الزيادة المتصلة بنوعيتها لا تمنع الوالد من نقض واسترجاع هبته. وهو قول الشافعية<sup>1</sup> والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>2</sup> وحثهم في ذلك أن الزيادة تابعة للأصل وعليه فهي تأخذ حكمه، وطالما أنه يجوز الرجوع في الأصل فالرجوع في الزيادة جائز.

ونرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول في منع الرجوع مع الزيادة المتصلة التي تزيد قيمة الشيء الموهوب أو تغير طبيعته لقرب حججهم من المنطق وقوتها.

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية تعرضوا لمسألة تغير قيمة الشيء الموهوب بسبب حوالة السوق واختلفوا حول ذلك فكان لهما قولان:

الأول يرى أن تغير قيمة الموهوب زيادة أو نقصا بسبب حوالة الأسواق لا يمنع الإعتصار كنقل العين

الموهوبة من موضع إلى آخر<sup>3</sup>. وحثهم في ذلك أنها زيادة عارضة لا يعتد بها، وأن العين باقية على حالها ولا تأثير للزيادة على صفتها.

والثاني يذهب إلى عدم جواز رجوع الوالد فيما وهبه لولده إذا زاد أو نقص سعر الموهوب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص403. \* الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص421. هذا وقد ذكر الشافعية أن الولد إذا نسج الغزل الموهوب له ثم رجع الأب فإنه يشارك والده بعد الرجوع بما زاد من قيمة فإن لم تزد القيمة فلا مشاركة.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص278. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص315.

<sup>3</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص513. \* الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص115.

<sup>4</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص65.

والأرجح ألا يعتد بزيادة سعر الموهوب بسبب حوالة السوق أو نقل الموهوب من مكان إلى آخر مما يؤثر على قيمته، لأن العين باقية لم تتأثر وعليه جاز للواهب الرجوع.

هذا ويرى المالكية أن زوال الزيادة المتصلة وعودة الموهوب إلى ما كان عليه كما لو أزيل البناء أو حصد الزرع أو قلع الغرس، يعيد حق الرجوع إلى الواهب لأن زوال المانع يخول عود الممنوع<sup>1</sup>.

### ثانياً: الزيادة المنفصلة

ذهب الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة في الصحيح من المذهب<sup>3</sup>، وفيما يستخلص من كلام المالكية<sup>4</sup> والظاهرية<sup>5</sup> إلى أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع عن الهبة. ويستوي في ذلك أن تكون متولدة عن الأصل كالولد والتمر، أم منعزلة عنه كريع الأرض. وحجتهم في ذلكم أن تلك الزوائد لم يرد عليها العقد وعليه فلا يرد عليها الفسخ. ونتيجة لذلك جاز الرجوع في الأصل مع ترك الزيادة لمن حدثت على ملكه<sup>6</sup>.

### البند الثالث: تعلق حقوق الغير بالهبة

أضاف المالكية والحنابلة مانعاً آخر للرجوع في الهبة، وهو تعلق حق للغير بالهبة وتعرض كل منهما لمسألة النكاح أو المدائنة في حين انفرد المالكية بذكر المرض المخوف. وتتناول ذلك بالتفصيل كالاتي:

### أولاً: نكاح أو مدائنة الموهوب له

<sup>1</sup> - الخرشبي، المصدر السابق، ص115. \* د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص162. \* جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص27.

<sup>2</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص403. \* الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص421. \* الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص418.

<sup>3</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص315. \* ابن قدامة، ص280. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص150.

<sup>4</sup> - اشترط المالكية في الزيادة المتصلة أن تزيد من قيمة الموهوب أو تغير طبيعته وأوردوا الخلط كمثال على التغيير. وهو ما فهمنا منه أن الزيادة المنفصلة باعتبارها لا تمس بذات وأصل الشيء الموهوب ولا تغير طبيعته تكون غير مانعة لاعتصار الهبة. ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص513.

<sup>5</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص136.

<sup>6</sup> - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص32.

يرى المالكية<sup>1</sup> والحنابلة في رواية لهم<sup>2</sup> أن الوالد لا يملك الرجوع فيما وهبه لولده إذا تعلق بالهبة برغبة لغير الولد، كما لو رغب الناس فيه فزوجوه أو دابنوه أو أقرضوه.

و**حجتهم في ذلك**: \* أن حق الغير قد تعلق بالهبة فوجب حماية ذلك الحق وصيانتته، فمنع الوالد من الرجوع تحقيقاً لتلك الحماية.

\* أن رجوع الوالد في هبته بعد تعلق حق الغير بما فيه إضرار بذلك الغير وذلك منهي عنه لقوله (صلى الله عليه وسلم): " لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة في روايتهم الثانية<sup>4</sup> إلى أن للوالد حق ارتجاع هبته لأن حق كل من المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع رجوع الأب فيه.

ويرد على هذا الرأي بأن حق المتزوج والغريم وإن لم يتعلق بعين المال إلا أنه كان من أجل الهبة، وعليه يرتجع منع الوالد من الرجوع.

وجدير بالذكر أن المالكية يشترطون ثلاثة شروط لقيام هذا المانع هي:

- 1) أن يكون النكاح والمدائنة من أجل يسر الموهوب له بالهبة، وإلا كان من حق الوالد الرجوع<sup>5</sup>.
- 2) توافر ذلك القصد من الأجنبي الذي تعامل مع الموهوب له، فإن كان قصد الأجنبي للذات لا لأجل الهبة لم يمتنع حق الاعتصار<sup>6</sup>.
- 3) ألا يهب الوالد لولده وهو على هذه الحال أي متزوج أو مداين، لأن قيام ووجود تلك الموانع وقت الهبة يجيز للوالد الرجوع فيها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسائل الفقهية، مصدر سابق، ص 228.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 278.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه والدرناطني ومالك. \* ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج 2، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم 2340، ص 784. \* الدرناطني، سنن الدرناطني، تحقيق السيد عبد الله هشام اليماني، دار الحاسن للطباعة، مصر، دط، 1966، ج 4، كتاب في الأقضية والأحكام، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث رقم 85، 228. \* مالك، الموطأ، مصدر سابق، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ص 454. وقال الألباني حديث صحيح. ينظر: الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، لبنان، ط 3، 1998، ج 2، ص 39.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المصدر السابق، ص 278. \* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 312.

<sup>5</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 5، ص 514.

<sup>6</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 5، ص 514. \* الخرشى، شرح مختصر الخليل، مصدر سابق، ج 7، ص 115.

<sup>7</sup> - د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 194.

هذا ويرى المالكية أن زوال النكاح والمدائنة لا يعيد حق الاعتصار لأن الناس قد عاملوا الموهوب له بذلك بعد الهبة وسيستمررون في المعاملة لانفتاح هذا الباب، أضف أن النكاح والدين لا تنقطع توابعهما ومن أجل ذلك امتنع الرجوع<sup>1</sup>.

### ثانياً: المرض المخوف<sup>2</sup> لأحد المتعاقدين

ذهب المالكية إلى أن مرض الواهب أو الموهوب له المتصل بالموت يمنع الإعتصار في الهبة، فإذا مرض الواهب مرضاً مخوفاً فليس لورثته أن يراجعوا على الموهوب له، وكذلك الحكم إذا مرض الموهوب له فلا يجوز للواهب الرجوع على ورثته<sup>3</sup>.

هذا ويشترط في المرض المخوف أن يكون حاصلًا بعد انعقاد الهبة، بمعنى أن تنعقد وقت الصحة ثم يطرأ المرض بعد ذلك على الواهب أو الموهوب له<sup>4</sup>.

وعليه إذا كانت الهبة لاحقة لحدوث مرض أحدهما جاز الرجوع فيها.

**وحجة المالكية في تبرير حكمهم<sup>5</sup>:** \* أن مرض الموهوب له مرضاً مخوفاً يؤدي إلى تعلق حق ورثته بالهبة فيمتنع لذلك اعتصارها.

\* أن مرض الواهب المخوف يجعل الرجوع ملكاً لورثته وقد يكون الوارث أجنبيًا عن الابن الموهوب له كالزوجة تكون أجنبية عن ابن زوجها، لأجل ذلك المنع الرجوع لأنه لم يعد متصلًا بالواهب اتصالاً شخصياً.

هذا ويقر المالكية على المختار من المذهب<sup>6</sup> أنه إذا زال المرض المخوف عن الواهب أو الموهوب له عاد للوالد حق اعتصار الهبة.

**وحجتهم في ذلك:** \* أن المرض إذا زال انقطعت توابعه خلافاً للنكاح والمدائنة.

\* أن المرض أمر لم يعامل الناس عليه الموهوب له بل هو من عند الله، فإذا زال عاد حق الرجوع.

<sup>1</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج5، ص514. \* الخرشي، المصدر السابق، ص115.

<sup>2</sup> - المرض المخوف عند المالكية هو الذي يخاف الموت منه عادة كالسل، ويلحق بمرض الموت الحالات التي يخاف منها الموت كالمقاتل وراكب البحر إذا هاج موجهه والحامل إذا قرب وضعها. أما المرض غير المخوف فهو الذي لا يخاف الموت منه عادة.

<sup>3</sup> - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص227.

<sup>4</sup> - الدسوقي، المصدر السابق، ص514.

<sup>5</sup> - الخرشي، المصدر السابق، ص115.

<sup>6</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص514. \* المواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج6، ص65.

وختاماً لموانع الرجوع عند جمهور الفقهاء جدير بالإشارة أن المالكية قد تفردوا بإدراج فقر الموهوب له كمانع من موانع اعتصار الهبة<sup>1</sup>. وحجتهم في ذلك أن الوالد إذا وهب لابنه الفقير فقد أراد بذلك الصلة والأجر<sup>2</sup> وعليه امتنع رجوعه. هذا إذا كان الولد صغيراً بلا نزاع في المذهب، أما إذا كان الولد كبيراً فقد كان لهم رأيان، الأول يرى جواز ارتجاع الوالد هبته لولده الكبير، والثاني يمنع رجوعه. والرأي الأول هو المختار من المذهب.

### الفرع الثاني: موانع الرجوع عند القائلين بلزوم الهبة

سبق وأن رأينا أن الحنفية يرون الأصل في الهبة الجواز وعدم اللزوم سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، لكن يزول عدم اللزوم ويرتفع عندهم إذا وجد مانع من موانع الرجوع. وقد عرف فقهاء الحنفية سبعة موانع تجمعها كلمتي "دمع خزقه"<sup>3</sup>، فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعين للعرض والحاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية والقاف للقرابة والهاء للهلاك<sup>4</sup>.

وعليه فهناك موانع تقوم منذ صدور الهبة وأخرى تطرأ بعدها وهو ما نعالجه في البندين الآتيين:

#### البند الأول: موانع قائمة منذ صدور الهبة

وتتمثل في مانع العوض ومانع القرابة ومانع الزوجية.

#### أولاً: مانع العوض

<sup>1</sup> - التاسولي، الحجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص228 227.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى مسألة هبة الوالد لولده على وجه الصدقة، فقد اختلف حولها الفقهاء فكان لهم رأيان: الأول لا يميز للأب اعتصار هبة قدمها لولده على وجه الصدقة، وبذلك قال المالكية والشافعية في رواية لهم وحجتهم في ذلك أن الصدقة تكون لقصد الثواب والآخرة وتخالف الهبة التي قد يبررها إصلاح حلال الولد. والثاني يميز للوالد الرجوع في صدقته لولده بحجة أن العطية تشمل الهبة والصدقة.

للتفصيل يراجع: الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص113. \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص447. \* المواردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص416. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص273. \* المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص149.

<sup>3</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص98. \* الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص495.

<sup>4</sup> - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص28. \* مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع

القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص100. \* د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص111.

المراد بالعرض هو المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب نظير الهبة فيمنع الرجوع فيها لقوله (صلى الله عليه وسلم): "الواهب أحق بمبته ما لم يشب عنها"<sup>1</sup>، أي ما لم يعرض فالتعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العرض، فإذا وصل حصل مقصوده فممنع رجوعه. ويستوي أن يكثر العرض أو يقل لأن تأثير العرض إنما هو في قطع الحق في الرجوع وقد حصل المقصود<sup>2</sup>.  
والعرض نوعان: عرض مشروط في العقد وعرض متأخر عنه، وقد فصل الحنفية أحكام العرض المالي تفصيلاً دقيقاً، لكننا سنتناول منه ما يتعلق بموضوع بحثنا.

### 1) العرض المشروط في العقد<sup>3</sup>:

يرى الإمام أبوحنيفة وصاحبه أن الهبة مع العرض المشروط في العقد تعتبر تبرعاً في الابتداء معاوضة في الإنتهاء، أي الهبة في الإبتداء بيع في الإنتهاء.

ويؤدي تأصيل العرض المشروط في العقد على هذا النحو إلى أن لكل واحد من المتعاقدين أن يرجع فيما بذله للآخر مادام لم يحصل تقابض بينهما، أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، وذلك لأن الملك لا يثبت لكل واحد منهما قبل القبض. فإذا حصل القبض أخذ العقد حكم البيع فامتنع الرجوع إلا لعب أو عدم رؤية الشيء الموهوب<sup>4</sup>.

ويذهب زفر إلى أن العرض المشروط في العقد يجعله بيعاً ابتداءً وانتهاءً فيسري عليه ما يسري على البيوع من أحكام<sup>5</sup>، وعليه فإذا تم امتنع على كل واحد منهما أن يرجع فيه.

### 2) العرض المتأخر عن العقد:

<sup>1</sup> - سبق تخريجه، ص 101.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج 8، ص 124. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 167.

\* المرغيناني، المداية، مصدر سابق، ج 3، ص 256.

<sup>3</sup> - اختلف الفقهاء حول مشروعية العرض المشروط في الهبة على قولين: الأول يرى أن الهبة بعرض مشروط جائزة شرعاً، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في رأي لهم والحنابلة. والثاني يرى أن الهبة بعرض مشروط باطل شرعاً وإليه ذهب الشافعية في رأي لهم والظاهرية.

للتفصيل يراجع: ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 331. \* الكاساني، المصدر السابق، ص 124. \* الشريبي، مغني

الاحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 404. \* البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 300. \* ابن حزم، المحلى، مصدر سابق،

ج 9، ص 130.

<sup>4</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص 130.

<sup>5</sup> - وقد وافق زفر ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (مالكية وشافعية وحنابلة).

يعتبر بمثابة الهبة المبتدأة فإذا قبض الواهب العوض من الموهوب له امتنع كل واحد منهما أن يرجع فيما اقبضه للآخر.

ويشترط في العوض المتأخر كي يسقط حق الرجوع الشروط الآتية:

- أن يكون التعويض بلفظ يدل على مقابلة العوض بالهبة.
- ألا يكون العوض بعض الموهوب.
- سلامة العوض من الاستحقاق.
- أن يكون العوض عن كل موهوب.
- أن يكون العوض مقبوضاً مفرزاً<sup>1</sup>.

هذا وقد يكون العوض في الهبة مادياً كما رأينا، وقد يكون معنوياً كالصدقة والقربة والزوجية. فأما عن الصدقة فهي عند الحنفية بموقع العوض لا يجوز الرجوع فيها سواء كانت للولد أو للأجنبي، ولم يخالف في صدقة الأجنبي إلا بعض الحنفية فذهبوا إلى جواز الرجوع فيها إذا كان الأجنبي غنياً<sup>2</sup>. وأما القربة والزوجية فشرحها كالاتي:

#### ثانياً: مانع القربة

يقصد بالقربة المانعة من الرجوع في الهبة قربة الرحم المحرمة، فإن كان القريب رحم غير محرم كابن العم وابن الخال، أو محرم ليس بذوي رحم كالأخ من الرضاع، أو كانت القربة من جهة المصاهرة كأمهات النساء وأزواج البنين والبنات، كان للواهب الحق في الرجوع<sup>3</sup>. وإذا وهب لأبيه أو ابنه أو أخيه أو عمه امتنع عنه الرجوع.

وقد استند الحنفية في إدراج هذا المانع لما يأتي:

<sup>1</sup> - للتفصيل يراجع: الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 8، ص 124 وما بعدها. \* المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج 3، ص 256. \* الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج 7، ص 497.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 92. \* المرغيناني، المصدر السابق، ص 258.

<sup>3</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص 132. \* د. كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، مرجع سابق، ص 170. \* أنور طلبة، العقود الصغيرة، مرجع سابق، ص 106. \* أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط 1، 2005، ص 429.

\* قول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة ي، أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض عنها"<sup>1</sup>. فالأثر ظاهر الدلالة على منع رجوع الواهب إذا كانت لذي رحم.

\* أن صلة الرحم عوض من ناحية المعنى لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة لاستيفاء النصرة وسببا للثواب في الدار الآخرة، فكان ذلك أقوى من المال<sup>2</sup>.

\* أن الهبة لرحم غير محرم يقصر فيها معنى الصلة فلا يكون في معنى العوض<sup>3</sup>.

وبناء عليه فالقربة وحدها ليست مانعة من الرجوع وإنما قربة الرحم المحرمة هي التي تسقط حق الرجوع<sup>4</sup>.

### ثالثا: مانع الزوجية

يقصد بالزوجية المانعة للرجوع في الهبة تلك القائمة وقت الهبة لا وقت الرجوع، بمعنى أنه لا يصح للزوج أن يرجع فيما وهبه لزوجته ولا الزوجة فيما وهبت لزوجها<sup>5</sup>، ولو بعد حدوث الطلاق بينهما. ذلك أن المنع يلزم الهبة من وقت صدورهما ولا عبء بزواله بعد ذلك. وعليه فإذا تمت الهبة بعد طلاق الزوجين طبقت عليها القاعدة العامة في جواز الرجوع إلا عند قيام المانع.

<sup>1</sup> - الإمام مالك، الموطأ، مصدر سابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في الهبة، ص536. \* البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص182.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص132. \* د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص31.

<sup>3</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص132. \* السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص55.

<sup>4</sup> - هي كل قرابة دم بين اثنين أو اثنتين، لو فرض أحدهما أنثى يحرم النكاح بينهما. ينظر: د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص129. \* جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقابل سابق، ص34.

<sup>5</sup> - جاء بالنسبة لهبة الزوجة لزوجها عند الشافعية أنها إذا أتت بيينة على أنه أكرهها أبطلت ذلك عنها كله، أي رجعت في هبتها رغم لزومها- كما رأينا- وجاء في الفقه الحنبلي ثلاث روايات: الأولى تجيز للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها، والثانية لا تجيز لها الرجوع، والثالثة تحبها حق الرجوع إذا قامت قرينة على خوفها منه.

ولكننا نرى أن المسألة لا تتعلق بالرجوع في الهبة وإنما بإبطالها لعيب في الرضا وهو الإكراه.

للتفصيل في هبة الزوجة لزوجها يراجع: الشافعي، الأم، مصدر سابق، مجلد2، ج4، ص61. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص147. \* مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، دار ابن عفان، مصر، ط1، 1999، ج2، ص311 وما يليها.

وحجة الحنفية في ذلك: \* أن صلة الزوجية تجري مجرى القرابة الكاملة والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها<sup>1</sup>.

\* أن قصد الواهب لما كان زوجاً للآخر وقت الهبة الإحسان لا العوض، وقد تحقق مقصوده فامتنع رجوعه<sup>2</sup>.

\* أن لزوم الهبة أثناء قيام الزوجية يهدف إلى تقوية روابط المحبة والتعاون ومنع أحد الزوجين من الإساءة إلى الآخر، فإذا انقضت العلاقة الزوجية بعد الهبة لم تسقط صفة اللزوم عنها لأن الواهب قد جنى عوضه المعنوي أثناء الزواج فامتنع بذلك رجوعه<sup>3</sup>.

### البند الثاني: موانع تطراً بعد صدور الهبة

وهي الموانع التي تسقط حق الواهب في استرداد هبته لا من وقت صدورها وإنما من وقت حدوث المانع وتلك الموانع هي زيادة الموهوب أو هلاكه أو التصرف فيه أو موت أحد المتعاقدين. ونعالجها على النسق ذاته الذي تناولناه بما عند الجمهور:

### أولاً: مانع خروج الموهوب عن الملك

ويتحقق ذلك بهلاك الموهوب أو بتصرف الموهوب له فيه أو بموت أحد المتعاقدين.

### **1) هلاك الشيء الموهوب:**

هلاك الموهوب أو استهلاكه عند الحنفية له ذات المعنى عند الجمهور، فهو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة. فإذا هلك الموهوب أو استهلك عند الموهوب له استحال رجوع الواهب لانعدام المحل.

واستند الحنفية في ذلك لما استند إليه الجمهور وأضافوا أن الهبة عقد تبرع فلا يستحق فيها السلامة ولهذا يصدق الموهوب له إذا ادعى هلاك الشيء الموهوب بلا يمين<sup>4</sup>.

ويرى الحنفية أن هلاك بعض الموهوب لا يمنع الواهب من الرجوع على الباقي، هذا ولا سبيل للرجوع في قيمة ما هلك لأنها ليست الموهوبة ولانعدام ورود العقد عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص133.

<sup>2</sup> - السرخسي المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص55.

<sup>3</sup> - د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص148.

<sup>4</sup> - الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص500.

<sup>5</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص122.

## 2) التصرف في الشيء الموهوب:

هو خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب كان كالبيع والهبة ونحوهما، فالملك يختلف بهذه التصرفات، واختلاف المالكين كاختلاف العينين، فلو وهب عينا لم يكن له الرجوع في أخرى، فكذا إذا أوجب ملكا لم يكن له ليفسخ ملكا آخر<sup>1</sup>. ويشترط الحنفية إلى جانب الشروط التي ذكرناها عند الجمهور شرطا آخر هو أن يكون الخروج عن الملك خروجا من كل وجه، بمعنى أن يكون خروجا بالكلية، فلو كان الموهوب مما يذبح كالشاة وقام الموهوب له بذبحه فان ذلك لا يمنع الواهب من الرجوع في لحم الموهوب قبل طبخه لبقائه على ملك الموهوب له<sup>2</sup>.

أما عودة الملك بعد خروجه فللحنفية ذات الأحكام التي قال بها الشافعية والحنابلة لذلك فلا داعي لتكرارها.

## 3) موت أحد المتعاقدين:

هو مانع للرجوع في الهبة بعد قبضها، وإضافة لما استدل به الجمهور قاس الحنفية حق الرجوع في الهبة على خيار الشرط والرؤية بجامع ثبوت الحق لموجبه في كل منهما، وخيار الشرط لا يورث فكذا حق الرجوع في الهبة<sup>3</sup>.

## ثانيا : زيادة الشيء الموهوب :

تحول الزيادة في الشيء الموهوب من الرجوع في الهبة مع قيام الشروط المذكورة عند المالكية والحنابلة والظاهرية - كما سبق بيانه - وكل ما وجدناه من إضافة فيما اطلعنا عليه من مصادر حنفية<sup>4</sup> هو اختلافهم حول تغير قيمة الموهوب بسبب نقله، فقد كان لهم رأيان :

**الأول :** لا يمنع الواهب من الرجوع إذا زادت قيمة الموهوب بسبب نقله من مكان إلى آخر. قياسا على الزيادة في سعر الموهوب . وهو ما يوافق رأي المالكية والحنابلة.

