

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية



قسم العلوم الإنسانية

شعبة العلوم الإسلامية

عنوان المذكرة

عقد الهبة بين الشريعة والقانون

دراسة حالة تقسيم الميراث في الحياة

إعداد الطالب: يوسف قطوش

نوقشت و أجزت بتاريخ 5 جوان 2018 م أمام اللجنة المكونة من:

الدكتور مخلوف داودي	أستاذ محاضر(ب)	جامعة غرداية	رئيسا
الدكتور مصطفى بن دريسو	أستاذ مساعد (أ)	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
الأستاذ جمعة حنطاوي	أستاذ مساعد (أ)	جامعة غرداية	مناقشا

السنة الجامعية 1438هـ-1439هـ / 2017م-2018م

إهداء

إلى الوالدين الكريمين ولمن قال فيهما المولى العلي القدير

﴿ وَقُلْ رَبِّ اِرْحَمْهُمَا كَمَا رَّبَّبْتَنِي صَغِيرًا ﴾ [سورة الإسراء: 24]

إلى الزوجة الفاضلة سكن الحياة، إلى زينة الحياة بناتي

إلى إخوتي أخواتي وأصدقائي وأحبائي

إلى من رضي بالله ربا وبالإسلام ديناً ومحمد صلى الله عليه وسلم

نبينا ورسولا

شكر وعرهان

نحمد الله ونشئ عليه بما هو أهله على توفيقه تيسيره وامتنانه،

إن قيد النعم شكرها ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله ،

فمن واجبي في هذا المقام أن نذكر الفضل لأهله، وعليه أتقدم

بأبلغ صيغ الشكر والتقدير لفضيلة الأستاذ المشرف

" بن دريسو مصطفى "، الذي عرفته من خلال هذه الدراسة نصحا

وتصحيحا توجيها وتعقيبا، فجزاه الله خيرا وأبقاه ذخرا وفخرا.

ومن واجبي الاعتراف بفضل الأساتذة الكرام الذين درسوني

في مرحلة الماستر أرف لهم تحية وسلاما، ولا يفوتني في هذا المقام

أن أتقدم بالشكر والتقدير للجنة المناقشة على قبولها مناقشة

هذا البحث المتواضع.

وكل من ساهم في انجاز هذا البحث من قريب أو بعيد نقول لهم

جميعا جزاكم الله خيرا.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ط 1 الطبعة الأولى

ط 2 : الطبعة الثانية

ص 3 : الصفحة الثالثة

5/2 : الجزء الثاني ، الصفحة الخامسة

30/9 : الجزء التاسع ، الصفحة الثلاثون

[د ت] : دون ذكر تاريخ الطبع

[د ط] : دون ذكر الطبعة

ملخص

عقد الهبة تمليك المال أو المنفعة في الحياة بغير بعوض ، لها ثلاثة أركان.

الركن الأول الرضا، يشترط له تطابق الإيجاب القبول والحيازة والشكل، وأن يصدر الرضا من إرادتين تتمتع بالأهلية وخالية

من عيوب الرضا.

الركن الثاني المحل وهو الموهوب ويشترط أن مالا مملوكا متقوما معيناً صالحاً للتعامل به.

الركن الثالث السبب وهو الباعث على إنشاء العقد ويشترط أن يكون الباعث مشروعاً.

أما تقسيم الميراث في الحياة إذا توفرت أركان الهبة شروطها فهو هبة صحيحة وإلا فهو وصية للمواريث.

Abstract

The donation contract is to title money or a given interest without compensation while still in life It consists of three pillars.

First pillar: approbation which is done upon an acceptance of the offer, the ownership of the donation object as well as the form. The approbation should be the will of two eligible parties whose will is free defect

Second pillar: the object of donation: should be a personal property ,assessable and can be dealt with.

The third pillar is the reason behind this very contract which should be legal.

Sharing the owner's inheritance while still in life is deemed a donation if the pillars of the donation are available otherwise it is deemed as just a will for the heir.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله أما بعد.

أتاحت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري للشخص حرية التصرف في أمواله وهبة ما شاء ولمن يشاء، وليس لأحد كائنا من كان الاعتراض عليه في تصرفاته مادام لم يعترضه عارض.

غير أن هذه التصرفات قد تحمل خطرا كبيرا على المالك أو ورثته أو الغير، ولهذا قيد الشارع الحكيم والمشرع الجزائري التصرفات المالية بعدة ضوابط مراعاة لحق الغير، ومن هذه التصرفات التي تكتسي خطرا كبيرا ذا بال عظيم "تقسيم الميراث في حال الحياة باعتباره هبة أو باعتباره وصية".

ومن هنا تأتي أهمية الموضوع في كون تقسيم الميراث في الحياة يضمن الانتقال السلس للأموال من المالك إلى الورثة ويقلل من حدوث النزاع والخصام بين الورثة، وفي نفس الوقت يرتاح بال المالك على حال الورثة من بعده.

ومن الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع أن تقسيم الميراث في الحياة أصبح ظاهرة مستجدة تحتاج لبيان حكم الشرع ورأي القانون فيها، وعلاوة على ذلك عدم وجود دراسات محكمة في هذا الموضوع، وإن كان قد تكلم الفقهاء عن مضمون تقسيم الميراث في الحياة؛ في باب الهبة والوصية.

تهدف هذه الدراسة إلى تكييف هذه المعاملة في أي الموضوعات تدخل أفي الهبة أو الوصية؟ وبيان حكم الشرع ورأي القانون الجزائري فيها.

يطرح موضوع تقسيم الميراث في الحياة الإشكالية الآتية: ما هو تكييف هذا التصرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟ وما مدى مشروعيته؟.

ولقد اعتمدت للإجابة على هذه الإشكالية في دراستي للموضوع على عدة مناهج حسب مقتضى الحال

1- المنهج الاستقرائي: حيث يتم الإمام بأقوال الفقهاء والمشرع الجزائري من خلال جمع كل ما يتعلق بهذا الموضوع في الشريعة والقانون.

2- المنهج التحليلي: يكمن ذلك من خلال دراسة الأحكام الفقهية والقانونية مناقشتها لاستخلاص أهم الأحكام .

3- المنهج المقارن: حيث اعتمدت مقارنة كل جزء من هذا الموضوع بين الشريعة الإسلامية وبين ما يقابلها في التشريع الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الهبة فيه دراسات الكثيرة من بينها " الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن" لمحمد تقيّة، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 1997م، و" الرجوع عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري" لبادي أميرة ومزعاش خولة، رسالة ماستر جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل، 2017م، و" هبة العقار في التشريع الجزائري" لنورة منصوري ، رسالة ماجستير ، المركز الجامعي تبسة ، 2008م، و " أحكام الهدية في الإسلام " لسعيد وجيه سعيد منصور، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح نابلس فلسطين، 2011م، وغيرها كثير، هذه الرسائل درست جانبا معينا من الهبة، و لم تتطرق لدراسة تقسيم الميراث في الحياة، ولم أجد في حدود علمي المتواضع من درس هذا الموضوع دراسة أكاديمية؛ لا في الفقه الإسلامي ولا في التشريع الجزائري، وإن كان فقهاء الشريعة والقانون تكلموا عن محاوره في أبواب الهبة والوصية.

وقد اعتمدت في دراستي هذه على مصادر ومراجع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أهمها من ناحية الفقه الإسلامي مواهب الجليل للحطاب في الفقه المالكي، وفتح القدير لابن الهمام في الفقه الحنفي، والجموع للنووي في الفقه الشافعي، والمغني لابن قدامة في الفقه الحنبلي، والمحلى

لابن حزم في الفقه الظاهري، أما من ناحية القانون الوضعي عقود التبرعات لحمدي باشا عمر، والهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن لمحمد تقييه.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد واجهتني أثناء إعداد البحث صعوبات أهمها أن جزئيات الموضوع الشرعية متعددة ومتناثرة في مصادر متعددة، وكان الإمام بها صعبا.

كما اعترضني وجود فراغ قانوني في جزئيات كثيرة مع وجود آراء فقهية متعددة مما يصعب الإحالة إلى الفقه الإسلامي.

وطريقتي في هذه الدراسة أني أتناول في كل مسألة التعريف اللغوي فالاصطلاحي بشقيه الفقهي والقانوني، ثم أتناول أدلة المشروعية، والحكمة منها، وأذكر الأركان والشروط، ملتزما في كل ذلك بالابتداء بالمذهب المالكي ثم أرتب المذاهب الأخرى حسب الترتيب الزمني ثم أعرض رأي المشرع الجزائري، وبعدها أقوم بمقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.

كما قمت بتخريج الأحاديث النبوية معتمدا على الصحيحين أن وجد الحديث فيهما، وإن لم أجده أبحث عليه في غيره من الجامع والسنن مع بيان درجة الحديث قدر الإمكان.

قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث تم التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الهبة ضمن ثلاثة مطالب، يتناول المطلب الأول تعريف عقد الهبة، والمطلب الثاني يتناول مشروعية عقد الهبة والحكمة منها وخصائصها، والمطلب الثالث يتناول التمييز بين عقد الهبة والتصرفات المشابهة لها.

وتطرقت في المبحث الثاني إلى أكان عقد الهبة شروطها، ضمن ثلاثة مطالب، يتناول المطلب الأول الرضا و المطلب الثاني المحل و المطلب الثالث السبب.

وتطرق في المبحث الثالث إلى تقسيم الميراث في الحياة، ضمن مطلبين ، يتناول المطلب الأول تكييف التقسيم على أساس أنه هبة، و المطلب الثاني تكييفه على أساس أنه ليس هبة(وصية)، وأتمت الدراسة بخاتمة فيها أهم النتائج المتوصل إليها.

وفي الأخير نرجو أن نكون وفقنا في تناول هذا الموضوع، سائلين الله الإخلاص والقبول، إنه قريب مجيب الدعاء، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

مفهوم عقد الهبة

المبحث الأول: مفهوم عقد الهبة

ويشمل هذا المبحث التعريف بعقد الهبة، وأدلة مشروعيتها، والحكمة منها، وخصائصها، ومميزاتها.

المطلب الأول: تعريف عقد الهبة

قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع، الفرع الأول تعريف عقد الهبة في اللغة، والفرع الثاني تعريف عقد الهبة في الفقه الإسلامي، والفرع الثالث تعريف عقد الهبة في التشريع الجزائري، والفرع الرابع مقارنة تعريف عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

الفرع الأول: تعريف عقد الهبة في اللغة

أولاً: العقد

العقد: العقد هو العهد، ويدل على شدة وثوق، والعقدة ما يمسك الحبل ويوثقه¹. ويقيد العقد نخرج مفهوم التصرف والوعد.

ثانياً: الهبة:

الهبة: من وهبت الشيء أهبه هبة وموهباً، واتهبت الهبة قبلتها، وجمع الهبة مواهب، ويقال أوهب إلي من المال كذا أي ارتفع، وأصبح فلان موهباً أي معداً له.

ومن أسماء الله تعالى الوهاب، والهبة العطية الخالية من الأعراض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وقيل الهبة من الدوام أوهب لك الشيء أي دام، قال الشاعر أبو يزيد:

عَظِيمُ الْفَقَا ضَخْمُ الْخَوَاصِرِ أَوْهَبَتْ لَهُ عَجْوَةٌ مَسْمُونَةٌ وَحَمِيرُ

وقيل: الهبة من هبوب الرياح لما في ذلك من العطاء، وقيل: من هب من نومه، إذا استيقظ؛ فكأن فاعلها استيقظ وتنبه للعطاء².

وقد ورد ذكر الهبة في القرآن الكريم في الأعيان وغير الأعيان.

- فمن الأعيان؛ قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ [الشورى: 49].

فالله المعطي والمانع، يعطي الإناث فقط لمن يشاء، ويعطي الذكور فقط لمن يشاء، ويجمع بينهما، ويمنع البعض منهما³.

¹ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، 84/4.

² ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، 147/6، ابن منظور: لسان العرب، 4928/6.

³ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1676/4.

وكذا قوله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾ (39) [إبراهيم: 39]. حمد إبراهيم ربه على ما رزقه من الولد بعد الكبر.¹

- أما في غير الأعيان؛ فقد ورد ذكرها في قوله تعالى: ﴿وَهَبْنَا لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ أَوْهَابٌ﴾ (8) [آل عمران: 08].

أي أعطنا رحمة من عندك تثبت بها قلوبنا وتجمع شملنا.²

وقوله تعالى: ﴿وَهَبْنَا لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ أَوْهَابٌ﴾ (8) [الأحزاب: 50]؛ فيحل للمرأة المسلمة تسليم نفسها من غير مهر للرسول صلى الله عليه وسلم لغرض الزواج بها إذا شاء برضاها، وهذه من خصوصياته عليه السلام.³

وخلاصة القول أن الهبة في اللغة عطية لم يسبقها استحقاق ولو بغير المال.

الفرع الثاني: تعريف عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

أولاً: تعريف عقد الهبة عند المالكية

- تعريف ابن عرفة: "الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير العوض". وجاء في شرح هذا التعريف لإخراج محترزاته، ما يأتي:

"ذي منفعة": أخرج به العارية وما شابهها.

"لوجه المعطى": أخرج به الصدقة.

"بغير عوض": أخرج به هبة الثواب.⁴

- تعريف بربى: "هي تمليك رشيد ذاتا تنقل شرعا بلا عوض".

خرج بلفظ "ذاتا": العارية، و أخرج بلفظ: "بلا عوض": البيع والإجارة معا.⁵

- تعريف النفاوي: "العطية لمجرد ذات الموهوب له، تخرج الصدقة فإنها عطية لثواب الآخرة.

¹ ابن كثير: المصدر السابق، 1008/2.

² ابن كثير: المصدر السابق، 317/1.

³ ابن كثير: المصدر السابق، 1494/3.

⁴ الرصاع: شرح الحدود، 549/2.

⁵ بربى: سراج السالك 189/2.

ويخرج أيضا العارية والوقف والعمرى، فإن الذات باقية على ملك صاحبها والمدفوع للغير إنما هو المنفعة¹

- تعريف خليل: "تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة".²

أتى تعريف خليل بوجه عام إذ يشمل لفظ التمليك المنافع والذوات.

ثانيا تعريف عقد الهبة عند الحنفية:

"هي تمليك المال بلا عوض أو هي تمليك عين بلا عوض".³

أخرج بقيد "تمليك عين": الإجارة، وهبة الدين والإبراء والعارية.

وأخرج "بلا عوض": شرط العوض إذ لو شرط العوض في العقد لخرجت المعاملة عن كونها هبة⁴

ثالثا: تعريف عقد الهبة عند الشافعية:

نورد تعريفين:

- "هي تمليك تطوع في الحياة لا لإكرام و لا لأجل ثواب أو احتياج".

أخرج الهدية التي يراد بها إكرام المهدي إليه وهبة الثواب والصدقة⁵.

- "تمليك العين بلا عوض في الحياة تطوعا".⁶

أبرز هذا التعريف قيد الحياة لتخرج به الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، وأضاف قيد "التطوع"

لتخرج به الزكاة المفروضة.

رابعا: تعريف عقد الهبة عند الحنابلة:

"هي تمليك حال الحياة بغير عوض"، أو "هي تمليك في الحياة بلا عوض".⁷

لم يحصر هذا التعريف الهبة في العين بل هو شامل للعين والمنافع، وحدد وقت انتقال الملك الذي

يكون في الحياة.

¹النفراوي: الفواكه الدواني، 150/2.

² خليل بن إسحاق، المختصر، ص 252.

³ابن الهمام:الفتح القدير، 18/9.

⁴ ابن الهمام، المصدر السابق، 18/9، الكاساني: البدائع الصنائع، 84/8.

⁵ الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، 244/3.

⁶ الشرييني: مغني المحتاج، 396/2.

⁷ابن قدامة: المغني، 248/6.

ويستخلص من خلال التعاريف السابقة للمذاهب المذكورة أعلاه أن الفقهاء متفقون على أن الهبة هي تمليك حال الحياة، مع امتياز مذهب الشافعي والحنبلي بإبراز قيد "الحياة"، بينما لم يبرزه المذهب المالكي والحنفي فكان أكثر دقة بذلك.

كما أهمل المذهب الحنبلي قيد تمليك العين على غرار صاحب المختصر، وعلاوة على ذلك لم تشر المذاهب المذكورة على أن هبة عقد من العقود.

وبعد هذا العرض يمكن أن تعرف الهبة بأنها: "عقد يفيد تملك العين بلا عوض في الحياة، بنية التطوع"، وإخراج محترقات التعريف نوضح كلمات التعريف.

"عقد": تخرج به التصرفات والوعود.

"تملك العين": تخرج به العارية.

"بلا عوض": تخرج به المعاوضات كالبيع.

"في الحياة": تخرج به الوصية.

"بنية التطوع": تخرج به الزكاة.

الفرع الثالث: تعريف عقد الهبة في التشريع الجزائري

نصت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري أن: "الهبة تمليك بلا عوض".

نستخلص من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم ينص على أن الهبة عقد، وإنما يفهم من خلال مضمون المادة 206، "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول".

ونجد أيضا أن المشرع الجزائري أهمل لفظة حال الحياة، ولم يقيد الملك بلفظ العين، فتدخل بذلك هبة المنافع، والدين في هذا التعريف، وعليه فالتعريف القانوني ليس جامعا ولا مانعا.

الفرع الرابع: مقارنة تعريف عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

استمد المشرع الجزائري تعريفه للهبة من الفقه المالكي، بل من مختصر خليل لوجود تطابق بينهما. اتفق التشريع الجزائري مع الفقه الإسلامي على أن الهبة تمليك، وهذا التملك بلا عوض، واختلفوا في غير هذه القيود.

التعريفات الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري ليست مانعة من دخول عقود وتصرفات أخرى

معها، ومن ذلك تعريف خليل والشافعية والحنابلة والمشرع الجزائري، حيث ذهبوا إلى أن الهبة تمليك، فيدخل في التمليك العارية، فكان من الأجر إضافة قيد تمليك العين، كما أنه يدخل في التمليك بلا عوض الزكاة، فكان من الأجر إضافة قيد آخر هو نية التطوع.

المطلب الثاني: مشروعية عقد الهبة والحكمة منها وخصائصها

الفرع الأول: مشروعية عقد الهبة

دل القرآن الكريم والسنة المشرفة على مشروعية الهبة واستحبابها.

أولاً: فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَيْنًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 04].

وجه الدلالة من الآية أن الزوجة إذا وهبت شيئاً من مهرها لزوجها بعد قبضه عن طواعية فأمر الله بنص الآية بالأكل منه والله لا يأمر إلا بشيء مشروع.

وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: 2].

فالهبة من أنواع البر والخير والتقوى، وحيث أمر الله تعالى بها تكون مستحبة.

ثانياً: ودلت السنة النبوية على مشروعية الهبة واستحبابها، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "يا

نساء المسلمات لا تحقرن جارةً لجارتها ولو فرسن¹ شاة²."

- فالنبي صلى الله عليه وسلم رغب في الإهداء ولو بقليل من اللحم، وهو فرسن الشاة، وترغيبه دليل على مشروعيتها واستحبابها.

- وقال صلى الله عليه وسلم: "تهادوا تحابوا"³، ووجه دلالة الحديث أن الرسول صلى الله

عليه وسلم حث على الهدية ولا يحث إلا على شيء مرغّب فيه.

- وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي إلي

ذراع لقبيلته"⁴، ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم لو دعى إلى أكلة متواضعة

لأجاب الدعوة، ولو أهديت له هدية بسيطة لقبيلتها، فإجابة الدعوة وقبول الهدية دليلان على مشروعية

¹ عظم قليل اللحم وقيل الحافر.

² البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، رقم 2566.

³ البخاري، الأدب المفرد، 306/1.

⁴ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها وتحريض عليها، باب القليل من الهبة، رقم 2568.

الهبة.

