

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

القبض في الهبة والوقف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية

إشراف الدكتور:

بورزق احمد

إعداد الطالب:

رحمانية بن يعقوب

لجنة المناقشة

- 1-أ. بن مصطفى عيسى.....رئيسا
- 2-أ.د. بورزق احمد.....مشرفا ومقرا
- 3-أ. حمزة احمد.....عضوا مناقشا

السنة الدراسية: 2016/2017

1437/1438هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا
فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي
أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ قُلْ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ
وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آسِئٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ }

شكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات أحمده وأشكره والصلاة والسلام على النبي

المصطفى

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ بورزق أحمد المشرف والمؤطر، الذي لم يبخل علينا

بالنصح والتوجيه في فترة تحضير هذا البحث .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الأجلاء الذين تلقيت منهم العلم والمعرفة في

جميع مراحل الدراسة . ولا أنسى أن أقدم امتناني وتقديري إلى كل من

قدم لي يد العون من قريب أو بعيد وحفزني لإتمام هذا العمل .

الإهداء

يسرني أن أهدي هذا العمل المتواضع لوالدي العزيزين أطال الله عمرهما،
ولإخوتي ولكل من يعرفني .

وإلى كل من اتخذ القرآن دستورا والحبيب محمد صلى الله عليه وسلم قدوة .

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ،نحمده ونستعينه ونستغفره ،ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ،من يهده الله فلا مضل له ،ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا،والصلاة والسلام على اشرف المرسلين .

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده ،فهو يسعى جاهدا إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل .تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاما شاملا ،أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه ،ثم أكمل ما به من نقص ،فجعل لها أسبابا منشئة ،وأخرى ناقلة في حياة الشخص وبعد وفاته ،وهذه الأسباب منها الاختياري الذي يصدر عن إرادة ورغبة ،وغير الاختياري الذي يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه .

ولقد عد منها الفقه :الهبة ،الوصية ،الوقف،العارية، الوديعة،والوكالة بغير أجر ،إلا أن المقنن الجزائري لم ينظم كل هذه التبرعات ضمن قانون الأسرة أين اكتفى بتنظيم الوصية ،والهبة والوقف فقط،والظاهر أن السبب وراء جمع كل تلك التبرعات في تقنين واحد هو قانون الأسرة ،إنما هو ارتباطها بالأحوال الشخصية التي يكون فيها شخص المتبرع له أو الوارث محل اعتبار بالغ ،عادة ما يكون من الأقارب الذين يشملهم قانون الأسرة بتنظيم سلوكياتهم التي يأتونها فيما بينهم.

والهبة حث عليها الله عز وجل عباده الصالحين للقيام بها ،وان الإنسان بطبيعته يحب فعل الخير ،ويلجأ إلى عمل البر،سواء بالصدقة عندما تكون مرضاة الخالق أو بالهبة لما فيها من تقوية لروابط بين الأفراد ،فطابع الهبة هو طابع تبرعي محض ،إذ المتصرف فيها هو الواهب يعطي شيئا دون أن يأخذ من المستفيد هنا أي مقابل من الموهوب له .

أما الوقف فهو من التصرفات الجديدة في الإسلام ،فلم يكن العرب في جاهليتهم يعرفون نظامه بهذا الشكل،وفي هذا يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه :”لم يحبس أهل الجاهلية

فيما علمت_ وإنما حبس أهل الإسلام⁽¹⁾. وهو ما اختص به المسلمون دون غيرهم وهو يمثل مؤسسة جلية ذات طابع خيري ونفع عام تستمد وجودها من تعاليم الإسلام ومبادئ الشريعة الإسلامية التي وضعت أحكامها المستمدة من القرآن والسنة وعمل الصحابة والتابعين وهو في تطور مستمر وذلك بتقديم خدمات خيرية بالإضافة إلي الجانب الروحي للوقف الذي يجعل منه قربة لله تعالى قبل أن يكون عملاً خيرياً .

وفي موضوعنا هذا نتناول فيه التكلم عن الحيابة في الهبة والوقف وذلك من خلال تبيان أمر الحيابة أو القبض في كلا من الهبة والوقف وذلك من جانب فقهاء الشريعة الإسلامية والجانب القانوني.

أولاً: أهمية الموضوع: ولقد اخترت هذا الموضوع لأهميته في حياة المجتمع لأنه يعالج واقعة حياة البشرية وأن الشريعة الإسلامية السبابة إليه وذلك بما ورد عنها من آيات قرآنية وأحاديث نبوية لأن كل من الهبة والوقف يحققان معنى التعاون بين أفراد المجتمع وينتج عن ذلك المحبة والمودة بينهم .ودراسة أمر القبض في كلا من الهبة والوقف.