**الثاني :** يذهب إلى منع الواهب من استرداد هبته إذا زادت قيمتها بالنقل. هذا ويرى الحنفية عودة

<sup>1</sup> - الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج7، ص499. \*المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص255. \* السرخسي،

المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص88. \*د.وهبة الزحيلي، مصادر الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج5، ص32.

<sup>2</sup> - الطوري ، المصدر السابق ، ص 499 .

<sup>3</sup> - السرخسي، المصدر السابق ، ص 56، 57 .

<sup>4</sup> - الطوري، المصدر السابق ، ص 496 \* الزيلعي ، تبيين الحقائق ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 98.

حق الواهب في الرجوع إذا زالت تلك الزيادة المتصلة أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع أصلاً<sup>1</sup>.  
وختاماً نقول أن موانع الرجوع في الهبة عند الفقهاء تختلف ضيقاً واتساعاً باختلاف القول بلزوم الهبة بعد القبض أو عدم لزومها.

## المطلب الثاني : موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري

رأينا أن المشرع الجزائري قد نعى منحى الجمهور في إضفاء صفة اللزوم على عقد الهبة، ولم يستثن من تلك القاعدة سوى الأبوين فيما وهبا لولدهما، وذلك مهما كان سن الولد ومن غير حاجة لتبرير رجوعهما، وقد تأكد هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا رقم 177428 المؤرخ في 17/03/1999، فقد جاء في حيثياته أن " المستفاد من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعن الرامية إلى التراجع عن هبة وقعها لفائدة ابنته حول إيجار محل تجاري بحجة عدم إثبات المناورات التدليسية التي أحاطت بهذا النزاع هو تحليل خاطئ ، لأن المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط إثبات التدليس أو المناورات الاحتمالية خلال النزاع لإلغاء الهبة، بل تترك للواهب الحرية التامة للتراجع عن هبة ماعدا الحالات الواردة في نفس المادة"<sup>2</sup>.

ويتحقق ذلك سواء كان المال الموهوب منقولاً أو عقاراً، غير أن حق الأبوين في استرداد هبتهما لولدهما ليس حقاً مطلقاً يمارسه أياً كانت الحالات والمستجدات، ولكنه حق قيده المشرع بعدم قيام مانع من موانع الرجوع والتي حصرها في نص المادة 221 من قانون الأسرة وأضاف لها المادة 212 فتمثلت في : الهبة من أجل زواج الموهوب له أو لضمان قرض أو دين أو لأجل المنفعة العامة، أو إذا تصرف الموهوب به في الشيء الموهوب أو ضاع منه أو غير من طبيعته، فمتى قام أحد هذه الموانع أضحت الهبة لازمة لا رجوع فيها، ونتناول تلك الموانع على النحو الآتي :

### الفرع الأول : الموانع القائمة منذ صدور الهبة

وهي الحالات التي تصبح فيها الهبة لازمة منذ انعقادها ونعالجها وفق البنود الآتية :

#### البند الأول : الهبة من أجل زواج الموهوب له

إذا وهب أحد الأبوين هبة لأحد الأبناء قصد مساعدته على تكوين أسرة وذلك بتمكينه من نفقات الزفاف والمهر وغيرها من متطلبات النكاح، سقط حق الواهب في استرجاع هذه الهبة لأن الغرض منها

<sup>1</sup> - السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، مصدر سابق، ج3، ص 167.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 02، ص 81.

قد تحقق منذ صدورها<sup>1</sup> وهو تقسيم العون للابن لبناء أسرة وحثه على الاستقرار، هذا ولو لم يتزوج الولد في الوقت المحدد والمطلوب<sup>2</sup>.

وعليه فالعبرة هي بنية الواهب وقت الهبة إذ يجب أن تنصرف لزواج الموهوب له، إضافة إلى وجوب انعقاد الزواج لاحقاً للهبة، فإذا وهب الوالد لولده المتزوج جاز له الرجوع فيما وهبه إياه لأن المانع لم يرق وقت انعقاد الهبة ولأجلها.

وبناء عليه يكون القانون موافقاً للمالكية فيما أوردوه من شروط في هذا الباب وهي أن يعامل الناس الولد وينكحوه ليسره بالهبة، وأن يكون قصد الوالد من وراء هبته لولده تمكينه من الزواج.

وحسنا فعل المشرع بتبني هذا المانع لما في رجوع الوالد من مساس بحق الغير وعلى رأسهم الزوجة، فقد يضطر الولد الموهوب له إلى تأجيل الزواج أو إبطاله<sup>3</sup>، أو يصبح في حالة إعسار منذ شروعه فيه أصلاً إذا استرد والده الهبة التي كانت ستعيه على سد نفقات النكاح وتوفير تبعاته.

### البند الثاني : الهبة لضمان قرض أو قضاء دين

وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 211 من قانون الأسرة، فإذا وهب الأب لابنه مالا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين لم يكن له الرجوع في هبته، ذلك أن الواهب قد أصبح في هذه الحالة بمثابة الكفيل الضامن حين التزم بإرادته المنفردة بقضاء الدين وحين قدم الهبة لولده كي يفتح الباب للغير في معاملته وإقراضه بضمان الشيء الموهوب<sup>4</sup>.

وبناء عليه يكون القصد من الهبة قد تحقق وهو تحرير الولد المعسر من الدين الذي يثقل كاهله أو مساعدته على الإقتراض لتحسين حالته فيكون الموهوب له حلقة وصل رابطة بين دائنيه وبين الواهب<sup>5</sup>.  
وجدير بالذكر أن المشرع وان كان قد استقى جوهر هذه الحالة من الفقه المالكي والحنبلي - كما سبق بيانه تحت باب تعلق حق الغير بالهبة - إلا أن أحكامه لم تنطبق مع ما جاء به الفقه، لأن المشرع اشترط

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 34. \* البشير جبيري، الرجوع في الهبة، مجلة الموثق 2003، العدد 9، ص

42 \* ضريفي الصادق، الرجوع في الهبة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، ص 86.

<sup>2</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص 259.

<sup>3</sup> - البشير جبيري، المقال السابق، ص 42.

<sup>4</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة، مرجع السابق، ص 260. \* ضريفي الصادق، المذكرة السابقة، ص 87.

<sup>5</sup> - البشير جبيري، المقال السابق، ص 42.

في الهبة أن تكون لضمان قرض أو قضاء دين منذ صدورهما في حين اشترط المالكية ألا يهب الوالد لولده وهو مداين وإنما يجب أن يطرأ الدين بعد انعقاد الهبة.

### البند الثالث: الهبة لأجل المنفعة العامة

تعد هذه الحالة الواردة بنص المادة 212 من قانون الأسرة حالة عامة لا تقتصر على هبة الأبوين لولدهما. وعليه فهي لا تعتبر في حقيقتها مانعا من موانع اعتصار الهبة وإنما تأكيداً على لزوم عقد الهبة منذ صدورهما، لأن الشيء الموهوب أصبح ملكاً للصالح العام<sup>1</sup> فيكون الرجوع فيه مساساً بالمصلحة العامة. فقد تكون الهبة قطعة أرض للبلدية من أجل انجاز مدرسة أو مسجد أو مستشفى أو نحو ذلك من المرافق العامة فيسقط بذلك ويمتنع ارتجاعها<sup>2</sup> منذ لحظة انعقادها لتحقيق الغرض منها وهو المنفعة العامة. وقد تأكد ذلك أيضاً في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 112191<sup>3</sup> المؤرخ في 19/01/1997 والذي جاء فيه: " 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 حتى يجوز استرجاعها".

### الفرع الثاني: الموانع التي تطرأ بعد صدور الهبة

وقد وردت بالفقرة الثالثة من المادة 211 من قانون الأسرة، وهي تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، ضياع العين الموهوبة، والتغيير في طبيعة الشيء الموهوب وتناولها في البنود الآتية:

#### البند الأول: تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب

يحق للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف ولما كانت العلة وراء جعل التصرف في الشيء الموهوب مانعاً لارتجاع الهبة هي الخروج عن الملك، فيقاس عليها إذا فقد الولد الموهوب له ملكية العين الموهوبة عن طريق تملكها من طرف الغير بالتقادم المكسب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تعتبر ا ات والوصايا التي تقدم للدولة أو مؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري ملكاً من الأملاك الوطنية الخاصة . وهو ما

نصت عليه المادة 39 من قانون الأملاك الوطنية 90-30.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 37 .

<sup>3</sup> - المجلة القضائية لسنة 97، العدد 02، ص 114 .

<sup>4</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات ، مرجع سابق، ص 35.

وعليه فتصرف الولد في العين الموهوبة تصرفا يخرجها عن ملكه يسقط حق والده في استرداد هبته، وقد تأكد هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا رقم 330258 المؤرخ في 2005/05/18 والذي جاء في حيثياته أن محل الهبة هو شقة وهبها الأبوان لابنهما ثم وهبها بدوره لزوجته، فرغ الأبوان دعوى رجوع في الهبة، فأقر القضاء بسقوط حقهما في الرجوع لتصرف الولد في الشقة بالهبة<sup>1</sup>. وبناء على ما ذكر لا يكون الإيجار والعارية مانعا للرجوع لبقاء الملك في يد الموهوب له. وقد وافق القانون الجزائري مذهب الجمهور (حنفية، مالكية، شافعية، حنابلة وظاهرية) في إدراج هذا المانع لإسقاط حق الرجوع عن الأبوين، إذ لا يتصور بأي حال من الأحوال أن يعود الواهب على ملك الغير الذي لم يجبه لهم. وعليه امتنع رجوعه حماية وصيانة لحقوقهم.

ونتساءل عما إذا عاد الملك إلى ذمة الموهوب له؟ هل يعود بذلك حق الرجوع أم أن الساقط لا يعود؟ من خلال قراءة المادة 211 فقرة 3 نجد المشرع قد ضرب أمثلة ناقلة للملك نقلا نهائيا كالبيع والتبرع، وعليه يمكننا أن نستخلص بمفهوم المخالفة أن التصرف إذا لم يكن نهائيا كأن يعود الشيء الموهوب للموهوب له بفسخ البيع لعيب في المبيع أو الثمن أو غيرها من أسباب الفسخ فإن حق الرجوع يعود للأبوين باعتبار أن المال الموهوب لم يخرج عن ملك ولدهما خروجا تاما ونهائيا<sup>2</sup>.

ولكن المشرع كان مقتضيا في نصه على موانع الرجوع فهو لم يتناول عودة الملك للموهوب له بسبب جديد، الأمر الذي يجعلنا نقترح تعديلا يتماشى مع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة - كما سبق بيانه - في أن حق الرجوع لا يعود لأن سبب الملك سبب جديد لم يستفده الولد من والده. كما أن المشرع لم يتعرض لمسألة التصرف في جزء من العين الموهوبة ولذلك نقترح إدخال نص يأخذ بما أخذ به الجمهور (حنفية، شافعية، وحنابلة) فيجعل التصرف في جزء من الهبة لا يمنع الوالدين من الرجوع فيما بقي منها لأن من يملك الكل يملك الجزء من باب أولى.

وجدير بالذكر أننا استخلصنا شرط التصرف بحسن نية بمعنى أن لا يكون التصرف بقصد تهريب الشيء الموهوب، من خلال قرار المحكمة العليا رقم 169391 المؤرخ في 97/09/30 والذي جاء في حيثياته: "حيث كان على قضاة الموضوع أن يتحققوا من الدوافع الحقيقية التي أدت بالمرحومة في التراجع عن الهبة التي حررتها لفائدة ابنتها المطعون ضدها هل كان بسبب تعرضها للضرب من طرف ابنتها وكذلك التحقق من الدوافع التي أدت بالمطعون ضدها إلى تحرير هبة جديدة لابنتها هي أيضا هل كان

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، عدد 2، ص 377.

<sup>2</sup> - بشير جبري، عقد الهبة، مقال سابق، ص 42.

ذلك بقصد تهريب الشيء الموهوب لها وعليه فالوجه مؤسس<sup>1</sup>. وبناء عليه نقترح إدراج شرط التصرف بحسن نية حتى لا يعتمد الموهوب له إلى تهريب الشيء الموهوب لإسقاط حق والده في الرجوع تطبيقاً لقاعدة أن الغاش يعامل بنقيض مقصوده.

### البند الثاني: ضياع العين الموهوبة

يقصد بالضياع خروج الشيء من يد صاحبه دون اختياره أي فقد الشيء دون قصد، وبناء عليه إذا ضاع الشيء الموهوب سواء بسبب إهمال الموهوب له أو لسبب أجنبي امتنع على الواهب الرجوع في هبته لأن الموهوب له لا يضمن الضياع<sup>2</sup>.

هذا ويلحق بالضياع الهلاك والاستهلاك بجامع فناء الشيء الموهوب. فإذا استهلك الموهوب له محل الهبة كالأموال النقدية استحال على والده استرداد ما وهبه له. والحكم ذاته بالنسبة لهلاك العين الموهوبة سواء كان بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي خارج عن إرادته.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على حالة هلاك جزء من العين الموهوبة وسلامة الجزء الآخر وعليه نقترح عليه إدراج نص يرجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو جواز الرجوع فيما يبقى<sup>3</sup>. كما نقترح عليه النص على جواز الرجوع في حالة إيجاد العين الضائعة.

### البند الثالث: التغيير في طبيعة الشيء الموهوب

إن الأصل في الرجوع في الهبة هو استعادة الشيء الموهوب من الموهوب له على حالته الأولى<sup>4</sup>. لكن إذا غير الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب كأن قام بتشييد مبنى فوق العين الموهوبة أو جعل من الأرض العارية أرضاً مشجرة صرف عليها من الأموال ما أحيها وعمرها فإن ذلك يقوم حائلاً بين الوالد وحقه في استرداد ما وهبه لولده، وقد تأكد ذلك بقرار المحكمة العليا رقم 153622 المؤرخ في 98/03/11 والذي جاء فيه: "حيث أن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب (الأرض) أعمالاً

<sup>1</sup> - المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص بالأحوال الشخصية، ص 274، 275..

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 36.

<sup>3</sup> - أدرج المشرع التونسي هذه المسألة ضمن موانع الرجوع في الهبة بالفصل 212 فقرة 2 حيث جاء فيه: "إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحدوث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي".

ينظر: مجلة الأحوال الشخصية التونسية، تعليق فاطمة الزهراء بن محمود، حسين بن سليمة، سامية دولة، مرجع سابق، ص 858.

<sup>4</sup> - البشير جبري، عقد الهبة، مقال سابق، ص 42.

غيرت في طبيعتها وهي بناء مساكن. حيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من الحق في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب من طبيعته مما سقط حق الواهب في الرجوع في الهبة وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة... وإبطال عقد الرجوع في الهبة...<sup>1</sup>.

لأن ذلك التغيير زيادة متصلة لا يمكن فصلها عن الأصل مما يجعل استرجاع هذا الأخير على طبيعته الأولى أمراً مستحيلاً. ويبقى الموهوب للموهوب له عملاً بأن من ملك الشيء ملك نمائه تبعاً. وبذلك يكون القانون قد وافق جمهور الفقهاء في أحكام هذا المانع بأن يمس التغيير طبيعة الشيء الموهوب، فإذا كان هذا الأخير سيارة قام الولد بصبغها وتجديدها لم يسقط ذلك حق والده في استردادها لأن الصبغ لم يخرجها عن طبيعتها.

وما يمكن استخلاصه بالمخالفة من اشتراط تغير الطبيعة لاعتبار الزيادة مانعاً للرجوع في الهبة أن الزيادة المنفصلة لا تسقط حق الرجوع، فإذا وهب الوالد لولده قطيع غنم ثم ولد القطيع وهو على ملك الولد كان لأبيه استرجاع ما وهبه له.

هذا ولم يتناول المشرع مسألة زوال التغيير وعودة العين الموهوبة إلى ما كانت عليه كإزالة البناء أو اقتلاع الشجر وعليه نرى ضرورة إدراج نص صريح يوافق ما ذهب إليه فقهاء المالكية وهو عودة حق الرجوع إذا زالت الزيادة إعمالاً لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع.

كما أن المشرع لم يتعرض لزيادة قيمة الشيء الموهوب والتي لا تمنع الواهب من ارتجاع هبته لأنها زيادة لم تمس الذات وإنما مست القيمة.

<sup>1</sup> - المجلة القضائية لسنة 97، العدد 02، ص 69.

وصفوة القول أن المشرع الجزائري<sup>1</sup> وإن كان قد نحى منحى الجمهور في إضفاء اللزوم على عقد الهبة إلا أنه لم يدرج كل الموانع التي تسقط عن الوالد حقه في اعتصار هبته لولده التي أوردتها الفقهاء. هذا ولا يمكن القول أنه يجوز اعتمادها إذا تأكد للقاضي قيامها - كما ذهب إليه البعض<sup>2</sup> - لأن الحالات المذكورة بنص المادة 211 من قانون الأسرة وردت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال بدليل قولها: "إلا في الحالات التالية"، فإذا أداة للحصر لا للمثال.

وتأسيسا عليه نقترح على المشرع إدراج باقي الحالات المنصوص عليها في الفقه المالكي وهي:

- 1) مرض المتعاقدين مرض يخشى معه الموت كمانع للرجوع، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع.
- 2) فقر الولد الموهوب له.
- 3) موت أحد المتعاقدين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري قد تعرض لهذا المانع في قرار المحكمة العليا رقم 367996 المؤرخ في 2006/06/14 والذي جاء فيه " أنه لاحق للورثة، بعد وفاة الواهب، أثناء سير دعواه الرامية إلى إبطال الهبة، في إعادة السير بالقضية والتمسك بإبطال عقد الهبة الصادر من الواهب لأن حق الرجوع مقرر للأبوين فقط"<sup>3</sup>.

وهو ما يدفعنا إلى أن نقترح على المشرع النص على هذا المانع لكن مع التفريق بين الموت قبل الرجوع في الهبة والموت أثناء سير دعوى الرجوع: وذلك بمنع رجوع الورثة إذا توفي الواهب قبل مباشرته لدعوى الرجوع، مع تحويلهم حق إعادة السير بالقضية إذا ما توفي الواهب أثناء سير دعوى الرجوع.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الهبة تعد عقدا جائزا في القانون التونسي يجوز الرجوع فيها ما لم يتم مانع من الموانع التي جاءت بالفصل 212 من مجلة الأحوال الشخصية، وتلك الموانع هي الزيادة المتصلة التي تزيد القيمة، تقويت الموهوب فإذا اقتصر التفويت على جزء جاز الرجوع في الباقي، وهلاك الموهوب في يد الموهوب له بفعله أو بحادث أجنبي فإذا هلك البعض جاز الرجوع في الباقي. ولم يكتف المشرع التونسي بعدم قيام مانع من موانع الرجوع باللجوء إلى القضاء بل أضاف إليها - كما فعل نظيره المصري - قيام عذر من أضرار الرجوع وهو ما جاء بالفصل 210 وتلك الأضرار هي جحود الموهوب له إزاء الواهب، إعسار الواهب واحتياجه للنفقة، أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع وقد قيل أن أضرار الرجوع مستمدة من الفقه الغربي ولا اثر لها بين اجتهادات الفقهاء الشرعيين. ونرد على ذلك أن الشافعية ذكروا أضرار الرجوع فقد جاء في نهاية المحتاج: " يكره الرجوع (أي رجوع الوالد) من غير عذر كأن يكون الولد عاقا أو يصرف الموهوب في معصية أو يحتاج الأب إلى نفقة أو دين". وعليه فالمسألة لها تأصيلها الشرعية. يراجع: \* الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص416. \* مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، الفصل 210-212.

<sup>2</sup> - د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص260.

<sup>3</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 01، ص479.



وحجتنا في ذلك أن الرجوع حق شخصي للواهب ينقضي بموته لكن إذا مارسه ثم توفي أثناء السير في الدعوى فإننا لا ننقل للورثة حق الرجوع اللصيق بالوالد الواهب لا غير، وإنما ننقل لهم حق إتمام الإجراءات التي شرع فيها احتراماً لرغبته وتممة لحقه في الرجوع.

\_\_\_\_\_:



بعد أن رأينا أن عقد الهبة عقد لازم عند الجمهور لا يجوز الرجوع فيه باستثناء الأبوين فيما وهبا لولدهما ما لم يقيم مانع من الموانع التي ذكرناها، وأنه عقد جائز عند الحنفية يجوز لكل واحد الرجوع فيه إلا إذا قام أحد الموانع نتساءل عن كيفية ممارسة حق الرجوع عند كليهما؟ وأي منحى قد اختاره القانون؟ وإذا تم ذلك الرجوع فما هي الآثار المترتبة عنه؟  
إجابة على ذلك تناولنا المبحث في مطلبين؛ الأول يبحث طرق الرجوع في الهبة والثاني يعالج آثار ذلك الرجوع.

### المطلب الأول: طرق الرجوع في الهبة

ونتطرق لكيفية الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي ثم في القانون الجزائري.

#### الفرع الأول: كيفية الرجوع<sup>1</sup> في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول كيفية الرجوع في الهبة إلى قولين الأول يرى أن الرجوع يتم بالتراضي أو بحكم القاضي، والثاني يرى أنه يتم بإرادة الواهب المنفردة. ونفصل ذلك في البندين الآتيين:

#### البند الأول: الرجوع بالتراضي أو بحكم القاضي

ذهب الحنفية<sup>1</sup> إلى أن الرجوع في الهبة يتوقف على التراضي مع الموهوب له، فإذا لم يتحقق التراضي توقف الرجوع على التقاضي.

1- تجدر الإشارة إلى أن الرجوع يتم بكل لفظ يدل على استرجاع الهبة مثل: رجعت في هبتي، رددتها، اعتصرتها، ارتجعتها، أبطلتها، فسختها.

واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالحجج الآتية:

\* قياس الرجوع في الهبة على الفسخ بسبب العيب بجامع ثبوت حق الرجوع في كل منهما، والفسخ بالعيب لا يصح إلا بالتراضي أو التقاضي، فكذا الرجوع في الهبة لعدم الفارق<sup>2</sup>.

\* قياس الواهب الذي يريد الرجوع في هبته على الدائن<sup>3</sup> الذي يريد أخذ دينه من جنس آخر من مال المدين، والدائن لا يستطيع ذلك إلا برضا المدين أو بحكم القضاء، فكذلك الواهب.

\* قياس الرجوع في الهبة على الأخذ بالشفعة بجامع ثبوت الحق في كل منهما، والأخذ بالشفعة يكون بتراضي الطرفين أو بقضاء القاضي فكذا الرجوع في الهبة<sup>4</sup>.

\* أن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج من ملكه إلا بالرضا أو القضاء<sup>5</sup>.

وبناء عليه فالرجوع في الهبة عند الحنفية ليس بإرادة أو مشيئة يتحكم فيها الواهب وحده بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له ، فإذا لم يكن هناك تراض لم يجز للواهب الرجوع إلا أمام القاضي ما لم يقر أحد الموانع.

ويتفق الحنفية في اعتبار الرجوع بالتقاضي فسحا قضائيا للهبة<sup>6</sup> ولكنهم يختلفون في تكييف الرجوع بالتراضي<sup>1</sup>، فمنهم من يرى أن الرجوع بالتراضي فسخ للهبة ومنهم من يعتبره هبة مبتدأة، وهو قول زفر، وقد احتج لذلك بأن ملك الشيء الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها فأصبح يشبه الرد بالعيب فيعتبر

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص122. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص166. \* المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج3، ص256.