- وكذا عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: " قد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران من الأنصار كانت لهم منائح، وكانوا يسقون رسول الله صلى الله عليه وسلم من ألبانهم فيسقيننا" 1.

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقبل هدايا منائح الأنصار ويهدي منها إلى غيره، وهذا الفعل يدل على مشروعيتها.

المشروع الجزائري: نص المشرع الجزائري على مشروعية عقد الهبة، في المادة 202. " الهبة تمليك بلا عوض"، ونص أيضا في المادة 206 من قانون الأسرة "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة".

ووجه الدلالة أن التنصيص على عقد الهبة في قانون الأسرة يدل على مشروعيتها. يستخلص مما مضى أن عقد الهبة مشروع ومستحب من خلال ما مر معنا من نصوص في القرآن والسنة ومن خلال ما نص عليه التشريع الجزائري في عشر مواد من قانون الأسرة؛ وهي من المادة 202 إلى المادة 212 من هذا القانون.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية عقد الهبة.

يهدف الإسلام لإقامة المجتمع المثالي المتكامل الذي يقوم على أساس المحبة والود والصلة والقرب، ولذا شرع كل ما من شأنه أن يقوي روابط القرب بين الأفراد ويحقق التواد و الألفة بين الناس. والهبة من الوسائل الناجعة التي تحقق هذا المعنى لما فيها من التعبير عن الإكرام والود والاحترام، والإنسان مجبول على حب من أكرمه وأحسن إليه وأظهر له وده واحترامه، وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم صريح في هذا المعنى إذ يقول: " تهادوا تحابوا"²، ويقول أيضا: "تهادوا فإن الهدية تذهب

¹ البخاري، المصدر السابق، كتاب الهبة وفضلها و التحريض عليها، رقم 2567.

² البخاري، الأدب المفرد، 306/1.

وحر الصدر"¹، أي: غله والحق الذي يكون فيه.

وحتى يتحقق هذا المعنى كاملا نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يحث على من وهب له شيء أن يقبله و لا يرده، لما في الرد على الواهب من إيذاء له إذ قد يشعر بالاستصغار وعدم الاكتراث به، وقد مر بنا قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة"² وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " من بلغه معروف من أخيه من غير مسألة ولا إشراف نفسه فليقبله و لا يرده فإنما هو رزق ساقه الله عز وجل إليه"³، وإذا كان هناك سبب شرعي معتبر لعدم قبول الهدية ينبغي أن يبينه حتى لا يبقى في نفس الواهب شيء. والهبة نوع من صلة الأرحام إذا كانت بين الأقارب، وفيها التقرب إلى الله لنيل أجر الآخرة، ويخلص النفس من الشح، يقول تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤَقِّ شَحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁹ [الحشر: 9].

المشروع الجزائري: المشروع الجزائري كان موقفه من الهبة موقفا يتماشى وأصالة الشعب الجزائري المعروف بالكرم وأخلاقه الرفيعة المستمدة من تعاليم الإسلام الذي يدين به الجزائريون، فاستمد أغلب أحكام القانون الأسرة من الفقه الإسلامي وليس من القانون الفرنسي كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني والجنائي، ووضع عقد الهبة في قانون الأسرة وليس في القانون المدني لحساسيته وارتباطه بالدين والأخلاق والعادات والقيم الاجتماعية.

الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة

للهبة عدة خصائص نجملها فيما يأتي:

أولاً: "هي عقد بين الأحياء":

لابد من إيجاب وقبول متطابقين ككل عقد على العموم، في حال حياة كل منهما⁴، كما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول"، فالإيجاب والقبول لا يكون إلا في

¹ سنن الترمذي، كتاب الولاء والهبة، باب حث النبي على التهادي، رقم 2130، انظر ابن العربي عارضة الأحوذى، 192/8.

² البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها باب القليل من الهبة رقم 2566.

³ رواه أحمد، المسند 221/4.

⁴ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط 5/5.

حالة الحياة. وموقف الفقه الإسلامي يتطابق مع المشرع الجزائري في هذه الخاصة، وفي هذا يقول ابن رشد: " أمّا الهبة فلا بد فيها من إيجاب وقبول عند الجميع"¹، ونجد هذا مخالفا لما عليه الوصية التي تنعقد بإرادة منفردة مضافة إلى ما بعد الموت.

ثانيا: "الهبة تصرف في المال بلا عوض":

يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع دون عوض، بينما يتم التصرف في العارية والوديعة بغير أجر، أما في الوكالة فبغير أجر، ويكون التبرع بأداء خدمة أو عمل آخر، فكل هذه التصرفات لا تعتبر هبة وإن كانت تبرعا.

والهبة تختص أنّها من أعمال التصرف، أي يقوم الواهب بنقل ملكية الموهوب دون عوض، ولما كانت الهبة تصرفا فلا تندرج فيها الكفالة العينية، لأن الكفيل العيني وإن كان يتصرف في ماله بأن ينقل عينا مملوكة له برهن ضمانا لدين شخص آخر، إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين.²

ثالثا: "نية التبرع":

الأصل في عقد الهبة أنّها عقد تبرع، ولذا فإن التصرف في المال بدون عوض يستلزم وجود نية التبرع وقت إبرام هذا العقد، فإن انتفت هذه النية انتفت الهبة معها، وعليه فإن التصرف لا يعد هبة في الأموال التالية:

- إذا كان العوض بدين طبيعي أو مدني.
- إذا كان القصد من التصرف الحصول على منفعة.
- إذا كان القصد من الهبة مجازاة الموهوب له.
- الأحوال التي يتم صرفها كجزء من الأجر وفقا لما جرى به العرف و العمل.³

¹ ابن رشد: بداية المجتهد، 229/2.

² محمد تقيّه: الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 24، سيد سابق: فقه السنة، 275/3.

³ الكاساني: البدائع الصنائع، 84/8، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 490/5، محمد تقيّه: المرجع السابق، ص 24.

رابعاً: " الهبة عقد شكلي "

لا يكفي في عقد الهبة وجود التراضي وحده، إنما يجب إفراغ هذا التراضي في شكل معين حسب المادة 206 من قانون الأسرة، إضافة إلى تسليم العين محل العقد.¹

المطلب الثالث: التمييز بين عقد الهبة والتصرفات المشابهة لها.

الفرع الأول: التمييز بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد.

أولاً: التمييز بين عقد الهبة و الوصية²:

كل من الهبة والوصية تبرع، ويتميز كل منها بعدة وجوه.

- الهبة عقد يجب توافق إرادة الواهب والموهوب له، والوصية ليست عقداً، وإنما هي تصرف انفرادي يعتمد على إرادة الموصي المنفردة.

- الهبة عقد ينقل الملك حال الحياة، والوصية تصرف ينتج أثره بعد الموت.

الأصل في عقد الهبة امتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز الرجوع فيها، أما الوصية يصح الرجوع للموصي متى شاء مادام حياً.

- الهبة عقد شكلي، والوصية لا تستلزم الشكل إلا لإثبات.

- عقد الهبة ليس مقيداً بقدر معين من المال، أما الوصية تكون في حدود الثلث أو رضا الورثة إذا زادت على الثلث.

ثانياً: التمييز بين عقد الهبة و العارية³:

كل من الهبة والعارية عقد تبرع، ويتميز عقد الهبة عن العارية بما يأتي:

- عقد الهبة يستلزم الرسمية، أما العارية يكفي لانعقادها رضا المتعاقدين.

- يترتب على عقد الهبة تملك الشيء الموهوب أو منفعته، أما العارية تقتصر على إباحة والانتفاع بالشيء محل العقد دون تملكه.

¹ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 13-14.

² سيد سابق: 293/3-299، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 509/10، محمد تقي: المرجع السابق، ص 31.

³ ابن جزىء: القوانين الفقهية، ص 292، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 5/5-6. محمد تقي: المرجع السابق، ص 32.

ثالثا: التمييز بين عقد الهبة و الصدقة: ¹

كل من عقد الهبة والصدقة تملك بلا عوض، ويختلف عقد الهبة عن الصدقة فيما يأتي:
- الصدقة تملك لمحتاج تقربا إلى الله، والهبة قد تكون لوجه الله أو لوجه المعطى أو غيره، لغرض دنيوي أو أخروي.

- الهبة لا يمكن الرجوع فيها إلا بالاعتصار، أما الصدقة لا يجوز الرجوع فيها أبدا.

رابعا: التمييز بين عقد الهبة والوقف: ²

كل من عقد الهبة والوقف يخرج الواهب والواقف جزءا من ماله من ملكه، ويختلف عقد الهبة عن الوقف فيما يأتي:

- إن الوقف لا يدخل في ملك الموقوف له، إذ لو دخل لجاز له التصرف فيه، أما الهبة فتدخل في ملك الموهوب له.

- الوقف ليس فيه تملك الرقبة لا للوارث ولا غيره بل هي تملك للمنفعة عكس عقد الهبة فهي تملك الرقبة.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانبيين.

أولا: التمييز بين عقد الهبة وعقد البيع.

- البيع عقد معارضة، والهبة عقد تبرع في الأصل، وكل منهما تصرف في المال ³.

ثانيا: التمييز بين عقد الهبة وعقد الإيجار ⁴.

- الإيجار عقد معارضة وتملك لمنفعة مؤقتة مقابل أجر، أما الهبة عقد تبرع وتملك للذوات دون أجر.

- الإيجار عقد رضائي، والهبة عقد شكلي.

¹ النفراوي: الفواكه الدواني، 150/2-155، ابن قدامة: المغني، 273/6.

² برى: سراج السالك 187/2، النفراوي: الفواكه الدواني، 160/2، شربيني: مغني المحتاج، 376/2 محمد تقي: المرجع السابق، ص33.

³ الخطاب: مواهب الجليل، 3/5، الرصاع: شرح الحدود، 326/2.

⁴ الخطاب: مواهب الجليل، 389/5، النفراوي: الفواكه الدواني، 112/2، محمد تقي: المرجع السابق، ص36.

المبحث الثاني
أركان عقد الهبة
و شروطها

المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وشروطها

نتناول في هذا المبحث أركان عقد الهبة، وهي الرضا ومحل والسبب وشروطها.

المطلب الأول: الرضا

الرضا في اللغة الخلاف السخط،¹ واصطلاحاً إثارة الشيء واستحسانه، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها.

ويتكون الرضا في التصرفات من عنصرين، الأول القصد إلى مباشرة السبب من قول أو فعل المنشئ للتصرف، والثاني الرغبة في الحكم.

فالرضا يستلزم الاختيار، لأن الاختيار أحد عنصري الرضا، ولكن الاختيار لا يستلزم الرضا، لأنه يوجد الاختيار دون الرغبة في الحكم كالمكره والهازل، فإن المكره يريد دفع الأذى والهازل يريد اللهو والعبث، وعلى هذا فتعبير المجنون والنائم ونحوها لا يتحقق فيه الرضا ولا الاختيار لعدم إرادة التعبير وإرادة الأثر، أما تعبير المكره والهازل فيحقق فيه الاختيار لا الرضا لأنه يتوافر في كل منهما إرادة التعبير لا إرادة الأثر.²

والدليل على أن الرضا أساس في المبادلات المالية قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا

أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾ [النساء: 29].

والفرق بين الرضا والتراضي فالتراضي أعم من الرضا، فالرضا صدور تعبير من أحد الطرفين يدل على رضاه واستحسانه للعقد، أما التراضي فهو تبادل رضائين وارتباطهما فيلزم لتحقيقه ثلاثة أمور، الأول صدور تعبير من أحد الطرفين وهو الإيجاب، والثاني صدور تعبير من الطرف الآخر وهو القبول، والثالث ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع،³ وللرضا شروط انعقاد وشروط صحة وهذا تفصيل ذلك.

¹ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، 2 / 402.

² السيد نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، ص 52.

³ السيد نشأت إبراهيم الدريني: المرجع السابق، ص 265.

الفرع الأول: شروط الانعقاد

وهي الإيجاب والقبول والحيازة والشكل.

أولاً: الإيجاب والقبول

وهو ارتباط الإيجاب والقبول على وجه مشروع، والفقهاء اختلفوا في عد الإيجاب والقبول ركنين في عقد الهبة أو يكفي في هذا العقد الإيجاب وحده لانعقاده دون الحاجة إلى قبول، وهذا توضيح ذلك.

المالكية: نص علماء المالكية على أن الإيجاب والقبول ركنان في عقد الهبة أو ما يقوم مقامهما¹ **الأحناف:** يتم بالإيجاب في حق الواهب والقبول والقبض في حق الموهوب له،² قال ابن الهمام: «وتصح الهبة بالإيجاب والقبول والقبض، أما الإيجاب والقبول فالأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، والقبض لا بد منه لثبوت الملك»³، وذهب بعض الحنفية إلى أن الهبة تنعقد بإرادة منفردة ولا تفتقر إلى قبول⁴.

الشافعية: تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول في حق الواهب والموهوب له⁵، «وشرط في الصيغة ما شرط في صيغة البيع ومنه توافق الإيجاب والقبول»⁶.

الحنابلة: وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس من إيجاب و قبول ومعاطاة المقترنة بما يدل عليها.⁷ **المشروع الجزائري:** جاء في المادة 206 من قانون الأسرة "تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول وتتم بالحيازة"، فهذه المادة صريحة في حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له، و عليه يكون المشروع الجزائري أخذ برأي الجمهور.

¹ ابن جزئ: القوانين الفقهية، ص 288، النفراوي: الفواكه الدواني، 154/2، برى: سراج السالك 189/2.

² السرخسي: المبسوط، 491/3.

³ ابن الهمام: فتح القدير، 1979.

⁴ الكاساني: البدائع الصنائع، 85/8.

⁵ الشرييني: مغني المحتاج، 397/2.

⁶ الدمياطي: حاشية إعانة الطالبين، 3 / 195.

⁷ ابن قدامة: المغني، 248 / 6، المرادوي: الإنصاف، 118/7.

ثانيا: احياءة

ويقصد بالحياءة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب له والاستتار به، ولا يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له.

والفهاء لهم آراء في الحياءة فمنهم من قال إنها شرط لزوم وتام لا شرط صحة، ومنهم من قال إنها شرط صحة، وقال آخرون ليس القبض شرط صحة ولا شرط لزوم، وهذه أقوال المذاهب فيها:

المالكية: المشهور في مذهب دار الهجرة أن احياءة شرط تمام،¹ وقيل شرط صحة، قال صاحب أسهل المسالك: «يشترط لصحتها مع كونه أهلا للتملك حياءة الموهوب أي وضع يده عليه أو تصرفه فيه قبل الموت الواهب أو تفليسه ولو لم يعلم الواهب».²

الأحناف: وتتم الهبة بالقبض الكامل ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به القوله صلى الله عليه وسلم " لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"،³ والمراد من نفي الملك لا الجواز،⁴ وذهب بعض الحنفية إلى أن الحياءة شرط صحة.⁵

الشافعية: الهبة عقد إرفاق كالقرض فلا تملك ولا تلزم إلا بالقبض.⁶

الحنابلة: وحيث افتقرت الهبة إلى القبض فهل ذلك لصحتها أو للزومها وملكها، أو للزومها فقط، ظاهر كلام الخرقى وطائفة من الأصحاب الأول⁷ أي أنها شرط لصحتها، وذهب البعض إلى أن القبض شرط لزوم.⁸

نستنتج أن الحياءة عند جمهور العلماء شرط تمام، و ذهب البعض الآخر إلى أنها شرط صحة.

المشروع الجزائري: يستنتج من صياغة المادة 206 من قانون الأسرة، «تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياءة» على أن المشروع الجزائري يعتبر الحياءة ركنا في عقد الهبة، وهو يستشف من قرار

¹ النفراوي: الفواكه الدواني، 153/2، ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص289.

² برى: سراج السالك، 2 / 189.

³ الحديث لا أصل له، انظر: الألباني: سلسلة الأحاديث الضعيفة الموضوعية، 536/1.

⁴ بداماد أفندي: مجمع الأنهر، 20 / 353.

⁵ السرخسي: المبسوط، 48/11.

⁶ البجيرمي: حاشية الشيخ إبراهيم، 92 / 2، الشريبي: مغني المحتاج، 400/2.

⁷ الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، 4 / 303.

⁸ المرادوي: الإنصاف، 119/7.

المحكمة العليا الصادر في 09 / 04 / 1969 م المنشور 1969 « يستوجب نقض وإبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم الحيازة فيها».¹
وللحيازة متمات وأحيانا يستغنى عنها وسنفصل ذلك.

1- متمات الحيازة:

تتم بوضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه، فإذا كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل عقد الهبة، بموجب عقد إيجار أو عارية أو رهن أو نحو ذلك. ثم تمت الهبة، كان الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت تمام عقد الهبة ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم.²

2. الاستغناء عن الحيازة:

أجابت المادة 208 من قانون الأسرة «إذا كان الواهب ولي الموهوب أو زوجة أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة»، وإليك تفضيل ذلك في العقارات والمنقولات.

أ- العقارات:

إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن إجراءات التوثيق عقد الهبة تغني عن الحيازة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العليا في قرارها الذي نصه « من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقبول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز».³

ب - المنقولات:

إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة.

فإذا انصبت الهبة على السيارة مثلا، فإن الإجراءات الإدارية المتمثلة في استخراج البطاقة الرمادية تغني عن الحيازة، حتى لو لم يتم استعمالها من قبل الموهوب له، كذا الشأن بالنسبة لهبة الأموال النقدية عندما يفتح بشأها حساب بنكي خاص للموهوب له.⁴

¹ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 9

² حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 11.

³ قرار رقم 700 - 58 المؤرخ في 19 / 02 / 1990 م، المنشور في المجلة القضائية و 113 العدد 04 سنة 1990 م.

⁴ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 13.

وخلاصة القول أن الحيازة عند جمهور الفقهاء هي من شروط التمام، وقيل من شروط الصحة، وأما المشرع الجزائري فيجعل الحيازة من الأركان العقد، وعليه بدونها يكون العقد باطلا، سواء في العقارات أو المنقولات أو الهبة اليدوية.

ولكن المشرع يضيف التوثيق في العقارات والمنقولات، أما الهبة اليدوية فيجوز الاكتفاء بالحوز دون التوثيق، كما يجوز الاكتفاء بالتوثيق عن الحوز في العقارات و المنقولات.

ثالثا: شكل الهبة

1: شكل الهبة في الفقه الإسلامي:

توثيق العقود بالوثيقة الرسمية داخل في المصالح المرسلّة التي لم يدلّ الدليل على اعتبارها و لا إلغائها، إذا كانت تحقق مقصدا من مقاصد الشرع، قال وهبه الزحيلي: " أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها، حقيقية لا وهمية: بأن يتحقق من تشريع الحكم بها جلب مصلحة أو دفع ضرر، مثال ذلك إن تسجيل العقود الواردة على العقارات في دائرة السجلات العقارية يقلل حتما من شهادة الزور، ويحقق استقرارا في المعاملات، فلا مانع من الحكم به شرعا"¹، وقال أيضا: " أما المصالح التي طرأت بعد انقطاع الوحي، ولم يشرع الشارع لها أحكاما معينة، ولم يقدّم دليل على اعتبارها ولا إلغائها، فهذه تسمى المناسب المرسل أو المصلحة المرسلّة، كاشتراط إثبات الزواج بوثيقة رسمية، وتسجيل عقد البيع العقاري لنقل الملكية."²

2: شكل الهبة في التشريع الجزائري:

الهبة عقد رسمي، والعقود الرسمية لا بد فيها من شرط الشكل، وهي عقد خطير يضر ضررا كبيرا بالواهب، إذ هو تصرف دون مقابل.

جاء في المادة 206 من قانون الأسرة: «تتعقد بالإيجاب والقبول. . . ومراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات، وإذا احتل أحد القيود بطلت الهبة».

¹ وهبة الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، ص 96.

² وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 93.

