الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الشّعبية

وزارة التّعليم العالي والبحث العلميّ

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد • كلية الحقوق والعلوم السياسية • المجلس العلمي

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية

كلية

الحقوق والعلوم السياسية

بيانات الدّورة

رقم الدّورة	تاريخ الدّورة	طبيعة الدّورة	
		عادية	استثنائية
05	2026 / 01 / 15	X	☐

ومن بين النقاط المدرجة في جدول أعماله

المصادقة على تقارير تقييم المحاضرات/أعمال موجهة

عرض الملف: مطبوعة أعمال موجهة خاصة بالأستاذة عمير هاجرة بعنوان: "القانون المالي للأسرة"، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، قانون التوثيق.

قرر المجلس العلمي بتاريخ 07-07-2025 تعيين الأستاذة العرابي خيرة و الأستاذ داودي براهيم كمقررين:

1. تقدمت الأستاذة العرابي خيرة بتقرير إيجابي مؤرخ في 2026/01/08
2. تقدم الأستاذ داودي براهيم بتقرير إيجابي مؤرخ في 2025/10/26

الرأي والتوصية: الموافقة

حرر هذا المستخرج بطلب من المعني للعمل به وفق ما يقتضيه القانون

رئيس المجلس العلمي للكلية
الأستاذ الدكتور فاصلة عبد اللطيف

نائب العميد
الأستاذ دراعو توفيق

أ. دراعو توفيق
نائب العميد المكلف بالدراسات ما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية لكلية الحقوق والعلوم السياسية بالنيابة

أ.د. فاصلة عبد اللطيف
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق والعلوم السياسية

المجلس العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
كلية الحقوق والعلوم السياسية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
Ministry of Higher Education and scientific research
University of Oran 2 Mohamed Ben Ahmed

جامعة وهران 2

السنة أولى ماستر
تخصص
قانون التوثيق

سلسلة محاضرات لطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
المجلس العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون المالي للأسرة

من إعداد الأستاذة: د.عمير هاجرة

GoogleScholar: https://scholar.google.com/citations?user=Rq2Y1bwAAAAJ&hl=fr

ORCID : https://orcid.org/0000-0002-2401-9940

مخبر الاجتهاد القضائي في المادتين الجنائية والعقارية
الجزائر

2025/2024

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
Ministry of Higher Education and scientific research
University of Oran 2 Mohamed Ben Ahmed

السنة أولى ماستر

تخصص

قانون التوثيق

سلسلة محاضرات لطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون المالي للأسرة

من إعداد الأستاذة: د.عمير هاجرة

GoogleScholar: https://scholar.google.com/citations?user=RqZY1bwAAAAJ&hl=fr :

ORCID : https://orcid.org/0000-0002-2401-9940

مخبر الانتماء:الحماية القانونية والاجتماعية للطفل

2025/2024

الفهرس

مقدمة: 3

الفصل الأول: النظام المالي للزوجين. 6

المبحث الأول: نظام الانفصال المالي بين الزوجين. 7

المطلب الأول: مفهوم الذمة المالية المستقلة بين الزوجين. 8

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن استقلال الذمة المالية للزوجين. 12

المبحث الثاني: نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.....14

المطلب الأول: مفهوم نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.....15

المطلب الثاني: نتائج الأخذ بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين. 22

الفصل الثاني: التصرفات التبرعية.....26

المبحث الأول: الهبة والوصية.....27

المطلب الأول: الهبة في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. 28

المطلب الثاني: الوصية في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. 54

المطلب الثاني: الوقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....73

خاتمة. 87

قائمة المصادر والمراجع 89

مقدمة:

يعتبر القانون المالي للأسرة مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة والتي تنظم المسائل المتعلقة بالجانب المالي للأسرة سواء ما تعلق منها قبل بدء الحياة الزوجية أو أثناءها أو عند انتهائها في المسائل الخاصة بنظمهم المالية، كما يشمل أيضا تنظيم جانب التبرعات من هبة ووصية ووقف. والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية وحتى المشرع الجزائري قد أولوا أهمية عظيمة لمسألة الجوانب المالية على مستوى الأسرة –وهذا من خلال استقراء النصوص الشرعية والقانونية– فنظمت أحكامها ورتب على العلاقة التي تربط بين الزوجين حقوق وواجبات مالية بينهما كما حددت نصيب كل زوج وما له وما عليه.

ومن بين النظم المالية التي يتم من خلالها تنظيم مال الزوجين يوجد نظام استقلالية الذمة المالية ونظام الاشتراك المالي؛ وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تألف إحدا هاته الأنظمة ولم تتعرض لأحكامها، لأنها من الأنظمة الغربية الحديثة والدخيلة على المجتمعات العربية على وجه العموم والمجتمع الجزائري خصوصا، والمشرع الجزائري نجده في هذا قد حذا حذو الشريعة الإسلامية في أخذه بأحكام إحدى هاته الأنظمة، منتهجا في نفس الوقت النظام الحديث التي جاءت به التشريعات الغربية أسوة في ذلك بما عمدت إليه التشريعات العربية.

وبما أن القانون المالي للأسرة ينصب على الجانب المالي؛ والمال من الضروريات التي لا تستقيم مصالح المجتمع إلا به، كما أنه من حاجيات عمارة الأرض وحسن الاستخلاف فيها وعصب الحياة وزينتها مصدقا لقوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[1]، فهو أيضا من الأدوات التي يكفر بها الإنسان عن خطاياه والتي من خلالها يزكي بها عن نفسه وعن ماله، ويتقرب بها أيضا من الله ابتغاء الثواب والمغفرة والزيادة في ماله والبركة فيه، ومن أوجه ذلك التكفير عقود التبرعات من هبة ووصية وكذا من خلال الوقف، مع مراعاة الضوابط

[1]– الآية 46 من سورة الكهف.

الشرعية والأحكام التي حددها الشريعة الإسلامية وفصلت في مسائلها، وكذلك ما أطره المشرع الجزائري من أحكام في قانون الأسرة والقوانين الملحقة به.

ومن سياق ما سبق ذكره؛ تهدف هاته الدراسة إحاطة الطالب بالجوانب المالية للأسرة من خلال التعرض إلى النظام المالي المتبع في التشريع الجزائري، وحتى في إحدى التشريعات المقارنة، وكذا الوقوف على عقود التبرعات من هبة ووصية ووقف مع الإلمام بأحكامها وأركان كل عقد منها والآثار المترتبة عنها وما يدور حول كل عقد منها مسائل شرعية وقانونية.

وفي هذا يثور التساؤل التالي: إلى أي مدى نظم المشرع الجزائري المسائل المالية المتعلقة بالأسرة؟.

ويتفرع عن هذا التساؤل أئلة فرعية تتمثل في التالي:

- ✓ ماهو النظام المالي المتبع في التشريع الجزائري؟
- ✓ فيما تتمثل التصرفات التبرعية؟
- ✓ ما هي الأحكام التي تقوم عليها التصرفات التبرعية؟
- ✓ هل تعتبر الوصية والوقف عقودا أم تصرفات بإرادة منفردة؟

وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية تم تقسيم هاته الدراسة إلى فصلين وهما كالتالي:

الفصل الأول: النظام المالي للزوجين.

الفصل الثاني: التصرفات التبرعية.

الفصل الأول: النظام المالي للزوجين.

يعتبر النظام المالي من أهم الجوانب المادية للزواج؛ والذي هو عبارة عن مجموع القواعد القانونية أو المتفق عليها والتي تحكم العلاقات المالية بين الزوجين، وبينهما وبين الغير، وذلك بتنظيم علاقة كل زوج بأمواله وأموال الزوج الآخر، وعلاقة كل من هذين الزوجين بالديون المترتبة في ذمة الزوج الآخر من جهة، وعلاقته بها في مواجهة الغير من جهة ثانية، وما تتطلبه الحياة الحياة المشتركة بينهما من مساهمة كل واحد في الأعباء والتكاليف العائلية من أجل تعليم الأولاد وتربيتهم. والجدير بالذكر في هذا المقام أن التشريعات القديمة، وبعض من التشريعات المعاصرة قد أولت عناية كبيرة للنظام المالي للزوجين على غرار الشريعة الإسلامية السمحاء الذي يعتبر هذا النظام غريبا عليها نوعا ما، ولجوء التشريعات العربية إلى وضع أحكام للعلاقات المالية بين الزوجين متأثرة في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية، تختلف في مفهومها وأحكامها ومضامينها عن التشريعات الغربية.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد اتجه مؤخرا إلأى التنصيص على أنظمة استلهما من الفقه الغربي خاصة ما يتعلق بالنظام المالي للزوجين، حيث نظم أحكام هذا النظام في قانون الأسرة الجزائري وهذا وفقا للأمر 05-02[1]، نجده قد أخذ كأصل عام بنظام استقلالية الذمة المالية للزوجين وفق أحكام هذا القانون، وفتح باب الخيار للزوجين للاتفاق على تطبيق نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، ووفقاً لظوابط محددة. وتأسيسا على ذلك تستدعي الدراسة إحاطة الطالب بالنظام الإنفصال المالي للزوجين مع الوقوف على الأحكام التي جاءت بها الشريعة الاسلامية والتي استله المشرع الجزائري أحكامه ومبادئه منها (**المبحث الأول**)، ثم التعريج على نظام الاشتراك المالي للزوجين مع الإشارة إلى النقاط التي تأثر به المشرع الجزائري بالنظم الغربية والتي اقتبس احكامه منها (**المبحث الثاني**).

[1] – الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

المبحث الأول: نظام الانفصال المالي بين الزوجين.

يعتبر نظام الإنفصال المالي أو ما يعرف بمبدأ استقلالية الذمة المالية بين الزوجين مبدأ أصيل شرعت أحكامه وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية وفقهها الزاخر، واقتفى أثره التشريع الجزائري من خلال اعتماده كأصل عام يعتمد عليه في تنظيم الأمور المالية بين الزوجين. ومما لاشك فيه أن هذا المبدأ يختلف من حث الخصائص عن تلك التي تميز نفس المبدأ في القوانين الغربية ومن بينها القانون الفرنسي؛ حيث في ظل هذا الأخير يستطيع كل زوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه، فيظل كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر من الناحية المالية، ويبقى مسؤولا عن ديونه سواء قبل الزواج أو بعده.باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد. في حين في الشريعة الإسلامية تبقى الزوجة محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها –كما كان وضعها قبل الزواج–دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها في تكاليف الحياة وتربية الأولاد، ولذلك فإن هاته المسألة تستدعي إحاطة الطالب بمفهوم الذمة المالية المستقلة بين الزوجية (المطلب الأول)، ثم التعريج على النتائج المترتبة عن استقلال الذمة المالية للزوجين (المطلب الثاني)، مع تبيان موقف المشرع الجزائري في كل محطة من محطات هاته الدراسة.

المطلب الأول: مفهوم الذمة المالية المستقلة بين الزوجين.

يترتب على افصال الأموال المكتسبة بين الزوجين انفصال ذممهم المالية، فتكون لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الزوج الآخر. وحتى يتم التفصيل في مفهوم الذمة المالية المستقلة لابد من التعرض إلى تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في الفقه الإسلامي (**الفرع الأول**)، ثم الإشارة إلى تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في التشريع الجزائري والتشريعات الغربية الحديثة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في ضوء الفقه الإسلامي.

يقصد بالذمة العهد والضمان والكفالة وهذا عند علماء اللغة[1]، وأما في اصطلاح الفقهاء فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية سواء القدامى أو المعاصرين في تحديد

[1]– أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة الطبع، ص.31.

مدلولوها، فالذمة المالية يراد بها وصف يصير به المكلف أهلا للالتزام واللزوم حسب قول البعض[1]، وهناك من قال بأن الذمة لا يراد بها إلا النفس؛ والنفس إما أن تكون صالحة للتكليف (أهلية الأهداء)، أو غير صالحة للتكليف (أهلية وجوب) ، وقد عرفها المالكية بأنها: "معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام، ثم أتبع ذلك بما يدل على قصده فقال: "إن هذا المعنى جعله الشارع مبنيا على أشياء خاصة؛ منها البلوغ والرشد وعدم الحجر، فمن اجتمعت فيه هذه الصفات رتب الشارع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه والتزامه بتصرفاته". وذهب الشافعية إلى تعريف الذمة المالية بقولهم: "بأنها معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام أي لإلزامه من قبل غيره كالشارع ولالتزامه بعباراته"[2]. وبالرجوع إلى الفقهاء المعاصرين نجد السنهوري قد عرف الذمة المالية على أنها: " وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلا للالزام والالتزام، أي صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات"[3]، وعرفها الإمام أحمد أبو زهرة بأنها: "أمر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محلاً للالتزام والإلزام"[4]، وعرفها مصطفى الزرقا بأنها: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"[5]. وتأسيسا على ذلك فالذمة إذن وعاء اعتباري قدرته الشريعة الإسلامية في الإنسان حتى يكون قادرا على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويترتب على ربط الذمة المالية بالإنسان؛ أن يكون لكل إنسان ذمة مالية لا تنفصل عنه، وما دام الإنسان واحداً لا يتعدد فإن الذمة كذلك واحدة لا تتجزأ، وعليه استلزم ذلك أن يكون لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر[6].

---

[1] – الزمخشري، أساس البلاغة، دار الفكر، لبنان، لسنة 1979، ص.25.

[2] – أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، الفروق الفقهية (أنوار البروق في أنواع الفروق)، تحقيق: محمد أحمد سراح وعلي جمعة محمد، الفرق الثالث والثمانون والمائة بين قاعدة الذمة وبين قاعد أهلية المعاملة، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة –مصر– لسنة 2001، ص.158.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لسنة 1998، ص.20.

[4] – محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة –مصر– لسنة 1964، ص.16.

[5] – مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق –سوريا– لسنة 1999، ص.201.

[6] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن (حق الملكية)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت –لبنان– لسنة 2009، ص.ص.223–224.

وبالرجوع إلى موضوع الدراسة والمتمثل في القانون المالي للأسرة نجد أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بأموال الزوجين، وعملت على تنظيمها وفق مناهج تتلاءم وتتوائم مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي يعيشها الزوجين. ومما لاشك فيه أن المبدأ الأساسي المعمول به وفق أحكام الشريعة الإسلامية هو استقلال كل زوج بذمته المالية، ودليل ذلك قوله تعالى: " وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا ۖ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ"[1]. وقوله أيضا: " فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"[2]. فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولاً أو عقاراً اكتسب قبل الزواج أو بعده، فالمهر المفروض للزوجة مثلاً هو حق خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج وليس لأحد حق في شيء منه سواء في ذلك الزوج أو غيره، ودليل ذلك قوله تعالى: " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا"[3].

ومن سياق ما سبق ذكره يبدو أن مبدأ انفصال الذمم المالية واستقلالها؛ هو مبدأ مستوحى من تعريف الطمة المالية لدى الفقهاء، وفقا لهذا الطرح فإن انفصال الذمة المالية للزوجين يراد به: "أن يستأثر كل من الزوجين بأمواله، وتشمل الأموال كل الحقوق المالية، وهي متنوعة منها: الحقوق العينية الأصلية (كحق التملك وما يترتب عليه من سلطات منها حق التصرف، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، وحق الاستعمال، وحق السكن، وحق الإيجار الطويل المدى)، والحقوق العينية التبعية (كحق الرهن، وحق الإمتياز)، والحقوق الشخصية (والتي هي الالتزامات أو رابطة المديونية، وهي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل)، وكذا الحقوق غير المادية كحقوق الملكية الذهنية (الأدبية والصناعية)[4]. وبناءً على ذللك فإن لكل زوج الحق في الاستئثار بماله؛ عقاراً كان أو منقولاً أو منفعة، فله الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وهو ما يستلزم بالضرورة أن يكون كل منهما له الملكية الكاملة على أمواله الخاصة به بغض النظر عن وقت تملكها قبل الزواج أو بعده، وتكون هاته الملكية مستقلة عن

---

[1] – الآية 32 من سورة النساء.

[2] – الآية 04 من سورة النساء.

[3] – الآية 229 من سورة البقرة.

[4] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.224-180.

الملكية الخاصة بالزوج الآخر، وعن الملكية المشتركة بين الزوجين[1]. والجدير بالذكر في هذا المقام أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد منحت للمرأة حق انفرادها بذمة مالية مستقلة عن زوجها، كما لها حق التمتع والتصرف في جميع المعاملات ولها الأهلية الكاملة في ذلك (باستثناء عقود التبرع التي جعلها موقوفة على إقار الزوج في حال تجاوزت الثلث من تركتها)، وبذلك يكون الإسلام سباقا على غيره من الشرائع الأخرى وكذا على القوانين الغربية في اعترافه للزوجة بحقوقها المالية لتحقيق كيانها البشري والاقتصادي بما يسمح لها بتموقع أفضل داخل الأسرة بما يحفظ كرامتها وتقديرها[2].

الفرع الثاني: تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في التشريع الجزائري والتشريعات الغربية الحديثة.

بعد ما تم التطرق في المحطة السابقة لتعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في منظور الفقه الإسلامي، فإن الدراسة تستدعي أيضا إحاطة الطالب بتعريف الذمة المالية المسقلة للزوجين في التشريع الجزائري (أولاً)، ثم في الترشيعات الغربية الحديثة (ثانياً).

أولاً: تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين وفق أحكام التشريع الجزائري

نظم المشرع الجزائري أحكام الذمة المالية المستقلة في قانون الأسرة الجزائري، والذي حسم من خلال نص المادة 37 من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري مسألة النظام المالي للزوجين، والذي أقر من خلالها مبدأ استقلالية الذمة المالية وأخذها بها كأصل عام في ذلك، حيث نصت المادة أعلاه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...". والملاحظ من هذا النص أن المشرع لم يعرف استقلالية الذمة المالية للزوجين وإنما نص على الأساس أو المبدأ الذي أخذ به لمعالجة الأحكام المالية بين الزوجين، ووفقا لهذا النص فإن لكل من الزوجين الحرية في التصرف في ممتلكاتهما عقارية كانت أو منقولة بالبيع أو بالإيجار أو شراء ممتلكات دون تدخل من الطرف الآخر، بحيث يبقى عقد الزواج بعيدا لا دخل له ولا يؤثر في أموال الزوجين الزوجين التي تكتسب قبل أو بعد الزواج، فكل زوج له

[1] – جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين –قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة)، مجلة المعيار، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة تسمسيلت، ديسمبر 2015، ص.176.

[2]– محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2005، ص.250.

حرية إدارة أمواله والتصرف فيها مع بقاء الزوج ملزما شرعاً وقانوناً بواجب الإنفاق على الأسرة[1].

ويعتبر استحداث المادة 37 من قانون الأسرة خطوة فريدة من نوعها؛ وهذا لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله، وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما معاً بالأموال المشتركة المكتسبة في مدة الزواج، وهذا ما يسمى النظام المالي للزوجين. واللافت للانتباه أن المادة أعلاه لاتفرض أي نظام مالي على المقبلين على الزواج، بل تترك لهم الحرية في اختيار العلاقات المالية التي تناسب مصالحهما المادية والاقتصادية، وتحديد ذلك سواء في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، غير أنه في حال عدم اتفاق الزوجان على نظام مالي معين، فحينها يخضعان خلال الحياة الزوجية أو بعد انتهائها بالطلاق أو بالوفاة –وفق مبدأ المساواة بين الزوجين مع الأخذ بالأحكام المعمول بها فيما يخص الحقوق والواجبات الناتجة عن الزواج وبالنظام العام المتبع– للنظام المالي الذي يفرضه القانون المنصوص عليه في المادة 37 أعلاه[2].

وتجدر الإشارة أن الأخذ بمبدأ استقلالية الذمة المالية –والمعمول به كأصل عام في المنظومة الجزائرية– يترتب عليه استقلال الديون المستحقة على كل منهما عن الآخر، وكذا استقلال كل منهما بالوفاء بالديون المترتبة بذمته للغير، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 37 الفقرة الأولى لم ينص على ذلك، تاركاً الأمر لأحكام الفقه الإسلامي (المادة 222)[3]، وإلى الأحكام العامة في الالتزام والتنفيذ الجبري الوارد في القانون المدني[4]. كما لم ينص على مسألة مهمة وهي المقاصة في دين النفقة، وهذا عند النزاع في مسائل النفقة بما على الزوجة

---

[1] – زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص لسنة 2025، ص.145.

[2] – بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2014، ص.151.

[3] – نصت المادة 222 من 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ا المؤرخ في 09 جوان 1984،ج.ر، ع.24، الصادر بتاريخ 1984/06/12، المعدل والمتمم والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[4] – حداد فاطمة، الذمة المالية للمرأة المتزوجة –استقلالية قانونية واتحاد فعلي في الشتريع الجزائري، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الرابع، العدد 18، أفريل 2017، ص.67.

من ديون اتجاه زوجها، لاسيما أن هذا الأمر يمكن أن يحدث بين الزوجين لحل الخصومة المتعلقة بالديون الشخصية للزوجين-وخاصة بعد تعديل قانون الأسرة وأقرار المشرع لمبدأ استقلالية الذمة المالية- ففي حال ما إذا طلب الزوج المقاصة بين نفقة زوجته، ودين له عليها، لا يجوز لقضاة الموضوع الإجابة إلى طلبه إلا إذا كانت موسرة قادرة على أداء الدين من مالها[1].

ثانيا: تعريف الذمة المالية المستقلة للزوجين في التشريعات الغربية الحديثة.

على عكس المنظور الإسلامي لفكرة الذمة المالية، فلا تعني هاته الأخيرة في ضوء القوانين الغربية سوى الحقوق والالتزامات المالية فقط دون غيها من الحقوق والالتزامات ذات الطابع المعنوي أو غير المالي؛ فهي بهذا المعنى وعاء تجتمع فيه ديون الشخص، لتشكل وحدها ضماناً عاماً للدائنين في استيفاء حقوقهم، ولتكون محلاً للتنفيذ عليها إذا ما عجز المدين أو امتنع عن الوفاء بديونه[2]. ولقد تطورت فكرة الذمة المالية في النظم الغربية لتصير في الوقت الحاضر إمكانية وحدود ذمة مالية دون أن تسند إلى شخص معين، كما تم إقرار تعدد الذمم المالية لدى الشخص الواحد (كالتاجر الذي له شركتان لكل واحد ديون وأموال مستقلة عن الآخر). وفي ضوء ذلك برزت نظرية جديدة سميت **بذمة التخصيص**، هذه الأخيرة قد ترعرعت على وجه الخصوص في الفقه الألماني، قبل أن تجد صداها في أغلب التشريعات المعاصرة. والذمة وفق هذه النظرية هي مجموعة من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين، وما يجمع بين عناصرها فيجعل منها ذمة مالية، ليس ثبوتها لشخص معين وإنما تخصيصها لغرض معين، بحيث يمكن أن توجد الذمة بهذا المعنى ولو لم تكن مستندة على شخص، فهي تجعل العبرة في وجود الذمة المالية بالغرض الذي يخصص له مجموع معين من الحقوق والالتزامات، ولذلك سميت بذمة الغرض أو التخصيص[3]. وقد كانت هذه الأفكار هي التوجه العام التي صارت عليه معظم التشريعات الغربية، حيث اتفقت كل هذه القوانين على أن الأموال التي يكتسبها كل من الزوجين تكون مشتركة بينهما، وما يقتصده كل واحد

---

[1] – بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.164.

[2] – عبد العزيز أبو غنيمة، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثارها في أحكام التركات وتصفية الديون، الطبعة الأولى، دار مرجان للطباعة، دون بلد النشر، لسنة 1982، ص.23.

[3] – حداد فاطمة، الذمة المالية للمرأة المتزوجة، مرجع سابق، ص.65.

منهما يكون داخلاً في المال المشترك، والجدير بالذكر في هذا الشأن أن بعض القوانين قد رتبت على مبدأ اشتراك الذمم بين الزوجين ضرورة التقسيم المتساوي لكل المكتسبات التي تراكمت خلال حياتهما الزوجية[1].