<sup>2</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص122.

<sup>3</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص57. \* د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص90.

<sup>4</sup> - قاضي زادة، تكملة فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص48.

<sup>5</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5، ص101.

<sup>6</sup> - الكاساني، المصدر السابق، ص134.

عقدا جديدا بالنسبة لشخص ثالث غير المتعاقدين كالرد بالعيب بعد القبض، واحتج القائلون بأنه فسخ للهبة بأن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي. أما النتائج المترتبة على كون الرجوع فسخا أو هبة مبتدأة فتتمثل في أنه إذا كان الرجوع فسخا لم يتوقف صحته على القبض أما إذا كان هبة مبتدأة فتتوقف صحته على القبض<sup>2</sup>.

### البند الثاني: الرجوع بإرادة الواهب المنفردة

ذهب جمهور الفقهاء (مالكية<sup>3</sup>، شافعية<sup>4</sup>، حنابلة<sup>5</sup> وظاهرية<sup>6</sup>) إلى أنه متى ثبت حق الرجوع فإنه يكون بإرادة الواهب المنفردة، فهو لا يحتاج إلى حكم حاكم ولا يتوقف على التراضي فقد يتم بعلم الموهوب له أو من غير علمه.

### واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالحجج الآتية:

\* قياس الرجوع في الهبة على الفسخ بخيار الشرط والرؤية، والفسخ بخيار الشرط والرؤية لا يتوقف

على تراض أو تقاض فكذلك الرجوع في الهبة إذا توافرت شروطه<sup>7</sup>.

\* أنه لا حاجة إلى التراضي والتقاضي مع ثبوت حق الرجوع للواهب بالنص<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الفسخ الإتفاقي يعرف " بالإقالة" في الفقه الإسلامي والإقالة لغة هي الرفع والإزالة فيقال أقال البيع أي فسخته وفي الإصطلاح الفقهي هي رفع وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين. وقد حث عليها الرسول (صلى الله عليه وسلم) بقوله: " من اقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة". وقد اختلف العلماء في تكييفها، فمنهم من يراها فسخا محضا ومنهم من يعتبرها بيعا في حق العاقدين وغيرها. ومنهم من يكييفها على أنها فسخ في حق العاقدين بيع في غيرها.

للتفصيل يراجع: \* سعدي أو حيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص312.

\* الإقالة فسخ أم ماذا؟ على موقع [www.islamweb.net](http://www.islamweb.net) (تاريخ الزيارة 2009/04//15).

\* الحديث أخرجه ابن ماجة وأبو داود و البيهقي:

ابن ماجة، سنن ابن ماجة، مصدر سابق، ج2، كتاب الإجازات، باب الإقالة، حديث رقم 2199، ص741. \* أبو داود، سنن

أبي داود، مصدر سابق، ج2، كتاب الإجارة، باب فضل الإقالة، ص246. \* البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج6، ص27.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج8، ص134، 135. \* جمال طه العاقل، الرجوع في الهبة، مقال سابق، ص9.

<sup>3</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص63.

<sup>4</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص403. \* الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص418.

<sup>5</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص316. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص282.

<sup>6</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص129.

<sup>7</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص316.

ويرد على أدلتهم بالآتي:

\* أن قياس الهبة على الفسخ بخيار الشرط قياس مع الفارق لأنه إذا رجع استوف عين حقه فلم يحتج إلى تراض أو تقاض بخلاف الهبة التي صدرت بطيب نفس من الواهب لذا كان رجوعه غير مستوفيا فيتوقف على الرضا أو القضاء.<sup>2</sup>

\* أن اللجوء إلى التقاضي يكون في حالة عدم التراضي مع الموهوب له لحسم ما قد يحدث من منازعات بسبب الرجوع.

هذا وقد ورد عند المالكية أن رجوع الوالد في هبته لولده الكبير يكون بحضوره وموافقته على ذلك من باب قطع النزاع إذ قد يدعي ما يمنع الاعتصار وإلا فلأب أن يعتصرها جبرا عليه<sup>3</sup>، فيفهم من ذلك أن الاعتصار جبرا طريق استثنائي يلجأ إليه الوالد إذا لم يحضر ولده الكبير وكل ذلك قطعاً للنزاع، وقطع النزاع جبرا يكون لا محالة أنجع أمام القضاء، لأجل ذلك يترجح لنا ما ذهب إليه الحنفية.

### الفرع الثاني : طرق الرجوع قانونا

لم ينظم المشرع الجزائري طرق الرجوع في الهبة ولم يدرجها ضمن أحكام قانون الأسرة. وبالعودة إلى القضاء الجزائري نجد أن المحكمة العليا تبين في قراراتها ذات المبدأ. فقد ارتأت في البداية أن المادة 211 من قانون الأسرة لم تشترط على الأبوين أية طريقة عليهما انتهجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما لذلك صح الرجوع بموجب عقد توثيقي<sup>4</sup>.

ثم جاء قرار الغرفة التجارية والبحرية رقم 342915 المؤرخ في 2005/04/13 حاويا في حيثياته ما يأتي: " حيث أن قضاة المجلس اعتبروا أن العقد التوثيقي الذي تراجعت فيه الواهبة عن الهبة (التراجع كان بمحض إرادتها 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

<sup>1</sup> - ابن حزم ، المحلى ، مصدر سابق، ج9، ص129.

<sup>2</sup> - د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص90.

<sup>3</sup> - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص226.

<sup>4</sup> - كرس هذا المبدأ في القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 17 أكتوبر 2000 .

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>.

وتأسيساً على هذا القرار نخلص إلى أن نقض عقد الهبة وإزالة آثاره لا يكون إلا عن طريق دعوى قضائية. غير أن المحكمة العليا وفي أول اجتهاد قضائي في مادة الأحوال الشخصية أصدرت قراراً عن الغرفة المجتمعة رقم 444499 بتاريخ 23 فيفري 2009<sup>2</sup> جاء فيه: "حيث أنه بالرجوع إلى أسباب القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس بعد تعرضهم لطلبات ودفع الأطراف وخاصة قرار الغرفة التجارية و البحرية بنوا قضاءهم أساساً على أن الرجوع في الهبة لا يكون إلا عن طريق دعوى قضائية.

وحيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تنص على.....وحيث أنه لما كان ذلك فإن الأساس القانوني الذي اعتمده الجهة الإستئنافية يكون غير كاف لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث الذي كرس نهائياً حق الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمنت أحكاماً عامة، دوماً تحديداً للإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده.

و من هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب.

وحيث في الأخير يبقى القول أنه عند رجوع الأبوين في الهبة لولدهما دون اللجوء إلى القضاء فإن ذلك لا يمنع الموهوب له حال قيام أحد الموانع المذكورة وعلى سبيل الحصر بالمادة المشار إليها سابقاً من ممارسة حقه في رفع دعوى قضائية لطلب إبطال الرجوع.

وحيث إن قضاة الموضوع لما حكموا بإلغاء الحكم الصادر في تاريخ 2002/10/14 القاضي بإلغاء عقد البيع المؤرخ في 1998/05/23 ومن جديد برفض الدعوى اعتماداً على أن رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية فهم بذلك قد أسأؤوا فهم المادة 211 من قانون الأسرة وأخطؤوا بالتالي في تطبيقها معرضين بذلك قرارهم للنقض والإبطال".

وعليه فقد كرس هذا الاجتهاد نهائياً حق الرجوع في الهبة بموجب عقد توثيقي يرمه الواهب بإرادته المنفردة.

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2005 ، عدد 1، ص 179 وما بعدها .

<sup>2</sup> - غير منشور .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القرار رقم 626 الصادر عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 14/02/1994 تحت رقم 626 والتي اعتبرت الرجوع في الهبة كحق استثنائي خوله القانون للوالدين لا غير فيما يهبونه لأولادهم لا يحتاج إلى اللجوء إلى القضاء بل يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة منفردة إذا التمس منه أحد الوالدين ذلك، حتى يتم إلغاء الحق بنفسه الشكل الذي نشأ به<sup>1</sup>.

لكننا نعيب على ما ذهب إليه كل من المذكرة و المحكمة العليا بما يأتي:

(1) إن الهبة لا تنعقد بإرادة منفردة حتى يتم الرجوع فيها بذات الكيفية التي نشأت بها، فهي عقد يعقد بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له. وعليه فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإيجاب وقبول جديدين حتى يتسنى للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة<sup>2</sup>.

(2) أن ما ذهب إليه المذكرة و المحكمة العليا ينطبق على الرجوع في الوصية باعتبارها تصرف قانوني من جانب واحد، وأن الرجوع فيها يتم بإرادة الموصي المنفردة - كما سبق بيانه -

لذلك نعتقد أن الاجتهاد الصادر عن المحكمة العليا قد جانب الصواب فيما ذهب إليه.

وبناء على ما ذكرناه فإن رجوع الواهب في هبته تراضيا مع الموهوب له يشكل إقالة من الهبة<sup>3</sup>، ويعرف التقايل بأنه انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين، وهو عقد يتم بإيجاب وقبول جديدين<sup>4</sup>.

وعليه فالرجوع بالتراضي يتم في كافة الأحوال، سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو لم يكن. وكل ما يشترط فيه هو رضا الطرفين إذ لا يجوز التراجع في الهبة بإرادة الواهب المنفردة وتحرير عقد توثيقي بذلك. فالحالة الوحيدة التي يحق للموثق فيها تحرير عقد الرجوع في الهبة هي التراضي بين الطرفين.

و إذا لم يتراض الواهب والموهوب له على الرجوع في الهبة فلا يبقى أمام الواهب سوى اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة والمطالبة باسترداد العين الموهوبة .

الاستقامة

الاستقامة

الاستقامة

الاستقامة

الاستقامة

<sup>1</sup> - تراجع المذكرة رقم 626 الصادرة في : 14/02/1994 عن المديرية العامة للأموال الوطنية .

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، مرجع سابق ، ص 32 \* عمر حمدي باشا، بحوث قانونية مختلفة، مرجع سابق ، ص 142 وما بعدها . \*نورة منصور، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي تبسة، 2008، ص 87.

<sup>3</sup> - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، مرجع سابق ، ص 31.

<sup>4</sup> - د. صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 370.

ويتولى القضاء في هذه الحالة مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة والقيود الواردة فيها وعليه فالقضاء ييسر رقابته على ملف الدعوى قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة. وهو ما يؤكد أيضا عدم جواز القيام بذلك أمام الموثق لأن هذا من صميم أعمال القضاء.

ونقترح على المشرع أن يكرس هذا المبدأ بالنص صراحة على الرجوع بالتراضي والتقاضي بين المواد المنظمة لعقد الهبة، للتأكيد على ضرورة رضا الموهوب له بالرجوع لإبرامه أمام الموثق وإلا فليس للواهب إلا الطريق القضائي وذلك تفاديا لأخطاء السادة الموثقين .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الواهب قبل رفع دعوى الرجوع في الهبة التي محلها عقار يتعين عليه شهر العريضة الافتتاحية للدعوى المتعلقة بالرجوع لدى المحافظة العقارية وذلك تحت طائلة رفض الدعوى شكلا .

وقد نصت على ذلك المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها: " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا... ".

وقد تأكد هذا المبدأ بنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار، أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية ، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، ما لم يثبت إيداعها للإشهار ".

## **المطلب الثاني: آثار الرجوع في الهبة**

يرتب الرجوع في الهبة سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي آثارا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير. تتناولها في الفرعين الآتيين :

### **الفرع الأول: آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين**

يترتب على الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدين رد العين الموهوبة إلى الواهب، رجوع الواهب بالثمن ورجوع الموهوب له بالمصروفات .

وهو ما جعلنا نقسم الفرع إلى البنود الآتية:

**البند الأول: رد الموهوب إلى الواهب**

قدمنا 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>1</sup> وشافعية<sup>2</sup> وحنابلة<sup>3</sup> وظاهرية<sup>4</sup>. أما الحنفية<sup>5</sup> - كما سبق بيانه - 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 يفترق ذلك إلى القبض.

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

**الرأي الأول:** وبه قال جمهور الفقهاء<sup>6</sup> ومقتضاه أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب.

**الرأي الثاني:** وإليه ذهب الحنفية<sup>7</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 لها.

<sup>1</sup> - التاسولي، البهجة شرح التحفة، مدر سابق، ج 2، ص 228.

<sup>2</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 403.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 282.

<sup>4</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 129.

<sup>5</sup> - الكاساني، البدائع، مصدر سابق، ج 8، ص 134.

<sup>6</sup> - التاسولي، المصدر السابق، ج 2، ص 228. \* الشريبي، المصدر السابق، ص 403. \* ابن قدامة، المصدر السابق، ص

282. \* ابن حزم، المصدر السابق، ص 129.

<sup>7</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 82.

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<sup>1</sup> وهو ما يستلزم استرداد الواهب للمال الموهوب .

وجدير بالذكر أن الشيء الموهوب إذا هلك بفعل الموهوب له بعد أن تم الرجوع يكون ضامنا لذلك الهالك و يتعين عليه تعويض الواهب بقيمة العين الهالكة.

أما إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي فيقع الهلاك على الواهب إلا إذا كان قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الشيء الموهوب بعد الإعذار ، فالهلاك في هذه الحالة يقع على كاهل الموهوب له<sup>2</sup>.

### البند الثاني: رجوع الواهب بالثمار

يقصد بالثمار الزيادة الحادثة في الشيء الموهوب بعد قبضه<sup>3</sup> وتنقسم إلى قسمين منفصلة ومتصلة فأما **الثمار المنفصلة** بنوعيتها متولدة أو غير متولدة فهي تكون ملكا للموهوب له إذا أراد الواهب الرجوع وثبت حقه في ذلك، فالواهب يرجع في الأصل ويترك الزيادة للموهوب له لحدوثها على ملكه. ويظل الموهوب له مالكا للثمار حتى وقت الرجوع وهو وقت علمه برجوع الواهب عند الجمهور، ووقت التراضي على الرجوع أو وقت اللجوء إلى القاضي عند الحنفية.

واستدل الفقهاء على ملكية الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع بالحجج الآتية:

- أن الثمار المنفصلة لم يرد عليها العقد فجاز الرجوع في الأصل دونها<sup>4</sup> .
- أن هذه الثمار حدثت على ملك الموهوب له ومن الممكن فصلها وعليه كانت له إذا أراد الواهب الرجوع<sup>5</sup> .
- أن الثمار المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسوخ فلا تتبعه هنا<sup>6</sup> .

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات ، مرجع سابق ، ص 37 . د. السنهوري ، الوسيط، مرجع سابق ، ج 5، ص 209 .\*

بدران أبو العينين بدران ، الموارث والهبة والوصية ، مرجع سابق ، ص 255 . \* أنور طلبية، دعوى التعويض ، مرجع سابق ، ص 432 .  
\* د. محمد كمال مرسي باشا ، العقود المسماة ، مرجع سابق ، ج 2. ص 201 .

<sup>2</sup> - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 209.

<sup>3</sup> - د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 97.

<sup>4</sup> - السرخسي، المسبوط، مصدر سابق، ج 11، ص 88. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 403.

<sup>5</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 167. \* المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج 3، ص 255.

<sup>6</sup> - البهوتي ، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 315. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 280.

وأما الثمار المتصلة فهي تكون للموهوب له عند الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية لهم لأنها أساسا تمنع الواهب من استرجاع هبته - كما سبق بيانه -

وتكون ملكا للواهب عند الشافعية لأنها لا تمنع رجوعه في هبته، وعليه فهي ملك له تبعا للأصل لعدم إمكان فصلها<sup>1</sup>.

هذا وقد وافق القانون - إعمالا للقواعد العامة - ما ذهب إليه الحنفية، وعليه فلا يسترد الواهب الثمرات إلا من يوم الإتفاق على الرجوع أو من يوم رفع دعوى الرجوع في الهبة.

وبناء عليه يكون ما جناه الموهوب له قبل الرجوع ملكا له لأنه تبع لملكه الأصلي للشيء الموهوب، فإذا رجع الواهب لم يكن مسؤولا على رده<sup>2</sup>.

وختاما ما نقترح على المشرع أن يدرج نصا خاصا بين أحكام الهبة ينص صراحة على أن رد الثمرات يكون من وقت الإتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى.

### البند الثالث: رجوع الموهوب له بالمصرفات

قبل رجوع الواهب في هبته تكون الثمار ملكا للموهوب له وعليه فكل ما يصرفه الموهوب له على ملكه لا يحق له الرجوع به على الواهب إذا قرر استرداد هبته. أما بعد الرجوع فالشيء الموهوب يعود ملكه إلى الواهب وعليه يحق للموهوب له الرجوع عليه بما أنفقه من مصرفات من وقت الرجوع<sup>3</sup>. وتلك المصرفات قد تكون ضرورية أو نافعة أو كمالية<sup>4</sup>.

1) **المصرفات الضرورية:** كإسقاط حائط يهدد بسقوط المنزل الموهوب، وعليه فهي المصاريف التي أنفقت من أجل الحفاظ على الشيء الموهوب وصيانته، ومن حق الموهوب له أن يرجع بها كلها على الواهب.

<sup>1</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص403. \* المرادوي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص418.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص38. \* د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص209.

<sup>3</sup> - من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي جعل الغنم في مقابل الغرم، وهي القاعدة المطبقة على الرجوع في الهبة. فقبل الرجوع يكون الغنم مقابل الغرم فيحتمل الموهوب له كل المصاريف لكن بعد الرجوع يزول الغنم فيزول معه الغرم ويعود الموهوب له على الواهب بكل ما أنفقه من وقت الرجوع.

ينظر: د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص101.

<sup>4</sup> - د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج5، ص209. \* عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص38، 39.

**2) المصروفات النافعة:** هي التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب وكان من شأنها الزيادة في قيمته ومنفعته، كسواء ما هو لازم من آلات لاستعمالها في الأرض الموهوبة قصد استصلاحها بطرق أنجع. فهنا يرجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين: المصروفات التي أنفقها أو ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات.

**3) المصروفات الكمالية:** وهي التي أنفقها الموهوب له على تحميل العين الموهوبة وزخرفتها، كتعليق أدوات زينة على أسقف وحوائط المنزل الموهوب. وحكم هذه المصاريف هي أن يتحملها الموهوب له وليس له الرجوع بها على الواهب.

ولكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت شرط أن يعود الشيء إلى حالته الأولى. هذا ما لم يختر الواهب استبقاءها للإنتفاع بها مع دفع قيمتها.

### الفرع الثاني: آثار الرجوع بالنسبة للغير

لم يبحث الفقهاء 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<sup>1</sup>.

وعليه فالرجوع في الهبة من الناحية الفقهية والقانونية ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير، سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي، إذ تجب حماية حقوق الغير حسن النية<sup>2</sup> نزولا عند المبادئ العامة للفقهاء والقانون. وتطبيقا لذلك وجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا أو كان قد رتب عليه حقا عينيا. ويختلف الحكم في الحالتين على النحو الآتي:

#### البند الأول: التصرف في المال الموهوب تصرفا نهائيا قبل الرجوع في الهبة

لا تؤثر فكرة الأثر الرجعي للرجوع على حقوق الغير في هذه الحالة لأن الهبة أصبحت لازمة بقيام مانع من موانع الرجوع ألا وهو تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا. وعليه يمتنع الرجوع في هذه الحالة سواء كان التصرف بيعا أو هبة أو وقف، أو غيره من التصرفات الناقلة للملكية، لذلك كان من الأصح أن يقال أن الرجوع ممتنع بدل أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، مرجع سابق، ص 177.

<sup>2</sup> - د. محمد حسن بودي، موانع الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 104.

<sup>3</sup> - د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 212. \* عمدهدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 33.

البند الثاني: ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير

قد يقتصر تصرف الموهوب له بترتيب حق عيني على الشيء الموهوب كحق الرهن أو الارتفاق أو الانتفاع، وفي غياب النص القانوني فلا مناص من تطبيق القواعد العامة في هذا المجال.

1) إذا كان الشيء الموهوب عقارا: ورتب الموهوب له عليه حقا عينيا للغير وتم الرجوع في الهبة نميز هنا بين حالتين:

أ- ترتيب الحق العيني قبل شهر دعوى الرجوع: إذا كان حق الغير على العقار قد ترتب قبل شهر العريضة الافتتاحية المتضمنة طلب الرجوع في الهبة فإن الموهوب له يسترد العقار الموهوب مثقلا بالحق العيني المترتب للغير.

ب- ترتيب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع: إذا ترتب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة في المحافظة العقارية، فإن حق الغير لا يسري في مواجهة الواهب الذي يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير، ولهذا الأخير الرجوع على الموهوب له بالتعويض وفقا للقواعد العامة<sup>1</sup>.

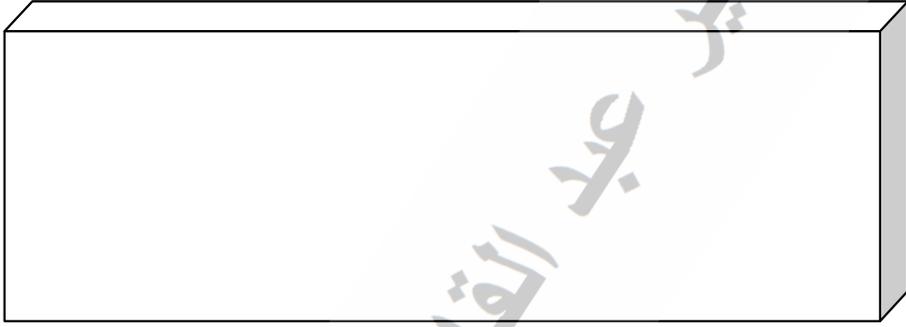
2) إذا كان الشيء الموهوب منقولاً: ورجع الواهب في هبته بالتراضي مع الموهوب له، فلا يكون لهذا الرجوع أثر على حقوق الغير والتي تظل نافذة بالنسبة للواهب، وعليه فهو يسترد المنقول محملا بحقوق الغير. أما إذا كان الرجوع بالتقاضي فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعي حتى بالنسبة للغير، ولهذا يسترد الواهب المنقول خاليا من حقوق الغير<sup>2</sup>.

وأخيرا نهيى بالمشرع أن يفصل أحكام الرجوع في الهبة، ويخصص فصولا للموانع والآثار والطرق على غرار نظيره المصري ولا يترك ذلك للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، مرجع نفسه ، ص42.

<sup>2</sup> - د. السنهوري، المرجع السابق ، ص213. \* د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، مرجع

سابق، ص191.



## أحكام الرجوع في الوقف

إن البحث في صفة الوقف يفرض علينا بدلة بيان مفهومه ، و  
تحديد طبيعته ، و من ثم الخوض في مدى لزومه للوصول إلى  
رأي حاسم في مدى جواز نقضه و استرداده.  
بناء عليه قسمنا الفصل إلى مبحثين:  
المبحث الأول: مفهوم الوقف.  
المبحث الثاني: مدى جواز الرجوع عن الوقف.

