



المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة

معهد الحقوق

قسم القانون الخاص



مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستر

تخصص قانون أسرة

التبرعات في قانون الأسرة الجزائري

دراسة مقارنة بين الهبة والوصية

تحت إشراف:

د. نعيمة بوزيان

إعداد الطالبين:

- محمد أمين شيخاوي

- محمد حسان لعيرج

لجنة المناقشة

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

- د. بختة زيدون

- د. نعيمة بوزيان

- د. أمال بن علي

السنة الجامعية 2024/2023



قال تعالى:

﴿قال رب اغفر لي وهب لي ملكا لا ينبغي لأحد من بعدي إنك

أنت الوهاب﴾

سورة ص الآية 35.

وقال أيضا:

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ

لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾

سورة البقرة الآية 180.

الإهداء

قال تعالى: "وقل ربي زدني علما"

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات وتنال به الرغائب والحاجات والصلاة والسلام على أشرف مخلوق في الوجود محمد ابن عبد الله.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من بعث في نفسي العزيمة والإصرار إلى روح ابي العزيز رحمه الله وإلى من الجنة تحت أقدامها أمة الغالية حفظها الله ورعاها.

وإلى من كانت سند لي في حياتي زوجتي، وإلى فلذات كبدي وقرّة عيني أبنائي كل باسمه حفظهم الله وبارك فيهم وسدد خطاهم في العلم وبلغهم أعلى الدرجات ووفقهم للنجاح وإلى من شاركني في هذا العمل زميلي الطالب شيخاوي محمد أمين، أتقدم إليه بالشكر والعرفان له وإلى عائلته الصغيرة.

وإلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل من قريب أو بعيد أخواني وأزواجهم وأبنائهم وكل من ساندني وأعانني على إتمام هذا العمل بارك الله فيهم وجزاهم خير الجزاء.

محمد حسان

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله بقاءهما في طاعته وجزاهما الله عنا كل خير

إلى زوجتي ورفيقة دربي وإلى بناتي مريم وأنفال وياسمين حفظهم الله ورعاهم

إلى زميلي وشريكي في هذه المذكرة الطالب لعيرج محمد حسان

إلى كل الأهل والأصدقاء، زملاء الدفعة كل باسمه.

إلى كل من ساندنا ولو بكلمة طيبة، إليهم جميعا أهدي عملي المتواضع هذا.

محمد أمين

تشكرات

نحمد الله تعالى على توفيقنا وإعانتنا لإنجاز هذا العمل.

انطلاقاً من العرفان والجميل يسرنا أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة نعيمة بوزيان لقبولها الإشراف على هذه المذكرة والتي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كانت عوناً لنا في إنجاز هذه المذكرة وإلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لقبولهم مناقشة هذا العمل وإثرائه بمقترحاتهم وتصويباتهم القيمة

كما نتوجه بالشكر لكل الأساتذة بالمركز الجامعي صالحى أحمد وخاصة أساتذة معهد الحقوق الذين رافقونا في المشوار الدراسي وتلقينا على أيديهم نصيباً من العلم والمعرفة، كما نوجه شكرنا لكل الطاقم الإداري والعمال بالمركز الجامعي لسهرهم على حسن سيرورته.

قائمة المختصرات

ج ر: جريدة رسمية.

د ت: دون سنة النشر.

د ط: دون طبعة.

د م: دون مكان النشر.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

م: المجلد.

ع: العدد.

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص: الصفحة

ص، ص: من الصفحة إلى الصفحة

م ج: المشرع الجزائري.

مقدمة

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل له مقومات لممارسة هذه الخلافة، وخلق له المال وجعله من بين هذه المقومات الضرورية، لما له من دور كبير في المعاملات بين الناس وأباح له سبحانه وتعالى حرية التصرف فيه دون إسراف ولا تقتير، فيتصرف فيه وفق هذا المقتضى وينفقه على نفسه وأهله مما يلزمه من ضروريات وكماليات.

ويمكن لهذا الأخير أن يتصرف في هذا المال على وجه التبرع كمد يد العون للغير وذلك بهبته بعض أمواله؛ سواء كانت منقولات أو عقارات حال حياته، كما يمكن له أن يوصي ببعض هذه الأموال بعد مماته، ولأن هذه التصرفات مفقرة لذمة صاحب المال ولذمة ورثته فقد نظمتها الشريعة الإسلامية وحددت كل نوع من التبرعات لمن يستحقه ومقداره.

وقد استمد قانون الأسرة الجزائري الذي ينظم أحكام الوصية كعقد تبرعي من الشريعة الإسلامية في معظم أحكامه (المواد من 184 إلى 201)، وكذا الفصل الثاني الذي خصصه للهبة من خلال المواد 202 إلى 212 لأن هاذين التصرفين هما الأكثر شيوعاً في المجتمع، والملاحظ أن الكثير من الأشخاص لا يفرقون بينهما، حيث تتجه النية إلى عقد بينما ينشأ عن تصرفه عقد آخر، لا سيما في بعض الحالات الخاصة.

لقد ورد ذكر الهبة والوصية في القرآن الكريم من خلال آيات عدة، وجاءت السنة النبوية لتفصل عمومها ووضعت لها أحكاماً وشروطاً كانت الفيصل في إزالة الغموض عن المتشابهة منها، كما أدلى جمهور الفقهاء كل بدلوه في كل تصرف على حدة بدء بالتعريف وانتهاء بالأحكام، أين اتضحت معالم الالتقاء والاختلاف بينهما.

كما تناول المشرع الجزائري بشيء من التفصيل أحكام التبرعات في قانون الأسرة الجزائري، ومنها الهبة والوصية موضوع الدراسة، أين أشار إلى بعض الإشكالات التي تداخلت فيها أحكام الهبة بالوصية، الأمر الذي يستدعي تناولهما بالدراسة والتحليل.

ومع التطور الذي تشهده المعاملات المالية اليوم، تشعبت الطرق التي تتم بها كل من الهبة والوصية سواء من حيث الأشياء محل التبرع أو الأشخاص، وتشعبت معها الأحكام، الأمر الذي جعل مآل الخلاف فيها للقضاء الذي أصبح يلجأ إليه في كثير من التجاوزات التي تلحق هذه التصرفات، فيعطيها الوصف الصحيح ويرفع الإشكال عما يعتريهما من تداخل.

لذلك ارتأينا في مذكرتنا هذه إجراء دراسة مقارنة بين الهبة والوصية محاولين إبراز أوجه الشبه والاختلاف بين كليهما، ومبينين آثار هذه التصرفات على المتبرع.

وبين ما نشأ بين الوصية والهبة من نقاط التقاء واختلاف يجدر بنا تفصيلها، طرحنا الإشكال الرئيسي التالي:

إلى أي مدى تختلف الهبة عن الوصية في قانون الأسرة الجزائري؟

ويتفرع عن هذا الإشكال جملة من التساؤلات الفرعية التي يمكن حصرها فيما يلي:

- 1- فيما تتميز الهبة عن الوصية من حيث المفاهيم؟
- 2- ماهي أوجه الشبه والاختلاف بينها من حيث الخصائص والشروط والأركان حسب قانون الأسرة الجزائري؟
- 3- هل فرق قانون الأسرة الجزائري بين الأحكام الخاصة لكليهما من حيث الإثبات والرجوع؟

وكما هو متعارف عليه فلكل بحث علمي أهداف علمية وعملية مسطرة يسعى الباحث إلى تحقيقها من خلال النتائج المتوصل إليها في نهاية الدراسة، وقد سعينا من خلال الدراسة لتحقيق أهداف عدة نذكر منها ما يلي:

- 1- تسليط الضوء على أهم أحكام كل من الهبة والوصية.
- 2- إزالة اللبس والغموض من حيث النقاط التي تلتقي فيها الهبة مع الوصية أو تختلف معها.
- 3- تحديد الحالات التي تأخذ فيها الهبة حكم الوصية.

وكأي دراسة علمية، لم يخل بحثنا من بعض الصعوبات أثناء إنجازنا لهذا العمل لعل أبرزها

- 1- تشعب حيثيات الموضوع وجزئياته.
- 2- طبيعة الموضوع تحتاج إلى تعمق في كل جزء منه وإعطاءه قدره الكافي لبلوغ الهدف حيث درسنا موضوعي الهبة والوصية من جميع جوانبها مما صعب علينا الأمر في جمع المادة العلمية، إضافة إلى ندرة المراجع خاصة على مستوى المركز الجامعي. وقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي مما يجعلها دراسة تحليلية حيث تمس مختلف الجوانب الموضوعية والإجرائية لاستقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقود التبرعات في كل من قانون الأسرة والقانون المدني الجزائريين، كما استعنا بالمنهج المقارن وهذا في سبيل تبيان أوجه الاختلاف والتشابه ما بين عقدي الهبة والوصية، وكل هذا لأجل الإلمام بالموضوع.

وبناء على الإشكالية الرئيسية التي عالجت مضمون المذكرة، وما تم إدراجه من إشكاليات جزئية تم تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين أساسيين يعالجان صلب الموضوع بالإضافة إلى مقدمة عامة وخاصة على النحو التالي:

جاءت مقدمتنا شاملة لجميع جوانب الدراسة بدءا من الإشكالية الرئيسية وما انبثق منها من أسئلة فرعية، ثم أهداف الدراسة وأهميتها، ثم العراقيل التي واجهتنا، بالإضافة إلى المنهج المتبع في الدراسة، مع التعرض إلى جملة من الدراسات السابقة.

اندرج الفصل الأول تحت عنوان: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأحكام العامة، وعالجنا في مضمونه المقارنة بين الهبة والوصية من خلال المفاهيم والمقارنة من خلال الأركان والمقدار.

فيما يخص الفصل الثاني فتخصص بدراسة مقارنة من حيث شروط وإثبات الهبة والوصية إضافة إلى الأحكام الخاصة للهبة والوصية وأحكام الرجوع فيهما.

وفيما يخص خاتمة الموضوع، فقد احتوت على ملخص شامل يتضمن حوصلة عن الدراسة بالإضافة إلى جملة من النتائج والاقتراحات.

ولعل أهم الدراسات السابقة التي أفادتنا في الإحاطة بحيثيات العمل من زوايا مختلفة واعتمدنا عليها بشكل كبير هي:

1- مروى معلم، بعنوان: أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة تبسة، السنة الجامعية 2021/2022، التي تناولت أحكام الرجوع في عقود التبرعات وفقا للتشريع الجزائري.

2- عبد المالك رابح، بعنوان: النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة دكتوراه 2017، حيث تناولت عقود التبرعات الناقلة للملكية (مع التركيز على الهبة والوصية) وعقود التبرعات المسقطه للملكية.

3- رشيد بوبكر، بعنوان: الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، العدد 06، جانفي 2016، حيث عالجت إلزامية الهبة بعد القبض والرجوع فيها.

4- خالد سماحي، بعنوان: النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013، هذه الدراسة تبحث عن شروط وأركان وأحكام مجمل أنواع التبرعات المتناثرة بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين، إضافة إلى تمييز مجموعة من التبرعات عن غيرها.

الفصل الأول:

المقارنة بين الهبة والوصية من خلال
الأحكام العامة

تعد الهبة والوصية ضمن التصرفات التبرعية، فهي أحد طرق كسب الملكية وانتقال المال للغير حيث أولاها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا لأنها تعتبر من أخطر التصرفات التي تفقر الذمة المالية للمتبرع وورثته والتي تتطلب تفكيرا عميقا وإرادة سليمة لإبرامها، وأوردها ضمن نصوص ق أ من المادة 184 إلى المادة 212 في كتاب التبرعات معتبرا إياها أحد أهم التصرفات القانونية التي تتم دون عوض إلا في بعض الحالات لذا أحاطها بنصوص قانونية دقيقة ينشأ في خضمها العقد ويصبح باطلا إذا خالف أحكامها، إضافة إلى بعض المواد في ق م ج والتي ألحقت الهبة بالوصية في بعض الحالات والمستمدة جل أحكامها من الشريعة الإسلامية.

وقد فصل م ج في الأحكام العامة لعقدي الهبة والوصية، مما فتح لنا المجال لاستجلاء المقارنة بين الهبة والوصية من خلال المفاهيم (المبحث الأول) حيث تم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين يعالج الأول مقارنة بين الوصية والهبة من خلال التعاريف فيما يعالج المطلب الثاني تمييز الهبة عن الوصية من خلال الخصائص والأنواع، إضافة إلى الدراسة المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأركان والمقدار (المبحث الثاني) الذي بدوره قسمناه إلى مطلبين يتناول المطلب الأول مقدار الهبة والوصية فيما يتناول الثاني أركان الهبة والوصية.

المبحث الأول: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال المفاهيم.

تعتبر الهبة والوصية من عقود المعاملات الشرعية حيث يتحدد مفهومهما من خلال الدلالة اللغوية ثم الفقهية، إضافة إلى التعاريف القانونية حسب ما شرعها ق أ ج، وكذا الخصائص التي يتميز بها كل منهما، وتبيان أنواعهما، وتحديد مقدار كل منهما وأركان كل عقد.

ومعرفة الفرق بين كل منهما تستدعي المقارنة بينهما بداية من خلال المفاهيم (المطلب الأول)، إضافة إلى التوغل في الفروق الجوهرية التي لا تخرج عن إطار المفاهيم وإنما تخوض في إطار الخصائص والأنواع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الهبة عن الوصية من خلال التعاريف.

إن تمييز الهبة عن الوصية من حيث المفاهيم يتحدد من خلال التعرض إلى مفهومهما من الناحية اللغوية والفقهية، ثم الناحية القانونية.

الفرع الأول: تعريف الهبة.

ل للوصول إلى معنى الهبة يجب التطرق إلى تعريفها من ناحية اللغة والاصطلاح والناحية القانونية حسب ما جاء في ق أ ج.

أولاً: التعريف اللغوي للهبة

هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض فإذا كثرت يسمى صاحبها وهاباً¹، قال تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾²، كما قيل: وهبت (لزيد) مالا، أهبه له هبة: أعطيته بلا عوض³، وقوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا نَاهَا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾⁴.

كما يمكن القول بأنها تعني في اللغة التبرع والتفضيل على الغير ولو بغير المال أي بما ينتفع به مطلقاً سواء كان مالا أو غيره، وهي مأخوذة أيضاً من وهب لمرورها من يد إلى يد أخرى أو بمعنى أعطى⁵.

¹ ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، م15، د ط، بيروت، 1929.

² سورة الأنعام، الآية 84.

³ أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير للرافعي، المطبعة الاميرية، ط 2، مصر، 1909، ص 1045.

⁴ سورة الشورى، الآية 49.

⁵ مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 113.

ويقال وهبت الشيء هبة وموهبا، اتهبت الهبة: قبلتها وأوهب في كذا، أصبح فلان موهبا لكذا أي معدا له قادرا عليه¹. والهبة هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له أي المعطى له، فهي عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض ويجوز أن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين².

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للهبة

يقتضي التعرف على مفهوم الهبة من الناحية الاصطلاحية، التطرق إلى التعاريف التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية، كل حسب رأيه.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تعريف الهبة، بحيث جاءت التعاريف متعددة حسب ما سيأتي بيانه:

1- عرفها المذهب الحنفي بأنها: "تمليك العين بغير عوض"³.

2- عرفها المذهب الشافعي بأنها: "تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا"⁴.

3- رأى الحنابلة أنها: "تمليك في الحياة بلا عوض"⁵.

4- جاء في المذهب المالكي بأنها: "تمليك بلا عوض"⁶.

وقيل: الهبة أحد أنواع العطية، وهي تمليك شمول بغير عوض انشائي⁷.

كما تم تعريفها من قبل فقهاء الاباضية بأنها: "تمليك بلا عوض" فالمعنى الوارد في هذا التعريف العام يقصد به تمليك الأعيان والمنافع، فهذا التعريف لم يفرق بين الهبة والوصية فكلاهما تمليك بلا عوض، فالهبة تصرف في الحال بينما الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت⁸.

¹ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، ج 1، ط 2، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1986، ص 938.

² خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، العقود المدنية (البيع-الإيجار-الوكالة) وفقا لنظام المعاملات المدنية السعودي الجديد، ط الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، السعودية، 2023، ص 41.

³ إيمان معمري، مفيدة ميدون، مقال حول أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، د ت ، د م، ص 80.

⁴ محمد حسين قنديل، الهبة للولد وأحكامه في الفقه الإسلامي، حوليات كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 1989، ص 279.

⁵ فارس قعباش، الهبة في العقار، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، 2016/2015، ص 10.

⁶ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، د ط، مكتبة أبي صبيح وأولاده، مصر، 1934، ص 97.

⁷ مصطفى صلاح عبد الحميد محمد، الانفاس الزكية في حكم تفضيل الاولاد بالعطية (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بنين بأسوان، ع 03، 2020، ص 1897.

⁸ عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، العبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2017/2016، ص 80.

فالهبة هي: " تبرع بمال حال الحياة بلا عوض قد تكون بعوض تسمى هبة الثواب" أي أن الأصل في الهبة عدم المعاوضة عليها، لأنه يراد بها وجه الله تعالى، إذ أنها قد تتم بمقابل أيضا (وجود عوض) وتسمى هبة الثواب، أي أن الواهب كان يرجو من هبته ثوبا أي عوضا أو مقابل تلك الهبة¹.

من خلال تعريف فقهاء المذاهب نستنتج أنهم اتفقوا على أن الهبة تملك بلا مقابل واختلفوا على أنها تقع في حياة الواهب والموهوب، كما عرفها الإمام بن عرفة في حدوده: "تمليك متمول بغير عوض إن شاء".

فقوله: "متمول" أخرج به تملك غير المتمول كتمليك الإنكاح في المرأة أو تملك الطلاق. وقوله: "بغير عوض" أخرج البيع وغيره من المعاوضات.

وقوله: "إن شاء" أخرج به الحكم باستحقاق وارث، لأنه تملك متمول بغير عوض². فتم إخراج الصدقة بقوله: "لوجه المعطى"، وهبة الثواب بقوله: "بلا عوض"³.

ثالثا: التعريف القانوني للهبة.

خصص المشرع الجزائري لهذا النوع من العقود فصلا كاملا ضمن الكتاب الرابع من ق أ ج (المواد من 202 إلى 212 من القانون رقم 11/84 المتضمن ق أ المعدل والمتمم)، عيّن عرفها في المادة 202 من نفس القانون بأنها: "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"⁴.

حيث أن المشرع لم يذكر الزمن الذي يكون فيه التملك وهو التملك حال الحياة حتى تفترق الهبة بذلك عن الوصية التي هي تملك مضاف لما بعد الموت.

كما يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عين أو منفعة أو دين لدى الغير وهذا حسب المادة 205 من القانون المذكور سابقا.

¹ خنوش سعيد، مساعيد عبد الوهاب، خصوصيات الهبة والصدقة عند الزوجة في الفقه الإسلامي، حوليات جامعة الجزائر، 01، ع02، م 35، 2021، ص 644.

² يوسف عسلي، الأخضر الأخضر، توثيق العقود بين الشريعة والقانون الجزائري عقد الهبة نموذجا، مجلة الاحياء، ع 29، م 21، 2021، ص 225.

³ سعاد سطحي، مقال حول عقد الهبة في الفقه المالكي، د ط، د ت، د م، ص 98.

⁴ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، الجزائر، 2005.

ومن خلال ما سبق من تعريفات نستنتج أن الهبة عقد يقع بين الأحياء يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع¹.

الفرع الثاني: تعريف الوصية.

للتعرف على مفهوم الوصية يجب أن نتطرق إلى تعريفها من ناحية اللغة والاصطلاح والناحية القانونية حسب ق أ ج.

أولاً: التعريف اللغوي للوصية.

الوصية اسم بمعنى المصدر، مأخوذة من وصيت الشيء، ووصيا: اتصل ووصل، وصى الشيء بالشيء وصله، ووصى النبت: اتصل وكثر، وأوصاه إيصاء ووصاه توصية إذا عهد إليه، والاسم: الوصاة والوصاية والوصية، وهو الموصى به أيضاً، سميت وصية لاتصالها بأمر الميت، والوصاة كحصاة²، اسم مصدر بمعنى الإيصاء، وتطلق على الشيء الموصى به³، الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية⁴، وهي ما تضمن أمراً، أو نهياً، أو وعظاً جامعاً، نافعاً، موجزاً، مؤكداً⁵.

ثانياً: التعريف الفقهي للوصية.

يفرق الفقهاء بين الإيصاء والوصية، فجعلوا الإيصاء في النيابة عن الميت كالإشراف على شؤون القاصرين وقبض الديون، وقد يطلقون عليها الوصاية أيضاً، بينما جعلوا الوصية في التبرع بالمال وتمليكه للموصى له بعد وفاته.

ويذهب أكثر الفقهاء إلى أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان مالا أو منفعة⁶، لتمييزها عن باقي العقود المشابهة لها كالهبة والعارية والإجارة

¹ مروى معلم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة تبسة، كلية الحقوق، 2022/2021، ص 11.

² ساعدت بينات، انتقال الوصية بالمنفعة بالإرث في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة مقارنة، مجلة الشهاب، م 09، ع 02، كلية العلوم الإسلامية جامعة الوادي، 2023، ص 104.

³ بكير حمودين، قبض الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة روافد للبحوث والدراسات، مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التاريخ والحضارة الإسلامية، جامعة غرداية، ع 10، 2021، ص 06.

⁴ سلوى علي ميلاد، التدبير والوصية دراسة وثائقية، د ط، دار الإصلاح للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية، 1981، ص 10.

⁵ محمد بن براهيم الحمد، مسائل في الوصية، د ط، دار ابن خزيمة، المملكة العربية السعودية، 2010، ص 05.

⁶ وليد صالح علي عامر، أحكام الهبة والوصية وأثرهما في علم الفرائض، مجلة القرطاس، م 16، ع 16، كلية العلوم التقنية، مصراتة، ليبيا، 2021، ص 90.

إلا أن تعريفهم للوصية جاء معبرا عن اختلافهم في بعض أحكامها، كالنص على أنها تملك أو مجرد تبرع، وهذه تعريفات فقهاء المذاهب:

1- اختار عامة الحنفية تعريف الوصية بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"¹.