غير أنه بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده قد نظم أموال الزوجين بشكل مغاير نسبياً، إذ منح الخيار للزوجين في تحديد النظام المالي الذي يوافق مصالحها المالية –سواء كان نظام فصل الأموال أو نظام الأموال المشتركة أو نظام المشاركة في المكتسبات– لكن في ظل غياب نظام اتفاقي تخضع العلاقات المالية حتما لنظام الاشتراك القانوني الذي يفرضه القانون المدني، وهذا ما نصت عليه المادة 1536 من القانون المدني الفرنسي؛ ووفق لهذا النص فبمجرد أن يتفق الزوجان في عقد الزواج على استقلال الذمة المالية، ينفرد كل زوج بإدارة ممتلكاته الخاصة ويتصرف فيها بكل حرية، ويبقى كل زوج ملتزما تجاه ديونه الشخصية، سواء كان ذلك قبل الزواج أو بعده، باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد[2]. وإذا كانت جل تشريعات الدول الإسلامية تأخذ بنظام فصل ذمم الزوجين المستمدة من الشريعة الإسلامية، فإن نظام الاشتراك المعمول به في القوانين الغربية لا يرتكز على أسس دينية بقدر ما هو نتاج للفكر القانوني الحديث[3].

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن استقلال الذمة المالية للزوجين.

يترتب على استقلال الذمة المالية للزوجين استئثار كل منهما بماله، ولا يعني ذلك أن كلا منهما يتولى الإنفاق على نفسه، بل إن النفقة الزوجية واجبة على الزوج حسب وسعه، وهي حق لزوجته ما لم يثبت نشوزها. ومن النتائج المترتبة عن استقلال الذمة المالية للزوجين حرية الزوجة في التصرف في مالها (الفرع الأول)، الديون المستقلة المستحقة على كلا الزوجين (الفرع الثاني).

---

[1] – عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع نفسه، ص.66.

[2] - Art 1536.C.Civ. F : « Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage… »

[3] – رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 2001، ص.381.

الفرع الأول: حرية تصرف كل من الزوجين في ماله.

يحق للزوج التصرف في ماله بكل حرية ولا سلطة للغير عليه مادام بالغاً عاقلاًن كما تتمتع الزوجة في الإسلام بالأهلية الكاملة التي تخول لها القيام بالتصرفات القانونية والمالية من بيع وإيجار ورهن ووكالة وشفعة وهبة وغير ذلك من التصرفات التي تكون أهلاً للقيام بها مثلها مثل الرجل، ودليل ذلك قوله تعالى: " وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"[1]. وقوله أيضاً: " لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا"[2]. ووفق لهاته الأدلة الشرعية ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن الزوجة البالغة العاقلة تبقى مالكة لجميع الأموال التي جاءت بها قبل الزواج، وتلك التي اكتسبتها أثناء الحياة الزوجية، ولحق الحق في التصرف فيها سواء بعوض أو دون عوض[3]، وخالفهم في ذلك الإمام مالك في جانب التبرعات، التي قيد فيها أهلية الزوجة باشتراط حصولها على إذن زوجها فيما زاد على الثلث[4].

---

[1] – الآية 12 من سورة النساء.

[2] – الآية 07 من سورة النساء.

[3] – بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، لسنة 1984، ص.ص.370-371.

[4] – بشير يوسف مصطفى عاشور، المرجع نفسه، ص.374.

واستثناء المالكية تقييد أهلية الزوجة في عقود التبرعات وجعلها موقوفة على إقرار الزوج فيما زاد على الثلث، فهناك من يرى أن سبب هذا الاستثناء راجع لحماية مصالح الأسرة، فطالما أن الزوج هو رب الأسرة والساهر على حماية مصالحها المادية والحفاظ عليها، وذلك لما تنطوي عليه التصرفات دون عوض من خطر وافتقار للذمة المالية، ولكونهوريثا أيضا في حال وفاة زوجه، فيحق له التدخل ومنعها من التبرع فيما زاد على الثلث من مالها، وهذا خشية ضياع حقه فيما يخص أخذ نصيبه من التركة. يراجع. مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد الثالث، العدد الثاني، أدرار –الجزئر–، ديسمبر2004، ص.49. خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها –بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش– المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان –الجزائر– جوان 2018، ص.ص.124-125.

والظاهر أن هذا الرأي فيه نوع من الصواب فالرجل قوام على المرأة ويقع عليه واجب الإنفاق، فكيف للمرأة أن تقوم بتضييع مالها كله بالتبرع حتى وإن كان على وجه البر والاحسان ويسعى هو السعي الحثيث لإنماء الأسرة ودفع مصاريفها حتى وإن اشتد به الامر واستدان دون أن يترك أهله دون إنفاق، فليس من باب العدل وهو أعلى من المساواة أن يترك تصرف المرأة في جميع مالها على وجه التبرع على نحو الإطلاق، لأن في هذه الحالة سيكون هناك

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة والذي انتهج فيه المشرع الجزائري مبدأ استقلالية الذمة المالية كأصل عام، والذي من خلال هذا المبدأ أجاز للزوجة في أن تستقل بملكيتها الخاصة، وتتصرف فيها بدون إذن زوجها، مهما كانت طبيعة التصرفات، فلها تسيير وإدارة أموالها أو وضعها أو سحبها من حسابها الجاري في البنك. ووفقا لذلك وعملاً بالمادة 222 من قانون الأسرة وتطبيقا للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني يحق للزوجة التمتع والتصرف في ملكها بذاته وعناصره الجوهرية[1]، ولها استعماله كما تشاء بالتبرع أو بالتصرف أو بحتى إتلافه دون حد لسلطتها في ذلك -أي دون توقف تصرفها على إقرار الزوج- إلا ما يفرضه القانون عليها من قيود، واستغلاله من خلال قبض ثماره والحصول على ريعه وغلته[2]. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد شار نهج الجمهور في إعطاء الزوجة الأهلية الكاملة في العقود التي تكون بعوض ودون عوض (عقود التبرع) أو أن تتقيد حريتها في التبرع بمالها بإذن زوجها فيما زاد على الثلث ويكون المشرع بذلك قد خالف المذهب المالكي، ودليل ذلك نص المادة 205 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً، أو منفعة، أو دينا لدى الغير" وبالنسبة للوصية فهي موقوفة على إجازة الورثة سواء كان زوجا أو زوجة.

وأما بالنسبة لتصرفات الزوجة القاصرة، فهناك خصوصية بالنسبة لها في حال ترشيدها لإبرام التصرفات القانونية، ويثور التساؤل في المواد 37 و83 و07 من قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الآثار المترتبة عن ترخيص القاضي للزوج القاصر، فبعد أن قررت المادة 07 من القانون أعلاه ترشيدهما للإكتسابهما أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات، هذا في حال ما اعتبر هذا الترخيص القضائي من قبيل الأوامر الولائية حسب

تضييق على الزوج. ومن باب الإنصاف أيضا فهذا الرأي لا ينطبق على كل الرجال، فهناك من الرجال من يتحملون الشدائد من أجمل المحافظة على صلاح العائلة وحمايتها وتنميتها، وهناك من الذكور من يسعون لخرابها ويتجاهلون واجب الإنفاق بل ويحاسبون الزوجة على مالها، ويفرضون عليها النفقة بداعية القوامة ورئاسة العائلة.

[1] - ينظر. رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، الطبعة 02، دار الثقافة، عمان -الأردن-، لسنة 2010، ص.46-48.

[2] - يراجع المادة 676 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع.44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. ووفقا لذلك فليس للزوجة القاصرة سلطات على مالها وتبقى خاضعة لوليها لا إلى زوجها وهذا حسب ما نصت عليه أحكام المواد من 90 إلى 13 من قانون الأسرة الجزائري، ويتولى الولي إدارة أموال القاصر[1].

ومن سياق ما سبق ذكره فإن الأخذ بمبدأ استقلالية الذمة المالية؛ يعني عدم وجود ممتلكات ولا ديون مشتركة؛ ومن ثم فإن لكلا الزوجين أمواله الخاصة يتصرف فيها كما يشاء وبكل حرية دون قيد أو إقرار أو إذن، ووفقا لذلك فإن مكونات الذمة المالية للزوجة هي كالآتي[2]:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل وبعد إنعقاد الزواج؛
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير، والديون التي بذمتها اتجاه الغير؛
- ما يمكن لها أن تكتسبه عن طريق عقود التبرعات (الهبة، والوصية)، أو عن طريق الميراث، أو حتى عن طريق التعويض الشخصي؛
- الصداق والهدايا التي يقدمها الزواج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج؛
- جهازها والمتمثل في الأمتعة والأثاث والمصوغات وغير ذلك.

وبالنسبة لمشتملات الذمة المالية للزوج فهي كالآتي:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها الزوج قبل وبعد إنعقاد الزواج؛
- الديون المستحقة له اتجاه الغير؛ والديون التي في ذمته اتجاه الغير؛
- ما قد يؤول إليه عن عن طريق عقود التبرعات من هبة ووصية أو ما في حكمها، أو عن طريق التعويض الشخصي.

---

[1] – بن يحي شارف، النظام القانوني للذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والاشتراك في التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 61، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، ديسمبر 2024، ص.295.

[2] – بن يحي أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري –دراسة نقدية–، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور، الجلفة –الجزائر–، ص119.

الفرع الثاني: الديون المستقلة المستحقة على كلا الزوجين.

يترتب على على الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين وفقا للفقرة الأولى من نص المادة 37 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري استقلال الديون المستحقة على كل منهما عن الآخر، وكذا استقلال كل منهما بالوفاء بالديون المترتبة بذمته للغير، واستقلال كل منهما بتحمل تبعة التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة بسبب امتناعه عن الوفاء بالديون المستحقة عليه[1]. وقد أشارت المحكمة العليا في إحدى قراراتها إلى أن قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون، كون الطاعن وهو "الزوج" يعترف صراحة بمبلغ مائة ألف دينار كدين في ذمته، ويطالب بعدم اختصاص قاضي الأحوال الشخصية، غير أن اعترافه بالدين تجاه زوجته المطعون ضدها يجعل قاضي الدرجة الأولى مختصا بالفصل في مبلغ الدين، وعليه فالوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، مما يستوجب معه رفض الطعن[2]. ويبدو ما توصل إليه هذا الاجتهاد القضائي في جانب من الصواب؛ حيث أن اعتراف الزوج بالدين اتجاه زوجته أمام قاضي الأحوال الشخصية يجعل هذا الأخير مختصا بالفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه. فإن الديون المستحقة على كل من الزوجين، هي أثر من آثار نظام الاستقلال النظري لذمم الزوجين، السائد في الفقه الإسلامي، والمنصوص عليه في المادة 37 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري، وتبقى الديون المستقلة على كل منهما بعد الزواج أيضا كما كانت قبله[3].

والجدير بالذكر في هذا المقام أنه في حال ما إذا ثار نزاع بخصوص الديون المستحقة سواء كانت حقوق شخصية أو التزامات فإن لقاضي الأحوال الشخصية المختص بمسائل الزواج والطلاق الفصل فيها لأن الديون المستحقة هي من آثار عقد الزواج أو بمناسبته، وعلى من يدعي من الزوجين ديناً من الديون اتجاه الآخر أن يثبت ذلك بجميع الوسائل

---

[1] – بن غريب رابح، استقلال الذمة المالية للزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة إسهامات قانونية، المجلد 02، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل –الجزائر– جوان 2022، ص.11.

[2] – قرار بتاريخ 10-04-2002، الصادر من المحكمة العليا، ملف رقم 279878، مجلة قضائية، العدد 01، لسنة 2003، ص.378.

[3] – بن غريب رابح، مرجع سابق، ص.11.

المقررة شرعاً وقانوناً –فالقاعدة تقول البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". كما يمكن لقضاء المدني باعتباره صاحب الولاية والاختصاص العام الفصل في مثل هذه المنازعات[1].

وبالرجوع إلى التشريعات الغربية، نجد المشرع الفرنسي قد نص في معرض حديثه عن النظام المالي للزوجين على استقلال الديون المستحقة على كل من الزوجين خارج نطاق نظام الاشترك في الأموال المكتسبة ضمن المواد 140، 1411، 1415، 1420 من القانون المدني الفرنسي[2].

المبحث الثاني: نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

أخذ المشرع الجزائري من خلال المادة 37 من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري بمبدأ استقلالية الذمة المالية كأصل عام؛ فلكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أن المشرع أجاز للزوجين –كإستثناء عن الأصل العام– أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية مع تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. وحتى يتم التفصيل أكثر في هاته النقطة لابد من التعرض إلى مفهوم النظام المالي المشترك بين الزوجين (المطلب الأول)، ثم نعرج بعد ذلك على نتائج الأخذ بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

يعتبر نظام الاشتراك في الأموال من الأفكار الغربية التي تسللت ببطء إلأى مدونات الأحوال الشخصية العربية نتيجة عوامل سياسية، اجتماعية، وثقافية، واقتصادية؛ وهذا لكون الزوجة لم تعد كما كانت سابقاً ربة بيت وإنما صارت تساهم في تنمية ثروة العائلة، وتتحمل مثلها مثل الزوج الأعباء المالية جنباً إلى جانب زوجها. وفي إطار دراسة مفهوم نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين تستدعي هاته المحطة الوقوف على تعريف نظام الاشتراك المالي بين الزوجين سواء في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات الغربية من بينها التشريع الفرنسي (الفرع الأول)، وكذا تبيان أحكام نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين (الفرع الثاني).

---

[1] – يراجع المادة 32 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

[2] – بن غريب رابح، مرجع سابق، ص.12.

الفرع الأول: تعريف نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين وبيان الشروط الواجب توفرها.

في هذا الصدد سيتم التطرق إلى تعريف نظام الاشترك في الأموال بين الزوجين سواء على مستوى التشريع الجزائري، وعلى مستوى التشريعات الغربية ومن بينها التشريع الفرنسي (أولاً)، ثم يتم التعريج بعدها على الشروط الواجب توفرها في نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين (ثانياً).

أولا: تعريف نظام الاشترك في الأموال بين الزوجين.

يعرف نظام الأموال المشتركة بين الزوجين على أنه نظام مالي يحدده الزوجين، بموجب عقد الزواج، أو عقد رسمي لاحق، يتفق من خلاله على جعل الأموال التي اكتسباها بشكل مشترك بعد الزواج مملوكة ملكية مشتركة بينهما، ولا يدخل في الأموال المشتركة الأموال التي اكتسبها كل منهما قبل الزواج بسبب الميراث أو الوصية أو الهبة وغيرها من أسباب كسب الملكية، فضلا عن الحقوق المالية للزوجة كالمهر والنفقة ومتاع بيت الزوجية، فهذه الأموال التي تكون ملكيتها مستقلة حيث لكل زوج منهما الحق في التمتع والتصرف فيها، خلافاً للأموال المشتركة بينهما ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك[1].

ولقد تبنى المشرع الجزائري أسوة بالتشريعات العربية المقارنة نظام الاشتراك في الأموال في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 37 والتي خصص فيها الفقرة الثانية لإعمال هذا المبدأ، وفتح من خلالها مساحة للزوجين لإختيار نظام تسيير أموالهما المشتركة كإستثناء على نظام أو مبدأ إستقلالية الذمة المالية؛ فأجاز لهما في ضوء الفقرة الثانية من المادة أعلاه أن يتفقا على إدارة ما يملكانه من أموال مكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك، ويتم ذلك في عقد الزواج أو في وثيقة مستقلة لاحقة.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي تحديد الأموال المشتركة بين الزوجين، بل يجب أن يتضمن الاتفاق المبرم بين الزوجين نصيب كل منهما في الأموال المشتركة، كما يمكن أن يتضمن الاتفاق أن تنتقل أموال الزوج المتوفى منهما إلى ملكية الزوج الآخر المتبقي على قيد

[1] – جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين، المرجع السابق، ص.177.

الحياة، وقد يكون مثل هذا الاتفاق خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالميراث، لذلك وجب أن يتدخل المشرع لتحديد الإطار العام لمثل هذه الاتفاقات[1].

وبالنظر إلى الإجحاف الذي يلحقها عند توزيع الثروة وصعوبة الإثبات عند الانكار وتبعات كل ذلك على حياة الزوجة وأبنائها عند الطلاق، خاصة في ظل سكوت المشرع عند سياغته للمادة 37 عن مواطل عديدة كان لابد من توضيحها عند تبني هذا النظام، ولذلك كان لابد من وضع قالب قانوني يضبط مسألة الممتلكات الخاصة لكل طرف، والمكتسبات المشتركة بينهما[2].

وبالرجوع إلى تعريف التشريعات الغربية للنظام الاشتراك المالي بين الزوجين ومن بينها التشريع الفرنسي؛ نجده قد عرفه على أنه تلك القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته، والديون المترتبة في ذمة الزوج الآخر، وعلاقتهما معاً بالديون المستحقة عليهما معا، وكذلك القواعد التي تحدد التزام أحد الزوجين بالإنفاق الزوجي لوحده، أو التزام أحدهما بالإنفاق ومساهمة الآخر في ذلك، أو التزمهما معا بالإنفاق[3]. ويعرف أيضاً على أنه مجموعة المبادئ والقواعد المنظمة لمصير أموال الزوجين وسلطات كل واحد مهما عليها وعلاقتها بالغير وتوزيعها عند انحلال هذا النظام[4]. ولابد من الإشارة إلى أنه في النظام الإلزامي هناك الأموال المشتركة وهو النظام المفروض على الزوجين من طرف المشرع من خلال القواعد التي تنظم المصالح المالية بينهما. وهذا فيما يخص التكاليف والأعباء العائلية والأثاث المجهز للمسكن العائلي طبقا للمواد 220 إلى 225 و1414 مدني فرنسي، وكذا

---

[1] – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[2] – بن يحي شارف، النظام القانوني للذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والاشتراك في التشريع الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص.297.

[3] – رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية–، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان –الأردن– لسنة 2003، ص.201.

[4] – دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، لسنة 2004، ص.167.

الأموال المشتركة في النظام الاتفاقي الذي يستوجب توثيقه أمام موثق، وإرادة الزوجان تقتصر على اختيار النظام المعمول به في القانون المدني الفرنسي[1].

ثانياً: الشروط الواجب توفرها في نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

علق المشرع الجزائري في حال الأخذ بنظام الاشتراك في الأموال تحقق شروط معينة وهي كالتالي[2]:

- اتفاق الطرفان على الأخذ باتحاد الذمة بينهما برضاهما الكامل، دون ضغط أو تعسف من الطرف الآخر؛
- أن تكون الأموال المكتسبة فقط خلال الحياة الزوجية، أما تلك المكتسبة قبل الزواج فتبقى في ذمة كل واحد منهما، وبالنسبة للأموال المكتسبة عن طريق الهبة والوصية والميراث فباستقراء الفقرة الثانية من المادة 37 نجد المشرع لم يحدد لنا طبيعة الأموال، ومن ثم فإن الأموال التي يكتسبها أحد الطرفين عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث تدخل هي الأخرى ضمن طائفة الأموال المكتسبة، إلا في حال اتفاق الطرفان على عدم ادخالها في النسب المحددة له ما دام الأمر متروك لإرادة الطرفان، وهذا على غرار المشرع الفرنسي الذي أشار إلى هذه النقطة وحددها بطقة في نص المادة 1401 من القانون المدني، والتي جاء فيها: "الملكية المشتركة تتألف إيجابيا من الإكتسابات الحقيقية من قبل الزوجين مجتمعين أو منفردين خلال مدة الزواج، والذي يأتي من صناعتهم الشخصية والتمويل الحقيقي يعتمد على ثمرات وإيرادات أموالهم الخاصة"[3]؛
- أن يكون ذلك الاتفاق فق عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق؛ حيث اشترط المشرع الجزائري إفراغ هذا الاتفاق في وثيقة رسمية، غير أنه اكتفى بتحديد شكل الاتفاق دون

---

[1] – خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان – الأردن– لسنة 2010، ص.78.

[2] – العياشي عفاف لامية، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري –دراسة تحليلية نقدية–، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة عمار ثلجي، الأغواط –الجزائر– جوان 2022، ص.1022.

[3] – عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي –الجزائر–، الموسم الجامعي 2010–2011، ص.192.

تحديد مضمونه، بمعنى ما هي طبيعة الأموال هل تشكل العقارات والمنقولات، أم العقارات فقط أم العكس، وهذا على غرار المشرع التونسي الذي نص صراحة على الأموال التي تكون محل للاتفاق هي العقارات ما لم يتم التفاق في العقد على توسيع نطاق الاشتراك بإداخل طائفة المنقولات فيه؛

- تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين؛ وهذا لاسيما في حالة انتهاء الحياة الزوجية بوقائع مادية (كالوفاة)، ليكون في علم الورثة مالهم وما عليهم من الأموال المشتركة.

الفرع الثاني: أحكام نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

في ظل عدم تخصيص المشرع الجزائري لتنظيم النظام المالي للزوجين مساحة واسعة في قانون الأسرة الجزائري، والاكتفاء بفقرة واحدة تنظم مسألة الاشتراك في الأموال، والذي من خلالها أشار المشرع إلى الشكل الذي يفرغ فيه التفاق دون التعرض إلى المضمون كما سبق الذكر، وفي ظل سكوت المشرع عن تحديد مضمون الاشتراك فلا يسعنا إلى إلى الرجوع إلأى الأحكام العامة، ووفقا لذذلك سنتناول هاته الدراسة من حيث شكل العقد وزمانه (أولاً)، ومن حيث عناصرالاشتراك وموضوع الاتفاق (ثانياً).

أولا: شكل العقد وزمانه.

سبق الذكر أن المشرع الجزائري اشترط الرسمية عند افراغ اتفاق الزوجين حول الأموال المشتركة التي يكتسبانها حال قيام العلاقة الزوجية وسبل ادراتها ونسب اقتسام ثرواتها ونواتجها، وهذا الاتفاق الرسمي إما يتم إفراغه في قعد الزواج، أو إلحاقه بعقد رسمي لاحق. وأما بالنسبة للجهة المكلفة بتحرير العقد، فقد يكون أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية وهنا يكون الاتفاق على الأموال المشتركة مجرد اتفاق شفوي[1]، إذ لا يمكن تدون شروط هذا الاتفاق في الاستمارات المعدة لعقود الزواج، فلا يكون أمام الطرفين خيار إلى اللجوء إلى الموثق لكتابة هاته الوثيقة وافراغ شروط الاتفاق على الاشترك في الأموال في القالب الذي يعده الموثق لهما، أو يمكن اللجوء إلى الموثق مباشرة دون الرجوع إلى ضابط الحالة المدنية وإبرام عقد الزواج وإدراج شروط الاتفاق في محرر رسمي يعده الموثق وفق النموذج الذي يعتمده في كتابة

[1] – العياشي عفاف لامية، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.298.

المحررات الرسمية، ويدرج حينها عقد الزواج وتلك الشروط المتفق عليها الخاصة بالاشتراك في الأموال، أو يفصل كل محرر عن الآخر[1].

ثانياً: من حيث عناصر الاشتراك وموضوع الاتفاق.

يكون موضوع الاتفاق الخاص بالأموال المكتسبة أثناء الزواج بقطع النظر ما إن تعلقت بالعقارات أو بالمنقولات، ومن ثم استبعاد ما كان مملوكاً للزوجين قبل الزواج، وكذا الأموال المكتسبة عن طريق التبرعات أو عن طريق الميراث، لكونها لم تكتسب بفعل مساهمة الزوجين، إلا في حال وجود اتفاق يقضي بخلاف ذلك. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاتفاق مقيد من جانب آخر بالنظام العام طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا لوجود اعتبارات يجب الأخذ بها وعدم تجاوزها منها مسألة أحكام الإرث والنفقة والحضانة ووحقوق المطلقة وغير ذلك من الحقوق المقررة شرعاً وقانوناً[2]. ومن عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين، نذكر ما يلي:

- ✓ الاشتراك في المسكن الزوجية؛ حيث يمكن للزوجة اشتراط أن تكون ملكية المسكن مشتركة بينهما بعقد رسمي، فإذا ساهمت الزوجة بجزء من مالها في المسكن ثم وقع الطلاق، ففي حالة وجود اتفاق على الاشتراك في المسكن يتم حينها اقتسام القيمة بينهما بعد أن تحدد المحكمة مساهمة كل واحد منهما في هذا الاشتراك، وأما إذا لم يكن عقدا رسميا، فيخضع في هاته الحالة للقواعد العامة للاثبات[3]؛
- ✓ الاشتراك في متاع البيت؛ حيث تنص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري أن التنازع حول ملكية المتاع المشترك بينهما يفصل فيه باليمين، ما لم يوجد دليل إثبات آخر أقوى كالإقرار أو الكتابة، وأما بالنسبة للصيغة فعادة ما يشتريه الزوجان معا أو يشتريها الزوج هدية لزوجه ففي هذه الحالة تبقى من نصيب الزوجة[4]؛

---

[1] – زوبيدة إقروفه، النظام المالي للزوجين بين الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد الثالث، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية –الجزائر–، سبتمبر 2012، ص.56.