## مفهوم الوقف

:

تنصب دراستنا في هذا المبحث حول تعريف الوقف و بيان مفهومه في نظر الفقه الشرعي ثم في نظر الإصطلاح القانوني ، و من خلال ذلك نحاول معالجة طبيعته فهل هو تصرف بإرادة منفردة أم أن له طبيعة عقدية ؟

و قبل الخوض في ذلك جدير بالذكر أن الوقف لغة مصدر من الفعل وقف ، فيقال وقفت الشيء أفقه وقفا و لا يقال أوقفت إلا على لغة رديئة<sup>1</sup> . كما يقال وقف الدابة أي جعلها تقف و منعها من السير .  
ج و الوقف بهذا المعنى اللغوي مذكور في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾<sup>2</sup> ، و قوله أيضا : ﴿ وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ ﴾<sup>3</sup> .  
و الوقف و الحبس بمعنى واحد ، و الحبس ضد التخلية ، و الحبس بالضم هي ما وقف ، و وقف الأرض على المساكين أي حبسها و جعلها في باب البر و الإحسان<sup>4</sup> .

### المطلب الأول: مفهوم الوقف في الاصطلاح الشرعي

اختلف الفقهاء قديما و حديثا في معنى الوقف فلم تتفق كلمتهم على تعريف موحد له تبعا لاختلاف اجتهاداتهم في القياس عليه<sup>5</sup> . و رغم ذلك كانت تعاريفهم متقاربة من حيث المقصد من إنشاء الوقف و دوره التكافلي<sup>6</sup> .

<sup>1</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج 6 ص 4898 ، مادة وقف .

<sup>2</sup> - الصافات : 24

<sup>3</sup> - سبأ : 31

<sup>4</sup> - الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مصدر سابق ، ج 3 ص 199 ، مادة وقف . \* ابن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الجليل لبنان ، ط 1991 ، ج 1 ، ص 139 . \* د. قلعه جي ، د. قنبي ، معجم لغة الفقهاء ، مرجع سابق ، ص 508 .

<sup>5</sup> - د. ابراهيم محمود عبد الباقي ، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني ، مجلة الأوقاف ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت ، ط 1 ، 2006 ، ص 25 .

<sup>6</sup> - د. مصطفى أحمد الزرقاء ، أحكام الوقف ، دار عمار ، الأردن ، ط 2 ، 1998 ، ص 9 . \* عبد القادر بن عزوز ، فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام ، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله ، كلية العلوم الانسانية ، الجزائر ، 2004 ، ص 23 .

و قد انقسمت آراء الفقهاء في دلالة الوقف إلى اتجاهات ثلاثة، إلا أنها لم تبين بوضوح و جلاء طبيعة الوقف الأمر الذي جعلنا نقسم المطلب إلى فرعين يتناول الأول تعاريف الفقهاء للوقف و نعالج في الثاني طبيعته.

### الفرع الأول: تعاريف الفقهاء للوقف

سبق البيان أن للوقف شرعا تعاريف ثلاثة نتناولها في البنود الآتية:

#### البند الأول: تعريف الوقف عند أبي حنيفة

هو " حبس العين على ملك الواقف و التصديق بالمنفعة"<sup>1</sup>. و بناء عليه فالوقف عند أبي حنيفة لا يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه، بل يظل على ملكه يجوز له التصرف فيه بشتى أنواع التصرفات فإذا مات كان ميراثا لورثته<sup>2</sup>، لأن كل ما يترتب عن الوقف هو التبرع بالمنفعة<sup>3</sup>. و قد استدل أبو حنيفة على رأيه بدليلين هما:

الأول: قوله صلى الله عليه و سلم: "لا حبس عن فرائض الله"<sup>4</sup>.

فلو كان الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك الواقف لكان حبسا عن فرائض الله لأنه يحول بين الورثة و بين أخذ نصيبهم المفروض<sup>5</sup>.

الثاني: قوله صلى الله عليه و سلم لعمر رضي الله عنه: "إذا شئت حبست أصلها و تصدقت بها"<sup>6</sup>. فالمقصود هو أن يكون الحبس على ملكه و التصديق بالثمرة و إلا لكان مسبلا جميعا، و بذلك يكون الملك في الوقف باق في ذمة الواقف لأن الغرض منه هو التصديق بالغلة و هو أمر لا يمكن تصوره إلا إذا بقي الأصل على ملك الواقف<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص375\* المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15\*

السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص27.

<sup>2</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، ط2، د.ت، ج6، ص200

<sup>3</sup> - د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص303

<sup>4</sup> - البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، كتاب الوقف، باب من قال لا حبس عن فرائض الله، ج6، ص163. و هذا الحديث فيه ابن

لهيعة و أخوه عيسى و هما ضعيفان.

<sup>5</sup> - المرغيناني، المصدر السابق، ص15\*. د. وهبة الزحلي، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص154.

<sup>6</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد2، ج3، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، حديث رقم 2772، ص266

<sup>7</sup> - الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص326.

### البند الثاني: تعريف الوقف عند المالكية

يؤثر الملكية إطلاق لفظ الحبس على لفظ الوقف في عرضهم لأحكام الوقف، واستعمال كلمة الحبس على الأوقاف في الغرب الإسلامي أكثر شيوعاً من كلمة الأوقاف<sup>1</sup>.

وقد عرف المالكية الوقف بأنه: "إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه و لو تقديراً"<sup>2</sup>.

فقولهم: "إعطاء منفعة" قيد أخرج به إعطاء الذات كالمهبة، و أما إضافة لفظ "الشيء" بدل "المال" فلأن الشيء أعم.

و بهذا التعريف يلتقي المالكية مع الإمام أبو حنيفة في بقاء ملك العين للواقف، لذلك أجاز المالكية الوقف المؤقت<sup>3</sup>، فالعين لا تزال باقية على ملك الواقف المعطي و لو تقديراً.

ولكنهم يختلفون عنه في قطع حق التصرف في العين الموقوفة، فالوقف عندهم لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف و إنما يقطع حق التصرف فيها تصرفات ناقلة للملكية و يلزمه بالتصدق بمنفعتها.

هذا و يتميزون عنه أيضاً في أن الوقف متى كان مؤبداً فإنه لا ينتقل بالميراث<sup>4</sup>، و قد احتج المالكية على بقاء الملك العين الموقوفة للواقف بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم في وقف عمر رضي الله عنه - السابق ذكره في أدلة أبي حنيفة - فقالوا أن هذا الحديث لم يتعرض لأصل الملك في الموقوف و الملك كان ثابتاً للواقفين بيقين فلا يزول عنه إلا بالدليل، و قد غاب الدليل.

و على هذا يكون الوقف حسب الفكر المالكي ملكاً للواقف محرم عليه التصرف في رقبته و واجب

<sup>1</sup> - د. أبو عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، الوقف مفهومه و مقاصده، ندوة المكتبة الوقفية في المملكة العربية السعودية، على موقع <http://iepedia.com/arab/?p=10234>

<sup>2</sup> - الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، ج2، ص539\* الخرخشي، الخرخشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج7، ص78\* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص18. و جاء في أقرب المسالك: "الوقف جعل منفعة و لو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس مندوب". ينظر: الدردير، أقرب المسالك، مكتبة الرحاب الجزائر، دط، 1987، ص165.

<sup>3</sup> - الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2002، ج7، ص136\* د. إبراهيم محمود عبد الباقي، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني، مرجع سابق، ص27\* عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، رسالة سابقة، ص23.

<sup>4</sup> - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص156\* د. وهبة الزحيلي، الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص156\* د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص304.

عليه التصديق بثمرته و منفعته على الجهة الموقوف عليها<sup>1</sup>.

### البند الثالث: تعريف الوقف عند الجمهور

و هم صاحباً الإمام أبو حنيفة (الإمام محمد و الإمام يوسف)<sup>2</sup> و الشافعية<sup>3</sup> و الحنابلة في الأصح من المذهب<sup>4</sup>.

فقد عرف الإمامان محمد و أبو يوسف الوقف بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى"<sup>5</sup>. فالوقف عندهما ينقل ملكية العين الموقوفة من ملك الواقف و الموقوف عليه إلى ملك الله تعالى، أضف أنه يقطع التصرف في العين الموقوفة<sup>6</sup>.

و أما الشافعية فقد أوردوا تعريفاً للوقف مفاده: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"<sup>7</sup>.

و هو ما يؤكد انتقال العين الموقوفة إلى ملك الله تعالى فيقطع حق التصرف فيها، كما يسقط حق الإرث إذا مات الواقف<sup>8</sup>.

و لم يتعد تعريف الحنابلة للوقف عن هذا المعنى، فقد جاء في المغني: "الوقف تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة"<sup>9</sup>. و ورد في كشف القناع: "تحبیس مالك، مطلق التصرف، ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف و غيره في رقبته، يصرف ربه إلى جهة بر، و تسبیل المنفعة تقرباً إلى الله"<sup>10</sup>.

و بناء على ما ذكر فإن جمهور الفقهاء يرون أن الوقف بعد تمامه يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه، و يمنعه من التصرف في العين الموقوفة تصرف الملاك بتمليكها للغير سواء كان ذلك بعوض أو من غير عوض، و إذا مات فلا يورث عنه<sup>1</sup>، و يلزمه التبرع بره على جهة وقفية، و يصير وقفه ملكاً لله تعالى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 1994، ج2، ص186.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص28\* ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص200.

<sup>3</sup> - الرملي، تحاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص358.

<sup>4</sup> - المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص03.

<sup>5</sup> - المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15.

<sup>6</sup> - هشام أسامة منور، الوقف تمويله و تنميته، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2005، ص26.

<sup>7</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص376.

<sup>8</sup> - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص441. \*د. منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره إدارته تنميته، دار الفكر، سوريا،

ط1، 2001، ص57.

<sup>9</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص185.

<sup>10</sup> - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص240.

و جدير بالإشارة هنا إلى أن الحنابلة قد ذكروا رواية ثانية للإمام أحمد مفادها خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، و منعه من التصرف فيه و انتقال الملكية للموقوف عليهم، لكن مع حرمانهم من التصرف فيه<sup>3</sup>.

و صفوة القول أنه من خلال التعريفات الفقهية المختلفة يمكننا استخلاص الحقائق الشرعية الآتية:

**أولاً:** أن الفقهاء متفقون ماعدا أبو حنيفة على أن الوقف يخرج الشيء الموقوف من تصرف الواقف.

**ثانياً:** أن المذاهب الثلاثة (الحنفية و الشافعية و الحنابلة) تتفق في أن تأييد العين الموقوفة شرط من شروط الوقف و يخالفهم في ذلك المالكية إذا الحبس عندهم مؤقت و مؤبد.

**ثالثاً:** أن الملك في الوقف يظل في ذمة الواقف عند أبي حنيفة و المالكية، في حين يؤول الملك لله تعالى عند الجمهور، و للموقوف عليهم في رأي ثان للحنابلة<sup>4</sup>.

هذا و نميل إلى ترجيح رأي الجمهور في نقل ملكة المال الموقوف لله تعالى مع منع التصرف فيه و ذلك استناداً للحجج الآتية:

■ أن ابقاء الملك للواقف و منعه من حرية التصرف فيه بجميع وجوهه يعد ملكاً صورياً أجوفاً، و ما لهذا شرع الملك أصلاً في الإسلام، لأن حرية التصرف هي جوهر معنى الملك، و نقض هذه الحرية نقض للملك من أساسه<sup>5</sup>.

■ أن القول بزوال الملك في الموقوف عن المالك ليصبح على حكم ملك الله سبحانه و تعالى مثقلاً بحق الجهة الموقوف عليها في الإنتفاع أقرب إلى مقصد الشارع و تحقيق المصلحة العامة، فالوقف يبني على فعل روحاني مرتبط بالعقيدة و نيل الثواب فكان الدافع الأسمى و الأول في أوقاف المسلمين تحقيق طاعة الله و التقرب إليه سبحانه<sup>6</sup>.

وقد علل بعض المعاصرين اختلاف الفقهاء في تعريف معنى الوقف شرعاً بأحد الأمور الآتية:

<sup>1</sup> - د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص 306.

<sup>2</sup> - د. إبراهيم محمود عبد الباقي، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 189.

<sup>4</sup> - عبد الله بن الشيخ المحفوظ، أثر المصلحة في الوقف، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة 12، عدد 47، 2000، ص 8.

<sup>5</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 187.

<sup>6</sup> - د. نوبي محمد حسن، قيم الوقف و النظرية المعمارية (صياغة معاصرة)، مجلة الأوقاف، الأمانة، الكويت، السنة الخامسة، العدد 8،

- الخلاف في طبيعة العقد فجاء كل تعريف معبرا عن وجهة نظر صاحبه<sup>1</sup>.
- الخلاف في التكييف الفقهي للوقف و تصور حقيقته<sup>2</sup>.
- وصول أحاديث و آثار واردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة بطريق سليم دون بعضهم الآخر.
- اختلافهم في فهم ما تدل عليه تلك الأحاديث و الآثار<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة الوقف

يلاحظ على تعاريف الفقهاء المختلفة للوقف أنها لم تبين بوضوح طبيعته، فهل هو تصرف بإرادة الواقف المنفردة أم أن له طبيعة عقدية؟.

و عليه يقتضي الأمر أن نبحث في أركانه، فهل ينعقد بمجرد الإيجاب أم لا بد له من قبول يقترن به؟ و هل تكفي الصيغة وحدها لانعقاده؟.

إجابة على هذا التساؤل قسمنا الفرع إلى البندين الآتيين:

#### البند الأول: الصيغة

جدير بالذكر أن للصيغة في الوقف شروط يجب أن تسوفيها<sup>4</sup>، و تلك الشروط هي:

- أن تكون جازمة: فإذا كانت الصيغة وعدا لم تكن صالحة لإنشاء الوقف .
- أن تكون منجزة: فقد ذهب جمهور الفقهاء (حنفية، شافعية و حنابلة) إلى أن الوقف لا يصح معلقا، في حين أجاز المالكية الوقف بالصيغة المعلقة أو المضافة إلى المستقبل.

<sup>1</sup> - د. العياشي الصادق فداء، محمود أحمد مهدي، الإتجاهات المعاصرة في تطوير الإستثمار الوقفي، المعهد الإسلامي للبحوث السعودية، د ط، 1995، ص 16.

<sup>2</sup> - د. عبد الستار ابراهيم الهيقي، الوقف و دوره في التنمية، مركز البحوث و الدراسات، قطر، ط 1، 1995، ص 14-15.

<sup>3</sup> - د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص 307.

<sup>4</sup> - للتفصيل يراجع: ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 6، ص 200 \* المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج 3، ص 17 \* الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 3، ص 327. \* الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 5، ص 455 و ما بعدها. \* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 154. \* الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 375.

\* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 1، ص 441. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 242 و ما يليها. \* أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، ط 2، 1979، ص 70 و ما بعدها. \* هشام أسامة منور، الوقف تمويله و تنميته، مرجع سابق، ص 40-41. \* د. مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 44 و ما بعدها.

- التأييد: إذ لا يصح الوقف مؤقتا عند جمهور الفقهاء فلم يخالف في ذلك غير المالكية الذين أجازوا إنشاء الوقف بالصيغة المؤقتة.
  - بيان مصرف الوقف: إذ يشترط الحنفية و الشافعية بيان مصرف الوقف في الصيغة، في حين ذهب أبو يوسف و المالكية و الحنابلة إلى عدم اشتراط بيانها.
- و بعد أن تستوفي الصيغة شروطها نتساءل عن جوهرها، فهل تعتبر مجموع الإيجاب و القبول أم أنها تتحقق بالإيجاب منفردا؟
- لقد اتفق الفقهاء<sup>1</sup> على أن الوقف من التصرفات التي تتحقق بإرادة واحدة و معنى ذلك أن ركن الوقف هو الإيجاب من الواقف وحده، و أما القبول من الموقوف عليه فليس بركن، فصيغة الوقف هي كل ما يصدر من الواقف دالا على إنشاء الوقف لفظا كان أو فعلا أو إشارة.
- فاللفظ كقول الواقف وقفت داري على مسجد بلدي هذا أو غير ذلك مما يدل على حبس العين و لتصدق بغلتها أو ثمرتها، و أما الفعل فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف به، كالإذن بالصلاة في وقف المساجد و الدفن في المقبرة و يكفي في الإذن التخلية بين الشيء و بين الناس للانتفاع به .
- و أما الإشارة فلا يشترط فيها إلا كونها معبرة عن المقصود منها و صادرة على غير القادر على الكلام كالأخرس.
- و بعد اتفاق الفقهاء على أن القبول ليس ركنا في الوقف لا يتحقق إلا به، أجمعوا كذلك على أنه ليس شرطا في الصحة و لا في الاستحقاق فيه إذا كان الموقوف عليه غير معين، فمن وقف عمارته على الفقراء مثلا صح الوقف بعبارة و ثبت استحقاق الموقوف عليهم بإيجاب الواقف وحده دون توقف على قبول جميع الفقراء.

و اختلف الفقهاء في مدى اشتراط القبول إذا كان الموقوف عليه معينا على النحو الآتي:

<sup>1</sup> - الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص238\* ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205.  
 \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص375\* المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15 .  
 \* التاسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1998، ج2، ص370-371. \* الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص383. \* البهوتي، كشف الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص252. \* د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص324. \* د. وهبة الزحيلي، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص159. \* محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص54. \* د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص245. \* محمد عيسى، فقه الوقف و إدارته في الإسلام، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، الجزائر، 1999، ص11-12.

ذهب الحنفية إلى أن القبول ليس بشرط لا في صحة الوقف و لا في استحقاقه، فإذا صدرت الصيغة من الواقف صحيحة استحق الموقوف عليه المعين الثمرة و الغلة، و إن لم يصدر منه قبول أي سكت، لكنه إذا رده بطل استحقاقه، و إذا بطل استحقاقه انتقل الحق إلى من جعله الواقف مستحقا من بعده مع بقاء الوقف صحيحا<sup>1</sup>.

أما المالكية فالقبول من المعين عندهم شرط في صحة الوقف، و في استحقاقه إذا كان المعين أهلا للقبول، فإن لم يكن أهلا لذلك قبل عنه وصيه أو القيم عليه أو وليه، فمتى صدر القبول صح الوقف و ثبت الإستحقاق، أما إذا رده فإن الوقف يبطل في حقه و ينتقل الإستحقاق للفقراء و المساكين سواء كان ذلك في حياة الواقف أو بعد موته<sup>2</sup>.

و ذهب الشافعية<sup>3</sup> إلى أن القبول ليس شرطا لانعقاد الوقف و إنما شرط لاستحقاقه على الأصح عندهم، و ذهبوا في رأي آخر لهم أنه ليس بشرط صحة و لا استحقاق لأن الوقف يصح و يستحق بمجرد القبول أي بإيجاب الواقف المنفرد.

أما الحنابلة فكان لهم قولان: أحدهما يشترط القبول الصريح للإستحقاق، فإن لم يقبل الموقوف عليه المعين فإنه لا يستحق شيئا، و إن رده بطل حقه، و كذلك إذا سكت لأن الوقف تبرع لآدمي فكان أشبه بالهبة و الوصية، و لما كان المك فيهما للمعين لا يثبت إلا بالقبول فكذلك الوقف.

و ثانيهما و هو الصحيح من المذهب فيعتبر أن القبول ليس شرطا للإستحقاق لأن الوقف إزالة ملك بمنع التصرفات من بيع و هبة و غيرها، فلا يعتبر فيه القبول، و القياس على الهبة و الوصية قياس مع الفارق لأن الوقف لا يختص بالمعين وحده بل له و لمن بعده بخلاف الهبة و الوصية فإنهما مختصان بالموصى له و الموهوب له فلزم فيهما القبول<sup>4</sup>.

و بناء على ما تقدم، فلا خلاف بين الفقهاء في أن ركن الوقف هو الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف، و عليه فالوقف كالوصية تصرف يتم بارادة واحدة هي إرادة الواقف نفسه و التي يعبر

<sup>1</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص242.

<sup>2</sup> - التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص371.

<sup>3</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص383. \* الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص442.

<sup>4</sup> - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص254. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص189. \* د. محمد مصطفى

شليبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، مرجع سابق، ص326. \* د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة

الإسلامية، مرجع سابق، ص246

عنها بإيجاب الواقف. و إن كان الفقهاء قد أطلقوا على الوقف لفظ العقد في ثنايا مصادرهم فذلك إعمالاً لمعنى التقوية و العهد فيه أي تكريساً للمعنى العام له لا الخاص كما سبق بيانه في الوصية.

### البند الثاني: القبض

هل يكفي إيجاب الواقف بالوقف لإنعقاده و ثبوت الملك فيه أم لابد من أن يتم قبضه و حوزة؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل فكان لهم قولان:

#### الفقرة الأولى: اشتراط القبض لتمام الوقف

و على ذلك ذهب الحنفية و المالكية و الحنابلة في إحدى الروايتين.

فالإمام أبو حنيفة و الإمام محمد<sup>1</sup>؛ يقولان بعدم زوال الوقف حتى يجعل له وليا و يسلم إليه، و يرى المالكية<sup>2</sup> أن الحيابة شرط في صحة الحبس، فالوقف إن لم يحزه الكبير الذي وقف عليه يعد باطلاً، و أما الصغير فيحوز عنه وليه فإن كان مميزاً فحوزه كاف على المعتمد من المذهب.

و الحيابة المطلوبة عند المالكية قد تكون حسية و قد تكون حكمية، فالحسية هي ما كان التسليم فيها فعلياً و الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجوراً تحت ولاية الواقف فالحيابة في هذه الحالة تتحقق بأشهاد الولي على الوقف على محجوره و صرف الغلة كلها أو بعضها على مصارفه، و ألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكنى الواقف، فإن كانت كذلك فلا تصح الحيابة، و إذا شغل النصف بطلت الحيابة فيه و صحت في النصف الآخر.

و أما الحنابلة في أحد اتجاهاتهم<sup>3</sup> فالوقف يقع باطلاً عندهم إن لم يخرج من يد الواقف فهو لا يلزم إلا بالقبض و يتحقق ذلك بالتسليم إلى الناظر أو الموقوف عليه المعين.

هذا و تجرد الإشارة إلى أن أصحاب هذا الرأي متفقون على أن الحوز و القبض في وقف المسجد يتحقق بتخليته للناس فلا يشترط فيه التسليم لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط

حق العبد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 33. \* الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج 3، ص 325.

<sup>2</sup> - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج 7، ص 84. \* الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج 7، ص 144.

\* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 5، ص 464. \* التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سلبق، ج 2، ص 370. \* أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 65. \* زهدي يكن، أحكام الوقف، المطبعة العصرية، لبنان، ط 1، د ت، ص 62.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 188. \* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج 7، ص 36-37.

و يستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

- أولاً: قياس الوقف بالصدقة المنفذة، فلما كان التسليم شرطاً لصحتها كان في الوقف كذلك<sup>2</sup>.
- ثانياً: أن الوقف تبرع بمال و لا يخرج عن الملكية مجرد القول و إنما يتحقق التبرع فعلاً بإخراجه من يد مالكة الواقف<sup>3</sup>.
- ثالثاً: أن التملك من الله لا يتحقق قصداً لأنه مالك الأشياء، و لكنه يثبت ضمن التسليم إلى العبد كما في الزكاة<sup>4</sup>.

**الفقرة الثانية: عدم اشتراط القبض لتمام الوقف**

و هو ما قال به أبو يوسف و الشافعية و الحنابلة في ثاني روايتهم الظاهرية.