2- وعرفها المالكية بما ذكره ابن عرفة بأنها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزمه بموته، أو نيابة عنه بعده"، وهذا التعريف شمل الإيصال لشخص، وإسناد الوصية إليه، فما يوجب حقا في رأس ماله مما عقده في صحته لا يسمى وصية، كما خرج ما يلزم بدون الموت كالتزام من لا حجر عليه بشيء من ماله لشخص: وقوله أو نيابة عطا على (حقا) ليدخل الإيصال بالنيابة عن الميت، كالإيصال على الأطفال وعلى قبض الديون وتفارقة التركة²، إضافة إلى تعريفها على أنها: عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم موته³.

3- وعرفها الشافعية على أنها: " تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق على صفة"⁴ وإن ألحقا بها حكما كالتبرع المنجز في مرض الموت أو الملحق به، فالتبرع بحق يشمل التبرع بالمال وغيره، ولو تقديرا بأن قال أوصيت لفلان بكذا، فإنه بمنزلة لفلان بعد موتي كذا⁵.

4- أما الحنابلة فقد عرفوا الوصية بالمال بأنها: " التبرع به بعد الموت"⁶، أو " الأمر بالتصرف بعد الموت" وبالتالي اتفق المالكية والحنابلة في أن الوصية والإيصال بمعنى واحد⁷.

وهو كتعريف الشافعية ويلاحظ أن تعريف الشافعية والحنابلة جاء خال من كلمة تملك لأن الشافعية والحنابلة يرون أن الوصية قد تكون تملكا وقد تكون إباحة، بينما يذهب

¹ نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، د ط، المكتبة التوفيقية، د م، 1995، ص 104.

² ساعدت بينات، مرجع سابق، ص 174.

³ محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الوطنية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 20.

⁴ خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء 06، د ط، د م، د ت، المكتبة الإسلامية (اسلام ويب)، ص 55.

⁵ ساعدت بينات، مرجع سابق، ص 174.

⁶ جامع الكتب الإسلامية، كتاب منشور بتاريخ 02 /03 /2024، الساعة 11:32، اطلع عليه عبر الموقع الإلكتروني: <http://www.ketabonline.com>

⁷ تهاني معيض عويد، مقال حول أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية وما جرى عليه العمل في القانون الكويتي - دراسة مقارنة-، د م، د ط، د ت، ص 20/19.

الحنفية والمالكية إلى أنها تمليك، والفرق بينهما أن القول بأنها تمليك يكون للموصى له التصرف فيها بسائر التصرفات كالإجازة والإعارة ونحوهما: بينما القول بأنها إباحة فلا يكون للموصى له إلا الانتفاع بنفسه دون أن يجعل ذلك لغيره¹.

ثالثا: التعريف القانوني للوصية

نص المشرع الجزائري في المادة 775 من ق م ج على ما يلي: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، الأمر الذي يستفاد منه أن المشرع الجزائري لم ينظم الوصية ضمن نصوص ق م ج وإنما في ق أ².

كما عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من ق أ بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"³.

من خلال نص هذه المادة يمكن استخلاص ما يلي⁴:

- المقصود بمصطلح "تمليك": أن الوصية تكون بالأعيان عقارا أو منقولا أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض.
- والمقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت": معناه أن أثر التصرف الذي يقوم به الموصي في حياته لا يترتب إلا بعد موته، وعليه يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.
- أما المراد من كلمة التبرع فهو أن الوصية تتم دون عوض، على اعتبار أنها مال أو منفعة أوجبه الموصي في ذمته المالية تطوعا بعد موته لجهة الموصى له، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

واستنادا مما سبق من الملاحظات، يمكن تعريف الوصية على أنها:

"تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال".

والوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت⁵.

¹ ساعد تبنينات، مرجع سابق، ص 174.

² سناء شيخ، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، ع 02، 2013، ص 173.

³ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁴ سناء شيخ، نفس المرجع السابق، ص 174.

⁵ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجاو المصرية، د ط، القاهرة، مصر، 1950، ص 09.

الفرع الثالث: أوجه الالتقاء والاختلاف بين الهبة والوصية.

بعد التطرق لتعاريف الهبة والوصية من شتى الجوانب اللغوية والفقهية والاصطلاحية
خلصنا إلى مقارنة تراوحت بين التشابه والاختلاف يمكن توضيحها حسبما سيأتي بيانه:

نلاحظ تشابها في التعاريف الفقهية، فقهاء المذاهب اتفقوا على أن الهبة تملك بدون
مقابل، واختلفوا على أنها تتم في حياة الواهب والموهوب.

أما بالنسبة للوصية فقد اتفق المالكية والحنابلة أن الوصية والإيصاد لديهما معنى واحد،
كما أن فقهاء الشافعية والحنابلة اتفقوا على تعريف الوصية حيث أن تعريفهم جاء خال من
كلمة تملك، لأن في نظرهم يمكن للوصية أن تكون تملكاً أو إباحة، بينما يرى المالكية
والحنفية على أنها تملك، والفرق بينهما أن التملك يمكن الموصى له من التصرف في
الوصية كيف ما يشاء كالإعارة مثلاً، بينما الإباحة فتمكن الموصى له من الانتفاع بها
بنفسه دون أن يفيد غيره.

ومما سبق يمكن القول أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بينما الهبة
هي تصرف في الحال.

أما بالنسبة للتعريف القانوني يمكن أن نستنتج أوجه التشابه والاختلاف لكل من الهبة
والوصية كالتالي:

تتفق الهبة والوصية في النقاط الهامة التالية:

- الوصية والهبة كلاهما تملك.
- كلاهما من عقود التبرع أي تتم بدون عوض¹.
- تتفق الهبة والوصية بأنهما من التصرفات التبرعية التي يراد بها الاحسان والتصدق.
- كل من الوصية والهبة يشترط فيهما أن يكون الشخص المتبرع حائزاً لأهلية التبرع
المحددة ب 19 سنة كاملة.

- كلاهما تصرف مفقر للذمة المالية للمتبرع لغياب المقابل فيها (العوض).

أما الاختلاف الظاهر بين المفهومين فقد عالجناه من حيث العناصر التالية:

- الهبة في القانون الجزائري عقد يتم بإيجاب وقبول وبالتالي لا تتعقد بإرادة منفردة
بينما الوصية تتعقد بإرادة منفردة وهذا ما نصت عليه المادة 202 من ق أ، فلا تنتج

¹ فريدة حديد، مطبوعة بيداغوجية تحتوي على محاضرات في مقياس التبرعات، كلية الحقوق، جامعة جيجل،
2021/2022، ص 45.

أثارها إلا بعد موت الموصي كونها تصرف في المال لا ينفذ الا بعد موته تطبيقا لنص المادة 184 من ق أ¹.

- أن الهبة تكون لكل الأحياء سواء ورثة أم لا بينما الوصية لا تكون للوارثين.
- الهبة خاصة بالمال، والوصية تكون بالمال والحقوق، ولذلك يصح أن يوصي شخصا ليكون ناظرا على وقفه، ويصح على قول ضعيف أن يوصي شخصا بتزويج بناته، لكن العطية خاصة بالمال².
- لا يمكن للواهب الرجوع في الهبة، لأنها لازمة، فلو أعطى رجلا ألف ريال وقبضها صار ملك الألف للمعطي، ولا يمكن أن يرجع، لأن النبي صلى الله عليه قال: " ليس لنا مثل سوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه"³، والوصية يملك الموصي الرجوع فيها، فلو أوصى ببيته لفلان، وقال: هذا البيت بعد موتي يعطى لفلان ملكا له، ثم رجع فإنه يجوز، لأن الوصية لا تلزم إلا بعد الموت فله أن يرجع⁴.
- الهبة تصرف حال الحياة، بينما الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.
- يجوز للشخص أن يهب ما يشاء من أمواله حال حياته، بينما الوصية يستلزم أن يكون مقدار الشيء الموصى به في حدود ثلث تركة الموصي، ما يعني أن الهبة ليست محددة بقدر معين أما الوصية فهي محددة بقدر لا يتجاوز الثلث من التركة، وما زاد عن ذلك لا ينفذ إلا بإجازة الورثة⁵.
- الهبة تستلزم الشكلية المباشرة وغير المباشرة في العقار والإجراءات الإدارية الخاصة في المنقول تحت طائلة البطلان وهذا ما أشارت إليه المادة 206 من ق أ، بينما الوصية لا تستلزم ذلك إلا بمناسبة الإثبات وهذا ما نصت عليه المادة 191 من نفس القانون⁶.

¹ زينة بوسيف، الإطار القانوني لعقد الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2023/2022، ص 13.

² سمية عيشوش، شيماء حيدر، عقد الهبة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2022/2021، ص 19.

³ محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، جماعة من العلماء، دار طوق النجاة، ط 1، لبنان، 1422هـ، الحديث رقم 2621، ص 55.

⁴ سمية عيشوش، شيماء حيدر، نفس المرجع السابق، ص 19.

⁵ كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م 10، ع 01، د م، 2019، ص 404.

⁶ زينة يوسف، مرجع سابق، ص 20.

المطلب الثاني: تمييز الهبة عن الوصية من خلال الخصائص والانواع.

تتميز الهبة عن الوصية من حيث الخصائص والأنواع، الأمر الذي يدعونا إلى دراسة كل عقد على حدة ومن ثم استخلاص الفروق الجوهرية بينهما:

الفرع الأول: خصائص الهبة وأنواعها

أولاً: خصائص الهبة.

يتميز عقد الهبة بمجموعة من الخصائص وهي كالاتي:

- 1- عقد الهبة عقد ما بين الأحياء، أي يتم العقد حال حياة الواهب والموهوب له¹.
- 2- عقد الهبة عقد ملزم لجانب واحد، فلا يلتزم الموهوب له بشيء الا إذا اشترط الواهب عوضاً عن هبته، فتكون الهبة ملزمة لجانبين.
- 3- عقد الهبة تمليك بلا عوض، حيث يوجد مقومين إثنين لقيام عقد الهبة، أولهما تقديم التزام مجاني أي دون مقابل، وثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام، حيث لا يقابل هذا الأخير أي عوض. وحسب نص المادة 202 من ق أ أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، فلا يمنع أن تكون الهبة بعوض بشرط أن تكون قيمة العوض أقل من قيمة الشيء الموهوب وإلا اعتبر التصرف معاوضة².
- 4- عقد الهبة عقد شكلي عيني: حسب المادة 202 و206 من ق أ حيث يجب إخضاع الهبة إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وهذا وفق ما تقضي به المادة 324 مكرر 1 من ق م ج المعدل والمتمم، فلا يكفي لانعقادها وجود وصحة التراضي بين الواهب والموهوب له، بل يجب إفراغ رضائهما في شكل معين من قبل الأشخاص المؤهلين في تحرير العقود الرسمية المنصوص عليهم في المادة المذكورة أعلاه.
- 5- ومعنى أن عقد الهبة "عقد عيني"، أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكلية، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقاراً أو منقولاً أو حقاً عينياً عقارياً آخر كحق الانتفاع مثلاً، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب، وهو ما يعرف بركن الحياة في عقد الهبة.

¹ فوزية بوعتبة، مطبوعة بيداغوجية تحتوي على محاضرات في عقد الهبة، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، 2021/2022، ص 05.

² زينة يوسف، مرجع سابق، ص 15.

6- عقد الهبة من عقود التبرع، إن التصرف في المال المملوك لأي شخص طبيعي بدون عوض يستلزم وجود نية التبرع، أي قيام العنصر المعنوي في الهبة، فالعبرة من الهبة أن تتوافر نية الواهب للتبرع دون الحصول على أي مقابل¹.

ثانياً: أنواع الهبة.

تتنوع الهبات بحسب موضوعها، أو شكلها، فالهبة حسب موضوعها، تكون واردة إما على عقار أو منقول، وحسب المادة 205 ق أ فتكون عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، أما حسب شكلها وصورتها، فتكون إما هبة مباشرة، وإما هبة غير مباشرة، أو هبة مشروطة، أو هبة مستترة.

1- الهبة المباشرة:

هي الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانوناً، فتسمى في العقد هبة. حيث يظهر فيها إيجاب وقبول الأطراف، ولا تكون مقترنة بشرط يضعه الواهب، وتكون بدون عوض في حق الموهوب له، وتقترب بنية التبرع في حق الواهب، وتحترم الشكل المطلوب قانوناً². وعموماً فهي التي يكون عقدها مبين لها بوضوح، حيث تظهر فيه بصورتها الحقيقية، وتتوفر فيها جميع أركان وشروط الهبة والشكلية، وتكون مكشوفة³.

1- الهبة غير المباشرة:

تنشأ الهبة غير المباشرة من أي عقد غير عقد الهبة، وتكون نية التبرع فيها واضحة، فالواهب تتجه إرادته إلى نقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض، وتكون هذه الإرادة بارزة غير مستترة، ولا مخفية، لكن العقد يسمى تسمية أخرى، غير الهبة، ومثاله إبراء الدائن المدين من دينه يكون هبة غير مباشرة، حيث نص ق م ج في مادته 306 على أنه: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع..."⁴، فالمادة أنزلت الإبراء من الدين منزلة التبرع، والهبة عقد تبرع، كما أن الإبراء يتحقق أثره على الفور وكذلك الهبة، وحسب المادة 305 من ق م ج: "يشترط في الإبراء قبول المدين، كما يشترط في الهبة الإيجاب والقبول عملاً بالمادة 206 من ق أ، كذلك جسدت المادة 294 من ق م ج مثلاً

¹ إيمان معمري، عوارض الاهلية في عقود التبرعات على ضوء ق أ ج، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2020/2019، ص 105.

² عمار نكاع، محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر تحت عنوان عقود التبرع الهبة والوصية، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2022، ص 15.

³ عمار نكاع، نفس المرجع السابق، ص 16.

⁴ القانون رقم 75 / 58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجزائر، 2007.

للهبّة الغير المباشرة حيث جاء فيها: " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير¹.

ونشير أن الأحكام الشكلية المتطلبة في الهبة، غير لازمة في الهبة غير المباشرة لأنها تمت بعقد آخر، لكن تسري عليها الأحكام الموضوعية المتعلقة بالهبة، فيجوز الرجوع فيها إذا كانت من أب لابنه والطحن فيها بواسطة الدعوى البولصية² عرفها كما يجوز للورثة إثارة أهلية التبرع في مورثهم الواهب، أو الدفع أن الهبة غير المباشرة كانت في مرض الموت، وتأخذ أحكامها³.

2- الهبة المشروطة:

أجازت الفقرة الثانية من المادة 202 من ق أ للواهب أن يشترط على الموهوب له شروط تترتب بموجبها التزامات في جانب الموهوب له، وتكون الهبة بذلك معلقة على شرط لا يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط⁴.

والشرط نوعان واقف وفاسخ⁵:

وحسب المادة 202 من ق أ في فقرتها الثانية التي جوزت للواهب الاشتراط على الموهوب له، فإن لفظة يشترط... القيام بالتزام جاءت عامة، وهذا يعني أن الواهب له أن يشترط على

¹ القانون رقم 58 /75، المؤرخ في 20 رمضان 1395، نفس المصدر السابق.

² الدعوى البولصية هي: احدى وسائل المحافظة على الضمان العام وحماية الدائنين من التصرفات التي يبرمها المدين بسوء نية للإضرار بالدائنين.

³ سمية عيشوش، شيماء حيدر، مرجع سابق، ص 28.

⁴ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 17.

⁵ - الشرط نوعان:

- الشرط الواقف هو الذي يكون وجود فيه الالتزام مترتبا على وقوعه، وجاء في نص المادة 206 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط...".

ومثاله أن يقول الوالد لولده إن نجحت في الامتحان، وهبتك هذه الدار، فتكون الهبة معلقة على شرط واقف، يتحقق نفاذ هذه الهبة بتحقق الشرط، فلو نجح الولد في الامتحان كانت الهبة نافذة في حق الوالد والولد، بعد اتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

- الشرط الفاسخ: وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام مترتبا على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا، لكن قرن بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط فسخ هذا الالتزام.

ومثاله أن يهب شخص لشخص دارا، ويشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره، والا فسخت الهبة، فلو قام هذا الموهوب له، بالتصرف في هذه الدار، كان قد حقق الشرط الفاسخ. وتفسخ بذلك الهبة، وهذا هو ما أكدته المادة 207 من القانون المدني الجزائري في نصها: " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ.....".

الموهوب له القيام بأي التزام دون تحديد، بشرط أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقد يكون هذا الالتزام عوض عن هبته، وتكون الهبة في هذه الحالة ملزمة لجانبين، ويتعين على كل من الواهب والموهوب له القيام بالتزامه والوفاء به¹.

1- الهبة المستترة:

هي الهبة التي تظهر تحت اسم عقد آخر، لكن حقيقتها هبة مستترة، فعقد البيع الذي يكون ظاهره بيع، وباطنه تبرع من البائع للمشتري، لعدم التزام المشتري بدفع الثمن حقيقة هو هبة مستترة، لأن المتعاقدان قد يتفقان على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن ليكملا مظهرا من مظاهر عقد البيع الخارجي، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمنا صوريا، وهي قرائن تصرف العقد إلى أن يكون هبة مستترة فظاهر الهبة المستترة غير حقيقتها، ويجب أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة يسترها.

ويجب أن تتوافر في هذا العقد السائر الشروط والأركان المتطلبة في الهبة، فإذا كانت الهبة المستترة بعقد بيع واردة على عقار، يجب أن يتوفر في هذا العقد كل ما يشترطه القانون في نقل العقار من أركان عامة وشكلية وشهر، وتخضع الهبة المستترة إلى أحكام الهبة الموضوعية، فتلتزم فيها أهلية التبرع في حق الواهب، وأن يكون مالكا لما تبرع به، وإذا صدرت الهبة المستترة في مرض الموت طبقت عليها أحكام التصرف في مرض الموت، وجاز للورثة الدفع بهذا، وتحويلها إلى وصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، متى توافرت شروطها. كذلك يجوز للدائن الطعن في هذه الهبة المستترة بموجب الدعوى البوليصية².

الفرع الثاني: خصائص الوصية وأنواعها.

أولا: خصائص الوصية.

تقوم الوصية على مجموعة من الخصائص لعل أهمها يتمثل في:

- تعتبر الوصية خلافة بسبب الموت، وذلك بأن الموصي يخلف الموصى له فيما ترك له من وصية.
- تثبت الوصية بعد موت الموصي، وينتقل فيه الملك من الموصي بعد وفاته إلى الموصي له³.
- تعد الوصية معنى للاستخلاف، أي أن الوصية اختيارية، وهي وصية الفرد لغيره.

¹ أعمار نكاع، نفس المرجع السابق، ص 18.

² نفس المرجع سابق، ص 17.

³ نفس المرجع السابق، ص 66.

- الوصية ليست حقا شرعيا يثبت الموصي له بمجرد وفاة الموصي وإنما ملكية الموصى به تنتقل بإرادة الموصي واختياره¹.
- الوصية تصرف رضائي من الموصى يراد به تملك جزء من مال المتوفى للموصى له سواء كان شخصا أو جهة.
- تكون الخلافة في الوصية اختيارية وتكون بمقتضى قانون صادر من جهة الموصي.
- الشيء الموصى به لا يدخل في ملك الموصى له إلا برضاه فله الحرية المطلقة في قبول الوصية أو ردها طالما أن الوصية اختيارية أي إذا مات الموصي مصرا على وصيته فإن قبل الموصى له أصبح الشيء الموصى به ملكا له، وإن ردها عادت إلى ورثة الموصي².
- قد يكون نصيب الموصى له في الوصية شيئا معينا أو حصة شائعة في التركة.
- تخرج الوصية من التركة فلا توزع التركة على المستحقين الا بعد أخذ الموصى له نصيبه في حدود الثلث (3/1)³.
- تعتبر الوصية تصرفا ناشئا عن إرادة منفردة، إذ أن الموصي لا يحتاج إلى قبول الموصى له، لذا تسري على هذا النوع من التصرفات الأحكام الخاصة بالعقد ماعدا ما تعلق منها بوجود ارادتين.
- أنها ناقلة للملكية، حيث تنتقل ملكية المال الموصى به بعد وفاة الموصى الذي يسعى إلى تنفيذ الوصية⁴.

ثانيا: أنواع الوصية

اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية، فمنهم من قال أنها واجبة ومنهم من قال أنها مندوبة في الأصل وليست واجبة، ومن جهة أخرى يراها الفقهاء مباحة أو محرمة حسب التأسيس الذي بنيت عليه الوصية وهي خمسة أقسام:

1- الوصية الواجبة: يطلق عليها مصطلح التنزيل، وصفة وجوبها أن القانون فرضها في تركة الأجداد لصالح الأحفاد، أي إعطاء جزء من تركة المتوفى للبعض من أحفاده غير الوارثين⁵، تكون على من عليه دين وفي ذمته حقوق ولديه أمانات وعهد، فإذا يجب عليه أن يوضح ذلك كله بالكتابة الواضحة الجلية، التي تحدد

¹ مروى معلم، مرجع سابق، ص 38.

² نفس المرجع السابق، ص 39.

³ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 66.

⁴ عمار نكاع، نفس المرجع السابق، ص 67.

⁵ رأفت حسنين، الوجيز في التوريث، د ط، مدينة كوم حمادة، محافظة البحيرة، 2010، ص 105.

الديون إن كانت حالة أو مؤجلة وما لديه من أمانات وعهد، حتى يكون الوارث على أمر واضح حين التصرف فيما وكل إليه¹.

2- الوصية المندوبة: وهي ما كانت بقربة واجبة، كالوصية للأقرباء الفقراء وللصالحين من الناس، لمساعدتهم والتحبب إليهم وتدخّل في باب فعل الخير المرغوب فيه شرعا².

3- الوصية المباحة: تكون الوصية مستحبة إذا كانت لجهة من جهات الخير والبر كالإيصال للمساجد والمستشفيات، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الشرع قد رغب في فعل الخير وحثنا على كل ما يقرب إلى الله عز وجل بمعنى أن الوصية لجهة الخير والبر داخلة في العموم³.

أما المقصود بالوصية المباحة هي الوصية لغني صالح (لغير محتاج صالح)، حيث لا يقصد منها ارتكاب معصية، وبالتالي لا ثواب على فعلها ولا عقاب ولا عتاب كذلك على تركها لأن فعلها وتركها سواء⁴.