[2] – خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في أموالها، المرجع السابق، ص.138.

[3] – بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثالث، العدد الأول، لسنة 2012، ص.34.

[4] – لعياشي عفاف لامية، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.299.

- ✓ الاشتراك في السيارة؛ حسب المتعارف عليه فالسيارة إما أن تسجل بإسم الزوج وهذا في الغالب الأعم، أو تسجل بإسم الزوجة، وهنا يثار إشكال بالنسبة للطرف الذي لم يكتب إسمه في البطاقة الرمادية، فكيف يثبت ما فقده من أموال، ومن إشتراكه في أقساط السيارة خاصة في حال اشتراك الزوجين في شرائها؛ وعلى ذلك تبقى المادة 37 الفقرة الثانية قاصرة على إحصاء جميع أحكام ومقتضيات نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين[1].

المطلب الثاني: نتائج الأخذ بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين.

عند اعتماد الزوجين نهج النظام المالي المشترك، فيترتب حينها جملة من النتائج منها؛ وجود ديون مشتركة مستحقة على الزوجين معا؛ أي أن الزوجين أضحى على قدم المساواة في سداد هاته الديون، ومن ثم التضامن في سداد الديون (الفرع الأول)، وكذلك تنتج مسألة التصرف والإدارة واقتسام النواتج وتحصيل الفوائد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التضامن في سداد الديون.

يترتب على الأخذ بنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين الأخذ بمبدأ التضامن بينهما في سداد الديون المتعلقة بهذه الأموال والمشتريات المشتركة، ومن ثم يحق للدائنين ملاحقة أي منهم، وذلك لأن هاته الديون مترتبة على الزواج والحياة المشتركة بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية، بموافقة الزوجين؛ ولذلك يكونا مسؤولين بالتضامن تجاه دائنين بهذه الديون، وهاته الأخيرة قد تكون مترتبة على شراء عقار، أو تلك المتعلقة بمتاع البيت كشراء الأدوات الكهرومزلية بالتقسيط، فتسدد بالطرق العادية من المال المشتركة بينهما؛ وفي حال ما إن امتنعا عن الوفاء بها يتحمل كلا الزوجين تبعة التنفيذ الجبري[2].

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن هذا التضامن بين الزوجين في سداد الديون لايسري على الديون الناتجة لتحقيق مصلحة شخصية لأحدهما، أو دفع دفع تعويضات عن فعله الضار، حيث لا تسدد من المال المشترك وإنما من الأموال الخاصة للمدين بهذه

---

[1] – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[2] – ينظر. بن يحي شارف، النظام القانوني للذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والاشتراك، المرجع السابق، ص.300. وبلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص.51.

الديون، وفي حال ما تم تسديدها من المال المشترك، فللزوج الآخر الرجوع عليه، لأنه يبقى في هاته الحالة مدينا للكتلة المالية المشتركة[1].

والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري أغفل مسألة مهمة جداً؛ وهي مسألة وجود ديون مشتركة مستحقة على الزوجين تجاه المصارف والبنوك ومصلحة الضرائب وغيرها من المؤسسات و والمصالح المعتمدة في الجزائر، الأمر الذي يستوجب على المشرع تنظيمها لسد الفراغ التشريعي في هذا الخصوص[2].

وبالرجوع إلى التشريعات الغربية من بينها المشرع الفرنسي، نجده قد نظم مسألة الديون المشتركة المستحقة على الزوجين وهذا ضمن نصوص المواد من 1409 إلى 1420 من القانون المدني الفرنسي، ونص على أنه في ظل نظام الاشتراك، تكون كل الديون الناتجة عن الزواج مشتركة بين الزوجين، وهي تشتمل على ديون النفقات، وديون الملكية المشتركة (والمتعلقة خصوصاً بجباية الضريبة، المفروضة على دخلهما، والتعويضات المترتبة على الإدانة الصادرة ضد أحدهما، وكذا المبالغ المستحقة بسبب عقود القرض...)، وأخيرا الديون المترتبة على انحلال الزوج[3].

الفرع الثاني: مسألة التصرف والإدارة واقتسام النواتج وتحصيل الفوائد.

في ظل عدم وجود نص صريح في قانون الأسرة يحدد طريقة تسيير المال المشترك والتصرف فيه واقتسام عوائده (خاصة وأن المشرع لخص وقلص النظام المالي للزوجين في مادة وحيدة في قانون الأسرة)، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، ولاسيما القواعد المتعلقة بالملكية الشائعة والمشتركة[4]، ويقتضي نظام

---

[1] – ينظر. بن يحي شارف، المرجع نفسه، ص.301.

Et CF (A) Colomer. Régimes matrimoniaux, Lites, paris, 1994, p.412 et S.

[2] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.51.

[3]– المرجع نفسه، ص.ص.51-52.

[4] – لابد من الاشارة أنه لايوجد إشكال في حال الاتفاق على نسب معينة من المال المشترك بينهما، وأما في حال عدم الاتفاق –هنا سيطرح إشكال كيفية اقتسام الأرباح والفوائد– فيتم حينها الرجوع إلى نص المادة 713 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تأخذ بمبدأ المناصفة بين الزوجين، والواقع يشير إلى أنه في الغالب الأعم تكون مساهمة أحد الزوجين أكثر من الآخر، فتلحق حينها المناصفة ضرراً جسيما للطرف الآخر في العلاقة الزوجية. ينظر. بن يحي شارف، مرجع سابق، ص.300.

الاشتراك المالي بين الزوجين حظر التصرف في المال من طرف أحدهما بصفة انفرادية، وهذا الحضر يشمل التصرفات بعوض أو بغير عوض إلا بعد الحصول على موافقة الطرف الآخر، فلا يمكن للزوج بيعه أو رهنه أو هبته إلا إذا رضي الزوج الآخر، وإذا ما تم التصرف في المال المشترك بصفة انفرادية يحق للزوج الآخر المطالبة باسترداده إن كان منقولاً أو ممارسة الشفعة إن كان عقاراً، كما يمكن أن يكون التصرف بوكالة خاصة[1].

وأما بالنسبة لإدارة وتسيير أموالهما المشتركة فتخضع للقواعد العامة ولأحكام إدارة الملك المشترك أو المشاع وهذا حسب نص المادة 715 وما بعدها من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني، والجدير بالذكر في هذا الشأن أن المشرع الجزائري لم يشترط طريقة معينة لإدارة واستثمار الأموال المكتسبة أثناء الزواج، وإنما ترك ذلك لإرادة الزوجين. وبالرجوع إلى التشريعات الغربية من بينها التشريع الفرنسي فنجده قد أشار من خلال نص المادة 215 من القانون المدني إلأى عدم امكانية تصرف أحد الزوجين بمفرده في المسكن العائلي مثلاً إلى بموافقة الطرف الآخر، مع إمكانية رفع دعوى بطلان هذا التصرف خلال مدة سنة من إجراءه[2].

وكخلاصة لما سلف ذكره أمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام استقلالية الذمة المالية كأصل عام في ظل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 فيكون بذلك قد حذا حذو الشريعة الإسلامية في إعطاء الحرية لكلا الزوجين في التصرف والتمتع بحقوقهما المالية -دون المسام بالأحكام الشرعية والنظام العام المعتمد في الجزائر منها أحكام النفقة والصداق وحتى الميراث- وهذا على غرار التشريعات الغربية من بينها فرنسا، كما عملا بالنهج الحديث بأخذه بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين كإستثناء عن الأصل العام، وفي حال سكوت الزوجين عن تحديد النظام المالي المعتمد حال الحياة الزوجية فحينها يطبق على ذمتهما المالية الأصل العام وهو الاستقلال المالي، غير أن المشرع وفي إطار تنظيمه للنظام المالي للزوجين عموما، ونظام الاشتراك خصوصاً قد سكت عن تنظيم أحكام جد مهمة- وهذا لحصر النظام المالي في مادة واحدة فقط على

[1] – خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها، المرجع السابق، ص141.

[2] - بن يحي شارف، مرجع سابق، ص.300.

غرار التشريع التونسي والفرنسي اللذان خصصا لهما عدة مواد في تنظيمهما لهاته الأحكام-، وفي ظل هذا الفراغ التشريعي يتم الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، وعند عدم وجود نص أيضا يتم العمل بالإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: التصرفات التبرعية.

يعرف التبرع على أنه عقد يتم بلا عوض ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضاً تاما، ووفقا لذلك فإن التبرع يقوم على مقومين، يتمثل المقوم الأول في تقديم الالتزام مجاناً أي بدون مقابل، وهو العنصر المادي، والذي يجب أن يقدم المتبرع التزاما خاليا من العوض سواء كان إعطاء شيء، أو القيام بأداء، أو الامتناع عن أداء، ويكون هذا الالتزام دون مقابل له، ومن أمثلة الأداء دون مقابل كالقيام بعمل ينفع المتبرع له بدون انتظار عوض منه (مثل العارية دون أجر، والوكالة دون أجر وغيرها...)، وثاني مقوم هو العنصر المعنوي والمتمثل في القصد أو نية التبرع بمعنى أن يقصد بأن لا يقابل التزامه أي عوض، فإن لم ينوي التبرع ويقصده فلا نكون أمام تصرف تبرعي. وتنقسم التبرعات إلى الهبات، وعقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات، والوصية، والوقف، وما يهمنا في دراستنا هذه الهبة والوصية (**المبحث الأول**)، وكذا الوقف (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الهبة والوصية.

تعتبر الهبة والوصية من العقود التي نظمها الشمرع في أحكام قانون الأسرة الجزائرية، وفصل في أحكامها مع تبيان أركانها وآثارها، ووفقا لذلك سنحاول التعرض في هاته الدراسة إلى أحكام عقد الهبة في الفقه الإسلامي ثم التشريع الجزائري (المطلب الأول)، ثم أحكام الوصية كذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الهبة في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

تعد الهبة من أبرز التصرفات دون عوض، وتعتبر من أهم عقود التبرعات وأبرزها وأكثرها استعمالا من قبل أفراد المجتمع، فهي تنقل ملكة عقار أو منقول إلى الموهوب له خلال حياة الواهب على سبيل التبرع، ولا يتلقى الواهب كأصل عام أي مقابل عن تصرفه، وفي هذا الإطار سنحاول إبراز الإطار المفاهيمي للهبة (الفرع الأول)، ثم نعرج بعدها على أحكام الرجوع في الهبة وموانع الرجوع فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للهبة.

سيم الإشارة في هذا الجانب إلى مفهوم الهبة والذي من خلاله سيتم التسليط على تعريف وخصائصه، وحتى تمييزه عن ما يشابهه من مفاهيم مع الوقوف على موقف الفقه الإلامي وموقف المشرع الجزائري من ذلك، ثم نعرج بعدها على أنواع عقد الهبة، وكذا أحكام هذا العقد، مع تبيان أركان قيامه، ولذلك سيتم تسليط الضوء في الأول على مفهوم الهبة (أولا)، ثم تبيان أحكام الهبة وأركانها (ثانياً).

أولا: مفهوم عقد الهبة.

في هذا المنوال سيتم إحاطة الطالب بتعريف الهبة لغة وإصطلاحا، والتعريج أيضا على تعريفها في ضوء التشريع الجزائري، ثم نعرج بعدها على خصائص عقد الهبة (أ)، ثم يتم تبيان تمييز الهبة عن المفاهيم المشابهة لها(ب)، ثم إبراز أنواع الهبات (ج).

أ. تعريف عقد الهبة وبيان خصائصها.

سيتم الإشارة في هذا المنوال إلى تعريف الهبة (أ)، ثم نتطرق بعدها إلى خصائص الهبة (ب).

1. تعريف الهبة

سيتم التطرق أولا إلى تعريف الهبة لغة (01)، ثم تعريفها اصطلاحاً (02).

إلى تعريف عقد الهبة لغة، ثم تعريفها إصطلاحا.

1.1.تعريف عقد الهبة لغة.

الهبة هي العطية الخالية من الأوعواض والأغراض، فإن كثرت سمي صاحبها وهاباً، والوهاب من صفات الله تعالى المنعم بها على عباده، لقوله تعالى: "**وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا**"[1]. كل ما وهب لك فهو موهوب، ووهبت له هبة وموهبة وورهباً، إذا أعيطته[2]. وعلى هذا تكون الهبة شاملة للهدية والصدقة، فالهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، فإذا كان الغرض منها التقرب من الله عز وجل بإعطاء شخص محتاج، فهي صدقة، أما إذا انتقل بها إلى مكان المهدي إليه إعظاماً وتوداً؛ فهي هدية، وأما الهبة التي تكون في مرض الموت فهي عطية[3]. وفي هذا قال الإمام موفق الدين بن قدامة: "وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة، والصدقة والهدية متغايران؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهبة ولا يأكل الصدقة، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة: "هو عليها صدقة ولنا هدية"؛ فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية"[4].

---

[1]- الآية 05 من سورة مريم.

[2]- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة الطبع، ص.4930.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، لسنة 1984، ص.3980.

[4]- 11-موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ- 1992، ص.246.

2.1. تعريف الهبة اصطلاحاً.

تعرف الهبة حسب فقهاء المذهب المالكي بأنها: "تمليك لذات بلا عوض لوجه المعطى"[1]، كما خليل في مختصره بأنها: "الهبة تمليك بلا عوض، ولثواب الآخرة صدقة"[2]. بمعنى أن كل شخص يملك عيناً صحيحاً يستطيع أن يهبها لغيره من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته. كما عرفها فقهاء المذهب الحنفي على أنها: "تمليك العين بغير عوض"[3]. أي أن كل شخص يملك عينا ملكا صحيحا يستطيع أن يهبها لغيره من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته[4]. وعرفها فقهاء المذهب الشافعي أيضاً بأنها: "تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعاً". ويظهر أن هذا المذهب الأخير قد أضاف كلمة تطوعا على غرار المذاهب الأخرى؛ وذلك لإخراج الواجبات كالزكاة والنذور والكفارات. وعرفها فقهاء المذهب الحنبلي الهبة بأنها: "الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها"[5]. والظاهر أن أحسن تعريف من التعاريف التي سبق ذكرهم هو تعريف الشافعية للهبة، وذلك لأنه جمع جميع مقومات التبرع من تمليك بمعنى جعله في ملكية المتربع له بموجب عقد، وأن يكون دون مقابل بمعنى خروج عوض من ذمة المتبرع ينقل على ذمة غير على وجه التبرع، وأن يكون تطوعا بمعنى بنية التبرع. وبناء على ذلك فالهبة هي تملك عين العقد، على غير عوض معلوم في الحياة بنية التبرع

---

[1]- الشيخ صالح عبد السميع لآبي الأزهري، جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل)، الجزء الثاني، المكتبة الثقافية، بيروت- لبنان- د.ب.ن، ص.211. و محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت-لبنان-، د.ب.ن، ص.97.

[2]- محمد عليش، منح الجليل في شرح مختصر خليل، المجلد الثامن، دار الفكر، بيروت -لبنان- لسنة 1984، ص.174.

[3]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء السادس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، لسنة 1982، ص.127. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، الجزء الثامن، دار الفكر، بيروت، لسنة 1979، ص.419.

[4]- حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ، ص 19 ،

[5] - موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص.246.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد قد أخذ بالفقه المالكي في تعريفه للهبة –مع أن التعريف هو من اختصاص الفقه وليس التشريع– حيث نص عليها في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الهبة تمليك بلا عوض...". ويؤخذ على هذا التعريف جملة من الملاحظات التي قدمها فقهاء القانون منها ما يلي:

- ✓ لم يذكر عند تعريف للهبة بأنها عقد، وإن كانت المادة 206 من قانون الأسرة تشفع له، حيث نصت المادة على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."[1]. فالمادة صرحت في بدايتها أن الهبة عقد بذكرها لكلمة تنعقد، وأكدت ذلك بذكر قواما العقد ألا و هما الإيجاب والقبول[2]؛
- ✓ إهمال المشرع عنصرين أو مقومين في عقود التبرعات –بما أنه اعتبر الهبة عقداً– آلا وهما "نية التبرع" فالهبة من العقود التبرعية، ويكون بذلك عنصر التبرع جوهري في العقد بل وقوامه الذي يتأسس عليه، حيث يقول في ذلك الفقيه السنهوري بأنه لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع؛ لأن الشخص قد يتصرف في ماله دون عوض، وليست عنده نية التبره، ويظهر ذلك في حالة الوفاء بالتزام طبيعي (فالشخص مثلا في هذه الحالة يوفي دينا غير مجبر على الوفاء به، وليس تبرعا)[3]، أو التزام أدبي (فيقوم حينها الشخص بالتزام بواجب أدبي دون علاقة مديونية كمساعدة الأب ابنه لإقامة حفل الزفاف)، وهذه الالتزامات مع أنها تنتفي من وجود العوض ولكنها ليست بتبرع، وهناك عقود تكون تبرعا بالرغم أنها مقابل عوض من الآخر. وبالنسبة للعنصر الثاني أو فهو مقوم الحياة، فالهبة لا تقع إلا في حياة الواهب والموهوب له. فهي عقد بين الأحياء، وقد يستشف ذلك من خلال عبارة المادة 206 من قانون الأسرة بذكرها:

---

[1] – بالرجوع إلى القانون المدني المصري فنجده قد عبر صراحة على أن الهبة عقد، وهو ما جاء في نص المادة 486 منه على أنه: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له". يراجع. 3–القانون المؤرخ في 1948/07/12 والمتضمن القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 1949.

[2] – عمَّار نكاع، محاضرات في الهبة والوصية، موجهة إلى طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة –الجزائر– الموسم الجامعي 2021–2022، ص. 09.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات كلية الحقوقية، لبنان، سنة 1998، ص.15.

"تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول...". ومن المعلوم أن الصيغة في العقد لا تصدر إلا بين الأحياء، باستثناء المادة 209 من نفس القانون والتي أجازت فيها الهبة للحمل شريطة أن يولد حيا.

وعليه فيجب لقيام الهبة أن تكون عقد، وأن تتم بين الأحياء، وأن تكون دون عوض، وأخيرا أن تقترن وجوباً بنية التبرع. وهذا ما سنحاول إبرازه من خلال خصائص الهبة.

2.خصائص عقد الهبة.

تتمثل خصائص الهبة في أنها عقد بين الأحياء، وأنها تصرف في المال بلا عوض، ويجب أن تتوفر فيها نية التبرع.

1.2.الهبة عقد بين الأحياء.

نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول) الأمر الذي يستفاد منه أن الهبة عقد بين الأحياء ،وذلك أن تبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة لا يمكن إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له فيحوز للواهب تمليك الشيء الموهوب في الحال للموهوب له وفي المستقل شريطة أن يبقى الواهب حيا. وبما أن الهبة عقد بين الأحياء ،فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت ومن ثم لا يجوز للواهب أن يعقد هبة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ما بعد وفاته ،ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة[1].

وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998 بما يلي من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب ،وتأخذ حكم الوصية وما قررته أيضا في قرار لاحق بتاريخ/19 أكتوبر 2005 والذي أكدت فيه بأن التصرف على أساس الهبة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته يأخذ حكم الوصية.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع نسفه، ص.6.

2.2. الهبة تصرف في المال بلا عوض.

اشترط المشرع الجزائري في المادة 202 قانون الأسرة أن تكون الهبة بلا عوض؛ فالهبة افتقار من جانب الواهب يقابله إثراء من جانب الموهوب له بحيث يترتب هذا الإثراء على حساب الافتقار، ولإثراء هنا يكون سببه عقد الهبة لا إلا ثراء بلا سبب، ومن ثم لا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في حالات الرجوع المقررة قانونا. تعتبر هذه الخاصة عنصرا جوهريا في الهبة إذا لا يكفي لانعقادها أن يتصرف الواهب في ماله بلا عوض بل لابد من وجود نية التبرع لديه وقت إبرام هذا العقد. فإذا انتفت هذه النية انتفت الهبة معها ومثال ذلك أن يقوم شخص بالوفاء بالتزام طبيعي نحو شخص آخر ،فلا يكون متبرعا وإنما موفيا لدين وإن كان غير مجبر على الوفاء به ويكون عندئذ تصرف وفاء لا هبة ، وأن يقوم الأب بتجهيز إبنته العروس تحضيرا لزفافها أو تعطي الشركة لمستخدميها وعمالها مكافآت متنوعة على الجهد الذي بذلوه طول السنة.وتنتفي نية التبرع أيضا إذا أعطى شخص لآخر مالا بغير قصد التبرع المحض وإنما بقصد تحقيق منفعة مادية وأدبية منه لا يكون التصرف هبة ،كان يعطي شخص مالا لآخر لإنشاء مدرسة شريطة أن تسمي بإسمه[1].

3.2.نية التبرع.

حتى تتحقق الهبة يجب أن يتوفر إلى جانب المقومات السالفة الذكر مقوم نية التبرع الذي يحتوي على عنصران[2]:

- العنصر المعنوي: و هو مسألة نفسية و العبرة فيه بما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع، هل قصد التضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة أو قصد من وراء تبرعه منفعة و ما عسى أن يقصده المتبرع من منفعة وراء تبرعه يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد و إلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع.
- العنصر المادي: هو انتقال العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له دون مما ينتج عن ذلك افتقار من جانب الواهب و اغتناء من جانب الموهوب له، و العنصر المادي هو أساس التنظيم القانوني للهبة، حيث أن الهبة لا تقوم إلا بانتقال الحق المالي مهما كانت

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.10.

[2] – محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديون الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، لسنة 2003، السابق، ص32.

طبيعته أو قيمته وبتخلف هذا العنصر تنتفي الهبة، وبالنظر إلى ما سبق فإن التصرف لا يعد هبة في الحالات التالية:

- ✓ إذا كان الغرض من الهبة الوفاء بدين مدني أو طبيعي؛
- ✓ إذا كانت القصد من التصرف الحصول على منفعة أي كان نوعها أو كانت صورتها سواء كانت هذه المنفعة مادية أو أدبية (خاصة إذا كانت المفعة تعادل الشيء الموهوب له في القيمة)؛
- ✓ إذا كان القصد من الهبة مجازاة الموهوب له مثل أن يعطي شخص من يقوم بخدمته مبلغا من المال مكافأة له نظير تفانيه في خدمته و إخلاصه في العمل. فإن ذلك لا يعد هبة لانتفاء نية التبرع و غير ذلك من التصرفات التي يراد بها المجازاة مقابل خدمة ما؛
- ✓ الأموال التي يتم صرفها كجزء من الأجر وفقا لما جرى به العرف و العمل.

4.2.الهبة عقد شكلي وعيني.

أوجب المشرع الجزائري إفراغ الهبة في شكل رسمي إن كان محلها عقارا ومن ثم تعتبر الهبة من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين الواهب والموهوب له بل لابد من إفراغها في عقد رسمي يحرره الموثق ،واحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية ، والهبة في ذات الوقت عقد عيني لا تتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول و توافر الشكلية بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له لحيازته.

ب.تمييز عقد الهبة عن المفاهيم المشابهة لها.