فالوقف عند أبي يوسف<sup>5</sup> يزول بمجرد القول، و لا يفتقر إلى التسليم، و هو ما يراه الشافعية<sup>6</sup> بدورهم بأن الوقف يلزم بمجرد التلفظ به و لا يحتاج إلى القبض، كما يذهب الحنابلة<sup>7</sup> في اتجاههم الثاني إلى أنه لا يشترط إخراج الوقف عن يد الواقف لتمامه. ويرى الظاهرية أن ترك الحيابة لا يبطل الوقف<sup>8</sup>.

و استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

- أولاً: حديث الرسول صلى الله عليه و سلم لعمر رضي الله عنه: إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها<sup>9</sup> لم يرد فيه أمر بالإقباض و التسليم<sup>10</sup>.
- ثانياً: قياس الوقف بالعتق، لأن الوقف إسقاط للملك و عليه صح بمجرد القول فلا يفتقر إلى

<sup>1</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص21. \* الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج5، ص464

\* المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج7، ص37.

<sup>2</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص375.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص188.

<sup>4</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205.

<sup>5</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص33. \* المرغيناني، المصدر السابق، ص15.

<sup>6</sup> - الماوردى، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص372. \* الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص383. \* د. وهبة

الزحيلي، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص171. \* عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج10، ص433.

<sup>7</sup> - المرادوي، المصدر السابق، ص36.

<sup>8</sup> - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص185.

<sup>9</sup> - سبق ترخيصه في ص146.

<sup>10</sup> - الماوردى، المصدر السابق، ص372. \* الشريبي، المصدر السابق، ص383.

القبض<sup>1</sup>.

● **ثالثاً:** أن الوقف تبرع يمنع البيع و الهبة و الميراث، فيلزم بمجرد أي بالعبارات الدالة عليه من غير اشتراط القبض<sup>2</sup>.

● **رابعاً:** أنه لا يمكن قياس الوقف على الصدقة المنفذة و الهبة، لأن فيهما تمليك العين للمتصدق عليه و الموهوب له و الوقف ليس كذلك عند الأكثرين<sup>3</sup>.

وحوصلة القول أن الوقف عند الفقهاء تصرف إرادي محض و إن أطلقوا عليه لفظ العقد فالمفهوم العام له، و هو تصرف من نوع خاص يترتب عليه انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الشخصية الحكيمة بحكم الشرع<sup>4</sup>.

فأحكام الوقف في الإسلام تقوم على أساس إعتبار الوقف مؤسسة ذات شخصية حكيمة لها ذمة مالية مستقلة<sup>5</sup> و أهلية لثبوت الحقوق لها و عليها .

فالوقف شخص معنوي له وجود شرعي يبيح التعامل مع الناس بواسطة ممثله و هو المتولي أو ناظر لحفظ الوقف و عمارته و تحصيل ريعه و صرفه في جهاته، كما عليه رعاية الأعيان الموقوفة و إدارة شؤونها و إستغلالها و إجراء العمارة اللازمة و صرف غلتها إلى المستحقين، كل ذلك من أجل تحقيق الغاية و المقصد من تشريع الوقف<sup>6</sup>.

## المطلب الثاني: مفهوم الوقف في الإصطلاح القانوني

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 33. \* المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج 3، ص 15.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 188.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 66.

<sup>4</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 232.

<sup>5</sup> - د. أحمد الزرقاء، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 25.

<sup>6</sup> - حنيفة زايدي، الدور الإقتصادي لمؤسسة الزكاة و الوقف، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عيد القادر

قسنطينة، 2004، ص 169.

إن أول تقنين جزائري نظم الأملاك الوقفية هو المرسوم التنفيذي رقم 64-283 المؤرخ في 07 أكتوبر 1964 و المتضمن الأحكام الحبسية العامة<sup>1</sup>، و لقد صنف الأملاك الوقفية إلى قسمين: أحباس عمومية و أحباس خاصة.

غير أن هذا المرسوم و نتيجة لغياب ما يركز إليه من تقنيات أساسية في تلك الحقبة الزمنية كالقانون المدني أو قانون الأسرة بقي مجرد حبر على ورق فلم تكفل أحكامه الحفاظ على الوقف و السيطرة على آلياته<sup>2</sup>.

و استمر الوضع على ما هو عليه حتى صدور الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 و المتضمن الثورة الزراعية؛ و الذي أدمج الأراضي الموقوفة المعدة للزراعة ضمن صندوق الثورة الزراعية، فتم الإستيلاء حجم هائل من الأوقاف العمومية الأمر الذي صعب إسترجاعها فيما بعد، إضافة إلى إثباتها و إكتشاف معالمها<sup>3</sup>.

و ظل الوقف في الجزائر من غير إطار مفاهيمي يضبط التصرفات الوقفية إلى غاية صدور قانون الأسرة 11/84 سنة 1984 و الذي نظم أحكام الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات و ذلك في المواد 213 إلى 220. لكن ما يؤخذ على أحكام قانون الأسرة هو أنها أحكام عامة نصت على أن قف تبرع و جعلت قواعده مشاهجة لتلك المنظمة للهبه و الوصية<sup>4</sup>، فلم تحدد مفهوما واضحا يصنف الوقف ضمن أصناف الملكية.

و عليه فلم يتضح الإطار القانوني للأملاك الوقفية إلا بموجب القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 و المتضمن التوجيه العقاري<sup>5</sup> حيث اعتبرت الأملاك الوقفية صنفا قائما بذاته إلى جانب الملكية الوطنية و الملكية الخاصة، و هو ما تؤكد صراحة بنص المادة 23 منه و التي جاء فيها الآتي: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

<sup>1</sup> - جريدة رسمية رقم 77 سنة 1964.

<sup>2</sup> - محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، د ط، 2006، ص 58.

<sup>3</sup> - كريمة حاجي، التسيير الإداري للأملاك الوقفية العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقاري، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2009، ص 12.

<sup>4</sup> - رمول خالد، الإطار لاقانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية، دار هومة، د ط، 2004، ص 22.

<sup>5</sup> - جريدة رسمية رقم 49 لسنة 1990 و قد عدل قانون التوجيه العقاري بموجب الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 ديسمبر

- الأملاك الوطنية.

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.

- الأملاك الوقفية.

لذلك تعد هذه المادة أول إعلان لإخراج الملكية الوقفية و فصلها عن الملكية الوطنية<sup>1</sup>.

و قد عرف هذا القانون الأملاك الوقفية بموجب المادة 31 بلى أنها: "الأملاك الوقفية هي الأملاك

عقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بما دائما تنتفع به جميعة خيرية أو جميعة ذات

منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور".

أما فيما يتعلق بتكوين الأملاك الوقفية و تسييرها فقد أحال إلى نص خاص بموجب المادة 32 من قانون

التوجيه العقاري، و هو ما تجسد فعلا بموجب القانون 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 و المتعلق

بالأوقاف<sup>2</sup> و الذي وضع الإطار العام لتنظيم الأملاك الوقفية و تسييرها و حفظها و حمايتها.

و قد خضع القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف إلى أول تعديل بموجب القانون رقم 01-07 المؤرخ في

22 ماي 2001<sup>3</sup>، ثم مسه التعديل الثاني بموجب القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14

ديسمبر 2002<sup>4</sup>، و هو التعديل الذي أخرج الوقف الخاص من دائرة أحكام قانون الأوقاف ليقصر على

تنظيم الوقف العام.

و بعد عرضنا لأهم النصوص القانونية المنظمة لأحكام الوقف بعد الاستقلال، نتساءل عن طبيعته

القانونية، فهل هو تصرف بإرادة الواقف المنفردة أم أنه ذو طبيعة عقدية؟ و هل يشترط للوقف شكلا

معينا يتعين إفرغه فيه؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول: طبيعة الوقف

1- نادبة براهيمية، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة بن

عكنون، الجزائر، دت، ص49.

2- جريدة رسمية رقم 16 لسنة 1991.

3- جريدة رسمية رقم 29 لسنة 2001.

4- جريدة رسمية رقم 83 سنة 2002.

لقد ورد أول تعريف للوقف في القانون الجزائري بنص المادة 213 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق" وهو تعريف جامع بين نوعي الوقف العام والخاص، شأنه شأن التعريف الذي جاءت به المادة الثالثة من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم والتي نصت على: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

وجدير بالملاحظة أن التعريف الوارد في قانون الأوقاف جاء أكثر وضوحا من سابقه لأنه ركز على أن التصديق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة. كما أنه جمع بين ثلاث خصائص أساسية للوقف هي خاصية التأييد والدوام، خاصية إسقاط الملك عن العين الموقوفة وخاصية نية التصديق<sup>1</sup>.

ثم حاول المشرع الجزائري تحديد طبيعة الوقف بنص المادة الرابعة من القانون 10/91 فجاءت كالاتي: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة واحدة".

ويلاحظ أن هذه المادة صيغت صياغة متناقضة غير واضحة حيث جمعت بين العقد والالتزام والإرادة المنفردة. وقد سبق البيان - عند تعريف الوصية - أن للعقد اصطلاحاً معينين<sup>2</sup>:

**معنى عام** وهو كل التزام ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين، فيكون بذلك مرادفاً للالتزام والتصرف.

**ومعنى خاص** هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر، وعليه فهو يتم بين إرادتين متقابلتين أي بإيجاب وقبول.

وعليه فالعقد والإرادة المنفردة شيئين مختلفين لأن العقد يوجب تطابق إرادتين هما الإيجاب والقبول في حين أن التصرف القانوني الانفرادي هو عمل قانوني يتم وينتج أثره بإرادة منفردة<sup>3</sup>.

وقد ورد تعريف العقد بنص المادة 54 من القانون المدني حيث جاء فيها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وقد تأكد الفرق بين العقد والتصرف الانفرادي بموجب المادة 123 مكرر من القانون المدني والتي نصت

<sup>1</sup> - كنانة محمد، الوقف العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 11.

<sup>2</sup> - د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 126 وما بعدها. \* د. بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها.

<sup>3</sup> - د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 40.

على: " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول ".  
وعلى ضوء ما ذكرناه ونتيجة لعدم وضوح المشرع في تحديد طبيعة الوقف يقتضي الأمر البحث في مسألة القبول لمعرفة ما إذا كان الوقف عقداً أو تصرفاً انفرادياً.  
فبالرجوع إلى المادة 13 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف نجد نصها كالتالي: " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً.  
فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

فبناءً على هذا النص وافق القانون ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأصح من المذهب والحنابلة في أحد آرائهم في اعتبار القبول شرطاً لاستحقاق الوقف إذا كان الموقوف عليه معين. وذهب إلى ما أجمع عليه الفقهاء في عدم اعتبار القبول لا شرط صحة ولا شرط استحقاق إذا كان الموقوف عليه غير معين<sup>1</sup>.

وهو ما أكده المشرع عند تعديله لنص المادة 13 بموجب القانون رقم 10/02 - السالف ذكره - ليصبح نصها كالتالي: " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

فبعد استبعاد الوقف الخاص من نطاق تطبيق قانون الأوقاف لم يتكلم هذا الأخير عن قبول الموقوف عليه غير المعين في الوقف العام ولا عن قبول من يمثله، وهو ما يؤكد عدم اعتباره أساساً شرطاً في صحة الوقف أو ثبوته واستحقاقه.

وتأسيساً على ما تقدم فالقبول لا يعد جزءاً من الصيغة التي اعتبرها القانون ركناً للوقف حسب نص المادة التاسعة من القانون 10/91 المعدل والمتمم، لأنه شرط لاستحقاق الوقف متى كان الموقوف عليه معيناً لا غير، وعليه فالوقف هو تصرف انفرادي يتوقف على إيجاب الواقف المنفرد.  
وتجدر الإشارة إلى أن الصيغة المقصودة على الإيجاب تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب نص المادة 12 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم.

<sup>1</sup> - اشترط قانون الوقف المصري رقم 48 لسنة 1946 قبول الممثل القانوني للشخص المعنوي الموقوف عليه كشرط لاستحقاق الوقف. ينظر: د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف ، مرجع سابق، ص 327.

ويشترط فيها الشروط الآتية<sup>1</sup> :

- أن تكون منجزة أي نافذة في حالة .
  - أن لا تقترن بشرط باطل وهو ما نصت عليه المادة 29 من قانون الأوقاف بقولها: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".
  - أن تكون مؤبدة فلا تقترن بما يفيد التآقيت وهو ما نص عليه المشرع صراحة بالمادة 28 من قانون الأوقاف والتي جاء فيها: " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".
- وصفوة القول هي أن حقيقة الوقف القانونية هو اعتباره تصرفا بإرادة منفردة، وأن إطلاق لفظ العقد عليه هو إطلاق بالمفهوم العام للعقد باعتباره تبرعا من نوع خاص، أضف أن الوقف يعد عقدا احتفائيا في الحياة التوثيقية<sup>2</sup> .
- وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك في قرارها رقم 42 971 المؤرخ في 05 ماي 1986<sup>3</sup> والذي جاء فيه الآتي: " إن الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره وصية بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ، ولا يعاب اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من الحبس عليهم".

<sup>1</sup> - للتفصيل يراجع: محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص72. \*رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص90. \*محمد طرفاني، قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، الجزائر، 1999، ص07. \* بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 09، 2000، ص40.

2 - علاوة بوتغرار، المادة 324 مكررة فيما بين نصها العربي والفرنسي، مقال سابق، ص10.

3 - غير منشور، مشار إليه ب: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص170. \*عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص272.

كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 195280 المؤرخ في 31 ماي 2000<sup>1</sup> أن: "الحبس من عقود التبرع التي يستفيد فيها المحبس له من حق الإنتفاع ويمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم".

### الفرع الثاني: الشكلية في الوقف

هل يعد إيجاب الواقف كافيا لانعقاد الوقف أم يقتضي القانون إفراغه في شكل معين؟ إن الإجابة على هذا التساؤل يفرض علينا التمييز بين وقف العقار ووقف المنقول، وذلك على النحو الآتي:

#### البند الأول: الوقف الذي محله عقار

إن البحث في وسائل إثبات وقف العقار يحتم علينا التفريق بين المراحل التاريخية الآتية:

**1) مرحلة قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق:** كان مبدأ الرضائية هو السمة الأساسية للمعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية<sup>2</sup>، وعليه يثبت الوقف المبرم إبان تلك المرحلة بكافة طرق الإثبات الشرعية، أي سواء بالشهادة أو المحررات العرفية أو بالعقود المحررة من قبل القضاة الشرعيين والتي تكتسب الصيغة الرسمية - كما سبق بيانه في الوصية -

#### **2) المرحلة الممتدة منذ صدور الأمر 91/70 إلى غاية صدور قانون الأسرة سنة 1984:**

سبق وأن عرضنا أن المادة 12 من الأمر 91/70 شكلت نقطة تحول هامة في المعاملات العقارية حيث أخضعت جميع التصرفات الواردة على عقار للشكل الرسمي<sup>3</sup>. وعليه فإن الوقف الواقع على عقار والمبرم أثناء هذه الفترة يجب أن يلبس ثوب الرسمية.

هذا ويرى بعض الأساتذة الباحثين<sup>4</sup> استبعاد الوقف من نطاق تطبيق هذه القاعدة وإمكانية إثباته بالعقود العرفية أثناء هذه الحقبة الزمنية، مستندين في طرحهم إلى قرار المحكمة العليا رقم 234655 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999<sup>5</sup> والذي جاء في حيثياته ما يأتي: "من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا.

1 - مجلة الاجتهاد القضائي للفترة العقارية، 2004، ج1، ص138.

2 - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص84.

3 - يراجع: "إثبات الرجوع عن الوصية"، ص 66 وما بعدها من المذكرة.

4 - محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص98.

5 - مجلة الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص314.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقاً للمذهب الحنفي، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرع في الشكل الرسمي فإنهم أخطؤوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".

ونرد على من تبني هذا الطرح أن القرار المذكور قرار منتقد لم يساير فحوى المادة 12 من قانون التوثيق لأن استبعاد الوقف من قاعدة الرسمية سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية، أضف أن العقد الرسمي يشكل حماية حقيقية للملك الوقفي نظراً لحجية إثباته القطعية.

هذا من جهة، من جهة أخرى فقد تراجعت المحكمة العليا عن منحها وذلك في قرارها رقم 348178 المؤرخ في 12 أبريل 2006<sup>1</sup> والذي جاء فيه: " حيث من الثابت وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا أن العقود المحرر قبل صدور قانون التوثيق صحيحة والتي لم يتم شهرها والثابتة التاريخ فإنها تعتبر صحيحة ومنتجة لأثارها.

وحيث أن قضاة الموضوع لما طبقوا نص المادة 18 من المرسوم رقم 59/ 11900 المؤرخ في 22 أكتوبر 1959 عن الجمهورية الفرنسية فإنهم أساءوا تطبيق القانون لأن ذلك المرسوم المطبق على القضية الحال يخص الرعايا الفرنسيين، وأن الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشريعة الإسلامية، وأن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع فهو محرر من طرف جهة رسمية مخلوطة قانوناً لتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق وبذلك فإن قضاة الموضوع قد أشابوا قرارهم بعبء انعدام الأساس القانوني مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال".

وبناء على هذا القرار تؤكد المحكمة العليا أن الفيصل في المعاملات العقارية هو قانون التوثيق وهو ما يؤكد خضوع وقف العقار للرسمية منذ صدوره.

### (3) المرحلة الممتدة منذ صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف

(1991/14/27): نصت المادة 217 من قانون الأسرة أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية، وعلى ذلك فهو يثبت: \* بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

\* وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

وعليه تأكد في هذه المرحلة كذلك خضوع وقف العقار للرسمية باستثناء قيام حالة القوة القاهرة والتي يمكن إثبات الحبس فيها بحكم قضائي.

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، عدد 01، ص 435.

غير أن هناك من يرى<sup>1</sup> أن عدم التصريح بالوقف لا يطله ولكن يعطل وسيلة من وسائل إثباته مما يلجأ معه إلى القضاء لإثباته بمختلف الوسائل.

ونخالف هذا الرأي لأن اللجوء إلى القضاء واستخدام كافة وسائل الإثبات لا يكون إلا في حالة القوة القاهرة كما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة. وعليه فلا يعقل أن يفرض المشرع الإثبات بعقد تصريح احتفالي في الحالات العادية بنية تعطيل أحد وسائل الإثبات لا غير، ثم يسمح باستخدام بقية الوسائل أمام القضاء، وإنما فرض الرسمية كوسيلة إثبات وحيدة في الحالات العادية.

#### 4) المرحلة الممتدة من صدور قانون الأوقاف إلى يومنا هذا:

ويخضع وقف العقار في هذه الفترة لنص المادة 41 من قانون الأوقاف والذي جاء فيه: "يجب على الواقف أن يقيم الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

وبناء على هذا النص تؤكد كذلك بعد صدور قانون الأوقاف وجوب إلباس الوقف على عقار ثوب الرسمية بعقد موثق ومشهر لدى المحافظة العقارية المختصة<sup>2</sup>.

#### البند الثاني: الوقف الذي محله منقول

لم ينص المشرع الجزائري على وقف المنقول في قانون الأسرة وإنما أورده في قانون الأوقاف 10/91 حيث جاء بالمادة 11 منه: "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة".

وعليه بالرغم من أننا نرى انصراف المادة 191 من قانون الأسرة والتي تحدد كيفية إثبات الوصية إلى العقار والمنقول على حد السواء- كما بيناه في إثبات الرجوع عن الوصية- إلا أننا نعتقد فيما يخص الوقف أنها تنصرف إلى العقار فقط، وذلك لعدم النص على وقف المنقول في قانون الأسرة.

إضافة إلى ذلك فقد نصت المادة 35 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم على الآتي: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية"، وهو ما يجعلنا نقول بانطباق حكم هذه المادة على وقف المنقول ليتقرر إثباته بكافة وسائل الإثبات.

وتتمة للإطار القانوني للوقف جدير بنا أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد وافق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في إخراج ملكية الوقف من ذمة الواقف ومنعه من التصرف فيه ومنح حق الانتفاع لا الملكية للموقوف عليهم، فقد نصت المادة 17 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم على الآتي: "إذا صح

<sup>1</sup> - محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 96.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 86. \*رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، مرجع

الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه، ونصت المادة 23 من نفس القانون على: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو التنازل أو الهبة أو غيرها".

هذا وقد ذهب القانون مذهب الفقهاء كذلك في اعتبار الوقف ذا شخصية معنوية، والتي يراد بها أن تكون للمؤسسة شخصية قانونية مستقلة عن ذمم أصحابها، ويكون لها وحدها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها، وتكون مسؤوليتها محدودة بأموالها فقط.

فقد أضفت المادة الخامسة من قانون الأوقاف الطابع المؤسساتي على الوقف بقولها: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها".

وتأكد ذلك أيضا بنص المادة 49 من القانون المدني بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>1</sup> والتي نصت صراحة على الشخصية المعنوية للوقف، وحسنا فعل المشرع بمنح الوقف الشخصية الاعتبارية لتكون له ذمة مالية مستقلة ويكون له ممثل قانوني يتقاضى باسمه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2005 .

<sup>2</sup> - للتفصيل في الشخصية المعنوية للوقف يراجع: محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.\*  
عزاز مراد، الحماية القانونية للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقاري، المركز الجامعي سوق اهراس، 2008، ص 12-13.



:

يقصد بالرجوع في الوقف إمكانية نقضه أو التصرف فيه أو انتقاله للورثة، وقد اختلف الفقهاء بين مجيز للرجوع ومانع له إلى اتجاهين نفضلهما في المطلبين الآتيين:

### 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 ثلاثة حالات هي:

**الحالة الأولى:** هي وقف المسجد، إذ يراه أبو حنيفة وقفًا لازمًا متى أفرز وأذن فيه للصلاة لأن إحياء الشعائر الدينية لا يتم في المساجد إلا إذا كانت خالصة لله سبحانه وتعالى. وعليه فالمسجد يخرج من ملكية الواقف خروجًا تامًا إلى ملكية الله لانقطاع حق العباد فيه انقطاعًا نهائيًا<sup>2</sup> مصداقًا 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>، وصورته ذلك أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي أو ناظر الوقف، ثم يقرر الرجوع فيه بحكم أنه غير لازم، فيتراجع إلى القاضي فيقضي هذا الأخير

<sup>1</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص200. \*كايد يوسف قرعوش، الوقف الدرّي بين الإبقاء والإلغاء في الفقه والقانون، مجلة دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 1999، المجلد26، العدد02، ص282. \*د.احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص256.

<sup>2</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص22. \*زهدي يكن، الوقف الشريعة في القانون، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1388 هـ، ص9 \*د محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص176.

\*د مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص110.

<sup>3</sup> - الجن: 18.

<sup>4</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص326.

بلزوم الوقف وانقطاع ملك الواقف فيه<sup>1</sup>.