بمقتضى هذه المادة يجب توفير شرطين هما الرسمية والعينية، ولا يغني أحدهما عن الآخر.¹

أ- الشكلية في هبة العقار: يستفاد من نص المادة 206 أن الهبة في العقار تتعقد بالإيجاب والقبول، ومراعاة أحكام قانون التوثيق وتتم بالحيازة، فالشكلية في هبة العقار تغني عن تسجيل عقد الهبة في عقد رسمي وفقا لما نصت عليه أحكام المواد 324 مكرر واحد 324 مكرر أربعة وهو إفراغ رضا المتعاقدين، الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد موثق رسمي الذي يتلقى الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له.²

والإخلال بالشكل يعرض عقد الهبة للبطلان، وإذا كان القبول متأخرا عن الإيجاب يجب أن يوثق القبول وحده كذلك.

وإذا حرر عقد الهبة على شكل عربي فإن مآله إلى البطلان لا محال، وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 371، 45 الصادر في 20 / 04 / 1987 م، " غير منشور " من المقرر بأن العقد العربي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة.³

ويجب احترام الإجراءات الشكلية بناء على المادة 206 من قانون الأسرة، وبناء على القواعد العامة في القانون المدني، لأن نقل الملكية العقار يستلزم تسجيل الهبة أو البيع، ويستلزم الإشهار والتسجيل في المحافظة العقارية، وكذا في إدارة الدومين وفقا لتوجيه المادتين 792، 793 من القانون المدني.⁴

شهادة الشهود: والمقصود هنا شهود العقد لا شهود الإثبات ولا شهود التشريف، وشهود العقد هم شهود العدل، وحضورهم إجباري في العقود الاحتفالية كالهبة والوصية والوقف والزواج، ويجب أن يكونوا كاملي الأهلية، ولا صالح لهما في عقد الهبة، ولا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة، ووقت وجودهما هو وقت وجود الركن الأساسي وهو الإيجاب والقبول.⁵

أما شهود الإثبات تكون شهادتهم شهادة إثبات لا شهادة عقد، وهم الذين يضمنون هوية

¹ محمد تقي: الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 208.

² محمد تقي: المرجع السابق، ص 208.

³ حمدي باشا عمر: عقود التبوعات، ص 13.

⁴ محمد تقي: الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 210.

⁵ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 15.

الأطراف، وأما شهود التشريف ليس لهم قيمة قانونية.¹

ب- الشكلية في هبة المنقول: نصت المادة 206 من قانون الأسرة «تتعقد الهبة. . . ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات»، وعليه يكفي أن تصب الهبة في قالب عرفي إذا كان محلها المنقول، ولكن يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل الملكية بعض المنقولات كالسيارة، يجب استخراج البطاقة الرمادية، وقد ذهب البعض إلى القول بوجود تحرير الهبة المنقولة في شكل رسمي.

يوجد نص في التشريع الجزائري ينص صراحة على أن هبة المنقولات تقتضي أن تحرر بموجب عقد رسمي، وهو ما نص عليه القرار 830 33 المؤرخ في 12 / 10 / 1986 م: « حيث أن عقد بيع السيارة هو مجرد عقد رضائي، أما إجراء نقل البطاقة فهو مجرد إجراء إداري»²

ج - الاستثناء من الشكلية: يستثنى من الشكلية، الهبة المستترة والهبة غير المباشرة، فالهبة المستترة هي هبة تظهر تحت اسم آخر مثل التبرع على شخص بشكل قرض.³

أما الهبة غير المباشرة فهي التي تنشأ من أي عقد غير أن يكون التبرع مخفيا مثل النزول عن حق عيني بإجراء الدائن للمدين.⁴

د- الشكلية في الوعد بالهبة: انقسم الفقه القانوني حول هذه النقطة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عقد الهبة من العقود التي تتم بصورة فورية منجزة، وعليه لا يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى الموثق لإبرام وعد بالهبة، فضلا عن انعدام النص الذي يسمح بإبرام الوعد بالهبة.

الاتجاه الثاني: يجوز للمتعاقدين اللجوء للموثق لإبرام وعد بالهبة لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، والرأي الثاني أولى بالترجيح.

إن انعدام النص القانوني الذي يشير إلى الوعد بالهبة لا يمنع من تحريرها، إذ في هذه الحالات يجب الرجوع إلى القاعدة العامة الواردة في القانون المدني، وبالضبط إلى المادتين 97، 72 اللتين تنصان على مبدأ الوعد بالتعاقد، وكذلك بالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن القضاء المصري سبق له وأن أقر

¹ حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 16.

² حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 16.

³ محمد تقيه، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 219.

⁴ محمد تقيه، المرجع السابق، ص 224.

صحة الوعد بالهبة.¹

وانطلاقاً مما سبق ذكره يتبين لا معارضة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري في اعتبار الشكل تحقيقاً للمصلحة، وخاصة في هذا الزمن الذي ذهبت فيه الأمانة والثقة.

الفرع الثاني: شروط الصحة

لكي يكون التراضي صحيحاً لا بد أن يصدر الرضا عن إرادتين تتمتع بالأهلية وخالية مما يشوب الإرادة من عيوب الرضا، وستكلم عن الأهلية ثم عيوب الرضا.

أولاً: شرط الأهلية

- الأهلية في اللغة الصلاحية، وعند الأصوليين صلاحية الإنسان الاستحقاق الحقوق وأداء التصرفات، وهي نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب أساسها وجود الحياة فتثبت الحقوق به الكل إنسان حي، أما أهلية الأداء تصبح أفعال وأقوال الإنسان يعتد بها شرعاً وأساسها التمييز والعقل.²

- الأهلية في الفقه الإسلامي: يشترط في الواهب، العقل والبلوغ مع الرشد والمملك، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون والفضولي لأتھما لا يملكان التبرع لكونه ضرراً محضاً،³ وزاد المالكية ألا يكون غارقاً في دين، فلا تجوز هديته إلا بإذن صاحب الدين، وأن لا تهدي الزوجة أكثر من ثلث مالها، وألاً يكون مرتداً، فهؤلاء لا يتم العقد من قبلهم للحجر⁴، و أما الموهوب له يشترط له أن يكون أهلاً لتملك.⁵ وعليه فالصبي غير المميز لا يصح منه قبوله ولا قبضه لنفسه لأنه ليس أهلاً لتصرف، ووليّه يقوم في هذا مقامه، أما الصبي المميز، إذا قبل لنفسه، وقبض لها صح، لأنه من أهل التصرف، فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن وليه فهنا أولى⁶.

¹ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 25.

² وهبة الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، ص 156.

³ برى: سراج السالك، 2/ 179، الكاساني: بدائع الصنائع، 8/ 94، الشريبي: مغني المحتاج، 2/ 512، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 5/ 12.

⁴ الدسوقي: حاشية الدسوقي، 4/ 98.

⁵ الهادي الدرقاش: فقه الرسالة، ص 344، السرخسي: المبسوط، 12/ 60، الشريبي: مغني المحتاج، 2/ 512، المرادوي: الإنصاف، 7/ 116.

⁶ محمد زكي: أحكام المعاملات المالية، ص 496.

- الأهلية في التشريع الجزائري: نصت المادة 203 من قانون الأسرة: « يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة كاملة و غير محجور عليه »
ونستخلص من خلال النص أن شروط الواهب هي:
. أن يكون سليم العقل.
. أن يكون بالغاً تسع عشرة سنة كاملة.
. أن يكون غير محجور عليه.

فالمطلوب من المحرر قبل تحرير عقد الهبة، أن يتحقق من أهلية الواهب، فيلتمس من الأطراف شهادة الميلاد وبطاقة الهوية وحتى تقديم شهادة طبية إن اقتضى الأمر ذلك.¹
أما الموهوب له يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع نفعا محققا له، و المشرع الجزائري أجازها حتى للجنين في بطن أمه، كما نصت عليه المادة 209 من قانون الأسرة: « تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ».

ونستخلص أن المشرع الجزائري سار على مذهب الفقه الإسلامي في شروط الأهلية للواهب والموهوب له، وأباح هبة الحمل بشرط أن يولد حيا، ويتولى القبول عن الجنين وليه الشرعي.

ثانيا: شرط الخلو من عيوب الرضا

يشترط الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لقيام العقد وجود التراضي، وذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية، ولم يكن مشوبا بعيب من عيوب الإرادة، و عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وهذا تفصيل ذاك:

1- عيب الغلط:

الغلط لغة أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه²

- في الفقه الإسلامي: لم يهتم الفقه الإسلامي كثيرا بالغلط في العقد، كما اهتم فقه القانون المدني، و فلم يفرد فقهاء الشريعة الإسلامية نظرية الغلط يبحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا

¹ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 26.

² ابن منظور: لسان العرب، 3281/5.

نظرية الإكراه.¹

ويقصد بالغلط توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا فيحمله ذلك على إبرام عقد ولولا هذا التوهم لما أقدم عليه.²

والغلط قد يقع في المعقود عليه وقد يقع في قيمة المعقود عليه وقد يقع في شخص المتعاقد.

أ- الغلط في المعقود عليه: والغلط في المعقود عليه نوعان، إما أن يكون واقعا في جنس المعقود عليه أو في وصف المعقود عليه، يرى الفقه الإسلامي أن الغلط في جنس المعقود عليه يبطل العقد، لأن اختلاف الجنس يجعل محل المعقود عليه معدوما وقت العقد فيكون العقد ولد باطلا، إذا العقد على المعدوم باطل.³

وأما الغلط في وصف المعقود عليه لا يؤثر في صحة العقد ولا يترتب عليه بطلان العقد ولا يمنع نفاذه إنما يؤثر في لزومه، فالعقد صحيح لكنه غير لازم في حق من وقع الغلط من جانبه، فيكون له الخيار بفوات الوصف المرغوب فيه المشروط في محل العقد.⁴

ب- الغلط في قيمة المعقود عليه: قد يكون الغلط جوهريا في قيمة الشيء، إذا كان محل العقد ثميناً، وتصرف بصاحبه بثمان منخفضة لا يليق بقيمة الشيء، هنا يكون العقد صحيحاً غير لازم له حق الخيار للغير، وقيد بعضهم بالغين الفاحش و بعضهم أطلقه.⁵

ج- الغلط في الشخص المتعاقد: إذا كان الدافع لإبرام العقد هو ذات الشخص أو صفة من صفاته، كأن يبرم مدير مؤسسة مع مهندس ظنا أنه مهندس في البناء ثم يتبين أنه مهندس في تخصص آخر، للطرف المتضرر حق خيار العيب.⁶

- الغلط عند المشرع الجزائري يجعل العقد قابلا للإبطال، والغلط قد يكون في الشخص أو في الشيء الموهوب أو في الباعث أو القانون، ومثال الغلط الذي يكون في الشيء الموهوب، أن يهب شخص لآخر أرضا على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين أنها أرض فلاحية، ومثال الغلط الجوهري في

¹ محمد سعيد جعفرور: نظرية عيوب الإرادة، ص 180.

² محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 182، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ص 473.

³ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 190.

⁴ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 193.

⁵ سيد سابق: فقه السنة، 3/121.

⁶ سيد سابق: المرجع السابق، 3/119.

الشخص الموهوب أن يهب شخص لآخر معتقداً أنه محمد فإذا هو أحمد.¹
وقد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط، إذا وهب له وهو يعتقد أن هناك علاقة قرابة ثم ظهر أنه لا علاقة بينهما.²
وأما الغلط في القانون مثل قيام شخص بجملة لزوجته طلقها طلاقاً رجعياً وانتهت العدة وهو يعتقد أنها مازالت في العدة يستطيع أن يرجعها.³
نستنتج مما سبق أن الغلط أفرد له المشرع الجزائري باباً وتسمية وتعريفها، ويقصد بالغلط التوهم، وهو يؤثر في صحة العقد، أم في الشريعة الإسلامية فلم تفرد له باباً ولا تسمية، إنما يفهم من خلال دراسة أبواب الخيار، خيار الوصف وخيار العيب و خيار الرؤية، إذ معناه بالتقريب الخطأ أو الجهل أو هو تصور الشيء على غير حقيقته، ويترتب على الغلط في الشريعة الإسلامية حق الخيار في إمضاء العقد أو فسخه.

2 - عيب التدليس:

التدليس لغة: الدّلسُ بالتحريك الظلمة والتدليس كتمان عيب و التدّلسُ التكلم⁴.
- اصطلاحاً: قال النووي: " المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة "،⁵ وعرفه ابن قدامة " معنى دلس العيب كتمه عن المشتري مع علمه به "⁶، وعرفه الدريني " استعمال وسائل خادعة تحمل على التعاقد بحيث لو إطلع عليها العاقد لما قبل بها وسمى أيضا التغيرير.⁷
- في الفقه الإسلامي: المالكية يرون أن التدليس الفعلي هو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً، سواء بستر العيب أم، ويشترطون أن يكون التدليس بفعل العاقد أو أمره، كما يشترطون أيضاً عدم علم المدلس عليه بالتدليس⁸، وأما الحنابلة يرون التدليس الفعلي ما يزيد في الثمن

¹ صبري سعدي: شرح القانون المدني الجزائري، ص 57.

² علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام، ص 57.

³ علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 58.

⁴ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة الدلس، ص 505.

⁵ النووي: المجموع، 304/11.

⁶ ابن قدامة: المغني، 262/4.

⁷ السيد نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، ص 406.

⁸ الخطاب: مواهب الجليل، 437/4.

وإن يكن عيباً وأن لا يعلم المدلس بالتدليس،¹ قال ابن قدامة: « يثبت بكل تدليس يزيد به الثمن»،² أي يثبت الخيار بالتدليس، قال السبكي الاعتبار بما يزيد في الثمن،³ وإذا ثبت التدليس يثبت الخيار للواهب

عند المشرع الجزائري: التدليس هو من طرق الاحتمالية التي يكون من شأنها أن تخدع الواهب فتدفعه إلى التبرع بماله حتى ولو كان هذا الطريق هو مجرد الكذب أو مجرد الكتمان،⁴ ويكون العقد قابلاً للإبطال إذا ثبت التدليس من أحد المتعاقدين، أما إذا كان التدليس من غير المتعاقدين فلا يعيب الإرادة وبالتالي لا يؤدي إلى جعل العقد قابلاً للإبطال.⁵

3- عيب الإكراه:

الإكراه لغة مصدر أكره يكره إكراها إذا غصبتة وحملته على أمر هو له كاره، و يدل على خلاف الرضا و المحبة.⁶

- اصطلاحاً قال السرخسي " اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب "⁷ وعرفه آخر " هو حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، فهو ينافي أهلية الوجوب".⁸

وستتكلّم عن حكم عقد المكره من حيث صحته وبطلانه في الفقه الإسلامي ثم في التشريع الجزائري.

¹ ابن قدامة: المعنى، 58/9.

² ابن قدامة: المصدر السابق، 4 / 96.

³ النووي: المجموع، 12 / 89.

⁴ محمد سعيد جعفرور: نظرية عيوب الإرادة، ص 47.

⁵ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 62.

⁶ ابن منظور: لسان العرب، 38/4.

⁷ السرخسي: المبسوط، 38/4.

⁸ يعقوب عبد الوهاب الباجسين: رفع الحرج، ص 229.

أ- عقد المكره في الفقه الإسلامي:

ذهب المالكية إلى أن عقد المكره يقع صحيحا غير لازم، للمستكره الحق في إبطاله،¹ وذهب أبو حنيفة وصاحبه أن الإكراه على البيع والإجارة وما شابهها، سواء كان ملجأ أو غير ملجئ يقع العقد فاسدا، و يثبت الخيار إذا زال الإكراه،² وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن تصرفات المستكره باطلة،³ لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ كُفِّرَهُ وَفَلْبَهُ، مُطْمَئِنِّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: 106] ووجه دلالة الآية أن أحكام الكفر أعظم من أحكام المعاملات فلما جاز النطق بالكفر للمكره جاز في أحكام المعاملات ولا أثر له في الأحكام.

قال ابن قيم: « وهذا ما قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ، أنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم قاصدا لها مريدا لموجبها ». ⁴

ب - عقد الإكراه عند المشرع الجزائري:

الإكراه يعيب الإرادة، ويجعل العقد قابلا للإبطال، ويجب أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر كما في المادة 88 / 1 من القانون المدني الجزائري:

«يجوز إبطال العقد للإكراه إذا كان تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة المتعاقد الآخر»،

ويجب أن يكون من يتعاقد مع المكره عالما بالإكراه إذا كان صادرا من أحد المتعاقدين على الآخر،⁵ وإذا وقع الإكراه من أجنبي عن العقد، فلا يكون لمن وقع الإكراه عليه حق إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد كان يعلم بالإكراه.⁶

نستنتج أن عقد المكره باطل عند الشافعية والحنابلة، وفساد عند الحنفية وقابل للإبطال في الفقه المالكي والتشريع الجزائري.

¹ الدسوقي: حاشية الدسوقي، 6/3، الخطاب: مواهب الجليل، 248/4.

² الكاساني: بدائع الصنائع، 183/7.

³ النووي: المجموع، 158 / 9، الشريبي: مغني المحتاج، 7/2، ابن قدامة: المغني، 138/5.

⁴ ابن قيم: إعلام الموقعين، 69 / 3.

⁵ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، ص86.

⁶ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص87.

4- عيب الاستغلال:

الاستغلال مصطلح قانوني، ويشتهر في الفقه الإسلامي بالغبن ومعناه استغلال أحد المتعاقدين الآخر في حالة ضعف في أمر من الأمور، بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر، فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة ويجبره إلى إبرام تصرف ينتج عنه لحوق غبن به.

أ- العيب في الفقه الإسلامي:

يعتد الفقه الإسلامي بالغبن إذا كان مؤسساً على طيش بين أو هوى جامع أو عدم خبرة أو حاجة ملحة، ولا يعتد بالغبن اليسير، والغبن يجعل العقد غير لازم وقيل لازم.¹

ب- العيب في التشريع الجزائري:

جاء في المادة 90 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى: « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد...»

شروط الاستغلال:

ويتضح من خلال هذه المادة أن شروط الاستغلال أربعة:

- 1- وجود طيش أو هوى جامع في المتعاقد.
- 2- قصد الطرف الآخر استغلال هذا الطيش أو الهوى.
- 3- الوصول بالاستغلال إلى إخلال التعادل.
- 4- كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد.²

ومتى توافرت الشروط الأربعة جاز إبطال العقد على أن يرفع المغبون دعواه في ظرف سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا سقط حقه في ذلك، كما يجوز للمغبون إنقاص التزامات الناشئة من العقد.³

¹ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 212.

² محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، 94.

³ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص، 108

إذا الغبن يجعل العقد قابلاً للإبطال في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.
وخلاصة ما قيل من عيوب الرضا في عقد الهبة، أن وجود عيب من عيوب الرضا يجعل العقد قابلاً للإبطال في التشريع الجزائري، وفي الفقه الإسلامي يكون فيه الخيار للمتعاقد المتضرر، إلا في الإكراه فإن عقد المكره باطل عند الشافعية و الحنابلة، فاسد عند الحنفية له أثر.