ستم تسليط الضوء في هذا المنوال عن المفاهيم المشابهة لعقد الهبة من حيث جهة التبرع بما أنها موضوع الدراسة، وعلى ذلك سنميز الهبة عن الوصية (أ)، وبعدها تمييز الهبة عن العارية (ب)، ثم تمييز الهبة عن الوقف (ج).

1.تمييز الهبة عن الوصية.

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد موت المتبرع وهي بهذا المعنى تبرعا محضا، ومن ثم فإن الوصية تتفق مع عقدا الهبة في صفة التبرع، إلا أنهما يختلفان في وجوه أهمها[1]:

[1]- محمد بن أحمد تقية، المرجع نفسه، ص.ص.38-39.

1.1.من حيث الأركان: الهبة عقد وليست تصرفا بالإرادة المنفردة تتم بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له و تطابقهما، أما الوصية فليست عقدا وإنما تصرفا بالإرادة المنفردة للموصي.

2.1. من حيث الشكل: الهبة عقد شكلي إشترط فيه المشرع الرسمية إذا كان محل الشيء الموهوب عقارا والإجراءات الخاصة إذا كان منقولا أما الوصية فهي تصرف رضائي والكتابة المتطلبة فيها قانونا ما هي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركنا لانعقادها.

3.1.من حيث الرجوع: الهبة عقد تبرع لازم والرجوع فيها أمر إستثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه ،أما الوصية فتنعقد بإرادة الموصى وحده ومن أجل ذلك يجوز لهذا الأخير أن يرجع قيد حياته متى شاء بدون شرط ولا قيد.

4.1.من حيث التنفيذ: إن الهبة في التشريع الجزائري مطلقة وغير مقيدة بقدر معين يجوز فيها شرعا وقانونا للواهب أن يهب كل أمواله إلى الموهوب له مالم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت، أما الوصية فتتقيد بالثلث من التركة دائما ولا تنفذ إلا في حدود هذه النسبة وما زاد عنها يتوقف على إجازة الورثة.

5.1.من حيث الأثر: إن الهبة تنتج آثارها في الحال فهي عقد تمليك في الحال ما لم تقترن بشرط أو أجل ويترتب عنها إنتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد الحياة ،أما الوصية فتصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ومن ثم ينعدم أثرها في القترة الممتدة بين صدورها عن الموصى ووفاته بحيث لا يترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي.

2.التمييز بين الهبة والوقف.

يعرف الوقف على أنه حبس العين أو المال على ملك الواقف يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، مع التصديق بالمنافع. وتتشابه الهبة مع الوقف -كما سبق الذكر- على أن كليهما من عقود التبرع حيث أن مال الواهب يخرج إلى ملك الموهوب له أما الواقف فيخرج ماله من ملكه و يحبس العين على ملك الواقف. و الفرق بينهما يظهر في الأوجه التالية[1]:

- ✓ الهبة ترد على الذات أما الوقف فيرد على المنفعة؛

[1] - حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر- لسنة 2003، ص.36.

- ✓ أن الهبة يفسدها التوقيت، بخلاف الوقف فيجوز توقيته عند بعض الفقهاء؛
- ✓ أن الهبة تؤدي إلى زوال ملك الواهب، بخلاف الوقف إذ يبقى الموقوف على ملك الواقف، و قيل: ينتقل الملك بالوقف إلى الله تعالى.

3. التمييز بين الهبة و العارية.

تعرف العارية على أنها تمليك المنافع مؤقتا دون عوض مع بقاء عينه. وتشترك الهبة و العارية في كونهما عقد من عقود التبرع، وأن المنتفع فيهما يثري على حساب الغير بدون مقابل و يختلفان عن بعضهما في الأوجه التالية[1]:

- ✓ المشرع الجزائري استلزم الرسمية في هبة العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول بينما العارية استلزم فيها تراضي الطرفين المتعاقدين دون الرسمية؛
- ✓ في الهبة يحق للموهوب له تملك الشيء الموهوب و الانتفاع به عكس العارية التي يحق فيها للمستعير الانتفاع بالعين المعارة دون تملكها؛
- ✓ الأصل في الهبة أن يكون القصد منها التبرع بلا عوض، و ذلك بمنح الموهوب له منافع يحرم الواهب نفسه منها، بينما العارية على خلاف ذلك لا يكون قصد المعير منها في الأصل إفادة المستعير، بل يكون المراد منها تحقيق مصلحة نفسية و حتى إذا كان المقصود منها التبرع فإنها لا تكون هبة و ذلك لضآلة منفعة المتبرع بها، بالإضافة أن الدافع إليها في الكثير من الأحوال مراعاة حسن الجوار و المجاملة بين الناس.

ج.أنواع الهبات.

تتعدد وتتنوع الهبات بحسب شكلها وصورها إلى هبة مباشرة(01)، وهبة غير مباشرة (02)، وهبة مستترة (03)، والهبة المشروطة (04).

1.الهبة المباشرة.

الهبة المباشرة هي تلك الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانوناً، فتسمى في العقد هبة. ويظهر فيها إيجاب وقبول الأطراف، ولا تكون مقترنة بشرط يضعه الواهب، وتكون دون عوض في حق الموهوب له، وتقترن بنية التبرع في حق الواهب، وتحترم الشكل

[1] – محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة –مصر– لسنة 1949، ص.18.

المطلوب قانوناً. وعليه فالهبة المباشرة هي التي يكون عقدها مبين لها بوضوح، حيث تظهر فيه بصورتها الحقيقية (عقد الهبة)، وتتوفر فيها جميع أركان وشروط عقد الهبة، وتكون مكشوفة[1].

2.الهبة غير المباشر.

تختلف الهبة غير المباشرة عن الهبة المباشرة؛ ويظهر ذلك في أن الواهب يكسب الموهوب له حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون مقابل على بسيل التبرع، ولكن دون أن ينقل إلى الموهوب له هذا الحق مباشرة من الواهب (كالنزول عن حق الانتفاع أو حق السكن أو حق الإستعمال) للموهوب له، أو النزول عن حق شخصي (كالإبراء) فيعتبر ذلك هبة غير مباشرة[2].

3.الهبة المستترة.

تعتبر الهبة المستترة في أصلها هبة مباشرة؛ إذن ينقل الواهب للموهوب له حقاً عينيا أو يلتزم له بحق شخصي ولكن ظاهرة الهبة المستترة غير حقيقتها، فهي في الواقع هبة، ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر (كعقود الإقرار والمحاباة). ومثال الهبة في صورة قرض وهي (أن يكتب الواهب سندا عليه بمبلغ من النقود يذكر أنه تسلمها على سبيل القرض وفي الحقيقة قد التزم بها على سبيل الهبة والتبرع) ويشترك هنا أن يكون العقد (أي العقد المتستر عنه) مستوفي لشروط الإنعقاد في الظاهر[3].

4. الهبة المشروطة.

بالرجوع إلى المادة 202 من قانون الأسرة السالفة الذكر نجدها قد أجازت للواهب أن يوقع على عقد الهبة شروط تترتب بموجبها التزامات في جانب الموهوب له، وتكون حينها الهبة معلقة على شرط لا يتوقف تمامها ونفاذها إلا بإنجاز ذلك الشرط. والشرط نوعان إما أن يكون واقفاً، وإما أن يكون شرطاً فاسخاً، فبالنسبة للشرط الواقف؛ هو الذي يكون وجود الالتزام فيه مترتبا على وقوعه، حيث نصت المادة 206 على ذلك بقولها: "إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط...". ومثال ذلك كأن يقول الخطيب لخطيبته لو تزوجتي بي سأهبك سيارة، فتكون حينها الهبة معلقة على شرط

[1] – عمار نكاع، الهبة والوصية، مرجع سابق، ص.ص.15-16.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص.80-81.

[3] – المرجع نفسه، ص.81.

واقف وهو الزواج منه، فإذا تزوجت به كانت الهبة من نصيبها، أما أذا امتنعت أو عدلت عن قرارها فيسقط حينها حقها في الهبة نتيجة عدم اتمامها الشرط. وأما الشرط الفاسخ؛ فهو الذي يكون فيه زوال الالتزام مترتباً على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا، ولكن اقترن بشرط فاسخ، فلو تحقق هذا الشرط سيفسخ الالتزام، وفي هذا نصت المادة 207 من القانون الأرة أعلاه على أنه: "يزول اللتزام إطا تحقق الشرط الفاسخ...". ويظهر الشرط الفاسخ في هاته المسألة لما يهب شخص لشخص سيارة وشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره وإلا فسخت الهبة، فلوا تصرف الموهوب في هاته السيارة، يكون بذلك قد حقق الشرط الفاسخ، فتفسخ حينها الهبة[1].

ثانيا: أحكام عقد الهبة وأركان قيامها.

بعدما تم رفع اللبس عن تعريف الهبة وبيان خصائصها، فإن الدراسة في هذا المقام تسدعي الوقوف أيضا على أحكام عقد الهبة (أ)، ثم أركان قيام عقد الهبة (ب).

أ: أحكام عقد الهبة.

تبنى الهبة باعتبارها عقداً على جملة من الأحكام التي تجعلها تنفرد وتتميز عن غيرها من العقود الأخرى؛ نجملها في الآتي:

- بما أن الهبة عقد فإنه يحكمها ما يحكم النظرية العامة للعقد من أحكام على وجه العموم، وتنفرد بأحكام خاصها بها المشرع في قانون الأسرة؛ فهي حسب المادة 202 منه تمليك بلا عوض، فالتزام الواهب في عقد الهبة يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها افتقار ذمة الواهب وإثراء ذمة الموهوب له[2]، غير أنه قد يفهم من الفقرة الثانية من المادة 202 أعلاه قيام التزام في جانب الموهوب له في حال اشتراط الواهب ذلك، حيث جاء في هذه الفقرة من المادة ما يلي: "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب به القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجازه الشرط". وبما أن لفظة الالتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مالي مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام ثلاث فرضيات[3]، وهي كالتالي:

---

[1]- عمار نكاع، الهبة والوصية، المرجع السابق، ص.ص.17-18.

[2] - المرجع نفسه، ص.11.

[3] - أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، لسنة 2004، ص.07.

- الفرضية الأولى: قد يكون الالتزام المالي المشترط على الموهوب له من طرف الواهب، يفوق قيمة الشيء الموهوب، وفي هذه الحالة نكون بصدد بيع صوري مبطن بعقد الهبة؛
- الفرضية الثانية: أن يكون مقدار المال المشترط من طرف الواهب على الموهوب به يعادل قيمة الشيء الموهوب، أو كان ما اشترطه الواهب شيء غير المال، لكنه مقوم بالمال (كأن يشترط الواهب من الموهوب له أن يعطيه قطعة أرض تعادل قيمتها ثمن المنزل الموهوب له، فنكون في هذه الحالة بصدد مبادلة، وكأن العقد معاوضة وليس هبة؛
- الفرضية الثالثة: أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابل نقدي، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقود، لكن تكون قيمته أقل من الشيء (المنزل) الموهوب، ففي هذه الصورة نكون بصدد هبة مشروطة.

➢ إن الهبة تكون مراتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي أبرمت فيها، حيث جاء في نص المادة 204 ما يلي: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". وعليه لحتى يصح عقد الهبة لابد أن تصدر من الواهب وهو في كامل صحته، وإلا تحولت إلى وصية في حالات عددتها المادة السالفة الذكر وهي كالآتي:

- مرض الموت؛ هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، وعدم إمكانه القيام بمصالحه، وينتهي هذا المرض بالموت فعلا، ضف إلى ذلك وجب تحقق شرطان في اعتباره مرض موت وهما: أن يكون المرض متصل بالموت؛ بمعنى لم يبرأ منه المريض حتى مات، فلو شفي وصح من مرضه الذي تبره فيه، ثم مات بعد ذلك، فحكم الهبة في هذه الحال الصحة، والشرط الثاني: أن يكون هذا المرض مخوفاً وخطيراً يحدث منه الموت غالبا (كحالة المرض بوباء كورونا سابقا عندما كان الفيروس في أوجه، وحالة الطعون والسرطان...)، وليس مرضا غير مخوف (كالجرب، والبهاق، وفقر الدم)[1]. وبناءً

[1]- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.203، ص.119.

على ذلك فتأخذ الهبة في ظل هاته الحالات حكم الوصية؛ بمعنى تؤخذ من التركة في حدود الثالث دون زيادة، وللورثة الطعن في صحة تصرف مورثهم وإرجاعها إلى الثلث من تركته إن كان الشيء الموهوب به أكبر[1]؛

- الأمراض، ويستشف من المادة 204 من القانون أعلاه أن هذا اللفظ جاء عاماً، وتصرف إلى مرض الموت، وبذلك فهذا اللفظ الذي استعمله المشرع لا محل له في نص المادة أعلاه وهذا لذكره من قبل؛
- الحالات المخيفة؛ وهي الحالات التي يغلب فيها الهلاك، وتوقع الموت من دون مرض (كالمرابط في جبهة القتال، يتوقع الموت في كل لحظة)، وحالات الحروب والوباء، والمحكوم عليه بالإعدام، والذين يقومون بهجرة غير شرعية بعبورهم البحار)، فألحقت هذه الحالات بحكم مرض الموت لعلة مشتركة وهي: خوف الموت وحصوله فعلا بعد ذلك، وعليه ففي حال صدرت هبة من شخص وكانت تتوفر فيه حالة من الحالات المخيفة الآنفة الذكر، وانتهت بالموت فعلاً، فحكم هبته تحولها إلى وصية بنص المادة 204 السالفة الذكر والمادة 776 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري[2].

➢ أن عقد الهبة من العقود الفورية لأنها تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، والجدير بالذكر أن المشرع خص عقد الهبة دون غيرها من العقود التي تتم بالحيازة وهي العقد العيني الوحيد في القانون الجزائري؛

➢ أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناءً في حق الأبوين، في حالات محددة بنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] – بما أن مرض الموت يعتبر واقعة مادية، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات –من بينة وقرائن وغيرها– أمام القضاء.

[2] – نص المادة 776 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجمئع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً...".

ب. أركان قيام عقد الهبة.

تعتبر الهبة كسائر العقود التي تستوجب لقيامها وإحداثها للأثر القانوني ضرورة توافر أركان أساسية متمثل في التراضي (أ)، والمحل (ب)، والسبب (جـ)، والشكلية إذا كان العقد يتطلبها (د)والحيازة أيضا(هـ).

أ.التراضي في عقد الهبة.

الهبة عقد استلزم المشرع لانعقاده توافر ركن التراضي، فإذا انعدام هذا التراضي بين المتعاقدين كانت الهبة باطلة ويقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما وانصرافها إلى إحداث أثر قانوني معين ألا وهو إنشاء عقد الهبة، وعلى هذا سنعالج في هذا الصدد مسألة وجود التراضي (01)، وصحة التراضي (02).

1.وجود التراضي.

التراضي في الهبة معناه اتجاه إرادتين إلى إحداث أثر قانوني معين، و لا يتم ذلك إلا باقتران الإيجاب مع قبول مطابق له، فالإيجاب هو العرض الصادر من الواهب بوجه جازم عن إرادته في إبرام الهبة، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق صادر عن الموهوب له أو من ينوب عنه، تم وجود التراضي و لم يبق سوى إفراغه في قالب رسمي و إتمام الحيازة لتنعقد الهبة صحيحة مستوفية لجميع شروط انعقادها[1]. يكون التعبير عن الإرادة بأي شكل من الأشكال المقررة قانونا، و في غياب النص الخاص بخصوص هذه المسألة، و على اعتبار أن الهبة تصرف قانوني صادر عن إرادتين، نعود في أحكامها المتعلقة بالتعبير عن الإرادة إلى القواعد العامة، إذ نصت المادة 60 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني على كيفية التعبير عن الإرادة، فيكون التعبير إما صراحة أو ضمنا، و قد يكون لفظا أو كتابة، أو بالإشارة المتداولة، أو بأي موقف لا يدع في دلالتها أي شك على مقصود صاحبه، كما يعتبر السكوت الموهوب له دلالة على قبوله، وهذا طبقا للقاعدة الفقهية "السكوت في معرض الحاجة بيان"، ووفقاً لهاته القاعدة أسس المشرع الجزائري الاستثناء المنصوص عليه في المادة 68 الفقرة

[1]-كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة -الجزائر)، الموسم الجامعي 2017-2018، ص.16.

الأخيرة من القانون أعلاه، واعتبرت أن الايجاب الذي يكون لمصلحة من وجه إليه قبولا في حال سكوته عن التعبير عن ذلك صرحة أو ضمنيا[1].

2.صحة التراضي.

لا يكفي لقيام التراضي كركن في عقد الهبة وجوده فحسب، و إنما يشترط أن يكون صحيحاً، وذلك بأن يكون من صادراً من شخص كاملا للأهلية بالإضافة إلى تمتعه بقوه العقلية، وأن يكون رضاؤه خالياً من العيوب.

ومن هذا المنطلق وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد أولى عناية خاصة بالأهلية كون عقد الهبة من العقود الضارة ضررا محضا (فهو عقد خطيرا جدا لأن فيه افتقار لذمة الواهب)، فيتطلب في الواهب أهلية التبرع أو تسمى أيضا أهلية التصرف دون عوض، و هي أقوى من أهلية التصرف بعوض، ويشترط أن تكون كاملة و صحيحة غير معيبة[2]، و هذا ما نصت عليه المادة 203 من قانون الأسرة، بأن يكون سليم العقل بالغا سن الرشد و غير محجور عليه. فيجب على الموثق عند تاريخ إبرام عقد الهبة أن يتأكد من أوضاع الواهب فيما إذا كان في حالة جنون أو عته أو سفه أو غفلة، إذ يجب أن يكون هذا الأخير متمتعا بكامل قواه العقلية بالغا سن الرشد بتمام 19 سنة، غير محجور عليه، كون الصبي غير المميز و المجنون و المعتوه في نظر القانون عديمي الأهلية مثلهما مثل الصبي غير المميز الذي يقل سنه عن 13 سنة، و عديم التمييز غير أهل لأن يهب إذ أن التعاقد عن طريق الهبة يقوم على الإرادة و لا إرادة لعديم التمييز[3]، كما يفترض انعدام أهلية الشخص عند بلوغه سن السبعون فما فوق واحتمال تعرضه للعته (الزهايمر)، فعلى الموثق أن يطلب وثيقة لكل من

---

[1]– علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري–، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2015، ص.32.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص.97.

[3] – كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، مرجع سابق، ص.21.

تجاوز هذا السن للتأكد من حالته العقلية، كما عليه أن يتأكد أيضا من حالته الصحية حتى لاي قع تحت المسألة الجزائية[1].

وبالنسبة للموهوب له نجد المشرع الجزائري قد خفف من أهليته على غرار أهلية الواهب، باعتبار التصرف نافعا نفعا محضا له، إذ يجوز للولي أو الوصي أو القيم تلقي الهبات الموجهة لمن هم تحت ولايتهم من عديمي و ناقصي الأهلية ما لم تكن مقترنة بشرط، أما إذا كان الموهوب له بالغا سن الرشد غير محجور عليه فله قبول الهبة و لو كانت بعوض أو مقترنة بشرط، يقبلها بنفسه أو من ينوب عنه بوكالة قانونية وفقا لنص المادة 574 من القانون المدني. كما أجازت المادة 209 من قانون الأسرة الهبة للحمل شريطة ولادته حيا، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب، و إذا ولد ثم مات كان المال الموهوب لورثته[2].

ولايكفي لقيام عقد الهبة توفر الأهلية الكاملة مع التمتع بالقوة العقلية بل يجب أيضا أن تكون الإرادة أيضا خالية من العيوب المتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال طبقا للقواعد العامة من المادة 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

ب.المحل في عقد الهبة.

الهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب أن يهب كل ممتلكاتها أو جزء منها إلى الموهوب له دون مقابل، ومن ثم تكون الهبة أصلا ملزمة لجانب واحد هو الواهب بحيث يكون محل إلتزامه فيها هو الشيء الموهوب ،غير أنه يجوز طبقا للمادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو إلتزامات أخرى على الموهوب له فتصبح الهبة عقدا ملزما للجانبين ويكون محل التزام له فيها هو العوض المشترط. ووفقا لذلك سيتم التعرض إلى الشيء الموهوب (01)، وإلأى العوض المشترط (02).

1.الشيء الموهوب.

الشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب إلى الموهوب له، سواء كان عقارا أو منقولا، أو حق انتفاع أو دين و هذا ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة، إذ يجوز

---

[1]- حيث جاء في اجتهاد قضائي صادر من المحكمة العليا والذي أكدت فيه من خلال قرارها رقم 31833 بأنه لا يُثبت المرض العقلي الذي يُبطل التصرف القانوني للهبة إلا بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص. يراجع القرار القضائي الصادر بتاريخ 22-10-1989، مجلة المحكمة العليا، العدد الثالث، رقم القرار: 31833، لسنة 1989.

[2] - كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، مرجع سابق، ص.21.

للواهب أن يهب كل ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع و حقوق دائنيه، وبالمقابل باستطاعته أن يهب جزء منها يتولى تحديدها بإرادته المنفردة في عقد الهبة[1].

2.العوض المشترط.

العوض في الهبة هو التزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه مقابل التزام الواهب بالهبة، وقد يكون هذا المقابل التزاما بإعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالالتزام بإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب الذي في ذمة هذا الأخير أو المثقلة بالشيء الموهوب، والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب كان يزرع له أرضا أو يبني له مسكنا، والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بألا يتصرف في الشيء الموهوب[2].

ويشترط في المحل كسائر العقود أن يكون موجودا أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين، أن يكون مشروعا غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة كما جاء في الأحكام العامة للعقد طبقا للمواد 92 و93 و94 من القانون المدني الجزائري.

جـ.السبب في عقد الهبة.

تسري نظرية السبب في القانون المدني على عقد الهبة كما تسرى على غيره من العقود ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث لا التقليدي؛ أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل، لأن السبب حسب النظرية التقليدية يقصد به التبرع وفي الهبة تكون هذه النية موجودة حتما في جانب الواهب لمجرد التراضي وعليه وصف هذه النية بأنها السبب في عقد الهبة لا يقدم شيئا. وشيترط في السبب ليكون قائما كركن أن يكون موجوداً، وأن يكون مشروعا غير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة؛ فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به ولا باستطاعته أن يعلم به، فلا يبطل العقد و يأخذ حينها بالإرادة الباطنة لا الظاهرة[3].

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، لسنة 2008، ص.156.

[2]– كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، مرجع سابق، ص.29. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص.129 وما بعدها.

[3] – علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، المرجع السابق، ص.75.

د.الشكلية في عقود الهبة.

بالرجوع لأحكام القضاء الجزائري بتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة إذ أنه لم يشترط شكلا معينا سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول فلم يقض إذن ببطلان الهبة إذا تخلف الشكل الرسمي فيها، غير أنه اشترط حيازة الشيء الموهوب من أجل تمام عقد الهبة فصورة الشكلية في الهبة تنحصر في القبض. غير أنه ومع صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984[1]، والذي نص فيها المشرع الجزائري في المادة 206 منه على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر الشكلية كركن من أركان العقد إذا كان هذا الأخير يتطلبها. وتتمثل الشكلية في عقد الهبة في الرسمية التي تتبعها بالضرورة إجراءات التسجيل و الشهر العقار، كما يمكن أن تتخذ الكتابة كوسيلة للإثبات لا للإنعقاد.

يُقر القانون لكل نوع من المحررات الرسمية أشكالا معينة يجب على الموظف المختص و من في حكمه مراعاتها عند تحرير المحرّر حتى يتم بصفة الرسمية، و تأسيسا على ذلك 324 مكرر1 من القانون المدني المعدل و المتمم يشترط في العقود التي يكون محلها عقارات أو حقوق عينية عقارية مراعاة أحكام التوثيق[2]، الأمر المؤكد عليه بموجب المادة 324 مكرر1 و المادة 206 من قانون الأسرة المعدل و المتمم ، التي أوجبتا إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي. وبالرجوع إلى أحكام القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 2006/02/20[3]، نجده قد أوجب بعض الشكليات بمناسبة تحرير عقد الهبة، وطبقا لنص المادة 26 منه وجب تحرير عقد الهبة باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص، مع كتابة المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد

---

[1] – القانون رقم 84-11، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 09 جوان 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد24، الصادر بتاريخ 1984/06/12، المعدل والمتمم.

