

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

الحياسة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري  
دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. شوقي نذير

إعداد الطالب:

بوبكر الشرنة

السنة الجامعية:

1441-1442 هـ / 2020-2021 م



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

الحياسة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري  
دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. شوقي نذير

إعداد الطالب:

بوبكر الشرنه

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. عبد الحاكم حمادي	جامعة غرداية	رئيساً
د. شوقي نذير	جامعة غرداية	مشرفاً مقررًا
أ.د. محمد السعيد مصيطفي	جامعة غرداية	مشرفاً مساعداً
أ. مصطفى بن دريسو	جامعة غرداية	مناقشاً

السنة الجامعية:

1441-1442هـ / 2020-2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى

﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً

طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدَّعَاءِ ﴾

[ : ية 38 ]

روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال :

«لَا تَجُوزُ صَدَقَةٌ حَتَّى تُقْبَضَ»

أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط

القبض في الهبة رقم الحديث 11951

## الإهداء

أهدي ثمرة عملي هذا الى ملاك في الحياة

إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني

إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي ... أمي الحبيبة.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من أجمل اسمه بكل افتخار أرجوا من

الله أن يمد في عمرك ل ترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوما أهتدي بها اليوم

وفي الغد وإلى الأبد ... والدي العزيز.

إلى إخوتي كل واحد منهم باسمه حفظهم الله

إلى كل الأهل والأقارب وإلى كل الأصدقاء والزملاء

خاصة روان الأخضر وزهواني إسماعيل

إلى من لم تسعهم مذكرتي

ووسعتهم ذاكرتي

إليهم جميعا أهدي عملي المتواضع.

## شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين وصلى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد؛

نشكر أولاً وأخيراً الله سبحانه وتعالى على نعمته العظيمة ونحمده على فضله علينا بإتمام  
الدراسة ونرجو الله أن ينفع بها كل من يطلع عليها.

ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وحمدك على ما أنعمته علينا من  
نعم لا تحصى منها توفيقك إيانا لإنجاز هذا العمل المتواضع

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام الى الأستاذ المشرف

## الدكتور شوقي نذير

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى موجهي وأساتذتي الأفاضل الكرام من قسم العلوم الإسلامية  
الذين ساهموا في تكويني طيلة هذا المسار

وإلى كل من علمني حرفاً خلال المسار الدراسي وكذلك نشكر كل من ساعدني على إتمام  
هذا البحث، والذين كانوا لي عوناً ونوراً يضيئ الظلمة التي كانت تقف عائقاً في طريقي وإلى  
كل من زرعوا التفأل في دربي وقدموا لي المساعدات والتسهيلات

والأفكار والمعلومات.





## مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

تعدّ الهبة من عقود التبرعات التي أبحاثها الشرائع السماوية من جهة، والقوانين الوضعية من جهة أخرى، كما لها دور في تنمية العلاقات الاجتماعية، وذلك بترسيخ التكافل الاجتماعي والتعاون بين الأفراد، لكونها تصرفا قانونيا وشرعيا، وإن من خصائص عقد الهبة أنه ميزه الفقهاء على غرار باقي العقود بأحكام منها الحيابة، لكونها أهم ركن في عقد الهبة فلا تتم الهبة دون حيابة، وهذا ما أقرته المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري {تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة}.

لكن يوجد الكثير من الأشخاص من يغفل عن الحيابة، التي تعدّ ركن من أركان عقد الهبة مما يجعل هذا الأخير عرضة للبطلان.

وهذا ما دفعني للبحث في هذا الموضوع الموسوم بـ: الحيابة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة.

### 1-أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعتني لاختيار موضوع الحيابة في عقد الهبة هي:

تتمثل في ميولنا إلى دراسة موضوع الحيابة في عقد الهبة والرغبة في معرفة الجزئيات والتفاصيل المتعلقة به، خاصة إيجاد حلولاً للمشاكل التي يثيرها في ساحة القضاء. شيوخ أمر الهبة وانتشارها بين الناس ومالها من أهمية بالغة في حياة كل فرد، مما يدفعنا إلى البحث ما يتعلق بها من تفاصيل.

### 2-أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة الحيابة في عقد الهبة في:

- أن له دورا بارزا في ربط الإنسان بأخيه الإنسان، فضلا عن لم شمل العائلات وتحقيق روح التعاون بين أفراد المجتمع.
- كونه من عقود التبرعات كثيرة الانتشار في حياتنا، غير أن كثيرا من الأشخاص يغفل عن الحيابة الذي ذكره الفقهاء في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- كون موضوع الهبة من النزعات المعروضة أمام ساحة القضاء.
- كونه يعالج قضية اجتماعية حساسة.

### 3-الإشكالية الرئيسية:

إن المتبع لكتب الفقهاء القديم ولدى شراح القانون الجزائري، يجد أنهم تكلموا وأضافوا بعض الأحكام الأخرى في عقد الهبة، وهي المسمى بالحيابة، مع اختلاف تحديد أثارها ومنهم من جعل اختلال الحيابة في عقد الهبة، يؤدي إلى بطلانها، ومنهم من استثنى في بعض العقود وعليه نطرح الإشكالية التالية:

#### ما هي الطبيعة الشرعية و القانونية للحيابة في عقد الهبة؟

#### الأسئلة الفرعية: وتندرج تحت الإشكالية أسئلة فرعية:

- ماهية الحيابة وأركانها وشروطها وحكمها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- ماهية الهبة وأركانها وشروطها وخصائصها وحكمها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- هل تعدّ الحيابة في عقد الهبة شرطا أم ركنا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- كيف يتم طرق إثبات الحيابة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

### 4-أهداف البحث:

الهدف من اختياري لموضوع الحيابة في عقد الهبة يتجلى في:

- إبراز المقصود لكل من الحيابة وعقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بتبيان مفهومها وأركانها وشروطها.
- تبيان مكانة الحيابة في عقد الهبة ضمن الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

- بيان موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في حيازة عقد الهبة.

## 5-مناهج البحث المتبعة: (ذكر المنهج وأسباب اعتماده)

- سأعتمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يهدف إلى تحليل الموضوع من مختلف جوانبه من تعريفات ذات الصلة بعقد الهبة من جهة، وتحليل أقوال الفقهاء من جهة أخرى، وبخاصة النصوص ذات الطابع التشريعي المتعلق بالحيازة في عقد الهبة، وقد تم اعتماده لأني أقوم بسرد أقوال الفقهاء وسرد الأحكام الفقهية، وتتبعها في بطون أمهات الكتب ومقارنتها واستنباط الراجع منها.

- سأعتمد على المنهج المقارن بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة من خلال بيان المواقف الفقهية للمذاهب، والمقارنة بين أقوال شراح القانون والفقه الإسلامي، وقد تم اعتماده لأني أقوم بمقارنة بين مختلف المذاهب الفقهية والقانون الجزائري مع الإشارة الى بعض التشريعات العربية كالمشرع المغربي مثلاً.

## 6-حدود الدراسة

التزمنا في هذا البحث على عرض ماهية الحيازة في عقد الهبة، وبيان طبيعتها الشرعية والقانونية وطرق إثباتها، وذلك وفق المذاهب المختلفة، إن تيسرت المادة العلمية لها والقانون الجزائري وتم الإشارة إلى بعض التشريعات العربية منها المشرع المغربي.

يجدر بنا التنبيه إلى وجود إشكال الوارد في العنوان، والذي به نوع من التداخل مع الدراسة ذلك لأن غالبية أحكام الهبة واردة في قانون الأسرة الجزائري، لكن أركان العامة للعقود وكذا الحيازة وطرق إثباتها يستفاد منها من خلال القانون المدني لكن كان من الأجدر أن يكون العنوان؛ الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، لكن لعل اللجنة ارتأت الإشارة إلى الشريعة العامة للقوانين الذي هو القانون المدني، لكن يستحب، بل يلزم أن غالبية أحكام الحيازة والهبة منصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري هاته مسألة ضرورية وجب التنبيه عليها، لكون قانون الأسرة هو القانون الأساسي في هاته الدراسة.

من أجل الإجابة على الإشكالية، جاءت خطة البحث على هذا المنوال، حيث تم تصدير العمل: بمقدمة اشتملت على توطئة، مع بيان أسباب اختيار، وبيان أهمية الموضوع، وطرح الإشكالية، وتتبعها الاسئلة الفرعية، وبيان أهداف الدراسة، والمناهج المتبع في الدراسة، وحدود الدراسة وخطة البحث والدراسات السابقة، وصعوبات البحث.

ثم فصل أول جاء بعنوان الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة، خصصته لدراسة ماهية الحيازة وعقد الهبة، وقد جاء في مبحثين؛ المبحث الأول: والذي كان بعنوان ماهية الحيازة ويندرج ضمن ثلاثة مطالب تم تناول في المطلب الأول: تعريف الحيازة وبيان الألفاظ ذات الصلة بها وارتأيت تقسيمه إلى فرعين، تضمن الفرع الأول تعريف الحيازة لغة وفي الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري وتضمن الفرع الثاني بيان الألفاظ ذات الصلة بالحيازة كالتقبض والملك ووضع اليد وتم تناول في المطلب الثاني: أركان الحيازة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ويندرج ضمن فرعين، تضمن الفرع الأول عناصر الحيازة وشروط الحيازة في الفقه الإسلامي وتضمن الفرع الثاني عناصر وشروط الحيازة في القانون المدني الجزائري، وتم تناول في المطلب الثالث أدلة مشروعية الحيازة في عقد الهبة المشروعة وغير المشروعة حيث ارتأيت تقسيمه إلى فرعين؛ تضمن الفرع الأول أدلة الحيازة المشروعة كالبيع وحكمه، والفرع الثاني أدلة الحيازة غير المشروعة كتهب الأموال وحكمها، وقد كان المبحث الثاني بعنوان ماهية عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ويندرج ضمن ثلاثة مطالب؛ تضمن المطلب الأول تعريف عقد الهبة وتمييزه عما يشبهه من العقود الأخرى، وقد ارتأيت تقسيمه إلى فرعين، تضمن الفرع الأول تعريف عقد الهبة لغة وفي الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري، وتضمن الفرع الثاني تمييز عقد الهبة عما يشبهه من العقود الأخرى، وتم تناول في المطلب الثاني خصائص عقد الهبة وأركانها وشروطها، وارتأيت تقسيمه إلى فرعين؛ تضمن الفرع الأول خصائص عقد الهبة وتضمن الفرع الثاني أركان عقد الهبة وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتم التطرق في المطلب الثالث إلى حكم الهبة ودليل مشروعيتها وهذا ضمن فرعين؛ تضمن الفرع الأول حكم الهبة وتضمن الفرع الثاني دليل مشروعية الهبة.

ثمّ فصل ثاني جاء بعنوان الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة، وارتأيت تقسيمه إلى مبحثين؛ تمّ التطرق في المبحث الأول إلى طبيعة الحيازة في عقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وارتأيت تقسيمه إلى مطلبين؛ تضمن المطلب الأول طبيعة الحيازة في عقد الهبة ويندرج ضمنه أربعة فروع تضمن الفرع الأول القول الأول (الحيازة في عقد الهبة شرط صحة)، وتضمن الفرع الثاني القول الثاني (الحيازة في عقد الهبة كشرط تمام)، وتضمن الفرع الثالث الحيازة في عقد الهبة لا شرط صحة ولا شرط تمام، وتضمن الفرع الرابع الترجيح وتم تناول طبيعة الحيازة في القانون والقضاء الجزائري في المطلب الثاني وارتأيت تقسيمه إلى فرعين؛ تضمن الفرع الأول دراسة طبيعة الحيازة في عقد الهبة في التشريع الجزائري وتضمن الفرع الثاني طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القضاء الجزائري، وتم التطرق في المبحث الثاني إلى طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وارتأيت تقسيمه إلى مطلبين، تضمن المطلب الأول دراسة إثبات الحيازة في عقد الهبة بواسطة المعاينة وشهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري وهذا ضمن فرعين، تضمن الفرع الأول: المعاينة في إثبات الحيازة في عقد الهبة، وتضمن الفرع الثاني الشهادة في إثبات الحيازة في عقد الهبة، أما المطلب الثاني فناولت فيه إثبات الحيازة في عقد الهبة من خلال الإقرار والقرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ويندرج تحته فرعين؛ تضمن الفرع الأول: الإقرار في إثبات الحيازة في عقد الهبة، وتضمن الفرع الثاني القرائن في إثبات الحيازة في عقد الهبة، وختمت البحث بخاتمة تضمنتها جملة من النتائج والتوصيات.

أرجوا من الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا في تناول هذا البحث ودراسته ويجعله خالصاً لوجه الله تعالى، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه.

## 8-الدراسات السابقة: (عنوان الدراسة ومؤلفها ومحاورها والإضافة عليها)

أ)- الدراسة الأولى: الحيازة في عقد الهبة، من إعداد الطلبة القضاة: بن تركي مصطفى، عليوان طارق العيدي إبراهيم، وتقدموا بها لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء بالمدرسة العليا للقضاء (الجزائر) 2007/2004 وهذا البحث يتناول: الحيازة في عقد الهبة ولقد اشتمل على ثلاثة مباحث تم تناول في المبحث الأول الحيازة على ضوء الفقه الإسلامي واندرج تحته مطلبان؛ المطلب الأول في القبض في عقد الهبة في المذهب الحنفي والمطلب الثاني عند جمهور الفقهاء (المالكية، الحنابلة)، وتم

التناول في المبحث الثاني الحيّزة في عقد الهبة في القانون المقارن، واندراج تحته ثلاثة مطالب؛ تضمن المطلب الأول آثار الفقه الإسلامي على التشريعات المقارنة والمطلب الثاني تضمن هبة المنقول اليدوي في التشريعات المقارنة، وتضمن المطلب الثالث هبة المنقول غير اليدوي والعقار في التشريعات المقارنة وتمّ تناول في المبحث الثالث: الحيّزة في عقد الهبة في القانون الجزائري واندراج تحته ثلاثة مطالب تضمن المطلب الأول: آراء الفقهاء حول الحيّزة في عقد الهبة وتضمن المطلب الثاني اجتهادات المحكمة العليا حول الحيّزة في عقد الهبة وتضمن المطلب الثالث: رأي الباحث في موضوع الحيّزة في عقد الهبة، وقد أغفل هذا البحث الإشارة إلى الدراسة الفقهية المقارنة بين المذاهب المتبقية خاصة الشافعية والظاهرية ولم يستوف البحث شروط انعقاد الهبة وأركانها، وكذا الحيّزة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

(ب)- الدراسة الثانية: عقد الهبة في القانون الجزائري، من إعداد الطالبة القاضية بوعروج فراح تقدمت بها لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، بالمدرسة العليا للقضاء، (الجزائر)، 2008/2005 وهذا البحث يتناول: الحيّزة في عقد الهبة ولقد اشتمل على فصلين: الفصل الأول شروط الهبة، والفصل الثاني: أحكام الهبة، حيث تضمن الفصل الأول مبحثين؛ تمّ تناول في المبحث الأول: شروط الانعقاد (أركان عقد الهبة)، ضمن أربعة مطالب، تناول المطلب الأول ركن التراضي، وتناول المطلب الثاني المحل، وتناول المطلب الثالث السبب، وتناول المطلب الرابع الشكلية، وتمّ تناول في المبحث الثاني: الحيّزة كشرط لإتمام عقد الهبة وهذا ضمن مطلبين، تمّ التطرق في المطلب الأول إلى المقصود بالحيّزة في عقد الهبة وتمّ التطرق في المطلب الثاني إلى الطبيعة القانونية للحيّزة في عقد الهبة، أمّا الفصل الثاني فتمّ تقسيمه إلى مبحثين تمّ التطرق في المبحث الأول إلى الآثار المترتبة على عقد الهبة، وهذا ضمن مطلبين، المطلب الأول تضمن التزام الواهب، وتضمن المطلب الثاني التزام الموهوب له، أمّا المبحث الثاني فتناول الرجوع في الهبة، وهذا ضمن مطلبين، تناول المطلب الأول الرجوع في الهبة للمصلحة الخاصة، وتناول المطلب الثاني الرجوع في الهبة للمنفعة العامة، لكن لم يتعرض هذا البحث إلى مفهوم عقد الهبة وأركانها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ولم يتطرق إلى المقارنة بين المذاهب المختلفة ولم يذكر حتى طرق إثباتها.

## 9-الصعوبات

- صعوبة في ضبط خطة البحث وعدم ضبط الإشكالية الازمة.
- تشابك وتشعب المادة العلمية في الكثير من الكتب سواء الفقهية أو القانونية.
- صعوبة في جمع شتات المادة العلمية.
- عدم استقبالي من قبل الموثقين والمحضرين القضائيين مما تعذر علي جمع الملاحق للبحث.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للحيازة  
وعقد الهبة



الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

المبحث الأول: ماهية الحيازة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لمعرفة ماهية الحيازة، لابد لنا من إعطاء نظرة على مفهومها فقها وقانونا، وبيان أركان وشروطها التي تقوم عليها، كما نرجع الطريق إلى بيان أدلة مشروعيتها، إذا كانت مقترنة بسبب شرعي، وأدلة تحريمها إذا اقترنت بمانع شرعي، ودراستنا لها كالاتي:

المطلب الأول: تعريف الحيازة وبيان الألفاظ ذات الصلة بها

الفرع الأول: تعريف الحيازة

أولاً: التعريف اللغوي للحيازة

تعددت المفاهيم اللغوية لكلمة الحيازة، وقد وجدتها في المعاجم اللغوية متنوعة، ولمعرفة معناها لابد من البحث عن مصدرها اللغوي، فالحيازة مشتقة من كلمة حاز، جاءت واردة في كتاب المعجم الوسيط بمعنى ضمه وملكه، و يقال حاز المال وحاز العقار<sup>1</sup>، ويقال حازه اليه والدواب حوزا أي ساقها برفق وساقها إلى الماء، وكلمة حيازة بمعنى حيازة الرجل ما في حوزته في مال أو عقار، وجاء معنى الحيازة في كتاب المصباح المنير في غريب الشرح الكبير كقول: حُزْتُ الشَّيْءَ أَحُوْزُهُ حَوْزًا وَحِيَازَةً ضَمَّمْتُهُ وَجَمَعْتُهُ وَكُلُّ مَنْ ضَمَّ إِلَى نَفْسِهِ شَيْئًا فَقَدْ حَازَهُ وَأَحْيَازُ الدَّارِ نَوَاحِيهَا وَمَرَافِقُهَا وَتَحْيِزُ الْمَالِ انْضَمَّ إِلَى الْحَيْزِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَتَحْيِزًا إِلَىٰ بَيْتِهِ﴾ [الأنفال:16].  
معناه مائلاً إلى جماعة من المسلمين وأُحَازَ الرَّجُلُ إِلَى الْقَوْمِ بِمَعْنَى تَحْيِزَ إِلَيْهِمْ<sup>2</sup>.  
وعليه اتفقت التعاريف الواردة أعلاه أن الحيازة تعني ضم الشيء وملكه.

<sup>1</sup> ينظر: شعبان عبد العاطي عطية، أحمد حامد حسين، جمال مراد حلمي، المعجم الوسيط، دون دار نشر، ودون سنة النشر، الطبعة الرابعة 2004م/1425هـ، ص 206.

<sup>2</sup> ينظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الأول، ص 156.

## ثانياً: تعريف الحيازة في الفقه الإسلامي

لم يتم تحديد معنى الحيازة في المذاهب الإسلامية، بالرغم من بيان أحكامها على خلاف الفقه المالكي إذ يعرف الحيازة:

قال الدردير<sup>1</sup>: الحيازة: "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من أمور سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر"<sup>2</sup>.

والفقه الإباضي حيث جاء تعريف الحيازة وارداً في كتاب النيل والشفاء العليل لكونها "ادعاء أصل بالتصرف فيه مدة بلا معارضة له فيه"<sup>3</sup>

ويقصد بماورد في التعريف ادعاء التملك لنفسه أو التملك لغيره، ويكون بالأصل دون العرض لأن التملك في عرفهم له لا يسمى حيازة في عرف الفقه الإباضي، ويكون التصرف في الملك في مدة مخصوصة، وهي ثلاث سنين في الحيازة بمعنى الشهرة.<sup>4</sup>

عرّفها ابن القيم<sup>1</sup> بقوله " أن يكون رجل حائزاً لدار متصرفاً فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء، والهدم والإجارة، والعمارة، وينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> هو: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك - منج التقدير - مجلدان، في شرح مختصر خليل). ينظر: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م الجزء الأول الصفحة 244.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون سنة نشر، ودون طبعة، الجزء الرابع، ص 233.

<sup>3</sup> ينظر: ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج إبراهيم الثميني، كتاب النيل وشفاء العليل، تصحيح بكلي عبد الرحمن بن عمر، المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي، الجزائر، الطبعة الثانية، 1387، هـ 1967م إلى سنة 1389هـ، 1969م الجزء الثالث، صفحة 830.

<sup>4</sup> ينظر: محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، دار الفتح، بيروت، ودار التراث العربي، ليبيا، ومكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثانية، 1392هـ، 1972م، الجزء 13، الصفحة 503.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

أمّا فقهاء المذهب الحنفي والشافعي، لم يرد في كتبهم تعريفاً لكلمة الحيازة، واستعملوا كلمة اليد تعبيراً عن الحيازة، وإن كان البعض قد استعملوا لفظ الحوز أو الحيازة، بالنسبة للمال الذي لا مالك له<sup>3</sup>.

حيث جاء في المبسوط: "لا طريق لمعرفة الملك إلا اليد" وجاء في الوسيط: "أن اليد والتصرف دليل الملك"<sup>4</sup>.

### ثالثاً: تعريف الحيازة في القانون المدني الجزائري

لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفاً للحيازة وترك تعريفها إلى إجتهد الفقهاء، ولكنه أشار عليها في نصوص المواد 808 إلى 843 من القانون المدني الجزائري، وذلك من خلال الفصل الثاني المعنون بطرق إكتساب الملكية، من الباب الأول حق الملكية، من الكتاب الثالث الحقوق العينية الأصلية، كما نص عليها أيضاً في المواد من 524 إلى 530 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد عرفها الفقه: "بأنها سلطة فعلية يمارسها الشخص على الشيء تظهره بمظهر صاحب الحق"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعيّ الدمشقيّ، العلماء. ألف تصانيف كثيرة منها: (إعلام الموقعين - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) ينظر: الزركلي الدمشقي، الأعلام، المرجع السابق (6/56)

<sup>2</sup> أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1428 هـ، الجزء الأول، الصفحة 236

<sup>3</sup> ينظر: أثيلات سليمان محمد ابو صالح، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، إشراف الدكتور مولانا، تاج السر محمد حامد، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، السنة 2016/1433 ال صفحة 12.

<sup>4</sup> أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة الطبعة الأولى، 1417 هـ، الجزء السابع، ص 434.

<sup>5</sup> حمدي باشا، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، 11 دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، دون سنة النشر ودون طبعة الصفحة 22.

## الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالحيازة

بما أن الحيازة كلمة عربية، فهناك عدة ألفاظ تدل على معنى الحيازة، بمعنى آخر لها صلة بالحيازة ومن هاته الألفاظ: القبض، ووضع اليد<sup>1</sup> أو اليد، والملك.

### أولاً: القبض

**القبض في اللغة:** القبض خلاف البسط يقال: قبض عليه بيده إذا ضم عليه أصابعه، وقبض الشيء أخذه، وهذا الشيء في قبضة فلان أي في مكله وتصرفه<sup>2</sup>.

### القبض شرعاً:

- **التعريف عند الحنفية:** "القبض عبارة عن الحيازة، وهو أن يصير الشيء في حيز القابض"<sup>3</sup>.
- **التعريف عند المالكية:** قال مالك بن أنس رحمه الله عن القبض هو "الحيازة إذا حازها فقد قبضها"<sup>4</sup>.
- **التعريف عند الحنابلة:** "وقبض ما ينقل بنقله، وما يتناول بتناوله، والعقار ونحوه بتخليته"<sup>5</sup>.
- **التعريف عند الشافعية:** "جاء في كتاب شرح تحفة الأحكام "القبض الذي هو الحوز"<sup>6</sup>.
- **التعريف عند الإباضية:** جاء في كتاب منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين: "أن القبض هو الحوز بالشيء"<sup>1</sup>.

---

1 ينظر: زكريا سلامة عيسى شطناوي، الحيازة وتطبيقها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، درجة الماجستير، تخصص الاقتصاد الإسلامي، إشراف الدكتور عبد الرؤوف خرايشة، الأردن، جامعة اليرموك، 1415 هـ / 1995م، ص 5.

2 محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **التعريفات الفقهية**، دار الكتب العلمية باكستان 1407 هـ - 1986م، الطبعة الأولى، 1424 هـ - 2003م، ص 170.