المطلب الثاني: المحل

المخللغة المنزل¹، واصطلاحاً هو ما يلتزم به المدين من إعطاء شيء أو أداء عمل أو الامتناع عن عمل، ولقد جرت العادة على إطلاقه في صورة إعطاء الشيء الملتزم به.²

والمحل في عقد الهبة هو الموهوب، وقد يكون محل آخر، وهو العوض إذا كانت الهبة هبة ثواب، وستتكلم على المحلين على انفراد.³

الفرع الأول: الموهوب

وهو الشيء المملوك للواهب ينقله إلى الموهوب له، ويشترط فيه:

أولاً: شروط الموهوب

- 1- شروط الموهوب في الفقه الإسلامي: يشترط الفقه الإسلامي في الموهوب أربعة شروط
- أ- أن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة: فلا تنعقد الهبة بما ليس بموجود وقت العقد عند الجمهور، قال ابن حزم: «لا يجوز إلا في موجود معلوم معروف القدر والصفات والقيمة وإلا فهي باطل مردود»،⁴ قال ابن قدامة: «لا تصح هبة المجهول في رواية لأحمد وفي رواية تصح»،⁵ و قال الكاساني: «الأول فهو أن لا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم»،⁶ و قال النووي: «ما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه لا تجوز هبته كالبيع».⁷
- وقالت المالكية تجوز هبة المجهول، قال خليل: «والضرر في هبة بغير ثواب يجوز»،⁸ قال ابن عبد البر: «وجائز هبة المجهول».⁹
- ب- أن يكون الموهوب مالا متقوماً: فلا تنعقد هبة ما ليس بمال كالدم والخمر¹⁰

¹ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 907.

² محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة: مفهوم المحل والسبب في العقد، ص 33.

³ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط، 5/12.

⁴ ابن حزم: المحلى، 56/8.

⁵ ابن قدامة: المغني، 6/256.

⁶ الكاساني: بدائع الصنائع، 6/119.

⁷ النووي: المجموع، 15/373.

⁸ الحطاب: مواهب الجليل، 8/61.

⁹ ابن عبد البر: الكافي، 2/1001.

¹⁰ الكاساني: بدائع الصنائع، 6/119، برى: سراج السالك، 2/179.

ج - أن يكون الموهوب مملوكا: أي ملكا للواهب على وجه شرعي.¹

د- أن يكون الموهوب مفرزا: وعليه لا تجوز هبة المشاع عند الحنفية إذا كان يحتل الموهوب القسمة، أما ما لا يحتل القسمة تجوز هبة المشاع فيه كالسيارات والحمامات، لأن الهبة يشترط فيها القبض والشيوع يمنع القبض.²

و عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة تجوز هبة المشاع سواء كان يقبل القسمة أم لا.³

هـ- العدل في قسمة الموهوب ذهب الجمهور إلى استحباب التسوية في العطية بين الأبناء⁴، وذهب الحنابلة والظاهرية إلى وجوب التسوية بينهم⁵، وتحقق التسوية بتقسيم المال حسب قسمة الله في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين وبه قال أحمد⁶، ومذهب الجمهور بتحقيق بإعطاء الذكر ما يعطي الأنثى.⁷

2- شروط الموهوب عند المشرع الجزائري: يشترط في الموهوب:⁸

- أن يكون موجودا.
 - أن يكون معينا أو قابلا للتعين.
 - صالحا للتعامل.
 - مملوكا للواهب.
- وهذه الشروط موافقة لمذهب الجمهور، خلا شرط أن يكون الموهوب موجودا الذي لم يشترطه المالكية.

¹ النووي: المجموع، 15 / 373، ابن قدامة: المغني، 9 / 58، ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص 287.

² الكاساني: بدائع الصنائع، 6 / 119.

³ ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص 287، ابن رشد: بداية المجتهد، 2 / 329، النووي: المجموع، 15 / 373، ابن قدامة: المغني 6 / 254.

⁴ الكاساني: البدائع الصنائع، 6 / 128، النووي: المجموع، ابن رشد: بداية المجتهد، 2 / 226.

⁵ المرادوي: الإنصاف، 7 / 138، ابن قدامة: المغني، 6 / 234، ابن حزم: المحلى، 8 / 95.

⁶ قدامة: المغني، 6 / 304.

⁷ الكاساني: البدائع الصنائع، 6 / 128، الشريبي: مغني المحتاج، 2 / 401، النفراوي: الفواكه الدواني، 2 / 159.

⁸ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 22.

ثانيا: صور الموهوب:

نتناول في هذا المحل ملكية الرقبة دون حق الانتفاع، وهبة المريض مرض الموت.

1: ملكية الرقبة دون حق الانتفاع.

قد يلجأ بعض المواطنين إلى مكتب التوثيق ملتجئين إبرام عقد الهبة، عقارات معينة إلا أنهم يشترطون الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا مما يعود عليهم من هذا التصرف من الضرر، جاء في المذكرة رقم 689 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية في 12 فيفري 1995 م: فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرضت الهبة "تمليك بلا عوض" بأن عقد الهبة يؤدي إلى نقل الملكية وحق التمتع، وطبقا للمادة 206 من قانون الأسرة التي تنص على أركان الهبة، وهي الإيجاب والقبول والشكل الرسمي، وإذا اختل أحد هذه الأركان بطلت الهبة، كما في المادة 206 « إذا اختل أحد أركان بطلت الهبة »¹، فعقد الهبة في هذه الصورة باطل شرعا² وقانونا، ولكن يمكن أن يكيف على أنه وصية مضافة إلى ما بعد الموت.

2: هبة المريض مرض الموت

مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك أو يتوقع في مثل هذه الحالات أو يعجز المريض على القيام بمصالحه داخل الدار³.

وعلى العموم اختلف الفقهاء في حكم هبة في هذه الحالة، فقال الجمهور حكمها حكم الوصية، وقال الظاهرية هي هبة مثل حال الصحة، وهذه أقوال المذاهب فيها:

المالكية: هبة مريض مرض الموت لغير الوارث، لها أحكام الوصية قبضت أو لم تقبض، تكون في حدود ثلث المال، وإذا زيد عن الثلث فبرضا الورثة.⁴

الأحناف: قال السرخسي: "ولا تجوز هبة المريض إلا مقبوضة فإذا قبضت جازت... تجوز غير مقبوضة لأنها وصية بدليل أنها تعتبر من ثلث المال، فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض، ولا

¹ حمدي باشا عمر: المرجع نفسه.

² ابن عبد البر: الكافي، 2/ 1003.

³ سيد سابق: فقه السنة، 277/2.

⁴ ابن عبد البر: الكافي، 2/ 1000، النفراوي: الفواكه الدواني، 2/ 155، ابن جزير: القوانين الفقهية، ص 287.

تبطل فكذلك الهبة في مرض الموت¹

الشافعية: قال الإمام الشافعي: « وإن ابتداء المريض الهبة في مرضه لوارث أو غير وارث فدفعت إليه ما وهب، فإن كان وارثاً ولم يصح المريض حتى مات فالهبة مردودة، وكذلك إن وهب له وهو غير وارث ثم صار وارثاً. . . وإذا تكلم بها مريض فلم يصح فهي في ثلثه جائزة بما تصدق به لمن جازت له الوصية بالثلث². »

الحنابلة: قال ابن قدامة: « وحكم العطايا في المرض المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء، أحدهما أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة، الثاني أنها لا تصح الوارث إلا بإجازة بقية الورثة، الثالث فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة³. »

الظاهرية: قال ابن حزم: « فكل ما أنفقوا في أموالهم من الهبة أو الصدقة أو المحاباة في بيع أو هدية أو إقرار كان لوارث أو لغير وارث... فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما قدمنا في الأصحاء الآمنين المقيمين ولا فرق⁴. »

المشروع الجزائري: نصت المادة 204 من قانون الأسرة: " أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية "، ومرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه ويموت على ذلك قبل سنة، وشروطه ثلاثة:

- أن يعجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه.
- أن يغلب فيه الموت.
- وأن ينتهي فعلاً بالموت⁵.
- ويلحق بمرض الموت حالات أخرى:
- إذا حكمت المحكمة على رجل بالإعدام وقدم لتنفيذ هذا الحكم.
- إذا ركب السفينة مع هيجان الرياح فاضطربت وتعذرت الحياة

¹ السرخسي: المبسوط، 12/102.

² الشافعي محمد إدريس: الأم، 4 / 104.

³ ابن قدامة: المغني، 6 / 491

⁴ ابن حزم: المحلى، 8 / 403

⁵ حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 25.

- وقوف شخص في صفوف المحاربين ثم دعاه بعض المحاربين إلى المبارزة فخرج من الصف.¹
ومن المقررات القضائية الصادرة في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 111، 41 الصادر في 05 / 05 / 1986 م " غير المنشور " من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وأن صدور تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم، وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.²
يستخلص أن جمهور الفقهاء اعتبروا الهبة في مرض الموت وصية، وخالف الظاهرية مستصحبين حال الصحة مع عدم الدليل الصحيح الصريح، وذهب المشرع الجزائري إلى قول الجمهور لما فيه من مصلحة، وسداً للذرائع.

الفرع الثاني: العوض

العوض لغة الخلف،³ واصطلاحاً هو ما يعطيه الموهوب له للواهب، سواء كان العرض مشروطاً أو معروفاً.⁴

أولاً: شروط العوض

الهبة لا لثواب لا خلاف في جوازها، إنما اختلفوا في أحكامها، أما الهبة بثواب اختلفوا في جوازها، والمجيزون اختلفوا في تكييفها، وهذا تفصيل ذلك:

المالكية: الهبة تجوز بشرط الثواب، سواء عين الواهب الثواب الذي يريد أم لا، إنما إذا عين الثواب قالوا إنها من البيوع⁵، والهبة على ثلاثة أوجه:⁶

- الوجه الأول: أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه فهذا مذهب ابن قاسم ككنكاح التفويض جائز.

- الوجه الثاني: أن يهب على ثواب يشترطه ولا يسميه، فقليل إنه كالهبة التي يرى أنه أراد بها

¹ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية ص 282.

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، ص 26.

³ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 597.

⁴ برى: سراج السالك، 2 / 190.

⁵ الخطاب: مواهب الجليل، 8 / 28، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/326، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 4/114.

⁶ الخطاب: مواهب الجليل، 8 / 30.

الثواب، قال أصبغ وهو قول ابن قاسم وقال ابن ماجشون: هذا غرر لأنه باع سلعة بقيمتها.

- الوجه الثالث: أن يهب على ثواب يشترطه ويسميه فهو بيع من البيوع

الأحناف: العوض إما أن يكون مشروطا في العقد أو متأخرا عنه

الحالة الأولى: العوض المشروط في العقد: ¹ مذهب أبي حنيفة وصاحبيه أن عقده عقد هبة

وجوازه جواز بيع، وربما عبروا عليه أنه هبة ابتداء وبيع انتهاء، ويترتب على ذلك:

- أنه لا يجوز في المشاع الذي لم يقسم

- ولا يثبت الملك كل منهما قبل القبض، ولكل منهما أن يرجع في سلعة ما لم يتقابضا

- يرد كل منهما بالعيب وعدم الرؤية.

وقال زفر هو عقد بيع وجوازه جواز بيع، بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع، فلا يبطل

بالشروع، ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض، ولا يملك (العاقدان) الرجوع.

وتوجيه قولهم، فعند أبي حنيفة وصاحبيه أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطي

شبه العقدين، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة، ويثبت فيه الحق الرد بالعيب وبعدم الرؤيا

عملا يشبه البيع، وعند زفر غلب جانب البيع وإن اختلفت العبارة واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف

الحكم عنده.

الحالة الثانية: العوض متأخر عن العقد غير المشروط فيه: ² يكون التعويض فيها متأخرا

عن الهبة، فهي هبة مبتدأه بلا خلاف، تصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به الهبة، ولا يختلفان

إلا في إسقاط الرجوع، وشروطه هي:

- مقابلة العوض بالهبة أي يكون ذكر العوض في الصيغة.

- أن لا يكون العوض مملوكا في عقد الهبة

- سلامة العوض للواهب

الشافعية: الهبة بثواب لا يطلق عليها اسم هبة لوجود العوض، فهي بيع حقيقة، أي بالنظر إلى

المعنى وهو وجود العوض، فيجري فيها أحكام البيع من الخيارين والشفعة، وحصول الملك بالعقد لا

¹ السرخسي شمس الدين: المبسوط: 12 / 75، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/130، محمد زكي: أحكام المعاملات المالية، 623.

² السرخسي: المبسوط، 12/70، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/131، محمد زكي: أحكام المعاملات المالية، ص 623.

بالقبض.¹

الحنابلة: إذا كان العرض معلوما جازت وحكمها حكم البيع جاء في المغني: « فإن شرط في الهبة ثوبا معلوما صح، نص عليه أحمد لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالهبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة»، وإن كان شرط الثواب مجهولا لم تصح وحكمها حكم البيع الفاسد لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم تصح كالبيع، ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصل وإن كانت تالفة رد قيمتها.²

الظاهرية: لا تجوز هبة بشرط الثواب ولو كان الثواب مجرد نية عند الواهب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمَنَّوْا لِمَنْ هُوَ بِكُمْ بِطِرٌ﴾ [المذثر: 6]، قال ابن حزم: «لا تعط مالا مصانعة رجاء أفضل منه من الثواب من الدنيا» فعقد باطل،³ وهذا قول ابن حزم وسبقه إليه داود.

المشروع الجزائري: جاء في المادة 202 من قانون الأسرة: « يجوز أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام»، وهذا الالتزام قد يكون عوضا مقابل التزام الواهب، فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين، ويكون محل التزام الموهوب له هو العوض، فالعبرة إذاً يكون لها دائما محل وهو الشيء الموهوب وقد يكون لها محل آخر وهو العوض، ويجب أن يكون العوض موجودا ومعينا أو قابلا للتعين مملوكا للموهوب له، ويكون العوض أقل من الهبة، ويكون العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو لمصلحة العامة.⁴

خلاصة القول أن هبة الثواب أجازها الجمهور خلافا للظاهرية، والمجيزون اختلفوا في تكييفها على أساس هبة أم بيع، فمن رأى أنها هبة أعطاها حكمها فتصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به الهبة، ومن رأى أنها بيع أعطاها حكم البيع؛ من حق الخيار والشفعة وغيرهما. والمشروع الجزائري استمد أحكامه من مذهب الجمهور لذا أجاز هبة الثواب وكيف العقد بالنظر إلى الثواب فإن كان الثواب أكبر أو يساوي الهبة فهذا يسمى بيعا وإن كان الثواب أقل من الهبة فهذه تسمى هبة.

¹ الدمياطي: حاشية إعانة الطالبين، 6/ 246، الشريبي: مغني المحتاج، 2/ 404.

² ابن قدامة: المغني، 6/ 248.

³ ابن حزم: المحلى، 8/ 59.

⁴ محمد تقي: الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 162.

ثانيا: الصورة الجديدة لل عوض في عقد الهبة

قد تكون الشروط والالتزامات التي يعرضها الواهب على الموهوب له لمصلحة الواهب أو الموهوب له أو لمصلحة العامة.¹

مثال لمصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له الوفاء بديونه، مثال لمصلحة الموهوب له مثلا يهب شخص مالا لآخر ويشترط عليه أن يشتري به دارا لمصلحة الموهوب له، مثال لمصلحة العامة كأن يهب شخص مالا لجمعية ويشترط عليها أن تقوم بإنشاء مستشفى.

خلاصة القول أن العوض في الفقه الإسلامي جائز عند الجمهور وإن اختلفوا في تكييفه على أساس البيع أو الهبة، أما المشرع الجزائري أجازته وكيفه على حسب مقدار الثواب وأضاف المشرع الجزائري صورة أخرى للمقابل.

¹عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، 130/5.

المطلب الثالث: السبب

وهو الركن الثالث من أركان العقد، وتحدث في هذا المطلب عن مفهوم السبب وأثره في العقود.

الفرغ الأول: مفهوم السبب

أولاً: تعريف السبب.

السبب لغة الحبل الذي يصل بين شيئين¹، واصطلاحاً هو الباعث والقصد الدافع للمتعاقد أو المتصرف أن يحققه بتصرفه من أغراض وغايات غير مباشرة².

1: نظرة الفقه الإسلامي للسبب:

الشريعة الإسلامية ذات مبادئ مثالية في الأخلاق والسلوك، فأهداف التشريع واضحة في سعيها لتخليص الإنسان من أدران الشرك والجاهلية والسمو به إلى معاني التوحيد والأخلاق الفاضلة. يلزم من ذلك أن تهتم الشريعة الإسلامية بالباعث وتجعل له مكانة معتبرة، إذ هو القياس الأوحى لشرف النوايا وطهارتها، فجعل القلب أساس العمل، ومن ثم يكون الجزاء على حسب نية صاحبه، وقد وضع الرسول صلى الله عليه وسلم هذه القاعدة في الحديث المشهور: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"³، وإن كانت الشريعة الإسلامية ذات نزعة ذاتية باعتبارها للباعث، غير أنها إلى جانب ذلك تنتزع نزعة موضوعية تعتد فيها بظاهر العبارة دون الباطنة في العقود، وتؤسس الأحكام على ذلك صحة وبطلاناً، وتهتم بالأمور القضائية بين الناس فتحل بينهم المنازعات حسب الدلالة الظاهرة، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما أقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"،⁴ إذن قد جمعت الشريعة بين النزعة الذاتية و الموضوعية.⁵

2: نظرة المشرع الجزائري للسبب:

نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً".

¹ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص102.

² فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص207.

³ البخاري: الجامع الصحيح، كتاب بدء الحى، باب كيف بدأ الوحي رقم 01.

⁴ أحمد بن حنبل، المسند 6 / 203.

⁵ خالد بابكر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات، ص13.

وتنص المادة 98 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل التزام مفروض أن يكون له سبب مشروع ما لم يقيم الدليل على غير ذلك"، "و السبب هو الباعث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، ويجب أن يكون مشروعاً وإلا اعتبرت الهبة باطلة، كأن يكون الباعث على الهبة هو استدامة علاقة غير شرعية بين الواهب و الموهوب لها، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عن الضرر الذي يكون قد أصابها بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً وصحت الهبة".¹

نستنتج أن المشرع الجزائري جمع بين الذاتية و الموضوعية في مفهوم السبب، ولا يفهم من هذا الكلام جواز العلاقات غير الشرعية، إذ العلاقات غير الشرعية محرمة بالكتاب والسنة ويفرضها أصحاب الفطر السوية.

ثانياً: علاقة الباعث بالنية:

ولما كان الباعث القصد الدافع للتعاقد، وجب أن يكون له علاقة بالنية التي بدورها تعني القصد والاعتقاد، ودليل على هذه العلاقة قوله، تعالى: ﴿قُلْ كُلُّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ﴾ [الإسراء 84]، وقوله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"².

قال ابن حجر: " المعنى ليس على ظاهره لأن الذات غير منتفية لكن المراد نفي أحكامها كالصحة و الكمال... لكن الحمل على نفس الصحة أولى لأن اللفظ دال على الفعل بالتصريح و على نفي الصفات بالتبع، فلما منع نفي الذات بقيت دلالة نفي الصفات مستمرة".³

والحكمة من إيجاب النية في العبادات دون العادات أن العبادات علاقة بين العبد وربّه، والقلب هو المحكوم في أمرها و الله مطلع على القلب فلا حاجة إلى الظواهر، أما العادات والمعاملات فمناطقها هو التعامل الخارجي بين العباد فلا بد أن يناط هذا بالظواهر... ومن خلال هذا يتبين أن النية أعم من الباعث، إذ هو قسم خاص منها، فالنية تطلق ويراد بها الباعث الدافع ويراد بها الإرادة، فالإرادة هي السبب المنشئ للالتزام. أما الباعث فهو السبب الدافع لهذه الإرادة، وإن كان الدافع والإرادة أمرين ذاتيين إلا أن الفارق الأساسي، الإرادة داخلة في دائرة التعاقد بينما الباعث أمر نفسي خارج عن دائرة التعاقد.⁴

1. حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 28.

2البخاري الجامع الصحيح، سبق تخريجه.

3ابن حجر: فتح الباري، 13/1.

4خالد بابكر، الباعث وأثره في العقود والتصرفات، ص 19.