4- الوصية المكروهة: وهي التي يترتب عليها أمر مكروه، كأن تصدر من إنسان له مال قليل وعيال كثير، وأي ارث يضيق عليه بالوصية فيوصي لمن لا حاجة له بها من الأغنياء، أو الوصية ببناء القباب على قبور الموتى⁵.

5- الوصية المحرمة: تكون الوصية محرمة إذا أوصى لوارث، أو أوصى بما يزيد عن الثلث، أو أوصى بمحرم كقطع رحم ونحو ذلك⁶، وقد تكون أيضا حراما كاتفاق الوصية بمعصية ونحوها كبناء كنيسة، وكتابة الإنجيل والتوراة ونسخ وكتابة كتب الضلال وسائر العلوم المحرمة أو بناء خمارة، أو دار لهو، أو دعارة⁷.

¹ صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، د ط، د م، الكتيبات الإسلامية، د ت، ص 12.

² إيمان معمري، مرجع سابق، ص 130.

³ سفيان ذبيح، اثبات الوصية وإجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، م 04، ع 01، 2022، ص 84/83.

⁴ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 54.

⁵ إيمان معمري، مرجع سابق، ص 131.

⁶ بندر بن عايض العتيبي، حكم الوصية لمن سقط باستغراق فروض التركة، مجلة البحوث الاسرية، الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01، م 02، ع 01، 2022، ص 102.

⁷ عبد المالك رايح، مرجع سابق، ص 18.

الفرع الثالث: مقارنة خصائص وأنواع كل من الهبة والوصية.

بالرغم من الخصائص التي تتمتع بها كل من الهبة والوصية الي جعلت منهما تصرفا تبرعيا، إلا انه قد يحدث لبس بينهما، مما يتطلب منا التمييز بينهما من خلال الخصائص والأنواع، وهذا ما سوف نعرض فيه لدراسة المقارنة بينهما.

أولا: مقارنة بين خصائص الهبة والوصية.

من خلال دراستنا لخصائص كل من الهبة والوصية في الفرعين السابقين يمكننا أن نستخلص أن:

- عقد الهبة عقد بين الأحياء أي منجز لآثاره خلال حياة الواهب والموهوب له أما عقد الوصية فيبرم من طرف الموصي خلال حياته ولا ينجز آثاره إلا بعد وفاته.
- كلا العقدين ملزم لجانب واحد وهو المتبرع سواء كان موصيا أو واهبا ولكن هذا لا يمنع المتبرع له من التعبير عن إرادته، فيمكن للموهوب له أن يمتنع عن إبرام عقد الهبة، ويمكنه عدم الموافقة على الشرط الذي يتضمنه عقد الهبة كما يمكنه رفض الحيابة وبالتالي يصبح عقد الهبة غير منجز، كما يمكن للموصي له أن يرد الوصية ولا يقبلها فتصبح غير منجزة وكأنها لم تكن ويدخل الموصي به ضمن التركة.
- الهبة عقد شكلي عيني أما الشكلية في عقد الوصية فهي للإثبات فقط.
- كل من الهبة والوصية تكون بالمال سواء كان عينا أو منفعة.
- الاختلاف الجوهرى بين الهبة والوصية هو الحيابة، حيث لا تتم الهبة إلا بالحيابة أي انتقال الشيء الموهوب من يد الواهب إلى يد الموهوب له، أما في حالة الوصية فيحتفظ الموصي بحيابة الشيء الموصى به ولا ينتقل إلى يد الموصى له إلا بعد وفاة الأول.

ثانيا: مقارنة بين أنواع الهبة والوصية

بالرغم من أن كلا من الهبة والوصية من عقود التبرع إلا أنهما يختلفان كلياً من حيث أنواعهما وهذا يرجع لخصائص كل منهما، وكما أشرنا من خلال الفرعين السابقين فإن أنواع الهبة تخضع لمعايير حسب الشكل وتكون هبة مباشرة أو هبة غير مباشرة أو هبة مشروطة أو مستترة، أما الوصية تخضع لمعيار الحكم التكليفي فتتقسم إلى وصية واجبة ووصية مندوبة ووصية مباحة وكذلك وصية محرمة.

ولأن المعايير في الأنواع مختلفة تماما بين التصرفين، فإن الظاهر من خلال ما تم ذكره من أنواع للوصية والهبة أنه لا يوجد ما يفرق بينهما، غير أن التمييز أفرز مجموعة من نقاط الالتقاء والاختلاف التي تجمع أو تفرق بين هذين العقدين نذكر منها:

إذا كان الأصل في التصرفات المالية الإباحة فإنها تلحق الهبة والوصية، فلا يوجد ما يمنع الهبة في الحالات العادية وهو ما اصطلح عليه بالهبة المباشرة، كما أن الوصية مباحة من خلال ماتم وصفه آنفاً في أقسام الحكم التكليفي لها، ولا أدل على إباحتهما من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَالأَقْرَبِينَ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾¹. وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾²، وهو ما صرح به المشرع الجزائري بهما في نصي المادتين 184 و 202 من ق أ.

1- أما التحريم فيلحق الوصية إذا توافرت شروطه، بينما لا تحرم الهبة في مطلق الأحوال.

2- وإذا كان الشرط في الهبة جائزاً بمقتضى نص المادة 202 ق أ، فإنه غير جائز في الوصية لكن بصورة تختلف عن الشرط في الهبة، ذلك أن الموصي قد يرغب في تجنب الأحكام الآمرة للوصية والتحايل عليها وذلك بإبرام تصرفات يخفي من خلالها الوصية، رغبة منه في محاكاة بعض الورثة على الآخرين، وغالباً ما يكون البيع هو الستار الذي يستر به الوصية مع ضمان حقه بمجموعة من الشروط³، هذه الشروط التي تضمنها نص المادة 777 ق م ج⁴؛ عند توافرها، تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته يعد وصية مستترة، وهذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري باعتبار أنه لم يحز العين الموصى بها ولم ينتفع بها إلا عند موت المورث⁵، وجاء ذلك لرد التحايل على أحكام الوصية.

3- كذلك يمكن القول أن الهبة المستترة صحيحة ما لم يُطعن فيها بالصورية ممن له مصلحة في حين تصدى المشرع الجزائري للوصية المستترة، وقيد البيع فيها بحدود الثلث.

1 سورة البقرة، الآية 180

2 سورة النساء، الآية 4

3 محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع 2، م 6، 2020، ص 465.

4 تنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر التصرف وصية وتسري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

5 فيصل ميهوب، التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1990، ص 46.

4- قد تتحول الهبة إلى وصية وتسري عليها أحكامها إذا اقترنت بها الشروط المنصوص عليها في المادة 777 ق م ج، أو إذا كانت في مرض الموت حسب ما نصت عليه المادة 204 ق أ.

5- لا يوجد ما يوجب الهبة شرعا أو قانونا، في حين أن التنزيل أو الوصية الواجبة منصوص عليها بمقتضى الشرع والقانون.

المبحث الثاني: الدراسة المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأركان والمقدار.

الهبة والوصية من عقود التبرع مما استلزم على المشرع الجزائري ضرورة تحديد مقدارهما والتأكد من توافر الأركان التي لا تتحقق صحة كل من الهبة والوصية إلا بوجودها وإلا كانت باطلة، والدراسة المقارنة بينهما اعتمادا على ما سبق، تستدعي معرفة مقدار كل من الهبة والوصية ثم المقارنة بينهما (المطلب الأول)، إضافة إلى تحديد أركان كل منهما ثم التمييز بين هذه الأركان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين الهبة والوصية في المقدار.

اعتمادا على ما تم التطرق إليه آنفا، فإن الظاهر أن مقدار الهبة يختلف عنه في الوصية غير أن هناك أحكاما أخرى توجب الوقوف عندها ويظهر من خلالها الفرق بينهما، حيث سيتم استجلاؤه من خلال معالجة مقدار كل من الهبة والوصية في شتى الحالات (الفرع الأول)، ليتضح ويسهل بعد ذلك التمييز بينهما من خلال هذا المقدار (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مقدار الهبة والوصية.

مقدار الهبة متعلق بالأصل والاستثناء، فالأصل جاء في نص المادة 205 من ق أ ج التي تنص على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو دينا لدى الغير"، ومنه يمكن القول أن الهبة غير مقيدة من حيث مقدارها، وللواهب الحرية التامة في أن يهب جزء من ماله أو كله.

أما الاستثناء فهو في مقدار هبة الولد المكفول، فحسب نص المادة 123 من ق أ ج التي نصت على أنه: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة"¹، والتي يتضح من خلالها أنه يمكن للكافل أن يتبرع للمكفول بماله لكن في حدود الثلث وما زاد عن ذلك متوقف على إجازة ورثة الكافل المتوفى.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

ومعنى التبرع الوارد في هذه المادة اعتبره المشرع هبة إذا كان من الكافل إلى المكفول، ويخضع لأحكام الوصية فيما يخص قيمة المال الموهوب الذي يجب أن يكون في حدود الثلث وإذا ما زاد عن ذلك يترك لإجازة الورثة¹.

أما في الوصية فقد تمسك المشرع الجزائري بما استقر عليه إجماع الفقهاء في مقدارها، وأنها في حدود الثلث من دون زيادة في ذلك إلا بإجازة الورثة، وهو ما أورده في نص المادة 185 من ق أ ج على أن: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة"².

الفرع الثاني: التمييز بين الهبة والوصية من خلال المقدار.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن الهبة والوصية يختلفان من حيث المقدار، حيث أن الهبة غير مقيدة من حيث مقدارها حسب المشرع الجزائري، بينما الوصية لا تجوز إلا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك فيإجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن أبطلوها بطلت وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري ونص عليه في المادة 185 من ق أ ج.

لكن هذا الحكم ليس على إطلاقه، حيث يتساوى مقدار الهبة مع مقدار الوصية في الحالات الاستثنائية التي أوردها م ج أين ألحق مقدار الهبة بمقدار الوصية على النحو الآتي بيانه:

باستقراء نص المادة 123 السابق شرحه، خلصنا إلى وجود تداخل في مقدار التبرع لدى الكافل بين الهبة والوصية، فالثلث أصبح شرطا يتعلق بكلا التصرفين، ومن ثم أمكن القول أن الهبة تتقاطع مع الوصية في ثلث المال الموهوب إذا تعلق الأمر بالكفالة، بل وأكثر من ذلك؛ فقد أوجب المشرع في نفس المادة أن خضوع الزيادة عن الثلث في المال الموهوب تخضع لإجازة الورثة وإلا بطلت، شأنها في ذلك شأن الوصية.

وبالرجوع إلى نص المادة 776 من ق م ج التي جاء فيها: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"، وإسقاطا على عقد الهبة نجد الهبة إذا صدرت في مرض الموت، تسري عليها أحكام الوصية، وبالتالي يخضع مقدار الهبة في مرض الموت إلى نفس مقدار الوصية، بل وتسري عليه أحكامها وهي نقطة أخرى يتقاطع فيها مقدار الهبة مع مقدار الوصية. وهو أيضا ما أكدت عليه المادة 204 ق

¹ نعيمة أكلي، فضيلة ميسوم، الاشكالات القانونية المتعلقة بهبة الابوين للأولاد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع 06، د م، د ت، ص 331.

² عبد القادر رحال، محاضرة في مادة الموارث والتبرعات، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2021/2022، ص 18.

أ ج، وأقرته المحكمة العليا في قرارها ملف رقم 197335 عدد خاص¹، أنه: "من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض المرض والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" أي أن المريض مرض الموت لا يمكن أن يهب أكثر من ثلث ماله².

المطلب الثاني: أركان الهبة والوصية.

كسائر العقود تقوم الهبة والوصية على مجموعة من الأركان وتتمثل في التراضي والمحل والسبب كأركان عامة بالإضافة للشكلية كركن خاص لإنعقاد الهبة، في هذا المطلب سنفصل أركان كل منهما كما حددها المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية التي لا تتحقق هذه التبرعات إلا بتوافرها من خلال (الفرع الأول)، فيما خصصنا (الفرع الثاني) للتمييز بين أركانها.

الفرع الأول: أركان الهبة.

بما أن الهبة من العقود الرضائية فلا بد من توافر أركانها التي خصها بها المشرع الجزائري، الخاصة منها والعامة وفي حالة عدم توفر إحدى هذه الأركان يصبح العقد باطلاً. فاستوجب أن يخضع هذا العقد إلى الشكلية القانونية لانعقاده، وفي حالة عدم توفر إحدى هذه الأركان يصبح العقد باطلاً، فأركان الهبة هي التراضي والمحل والسبب كأركان عامة والشكلية والتسليم أو القبض كأركان خاصة، حيث يمكن تفصيل هذه الأركان كما يلي:

أولاً: الأركان العامة.

يعد التراضي أساس كل العقود إذ يبني على توافق إرادة طرفي العقد على موضوع العقد وهو محله إضافة للسبب الذي يكون الدافع المشروع للتعاقد.

1- التراضي: لا تتم الهبة بإرادة الواهب وحده إنما لابد من إيجاب وقبول متطابقين حسب نص المادة 206، وأن يكون بين الأحياء فالهبة فيما بعد الموت باطلة إلا إذا ثبتت الملكية في الحال وأرجئ التسليم إلى ما بعد الموت³.

¹ قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، القرار بتاريخ 16/06/1998 ملف رقم 197335، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.

² سميرة حران أم نائل، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2013/2014، ص 49/48.

³ أنور طلبية، العقود الصغيرة الهبة والوصية، د ط، الكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2004، ص 05.

ولكي يصح ركن التراضي في عقدا الهبة لا بد من توافر شروط الصحة المتمثلة في أهلية التبرع للواهب، إلى جانب خلو إرادته من عيوب الرضا وهي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال¹، وغير محجور عليه، وهذا بموجب المادة 203 ق أ.ج.

وهذا ما أكدته الأمر رقم 02/05 المتضمن لـ ق أ ج في مادتيه 203 و206 حيث تنص على أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"².

يجب أن يتوافق الإيجاب مع القبول توافقا تاما، كأن أعطى الواهب عقاره على سبيل الهبة وقبل الطرف الآخر أي الموهوب له تسلم نفس العقار على سبيل الإعارة، فلن تتعقد الهبة والإعارة³.

يفترض في عقد الهبة أن يكون رضا الطرفين صحيحا وموجودا وقت التعاقد لصحة العقد وإنتاج الآثار القانونية التي نص عليها القانون⁴.

1- المحل.

يعد المحل أو الشيء الموهوب ركنا في عقد الهبة، والهبة عقد ملزم لجانب واحد هذا هو الأصل إلا إذا كانت هبة بعوض تكون الالتزامات متقابلة بين الواهب والموهوب له وهذا حسب نص المادة 202 من ق أ.ج⁵.

للمحل في عقد الهبة أهمية بالغة لاعتباره ثاني ركن من اركان الهبة إذ هو الشيء الموهوب الذي يكون عقارا أو منقولاً⁶.

المحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب وينطبق عليه ما ينطبق على محل العقد بوجه عام، وبالعودة للمادة 205 من ق أ فإنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها، عينا او منفعة أو دينا لدى الغير"⁷.

¹ كلثوم بلحاج عيسى، الحيابة في عقد الهبة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة غرداية، 2021/2020، ص 24.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

³ حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط 03، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر الإسكندرية، مصر، 2018، ص 235.

⁴ نورة منصور، هبة العقار في التشريع الجزائري، د ط، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 24.

⁵ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁶ عبد الرزاق أحمد سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 112.

⁷ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، نفس المصدر السابق.

2-السبب.

تسري نظرية السبب في عقد الهبة شأنها شأن سائر العقود الأخرى، والسبب مطلوب كركن في العقد وهو الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ويشترط فيه أن يكون مشروعاً، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به وليس باستطاعته أن يعلم به فلا يبطل العقد، ويأخذ بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة¹.

ولخصوصية عقد الهبة كونها من عقود التبرعات كان السبب في عقد الهبة هو نية التبرع التي يشترط فيها أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة تحت طائلة بطلان عقد الهبة وهذا حسب المادة 97 من ق م ج².

أو أن تقترن الهبة بشرط غير ممكن أو مستحيل كأن يهب شخص لآخر منزلاً ويشترط عليه أن يقدم مقابلاً للهبة إيراداً لشخص ثالث مدى الحياة فيثبت أن هذا الأخير متوفى قبل صدور الهبة، حينئذ تكون الهبة صحيحة إذا لم يكن هذا الشرط المستحيل هو الباعث الدافع على إبرام عقد الهبة فإذا كان كذلك يبطل الشرط وتبطل معه الهبة³.

ثانياً: أركان عقد الهبة الخاصة.

زيادة على الأركان العامة لعقد الهبة، اشترط المشرع أيضاً من خلال نص المادة 206 من ق م ج أ توافر ركن الشكلية وحياسة الشيء الموهوب كركنين خاصين بعقد الهبة.

1-الشكلية

الأصل في عقد الهبة أنه رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول إلا أن القانون اشترط الشكلية في عقد الهبة لتنبية الواهب إلى خطورة التصرف المقدم عليه.

وإن الإجراءات الشكلية وما تتضمنه الورقة الرسمية من تسجيل وقيود معلومات مفيدة لورثة الواهب بحيث تمكنهم من الاطلاع على طبيعة تصرف مورثهم حتى يتسنى لهم تبصير المورث والاعتراض عليه إن كان فيه إضرار لهم⁴.

يقصد بالرسمية وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل موثق تحت طائلة البطلان المطلق⁵، فالهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط

¹ علي سليمان علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 09، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 75.

² القانون رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

³ عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف، ط 02، دار هومة، الجزائر، 2000.

⁴ عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص 47.

⁵ عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 13.

الجوهريّة، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم (10765) الصادر في 1994/11/09.¹

وعليه فالهبة في الأصل عقد شكلي وهي من العقود الرضائية تتم بالإيجاب والقبول والشكلية في الهبة تبرز أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا وله دوافع قوية على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى.²

2- الحيابة في الهبة

تعرف الحيابة على أنها رفع يد المتبرع من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المتبرع عليه أو نائبه أو تخليته للناس كالأحباس.³

وبالرجوع لنص المادة 206 من ق أ بأنها تؤكد على أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة.

أما المادة 207 من نفس القانون تنص على أن: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا".⁴

ويقصد بحيابة الشيء الموهوب في مفهوم نص المادة 206 من ق أ؛ السيطرة المادية والمعنوية على الشيء الموهوب بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق ولن يتسنى ذلك إلا بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب إلى الموهوب له.⁵

فالهبة التي لا تكون مرفقة بالحيابة تعد هبة باطلة وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في العديد من قراراتها بالرغم من أن القضاة استعملوا عبارة "الحيابة شرط صحة"، وأحيانا أخرى "الحيابة شرط تمام"، وعليه وجب أن يتم القبض حال حياة الواهب، فمن يقدم على إبرام عقد الهبة ثم يشترط بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرفه إلى ما بعد الموت، يعد تصرفه باطلا، فإن تم ذلك لأحد ورثته يعد تصرفه وصية طبقا للمادة 777 من ق م ج التي تنص على أنه: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى

¹ مايا دقايشية، مرجع سابق، 128.

² أكثم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح، الهبة، الوكالة)، مطبعة النهضة، مصر، دت، ص 111.

³ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012/2013، ص 141.

⁴ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁵ عمر حمدي باشا، نفس المرجع السابق، ص 08.

لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك¹.

الفرع الثاني: أركان الوصية.

أركان الوصية عند الحنفية هي الأربعة كلها، الموصي، الموصى له، والموصى به، والصيغة المنشئة لها والبعض الآخر يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمره منه حيث أنه خلاف في التسمية ويرجع إلى أمر اصطلاحي فقط².

وحسب ما حدده المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية؛ لا تتحقق الوصية إلا بتوافر أركانها الأربعة وهي: الموصي، والموصى له بالإضافة إلى الموصى به وأخيرا الصيغة وهو ما سوف نعرضه فيما يلي³:

أولاً: الموصي: هو صاحب الوصية.

ثانياً: الموصى له: وهو المستفيد من الوصية.

ثالثاً: الموصى به: وهو القائم بتنفيذ الوصية.

رابعاً: الصيغة: وهي الألفاظ المستعملة في الوصية، كأن تقول أوصيت بكذا لفلان، أو جعلت لفلان ثلث مالي بعد موتي ونحو ذلك.

وهي بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: الموصي.

الموصي هو: " من عهد إليه أموره ليقوم بها بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه"⁴، هو الشخص الذي يريد إخراج جزء مما يملك بعد وفاته، عينا أو منفعة على سبيل

¹ مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 124-125.

² الشيخ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والوقف، ط 4، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، 1982، ص 26.

³ عبد الرحمن بن سليمان الشمسان، تقريب الفرائض، د ط، مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، السعودية، د ت، ص 25.

⁴ مروى معلم، مرجع سابق، ص 42.

التبرع، لذلك يشترط في الموصي شروطا خاصة حتى يتبين أن الوصية صادرة عن قصد سليم¹.

ولنفاذ وصية الموصي يجب أن تتوافر جملة من الشروط التي أوجبها المشرع الجزائري في نص المادة 186 من ق أ، والتي جاء فيها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل"².

وعليه يشترط في الموصي أن يكون: سليم العقل، بالغا، بالإضافة إلى تمتعه بالرضا أو حرية الاختيار في إنشاء الوصية، سوف نوجز هذه الشروط فيما يلي:

- سلامة العقل: بالرجوع لأحكام ق أ نجد أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، وبالتالي فإن وصية الموصي تعد باطلة إذا ثبت أنه مختلا عقليا أو ليس بكامل قواه العقلية سواء كان مختل أو مجنون، معتوه، سفيه أو لديه الزهايمر وغيرها من حالات القوى العقلية.

- البلوغ: البلوغ لغة هو: الوصول والإدراك، يقال بلغ الشيء أي وصل اليه. واصطلاحا: فالبلوغ يعني انتهاء حد الصغر بحيث ينتقل الشخص من طور الصبا والحدائة إلى طور الرجولة³.

وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في ق أ على أنه: "..... بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، أي أن البلوغ شرطا أساسيا لتصح الوصية وهو سن الرشد المحدد ضمن أحكام ق م ج الجزائري، والذي نص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد هو تسعة عشر (19) سنة كاملة"⁴، وبالتالي فإنه لا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي ودون عوض أو مقابل، ولا تتم إلا بوجود الإرادة والتمييز.