<sup>3</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 65.

<sup>4</sup> ينظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، **المدونة**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415 هـ - 1994م، الجزء 4، ص 40.

<sup>5</sup> شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، **كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع** لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1424 هـ - 2003م، الجزء السادس، ص 284.

<sup>6</sup> ينظر: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، **البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))** المحقق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1998م، الجزء الثاني، ص 515.

ثانيا: الملك

المَلِكُ في اللغة: "هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه".<sup>2</sup>

الملك شرعا:

- التعريف عند الحنفية: "الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف، أو شرع للتمكن من التصرف في المحل"<sup>3</sup>.
- التعريف عند المالكية: الملك هو "استحقاق التصرف في الشيء بكل ما يجوز شرعا فعلا أو قوة أصالة"<sup>4</sup>.
- التعريف عند الحنابلة: الملك هو "جواز التصرف بكل ما يصلح"<sup>5</sup>.
- التعريف عند الشافعية: الملك هو "هو حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة. يقتضي تمكن من ينسب إليه، من انتفاعه، وال عوض عنه من حيث هو كذلك"<sup>6</sup>.
- التعريف عند الإباضية: الملك هو "العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقى، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، المحقق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، الناشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، الطبعة الأولى 1400هـ/1980م - 1404هـ/1984م، الطبعة الثانية 1413هـ/1993م، الجزء 16، ص 416.

<sup>2</sup> الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الثانية، الجزء الرابع، ص 2892.

<sup>3</sup> علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، الجزء السابع، ص 128.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، 1409هـ/1989م، دون طبعة الجزء السابع، ص 540.

<sup>5</sup> موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، المحقق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1997م، الجزء السادس، ص 102.

<sup>6</sup> ينظر: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م، ص 316.

<sup>7</sup> ينظر: محمد بن صالح حمدي، نظرية الاستحلاف في الأموال في الاقتصاد الإسلامي، جمعية التراث الجزائر الطبعة الأولى، 2004م، ص 29.

ثالثا: اليد أو وضع اليد:

اليد في اللغة: تطلق اليد على القدرة، ويده عليه أي سلطانه، والأمر بيد فلان أي في تصرفه<sup>1</sup>.

اليد شرعا:

- التعريف عند الحنفية: "إن وضع اليد والتصرف من أقوى ما يستدل به على الملك"<sup>2</sup>.
- التعريف عند المالكية: قال القرافي<sup>3</sup> في كتاب الدعاوى "اليد عبارة عن القرب والاتصال"<sup>4</sup>.
- التعريف عند الحنابلة: "أن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها"<sup>5</sup>.
- التعريف عند الشافعية: قال الشافعي -رَحِمَهُ اللهُ- "دليل الملك اليد مع التصرف"<sup>6</sup>.
- التعريف عند الإباضية: "اليد على الشيء دليل مُلْكِهِ"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الفيومي واخرون، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 680.

<sup>2</sup> ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر بيروت)، الطبعة الثانية، 1966م، الجزء الرابع، ص 180.

<sup>3</sup> هو: محمد بن يحيى بن عمر بن أحمد بن يونس، بدر الدين القرافي (939- 1008 هـ = 1533- 1600 م) فقيه مالكي، لغوي، من أهل مصر. ولي قضاء المالكية فيها. له كتب، منها: (القول المأنوس بتحرير ما في القاموس -رسالة في بعض أحكام الوقف -توالي المنح في أسماء ثمار النخل ورتبة البلح) ينظر: الزركلي الدمشقي الأعلام المرجع السابق، 141/7.

<sup>4</sup> ينظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر الطبعة الثالثة، 1412 هـ -1992م، الجزء السادس، ص 209.

<sup>5</sup> ينظر: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخزقي، تحقيق طه الزيني -ومحمود عبد الوهاب فايد -وعبد القادر عطا -ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، الطبعة الأولى، (1388 هـ، 1968 م) - (1389 هـ، 1969 م) الجزء العاشر، ص 143.

<sup>6</sup> ينظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية -بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420 هـ -200 م، الجزء التاسع، ص 131.

<sup>7</sup> ينظر: أ.د. محمود مصطفى عبود آل هرموش، معجم القواعد الفقهية الإباضية، مراجعة وتحرير أ.د. رضوان السيد إشراف الشيخ عبد الله بن محمد بن عبد الله السالمي، دون دار نشر، ودون سنة النشر، ودون طبعة، ص 473.

## المطلب الثاني: عناصر الحيازة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

### الفرع الأول: عناصر الحيازة وشروطها في الفقه الإسلامي

#### أولاً: عناصر الحيازة في الفقه الإسلامي

من خلال التعريفات السابقة لفقهاء المذاهب الإسلامية للحيازة، خاصة ما ذهب إليه الفقه المالكي في تعريف الحيازة كونهما "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه" وهذا هو ما يعرف عند القانونيين بالعنصر المادي للحيازة؛ ويتمثل في الأعمال المادية التي يجب أن يقوم بها الحائز والتي تجعله يظهر بمظهر صاحب الحق، كأن يقوم الحائز باستغلال الشيء الذي يحوزه، والانتفاع به أو التصرف فيه؛ بهدم، أو بناء، أو غرس، أو تأجير لغيره، أو تفويته بالبيع والهبة والصدقة؛ أو بمنع غيره من استعماله، وغير ذلك من التصرفات التي تتلاءم مع طبيعة الشيء المحوز عقاراً أو عروضاً، وما ذهب إليه الفقه الإباضي في تعريف للحيازة كونهما "ادعاء أصل بالتصرف فيه مدة بلا معارضة له فيه" أي إدعاء الحائز أنه مالك للعقار المحوز، وهو ما يعرف عند القانونيين بالعنصر المعنوي للحيازة وهو نية التملك<sup>1</sup>.

#### ثانياً: شروطها الحيازة في الفقه الإسلامي

يشترط لمشروعية الحيازة على العقار تمكن الحائز من السيطرة الفعلية، مع ادعاء ملكيته حال حضور مالك العقار المحاز، ومشاهدته لتصرفات الحائز وعلمه بها مع استمرار تصرفات الحائز في العقار بالأعمال المألوفة والمناسبة ودون اعتراض من المحاز، عليه طوال مدة الحيازة، وهذه الشروط قريبة من شروط وضع اليد في القانون المدني الجزائري والمتمثلة في؛ (الهدوء والظهور والوضوح والاستمرار)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: البشير محمد عز الدين الغرياني، أثر التقادم في الفقه الإسلامي، إشراف الدكتور محمد البشير البوزيدي، درجة الدكتوراه، تخصص أصول الدين، جامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، تونس، 1990، ص 21.

<sup>2</sup> ينظر: أنيالات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 52.

أولاً: شرط سكوت مالك العقار المحاز وعدم اعتراضه أي شرط الهدوء

اشترط الفقهاء الشريعة الإسلامية في الحيازة لتكون صحيحة، لا بد من سكوت الشخص المحوز عليه بلا مانع يمنعه من السكوت، وعدم الاعتراض على الحائز طيلة فترة الحيازة، فإن طالب الشخص المحوز عليه بحقه من الحائز ونازعه، فإن حقه لا يسقط مهما طال زمن الحيازة<sup>1</sup>. وهذا ما ذهب إليه الفقه الحنفي والشافعي للتعبير عن الحيازة: يقول أبو يوسف (الذي اليد التصرف في المال تصرف المالك من غير منازع) ويقول الكاساني: (لأن اليد قد تكون محقة وقد تكون باطلة) فالفقه الحنفي والشافعي كلاهما يحمي اليد (الحيازة) ويتطلبان في الحيازة الهدوء أي خلوها من الإكراه والخوف والمنازعة<sup>2</sup>.

أما المذهب المالكي استعمل عبارات كثيرة للتعبير عن الإكراه أو الخوف، مثل ما ورد في الشرح الكبير للدردير لقوله (أو جهل كون الشيء المحاز ملكه أو قام به مانع من إكراه ونحوه لم يسقط حقه)، ويقول الخطاب في الحائز (ألا تكون اليد مثل أن يكون غاصبا وذا سلطان)، وقوله في المحوز عليه والحائز غاصبا، (الخوف أن حقوق المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستند لذي سلطان). ولقد توسع الفقهاء في معنى الإكراه، وأضافوا إليه الخوف وذلك إذا كان الحائز ذا سلطان أو مستند لدى سلطان كما يقول الخطاب<sup>3</sup>.

أما المذهب الحنبلي: يقول ابن قدامة: (لأن اليد منحصرة في الملك فإنه قد يكون بإجارة وغصب) ويقول ابن القيم الجوزية (فالأيدي ثلاثة يد يعلم أنها مبطللة ظالمة فلا يلتفت إليها، فاليد الباطلة الظالمة لا تكون مشروعة كما هو الحال بالنسبة ليد الغاصب)، ويتضح من هذه النصوص أن شرط الهدوء يتطلب أن تكون الحيازة غير مشوبة بالإكراه أو الخوف من السلطان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: شطناوي، الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، المصدر السابق، ص 15.

<sup>2</sup> ينظر: سليمان احمد الحمودي سليمان، الحيازة وأثرها في ملكية العقار دراسة مقارنة، لنيل درجة الماجستير، في القانون الخاص، إشراف الدكتور محمد المدني صالح الشريف جامعة وادي النيل، كلية الدراسات العليا، جمهورية السودان، 2010، ص 62.

<sup>3</sup> ينظر: أثيلات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر نفسه، ص 53.

<sup>4</sup> ينظر: الحمودي سليمان، الحيازة وأثرها في ملكية العقار دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 63.



ثانيا: شرط مشاهدة مالك العقار المحاز لأعمال الحائز (ظهور الحيازة)

الفقه الحنفي والشافعي قد اهتمتا بدراسة اليد كدليل على الملك، كما أشرنا سابقا فيقول الكاساني: (لأن اليد على العقار تثبت بالتصرف فيه)، وجاء في كتاب المهديّة (سئل رجل يضع يده على دار فأدعاها عليه جماعة، بأن لهم حقا والحال أنهم حاضرون مشاهدون لتصرفه ولم ينازعوا من غير مانع شرعي يمنعهم من الدعوى، فأجاب لا تسمع الدعوى بعد خمس عشر سنة) ويتضح من هذه الأقوال أنه يشترط في وضع اليد، أن يكون المحاز عليه مشاهدة الأعمال وتصرفات الحائز<sup>1</sup>.

أما الفقه المالكي يشترط لحيازة العقار حضور الخصم صاحب العقار المحاز، وقد جاء في المدونة الكبرى قول الإمام مالك: (إذا كان حاضرا يراه بيني ويهدم ويكري فلا حجة له وإن كان غائبا سئل الذي الدار في يده ، فإذا كان امرا قد تقادم أراها له)، ويفهم من هنا أن المحاز عليه إذا كان حاضرا يرى ويعلم أن الحائز يتصرف، أو يستعمل العقار المحاز المملوك له هو لا الحائز استعمال المالك، لما يملكه وليس هناك ما يمنع قانون من المطالبة بحقه، أو الالتجاء إلى السلطة المختصة مطالبة بحقه بل مع ذلك ساكت لا يعترض فانه يكون بذلك غير مستحق للحماية<sup>2</sup>.

أما الفقه الحنبلي تعرض ابن القيم الجوزية لشرط ظهور الحيازة، حيث يقول: (أن يكون الرجل حائزا الدار متصرفا فيها وينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له فيها حقا ولا مانع يمنعه من مطالبتة فتبقى الدار في يد حائزها)، ويتضح من هذا القول أنه يشترط في وضع اليد، أن يكون المحاز عليه مشاهدة الأعمال وتصرفات الحائز<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: أثيلات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 54.

<sup>2</sup> ينظر: صلاح خميس بركة، التقادم المكسب ملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، إشراف الدكتور إبراهيم أحمد محمد الصادق الكاروي، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، 2012م، ص 58.

<sup>3</sup> ينظر: أثيلات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 55.

ثالثا: شرط علم مالك العقار المحاز بحيازة الغير له (وضوح الحيازة)

الفقه الحنفي والشافعي يقول الزيلعي<sup>1</sup> والشافعي رحمه الله في شرط وضوح الحيازة (دليل الملك اليد مع التصرف)، ولكن لا بد من بينة تثبت أن ذي اليد إنما يضع يده فعلا على المال المحاز ويكون ذلك، بأن يشهد الشهود على ذلك ويقول السرخسي<sup>2</sup>: (وسبب الملك هو اليد وهو ما يعانیه كل أحد)، ويتضح من ذلك أن فقهاء المذهب الحنفي والمذهب الشافعي اهتموا بدراسة تصرف واضع اليد على العقار، فاليد أو الحيازة تدل على الملك من في يده العقار إعمالا للوضع الظاهر<sup>3</sup>.

أما فقهاء المذهب المالكي خاصة ابن فرحون يستند بقوله "لا بد هنا من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر، لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول ما علمت أنه ملكي"<sup>4</sup>.

أما الفقه الحنبلي ابن القيم الجوزية قد أجمل بذلك شرط وضوح الحيازة بقوله "أن يكون رجلا حائز لدار متصرفا فيها، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابه، ولا شراكه في ميراث أو ما شابه ذلك، مما يتسامح فيه القرابات والصهر بينهم ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه فتبقى الدار في يد حائزها، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة"<sup>5</sup>.

رابعا: شرط قيام الحائز بالأعمال المألوفة (استمرار الحيازة)

ليس من الضروري أن يكون التصرف مستمرا، بل قد يكون موسميا حسب ظروف وطبيعة العقار، ومع ذلك فإن الحيازة لا تنقطع بل تظل مستمرة، وستتعرف الآراء الفقهاء على النحو الآتي<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> هو: عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي: فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة 705 هـ فأفتى ودرّس، وتوفي فيها، له "تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق" ست مجلدات، فقه، و "تركة الكلام على أحاديث الأحكام" و "شرح الجامع الكبير" فقه ينظر: الزركلي الدمشقي الأعلام، المرجع السابق، 210/4.

<sup>2</sup> هو: السرخسي: فقيه من أكابر الحنفية، أقام مدة في حلب، وتعصب عليه بعض أهلها فسار إلى دمشق، وتوفي فيها، له (المحيط الرضوي) أجزاء منه، في الفقه، وهو كبير في زهاء اربعين ينظر: الزركلي الدمشقي الأعلام، المرجع السابق، 24/7.

<sup>3</sup> ينظر: خميس بركة، التقادم المكسب لملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المصدر السابق، ص 62، 63.

<sup>4</sup> إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406 هـ - 1986 م، الجزء الثاني، ص 102.

<sup>5</sup> أثليات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 57.

<sup>6</sup> خميس بركة، التقادم المكسب لملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المصدر السابق، ص 72.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

يرى فقهاء المذهب الحنفي والشافعي أن اليد المالكة، هي التي يتصرف صاحبها في العقار الذي بيده تصرف المالك فيما يملك، لأن اليد المتصرف في المال من غير منازع دليل الملك فشرط اليد العاملة أن يتصرف واضع اليد في العقار تصرف المالك فيما يملك، وهذا هو شرط استمرار وضع اليد، يقول الكاساني: لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه، وإنما تثبت بالتصرف فيه وجاء في نهاية المحتاج (ولو كانت العين بيده تصرفا وإمساكا)، يفهم من هذه النصوص إن الحيازة لا تكون مؤثرة، إلا إذا كان الحائز يتصرف في العقار المحاز تصرف المالك في ملكه تصرفا يفيد شرط استمرار وضع اليد على العقار المحاز<sup>1</sup>.

أما الفقه المالكي يحرص أن يكون تصرف الحائز، واستعماله للعقار الذي يحوزه دالا بكل وضوح على أنه مالكا له، فقد جاء في المدونة (بالنسبة للدار إنما في يد رجل يجوزها وبمنعها وبكربها ويهدم ويبني)، ويليهما التفويت بالبيع والهبة والصدقة، وما اشبه ذلك مما يفعله الرجل في حالة كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع<sup>2</sup>.

أما الفقه الحنبلي يرى أن شروط حيازة اليد العاملة بمعنى أن يتصرف واضع اليد في العقار تصرف المالك وهذا هو شرط الاستمرار، فيقول ابن القيم الجوزية: (أن يكون رجلا حائزا لدار متصرفا فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء، والهدم، والإجارة، والعمارة، وينسبها الى نفسه ويضيفها الى ملكه فتبقى الدار في يد حائزها)<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: أركان الحيازة وشروطها في القانون المدني الجزائري

#### أولا: أركان الحيازة في القانون الجزائري

من خلال التعريف السابق للحيازة في القانون الجزائري يتضح لنا أن الحيازة تقوم على ركنين:

<sup>1</sup> ينظر: أثيلات، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 58.

<sup>2</sup> خميس بركة، التقادم المكسب ملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المصدر نفسه، ص 73.

<sup>3</sup> ينظر: خميس بركة، التقادم المكسب ملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المصدر السابق، ص 73، 74.

## 1-الركن المادي للحيازة:

العنصر المادي هو "وهو وضع اليد على الشيء أو على الحق ,عن طريق السيطرة الفعلية عليه واستعماله والتصرف فيه"<sup>1</sup>.

ولكي تتحقق الحيازة يجب أن يصبح الشيء محل الحيازة، تحت سيطرة الحائز الفعلية ولا بد أن يقوم الحائز بالسيطرة المادية على الشيء محل الحيازة بنفسه، أو بالوساطة أو بالإستخلاف، وقد تكون السيطرة المادية على الشيوع أي تعدد المالكين للحق العيني، ويستوي أن يكون الشيء أو الحق محل الحيازة مملوكا للغير أو غير مملوك له، وهي تتحقق بالسيطرة المادية على الشيء محل هذه الحيازة فالعبرة بالحيازة أن يقع الشيء محل الحيازة تحت السيطرة المادية للحائز، وبذلك يتحقق الركن المادي للحيازة<sup>2</sup>.

## 2-الركن المعنوي للحيازة:

يقصد به حصول النية لدى الحائز في اكتساب حق عيني ما ، بقصد الاحتفاظ به واستعماله حسب ما هو معدّ له<sup>3</sup>.

### ثانيا: شروط الحيازة في القانون الجزائري

نصت الفقرة الثانية من المادة 808 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اقترنت الحيازة بإكراه، أو حصلت خفية، أو كان فيها التباس، فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه، أو أخفيت عنه الحيازة، أو التبس عليه أمره، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حمدي باشا، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق الصفحة 22

<sup>2</sup> ينظر: الأستاذ عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دون دار النشر، الجزائر، ودون سنة النشر، الطبعة 2015، ص 143.

<sup>3</sup> ينظر: بن عبيرة عبد الحفيظ اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري دار هومة لطباعة والنشر الجزائر الطبعة السادسة 2009 الصفحة 96.

4 المادة 808 من الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في الموافق 26 سبتمبر 1975.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

يستفاد من نص المادة السالفة الذكر، أنه يجب أن تتوفر في الحيازة جملة من الشروط الآتية:

- شرط استمرار الحيازة.
- شرط هدوء الحيازة.
- شرط ظهور الحيازة.
- ✓ شرط وضوح الحيازة.

بناءً على ذلك سنتولى توضيح هذه الشروط وفقاً ما يلي:

### 1- شرط استمرار الحيازة:

معنى استمرار الحيازة أن تتوالى أعمال السيطرة المادية، التي يباشرها الحائز على الشيء في فترات متقاربة ومنتظمة، أي أن تكون الحيازة مستمرة غير متقطعة، معنى ذلك أن يكون الحائز على اتصال مباشر بالشيء المحوز، وأن يأتي أعمالاً مادية في مواعيد منتظمة وأوقات دورية قاطعة في الدلالة على انتفاعه بالشيء المحوز<sup>1</sup> "وكل حيازة تنقطع لمدة سنة على الأقل تؤدي إلى الغاء سنوات الحيازة السابقة"<sup>2</sup>.

2- شرط هدوء الحيازة: يقصد بهدوء الحيازة أن تكون تمت بدون عنف، وإكراه، وعليه إذا حاز الشخص منقولاً أو عقاراً، بوسائل العنف والقوة لا يكون لحيازته أثر لكونها مشوبة بعيب الإكراه<sup>3</sup>.

### 3- شرط ظهور الحيازة:

المقصود بظهور الحيازة هي أن تمارس بصفة علانية، بحيث كل شيء محفوظ بصفة سرية يصبح مشبوه فيه فيمكن ان تنقطع الحيازة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: أحمد خالدي، الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2014، دون طبعة، ص 85.

<sup>2</sup> عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر العقار، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، بدون سنة النشر، الطبعة الثامنة 2018، ص 136.

<sup>3</sup> ينظر: الدكتور مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والاصلية في ضوء التشريع المغربي، دار النشر شركة هلال العربية للطباعة والنشر، بدون سنة النشر، الطبعة الثانية 1987، الجزء الثاني، ص 195.

<sup>4</sup> ينظر: عمار علوي الملكية والنظام العقاري في الجزائر العقار، المرجع السابق، ص 136.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

لدى يجب على الحائز أن يقوم بمباشرة الأعمال على العقار محل الحيازة، على مرأى من الناس أي لكيلا تكون مشوبة بسبب لإقتراها بعيب الخفاء، أو عدم العلانية الخفاء، أو عدم العلانية، أو على الأقل أن يباشرها على مرأى من المالك، فإذا أخفى الحائز عن المالك حيازته، ولا يشعر هذا الأخير أن حقه في حيازة الغير أصبحت مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية، ومن ثمة لا يحميها القانون من جهة، ولا تصلح أن تكون سببا من أسباب كسب الملكية من جهة أخرى<sup>1</sup>.

### 4- شرط وضوح الحيازة:

معنى وضوح الحيازة: أن تكون واضحة أي لا لبس فيها، أو غموض، وإلا كانت معيبة، والمقصود باللبس هو الغموض الذي يشوب نية الحائز نتيجة احتمال هذه النية أكثر من معنى، مما يوقع الغير في غموض وشك بشأن هذه الحيازة، فلا يعلم ما إذا كان الحائز يجوز لحساب نفسه أم يجوز الحساب غيره؟ أم يجوز لحساب نفسه والغير معا؟  
مثال الحيازة المعيبة بعيب اللبس حيازة الوارث لأموال التركة، قد تكون حيازته لها لحساب نفسه وحساب باقي الورثة معا؟ وقد تكون لحسابه الخاص بنية تملكها لنفسه دون أحد من الورثة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> ينظر: أحمد خالدي، الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 88.

الفرع الأول: الأدلة على مشروعية الحيازة

من قواعد الشريعة الاسلامية بأن نقل الملكية من المالك الشرعي لا يعتبر إلا إذا كان بسبب من الأسباب الشرعية كالبيع، والوصية، والميراث، إلى غير ذلك، وبذلك تكون أدلة مشروعية الحيازة هي أدلة أسبابها<sup>1</sup>:

- دليل مشروعية البيع: قوله تعالى في محكم تنزيله ﴿وَأَحْلَلْنَا لَكُمْ ذِكْرَ اللَّهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [البقرة:274].

- دليل مشروعية الوصية: قوله تعالى في محكم تنزيله ﴿كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حِطًا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:179].

- دليل مشروعية الميراث: قوله صلى الله عليه وسلم «الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»<sup>2</sup>. أي ابدؤوا في القسمة أولاً بأصحاب الفروض الذين لهم سهام مقدرة في الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وقوله "فما بقي فهو لأولى رجل ذكر" أي فما زاد عن أصحاب الفرائض فإنه يعطى للعصبة وهم أقرب الذكور إلى الميت<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: محمد عبد الله منصر الحناني، الاحكام الشرعية في الحيازة مقارنة بالقانون اليمني، درجة الدكتوراه، تخصص القانون والفقهاء المقارن، إشراف الدكتور ابراهيم نورين ابراهيم، جامعة القران الكريم والعلوم الاسلامية، جمهورية السودان، 2015م، ص18.

<sup>2</sup> أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي - القاهرة، دون سنة النشر، ودون طبعة، أخرجه مسلم في صحيحة، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر، رقم الحديث 1615، الجزء الثالث، ص 1233.

<sup>3</sup> ينظر: حمزة محمد قاسم، منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، تحقيق بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق - الجمهورية العربية السورية، مكتبة المؤيد، الطائف - المملكة العربية السعودية، 1410 هـ - 1990 م، بدون طبعة، الجزء الخامس، ص 321.