[2] – يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، لسنة 1988، ص.94.

[3]– القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر في سنة 2006.

بالحروف، مع كتابة التواريخ الأخرى بالأرقام. وتضيف المادة 29 من نفس القانون أعلاه على وجوب أن يتضمن العقد اسم و لقب الموثق الذي حرره، واسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ مكان ولادة الأطراف وجنسيتهم، واسم ولقب و صفة وموطن وتاريخ مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، واسم ولقب المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك، ومكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه الهبة، وكالات الأطراف المصادق عليها، كما يجب التنويه على تلاوة الموثق على أطراف النصوص الجبائية والتشريعية المعمول بها، وفي الأخير توقيع الأطراف والشهود و الموثق والمترجم عند الاقتضاء.[1] كما يجب أن يشتمل العقد على عناصر الملك العقاري الموهوب من تعيين و أصل الملكية و حقوق الارتفاق مثلا، كما يجب أن يبين في العقد العوض أو الالتزامات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب[2].

كما تجد الإشارة أنه يتعين على الموثق قبل تحرير العقد التأكد من أهلية الشاهدين، و ذلك ببلوغهما سن 19 سنة كاملة غير محجور عليهما وأن لا تربطهما أية صلة قرابة بالموثق أو أطراف العقد، وعملا بالمادة 324 مكرر 3 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني وجب إدراج هوية الشاهدين في عقد الهبة مع إمضاءهما تحت طائلة البطلان[3]، ولقد تم التأكيد على حضور شاهدي عدل في عقد الهبة من خلال القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 389338 المؤرخ في 2007/11/21[4]. كما يجب على الموثق قبل القيام بعملية تحرير الهبة، أن يتأكد من وجود وثيقة التأمين على الكوارث الطبيعية الخاصة بالعقار عملا بأحكام المادة 04 من الأمر رقم 03-12 المتضمن الزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، المؤرخ في 2003/08/26[5]. وفضلا عن ذلك يتوجب إتباع إجراءات التسجيل لدي مصلحة الضرائب وشهر العقد لدى المحافظة العقارية

---

[1] – كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، مرجع سابق، ص.34.

[2]– محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 20، لسنة 1987، ص.543.

[3]– كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، مرجع سابق، ص.35.

[4]– قرار قضائي صادر من المحكمة العليا بتاريخ 21-11-2007، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، القرار رقم: 389338، سنة 2008.

[5]– الأمر رقم 03-12 المتضمن الزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، المؤرخ في 26أوت2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد52، الصادر في سنة 2003.

المختصة حتى ينتج عقد الهبة أثره بين المتعاقدين و اتجاه الغير، تأسيسا لنص المادة 206 من قانون الأسرة، والمادة 793 من القانون المدني. ومن سياق ما سبق ذكره فإذا حررت الهبة في شكل عرفي فإن مصيرها البطلان[1].

هـ.الحيازة.

يقصد بالحيازة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية والفعلية عليه، وهذا بغية الظهور بمظهر صاحب الحق ولا تتم الحيازة بهذا المعنى إلا بتسليم المال إلى الموهوب له، وهذا وفقا للقاعدة الفقهية "لايتم التبرع إلا بالقبض"[2]. فلو تم عقد التبرع (الهبة) دون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمان، وهو تغيير للمشروع[3]. وبالرجوع إلأى المشرع الجزائري نجده قد اشترط الحيازة (وهو العقد الوحيد الذي نص فيه المشرع على العقود العينية) كركن في عقد الهبة وهذا طبقا للمادة 206 من قانون الأسرة والتي جاءت كالتالي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة" وبذلك تكون الحيازة ركن خاص في عقد الهبة يترتب على تخلفه البطلان، وذلك لأنها تساهم في تكوين وإنشاء عقد الهبة وليس في اكتساب الملكية.

---

[1]- حيث جاء في الاجتهاد القضائي في إحدى حيثياتها ما يلي : "يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنص المادة 206 من قانون الأسرة أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات ، لذا فإنّ الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية ". ينظر القرار القضائي الصادر بتاريخ 09-11-1994، مجلة المحكمة العليا، العدد 51، نشرة القضاة، القرار رقم: 10356، لسنة 1995.

[2]- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، لسنة 1357هـ - 1938م، ص.299.

[3]- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

الفرع الثاني: أحكام الرجوع في الهبة وموانعه.

سيتم التعرض في هذا الشأن إلى أحكام الرجوع في الهبة (أولا)، ثم التطرق بعدها إلى موانع الرجوع فيها (ثانيا).

أولا: أحكام الرجوع في الهبة.

يعرف الرجوع عن فقهاء المذهب المالكي بأنه: "الاعتصار في الهبة"[1]؛ ويراد به ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي. ويقتضي الرجوع وجود أحكام شرعية؛ تبين كيفية الرجوع ومن لهم الحق في الرجوع، وكذا أحكام قانونية؛ وعلى ذلك سيتم التطرق إلى أحكام الرجوع في الفقه الإسلامي (أ)، وبعدها أحكام الرجوع في التشريع الجزائري (ب).

أ. أحكام الرجوع في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في لزوم الهبة وعدم الرجوع فيها بحسب كل حالة من أحوال الهبة، حيث أنها تختلف قبل قبض الموهوب له الشيء الموهوب (أ) أو بعد قبضه (ب).

أ.مسألة رجوع الواهب عن هبته قبل أن يقبضها الموهوب له.

لم يتفق الفقهاء في مسألة رجوع الواهب عن هبته قبل أن يقبضها الموهوب له على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الخلفاء الأربعة من الصحابة –رضوان الله عليهم– ومن التابعين النخعي والثوري والشعبي[2]، وجمهور فقهاء المذاهب السنية؛ الحنفية وقول عند المالكية ورأي الشافعية والمفتي به عند الحنابلة إلى أن الواهب له الرجوع في هبته قبل أن يقبضها الموهوب له[3]،

---

[1] – الاعتصار هو لغة هو الحبس، والمنع، وقيل الارتجاع. قال ابن الأعربي: وهما في اعتصار الهبة صحيحان؛ لأنه ارتجاع وحبس لما أعطاه ومنع له، والاعتصار مختص بالهبة وحدها، وما في معناها من العطية، والنحل، والمنحة. وشبهها، دون الصدقة. يراجع. القاضي أبي الفضل عياض بن موسى ابن عياض اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، التحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.2000.

[2] – أبو زكرياء محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الجزء الخامس عشر، دار الفكر، بيروت –لبنان–، د.س.ن، ص.381.

[3] – أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان–، لسنة 1420 هـ–2000م، ص.185. محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت–لبنان–، د.س.ن، ص.101. أبو اسحاق

واستدلوا بذلك من السنة النبوية الشريفة الكريم: " أن مطرف غن أبيه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ (ألهاكم التكاثر)، قال: (يقول ابن آدم: مالي، مالي، قال: وهل لك، يا بان آدم من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت؟)[1].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن المال الذي يجده الإنسان يوم القيامة هو الذي تصدق به وأنفذه، وبمفهوم المخالفة أن المال الذي لم ينفع يوم القيامة هو المال الذي لم تتم صدقته وهبته، وهو دليل على جواز الرجوع في الهبة إذا لم يتم القبض[2].

الرأي الثاني: ذهب المالكية في قول ثانٍ لهم، ورأي عند الحنابلة، وقول للظاهرية أن ليس للواهب أن يرجع في هبته[3]، وواستدلوا في ذلك بقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.."[4]. تدل هذه الآية أن الوفاء بالعقود لازم ولم يقيد بأي شرط، والهبة تدخل ضمن هذه العقود ولم تحدد بالقبض[5].

ويظهر أن الرأي الراجح في هاته المسألة هم أصحاب الرأي الأول؛ بعد لزوم الهبة إلا بالقبض لقوة أدلته، وأن أدلة الرأي الثاني لا تخرج عن العموم في العقود ويبقى الوفاء بالهبة ديانة يتقرب بها العبد إلى الله تعالى[6].

ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمي، بيروت –لبنان–، د.س.ن، ص.334.

[1] – مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الرابع، رقم الحديث: 2958، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان–، د.س.ن، ص.2273.

[2] – حمد علي بن محمد البكري الصديقي الشافعي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت –لبنان–، لسنة 1425 هـ–2004م، ص.416.

[3] – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص.119.

[4] – الآية 04 من سورة المائد.

[5] – أبو محمد علي بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص.71.

[6]– اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي، مجلة آفاق العلوم، العدد السادس، جامعة زيان عشور الجلفة –الجزائر–، لسنة 2017، ص.122.

ب.مسألة رجوع الواهب عن هبته بعد أن يقبضها الموهوب له.

اختلف الفقهاء في مسألة رجوع الواهب عن هبته بعد أن يقبضها الموهوب له على رأيين وهما:

الرأي الأول: وهو رأي الجمهور؛ من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، حيث يرون أن الواهب ليس له أن يرجع في هبته إذا قبضها الموهوب له[1]. واستدلوا في ذلك بالسنة النبوية الشريفة، عن عن ابن عباس –رضي الله عنهما– أن قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"[2]. يدل هذا الحديث أن الذي يعود في هبته كمثل الطلب الذي يرجع إلى قيئه، وهذا أبلغ وأظهر في التحريم والمنع[3].

الرأي الثاني: وهو رأي الحنفية؛ فللواهب أن يرجع في هبته حتى ولو تم القبض[4]. واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: " وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا"[5]. حيث ورد في كتاب بدائع الصنائع العبارة التالية في هاته الآية (والتحية وإن كانت تستعمل في معانٍ من السلام والثناء والهدية بالمال، لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء وذا لا تيصور في الأعراض، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل)[6].

والراجح في هاته المسألة هم أصحاب الرأي الأولفي عدم جواز رجوع الواهب في هبته بعد قبضها من طرف الموهوب له، وهذا لقوة أدلته وصراحتها، وبالنسبة للرأي الثاني فقد استدلوا لعموم الأدلة وليس لخصوصيتها في هاته المسائل.

---

[1]– أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص.335. أبو محمد علي بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ص.63 وما بعدها.

[2]– محمد بن اسماعيل أوب عبد الله البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور الرسول صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الجزء الثالث، رقم الحديث: 2589، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لسنة 1422 هـ، ص.158.

[3] – اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.123

[4] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، ص.186.

[5]– الآية 86 من سورة النساء.

[6] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، ص.186.

ب. أحكام الرجوع في التشريع الجزائري.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد المشرع ينص في قانون الأسرة على أن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناءً وفي حدود ما أوردته المادة 211 منه التي تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- ✓ إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛
- ✓ إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛
- ✓ إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيعه أو تبرع به أو دخل عليه ما غير طبيعته.

كما نصت المادة 212 على عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة تأكيداً للزوم عقد الهبة ولمبدأ عدم الرجوع في الهبة في غير الحالات المستثناة، وهذا المبدأ جاء لإقرار عدم الرجوع عند جمهور الفقهاء وهم المالكية الشافعية والحنابلة، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقول الجمهور بعدم جواز الرجوع في الهبة، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد هذا الحكم ما إن كان الرجوع من الواهب للشيء الموهوب قبل القبض أو بعد القبض. إن ما جاءت به م 212 من أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها فالذي تعنيه هذه المادة هو عدم جواز الرجوع بإرادة الواهب المنفردة لكنها لا تمنع من طلب الفسخ قضاء إذا كان الواهب إشترط على الموهوب له القيام بعمل بغرض المنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط ففي هذه الحالة نكون أمام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط كأن يهب شخص مبلغ من المال لجمعية خيرية لإقامة مستشفى فعدم قيام الجمعية الموهوب لها بتنفيذ شرط الواهب يبرر طلب الفسخ. وتقدير الفسخ يرجع إلى سلطة القاضي حسب القواعد العامة ولا معقب على الحكم من قبل المحكمة العليا.

ثانيا: موانع الرجوع في الهبة.

تم التعرض سابقا إلى أحقية الرجوع في الهبات، مع ذكر أراء الفقهاء في ذلك، وتبيان موقف المشرع الجزائري أيضا، وكل ذلك كان مقيد بعدم وجود مانع يمنع من الرجوع في الهبة.

ووفقا لذلك سيتم التعرض إلى موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي (أ)، ثم موانع الرجوع فيها في التشريع الجزائري (ب).

أ. موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي.

اتفق فقهاء المذاهب السنية على بعض الحالات التي لا يمكن الرجوع فيها، مع وجود حالات أخرى مختلف فيها.

ومن بين الحالات المتفق عليها في عدم الرجوع في الهبة، كالتالي[1]:

- عدم تغير المالك للعين؛ فإذا خرجت الهبة من عند الموهوب له وتصرف فيها ببيع أو صدقة أو هبة، فإن الرجوع في الهبة يزول ويسقط من الواهب؛
- هلاك الهبة؛ وهي ملك الموهوب له، والهلاك إما باستعمالها أو بتلفها، وهي لا تضمن لأنها في ملك الموهوب له؛
- إذا كانت الهبة بعوض وتم قبضه من الواهب، فإن حقه في الرجوع يسقط متى قبض العوض.

وبالنسبة للحالات المختلف فيها فتتمثل في:

- إذا نمت الهبة، وأصبحت الزيادة واضحة؛ حيث ذهب الحنفية والملكية في قول لهم والمعتمد عن الحنابلة إلى القول بأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة[2]، بينما ذهب المالكية في قول ثانٍ لهم والشافعية في رأي لهم، والحنابلة في قول لهم إلى أن الزيادة تتبع الأصل، ولا يمنع الرجوع[3]. ومن خلال معرفة المقاصد الشرعية من الهبة يتضح أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة؛ وذلك لأنها نماء للهبة للعديد من الأسباب[4].

---

[1] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، ص.128.

[2] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، ص.129. موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص.58.

[3] – أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص.235. موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص.58.

[4] – من بين الأسباب التي تمنع الرجوع في الهبة مايلي:

- أن الزيادة ليست في ملك الواهب، بل هي في ملك الموهوب له بعد الهبة، ولا يمكن الفصل بين الأصل والزيادة لتعذر ذلك، وحينا لا يمكن الرجوع؛

➢ موت أحد العاقدين؛ وقد اختلف الفقهاء في ذلك، ولهذا الاختلاف صورتين إما أن يموت الواهب، أو يموت الموهوب له[1].

ب. موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري.

بالرجوع إلى نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للأبوين حق الرجوع عن الهبة التي يهبانها لولديهما مهما كانت سنه صغيرا أو كبيرا بالغا أو غير بالغ، إلا أن نص المادة قيد حق الرجوع الأبويين في الحالات الثلاثة الآتية:

❖ إذا وهب الأب من أجل زواج إبنه الموهوب له فليس له حق الرجوع في هبته ولو لم يتزوج في الوقت المطلوب مادام المقصود الزواج الذي هو المطلوب شرعا من الموهوب له أنه يقوم به؛

❖ إذا وهب الأب لإبنه مالا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين فليس له الرجوع في هبته مادام الدين لم يسدد بها، وأصبح المال الموهوب ضامتا للدين والواهب بمثابة الكفيل الضامن مادام قد إلتزم بإرادته المنفردة يقصد ضمان الدين أو قضاءه وهذا ما نصتا عليه الفقرة الثانية من م211 قانون الأسرة؛

❖ كما قُيد حق رجوع الواهب فيها وهذا وفق ماء في الفقرة 03 من القانون أعلاه وهذا في حال ما تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب يبيع أو تبرع أوضاع منه، أو دخل عليه ما غير طبيعته، فإذا تصرف الموهوب له ببيع الشيء الموهوب أو تبرع به، فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع لأن المال خرج من تحت يد الموهوب له بالبيع أو التبرع والنص في هذه الحالة لا يخول له حق الرجوع كما أن ضياع الشيء الموهوب من الموهوب له، أو هلاكه يمنع الواهب من الحق في الرجوع في هبته وهو ما اتفق عليه فقهاء المذاهب السنية.

وإذا قام الموهوب له بإدخال التعديلات على شيء الموهوب بالزيادة أو بالنقصان إن كان أرضا عارية وبناها غير من طبيعتها أو أصبحت أرضا مشجرة صرف

- أن الزيادة من عمل الموهوب له، وليست من عمل الواهب فلا يمكن أن ترجع مع الأصل، وذلك لأنه أخذ مال بغير حق. يراجع. اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.127.

[1] – اسطنبولي محي الدين، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

عليها أموالا باهظة فأحياها وأوجد بها تشجيرا وأجرى بها الماء،كل ذلك إذا غير من طبيعتها فهذا الأمر هو الآخر يمنع الواهب من حق الرجوع عن هبته ويحرمه من استعمال هذا الحق بمقتضى نص المادة 211 قانون الأسرة.

المطلب الثاني: الوصية في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

تنقسم مصادر الحق أو أقسام الملكية إن صح التعبير إلى تصرفات بإردتين وبإرادة واحدة –كالعقد، والهبة)، وتصرفات منشئة للحق (كعقد الزواج أنشأ حق النفقة)، وتصرفات كاشفة للحق (مثل القسم تفرز الأنصبة)، وتصرفات مضافة لما بعد الموت (مثل الوصية)، وتعد هاته الأخيرة من أسباب انتقال حق الملكية والحقوق العينية الأصلية من الموصي إلى الموصى له وتتم بطريقة اختيارية (عكس الميراث الذي يتم بقوة القانون)، ولقد نظمت الشريعة الإسلامية مسائل الوصية، وحددت أحكامها وضوبطها واعتبرتها من التصرفات التبرعية المضافة لما بعد الموت، وهو ما انتهجه المشرع الجزائري أيضا في أحكام القانون المدني وقانون الأسرة، وحتى يتم التفصيل أكثر في هذا التصرف لابد من إزالة اللبس عنه بالتعرض إلى الإطار المفاهيمي للوصية (الفرع الأول)، ثم التعريج بعدها على إثبات الوصية (الفرع الثاني)، ثم التطرق بعدها إلى بطلان الوصية وآثارها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوصية.

سيتم الإشارة في هذا المنوال إلى مفهوم الوصية من خلال الوقوف على تعريفها وبيان خصائصها (أولا)، ثم التطرق بعدها أركان الوصية والشروط الواجب توفره فيها (ثانياً).

أولا: مفهوم الوصية.

تعد الوصية من التصرفات القانونية المضافة لما بعد الموت وهي لا تعتبر عقدا قائم بذاته وهذا لعدم تحقق توافق الإرادتين، وحتى يتم التوضيح أكثر لابد من تبيان تعريف الوصية (أ)، ثم تعداد خصائصها (ب).

أ.تعريف الوصية.

سنشير في هذا المنوال إلى تعريف الوصية لغة (01)، ثم تعريفها في الإصطلاح الفقهي (02)، ثم تعريفها وفق التشريع الجزائري (03).

1.تعريف الوصية لغةً.

تعرف الوصية على أنها: "الوصية اسم فعله وصى، والأصل فيه وصل شئ بشئ يقال وصيت الشئ وصلته، فكأن الموصى لما أوصى بها وصل ما بعد الموت ما قبله فى نفوذ التصرف. وتطلق الوصية ويراد بها التقدم إلى الغير بما يعمل به مفترنا بوعظ وقد تطلق الوصية ويراد بها : الشئ الموصى به[1]، كما فى قوله تعالى: "**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**..."[2]. وتعرف أيضاً بأنها: "الوصية والإيصاء كلمتان: الأولى منها مأخوذة من وصى، يقال وصى فلان بكذا، يوصى توصية ووصية. والثاني مأخوذة من أوصى، يقال: أوصى فلان بكذا، يوصى إيصاء. وكل الكلمتين تطلق في اللغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بأمر من الأمور، سواء كان القيام بذلك الأمر في حال حياة الطالب، أم كان بعد وفاته، فيقال وصى إبراهيم علياً بكذا، وأوصاه أي عهد إليه فيه، سواء كان الأمر الذي عهد به إبراهيم إلى علي مطلوباً عمله حال حياة إبراهيم أم بعد موته. كما يطلق كل منهما في اللغة أيضا على تمليك المال تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فيقال أوصى الرجل لفلان، ووصى له بشيء من ماله؛ أي جعله له يأخذه بعد وفاته، ومن هذا المعنى جاء قوله سبحانه وتعالى: " **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**"[3]. ففي اللغة لا فرق فيها بين الوصية والإيصاء، فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه في حال الحياته أو بعد وفاته، ليدبر شؤون أولاده الصغار ويرعاهم. ويطلق على تمليك المال، تمليكا مضافاً إلى ما بعد الموت"[4].

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس عشر، مرجع سابق، ص.384.

[2]- الآية 11 من سورة النساء.

[3]- الآية 180 من سورة البقرة.

[4]- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، لسنة 1404 هـ-1984م، ص.ص.09-10.

2.تعريف الوصية في الاصطلاح الفقهي.

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية؛ حيث عرفها الكاساني من الحنفية على أنها: " اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته"[1]. وعرفها أحدهم بأنها: " تبرع مضاف إلى ما بعد الموت"[2]. وعرفها الدسوقي من المالكية على أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة"[3]. وعرفها القرطبي بأنها: "هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به"[4]. وعرف الشربيني من الشافعية الوصية على أنها: "تبرع بحق مضاف لما بعد الموت"[5]. كما عرفها المرداوي من الحنابلة على أنها: "التبرع بالمال بعد الموت"[6]. ويظهر من سياق هاته التعاريف التي جاء بها معشر فقهاء المذاهب السنية أن الراجح منها هو تعريف المالكية للوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة[7].

3.تعريف الوصية في التشريع الجزائري.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد أخذ برأي المالكية في تعريف الوصية وهذا في نص المادة 184 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كالتالي: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". والظاهر من هذا التعريف أنه جاء خالية من ذكر نوع الحق الذي يرد عليه عليكون عينا أم نفعة أم عمل، وكذا افقرت ذكر كبيعة الوصية ما إن

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، المرجع السابق، ص.ص.332-333.

[2]-أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، د.س.ن، ص.168.

[3]- محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص.422.

[4]- محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، لسنة 1406هـ-1986م، ص.336.

[5]- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، لسنة1377هـ- 1958م، ص.39.

[6]- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-، لسنة1376-1987، ص.183.

[7]- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس -فلسطين-، الموسم الجامعة 2009-2010، ص.21.

كانت أحادية أم ثنائية، وإن كانت المادة 191 من قانون الأسرة أعلاه تشفع له حيث نصت: "تثبت الوصية بتصرح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك". ويظهر من هذا النص أن المشرع اكتفى فقط بإيجاب الموصي دون أن يذكر قبول الموصى له، بل والأكثر من ذلك وبالرجوع إلى المواد 197، 198، 199، 200، 201، نجد أن المشرع قد جعل قبول الموصى له شرط لزوم فقط للوصية وليس شرط صحة، وذلك لأن الوصية توثق لدى الموثق بناءً على طلب وإيجاب الموصي دون حاجة لقبول الموصى له، والذي قد لا يكون على علم بها إلا بعد وفاة صاحب الوصية[1]، ومن ثم فإن الوصية في منظور المشرع الجزائري هي تصرف قانوني وليس عقد لإفتقارها لمسألة تطابق الإرادتين وكذا لاختزال العنصر الثاني في الصيغة (القبول) من وجوده عند تحرير هذا التصرف.

ب.خصائص الوصية.

تتعدد خصائص الوصية باعتبارها تصرف قانوني، ويمكن إجمال هاته الخصائص في ثلاث نقاط وهي كالآتي:

1.الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

فالوصية من أهم خصائصها أنها لا تنفذ حال حياة الموصي وإنما بعد وفاته، وفي هذا فهي تشترك مع الميراث في كونها من الأموال المضافة لما بعد الموت بالنسبة للموصي أو الهالك، وتتجلى الحكمة من جعلها لا تنفذ فورا إلى بعد وفاة صاحب الوصية في كونها عمل خيري؛ فيقصد صاحبها من ورائها التقرب إلى الله عن طريقها وكسب ثوابها في الآخرة، على أن تكون في الحدود الشرعية (بأن تكون في الثلث من ماله) فتكون بذلك صدقة تزيد في أجره وترفع من منزلته[2]، وفي هذا فقد روي عن أبي الدرداء رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"[3]. فبذلك تكون الوصية باب من أبواب الخير، وكذلك من الأعمال التي يتقرب بها العبد من ربه لما يقرب أجله. والجدير

---

[1]- عمار نكاع، الهبة والوصية، المرجع السابق، ص.53.