- الرضا: إلى جانب ضرورة توافر الشرطين المتقدمين أعلاه، سلامة العقل والبلوغ، فقد اشترط المشرع الجزائري لنفاذ الوصية (من خلال نصوص القانون المدني) شرطا آخر والمتمثل في: الرضا والاختيار، وذلك لأن الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا

¹ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 11.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

³ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 12.

⁴ مروى معلم، مرجع سابق، ص 44.

صادرا عن إرادة منفردة من جانب الموصي، وجب أن تكون صادرة عن رضا واختيار¹.

حيث يجب أن يتوافر رضا الموصي كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات والتبرعات، وإلا كانت باطلة، لهذا فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن وصية المكره والهازل والمخطئ باطلة، كما لا تصح وصية السكران، لأنه لا قصد له والوصية هنا تضر بورثته، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه "لا ضرر ولا ضرار"².
ثانيا: الموصى له.

"الموصى له هو الشخص المادي أو المعنوي المعهود إليه بشيء من تركة الميت"³، حيث يشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما وأهلا للتملك والاستحقاق وألا يكون جهة معصية ولا قاتلا للموصي أو وارثا له⁴، وفيما يلي تفصيل لكل شرط:

- أن يكون الموصى له موجودا: وهذا عند إنشاء الوصية حيث إن لم يكن موجودا لا تصح الوصية، لأن الوصية للمعدوم لا تصح لأنها تمليك والتملك لا يجوز للمعدوم⁵. أو يكون حكما (تقديرا) كالحمل، فحسب المادة 187 من ق أ ج التي تعرضت لمسألة الوصية للحمل حيث نصت على أنه: "تصح الوصية للحامل بشرط أن يولد حيا...."، والمادة 134 منه التي جاء فيها: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"⁶، وكذلك المادة 25 من ق م ج في فقرتها الثانية والتي تنص على أن: "الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا" ومنه نستنتج أن جميع هذه المواد تستدعي ضرورة وجود علامة ظاهرة للحياة للمولود⁷.

وقد تكون الوصية في بعض الحالات التي لم يكن فيها الموصي موجودا وقت إنشاء الوصية، ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد إلا بعدها⁸.

¹ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 13.

² سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 78.

³ عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 19.

⁴ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 85.

⁵ فريدة حديد، مرجع سابق، ص 25.

⁶ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁷ القانون رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

⁸ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 85.

- أن يكون الموصى له معلوما: ويعني أن يكون الموصى له غير مجهول جهالة لا يمكن رفعها وإزالتها لأن جهالة الموصى تمنع استلام الموصى به¹.
- أن يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق: اتفق جمهور الفقهاء أن الوصية لمن ليس أهلا للتمليك تكون باطلة، مثل الوصية للحيوان فتعد باطلة بسبب أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق ولا يستطيع التمييز².
- ألا يكون قاتلا: أي ان لا يكون الموصى له قاتلا للموصى وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 188 من ق أ ج والتي جاء فيها: " لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا"³، بالإضافة إلى الحديث: " ليس لقاتل وصية" اخرجها الدارقطني.
- ألا يكون وارثا: وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله اعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"⁴. وأخذ القانون الجزائري بهذا في المادة 189 من ق أ ج " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى"⁵.
- ألا يكون للموصى له جهة معصية: والمقصود بجهة المعصية الجهة المحرمة شرعا وقانونا⁶، وبالتالي لا يصح للمسلم بأن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية والقانون كالوصية لدور اللهو وأندية القمار أو الكنائس والمعاهد التي لا تخص المسلمين.

ثالثا: الموصى به (المال الموصى به)

" الموصى به هو الشيء المعهود به من قبل الميت إلى شخص آخر أو جهة ما"⁷، فالمال الموصى به يشترط فيه أن يكون مالا قابلا للتوارث، وأن يكون متقوما وقابلا للتمليك، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية، وغير مستغرق بالدين، ولا يزيد عن ثلث التركة⁸. وحسب المادة 190 من ق أ ج فللموصى أن يوصي بكل أنواع الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية فقد نصت على: " للموصى أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل ضمن ملكه قبل موته عينا أو منفعة"⁹.

¹ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 61.

² فريدة حديد، مرجع سابق، ص 27.

³ مروى معلم، مرجع سابق، ص 44.

⁴ وليد صالح علي عامر، مرجع سابق، ص 91.

⁵ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁶ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 86.

⁷ عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 19.

⁸ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 87.

⁹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر السابق.

ومن نص هذه المادة يتضح أن للموصى به شروط يجب أن تتوفر فيه وهي كالتالي:

- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث: فالموصى به الذي يصلح لإيصال نوعان:
 - 1- نوع يصلح أن ينقل بالميراث أي يصح أن يكون تركة كالأموال الحقيقية كالنقود، والأشياء العينية، والحقوق التي تتعلق بها كحقوق الارتفاق ونحوها.
 - 2- وآخر لا يكون من الحقوق التي تورث ولكن تصح به الوصية، لأنه يصح التعاقد عليه حال الحياة فيصح أن يوصى به بعد الوفاة، وذلك كالأموال الحكيمة كالمنافع مثل سكن، أو زراعة أرض¹.

- أن يكون الموصى به متقوما وقابلا للتملك: حسب المادة 96 من ق م ج التي نصت على: "إذا كان محل الالتزام مخالفا لنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا" وبإسقاط هذه المادة على الوصية تكون الوصية باطلة إذا كان الموصى به مخالفا للنظام العام والآداب، وكذلك المادة 682 من نفس القانون التي نصت على: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية...."².

يشترط أن يكون موضوع الوصية مما يباح الانتفاع به، فالخمر والمخدرات والخنزير والنقود المزورة فهي غير متقومة في التشريع الإسلامي، ولا تصلح أن تكون محل للوصية وعليه يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث³.

- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية: وتعني أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي عند إنشاء الوصية إذا كان معينا بالثلث كأن يوصي بالدار معنية الفلانية أو يعينها أو يشير إليها فإنه يشترط وجودها عين إنشاء الوصية لأن الوصية لا تتم بشيء غير موجود، وهذا ما نستنتجه من المادة 190 ق أ والتي توضح أنه يجوز الوصية في الأموال التي تكون عينا لهذا يشترط أن يكون الإيصال بالأموال التي يمتلكها الموصي عند الوصية وهو ما يدل على أنه يشترط أن يكون موجودا⁴.
- ألا يكون الموصى به مستغرقا بدين: يشترط لنهاذ الوصية ألا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق جميع ماله، وذلك لأن ديون العباد مقدمة على الوصية والإرث لتعلق

¹ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 87-88.

² عمر نكاع، مرجع سابق، ص 64.

³ مروى معلم، مرجع سابق، ص 45.

⁴ فريدة حديد، مرجع سابق، ص 32.

حق الدائنين بأموال المدين، فحسب المادة 180 من ق أ فإن الديون تأتي في المرتبة الثانية بعد تقدير مصاريف التجهيز والدفن¹.

- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة: حسب ما أورده نص المادة 185 من ق أ ج على أنه " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة"²

رابعاً: الصيغة.

تعرف الصيغة بأنها: " ما يؤدي وجودها وتحققها من كل ما يدل على تصرف أو التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد الوفاة بحق من الحقوق"، فنتعقد إما باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة، شرط سماع الدعوى بها، أو اقترانها بشروط أو اضافتها أو تعليقها³.

فحسب الفقه الإسلامي فهناك خلاف حول هذه المسألة فذهب الجمهور إلى أن الصيغة تتمثل في الإيجاب الصادر من الموجب دون اشتراط قبول الموصي به، وذهب البعض الآخر إلى أن الصياغة لم تتم إلا بالإيجاب والقبول معاً⁴.

وبالرجوع إلى أحكام ق أ في المادة 197 حيث جاء فيها: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"، أما ق م الجزائري في مادته 68 حيث نصت على أنه: " يعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". وبالتالي فإن⁵:

- القبول الصريح: يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفاً في حالة العجز.

- القبول الضمني: يكون بقبض الوصية أو السكوت عن التعبير بالقبول أو الرد.

فالسكوت يحمل على القبول وفقاً للقواعد العامة من ق م الجزائري، لأنه يدخل ضمن السكوت الملابس فالقبول يكون من الموصي له من الأساس، وفي حالة وفاة الموصي له يجوز لورثته القبول والرد، طبقاً لأحكام ق أ ج في مادته 198 التي تنص على أنه: " إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول والرد"⁶

¹ سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص ص 88-89.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

³ الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 81 لسنة 1946، ط 1، دار الفكر العربي، 2010، ص 71.

⁴ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفتوح، الكويت، 1984، ص ص 25-26.

⁵ مروى معلم، مرجع سابق، ص 47.

⁶ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مرجع سابق.

الفرع الثالث: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأركان.

من خلال ما تم طرحه في الأركان نلاحظ وجود اختلاف بين الهبة والوصية من حيث الأركان، فقيام عقد الهبة يجب توافر إرادتي الواهب والموهوب له، لأنها من العقود الرضائية أما قيام عقد الوصية فيتوقف على إرادة طرف واحد وهو الموصي، لأنها من التصرفات الانفرادية.

كما نلاحظ أن كلا من الهبة والوصية جاءتا متطابقتين فيما يخص المحل حيث يجب أن هذا المحل موجودا ومعينا وقابلا للتملك وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة¹، فيما اختصت الوصية بشرط ألا يكون مستغرقا بدين لأن سداد الديون أولى من تنفيذ الوصايا وانفردت بعدم تجاوز هذا المحل لثالث التركة².

وتعتبر الشكلية ركنا من أركان عقد الهبة، وهو شرط وجوبي تحت طائلة البطلان المطلق، فيما تعتبر الشكلية في الوصية أداة إثبات ولا ترقى لأن تكون ركنا، كما انفردت الهبة بركن الحيابة فيما لا يمكن تحقق هذا الركن في الوصية لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

¹ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 33.

² سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص 87.

خلاصة الفصل

من خلال ما تم تقديمه في هذا الفصل نلاحظ اهتمام المشرع الجزائري بالتصرفات التبرعية لا سيما الهبة والوصية، حيث أفرد لهما بابا خاصا ضمن الكتاب الرابع المعنون بالتبرعات حيث خصص الفصل الأول من هذا الباب للوصية وقسمه إلى خمسة بنود فيما خصص الفصل الثاني للهبة ولم يقسمه إلى بنود. هذا الباب نظم أحكام كل من الهبة والوصية مما سهل علينا الخوض في دراسة الفرق بينهما من ناحية الأحكام العامة، والتي خلصنا من خلالها إلى أن الهبة بصفة عامة هي تملك بلا عوض حال الحياة، أما الوصية فهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، كما أن م ج ترك للواهب حرية التبرع بالقدر الذي يريد من ماله لمن يشاء في الهبة فيما ألزمه في الوصية بعدم تجاوز قيمة التبرع لثلث المال وحصر هذا التبرع لغير الورثة بالإضافة لاشتراط الشكلية والحيازة في الهبة دون الوصية.

المشرع الجزائري حسب نص المادة 206 من ق أ ج لم يذكر أن الهبة عقدا بل اكتفى بالقول انها تتعقد بالإيجاب والقبول وبالتالي لا تتعقد بإرادة منفردة، بينما الوصية فتتعقد بالإرادة المنفردة وهذا حسب المادة 202 من نفس القانون.

كما أن المشرع حدد لنا الحالات التي تأخذ فيها الهبة حكم الوصية وحصرهم في حالة مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة وفقا للمادة 204 ق أ. وحالة التصرف لو ارث وفقا للمادة 777 ق م ج.

الفصل الثاني:

الدراسة المقارنة من حيث الأحكام
الموضوعية للهبة والوصية.

الفصل الثاني: المقارنة من حيث الأحكام الموضوعية للهبة والوصية

باعتبار الهبة والوصية عقوداً فإنها تخضع للأحكام الموضوعية للعقود بصفة عامة، كما أنها تخضع لأحكام موضوعية خاصة بها نظمها المشرع الجزائري من خلال الفصلين الأول والثاني من الكتاب الرابع من ق أ، حيث نظم أحكام كل منهما، وشروطهما وكذا كيفية إثبات كل منهما والرجوع فيهما.

وفي هذا الفصل سنجري مقارنة بين هذين التصرفين من خلال التفصيل في أحكامهما خاصة التبرع لأحد الورثة أو التبرع في حالة مرض الموت وكذا التصرف الوارد على عقار والذي بلا شك أحاطه المشرع بإجراءات خاصة لا سيما الرسمية والشكلية. كما سنفصل في جزئيات تتعلق بشروطهما وطرق إثباتهما وفقاً لمقتضيات ق أ وق م ج، بالإضافة إلى طرق الرجوع في كل منهما وخاصة الاستثناءات الواردة على الرجوع في الهبة والتي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 212 ق أ.

ولهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: دراسة مقارنة من حيث شروط وأحكام الهبة والوصية.

المبحث الثاني: دراسة مقارنة بين الهبة والوصية من خلال الإثبات والرجوع

المبحث الأول: الدراسة المقارنة من حيث الشروط وأحكام الهبة والوصية.

لصحة الهبة والوصية لا بد من توافر عدة شروط منها ما هو شرط انعقاد ومنها ما هو شرط صحة، هناك نقاط مشتركة بينهما وهناك نقاط اختلاف سنحاول إبرازهما من خلال المطلب الأول. فيما سنخصص المطلب الثاني لإبراز أحكام كل منهما باستجلاء نقاط التشابه والاختلاف بينهما من خلال تحليل النصوص القانونية وما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: شروط الهبة والوصية.

لما كان عقد الهبة والوصية من العقود الرضائية التي ألزم فيها المشرع ضرورة توافر شروط حتى تحدث آثار قانونية وتصبح هذه العقود صحيحة وغير قابلة للإبطال أوجب لها شروط لانعقادها، وتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شروط الهبة.

الفرع الثاني: شروط الوصية.

الفرع الثالث: المقارنة بين الهبة والوصية من حيث الشروط.

الفرع الأول: شروط الهبة.

نص ق أ ج في مادته 206 على أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"¹.

من خلال نص المادة يمكن القول أن شروط الهبة هي:

- تطابق الإيجاب والقبول: تأكيد المادة المذكورة أعلاه على حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له.

- الحيازة: ويقصد بها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق ولا يتسنى ذلك إلا تسليم المال الموهوب إلى الموهوب له.

فالتشريع الجزائري اعتبر الحيازة ركن في الهبة على عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة مثل العقود اللبنانية والقانون المدني العراقي، وتتم حيازة المال الموهوب بوضعه تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه، فإن كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة بموجب عقد إيجار أو وديعة ثم

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

تمت الهبة كان الموهوب له جائزا فعلا للموهوب وقت تمام الهبة ولا تحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم¹.

أما الفقهاء فقد اختلفوا في اعتبار القبض شرط في صحة العقد أم لا؟ فاتفق الشافعي وأبو حنيفة أن من شروط صحة الهبة القبض، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب، وقال مالك: ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة، فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام، لا من شروط الصحة. وعند الحنابلة تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلا، لا من شرط تمام، ولا من شرط صحة، وقد روى الإمام أحمد أن القبض من شروطها في المكيل والموزون².

نخلص مما سبق أن الفقهاء الذين لم يشترطوا القبض في الهبة إنما يشبهونها بالبيع، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض.

أما الفقهاء الذين اشترطوا القبض استدلوا بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة الذي نص في اشتراط القبض في صحة الهبة، وما روى مالك عن عمر أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا، وإن مات قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه، فمن نحل³ فلم يجزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة"، وقالوا هو إجماع من الصحابة، وهو قول علي أيضا، لأنه لم ينقل عنهم في خلاف ذلك. ويشترط في تمام الهبة حصول الحوز في صحة جسم الواهب وعقله وقيام وجهه، واحتراز بصحة الجسم من مرض الموت، واحتراز بصحة عقله مما لو جن الواهب قبل الحوز توقف، فإن صح الواهب لزمته وإن اتصل بالموت بطلت⁴.

الفرع الثاني: شروط الوصية.

يشترط لنفاذ الوصية توافر الشرطين الآتيين:

1- مقدار الموصى به:

ويتجلى ما تعلق بمقدار الموصى به من خلال الأحكام الآتية⁵:

¹ سمية عيشوش، شيماء حيدر، مرجع سابق، ص 25.

² وليد صالح علي عامر، مرجع سابق، ص 88.

³ أعطى، وهب.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 89.

⁵ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 19.

• حكم الوصية لغير وارث فيما زاد عن الثلث:

إذا كانت الوصية لغير وارث فيما زاد عن الثلث، فقد اختلف الفقهاء فيما زائد عن ثلث التركة، على رأيين:

- الرأي الأول: ذهب الحنفية والإمام الشافعي والظاهرية إلى أن الوصية لغير وارث بزائد عن ثلث التركة توقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت فيما زاد عن الثلث.

- الرأي الثاني: ذهب المالكية والإمام الشافعي في قول له إلى أن الوصية لغير وارث بزائد عن ثلث التركة تقع باطلة، فإن أجاز الورثة هذا القدر كان هبة مبتدأة منهم لا تنفيذاً لوصية مورثهم، فتكون إجازة الورثة لما زاد عن الثلث قصد هبة منهم لهذا الوارث. ليجمع بين الوصية من الموصي، والهبة من الورثة الذين أجازوا تلك الزيادة عن الثلث الموصى به من طرف مورثهم.

- والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول وهو توقف الوصية فيما زاد على ثلث التركة لغير وارث على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت، ونفذت في حدود الثلث فقط،

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، فقد جاء في نص المادة 185 من ق أ ج أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"¹.

وعليه، يكون مقدار الموصى به متعلق، بأصل واستثناء:

- فالأصل: أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، وهذا ما حددته السنة النبوية، حيث جاء في الصحيحين عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة (وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها) قال: "يرحم الله بن العفراء". قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: "لا". قلت: فالشطر (أي النصف)؟ قال: "لا". قلت: الثلث؟ قال: "فالثلث والثلث كثير، إنك إن تدع وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس...".

- والاستثناء: ما قال به الفقهاء المسلمون بأنه إذا كان للوارث ورثة، فإن أوصى بالزيادة على الثلث فإن وصيته لا تنفذ إلا بإذن الورثة بشرط أن:

- تكون الإجازة بعد وفاة الموصي.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

- يكون المجيز كامل الأهلية، غير محجور عليه لسفه أو لغفلة.

• حكم الوصية بالزائد على الثلث مع عدم وجود الوارث:

اختلف الفقهاء في الوصية بالزائد على الثلث مع عدم وجود الوارث للموصي على قولين:

- القول الأول: إن الوصية بما زاد على الثلث إذا لم يكن للموصي وارث جائزة، وإلى هذا القول ذهب الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة.

- القول الثاني: إن الوصية بما زاد على الثلث باطلة وإن لم يكن للموصي وارث، وإلى هذا القول ذهب بعض المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة، والظاهرية.

وهذا القول هو الذي رجحه فقهاء القانون في الجزائر، حيث ذهبوا إلى أنه: إذا أوصى الموصي بأكثر من الثلث من تركته، ولم يكن له ورثة، فإنه تصح الوصية ولكن تنفذ في حدود الثلث فقط، وما زاد عنه يؤول إلى بيت مال المسلمين أي (الخزينة العامة)، ذلك أن تلك الزيادة تعتبر في حكم ميراث عامة المسلمين، ولا يوجد مجيز له منهم.

2- وقت اعتبار تقدير الثلث في الوصية:

إذا كان مقدار ما يمكن أن يوصي به الشخص، يكون في حدود ثلث ماله، للفقهاء في تحديد وقت اعتبار الثلث ثلاثة أقوال هي:

- القول الأول: ذهب بعض الشافعية إلى أن وقت اعتبار الثلث هو يوم إبرام الوصية؛ فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان لماله، فلو أوصى بثلث ماله فإنه يعتبر في تقدير ما أوصى به يوم الوصية لا يوم الموت.

- القول الثاني: وهو المشهور عند الشافعية، حيث ذهبوا إلى أن وقت اعتبار الثلث هو يوم موت الموصي، لأن هذا وقت التمليك بالوصية، ففيه تلزم في جانب الموصي، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فإنه يثبت الملك بالقبول مستندا إلى وقت الموت.

- القول الثالث: حيث ذهب الحنابلة، والمالكية، في قول إلى أنه يعتبر التقدير في مال الموصي يوم القسمة وفرز الأنصبة¹، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية بالفعل، ويستقر فيه الملك.

وثمره هذا الخلاف تظهر فيما إذا طرأ على التركة تغيير بالزيادة أو النقصان، فإن قيمة المال الموصى به تتأثر بذلك على القول الثالث، فالنقص يلحق جميع المستحقين من موصى لهم وورثة على قدر أنصبتهم والحال كذلك عند الزيادة.

¹ جمع نصيب، حصص، أنصباء.

وهذا القول أخذ به المشرع الجزائري، وهو ما يظهر جليا من خلال استقراء نصوص المواد الآتية:

- نص المادة 197 من ق أ، والتي جاء فيها ما يأتي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصى"¹، فعبارة: "بعد وفاة الموصي،" تفيد استبعاد الأخذ بالقولين الأول والثاني.

- نص المادة 64 من القانون رقم 105 /76 المتضمن قانون التسجيل: " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا".

واضح من نص المادة أن تسجيل الوصية، يستغرق مدة زمنية مقدرة قانونا بثلاثة أشهر كأقصى حد من تاريخ وفاة الموصي وهذا ما يؤكد القضاء الجزائري، الذي ذهب إلى أن التركة (ومن مشتملاتها أو الحقوق المتعلقة بها الوصية) لا تفتح إلا بعد وفاة الشخص، وقد صدرت العديد من القرارات القضائية في هذا الشأن، منها القرار الآتي: " من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتح إلا بعد وفاة المورث ليحدد نصيب كل وارث..."

3- أن لا يكون الموصى به مستغرقا بدين²:

ينبغي الإشارة ابتداء إلى جواز وصية المدين مطلقا؛ لقوله سبحانه وتعالى " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ"³، فظاهر الآية يدل على جواز الوصية مع وجود دين على الموصي، ولما ثبت عن ابن عمر قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"، فظاهر الحديث يدل على جواز الوصية مع وجود الدين. ومع ذلك اشترط الفقهاء لتنفيذ الوصية ألا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته؛ لأن الدين أهم لكونه فرضا، والوصية بغير الواجب تبرع، وتكون بالواجب واجبة. كما اشترطوا لصحة الوصية المستغرقة بدين:

- إبراء الغرماء وإسقاطهم لديونهم.