- ودليل على مشروعية الحيازة: أيضا قوله صلى الله عليه وسلم «من حاز شيئا عشر سنين فهو له»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الأدلة على تحريم الحيازة غير المشروعة

والمتمثلة في الغصب والمال المسروق، والمنهوب، والمختلس ... وغيرها عموما، وكذا الاستيلاء على مال الغير بغير حق وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع، ويستحق صاحبها الإثم، والتعزير؛ لأنه قد تعدى على ملك غيره ظلما وعدوان، وقد وردت أدلة على تحريمها وهي كثيرة نذكر منها<sup>2</sup>:

من الكتاب: قوله عزوجل: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدْلَوْا بِهَا إِلَىٰ لِحْكَامٍ لِيَأْكُلُوا فَرِيفًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة:187]، وتفسير هاته الآية كما يقول القرطبي: "والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصب وجحد الحقوق"<sup>3</sup>.

من السنة: عن أنس بن مالك رضي الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يَجِلُّ مالُ امرئٍ مُّسلمٍ إِلَّا بِطِيبَةِ مَن نَفْسِهِ»<sup>4</sup>، ووجه الدلالة في الحديث حرمة مال الغير الا بطيبة نفسه.

الإجماع: الغصب حرام إجماعاً<sup>5</sup> لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [البقرة:187]

<sup>1</sup> ناصر الدين الالباني سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، مكتبة المعارف الرياض، الطبعة الاولى 1992/1412م، ذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، رقم الحديث 4853، وقال الألباني عنه ضعيف، الجزء العاشر، ص 430.

<sup>2</sup> ينظر: محمد عبد الله منصر الحناني، الاحكام الشرعية في الحيازة مقارنة بالقانون اليمني المصدر السابق الصفحة 23

<sup>3</sup> أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، 1384 هـ - 1964 م، الجزء الثاني، ص 338.

<sup>4</sup> أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة الثانية، 1417، أخرجه الطحاوي، في باب فيما يحدث في الطريق والفناء، رقم الحديث 2277، الجزء الخامس، ص 164.

<sup>5</sup> ينظر: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الرابع، ص 76.



## المبحث الثاني: ماهية عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لمعرفة ماهية عقد الهبة لابد لي من إعطاء نظرة، لمفهوم عقد الهبة بالتعريف وتحديد خصائصه وتمييزه عما يشبهه من العقود الأخرى، وشروطه وبيان أركانه الذي يقوم عليها، لذلك سأشرع بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، أخصص الأول إلى التعريف بعقد الهبة، وتمييزه عما يشبهه من العقود الأخرى وخصائصه وأخصص للمطلب الثاني أركان وشروط عقد الهبة والمطلب الثالث حكم وأدلة مشروعية الهبة

### المطلب الأول: التعريف بعقد الهبة وتمييزه عما يشبهه من العقود الأخرى

#### الفرع الأول: تعريف عقد الهبة

##### أولاً: تعريف عقد الهبة لغة

تعددت المعاني اللغوية لكلمة الهبة وقد وجدتها في المراجع متنوعة ففي لسان العرب جاء لفظ الهبة من وهب: وهي في أسماء الله تعالى: الوهَّابُ والهَبَةُ ايضاً هي العَطِيَّةُ الخالية عن الأَعْوَاضِ والأَغْرَاضِ فإذا كَثُرَتْ سُمِّيَ صاحبُها وَهَّاباً، والوَهَّابُ، من صفات الله، المُنْعَمُ عَلَى العِبَادِ، واللهُ تَعَالَى الوَهَّابُ الوَاهِبُ. وكلُّ ما وَهَبَ لَكَ، مِنْ وَلَدٍ وَغَيْرِهِ: فَهُوَ مَوْهُوبٌ. والوَهْوُوبُ: الرَّجُلُ الكَثِيرُ الهِبَاتِ.<sup>1</sup>

أما في المفردات في غريب القرآن لأصفهاني الهبة: "أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض. يقال: وهبتُه هبةً وموهبةً وموهباً"<sup>2</sup>، قال تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [سورة الأنعام: 84]

<sup>1</sup> ينظر: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة -1414 هـ، دون طبعة، الجزء الاول، ص 803.

<sup>2</sup> أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن المحقق صفوان عدنان الداودي دار القلم، الدار الشامية -دمشق بيروت، الطبعة الأولى -1412 هـ، ص 884.

ثانيا: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي:

### 1- تعريف الهبة عند المالكية:

عرّف المالكية الهبة بأنها "تمليك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض، لأهل بصيغة أو ما يدل"<sup>1</sup>.

شرح محترزات التعريف:

قولهم: "تمليك" جنس في التعريف، أي يشمل كل تمليك سواء كان، بعوض أو، غير عوض ولو كان ذاتاً أو لمنافع وقولهم "من له التبرع" أي هو البالغ الحر والغير المحجور عليه، أخرج به تملك من لا يصح تبرعه، كالصبي مثلاً والمجنون، إلى غير ذلك، وقولهم: "ذاتاً" أخرج به تمليك المنافع كالإجارة مثلاً والوقف<sup>2</sup>، وقولهم: "تنقل شرعاً" أخرج به التملك أي مالا يقبله الشرع كأموال الولد مثلاً، وقولهم: "بلا عوض" يعتبر إذا أخرج به تمليك الذات بعوض كالبيع مثلاً، وقولهم: "لأهل" ويعني المستحق ويعتبر قيد خامس أخرج به من ليس أهلاً للتمليك، وقولهم "بصيغة" هي الصيغة الصريحة الإيجاب والقبول وقولهم "أو ما يدل" أي ما يدل على التملك<sup>3</sup>.

### 2- تعريف الهبة عند الحنفية:

عرف الحنفية الهبة بأنها "تمليك العين بغير عوض"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع - الرياض، بدون سنة النشر، الطبعة الأولى، 1434هـ - 2013م، ص 209.

<sup>2</sup> ينظر: حسن محمد محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015، بدون طبعة، ص 20.

<sup>3</sup> إحسان عبد الله الحسن الشافعي، فقه سيدنا عمر بن الخطاب في الهبة والوصية والوقف، دراسة مقارنة لنيل درجة الماجستير تخصص الفقه المقارن، إشراف الدكتور عثمان أحمد عثمان، جامعة أم درمان الإسلامية 2010م/1431هـ، ص 38.

<sup>4</sup> عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، بدون سنة النشر، وبدون طبعة، الجزء الثاني، ص 171.

شرح محترزات التعريف:

قولهم: "تمليك" جنس في التعريف كما سبق ذكره، وقولهم: "بلا عوض" أخرج به البيع، وسائر عقود المعاوضات<sup>1</sup>.

3- تعريف الهبة عند الشافعية:

عرّف الشافعية الهبة بأنها "عقد يفيد تملك عين بلا عوض، حال الحياة تطوعاً"<sup>2</sup>

شرح محترزات التعريف:

سبق وإن تم الإشارة الى شرح "التمليك" و"بلا عوض" قولهم "تطوعاً" أخرج به الواجبات كالنذر، والزكاة، والكفارات، لكونه واجب بعد الالتزام به<sup>3</sup>.

4- تعريف الهبة عند الحنابلة:

الحنابلة -قالوا: "تمليك جائز التصرف مالا معلوما، أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض"<sup>4</sup>.

شرح محترزات التعريف:

قولهم: "تمليك جائز التصرف"، معناه أن يكون لشخص مال مملوك فيملكه (يعطيه) لغيره بشرط أن يكون صاحب المال أهلا للتصرف (مكلف رشيد)، وقولهم: "مالا معلوما" أي يشمل المنقول والعقار، وقولهم: "معلوما أو مجهولا تعذر علمه" معناه أن المال الذي يوهب لا بد أن يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول إلا علمه كما إذا اختلط قمح شخص بقمح جازه فإنه يصح أن يهب

<sup>1</sup> ينظر: أحمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> الدكتور مصطفى الحنّ، الدكتور مصطفى البُغا، علي الشَّرْبجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، دون سنة النشر، الطبعة الرابعة، 1413 هـ - 1992 م، الجزء السادس، ص 115.

<sup>3</sup> ينظر: احسان عبد الله الحسن الشافعي، فقه سيدنا عمر بن الخطاب في الهبة والوصية والوقف، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 38.

<sup>4</sup> عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، المرجع السابق، ص 209.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

أحدهما قمحه لصاحبه<sup>1</sup>، وقولهم: "موجودا" أخرج به الموصوف في الذمة كالسلم لكونه غير موجودا في الحال.

وقولهم: "مقدورا على تسليمه" أي اخرج به المال غير المقدور على تسليمه كالطير في الهواء مثلا والسّمك في الماء<sup>2</sup>، وقولهم: "غير واجب" أخرج به المال الواجب بذله كمال الزكاة والنذر والكفارة فإنه ليس بجهته وقولهم: "بلا عوض" خرج به البيع ونحوه وسائر المعاوضات.<sup>3</sup>

### 5- تعريف الهبة عند الإباضية:

عرف الإباضية الهبة بأنها "تمليك بلا عوض"<sup>4</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف أمران: الأول أن الهبة تمليك للأعيان، والتمليك الوارد في التعريف يتناول تمليك الأعيان وتمليك المنافع، كالإعارة والوقف والثاني أن هذا التعريف لم يفرق بين الهبة والوصية، فكلاهما تمليك بغير عوض، ويفترقا في أن الهبة تصرف في الحال والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.<sup>5</sup>

### ثالثا: تعريف عقد الهبة في القانون الجزائري

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 202 من قانون الأسرة ما يلي: "الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"<sup>6</sup>. يلاحظ من خلال تعريف التشريع الجزائري للهبة أنه لم يذكر في تعريفه لها أنها عقد، وإنما بضم الذي أورده في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري وهو "الهبة تمليك بلا عوض"، إلى المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري يمكن أن تعتبر الهبة عقدا بالإضافة إلى ذلك فالمشرع الجزائري لم يذكر بصفة

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة النشر، الطبعة الثانية، 1424 هـ - 2003 م، الجزء الثالث، ص 257.

<sup>2</sup> ينظر: حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> أنظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 257/3.

<sup>4</sup> الامام العلامة محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المرجع السابق، الجزء 12، ص 05.

<sup>5</sup> حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 22، 23.

<sup>6</sup> المادة 202 من قانون الاسرة الجزائري، رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم د في 26 سبتمبر 1975.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

صريحة عنصر نية التبرع، الذي هو عنصر جوهري في الهبة، كما أنه لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية لأن الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عما يشبهه من العقود الأخرى

يشبه عقد الهبة بعض العقود في أوجه عديدة كالوقف، والوصية والعارية وكذا الإباحة لكنّه يختلف عنها في اوجه عديدة نسردها كالاتي؛

#### أولاً: تمييز الهبة عن العقود الملزمة من جانب واحد

تعتبر كل من الوصية والوقف والإباحة عقود ملزمة من جانب واحد، وتتفق مع الهبة في صفة التبرع ولكنها تختلف عنها في نواحي نتعرض لها فيما يأتي<sup>2</sup>:

#### 1- تمييز عقد الهبة عن الوصية

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع<sup>3</sup>، وتتفق الهبة مع الوصية في أن كلا منهما يقترن بنية التبرع، ويتميزان عن بعضهما من عدة وجوه أهمها<sup>4</sup>:

✓ الهبة عقد وليست تصرفاً بالإرادة المنفردة، تتم بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له وتطابقهما على خلاف الوصية لا تعتبر عقداً وإنما تصرفاً بالإرادة المنفردة للموصي.

✓ الهبة عقد شكلي اشترط فيه المشرع الرسمية، إذا كان محل الشيء الموهوب عقاراً أو منقولاً على خلاف الوصية، فهي تصرف رضائي والكتابة المتطلبة فيها قانوناً ما هي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركناً لانعقادها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ينظر: محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 12/10.

<sup>2</sup> ينظر: الشيخ نسيمّة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة - الوصية - الوقف دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هوم للطباعة والنشر، دون سنة النشر، ودون طبعة، ص 24.

<sup>3</sup> قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء تحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، الطبعة 2004م-1424هـ، ص 111.

<sup>4</sup> ينظر: محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 31.

<sup>5</sup> ينظر: الشيخ نسيمّة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 25.

## 2- تمييز عقد الهبة عن الوقف

- "الوقف هو حبس أصل المال، وتسبيل منافعه، طلباً للثواب من الله عز وجل"<sup>1</sup>، ويتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع، غير أنه يختلف عنه في جوانب منها:
- ✓ الهبة عقد لا بد فيه من تطابق إرادتين، على خلاف الوقف صادر من جانب واحد تكفي لانعقاده إرادة الواقف لوحدها<sup>2</sup>.
  - ✓ الهبة عقد يكون على الذات بخلاف الوقف يكون على المنفعة<sup>3</sup>.

## 3- تمييز عقد الهبة عن الإباحة

- "الإباحة إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه باستعماله"<sup>4</sup>، وتتفق الهبة مع الإباحة في أن كلا منهما فيه تمليك للأعيان بلا عوض دنيوي، إلا أنها تختلف عنها فيما يلي<sup>5</sup>:
- ✓ أن عقد الهبة يتوقف على الإيجاب والقبول، بخلاف الإباحة فهي تتوقف على الإذن من المالك عقداً<sup>6</sup>.
  - ✓ يشترط في عقد الهبة أن يكون كل من الموهوب له والشيء الموهوب معلوماً، بينما الإباحة فلا يشترط فيها التعيين<sup>7</sup>.
  - ✓ يحق للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب بحرية، بخلاف المباح له فلا يحق له أن يتصرف إلا في حدود ما أبيح له<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى، 1430هـ-2009م، الجزء الثالث، ص 684.

<sup>2</sup> ينظر: الشيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> الشيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري والإجتهد القضائي، المرجع السابق، ص 28.

<sup>5</sup> ينظر: محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 34.

<sup>6</sup> حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>7</sup> ينظر: محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 36.

<sup>8</sup> حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 30.

ثانيا: تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة من جانبين

يلتقي عقد الهبة مع عقدي البيع والعارية في بعض الجوانب ويختلف عنهما في جوانب أخرى وهذا ما سنتعرض له.<sup>1</sup>

### 1- تمييز عقد الهبة عن عقد البيع

"البيع هو تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع"<sup>2</sup>، ويتفق مع الهبة في أن كل منهما عقد من عقود التصرف ومن العقود الملزمة للجانبين اذا كان عقد الهبة مقترن بعوض<sup>3</sup>، غير أن الهبة تختلف عن البيع في ما يلي:

✓ أن الهبة عقد من عقود التبرعات، يفيد تمليك بلا عوض يتجرد بمقتضاها الواهب من ماله كله أو بعضه لمصلحة الموهوب له بقصد التبرع، بخلاف البيع عقد من عقود المعاوضة لأن البائع يحصل بموجبه على الثمن مقابل نقله ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي حصل بدوره على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه إلى البائع.<sup>4</sup>

✓ إذا كانت الهبة مقترنة بعوض فإن يعتبر مقابلاً للشيء الموهوب ويكون نقوداً أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات، على خلاف عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود.<sup>5</sup>

### 2- تمييز عقد الهبة عن عقد العارية

"العارية تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض"<sup>6</sup>، وتتفق مع عقد الهبة أن كليهما عقد من عقود التبرع وفي أن المنتفع فيهما يعطي على حساب الغير بلا مقابل إلا في حالة الهبة بعوض، ولكنهما يختلفان عن بعضهما في الجوانب الآتية:<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ-2004م، دون طبعة، الجزء الثاني، ص 438.

<sup>3</sup> ينظر: محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 36.

<sup>4</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 30.

<sup>5</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 30.

<sup>6</sup> عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، المرجع السابق، ص 187.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

- ✓ أن الهبة عقد يفيد تمليك بلا عوض ويترتب عنها تملك الموهوب له الشيء الموهوب أو منفعته أما العارية فتقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل العارية دون تملكه، فهي إذن تمليك المنفعة دون عوض<sup>2</sup>.
- ✓ أن الهبة يرد على العين بخلاف العارية ترد على المنفعة<sup>3</sup>.
- ✓ في الهبة عقد الهبة يستلزم المشرع فيها الرسمية، وهي ركن في هبة العقار، على خلاف العارية لا تتطلب الرسمية بل يكفي لانعقادها رضا المتعاقدين (المعير والمستعير)<sup>4</sup>.
- ✓ أن قصد الواهب من هبته التبرع، بخلاف العارية فلا يقصد المعير من ورائها إفادة المستعير بحسب الأصل فغالبا ما يكون الغرض منها تحقيق مصلحة لنفسه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: محمد تقيية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 32.

<sup>2</sup> ينظر: الشيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> ينظر: حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 33

<sup>4</sup> ينظر: محمد تقيية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 32.

<sup>5</sup> ينظر: الشيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 31.



## المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة وأركانه وشروطه

### الفرع الأول: خصائص عقد الهبة

نستخلص من التعاريف السابقة لعقد الهبة مجموعة من الخصائص يتمتع بها نذكرها في النقاط التالية:

#### أولاً: الهبة عقد ما بين الأحياء.

من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول" يستفاد منها أن الهبة عقد بين الأحياء، لكون تبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة، لا يمكن أن يتم إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له<sup>1</sup>.

#### ثانياً: الهبة تصرف في مال بلا عوض.

هذه الخاصة تعني أن يتصرف الواهب في مال له بنية التبرع دون عوض، إذ يقوم بنقل ملكيته دون مقابل، بمعنى آخر التزام الواهب بنقل حق عيني إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول من غير عوض<sup>2</sup>.

#### ثالثاً: نية التبرع.

هذه الخاصة تعني الأصل في الهبة أنها عقد تبرع، لأن من خصائصها الأساسية وجوب توفر نية التبرع، ولهذا فإن التصرف في المال بدون عوض، يستلزم وجود نية التبرع لدى الواهب وقت إبرام العقد، فإذا انتفت هذه النية، انتفت الهبة معها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية - الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار أحياء التراث العربي، دون سنة النشر، بدون طبعة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص 10.

رابعاً: الهبة عقد شكلي وعيني.

هذه الخاصة تعني إفراغ الهبة في شكل رسمي متى كان محلها عقاراً، ومن ثم تعتبر الهبة من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين الواهب والموهوب له، بل لا بد من إفراغها في عقد رسمي يجره الموثق<sup>2</sup>، والهبة في نفس الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد التراضي، وتوافر الشكلية، بل يجب زيادة على ذلك تسليم العين محل عقد الهبة، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له لكون الحيازة ركن في عقد الهبة.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: أركان عقد الهبة وشروطه

لعقد الهبة أركان وشروط يقوم عليها كسائر العقود الأخرى، والتي تتمحور في التراضي والمحل والشكلية، والسبب، والحيازة، وتختلف أي ركن يؤدي الى بطلانها، سنشرح بحول الله إلى التحدث عن أركان وشروط عقد الهبة في الفقه الإسلامي (أولاً) ثم أركان وشروط عقد الهبة في قانون الجزائري (ثانياً).

### أولاً: أركان عقد الهبة في الفقه الإسلامي

ملاحظة: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد أركان عقد الهبة، فقد ذهب الحنفية إلى القول إن للعقد الهبة ركن واحد وهو الصيغة، وهو قول زفر، أما عند الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة فهو ثلاثة أركان: العاقدان الواهب والموهوب له والصيغة والشئ الموهوب، وكذا الحيازة التي اختلف فقهاء الإسلام في حكمها هل هي شرط، أم ركن والتي سنتطرق إليها بعد عرضنا لهاته العناصر، ولكل من هاته الأركان شروطها نتعرض لها فيما يلي:

<sup>1</sup> ينظر: محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 24.

<sup>2</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> ينظر: محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 29.

## 1- ركن الصيغة:

أي (الإيجاب والذي معناه ما صدر منه التملك والقبول ما صدر منه التملك) اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية ركن التراضي في عقد الهبة، فذهب الحنفية إلى القول إن ركن التراضي في عقد الهبة يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط، دون اشتراط قبول الموهوب له كركن، وكذا المالكية، والشافعية، والحنابلة، وزفر من الحنفية، ذهبوا إلى أن كلا من الإيجاب والقبول ركنان للهبة شأنهما شأن أي عقد آخر وهما يكونان معا ركن التراضي، فالهبة عقد، والعقد هو توافق الإيجاب مع القبول لا مجرد الإيجاب<sup>1</sup>.

### ما يشترط في الصيغة عند المالكية:

تعتبر الصيغة كل ما يدل على التملك، من لفظ أو فعل ولا فرق بين أن تكون صريحة أو لا فتكون بلفظ صريح، كقول الواهب للموهوب له ملكتك أو وهبتك، أو تكون بلفظ يدل على التملك فهما لا صراحة، كقول الواهب للموهوب له خذ هذه الدار مثلاً<sup>2</sup>.

### ما يشترط في الصيغة عند الحنابلة:

قال الحنابلة لا تصح الهبة إلا بالإيجاب والقبول، فالإيجاب كان يقول الواهب وهبتك أو أهديت إليك، أو أعطيتك، أو هذا لك ونحوه، من الألفاظ الدالة على هذا المعنى والقبول كأن يقول الموهوب له قبلت أو رضيت ونحوه<sup>3</sup>.

### ما يشترط في الصيغة عند الحنفية:

اشتراطوا الحنفية في الإيجاب والقبول، ألا يكون معلقاً على شيء غير محقق الوقوع، كقول الواهب وهبت لك هذه الدار متى حضر أخوك من السفر، أو إن أمطرت السماء أهب لك هذه

<sup>1</sup> ينظر: الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، الصفحة 261.

<sup>3</sup> ينظر: وهبة الزحيلي الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، دار القلم والنشر دمشق دون سنة النشر الطبعة الأولى

1997 م 1418 هـ الجزء الثالث الصفحة 344.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

الدابة أو نحو ذلك لأن الحضور من السفر ونزول المطر أمر محتمل، وكذا أن لا يكون مضافاً إلى وقت كأن يقول الواهب وهبت لك هذا الشيء غداً أو أول الشهر أو نحو ذلك<sup>1</sup>.

### ما يشترط في الصيغة عند الشافعية:

وهي الإيجاب والقبول لفظة من الناطق، كأن يقول الواهب وهبت، ويرد الموهوب له قبلت واشتراط الإيجاب والقبول للانعقاد الهبة، لأنه تمليك آدمي لآدمي، فتكون بصريح الإيجاب: كقول وهبتك، ومنحتك، وملكتك بلا أي ثمن، ومن صريح القبول: قبلت ورضيت، بينما الأخرس يكفي الإشارة المفهمة<sup>2</sup>.

## 2-العاقدان:

وهما الواهب والموهوب له، أما الواهب فهو المالك لشيء المملوك والموهوب له المستفيد أو المستقبل للشيء الموهوب.

### أ-الواهب (المالك لشيء المملوك):

لكي تصح من الواهب الهبة اشترط فقهاء الإسلام عدة شروط منها:

### شروط الواهب عند المالكية:

قال المالكية يشترط في الواهب أن يكون من أهل التبرع، أي البالغ والعاقل الراشد، ويخرج من قولهم الصبي والمجنون والسفيه والمكره، لأن كلا من الصبي والمجنون ليس من أهل التكليف، وكذا السفيه لأنه ليس من أهل التصرف في ماله والمكره، وكذا يخرج المحجور عليه لأسباب ترجع إلى تعلق حق الغير بماله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة مرجع سابق الصفحة 257.

<sup>2</sup> ينظر: وهبة زحيلي، الفقه الشافعي الميسر، دار الفكر دمشق، دون سنة النشر، الطبعة الأولى 2008، الجزء الأول، ص 707.

<sup>3</sup> ينظر: محمد سكهال الحاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، دار القلم دمشق دار الوعي، الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة الأولى، 1431هـ-2010م، الجزء الثاني، ص 440.

**شروط الواهب عند الحنابلة:**

الحنابلة قالوا يشترط في الواهب أن يكون جائز التصرف، أي الحر والمكلف والراشد يشترط في الواهب أن يكون مختاراً فلا تصح الهبة من مكره وهازل<sup>1</sup>.

**شروط الواهب عند الحنفية:**

الحنفية قالوا يشترط في الواهب أن يكون حراً فلا تصح هبة الرقيق، ويكون عاقلاً محجوراً عليه فلا تصح هبة المجنون والمحجور عليه وبالغاً فلا تصح هبة الصغير، والأهم أن يكون مالكا للموهوب فلا تصح ما ليس بمملوك<sup>2</sup>.

**شروط الواهب عند الشافعية:**

قالو الشافعية شروط الواهب هي توافر الملك فيما يهب غيره، وإطلاق التصرف في ماله وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً ورشيداً، فلا تصح الهبة عندهم من ولي في مال محجوره<sup>3</sup>.

**ب-الموهوب له (المستفيد من الشيء المملوك):**

اشترط فقهاء الإسلام في الموهوب له ما يلي:

**شروط الموهوب له عند المالكية:**

"كل من يصح منه التملك سواء كان كبيراً أو صغيراً رجل أو امرأة"<sup>4</sup>.