وهذه الحالة تطبيق لنظرية فقهية مفادها أن القضاء في فصل مجتهد فيه يرفع الخلاف، ومعنى الفصل نهد فيه المسائل المختلف فيها بين الفقهاء المجتهدين، فالوقف في نظر أبي حنيفة عقد غير لازم لكن متى قضي فيه أصبح لازماً<sup>2</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>3</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>4</sup>. ولقد استدل أبو حنيفة بعدم لزوم الوقف<sup>5</sup> في غير هذه الحالات المذكورة بأدلة احتدم نقاش الجمهور حولها فردوا عليها، لذلك نعالج المسألة في الفرعين الآتيين:

### 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 بخير، فأتى النبي (صلى الله عليه وسلم) يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدق بها". قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها

<sup>1</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 376. \*د محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية وموقف

المدارس الإسلامية منه، ندوة إحياء دور الوقف في الدول الإسلامية، رابطة الجامعات الإسلامية، بور سعيد، 1998، ص 230.

<sup>2</sup> - د مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 106-107.

<sup>3</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 6، ص 203.

<sup>4</sup> - د زكي الدين شعبان، د أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 458.

<sup>5</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 27 وما بعدها.

في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف ولا جناح على من وليها 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- ومادام 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 ناف لها لأنه يمنع الورثة حقهم في الإرث، فيكون حبسا عن فرائض الله، وهذا ما نهي عنه الرسول صلى الله عليه وسلم، ليأخذ كل ذي حق حقه من الورثة الشرعيين<sup>3</sup>.

3- لما نزلت ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾<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 إلي بيرحاء- قال: وكانت حديقة كان رسول الله يدخلها ويستظل فيها ويشرب من مائها- فهي إلى الله وعلى رسوله (صلى الله عليه وسلم) أرجو بره ودخره، فضعها أي رسول الله حيث أراك حيث أراك الله. فقال الرسول (صلى الله عليه وسلم): "بخ يا أبلا طلحة، ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه عليك، فاجعله في الأقربين"<sup>5</sup>. فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه. وقد ورد في الصحيح أن من ذوي رحمه من باع صاعا من التمر بصاع من الدراهم وهو دليل على عدم لزوم الوقف<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد 2، ج 3، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، حديث رقم 2737، ص 252.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه في ص 146.

<sup>3</sup> - المرغيناني، الهداية بداية شرح المبتدئ، مصدر سابق، ج 3، ص 15. \*د محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص 195.

\*د محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، سعد سمك للنسخ والطبعات، مصر، دط، 1995، ص 95. \*د زكي الدين شعبان، د أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 460.

<sup>4</sup> - آل عمران: 92.

<sup>5</sup> - البخاري، المصدر السابق، كتاب الوصايا، باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه، حديث رقم 2758، ص 261.

<sup>6</sup> - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء، مقال سابق، ص 282.

4- مار روي أن عبد الله بن زيد جاء على 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. قرده الرسول (صلى الله عليه وسلم) ثم ماتا فورثهما ابنتهما بعدهما<sup>1</sup>.  
ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن الوقف لو كان لازماً لما رده النبي ( صلى الله عليه وسلم)<sup>2</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 وينقضه من قبل المعبر المالك في أي وقت شاء والعين لا تخرج بهذا العقد عن ملك صاحبها، فكذلك الوقف عقد جائز لا يخرج المالك عن ذمة الواقف<sup>3</sup>.

### ثالثاً: من الآثار

1) ما أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لولا اني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها"<sup>4</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 لأن الوقف لازم بل لأنه كره أن يبرم أمراً في حضرة النبي (صلى الله عليه وسلم) ثم يرجع عنه بعد مفارقتة لفرط مودته له ووفائه. وذلك دليل على عدم لزوم الوقف<sup>5</sup>.

1 - الدراقطني، سنن الدراقطني، مصدر سابق، كتاب الأعباس، باب وقف المساجد والسقايات، ج4، حديث رقم 17، ص201.

2 - د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص97.

3 - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15. \* السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص27. \* د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص171.

4 - البيهقي، معرفة السنن والآثار، دار الفكر، دط، دت، باب الوقف، ص279. وقيل منقطع لا تثبت به حجة ومشكوك في متنه.

5 - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص207. \* د. محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الدورة السابقة، ص234. \* د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث

والوقف، مرجع سابق، ص460.

2- ما روي عن القاضي شريح<sup>1</sup> أنه قال: "جاء محمد (صلى الله عليه وسلم) ببيع الحبيس"<sup>2</sup>. ووجه الدلالة أن الحبيس هو المال المحبوس عن التصرف فيه، وقد كان في الجاهلية أموالا محبوسة فجاء الرسول بإبطال حبسها وبيعها. وعليه فلو كان الوقف لازما لا رجوع فيه لكان من الحبيس الذي أبطله النبي<sup>3</sup>.

### رابعاً: من المعقول

يرى الإمام أبو حنيفة أن هناك تلازماً بين ثبوت الملك للواقف وبين عدم لزوم الوقف، ذلك أنه متى ثبت الملك للواقف انتهى لزوم الوقف وجاز له التصرف فيه بجميع الأوجه المشروعة<sup>4</sup>.  
ودليل ثبوت الملك للواقف الذي ينتفي 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 بقاء تلك الحقوق. وبما أن ليس لأحد ملك في الموقوف غير الواقف من الناس فوجب أن يكون هو المالك، وثبوت الملك للواقف يستلزم منحه حرية التصرف فيه شرعاً 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 للزوم، وعليه كان الوقف عقداً جائزاً 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 ببيعها، إذ لا صدقة لأحد فيما لم يملك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي الكوفي التابعي، أدرك النبي (صلى الله عليه وسلم) ولم يلقه، روى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الرحمان بن أبي بكر، استقضاه عمر على الكوفة فبقي على قضائها ستين سنة، كان ثقة في الحديث مأموناً في القضاء باعاً في الأدب والشعر، عمر طويلاً ومات في الكوفة عام 78 هـ.

ينظر: محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990، ج3، ص431.

<sup>2</sup> - ابن أبي شيبه، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق عامر العمري الأعظمي، الدار السلفية، الهند، دط، دت، كتاب البيوع، باب في الرجل يجعل الشيء حسبا في سبيل الله، ج5، ص109.

<sup>3</sup> - محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص303.

<sup>4</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205. \* كايد بوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء، مقال

## الفرع الثاني: مناقشة الأدلة

رد الجمهور ( محمد وأبو يوسف، المالكية، الشافعية، الحنابلة والظاهرية ) على أدلة أب حنيفة بالردود الآتية:

## أولاً: 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 واللتزم وتلك هي ماهية التحبيس<sup>2</sup>.

2) أن ما جاء عن الرسول ( صلى الله عليه وسلم): " لا حبس عن فرائض الله " حديث ضعيف لا يحتج به. ولو فرض ثبوته 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 حبس عن فرائض الله فلا تجوز وهذا ما لم يقل به أحد<sup>3</sup>.

1 - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 208-2010.

2 - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205. \* كباد يوسف فرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء في القه والقانون، مقال سابق، ص283.

3 - الشافعي، الأم، مصدر سابق، مجلد 2، ج4، ص58-59. \* ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص177. \* د. محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص232. \* د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص462.

\* وثانيها أنه يمكن حمل الحديث على معنى يتعلق بالبائع على الوقف، وذلك بعدم جواز أن يكون قصد الواقف من وراء وقفه مضارة الورثة وحرمانهم مما فرض الله لهم من حقوق في التركة، دون أن ينبغي جعله قرينة دائمة لله عز وجل، يستمر به أجره وتدوم به مثوبته بعد وفاته<sup>1</sup>.

وعليه فقصد مضارة الورثة 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 قرينة إلى الله تعالى بهذا الباعث التعسفي المحرم لأن المعصية لا تجتمع مع القرينة الخاصة لله عز وجل، ذلك ينبغي أن يوفق التصرف الغاية التي شرع لأجلها.

وبناء عليه فالحديث يتصل بالوقف من حيث الباعث عليه، ولا يوجد في ذلك تعارض مع مشروعية الوقف ولزومه بل هو تأكيد على وجوب كونه قرينة لله تعالى خالصة لازمة لوجهه الكريم<sup>2</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 إطلاق 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<sup>3</sup> بوب لهذا الحديث بقوله "باب من تصدق إلى وكيله" وقد كان يبوب في مجال آخر مستخدما لفظ الوقف<sup>4</sup>.

(4) أوجب 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

<sup>1</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص200. \* د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص310.

<sup>2</sup> - د. محمد فتحي الدريني، المرجع السابق، ص201.

<sup>3</sup> - هو محمد بن اسماعيل البخاري، حافظ السنن والآثار، أجمعت الأمة على فضله وصدارته وقبول صحیحته، بلغ عدد شيوخه، الألف، كان آية في الحفظ والاتقان، ولد عام 194هـ، بدأ سماعه الحديث عام 205هـ، نشأ يتيما، جاب مختلف البلدان راحلا في طلب الحديث بعد أن سمع مرويات بلده، توفي عام 256هـ مخلفا إرثا عظيما هو صحيح البخاري.

ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتاب العلمية، لبنان، دط، دت، ج2، ص555-557.

<sup>4</sup> - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين إبقاء والإلغاء، مقال سابق، ص283.

الرسول ( صلى الله عليه وسلم ) أن والديه أحق الناس بثمره الحائط فدفعه لهما، وبذلك فهو لم يردده عليه بل رده على أبويه.

هذا ومن المحتمل أيضا أن يكون البستان للوالدين وكان عبد الله بن زيد يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرفا هذا التصرف دون أن يأذنا له فيه، فلم ينفذاه فأتيا إلى الرسول ( صلى الله عليه وسلم ) فردده إليهما<sup>1</sup>.

### ثانيا: الرد على أدلة الآثار

**1** فأما قول عمر ( رضي الله عنه ) فلا يصح للاحتجاج به لسببين هما:

\* أن هذا الأثر منقطع، والمنقطع من الآثار مردود لا يصلح الاحتجاج به.  
\* أنه قول صاحبي، وأقوال الصحابة وأفعالهم ليست حجة إلا إذا وقع الإجماع عليها، ولم يقع الإجماع هنا<sup>2</sup>.

**2** وأما قول شريح فلا يفيد ما ذهب إليه أبو حنيفة لأن المراد بالحيس ما كان أهل الجاهلية

يجبسونه من السائبة و البحيرة والوصيلة والحام<sup>3</sup>. فجاء هذا الأثر مؤكدا لما أبطله القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذي كفروا يفترون على الله

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص186. \* ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج9، ص178. \* د. محمد رافت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص233.

<sup>2</sup> - ابن حزم، المصدر السابق، ص182. \* د. محمد رافت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص234. \* كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء، مقال يابن، ص283.

<sup>3</sup> - البحيرة: هي الناقة التي تشق لثما، فقد كان أهل الجاهلية إذا ولدت الناقة خمسة أبطن آخرها ذكر بحروا أذنها أي شقوها وحرموها

ركوبها أو حرها.

الكذب وأكثرهم لا يعقلون<sup>1</sup>. وعليه فهو أثر لا علاقة له بالوقف ولا يلزمونه ولا دلالة فيه أساساً لذلك لا يصلح مستنداً للقائلين بعدم اللزوم<sup>2</sup>.

### ثالثاً: 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، سوى 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 ملكاً 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 وفقاً لملكها<sup>3</sup>.

السائبة: هي الناقة المخلاة، فكان الرجل في الجاهلية ينذر فيقول: إذا شفيت من مرضي أو قدمت من سفري فناقتي سائبة، فإذا حصل ما نذر لأجله أحلى سبيل ناقتة فكانت لا تؤكل ولا تتركب كالبحيرة.

الوصيلة: هي الشاة تلد ذكراً وأنثى معا بعد أن تكون ولدت مرات عدة ذكر وأنثى مفرداً. فإذا حصل ذلك قالوا: وصلت الأنثى أخاها، فلم يذبحوها لأهلهم، وما ولدته قبل ذلك من إناث جعلوه لهم، وما ولدته من ذكور جعلوه لأهلهم.

الحام: هو الفحل من الإبل يولد من صلبه عشرة أبطن، فيقولون: حمى ظهره فلا يحمل عليه.

للتفصيل ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، مجلد 2، ص 1021 وما يليها.

<sup>1</sup> - المائدة : 103.

<sup>2</sup> - الشافعي، الأم، مصدر سابق، مجلد 2، ج 4، ص 58. \* د. فتحي الترديني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 203. \* د. زكي الدين شعبان، د أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 462.

\* د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف، مرجع سابق، ص 525.

<sup>3</sup> - د- فتحي الترديني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 211.

## المطلب الثاني: لزوم الوقف

يقصد بلزوم الوقف أنه متى انعقد مستكملاً أركانه وشرائطه انقطع حق التصرف في رقبته تصرفاً ينقضه أو يخل بمقصوده<sup>1</sup>.

وينسب القول بلزوم الوقف إلى جمهور الفقهاء، وهم محمد وأبو يوسف من الحنفية<sup>2</sup>، المالكية<sup>3</sup>، الشافعية<sup>4</sup>، الحنابلة<sup>5</sup>، والظاهرية<sup>6</sup>. إذ يرى الجمهور أن الوقف متى صدر صحيحاً فإنه لا يحق للواقف الرجوع فيه، ولا ينفسخ بإقالة أو غيرها، وينقطع تصرف الواقف فيه<sup>7</sup>، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث عنه. ويختلف الجمهور في وقت تحقق اللزوم تبعاً لاختلافهم حول انعقاد الوقف بالصيغة وحدها أو افتقاره إلى القبض والتسليم - كما سبق بيانه -

وعليه يرى أبو يوسف<sup>8</sup> والشافعية<sup>9</sup> والحنابلة<sup>10</sup> في أحد آرائهم والظاهرية<sup>11</sup> أن الوقف يلزم بالصيغة وحدها ولا يحتاج لزومه إلى تمام القبض.

1 - محمد كمال الدين أمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 180 .

2 - الزيلعي، بتبيين الحقائق، مصدر سابق، ج 3، ص 325. \* ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 6، ص 200. \* السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج 3، ص 375 .

3 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 5، ص 455. \* الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 7، ص 135 .

4 - الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج 1، ص 442. \* الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج 2، ص 376 .

5 - ابن قدامة المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 188. \* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 254 .

6 - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 172 .

7 - د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 96 .

\* عبد الوهاب خلاف، الجديد في قانون الوقف، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1947، السنة 17، العدد 02، ص 12 .

8 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص 33 .

9 - الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 9، ص 372 .

10 - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 254 .

11 - ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج 9، ص 185 .

في حين يذهب محمد<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والحنابلة في روايتهم الثانية<sup>3</sup> أن لزوم الوقف يتحقق بتمام التسليم والقبض.

وستعالج 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 .

### الفرع الأول: أدلة لزوم الوقف

استدل القائلون بلزوم الوقف<sup>4</sup> بأدلة من السنة وأخرى من القياس ومن الإجماع وأخرى من المعقول.

#### أولاً: من السنة

1- حديث رسول الله ( صلى الله عليه وسلم) لعمر- السابق ذكره في أدلة أبي حنيفة- ووجه الدلالة من هذا الحديث أن التصديق 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>5</sup>.

<sup>1</sup> - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، ج3، ص 21 .

<sup>2</sup> - التاسوني، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص 370 .

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 188 .

<sup>4</sup> - يراجع: ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص 205 .\*المواردي، المصدر السابق، ص 372.

\*الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج1، ص442. الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص 376.\*البهوتي، المصدر السابق، ص 232 .\*ابن حزم، المصدر السابق، ص 170 وما بعدها.

<sup>5</sup> - د- محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص 235 .

د-فتححي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص 218 .

(2) أن عمر حمل على فرس له في سبيل الله أعطاه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) له فحمل عليها رجلا، فاخبر عمر أنه قد وقفها يبيعها، فسأل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن يتاعها فقال "لا تتبعها ولا تترجعن في صدقتك"<sup>1</sup>. وهنا نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن الرجوع في الصدقة التي تحمل معنى الوقف في الحديث المذكور<sup>2</sup>.

(3) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقد كانت ماء يستسقي منه المسلمون، وكان مالك ذلك الماء يعنتهم بسعره فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): "من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين"<sup>3</sup>. فاشترها سيدنا عثمان وأوقفه على المسلمين. 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، فزالت ملكيته عن البئر بدليل أن دلوه أضحى كدلاء المسلمين، فهو ينتفع بها وفقا لا ملكا، فدل ذلك على خروجها عن ملكه لزومها، لأنه لو لم يكن وقفها لازما لما خرجت عن ملكه ولما فقد سلطانه عليها ولما استحق المثوبة عينا في الجنة كعوض عنها<sup>4</sup>.

(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>5</sup>. ومؤدى هذا الحديث أن المقصود بالصدقة

<sup>1</sup> - البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، مجلد 2، ج 3، كتاب الوصايا، باب وقف الدواب والكرع والعروض والصامت، حديث رقم 2775، ص 267.

<sup>2</sup> - كايد يوسف قرعوش، الوقف الذري بين الإبقاء والإلغاء، مقال سابق، ص 281.

<sup>3</sup> - البخاري، المصدر السابق، كتاب المسافة للشرب، باب في الشرب، ص 105.

<sup>4</sup> - د. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 219.

<sup>5</sup> - مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من ثواب بعد وفاته، حديث رقم 1631، ج 3، ص 85.

الجارية هو الوقف، وجريان الصدقة دليل على لزومها، فلو كان الوقف غير لازم لكان صدقة منقطعة لا جارية<sup>1</sup>.

### ثانياً: من القياس

قاس الجمهور الوقف بالعتق<sup>2</sup> من حيث أنه إسقاط 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 التأييد. وعليه كان الوقف تصرفاً نافذاً لازماً.

### ثالثاً: من الإجماع

لقد كان أساس أوقاف الصحابة (رضوان الله عليهم) المنع من التصرف في رقبة العين الموقوفة، ومن الانتقال بالإرث، إمتثالاً لما أمر به النبي (صلى الله عليه وسلم) ولم يثبت أن أحد من هؤلاء الصحابة قد نقض وقفه أو رجع عنه، فكان ذلك إجماعاً على اللزوم والتأييد إجماعاً عملياً. وقد روي عن جابر بن عبد الله<sup>3</sup> أنه قال: "ما أعلم أحد، كان له مال، من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله، صدقة مؤبدة، لا تشتري أبداً، ولا توهب ولا تورث"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205. \* د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص92. \* د. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص314.

<sup>2</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج3، ص375. \* المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15. \* الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج2، ص376. \* د. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص170-171.

<sup>3</sup> - هو جابر بن عبد الله بن رثاب بن النعمان بن سنان بن عبيد، أمه بنت زهير بن ثعلبة، وهو من النفر الستة الذين أسلموا من الأنصار في مكة المكرمة. شهد بدر وأحد وخندق. من المكثرين في حفظ الحديث. توفي عام 78هـ. ينظر: محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، ج3، ص431.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص186-187. \* د. زكي الدين شعبان، د أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص463. \* د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف، مرجع سابق، ج3، ص15.

### رابعاً: من المعقول

أن الباعث على الوقف يستلزم لزوم ليصل الثواب إلى الواقف على الدوام، في الحياة وبعد الموت وذلك باستمرار منفعة العين<sup>1</sup>.

فالسبب في اللزوم هو قصد القرية وهو الباعث على الوقف توصلًا إلى استمرار 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

دلت أدلة السنة بأنها إما أن تكون محمولة على ما وقع قبل نزول آيات الموارث، وإما أن يكون

القصد منها هو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وعليه فلا دلالة فيها على لزوم الوقف. واعتراض 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 أثراً لشرط الواقف لا عملاً بنص الشارع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، مصدر سابق، ج3، ص15.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص229.

<sup>3</sup> - يراجع في مناقشة الحنفية للأدلة: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص33 وما بعدها. \* ابن همام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص205 وما يليها.

<sup>4</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج2، ص222.

### رد الجمهور<sup>1</sup> على النقد:

أجاب الجمهور على انتقادات القائلين بجواز الوقف أن إنشاء 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 دلالتها 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 وامتلأ، وعليه فالشرط الوارد في الحديث شرط مصدره الشارع لا الواقف.

### ثانياً: نقد أدلة القياس

أعترض 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 أساساً ليملك، وعليه يثبت الوقف للملك للواقف، ومتى ثبت الملك انتفى اللزوم<sup>2</sup>.

وقد رد الجمهور على هذا النقد بأنه لا وجود للتلازم بين بقاء الملك وبين عدم لزوم الوقف - وقد سبق بيان هذه المسألة-

### ثالثاً: نقد أدلة المعقول

يرى القائلون بعدم لزوم الوقف أن استمرار الثواب لا يستلزم حرمة التصرف في العين الموقوفة، وإلا كان الوقف واجباً لا مستحباً أو مندوباً إليه.

<sup>1</sup> - يراجع في ردود الجمهور: التاسولي، البهجة في شرح التحفة، مصدر سابق، ج2، ص67 وما بعدها. \* الشريبي، مغني المحتاج،

مصدر سابق، ج2، ص376 وما يليها. \* ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج3، ص172 وما بعدها.

<sup>2</sup> - د. محمد فتحي الدريني، المرجع السابق، ص226.

وقد رد الجمهور على ذلك بأن الوقف قرينة خالصة لله سبحانه وتعالى، وقواعد الشرع تقضي بعدم جواز الرجوع في القربات والصدقات تعظيماً لله عز وجل.

لذلك كان القصد من جريان المنفعة واستمرارها هو التقرب إلى الله، فالوقف من المندوبات بلا نزاع ولا نقاش ولكن قبل الشروع فيه أي قبل إنشائه وانعقاده، لكن متى انعقد صحيحاً أصبح له أثر اللزوم، وعليه فمن أنشأ وفقاً لله تعالى بمحض إرادته واختياره فقد ألزم نفسه شرعاً بآثاره تعظيماً لله وتحقيقاً لمقصد تشريع الوقف<sup>1</sup>.

وعلى ضوء كل ما ذكر يتبين لنا قوة استدلال الجمهور خصوصاً بالأحاديث الصحيحة وبالإجماع العملي، وكذلك سلامة منطقتهم في الرد على أدلة القائلين بعدم اللزوم، وتأسيسهم القوي في دحض الانتقادات الموجهة لأدلتهم.

ويتضح لنا جلياً ضعف ما استند إليه المجهزون 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 رأيهم في لزوم الوقف وعدم جواز نقضه أو استرجاعه أو التصرف فيه، وذلك تحقيقاً لمصلحتين، قصد القرينة 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 يوسف والإمام محمد عن رأي شيخهم في عدم لزوم الوقف لينظموا إلى رأي الجمهور<sup>2</sup>.

فبعد أن حجج أبو يوسف والتقى الإمام مالك في المدينة وتكلم معه في لزوم الوقف ورأى أحباس أهل المدينة رجع عند رأيه، وكذلك فعل الإمام محمد لما ذهب إلى الإمام مالك وسكن معه سنين، حتى أنه قيل لو أن الإمام أبا حنيفة بلغه ما بلغ صاحبيه لرجع عن رأيه.

### الفرع الثالث: عدم اللزوم قانوناً

<sup>1</sup> - د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج 2، ص 227.

<sup>2</sup> - د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مرجع سابق، ص 463، 464.

\*- محمد رأفت عثمان، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية، الندوة السابقة، ص 236.

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 عند التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

فباشترط المشرع شرط التأييد في الحبس أضفى عليه صفة اللزوم، إذ لا يعقل انعقاد 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 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 رقم 30959 المؤرخ في 3 فيفري 1984<sup>1</sup> 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 11/06/1968 قد أبطل من طرف قضاة الاستئناف تأسيسا على أحكام قانون الثورة الزراعية الصادر في 08/11/1971، وقضوا بعدم نول 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".