- إجازة الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

² مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 20-21.

³ سورة النساء الآية 12.

إلا أنه يمكن استنباط حكم ذلك من خلال استقراء نص المادة 180 من ق أ ج المبينة للحقوق المتعلقة بالتركة، والتي جاء فيها: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإذا لم يوجد آلت إلى الخزينة العامة¹.

الفرع الثالث: المقارنة بين الهبة والوصية من حيث الشروط.

من خلال ما تم توضيحه بشأن الشروط المتعلقة بكل من الهبة والوصية، تجلت أهم الفروق الجوهرية بينهما والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- لكي تصبح الهبة والوصية صحيحة ونافاذة وغير قابلة للإبطال أوجب المشرع شروطاً لقبولهما:

فلقبول الهبة يجب تطابق الأيجاب والقبول بين كل من الواهب والموهوب له وذلك حسب ما جاءت به المادة 206 من ق أ ج، كما اشترط القانون في الواهب أن يكون²: أن يكون سليم العقل، وأن يكون بالغاً من العمر تسع عشرة سنة، غير محجوز عليه، وهناك شرط يقتضيه النص وهو أن يكون الواهب مالكا للموهوب لأن تملك ما ليس بمملوك باطل، وهذا من شروط نفاذ الهبة.

أما الوصية فيكون قبولها صريحا أو ضمنيا من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي وهذا حسب نص المادة 197 من ق أ ج.

- إضافة إلى أنه تتم الهبة بحيازة الشيء الموهوب قصد وضعه تحت تصرف الموهوب له وتمليك الهبة يكون حال حياة الواهب، أما الوصية فإن وقت تملكها يكون بعد وفاة الموصي ويثبت الملك للموصى له.

- تعتبر هبة المدين صحيحة ولا تتوقف على إبراء الدائنين أما وصية المدين فلا تنفذ حتى تسدد ديون الدائنين أو إبراءهم للمدين.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،

الإمارات، 2014، ص 425.

المطلب الثاني: أحكام الهبة والوصية.

تتميز كل من الهبة والوصية بمجموعة من الأحكام التي خصها بها المشرع الجزائري والتي أفرزت مجموعة من الاختلافات بينهما حيث ستم معالجتها من خلال ما سيأتي بيانه:

الفرع الأول: أحكام الهبة

باعتبار الهبة عقدا فإنها تخضع لأحكام العقود الواردة في ق م ج بالإضافة لأحكام خاصة بها يمكن استقراؤها من ق أ والشريعة الإسلامية وهذا ما سنفصله خلال هذا الفرع.

أولاً: بما أن الهبة عقد فإنه يحكمها ما يحكم العقد عموماً من أحكام في القانون المدني، وتتفرد في بعض الأحكام التي خصها بها ق أ، فالهبة حسب ق أ هي تملك بلا عوض، والتزام الواهب فيها يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها إفتقار ذمة الواهب وإثراء ذمة الموهوب له، وحسب الفقرة الثانية من المادة 202 من نفس القانون التي تنص على أنه: " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط" ويفهم منها قيان التزام في جانب الموهوب له في حال اشتراط الواهب ذلك، وبما أن لفظة الإلتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مال مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام ثلاث فرضيات كالتالي¹:

- الفرضية الأولى: قد يكون الإلتزام 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 تكون قيمة المال المشترط من طرف الواهب، يعادل قيمة الشيء الموهوب، أو كان ما اشترطه الواهب شيء غير المال، لكنه مقوم بالمال، فنكون في هذه الحالة بصدد المبادلة، وكان العقد معاوضة وليس هبة.
- الفرضية الثالثة: أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابلاً نقدياً، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقود، لكن تكون قيمته أقل من الشيء الموهوب، ففي هذه الصورة نكون بصدد هبة مشروطة.

ثانياً: أن تكون الهبة مرتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي ابرمت فيها فحسب المادة 204 من نفس القانون فعقد الهبة الصحيحة تكون نافذة في حياة الواهب، والتي تصدر عنه وهو في كامل صحته، وتتحول استثناء إلى وصية في حالات عددها المادة السالفة الذكر وهي مرض الموت، والأمراض، والحالات المخيفة، والتي سنفصلها حسب ما يلي:

¹ عمار نكاع، مرجع سابق، ص ص 10-11.

مرض الموت: وهو المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقا، ولا يتعين المرض ان كان مرض موت أو مرض شفاء الا بعد الموت¹، ويتحدد مرض الموت لأمرين هما²:

فحكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، دون زيادة ولو كانت أكبر من ذلك ردت للثلث وهذا حسب نص المادة 776 من ق ج³.

• الامراض حيث تم التطرق للفظه الامراض في المادة 204 من ق أ ج وتصرف إلى مرض الموت، لان المرض الذي تظهر فيه الهبة على أنها وصية وتأخذ حكمها هو مرض الموت، وحسب الشروط السابقة يمكن القول أن لفظه المرض لا محل لها في نص هذه المادة⁴.

• الحالات المخيفة وهي الحالات التي يغلب فيها الهلاك، وتوقع الموت من دون مرض، فألحقت هذه الحالات بحكم مرض الموت لسبب مشترك وهو خوف الموت وحصوله فعلا بعد ذلك فإذا صدرت هبة من شخص قامت به حالة من الحالات المخيفة، وانتهت بالموت، فحكم هبته حسب المادة 204 من ق أ ج والمادة 776 من ق م ج؛ تحول إلى وصية⁵، أي إذا كان شخص مريض مرض الموت ووهب غيره هبة فحكم هبته كحكم الوصية، وهذا استنادا إلى نص المادة 776 من ق م ج نجد أن كل تصرف قانوني صدر في مرض الموت بقصد التبرع تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية المعطاة لهذا التصرف كالهبة في مرض الموت⁶، فإذا وهب هبة لاحد ورثته ثم مات، وأدعى باقي الورثة أن هبته كانت في مرض موته، كما ادعى الموهوب له ان الهبة تمت في حال صحته، فلا بد للموهوب له في هذه الحالة أن يثبت قوله، وان لم يفعل تعتبر الهبة أنها حصلت في مرض الموت، ويسري حكم الوصية على مقتضى

¹ مفيدة ميدون، معمري ايمان، مرجع سابق، ص 68.

² عبد القادر محمد رحال، مقال حول حماية التركة بتقييد الوصية وتكييف التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، د ت، ص 32.

يتحدد مرض الموت لأمرين هما:

- أن يكون المرض مخوفا ويغلب فيه الهلاك كالتطاعون والسرطان...، ويرجع في هذا إلى أصحاب الاختصاص من الأطباء لبيبنوا طبيعة المرض.
- أن يتصل به الموت، أي ان يعقب المرض الموت مباشرة.

³ القانون رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

⁴ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 12.

⁵ نفس المرجع السابق، ص 11.

⁶ خولة عبورة، سعاد رولا، حماية الورثة من التصرفات التبرعية للمورث المريض مرض الموت، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2022/2021، ص 70.

ذلك أي أنها لا تصلح إلا إذا أجازها الورثة¹، كما أنه إذا أصيب بمرض على أنه مرض موت فتصرف فيه ثم شفي اعتبر تصرفه صحيحا كما لو كان تصرفه في حال الصحة وبالتالي هبته صحيحة².

كما أن المشرع الجزائري أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي والتشريعات العربية وهي الحالات المخيفة³، فألحقها بحكم مرض الموت من خلال المادة 204 من ق أ التي تنص على أنه: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"⁴، إضافة إلى ما جاء به قرار المحكمة العليا في الملف رقم 197335 عدد خاص، أنه من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية⁵، وبالتالي فالمشرع أعطاها حكم الوصية وتسري عليها جميع أحكام هذه الأخيرة.

ثالثا: بما أن الهبة عقد فهي تتعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، فهي من العقود الفورية وهذا ما نصت عليه المادة 206 من ق أ، ففناؤها يكون على الفور.

رابعا: يجوز للواهب أن يهب كل ما يملك وهذا حسب نص المادة 205 من ق أ، ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات الخطيرة، كما أنه يهب جزء منها فقط، وقد تكون هبته عينية كالعقار، أو منفعة كحق الانتفاع، بل جوزت المادة 205 أن يكون دينا على ذمة الغير⁶.

خامسا: لا يجوز الرجوع في الهبة إلا استثناء في حق الأبوين (وهذا ما سنتطرق، إليه بشكل مفصل في أحكام الرجوع في عقد الهبة).

سادسا: أحكام الشكلية في هبة العقار والمنقول.

1- الهبة في العقار

تتم الحيازة في العقار بتسليمه الى الموهوب له ووضعه تحت تصرفه فإن كانت دارا أخلاها من أثاثها وسلم له مفاتيحها، وان كانت ارضا زراعية تركها للموهوب له وأخرج منها حيواناته وآلاته أو عتاد فلاحي ويمكن للموهوب له الاستلاء على العقار ليتم استغلاله من دون أن يتعرض له، وبذلك يتم القبض وتصبح الهبة تامة مع التوثيق وعليه فإن الرسمية لا

¹ هدى داودي، عقد الهبة بين: الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2015/2014، ص 24.

² ايمان معمري، مفيدة ميدون، مرجع سابق، ص 69.

³ نريمان خمار، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى الوصية، مجلة العلوم الانسانية، م 20، ع 02، 2020، ص 745.

⁴ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁵ سميرة حران أم نائل، مرجع سابق، ص ص 48-49.

⁶ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 13.

تكفي وحدها بل لا بد من الحيابة معها، فهما شيئان متلازمان باعتبارهما يشكلان تمام الهبة ويتم الاستغناء عن الحيابة حسب ما جاء به المشرع الجزائري وظهر هذا الاستثناء في المادة 208 من ق أ ج التي نصت على: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة"¹ وعليه فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مشاعا فإن إجراءات التوثيق والرسمية تغني عن الحيابة في العقار وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 58700² أنه: من المقرر فقها ان الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز"³

وتعتبر هبة العقار من أشهر أنواع الهبة كالدور والقطع الأرضية وما يتعلق بها من الحقوق العينية ويرى القانون الجزائري كتابة العقود في وثيقة رسمية من الأمور اللازمة ومجرد حصول التراضي بين الطرفين ينعقد البيع وتنتقل الملكية وتترتب آثار وهذا في سائر العقود الرضائية.

فإن نقل ملكية العقار سواء بمقابل أو بغير مقابل يلزم كتابته وتوثيقه وإفراغه في شكل وثيقة رسمية.

2- الشكالية في هبة العقار:

يستفاد من نص المادة 206 من ق أ ج أن الهبة في العقار تتعقد بالإيجاب والقبول ومراعاة أحكام التوثيق وتتم الحيابة، ومن احكام التوثيق ما نصت عليه المواد 324 مكرر 1. 2.4 من قانون رقم 88/14 المؤرخ في 03 مايو 1988 وكذا المادة 724 مكرر 3 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدلان والمتممان للأمر رقم 58775 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

تقرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها.

تتم العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء وهبة العقار لا بد أن تسجل بناء على نص المادة 206 من ق أ ج وكذلك القواعد العامة في القانون المدني لأن نقل ملكية العقار تستلزم تسجيل الهبة كانت بيعا ويلزم الإشهار والتسجيل في المحافظة العقارية وكذلك في إدارة الدومين وفقا لما توجبه المادتان 792، 793 من ق م ج يكون الايجاب

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

² القرار رقم 58700 المؤرخ في 19/08/1990 المنشورة بالمجلة القضائية سنة 1991 عدد 04 ص 113.

³ عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 12.

في ورقة رسمية أما القبول فلم يشترط القانون المدني وفق نص المادة 68 منه أن يكون مكتوبا في ورقة رسمية¹.

3- الشكلية في هبة في المنقول:

تتطلب الشكلية في المنقول إجراءات خاصة والمقصود بذلك هو استثناء الإجراءات القانونية الخاصة بنقل الملكية في بعض المنقولات التي يستلزم القانون هذه الإجراءات كما في هبة الأسهم والسيارات وغيرها من المنقولات، ويستفاد من نص المادة 206 من ق أ ج والمادة 724 مكرر 01 من ق م ج أنه إذا تخلفت الشكلية في العقار والإجراءات الخاصة في هبة المنقول تصبح الهبة باطلة، وإذا كان المنقول معيناً بنوعه فلا تنتقل ملكيته ولا يتم تسليمه له حتى تتم الحيابة².

4- دراسة مقارنة بين هبة العقار والوصية.

1- تتعدّد الهبة بالتراضي على خلاف الوصية التي تعد تصرفاً قانونياً يصدر بالإرادة المنفردة للموصي.

2- لا يسمح للواهب في الأصل بالرجوع عن تصرفه إلا في بعض الحالات المحددة قانوناً أما الموصي فيجوز له الرجوع عن وصيته في أي وقت مادام على قيد الحياة وهذا عملاً بالمادة 192 من ق أ ج.

3- يشترط في الهبة الرسمية متى كان محلها عقاراً أما الوصية فلم تشترط الشكلية لانعقادها ولم يشترط فيها التشريع الكتابية إلا لإثباتها بموجب المادة 191 من ق أ ج.

4- الهبة غير مقيدة بقدر معين وهذا ما نصت عليه المادة 205 من ق أ بصريح العبارة "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عيناً أو منفعة لدى الغير" وهذا ما أكدت عليه غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في القرار رقم 572205 الصادر بتاريخ 2010/07/15 الذي تضمن: من المقرر قانوناً أنه للواهب أن يهب كل ممتلكاته قيد حياته ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عندما تطرقوا في قرارهم المنفذ لمسألة البطلان طبقاً للمادة 101 ق م ج فإن ذلك لا يمس بصفة وسلامة القرار المطعون فيه مادام قضائهم انصب على صحة عقود الهبة التي أبرمها المرحوم (ب.ع) قيد حياته ما جعل قضاة الموضوع يطبقون القانون تطبيقاً سليماً.

¹ محمد بن احمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، ط 01، 2003، ص 207.

² محمد بن احمد تقيّة، مرجع سابق، ص 211.

أما الوصية فلا تصح الا في حدود الثلث ويوقف ما زاد عن ذلك على إجازة الورثة
تطبيقا لنص المادة 185. من ق أ.

5- تعرف الوصية بأنها تملك مضاف الى ما بعد الوفاة بطريق التبرع ومن هنا يظهر
ان الوصية تختلف أيضا في الهبة في كون هذه الأخيرة تشكل تملكاً يثبت في المال
أما الوصية فلا يتحقق التملك فيها الا بعد وفاة الموصي.

الفرع الثاني: أحكام الوصية.

الوصية أما أن تكون بالعين أو بالمنفعة، ولكل منهما أحكام خاصة كما لهما أحكام مشتركة، ثم أنها قد تكون إما اختيارية أو واجبة، أو تكون متعددة فيحصل فيها التزام، وفي جميع الأحوال إما أن تتم وتنفذ الوصية إذا توفرت أركانها وشروطها، أو تبطل بسبب من الأسباب المبطلّة، ولدراسة هذه الأحكام تم تقسيم هذا الفرع إلى أربعة نقاط.

أولاً: الأحكام بالأعيان.

الوصية إما أن تكون بعين معينة بالذات أو بجزء شائع منها، أو بعين معينة بالنوع أو جزء شائع منها، أو تكون بجزء شائع من التركة كثلثها أو ربعها أو بنصيب أحد الورثة، أو بسهم ولكل حالة أحكامها الخاصة.

• إذا كانت الوصية بعين معينة بالذات بالإشارة، أو بوصف قاصر عليها مثل: أوصيت بهذه السيارة، أو بداري كذا وهو قد حدد محلها، ومساحتها وحدودها تثبت لها الأحكام الآتية¹:

- 1- يجب أن تكون العين موجودة، ومملوكة للموصي حين انشاء الوصية وإلا تعتبر باطلة وإن ملكها بعد الوصية.
- 2- يعتبر وقت الوفاة لتقويم الموصى به بالذات وخروجها من الثلث أو عدم خروجها.
- 3- تعلقت الوصية بالعين الموصى بها، فلا يجوز العدول عنها، بل يجب اخراجها بعينها عملاً بتعيين الموصي وإرادته المنصرفة إلى عين معينة.
- 4- إذا هلك أو استحق كل العين الموصى بها:
 - فإن كان ذلك في حياة الموصي بطلت الوصية .
 - وإن كان بعد موته بطلت لأنه عليه الضمان في المستحق، وتحولت إلى العوض إذا كان الهلاك بفعل الورثة أو طرف أجنبي. أما إذا كان الهلاك بقوة قاهرة فيكون الهلاك على الموصى له، ما لم يكن المسؤول عن تنفيذ الوصية مقصراً في التأخير وإلا فعليه الضمان.
 - وإذا هلك المال كله إلا العين الموصى بها فهي للموصى له لأن حقه فيه دون سائر المال، وحقوق الورثة في سائر المال دونه، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه.

¹ مصطفى إبراهيم الزيلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والمقارن، نشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، 2014، ص 224.

- 5- إذا هلك أو استحق جزء من العين المعينة بالذات، بطلت الوصية في الهالك والمستحق، وتعلق حق الموصى له بباقيها.
 - 6- إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين معينة بالذات، وكان في التركة دين أو مال غائب، فإن لم يزد الموصى به عن ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استوفى منه بقدر ثلث الحاضر، وكلما قدم الغائب أو استوفى دين، يكون للموصى له ثلثه حتى يستكمل حقه.
 - 7- إذا خرجت العين الموصى بها عن ملك الموصي للمنفعة العامة كتملكها من قبل الدولة، يعتبر هذا التملك ملاكاً معنوياً، فإن تم التملك في حياة الموصي بطلت الوصية، وإن حدثت بعد وفاته نفذت في البديل لأنه يكون مقابل تعويض.
 - 8- إذا كانت العين الموصى بها مرهونة، واستوفى الدائن بعد الوفاة الموصي حقه منها، فإن الموصي له حق الرجوع على باقي التركة بمقدار ما استوفاه الدائن المرتهن من المال المرهون الموصى به.
 - 9- إذا هدم الموصي العقار الموصى به وأعاد بناءه مغيراً معالمه دون نوعه، كانت العين بحالتها الجديدة وصية، ما لم يصرح الموصي بأنه قصد بذلك الرجوع.
 - 10- إذا دمج الموصي العين الموصى بها مع عين أخرى بحيث لا يمكن معه تسليم الموصى به منفرداً، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمته، ما لم يصرح الموصي في حياته بأنه أراد بهذا الدمج الرجوع عن الوصية.
 - 11- إذا أوصى بعرضة ثم بنى عليها الموصي داراً، فإن ذلك لا يبطل الوصية، بل يشترك الوارث والموصى له فيها، الوارث بقيمة بناءه يوم التنفيذ قائماً والموصى له بقيمة عرضته مثل بناء الغرس.
- إذا كانت الوصية بعين معينة بالنوع أو بجزء شائع منها كالوصية بأغنامه أو بجزء شائع منها، أو بكتب مكتبته أو بقسم منها كالنصف والثلث، لها الأحكام الآتية:

- 1- فإن كان الموصى به موجوداً وقت انشاء الوصية تعلق الوصية به حينئذ ويعتبر هذا التعلق تعييناً له بالذات، وتترتب عليه الأحكام الآتية:
 - إذا هلك هذا النوع كله أو استحق كله، فلا شيء للموصى له، كما هو الحال في العين المعينة بالذات¹.
 - إذا هلك أو استحق بعضه، بطلت الوصية في القدر الهالك أو المستحق.

¹ احمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 125.

- وإذا زاد هذا النوع وقت الوفاة فحق الموصى له لا يتعلق بالزائد.
- إذا كان الموصى به عدداً محدداً من نوع معين، كما إذا أوصى لآخر بـ (20) رأساً من غنمه وكان له في وقت انشاءه ألف رأس، فالوصية تتعلق بالعدد الوارد في الوصية، بحيث إذا لم يبق منها إلا العدد الموصى به، يستحق الكل ما لم يزد على الثلث وقت الوفاة، لأن الموصي قصد تملكه هذا العدد.
- 2- وإذا كان الموصى به المعين بالنوع غير موجود وقت انشاء الوصية، فإن الوصية تتعلق بما يكون موجوداً عند الموصي من ذلك النوع وقت الوفاة مما اكتسبه أو دخل في ملكه بعد الوصية.
- 3- وإذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة كأن يقول اوصيت بربع مالي إلى فلان، أو ثلث بستانني أو ربع غنمي أو نحو ذلك، وكان في التركة دين أو مال غائب أي تكون التركة بجزء مجهول، فعندئذ ينظر:
 - فإن كان هذا السهم لا يزيد عن ثلث الحاضر من التركة، استحق الموصى له سهمه كاملاً في الحاضر من هذا النوع.
 - وإن كان أكثر من ثلث الحاضر من التركة، استحق الموصى له من سهمه بقدر ثلث الحاضر، ويكون الباقي من سهمه بيد الورثة. فكلما حضر شيء من المال الغائب أو أي شيء من الدين، استرد الموصى له من باقي سهمه الذي بيد الورثة قدر ثلث ما حضر حتى يستوفيه كله.
- وتصح الوصية في جميع تلك الأحوال ويقوم السهم الموصى به فلا ينفذ لو ارث ولا غير وارث فيما يتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة¹.
- الوصية بجزء شائع من جميع التركة كثلثها أو ربعها أو خمسها ولهذه الحالة أحكام أهمها:
 - 1- يجب أن لا يزيد هذا الجزء عن ثلث التركة كما ذكرنا سابقاً، فالزيادة غير نافذة ما لم تجز الورثة الوصية في الزائد².
 - فجواز الوصية في الزائد عن الثلث تتوقف على إجازة وارث تتوفر فيه الشروط التالية³:
 - ان يكون بالغاً عاقلاً رشيداً لأنه اسقاط حق.
 - ان تكون الإجازة بعد وفاة الموصي في الرأي الراجح.
 - ان يكون المجيز عالماً بمقدار الزائد عن الثلث والا للمجيز ان يتراجع عن اجازته.

¹ نصرت منلا حيدر، أحكام نصفية التركات ونظرية مرض الموت في ضوء الفقه والقانون والاجتهاد، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1970، ص 118.