**شروط الموهوب له عند الحنابلة:**

الحنابلة قالو يشترط في الموهوب له أن يكون أهلاً للتصرف، فلا يصح قبول الهبة من الصغير ولو كان مميزاً، كما لا يصح قبضه للهبة ومثله مثل المجنون؛ فيقبض ويقبل لهما وليهما، كالأب أو ما

<sup>1</sup> ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، 3/344.

<sup>2</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 3/261.

<sup>3</sup> ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الشافعي الميسر، المرجع السابق، 1/707.

<sup>4</sup> محمد سكرال حاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، 2/441.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

يجل مقامهما، فإن لم يوجد لهما ولي أو وصي، يقبل عنهما الحاكم وعند عدم الأولياء يقبضهما أو من يليهم من قريب<sup>1</sup>.

### شروط الموهوب له عند الحنفية:

تصح الهبة عند الصغير ونحوه إن كان الواهب يعول غلى الصبي، كالأخ عند عدم الأب فإن الهبة تتم بالإيجاب وحده فقط، أما إذا وهب له أجنبي، فإن الهبة لا تتم إلا بقبض الولي كالأب ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصي الجد، وعند عدم وجود مما سبق ذكره تتم القبض من يعوله كعمه وأمه وأجنبي، فإن كان الصبي مميزاً فإنها تتم بقبضه هو ولو وجود أبيه لأنها من مصلحته<sup>2</sup>.

### شروط الموهوب له عند الشافعية:

قالو الشافعية يشترط في الموهوب له، بأن يكون له أهلية الملك لما يوهب له من تكليف أي بلوغ وعقل وغيره، وغير المكلف يقبل له وليه<sup>3</sup>.

### 3- الموهوب (الشيء الموهوب)

لتكون الهبة الصحيحة اشترط فقهاء الإسلام على الشيء الموهوب عدة شروط منها:

### شروط الموهوب عند المالكية:

يشترط المالكية في الموهوب، بأن يكون مملوكاً فلا تصح هبة ما لا يصح ملكه كالكلب مثلاً وأن يكون الموهوب من الأشياء القابلة للنقل<sup>4</sup>، ولا يشترط في الموهوب أن يكون معلوماً، فيجوز من الأموال والمجهول أي أن يهب الانسان حصته من الميراث، لا يعلم عينها ولا نسبتها من حملة التركة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 264/3.

<sup>2</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 259/3.

<sup>3</sup> ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الشافعي الميسر، المرجع السابق، 707/1.

<sup>4</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة مرجع نفسه، 261/3.

<sup>5</sup> ينظر: محمد سكرال حاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، 441/2.

### شروط الموهوب عند الحنابلة:

يشترط في الموهوب أن يكون معلوماً، فلا تصح هبة المجهول إلا إذا تعذر علمه، مثلاً فلا تصح هبة الحمل في البطن ويشترط أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا تصح هبة ما لا يصح بيعه ويشترط في الموهوب أيضاً أن يكون موجوداً فلا تصح هبة المعدوم<sup>1</sup>.

### شروط الموهوب عند الحنفية:

يشترط الحنفية في الموهوب بأن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة، فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد، مثال بان وهب له ما تلد أغنامه بعد حملها، ويشترط أن يكون الموهوب مالاً فلا تصح هبة ما ليس بمال كالميتة والدم والخنزير ونحوه، ويشترط في الموهوب أن يكون مقبوضاً، وهذا الشرط للزوم الهبة وثبوت الملك للموهوب له فلا يثبت له الملك بالقبض<sup>2</sup>.

### شروط الموهوب عند الشافعية:

يشترط الشافعية في الموهوب، بأن يكون موجوداً وقت عقد الهبة، وأن يكون معلوماً ومملوكاً للواهب وأن يكون مالاً متقوماً أي يجوز الانتفاع به وان يكون مقدوراً على تسليمه<sup>3</sup>.

## 4- الحيازة (القبض):

قد سبق وأشرنا بتعريف الحيازة، أو القبض، والحيازة بهذا المعنى أن يصير الشيء المملوك في حيز القابض، أي في يد الموهوب له، اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الحيازة أي القبض في عقد الهبة هل هو شرط للزوم عقد الهبة أم هو من شروط صحة عقد الهبة. قال الحنفية والشافعية: "ان القبض شرط للزوم الهبة، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض".

<sup>1</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، 3/264.

<sup>2</sup> ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع نفسه، 3/259.

<sup>3</sup> ينظر: محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، دار القلم دمشق، 1967م، الطبعة الثالثة 1432هـ-2011م، الجزء

الثالث، ص 181.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

وقال الحنابلة: "القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، لقول ابن قدامة: إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض"<sup>1</sup>، أما لغير المكيل أو الموزون فقال الحنابلة ان الهبة تلزم بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه<sup>2</sup>.

قال المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة، ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد، والقبض أو الحيازة لتتم الهبة، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب<sup>3</sup>

### ثانيا: أركان عقد الهبة وشروطه في القانون الجزائري

باعتبار الهبة عقدا مثله مثل سائر العقود الأخرى، ولكي ينعقد صحيحا لا بد أن تتوفر فيه أركان وشروط الأركان وسوف نتعرض لها فيما يلي:

#### 1- أركان عقد الهبة:

##### الركن الأول: التراضي في عقد الهبة

"يقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما وانصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معين ألا وهو إنشاء عقد الهبة"<sup>4</sup>.

نصت المادة 206 من قانون الأسرة "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"<sup>5</sup>.

يستفاد من نص المادة 206 من قانون الأسرة المشار إليها أعلاه، أن المشرع جعل كل من الإيجاب والقبول، ركنان في عقد الهبة، وتختلفهما يؤدي إلى بطلانه، وعليه فلا بد لانعقاد الهبة من

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 3997/5.

<sup>2</sup> ينظر: المغني لابن قدامة، المرجع السابق، 244/8.

<sup>3</sup> أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، 3998/5.

<sup>4</sup> شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

<sup>5</sup> المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم د في 26 سبتمبر 1975.



## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

تطابق إرادتي الواهب والموهوب له، حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا، أنه يتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير يصدر من الواهب بقصد تملك الموهوب له شيئا يملكه في الحال وبغير عوض، فلا يشترط فيه ألفاظ معينة إذ يكون بكل ما يدل عليه كأن يقول الشخص: "وهبتك كذا"، "جعلته لك"، "ملكته"، والقبول في عقد الهبة يتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموهوب له: "قبلت" أو "رضيت" أو "أخذت" أو يتم بصدور تصرف من الموهوب له يدل عليه كقبضه الشيء الموهوب، أو يتم بالإشارة في حالة عدم القدرة على النطق وعلى الكتابة بشرط أن تكون الإشارة مفهومة دالة على القبول<sup>2</sup>.

"وبالرجوع إلى نص المادة 68 من القانون المدني أوردت حالات على وجه الاستثناء، أين يعتبر فيها السكوت قبولا من بين هذه الحالات نجد الإيجاب الذي يكون لمصلحة من وجه له ويرى البعض أن الإيجاب الصادر من الواهب، يكون في أغلب الحالات لمصلحة الموهوب له وبالتالي إذا سكت هذا الأخير، ولم يعبر عن قبوله ولا عن رفضه يعتبر سكوته قبولا"<sup>3</sup>.

### الركن الثاني: المحل في عقد الهبة

الأصل أن تكون الهبة عقدا ملزما لجانب واحد، وهو جانب الواهب بحيث يكون محل التزامه هو الشيء الموهوب، ويجوز أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى في جانب الموهوب، فتكون الهبة في هذه الحالة كالبيع ملزمة للجانبين، ويكون محل التزام الموهوب له هو العوض<sup>4</sup>. ويتبين لنا ما سبق أن الهبة يكون لها دائما محل واحد، والمتمثل في الشيء الموهوب وقد يكون لها محل آخر وهو العوض وسوف نتعرض لهما فيما يلي:

<sup>1</sup> المادة 59 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>2</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 34 و 35.

<sup>3</sup> كحيل حكيم، عقد الهبة مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، 2017/2018، ص 17.

<sup>4</sup> ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 112.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

أ- **الشيء الموهوب**: المقصود بالشيء الموهوب هو ما تقع عليه الهبة، من الواهب والموهوب له وما يجري عليه في عقد الهبة، ما يجري على محل العقد بوجه أعم ويشترط الشيء الموهوب ليكون عقد الهبة صحيحا يجب توفر الشروط التالية:

- أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود مستقبلا،<sup>1</sup> بدليل ما نصت اليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري "يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"<sup>2</sup>، فلا تصح هبة ما ليس موجود وقت ابرام العقد.

- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين، فلا يكفي وجود الشيء الموهوب في عقد الهبة بل يجب أن يكون معيناً وقت الهبة، أو قابل للتعين، بحيث يكون معلوماً ونافياً للجهالة المؤدية إلى الغرر، وبالتالي إلى نزاع،<sup>3</sup> بدليل ما نصت اليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري "اذ لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب ان يكون معيناً بنوعه او مقداره وإلا كان باطلا"<sup>4</sup>

- أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب، بدليل ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً، أو منفعة أو ديناً"<sup>5</sup>.

ب- **العوض**: يعتبر العوض محل ثاني في عقد الهبة، إذا اقترنت بعوض، وهذا ما أقره المشرع في المادة 202 من الفقرة الثانية "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> المادة 92 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>3</sup> ينظر: محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 126.

<sup>4</sup> المادة 94 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>5</sup> المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم د في 26 سبتمبر 1975.

<sup>6</sup> المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

ويتضح من خلال نص المادة المشار إليه أعلاه، أن العوض في عقد الهبة يعد التزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه مقابل التزام الواهب بالهبة،<sup>1</sup> وقد يكون هذا المقابل التزاما للمصلحة عامة ومثال ذلك أن يهب الواهب مالا للجمعية خيرية، ويشترط عليها بناء مدرسة أو بناء مستشفى ونحو ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.<sup>2</sup>

### الركن الثالث: السبب في عقد الهبة

ويقصد بالسبب بمعناه الحديث هو الباعث، أي الدافع للواهب على أن يتبرع بماله بدون مقابل ولسبب شرط واحد، وهو أن يكون مشروعاً، كان يكون الباعث على الهبة هو استدامة العلاقة غير الشرعية بين الواهب والموهوب له، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عن الضرر الذي يكون قد أصابها بسبب المعاشرة غير الشريفة بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً وصحت الهبة.<sup>3</sup> وإذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقاته، ويشترط عليها عدم الزواج وهذا شرط عادة غير مشروع، فإن كان هو الباعث الدافع على التبرع، ألغى الشرط وبطلت الهبة معه.<sup>4</sup>

### 2- شروط صحة عقد الهبة:

#### أولاً: الرسمية والحيازة في عقد الهبة:

تعدّ كل من الرسمية والحيازة شرط صحة في عقد الهبة، وفي حال تخلفهما يؤدي إلى بطلانها وهذا ما أكدته المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"<sup>5</sup>.

1 ينظر: كحيل حكيمة، عقد الهبة مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، المرجع السابق، ص 29.

2 ينظر: شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 39.

3 ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة 2004، ص 24.

4 ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية - الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، المرجع السابق، 135، 5/136.

5 المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

## أ-الشكلية في عقد الهبة أو الرسمية:

وتكون على جانبين:

### 1-شكل عقد الهبة في العقار:

الشكلية في هبة العقار , تعني تسجيل الهبة في عقد رسمي وتثبيته على يد ضابط عمومي كالموثق، والمقصود بالشكلية المطلوبة في هبة العقار، هو إفراغ رضا المتعاقدين الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد الموثق المختص بمكتب التوثيق، الذي يتولى تلقي الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له بشأن المال الموهوب في حدود سلطته واختصاصه، وذلك تحت طائلة البطلان، وإلا كانت الشكلية ناقصة والهبة باطلة.<sup>1</sup>

كما أنه يتعين على الواهب والموهوب له أن يتقدما إلى أي مكتب توثيق، من أجل أن يقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة المراد إبرامه وتسجيله لدى مصلحة التسجيل وشهره بالمحافظة العقاري لتنتقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له، كما يجب على الموثق أن يجرر عقد الهبة بحضور شاهدين ويجوز ان تنعقد هبة العقار بواسطة وكيل ينوب عن الواهب.<sup>2</sup>

### 2-شكل عقد الهبة في المنقول:

من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة السالفة الذكر التي نصت على: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ... ومراعاة الإجراءات الخاصة في المنقولات".

يستنتج منها أن هبة المنقول لا تتطلب شكلا رسميا , كما هو الحال بالنسبة للعقار، فيكفي أن تصب الهبة في قالب عرفي وذلك مع مراعاة الإجراءات الخاصة، أي بنقل ملكية بعض المنقولات فمثلا إذا فرغت الهبة على سيارة وجب استخراج البطاقة الرمادية لها باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر: محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 208.

<sup>2</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 48.

<sup>3</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، المرجع السابق، ص 18.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

كما أن الأصل في عقد الهبة الوارد على منقول لا يتطلب الرسمية، كما هو الوارد في هبة العقار لكونه عقد رضائي، أي ينعقد بتبادل إيجاب الواهب وقبول الموهوب له ويتم بالحيازة،<sup>1</sup> أي يغني عن الإجراء الرسمي.

### ب- الحيازة في عقد الهبة:

تعدّ الحيازة شرط صحة في عقد الهبة، وتختلفها يؤدي إلى بطلان الهبة، كما أشارت إليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ... وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

والمقصود بالحيازة في عقد الهبة "تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له"<sup>2</sup>. وحيازة الشيء الموهوب: نوعان الحيازة الفعلية والحيازة الحكيمة.

**1- الحيازة الفعلية:** هي وضع الشيء تحت تصرف الموهوب له أي بتسليمه، ووضعه تحت تصرفه فإذا كان دار يسكنها وجب عليه أن يخرج منها ويخرج كل الأمتعة المتواجدة بها، وأن يسلم مفاتيحها له.<sup>3</sup>

**2- الحيازة الحكيمة:** هي وضع الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة، فلا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد للشيء الموهوب حتى تتم الهبة، وإنما إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الشيء الموهوب في حيازته بصفته مالكا له عن طريق الهبة.<sup>4</sup>

كما تجب الإشارة أنه يشترط في الحيازة أن تكون فعلية، ويتحقق ذلك بتخلي الواهب عن المال الموهوب للموهوب وتخصيصه له لإستعماله والانتفاع به، فمثلا فإذا كانت الهبة أرضا تعين عليه تمكين الموهوب له من الاستيلاء عليها واستغلالها، وإذا كان المال الموهوب منقولاً فعلى الواهب

<sup>1</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، المرجع السابق، ص 08.

<sup>3</sup> ينظر: كحيل حكيم، عقد الهبة مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، المرجع السابق، ص 39.

<sup>4</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 53.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

تسليمه للموهوب له تسليما فعليا، ويجوز أن تكون الحيازة حكومية<sup>1</sup>، بدليل ما نصت عليه المادة 207 قانون الأسرة الجزائري "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له يعتبر حيازة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره لها ليعتبر حائزا".<sup>2</sup>

### ثانيا شروط صحة الرضا:

لكي ينعقد عقد الهبة على نحو أتم، وجب أن يكون هناك رضا صحيح، أي يكون صادر من ذي أهلية خالي من عيب يفسده ويكون غلظا أو تدليسا ونحوه وهي كالتالي:

### 1- الأهلية في عقد الهبة:

نصت المادة 203 من قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغ تسعة عشرة 19 سنة كاملة وغير محجور عليه"<sup>3</sup>.

يستخلص من خلال هذا النص، أن الشروط الواجب توفرها في الواهب هي: أن يكون سليم العقل، وأن يكون بالغاً تسعة عشرة سنة كاملة، وألا يكون محجورا عليه، وعليه فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة، أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية وحتى تقديم شهادة طبية إذا اقتضى المر الى ذلك.<sup>4</sup>

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري، خفف من الأهلية بالنسبة للموهوب، إذ تكفي فيه أهلية التمييز لأنه يقوم بعمل نافع، بل أجازها حتى للجنين في بطن أمه<sup>5</sup>، بدليل نص المادة 209 "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث

اجتهادات القضائية، دار هومة للطبع والنشر الجزائر، دون سنة النشر، ودون طبعة، ص 125.

<sup>2</sup> المادة 207 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> المادة 203 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

<sup>4</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، المرجع السابق، ص 26.

<sup>5</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، المرجع نفسه، ص 26.

<sup>6</sup> المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

## 2- عيوب الرضا في عقد الهبة:

عيوب الرضا في عقد الهبة تتمثل في غلط وتدليس واستغلال.

### أولاً: الغلط في عقد الهبة

يقصد بالغلط هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، كأن يقوم شخص بشراء آنية معتقداً أنها من ذهب فإذا بها من حديد<sup>1</sup>.

ويشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب لكونه يؤدي بعقد الهبة العقد الى البطلان أن يكون جوهرياً، ويقع الواهب في غلط جوهري، إما في القيمة مثاله (أن يهب شخص لآخر أسهما وهو يجهل أن سهمها منها قد ربح جائزة)، أو الباعث للتعاقد مثاله (أن يهب شخص لآخر مالا وهو مريض ويعتقد بذلك أنه مرض موت ثم يشفى منه، فيجوز له إبطال الهبة للغلط في الباعث)، إما في الشيء الموهوب ومثاله (كأن يهب شخص لآخر قطعة أرض على أساس أنها فلاحية للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء)، وإما في الشخص الموهوب له مثاله (كأن يهب الواهب لآخر معتقداً أنه بوبكر فإذا هو محمد)<sup>2</sup>.

### ثانياً: التدليس في عقد الهبة

ويقصد بالتدليس هو استعمال طرق احتيالية التي من شأنها أن تخدع الواهب وتدفعه إلى التبرع بماله وتدفعه الى التعاقد، عن الكذب والكتمان<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الإكراه في عقد الهبة

ويقصد "بالإكراه هو ضغط يتعرض إليه العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفاً فتحمله على التعاقد بوجه غير مشروع"<sup>4</sup>، ويكون الإكراه المعيب للإرادة في عقد الهبة، عن طريق التأثير في نفسية

<sup>1</sup> ينظر: الدكتور محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة الجزائر، 2011، ص 162.

<sup>2</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع نفسه، ص 29.

<sup>4</sup> الدكتور بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، ديوان دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، الجزء الأول، ص 441.

## : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

الواهب، بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه، فيؤثر في إرادته على التبرع بما له من مصلحته، ويقع هذا كثيرا من الزوج على زوجته أو من الرئيس على المرؤوس<sup>1</sup>.

### رابعا: الاستغلال في عقد الهبة

ويقصد بالاستغلال بأنه عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين في حالة الضعف، أو المرض أو نقص التجربة التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزاياه لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً كبيراً غير مألوف<sup>2</sup>.

ويعدّ الاستغلال أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة، فكثيراً ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً أو هوى جاحماً، في جانب الواهب فيعيب إرادته ومثاله: كأن تستغل فتاة شابة دلالها على زوجها المسن وتحمله بذلك على أن يهبها ماله مقابل التودد إليها، من خلال الهوى الجامح التي رتبته دلال زوجته في نفسه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> ينظر: الدكتور بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 466.

<sup>3</sup> ينظر: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 61.



## المطلب الثالث: حكم الهبة ودليل مشروعيتها

### الفرع الأول: حكم الهبة

الهبة مندوبة ومستحبة بالإجماع، وإذا قصد بها معصية أو إعانة على ظلم أو قصد بها رشوة أصحاب الولايات والعمال، كانت محرمة، وقد تكون مكروهة إذا قصد الواهب بها الرياء والمباهاة والسمعة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: دليل مشروعية الهبة

الهبة مشروعة من الكتاب والسنة والإجماع، لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق المحبة بين الناس.

الدليل من الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَىٰ حَيْهٍ ذُو الْفُؤْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ

وَالْمَسْكِينِ وَالنَّاسِ لَسِيلًا وَالسَّلِيلِينَ فِي الرِّفَافِ﴾ [البقرة:176].

الدليل من السنة:

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَهَادُوا تَحَابُّوا»<sup>2</sup>، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من بلغه معروف من أخيه، من غير مسألة، ولا إشراف نفس، فليقبله، ولا يرده، فإنما هو رزق ساقه الله إليه»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، الجزء 42، ص 122.

<sup>2</sup> محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح الأدب، المفرد للإمام البخاري، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، دار الصديق للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 1418 هـ-1997م، أخرج البخاري في صحيحه، في باب قبول الهدية، رقم الحديث 463، حديث حسن، ص 221.

الدليل من الإجماع:

وانعقد الإجماع على إستحباب الهبة بجميع أنواعها<sup>2</sup>، قال الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البرِّ

والنَّفْوِ﴾ [المائدة:2].

---

<sup>1</sup> أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب المعروف بإبن أبي أسامة، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة الطبعة الأولى، 1413-1992، أخرج ابن أبي أسامة في مسنده، في كتاب الزكاة، في باب فيمن جاءه معروف من غير سؤال، رقم الحديث 309، الجزء الاول، ص 403.

<sup>2</sup> وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 2982.

## خلاصة الفصل الأول

بالنسبة للمبحث الأول تناولنا النقاط الآتية:

- 1- لم يتعين على فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى مصطلح الحيازة، بالرغم من بيان أحكامها، كما لم ينص أيضا القانون الجزائري على بيان مفهومها، لكونه ليس من مميزاته وضع التعريفات بل ترك الأمر للفقهاء.
- 2- ارتبطت الحيازة بمفاهيم تشبهها منها القبض، ووضع اليد، والملك بكسر الميم وتدور كلها في معنى واحد وهو الاستيلاء على الشيء وضمه إلى ملك الغير.
- 3- اتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على أن للحيازة ركنان تتمثل في الركن الأول المادي، الذي يكون في وضع الشيء والاستيلاء عليه والركن المعنوي أو النفسي الذي يتمثل في نية التملك وشروط لا تقوم الحيازة إلا بها وتتمثل في: شرط هدوء الحيازة أي سكوت مالك العقار المحاز وعدم اعتراضه، وشرط ظهور الحيازة أي مشاهدة مالك العقار المحاز لأعمال الحائز، وشرط وضوح الحيازة أي علم مالك العقار المحاز بحيازة الغير له، وشرط استمرار الحيازة أي قيام الحائز بالأعمال المألوفة.
- 4- إذا اقترنت الحيازة بسبب شرعي كالبيع والوصية والميراث وجبت الحيازة وإذا اقترنت الحيازة بمانع شرعي كالغصب وأكل أموال الناس بالباطل وما يدور في ونحوه كانت الحيازة محرمة قطعا.

ما يتعلق بالمبحث الثاني:

- 1- اتفق الفقهاء في تحديد مصطلح الهبة لكونها عقد يفيد التملك بلا عوض وتتم بين الأحياء على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على أن الهبة عقد، ولكن ما يستشف من نصي المادتين 202 و206 من قانون الأسرة الجزائري اعتبر الهبة عقد لاشتراطه بأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وهما ركنان في عقد الهبة.
- 2- يتميز عقد الهبة بمجموعة من الخصائص أنه عقد ما بين الأحياء وعقد شكلي وعيني وعقد الهبة عقد تبرع يفيد التملك بغير مقابل.

### : الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة

- 3- أنه عقد ملزم لجانب واحد إذا كان بعوض، وملزم بجانبين إذا اقترن بعوض والبعوض ما يشترطه الواهب، أما عن أركان عقد الهبة نلاحظ أن أغلب آراء فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة يقولون بأن للهبة ركنين هما الإيجاب والقبول، وإن الهبة إن تتم بالإيجاب لا تتم إلا بالقبول والقبض وهم بذلك يلتقون مع أحكام المادتين 202، 206 من قانون الأسرة الجزائري، على خلاف أغلب الأحناف ما عدا الإمام زفر الذين يعتبر أن الهبة تعتمد على ركن واحد، وهو الإيجاب دون توقف على القبول، واتفق المشرع الجزائري مع فقهاء المذاهب الأربعة فيما يخص الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب والموهوب له، والملاحظ أن المشرع الجزائري جرى مجرى فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الشروط الواجب توافرها في المحل، غير أن المذهب المالكي لم يذكر شرط وجود المحل عكس كل المذاهب الأخرى والمشرع الجزائري الذين اشترط أن يكون المحل موجودا، أما فيما يخص ركن السبب فلم أجد من الفقهاء من تكلم فيه، والمشرع الجزائري اعتبر السبب هو الدافع الباعث على التعاقد، ولم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية الشكلية في عقد الهبة سواء كانت الهبة عقار هبة منقول بل عرفوا القبض فقط، أو ما يسمى بالحيازة، أما المشرع الجزائري فقد أوجب الشكلية في هبة العقار والإجراءات الخاصة في هبة المنقول.
- 4- قد اعتبر كل من الحنفية والشافعية حيازة الشيء الموهوب شرط صحة بحيث لا يثبت الملك للموهوب له إلا بالقبض، على خلاف المالكية والحنابلة الذين اعتبروا القبض شرط لتمام الهبة أما المشرع الجزائري أوجب حيازة العقار ووضعه تحت تصرف الموهوب له، بينما في هبة المنقول تتطلب إجراءات خاصة في القبض وحيازتها من قبل الموهوب له.
- 5- إما يتعلق بحكم الهبة فإنها مشروعة من الكتاب والسنة والإجماع.