الفرع الثاني: أثر السبب في العقد

أولاً: تحديد آراء الفقهاء في اعتبار الباعث غير المشروع

هناك دائرة اتفاق بين المذاهب الإسلامية في الأخذ بالباعث غير المشروع والاعتداد به وإبطال التصرفات والعقود بناء على وجوده، وذلك عندما يطفو هذا الباعث غير المشروع إلى سطح التعبير الإرادي الظاهري للعقد، فيكون منضبطاً وظاهرياً وموضوعياً، كأن يقرض شخص لآخر مبلغاً من المال ويشترط عليه في العقد أن يرد ضعفه مقابل أجل معين، فهذا عقد ربا محرم شرعاً، فهذه الصورة تتفق المذاهب الفقهية على إعمال الباعث والحكم على العقد بالبطلان، وإنما الخلاف عندما لا يذكر الباعث غير المشروع في صلب العقد، والعاقدان قصدها مثل أن يريد بالبيع الوصول إلى ربا محرم، فيعقدان عقد العينة دون ذكر الربا، فهل ينظر إلى شكلية العقد

وصورته وأركانه وشروطه أو ينظر إلى الباعث و الدافع¹، فهنا نجد اتجاهين:

1- الاتجاه الأول: ويمثله الشافعية والظاهرية والحنفية

المذهب الشافعي: اعتد بالإرادة الظاهرة ولم يأبه بالإرادة الباطنة الباعثة، ذلك لأن الباعث أمر نفسي داخلي مضطرب ومتغير من شخص لآخر فهو لا يدخل في نطاق التعاقد، فالعقد تام الأركان والشروط صحيح، ويوكل أمر الباعث إلى الله، أما إذا ذكر الباعث صراحة في العقد يصبح أمراً ظاهراً فيبطل العقد.

قال الإمام الشافعي: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجرئته بصحة الظاهر وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت تفسد البيع، وكما أكره الرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يجرم على بائعه أن يبيعه لمن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه البيع»²

المذهب الظاهري: يأخذ الظاهرية بالنظرة الموضوعية فلا يعتد بالباعث غير المشروع في العقود والتصرفات، فقد أجاز كل العقود التي تحمل دوافع غير شريفة كبيع العينة³ وعقد التحليل⁴ وحرمة المطلقة

1. خالد بابكر: المرجع السابق، ص 42.

2. الشافعي: الأم، 65/3.

3. ابن حزم: المحلى، 47/9.

4. ابن حزم: المصدر السابق، 180/10.

ثلاثا في مرض الموت من الإرث.¹

المذهب الحنفي: لا يعتد بالباعث غير المشروع إلا إذا ذكر صراحة أو تضمنته صيغة العقد فأجاز بيع السلاح في الفتنة مع الإثم.²

2- الاتجاه الثاني: يضم:

المالكية: ينظر إلى الباعث ويعتد به ولا يعتد بالإرادة الظاهرة فقط، لهذا أبطلوا أثر طلاق مريض مرض الموت لأنه قد يكون الباعث هو حرمانها من الميراث.³

وقد نصر ابن القيم هذا الرأي وقال: « والقاعدة الشرعية التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معبرة عن التصرفات والعبادات، فالقصد والنية يجعلان الشيء حراما أو حلالا أو صحيحا أو فاسدا ». ⁴

قال ابن القيم كذلك: « فالنية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها... إن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه... وهذا يعم العبادات والمعاملات والإيمان والندور وسائر العقود والأفعال ». ⁵

وذهب الإمام الشاطبي إلى نفس قول الإمام ابن قيم: « الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات ». ⁶

وقال كذلك: « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع » ⁷

3- المشرع الجزائري: السبب هو الباعث الذي يدفع إلى التعاقد ويجب أن يكون

مشروعا وإلا فالعقد باطل لعدم مشروعية الباعث، وهو ركن أساسي في العقد كما نصت عليه المادة

¹ . ابن حزم: المصدر السابق 118/10.

² . الكاساني: بدائع الصنائع، 233/5.

³ . ابن عبد البر: الكافي، 584/2.

⁴ ابن القيم: إعلام الموقعين، 221/3.

⁵ ابن القيم: المصدر السابق، 111/3.

⁶ الشاطبي: الموافقات، 223/2.

⁷ الشاطبي: المصدر السابق، 331/2.

97، 98 من القانون المدني الجزائري.

فإذا كان الباعث غير مشروع كأن يكون الباعث على الهبة استدامة العلاقة غير المشروعة بين الوهاب والموهوب لها فالعقد باطل، أما إذا كان الباعث هو التعويض الخلية عن الضرر الذي يكون قد أصابها بسبب المعاشرة غير الشريفة بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً وصحت الهبة. وإذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع فإن كان هو الدافع والباعث إلى التبرع ألغى الشرط وبطلت الهبة معه، وإن لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ألغى الشرط لمخالفته للقانون العام وبقيت الهبة.¹ والظاهر أن الشريعة الإسلامية تتفق مع النظرية الحديثة في تفسير السبب بمعنى الباعث ولم تقتصر على مجرد الظواهر.

ثانياً: القواعد الفقهية المتفرعة عن نظرية الباعث

والقواعد جمع القاعدة وهي الأساس قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة 127].

وهي: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في حوادث التي تدخل تحت موضوعها»².

1- القاعدة الأولى: "الأمر بمقاصدها"

ومعنى القاعدة أن أعمال المكلف وتصرفاته من قولية أو فعلية تترتب أحكامها ونتائجها الشرعية تبعاً لمقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات.³ ومن الأمثلة على ذلك الهدية فإن كان الباعث لها المحبة والمودة كان مثاباً وإن كان قصده من الهدية إبطال حق أو إحقاق باطل فهذه رشوة وهي حرام يعاقب عليها،⁴ والقاعدة المذكورة من أهم القواعد الفقهية، وقد جعلتها مجلة الأحكام العدلية أولى القواعد⁵،

1. حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 28.

2. مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 346/2.

3. محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ص 124.

4. محمد صدقي: المرجع السابق، ص 125.

5. علي حيدر: درر الحكام: شرح مجلة الأحكام، 19 / 1.

للحديث المشهور « إنما الأعمال بالنيات »¹، فالحديث يشير إلى أمر واحد وهو أن الأعمال لا تكون إلا بنية ثم أعقب ذلك بأن حكم العمل إنما هو حسب النية، فالقاعدة المستنبطة من هذا الحديث تدل على أن أعمال الإنسان من قول وفعل تختلف أحكامها باختلاف الباعث إليها²، قال ابن رجب: « إن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلى ما هو محرم غير صحيحة ».³ وعلى هذا ذهب مجلة الأحكام العدلية « إن الصور الحسنة التي توجد في الخارج الحسي من الأمور لا تأخذ حكمها الشرعي بالاستناد إلى محسوساتها فقط بل بالانضمام إلى المقصد والغرض الذي هو الحامل على إيقاع تلك الصورة وإحداثها ».⁴

2- القاعدة الثانية: " العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني "

والمقصود أن العقود تؤخذ بالمعاني التي أَرادها المتعاقدان وليس باللفظ أو الكتابة،⁵ فإذا وهب شخص لآخر ثمينا مقابل ثمن تافه، فإن العقد هنا هبة لا عقد بيع وكذلك إذا وهب شخص لآخر وشرط عليه دفع العوض فإنه التزام بيع وليس هبة، فلفظ الهبة لا يؤبه إليه إنما يؤخذ بالمعنى المقتضي لصورة البيع.⁶

ويستفاد من القاعدة أن النية والباعث معتبر في العقود والتصرفات تصح بسلامة النية والقصد وتحرم وتبطل بفسادها وإن وجد الشكل.⁷

قال ابن القيم: « من تدبر مصادر الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم معانيها بل خرجت من غير قصد منه ».⁸

فالقاعدة الفقهية تحمل على معنيين الأول الموضوعي ينحصر في المعاني التي أَرادها المتعاقدان دون المعاني التي تلفظها، والمعنى الثاني ذاتي منتهاه أن كل عقد كان القصد من غير مشروع، فإنه ينظر

1. سبق تخريجه.

2. محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ص 133.

3. ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ص 18.

4. علي حيدر: در الحكام شرح مجلة الأحكام، 1 / 19.

5. مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 2 / 966.

6. خالد بابكر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات، ص 94.

7. خالد بابكر: المرجع السابق، 94.

8. ابن القيم: إعلام الموقعين، 3 / 107.

إلى ذلك القصد دون اللفظ أو الشكل، فبطل بالقصد ولا يصح بالشكل.¹

خلاصة المبحث

لعقد الهبة ثلاثة أركان، الرضا والمحل والسبب

الرضا: هو الإيجاب والقبول على وجه مشروع أو ما يقوم مقامه، وأضاف المشرع الجزائري أن يصب الإيجاب والقبول في شكل رسمي.

المحل: هو الموهوب والعوض لمن قال بهبة الثواب، ويشترط في الموهوب في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري أن يكون الموهوب موجودا وقت الهبة، مالا متقوما، مملوكا للواهب.

السبب: هو الباعث على التعاقد، وينبغي أن يكون مشروعا وإلا كان العقد باطلا إذا ظهر الباعث على سطح التعبير، أما إذا لم يظهر الباعث على سطح التعبير فمحل خلاف، وقال الجمهور العقد صحيح ويوكل أمر الباعث إلى الله.

عند تنزيل الأركان الثلاثة على حالة تقسيم الميراث في الحياة فيكون الإيجاب صادرا من المالك المقسم للتركة والقبول صادرا من الوارث المفترض، أما المحل في الحالة تقسيم الميراث هو المال المقسوم، وأما السبب في تقسيم الميراث هو تجنب حدوث نزاع بين الورثة بعد وفاة المالك وهو بلا شك سبب مشروع.

1 خالد بابكر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات، ص 95.

المبحث الثالث

تقسيم الميراث حال

الحياة

المبحث الثالث: تقسيم الميراث حال الحياة.

هذه المسألة عند تكييفها الفقهي، نجد أن تقسيم الميراث في الحياة إما أن يكون هبة أو غير هبة، وعليه فقسمت هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول، تكييف تقسيم الميراث على أساس أنه هبة، والمطلب الثاني، تكييفه على أساس أنه ليس هبة.

المطلب الأول: تكييف تقسيم الميراث على أساس أنه هبة.

لقد أتمنا الكلام حول مفهوم الهبة وأركانها وشروطها، وإذا أسقطناها على حالة تقسيم الميراث في الحياة، فلا مانع شرعي ولا قانوني من اعتبارها هبة، إذ الهبة تمليك المال في الحياة بلا عوض، كذلك تقسيم الميراث في الحياة تمليك المال بلا عوض بشرط تطابق الإيجاب والقبول، وتتمام الحيابة مع مراعاة الشكل عند المشرع الجزائري، مع توفر كذلك الأهلية وعدم وجود عيب من عيوب الرضا، وعلاوة على ذلك صلاحية المحل، وأن يكون السبب مشروعاً.

وإذا كان تقسيم الميراث في الحياة على الصفة المذكورة فهي هبة تترتب عليها أحكام تنفيذ عقد الهبة والرجوع فيها وعليه قسمت هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول تنفيذ عقد الهبة، والفرع الثاني الرجوع في عقد الهبة، وهذا تفصيل ذلك.

الفرع الأول: تنفيذ عقد الهبة

يترتب على عقد الهبة التزامات على الواهب وأخرى على الموهوب له، وهي.

أولاً: التزامات الواهب.

1- نقل الملكية وتسليمها.

أجمع المسلمون على أن الوفاء بالوعد في الخير مطلوب، لكن يبقى السؤال مطروحاً، هل يلزم على الواهب تسليم الموهوب إلى الموهوب له لكي ينتفع به؟ نجد أن الجواب محل خلاف بين العلماء لاعتبارهم شرط القبض؛ فمن ذهب إلى اشتراط القبض قال: لا يجب التسليم، ومن لم يشترط القبض، قال: بوجوب التسليم ويجوز المطالبة به بالنسبة للموهوب له، وهذا تفصيل المسألة.

المالكية: قال ابن عبد البر: «وتجب -أي الهبة- بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له، ويتم بالقبض، وتجوز المطالبة بها لمن استوهبها أو طلبها إذا منعه الواهب إياها»¹.

1 ابن عبد البر: الكافي 2/999.

وقال ابن رشد: «وعلى المذهب تنعقد الهبة، وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على إقباضها»¹.
فالمالكية يرون أن الهبة تنعقد بالقول لأنها عقد تبرع كالوقف والوصية، غير أن القبول ركن
والحيازة والقبض شرط، فتصح بدون قبض، ويجبر الواهب على دفعها في حال طلب الموهوب له الهبة.²
الحنفية: لا يثبت الملك بالعقد قبل القبض، القبض شرط للزوم الهبة³، وهو قول عثمان وعلي
رضي الله عنهما⁴، أي لا يجبر الواهب على تسليم الموهوب.

الشافعية: لا تملك ولا يلزم إلا بالقبض وقيل تملك بالعقد ولا تلزم إلا بالقبض القولان.⁵
الحنابلة: لا تصح الهبة ولا الصدقة فيما يكال أو يوزن إلا مقبوضة، ويجوز للواهب الرجوع
ومنعها قبل القبض، ولا يجوز قبضها إلا بإذنه.⁶

ودليل المالكية قوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»⁷، فلو كانت تملك
بالقبض لكان عائداً، وهي إزالة ملك بغير عوض، فتلزم بمجرد العقد كالوقف والعقود.

ودليل الآخرين عن أبي بكر الصديق فيما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «إن أبا بكر
الصديق رحمه الله نحلها جاده⁸ عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا
بنية ما من الناس أحب إلي غنا بعدي منك، ولا أغز علي فقرا منك بعدي، وإني كنت نحلته
جاد عشرين وسقا فلو كنت جدديته واحترزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو
أخواك وأختاك فاقسماه على كتاب الله تبارك وتعالى»⁹ فالنص صريح في اشتراط القبض.

التشريع الجزائري: التزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب تسري فيه القواعد العامة¹⁰،
حيث نصت المادة 202 من قانون الأسرة على أن: «الهبة تمليك بلا عوض»، فيستفاد من هذا النص

1 ابن رشد: بداية المجتهد، 2/325.

2 الدسوقي: حاشية الدسوقي، 4/348.

3 المسوط للسرخسي، 12/48.

4 وهيبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 5/20.

5 البجيرمي سلمان بن محمد: تحفة الحبيب على شرح الخطيب 3/641.

6 ابن قدامة: المغني، 6/247.

7 البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبة وصدقته رقم 2478،
أي قطع لها.

9 رواه مالك في الموطأ، 2/483، مختصر نيل الأوطار، 242.

10 عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، 5/141.

أن الهبة إذا انعقدت مستوفية الأركان والشروط وفق ما تقضي به المادة 206 من نفس القانون تنشئ التزاما على عاتق الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، سواء كان الموهوب منقولاً أو عقاراً.

فعقد الهبة ينشأ التزاماً في ذمة الواهب، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون في الشيء بالذات الذي يملكه الواهب مع مراعاة قواعد التسجيل المنصوص عليها في المادة 206 من قانون الأسرة، والمادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري، ويلزم الواهب بأن يقوم بكل ما من شأنه أن يسهل نقل الملكية كتقديم العقود والشهادات اللازمة والمعلومات الضرورية للتسجيل، والكف عن كل عمل يعوق نقل الملكية. فلا يجوز للواهب أن يتصرف في الهبة إلا في الحالات التي يجوز له الرجوع فيها، ويتضمن الالتزام بنقل الملكية الالتزام بالمحافظة عليها، والالتزام بتسليمه في حالة ما إذا لم يتم التسليم الفعلي للشيء الموهوب.¹

ويترتب عن نقل الملكية إلى الموهوب له حق هذا الأخير في التصرف فيها، ولا يزاحمه الدائنون إذا أفلس الواهب بعد الهبة.²

2- كيفية نقل ملكية الشيء الموهوب³:

أ- المنقول: نقل ملكية المنقول بالقبض والحيازة الكاملة إذا كان الموهوب معيناً بالذات كما تقضي به المادة 206 من قانون الأسرة، أما إذا كان الموهوب غير معين فلا تنقل الملكية إلا بإفراز هذا المال كما نصت عليه المادة 166 من القانون المدني الجزائري: «إذ ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء»، ويكون التسليم بوضعه تحت يد الواهب.

ب- العقار: إذا كان الموهوب عقاراً فلا تنتقل الملكية إلا بتسجيل عقد الهبة لدى الموثق وإشهاره لدى المحافظة العقارية، وإلا اعتبر العقد باطلاً، كما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة مع مراعاة الحيازة، لأن عقد الهبة عقد رسمي وعيني في العقار، ولا يغني التسجيل عن الحيازة، ويكون

1 محمد تقيي : الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 247.

2 عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، 141/5.

3 محمد تقيي : الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 248.

التسليم بوضع العقار تحت تصرف الموهوب له، ويكون بتخلية الموهوب وإخراج ماله وأثاثه منها وتسليم حضائرها والمفاتيح للموهوب له.

فالهبة تتم بالإيجاب والقبول في قانون الأسرة ويلزم الواهب بنقل الملكية للموهوب له، حسب ما ذهب إليه المذهب المالكي .

3- ضمان عدم التعرض والاستحقاق:

الأعمال الصادرة من الواهب أو غيره يتعدى بها على حقوق الموهوب له ما لم يكن رجوعاً.¹ والمشرع الجزائري سكت في قانون الأسرة عن عدم التعرض والاستحقاق، وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى الفقه الإسلامي في حالة عدم ورود النص في قانون الأسرة، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن الواهب لا يضمن شيئاً²، وهذا في الهبة العادية لا في هبة الثواب. أما هبة الثواب فيضمن الواهب، ولكنه لا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من العوض.

قال النووي: «ولو أهدى له شيئاً على أن يقضي له حاجة فلم يفعل، لزمه رده إن بقي، وإلا فبدله»، وإلى هذا ذهب الخطاب.³

4- ضمان العيوب الخفية:

لم يتعرض قانون الأسرة لضمان العيوب الخفية وسكت عنها فلا بد إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفق ما أحالت به المادة 222 من قانون الأسرة⁴. وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لا نجد الضمان على الواهب في العيوب الخفية إلا إذا كانت الهبة بثواب.

قال الخطاب: « إذا وجد الموهوب له بالهبة عيباً فله رده وأخذ العوض ».⁵

قال ابن همام: « وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لأنه هبة

1 عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، 5 / 158.

2 الخطاب : مواهب الجليل، 8 / 28، النووي: المجموع، 15/377.

3 النووي : المجموع 15/377، الخطاب: مواهب الجليل، 8/28.

4 محمد تقيه : الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 255.

5 الخطاب : مواهب الجليل، 8 / 43.

ابتداء فإذا تقابضا صح وصار في حكم البيع، يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة»¹.
قال النووي: « ولو وهب بشرط ثواب معلوم ... فالأظهر صحة العقد نظرا للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم والثاني بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع ومن ثم يكون بيعا على الصحيح، فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر خيار العيب وخيار الرؤية والشفعة وعدم توقف الملك على القبض»²، أما إذا كان الثواب مجهولا فالعقد باطل³.

ثانيا: التزامات الموهوب له

لا يوجد في قانون الأسرة التزام على الموهوب له، ويبدو أن ذلك راجع إلى الأصل في الهبة أنها تبرع، ولذا فلا التزام على الموهوب له بأي شيء ما دام عقد الهبة عقدا ملزما لجانب واحد، ولكن قد يتفق كل من الواهب والموهوب له على أن يلتزم الموهوب له بنفقات عقد الهبة ونفقات التسليم أو أداء العوض إذا كانت الهبة بثواب.

1- الالتزام بأداء العوض

يشترط الواهب على الموهوب له أن يلتزم بتقديم عوض مالي مقابل المال الموهوب، وهو ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة التي جاء فيها: «يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز شرط». ويستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتفقد الموهوب له بهذا الشرط ويكون الشرط لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة⁴.

2- الالتزام بنفقات الهبة

الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له، وذلك باعتبار ألا يجمع الواهب بين التجريد من ماله دون مقابل وبين تحميله مصروفات نقل الأموال الموهوبة ونفقات التسليم، ولكن يجوز الإتفاق

1 ابن الهمام : فتح القدير، 79.