² سمرة حسين، أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر بجامعة القاهرة، مصر، 2005، ص 256.

³ مصطفى إبراهيم الزيلمي، مرجع سابق، ص 228-229.

- 2- ان كان في التركة دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه.
- 3- إذا هلك بعض التركة بعد وفاة الموصي، هلك كل من الموصى له والورثة، كل بالنسبة إلى حصته من التركة¹.
- 4- وان أوصى بنصيب وارث معين (أي بصنفه) كابن أو ابنة فعندئذ ينظر: إذا كان هذا الوارث متوفيا يحل الموصى له محله ويأخذ ما يستحقه هذا الوارث لو كان حيا، على ان لا يزيد عن ثلث التركة كما في الوصية الواجبة².
- 5- وإن أوصى بنصيب أحد ورثته أو مثل نصيب أحد ورثته (دون تعيين الصنف) وترك ذكورا واناثا، فله جزء من عدد رؤوسهم، فإن كانوا ثلاثة فللموصى له ثلث التركة. وأن كانوا أربعة فله ربعها وهكذا، فلا ينظر إلى ما يستحقه كل وارث، ثم يقسم الباقي بينهم³.
- 6- وان أوصى بجزء من ماله أو سهم منه، فله سهم من أصل المسألة بعد العول أي القيام بكفاية العيال، (يقال عال عياله إذا قام بكفائتهم)⁴، فإن كان أصلها من (06)، فللموصى له السدس ان كان له وارث، وان كان من (24) فله 24/1، وان عالت إلى (27) فله 27/1، وهذا إذا كان له وارث، وإن لم يكن له وارث حين الموت فإن أرجح الآراء هو أن الموصى له يستحق سدس التركة، لأنه أقل عدد في الميراث بالقرابة.
- وإذا تعهد لشخص بأن يكون وارثا له لا توجد بينهما علاقة الزوجية ولا القرابة، يبطل التعهد ويتحول إلى الوصية بناء على نظرية تحول القد التي أقرها فقهاء المسلمين قبل القانون ويخرج منه الفرائض المقدرة لأهل النسب⁵.

ثانيا: الأحكام بالمنافع.

المراد بالمنفعة جميع ما يتناول منافع العين سواء أكانت متولدة منها أم غير متولدة كسكنى الدار وركوب السيارة أو الدابة وزراعة الأرض، وحقوق الارتفاق وثمر الأشجار وأجرة الأعيان. وهذا هو اصطلاح الحنابلة وهو غير اصطلاح الحنفية في المراد بالمنفعة فإنهم يريدون منها ما يقابل الأعيان فلا تتناول عندهم ثمر الأشجار ولا محصول الأرض. وليس

¹ احمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 125.

² نفس المرجع السابق، ص 120.

³ مصطفى إبراهيم الزيلمي، مرجع سابق، ص 229.

⁴ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، مرجع سابق، ص 161.

⁵ مصطفى إبراهيم الزيلمي، مرجع سابق، ص 230.

يراد بالمنفعة على العموم ما يشمل صوف الحيوان ولبنه وولده ذلك لأنها أعيان مستقلة فالوصية بها وصية بأعيان¹.

وللوصية بالمنافع أحكام منها تتفق مع أحكام الوصية بالأعيان ومنها تختلف عنها وأهمها هي الآتية:

• الوصية بالمنافع لمدة محددة²:

إذا أوصي بمنفعة ووقتها بمدة معلومة فالحكم واحد بالنسبة للمعين وغير المعين والمحصور وغير المحصور وهو إما أن تكون المدة معلومة المبدأ والنهاية أو تكون معينة القدر غير معلومة المبدأ. أو تكون المدة غير معينة القدر. فإذا كانت الوصية لمدة مؤقتة معلومة المبدأ والنهاية. أو تكون معينة القدر غير معلومة المبدأ، أو تكون المدة غير معينة القدر.

1- فإذا كانت الوصية لمدة معلومة المبدأ والنهاية كما إذا أوصي لشخص بسكني داره مدة أربع سنين تبدأ من أول يناير سنة 1974 وتنتهي سنة 1977 فأما أن تمضي المدة كلها في حياة الموصي، أو يمضي بعضها في حياته، أو يموت قبل بدايتها - فإذا مضت المدة كلها في حياة الموصي بطلت الوصية ولم يستحق الموصي له شيئاً لفوات محل الوصية فتصير كهلاك الموصي به المعين قبل وفاة الموصي. - وإن مات الموصي وفي المدة المعلومة بقية استحق الموصي له ما بقي منها بعد وفاته لأنها بطلت في الجزء الذي مضى. - أما إذا مات الموصي قبل بدئها استحق الموصي له المنفعة في المدة كلها إذا كان قد قبل الوصية.

2- وإذا كانت الوصية معلومة القدر غير معينة البدء كأن يقول أوصيت بسكني هذه الدار لفلان ثلاث سنين ففي هذه الحال تعتبر المدة مبتدأة من وقت الوفاة، لأن وقت تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة فيعتبر ذلك الوقت هو ابتداءها.

• الوصية بالمنافع غير محددة المدة لشخص معين أو اشخاص معينين³:

1- إذا كانت صيغة المدة جمعاً بأن قال أوصيت له بسكني داري (مثلاً) شهوراً، أو سنوات، فتحدد المدة بأدنى ما يطلق عليه لفظ الجمع في اللغة العربية وهو الثلاثة، فيفسر لفظ (شهور) بثلاثة أشهر، ولفظ (سنوات) بثلاث سنين.

¹ الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 436.

² أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 145.

³ مصطفى إبراهيم الزيلمي، مرجع سابق، ص 234.

2- إذا قال أوصيت بسكنى داري لفلان مدى حياته، استحق الموصى له الموصى به بعد وفاة الموصي مدى حياته. ولكن إذا مات لا تنتقل إلى ورثته بل تنتهي وتعود المنفعة إلى ورثة الموصي.

3- إذا قال أوصيت له بسكنى داري كذا بدأ أو أطلق الوصية:

- قال جمهور الفقهاء تنتقل الوصية إلى ورثة الموصى له قياساً على الوصية بالأعيان، ولعدم تقييدها بمدة حياة الموصى له.
- وقال بعض الفقهاء ومنهم الحنفية: لا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصى له وإنما تنتهي بوفاة الموصى له وتعود إلى ورثة الموصي، لأن المنافع ليست بمال حتى تقبل الانتقال بالإرث.

• الوصية بالمنافع غير محددة المدة لأشخاص غير محصورين أو معنويين¹:

1- إذا أوصي بمنفعة مؤبدة أو مطلقاً لقوم غير محصورين فإن كانوا إلا يظن انقطاعهم أو لجهة لا يظن انقطاعها كما لو أوصي بغلات عين للفقراء أو بها لمستشفى كانت الغلات لهؤلاء القوم أو لتلك الجهة على التأييد وتأخذ الوصية في هذه الحالة حكم الوقف الخيري المؤبد.

2- وإن كان لجماعة غير محصورين يظن انقطاعهم كبني فلان استحق الموصي لهم المنفعة إلى انقراضهم، كان يوصي لأولاد أخيه وأولاد أولادهم، فإن ماتوا جميعاً انتهت الوصية وآلت المنفعة إلى ورثة الموصي².

3- وإذا كانت لجهة دائمة من جهات البر كالمساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها من المؤسسات الخيرية ذات النفع العام، فإن الوصية في هذه الحالة تأخذ حكم الوقف الخيري أيضاً وتستمر ما لم تحدد الجهة كمسجد معين أو مدرسة معينة، لأنه في هذه الحالة تنتهي الوصية بانهدام المسجد وتركه، وبانهدام المدرسة أو تخصيصها لمرفق آخر غير التعليم وتؤول المنفعة إلى ورثة الموصي.

• الوصية بالغلة أو الثمرة:

1- قال جمهور فقهاء المسلمين لا فرق في المعنى والدلالة بين الغلة والثمرة، إذ هما جميعاً من جملة منافع العين وتسري عليهما أحكام المنفعة التي سبق بيانها. ولهذا فإن الوصية المطلقة بهما تنصرف إلى الموجود عند وفاة الموصي وما يحدث منهما في المستقبل، أخذ القانون المصري بهذا صراحة فقرر أنه عند

¹ أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 152.

² مصطفى إبراهيم الزيلعي، مرجع سابق، ص 234-237.

الإطلاق تعتبر الوصية بهما تشمل ما يستجد في المستقبل ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك.

2- وفرق بعض الفقهاء بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة في بعض الأحكام، منها أن الوصية بثمرة لا تشمل ما يجد في المستقبل إلا بالتخصيص على ذلك، كأن يقول أوصيت بثمرة بستاني لفلان أبداً. أما الوصية بغلة البستان فتشمل الغلة القائمة والغلة المستقبلية.

• كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها¹:

- 1- تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق، فإذا كانت العين داراً وقعت الوصية بمنفعة نصفها، فالموصى له يسكن نصفها مدة والورثة يسكن النصف الآخر ويستغلونها هذه المدة، ثم يتبادلون ما في أيديهما لتتحقق لهم المساواة في الانتفاع من جميع الوجوه.
- 2- إذا كانت العين أرضاً زراعية تستوي مساحتها في الجودة والثلث والصلاحية للزراعة تقسم بين الموصى له وبين الورثة بحسب ما يخص كل فريق، بحيث يستقل الموصى له بالانتفاع بحصته حتى نهاية مدة الوصية.
- 3- إذا كانت العين لا تحتل القسمة كالسيارة والدابة، لا يحق للموصى له أن يطالب بالقسمة. وكذا إذا كانت تحتل القسمة لكن في قسمتها إضرار بالورثة، كما لو كانت العين داراً يمكن قسمتها بعزل كل نصيب عن الآخر، بحيث يلزم بناء حائط بين حصة الموصى له وحصة الورثة، وفي هذا إضرار بالورثة من حيث تحمل نفقة بناء حائط عند القسمة، ونفقات هدمه عند نهاية مدة الانتفاع، فليس للموصى له أن يتمسك بالقسمة عند آبائهم لها، بل تستوفى المنفعة بالمهاياة زماناً ومكاناً.
- 4- إذا كانت الوصية لشخص بالمنفعة ولآخر بالرقبة، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة.

• تقدير المنفعة الموصى بها²:

للفقهاء رأيان في تقدير الوصية بالمنفعة لمدة معلومة:

¹ مصطفى إبراهيم الزيلعي، مرجع سابق، ص ص 234-237.

² محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 159-160.

1-الرأي الأول: رأى أبي حنيفة وأصحابه ومعهم بعض الفقهاء أن الوصية بالمنفعة تقدر بالعين الموصى بمنفعتها أيا كانت المدة، فإن كانت العين تخرج من الثلث نفذت، وإن لم تخرج من الثلث لا تنفذ، وعللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث مدة، قلت أو كثرت، وتقويت للمقصود من الأعيان، وهو الانتفاع بها، وكل منع للحق يعتبر الحق الممنوع من الثلث.

2-الرأي الثاني: رأى الشافعية والحنابلة ومعهم بعض الفقهاء، وهو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها في مدة الوصية، لأن تقدير قيمة الوصية بقيمة ما يناله الموصى له منها، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين، ولقد بين المغنى طريقة تقويمها فقال: "متى أريد تقويمها، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة - قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله، فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها، ويعتبر خروجها من الثلث، لأن عبداً لا منفعة له، وشجراً لا ثمرة له لا قيمة له غالباً. تسقط الوصية بالمنفعة في الحالات التالية¹:

1-بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها.

2-بشراء الموصى له العين الموصى منفعتها.

3- إسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض.

4-وتسقط الوصية باستحقاق الموصى له للعين الموصى منفعتها.

ثالثاً: تزام الوصايا.

معنى تزام الوصايا أنه تتعدد، ولا يتسع الثلث لها كلها، إن لم يجز الورثة، أو أجازوها وكانت التركة لا تتسع لها جميعها، فعندئذ يكون التزام إذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثلث يسعها، أو كانت التركة تسعها، وقد أجازها الورثة، أو لم يوجد ورثة، فإن الوصايا كلها تنفذ أيضاً ولا تزام، والقاعدة أنه عند التزام يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة، سواء أكان المتوفى قد أوصى لهم فعلاً بحقهم، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون، فإنهم يأخذونها، فإذا كانت تساوى الثلث، ولم يجز الورثة سواهم فإنهم يستبدون بالثلث، وليس لأحد قبلهم شيء، وإن كانوا يأخذون أقل من الثلث، فإنهم يأخذون حصتهم كاملة، والباقي من الثلث يتزام فيه أصحاب الوصايا الاختيارية².

¹هادي محمد هادي باسردة سويلم، أحكام الوصية بالمنافع-دراسة فقهية مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والدراسات العليا، جامعة عدن، اليمن، 2011/2012، ص 04.

² محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 263.

وتتخصّر حالات المزاحمة فيما يلي¹:

- إذا كانت جميع الوصايا للعباد كان للمزاحمة ثلاث أحوال:
 - 1- أن تكون جميع الوصايا بالسهم.
 - 2- أن تكون جميع الوصايا بالمرتبّات.
 - 3- أن تكون الوصايا بعضها بسهم وبعضها بالمرتبّات.
 - إذا كانت جميع الوصايا في القربّات كان للمزاحمة فتوجد حالتان وهما:
 - 1- أن تكون جميعها في مرتبة واحدة (فرائض كلها، أو واجبات كلها، أو نوافل كلها).
 - 2- أن تكون مختلطة بعضها بالفرائض وبعضها بالواجبات وبعضها بالنوافل.
 - إذا كان بعض الوصايا للعباد وبعضها في القربّات فليس للمزاحمة إلا حالة واحدة.
 - 1- إذا كانت جميع الوصايا للعباد وهي بالسهم: كأن يوصي شخص لآخر بالثلث ولآخر بالربع وهكذا. وهذه الحالة صورتان:

الأولى: أن يرفض الورثة هذه الوصايا وعندئذ يكون الثلث بينهما بالمحاصة باعتبار نسبة كل سهم إلى رأس المال.

الثانية: أن الوصية بما زاد على الثلث وصية ضعيفة حتى لا يجوز تنفيذها إلا بإجازة الورثة والوصية بالثلث وصية قوية ولا يزاحم الضعيف القوي في الاستحقاق.
- رابعاً: الوصية الواجبة.

يقصد بالتنزيل وضع الأحماد منزلة مورثهم في تركة أصله، فيأخذون مكانه ويستحقون ما يستحقه من ميراث، أي كأنهم هو.

تسمى بالوصية الإجمارية لكونها تنفذ جبراً بقوة القانون ولو لم ينشئها الجد أو الجدة²، ولهذه الخاصية أطلق عليها محمد أبو زهرة اسم الميراث القانوني، حيث قال ما دامت الوصية لازمة في حد ذاتها، وأنها كالميراث، فهي ميراث قانوني³، حدد القانون مقدارها بما يستحقه الأصل الذي مات في حياة أبيه وامه ميراثاً (لو بقي حياً بعد موتها) بشرط أن لا يزيد هذا المقدار على ثلث التركة، وفي تحديد مقدارها بالثلث فهي ليست ميراثاً خالصاً،

¹ الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 526-530.

² بن ناصر نذير، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، ع 01، 2017، ص 105.

³ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 220.

وانما فالوصية الواجبة تعوض الحرمان من الميراث، فإذا زادت عن الثلث نفذ منها الثلث وما زاد منها يأخذ حكم الوصية الاختيارية، ان اجازة الورثة ينفذ والا بطل¹.

من خلال اجتهادات بعض العلماء القائلون بالوصية الواجبة اختلفوا فيما بترتب على ترك هذا الواجب كالاتي²:

1- فمنهم من قال: إذا لم يوص للمتوفي قبل وفاته، لا يفترض وجود الوصية، وكل ما هنالك هو اعتبار المتوفى أثماً أمام الله تاركاً لواجبه مستحقاً لعقابه، فإن شاء عذبه وإن شاء غفر له.

ومنه لا يمكن للقاضي أن ينوب على المتوفي ويقضي بوجود الوصية وتنفيذها للوالدين والأقربين.

2- وذهب الآخرون منهم على أن القاضي ينوب عن المتوفي بالحكم بالوصية وتنفيذها في حدود ثلث التركة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، إما لمانع من موانع الميراث كاختلاف الدين بالنسبة للكل، أو لحاجب من الميراث من وارث أقوى من المحجوب قرابة بالنسبة للأقربين، لأنه لا يتصور حجب الوالدين من الميراث بوارث أقوى لكونهم من المرتبة الأولى والدرجة الأولى في القرابة.

الفرع الثالث: التمييز بين الهبة والوصية من خلال الأحكام.

تتفرد الهبة عن الوصية في بعض الاحكام التي خصها بها قانون الاسرة فهي تمليك بلا عوض ويمكن للواهب الاشتراط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط وقد يكون التزاما ماديا وعلى الموهوب له تنفيذ ذلك الشرط وقد يكون هذا الشرط متعلقا بفترة زمنية معينة ومرتبطة بحالة الواهب كمرض الموت والامراض والحالات المخيفة فصدور الهبة في هذه الحالة من الحالات يتحول إلى وصية فحكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية تأخذ ثلث التركة دون زيادة وهذا حسب نص مادة 204 ق ا ج وكذلك نص المادة 776 ق م ج، اي ان كل تصرف قانوني صدر في مرض الموت قصد التبرع تسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية المعطاة

واحكام الوصية اما ان تكون بالعين، او بالمنفعة واختيارية او واجبة او متعددة فيحصل فيها تراحم في الوصايا وفي جميع هذه الاحوال اما ان يتم تنفيذ هذه الوصية او ابطالها لسبب من الاسباب لعدم اجازة الورثة لزيادة في الوصية إذا تعدت ثلث التركة، ففي الوصية بالأعيان يجب ان تكون العين موجودة ومملوكة للموصي وقت تنفيذ الوصية، أما فيما يخص الهبة يجب ان يكون الشيء الموهوب موجودا أو قابلا للوجود وهذا ما يتفقان فيه.

¹ عبد السلام محمود أبو الناجي، الوسيط في أحكام الميراث والوصية، الجامعة المفتوحة-طرابلس، ليبيا، 2000، ص 206.

² مصطفى إبراهيم الزيلمي، مرجع سابق، ص 242.

كما يختلفان في وقت تقويم الموصى به فيعتبر وقت الوفاة لتقويمه بالذات وخروجها عن الثلث أم عدم خروجها، أما الشيء الموهوب فيقوم وقت حياة الواهب، إضافة إلى اختلافهما من حيث التزام الوصية فتتعدد ولا يتسع لها ثلث التركة، أما الهبة فلا تزام فيها، كما تعد الوصية الحق الأول والثابت بعد الموت لغير المتوفى والتي يتم إخراجها قهرا على الورثة ودون رضاهم مادامت في حدود الإطار الشرعي من التركة بعد استثناء الحقوق (المادة 03/108)، وانها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يقوم الموصي بمقتضاه بنقل بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال، أما المال الموهوب كله أو جزئه ينتقل إلى الموهوب له دون مقابل ويتلزم مع وجود عنصر آخر وهو نية التبرع من الواهب بغية التودد والتحبب إلى الموهوب له أو بغية التقرب لوجه الله أو الأمرين معا.

المبحث الثاني: الدراسة المقارنة للهبة والوصية من خلال الإثبات والرجوع.

من خلال ما تم التطرق إليه سابقا وبعد توضيح مختلف مفاهيم الهبة والوصية من خلال تبيان أوجه الشبه والاختلاف من حيث الشروط والأحكام سنتطرق في هذا المبحث إلى كيفية الإثبات والرجوع فيهما خاصة الحالات الاستثنائية المتعلقة بإثبات التصرف الوارد على عقار وكذا استثناءات منع الرجوع مع تسليط الضوء على ما يميزهما في المطلبين التاليين:

مطلب الأول: إثبات الهبة والوصية.

مطلب الثاني: رجوع في الهبة والوصية.

المطلب الأول: إثبات الهبة والوصية.

لكي تصبح الهبة والوصية نافذة وصحيحة لا بد من توافر وسائل إثبات حتى يتمكن من إجراء وإبرام عقد الهبة والوصية.

الفرع الأول: إثبات الهبة.

حسب القانون الجزائري فإن أي تصرف وارد على عقار يجب صبه في قالب شكلي تحت طائلة البطلان وهذا ما جاءت به المادة 324 مكرر 01 من ق م ج ، فالهبة العقارية محلها عقار فيجب اثباتها على يد ضابط عمومي هو الموثق فيفرغ رضا الواهب والموهوب له في محرر رسمي، إضافة إلى المادة 206 من ق م ج التي نصت على انه تتعد الهبة بالإيجاب والقبول فيدل هذا على ان الهبة عقد والإيجاب والقبول يدل على الاتفاق والاتفاق عقد وهذا حسب المادة 54 من ق م ج التي جاء فيها ان: "العقد اتفاق..."¹، وبما ان الهبة عقدا في القانون الجزائري فإن هذه المادة أكدت وجوب مراعاة أحكام التوثيق وهي تشير إلى الرسمية المتطلبة في العقارات، فالهبة العقارية تتطلب من الواهب والموهوب له وجوب الحضور امام

¹ القانون رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

الفصل الثاني: المقارنة من حيث الأحكام الموضوعية للهبة والوصية

الموثق والتصريح امامه بالإيجاب والقبول، حتى يصدر عقدا بذلك، فإذا كانت الهبة تتم بواسطة وكيل على الموثق التأكد والتثبت من مضمون الهبة وان الوكيل لم يتجاوز حدود وكالته الخاصة بعقد الهبة والتأكد من توافر الشكل الواجب توافره في الهبة العقارية. فالمحرر الرسمي يجب ان يتضمن وجوبا جميع عناصر الهبة وشروطها والتزامات الواهب على الموهوب له ان وجدت، وذكر أصل ملكية العقار وطبيعته سواء كان دارا أو أرضا، إضافة إلى حالة العقار وحدوده، وكل ما يميزه عن غيره ويزيل اللبس والغموض عنه¹.

حسب نص المادة 324 مكرر 3 المعدلة بموجب ق م ج التي تنص على انه: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتقائية بحضور شاهدين"² ومنه فيتعين على الموثق ان يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين ويتعين وسم الهبة بالبطلان لو تخلف هذا الشرط.