الفصل الثاني:

الطبيعة الشرعية  
والقانونية للحيازة  
في عقد الهبة

: الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

## الفصل الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

### المبحث الأول: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحيازة في عقد الهبة شرط، لكن اختلفوا في تحديد طبيعتها، أو ما يسمى بالقبض كمدلول ساري عندهم، إلى ثلاث أقول، فمنهم من اعتبر القبض في عقد الهبة شرط صحة، أي عند تخلفه يعتبر عقدا باطلا، ومنهم من اعتبره شرط تمام أي كمال وعند تخلفه لا يؤدي إلى بطلان العقد، لكونه يتم بالإيجاب والقبول والقبض في عرفهم ما هو إلا التزام من التزامات العقد، ومنهم من يعتبره لا شرط صحة ولا شرط تمام، على خلاف التشريع الجزائري الذي يوجد رأي اعتبر الحيازة شرط تمام، بمدلول مادة 202 من قانون الأسرة الجزائري ورأي آخر اعتبر الحيازة ركن بمدلول نص المادة 202 من الفقرة الثانية، وبعض اجتهادات المحكمة العليا في الجانب القضائي التي نادى أن الحيازة في عقد الهبة كونها شرط صحة، وتتمام من جهة أخرى .

ارتأيت إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ المطلب الأول طبيعة الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري.

### المطلب الأول طبيعة الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في أن الحيازة شرط في عقد الهبة، واختلفوا في تحديد طبيعتها إلى ثلاث أقوال سنوردها تباعا مع ادلتهم، فيما يلي:

### الفرع الأول: القول الأول القبض "الحيازة" شرط صحة في عقد الهبة

ذهب بالقول إلى هذا الرأي كل من الحنفية "الملك لا يثبت الهبة بالعقد قبل القبض عندنا"<sup>1</sup> بمعنى أن الهبة لا تملك إلا بالقبض بعد العقد والشافعية، "وأما شروط لزوم الهبة فهو القبض"<sup>2</sup> والحنابلة في رواية

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 48/12.

<sup>2</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ / 1991م، الجزء الخامس، ص 375.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

المكيل والموزون "فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض"<sup>1</sup>، وذلك باعتبارهم أن القبض شرط من شروط صحة عقد الهبة، وأنه إذ لم يقبض الموهوب له لم يلزم الواهب، وأن انتفاء القبض في عرفهم يجعل العقد باطلا والمختار عند الإباضية، حيث جاء في كتاب الجامع لأبو محمد ابن بركة؛ بمعنى أن الحيازة في عقد الهبة شرط صحة، أي لا تصح الهبة إلا بقبول وقبض. من الزوجين وغيرها<sup>2</sup>. واختلف الحنفية والشافعية الحنابلة في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض<sup>3</sup>: فقال الحنفية، بقول السرخسي: "فإن مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة؛ لأن تمام الهبة بالقبض"<sup>4</sup>.

وقال الشافعية في المشهور: "إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لم يفسخ العقد لأنه يؤول إلى الزوم، ويقوم الوارث مقام مورثه، فإن مات الواهب تخير وارثه في الإقباض، وإن مات الموهوب له قبض وارثه إن أقبضه الواهب"<sup>5</sup>، يقول النووي<sup>6</sup>: "ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض فوجهان أصحهما: لا يفسخ لأنه يؤول إلى الزوم"<sup>7</sup>.

وقال الحنابلة: إذا مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة، أما إذا مات الواهب فلا تبطل الهبة، ويقوم وارثه مقامه في الإقباض أو الرجوع عن الهبة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، 240/8.

<sup>2</sup> ينظر: أبو محمد ابن بركة، كتاب الجامع، تحقيق عيسى الباروني، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1428هـ/2008م، دون طبعة، الجزء الثاني، ص 415.

<sup>3</sup> ينظر: زكريا سلامة عيسى شطناوي، الحيازة وتطبيقها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، المصدر السابق، ص 96.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 56/12.

<sup>5</sup> زكريا سلامة عيسى شطناوي، الحيازة وتطبيقها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، المصدر السابق، ص 96.

<sup>6</sup> هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين: علامة بالفقه والحديث. مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران، بسورية) واليه نسبته. تعلم في دمشق، وأقام بها زمنا طويلا. من كتبه "تهذيب الأسماء واللغات" و"منهاج الطالبين" و"الدقائق" و"تصحيح التنبيه"، و"المنهاج في شرح صحيح مسلم" وغيرها، ينظر: الزركلي الدمشقي الأعلام، المرجع السابق، 148/149/8.

<sup>7</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 375/5.

<sup>8</sup> زكريا سلامة عيسى شطناوي، الحيازة وتطبيقها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، المصدر السابق، ص 96.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

ويقول ابن النجار،<sup>1</sup> "وتبطل بموت أحدهم، وإن مات واهب فوارثه مقامه في إذن أو رجوع"<sup>2</sup>، واستدلوا على أن الحيازة شرط صحة في عقد الهبة بما يلي:

### أولاً- الاستدلال بالسنة النبوية:

1- أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة قال لها: «إني قد أهديتُ إلى النجاشي حلة وأواقِي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى إلا هديتي مردودة عليّ، فإن رُدّت عليّ فهي لك، فكان كما قال رسول الله صلّى الله عليه وسلم ورُدّت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة»<sup>3</sup>

وجه الدلالة رد الهدية بهلاك النجاشي قبل قبضه لها يدل على أن الهبة لا تلزم إلاً بالقبض

تعقيب:

قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأم سلمة "فإذا ردت فهي لك"، ظاهر الدلالة في ذلك، إذ لو لم يكن القبض شرطاً في إنتقال الملكية لصارت الهدية لكا للنجاشي ولما تثنى للرسول الأعظم صلوات ربي وسلام عليه أن يعد أم سلمة بهما، فدل هذا أن القبض شرط في انتقال الملكية وما دامت الملكية لم تنتقل بعد، كان للواهب حق التصرف في الشيء الموهوب وهذا يفيد أن الهبة غير لازمة أيضاً فإذا جاء القبض أفاد نقل الملكية فإذا انتقلت الملكية فقد لزمت الهبة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> هو :محمد بن أحمد بن داود، أبو عبد الله شمس الدين ابن النجار: قارئ دمشقي، من الشافعية. من كتبه " غاية المراد في معرفة إخراج الضاد " رسالة صغيرة (13 ورقة) في مجموعة بصوفية. لعلها رسالته في " الفرق بين الضاد والطاء " في الظاهرية. وله " الرد المستقيم"، رسالة في التجويد بالظاهرية أيضاً، ينظر: الزركلي الدمشقي الأعلام، المرجع السابق، 334/5.

<sup>2</sup> تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائد، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1419 هـ -1999 م الجزء الثالث، ص 396.

3 الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الناشر مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى، 142 هـ -200 م، أخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث 282286، الجزء 45، ص 246.

4 خير عبد الرضى خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، إشراف فضيلة دكتور يس شادلي، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، بمكة المكرمة، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه، 1401هـ/1981م، ص64.



2- قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»<sup>1</sup>.

وجه الدلالة نفي صلى الله عليه وسلم الملك عن الهبة الغير مقبوضة مما يدل على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

ثانيا - الاستدلال بالآثار:

1- ما رواه الإمام مالك عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: «إن أبا بكر الصديق نحلها جاد عشرين وسقاً<sup>2</sup> من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غني بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلّك<sup>3</sup> جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددته، واحترزته كان لك ذلك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله»<sup>4</sup>.

وجه الدلالة على أن الهبة إنما تملك بالقبض لقوله: " لو كنت جددته واحترزته كان لك." تعقيب:

نص الحديث، لا يخلو من أحد أمرين، لا ثالث لهما، إما أن يكون أراد نحلاً تجد منه عشرين وسقاً، وإما أن يكون أراد ثمة يكون عشرين وسقاً مقطوعة، وأي الأمرين كان فإنما هي عدة، ومن ثم لا يلزم في هذه القضية شيء عندنا ولا عندهم؛ لأنها قد تجز عشرين وسقاً في مائتي نخلة، وقد لا تجد من نخلة عشرين وسقاً بسبب عيب تصيب الثمرة، وحتى تتم الهبة بالقبض لا بد من تعيين النخل والأوساق

1 ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، المرجع السابق، ذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، رقم الحديث 360، وقال الألباني عنه لا أصل له مرفوعاً، المجلد الأول، ص 536.

2 (الوسق) مكيلة معلومة وهي ستون صاعاً والصاع خمسة أرتال وثلاث وحمل البعير أو العربة والسفينة، ينظر ل (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) المعجم الوسيط، الناشر دار الدعوة، دون سنة النشر، ودون طبعة، ص 1032.

3 (نحلّك) شيئاً من ماله أعطاه لها وخصه بها، ينظر المعجم الوسيط، المرجع نفسه، ص 907.

4 مالك بن أنس رضي الله عنه الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406هـ/1975م، دون طبعة، رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل، حديث رقم 40، الجزء الأول، ص 752.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

في نحلة، فيتم القبض حينئذ بالقطع والحيازة، فليست هذه القضية من الهبة المعروفة ولا من الصدقة المعلومة المتميزة. ثم إن هذا الحديث روي بروايات مختلفة، وتلك الروايات حجة عليهم لا علينا<sup>1</sup>.

2- ماروي عن ابن عباس أنه قال: «لَا تَجُوزُ صَدَقَةٌ حَتَّى تُقْبَضَ»<sup>2</sup>.

### ثالثا- الاستدلال بالمعقول:

قالوا: "إن الهبة عقد إرفاق، يفتقر إلى القبول فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض ولأنه عقد لا يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب ألا يلزم الموروث إلا بالقبض كالرهن طردا والبيع عكسا"<sup>3</sup>.

قالوا: قسنا الهبة على القرض، والعارية، فلا يصحان إلا مقبوضين، بعله أن كل ذلك بر ومعروف وعلى الوصية، فلا تصح باللفظ وحده، لكن بمعنى آخر مقترن إليه وهو الموت.<sup>4</sup>

### تعقيب:

قياس الهبة على القرض مردود عليهم، لأن القرض يرجع فيه المقرض متى أحب، على خلاف الهبة لا يرجع فيها الواهب متى أحب، وكذلك وقياسهم الهبة على العارية أيضا فاسد لعدم صحة القياس، إذ الهبة عقد يفيد تمليك العين، على خلاف العارية عقد يبيح الانتفاع بالعين، والمعير يجوز له الرجوع في العارية متى أحب، أما الهبة فلا يجوز الرجوع فيها كما سبق الإشارة إلى ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: أبو محمد علي بن أحمد بن السعيد، بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان، البنداري، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2003م/1425هـ الجزء الثامن، كتاب الهبات، ص68.

<sup>2</sup> أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1424 هـ - 2003م، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، رقم الحديث 11951، الجزء السادس، ص 281.

<sup>3</sup> أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1999م، الجزء السابع، ص 535 و536.

<sup>4</sup> ينظر: أبو محمد علي بن أحمد بن السعيد، بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 64/8.

<sup>5</sup> ينظر علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن، 1432 هـ / 2004م، الطبعة الاولى، ص 166.

## الفرع الثاني: القول الثاني القبض "الحيازة" شرط تمام في عقد الهبة

ذهب بالقول إلى هذا الرأي كل من المالكية جاء في مواهب الجليل "على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول"<sup>1</sup>، ومعنى قولهم ان الهبة تلزم بالقول معناه تتم بالإيجاب والقبول والشافعية في القديم جاء في روضة الطالبين " ان الهبة تملك بالعقد كالوقف"<sup>2</sup>.

والحنابلة في رواية عندهم جاء في كتاب شرح الايرادات "وتصح الهبة بعقد وتملك العين الموهوبة بعقد أي: إيجاب وقبول فالقبض معتبر للزومها واستمرارها لانعقادها وإنشائها"<sup>3</sup>.

بمعنى أن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول، ولكنها تتم إلا القبض لكون هذا الأخير شرط تمام فيها ويلزم عقد الهبة بالقول، ويجبر الواهب على الإقباض على مذهب أبي حنيفة والشافعي وحيث قالوا: لا تنعقد إلا بالقبض، وما لم تقبض كان عقداً جائزاً لا لازماً<sup>4</sup>، وعلى المذهب المالكي تنعقد الهبة وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على إقباضها، فإن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة إلا إن كان الطالب جادا في الطلب غير تارك<sup>5</sup>.

واستدلوا على ان الحيازة شرط تمام في عقد الهبة بما يلي:

### أولاً- الاستدلال بالقرآن:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَوْ قُولُوا بِالْعَفْوِ﴾ [المائدة: 01].

<sup>1</sup> شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 54/6.

<sup>2</sup> ينظر: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 375/5.

<sup>3</sup> منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات -المسمى: «دقائق أولي النهى لشرح المنتهى»، الناشر عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1414 هـ -1993 م، الجزء الثاني، ص 430.

<sup>4</sup> أنظر: أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزينة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، الناشر دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1431هـ-2010م، الجزء الثاني، ص 1410.

<sup>5</sup> ينظر: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت -لبنان، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، ص 88.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

وجه استدلالهم بمآته الآية، أنها جاءت عامة لكل العقود بضرورة الوفاء ولم تشترط الإقباض.

### ثانيا- الاستدلال بالسنة النبوية:

حديث ابن عباس رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»<sup>1</sup>، وجه استدلالهم بهذا الحديث: أن الحديث دلّ بعمومه على أن الهبة تلزم بمجرد العقد<sup>2</sup>.

### ثالثا- الاستدلال بالمعقول:

اشترط هذا الفريق الحيازة في عقد الهبة لإتمام الهبة والصدقة؛ لأهما لو أجزا دون حيازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته، ثم يخرج عن ورثته بعد وفاته<sup>3</sup>.

دليلهم تشبيه الهبة بالبيع وغيره من سائر التمليكات ومنه لا يشترط القبض لصحة الهبة، ولا للزوم الهبة، وإنما هو شرط لتمامها، أي لكمال فائدتها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول على المشهور عندهم. والقبض أو الحيازة لتتم الهبة، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب<sup>4</sup>.

قالوا: أن الهبة عقد تبرع فلما كان فيها إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، كالوقف والعتق، ومنه فلا يعتبر فيه القبض، كالوصية والوقف<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الثاني، أخرجه ابن ماجة في سننه كتاب الهبات، باب الرجوع في الهبة، رقم الحديث 2385، قال الألباني صحيح، ص 797.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء السادس، ص 250.

<sup>3</sup> ينظر: ديبان بن محمد الديان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دون ناشر الطبعة الثانية، 1432هـ، الجزء السابع عشر، ص 580.

<sup>4</sup> ينظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 3998/5.

<sup>5</sup> ينظر: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربي، الطبعة الأولى، 1415 هـ - 1995 م، الجزء السابع عشر، ص 15.

قياس الهبة على البيع قياس مفاصد للاختلاف المقيس عن المقيس عليه، إذ البيع عقد يفيد تمليك العين بعوض، على خلاف الهبة عقد يفيد تمليك العين بغير عوض<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: القول الثالث القبض "الحيازة" لا شرط تمام ولا شرط صحة في عقد الهبة

ذهب بالقول إلى هذا الرأي كل من الحنابلة في المشهور عنهم "إلى التفرقة بين ما يكال ويوزن حيث لا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض، وبين غيره حيث تلزم بمجرد العقد، ولا يكون القبض فيه لا من شرط تمامه ولا من شرط صحته"<sup>2</sup>.

والظاهرية في قولهم: "من وهب هبة سالمة من شرط الثواب، أو غيره، أو أعطي عطية كذلك، أو تصدق بصدقة كذلك، فقد تمت باللفظ، ولا معنى لحيازتها، ولا لقبضها - ولا يبطلها تملك الواهب لها أو المتصدق بها"<sup>3</sup>.

ويفهم من قولهم إن الهبة تتم باللفظ ولا معنى بوجود الهبة بالقبض.

واستدلوا على أن الحيازة لا شرط تمام ولا شرط صحة في عقد الهبة بما يلي:

### أولاً- الاستدلال بالقرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْقُوا يَالْعُفُودِ﴾ [المائدة: 01]

وقوله تعالى: ﴿تَبَطَّلُوا ءَعْمَلَكُمْ﴾ [محمد: 34]

وجه الاستدلال لديهم: تدل الآيات على من "لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً، وعقد عقد لزمه الوفاء به، ولا يحل للأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الاسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الاسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، المرجع نفسه، ص 160.

<sup>3</sup> أبو محمد علي بن أحمد بن السعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 62/8.

**تعقيب:**

إن الأمر بإيفاء العقود، أمر عام في كل عقد، يكون فيه إيجاب، وقبول، والنهي عن إبطال الأعمال فهي عام، لكل عمل صالح ينبغي ألا يبطله بأي نوع من أنواع المبطلات، فالهبة عقد وعمل مطلوب فيها الإيجاب والقبول، والقبض عمل يكتمل به القبول فإذا لم يتم القبض، فهو يدل على عدم القبول، وإذا لم يكن قبولا، فالعقد لم تكتمل أركانه، فلا يلزم الوفاء به<sup>2</sup>

**ثانيا- الاستدلال بالسنة النبوية**

عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال النبي «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»<sup>3</sup>. وهو الدليل نفسه الذي اعتمده الذي اعتمده الراي الثاني وقد سبق وبيننا مدلوله.

**ثالثا- استدلووا بالأثار:**

عن الثوري، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمن، أن عليا، وابن مسعود كانا «يبيزان الصدقة وإن لم تقبض»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبو محمد علي بن أحمد بن السعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالأثار، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> ينظر: أبوبكر عبد الله البر، المعاملات المالية في فقه عمر بن عبد العزيز دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، إشراف الدكتور إدريس جمعة ضرار، جامعة أم درمان كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، السودان، 1431هـ/2010م، ص 325.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

<sup>4</sup> أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر المجلس العلمي- الهند، الطبعة الثانية، 1403، أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الصدقة، باب لا تجوز الصدقة إلا بالقبض، رقم الحديث 16595، الجزء التاسع، ص 122.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

ما روي عن الثوري: عن منصور، عن إبراهيم قال: «إِذَا أُعْلِمَتِ الصَّدَقَةُ فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ لَمْ تُقْبَضْ»<sup>1</sup>.

### رابعا - الاستدلال بالمعقول:

أن الهبة من "جملة العقود، والأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم دليل على اشتراط القبض"<sup>2</sup>.

استدل هذا الرأي بالدليل العقلي الذي ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني "قالوا إن الهبة عقد تبرع فلما كان فيها إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، كالوقف والعتق، ومنه فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف"<sup>3</sup>.

قالوا: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض، لأن الهبة أحد نوعي التملك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله، كالبيع، فإن منه ما لا يلزم إلا بقبض، وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله، وهو ما عدا ذلك"<sup>4</sup>.

### تعقيب:

لا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التملكيات، على خلاف الوصية التي تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الصدقة، باب لا تجوز الصدقة الا بالقبض، رقم الحديث 16596، الجزء التاسع، ص 122.

<sup>2</sup> د. أسامة بن سعيد القحطاني، د. علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير، د. ظافر بن حسن العمري، د. فيصل بن محمد الوعلان وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1433هـ 2012م، الجزء الثامن، ص 249.

<sup>3</sup> شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، 15/07.

<sup>4</sup> ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع نفسه، 19/18/17.

<sup>5</sup> ينظر: ابن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، 251/6.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

وأيضاً قياس الهبة على البيع مردود عليهم، وذلك من خلال المساواة بينهما، لأن الهبة من عقود التبرعات، والبيع من عقود المعاوضات<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: الترجيح

أرجع ما تميل إليه نفسي، والذي يرى أن القبض، شرط صحة في عقد الهبة، وهو القول الأول والله أعلم لسبب، التمكين من القبض، متمم للهبة وفيه سد لباب ذريعة التحايل على الواهب الذي قد يماطل في التسليم إلى وفاته لقدر الله، بحجة أنه قد وهب بلفظ فقط مثل ما ذهب إليه القول في الرأي الثالث، ثم ينجر عنه محاكم وبيئات، وما أشبه ذلك، ثم في عصرنا الذي ضيعت فيه الأمانة وعلى هذا الأساس فإن القبض أولى من اللفظ<sup>2</sup>، وما ينجر عنه ما يلي:

- التكافل والتعاون الاجتماعي بين الناس من خلال تحقيق المقصد الشرعي من الهبة أما قيام الهبة على اللفظ يؤدي إلى الخصومة والتنازع والعداوة بينهم.
- استقرار المعاملات بين الناس لما لها دور مهم في استقرار التعامل بينهم، أما خلاف هذا يؤدي إلى وقوع منازعات بين الناس؛ وعليه وجب ربط الهبة بمقصدتها الشرعي الثابت لكونه حكمة التشريع.

### المطلب الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القانون وفي القضاء الجزائري

#### الفرع الأول: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في التشريع الجزائري

اختلف شراح القانون في تحديد طبيعة الحيازة في عقد الهبة إلى قولين، القول الأول: اعتبار الحيازة في عقد الهبة شرط تمام، من خلال استنتاجهم من نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري من الفقرة الأولى "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، فلفظ "تتم" بمعنى شرط لتتمام عقد الهبة.

<sup>1</sup> ينظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، 242/8.

<sup>2</sup> ينظر: أبوبكر عبد الله البر، المعاملات المالية في فقه عمر بن عبد العزيز دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 326.



## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

إذ أن الحيازة في هبة العقار، تكون بتسليم الواهب وضعه تحت تصرف الموهوب له، ويكون ذلك بالتخلية، فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها وأن يخرج منها أغراضه وكل الأمتعة التي فيها، وأن يسلم مفاتيحها الى الموهوب له حتى لو كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يخرج منها وأن يتركها ويأخذ كل ماله منها، سواء من حيوانات أو آلات أو عتاد فلاحي ونحوه، ثم يمكن الواهب الموهوب له من الاستيلاء على العقار المشير إليه أعلاه، وهذا يتمكن الموهوب له من الدخول فيه واستغلاله من دون أي تعرض يذكر، وهذا تتم الحيازة في هبة العقار وتصبح الهبة تامة وفق ما نصت به المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن التوثيق والتسجيل لا يكفيان في القبض، بل لابد من إتمام القبض والحيازة مجتمعين ولا يغني القبض عن الرسمية، كما لا تغني الرسمية عن القبض، فهما شيئان متلازمان يشكلان مجتمعين تمام الهبة وإلا فلا تعتبر الهبة تامة إذا تخلف أحدهما.

وإذا كان المنقول من المنقولات التي تتطلب اجراءات خاصة، فإن القبض فيها هو الآخر يتطلب القيام هذه الإجراءات بجانب تسلمها وحيازتها من قبل الموهوب له، وذلك كالسيارات والدراجات النارية، وما في حكمها، لا تتم الهبة إلا بالحيازة باعتبار أنها شرط تمام، أما المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع الى الإجراءات الخاصة، فإنها تتم بالحيازة، وذلك بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب من قبل الواهب الى الموهوب له، وهو ما يسمى بالهبة اليدوية، وهي الهبة التي تقع على أشياء قابلة للنقل من دون قيد، أو عقد أو توثيق، كالجوهرات والساعات، والأشياء المادية ذات القيمة المالية، أو الرمزية أو المعنوية والآلات الالكترونية وما في حكمها.<sup>2</sup>

### تعقيب:

ما يعاب على هذا الرأي أنه اعتبر الحيازة في عقد الهبة شرط تمام، وقد رتب عليها البطلان المطلق الذي لا يترتب إلا في حالة تخلف الركن، باعتبار القبض شرط تمام الهبة، فإنها بذلك تنعقد صحيحة

<sup>1</sup> ينظر: محمد تقيّة، المصدر السابق، ص 239.