2 النووي : المجموع، 5 / 389.

3 النووي : المجموع، 15/389.

4 محمد تقيه: الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 261.

على أن تكون على عاتق الواهب.¹

وإذا قام الواهب بنفقات الهبة من تلقاء نفسه فهو من تمام الهبة ومن باب إدخال السرور على الموهوب له.

3- جزاء الإخلال بالالتزام:

سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن جزاء الإخلال بالالتزام، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بهذا الشأن فالواهب حق المطالبة بالتنفيذ العيني ومن بعده ورثته، سواء كان العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو المصلحة العامة، لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين يرد عليه الفسخ ويستطيع الموهوب له الوفاء بالعوض عينا إذا كان ممكنا، وللأجنبي أن يطالب بالتنفيذ لأنه هو المستفيد.²

4- موقف الفقه الإسلامي من الالتزام بأداء العوض

يلتزم الموهوب له بأداء العوض المشروط أو المتعارف عليه

قال الخطاب: « يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب »³، إلا المسكوك لا ثواب فيها لأنها دراهم ودنانير إذا وهبها إلا أن يشترط ثوابها عرضا أو طعاما،⁴ وإذا أخل الموهوب له التزامه رد العين أو القيمة إلى الواهب ولا تجب القيمة إلا بالفوت.⁵

الفرع الثاني : الرجوع في عقد الهبة

تحدث في هذا الفرع عن مسوغات الرجوع في عقد الهبة وموانعه.

أولا : مسوغات الرجوع في عقد الهبة

لم يتفق الفقه الإسلامي في مسألة الرجوع في عقد الهبة، فالمذهب الحنفي يجيز الرجوع إلا المانع ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية لا يجيزون الرجوع إلا هبة الوالد لولده وهذا تفصيل ذلك.

1 محمد تقيه : الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص 263.

2 محمد تقيه : المرجع السابق، ص 26.

3 الخطاب : مواهب الجليل. 30 / 8.

4 الخطاب : المصدر السابق. 30/8.

5 الخطاب: المصدر السابق. 32/8، النووي المجموع 389/19.

المذهب المالكي : لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في حالة هبة الوالد لولده وتسمى عند المالكية بالاعتصار.¹

قال ابن عبد البر : « وليس لأحد أن يرجع في هبته إلا أب وحده وقيل إلا الأبوان فإن لهما الرجوع ما لم يداين أو يتزوج »² لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده »³.

المذهب الحنفي : الأصل جواز الرجوع إلا لمانع كالزوجية والعض و هلاك الموهوب ونحوها،⁴ قال ابن الهمام : « إذا وهب هبة لأجنبي أو لذي رحم ليس بمحرم أو لذي محرم ليس برحم وسلمها ولم تقترن ما يمنع الرجوع من الهبة الزوجية والعض، فله الرجوع فيها إما قضاء أو بالرضا من غير استحباب بل تكره »⁵، و الدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها »⁶ ودليل الكراهة قوله صلى الله عليه وسلم : « العائد في هبته كالعائد في قيئه »⁷ وهذا لاستقباحه فهو مكروه.⁸

المذهب الشافعي : الأصل عدم جواز الرجوع عند الشافعية إلا للوالدين فلهما الرجوع فيما وهبا لولد،⁹ قال الإمام النووي : « فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه »¹⁰، للحديث : « لا يحل لرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده »¹¹ المذهب الحنبلي : ليس للواهب أن يرجع في هبته بعد القبض إذ أنها تكون لزمت بالقبض ولو

1 النغراوي : الفواكه الدواني، 155/2، الخطاب : مواهب الجليل، 63/6، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 511/5.

2 ابن عبد البر : الكافي، 2 / 1004.

3 رواه الترمذي : انظر عارضة الأحوذى، 8 / 294.

4 الكاساني: البدائع الصنائع، 8/115، ابن الهمام: الفتح القدير، 9/39.

5 ابن الهمام : الفتح القدير، 9 / 38.

6 ضعيف سن ابن ماجة الألباني، ص 185.

7 البخاري : الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم 2478، 1/142.

8 ابن الهمام : الفتح القدير، 9 / 41.

9 الشريبي: مغني المحتاج، 2/401، الرملي: نهاية المحتاج، 5/416.

10 النووي : المجموع، 15 / 380.

11 سبق تخريجه.

لم يثب عليها إلا الأب.¹

المذهب الظاهري : قال ابن حزم : « ومن وهب هبة صحيحة لم يجز له الرجوع فيها أصلاً مذ يلفظ بها إلا الوالد والأم فيما أعطيا فلهما الرجوع فيه أبداً الصغير والكبير سواء ».²

المشروع الجزائري: بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد قانون الأسرة ينص على أن الأصل في عقد الهبة أنه عقد ملزم بمجرد القول على المشهور، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب منفردة إلا استثناء في حدود المادة 212 من قانون الأسرة التي تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
 - إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
 - إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بيعه أو التبرع به أو أدخل عليه ما غير طبيعته
 - إذا كانت بقصد المنفعة العامة
- والرجوع قد يكون بالتقاضي أو التراضي.

1- الرجوع بالتقاضي:³ إذا لم يتفق أحد الأبوين الواهب والابن الموهوب له على الرجوع في عقد الهبة فإنه لا سبيل للواهب إلا اللجوء للقضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة التي كان قد منحها لأحد أبنائه بالشروط الواردة في المادة 212 السالفة الذكر، وعليه يستنتج أن حق الرجوع أمر استثنائي لا يجوز التوسع فيه، حق الرجوع مخول للأبوين فقط

- لم يشترط القانون سناً معيناً للأبناء
- الرجوع يشمل العقارات والمنقولات.
- الهدف منه حماية الوالدين من طرف الأولاد.

2- الرجوع بالتراضي : يسمى التقايل، ويعني انحلال الرابطة بإتفاق الطرفين وهو عقد يتم بإيجاب وقبول جديدين⁴ ويتم التقايل سواء كان مانع من الموانع الرجوع في عقد الهبة أو لم يكن،

1 ابن قدامة : المغني، 6 / 298، محمد زكي عبد البر : أحكام المعاملات، ص 510، المرادوي: الإنصاف، 7/145.

2 ابن حزم : المحلى، 8/71.

3 حمدي باشا عمر : عقود التبرعات، ص 33.

4 صيري سعدي : شرح القانون المدني الجزائري، 1 / 370.

ويسوغ للموثق في هذه الحالة تحرير عقد الرجوع في الهبة بالتراضي بين الطرفين¹.
فالملاحظ أن القانون رجع إلى أقوال الفقهاء في هذه المسألة من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ما عدا الحنفية الذين يرون جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع.
وخلاصة القول في مسوغات الرجوع في الهبة فإن المذهب الحنفي يبيح الرجوع إلا لمانع، والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية لا يبيحون الرجوع في الهبة إلا للوالد الذي أعطى ولده، وتبع المشرع الجزائري رأي الجمهور في عدم إجازة الرجوع إلا في حالات ثلاث محصورة خاصة بالوالد فيما أعطى ولده.

ثانيا: موانع الرجوع في عقد الهبة

اتفق الفقهاء على منع الرجوع في الهبة إذا خرجت الهبة عن ملك الموهوب له أو تغيرت الهبة أو مات الموهوب له، واختلفوا فيما سوى ذلك وهذا بيانه :

1- المذهب المالكي : يمنع الرجوع في عقد الهبة فيما يأتي :

- زيادة الشيء الموهوب أو نقصانه :الزيادة في الموهوب أو نقصانه مانع من موانع الرجوع في الهبة² قال الخطاب : «قال مطرف وابن الماحشون زيادتها في عينها ونقصها لا يمنع اعتمادها وقال أصغ يمنع اعتمادها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم لأن تغير حالة ذمة المعطي تمنع الاعتصار»³

- ألا يتداین الابن أو يتزوج : فإذا تزوج الابن أو أصبح مدينا فلا ترجع الهبة، قال الخطاب " ومن نكح من الإناث والذكور، أو داین ثم زال الدين أو زالت العصمة فلا اعتصار لها"⁴، و يفوت الرجوع في عقد الهبة أن ينكح من أجل الهبة أو يعطي المال دينا في ذمته من أجل الهبة⁵

- أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت : إذا مرض الولد الموهوب له مرض الموت أو الأب الوهاب أو كلاهما فلا اعتصار، وإذا زال المرض يعتصر بخلاف النكاح أو الدين.⁶

1 حمدي باشا عمر : عقود التبرعات، ص 37.

2 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/ 155، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 5/ 513.

3 الخطاب: مواهب الجليل، 8/ 27.

4 الخطاب: المصدر السابق، 8/ 27.

5 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/ 155، برى عثمان: سراج السالك، 2/ 191.

6 الخطاب : المصدر السابق، 8/ 27، ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص 288،

- خروج الموهوب من ملك الموهوب له أو تغيرت الهبة : إن تغيرت هبة الولد لم يكن للوالدين فيها رجعة فإن باعها وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إليها سبيل في الثمن ومن وهب لولده دنانير أو دراهم أو شيئاً فخلطه الولد بمثله فليس عليه رجعة.¹

2- المذهب الحنفي: يمنع الرجوع في المذهب الحنفي فيما يأتي :

* العوض: إذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته فإنه يمنع الرجوع لأن التعويض دليل على مقصود الواهب وهو الوصول إلى العوض فإذا عوضه حصل له مقصوده فيمنع الرجوع سواء قل العوض أو أكثر.²

* القرابة المحرمة: وهم الأولاد والأعمام والعمات والأحوال والخالات الذين تجتمع فيهم صفة الرحم والمحرمة تمنع هذه الصفة الرجوع عند أبي حنيفة لأنه سبب التناصر والتعاون في الدنيا وسبب للثواب في الآخرة³ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا كانت الهبة لذي رحم لم يرجع فيها».⁴

* الزوجية : إذا وهب رجل لامرأته ولو قبل دخوله بها لكنه عقد عليها فليس له أن يرجع فيما وهبه لأن صلة الزوجية تجزى صلة القرابة الكاملة فهي مانعة من الرجوع.⁵

* موت الواهب أو الموهوب له : إمتنع الرجوع إذا مات الموهوب له لأنه ينتقل الملك للورثة وإذا مات الواهب بطل خياره في الرجوع لأنه حق شخصي.⁶

* هلاك الشيء الموهوب: إذا هلك الموهوب أو استهلك لا رجوع في الهبة لأن قبض الهبة ليس مضموناً، وقيمة ليست بموهوبة لعدم ورود العقد عليها.⁷

* خروج الموهوب من ملك الموهوب له: كالبيع و البيع والهبة.⁸

* زيادة الموهوب زيادة متصلة: الزيادة المتصلة تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب

1 ابن عبد البر : الكافي، 2 / 1005، ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص288.

2 السرخسي : المبسوط، 12 / 75، الكاساني: البدائع الصنائع، 8/130.

3 السرخسي : المصدر السابق، 12 / 49، الكاساني: البدائع الصنائع، 8/132.

4 منكر: سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة للألباني رقم 361، 1 / 36.

5 السرخسي : المصدر السابق 12/51، الكاساني: البدائع الصنائع، 8/133.

6 السرخسي : المصدر السابق، 12/56.

7 السرخسي : المصدر السابق، 12 / 56. الكاساني: البدائع الصنائع، 8/122.

8 السرخسي : المصدر السابق، 12 / 56.

له أو لا وسواء كانت متولدة أو غير متولدة¹ مثل هبة قطعة قميص وخاطها الموهوب له، ليس للواهب الرجوع مع الزيادة ولا سبيل إلى الرجوع بدون زيادة، وبذلك امتنع الرجوع أصلاً.

3- المذهب الشافعي:² يمنع الرجوع في الفقه الشافعي فيما يأتي :

خروج الموهوب من سلطان الواهب: إذا خرج الموهوب من سلطان الموهوب له فلا يجوز الرجوع كما لو باعه أو أوقفه أو وهبه، أما إذا أجره أو رهنه فإنه لا يمنع الرجوع
*إذا زاد الموهوب : وهي الزيادة منفصلة فإن كانت متصلة لا يمنع الرجوع بل يرجع الواهب بالموهوب وزيادة المتصلة، أما المنفصلة كالولد إن حدث بعد الهبة لا يرجع.

4- المذهب الحنبلي:³ لا رجوع في الهبة سواء كانت لثواب أو في مرض الموت أو الذي رحم

أو لزوجه إلا الوالد لولده، أما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد الروايتان الرجوع وعدم الرجوع
5- المذهب الظاهري:⁴ قال ابن حزم : « إذا تغيرت الهبة حتى يسقط عنها الاسم أو خرجت من ملكة أو مات أو صارت لا يحل تملكها فلا رجوع للأب فيه لأنها تغيرت فهي غير ما جعل الله الرجوع فيه».

6- المشرع الجزائري : نصت المادة 211 من قانون الأسرة على موانع الرجوع في الهبة وهي كالاتي :

الحالة الأولى: الهبة من أجل زواج الموهوب له : تعد هذه الحالة مانعا في الرجوع في الهبة منذ صدورها وترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظرا إلى طبيعة الهبة ذاتها، والهبة في هذه الحالة لازمة منذ صدورها ولا يجوز الرجوع للوالد فيها ما لم يكن الرجوع بالتراضي بينه وبين الابن الموهوب له⁵.
الحالة الثانية: الهبة لضمان قرض أو قضاء دين : إذا قام الموهوب له بتسديد مرتب في ذمة الواهب أو قام بتقديم ضمان كأن يكون رهن رسمي أو كفالة عينية لفائدة الواهب في مواجهة دينه، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها ولا يجوز الرجوع إلا بالتراضي مع الموهوب له⁶.

1 محمد زكي عبد البر : أحكام المعاملات، ص 612.

2 النووي : المجموع، 382/15 ،

3 ابن قدامة : المغني، 6 / 298.

4 ابن حزم : المحلي، 1 / 86.

5 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 41.

6 حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 43.

الحالة الثالثة: التصرف في الشيء الموهوب أو التغيير في طبيعته أو ضياعه:

أ- التصرف في الشيء الموهوب: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية، كالبيع والهبة أو فقد ملكية العين عن طريق تملكها من طرف الغير بالتقادم المكسب، أصبحت الهبة لازمة لا رجوع فيها، وقد تقرر هذا الشرط لحماية الغير المتصرف إليه، لكي يكون في مأمن من رجوع الواهب عليه، وجدير بالإشارة إلى أنه إذا كان التصرف الذي قام به الموهوب له غير نهائي، كأن يكون قد باع الشيء الموهوب ثم فسخ العقد أو بطل لأي سبب من الأسباب، فهنا يرجع الواهب¹

ب- التغيير في طبيعة الشيء الموهوب: إذا غير الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب كأن يقوم بتشييد مبنى فوق العين الموهوبة، فتكون الهبة لازمة وامتنع عليه الرجوع. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا:² « حيث أن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب - الأرض - أعمالاً غيرت طبيعتها وهي بناء المساكن. حيث أن المادة 211 من قانون الأسرة تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من حق الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب غير من طبيعته مما أسقط حق الواهب في الرجوع في الهبة»، حيث يستنتج مما سبق أن قضاة الاستئناف سببوا قرارهم تسبباً كافياً وأعطوه أساس قانوني وطبقوا القانون تطبيقاً حسناً وصحيحاً، علماً أن ارتفاع ثمن العين الموهوبة لا يشكل سبباً يمنع الواهب من الرجوع في هبته، ذلك أن العين الموهوبة لم تزد في ذاتها وإنما الزيادة في قيمتها لأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات.³

ج- ضياع العين الموهوبة: يراد بالضياع خروج الشيء من يد صاحبه بدون اختياره، أي فقد الشيء دون قصد، وعليه إذا ضاع الشيء الموهوب سواء بسبب أجنبي أو بفعل إهمال الموهوب له، امتنع على الواهب الرجوع في هبته لأن الموهوب له لا يضمن.⁴

الحالة الرابعة: الهبة بقصد المنفعة: هناك حالة عامة يمتنع فيها الرجوع عن الهبة تم التنصيص عليها في المادة 212 من قانون الأسرة: « الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها »، قد تكون الهبة

1 حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص44.

2 القرار رقم 622، 153 المؤرخ في 11 / 03 / 1998 م، المجلة القضائية لسنة 1997 م، العدد 02، ص 72.

3 عبد الرزاق السنهوري: الوسيط 5/195.

4 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص45.

بقصد تحقيق منفعة عامة للمجتمع، كأن يهب شخص قطعة أرض للبلدية من أجل إنجاز مدرسة أو مسجد أو مستشفى أو نحو ذلك فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد تحقق الغرض.

وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا: ¹ « 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 مؤخراً 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 ²»

ملحوظة: إن نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري لم يذكر كل حالات المنع الواردة في الفقه المالكي الذي هو المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة، والسؤال المطروح هل الحالات التي وردت في قانون الأسرة على سبيل المثال أم الحصر؟

حيث نرى الفقه المالكي ذكر حالات لم تذكر في قانون الأسرة مثل زيادة الشيء الموهوب أو نقصه ومرض الوهاب أو الموهوب، فهل يجوز الأخذ بها أم لا؟ وإذا سلمنا بأنها على سبيل المثال يرجع إلى الفقه المالكي ما سكت عنه قانون الأسرة بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، وإذا سلمنا أنها على سبيل الحصر لا يرجع إلى الفقه المالكي وهذا هو الأظهر.

1 القرار رقم 191، 116 المؤرخ في 19 / 01 / 1997 م، المنشور بالمجلة القضائية 1997م، العدد 02، ص 114.

2 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 46.

المطلب الثاني: تكييف تقسيم الميراث في الحياة على أساس أنه ليس هبة (وصية)

الفرع الأول: مفهوم الوصية

نذكر تعريف الوصية لغة واصطلاحاً، ودليل مشروعيتها وحكمتها

أولاً: تعريف الوصية.

1: الوصية لغة .

الوصية لغة: اسم أوصى يوصي إيصاء، وهي من وصيت الشيء أي أوصلته ويقال أرض واصمة

أي متصلة، ويقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه الأمر، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته¹.

2: الوصية في الفقه الإسلامي

إختلف الفقهاء في تعريفها وهذا تفصيل المذاهب.

أ- المالكية: قال ابن عرفة: الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه

بعده.

وقوله: " يوجب حقاً في ثلث عاقده " هو قيد أخرج به ما يوجب حقاً في رأس ماله مما عقده

على نفسه.

وقوله: " يلزم بموته " قيد أخرج الهبة لأنها تمليك حال الحياة، وقوله: " أو نيابة عنه بعده " معناها

إسناد الوصية لشخص.²

قال الخطاب " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".³

ب- الحنفية: قالو: الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.⁴

ج- الشافعية: الوصية هي تبرع بحق مضاف بالتصرف بعد الموت ، فإذا قال أوصيت لزيد بكذا

كان معناه بعد الموت.⁵

د. الحنابلة: الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي شخصاً بأن يقوم على

1 الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة وصى ، ص1232.

2 الرصاع: شرح الحدود، 2/681.

3 الخطاب: مواهب الجليل، 6/364.

4 ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، 6/648.

5 الشربيني: مغني المحتاج، 3/38.

أولاده الصغار أو يفرق ثلث ماله ونحو ذلك.¹

وخلاصة القول في التعريفات المذكورة أنها متقاربة المعاني فكلها تتفق على أنها تمليك للغير مضاف بعد الموت.

3: الوصية عند المشرع الجزائري.