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 قواعد وشروطه. وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

فقد جاء في القرار رقم 40589 المؤرخ في 24 فيفري 1968<sup>2</sup> ما يأتي: "إذا كانت مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لإرادة الحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول أي مذهب من المذاهب الإسلامية فإن مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب عليها من

1 - المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 82.

2 - المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 118.

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 رقم 109604 الصادر في 19 جويلية 1994<sup>1</sup> 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 وفقاً لشروطه دليل على حرية الواقف في اختيار المذهب ومن ثم الالتزام بقواعده وأحكامه. وعليه فمتى اختير مذهب أبو حنيفة بات عقد الوقف جائزاً غير لازم أما إذا اختير المذهب المالكي فالعقد يضحى لاما لا رجوع فيه وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 223224 الصادر بتاريخ 2001/12/19<sup>2</sup> 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 الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجوز 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 للشرعية الإسلامية وإرادة المحبس في اختيار المذهب، وإن كان أبو حنيفة لم يشترط النص على خيار الرجوع في العقد.

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 منافياً 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 روايتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 03، ص 75.

<sup>2</sup> - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، 2004، ج 1، ص 147.

<sup>3</sup> - يرى المالكية أن الوقف لازم ولو قال الواقف لي الخيار، أما الحنابلة فقد كان لهم رأيان:

الأول يرى أن الواقف إذا اشترط بيع الموقوف أو هبته أو الرجوع فيه كان وقفه صحيحاً وشرطه باطلاً لأنه يصح بناء على الشروط الفاسدة.

وبالرغم من ذلك نجد القضاة أحيانا لا يقفون أمام تاريخ إبرام عقد الحبس فيخلطون بين شروط الواقف وإرادته الواجب احترامها 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 4958 20 المؤرخ في 31 جانفي 2001<sup>1</sup> الآتي: " وحيث خلافا لما صرح به قضاة الموضوع لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس ( حرر في 1992/07/26 ) ي يعتبر تصرفا نهائيا خاصة وأن قراءة عقد الحبس لا يتبين وأنهم أدمجوا فيه شروطا تسمح لهم بالتراجع عن الحبس وفقا للمادة 15 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 91 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 لا أنهم جانبوا الصواب في تأسيسهم حيث اعتبروا لزوم الوقف ثابت لعدم إدراج شرط في العقد يسمح بنقضه مستنديين إلى المادة 15 من قانون الأوقاف، في حين أن تلك 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 للزوم ويجوز للقاضي إذا حصل ذلك أن يلغي الشرط ويقضي بصحة الوقف طبقا لنص المادة 16 السابق ذكره.  
وعليه كان ينبغي أن يؤسس عدم جواز الرجوع على لزوم الوقف قانونا طبقا لقانون الأسرة وأحكام قانون الأوقاف مهما كانت اشتراطات الواقف.

والثاني يذهب إلى عدم صحة الشرط والوقف معا لأنه شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

للتفصيل يراجع: الزرقاني، شرح الزرقاني، مصدر سابق، ج7، ص157. \* ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص195.

\* البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج4، ص251.

<sup>1</sup> - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، 2004، ج01، ص132.

وختاماً نعتقد أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلاً بتبني مذهب الجمهور في لزوم الوقف<sup>1</sup> تحقيقاً لاستمرار المنفعة ودوام البر العام المقصود شرعاً من تشريع الوقف.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة أن المشرع المصري قد سمح للواقف بأن يرجع عن وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك. وهو ما نصت عليه المادة 11 من القانون رقم 48 لسنة 1946 المنظم لأحكام الوقف والمعدل بتاريخ 1947/07/07 .

للتفصيل يراجع: عبد الفتاح ابراهيم بمنسي، نظام الوقف في تشريعاته المتعددة، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، دط، 1997، ص 11 \* د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 97. \* أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، منشأة المعارف، مصر، دط، دت، ص 70 وما بعدها.

رأينا أن المعاملات المالية تشكل محط اهتمام بالغ للتحقيق الفقهي والقانوني على حد السواء، لما تكتسبه من أهمية تنبع من صلتها وتأثيرها المباشر على الذمة المالية. وإن أخطر ما في التصرفات المالية الجانب التبرعي فيها كونه يتم بلا بدل أو عوض وإنما يقصد منه المتبرع تحقيق الشاء الديني أو تحصيل الثواب الأخرى.

وقد سبق البيان أن المقدم على عقد من عقود التبرع ووجب أن يحاط علما بكل الجزئيات المحيطة بتصرفه، خصوصا إمكانية رجوعه ونقضه لما أبرمه من أجل الوصول به إلى الغاية المنشودة من وراء تبرعه، لاسيما 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 أحكامهما ويضبط قواعد الرجوع فيهما، 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.

## 1/ النتائج:

## فيما يخص الوصية:

### من حيث الإنعقاد:

- اعتبر الفقهاء الوصية تصرفاً انفرادياً ينعقد بإيجاب الموصي وقد وافقهم القانون في ذلك، إلا أن أغلبهم في ثانياً مصادرهم أطلق على الوصية لفظ "العقد" وإن كان بالمفهوم العام له إعمالاً لمعنى التقوية والعهد فيه، هذا وتعد الوصية عقداً تصريحياً في الحياة التوثيقية وهو ما يجعلنا نعتبرها من عقود التبرعات.

### من حيث حق الرجوع:

- إتفق كل من الفقه الشرعي والقانون على إضفاء وصف عدم اللزوم على الوصية وإثبات حق الموصي في الرجوع عنها.
- إن حق الرجوع في الوصية قاصر على الموصي وحده ولا يتعدى لورثته من بعده.
- اختلف فقهاء المالكية حول مسألة تنازل الموصي عن حقه في الرجوع، فذهب بعضهم إلى أن حقه يسقط بتنازله وذهب الآخرون أن حقه ثابت وإن أسقطه على نفسه وهو الرأي الذي رجحناه .
- إن الفقه الإسلامي كان أوسع دائرة في تكييف حق الرجوع عن الوصية وذلك بإقراره للفسخ بإرادة منفردة، أما من الناحية القانونية فالرجوع ليس بطلان ولا فسخ للوصية وكل ما يمكن أن يقال أنه نقض وإنهاء لها.
- هناك طرق اتفق الفقهاء بشأنها واعتبروها رجوعاً في الوصية وهناك طرق اختلفوا حولها (فصلناها في متن المذكرة). أما القانون فقد كان جرداً مقتضياً واكتفى بالإحالة على الشريعة الإسلامية في غياب النص.

### من حيث إثبات الرجوع:

- إن إثبات الرجوع عن الوصية يوجب التأكد من تاريخ انعقادها للوصول إلى تحديد دقيق للقوانين التي تحكمها: فقبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق كانت الوصية تثبت بكافة طرق الإثبات الشرعية سواء انصبت على عقار أو منقول، وبعد صدور الأمر فرضت الرسمية على المعاملات العقارية مما اقتضى بسط الرسمية على إثبات الوصية العقارية والرجوع فيها.

وهذا وبعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984 توحد الأمر فوجب أن تفرغ الوصية في قالب رسمي سواء انعقد محلها على عقار أو منقول وعليه فهي لا تثبت ولا يثبت الرجوع فيها شفويا أو بورقة عرفية إلا في حالة القوة القاهرة، هذا إذا كان الرجوع صريحا أما إذا كان ضمنيا فهو يثبت بكافة طرق الإثبات.

### فيما يخص الهبة:

#### من حيث الإنعقاد:

- الهبة عند الجمهور عقد تبرع ينعقد بإيجاب الواهب وقبول الموهوب له ولا يثبت الملك فيه ولا يلزم إلا بالقبض وهو ما تبناه المشرع الجزائري جاعلا الهبة عقدا ينعقد بالإيجاب والقبول والحيازة والرسمية في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول، وكلها أركان يرتب تخلفها البطلان المطلق.

#### من حيث اللزوم وعدمه:

- إن الهبة عقد لازم عند الجمهور لا يجوز الرجوع فيه باستثناء الوالدين فيما وهبا لولدهما ما لم يقيم مانع من الموانع، وهي عقد جائز عند الحنفية يجوز لكل واحد نقضها إلا إذا قام أحد الموانع، وقد نعى المشرع الجزائري منحي الجمهور وأضفى صفة اللزوم على الهبة ولم يستثن سوى الأبوين.
- إن جمهور الفقهاء حولوا حق الرجوع للأب والأم على السواء وألحق بعضهم الجد والجددة بهما، أما المشرع الجزائري فقد حوله للأبوين دون سواهما.
- إن حق الرجوع في الهبة لا يسقط بإسقاطه عند الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية لهم، ويسقط بالإسقاط عند المالكية والحنابلة في روايتهم الثانية وقد رجحنا الرأي الثاني.
- يكون الرجوع في الهبة بإرادة الواهب المنفردة عند الجمهور ويكون بالتراضي أو بحكم القاضي عند الحنفية وهو ما تبناه القضاء الجزائري.
- إن موانع الرجوع تختلف عند الفقهاء ضيقا واتساعا باختلاف القول بلزوم الهبة بعد القبض أو عدم لزومها.
- إن المشرع الجزائري وإن كان قد تبني الموانع التي ذكرها الجمهور إلا أنه لم يدرجها بأكملها.
- إن الرجوع في الهبة هو فسخ اتفاقي أو قضائي لها.

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

### فيما يخص الوقف:

#### من حيث الإنعقاد:

- يعد الوقف تصرفا بإرادة الواقف المنفردة أما إطلاق لفظ العقد عليه فإعمالا للمعنى العام لا الخاص له، وذلك بإجماع الفقهاء و موافقة القانون لهم في ذلك. هذا ويعد الوقف عقدا احتفائيا في الحياة التوثيقية وهو ما يجعلنا نعتبره من عقود التبرعات.
- رغم اتفاق الفقهاء على عدم ركنية القبول في الوقف و عدم اعتباره شرطا في الموقوف عليه غير المعين، إلا أنهم اختلفوا حول مدى اعتباره شرطا في المعين، فقد ذهب الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى عدم اعتباره لا شرط صحة ولا استحقاق، في حين رأى المالكية والشافعية والحنابلة في روايتهم الثانية أن القبول في المعين شرط لاستحقاق الوقف وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري.
- اشترط أبو حنيفة ومحمد والمالكية و الحنابلة في أحد رواياتهم القبض لتمام الوقف في حين لم يشترطه أبو يوسف والشافعية و الحنابلة في ثاني آرائهم والظاهرية.
- اتفق الفقهاء عدا أبو حنيفة على أن الوقف متى انعقد صحيحا فإنه يخرج الشيء الموقوف من تصرف الواقف وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

#### من حيث الإثبات:

- يثبت وقف المنقول بكافة طرق الإثبات الشرعية والقانونية وكذا وقف العقار قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق. وبعد صدور الأمر فرضت الرسمية على المعاملات العقارية مما اقتضى بسط الشكلية على إثبات الأوقاف العقارية، وقد تأكد ذلك في قانون الأسرة على أن يثبت بحكم قضائي في حالة المانع القاهر. و أكد قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم بدوره على وجوب إلباس الأوقاف العقارية ثوب الرسمية بعقد موثق ومشهر لدى المحافظة العقارية.

#### من حيث اللزوم:

- يرى أبو حنيفة أن الوقف عقد جائز يمكن نقضه واسترداده كما أنه يورث عن الواقف بعد مماته. وهو لا يصبح لازماً إلا في وقف المسجد، أو بحكم القاضي، أو أن يخرج الواقف مخرج الوصية. في حين ذهب الجمهور إلى لزوم الوقف وعدم جواز العدول فيه، واختلفوا في وقت اللزوم تبعاً لاختلافهم حول اشتراط القبض لتمام الوقف أو عدم اشتراطه.
- إن قوة استدلال الجمهور كما فصلناه في المتن جعلتنا نرجح رأيهم والقول بعدم جواز الرجوع في الوقف.
- قبل صدور قانون الأسرة عام 1984 كان للواقف حق اختيار المذهب الذي يعقد وقفه تبعاً لشروطه وقواعده، وبعد صدور القانون أضحى الوقف عقداً مؤبداً لازماً وهو ما أكدته قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم.

## 2/ الإقتراحات:

نخرج من خلال هذا البحث المتواضع بالإقتراحات الآتية:

### بالنسبة للوصية: أقتراح على المشرع

- \* سن قانون مستقل للوصية على غرار نظيره المصري، ليحوي باباً خاصاً بالرجوع وإثباته.
- \* أن ينص على المذهب الفقهي الذي يرجع إليه عند غياب النص القانوني توحيداً للإجتihad 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 سواء.

### بالنسبة للهبة:

- \* إخراج الهبة من قانون الأسرة ونقلها إلى مصف العقود الواردة في القانون المدني على غرار ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية.
- \* بسط الرسمية على هبة المنقول نظراً لخطورة التصرف.

\* تخصيص باب للهبة يتضمن فصل لآثار الرجوع فيها وعدم تركه للقواعد العامة.

\* إلحاق الجد والجدة بالأبوين في ممارسة حق الرجوع.

\* النص على التنازل عن حق الرجوع في العقد وإلزام المتنازل به.

\* إدراج بقية الموانع التي ذكرها الجمهور وهي: موت أحد المتعاقدين، المرض المخوف، فقر الموهوب له.

### 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".

و فيما تعلق بالتوصيات العامة أوصي بعقد ندوات تعمل على توعية المواطن والموثقين والقضاة وتحيطهم علما بخبايا الموضوع لإيجاد حلول ناجعة للمشاكل المطروحة في الساحة العملية. كما أقتراح التخصص في مادة الأحوال الشخصية للقضاة وتكوينهم تكويننا فقهيا يعمل على سد الثغرات التشريعية وذلك بالإحاطة بمختلف الآراء الفقهية والاجتهادية.

وختاما أحمد المولى عز وجل أن وفقني إلى إنجاز بحثي وعسى أن أكون قد أحطت بعناصر الموضوع المختلفة شرحا وتفسيرا وتداركا لبعض نقائصه التشريعية، فإن كنت أصبت فبتوفيق من المولى العزيز وإن كنت أخطأت فبتقصير مني وأسأل الله أن يقلل عثرتي ويغفر زلتي ، إنه جواد كريم .

# الفهارس الفنية

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الآثار .
- فهرس الأعلام
- لهم .
- فهرس
- فهرس الموضوعات .

## فهرس الآيات القرآنية

من الرحي		
الصفحة	طرف الآية	
الصفحة	رقمها	الآية

<b>"سورة آل عمران"</b>		
167	92	1- ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ﴾
<b>"سورة النساء"</b>		
11	11	1- ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾
101	86	2- ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنِ مِمَّا أوردوها﴾
<b>"سورة المائدة"</b>		
11	106	1- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ﴾
91	01	2- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
173	103	3- ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ﴾
<b>سورة الأعراف</b>		
106	27	1- ﴿كَمَا أَخْرَجَ أَبُويَكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾
<b>سورة يوسف</b>		
106	38	1- ﴿وَأَتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾
<b>سورة الإسراء</b>		
69	36	1- ﴿﴿٥٥﴾ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾
<b>سورة سبأ</b>		
145	31	1- ﴿وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ﴾
<b>سورة الصافات</b>		
10	26	1- ﴿:﴿١٠﴾ وَقَفُّوهُمْ عَلَيْهِمْ مَّسْئُولُونَ﴾
<b>"سورة الشورى"</b>		
145	24	1- ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾

سورة الجن		
165	18	1- ﴿وَأَن الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾

## فهرس الأحاديس النبيوية المرفوعة إلى النبي صلى الله عليه وسلم

الصفحة	طرف الحديث
الصفحة	طرف الحديث
32	1- المسلمون عند شروطهم
70	2- لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم
87	3- أما إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم
88	4- لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت
90	5- يا ابن آدم، تقول مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت
100	6- العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه
100	7- أكل ولدك نحلته منه؟" قال: لا قال: "فارجعه"
100	8- لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها
101	9- الوهاب أحق بهبته ما لم يشب عنها
104	10- أنت ومالك لأبيك
116	11- لا ضرر ولا ضرار
133	12- من أقال مسلما أقال الله عشرته يوم القيامة
146	13- لا حبس عن فرائض الله
167-146	14- إذا شئت حبست أصلها و تصدقت بها
168	15- مار روي أن عبد الله بن زيد جاء على رسول الله وقال: يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة..



176	16- لا تبتعها ولا تترجعن في صدقتك
176	17- من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين
177	18- إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية..

## فهرس الأثار

الصفحة	الأثر
32	1- يغير الرجل ما شاء من الوصية
87	2- ما روي عن سيدنا أبو بكر أنه نخل عائشة جاد عشرين وسقا بالغابة
121	3- من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها
168	4- لولا انني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها
169	5- ما روي عن شريح أنه قال: "جاء محمدبييع الحبيس"

## فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم
12	1- ابن عرفة

16	2- زفر
31	3- القوري
32	4- العبدوسي
30	5- ابن ناجي
64	6- أبو يوسف
65	7- محمد بن الحسن
87	8- الصعب بن جثامة
89	9- النجاشي
100	10- النعمان بن البشير
169	11- شريح
171	12- البخاري
177	13- جابر بن عبد الله

## فهرس المصادر و المراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: كتب التفسير

1- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار ابن الحزم، لبنان، ط1، 2002.

\* ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، ط3، 2002.

- 2- البغوي، تفسير البغوي، تحقيق عبد الرحمان العك و مروان سوار، دار المعرفة، لبنان، ط2، دت.
  - 3- الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دط، دت.
- ثانياً: كتب الحديث وشروحه**
- 4- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تذييل شعيب الأرنؤوط، مؤسسة قرطبة، مصر، دط، دت.
  - 5- الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، لبنان، ط3، 1998.
  - 6- أبو داود، سنن أبي داود، مكتبة مصطفى الحلبي و أولاده، ط1، 1952.
  - 7- البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، دط، دت.
  - 8- البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت.
  - 9- الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، ط2، 1983.
  - 10- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، ط3، 1407هـ.
  - 11- الدراقطني، سنن الدراقطني، تحقيق السيد عبد الله هشام اليماني، دار المحاسن للطباعة، مصر، دط، 1966.
  - 12- الزيلعي، نصب الراية، مطبعة دار المؤمن، الهند، ط1، 1938.
  - 13- ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق عامر العمري الأعظمي، الدار السلفية، الهند، دط، دت.
  - 14- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق كامل محمد عويضة، دار التقوى، مصر، ط1، 2001.
  - 15- مسلم، صحيح مسلم، دار التراث العربي، لبنان، ط2، 1972.
  - 16- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، لبنان، دط، دت.

### ثالثاً: المصادر الفقهية

#### ● الفقه الحنفي

- 17- الحصكفي، الدر المختار، مطبعة صبيح و أولاده، مصر، دط، دت.
- 18- البابرتي، العناية شرح الهداية (مع تكملة فتح القدير على الهداية)، دارالفكر، لبنان، دط، دت.
- 19- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.

- 20- السرخسي، المبسوط، دار المعارف، لبنان، دط، دت.
- 21- السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1993.
- 22- الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997.
- 23- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، و علي محمد عوض، دار عالم الكتب، السعودية، دط، 2003.
- 24- قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار، دار الفكر، لبنان، د ط، د ت.
- 25- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997.
- 26- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، دت.
- 27- ابن همام، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، ط2، دت.

### • الفقه المالكي

- 28- التاسولي، البهجة شرح التحفة، المطبعة العلمية، مصر، ط1، دت.
- \*التاسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1998.
- 29- التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، تونس، ط1، 1339هـ.
- 30- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992.
- 31- الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت.
- 32- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996.
- 33- الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، دار الكتب العلمية، لبنان، ط01، 1996.
- 34- الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، دط، دت.
- 35- الدردير، أقرب المسالك، مكتبة الرحاب الجزائر، دط، 1987.
- 36- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1993 01.
- 37- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المطبعة الجمالية، د ط، د ت.
- 38- الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي، مصر، د ط، دت.
- \*الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2002.
- 39- عليش، شرح منح الجليل شرح مختصر خليل، دار صادر، دط، دت.
- 40- محمود عبد الله بن راشد البكري، لباب اللباب، المطبعة التونسية، تونس، دط، 1346 هـ.

- 41- الإمام مالك، المدونة الكبرى (برواية سحنون)، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323 هـ.  
42- المواق، التاج الإكليل لمختصر خليل (بها مش مواهب الجليل)، دارالفكر، ط3، 1992.

### ● الفقه الشافعي

- 43- البيهقي، البيهقي، البيهقي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996.  
44- الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، دار الفكر، دط، دت.  
45- الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دارالفكر، لبنان، دط، 1984.  
46- الشافعي، الأم، دار الشعب، دط، 1968.  
\* الشافعي، الأم، دار المعرفة، لبنان، دط، دت.  
47- الشيرازي، المهذب، دار الفكر، دط، دت.  
48- الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، لبنان، دط، 1994.  
49- الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (بهامش حواشي الشرواني وابن قاسم)، دار إحياء التراث العربي، دط، دت.

### ● الفقه الحنبلي

- 50- البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، دط، 82.  
51- ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1983.  
52- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط1، دت.  
53- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، لبنان، ط1، 1977.

### الفقه الظاهري

- 54- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، دط، دت.

### رابعاً: المصادر الرسمية القانونية

## القوانين والأوامر

- 1- أمر 91/70 مؤرخ في 70/12/15 المتعلق بالتوثيق (جريدة رسمية رقم 107 لسنة 70).
- 2- الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 و المتضمن الثورة الزراعية. (جريدة رسمية رقم 97 لسنة 71).
- 3- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (جريدة رسمية رقم 92 لسنة 75).
- 4- الأمر 75-58 المؤرخ في 26/12/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. (جريدة رسمية رقم 78 لسنة 75).
- 5- قانون التسجيل رقم 105/76 الصادر بتاريخ 76/12/09 (جريدة رسمية رقم 81 لسنة 77).
- 6- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 84/6/09 (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 84) المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27 (جريدة رسمية رقم 15 لسنة 2005) والموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 2005/5/4 (جريدة رسمية رقم 43 لسنة 2005) والمتضمن قانون الأسرة.
- 7- قانون التوثيق 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 88 (جريدة رسمية رقم 28 لسنة 88) والذي ألغى بموجب أحكام القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2006).
- 8- القانون 29/90 المؤرخ في 01/12/90 والمتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون 05/04 (جريدة رسمية رقم 51 لسنة 2004).
- 9- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1 ديسمبر 90 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية (جريدة رسمية رقم 52 لسنة 90).
- 10- قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم (جريدة رسمية رقم 49 لسنة 1990).
- 11- القانون 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 و المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم (جريدة رسمية رقم 16 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 (جريدة رسمية رقم 29 لسنة 2001) و القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (جريدة رسمية رقم 83 لسنة 2002).
- 12- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.
- 13- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008).

## المراسيم

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 64-283 المؤرخ في 07 أكتوبر 1964 و المتضمن الأحكام الحبسية العامة (جريدة رسمية رقم 77 سنة 1964).
- 2- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ( جريدة رسمية رقم 30 لسنة 76).
- 3- المرسوم 60/77 يتضمن تحديد اختصاصات قناصل الجزائر (جريدة رسمية رقم 28 لسنة 77).
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 91 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفاءات ذلك (جريدة رسمية رقم 60 لسنة 91).
- 5- المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 91/05/28 والذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك المعدل والمتمم بالمرسوم 03/06 (جريدة رسمية رقم 01 لسنة 2006).