<sup>2</sup> ينظر: محمد تقيّة، المصدر نفسه، ص 240.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

بمجرد الإيجاب والقبول، والقبض ما هو إلا التزام من التزامات العقد، لا يؤدي تخلفه إلى البطلان المطلق للعقد الهبة.<sup>1</sup>

أما القول الثاني: اعتبار الحيازة في الهبة ركنا من أركانها، اعتبار أصحاب هذا الرأي أن الحيازة في عقد الهبة ركن ويترب على تخلفها البطلان المطلق لعقد الهبة، وذلك استنتاجا من نص المادة 206 من قانون الأسرة" وإذا أحتلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

والقيود المذكورة فيما يخص الشكل في الحيازة وأحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، ففي العقار يختل شكل الهبة، إذا لم يتم الموهوب له بحوزة وقيد وشهره، أما في المنقول الذي يحتاج إلى إجراءات خاصة، ولم يتم بها المتبرع له وجزاء اختلال الشكلية في الهبة البطلان المطلق فإذا لم تتم الحيازة في الهبة، اختل الشكل المطلوب واعتبر عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا.<sup>2</sup>

واستندوا في ذلك بقرار المحكمة العليا الصادر في: 24 / 02 / 1986 بقول "من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة، وتأسيسا على ما تقدم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع حيازة فعلية، وعليه فعلى القاضي عند الطعن ببطلان عقد الهبة لانتفاء ركن الحيازة، أن لا يكتفي بالعبرة الدارحة التي ترد في العقود التوثيقية المتمثلة في انتقال الحيازة إلى الموهوب له ابتداءً من يوم تحرير العقد، بل يجب عليه أن يتحقق من حصول الحيازة الفعلية".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر: الحمصي فريدة، تأثير الحيازة في حق الرجوع عن الهبة، مجلة الدراسات وأبحاث مجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، المجلد 11 ال عدد02، جوان 2019، ص 327.

<sup>2</sup> ينظر: الحمصي فريدة، تأثير الحيازة في حق الرجوع عن الهبة، المرجع نفسه، ص 227.

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 09.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

يستنتج من نص المادة 206 من قانون الأسرة ومن قرار المحكمة العليا أن الحيازة ركن من أركان عقد الهبة، ويستوي في الحيازة أن تكون فعلية أو حكمية على العقار أو المنقول في ركن أساسي، ولا يمكن الاستغناء عنها بأي شكل من الأشكال ولا يمكن الرسمية أن تغنيها عن الحيازة إلا في حالات استثنائية نظمها المشرع<sup>1</sup>.

### تعقيب:

إن أصحاب هذا الرأي والقائلين بأن الحيازة ركن في عقد الهبة، قد برروا وجهة نظرهم معتمدين على قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت الحيازة في عقد الهبة شرط تمام مستندة في ذلك على المذهب المالكي، في حين أن أثر تخلف شرط تمام يختلف عن أثر تخلف الركن في العقود، فإذا كان أثر تخلف شرط من شروط تمام العقد لا يؤثر عليه ويبقى صحيحا، فما تفسير فقهاء القانون الذين اعتبروا الحيازة شرط تمام في عقد الهبة في حين أن المشرع رتب على تخلفها البطلان المطلق<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القضاء الجزائري

اعتبار قضاة المحكمة العليا طبيعة الحيازة في عقد الهبة على وجهين، أما شرط لتتمام العقد ومرة أخرى هي لصحة العقد. وسنبينها من خلال ما ذكر في قرارها:

#### أولا: النموذج الأول للقرار المتضمن مفهوم الحيازة هي شرط لإتمام عقد الهبة

"حيث أن النزاع يدور حول صحة الهبة وان الحيازة شرط لإتمام عقد الهبة"، حيث انه بالرجوع إلى القرار والحكم المؤيد من طرفه وعناصر القضية يتضح أن الحيازة التي هي شرط أساسي في صحة الهبة التي لم تثبت بصفة قطعية، إذ أن القضاة اكتفوا لتأسيس قرارهم أن العقد يشير إلى أن الحيازة انتقلت إلى الموهوب له يوم إبرام هذا العقد، وان الحيازة متنازع فيها، حيث أن قضاة المجلس لما اعتبروا الهبة صحيحة من دون التأكد بوقوع الحيازة الفعلية للقطع الموهوبة المتنازع من اجلها لم يسببوا قرارهم تسببا كافيا ولم

<sup>1</sup> ينظر: الحمصي فريدة، تأثير الحيازة في حق الرجوع عن الهبة، المرجع السابق، ص 228.

<sup>2</sup> ينظر: الحمصي فريدة، تأثير الحيازة في حق الرجوع عن الهبة، المرجع نفسه، ص 228.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

يثبتون حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقص حيث أن النزاع صار يدور حول صحة الهبة وان الحيازة شرط لإتمام عقد الهبة<sup>1</sup>.

### ثانيا: النموذج الثاني للقرار المتضمن مفهوم الحيازة هي شرط لصحة عقد الهبة

"حيث أن النزاع يدور حول صحة الهبة وان الحيازة شرط لإتمام عقد الهبة". وحيث انه بالرجوع إلى القرار المنتقد وعنصر القضية يتضح أن الحيازة التي هي شرط أساسي في صحة الهبة بصفة قطعية وان قضاة الاستئناف قد أبرزوا في قرارهم أن شرط الحيازة الذي نصت عليها المادة 206 من قانون الأسرة متوفرة فعلا ... المادة 207 من قانون الأسرة والتي تنص بأنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة، وبالتالي فلا مجال لأي تأويل آخر مادام قانون الأسرة قد نظم أحكام الهبة ولم يحدد للحيازة مدة معينة<sup>2</sup>.

بناءً على ما سبق، يستنتج من بيان هذه الأحكام، هو استعمال قضاة المحكمة العليا لتعبيرات مختلفة من أجل التكييف القانوني للحيازة في عقد الهبة، وكذا التعبير عن المقصود من الحيازة ذاتها، فمرة اعتبرها قضاة المحكمة أنها شرط لتمام العقد، ومرة أخرى هي لصحة العقد.

وكل هذه التعبيرات هي مصطلحات لها مدلولات قانونية مختلفة، ومما يوجب أن اجتهادات المحكمة العليا في الموضوع غير ثابتة ولا مستقرة وهذا يتعارض مع الهدف من وجود المحكمة العليا

ودورها في توحيد الاجتهاد القضائي وإعطاء تفسير موحد للقانون، والسهر على تطبيق المحاكم للقانون التطبيق السليم وفق منهج واحد وواضح<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المجلة القضائية، سنة 1989 العدد 02، ملف 40457، المؤرخ في 1986/04/21، ص 72 (نقلا عن مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء عقد الهبة في قانون الجزائري، للقاضية بوعروج)، ص 25.

<sup>2</sup> المجلة القضائية سنة 1995 العدد 01 - ملف 121664 - المؤرخ في 1995/06/07 ص 72 (نقلا عن مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء عقد الهبة في قانون الجزائري، للقاضية بوعروج فراح) ص 25.

<sup>3</sup> ينظر: بوعروج فراح، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا في القضاء، الدفعة السادسة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005م/2008م، ص 26.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

وخلاصة القول أن الفقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم اختلفوا حول طبيعة الحيازة في عقد الهبة، فمنهم من يراها شرط صحة لعقدا الهبة ومنهم من يراها أهما شرط تمام و منه يراها ان لا تعتبر شرط صحة ولا شرط تمام لكونها مجرد أثر، أما المشرع الجزائري اعتبر الحيازة في عقد الهبة ركن من أركانها لكونها تصنف ضمن الحقوق العينية التي تستلزم التسليم، وفي ذلك يقول الأستاذ محمد صبري السعدي: "العقد العيني هو العقد الذي يعتبر التسليم ركنا فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي وبعبارة أخرى هو عقد لا يتم انعقاده إلا بالقبض"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق الصفحة 59

## المبحث الثاني: طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لكون الحيازة في عقد الهبة واقعة مادية، وجب إثباتها بمختلف الوسائل التي نصت عليها المواد من 223 إلى 350 من القانون المدني الجزائري، حيث لا يتم إثبات الحيازة في عقد الهبة بصفة واحدة، بل تعددت أوجه إثباتها وذلك لأجل نفاذ العقد، فإثبات الحيازة في عقد الهبة إما أن يكون عن طريق المعاينة، أو عن طريق شهادة الشهود أو من خلال الإقرار أو من خلال القرائن، وهذا ما سندرسه في هذا المبحث لذا ارتأيت إلى تقسيمه إلى مطلبين: المطلب الأول: إثبات الحيازة في عقد الهبة بواسطة المعاينة وشهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري والمطلب الثاني: إثبات الحيازة في عقد الهبة من خلال الإقرار والقرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

### المطلب الأول: إثبات الحيازة في عقد الهبة بواسطة المعاينة وشهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

#### الفرع الأول: المعاينة وسيلة من وسائل إثبات الحيازة في عقد الهبة

#### أولاً: مفهوم المعاينة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

##### أ-تعريف المعاينة لغة:

المعاينة من العين، وتعني النظر عاين يعاين، معاينة وعيانا، فهو معاين، والمفعول معاين، يقال عاين الموقع: أي رآه أو شاهده بعينه، وتحقق منه بنفسه بنظرة عامة أو شاملة عليه<sup>1</sup>.

##### ب-تعريف المعاينة في الفقه الإسلامي:

لم أعتز على تعريف مصطلح المعاينة من قبل الفقهاء القدامى، ولم يردوا لها باب خاص بها كما جاء في طرق الإثبات الأخرى، كالإقرار والشهادة.

قد عرفها بعض الفقهاء المعاصرين بتعاريف جاء منها:

<sup>1</sup> بنظر: د أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، دون مكان النشر، الطبعة الأولى، 1429 هـ -2008م، الجزء الثاني، ص 1585.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

أن المعاينة: "هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين فيما يمكن أن يدرك حقيقة الأمر بنفسه أو نائبه أو بواسطة أهل الخبرة في المسائل الفنية التي لا قبل له بالبت فيها ومعرفتها على حقيقتها ولو بطريق الظن الراجح الذي يوجد في النفس طمأنينة إلا لأهل الفن"<sup>1</sup>.

وجاء في تعريف لوهبة الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات: "المعاينة هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين المعرفة حقيقة الأمر فيه"<sup>2</sup>.

### ج-تعريف المعاينة في القانون المدني الجزائري:

تعريف المعاينة في القانون المدني الجزائري: نص المشرع الجزائري إلى المعاينة التي يجريها القاضي باعتبارها طريقة من طرق الإثبات في المواد المدنية في المواد 146 إلى 149، من قانون إجراءات المدنية والإدارية، لكن لم يتم ولو بالإشارة إلى تعريف المعاينة. في هاته النصوص<sup>3</sup>، في قسم المعاينات والانتقال إلى الأماكن.

وعليه بالرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص على الإثبات بالمعاينة، غير أنه لم يضع لها تعريفا خاصا بها، وكما سبق الإشارة إليه آنفا تقضي به المادة 222 منه بأن: "كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"، وقد تم تعريف المعاينة في الفقه الإسلامي سابقا.

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية للتراث، دون مكان النشر، الطبعة الرابعة، 2003م، ص 449.

<sup>2</sup> محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، الطبعة الأولى: 1402هـ/1982م، الجزء الأول والثاني، ص 590.

<sup>3</sup> ينظر: المواد 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008.

ثانيا: حجية المعاينة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أ- حجية المعاينة في الفقه الإسلامي:

المعاينة أقوى طرق الإثبات، لأن المعاينة دليل مباشر، باشره القاضي بنفسه، ويختلف عن القضاء بعلم القاضي الذي يكتسبه بنفسه خارج مجلس الحكم، وبشكل انفرادي، وقبل النظر في الدعوى فالمعاينة تشبه إلى حد بعيد العلم الذي يحصل عليه القاضي في مجلس القضاء، مع فارق بينهما، وهو أن المعاينة تستند إلى رؤية أمور مادية لا مجال إلى إنكارها، ولا تتغير أوصافها.<sup>1</sup>

ب- حجية المعاينة في القانون المدني الجزائري:

تعد المعاينة وسيلة إثبات، نص عليها المشرع الجزائري من خلال قانون إجراءات المدنية والإدارية من المادة 146 إلى غاية المادة 149، كما سبق الإشارة إليه سابقا باعتبار انتقال المحكمة إلى محل النزاع، يسمح لها بتكوين فهم واقعي أو صحيح للقضية المعروضة عليها، حيث أن إذ قامت المعاينة على كامل الإجراءات وفق كل المتطلبات، فإن جميع ما يثبت للمحكمة في حين انتقالها يعتبر دليلا قائما في الدعوى يتحتم على المحكمة أن تقول كلمتها فيه، فإذا هي لم تذكر في حكمها شيئا عن نتيجة المعاينة فإن هذا الحكم يكون غير مكتمل.<sup>2</sup>

سبق والإشارة إلى أن الحيازة في الهبة نوعان فعلية وحكومية، فالأولى ما هي إلا واقعة مادية لا غير وتتمثل في انتقال الشيء أو الحق من يد ووضعه تحت يد المعطى له، ويثبت ذلك بالتطوف ومعاينة الشيء الموهوب، ويتجلى مظهر الحوز في وضع يد الموهوب له على الشيء وفي خروجه من يد الواهب بحيث يتمكن الموهوب له من التصرف فيما وقع به التبرع عليه بجميع أنواع التصرفات ومن دون اعتراض

<sup>1</sup> ينظر: الدكتور محمد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار المكتبي بدمشق، الطبعة الأولى 1418هـ/1998م، ص 135.

<sup>2</sup> ينظر: أنور السلطان قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر الطبعة 2005 ص 245.



## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

من طرف الواهب، أما الحيازة في دار السكنى فيشترط فيه إخلاء المتبرع والإشهاد على معاينة الإخلاء وعدم رجوعه لمدة سنة.<sup>1</sup>

وفي هذا يقول صاحب التحفة: "وَمَنْ يُجَسِّسُ دَارَ سُكْنَاهُ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ الْخَلًّا".<sup>2</sup>

أما الثانية تتحقق من خلال القيام بالأفعال والتصرفات الدالة عليها، كالحرث والزرع والكرء وكل ما يدل على استعمال واستغلال الشيء الموهوب به، فذلك يغني عن الحيازة بالوقوف على الأرض ومعاينة البيئة.<sup>3</sup>

ويأتي إثبات الحيازة بالمعاينة في عقد الهبة على رأس وسائل الإثبات، والمراد بالمعاينة توجه المخضر القضائي أو من لهم صلاحية المعاينة، رفقة الواهب والموهوب له، إلى عين المكان يعاينون الشيء الموهوب المحاز، بالتطوُّف بالعقار الذي وقع عليه التبرع من سائر جهاته<sup>4</sup>، كأن يعاين المخضر القضائي أن الموهوب له كان يتردد ويشغل هذا المنزل بوسائل تثبت شغله لهذا المنزل

كاستعمال عداد الكهرباء والماء ونحوه وهذه كلها قرائن تفيد أن الموهوب له مستغل لهذا العقار (الشيء الموهوب)، وتتم الإشارة إلى هذه المعاينة إما في عقد الهبة نفسه أو في وثيقة مستقلة عنه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ينظر: الوناس عبد الصادق، الحوز في عقود التبرع على ضوء مدونة الحقوق العينية، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 25، نوفمبر 2014، ص 50.

<sup>2</sup> محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ص 86.

<sup>3</sup> ينظر: الوناس عبد الصادق، الحوز في عقود التبرع على ضوء مدونة الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 50.

<sup>4</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، مجلة منازعات الأعمال، مجلة شهرية متخصصة، في العلوم القانونية، العدد 45 أكتوبر 2019، المغرب، ص 107.

<sup>5</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 107.

الفرع الثاني: شهادة الشهود من طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أولاً: مفهوم شهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أ- تعريف شهادة الشهود لغة

الشهادة مصدر شَهِدَ يَشْهَدُ شَهَادَةً. وَالْمَشْهَدُ: مَحْضَرُ النَّاسِ،<sup>1</sup> وأصل الشهادة: الإخبار بما شاهده، الشاهد والشهادة في اللغة بمعنى الخبر القاطع كقولنا: شهد الرجل على كذا<sup>2</sup>.

ب- تعريف شهادة الشهود في الفقه الإسلامي:

أورد الفقهاء تعريفات عدة للشهادة أرجحها:

تعريف المالكية للشهادة: "إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"<sup>3</sup>.

شرح محترزات التعريف:

قوله إخبار "عدل حاكم" معناه إخبار الشاهد العدل الحاكم وقوله "عن علم" معناه أي إخبار الحاكم ما يعلم بحيث أن الإخبار لا يكون ناشئ عن ظن وشك وقوله "ليحكم بمقتضاه" معناه يقصد به القضاء وبث الحكم بعد سماع الشهادة<sup>4</sup>.

تعريف الشافعية للشهادة: "إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، 221/3.

<sup>2</sup> جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، المرجع السابق، 239/3.

<sup>3</sup> أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك، المرجع السابق، 212/3.

<sup>4</sup> ينظر: أسامة أحمد عبد الرزاق، رد شهادة العدل وتطبيقها في المحاكم الشرعية قطاع غزة، لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، اشراف مازن اسماعيل هنية، 2006م-1426هـ، ص 05.

<sup>5</sup> أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر بيروت، بدون طبعة، 1415هـ-1995م، الجزء الرابع، ص 319.

## شرح محترزات التعريف

قوله "إخبار" معناه الاعلام وقوله "بحق" يقصد به محل الإثبات<sup>1</sup>، وقوله "للغير" معناه الاخبار بحق لنفسه على غيره وقوله "على الغير" يقصد به الإقرار لأنه إخبار بحق الغير على نفسه وقوله "بلفظ أشهد" معناه عدم قبول الشهادة إلا بهذا اللفظ والإخبار بلفظ آخر كقول أعلم وأتقن<sup>2</sup>.

تعريف الحنابلة للشهادة: "الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت"<sup>3</sup>.

## شرح محترزات التعريف

قوله "الإخبار" يشمل ما يعلمه، وما لا يعلمه كالإخبار بالكذب والظن وقوله "بلفظ أشهد أو شهدت" المراد به الألفاظ التي تفيد معنى الإخبار<sup>4</sup>.

تعريف الحنابلة للشهادة: "إخبار صدق لإثبات حق، بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"<sup>5</sup>.

## شرح محترزات التعريف:

قوله "إخبار" يشمل الشهادة وغيرها من الأخبار الصحيحة والكاذبة وقوله "صدق" يقصد به غير الأخبار الكاذبة مثل شهادة الزور وقوله "لإثبات حق" يقصد به بيان محل الشهادة وقوله "بلفظ

<sup>1</sup> ينظر: د. أسامة بن سعيد القحطاني، وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 242/7.

<sup>2</sup> ينظر: أسامة أحمد عبد الرزاق، رد شهادة العدل وتطبيقها في المحاكم الشرعية، المصدر السابق، ص 05.

<sup>3</sup> عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب تحقيق الدكتور محمد سليمان

عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت الطبعة الأولى، 1403 هـ - 1983 م، الجزء الثاني، ص 470.

<sup>4</sup> ينظر: د. أسامة بن سعيد القحطاني، وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 243/7.

<sup>5</sup> الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية شركة مكتبة ومطبعة مصفى الباي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر، لبنان)، الطبعة الأولى، 1389 هـ - 1970 م، الجزء السابع، ص 364.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

الشهادة" يقصد به الإخبار بلفظ الشهادة كأشهد وشهدت وقوله "في مجلس القضاء" يقصد به الإخبار يكون في مجلس القضاة<sup>1</sup>.

### التعريف المختار:

بعد النظر فيما تقدم من تعريفات للشهادة، يمكن القول أن تعريف الشافعية للشهادة وهو: (إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد) أنسب تعريف لها، لكونه جامع لجميع عناصر الشهادة ومانع من دخول غير الشهادة، وهو كذلك يفرق بين الشهادة والإقرار والدعوى<sup>2</sup>.

### ج-تعريف شهادة الشهود في القانون المدني الجزائري:

لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفا خاصا لشهادة الشهود، لكونه ليس من اختصاصه وضع التعريفات وإنما ترك ذلك للفقهاء وكما هو معروف تقضي به المادة 222 منه بأن: "كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"<sup>3</sup>، وشهادة الشهود عرفها الدكتور محمد صبري السعدي أنها: "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره، ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصا بحواسه الواقعة التي يشهد بها بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه"<sup>4</sup>.

### ثانيا: شروط شهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

#### أ-شروط الشهادة في الفقه الإسلامي:

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أحكام الشهادة، وذلك من خلال وضع لها شروط محددة منها ما يتعلق بالشاهد ومنها ما يتعلق بالشهادة نسرد هنا كالاتي:

<sup>1</sup> ينظر: أسامة أحمد عبد الرزاق، رد شهادة العدل وتطبيقها في المحاكم الشرعية، المصدر السابق، ص 04.

<sup>2</sup> ينظر: د. أسامة بن سعيد القحطاني، وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 243/7.

<sup>3</sup> المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

<sup>4</sup> الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة 2009، ص 129.

## 1- شروط الشاهد

- **الشرط الأول:** أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تقبل شهادة الكافر عند الجمهور، وذهب الحنابلة والظاهرية الى القول تقبل شهادة الكافر في الوصية إذا لم يوجد غيره وحضر الموصي الموت وقال الحنفية: تقبل شهادة الذمي<sup>1</sup> على الذمي<sup>2</sup>.
- **الشرط الثاني:** "أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً احترازاً من الصبيان والمجانين وشهادة الصبيان جائزة فيما بينهم"<sup>3</sup>.
- **الشرط الثالث:** أن يكون عاقلاً فلا تصح الشهادة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بالفهم والضبط.<sup>4</sup>
- **الشرط الرابع:** أن يكون الشاهد ناطقاً فلا تقبل شهادة الأخرس عند الجمهور وعند المالكية تقبل ويؤديها بالإشارة المفهومة أو الكتابة، وسبب خلاف الجمهور أنهم يشترطون لفظ أشهد في الشهادة والأخرس لا يستطيع أن النطق بها إلا إذا كان له إشارة مفهومة أو كان يكتب وكتب شهادته.<sup>5</sup>
- **الشرط الخامس:** أن يكون بصيراً، فلا يصح من الأعمى الشهادة عند الحنفية، وخالف المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى صحة شهادته فيما يجري فيه التسامع إذا تيقن الصوت وقطع بأنه صوت فلان.<sup>6</sup>
- **الشرط السادس:** "أن تكون بلفظ خاص وهو لفظ الشهادة وما اشتق منها كشهدت أو أشهد ونحو ذلك"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> (الدَّميّ) المَعَاهِد الَّذِي أُعْطِيَ عَهْدًا يَأْمَنُ بِهِ عَلَى مَالِهِ وَعَرَضِهِ وَدِينِهِ يَنْظُرُ: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، 315/01.

<sup>2</sup> ينظر: د. عبد الله بن محمد الطيّار، الفقه الميسر، المرجع السابق، 113/8.

<sup>3</sup> أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزينة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1431 هـ - 2010 م، الجزء الثاني، ص 1366.

<sup>4</sup> ينظر: أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 266/6.

<sup>5</sup> ينظر: د. عبد الله بن محمد الطيّار، الفقه الميسر، المرجع السابق، 115/8.

<sup>6</sup> ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، 219/26.

<sup>7</sup> د. عبد الله بن محمد الطيّار، الفقه الميسر، المرجع السابق، 116/8.

## 2- شروط أداء الشهادة في ذاتها:

- الشرط الأول: اشتراط وجود الدعوى في الشهادة على حقوق العباد من المدعي أو نائبه، على خلاف الشهادة على حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها وجود الدعوى<sup>1</sup>.
- الشرط الثاني: موافقة الشهادة للدعوى في الدعاوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفها لا تقبل.<sup>2</sup>
- الشرط الثالث: أن تؤدّى بلفظ الشهادة، كأن يقول فلان: أشهد بكذا وهذا قول الجمهور على خلاف المالكية، قالوا أنه يكفي على ما يدل حصول علم الشاهد كأن يقول: رأيت كذا أو سمعت كذا ولا يشترط أن يقول: أشهد.<sup>3</sup>

## ب- شروط شهادة الشهود في القانون المدني الجزائري:

الهدف الأسمى من هذه الوسيلة للإثبات هي تقديم الشاهد أقواله والإحتجاج بها أمام القضاء على صحة الواقعة التي شهدها، غير أنه يتوجب عليه شروط أقرها المشرع الجزائري في بعض نصوص قانون إجراءات المدنية والإدارية، سواء تعلق الأمر بالنسبة للشهادة أو بالنسبة للشاهد نفسه.

### 1- الشروط المتعلقة بالشهادة

- أن تكون الشهادة شفوية أمام القضاء دون قراءة لأي نص مكتوب، إعمالا لنص المادة 158 من قانون إجراءات المدنية والإدارية " يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب".<sup>4</sup>
- أن تكون الشهادة مقترنة بالحقيقة وخلاف هذا تكون باطلة إعمالا لنص المادة 152 من قانون إجراءات المدنية والجزائية "يؤدي الشهاد اليمين بأن يقول الحقيقة و إلا كانت شهادته قابلة للإبطال"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المراجع السابق، 225/26.