وحسب قرار المحكمة العليا رقم 1517023 بتاريخ 2022/04/28، جاء فيه ان المادة 324 مكرر 03 من ق م ج لم تحدد صراحة ماهي العقود الاحتقائية التي يشترط تحريرها بحضور شاهدين، الا ان المادة الأولى من نفس القانون في فقرتها الثانية تنص على انه: "إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة"³.

فالمبادئ الفقهية الوطنية والأجنبية التي عالجت هذه المسألة متفقة على وجوب تحرير عقود الهبة بحضور شاهدين فقد ذهب الفقيه والمؤلف عبد الرزاق أحمد السنهوري في مؤلفه الوسيط في شرح ق م ج الجديد في طبعته الثالثة الجديدة 2000، إلى انه لا يجوز توثيق عقد الهبة الا بحضور شاهدين كاملي الاهلية وقد سار على هذا المنهج اجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم 389338 المؤرخ في 2007/11/21 المنشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2008 والتي ذهبت في قرارها المذكور انه يشترط تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين، وتوجد اراء فقهية أخرى واجتهادات قضائية سارت على هذا الرأي⁴.

ومنه نستنتج ان الهبة العقارية توثق لعموم النصوص القانونية للانتقال العقار ولتصريح المادة 206 من ق م ج.

أما لتسجيل عقد الهبة حسب المادة 10 من قانون التوثيق التي تنص على أنه: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها

¹ عمار نكاع، مرجع سابق، ص ص 41-42.

² القانون رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

³ نفس المصدر السابق.

⁴ قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية البحرية، رقم 1517023 بتاريخ 2022/04/28، العدد رقم 01.

قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا...." حيث صرحت هذه المادة بوجود تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود من طرف الموثق الذي حررها، أما المادة 58 من قانون التسجيل فنصت على أنه: "يجب ان تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المقطع أعلاه العقود التالية:

العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية والمحلات التجارية والزيائن أو التنازل عن ايجار أو عن الاستفادة بوعده بالإيجار يتضمن الكل أو البعض من العقار".

وقد أكدت المادة 231 من قانون التسجيل وجوب تسجيل عقد الهبة¹.

الفرع الثاني: إثبات الوصية.

لكي تصح الوصية لأبد من توفر وسائل اثبات حتى يمكن ابراز مزايا الوصية، والتي تثبت إما بوجود عقد توثيقي، أو عن طريق القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 191 من ق أ والتي تبين ان الوصية تثبت بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر على هامش أصل الملكية، وهكذا قد حسم المشرع الجزائري مسألة اثبات الوصية فيما يلي:

أولا: إثبات الوصية بموجب سند رسمي

الأصل في الوصية أن تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق تراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتفائية، وعلى الموثق أن يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في هذه العقود الاحتفائية فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي التعريف عند الاقتضاء وذلك استنادا لنص المادتين 324 مكرر 2 و324 مكرر 3 من ق م الجزائري فضلا عن حضور الموصي، وهذا ما جاء في الباب السادس إثبات التزام الفصل الأول الإثبات بالكتابة.

فعند تحرير العقد لا بد من التأكد والاشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وذلك لإزالة اللبس في اشتباه الوصية أو اختلاطها فيما يماثلها من العقود، وإذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي فيجب انتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية، يمر التوثيق بمرحلتين²:

¹ عمار نكاع، مرجع سابق، ص 44.

² سفيان ذبيح، مرجع سابق، ص ص 90-91.

- التسجيل: يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي، حيث نظمه قانون التسجيل الجزائري رقم (76-105)، المؤرخ في 09/12/1976، وذلك لنقل الملكية سواء كانت عقارا أو منقولاً¹.
 - الشهر العقاري: يعد الشهر العقاري الإجراء النهائي الذي تكتسب عن طريقه الملكية الخاصة بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشار إليه ق م ج في مادته 793 والتي تنص على أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو الغير لا تنقل إلا إذا تمت مراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري وخضوع العملية لرسم الشهر.
- ثانيا: إثبات الوصية بحكم قضائي.

هو الطريق الثاني والاستثنائي الذي تثبت به الوصية، أي يرفع صاحبها أو من ينوبه شرعا أو كل ذي مصلحة دعوى اثبات أمام القضاء، والقاضي المرفوعة أمامه الدعوى ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر الذي يحول دون إفراغ الوصية في كتابة توثيقية، فإنها تثبت بحكم صادر عن المحكمة بعد الاستماع إلى الشهود وكذا بإقرار الورثة ويؤشر بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية منصبة على عقار، وهذا ما نصت عليه المادة 191 من ق أ في فقرتها الثانية على أنه: "وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا غرفة الأسرة والمواريث بتاريخ 16 جانفي 2008 ملف رقم 413209 بقولها: "ذلك أنه الوصية تكون بتصريح الموصي أمام الموثق مع تحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات ولإثبات الوصية في حالة وجود المانع القاهر وعدم تمكن الموصي من إفراغ الوصية في تصريح توثيقي يقوم الموصى له برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة نوعيا ومحليا وذلك من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات الوصية².

ومثال عن المانع القاهر الذي من شأنه ان يحول دون تصريح الموصي بوصيته لدى الموثق، وفاته بحادث سيارة بعدما اتجها إلى الموثق من اجل تحرير وصيته، وقدم ملفا كاملا بما فيه المستندات الأولية والمعلومات الخاصة بهويته وهوية الشهود، حيث يمكن للموصى له رفع دعوى اثبات الوصية امام الجهات القضائية المختصة واستصدار حكم قضائي مثبت للوصية³.

¹ الامر رقم 76-105، المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل.

² فريدة حايد، مرجع سابق، ص ص 35-36.

³ عبد الله عبيد، أحكام الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الحقوق، جامعة تبسة، 2020/2019،

ومما سبق نستنتج أن الوصية تثبت عن طريق محرر رسمي أمام الموثق أو بحكم قضائي.

الفرع الثالث: التمييز بين الهبة والوصية من حيث الإثبات.

من خلال ما تم عرضه في اثبات كل من الهبة والوصية نستنتج ان كلاهما يثبت عن طريق محرر رسمي أمام الموثق لان الوصية عند اثباتها وجب مراعاة جميع الإجراءات التي يجب توافرها في العقود الاحتقائية، أما بالنسبة للهبة فالشكلية ركن فيها وهذه الأخيرة تستلزم الرسمية أي وجوب افرغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحضر من قبل موثق بحضور شاهدي عدل ثم يتعين عليه تسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب وأخيرا اشهارها بالمحافظة العقارية¹ تحت طائلة البطلان المطلق ، وجاء في قرار المحكمة العليا رقم (10765) الصادر في 1994/11/09 ان الهبة الواردة في الشكل العرفي باطلة لعدم استقائها الشروط الجوهرية، اما الاختلاف بينهما فهو وارد في الاستثناء الثاني لاثبات الوصية ففي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي.

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة والوصية.

يمكن للواهب والموصي ان يرجع في هبته او وصيته ولا يعتبر هذا الرجوع فسخا لهذا العقد، ويكون هذا الرجوع بتراض بين الطرفين.

الفرع الأول: الرجوع في الهبة.

سنتعرف من خلال هذا الفرع إلى مفهوم الرجوع في عقد الهبة وطبيعته القانونية إضافة إلى كيفية الرجوع في عقد الهبة وحكم الرجوع فيها حسب التشريع الجزائري.

أولاً: تعريف الرجوع في عقد الهبة.

سوف نتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للرجوع في عقد الهبة وتوضيح طبيعته القانونية.

1-التعريف اللغوي:

يطلق على الرجوع عدة معان، فيأتي بمعنى الرد والعود والنقض والانصراف والترك، وفي قوله عز وجل: " **وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الرَّجْعِ وَالْأَرْضِ ذَاتِ الصَّدْعِ**"²، وذلك انها تغيث وتصب ثم ترجع فتغيث.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة -اكتسابها-اثباتها-حمايتها-ادارتها-قسمتها، د ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2016، ص 68.

² سورة الطارق الآية 11.

وفي الكليات: الرجوع: العود إلى ما كان عليه، مكاناً، أو صفَةً، أو حالاً. يقال: رجع إلى مكانه، وإلى حالة الفقر أو الغنى، ورجع إلى الصحة أو المرض، أو غيره من الصفات¹ ويقال: المطالبة: اي ارتجع او رجع على غريمه أي طالبه بما عليه في ذمته².

قال الله تعالى: " وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِهِ ³، أي ولما عاد إليهم، وقال جل وعلا: " فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِن قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ⁴، أي وان قيل بعد الاستئذان: ارجعوا، فارجعوا هو خير لكم من القعود عند الباب⁵.

2-التعريف الاصطلاحي:

المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، حيث ان الرجوع عن العقد يستعمل بمعنى العودة إلى حال ما قبل العقد، وهو هنا بمعنى الفسخ، والرجوع في الهبة يعرف بالاعتصار في الهبة بمعنى ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي، أي أن الواهب يسترد الهبة من الموهوب له قهرا عنه بلا عوض⁶.

ثانيا: أحكام الرجوع في عقد الهبة.

سنتناول في هذا الجزء كيفية الرجوع في عقد الهبة وحكم الرجوع فيها حسب التشريع الجزائري.

1- كيفية الرجوع في عقد الهبة

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

¹ أحمد عبد القادر محمد البهي، موانع الرجوع في الهبة ما بين الشريعة الاسلامية والنظم العربية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، م 04، ع 01، 2021، ص 129.

² اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الفقه الإسلامي، مجلة آفاق العلوم، ع 06، د م، 2017، ص 119.

³ سورة الأعراف الآية 150.

⁴ سورة النور الآية 28.

⁵ يزيد لعرج، الرجوع في الشهادة وآثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2018/2019، ص 47.

⁶ أحمد عبد القادر محمد البهي، مرجع سابق، ص 129.

أ- الرجوع في عقد الهبة بالتراضي

يجوز لطرفي عقد الهبة الرجوع في العقد وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإن تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع اعتبر ذلك الاتفاق إقالة من الهبة تتم بإيجاب وقبول جديدين؛ شأن الإقالة من أي عقد آخر، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود، فيتم الرجوع في الهبة بالتراضي في جميع الأحوال، سواء كان هناك مانع من موانع الرجوع في الهبة أو لم يكن، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد، فقد يكون الواهب ندم على هبته لأي سبب من الأسباب، وقد يكون مخطئاً في هبته ويريد الرجوع فيها، ومن أجل ذلك يرجع للموهوب له ليتراضى معه على الرجوع فإن قبل هذا الأخير طلب الرجوع فكأنما أقاله من خطئه¹.

ويشترط لصحة الرجوع في عقد الهبة بالتراضي أن يتم بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من متعاقدين يتمتعان بأهلية التصرف، وأن تكون إرادتهما سليمة خالية من عيوب الرضا. فالمادة 211 من ق أ تضمنت أحكاماً عامة دون تحديد للإجراء الواجب إتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، وبالتالي وجب مراعاة الشكل اللازم لصحته باعتباره من الأعمال الإدارية وهذا ما تمليه طبيعة المال الموهوب حيث نصت على أنه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه الا في الحالات التالية:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين،
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"².

ويبقى الاشكال المطروح هنا في حالة إذا كان الولد الموهوب له راشداً فهنا لا بد من وجود إرادته المعبر عنها في موافقته على الرجوع، أما بالنسبة للقاصر فالأبوين يمكنهما التعبير عن إرادتهما في الرجوع أصالة وولاية عن القاصر وخاصة إذا كان الرجوع من أجل العدل بين الإخوة في العطية، ولم يبق في هذه الحالة أمام الراشد لحماية حقه سوى رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع إذا كان لديه مانع من الموانع التي تضمنتها المادة 211

¹ علي عمارة، مراد كاملي، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، م12، ع 2، مخبر أثر الاجتهاد القضائي في حركة التشريع، بسكرة، 2020، ص 785.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

من ق أ المذكورة اعلاه، بعد أن كرس الاجتهاد القضائي حق الرجوع في الهبة بموجب عقد توثيقي يبرمه بمحض ارادته¹.

2- الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي

فالتقاضي هو الوجه الثاني من أوجه الرجوع في الهبة بأن يلجأ الواهب للقضاء لتمكينه من حقه في الرجوع في هبته إذا لم يتمكن من ذلك عن طريق التراضي، فالرجوع في الهبة بالتقاضي هو فسخ قضائي لها بناء على طلب الواهب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام، فإذا أراد أن يرجع في هبته بالتقاضي وجب عليه التقيد بقيود ثلاثة وهي²:

أ- هناك هبات لازمة لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراضي، وهذه هي الهبات التي يقوم فيها مانع من موانع الرجوع³.

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

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

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي صراحة في ق أ وإنما يستفاد من نص المادة 211 منه التي تخول للأبوين ممارسة هذا الحق استثناء بشروط مخصوصة، وهو ما ترك فراغا في النص التشريعي الذي أصبح يفسر كل مرة بطريقة حسب الاجتهاد القضائي، فالمادة المذكورة أعلاه تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد الإجراء الواجب إتباعه من جانب الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في هبته لولده، ولذلك تولى الاجتهاد القضائي ذلك وجعله مخييرا بين عقد توثيقي بالتراضي أو بحكم قضائي.

▪ حكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري

حسب ما تم التطرق اليه في الفرع السابق يمكن القول على انه رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على عدم جواز الرجوع في الهبة إلا أن ذلك يفهم ضمنا من نص المادة 211 من ق أ، فلا شك أن نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي

¹ علي عمارة، مراد كاملي، مرجع سابق، ص 787.

² نفس المرجع السابق، ص 787.

³ فريدة حديد، مرجع سابق، ص 57.

مطلقاً¹ وهذا يستفاد من نص المادة 211 من ق أ المنوه عنها أعلاه أن المشرع أجاز استثناء للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه ولأي سبب كان ما لم يوجد مانع منه².

إضافة إلى أن المشرع الجزائري كرس قاعدة لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها إذا كانت بقصد المنفعة العامة في المادة 212 من ق أ ج والتي جاء نصها كالاتي: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"³ كما انها لا تمنع من طلب الفسخ قضاء او كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط في هذه الحالة نكون اما هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط ومبرر طلب حق الفسخ وتقدير الفسخ أو عدم الفسخ يرجع الى سلطة القاضي حسب القواعد العامة ولا معقب على حكمه من قبل المحكمة العليا.

الفرع الثاني: الرجوع في الوصية.

للإمام بأحكام الرجوع في الوصية في التشريع الجزائري وجب علينا أولاً دراسة أشكال الرجوع في الوصية من جهة بالإضافة إلى ذكر التصرفات التي لم تعتبر رجوعاً فيها، ومن جهة أخرى تسليط الضوء على الحكم الذي انتهجه المشرع الجزائري للرجوع في الوصية، كالتالي:

أولاً: أشكال الرجوع في الوصية والتصرفات غير المعتمدة رجوعاً فيها حسب قانون الأسرة الجزائري.

1- أشكال الرجوع في الوصية.

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 11-84 المتضمن ق أ المعدل والمتمم في مادته 192 نجد أنه نص على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"⁴.

فمن خلال نص هذه المادة نستنتج أن الرجوع في الوصية يأخذ شكلين: الأول رجوع صريح، والثاني رجوع ضمنى، وهو ما سوف نوضحه فيما يلي:

¹ سفيان حمصي، الرجوع في عقد الهبة من حيث القصد والموانع، مجلة الدراسات القانونية، م 09، ع 1، جامعة المدية، 2023، ص 353.

² رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الاسلامية، جامعة الاغواط، قسم العلوم الاسلامية، ع السادس، 2016، ص ص 306-307.

³ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

⁴ نفس المصدر السابق.

أ- الرجوع الصريح في الوصية (الرجوع القولي):

إن المقصود بالرجوع القولي هو الرجوع الصريح الذي لا تسمع به الدعوى بعد الوفاة إلا إذا كان ثابتا بعقد رسمي أو ورقة عرفية (قبل صدور ق أ سنة 1984) وتكون قد كتبت بخط المتوفى وعليها امضاؤه المعروف بتمييزه عن باقي الخطوط¹. وإن تسمية الرجوع الصريح بالرجوع القولي وتخصيصه بهذا الاسم، تمييزا عن تسمية أي طريق آخر بالرجوع الفعلي الذي اصطلح عليه في أقوال الفقهاء، وقد ذكر ابن العابدين في بيان أنواع الوصايا بالنسبة للرجوع بقوله: "واعلم ان الرجوع في الوصية على أنواع: ما يحتمل الفسخ بالقول أو الفعل كالوصية بعين، وما لا يحتمله إلا بالقول كالوصية بالثلث أو الربع، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل وصيته عن الثلث الباقي"².

استنادا إلى أحكام المادة 192 من ق أ ج، السابقة الذكر فأنا نجد أن المشرع الجزائري نص على الرجوع الصريح كطريق يسلكه الموصي في وصيته قيد حياته، وكان كامل الاهلية، وذلك بأنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة، فالرجوع الصريح يكون صريحا إذا أفصح الموصى به ويكون بوسائل اثباتها، فالمشرع الجزائري خول للموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكنه قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب اتباعها أثناء ابرام الوصية والمتعلقة بشكلها.

إضافة إلى أن الرجوع الصريح يكون بصراحة الألفاظ الصادرة عن الموصي بأنه رافض للوصية كأن يقول أنا ارفض الوصية التي أوصيتها أو أن يقول أنا لن أكمل في إجراءات الوصية التي أوصيتها أو لا تعطي مالي وتركتي إلى الموصى له فلان وفلان وبالتالي فهذه الالفاظ تدل على أنه رافض للوصية التي صدرت منه، كما أنه لا تعتبر رجوعا الالفاظ الظنية التي تحمل أكثر من معنى فتحتمل الرجوع وغيره، كأن يقول الموصي: لقد ندمت على وصيتي لفلان، ليتني لم أوص لفلان.... فلا رجوع في هذه الحالات لانعدام التلازم بين صيغتي الندم والرجوع في الوصية³. وكذلك يمكن الرجوع صراحة بوسائل مادية أخرى: كإرسال رسائل خطية، عرفية أو رسمية عبر محضر قضائي مثلا، أو ارسال رسالة نصية

¹ عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 45.

² محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 228.

³ مروى معلم، مرجع سابق، ص 50.

عبر الهاتف SMS ، أو ارسال رسالة الكترونية عبر EMAIL أو غيرها من ارسال الوسائط الإلكترونية المعاصرة¹.

ب- الرجوع الضمني في الوصية (الدلالة او الايحاء):

بالرجوع إلى أحكام المادة 192 من ق أ ج السابقة الذكر فأنا نجد أن المشرع الجزائري نص على الرجوع الضمني كطريق يسلكه الموصي في وصيته قيد حياته، وكان كامل الاهلية، وذلك بأنه يجوز الرجوع في الوصية ضمنيا، فالرجوع الضمني يكون بكل تصرف يستدل منه الرجوع فيها، فيكون اما بالقول أو الفعل على النحو الآتي:

➤ **دلالة الفعل:** أي أن يتحقق بكل تصرف مادي بالشيء الموصى به شريطة

أن يصدر من الموصي بعد ابرامه الوصية، ويعد دلالة واضحة على عدول الموصي عن وصيته، وذلك بإخراج المال الموصى به من ملك الموصي أو يرتب للغير حقا عليه يتنافى مع حق الموصى له، أو تصرف فعلي يفيد الرجوع بأن يتلف الموصي المال الموصى به أو يستهلكه فتزول مادته كأن يكون الموصي به شاة فيذبحها الموصي أو ثوبا فيلبسه أو يمزقه، فيترتب عليه إزالة ملك المال الموصى به عن الموصي رجوعا ضمنيا في الوصية دون الحاجة إلى اثبات بقريئة مادية سواء كان هذا التصرف الذي يزيل الملك عن الموصي بعوض كالبيع أو مقايضة أو بغير عوض كالهبة أو وقف أو مهر في جهة الزوج أو مقابل خلع في حق المرأة².

➤ **دلالة القول:** هو أن يتكلم بكلام يستدل به عن الرجوع في الوصية كقوله:

بعث هذا الشيء الموصى به أو وهبته أو تصدقت به³.

2- التصرفات غير المعتمدة رجوعا في الوصية حسب قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى ق أ ج، نجد أن المشرع قد نص صراحة على حالتين اثنتين من التصرفات غير المعتمدة بذاتها رجوعا في الوصية، وهما⁴:

أ- أثر رهن الموصى به على الوصية

¹ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 22.

² مروى معلم، مرجع سابق، ص 50.

³ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 22.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 23.

حسب نص المادة 193 من ق أ ج، والتي جاء فيها: "رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية"¹، فإنه إذا رهن الموصي الموصى به، كأن ينشئ رهناً على أرض أوصى بها من قبل، فلا يعد هذا التصرف من قبيل الرجوع في الوصية.

ب- تصرف الموصي بالموصى له لشخصين:

من خلال نص المادتين: 194 و 195 ق أ، يمكن استخلاص ما يأتي:

1- يجوز أن يكون الموصى به لشخصين أو أكثر، فإذا أوصى لشخص بأرض ما ثم أوصى بالأرض ذاتها لشخص ثان؛ فلا يعد هذا رجوعاً في الوصية بالنسبة للأول، بل يعتبران مشتركين في هذه الأرض الموصى بها، دليل ذلك نص المادة 194 التي جاء فيها: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركاً بينهما"².

2- وإذا أوصى لشخصين معاً: يوجد احتمالين هما:

الاحتمال الأول: وهو عدم تحديد حصة أو نصيب أحد.

فإذا مات أحدهما قبل موت الموصي ولم تكن حصته الموصى بها له محددة يكون الموصى به كله للشخص الثاني، مثال ذلك، إذا كانت أرضاً موصى بها لشخصين دون فرز لحصة كل واحد منهما ومات أحد الموصى لهم فتكون كل الأرض من نصيب من بقي على قيد الحياة.

الاحتمال الثاني: هو حالة لو حددت حصة أو نصيب كل واحد.

فإن الحي منهما لا يكون له سوى حصته المحددة والباقي يرجع للورثة، وهو ما يستفاد من نص المادة 195 من ق أ، التي جاء فيها: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له"³.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث اعتبر الوصية بالمال الموصى به لشخص ثان، لا تعد رجوعاً في الوصية للشخص الأول، على أن تنفيذها يتم وفق ما بينه في المادتين المذكورتين أعلاه.