[2]- عمار نكاع، الهبة والوصي، المرجع نفسه، ص.66.

[3]- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية، الجزء الثاني، رقم الحديث: 2701، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص.901.

بالذكر أن المشرع الجزائري قد أشار إليها في المادة 184 من قانون الأسرة واعتبر الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت.

2.تحديد الوصية بالثلث من أموال الموصي.

فيجب على الموصي أن يلتزم بالحدود الشرعية في الإيصاء خاصة إذا كان له فرع وارث أو ورثة، وذلك بأن يوصي بالثلث من مجموع أمواله، وفي حال تجاوز هذا النصاب فإن الأمر سيكون موقوفاً على أقرار الورثة لتصرف مورثهم وهذا مصدقا لما روي عن سعد بن أبي وقاص –رضي الله عنه– أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يعوذوني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: رحم الله ابن عفراء، قلت: يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث؟ قال: (فالثلث، والثلث كبير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفوفون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلي في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون)، ولم يكن له يومئد إلا ابنة"[1]. ولقد تبنى المشرع الجزائري في هذا مبادئ الشريعة الإسلامية وجعل الوصية في حدود الثلث وفي حال الزيادة تكون موقوفة على إجازة الورثة طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

3.الوصية تصرف بإرادة منفردة وليس عقد والقبول فيه شرط لزوم.

فالوصية هي من التصرفات التي لا يكون قبول الموصى له فور صدور الايجاب، وإنما يتراخى إلى بعد وفاة الموجب (الموصي) ومن ثم لا يحدث التطابق، وإن كان قبول الموصي ضروري في نفاذ الوصية، ولكنه ليس ركن ولا شرط صحة، وإنما شرط لزوم، فإن قبلها ألزمت، وإن ردها بطلت، ولكن هذا القبول لا يعتد به إلا بعد وفاة الموصي –كما سبق الذكر– وذلك باعتبارها من التصرفات غير الملزمة وذلك لإمكانية الموصي الرجوع فيها متى شاء[2]، ولا حرج في ذلك مادام على قيد الحياة –وبهذا فهي تختلف عن الهبة في جواز الرجوع فيها– كما أن إقرار الورثة لما زاد عن الثلث من المال لا يسري في حال حياة

[1]– أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الوصايا، الجزء الثالث، رقم الحديث: 5668، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، لسنة 1423هـ –2002م، ص.1006.

[2]– عمار نكاع، الهبة والوصية، المرجع السابق، ص.66.

الموصي وإنما بعد وفاته، وهو ما نصت عليه المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري. وتجدر الإشارة أن قبول الوصية لا بد أن يتم صراحة أو ضمنا ولا يعتد في ذلك بالسكوت الملابس –الذي اعتبر فيه المشرع الجزائري وفقا للمادة 68 من القانون المدني الجزائري من الحالات الخاصة بالقبول– وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "يكون قبول الوصية صراحةً أو ضمناً وبعد وفاة الموصي"، وبهذا فالوصية تختلف في هذا الجانب عن الهبة وهذا لعدم اعتدادها بالسكوت كدلالة على قبول الموصى له، فلابد على الموصى له أن يقبلها بصورة صريحة أو ضمنية. ولابد من التنويه في هاته النقطة أنه إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته (أي ورثة الموصى له) قبولها أو ردها وهذا طبقا للمادة 198 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانياً: أركان الوصية والشروط الواجب توفره فيها.

بعدما تم رفع الستار على الجانب المفاهيمي للوصية، لابد من الوقوف في هاته المحطة على الأركان التي تقوم عليها الوصية (أ)، ثم نتعرض بعدها على الشروط الواجب توفرها فيها (ب).

أ.أركان الوصية.

درج الفقهاء على اعتبار الوصية من العقود، وذلك لأنها تعني إلزام الموصى نفسه الوفاء بأمر فى المستقبل"، والالتزام كما يقع باتفاق مع شخص آخر، فإنه يقع بإلزام الشخص نفسه، غاية الأمر أن القبول فى عقد الوصية مستثنى من اشتراط القبول فى مجلس العقد، ووفقا لذلك فهل قبول الموصى له ركن أم شرط؟

وهذا الملحظ الأخير يجرنا إلى الخلاف الشهير فى أركان العقد، هل هما المتعاقدان والمعقود عليه والصيغة؟ أم الصيغة فقط؟ أم لا بد من وجودهم ميعا لنشأته، حيث إن الركن هو ما لا يقوم الشئ إلا بوجوده، فلا تنشأ الوصية – مثلا – إلا بصيغة من موص لموصى له وبعين موصى بها، أم أن الوصية –كصيغة – فقط هى الركن، وما عداها فمقتضيات لها حيث لا يتصور وجود الصيغة إلا من طرفين، تتصرف إرادتهما أو إرادة أحدهما مع قبول الأخر إلى إحداث أثر فى محل هو المعقود عليه؟

ووفقا لذلك فإن هذا الخلاف نظرى لا يترتب عليه أثر حقيقى، لأن الجميع متفقون على أنه لا يتصور وجود العقد عند فقد الصيغة، أو الموجب، أو القابل، أو المعقود عليه، فسواء أكانت الثلاثة الأخيرة أركانا مع الصيغة أو من مقتضياتها فالأثر واحد. ووفقا لذلك سيتم التعرض في هذا المنوال إلى أركان الوصية في ضوء الفقه الإسلامي (01)، ثم أركان الوصية في ضوء التشريع الجزائري (02).

1.أركان الوصية في ضوء الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء المذاهب السنية في أركان الوصية، فهناك من قال أن أركان الوصية هي الصيغة فقط، وهناك من قال أرن أركان الوصية هما الصيغة، والموصي والموصى له، والموصى به. وهذا الاختلاف لفظي فقط، وذلك لأن أصحاب الرأي الأول لا ينكرون وجود الموصي والموصى له والموصى به والصيغة، ويرونها قوام العقد، وعلى ذلك تستدعي هاته الدراسة التعرض إلى هذين الرأيين وحججهم مع الوقوف عند الرأي الراجح.

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية؛ حيث قالوا أن الوصية تقوم على ركن واحد وهو "الصيغة"، وقد اختلف فقهاء هذا المذهب في هذا الركن؛ حيث قال: "أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد" -رحمهم الله- أن الوصية تقوم على الإيجاب والقبول، والإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، فإذا لم يوجدا جميعاً لا يقوم الركن، وقالوا أيضاً أنه يقوم مقام القبول عدم الرد مع اليأس منه، كأن يموت الموصى له قبل القبول أو الرد[1]. وأما زافر -رحمه الله- فقال: أن الركن في الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط؛ حيث يرى أن الموصى له بمنزلة الوارث؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذلك ملك الموصى له[2]. واستدل جمهور الحنفية بأن القبول مع الإيجاب ركناً في الوصية بقوله تعالى: ﴿**وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ**﴾[3]. تدل هذه الآية أن الإنسان لا يكون له شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبوله لثبت من غير سعيه[4].

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، المرجع السابق، ص.ص.331-332.

[2]- المرجع نفسه، ص.332.

[3]- الآية 39 من سورة النجم.

[4]- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.43.

الرأي الثاني: هو رأي الجمهور؛ من المالكية والشافعية والحنابلة حيث يرون أن الوصية تقوم على الموصي[1]، والموصى له[2]، الموصى به[3]، والصيغة الدالة على إنشاء الوصية[4].

وهذا الاختلاف لا تظهر له فائدة عملية، وإنما هو خلاف في التسمية؛ منشأه اختلاف هءلاء الفقهاء (الجمهور، والحنفية) في مفهوم الركن، حيث يراد به عند الحنفية بأنه: "ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان جزءاً من حقيقته (مثل قراءة القرآن في الصلاة، فإن وجود الصلاة في نظر الشرع يتوقف على قراءة شيء من القرآن فيها، والقراءة جزء من حقيقة الصلاة). والركن عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) ما توقف عليه وجود الشيء، وتصوره عقلا، وسواء كان جزءاً من حقيقته أو لم يكن جزءاً[5]

وتحقيقا لما سلف ذكره فالحنفية لما أخذو في مفهوم الركن أن يكون جزءاً من الحقيقة قالوا: ركن الوصية شيء واحد (هو الصيغة المنشئة للوصية)؛ لأنها هي التي تكون جزء من الوصية، وأما الموصي، والموصى له، والموصى به فليس واحداً منها جزءاً من الوصية، وإنما هي من لوازم وجود الصيغة، وعلى هذا لا تكون أركاناً للوصية. وأما الجمهور لما لم يجعلوا من مفهوم الركن جزءاً من الحقيقة قالوا: إن الأمور الأربعة كلها أركان للوصية، لأن كلا منها يتوقف عليه وجود الوصية وتصورها في العقل، وإن كان بعضها جزءاً من الوصية وهو "الصيغة"، وبعضها ليس جزءاً منها وهو "الموصي، والموصى له، والموصى به"[6].

والظاهر أن الرأي الرجح في هاته المسألة هو رأي الجمهور فالوصية بما أنها عقد فلابد من تحقق أركانها المتمثلة في الصيغة والموصي والموصى له، والموصى به فكل ركن له أهميته

---

[1]- يعرف الموصي بأنه: "الشخص الذي باشر التمليك مضافاً لما بعد الموت". ينظر. رجب الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، ص.76.

[2]- والموصى له هو: "الذي جرى له التمليك مضافاً لما بعد الموت". ينظر. رجب، المرجع نفسه، ص.91.

[3] - الموصى به: "هو الشيء الذي جرى تمليكه مضافاً إلى ما بعد الموت على وجه التبرع". ينظر. محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.45.

[4]- الصيغة في الوصية هي: "العبارة التي عبر بها الموصي مضافة إلى ما بعد الموت". ينظر محمد علي محمود يحيى، المرجع نفسه، ص.46.

[5]- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.23.

[6]- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع نفسه، ص.ص.23-24.

في قيام هذا التصرف، فلا يتصور قيام وصية دون وجود محل، كما لا يتصور أن وجود الصيغة دون وجود أصحابها وهما الموصي والموصى له وعلى ذلك فبتحقق هاته الأركان تقوم الوصية.

2.أركان الوصية في ضوء التشريع الجزائري.

أورد المشرع في المواد من 184 -201 من قانون الأسرة الأركان الواجب توافرها لإبرام الوصية، والوصية وفق المشرع الجزائري هي تصرف بإرادة منفردة وليست بعقد فقبول الموصى له بعد وفاة الموصي شرط لزوم في الوصية. ووفقا لذلك سننظر في الموصي، ثم الموصى له، ثم الموصى به، فالصيغة.

1.2.الموصي.

الموصى هو من أنشأ الوصية، ويشترط فيه تحقق عدة شروط لتكون الوصية نافذة وهذا وفق أحكام المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري وهي كالتالي:

- أن تكون لديه أهلية تبرع أي أهلية تصرف دون عوض؛ حيث يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي بالغا فلا تصح وصية الصبي الغير مميز وهذا باتفاق الفقهاء لأن الوصية تبرعا وهو ليس أهلا للتبرع،كما لا يصح أن ينشىء الوصية بنفسه ولا يصح أن يباشرها عنه وليه لأن الأولياء ممنوعون من التبرع بأموال القصر إلا في نطاق ضيق لا تتدخل فيه الوصية. والمشرع الجزئري اعتبر الوصية من التصرفات الضارة ضررا محضا والتي يمنع على المميز إجراءها طبقا للمادة 83 والمادة 186 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 40 من القانون المدني الجزائري؛
- لا بد من وجود رضا الموضي لأن الوصية هي تصرف رضائي؛ والرضا هو شرط لصحة الوصية وفوات الرضا يبطلها، فلا تصح وصية المكره لفقدان الرضا، ورضا الهازل لا يعتد به لانعدام القصد. كما يدخل في الرضا أن تكون إرادة الموصي خالية من العيوب (الغلط، التدليس، الاستغلال) وهذا طبقا للمواد 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري؛

- كما يشترط في الموصي أن يكون مالكا ملكية مطلقة للموصى به؛ أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة طبقا للمادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.

2.2.الموصى له.

الموصى له هو الشخص الذي جرى له التمليك مضافاً لما بعد الموت ويكون معيناً شخصياً سواء بالوصف أو بالإسم أو بالإشارة، ويجب تحقق شروط فيه وهي كالتالي:

- معلومية الموصى له؛ فإن كان مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن رفعها وإزالتها فإن الوصية لا تصح، وعلى ذلك فلا بد من الموصى له أن يكون معلوما أي محددا بالتعيين أو بالوصف، وإلا بطلت الوصية لجهالة الموصى له وانعدام ركن في الوصية، وتصح الوصية في مثل هاته لمن لا يحصون كمن يوصى بشيء ما للطلبة المحتاجين في معهد علمي معين[1]؛
- أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصى؛ فقد يقتل الموصى له الموصى بعد الوصية أو قبلها والقتل بعد الإيصاء واضح، أما مثال القتل قبل الإيصاء كأن يجرح الموصى له الموصي، ثم يقوم الموصي لأي سبب بالإيصاء للموصى له (الذي قام بجرحه)ثم يفضي الجرح بعد ذلك إلى موت الموصى؛ والراجح عند الحنابلة أن القتل بعد الوصية مبطل لها وأما إذا حدث سبب القتل قبلها فلا يحول دون صحتها، والقتل المقصود وهو القتل العمد عند المالكية، ويتفق الفقهاء على أن قتل النفس بحق لا يؤثر في صحة الوصية كالقتل للقصاص[2]. والمشرع الجزائري جعل القتل مانع من موانع الوصية طبقا للمادة 188 من قانون الأسرة الجزائري، والتي نصت كالتالي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً".
- أن لا يكون الموصى له جهة معصية؛ حيث تُمنع الوصية أن تكون لجهة معصية، وهي الجهة المحرمة شرعاً وقانوناً (مثل الوصية لأقامة كنيسة في بلاد المسلمين بمال

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ،ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 1999، ص.257.

[2]- الدكتور بدران أبو العينين بدران مرجع سابق ص 134

الموصي المسلم أو الوصية لخليلة يعاشرها في الحرام بقصد مواصلة هذه العلاقة غير الشرعية، والمشرع الجزائري قد اعتبر التصرف باطلا بطلاناً مطلاقا في حال ما إذا كان السبب غير مشروع طبقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري.

- اعتبار الوصية للحمل جائزة مع ضرورة ولادته حياً، فإذا ولد ميتا فإن الوصية تعود للموصي ولورثته، وأما إذا ولد حيا ثم مات فالوصية تدخل في ورثة الموصى له، وإذا ولد توأم فإنهم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

3.2.الموصى به.

فللموصي أن يوصي بكل أصناف الأموال التي يمتلكها من حقوق مالية (أموال عقارية أو منقولة، أو منقولة مادية أو معنوية) وحتى الغلة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة، والتي جاء نصها كالآتي: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة". ولقد اشترط المشرع لصحة الموصى به تحقق ثلاثة شروط وهي كالآتي:

- أن يكون الموصى به مما يجري به الإرث؛ بحيث أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، وهو كل ما يصلح أن يكون تركة. وهذا طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تمنع التصرف في ملك الغير، والمادة92، 93،94 من نفس القانون والتي تشترط أن يكون المحل محققا وأن يكون مشروعاً، وأن يكون موضوعا أو جائزا في التعامل به؛
- أن يكون الموصى به متقوما في نظر الشريعة؛ هذه الشرط خاص بالموصى به إذا كان مالا ليس منفعة ولاحقا ماليا وهو أن يكون متقوما في نظر الشريعة أي مما يحل الإنتفاع به في الشريعة، فلا تحل وصية المسلم بالخمر لأنها محرمة في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الجزائري وهذا طبقا للمادة 93 من قانون الأسرة الجزائري؛
- أن يكون الموصي به معيناً بذاته أو قابلا للتعيين وهذا طبقا للمادة 94 من القانون المدني الجزائري.

- أن يكون الموصى به في حدود ثلث التركة، إذا كان للموصي فرع وارث، فإن لم يكن فرع وارث فلا يشترط هذا بل تنفذ الوصية في جميع المال، وإذا كان له وارث وأوصي بأكثر من الثلث توقفت الوصية فيما زاد عنه على إجازة الورثة فإن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجيزوها لم تنفذ، وهذا طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

4.2.الصيغة.

الصيغة هي العبراة اللفظية الصادرة من الموصي الدالة على إرادته في الإيصاء بشيء لشخص ما، وتكون إما باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة بطريقة ضمنية مالم ينص القانون على ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة بطريقة صريحة وهذا طبقا للمادة 60 من القانون المدني الجزائري، وبالرجوع الأحكام الخاصة بالوصية نجد أن المشرع لم يجز انعقاد الوصية بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة وهو ما يستشف ضمنيا من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري. وهذا كله بالنسبة للايجاب الصادر من الموصي، وأما بالنسبة للقبول فحسب المشرع الجزائري اعتبره شرطا وليس ركن، فركن الوصية بالنسبة للصيغة هو الإيجاب فقط دون القبول وهذا طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ رأي زافر من الحنفية بجعل القبول ليس ركنا في الوصية. والجدير بالذكر أن الوصية تكون دائما مضافة إلى ما بعد موت الموصي، وهذا يعني أن صيغتها تكون مضافة وجوجباً، وقد تكون معلقة أحياناً على شرط طبقا للمادة 199 من قانون الأسرة.

ب.شروط نفاذ الوصية.

للوصية شروط يتوقف نفاذها بتوفرها وهي أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بدين (01)، وأن لا تزيد عن ثلث التركة (02).

1.أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين.

اهتم بهذا الشرط فقهاء الحنفية أكثر من غيرهم بحيث فهم من كلامهم أن الوصية باطلة عند تخلف هذه الشروط ،على أساس أنه شرط الصحة ولكن من يتبع أمهات

المرجع الفقهية الحنفية يتبين له أنه شرط نفاذ ،وأنه لا يوجد خلاف جوهري بينهم وبين الفقهاء الآخرين بصدد تحديد طبيعة هذا الشرط بأنه شرط نفاذ وليس بشرط للصحة لقولهم بصحة الوصية إذا أبرأ الغرماء الموصي المدين من ديونهم. ومثل الإبراء في الحكم ما لم يتبرع شخص من الورثة أو من غيرهم بسداد الدين للدائنين ،وقبل الدائنون منه الوفاء، حيث سيسقط الدين وتبقى التركة خالية من الدين ،أما إذا لم يكن المسدد للدين متبرعا فيحل محل الدائن وتبقى التركة مدينة.

وإذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، فإن الوصية نافذة في حدود القدر الخالي من الدين، هذا كله إذا لم تكن الوصية بعين معينة تعلق بها حق الدائن، وإلا فإن حق الدائن يقدم على حق الموصى له، وإن لم يكن بها حق الدائن، وإلا فإن حق الدائن يقدم على حق الموصى له، وإن لم يكن بها الدين مستغرقا للتركة، لأن حق الدائن يتعلق بها حال حياة الموصي بينما حق الموصى له لا يتعلق بها إلا بعد الوفاة. والمشرع الجزائري قد أشار إلى هذا الشرط وفق مقتضيات المادة 180 والمادة 193من قانون الأسرة الجزائري.

2.أن لا تزيد عن ثلث التركة.

يشترط أن يكون الموصى به في حدود ثلث التركة فإذا أوصى الموصي بأكثر من ثلث التركة توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة وفقا لمقتضيات المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة". فلايجوز أن تتجاوز الوصية ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

الفرع الثاني: إثبات الوصية.

أجاز المشرع الجزائري انعقاد الوصية كتابةً أو شفاهة وأخذ بعدم قبول الإشارة إلا في حالات عدم قدرة الموصى على العبارة أو الكتابة وهذا طبقا للمادة 60 من القانون المدني الجزائري، والمادة 10 من قانون الأسرة، وهذا عملا بالفقه المالكي. والوصية في منظور التشريع الجزائري تثبت إما بعقد من الموثق (أولاً)، أو بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية (ثانياً).

أولاً: إثبات الوصية بعقد.

لقد كرس المشرع الجزائري ما جاء في المادة 60 من القانون المدني الجزائري في المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بقوله: "تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك". فالوصية تصرف بإرادة منفردة وهي إرادة الموصي والكتابة اشترطت للإثبات فقط وهي التصريح أمام الموثق الذي يحرر وثيقة يفرغ فيها تصريح صاحب الوصية، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأولى من المادة 191 من القانون المدني الجزائري قد اكتفت بصحة الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق دون أن تتعرض للإشهار[1]، وذلك لأن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وإشهارها يكون واجبا لنقل الملكية بعد الوفاة لا غير وهذا طبقا للمادة 16 مكرر من الأمر رقم 74 -75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري[2].

هذا ويسرى على الوصية كسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت في حالة تنازع القوانين من حيث المكان قانونية الموصي أو الهالك أو من صدر منه التصرف وقت موته، غير أنه يجري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية طبقا للمادة 16 القانون المدني الجزائري.

ثانياً: إثبات الوصية بحكم قضائي.

تعتبر عقد الوصية أقوى حجة أمام المحاكم، ثم تليها الكتابة بخط يد الموصى و عليها بصمته أو توقيعه، إلا أن إنعدام الكتابة لا يجعل الوصية باطلة، وذلك أنه في حالة وجود مانع قاهر يحول دون إفراغ الوصية في كتابة توثيقيه، فإنها تثبت بحكم صادر عن المحكمة (قسم شؤون الأسرة) بعد الاستماع إلى الشهود، وكذا إقرار الورثة ويؤشر بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية منصبة على عقار[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 191 فقرة 02 من قانون الأسرة بقولها وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية أيضا. وهذا ما أكدته المحكمة العليا غرفة الأسرة

---

[1]- الحسين بن شيخ آث ملويا، الرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، سنة 2014، ص419.

[2]- الأمر رقم 74 -75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم.

[3]- لحسن بن شيخ أث ملويا، الراشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.419.

والمواريث بتاريخ 16 جانفي 2008 ملف رقم 209 413 بقولها: "ذلك أنه الوصية تكون بتصريح الموصى أمام الموثق مع تحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، يمكنه إثباتها بجميع طرق الإثبات[1].

ولإثبات الوصية في حالة وجود المانع القاهر وعدم تمكن لموصي من إفراغ الوصية في تصريح توثيقي، يقوم الموصى له برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة نوعيا ومحليا وذلك من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات الوصية. هذا ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت ملكية الموصي له للموصى به ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول، غير أنه إنطلاقا من المواد 185، 198، 222 من قانون الأسرة يتضح بأنه يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي والراجح عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استنادا إلى وقت الوفاة، لأن ذلك ما قصده الموصي بوصيته، غير أن الموصى له لا يملك الموصى به إلا بالقبول المعتبر قانونا[2].

الفرع الثالث: بطلان الوصية وآثار المترتبة على البطلان.

بعدما تم الإشارة إلى تعريف الوصية وبيان ما يدور حولها من أحكام، والوقوف أيضا على كيفية إثباتها، فإن الدراسة تستدعي أيضا التعريج على بطلان الوصية آثارها، حيث تبطل الوصية بأمور كثيرة، ويترتب أثارها نتيجة تحقق هاته الأسباب، فبعضها بسبب الموصي (أولاً)، وبعضها بسبب الموصى له (ثانياً)، وبعضها الآخر بسبب الوصية نفسها كما لو اقترنت بمعصية، أو كان الباعث فيها منافياً لمقاصد الشارع الإسلامي(ثالثاً).

أولا.بطلان الوصية من جانب الموصي والآثار المترتبة عن ذلك.