<sup>2</sup> ينظر: علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ترجمة فهمي الحسيني دار الجيل دون مكان النشر الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م الجزء الرابع ص341.

<sup>3</sup> ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المراجع نفسه، 226/26.

<sup>4</sup> المادة 158 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008.

## 2- الشروط المتعلقة بالشاهد

نصت المادة 153 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على ذلك: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية"<sup>2</sup>.

وما يستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه أن شروط الشاهد تتمثل في:

- 1) أن يكون الشاهد من الغير: فلا تصلح للشهادة أحد أطراف الخصومة.
- 2) عدم جواز سماع شهادة أي شخص كشاهد من أقارب والأصهار أحد الخصوم وزوج أحد الخصوم، ولا إخوة وأخوات أحد الخصوم وأبناء عموماتهم .
- 3) أن يكون الشاهد أهلا لتأدية الشهادة: كما نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"<sup>3</sup>.

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء كما هو واضح في نص المادة أعلاه إذ أجاز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز 13 سنة على سبيل الاستدلال.

<sup>1</sup> المادة 152 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> المادة 153 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> المادة 40 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

## ثالثا: حجية شهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

### أ- حجية شهادة الشهود في الفقه الإسلامي

الشهادة حجة شرعية " فهي حجة مطلقة ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه، لذا تسمى بالبينة لأنها مبينة يظهر بها الملك، وقال الحنفية: البينة أقوى من الإقرار".<sup>1</sup>

### ب- حجية شهادة الشهود في القانون المدني الجزائري

تعتبر شهادة الشهود حجة مقنعة وليست ملزمة للقاضي، إذ يأخذ القاضي بأقوال الشهود كلها إذا اطمئن وارتاح ضميره لأخلاق الشاهد وتصرفاته، وقد لا يأخذ بها لكونه غير ملزم بإظهار أسباب عدم اطمئنانه لمن قدم شهادته، كما قد يأخذ القاضي بأقوال شاهد واحد وقد يرجع شهادة عن أخرى وهو غير ملزم بتسبب هذا الترجيح، لكون أن للشهادة حجية محدودة باعتبار ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى، أو بدليل آخر من أدلة الإثبات كما تعتبر أنها ذات حجة متعددة، كما تعتبر الشهادة دليل مقيد، بحيث لا يجوز الإثبات بها إلا في حالات معينة، وفي حال استأنفت دعوى لا يتقيد القاضي الذي ينظر في الاستئناف برأي محكمة أخرى سبق وأن شككت في صحة أقوال الشهود عن ذات الواقعة المدعى بها.<sup>2</sup>

سبق وأن أشرنا إلى أن إثبات الحيازة بالمعينة في عقد الهبة، يأتي على رأس وسائل الإثبات لكن في بعض الأحيان يتعذر إجراء معارضة الحيازة في عقد الهبة من قبل من لهم صلاحية المعارضة وبغية الحفاظ على صحة الهبة، يمكن اللجوء إلى صورة ثانية يثبت بها الحوز في عقد الهبة تتمثل في "الشهادة"، وقد اشترط الفقهاء الشريعة الإسلامية من جهة والقانون الجزائري من جهة أخرى شروطا وجب توفرها في الشاهد للاعتداد بشهادته، كما سبق الإشارة إليها آنفا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 8/6091.

<sup>2</sup> ينظر: بريخ حورية، بالة كنزة، سلطة القاضي في تقدير ادلة الإثبات في المواد المدنية، لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، إشراف الأستاذة فريجة كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015\_2016، ص 13.

<sup>3</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 112.



## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

وعليه يمكن إثبات الحيازة في عقد الهبة بشهادة الشهود كشهادة الجيران مثلا، ويلزم توفر فيهم جميع الشروط المذكورة سابقا، أما الأهلية تكون إثباتها بشهادة الميلاد وبلوغ السن 19، وكذا يمكن إثبات خوارم المروءة بسؤال الناس عنهم ديانتهم وأمانتهم ونحوه، وإذا استقرت وتحققت جميع الشروط في الشهود، فإنما ما نقوله يثبت هذا الشخص الموهوب له قد كان يتردد أو يسكن في هذا المنزل بعد ما إن اكتسبه عن طريق عقد الهبة وتكون الحجية الشهادة في هذه الحال حجة مطلقة ولا يمكن الطعن بها إلا التزوير.

### المطلب الثاني: إثبات الحيازة في عقد الهبة من خلال الإقرار والقرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: الإقرار في إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أولا: مفهوم الإقرار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أ-تعريف الإقرار لغة:

تعريف الإقرار لغة: مصدر مشتق من القر: وهو صب الماء في الشيء، يقال قررت الماء. والقر: صب الكلام في الأذن، والإقرار: ضد الجحود، ويعني أيضا الاعتراف<sup>1</sup>.

ب-تعريف الإقرار في الفقه الإسلامي:

عرفه الحنفية: بأنه إخبار بحق لآخر على نفسه<sup>2</sup>.

عرفه المالكية: بأنه "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، 8/5.

<sup>2</sup> ينظر: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، خرّج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م، ص 395.

<sup>3</sup> الخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 216/5.

عرفه الشافعية: بأنه "إخبار الشخص بحق عليه"<sup>1</sup>.

وعرفه الحنابلة: بأنه "إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة أحرص أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه"<sup>2</sup>.

وتعريف الحنابلة هو الذي أرجحه، لأنه تعريف جامع للإقرار، مما اشتمله من بعض شروط الإقرار

### ج-تعريف الإقرار في القانون المدني الجزائري

عرفته المادة 341 "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"<sup>3</sup>

### ثانياً: شروط الإقرار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

#### أ-شروط الإقرار في الفقه الإسلامي:

- يشترط في المقر أن يكون مكلفاً، فلا يصح إقرار الصبي والمجنون والسكران<sup>4</sup>.
- يشترط في المقر ألا يكون متهماً في إقراره، فإن اتهم بإقراره لملاطفة صديق ونحوه بطل الإقرار؛ لأن التهمة تخل برجحان الصدق على الكذب في إقراره، والإقرار يعتبر شهادة على النفس والشهادة ترد بالتهمة<sup>5</sup>.
- يشترط في المقر أن يكون مختاراً فلا يصح إقرار المكره بالمال أو بالطلاق أو بغيرهما<sup>6</sup>.
- يشترط ألا يكذب المقر له المقر في إقراره فإن كذبه بطل الإقرار<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر للطباعة والنشر ودون مكان النشر، الطبعة 1414هـ/1994م، الجزء الاول، ص 263.

<sup>2</sup> موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبيكي، دار المعرفة بيروت - لبنان، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الرابع، ص 456.

<sup>3</sup> المادة 341 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>4</sup> ينظر: د. عبد الله بن محمد الطييار، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، 125/8.

<sup>5</sup> ينظر: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 6097/8.

<sup>6</sup> ينظر: د. عبد الله بن محمد الطييار، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، 127/8.

ب- شروط الإقرار في القانون المدني الجزائري:

عرفت المادة 341 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، الإقرار القضائي بأنه: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة" وما يستخلص من نص المادة أنه يجب أن يتوافر في الإقرار القضائي قصد الإثبات ثلاثة شروط:

1) صدور الإقرار من الخصم يجب أن يكون الإقرار صادرا عن الخصم في الدعوى، وهذا واضح من نص المادة المذكورة أعلاه، (اعتراف الخصم) ويستوي أن يصدر الإقرار عن الخصم نفسه أو عن من ينوب<sup>2</sup>.

2) أن يصدر الإقرار أمام القضاء: يجب ثانيا أن يكون صدور الإقرار أمام القضاء، ويستوي في ذلك صدوره أمام القضاء العادي أو، أمام جهة قضائية استثنائية، أو أمام هيئة محكمين لأن الإقرار أمامها يعتبر إقرارا صادرا أمام القضاء، لأن المحكم يحل محل القاضي في نظر القضية كما يمكن صدوره أمام خير منتدب في الدعوى، ولا يعتبر إقرارا قضائيا ما يصدر أمام النيابة العامة أو أمام جهة إدارية<sup>3</sup>.

3) أن يصدر الإقرار أثناء سير الدعوى: يلزم الإقرار أن يكون أثناء سير الدعوى، فلا يكفي أن يصدر الإقرار أمام القضاء، أي خلال إجراءات نظر الدعوى المتعلقة بالواقعة محل الإقرار، إذ أن الإقرار لا يعتبر قضائيا إلا في خصوص الدعوى التي يقع أثناء نظرها، بعد ذلك يستوي أن يكون الإقرار قد صدر عن المقر من تلقاء نفسه أو على إثر استجوابه. وسواء تم الاستجواب بناء على طلب الخصم الآخر، أو أمرت به المحكمة من تلقاء نفسها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: د. عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع نفسه، 8/126.

<sup>2</sup> ينظر: الدكتور نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة النشر ودون طبعة، 222.

<sup>3</sup> ينظر: محمد صبري السعدي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 256.

<sup>4</sup> ينظر: الدكتور نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 223.

## ثالثاً: حجية الإقرار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

### أ- حجية الإقرار في الفقه الإسلامي:

يعد الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعدى أثره إلى غيره، لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه. والإقرار يعد أيضاً سيد الأدلة؛ لانتفاء التهمة فيه، والإقرار يثبت الملك في المخبر به.<sup>1</sup>

### ب- حجية الإقرار في القانون المدني الجزائري

بتوفر الشروط السالفة الذكر للإقرار، ثبتت لهذا الإقرار حجيته.

تنص المادة 342 من القانون المدني الجزائري بقولها: "الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها يستلزم حتماً وجود واقعة أخرى"<sup>2</sup>. وما يستشف من المادة المذكورة أعلاه، أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، وأنه غير قابل للتجزئة.

الإقرار حجة قطعية على المقر ثبتت هذه الحجة من خلال المادة 342 المذكورة آنفاً بقولها: "الإقرار حجة قاطعة على المقر" وهذا يعني أن الإقرار القضائي حجة بذاته على المقر فلا يكون الخصم الآخر في حاجة إلى تقديم دليل آخر، كما لا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه، إلا إذا أثبت الغلط في الواقع، وعلى ذلك يجب على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار، إذ بالإقرار تصبح الواقعة ثابتة في حق المقر، وأما لم تعد في حاجة إلى الإثبات، مع الأخذ في الاعتبار أن الإقرار حجة قاصرة على المقر.<sup>3</sup>

عدم جواز تجزئة الإقرار: نصت الفقرة الثانية من المادة 342، المذكورة سابقاً على هذه القاعدة فقالت "ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم

<sup>1</sup> ينظر: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 6091/8.

<sup>2</sup> المادة 342 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>3</sup> ينظر: الدكتور نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 224.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

حتمًا وجود الوقائع الأخر، فمقتضى هذه القاعدة "لا تجوز تجزئة الإقرار فالمقر له إما أن يأخذ بالقرار كله أو يتركه كله ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الإقرار ما يفيد ويترك منه ما يضره".<sup>1</sup>

وعليه الإقرار في إثبات الحيازة في عقد الهبة، يعد حجة قاصرة على المقر، لا يتعدى أثره إلى غيره، لقصور ولاية المقر على غيره، فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه. والإقرار يعد أيضاً سيد الأدلة؛ لانتفاء التهمة فيه، والإقرار يثبت الملك في المخبر به.<sup>2</sup>

فلقد سئل الإمام مالك "عن رجل يتصدق على أولاده الرشداء وكتب لهم كتابا كتب فيه أنه قد دفعه إليهم وقبضوه، ولما توفي الأب قال بقية الورثة لم تقبضوا وقال المتصدق عليهم قد قبضنا واحتجوا عليهم بشهادة الشهود وإقرار المتصدق بالذي في الكتاب فسئل الشهود أعلمتم أنهم حازوا قالوا لا علم لنا إلا ما في هذا الكتاب من الإقرار ولا ندري أحازوا أم لم يحوزا، فقال الإمام مالك إن لم تكن لهم بينة أنهم قد حازوا في صحة منه فهي موروثه على فرائض الله".<sup>3</sup>

على خلاف المشرع الجزائري الذي له نظرة في هذا الجانب لكون الإقرار بالحيازة في عقد الهبة لا يكفي بل لا بد من معاينة الشيء الموهوب.

ومن وجه آخر ذهب المشرع المغربي، في قرارات صادر له من قبل محكمة النقض المغربية جواباً للإمام مالك المذكور أعلاه في العديد من القرارات الصادرة عنه من بينها القرار التالي : "لكن حيث إن ما أثارته الطاعنة قد أجابت عنه المحكمة بقولها إن الإقرار بالحيازة في التبرعات لا يكفي بل لا بد من معاينة البينة، ومن جهة أخرى فقد ثبت للمحكمة عدم صحة هذا الاعتراف لأن المتصدق سجل ثلاثة رهون رسمية على نفس العقار بعد تاريخ عقد الصدقة..."، والسبب الرئيسي في عدم الاعتداد بإقرار الواهب بحيازة الموهوب له، هو مخالفته للأحكام الفقهية التي تجعل الإقرار على الغير لا أثر له، ولو سلمنا بقبول الإقرار لأوجب الحكم وفقه، وهذا ما يتعارض مع خصوصية النزاعات المنصبة على عقد الهبة

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> ينظر: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 6091/8.

<sup>3</sup> مالك بن أنس بن مالك، المدونة، المرجع السابق، 401/4.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

خصوصا وأن الطعن في صحة التبرع إما أن يقدم من الوارث أو دائن المتبرع، ونفس الحكم ينطبق على اعتراف الموهوب له بالحيازة بدون معاينة البينة وبدون قرائن تدل على حيازته لشيء الموهوب.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: القرائن من طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أولاً: مفهوم القرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أ- تعريف القرائن لغة:

جمع قرينة وهي "ما يتصل بالشيء ويدل عليه".<sup>2</sup>

ب- تعريف القرائن في الفقه الإسلامي:

عرف الفقهاء القدامى القرينة على أنها الأمانة، أي العلامة وهذا تعريف المرادف لديهم ولعل السبب في عدم تعريفها تعريفا كاملا هو وضوحها وعدم خفاؤها، وإذا رجعنا إلى تعريف الامارة<sup>3</sup>، "هي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول، كالغيم بالنسبة إلى المطر، فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر".<sup>4</sup>

وعرفها المتأخرون من الفقهاء بتعريفات مختلفة منها:

<sup>1</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 115.

<sup>2</sup> رينهارت بيتر آن دوزي، **تكملة المعاجم العربية**، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة الأولى، من 1979-2000 م، الجزء الثامن، ص 256.

<sup>3</sup> ينظر: إبراهيم بن محمد الفائز، **الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، الطبعة الأولى، 1402 هـ/1982 م، الطبعة الثانية، 1403 هـ/1983 م، ص 62.

<sup>4</sup> علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، **كتاب التعريفات**، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1403 هـ - 1983 م، ص 36.

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

- عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا والدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه".<sup>1</sup>

- عرفها الشريف الجرجاني: بأنها: "أمر يشير إلى المطلوب".<sup>2</sup>

ويمكن القول بأن القرينة هي: الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، أو استنتجها القاضي، من الحادثة وظروفها، وما يحيط بها من أحوال<sup>3</sup>

### ج-تعريف القرائن في القانون المدني الجزائري:

#### تعريف القرائن في القانون المدني الجزائري:

لم يرد المشرع الجزائري أي تعريف للقرائن، رغم أنه نص عليها في المواد 337 إلى 340 من القانون المدني الجزائري التي وردت في الفصل الثالث تحت عنوان "القرائن" من الباب السادس المعنون في إثبات الالتزام من الكتاب الثاني للقانون المدني، وكما أشرنا سابقاً ان القانون المدني الجزائري، ليس من اختصاصه وضع التعريفات بل ترك الأمر للفقهاء، اذ عرفها الفقه بأنها استنباط الشارع او القاضي لأمر مجهول من أمور معلوم، كحيازة ارض لمدة معينة قرينة على قيام الحيازة.<sup>4</sup>

#### ثانيا: حجية القرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

##### أ-حجية القرائن في الفقه الإسلامي:

تعدّ القرائن من حيث قوتها في الإثبات بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة، ولا يجوز قبولها إلاّ حيث تقبل فيه الشهادة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية 1415هـ/1994م، ص 447.

<sup>2</sup> الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، المرجع السابق، ص 174.

<sup>3</sup> ينظر: إبراهيم بن محمد الفائر، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص 63.

<sup>4</sup> ينظر: أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دون دار النشر، دون سنة النشر، الطبعة السابعة، الجزء الثاني، ص 186.

<sup>5</sup> ينظر: عارف علي عارف القرّة، الداغي، مسائل فقهية معاصرة، دون ناشر، الطبعة الأولى 2011م/1432هـ، ص 30.

ب- حجية القرائن في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 340 من قانون المدني الجزائري السالفة الذكر على ذلك بقولها " ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة"، ومعنى ذلك أن الإثبات بالقرائن جائز في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود فحيث تجوز البينة في الإثبات يمكن قبول القرائن، وعليه فالقرائن تجوز في إثبات الوقائع المادية، فمن يريد أن يستفيد من حكم قرينة، فليس عليه إلا أن يقوم الدليل على توفر الواقعة التي يشترط القانون قيامها لانطباق حكم هذه القرينة<sup>1</sup>.

كما تقول المادة 337 من قانون المدني الجزائري في هذا المعنى أن القرينة القانونية تغني من تقررت لصالحه من الإثبات، بل هي تغنيه عن الإثبات المباشر فلا يكون عليه إثبات الواقعة مصدر الحق الذي يدعيه، ولكن عليه أن يثبت توفر الواقعة التي تقوم عليها القرينة ومن أمثلة القرائن ما نصت عليه المادة 499 من قانون المدني الجزائري، أن الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة<sup>2</sup>، فقالت "الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك"<sup>3</sup>، فالواقعة التي تقوم عليها القرينة هي الوفاء بقسط لاحق من الأجرة، فإذا ثبتت هذه الواقعة استنبطت الإرادة التشريعية منها واقعة الوفاء بالأقساط السابقة<sup>4</sup>.

وعليه رعت الشريعة الإسلامية الغراء، ظروف جميع الأشخاص، فمنهم من له القدرة على الحيازة واستغلال الشيء الموهوب بنفسه، وزرعه، وغرسه، وحرثه، إن كانت أرضاً، أو سكنها إذا كانت داراً ومنهم من لا يقدر على ذلك لأسباب تختلف من شخص لآخر، ولحماية الشيء الموهوب الممنوح لهذه الفئة حول الفقهاء الموهوب له القيام بالعديد من التصرفات التي تعد قرائن تقوم مقام معاينة الحيازة في عقد الهبة، كعقد الكراء يعد قرينة على حيازة الشيء الموهوب<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> ينظر: محمد صبري السعدي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع نفسه، ص 171.

<sup>3</sup> المادة 499 من القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 171.

<sup>5</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 114.



## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

وعلى هذا القول أيضا سار به المشرع المغربي أيضا في مدونة الأوقاف، حيث نص في المادة 26 "يصح الحوز معاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، ولا يتوقف الحوز على إذن الواقف ويجبر عليه إن امتنع عنه "كقياس الوقف على الهبة لكونه من عقود البرع، يستشف من هذه المادة أن المشرع المغربي جعل تصرفات الموهوب له في المال الموهوب من وسائل إثبات الحيازة، وهذه التصرفات لها صور متعددة من بينها: إبرام الموهوب له لعقد كراء للمحل الموهوب، أو إبرام عقد عارية الاستعمال، أو المساقاة إذا كانت أرضا، أو تقديمه حصة عينية في شركة<sup>1</sup>، وأيضا من بين القرائن الدالة على الحيازة في عقد الهبة، ما سارت عليه محكمة النقض المغربية في نفس المنحى في القرار الصادر عنه الذي نقض فيه القرار الاستئنائي القاضي بإبطال الصدقة في نازلة تتعلق بمحلات كانت مكررة للغير، وتم التصديق بها عن طريق تحلي الواهب للموهوب له عن مقابل الكراء الذي تولت تسلمه مباشرة من المكربن لمدة ثمان سنوات، خلعت عن تاريخ الصدقة، لكن محكمة الاستئناف اعتبرت أن رسم الصدقة فيه اعتراف الموهوب له بالحيازة ولا يتضمن معاينة المخضر القضائي للحيازة وإفراغ المتصدق للواجب المتصدق به من شواغله، وعليه يعد تسليم الموهوب مقابل الكراء هو في حد ذاته حيازة وبالتالي فإن الهبة صحيحة<sup>2</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لتنفيذ عقد، الهبة لا بد من حيازة الشيء الموهوب من قبل الموهوب له وهو ما يميز عقد الهبة على غرار باقي العقود حيث يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية الحيازة في عقد الهبة قبل حدوث المانع للواهب والمقصود بالمانع هو السبب الذي يسقط الحيازة ويجعل الهبة باطلة بموت الواهب فتصرف الواهب في مرض الموت يعد وصية كما آلت إليه نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية". أو بإفلاسه أو إحاطة ماله بدين.

<sup>1</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> ينظر: محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، المرجع نفسه، ص 114.

## خلاصة الفصل الثاني

ما يتعلق بالمبحث الأول:

اعتبار فقهاء الشريعة الإسلامية على الحيازة في عقد الهبة شرط، لكنهم اختلفوا في تحديد طبيعتها، إلى ثلاث أقول، فمنهم من اعتبر الحيازة في عقد الهبة شرط صحة، وهذا القول ذهب به الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية لهم الخاصة بالوزن والمكيل والإباضية، ومنهم من اعتبره شرط تمام وهذا القول ذهب به المالكية الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة في رواية غير خاصة بالوزن والمكيل ومنهم من يعتبره لا شرط صحة ولا شرط تمام وهذا القول ذهب به الحنابلة في رواية إلى التفرقة بين ما يكال ويوزن والظاهرية.

اختلاف الحنفية والشافعية والحنابلة في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض:

- الحنفية قالوا: إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة؛ لأن تمام الهبة بالقبض.
- الشافعية قالوا: إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لم يفسخ، ويقوم الوارث مقام مورثه، فإن مات الواهب تخير وارثه في الإقباض. وإن مات الموهوب له قبض وارثه إن أقبضه الواهب.
- الحنابلة قالوا: إذا مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة، أما إذا مات الواهب فلا تبطل الهبة، ويقوم وارثه مقامه في الإقباض أو الرجوع عن الهبة.
- المالكية قالوا: إذا مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة إلا إن كان الطالب جادا في الطلب غير تارك تنعقد الهبة وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على إقباضها.

كما اختلف شراح القانون في تحديد طبيعة الحيازة في عقد الهبة إلى قولين، القول الأول اعتبار الحيازة في عقد الهبة شرط تمام وهذا القول جرى مجرى الفقه المالكي والقول الثاني اعتبر الحيازة في عقد الهبة ركن استدلالا بنص المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري من الفقرة الثانية "وإذا أختلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

## : الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

على خلاف القضاء الجزائري الذي اعتبر طبيعة الحيازة في عقد الهبة على وجهين؛ لكونها شرط لتمام العقد، ومرة أخرى هي لصحة العقد وذلك من خلال ما نص عليه في قرارته المتضمنة في المحلة القضائية.

ما يتعلق بالمبحث الثاني:

تعد كل من المعاينة وشهادة الشهود والإقرار والقرائن وسائل من طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة، وتختلف حجية إثباتها من وسيلة إلى أخرى، وإذا ثبت حيازة الشيئي الموهوب من طرف الموهوب له قام عقد الهبة.