## المذكرات

- 1- المذكرة رقم 626 صادرة في 14/12/1994 عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.

## القوانين العربية

- 1- قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 المؤرخ في 24 يونيو 1946 .
- 2- قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
- 3- مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، تعليق فاطمة الزهراء بن محمود ، حيت بن سليمة، سامية دولة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس ، 2008.

## خامسا : كتب التراجم والسير

- 1- الذهبي ، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1985.
- \*الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق د.صلاح الدين المنجد، دار المعارف، مصر، ط1، دت.
- 2- الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتاب العلمية، لبنان، ط1، دت.
- 3- الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، لبنان، ط5، 1970.
- 4- الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، دار الرائد العربي ، لبنان، ط2، 1981.

- 5- القرشي ، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر ، ط2، 1993.
- 6- القرافي، توشيح الديباج و حلية الابتهاج، تحقيق الدكتور علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، 2004.
- 7- ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق مأمون بن يحيى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط01، 1996.
- 8- محمد بن سعد، الطبقات الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990.
- 9- محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، لبنان، د ط، د ت.

### سادسا : كتب الأصول

- 1- القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ، دار الفكر، لبنان، مصدر، ط01، 1973.
- 2- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1998 7.

### سابعا : المعاجم والقواميس

- 1- إبراهيم أنيس و آخرون، المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، ط2، 1973.
- 2- ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، دط، 1998 .
- 3- الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994.
- \*الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي ، لبنان، ، دط ، 1981.
- 4- ابن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل لبنان، ط1، 1991.
- 5- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفكر، سوريا ، ط2، 1988.
- 6- د. قلعة جي، د. قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، لبنان، ط2، 1988.
- 7- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301 هـ.
- 8- الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية ، مصر، دط، 1952.
- 9- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق علي عبد الرحمن وآخرون ، دار المعارف، مصر، دت.

## ثامنا :المراجع الحديثة

## الكتب

- 1-د.أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دط، 1999.
- 2-د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د ط ، 2003.
- 3-د. أحمد الصويعي شلييك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النقاش، الأردن، ط1، 1999.
- 4-أنور طلبة ، العقود الصغيرة، المكتبة القانونية، دط، 2004.
- 5-أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط1، 2005.
- 6-أديب استنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط3، 1994.
- 7-د.الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، د ط، 2003.
- 8-د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، مطبعة الإرشاد، بغداد، دط، 1972.
- 9-أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، منشأة المعارف، مصر، دط، دت.
- 10-د.بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، لبنان، دط، دت.
- 11-د. بدران أبو العينين بدران، الموارث والهبة والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ، دط، 1985.
- 12-د.بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
- 13-د.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، دم ج، الجزائر، دط، 94.
- 14-أبو بكر السيوطي، الأشباه و النظائر، مطبعة مصطفى محمد ، د ط، 1359هـ.
- 15-د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة ،مصر، دط، 2001 .
- 16-جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دط، 2006.
- 17-د.حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة ، مصر، دط، 2004.

- 18- د. رمول خالد، دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2008.
- 19- د. رمول خالد، الإطار لاقانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية، دار هومة، دط، 2004.
- 20- د. رمضان علي السيد الشربناصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط، 2003.
- 21- د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1884.
- 22- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار الثقافة، لبنان، دط، دت.
- 23- زهدي يكن، الوقف الشريعة في القانون، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1388هـ.
- 24- د. سلطان بن ابراهيم بن سلطان، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث، الإمارات العربية، ط1، 2002.
- 25- د. ستار أبو غدة، الخيار و أثره في العقود، مطبعة مقهوري، الكويت، ط2، 1985.
- 26- د. سعاد ابراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، تهامة للنشر، السعودية، ط2، 1984.
- 27- د. صبحي حمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للملايين، لبنان، ط7، 1981.
- 28- عبد المومن بلباقي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، دط، دت.
- 29- د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 2000.
- 30- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دط، دت.
- 31- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مصر، دط، 2004.
- \* د. السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000.
- 32- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، لبنان، دط، دت.
- 33- د. عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، دط، دت.
- 34- عليوش قربوع كمال، القانون الدول الخاص الجزائري، دارهومة، الجزائر، ط1، 2006.
- 35- د. علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص، د م ج، الجزائر، دط، 2000.

- 36- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، دارهومة، الجزائر، دط، 2002.
- 37- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، دط، 2002.
- 38- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، دط، 2004.
- 39- عمر حمدي باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومة، الجزائر، دط، 2003.
- 40- عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2007.
- 41- عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، دط، 2001.
- 42- د. علي الخفيف، أحكام الوصية، المطبعة العالمية، مصر، دط، 1962.
- 43- د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مكتبة دارالثقافة، الأردن، ط1، 2000.
- 44- د. عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ط1998 4.
- 45- د. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1997.
- 46- د. علي بن عبد الرحمن بن علي الربيع، أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي، دار اللواء، السعودية، ط1، 1987.
- 47- عمر يجياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، دط، 2001.
- 48- د. العياشي الصادق فداء، محمود أحمد مهدي، الإتجاهات المعاصرة في تطوير الإستثمار الوقفي، المعهد الإسلامي للبحوث السعودية، دط، 1995.
- 49- د. عبد الستار ابراهيم الهيبي، الوقف و دوره في التنمية، مركز البحوث و الدراسات، قطر، ط1، 1995.
- 50- عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، نظام الوقف في تشريعاته المتعددة، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، دط، 1997.
- 51- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة الإتحاد الشرقي، سوريا، د.ط، دت.
- 52- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1986.
- 53- د. فطري أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، دط، دت.

- 54- د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، لبنان، ط4، 1982 .
- 55- د. مصطفى محمد شلبي، المدخل في التعريف بالفقه و قواعد الملكية و العقود فيه، دار النهضة العربية، لبنان، دط، 1985.
- 56- محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 91.
- 57- د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى ، الجزائر، ط4، 2007.
- 58- محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، دط، 1988.
- 59- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، ط2، 1972.
- 60- مصطفى أحمد الرزقاء ، المدخل الفقهي العام، دار القلم ، سوريا، ط2، 2004.
- 61- د. مصطفى الحنن، د. مصطفى البغا، علي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، سوريا، الدار الشامية، لبنان ط2، 1998.
- 62- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث ، دط، دت .
- 63- د. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية، لبنان، دط، 1998.
- 64- د. محمد كمال الدين إمام ، الوصية والوقف في الإسلام ، منشأة المعارف، مصر، د ط ، 1993.
- 65- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2004.
- 66- د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، لبنان ، دط، 2000.
- 67- محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1991.
- 68- د. محمد كمال حمدي، أحكام الوصية، المطبعة العالمية، مصر، د ط، 1962.
- 69- د. مصطفى السباعي ، د. عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مطبعة جامعة دمشق ، سوريا ، ط3 ، 1970.
- 70- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الكتاب المصري، مصر، دار الكتاب اللبناني، لبنان، د ط، د ت.
- 71- د. محمود حسن، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت، دط، 1993.

- 72- محمود محمد هشام، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، السعودية، دط، 1988.
- 73- محمد الصنعاني، سبيل السلام شرح بلوغ المرام، المكتبة العصرية، لبنان، دط، 1992.
- 74- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دط، 2006.
- 75- د. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001.
- 76- د. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003.
- 78- د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، دط، دت.
- 79- محمد كامل مرسي باشا، العقود المسماة، مطبعة لجنة البيان العربي، مصر، ط2، 1952.
- 80- مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، دار ابن عفان، مصر، ط1، 1999.
- 81- د. مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الوقف، دار عمار، الأردن، ط2، 1998.
- 82- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 1994.
- 83- د. منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره إدارته تنميته، دار الفكر، سوريا، ط1، 2001.
- 84- د. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، سعد سمك للنسخ والطبعات، مصر، دط، 1995.
- 85- هشام أسامة منور، الوقف تمويله و تنميته، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2005.
- 86- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط2، 1981.
- 87- د. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1993.
- 88- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط3، 1988.

## الكتب بالفرنسية

- 89- Ghaouti Benmelha ,le droit patrimonial Algérien de la famille ,opu, alger ,1 ére édition, 1995.

## الرسائل والمذكرات

- 1- عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله، كلية العلوم الانسانية، الجزائر، 2004.
- 2- د. كمال الدرغ ، الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله ، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996.
- 3- نادية براهيمى، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، دت.
- 4- محمدي سليمان، كسب الملكية بسبب الوفاة، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1988.
- 5- محمد باوني، الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، 1988.
- 6- بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، مذكرة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008.
- 7- حنيفة زايدي، الدور الإقتصادي لمؤسسة الزكاة و الوقف، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2004.
- 8- ضريفي الصادق، الرجوع في الهبة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ،الجزائر، 2002.
- 9- عزاز مراد، الحماية القانونية للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقاري، المركز الجامعي سوق اهراس، 2008.
- 10- فيروز سخان، إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي سوق اهراس، 2008.
- 11- كريمة حاجي، التسيير الإداري للأموال الوقفية العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقاري، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2009.
- 12- نورة منصورى، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي تبسة، 2008.
- 13- الهادي سليمى، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي تبسة، 2008.

## المجلات والدوريات

- 1- د. ابراهيم محمود عبد الباقي، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني، مجلة الأوقاف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ط1، 2006.
- 2- د. إيناس عباس إبراهيم، هبة الآباء لأبنائهم حال الحياة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 19، 1993.
- 3- أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيه، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 32، العدد 1، 2005.
- 4- بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحديد عقد توثيق، مجلة الموثق، 2003، عدد 09.
- 5- البشير جبري، الرجوع في الهبة، مجلة الموثق 2003، العدد 9.
- 6- بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 09، 2000.
- 7- جمال الدين طه العقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، العدد 1، 1998.
- 8- جعفر الفضلي، الرجوع في الهبة، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 24، العدد 1، 1997.
- 9- عبد الوهاب خلاف، الجديد في قانون الوقف، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة فؤاد الاول، 1947، السنة 17، العدد 02.
- 10- عبد الله بن الشيخ المحفوظ، أثر المصلحة في الوقف، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة 12، عدد 47، 2000.
- 11- علاوة بوتغرار، المادة 324 مكرر 03 فيما بين نصها العربي والفرنسي، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، 2001، عدد 03.
- 12- علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، 2001، عدد 01.
- 13- علاوة بوتغرار، نظرات في قانون التسجيل الجزائري، مجلة الموثق، 2005، عدد 13.
- 14- كايد يوسف قرعوش، الوقف الدرّي بين الإبقاء والإلغاء في الفقه والقانون، مجلة دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 1999، المجلد 26، العدد 02.

- 15- د. محمد حسين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، 1987، العدد 02.
- 16- محمد عثمان شبير، حدود العدل بين الأولاد في العطاء ومعالجة الجور فيه في الفقه الإسلامي، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 24، العدد 01.
- 17- د. نوبي محمد حسن، قيم الوقف و النظرية المعمارية (صياغة معاصرة)، مجلة الأوقاف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، السنة الخامسة، العدد 08، 2005.

### الندوات والدورات

- 1- محمد عيسى، فقه الوقف و إدارته في الإسلام، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، الجزائر، 1999.
- 2- محمد طرفاني، قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، الجزائر، 1999.
- 3- د. محمد رأفت عثمان ، حكم الوقف في الشريعة الإسلامية وموقف المدارس الإسلامية منه ، ندوة إحياء دور الوقف في الدول الإسلامية ،رابطة الجامعات الإسلامية ،بور سعيد، 1998.

### المجموعات القضائية

- 1- مجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والوثائق، المحكمة العليا ، الجزائر 1989، عدد 01.
- 2- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 02.
- 3- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 03.
- 4- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04.
- 5- المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 01.
- 6- المجلة القضائية، لسنة 1991، عدد 02.
- 7- المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04.
- 8- المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01.
- 9- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02.
- 10- المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 03.
- 11- المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 03.
- 12- المجلة القضائية لسنة 1995، عدد 01.

- 13- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 02.
  - 14- المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 01.
  - 15- المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 02.
  - 16- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص بالأحوال الشخصية.
  - 17- المجلة القضائية لسنة 2002، عدد 01.
  - 18- المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 01.
  - 19- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، 2004، ج 1.
  - 20- مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، عدد 01.
  - 21- مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 02.
  - 22- مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 01.
  - 23- مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 01.
  - 24- مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 02.
  - 25- نشرة القضاة لسنة 82، الصادرة عن وزارة العدل، مديرية التشريع والدراسات القانونية، عدد خاص.
  - 26- نشرة القضاء، عدد 43.
  - 27- نشرة القضاة لسنة 97، عدد 01.
- مواقع الأنترنت**
- 1- www.islam- maroc. Ma
  - 2- عبد الله بن محمد بن أحمد الطبار، الوصية ضوابط وأحكام، على موقع: [www.saaid-net/book/6/962](http://www.saaid-net/book/6/962)
  - 3- <http://olijuseb.free.Fn/donations.htm>
  - 4- [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)
  - 5- الإقالة فسخ أم ماذا؟ على موقع [www.islamweb.net](http://www.islamweb.net)
  - 6- أبو عبد الوهاب بن ابراهيم أبو سليمان، الوقف مفهومه و مقاصده، ندوة المكتبة الوقفية في المملكة العربية السعودية، على موقع <http://iefpedia.com/arab/?p=10234>



## فهرس الموضوعات

7-1	مقدمة
	الفصل الأول: أحكام الرجوع في الوصية
ص 10	مفهوم الوصية و الرجوع فيها
ص 10	المطلب الأول مفهوم الوصية

ص 10	تعريف الوصية	الفرع الاول
ص 10	تعريفها لغة	البند الأول
ص 11	تعريفها اصطلاحا	البند الثاني
ص 10	تعريفها في الفقه الشرعي	الفقرة الأولى
ص 17	تعريفها قانونا	الفقرة الثانية
ص 21	طبيعة الوصية	الفرع الثاني
ص 21	طبيعتها في نظر الفقه الشرعي	البند الأول
ص 23	أدلة جواز الرجوع	الفقرة الأولى
ص 24	الحكمة من تشريع الرجوع عن الوصي	الفقرة الثانية
ص 25	طبيعتها في نظر القانون	البند الثاني
ص 27	الرجوع عن الوصية	المطلب الثاني
ص 28	لمن يثبت حق الرجوع	الفرع الاول
ص 29	جواز الرجوع و إن التزم الموصي عدم الرجوع	البند الأول
ص 31	التزام الموصي بعدم الرجوع ملزم له	البند الثاني
ص 33	تكييف حق الرجوع عن الوصية	الفرع الثاني
ص 34	تكييفه من منظور الفقه الشرعي	البند الأول
ص 34	الرجوع و البطلان	الفقرة الأولى
ص 35	الرجوع و الفسخ	الفقرة الثانية
ص 37	تكييفه قانونا	البند الثاني
ص 39	طرق الرجوع في الوصية	
ص 40	الطرق المتفق عليها أنها رجوع	المطلب الأول
ص 40	الرجوع الصريح	الفرع الاول
ص 42	التصرف في الموصى به	الفرع الثاني
ص 42	التصرف بإزالة الملك	البند الأول
ص 43	التنفيذ الفعلي للتصرف	الفقرة الأولى
ص 48	العرض والإيضاء والتوكيل	الفقرة الثانية
ص 50	عودة الملك من جديد	البند الثاني

ص51	بطلان الوصية ولو عاد الملك	الفقرة الأولى
ص51	عودة الوصية بعودة الملك	الفقرة الثانية
ص52	الطرق المختلف في كونها رجوع	المطلب الثاني
ص52	التغيير في الموصى به	الفرع الأول
ص52	التغيير الماس بذات الموصى به	البند الأول
ص52	التغيير بفعل الموصي	الفقرة الأولى
ص53	التغيير من غير فعل الموصي	الفقرة الثانية
ص54	التغيير الماس بتوابع الموصى به وصفاته	البند الثاني
ص55	التغيير بالبناء أو الغرس	البند الثالث
ص55	البناء	الفقرة الأولى
ص58	الغرس	الفقرة الثانية
ص60	إعادة الإيضاء	الفرع الثاني
ص61	إعادة الإيضاء للشخص ذاته مع تغيير المقدار	البند الأول
ص61	تغيير المقدار بالزيادة	الفقرة الأولى
ص61	تغيير المقدار بالنقصان	الفقرة الثانية
ص62	الإيضاء بالموصى به الأول لشخص آخر	البند الثاني
ص62	ذكر الوصية الأولى عند الإيضاء الثاني	الفقرة الأولى
ص62	عدم ذكر الوصية الأولى عند الإيضاء الثاني	الفقرة الثانية
ص63	الجحود	الفرع الثالث
ص64	الجحود رجوع في الوصية	البند الأول
ص65	الجحود ليس رجوعاً في الوصية	البند الثاني
ص66	إثبات الرجوع عن الوصية	
ص66	إثبات الرجوع قبل صدور قانون الأسرة	المطلب الأول
ص66	إثبات الرجوع قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق	الفرع الأول
ص70	إثبات الرجوع بعد صدور الأمر 91/70	الفرع الثاني
ص71	الوصية التي محلها عقار	البند الأول
ص74	الوصية بمنقول	البند الثاني

ص75	إثبات الرجوع بعد صدور قانون الأسرة	المطلب الثاني
ص76	إثبات الرجوع الصريح	الفرع الأول
ص76	إثبات الرجوع بعقد توثيقي	البند الأول
ص79	إثبات الرجوع بحكم قضائي	البند الثاني
ص81	إثبات الرجوع الضمني	الفرع الثاني
<b>الفصل الثاني : أحكام الرجوع في الهبة</b>		
84	مفهوم الهبة و الرجوع فيها	
ص84	مفهوم الهبة	المطلب الأول
ص85	مفهوم الهبة في الإصطلاح الشرعي	الفرع الأول
ص86	الصيغة	البند الأول
ص86	انعقاد الهبة بالإيجاب منفردا	الفقرة الأولى
ص88	انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول معا	الفقرة الثانية
ص89	القبض	البند الثاني
ص90	تملك الهبة بالقبض	الفقرة الأولى
ص91	تملك الهبة بالصيغة وحدها	الفقرة الثانية
ص92	مفهوم الهبة في الإصطلاح القانوني	الفرع الثاني
ص92	الإيجاب والقبول	البند الأول
ص94	الحيابة	البند الثاني
ص94	كيف تتم الحيابة	الفقرة الأولى
ص95	الإستثناءات الواردة على الحيابة	الفقرة الثانية
ص96	مراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات	البند الثالث
ص96	الرسمية في هبة العقارات	الفقرة الأولى
ص98	الإجراءات الخاصة في المنقولات	الفقرة الثانية
ص99	الرجوع عن الهبة	المطلب الثاني
ص99	مدى جواز الرجوع عن الهبة	الفرع الأول
ص99	لزوم الهبة بالقبض	البند الأول
ص101	عدم لزوم الهبة بالقبض	البند الثاني
ص103	لمن يثبت حق الرجوع	الفرع الثاني

ص103	رجوع الأم فيما وهبت لولدها	البند الأول
ص105	رجوع الجد والجددة فيما وهبا لولد الولد	البند الثاني
ص106	إسقاط حق الرجوع عن الهبة	البند الثالث
ص108	موانع الرجوع في الهبة	
ص108	موانع الرجوع في الفقه الإسلامي	المطلب الأول
ص108	موانع الرجوع عند القائلين بلزوم الهبة	الفرع الأول
ص108	خروج الموهوب عن الملك	البند الأول
ص109	التصرف في الشيء الموهوب	الفقرة الأولى
ص111	هلاك الموهوب	الفقرة الثانية
ص112	موت أحد المتعاقدين	الفقرة الثالثة
ص113	زيادة الشيء الموهوب	البند الثاني
ص116	تعلق حقوق الغير بالهبة	البند الثالث
ص118	موانع الرجوع عند القائلين بعدم لزوم الهبة	الفرع الثاني
ص119	موانع قائمة منذ صدور الهبة	البند الأول
ص122	موانع تطراً بعد صدور الهبة	البند الثاني
ص124	موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري	المطلب الثاني
ص124	الموانع القائمة منذ صدور الهبة	الفرع الأول
ص124	الهبة من أجل زواج الموهوب له	البند الأول
ص125	الهبة لضمان قرض أو قضاء دين	البند الثاني
ص126	الهبة لأجل المنفعة العامة	البند الثالث
ص126	الموانع التي تطراً بعد صدور الهبة	الفرع الثاني
ص126	تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب	البند الأول
ص128	ضياع العين الموهوبة	البند الثاني:
ص128	التغيير في طبيعة الشيء الموهوب	البند الثالث
ص131		
ص131	طرق الرجوع في الهبة	
ص131	الرجوع في الفقه الإسلامي	الفرع الأول

ص131	الرجوع بالتراضي أو بحكم القاضي	البند الأول
ص133	الرجوع بإرادة الواهب المنفردة	البند الثاني
ص134	طرق الرجوع قانونا	الفرع الثاني
ص137	آثار الرجوع في الهبة	المطلب الثاني
ص138	آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين	الفرع الأول
ص138	رد الموهوب إلى الواهب	البند الأول
ص139	رجوع الواهب بالثمار	البند الثاني
ص140	رجوع الموهوب له بالمصرفات	البند الثالث
ص141	آثار الرجوع بالنسبة للغير	الفرع الثاني
ص142	التصرف في المال الموهوب تصرفا نهائيا قبل الرجوع في الهبة	البند الأول
ص142	ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير	البند الثاني
<b>الفصل الثالث: أحكام الرجوع في الوقف</b>		
	مفهوم الوقف	
ص145	مفهوم الوقف في الاصطلاح الشرعي	المطلب الأول
ص146	تعريف الفقهاء للوقف	الفرع الأول:
ص146	الوقف عند أبي حنيفة	البند الأول
ص147	تعريف الوقف عند المالكية	البند الثاني
ص148	تعريف الوقف عند الجمهور	البند الثالث
ص150	طبيعة الوقف	الفرع الثاني
ص150	الصيغة	البند الأول
ص153	القبض	البند الثاني
ص153	اشتراط القبض لتمام الوقف	الفقرة الأولى
ص154	عدم اشتراط القبض لتمام الوقف	الفقرة الثانية
ص156	مفهوم الوقف في الإصطلاح القانوني	المطلب الثاني
ص158	طبيعة الوقف	الفرع الأول:
ص161	الشكلية في الوقف	الفرع الثاني



ص161	الوقف الذي محله عقار	البند الأول
ص163	الوقف الذي محله منقول	البند الثاني
ص165		
ص165	عدم لزوم الوقف	المطلب الأول
ص166	أدلة القائلين بعدم لزوم الوقف	الفرع الأول:
ص170	مناقشة الأدلة	الفرع الثاني
ص174	لزوم الوقف	المطلب الثاني:
ص175	أدلة لزوم الوقف	الفرع الأول
ص178	مناقشة الأدلة	الفرع الثاني
ص181	عدم اللزوم قانونا	الفرع الثالث
ص185	خاتمة	
ص191	الفهارس الفنية	