تتمثل مبطلات الوصية من جانب الموصي في التالي:

أ- رجوع الموصي عن الوصية: يعتبر رجوع الموصي عن الوصية في حال حياته أحد مبطلات الوصية؛ وذلك لأن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، ومن ثم كان له أن يرجع عنه، كلاً أو بعضاً في أي وقت شاء، وذلك لأن الذي وجد من الموصي حال حياته إنما هو الإيجاب فقط، والأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط

[1]- قرار صادر من المحكمة العليا غرفة الأسرة والمواريث بتاريخ 16 جانفي 2008 ملف رقم 209 413، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2008، ص304 -305.

[2]- لحسن بن شيخ أث ملويا، الراشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.419 .

القبول بالإيجاب، والوصية لا يتأتى فيها ارتباط القبول بالإيجاب حال حياة الموصي، لاعتبار أن القبول لا يكون إلا بعد وفاته، ولأن الحكمة من تشريع الوصية هي أن يزكي الإنسان من ماله قبل أن يحين أجله، فإن طال عمره واحتاج إلى ماله لدفع حاجته أو أراد أن يرجع عن وصيته ليكتبها لغيره فله شرعاً أن ين يعدل عنها، وينفق ماله فيما هو في حاجة إليه. والجدير بالذكر أن الرجوع عن الوصية إما أن يتم صراحةً كأن يقول رجعت عن وصيتي أو أبطلتها أو يكون ذلك بصورة ضمنية كأن يبيع الموصى به أو يهبه لشخص آخر[1]. ولقد التعرض المشرع الجزائري لمسألة رجوع الموصي عن وصيته سواء صرحة أو ضمنيا، واعتبرها كأحد أسباب بطلان الوصية وهذا في نص المادة 192 من قانون الأسرة، والتي جاء نصها كالتالي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

ب- زوال أهلية الموصى بعد الوصية: يعتبر زوال أهلية الموصي بعد الوصية كأكد أسباب بطلان الوصية أيضا، حيث قال قال بعض الفقهاء أن استمرار أهلية الموصي شرط لإستمرار الوصية كما هو شرط لإنشائها، فإذا كان متمتعا بأهلية التبرع وقت إنشاء الوصية ثم طرأ له الجنون المطبق خلال الفترة الواقعة بين الوصية وبين وفاته بطلت الوصية سواء اتصل الموت بهذا الجنون أم لا، وأما إذا ارتفع العارض قبل وفاته ورجعت إليه الأهلية الكاملة وأصر على الوصية فلم يبطلها بالرجوع، تعتبر الوصية قائمة غير متأثرة بفقدان أهليته[2]، والمشرع الجزائري لم ينص على هذا السبب في مبطلات الوصية في قانون الأسرة الجزائري.

ت- الردة كأحد أسباب بطلان الوصية: تعتبر الردة من أسباب زوال الوصية وبطلانها، وقد اختلف الفقه في اعتبارها كذلك، وقوامه أنه إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو مرتد أو قتل لحق دار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة وعند صاحبيه لا تبطل، غير أن المشرع الجزائري نص في المادة 200 قانون

---

[1]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية -مصر-، لسنة 2003، ص.183.

[2]- المرجع نفسه، ص.186.

الأسرة على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين". وبذلك فالمشرع الجزائري لم يعتبر الردة كأحد أسباب سقوط وبطلان الوصية[1].

ث- جحد الوصية: جحد الوصية بمعنى إنكار حصولها في الماضي، كما لو قال: أنا لم أوص بشيء، وقد اختلف الفقهاء في اعتباره رجوعاً عن الوصية وعدم اعتبارها على رأيين، حيث ذهب الرأي الأول إلى أن جحد الوصية يعتبر رجوعاً، فتبطل حينها الوصية؛ لأن الرجوع نفي للوصية في الحال، والجحود نفيها في الماض والحال، فأولى أن يكون رجوعاً، وذهب إلى ذلك كل من أبو يوسف من الحنفية وبعض الفقهاء. في حين ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار إنكار أو جحد الوصية لا يعتبر رجوعاً، لأن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجوده وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه، إذ الجحود نفي لأصل العقد، فلو كان الجحود رجوعاً اقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال، وذهب إلى ذلك كل من محمد بن الحسن من الحنفية، والحنابلة[2]. وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم ينص على مسألة جحد أو انكار الوصية ومن ثم يتم إعمال نص المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً.بطلان الوصية من جانب الموصى له والآثار المترتبة عن ذلك.

تبطل الوصية من جانب الموصي في الحالات التالية:

أ- **وفاة الموصى له قبل فاة الموصي:** فإذا توفى الموصى له حال حياة الموصي بطلت الوصية له، بقطع النظر ما إذا علم الموصي أم لم يعلم بذلك؛ وذلك لأنه يملك بعد وفاة الموصي، وبموته قبله أصبح غير أهل لأن يملك، وكذلك تبطل الوصية إذا مات بعد موت الموصي، وقبل ابتداء مدة الانتفاع في الوصية بالمنفعة[3]. والمشرع الجزائري قد أشار إلى بطلان الوصية بموت الموصى له في المادة 201 من قانون الأسرة، حيث قال: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي...". كما ذكرت المادة 196 من

---

[1]- زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، لسنة 1991، ص.94.

[2]- ينظر. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت، لسنة 1979، ص.578.

[3]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.187.

قانون الأرة على أنه: "الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى".

ب-**رد الموصى له الوصية:** ففي حال الرد الموصى له الوصية تبطل هاته الأخيرة وهذا إذا كان الرد بعد موت الموصي ولو كان الرد بعد القبول، إذا قبلها الورثة أو أحدهم[1]، والمشرع الجزائري أشار إلى ذلك في المادة 201 من قانون الأسرة السالفة الذكر: "تبطل الوصية إذا ردها الموصى له أورثته". وبذلك حتى وفي حال تم رد الوصية من قبل الموصى له بعد وفاة الموصي فإن الوصية تبطل أيضاً.

جـ. قتل الموصى له الموصي: فإذا قتل الموصى له الموصي تبطل الوصية، وهذا عند المالكية والحنفية وأبي الخطاب من الحنابلة وهو الراجح عندهم، لأن الظاهر أن القاتل قد استعجل ملك الموصى به فيعاقب بالحرمان، معاملة له بنقيض مقصوده، في حين ذهب الشافعية في أظهر قوليه إلى أن القتل مهما كان نوعه لا تبطل به الوصية[2]، والمشرع الجزائري أخذ في هذا الشأن برأي الجمهور واعتبر أن قتل الموصي الموصى له يعتبر كسبب من أسباب بطلان الوصية، وهذا في نص المادة 188 قانون الأسرة، حيث قال: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا". فإذا قتل الموصى له الموصي عمدا وعدوانا بطلت الوصية سواء كانت واجبة أم اختيارية،كالميراث وإن عفا عنه الموصي قبل وفاته وبعد إصابته بالضربة المميتة من قبل الموصى له، وذلك لأن عفوه لا يصحح الوصية بعد بطلانها وكذلك تعتبر باطلة وإن أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

ت-**استحالة وجود الجهة الموصى لها؛** فإذا كانت الوصية لجهة غير موجودة وستوجد في المستقبل، أو تحقق اليأس من وجود الموصى له بعد وفاة الموصي في الوصية للمعدوم بطلت الوصية[3]. والمشرع الجزائري لم ينص هذا الحكم في مسائل قانون الأسرة.

ثالثاً.بطلان الوصية من جانب الموصى به والآثار المترتبة عن ذلك.

تبطل الوصية إذا توفرت أسباب بطلان الموصى به، ومن بين هاته الأباب نذكر ما يلي:

---

[1]- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.187.

[2]- المرجع نفسه، ص.188.

[3]- زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.94.

أ- **هلاك الموصى به:** سواء كان معينا بالذات (كما لو أوصى بهذه السيارة) فهلكت (احترقت مثلا)، أو بالنوع وسواء كانت الوصية بكل الجزء الهالك أو ببعضه، فإذا هلك الشيء الموصى به فإن الوصية تبطل ولا يمكن تنفيذها لأن محلها صار غير موجود، وهو أمر طبيعي، ولا فرق في الهلاك بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية، وإذا اقتصر الهلاك على بعض العين بطلت فيما هلك وكان للموصى له باقيها إن خرج من ثلث التركة، وإن لم يخرج الثلث استحق بقدره[1]، والمشرع الجزائري لم يتعرض إلى هلاك الشيء الموصى به سواء كان معينا بالذات أو بالنوع، وسواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً.

ب- **إذا استحق الشيء الموصى به لشخص آخر:** لأن الوصية هنا ترد على ما ليس مملوكا للموصي لأنه لا يتوفر شرط من شروط صحته وهو كون الموصى به ملكا للموصي وفق وصيته والوصية بما لا يملكه الإنسان باطلة، ولا فرق في الاستحقاق بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية أو بعد تمامها؛ لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصى قد أوصى بما لا يملك، والوصية بما لا يملكه الإنسان باطلة كما سبق ذكره[2]. وبالنسبة للإستحقاق الجزئي فيسري عليه القول السالف ذكره بشأن الهلاك، كما لم يتعرض المشرع الجزائري أيضا في أحكام قانون الأسرة لمسألة إذا استحق الشيء الموصى به لشخص آخر؛

ت- **خروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته**[3]: تبطل حينها الوصية لأن الموصى به صار من غير ممتلكاتها وفي حال وصى بما لا يملكه فكأنما يتصرف حينها في ملك الغير.

---

[1]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.188.

[2]- زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.94.

[3]- بن شويخ الرشيد،الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر، ص.30.

المطلب الثاني: الوقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

بعدما تم التعرض في ما سبق لأحكم الهبة وكذا أحكام الوصية وتبيان الجانب المفاهيمي فيهم، والتعرض إلى أركانهم وطرق إثباتهم ومبطلاتهم، نأتي الآن لمعرفة أحكام الوقف من خلال الوقوف على مفهومه (الفرع الأول)، ثم أركان الوقف وشروط نفاذه (الفرع الثاني)، وبعدها نختم الدراسة بطرق إدارة الملك الوقفي واستثماره (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الوقف.

سيتم الإشارة في هاته المحطة إلى تعريف الوقف ثم تبيان أهم الخصائص التي يتميز بها (أولا)، والتعريج بعدها على أنواع الوقف (ثانيا).

أولا: تعريف الوقف.

سيتم التعرض أولا إلى تعريف الوقف (أ)، ثم التطرق بعدها إلى الخصائص التي يتميز بها الوقف (ب).

أ.تعريف الوقف.

سيتم التطرق في هذا الصدد إلى التعريف اللغوي للوقف (01)، ثم نتناول بعد ذلك التعريف الاصطلاحي له (02)، ثم نشير بعد ذلك إلى التعريف القانوني وذلك من خلال تعريفه على المستوى الداخلي –التشريع الجزائري– ثم على المستوى الخارجي– التشريعات العربية– (03).

1. التعريف اللغوي للوقف.

الوقف لغة: يقف وقوفا: دام ائما، ووقفته، أنا وقفا: فعلت به ما وقف، كوقفته، وأوقفته، وقف الدار: حبّسه، ويقال وقف الدابة، وفلان عن الشيء: منعه عنه، وقف الدار ونحوها: حبسها في سبيل الله ويقال وقفها على فلان وله[1].

[1]– ينظر. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب في حرف " الواو"، الطبعة الثانية، دار الحديث، القاهرة، سنة 1429 هـ –2007 م، ص.1773. و إبراهيم أنس، عبد الحليم، منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، معجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 1425 هـ –2004 م، ص.1051.

2. التعريف الاصطلاحي للوقف.

تعددت التعاريف الخاصة بالوقف، فهناك من عرف الوقف بأنه" تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة"[1]. وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه: "حبس المال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، وقطع التصرف في رقبته، التصرف في غلته وثمرته على مصرف مباح، ويمنع الوقف، وغيرهما من بيعه، أو هيبته، أو توريثه إلا استثناء"[2]. وقد أورد الإمام أبو زهرة –رحمه الله– في هذا الصدد تعريفا جامعا مانعا للوقف حيث عرف الوقف بأنه" حبس عين يمكن الانتفاع بها، وذلك بمنع التصرف في رقبتها بأي تصرف ناقل للملكية، وتسبيل منفعتها بجعلها لجهة من الجهات الخير ابتداء وانتهاء"[3].

3. التعريف القانوني للوقف.

تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف الوقف من خلال قوانين متعددة، حيث نجد قانون 91-10 المتعلق بقانون الأوقاف المؤرخ في 27 أبريل 1991[4]، عرف الوقف من خلال نص المادة 03 منه على أنه: "حبس للعين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". وكذلك عرفت المادة 213 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 09 يونيو 1984[5]، على أن الوقف: "هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق". وأما قانون الأوقاف فقد عرف بصفة عامة الأملاك الوقفية من خلال قانون

---

[1]– منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الطبعة الرابعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة النشر، ص.240.

[2]– محمد مصطفى الزحيلي، الصناديق الوقفية المعاصرة(تكييفها، أشكالها، حكمها، مشكلاتها)، بحث مقدم للأوقاف الثاني في جامعة أم القرى، يومي 18 و20 ذي القعدة 1427، ص.04.

[3]– محمد بن أحمد صالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، لسنة 2001، ص26.

[4]– قانون 91-10 المتعلق بقانون الأوقاف المؤرخ في 27 أبريل 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد21، الصادر بتاريخ 8 مايو 1991، المعدل والمتمم.

[5]– القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادر بـ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

90- 25 يتضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 بأنها[1]: "أملاك عقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعي خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور."

ولقد تباينت التشريعات العربية في تعريف للوقف، من بين أهم هذه التشريعات الرائدة في مجال الوقف نجد التشريع السوداني، حيث عرف هذا الأخير الوقف في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين على اعتباره حبس على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعته في الحال والمال. وقد عرف مشروع قانون الوقف الكويتي الوقف لسنة 1999 على أنه حبس مال وتسبيل منافعه وفقا لأحكام هذا القانون[2].

ب.الخصائص التي يتميز بها الوقف.

بالرجوع إلى قانون الأوقاف، قانون 91-10، والمرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها[3]، يتبين أن للوقف جملة من الخصائص يمكن تعدادها على الشكل التالي:

1. الوقف عقد تبرعي؛ فالوقف التزام تبرعي صادر بالإرادة المنفردة للواقف ينقل فيه حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل وذلك برا بهم أو ابتغاء لوجه الله[4]؛

---

[1]- قانون 90- 25 يتضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادر في سنة 1990، المعدل والمتمم.

[2]- مقتبس عن أسامة عبد المجيد عبد الحميد العاني، صناديق الوقف الاستثمارية (دراسة فقهية اقتصادية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية، فرع اقتصاد إسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة بغداد، لسنة 200، ص.19.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 90، الصادر في سنة 1998.

[4]- ينظر. يحياوي أعمر، الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر، ص 33. وصورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في الشريع الجزائري ، مذكرة مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة -الجزائر-، الموسم الجامعي 2009-2020، ص.16.

2. الوقف حق عيني؛ فالوقف لا يرد إلا على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف، وإن كان جانب من الشراح يرى بأنه حق شخصي[1]؛
3. الوقف شخص معنوي؛ فالوقف مستقل تمام الاستقلال على الشخص المستحق له، فله ممثل قانوني يتصرف باسمه ويمثله أمام القضاء وهو ناظر الوقف[2]، والمشرع الجزائري قد اعترف بالشخصية القانونية للوقف في المادة 49 من القانون المدني الجزائري، والمادة 05 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، حيث نصت على أنه: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها"؛
4. الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب، وذلك لكون الوقف يعد من أعمال البر والخير، غير أن هذا الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق؛
5. الوقف عقد شكلي؛ إذ لابد على الواقف إفراغ وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق طبقا للمادة 41 من قانون الأوقاف 91-10، زيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري وفقا للنموذج المحدد من المديرية العامة للأملاك الوطنية؛
6. الوقف تصرف لازم لصاحبه؛ فالأصل العام عدم جواز الرجوع في الوقف، إلا أن المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأوقاف أجاز له الرجوع بشرط ذكره في عقد الوقف ذاته، كما أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف إذا كان منافيا لحكم الوقف (اللازوم) وهذا طبقا للمادة المادة 16 من قانون الأوقاف.
7. الوقف له حماية قانونية متميزة؛ وهذا حفاظا على حرمته، إذ الأملاك الوقفية لا غير قابلة للحجز وهذا طبقا للمادة 24 من قانون الأملاك الوطنية في المادة؛

---

[1]- يحياوي أعمر، الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، المرجع نفسه، ص.34.

[2]- عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، الطبعة الأولى، دار الهدى، ميلة -الجزائر-، لسنة 2010، ص.33.

8. الوقف يخول للموقوف عليه حق الانتفاع فقط؛ وهذا ما أكدته نصي المادتين 18 و23 من قانون الأوقاف. ويلاحظ في هذا الصدد أن حق الانتفاع الممنوح للموقوف عليهم يختلف عن حق الانتفاع المتعارف عليه في القواعد العامة، ذلك أن الأول يمكن أن ينتقل إلى الورثة إذا اشترط الواقف ذلك في عقده، فيكون لزاما على ناظر الوقف احترام ذلك على عكس الثاني الذي ينتهي بموت المنتفع[1]؛
9. الملك الوقفي لا يكتسب بالتقادم؛ إذ أن أحد عناصر التوافق بين المال العام والوقف هو الهدف الذي يرمي إليه كلاهما، والمتمثل في تحقيق النفع العام وتلبية الحاجات العامة للمجتمع، فالمال العام غير قابل للاكتساب بالتقادم وهذا طبقا لنص المادة 04 من قانون 90-30 المتضمن الأملاك الوطنية، المؤرخ في 1ديسمبر 1990[2]، وكذا المادة 689 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، وبالنسبة للأملاك الوقفية فقد نصت المادة الثالثة من القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، المؤرخ في 27 فيفري 2007[3]، حيث نصت المادة صراحة على عدم جواز تملك الأملاك العقارية الوقفية، ومن ثم لا يجوز اكتسابها بالتقادم.

ثانيا: أنواع الوقف.

يتنوع الوقف باعتبار الموقوف عليه أول الأمر إلى الوقف العام أو ما يسمى بالوقف الخيري (أ)، والوقف الخاص بما يسمى بالوقف الأهلي(ب).

---

[1]- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، لسنة 2004، ص.68.

[2]- الأمر رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر في سنة 1990.

[3]- القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، المؤرخ في 27 فيفري 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة في سنة 2007.

أ. الوقف العام.

الوقف العام هو ما حبس أو جعل ابتداءً على جهة من جهات البر أو الخير ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين، وهذا من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات، فإذا وقف داره لينفق من غلتها على المحتاجين من أهل البلدة أو على المستشفى مؤبداً كان الوقف خيرياً، وكذلك إذا جعلها وقفاً على جهة البر مدة معينة كعشرة سنوات مثلاً، ثم من بعدها على أشخاص معينين كأولاده مثلاً[1]، والوقف العام أو الخيري له قسمان[2]:

1. وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه، فيسمى وقفا عاما محدد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفد.
2. وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات.

ولقد حصرت المادة 8 من قانون الأوقاف 91-10 الأملاك الوقفية العامة، غير أن هذا التعداد جاء عاما مطلق العنان جامعا غير مانعا.

ب.الوقف الخاص.

والوقف الخاص أو ما يسمى الأهلي فهو ما جعل الاستحقاق فيه من أول الأمر على معين، أو أحداً أو أكثر، وسواء كان هذا المعين معيناً بالذات كأحمد وإبراهيم وخالد، أو معيناً بالوقف كأولاده، أو أولاد عبد الله، وسواء كانوا من الأقارب أو من الأجانب، ثم من من بعد هؤلاء المعينين على جهة البر[3]، وعلى ذلك فالوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبة من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم[4].

---

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت -لبنان-، لسنة 1402هـ-1982م، ص.318.

[2]- شامة اسماعين، النظام القانون للتوجيه العقاري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.59.

[3]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.241.

[4]- شامة اسماعين، النظام القانون للتوجيه العقاري، مرجع سابق، ص.64.

ولقد نص المشرع الجزائري في أحكام القانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف على ضرورة الأخذ بالوقف الخاص وهذا في المادة السادس منه، والذي أورده على سبيل الجواز في يد الواقف دون أن يضبطه بشرط عدم جواز تفضيل الذكور على الإناث أو الإضرار بالورثة. كما وضع المشرع الجزائري شرطا لصحة الوقف الخاص وهو قبول الموقوف عليهم حسب ما أكده في نص المادة 7 من قانون الأوقاف السالف ذكره.

الفرع الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه.

يقوم الوقف بتحقق أركانه الأربعة المتمثلة في الصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف والموقوف له والموقوف عليه، وتحقق هاته الأركان يقوم الوقف أما في حال عدم تحققها فإن الوقف لايوجد، ووفقاً لذلك سيتم التعرض في هذا المنوال إلى الصيغة والشروط الواجب توفرها توفرها فيها لنفاذها(أولا)، ثم إلى الواقف والشروط الواجب تحققه فيها، وبعدها الموقوف له وما يجب أن تتحقق فيه من شروط (ثالثاً)، وأخيرا الموقوف عليه وشروط نفاذها (رابعاً).

أولا: الصيغة والشروط الواجب توفرها فيها لنفاذها.

فصيغة الوقف هي تجسيد لإرادة المنفردة للواقف، حيث يتطلب فيها تحديد مجال الحبس وهذا بجميع الطرق الدالة على ذلك، والمتعارف عليها في المجتمع. ولقد أشارت المادة 12 من قانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف شروط الصيغة والتي تكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، ووفق لذلك يمكن تعدد الشروط الواجب توفرها في الصيغة فيما يلي:

أ.التنجيز: ويراد به عدم تعلق الصيغة على شرط غير موجود ولا مضاف إلى المستقبل، فالصيغة المنجزة هي الصيغة التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره في الحال[1]، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على شرط التنجيز، ولكن يمكن أن نستشف من نص المادة 29 من قانون 90-10 المتضمن قانون الأوقاف والتي نصت على أنه: "لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

[1]- مصطفى الزرقاء، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، دار عمان، دمشق -سوريا-، لسنة 1997، ص.34.

ب.ألا تكون مقترنة بشرط باطل: والشرط الباطل هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه[1]، والمشرع الجزائري تطرق إلى ذلك في نص المادة 29 من انون الوقف المذكورة سابقاً، فإذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر.

جـ.التأبيد: فيجب أن تكون الصيغة محددة بوقت، لأن الوقت حينها سيبطل لبطلان الصيغة، والمشرع الجزائري تعرض لذلك في نص المادة 03 من قانون الأوقاف والتي ذكرت: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد". كما نصت المادة 28 منه على بطلان الوقف إذا كان محددا بوقت، حيث ذكرت: "يبطل الوقف إذا حدد بزمن".

د.رسمية الصيغة: اشترط المشرع الجزائري لصيغة الوقف شرط أن تكون رسمية وهو ما عبر عليه في نص المادة 41 من قانون الأوقاف حيث نصت على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ويسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزم بتقديم إثبات له بذلك، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

ثانيا: الواقف والشروط الواجب توافرها فيه.

الوقف من عقود التبرعات شأنه شأن الهبة والوصية، وعلى ذلك يجب أن يتوفر في الواقف أهلية التبرع التي سبق تبيانها في محطات الدراسة، ولقد ضمن المشرع الجزائري شرطين في الواقف حتى يكون وقفه صحيحاً، وهذين الشرطين نصت عليهما المادة 10 من قانون الأوقاف، ويتمثل هذين الشرطين أن يكون الواقف مالكاً للعين المراد وقفها ملكاً مطلقا، وأن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين.

ثالثا: الموقوف عليه والشروط الواجب توافرها فيه.

الموقوف عليه هو الجهة المستفيدة من الوقف، والتي يراد تحقيق كفايتها وسد حاجاتها من خلال ريع الوقف وأرباحه، وهو إما معين (كواحد أو اثنان أو جمع)، أو غير معين

[1]- يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة –مصر، لسنة 1980، ص.ص.30-31.