خاتمة

بناءً على ما سبق نستخلص النتائج التالية من خلال دراستنا للحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري:

- 1- يلاحظ: أنه لم يتعين على فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى مصطلح الحيازة بالرغم من بيان أحكامها، كما لم ينص أيضا القانون المدني الجزائري على بيان مفهومها لكونه ليس من مميزاته وضع التعريفات بل ترك الأمر للفقه.
- 2- يلاحظ: أن هناك ألفاظ ومصطلحات في الفقه ذات صلة بالحيازة منها القبض، ووضع اليد، والملك وتدور كلها في معنى واحد، وهو الاستيلاء على الشيء وضمه إلى ملك الغير.
- 3- إذا اقترنت الحيازة بسبب شرعي كالبيع، والوصية والميراث، وجبت الحيازة وإذا اقترنت الحيازة بمانع شرعي كالغصب، وأكل أموال الناس بالباطل، وما يدور في ونحوه كانت الحيازة محرمة قطعاً.
- 4- يلاحظ أن: فقهاء الشريعة الإسلامية مهما اختلفت مذاهبهم إلا أنهم متفقون على أن الهبة تمليك لعين أو منفعة بلا عوض في حياة كل من الواهب والموهوب له، لكن يلاحظ أن المذهبين المالكي والشافعي والإباضي لم يبرز في تعريفهما للهبة أنها تتم بين الأحياء، بينما أبرز هذا العنصر كل من المذهبين الحنفي والحنبلي.
- 5- يلاحظ ان تعريف الهبة الوارد في المادة 202 من قانون الأسرة مستمد من الفقه المالكي ويشبه إلى حد ما تعريف الفقه الإباضي للهبة.
- 6- أن الهبة عقد كسائر العقود، لا ينعقد إلا بتوافر أركانه وهي: التراضي والمحل والسبب والشكلية، إضافة إلى الحيازة، حيث جعل المشرع الجزائري من ركن الرسمية والحيازة ركنان متلازمان، لا يغني أحدهما عن الآخر، إلا في الأحوال الخاصة التي نص عليها في المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري، ورتب على تخلف ذلك البطلان المطلق للهبة.
- 7- كما يلاحظ أن عقد الهبة لا يعتد به إلا إذا توافرت فيه أركانه وشروطه الواجب توافرها في كل من الصيغة، الواهب والموهوب له والشيء الموهوب، وكذا القبض، لكونه تصرفاً خطير ينتج من خلاله اغتناء في جانب الموهوب له وفي المقابل افتقار في جانب الواهب.

- 8- الهبة عقد شكلي، لا بد إفراغه في عقد رسمي، إذا كان محله عقارا، فيجب أن يحرر في الشكل الرسمي، من طرف موثق، وإجراءات خاصة إذا كان محله منقولاً.
- 9- الهبة عقد عيني لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده، ويستوي ذلك كون محل الهبة عقارا أو منقولاً.
- 10- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحيازة في عقد الهبة شرط، لكنهم اختلفوا حول نوع الشرط، والراجع والله اعلم شرط لصحة عقد الهبة، على خلاف المشرع الجزائري اعتبرها ركن في عقد الهبة؛ وذلك من خلال تصنيفها ضمن العقود العينية التي تستلزم التسليم.
- 11- يعد القبض شرط من شروط عقد الهبة في الفقه الإسلامي، لنقله ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له، وكما أن الهبة لا يصح قبضها، إلا بإذن الواهب.
- 12- تعد كل من المعاينة وشهادة الشهود والإقرار والقرائن، طرق لإثبات الحيازة في عقد الهبة وتختلف حجية إثباتها من وسيلة إلى أخرى، وإذا ثبت حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له قام عقد الهبة.

بناءً على ما تم تناوله مسبقاً سجلنا هاته التوصيات التالية:

- ✓ نوصي المشرع الجزائري، أن ينظم عقد الهبة في القانون المدني، ضمن طائفة العقود المسماة، الناقلة للملكية، عوضاً أن ينص على عقد الهبة في مواد قانون الأسرة، لكونه لا يعد من مسائل الأحوال الشخصية.
- ✓ نقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري، بحكم أنه يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي وجب أن يضع مادة صريحة تحتوي على تعريف شامل للهبة، كأن يكون صياغة المادة كالتالي: " الهبة تتم بين الواهب والموهوب له، في حال الحياة، يتضمن تملك عين أو منفعة بلا عوض".
- ✓ نوصي المشرع الجزائري، بوضع مذكرة إيضاحية للقانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، حتى تكون دليل إثبات في يد رجال القانون من قضاة وموثقين.

✓ نوصي المشرّع الجزائري بتناول رأي الفقه الإباضي في أحكام الهبة والحيازة، لكونه المذهب السائد في الوطن العربي، ولكون الفقه الإباضي متمم للفقه المالكي وقد تحدث عن أحكام غفل عنها المذهب المالكي.

✓ نوصي المشرّع الجزائري أن يضيف بعض التعديلات لنصوص المواد في قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بأحكام الأسرة، وذلك لمسايرة لواقع الحال في الجزائر ومتغيرات الزمان لتجنب الخلط بين أحكام القانون الجزائري والشريعة الإسلامية خاصة فيما يخص طبيعة الحيازة في عقد الهبة.

✓ نوصي المشرّع الجزائري بضرورة وضع أحكام خاصة بمسألة إثبات الحيازة في عقد الهبة، كما فعل المشرع المغربي.

✓ نوصي الباحثين بمزيد من البحث والكتابة حول موضوع "الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري".

وفي الأخير هذا ما تمكنا من الوصول إليه في مذكرتنا، فنرجو أن تتقبلوه منا، فما كان من صواب فهو من الله وحده، وما كان من خطأ، أو نسيان، أو زلة لسان، فهو من الشيطان. هذا والله اعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

# الفهارس العامة



فهرس الآيات القرآنية

رقم	شطر الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
1.	﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا ضَرَّ أ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةِ ﴾	البقرة	179	23
2.	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالِطَّلِ ﴾	البقرة	187	24
3.	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالِطَّلِ ﴾	البقرة	187	24
4.	﴿ حَلَّ لِلَّهِ التَّمْيِيعُ وَحَرَمَ الرِّبَا ﴾	البقرة	274	23
5.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَوْ قَوْلُ ص	المائدة	01	62
6.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَوْ قَوْلُ ص	المائدة	01	64
7.	﴿ عَلَىٰ أَيْرٍ وَالْتَفْوَى ﴾	المائدة	02	50
8.	﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾	الأنعام	84	25

09	16	الأطفال	﴿ أَوْ مَتَحَيِّرًا إِلَىٰ فَيْئَةٍ ﴾	9.
64	34	محمد	﴿ تَبَطَّلُوا أَعْمَلَكُمْ ﴾	10.

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	شطر الحديث	الصفحة
1.	«إِذَا أُعْلِمَتِ الصَّدَقَةُ فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ لَمْ تُقْبَضْ»	66
2.	«إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ نَحَلَهَا جَادَ عَشْرِينَ وَسَقَاً»	60
3.	«إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حِلَّةً وَأَوَاقِي مِنْ مَسْكَ»	59 و 60
4.	«مَّادُوا تَحَابُّوا»	49
5.	«العائد في هبته كالكلب»	63
6.	«العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»	65
7.	«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيِّبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ.»	24
8.	«لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةٌ»	60
9.	«لَا تَجُوزُ صَدَقَةٌ حَتَّى تُقْبَضَ»	61 و 05
10.	«من بلغه معروف من أخيه، من غير مسألة، ولا إشراف نفس، فليقبله»	49
11.	«يجيزان الصدقة وإن لم تقبض»	65

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم	الرقم
10	الدردير	.1
18	السرخسي	.2
10	ابن القيم	.3
14	القرافي	.4
57	النوي	.5
58	ابن النجار	.6

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

ثانياً: كتب الأحاديث.

- 1- الإمام أحمد بن حنبل، مسندا الإمام أحمد بن حنبل تحقيق شعيب الأرنؤوط، الناشر مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى، 142 هـ-200 م الجزء 45.
- 2- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر المجلس العلمي-الهند، الطبعة الثانية، 1403، لجزء التاسع.
- 3- ابن أبي أسامة، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة الطبعة الأولى، 1413 - 1992، الجزء الاول.
- 4- البخاري، صحيح الأدب، المفرد للإمام البخاري، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني دار الصديق للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة، 1418 هـ -1997م.
- 5- حمزة محمد قاسم، منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، تحقيق بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق - الجمهورية العربية السورية، مكتبة المؤيد، الطائف - المملكة العربية السعودية، 1410 هـ -1990 م، بدون طبعة، الجزء الخامس.
- 6- الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء تحقيق د. عبد الله نذير أحمد دار البشائر الإسلامية - بيروت الطبعة الثانية، 1417، الجزء الخامس.
- 7- القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكريوزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب 1387 هـ دون طبعة، الجزء السابع.
- 8- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي - القاهرة دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الثالث.

9- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الثاني.

10- مالك بن انس رضي الله عنه الموطأ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار احياء التراث العربي بيروت لبنان 1406هـ/1975م دون طبعة، الجزء الأول.

### ثالثاً: المعاجم اللغوية والفقهية.

1- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، دون مكان النشر، الطبعة الأولى، 1429 هـ - 2008م، الجزء الثاني.

2- (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) المعجم الوسيط، الناشر دار الدعوة، دون سنة النشر، ودون طبعة.

3- الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1403 هـ - 1983م.

4- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن المحقق صفوان عدنان الداودي دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة الأولى - 1412هـ.

5- رينهارت بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة الأولى، من 1979 - 2000 م، الجزء الثامن.

6- الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون سنة النشر، ودون طبعة، الجزء الأول.

7- قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء تحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، الطبعة 2004م-1424هـ.

8- ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414 هـ، دون طبعة، الجزء الأول.

9- شعبان عبد العاطي عطية، أحمد حامد حسين، جمال مراد حلمي، المعجم الوسيط، دون دار نشر، ودون سنة النشر، الطبعة الرابع 2004 م/1425هـ.

10- محمد عميم الإحسان المحددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ -1986م، الطبعة الأولى، 1424هـ -2003م.

رابعاً: الكتب الفقهية.

أولاً: في الفقه الإباضي:

- 1- أبو محمد ابن بركة، كتاب الجامع، تحقيق، عيسى الباروني، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1428هـ/2008م، دون طبعة الجزء الثاني.
- 2- خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقى، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، المحقق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، الناشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، الطبعة الأولى: 1400هـ/1980م 1404هـ/1984م، الطبعة الثانية 1413هـ/1993م، الجزء 16.
- 3- ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج إبراهيم الثميني، كتاب النيل وشفاء العليل، تصحيح بكلي عبد الرحمن بن عمر، المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي، الجزائر، الطبعة الثانية، 1387، هـ 1967م إلى سنة 1389هـ، 1969م الجزء الثالث.
- 4- محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، دار الفتحة، بيروت، ودار التراث العربي، ليبيا، ومكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثانية، 1392هـ -1972م، الجزء 13.
- 5- محمد بن صالح حمدي، نظرية الاستحلاف في الأموال في الاقتصاد الإسلامي، جمعية التراث الجزائر الطبعة الأولى، سنة الطبع 1425 هـ -2004 م.
- 6- محمود مصطفى عبود آل هرموش، معجم القواعد الفقهية الإباضية، مراجعة وتحرير أ. د. رضوان السيد إشراف الشيخ عبد الله بن محمد بن عبد الله السالمي، دون دار نشر، ودون سنة النشر، ودون طبعة.

ثانياً الفقه المالكي:

1. أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، 1409هـ/1989م، دون طبعة الجزء السابع.

2. ابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1431هـ-2010م الجزء الثاني.
3. الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون سنة نشر، ودون طبعة، الجزء الرابع.
4. الخطاب الرّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر الطبعة الثالثة، 1412هـ-1992م، الجزء السادس.
5. الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق محمد الحبيب ابن الخوجة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر عام النشر: 1425 هـ -2004 م دون طبعة الجزء الثاني.
6. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة النشر الطبعة الثانية، 1424 هـ -2003 م، الجزء الثالث.
7. ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1432 هـ -2011 م.
8. ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى 1406هـ -1986م الجزء الثاني.
9. الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، الجزء الثالث.
10. محمد سكال الحاجي، المهذب في الفقه المالكي وادلته، دار القلم دمشق دار الوعي، الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة الأولى 1431هـ-2010م، الجزء الثاني.
11. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ-1994م، الجزء الرابع.

### ثالثاً الفقه الحنفي:

- 1- أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420 هـ -200 م، الجزء التاسع.
- 2- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، 1414هـ-1993م، دون طبعة، الجزء التاسع



- 3- ابن عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر - بيروت)، الطبعة الثانية، 1386 هـ / 1966 م، الجزء الرابع.
- 4- الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406 هـ - 1986 م، الجزء السابع.
- 5- ابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر، لبنان)، الطبعة الأولى، 1389 هـ - 1970 م الجزء السابع.

#### رابعاً الفقه الشافعي:

- 1- التُّسُولِي، البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) المحقق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1998 م، الجزء الثاني.
- 2- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة الطبعة الأولى، 1417 هـ، الجزء السابع.
- 3- الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، دار القلم دمشق، 1967 م، الطبعة الثالثة 1432 هـ 2011 م، الجزء 03.
- 4- السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411 هـ - 1990 م.
- 5- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1999 م الجزء السابع.

#### خامساً الفقه الظاهري:

- 1- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالأثار، تحقيق عبد الغفار، سليمان البنداوي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2003 م/1425 هـ الجزء الثامن، كتاب الهبات.

خامساً: الكتب المتخصصة.

1. إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، الطبعة الأولى، 1402 هـ/1982م، الطبعة الثانية 1403هـ/1983م.
2. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية للتراث، دون مكان النشر، الطبعة الرابعة، 2003م.
3. دقايشية احكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية دار هومة للطبع والنشر الجزائر دون سنة النشر ودون طبعة.
4. حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2015 بدون طبعة.
5. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة 2004.
6. الشيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة - الوصية - الوقف دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هوم للطباعة والنشر، دون سنة النشر، ودون طبعة.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية - الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار احياء التراث العربي، دون سنة النشر، وبدون طبعة، الجزء الخامس، المجلد الثاني.
8. عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع - الرياض، بدون سنة النشر، الطبعة الأولى، 1434 هـ - 2013م.
9. علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الاسلامي وأثره على البيوع المعاصرة. دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن 1432هـ/2004 م. الطبعة الاولى.

10. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، الطبعة الأولى: 1402هـ/1982م، الجزء الأول والثاني.
  11. محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية 1415هـ/1994م.
  12. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الثانية، الجزء الرابع.
- سابعاً: الكتب القانونية.

1. أحمد نشات، رسالة الإثبات، دون دار النشر، دون سنة النشر، الطبعة السابعة، الجزء الثاني.
2. أحمد خالدي، الحيابة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة دار هومة للطباعة والنشر الجزائر 2014
3. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، ديوان دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2007، الجزء الأول.
4. عمر زودة، الاجراءات المدنية والادارية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء، دون دار النشر، بدون سنة النشر، الطبعة 2015
5. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر العقار، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، بدون سنة النشر، الطبعة الثامنة 2018.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، المرجع السابق.
7. محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الهدى للطباعة والنشر عين مليلة الجزائر سنة الطبع 2011.

8. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والاصلية في ضوء التشريع المغربي دار النشر شركة هلال والعربية للطباعة والنشر، بدون سنة النشر، الطبعة الثانية 1987، الجزء 02.
9. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، دون سنة النشر، الطبعة 2009.
10. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة النشر ودون طبعة.

### ثامناً: الموسوعات الفقهية.

- 1-د. أسامة بن سعيد القحطاني، د. علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير، د. ظافر بن حسن العمري، د. فيصل بن محمد الوعلان، وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى، 1433هـ 2012م، الجزء الثامن.
- 2-محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية بدون سنة النشر الطبعة الأولى، 1430 هـ -2009م الجزء الثالث.
- 3-الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت الطبعة الثانية، ال جزء42.

### تاسعاً: الأطروحات.

- 1-البشير محمد عزدين الغرياني، اثر التقادم في الفقه الاسلامي، اشراف الدكتور محمد البشير البوزيدي، درجة الدكتوراه، تخصص أصول الدين، جامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، تونس، 1990.
- 2-صلاح خميس بركة، التقادم المكسب لملكية العقار دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون، لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، اشراف الدكتور ابراهيم احمد محمد الصادق الكاروي، جامعة أم درمان الاسلامية، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، 2012م.

- 3- محمد تقيه، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن رسالة دكتوراه الحقوق والعلوم الادارية اشراف الدكتور علي علي سليمان جامعة الجزائر 1996/1997.
- 4- محمد عبد الله منصر الحناني، الأحكام الشرعية في الحيازة مقارنة بالقانون اليمني، درجة الدكتوراه، تخصص القانون والفقه المقارن، إشراف الدكتور ابراهيم نورين ابراهيم، جامعة القران الكريم والعلوم الاسلامية، جمهورية السودان، 2015م.

### عاشراً: الرسائل الجامعية.

- 1- أثيلات سليمان محمد ابو صالح، التعدي على الحيازة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، إشراف الدكتور مولانا، تاج السر محمد حامد، جامعة أم درمان الاسلامية، السودان، السنة 1433هـ \_ 2016م.
- 2- أسامة أحمد عبد الرزاق، رد شهادة العدل وتطبيقها في المحاكم الشرعية قطاع غزة، لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، إشراف مازن إسماعيل هنية، 2006م-1426هـ.
- 3- إحسان عبد الله الحسن الشافعي، فقه سيدنا عمر بن الخطاب في الهبة والوصية والوقف دراسة مقارنة لنيل درجة الماجستير تخصص الفقه المقارن إشراف الدكتور عثمان أحمد عثمان جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2010م -1431هـ.
- 4- خير عبد الرضى خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، إشراف فضيلة دكتور يس شادلي، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، بمكة المكرمة، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه، 1401هـ-1981م.
- 5- زكريا سلامة عيسى شطناوي، الحيازة وتطبيقها في معاملات البنك الإسلامي الأردني، درجة الماجستير، تخصص الاقتصاد الإسلامي، إشراف الدكتور عبد الرؤوف خرابشة، الأردن، جامعة اليرموك، 1415 هـ -1995 م.
- 6- بوعروج فراح، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا في القضاء، الدفعة السادسة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005م/2008م

حادي عشر: المقالات.

- 1- الحمصي فريدة، تأثير الحياة في حق الرجوع عن الهبة، مجلة الدراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، المجلد 11 العدد 02 جوان 2019.
- 2- محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرعات، مجلة منازعات الأعمال، مجلة شهرية متخصصة، في العلوم القانونية، العدد 45 أكتوبر 2019، المغرب.
- 3- الوناس عبد الصادق، الحوز في عقود التبرع على ضوء مدونة الحقوق العينية، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 25، نوفمبر 2014.

ثاني عشر: المطبوعات.

- كحيل حكيمة، عقد الهبة مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلاي بونعامة خميس مليانة 2017/2018.

ثالث عشر: المجالات القضائية.

- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 02 - ملف 40 457 - المؤرخ في 21/04/1986.
- المجلة القضائية لسنة 1995 العدد 01 - ملف 121664 - المؤرخ في 07/06/1995.

رابع عشر: المواد القانونية.

- 1- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008.
- 2- قانون الاسرة الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم د في 26 سبتمبر 1975.
- 3- قانون المدني الجزائري الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.



## الملخص

من خلال دراستي للحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري يمكنني الخروج بهذا الملخص: الهبة عقد عيني وشكلي لا تتم إلا بالحيازة والتي تعتبر ركنا لانعقاده ويستوي ذلك في أن يكون محل الهبة عقارا أو منقولاً إذ أنها عند الجمهور عقد تبرع ينعقد بالإيجاب الواهب وقبول الموهوب له، ولا يثبت الملك فيه ولا يلزم إلا بالقبض، وهو ما تبناه المشرع الجزائري جاعلا الهبة عقدا ينعقد بالإيجاب والقبول والحيازة والرسمية في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول، وكلها أركان يرتب تخلفها البطلان المطلق .

## Summary

Through studying possession in the Hibah (gift) contract in Islamic jurisprudence and Algerian civil law this summary was drawn. The hibah is a Real contract that cannot be concluded except by possession which is considered a pillar for its conclusion. The same applies if the place of the hibah is a real or personal estate since hibah for the public is a donation contract that takes place with the offer of the donor and the acceptance of the donee and the ownership is not established except by qabd (actual possession). This is what the Algerian legislator adopted making the hibah a contract to be concluded by offer (Ijab) acceptance (qabul) possession and official status in real estate and special procedures in personal property all of which are pillars whose backwardness arranges absolute nullity .



فهرس

المحتويات العام

## فهرس المحتويات العام

الإهداء .....	
شكر وتقدير .....	
1.....	مقدمة
1.....	1-أسباب اختيار الموضوع:
1.....	2-أهمية الدراسة:
2.....	3-الإشكالية الرئيسية:
2.....	4-أهداف البحث:
3.....	5-مناهج البحث المتبعة: (ذكر المنهج وأسباب اعتماده)
3.....	6-حدود الدراسة
4.....	7-خطة البحث
5.....	8-الدراسات السابقة: (عنوان الدراسة ومؤلفها ومحاورها والإضافة عليها)
7.....	9-الصعوبات
9.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للحيازة وعقد الهبة
9.....	المبحث الأول: ماهية الحيازة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
9.....	المطلب الأول: تعريف الحيازة وبيان الألفاظ ذات الصلة بها
9.....	الفرع الأول: تعريف الحيازة
9.....	أولاً: التعريف اللغوي للحيازة
10.....	ثانياً: تعريف الحيازة في الفقه الإسلامي

11	.....	ثالثا: تعريف الحيابة في القانون المدني الجزائري
12	.....	الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالحيابة
15	.....	المطلب الثاني: عناصر الحيابة وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
15	.....	الفرع الأول: عناصر الحيابة وشروطها في الفقه الإسلامي
15	.....	أولا: عناصر الحيابة في الفقه الإسلامي
15	.....	ثانيا: شروطها الحيابة في الفقه الإسلامي
19	.....	الفرع الثاني: أركان الحيابة وشروطها في القانون المدني الجزائري
19	.....	أولا: أركان الحيابة في القانون الجزائري
20	.....	1-الركن المادي للحيابة:
20	.....	2-الركن المعنوي للحيابة:
20	.....	ثانيا: شروط الحيابة في القانون الجزائري
23	.....	المطلب الثالث: أدلة الحيابة المشروعة والغير المشروعة
23	.....	الفرع الأول: الأدلة على مشروعية الحيابة
24	.....	الفرع الثاني: الأدلة على تحريم الحيابة غير المشروعة
25	.....	المبحث الثاني: ماهية عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
25	.....	المطلب الأول: التعريف بعقد الهبة وتمييزه عما يشبهه من العقود الأخرى
25	.....	الفرع الأول: تعريف عقد الهبة
25	.....	أولا: تعريف عقد الهبة لغة
26	.....	ثانيا: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي:

28	.....	ثالثا: تعريف عقد الهبة في القانون الجزائري
29	.....	الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عما يشبهه من العقود الأخرى
29	.....	أولا: تمييز الهبة عن العقود الملزمة من جانب واحد
31	.....	ثانيا: تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة من جانبيين
33	.....	المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة وأركانه وشروطه
33	.....	الفرع الأول: خصائص عقد الهبة
33	.....	أولا: الهبة عقد ما بين الأحياء
33	.....	ثانيا: الهبة تصرف في مال بلا عوض
33	.....	ثالثا: نية التبرع
34	.....	رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني
34	.....	الفرع الثاني: أركان عقد الهبة وشروطه
34	.....	أولا: أركان عقد الهبة في الفقه الإسلامي
40	.....	ثانيا: أركان عقد الهبة وشروطه في القانون الجزائري
49	.....	المطلب الثالث: حكم الهبة ودليل مشروعيتها
49	.....	الفرع الأول: حكم الهبة
49	.....	الفرع الثاني: دليل مشروعية الهبة
51	.....	خلاصة الفصل الأول
57	.....	الفصل الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للحيازة في عقد الهبة
57	.....	المبحث الأول: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول طبيعة الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي .....	57
الفرع الأول: القول الأول القبض "الحيازة" شرط صحة في عقد الهبة .....	57
الفرع الثاني: القول الثاني القبض "الحيازة" شرط تمام في عقد الهبة .....	62
الفرع الثالث: القول الثالث القبض "الحيازة" لا شرط تمام ولا شرط صحة في عقد الهبة .	64
الفرع الرابع: الترجيح .....	67
المطلب الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القانون وفي القضاء الجزائري .....	67
الفرع الأول: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في التشريع الجزائري .....	67
الفرع الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القضاء الجزائري .....	70
المبحث الثاني: طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .....	73
المطلب الأول: إثبات الحيازة في عقد الهبة بواسطة المعاينة وشهادة الشهود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .....	73
الفرع الأول: المعاينة وسيلة من وسائل إثبات الحيازة في عقد الهبة .....	73
الفرع الثاني: شهادة الشهود من طرق إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .....	77
المطلب الثاني: إثبات الحيازة في عقد الهبة من خلال الإقرار والقرائن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .....	84
الفرع الأول: الإقرار في إثبات الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .....	84

الجزائري	89
خلاصة الفصل الثاني	93
خاتمة	96
فهرس الآيات القرآنية	100
فهرس الأحاديث النبوية	101
فهرس الأعلام المترجم لهم	102
قائمة المصادر والمراجع	104
الملخص	115
فهرس المحتويات العام	117

تم بحمد الله