ثانياً: حكم الرجوع في الوصية في التشريع الجزائري.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

² نفس المصدر السابق.

³ نفس المصدر السابق.

نظم المشرع الجزائري الوصية ضمن الكتاب الرابع المعنون بالتبرعات والهبة والوقف في الفصل الأول من ق أ ج حيث نص على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"¹.

من خلال هذه المادة اعتبر المشرع الجزائري الوصية تصرفا قانونيا غير لازم، يتم بإرادة منفردة من جانب واحد، كما اعتبر القبول شرط لازم وملزم ولا يعتد به الا إذا صدر بعد موت الموصي، إضافة إلى اعتباره الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته، وله الحرية التامة في ابقائها او الرجوع فيها، لذلك حق له الرجوع عن تبرعه وهو مزال على قيد الحياة صراحة أو ضمنا.

وبالرجوع إلى الأمر رقم: 58-75 المتضمن ق م ج، المعدل والمتمم، في مادته 2/64 التي تنص على أنه: ".....غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"²، فمن خلال هذه المادة نستنتج بأن الإيجاب المنفرد يجوز ابطاله، فالموجب له حق العدول عن ايجابه قبل القبول.

حسب المادة 201 من ق أ ج فإن الوصية لا ترتب التزاما على الموصي حال حياته اتجاه الموصى له، فحق الموصى له قبل الموصي يطلق عليه قانون الحق الاحتمالي، وذلك لتخلف عنصر من عناصره وهو موت الموصي مصرا على وصيته، وهذا ما يؤكد جواز الرجوع عن وصيته، أما من ناحية ملكية الموصى به فتظل ملكا للموصي طيلة حياته، وله الحق في التصرف في ملكه كيفما شاء حتى وفاته.

الفرع الثالث: تمييز الهبة عن الوصية من خلال الرجوع فيهما.

من خلال ما بينه المشرع الجزائري من أحكام الرجوع في الهبة والوصية نلاحظ ان هناك اختلافا، فالمشرع لم يجز للواهب حق الرجوع في الهبة إلا هبته لولده مع مراعاة أحكام المادة 211 ق أ والتي حصرت الحالات التي لا يجوز للأبوين الرجوع في هبتهما لأبنائهما، حيث لا يحق للأبوين الرجوع في هبتهما إذا كانت من أجل زواج الموهوب له أو إذا كانت لضمان قرض أو قضاء دين كما لا يحق لهما الرجوع في الهبة إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو ضاع منه أو دخل عليه ما غير طبيعته، ولم يقيد رجوع الأبوين لولدهما بوجود عذر، إضافة إلى انه لم يشترط عليهم أية طريقة ينبغي عليهما انتهاجها عند الرجوع

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، مصدر سابق.

² القانون رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، مصدر سابق.

في هبتهما سواء بالتراضي أو عن طريق القضاء، كما انه يجوز الرجوع فيها مالم تكون بقصد المنفعة العامة وهذا ما يتنافى مع احكام المادة 212 ق أ ج التي لا تجيز الرجوع فيها مطلقا، أما الوصية فالمشرع أجاز فيها للموصي حق الرجوع في وصيته ما دام على قيد الحياة، ووضح كيفية الرجوع فيها كأداة اثبات إما صراحة عن طريق عقد توثيقي أو استصدار حكم قضائي أو الرجوع ضمنا عن طريق أي تصرف يستدل منه بالرجوع في الوصية.

خلاصة الفصل:

من خلال ما تضمنه هذا الفصل من أحكام موضوعية للهبة والوصية لدراسة المقارنة بينهما تم التطرق إلى شروط لا تتعد الهبة والوصية إلا بتوافرها، حيث ألزم المشرع الجزائري هذه الشروط بوسائل إثبات ليصبح عقد الهبة والوصية نافذا وصحيا وغير قابل للإبطال بحيث وضع لها أحكام خاصة تحكمها من خلال نصوص قانونية منظمة لضبط هذا التصرف من التبرعات.

كما نستنتج أن هناك اختلاف بين الهبة والوصية من ناحية الأحكام فأحكام الوصية إما أن تكون بالعين أو بالمنفعة أو واجبة أو متعددة مما يحدث تراحم فيها فيتم تنفيذها أو إبطالها لعدم إجازة الورثة للزيادة فيها إذا تعدت ثلث التركة، أما الهبة فيحكمها ما يحكم العقد عموما في ق م ج فهي تمليك بلا عوض إضافة إلى أنها تنفذ وتكون صحيحة في حياة الواهب، ويجوز للوهب فيها أن يهب كل ما يملك.

أما بخصوص أحكام الرجوع فيهما فالوصية أجاز فيها المشرع الجزائري للموصي حق الرجوع مادام حيا، أما الهبة فقد أجاز للوالدين دون سواهما ممارسة حق الرجوع في الهبة لولدهما صغيرا كان أو كبيرا، بالغا أو قاصرا، سفيها أو رشيدا.

خاتمة

في ختام دراستنا للتبرعات في القانون الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري أولى لها أهمية بالغة فخصص لها الكتاب الرابع من ق أ كاملا، وكان المشرع ذكيا في صياغة المادة 222 ق أ لأنها جاءت شاملة لسد كل الفراغات المحتملة خاصة أنه لم يحدد مذهباً شرعياً لإتباعه ما يعطي مرونة في التطبيق، وبالرغم من كل هذه النصوص القانونية والكتابات السابقة إلا أن هنالك دائما عدم تشبع في الموضوع وخطب بين هذه التصرفات لأن معظم الدراسات السابقة غالبا ما تتناول تصرفا واحدا وتعالجه معالجة فقهية وقانونية، أو تتناول جزئية منه، لذلك تطرقنا في مذكرتنا لدراسة مقارنة بين الهبة والوصية سعيا منا للتمييز بينهما من معظم الجوانب لتقريب الصورة للمتلقي.

وبناء على ما سبق يمكن استخلاص جملة من النتائج المتوصل إليها كما يلي:

أ- المشرع الجزائري نظم الهبة والوصية ضمن ق أ بالإعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بينما الهبة تصرف في الحال.

ت- الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول أما الوصية فتتعد بإرادة منفردة.

ث- يجوز للشخص أن يهب ما يشاء من أمواله حال حياته لمن يشاء ما عدا في

الحالات الخاصة، كهبة الكافل للمكفول وهبة المريض مرض الموت التي تأخذ حكم

الوصية ولا يجوز أن تتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

ج- لا تتم الهبة إلا بالحيابة، أما في حالة الوصية فلا تنتقل الحيابة إلا بعد وفاة الموصي.

ح- الرسمية شرط لانعقاد الهبة بينما تعتبر أداة إثبات في الوصية.

خ- يجوز الرجوع في الوصية مادام الموصي على قيد الحياة، أما الهبة فلا يجوز الرجوع

فيها إلا هبة الوالدين للأولاد وفق الشروط المذكورة في المادة 211 ق أ.

على ضوء النتائج المتحصل عليها من خلال هذه الدراسة يمكن أن نقدم بعض الاقتراحات

التي نجلها في النقاط التالية:

أ- ضرورة جمع كل النصوص القانونية المنظمة للتبرعات في باب واحد من ق أ أو

الإشارة إلى النصوص المتفرقة في هذا الكتاب.

- ب- حبذا لو أن المشرع الجزائري يفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية حتى تأخذ حيزا مناسباً، وتجمع النصوص القانونية المتفرقة المتعلقة بها، لتكون الصورة أقرب.
- ت- ضرورة تقنين الحالات الاستثنائية خاصة ما يتعلق بتصرفات مريض مرض الموت وعدم ترك مجال الفصل فيها للمذاهب الفقهية والاجتهاد القضائي.
- ث- إلغاء المادة 123 من ق أ و ترك حرية التبرع للمكفول ما لم يتعارض التصرف مع أحكام المادة 204 من نفس القانون.

قائمة المصادر والمراجع

• المصادر:

- 1- القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع.
- 2- السنة النبوية، صحيح البخاري.
- 3- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، دون طبعة، دار صادر بيروت، لبنان، 1929.

✓ القوانين:

- 1- الامر رقم 76-105، المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل.
- 2- القانون رقم 91/10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411، الموافق ل 27 ابريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، 1991.
- 3- القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن ق أ المعدل والمتمم، الجزائر، 2005.
- 4- القانون رقم 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق م ج المعدل والمتمم، الجزائر، 2007.

✓ القرارات القضائية:

- 1- القرار رقم 58700 المؤرخ في 19/08/1990 المنشورة بالمجلة القضائية سنة 1991 عدد 04.
- 2- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، القرار بتاريخ 16/06/1998 ملف رقم 197335، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.
- 3- قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية البحرية، رقم 1517023 بتاريخ 28/04/2022، العدد رقم 01.

• الكتب:

- الكتب العامة:

- 1- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، كتاب المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير للرافعي، الطبعة الثانية، المطبعة الاميرية، مصر، 1909.
- 2- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دون طبعة، مكتبة أبي صبيح وأولاده، مصر، 1934.
- 3- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1986.

- الكتب المتخصصة:

- 1- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجاو المصرية، دون طبعة، القاهرة، مصر، 1950.
- 2- نصرت منلا حيدر، أحكام نصفية التركات ونظرية مرض الموت في ضوء الفقه والقانون والاجتهاد، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1970.
- 3- سلوى علي ميلاد، التدبير والوصية دراسة وثائقية، دون طبعة، دار الاصلاح للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية، 1981.
- 4- الشيخ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والاقواف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1982.
- 5-
- 6- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2014.
- 7- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الفتح، الكويت، 1984.
- 8- نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الاسلامية-دراسة مقارنة، دون طبعة، المكتبة التوفيقية، دون مكان النشر، 1995.
- 9- عبد الرزاق أحمد سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 10- عبد السلام محمود أبو الناجي، الوسيط في أحكام الميراث والوصية، الجامعة المفتوحة-طرابلس، ليبيا، 2000.
- 11- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة -الوصية -الوقف، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2000.
- 12- محمد بن احمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، الطبعة الأولى ، 2003.
- 13- أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، دون طبعة، الكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2004.
- 14- سمرة حسين، أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر بجامعة القاهرة، مصر، 2005.
- 15- نورة منصور، هبة العقار في التشريع الجزائري، دون طبعة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 16- رأفت حسنين، الوجيز في التورث، دون طبعة، مدينة كوم حمادة، محافظة البحيرة، 2010.

- 17- الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 81 لسنة 1946، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2010.
- 18- محمد بن براهيم الحمد، مسائل في الوصية، دون طبعة، دار ابن خزيمة، المملكة العربية السعودية، 2010.
- 19- مصطفى إبراهيم الزيلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والمقارن، نشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، 2014.
- 20- علي سليمان علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 21- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 22- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة -اكتسابها- اثباتها-حمايتها-ادارتها-قسمتها، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2016.
- 23- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر الإسكندرية، مصر، 2018.
- 24- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، العقود المدنية (البيع-الايجار-الوكالة) وفقا لنظام المعاملات المدنية السعودي الجديد، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، السعودية، 2023.
- 25- أكثم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح، الهبة، الوكالة)، مطبعة النهضة، مصر، دون تاريخ نشر.
- 26- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء السادس، دون طبعة، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر، المكتبة الاسلامية (اسلام ويب).
- 27- صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دون طبعة، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر.
- 28- عبد الرحمن بن سليمان الشمسان، تقريب الفرائض، دون طبعة، مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، السعودية، دون تاريخ نشر.

- المقالات:

- 1- ايمان معمري، مفيدة ميدون، مقال حول أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة، دون تاريخ نشر، دون مكان نشر.

- 2-تهاني معيض عويد، مقال حول أحكام الوصية في الشريعة الاسلامية وما جرى عليه العمل في القانون الكويتي -دراسة مقارنة-، دون طبعة، دون تاريخ نشر، دون مكان نشر.
- 3-سعاد سطحي، مقال حول عقد الهبة في الفقه المالكي، دون طبعة، دون تاريخ نشر، دون مكان نشر.
- عبد القادر محمد رحال، مقال حول حماية التركة بتقييد الوصية وتكييف التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، دون تاريخ نشر
- **المجلات:**
- 1-سناء شيخ، شكل الوصية في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الاسلامية، العدد الثاني، 2013.
- 2-رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الاسلامية، جامعة الاغواط، قسم العلوم الاسلامية، العدد السادس، 2016.
- 3-نذير بن ناصر، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الأول، 2017.
- 4-اسطنبولي محي الدين، أحكام الرجوع في الفقه الإسلامي، مجلة آفاق العلوم، العدد السادس، دون مكان نشر، 2017.
- 5-كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلة العاشرة، العدد الأول، دون مكان نشر، 2019.
- 6-علي عمارة، مراد كاملي، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلة الثانية عشر، العدد الثاني، مخبر أثر الاجتهاد القضائي في حركة التشريع، بسكرة، 2020.
- 7-محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلة السادسة، العدد الثاني، 2020.
- 8-مصطفى صلاح عبد الحميد محمد، الانفاس الزكية في حكم تفضيل الاولاد بالعطية (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة كلية الدراسات الاسلامية بنين بأسوان، العدد الثالث، 2020.
- 9-نريمان خمار، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى الوصية، مجلة العلوم الانسانية، المجلة العشرون، العدد الثاني، 2020.

- 10- نعيمة أكلي، فضيلة ميسوم، الاشكالات القانونية المتعلقة بهبة الابوين للأولاد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السادس، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر.
- 11- وليد صالح علي عامر، أحكام الهبة والوصية وأثرهما في علم الفرائض، مجلة القرطاس، المجلة السادسة عشر، العدد السادس عشر، كلية العلوم التقنية، مصراتة، ليبيا، 2021.
- 12- يوسف عسلي، الأخضر الأخضر، توثيق العقود بين الشريعة والقانون الجزائري عقد الهبة نموذجاً، مجلة الاحياء، المجلة الحادية والعشرون، العدد التاسع والعشرون، 2021.
- 13- أحمد عبد القادر محمد البهي، موانع الرجوع في الهبة ما بين الشريعة الاسلامية والنظم العربية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلة الرابعة، العدد الأول، 2021.
- 14- بكير حمودين، قبض الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، مجلة روافد للبحوث والدراسات، مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التاريخ والحضارة الاسلامية، جامعة غرداية، العدد العاشر، 2021.
- 15- بندر بن عايش العتيبي، حكم الوصية لمن سقط باستغراق فروض التركة، مجلة البحوث الاسرية، الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01، المجلة الثانية، العدد الأول، 2022.
- 16- سفيان حمصي، الرجوع في عقد الهبة من حيث القصد والموانع، مجلة الدراسات القانونية، المجلة التاسعة، العدد الأول، جامعة المدية، 2023.
- 17- سفيان ذبيح، اثبات الوصية وإجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلة الرابعة، العدد الأول، 2022.
- 18- ساعد تبينات، انتقال الوصية بالمنفعة بالإرث في الفقه الاسلامي والقانون - دراسة مقارنة، مجلة الشهاب، المجلة التاسعة، العدد الثاني، كلية العلوم الاسلامية جامعة الوادي، 2023.

- الحوليات:

- 1- محمد حسين قنديل، الهبة للولد وأحكامه في الفقه الإسلامي، حوليات كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، 1989.
- 2- خنوش سعيد، مساعد عبد الوهاب، خصوصيات الهبة والصدقة عند الزوجة في الفقه الإسلامي، حوليات جامعة الجزائر 01، المجلة الخامسة والثلاثون، العدد الثاني، 2021.

✓ الرسائل والمذكرات:

✓ دكتوراه:

- 1- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013/2012.
- 2- عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، العبة، الوقف) في ق أ ج والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2017/2016.
- 3- يزيد لعرج، الرجوع في الشهادة وآثاره دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2019/2018.
- 4- ايمان معمري، عوارض الاهلية في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2020/2019.

✓ ماجستير:

- 1- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الوطنية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.
- 2- هادي محمد هادي باسردة سويلم، أحكام الوصية بالمنافع-دراسة فقهية مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والدراسات العليا، جامعة عدن، اليمن، 2012/2011.

✓ الماستر:

- 1- فيصل ميهوب، التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1990.
- 2- سميرة حران أم نائل، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2014/2013.
- 3- هدى داودي، عقد الهبة بين: الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2015/2014.
- 4- فارس قعباش، الهبة في العقار، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، 2016/2015.
- 5- عبد الله عبيد، أحكام الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الحقوق، جامعة تبسة، 2020/2019.
- 6- بسمة قاسمي، خديجة غربي، الهبة الواردة على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2020/2019.

- 7- خولة عبورة، سعاد رولا، حماية الورثة من التصرفات التبرعية للمورث المريض مرض الموت، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2022/2021.
- 8- سمية عيشوش، شيماء حيدر، عقد الهبة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2022/2021.
- 9- كلثوم بلحاج عيسى، الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة غرداية، 2021/2020.
- 10- مروى معلم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة تبسة، كلية الحقوق، 2022/2021.
- 11- زينة بوسيف، الإطار القانوني لعقد الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2023/2022.

- المحاضرات:

- 1- عبد القادر رحال، محاضرة في مادة الموارث والتبرعات، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2022/2021.
- 2- عمار نكاع، محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الاولى ماستر تحت عنوان عقود التبرع الهبة والوصية، تخصص قانون اسرة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2022.
- 3- فريدة حديد، مطبوعة بيداغوجية تحتوي على محاضرات في مقياس التبرعات، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2022/2021.
- 4- فوزية بوعتبة، مطبوعة بيداغوجية تحتوي على محاضرات في عقد الهبة، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، 2022/2021.
- 5- مسعود الهاللي، ملخص محاضرات مادة أحكام الهبة والوصية، الجزائر.

- موقع الانترنت

- 1- جاسر سليمان، المكتبة الشاملة، مقال منشور بتاريخ: 2024 03/02، الساعة: 09:14، اطلع عليه عبر الموقع الالكتروني: <http://www.shamela.ws/book.com>
- 2- جامع الكتب الإسلامية، كتاب منشور بتاريخ 2024/03 /02، الساعة 11:32، اطلع عليه عبر الموقع الالكتروني: <http://www.ketabonline.com>

الصفحة	العنوان
1	المقدمة
4	الفصل الأول: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأحكام العامة
5	المبحث الأول: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال المفاهيم
5	المطلب الأول: تمييز الهبة عن الوصية من خلال التعاريف
5	الفرع الأول: تعريف الهبة
8	الفرع الثاني: تعريف الوصية
11	الفرع الثالث: أوجه الالتقاء والاختلاف بين الهبة والوصية
13	المطلب الثاني: تمييز الهبة عن الوصية من خلال الخصائص والأنواع
13	الفرع الأول: خصائص الهبة وأنواعها
16	الفرع الثاني: خصائص الوصية وأنواعها
19	الفرع الثالث: مقارنة خصائص وأنواع كل من الهبة والوصية
21	المبحث الثاني: الدراسة المقارنة من خلل الهبة والوصية من خلال الأركان والمقدار
21	المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين الهبة والوصية في المقدار
21	الفرع الأول: مقدار الهبة والوصية
22	الفرع الثاني: التمييز بين الهبة والوصية من خلال المقدار
23	المطلب الثاني: أركان الهبة والوصية
23	الفرع الأول: أركان الهبة
27	الفرع الثاني: أركان الوصية
33	الفرع الثالث: المقارنة بين الهبة والوصية من خلال الأركان
34	خلاصة الفصل
35	الفصل الثاني: الدراسة المقارنة من حيث الاحكام الموضوعية للهبة والوصية
36	المبحث الأول: الدراسة المقارنة من حيث شروط وأحكام الهبة والوصية
36	المطلب الأول: شروط الهبة والوصية
36	الفرع الأول: شروط الهبة
37	الفرع الثاني: شروط الوصية
41	الفرع الثالث: المقارنة بين الهبة والوصية من حيث الشروط
42	المطلب الثاني: أحكام الهبة والوصية

42	الفرع الأول: أحكام الهبة
48	الفرع الثاني: أحكام الوصية
57	الفرع الثالث: التمييز بين الهبة والوصية من حيث الأحكام
58	المبحث الثاني: الدراسة المقارنة للهبة والوصية من خلال الإثبات والرجوع
58	المطلب الأول: إثبات الهبة والوصية
58	الفرع الأول: إثبات الهبة
60	الفرع الثاني: إثبات الوصية
62	الفرع الثالث: التمييز بين الهبة والوصية من حيث الإثبات
62	المطلب الثاني: الرجوع في الهبة والوصية
62	الفرع الأول: الرجوع في الهبة
66	الفرع الثاني: الرجوع في الوصية
70	الفرع الثالث: تمييز الهبة عن الوصية من خلال الرجوع فيهما
71	خلاصة الفصل
72	خاتمة
74	قائمة المصادر والمراجع
82	الفهرس
84	ملخص الدراسة

ملخص الدراسة

تعتبر الهبة والوصية من أخطر العقود لأنها مفقرة للذمة المالية للمتبرع ولذمة ورثته، ولما كانت كذلك حظيت بعناية كبيرة من المشرع الجزائري الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية. غير أن النصوص التشريعية والدراسات السابقة لم تسلط الضوء على التمييز بين هذه التصرفات الأمر الذي يستدعي الدراسة المقارنة بين الهبة والوصية لإبراز أوجه التشابه والإختلاف بينهما من خلال المفاهيم العامة، وكذلك من خلال الأحكام الخاصة كالإثبات والرجوع، الأمر الذي سيزيل الغموض حول أحكام التصرفين ويميز بوضوح أحدهما عن الآخر.

الكلمات المفتاحية: عقود التبرع، الهبة، الوصية، الإيجاب والقبول، المشرع الجزائري.

The summary

Gifts and wills are among the most significant contracts due to their impact on the financial estate of both the donor and their heirs. Given their importance, they have garnered significant attention from the Algerian legislator, who based the relevant rulings on Islamic law. However, legislative texts and previous studies have not sufficiently highlighted the distinction between these actions, which necessitates a comparative study between gifts and wills. This study aims to shed light on their similarities and differences through general concepts, as well as specific rulings such as proof and retraction. This will help clarify the rulings of both actions and clearly distinguish one from the other.

Keywords: Donation contracts, gift, will, offer and acceptance, Algerian legislator.