نصت المادة 184 من قانون الأسرة " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، ومعنى مصطلح " تمليك " هو الوصية بالأعيان من المنقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض وجميع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره، ومعنى "مضاف إلى ما بعد الموت" أي أثره يكون بعد الوفاة، ومعنى "بطريق التبرع" أي أن الوصية تتم بدون مقابل.²

والحاصل أن تعريف المشرع الجزائري مأخوذ من مختصر خليل لتطابقتها، ولم ينص المشرع الجزائري أنها عقد ولا تصرف.

ثانيا: مشروعية الوصية:

دل الكتاب و السنة على مشروعية الوصية، فأما من الكتاب قال تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (180) [سورة البقرة: 180] ، وقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... ﴾ [سورة النساء: 12].

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"³

وحديث سعد بن أبي وقاص قال: يا رسول الله إن لي مالا كثيرا وليس يرثني إلا ابنتي أفأصدق بالثلثين قال: (لا) قال فبالشطر قال: (لا) قال فالثلث قال الثلث كثير: إنك إن ترك وراثتك

1 ابن قدامة: المغني، 6/414.

2 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص56.

3 البخاري: الصحيح الجامع، كتاب الوصايا ، رقم 2738

أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " ¹

المشرع الجزائري: الوصية مشروعة في القانون الجزائري حيث نصت المادة 184 من قانون الأسرة " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ".
الحاصل أن الوصية مشروعة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ثالثاً: حكم الوصية.

اختلف الفقهاء في حكمها ثلاثة أقوال.

1: مذهب جمهور العلماء: من المالكية ² و الحنفية ³ و الشافعية ⁴ و الحنابلة ⁵ أن وصية

مستحبة.

2: مذهب داود الظاهري: أن الوصية واجبة للأقربين الذين لا يرثون. ⁶

3: مذهب ابن حزم: أن الوصية واجبة لمن ترك مالا. ⁷

استدل الظاهرية لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا أَلْوَصِيَّةً لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة: 180] الآية تدل على وجوب الوصية إلا أن داود تمسك بلفظ " الوالدين و الأقربين " فقال هي واجبة على الوالدين و الأقربين الذين لا يرثون، وتمسك ابن حزم بلفظ " وإن ترك خيراً " أي مالا فقال تجب على كل من ترك مالا، وقال جمهور العلماء أن الآية منسوخة بالآية الموارث ⁸.
إذن فلم يبق دليل الوجوب فهي مستحبة كما قال الجمهور لأنها فعل خير وبر و إحسان.

1 البخاري: المصدر السابق، كتاب الوصايا، رقم 2861.

2 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/132، الخطاب: مواهب الجليل، 6/364.

3 السرخسي: المبسوط، 27/142.

4 الديمياطي: حاشية إعانة الطالبين، 3/198.

5 ابن قدامة: المغني، 8/113.

6 ابن حزم: المحلى، 9/312.

7 ابن حزم: المصدر السابق، 9/312.

8 ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/196.

الفرع الثاني: أركان الوصية وشروطها.

أولاً: أركان الوصية.

- 1) الصيغة: يرى الحنفية أن الصيغة تكمن في الإيجاب والقبول¹.
- 2) الموصي: وهو من يصدر منه الإيجاب حال حياته².
- 3) الموصى له يصدر الإيجاب له ويكون قبوله بعد وفاة الموصي³.
- 4) الموصى به: وهو محل الوصية⁴.
- 5) المشرع الجزائري: أركان الوصية عند المشرع الجزائري إجمالاً الصيغة وهي الإيجاب فقط، أما القبول الموصى له بعد الوفاة فلا يعد إلا شرطاً للزوم الوصية، والموصي والموصى له والموصى به⁵.

إذن أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور العلماء في اعتبار أن الوصية تنعقد بالإيجاب فقط.

6- تنزيل أركان الوصية على حالة تقسيم الميراث في الحياة:

إذا أسقطنا أركان الوصية على تقسيم الميراث في الحياة ، نجد الأركان متوفرة في هذه الحالة فقها وقانوناً ، وهذا توضيح ذلك.

- أ- الصيغة: تقسيم الميراث في الحياة يوجد فيه إيجاب في الحياة وقبول بعد الوفاة، وكذلك تكون الصيغة في الوصية.
- ب- الموصي: في حالة تقسيم الميراث في الحياة يكون الموصي هو المقسم أو المورث ويكون على قيد الحياة كما يكون الموصى في الوصية تماماً.

1 الكاساني: البدائع الصنائع، 220/8.

2 ابن جزئي: القوانين الفقهية، ص 317، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 484/6، الكاساني: البدائع الصنائع، 226/8، الشرازي: المهذب، 704/3.

3 ابن جزئي: القوانين الفقهية، ص 317، ابن رشد: بداية المجتهد، 375/5، الكاساني: البدائع الصنائع، 228/8، الدمياطي: حاشية إعانة الطالبين، 200/3.

4 ابن جزئي، القوانين الفقهية، ص 317، الكاساني: البدائع الصنائع، 253/8، ابن مفلح المبدع، 19/6.

5 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص 57.

- ج- الموصى له: وهو الوارث ، ويكون قبوله بعد وفاة المقيّم مالك المال .
د- الموصى به: وهو المال المقسوم.

ثالثاً: شروط الوصية:

وهي شروط في الصيغة و الموصي و الموصى له و الموصى به.

1- شروط الصيغة : يشترط في الصيغة أن تكون دالة على إنشاء الوصية، وتصح بكل لفظ يدل على إنشائها صراحة كقول الموصي أوصيت لفلان بكذا، وتصح بلفظ الكناية بشرط أن تكون نية الموصي متجهة لإنشاء الوصية¹، وتنعقد بلفظ الكتابة لمن كان عاجزاً عن الكلام²، وتنعقد بالإشارة لمن كان عاجزاً عن النطق³، ويشترط القبول في الوصية، فإذا كان الموصى له غير معين أو غير محصور كالوصية للفقراء والمساكين فإن الوصية تلزم وتتم دون قبول، ويتم القبول بالألفاظ والأفعال الدالة عليه ويكون بعد وفاة الموصي⁴.

المشرع الجزائري: يشترط المشرع الجزائري في الصيغة أن تكون تعبر على إرادة الأثر القانوني، ويسوغ للموصي أن ينشيء وصيته بالقول أو الإشارة وتكون الوصية مضافة بعد موت الموصي⁵.

2- شروط الموصي: وهو الشخص الذي يتبرع بماله أو بالمنافع التي يمتلكها. ويشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع بكمال الأهلية، وكمال الأهلية يكون بالعقل و البلوغ و الحرية و الاختيار، وعدم الحجر لسفه أو غفلة، فإن كان الموصي ناقص الأهلية بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو عبداً أو مكرهاً أو محجوراً عليه فإن الوصية لا تصح⁶.
المشرع الجزائري: يجب توفر في الموصي الشروط الآتية.

أ - الرضا: فلا تصح وصية المكره و الهازل و المخطئ و السكران لأنه لا قصد له.

ب - سلامة العقل: نصت المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط في الموصي أن يكون

1 ابن عابدين: حاشية رد المختار، 6/650، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 6/486، الشريبي: مغني المحتاج، 3/52.

2 المصادر السابقة ونفس الصفحات.

3 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/133، ابن عابدين: حاشية رد المختار، 2/650.

4 ابن عابدين: حاشية رد المختار، 6/650، الرملي: نهاية المحتاج، 6/66، ابن قدامة: المغني، 8/150.

5 حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، ص59.

6 الدسوقي: حاشية الدسوقي، 6/484، الكاساني: البدائع الصنائع، 8/225، الشرازي: المهذب، 3/704، ابن

قدامة: المغني، 8/240.

سليم العقل"

ج - البلوغ: نصت المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

وحاصل القول في شروط الموصي في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري هي كمال الأهلية.

3-الموصي له: وهو الشخص الذي يقبل المنفعة ويشترط:

أ-ألا يكون وارثاً: الوصية للوارث تنعقد موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها صحت وإلا بطلت وهو مذهب الجمهور العلماء من المالكية¹ والحنفية² و الشافعية³ و الحنابلة⁴، استدل الجمهور بحديث " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"⁵.

وذهب الظاهرية⁶ وبعض المالكية⁷ وبعض الشافعية⁸ وبعض الحنابلة⁹ إلى أن الوصية لوارث باطلة وإن أجازها الورثة، دليلهم، " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"،¹⁰ فإن هذا الحديث في ظاهره يفيد نفي صحة الوصية، فيكون المعنى لا وصية صحيحة لوارث، وما دامت وقعت غير صحيحة فلا تعمل الإجازة فيها

والراجح المذهب الأول لوجود الحديث المفصل ولأن للوارث حق التنازل على ميراثه، فله حق إجازته الوصية كذلك.

المشروع الجزائري: نصت المادة 189 "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"

1 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/133، ابن جزير: القوانين الفقهية، ص318.

2 الكاساني: البدائع الصنائع، 8/230.

3 الرملي: نهاية المحتاج، 6/49.

4 ابن قدامة: المغني، 8/124.

5أخرجه الدارقطني في سننه، ص974 عن عطاء عن ابن عباس، وعطاء لم يدرك ابن عباس، لكن وصله ابن يونس بن راشد إنتهى كلام الدارقطني، قال العظيم آبادي المعلق على سنن دارقطني قال ابن القطان يونس بن راشد قاضي خراسان قال أبو زرعة لأبس به، قال البخاري كان مرجحاً إنتهى كلام العظيم آبادي، قال الزيلعي في نصب الراية 4/404 قال البخاري يونس بن راشد كان مرجحاً، كأن الحديث عنده حسن، إنتهى كلام الزيلعي، قال ابن حجر في بلوغ المرام، رقم، 962، ص371 إسناده حسن .

6 ابن حزم: المحلى، 9/316،

7 النفراوي: الفواكه الدواني، 2/133.

8 الرملي: نهاية المحتاج، 6/49.

9 ابن قدامة: المغني، 8/124.

10 العظيم آبادي: عون المعبود، 5/284.

الحاصل ان المشرع الجزائري أخذ بالرأي الراجح عند جمهور العلماء.

ب- ألا يقتل الموصى له الموصي: يرى جمهور العلماء أن القتل مانع من الوصية، وفرق المالكية بين إن حدث القتل بعد الوصية مباشرة أو حدث القتل قبل الوصية، فإن حدث الأول فإن الوصية تبطل بتهمة استعجال الشيء قبل أوانه فيعاقب بحرمانه، وإن حدث الثاني فالوصية صحيحة،¹ ولم يشترط الحنفية و الحنابلة ذلك إنما اشترطوا ألا يكون قاتلا للموصي فقط،² وأما الشافعية فيرون صحة الوصية للقاتل.³

المشرع الجزائري: نصت المادة 188 من قانون الأسرة " لا يستحق من قتل الموصي عمداً"، العبرة بالحرمان من الإيضاء القتل العمد، وعليه يستبعد القتل الخطأ و حالة الدفاع الشرعي⁴. خلاصة القول: أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور العلماء من المالكية و الحنفية والحنابلة بأن القتل مانع من الإيضاء.

ج- أن يكون موجودا: يجب أن يكون الموصى له موجودا حقيقة عند إنشاء الوصية كالإنسان حي أو تقديرا كالحمل والجنين.⁵

د- أن يكون معلوما بتعيين اسمه أو صفته ولا يشترط أن يكون معيناً إلا إذا كانت الوصية في وجوه البر و الإحسان.⁶

هـ- ألا يكون الموصى له جهة معصية كالوصية لأهل الخمر والفسوق.⁷

و- أن يكون الموصى له أهلا للتملك فلا تصح الوصية للميت ولا للحجر.⁸

4- الموصى به: يشترط في الموصى به أن يكون مالا متقوماً موجوداً وقت موت الموصي ولا

1 الدسوقي :حاشية الدسوقي،491/6.

2 الكاساني:البدائع الصنائع،8/233،ابن قدامة:المغني،8/153.

3 الشيرازي:المهذب،3/712.

4 حمدي باشا عمر:عقود التبرعات،ص65.

5 ابن جزئي:القوانين الفقهية،ص317،النفراوي:الفواكه الدواني،2/133،الكاساني:البدائع الصنائع،8/236.

6 الكاساني:البدائع الصنائع،8/226.

7 النفراوي:الفواكه الدواني،2/133،الكاساني:المصدر السابق،8/226،الشريبي:مغني المحتاج،3/40.

8 النفراوي:المصدر السابق،2/133،ابن جزئي:القوانين الفقهية،ص317،الكاساني:المصدر السابق،8/225،الشريبي:مغني

المحتاج،3/40،ابن قدامة:المغني،6/436.

تصح بما ليس بمال كالميتة و ما ليس متقوما كالخمر للمسلمين،¹ ولا يجوز الوصية فوق الثلث وهي موقوفة على إجازة الورثة²، وألا تكون الوصية بتقسيم الميراث وهذه صورتها واختلاف الفقهاء فيها.³ قد يوصي الإنسان بوصية تتضمن تقسيم التركة بين الورثة بمقدار نصيب كل واحد منهم في التركة، ليضمن بالقسمة عدم وقوع خلاف أو نزاع بين الورثة، فهل تعد هذه وصية ملزمة؟ يرى جمهور الفقهاء أن هذا التقسيم لا يلزم الورثة فلهم أن يقبلوه أو يرفضوه، لأن قيمة المالا لأعيان التركة قد تكون متساوية، ولكن المصلحة فيها متفاوتة، فكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز إبطاله في عين هذا الحق أيضا.

ويرى بعض فقهاء الشافعية والحنابلة والحنفية أن هذا التقسيم من المورث جائز ويلزم به الورثة، ما دامت القسمة عادلة فخصص لكل وارث ما يساوي قيمة نصيبه بقدر حصته، ولا يفتقر التقسيم إلى إجازة الورثة، لأن حق الوارث هو في القيمة لا في عين معينة من الأعيان، بدليل أن المورث لو باع في مرض موته التركة كلها بثمن المثل صح بيعه ونفذ.

المشروع الجزائري: نصت المادة 190 من قانون الأسرة: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة"، وعليه يشترط في محل الوصية:

- أ- أن يكون مالا قابلا للتوارث.
- ب- أن يكون مالا متقوماً أي منتفعا به شرعا.
- ج- أن يكون قابلا للتملك.
- د- أن يكون الموصي به موجودا عند الوصية.
- هـ- أن لا يزيد الموصي عن الثلث وهو ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة "

تكون الوصية في حدود الثلث التركة وإذا زادت على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".
حاصل القول في شروط الموصى به: أنها تكاد تكون متطابقة بين الفقه الإسلامي التشريع الجزائري وإن اختلفت العبارة.

1 النفراوي: المصدر السابق، 133/2، الكاساني: المصدر السابق، 253/8، سيد سابق: فقه السنة، 298/3.

2 ابن جزوي: القوانين الفقهية، ص318، النفراوي: المصدر السابق، 133/2، الكاساني: المصدر السابق، 278/8، ابن قدامة: المغني، 121/8، سيد سابق: فقه السنة، 298/3.

3 الزحيلي: الفقه الإسلامي، 96/8.

5- تنزيل شروط الوصية على حالة تقسيم الميراث في الحياة:

إذا أسقطنا شروط الوصية على حالة تقسيم الميراث في الحياة باعتباره وصية نجد شروط الوصية متوفرة فقها وقانونا، سواء في شروط الصيغة أو شروط الموصي أو الموصى به مع وجود إشكال في الوصية للوارث، ومن البديهي عند تكييفنا لتقسيم الميراث حال الحياة على أنه وصية فيتعين أنها وصية للوارث، وعليه يوجد احتمالان.

أ- أن يقسم المال في الحياة وفق فريضة الله المبينة في الكتاب و السنة و يوصي الورثة بتطبيقها بعد موته، شريطة ألا يقع تغير في الأنصبة فهذه محل خلاف بين موجب لهذه القسمة وهم بعض فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، وبين من لا يوجب هذه القسمة وهم الجمهور فقهاء المذاهب الأربعة، والأظهر أنها موقوفة على إجازة الورثة.

ب- أن يقسم المال في الحياة على غير فريضة الله، ويوصي بتطبيقها بعد موته، فتكون الوصية موقوفة على إجازة الورثة عند جمهور العلماء والمشرع الجزائري، وأبطلها أهل الظاهر وإن أجازها الورثة .

خلاصة المبحث

تقسيم الميراث في الحياة الأصل فيه أنه هبة يخضع لأحكام الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، بشرط توفر أركان وشروط عقد الهبة، وقد يكون تقسيم الميراث في الحياة في حالة الاستثناء وصية للوارث يخضع لأحكام الوصية فقها وقانونا.

خاتمة

خاتمة

بعد دراستي لموضوع " عقد الهبة دراسة حالة تقسيم الميراث في الحياة " ، حيث عرف فيه عقد الهبة في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري ، ثم تطرقت إلى أركان عقد الهبة وشروطها مع اسقاطها على حالة تقسيم الميراث في الحياة ، ثم كيفت تقسيم الميراث في الحياة على أنه هبة وبعدها كيفته على أساس أنه وصية ، استنتج النتائج التالية:

- لم تنص المذاهب على أن الهبة عقد ولا أنها تصرف، وتبعهم المشرع الجزائري في هذا الأمر.
- تعريف الهبة الوارد في المادة 202 من قانون الأسرة مستمد من الفقه المالكي بل من مختصر خليل.
- الهبة مشروعة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.
- شكلية الهبة معتبرة في الفقه الإسلامي وركن من أركان في التشريع الجزائري.
- السبب معناه الباعث وهو ركن في التشريع الجزائري ومعتبر في الفقه الإسلامي.
- تقسيم الميراث في الحياة حال صحة المالك على تمام القبض هبة صحيحة.
- يترتب على تقسيم الميراث حال الحياة أحكام الهبة من الشكلية وتنفيذ العقد والرجوع فيه وغيرها.
- تقسيم الميراث في الحياة مع عدم القبض ليس هبة.
- حكم تقسيم الميراث في الحياة في مرض الموت المالك -قبضت أم لم تقبض- هو حكم الوصية عند الجمهور، وتبقى موقوفة على إجازة الورثة.
- الوصية بتقسيم الميراث بعد الموت المالك على نحو يخالف الكتاب والسنة تبقى موقوفة على إجازة الورثة.
- الوصية بتقسيم الميراث على نحو يوافق الكتاب والسنة قيل يلزم الورثة وقيل لا يلزم وهو الأظهر.
- لا يمكن تكييف تقسيم الميراث في الحياة على أنه تركة لوجود خلل في الأركان والشروط.
- فأمل أن تصاغ نصوص قانونية في قانون الأسرة تشرع لهذا التصرف، أي تقسيم الميراث في الحياة، وتحدد مفهومه وتكييفه وأساسه وضوابطه لكي لا يصبح ذريعة لتلاعب بأحكام الميراث.
- فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وله الحمد والشكر وما كان فيه من خطأ وزيف ونسيان فمن نفسي و الشيطان و الله المستعان.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

القرآن العظيم، رواية ورش عن نافع عن طريق الأزرق

أولاً: كتب التفسير

- ابن كثير الحافظ عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي المتوفى (774 هـ)

1- تفسير القرآن العظيم ط1:2000 م دار الفكر بيروت لبنان.

ثانياً: كتب الحديث الشريف:

ابن ماجه محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المتوفى (248 هـ)

2- سنن ابن ماجه (د ط) و (ت ط) دار الفكر بيروت لبنان.

آبادي أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي المتوفى (1329 هـ)

3- عون المعبود شرح سنن أبي داود مع تعليق ابن القيم، ط1، 1990 دار الكتب العلمية بيروت

لبنان.

أحمد بن حنبل الإمام أبو عبد الله الشيباني المتوفى (241 هـ)

4- مسند الإمام أحمد بن حنبل (د ط) و (ت ط) مكتبة التراث الإسلامي القاهرة.

الألباني: محمد ناصر الدين المتوفى (1999م)

5- سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة ط1، 1992م، مكتبة المعارف، الرياض المملكة العربية

السعودية.

6- ضعيف سنن ابن ماجه، ط1، 1988م، المكتب الإسلامي بيروت لبنان.

البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله المتوفى (256 هـ).

7- الأدب المفرد تحقيق ابن أمين الزهيري وتخرجه الألباني ط1، 1988م مكتبة المعارض الرياض

المملكة العربية السعودية.

- 8- الجامع الصحيح (د ط) 1990، شركة شهاب الجزائر.
- الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن ضحاك الترمذي أبو عيسى المتوفى (279 هـ).
- 9- سنن الترمذي تحقيق محمد بشار عواد، ط1، 1996، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان.
- الدارقطني:علي بن عمر بن أحمد الدارقطني المتوفى(385هـ).
- 10- سنن الدارقطني مع تعليق العظيم آبادي ط1، 2011م دار ابن حزم بيروت لبنان.
- الزيلعي: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي المتوفى (762).
- 11- نصب الراية لأحاديث الهداية(دط) و(دت) دار القبلة للثقافة الإسلامية جدة.
- ابن رجب: عبد الرحمان بن شهاب الدين المتوفى (795هـ).
- 12- جامع العلوم و الحكم ط:1، 2002م، مكتبة الصف القاهرة مصر.
- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر أبو الفضل السيوطي المتوفى (911هـ)
- 13- شرح سنن النسائي (د ط) و (ت ط)، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.
- ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمد النمري المتوفى (463 هـ)
- 14- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (د ط) 1984م، مطابع ديسبريس تطوان.
- ابن العربي: محمد بن عبد الله بن محمد القاضي المتوفى (543 هـ).
- 15- عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذي (د ط) و (ت ط) دار الكتاب العربي بيروت لبنان.
- العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني توفى (852هـ).
- 16- فتح الباري، شرح صحيح البخاري تعليق ابن باز، ط:3، 2000م مكتبة دار السلام، الرياض،

ودار الفيحاء، دمشق، سوريا.

17- بلوغ المرام ط:1، 2014م دار القبس، المملكة العربية السعودية.

مالك بن أنس: أبو عبد الله الأصحح الإمام المتوفى (179 هـ).

18- الموطأ رواية مصعب الزهري ط:1، 1993م مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.

خالد بن عبد الرحمان

19- مختصر نيل الأقطار للشوكاني، ط1، 1988م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

ثالثا: كتب أصول الفقه.

ابن القيم: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المتوفى (750 هـ).

20- إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق طه عبد الرؤوف (د ط) و (د ت) مكتبة الكليات الأزهرية.

الشاطبي: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي أبو إسحاق متوفى (790 هـ).

21- الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، (د ط) و (د ت) دار الكتاب العربي.

فتحي الدريني

22- نظرية التعسف في استعمال الحق، ط1، 1907م، مطبعة جامعة دمشق سوريا.

محمد الأمين الشنقيطي: بن محمد المختار بن عبد القادر المتوفى (1393 هـ).

23- مذكرة في أصول الفقه، ط4، 2004 م، مكتبة العلوم و الحكم المدينة المنورة المملكة العربية

السعودية.

محمد صدقي بن أحمد البورنو

24- موسوعة القواعد الفقهية، ط:2، 1997 مكتبة الرياض، المملكة العربية السعودية.

مصطفى الزرقا: توفى (1999م).

- 25- المدخل الفقهي العام ط:1، (د ت) دار الفكر، دمشق سوريا
وهبة الزحيلي: المتوفى (2015م).
- 26- الوجيز في أصول الفقه، ط:1، 1994، دار الفكر، دمشق سوريا
يعقوب عبد الوهاب الباجسين.
- 27- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ط:4، 2001م، مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية.
- رابعا كتب الفقه
- أ- المذهب المالكي:
- برى عثمان بن حسنين برى الجعلي
- 28- سراج السالك شرح أسهل المسالك إلى مذهب الإمام مالك (د ط) و(د ت) مؤسسة المنشورات
الإسلامية وزارة الشؤون الدينية الجزائر.
- ابن جزيء: محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي المتوفى (741 هـ).
- 29- القوانين الفقهية، (د ط) 1988م، الدار العربية للكتاب ليبيا
ابن عبد البر: أبو عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري المتوفى (463 هـ).
- 30- الكافي في فقه أهل المدينة ط:1، 1980م، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية.
- ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد المتوفى (595 هـ).
- 31- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط:3، 1983م، دار المعرفة بيروت لبنان.
- خليل بن إسحاق: بن موسى بن شعيب المالكي المتوفى (776 هـ).
- 32- مختصر خليل (د ط) و (ت ط) إشراف أحمد نصر، دار الشهاب الجزائر.
الخطاب: محمد بن أحمد بن عبد الرحمان أبو عبد الله المغربي المتوفى (954 هـ).

- 33- مواهب الجليل، شرح مختصر خليل ط:1، (د ت) دار عالم الكتب المملكة العربية السعودية.
الدسوقي: شمس الحق محمد بن أحمد بن عرفة المتوفى (1230 هـ).
- 34- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (د ط) و (د ت) دار الفكر بيروت لبنان.
النفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المتوفى (1125 هـ).
- 35- فواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني (د ط) 1008 م، دار الفكر لبنان.
الرصاع: أبو عبد الله محمد الأنصاري المتوفى (894 هـ).
- 36- شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر العمومي، ط:1، 1993، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان.
الهادي الدرقاش
- 37- فقه الرسالة، ط:1، 1989م دار قتيبة، بيروت، لبنان.
- ب- المذهب الحنفي:
- داماد أفندي: عبد الرحمان بن الشيخ محمد بن سليمان المتوفى (1088 هـ).
- 38- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (د ط) 1319 هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
السرخسي: محمد بن أبي سهل السرخسي شمس الدين المتوفى (490 هـ).
- 39- المبسوط، ط:2، 1989م، دار المعرفة بيروت لبنان.
ابن عابدين: محمد أمين عمر ابن عابدين المتوفى (1252 هـ).
- 40- حاشية رد المختار على الدر المختار، ط:2، 1996م، دار الفكر بيروت لبنان.
الكاساني: أبي بكر بن مسعود أحمد علاء الدين المتوفى (587 هـ).
- 41- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط:2، 1982م، دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

محمد زكي عبد البر

42- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، ط1، 1986م، دار الثقافة، الدوحة قطر.

ابن الهمام: جمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المتوفى (861هـ).

43- فتح القدير، ط2، (د ت)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

ج - المذهب الشافعي:

إبراهيم البيجوري بن محمد بن أحمد المتوفى (1276 هـ).

44- حاشية إبراهيم البيجوري، تحقيق عبد السلام شاهين ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

البيجوري: سلمان بن عمر محمد البجيرمي المتوفى (1221 هـ).

45- تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط1، 1996م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

الدمياطي: عثمان بن محمد شطا البكري أبو بكر المتوفى (1310 هـ).

46- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، 1995، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

الشرييني: محمد الخطيب بن أحمد الشرييني المتوفى (988م).

47- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (د ط) و (د ت)، دار الفكر بيروت لبنان.

الشيزاري: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى (476 هـ).

48- المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، 1411 هـ، دار الفكر بيروت لبنان.

الشافعي: محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان أبو عبد الله المتوفى (204 هـ).

49- الأم: تحقيق محمد الزهري النجار (د ط)، 2004 م، دار المعرفة بيروت لبنان

الرملي: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة شهاب الدين المتوفى (1004 هـ).

47- نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ط1، 1984م، دار الفكر بيروت لبنان.

النووي: يحي بن شرف بن مري النووي المتوفى (676 هـ).

48-المجموع شرح المذهب (د ط) و (د ت)، دار الفكر، بيروت لبنان

مصطفى البغا ومصطفى الخن

49- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط3، 1998م، دار العلم، دمشق، سوريا.

د- المذهب الحنبلي:

ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمود أبو محمد المتوفى (620 هـ).

50- المغني ويليه الشرح الكبير، ط1، 1983م، دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

ابن مفلح: إبراهيم بن محمد عبد الله بن مفلح أبو إسحاق المتوفى (884 هـ).

51- المبدع في شرح المقنع، ط1، 1997م، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان.

الزركشي محمد بن عبد الله شمس الدين المتوفى (772 هـ).

52 - شرح الزركشي على مختصر الخزقي ط1، 1993، مكتبة العبيكان، الرياض المملكة العربية السعودية.

محمد زكي عبد البر

53- أحكام المعاملات المالية في مذهب الحنبلي، ط1، 1986م، دار الثقافة، الدوحة، قطر.

مرداوي علي بن سليمان أحمد المرادوي أبو الحسن المتوفى (885).

54- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، 1958م، دار إحياء

التراث العربي

ه- المذهب الظاهري:

ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى (456 هـ).

55 - المحلي بالآثار (د ط) و (د ت)، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

خامسا : كتب القانون

بيرتي

56- القانون المدني الجزائري (د ط)، 2005م، منشورات بيرتي الجزائر

حمدي باشا عمر

57_ عقود التبرعات ، الهبة والوقف و الوصية، ط1، 2004، دار الهومة الجزائر.

صبري سعيدي

58- شرح القانون المدني الجزائري، ط1، 1992م، دار المهدي- عين مليلة الجزائر.

عبد الرزاق السنهوري

59- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (د ط) و (د ت)، دار النهضة العربية القاهرة، مصر.

علي حيدر

60- دار الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1، 1999م، دار الجليل، بيروت لبنان.

علي علي سليمان

61- النظرية العامة للإلتزام، ط3، 1992، ديوان المطبوعات الجامعية.

محمد سعيد جعفرور

62- نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، ط2، 2002م، دار الهومة،

الجزائر.

- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة

63- مفهوم المحل و السبب في العقد (د ط)، 1986م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

- يوسف دلاندة

64- قانون الأسرة الجزائري (د ط)، 2005م، دار الهومة، الجزائر.

سادسا: كتب المراجع الفقهية المعاصرة العامة

الزحيلي وهبه

65- الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، 1998م، دار الفكر، دمشق، سوريا.

سيد سابق

66- فقه السنة، ط3، 1983م، دار الكتب العربي، بيروت لبنان.

محمد محي الدين عبد الحميد

67- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، 1984م، دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

نشأت إبراهيم الدريني

68- التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1، 1982م، دار الشروق، المملكة العربية السعودية.

سابعا: كتب المعاجم اللغوية.

ابن فارس: أبو الحسن أحمد بن زكريا المتوفى (395 هـ).

69- معجم مقاييس اللغة (د ط) و (د ت)، دار الفكر بيروت لبنان.

ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المتوفى (1232 هـ).

70- لسان العرب، (د ط) و (د ت)، دار المعارض ، القاهرة.

الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى (817 هـ)

71- القاموس المحيط، ط2، 2003، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

ثامنا: الدوريات و الرسائل الجامعية

خالد بابكر

72- الباعث وأثره في العقود و التصرفات، رسالة ماجستير موسم 1993-1994م كلية أصول

الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة الجزائر.

محمد تقيه

73- الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن، رسالة ماجستير، موسم 1996-1997م، معهد العلوم

الإدارية الجزائر.

74- مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، العدد33، السنة 1998، جامعة الأمير عبد القادر،

قسنطينة، الجزائر.

75- المجلة القضائية العدد02، سنة 1997م، جامعة ورقلة الجزائر

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

ثالثاً: فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	الآية الكريمة
سورة البقرة		
40	127	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾
59-58	180	﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿180﴾﴾
سورة آل عمران		
03	08	﴿وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ ﴿8﴾﴾
سورة النساء		
06	04	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَهُنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴿4﴾﴾
58	12	﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ...﴾
13	29	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾
سورة المائدة		
06	02	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾
سورة إبراهيم		
03	39	﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴿39﴾﴾
سورة النحل		
25	106	﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾
سورة الإسراء		
37	84	﴿قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ﴾

سورة الأحزاب		
03	50	﴿وَأَمْرٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾
سورة الشورى		
02	49	﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِن شَاءَ إِن شَاءَ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ (49)
سورة الحشر		
08	09	﴿وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (9)
سورة المدثر		
34	6	﴿وَلَا تَمَنَّ تَسْتَكْثِرُ﴾ (6)

فهرس الأحاديث و الآثار

الصفحة	الحديث الشريف
50-45	" العائد في هبته كعائد في قبئه "
50	" الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها "
53	" إذا كانت الهبة لذي رحم لم يرجع فيها "
62	" إن الله أعطى كل ذي حق حقه "
45	" إن أبا بكر نحلها جاد عشرين "
36	" إنما أقضي على نحو ما أسمع "
41-37-36	" إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل ... "
8	" تهادوا تحابوا "
8	تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر "
58	" قال يا رسول الله إن لي مالا كثيراً "
7	" قد كان لكم لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران "
16	" لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ... "
62	" لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة "
50	" لا يحل لرجل أن يعطي عطية فيرجع ... "
6	" لو دعيت الى ذراع أو كراع لأجبت "
58	" ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي ... "
8	" من بلغه معروف من أخيه من غير مسألته "
8-6	" يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها "

فهرس الموضوعات

الصفحة	فهرس الموضوعات
	الإهداء
	شكر وعرهان
أ	مقدمة
01	المبحث الأول: مفهوم عقد الهبة
02	المطلب الأول: تعريف عقد الهبة
02	الفرع الأول: تعريف عقد الهبة في اللغة
02	أولا: العقد
02	ثانيا: الهبة
03	الفرع الثاني: تعريف عقد الهبة في الفقه الإسلامي
03	أولا: تعريف عقد الهبة عند المالكية
04	ثانيا: تعريف عقد الهبة عند الحنفية
04	ثالثا: تعريف عقد الهبة عند الشافعية
04	رابعا: تعريف عقد الهبة عند الحنابلة
05	الفرع الثالث: تعريف عقد الهبة في التشريع الجزائري
05	الفرع الرابع: مقارنة تعريف عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري
06	المطلب الثاني: مشروعية عقد الهبة والحكمة منها وخصائصها
06	الفرع الأول: مشروعية عقد الهبة
06	أولا: من القرآن العظيم
06	ثانيا: من السنة
07	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية عقد الهبة
08	الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة
08	أولا: " هي عقد بين الأحياء "
09	ثانيا: " هي تصرف في المال بلا عوض "
09	" ثالثا "نية التبرع"
10	رابعا " الهبة عقد شكلي "

10	المطلب الثالث: التمييز بين عقد الهبة و التصرفات المشابهة لها
10	الفرع الأول: التمييز بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد
10	أولا: التمييز بين عقد الهبة والوصية
10	ثانيا: التمييز بين عقد الهبة والعارية
11	ثالثا: التمييز بين عقد الهبة والصدقة
11	رابعا: التمييز بين عقد الهبة والوقف
11	الفرع الثاني: التمييز بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانبين
11	أولا: التمييز بين عقد الهبة وعقد البيع
11	ثانيا: التمييز بين عقد الهبة وعقد الإيجار
12	المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وشروطها
13	المطلب الأول: الرضا
14	الفرع الأول: شروط الانعقاد
14	أولا: تطابق الإيجاب و القبول
15	ثانيا: الحيابة
16	1: متمات الحيابة
16	2: الاستغناء عن الحيابة
16	أ: العقارات
16	ب: المنقولات
17	ثالثا: الشكل الهبة
17	1: شكل الهبة في الفقه الإسلامي
17	2: شكل الهبة في التشريع الجزائري
18	أ: الشكلية في هبة العقار
19	ب: الشكلية في هبة المنقول
19	ج: الاستثناء من الشكلية
19	د: الشكلية في الوعد بالهبة
20	الفرع الثاني: شروط صحة
20	أولا: شرط الأهلية
21	ثانيا: شرط الخلو من عيوب الرضا

21	1: عيب الغلط
22	أ: الغلط في المعقود عليه
22	ب: الغلط في قيمة المعقود عليه
22	ج: الغلط في الشخص المتعاقد
23	2: عيب التدليس
24	3: عيب الإكراه
25	أ: الإكراه في الفقه الإسلامي
25	ب: الإكراه عند المشرع الجزائري
26	4: عيب الاستغلال
26	أ: العيب في الفقه الإسلامي
26	ب: العيب في التشريع الجزائري
28	المطلب الثاني: المحل
28	الفرع الأول: الموهوب
28	أولاً: شروط الوهوب
28	1: شروط الموهوب في الفقه الإسلامي
29	2: شروط الموهوب في التشريع الجزائري
30	ثانياً: صور الموهوب
30	1: ملكية الرقبة دون حق الانتفاع
30	2: هبة المريض مرض الموت
32	الفرع الثاني: العوض
32	أولاً: شروط العوض
35	ثانياً: الصورة الجديدة للعوض في عقد الهبة
36	المطلب الثالث: السبب
36	الفرع الأول: مفهوم السبب
36	أولاً: تعريف السبب
36	1: نظرة الفقه الإسلامي للسبب
36	2: نظرة المشرع الجزائري للسبب
37	ثانياً: علاقة الباعث بالنية

38	الفرع الثاني: أثر السبب في العقد
38	أولاً: تحيد آراء الفقهاء في اعتبار الباعث غير المشروع
38	1: الإتجاه الأول
39	2: الإتجاه الثاني
39	3: المشرع الجزائري
40	ثانياً: القواعد الفقهية المتفرعة عن نظرية الباعث
40	1: القاعدة الأولى
41	2: القاعدة الثانية
42	خلاصة المبحث
43	المبحث الثالث: تقسيم الميراث في الحياة
44	المطلب الأول: تكييف تقسيم الميراث على أساس أنه هبة
44	الفرع الأول: تنفيذ عقد الهبة
44	أولاً: التزامات الواهب
44	1: نقل الملكية وتسليمها
46	2: كيفية نقل الملكية الموهوب
46	أ: المنقول
46	ب: العقار
47	3: ضمان عدم التعرض الاستحقاق
47	4: ضمان العيوب الخفية
48	ثانياً: التزامات الموهوب له
48	1: الالتزام بأداء العوض
48	2: الالتزام بنفقات الهبة
49	3: جزاء الاخلال بالالتزام
49	4: موقف الفقه الإسلامي من الالتزام بأداء العوض
49	الفرع الثاني: الرجوع في عقد الهبة
49	أولاً: مسوغات الرجوع في عقد الهبة
51	1: الرجوع بالتقاضي
51	2: الرجوع بالتراضي

52	ثانيا: موانع الرجوع في عقد الهبة
52	1:مذهب المالكي
53	2:مذهب الحنفي
54	3:مذهب الشافعي
54	4:مذهب الحنبلي
54	5:مذهب الظاهري
54	6:المشعر الجزائري
57	المطلب الثاني: تكييفه على أساس أنه ليس هبة (وصية)
57	الفرع الأول: مفهوم الوصية
57	أولا: تعريف الوصية
57	1:تعريف الوصية لغة
57	2:تعريف الوصية في الفقه الإسلامي
58	3:تعريف الوصية عند المشعر الجزائري
58	ثانيا: مشروعية الوصية
59	ثالثا:حكم الوصية
59	1: مذهب الجمهور
59	2: مذهب داود
59	3: مذهب ابن حزم
60	الفرع الثاني: أركان الوصية وشروطها
60	أولا: أركان الوصية
60	1: الصيغة
60	2: الموصي
60	3:الموصى له
60	4: الموصى به
60	5: المشعر الجزائري
60	6: تنزيل أركان الوصية على تقسيم الميراث في الحياة
60	أ:الصيغة
60	ب: الموصي

60	ج: الموصى له
60	د: الموصى به
61	ثانيا: شروط الوصية
61	1: شروط الصيغة
61	2: شروط الموصي
62	3: شروط الموصى له
63	4: شروط الموصى به
64	5: تنزيل شروط الوصية على تقسيم الميراث في الحياة
65	خلاصة المبحث
67	الخاتمة
69	قائمة المصادر و المراجع
79	فهارس العامة
80	فهرس الآيات القرآنية
82	فهرس الأحاديث و الآثار
83	فهرس الموضوعات