(كالفقراء والعلماء والمساجد...)[1]؛ واشترط فقهاء المذاهب السنية في الوقف على المعين أن يكون هذا المعين أهلا للتملك وهذا باتفاقهم، ولكنهم اختلفوا في الوقف على المعدوم والمجهول على النفس، وأما بالنسبة للموقوف عليه غير المعين فاشترطوا أن يكون جهة خير وبر[2]. والمشرع الجزائري نجده قد عرف الموقوف عليه في المادة 13 من قانون الأوقاف واعتبره الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً. ولكنه لم يحدد شروط الموقوف عليه.

رابعا: المال الموقوف أو محل الوقف والشروط الواجب توفرها فيها لنفاذها.

يشترط في الموقوف ليصح الوقف جملة من الشروط نوجزها في الآتي:

أ.أن يكون مالاً متقوماً: حيث اتفق الفقهاء على عدم صحة الوقف إذا كان الموقوف مالاً غير مقوم، أو مما لا ينتفع به، وذلك لأن الغرض من الوقف هو انتفاع الجهة الموقوف عليها، وهذا لن يكون إلا إذا كان الموقوف مالاً متقوما ومباحا شرعاً وقانوناً[3]. وهو ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأوقاف والتي ذكرت ما يلي: "يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة. ويجب أن يكون محل الوقف معلوما ومحدداً ومشروعا".

ب.أن يكون معلوماً وقت وقفه علماً تاماً: بحيث لا تشوبه جهالة فاحشة تفضي إلى النزاع، ويلحق بذلك وقف مال معلوم واستثناء قدر مجهول منه[4]. وهو ما نصت عليه المادة 11 من قانون الأوقاف والتي ذكرت: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوماً محددا"..."؛

---

[1]- عبد الكريم رقيق، الواقف ضوابط وأحكام، مجلة المحراب، العدد الأول، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، قسنيطنة -الجزائر-، لسنة 2007، ص239.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص.190-195.

[3]- أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر -الجزائر-، الموسم الجامعي 2004-2005، ص.84.

[4]- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة -الجزائر-، لسنة 1971، ص.115.

جـ.أن يكون مملوكا للواقف وقت وقفه: وهو ما نصت عليه المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري؛

د.أن يكون المال الموقوف مفرزا غير شائع في غيره: أشار المشرع الجزائري إلى وقف المشاع في الفقرة الثالثة من المادة 11 من قانون الأوقاف، حيث ذكرت: "يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة".

الفرع الثالث: إدارة الأملاك الوقفية.

إن الأملاك الوقفية كغيرها من الأموال، تحتاج على الدوام هيئة أو يد يراعاها وتحافظ عليها وتصونها، ومنذ أولى بداياتها تميزت بنظام إدارة محكم ودقيق خاصة في العهد العثماني، أين تعاظم دورها بفضل حسن الإشراف عليها ورعايتها. وسنحاول في هاته المحطة التعرض طرق إدارة الأملاك الوقفية (أولا)، ثم التعريج بعدها على استثمار الأملاك الوقفية (ثانياً).

أولا: إدارة الأملاك الوقفية.

سيتم التعرض في هذا الشأن إلى ولاية الملك الوقفي (أ)، ثم طرق إيجار المال الوقفي والآثار المترتبة عليه (ب).

أ. ولاية الملك الوقفي.

حصر المشرع الجزائري أصحاب الولاية في الوقف بنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98-381، وهم:

1. الواقف أو ما نص عليه عقد الوقف؛
2. الموقوف عليهم أو من يختارهم إذا كانوا معينين محصورين راشدين؛
3. ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين؛
4. كل شخص من أهل الخير والصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين أو غير محصور وغير راشد، ولا ولي له.

كما أخذت الجزائر بفكرة التسيير المركزي واللامركزي للأملاك الوقفية فقامت بإحداث لجنة الأوقاف لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية أوكلت لها مهمة الإدارة والحماية على المستوى الوطني، كما اعتمدت من جهة التنظيم اللامركزي وذلك في شكل

نظارة الشؤون الدينية على مستوى الولاية العامل تحت رقابة الوكيل المكلف بالأوقاف، أما عملية التسيير المباشر أوكلت إلى ناظر الوقف[1].

ب.طرق إيجار الأملاك الوقفية وآثاره.

نصت المادتين 225 و23 من المرسوم المرسوم التنفيذي 98-381 يتم الإيجار بطريقتين:

1. **عن طريق المزاد:** يعتمد على المزايدة حتى يعطي الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون استثناء، وتجرى المزايدة تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره المسؤول الأول ويشاركه في ذلك مجلس سبيل الخيرات، ويتم الإعلان عليه في الصحافة والطرق الأخرى المتعارف عليها قانونا وذلك قبل عشرين يوما من إجراءها، وينعقد على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير، وتطبيقا لنص المادة 22 من المرسوم حدد السعر بإيجار المثل بعد إجراء الخبرة، وعند الضرورة يجوز تأجيره بـ5/4 إيجار المثل ويحتوي دفتر الشروط على مدة الإيجار والشروط العامة والخاصة المفروضة على المستأجر[2].
2. **بالتراضي**: أقرها المشرع الجزائري في المادة 25 في حالات كاستعماله لنشر العلم أو في سبيل الخيرات ويتطلب وجود ترخيص من الوزير المكلف بعد استشارة لجنة الأوقاف وقد أحال القانون 01-07 في تنظيمه للمسألة للقانون المدني والتجاري[3].

وبمجرد المصادقة على الشروط والأركان، يصبح المستأجر مدينا للملك الوقفي ويلتزم باحترام إرادة الواقف، وفي حالة وفاة المستأجر ينفسخ الإيجار قانونا ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمدة المتبقية. أما إذا توفي المؤجر يعاد تحرير العقد كذلك وجوبا

---

[1]- صورية زردوم بن عمارة، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.124 وما يليها.

[2]- براهيمي نادية، الوقف وعلاقته بنظام الأموال، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -الجزائر- ، لسنة 1996، ص.89.

[3]- رامول خالد، الإطار القانون والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص.128.

للمستأجر الأصلي، لكن يمكن مراجعة الشروط عند نهاية السنة أو عند تجديده، ولم يحدد المشرع إيجار الأراضي الفلاحية وأحل الأمر إلى تنظيم لاحق[1].

ثانيا: استثمار وتنمية الأملاك الوقفية.

لقد حدد المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 26 من قانون الأوقاف طرقا لاستغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية، وذلك إما على المستوى الداخلي وبتمويل ذاتي من طرف أشخاص طبيعية أو معنوية أو بواسطة تمويل وطني في إطار تنفيذ السياسة الوطنية للجزائر أو عن طريق تمويل خارجي في إطار تنفيذ اتفاقيات دولية مشتركة تحدد فيها الآليات والميكانيزمات الفعالة لتسيير وإدارة الأملاك الوقفية، مع العلم أن استغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية تتنوع بتنوع الملك الوقفي[2]. واستثمار الأملاك الوقفية تتم تبعا لطبيعة الأرض سواء كانت أرض زراعية، صالحة للبناء، مبنية أو القابلة للبناء.

أ. استغلال الأراضي الوقفية الزراعية والمشجرة.

لقد حدد المشرع طرق استغلال واستثمار هذا النوع من الأراضي لدافعين، تتمثل في العدد الهائل منها، واستغلال هذه الأراضي يعد امتدادا للوظيفة الاقتصادية والاجتماعية مثلها مثل الأراضي الفلاحية[3]. وتطبيقا لنص المادة 4 و26 مكرر1 من القانون01-07 المؤرخ في 27 ماي 2001 المعدل لقانون الأوقاف[4]، تستغل بإحدى العقود التالية:

1. **عقد المزارعة:** تبناه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 من القانون 01-07 المتعلق بالأوقاف حيث عرفه بأنه: "عقد يقصد به إعطاء الأرض للمزارع الاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد:.
2. **عقد المساقاة:** هي إعطاء الشجر بمختلف أنواعه وما يدخل في حكمه كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام بسائر الأعمال، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص

---

[1]- صورية زردوم بن عمارة، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، ص.ص.136-137.

[2]- المرجع نفسه، ص.137.

[3]- براهيمي نادية، الوقف وعلاقته بنظام الأموال، مرجع سابق، ص.101.

[4]- القانون01-07 المتضمن قانون الأوقاف، المؤرخ في 27 ماي 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد.29، لسنة 2001.

المادة 26 مكرر 1 من قانون 01-07 عقد المساقاة بأنه: "عقد يقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحها مقابل جزء معين من ثمره".

ب. استغلال الأراضي الوقفية العاطلة.

تطبيقا لنص المادة 26 مكرر 2 من القانون 01-07 يمكن استغلالها بعقد الحكر، فالحكر حق عيني يخول للمحتكر الانتفاع بأرض موقوفة بالبناء عليها أو بالغرس أو بأي غرض آخر مقابل أجرة معينة، فالحكر هو حق متفرع عن الملكية، تكون رقبة الأرض لجهة الوقف أما الانتفاع للمحتكر. ويشترط لانعقاد عقد الحكر أن تكون الأرض المحكرة أرضا موقوفة، وأن توجود ضرورة أو مصلحة تدعو إلى التحكير، كما لابد من تحديد مدة الحكر في العقد ذاته.وأيضا لابد من تحديد أجرة الحكر في العقد ذاته.

ج. استغلال الأرضي الوقفية المبنية أو القابلة للبناء.

تطبيقا لنص المادة 26 مكرر 5، 6 من القانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 يمكن أن تستغل بإحدى الطرق التالية:

1. **عقد المرصد**: عرفته المادة 26 مكرر 5 من قانون 01-07 على أنه عقد يسمح بموجبه للمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار مع مراعاة أحكام نص المادة 25 من القانون 91-10.
2. **عقد المقاولة**: أقره المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 6 من القانون 01-07 وأخضعه لأحكام المواد من 549 إلى 570 من القانون المدني .
3. **عقد المقايضة**: تطبيقا للفقرة 2 من المادة 26 مكرر 6 من القانون 01-07 يمكن أن تستغل أو تستثمر الأملاك الوقفية بعقد المقايضة حيث يتم بموجبه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض مع مراعاة مصلحة كل من الواقف والموقوف عليه ومع مراعاة أحكام المادة 24 من القانون رقم 91-10 المتعلق بعدم إجازة تعويض العين الموقوفة أو استبدالها بملك آخر إلا في حالات محددة.

د.استغلال الأراضي الوقفية المبنية المعرضة للاندثار والخراب.

طبقا لنص المادة 26 مكرر 7 من لقانون رقم 01-07 يمكن أن يستغل هذا النوع من الأملاك الوقفية بإحدى الطريقتين التاليتين:

1. **عقد الترميم**: هو إعادة إصلاح ما تهدم وتصدع من البناء القديم وفق عمليات من البناء والإصلاح وفنيات معينة يقوم بها أهل الاختصاص، كما يتم تصليح البنايات المعرضة للخراب والاندثار، وهذه العملية لا تحتاج إلى رخص صريحة إلا إذا تعلق الأمر بالواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات وتقوم السلطة المحلية المختصة بمنحها[1].
2. **عقد التعمير**: حددت المادة 26 مكرر 7 من قانون 01-07 عقد التعمير وذلك عن طريق إعادة بناء العقارات المبنية المعرضة للخراب والاندثار، حيث نصت على أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب أو الاندثار بعقد...أو التعمير الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمه...أو التعمير ما خصمها من المبلغ الإيجار مستقبلا".

[1]- صورية زردوم بن عمارة، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، ص.148.

خاتمة.

وكختام لما سبق ذكره أمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم المسائل المالية المتعلقة بالأسرة في ضوء أحكام الشريعة العامة، وكذا أحكام قانون الأسرة والقوانين الملحقة به، وأخذا بشأن النظام المالي للزوجين مبدأ استقلالية الذمة المالية كأصل عام، ومبدأ اشتراك في الأموال كإستثناء عن المبدأ الأول؛ ويسري هذا المبدأ في حال اتفاق الزوجين على أن تكون الموارد المالية للأسرة مشتركة بينهما مع احتفاظ كل واحد من الزوجين بحق التصرف والإدارة فتكون الأسرة وكأنها عقد شركة يحفظ لكلا الزوجين الحق في تسييره والإنتفاع من ريعه وأرباحه.

كما نظم أيضا في الكتاب الرابع من قانون الأسرة التصرفات التبرعية من هبة ووصية ووقف، واعتبر الهبة عقد لا يقوم إلا بتحقق أركانها مع ضرورة توافر الشكلية إذا انصب على عقار والحيازة في المنقول، غير أن الوصية لم يعتبرها عقدا لأنه اشترط أن يكون القبول بعد وفاة الموصي على اعتبارها من التصرفات المضافة ما بعد الموت، كما حدد شروط يجب أن تتوفر في كل من الموصي والموصى له وحتى الموصى به، ورتب آثاراً تمثلت في بطلان الوصية عند عدم توافر هاته الشروط، والمشرع اعتبر الوصية التصرف الوحيد الذي يكون بإرادة منفردة.

كما اعتبر المشرع الجزائري الوقف هو تبرع بالمنافع وليس بالأعيان منتهجا بذلك ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، كما نظم الأركان والشروط التي يجب أن تتوفر في كل ركن من هاته الأركان، كما فصل في مسائل إدارة الوقف واستثماره في قانون الأوقاف 90-10 وكذا قانون 01-07 و كذا في المراسيم التظيمية له. ونافلة القول أن التصرفات التبرعية لها دور كبير في حياة الناس لما لها من طابع خيري، حيث يشيع روح التكافل بين الناس، كما أن الوقف يساعد على تنمية الموارد البشرية والاقتصادية وغيرها لاستثمارها في أوجه البر والخير والإحسان.

وأخيرا فإنه لايسعني إلا أن أقول ما قال الأصفهاني: "إني رأيت أن لايكتب الإنسان كتاباً في يومه إلا قال في غداه لو غير كذا لكان أحسن...ولو زيد كذا لكان يستحسن...ولو قدم هذا لكان أفضل...ولو ترك هذا لكان أجمل...وهذا من أعظم العبر...وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وهذا عملي بذلت فيه قصارى جهدي وتعبي فإن أصبت فمن الله والله وحده وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان...غير أنّي لا أُريد أن يذهب جهدي هذا سُداً أو صيحة في واد أو صرخةً في رماد، وذلك وإنَّ وُضع السيل فلا يجب الإنكار ووجب قَبول ما احتواه...حاشا ما يطرأ على الإنسان من الخطأ والزلل وحق على المتفحص الناظّر إذا وجد فيه نُقصاً أن يُكمل وليحسن الظنَّ ممن حالفه سهر الليالي والأيام واستبدل التعب بالراحة حتى أهدى إليه شهوراً من عمره...

قائمة المصادر والمراجع

أولا–المصادر.

I. كتب الحديث الشريف وعلومه

1. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية، الجزء الثاني، رقم الحديث: 2701، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن

2. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الرابع، رقم الحديث: 2958، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان–، د.س.ن.

3. محمد بن اسماعيل أبي عبد الله البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور الرسول صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الجزء الثالث، رقم الحديث: 2589، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لسنة 1422 هـ.

4. محمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الوصايا، الجزء الثالث، رقم الحديث: 5668، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، لسنة 1423هـ –2002م.

II. المعاجم والقواميس

1. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة الطبع.

2. إبراهيم أنس، وآخرون، معجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 1425 هـ -2004 م.

3. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب في حرف " الواو"، الطبعة الثانية، دار الحديث، القاهرة، سنة 1429 هـ -2007 م.

ثانيا-المراجع

أ.المراجع باللغة العربية

III. كتب الفقه.

1. أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمي، بيروت -لبنان-، د.س.ن.

2. أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، د.س.ن.

3. أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، الفروق الفقهية (أنوار البروق في أنواع الفروق)، تحقيق: محمد أحمد سراح وعلي جمعة محمد، الفرق الثالث والثمانون والمائة بين قاعدة الذمة وبين قاعد أهلية المعاملة، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة -مصر- لسنة 2001.

4. أبو زكرياء محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الجزء الخامس عشر، دار الفكر، بيروت -لبنان-، د.س.ن.

5. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان–، لسنة 1420 هـ–2000م.

6. أبو محمد علي بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

7. الزمخشري، أساس البلاغة، دار الفكر، لبنان، لسنة 1979.

8. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، لسنة 1357هـ –1938م.

9. الشيخ صالح عبد السميع لآبي الأزهري، جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل)، الجزء الثاني، المكتبة الثقافية، بيروت– لبنان– د.ب.ن.

10. القاضي أبي الفضل عياض بن موسى ابن عياض اليخصبي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، التحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية، د.ب.ن، د.س.ن.

11. حمد علي بن محمد البكري الصديقي الشافعي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت –لبنان–، لسنة 1425 هـ–2004م.

12. .محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت–لبنان–، د.س.ن.

13. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت، لسنة 1979.

14. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، لسنة1377هـ- 1958م .

15. محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، لسنة 1406هـ-1986م

16. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت-لبنان-، د.ب.ن.

17. محمد عليش، منح الجليل في شرح مختصر خليل، المجلد الثامن، دار الفكر، بيروت -لبنان- لسنة 1984.

18. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الطبعة الرابعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة النشر.

19. موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ- 1992.

20. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-، لسنة1376-1987.

21. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

22. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء السادس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، لسنة 1982 .

23. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، لسنة 1984.

IV. الكتب العامة.

1. الحسين بن شيخ آث ملويا، الرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، سنة 2014.

2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 1999.

3. بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2014.

4. شامة اسماعين، النظام القانون للتوجيه العقاري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2004.

5. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2005.

6. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، المطبعة العالمية، القاهرة – مصر– لسنة 1949.

7. مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق –سوريا– لسنة 1999.

8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات كلية الحقوقية، لبنان، سنة 1998.

9. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لسنة 1998.

10. عبد العزيز أبو غنيمة، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثارها في أحكام التركات وتصفية الديون، الطبعة الأولى، دار مرجان للطباعة، دون بلد النشر، لسنة 1982.

11. علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري–، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2015.

12. يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة –مصر، لسنة 1980. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، لسنة 2008.

13. يحياوي أعمر، الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر.

14. يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، لسنة 1988.

V. الكتب الخاصة.

1. أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية –مصر–، لسنة 2003.

2. أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، لسنة 2004.

15. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر.

16. حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

17. رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 2001.

18. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، لسنة 2004.

19. رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية–، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان –الأردن– لسنة 2003.

20. زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، لسنة 1404 هـ-1984م.

21. زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، لسنة 1991.

22. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر- لسنة 1964.

23. محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة –الجزائر–، لسنة 1971.

24. محمد بن أحمد صالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، لسنة 2001.

25. محمد بن أمحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديون الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، لسنة 2003.

26. محمد مصطفى الزحيلي، الصناديق الوقفية المعاصرة (تكييفها، أشكالها، حكمها، مشكلاتها)، بحث مقدم للأوقاف الثاني في جامعة أم القرى، يومي 18 و20 ذي القعدة 1427.

27. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت –لبنان–، لسنة 1402هـ-1982م.

28. مصطفى الزرقاء، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، دار عمان، دمشق – سوريا–، لسنة 1997.

3. عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، الطبعة الأولى، دار الهدى، ميلة –الجزائر–، لسنة 2010.

VI. رسائل ومذكرات التخرج الجامعية.

- **رسائل جامعية.**

1. بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، لسنة 1984.

- **مذكرات التخرج الجامعية.**

1. أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر –الجزائر–، الموسم الجامعي 2004-2005.

2. أسامة عبد المجيد عبد الحميد العاني، صناديق الوقف الاستثمارية (دراسة فقهية اقتصادية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية، فرع اقتصاد إسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة بغداد، لسنة 200.

3. براهيمي نادية، الوقف وعلاقته بنظام الأموال، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –الجزائر–، لسنة 1996.

4. صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في الشريع الجزائري ، مذكرة مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة –الجزائر–، الموسم الجامعي 2009–2010.

5. محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجسيتر في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس –فلسطين–، الموسم الجامعة 2009–2010.

6. عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي –الجزائر–، الموسم الجامعي 2010–2011.

VII. المقالات العلمية.

1. اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي، مجلة آفاق العلوم، العدد السادس، جامعة زيان عشور الجلفة –الجزائر–، لسنة 2017.

2. العياشي عفاف لامية، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري –دراسة تحليلية نقدية–، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة عمار ثلجي، الأغواط –الجزائر– جوان 2022 .

3. بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثالث، العدد الأول، لسنة 2012.

4. بن يحي أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري –دراسة نقدية–، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور، الجلفة –الجزائر–.

5. بن غريب رابح، استقلال الذمة المالية للزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة إسهامات قانونية، المجلد 02، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل –الجزائر– جوان 2022.

6. بن يحي شارف، النظام القانوني للذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والاشتراك في التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 61، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، ديسمبر 2024.

7. جيدل كريمة، الذمة المالية للزوجين –قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة)، مجلة المعيار، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة تسمسيلت، ديسمبر 2015.

8. حداد فاطمة، الذمة المالية للمرأة المتزوجة –استقلالية قانونية واتحاد فعلي في الشتريع الجزائري، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الرابع، العدد 18، أفريل 2017.

9. خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها –بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش– المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان –الجزائر– جوان 2018.

10. خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان –الأردن– لسنة 2010.

11. دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، لسنة 2004.

12. زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص لسنة 2025.

13. زوبيدة إقروفه، النظام المالي للزوجين بين الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد الثالث، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية –الجزائر–، سبتمبر 2012 .

14. عبد الكريم رقيق، الواقف ضوابط وأحكام، مجلة المحراب، العدد الأول، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، قسنيطنة –الجزائر–، لسنة 2007.

15. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 20، لسنة 1987.

VIII. المطبوعات.

1. كحيل حكيمة، عقد الهبة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة –الجزائر)، الموسم الجامعي 2017-2018.

2. عمَّار نكاع، محاضرات في الهبة والوصية، موجهة إلى طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة –الجزائر– الموسم الجامعي 2021-2022.

IX. القوانين والمراسيم التظيمية.

- **القوانين**

1. الأمر رقم 74 –75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادر بـ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

3. قانون 90- 25 يتضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادر في سنة 1990، المعدل والمتمم. الأمر رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر في سنة 1990

4. قانون 91-10 المتعلق بقانون الأوقاف المؤرخ في 27 أبريل 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد21، الصادر بتاريخ 8 مايو 1991، المعدل والمتمم.

5. القانون01-07 المتضمن قانون الأوقاف، المؤرخ في 27 ماي 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد.29، لسنة 2001.

6. الأمر رقم 03-12 المتضمن الزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، المؤرخ في 26أوت2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد52، الصادر في سنة 2003.

7. الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

8. القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع.44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

9. القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر في سنة 2006.

10. القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، المؤرخ في 27 فيفري 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة في سنة 2007.

11. القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

- **المراسيم التنظيمية**

1. المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 90، الصادر في سنة 1998.

X. الأحكام القضائية.

1. القرار القضائي الصادر بتاريخ 22-10-1989، مجلة المحكمة العليا، العدد الثالث، رقم القرار: 31833، لسنة 1989.

2. القرار القضائي الصادر بتاريخ 09-11-1994، مجلة المحكمة العليا، العدد 51، نشرة القضاة، القرار رقم: 10356، لسنة 1995.

3. قرار بتاريخ 10-04-2002، الصادر من المحكمة العليا، ملف رقم 279878، مجلة قضائية، العدد 01، لسنة 2003.

4. قرار قضائي صادر من المحكمة العليا بتاريخ 21-11-2007، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، القرار رقم: 389338، سنة 2008.

5. قرار صادر من المحكمة العليا غرفة الأسرة والمواريث بتاريخ 16 جانفي 2008 ملف رقم 209 413، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2008.

ب.مراجع باللغة الفرنسية.

1. Et CF (A) Colomer. Régimes matrimoniaux, Lites, paris, 1994, p.412 et S.