ثانياً: الإشكالية: تتدرج إشكالية بحثنا هذا حول: {ما هي الحيابة في الهبة والوقف؟ وما منظور الفقه الإسلامي والقانون في الحيابة عن الهبة والوقف؟}

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع: يعود اختياري للموضوع إلي أن الوقف والهبة هدف خيري وهو ذات صلة بمجال دراستي " أحوال شخصية " ويأتي هذا الموضوع لاستكمال الإجراءات والتدابير المكتملة والمتممة لدراستي .

رابعاً: المنهج المستخدم: اعتمدنا في هذا العمل على المنهج الوصفي الذي يظهر من خلال إبراز مختلف المفاهيم والتعريفات ذات الصلة بموضوع الهبة والوقف وكذا تحليل أقوال

1-النووي محي الدين، المجموع شرح المهذب، ج16، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، ص343.

الفقهاء من جهة ومختلف النصوص التشريعية المتعلقة بالحياسة في الهبة والوقف، فضلا عن المنهج المقارن وذلك لاستعراض المواقف الفقهية للمذاهب المختلفة والمقارنة بين ما جاء في القانون والفقه الإسلامي.

خامسا: خطة البحث: ولمعالجة هذا الموضوع قمت بتقسيمه إلى فصلين أساسين فتناولنا في الفصل الأول القبض في الهبة في الفقه والتشريع الجزائري وتطرقنا كمبحث الأول ماهية الهبة في الفقه والتشريع الجزائري مع تقسّمه إلى مطلبين وفرعين وبعدها تطرقنا في المبحث الثاني حياسة الهبة من وجهة نظر كل من الفقه والتشريع الجزائري وذلك أيضا في مطلبين وبعدها الفصل الثاني القبض في الوقف في الفقه والتشريع الجزائري وتطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية الوقف في الفقه والتشريع الجزائري وقسمناه إلى مطلبين وفرعين وفي المبحث الثاني حياسة الوقف من وجهة نظر الفقه والقانون الجزائري وقسمناه إلى مطلبين .

الفصل الأول

القبض في الهبة في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة
الجزائري

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء ومن ورائها القوانين الوضعية التي حذت حذوها كقانون الأسرة الجزائري على إطلاق حرية الشخص في التصرف في أمواله كيف يشاء ،ولمن يشاء ،مادام التصرف ينتج أثره القانوني حال حياته وليس لورثته المحتملين عليه في ذلك من سبيل حتى لو كان تصرفه تبرعا _ عن طريق الهبة⁽¹⁾.

لان الحق في التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث من مال وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق لورثة فيه⁽²⁾.

وسنتناول في هذا الفصل الحديث عن ماهية الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كمبحث أول ونتحدث في القبض أو الحيازة في الهبة في منظور الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

1- قرار رقم 072 47 مؤرخ في 14/03/1988 ،مجلة قضائية 1991، عدد 01،ص39 (من المقرر شرعا إن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرمه من الإرث ، هو تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي).
2- قرار رقم 770 24 مؤرخ في 14/04/1982 ،مجلة قضائية 1989، عدد04،ص55:(من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته ،فان التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث ،ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر)

المبحث الأول: ماهية الهبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سوف نتطرق في هذا المبحث دراسة الهبة من الجانب الفقهي والقانوني وذلك بالتطرق في المطلب الأول مفهوم الهبة وحكمها ومشروعيتها وفي المطلب الثاني أركان وأنواع الهبة أيضا من الناحية الفقهية والقانونية

المطلب الأول: مفهوم الهبة وحكمها ومشروعيتها

الفرع الأول: تعريف الهبة

أولا تعريف الهبة لغة :

قال الجوهري⁽¹⁾: (وهبت له شيئا، ووهبا بالتحريك، والاسم: الموهب والموهبة بكسر الهاء

فيهما، و، الاتهاب قبول الهبة، و الاستيهاب سؤال الهبة، وتواهب القوم: إذا وهب بعضهم

لبعض)، واصل الهبة من الوهب بتسكين الهاء وتحركها كما هو القياس في كل معتل الفاء

كالوعد والعدة والوعظ والعظة، ومصادرها تحذف أوائلها وتعوض في آخرها التاء .

والهبة في اللغة مصدر وهب . وهي العطية الخالية من الأعواض والأغراض .

والاسم: الموهب والموهبة _بفتح الميم وسكون الواو وكسر الهاء .

أما في ما يتعلق بالمعنى، فقالوا: الهبة إيصال النفع إلى الغير، أو أن تجعل ملكك لغيرك بغير

عوض ، و مما ورد في القرآن الكريم لقوله تعالى: ((لِّلّٰهِ مَلِكُ السَّمٰوٰتِ وَالْاَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا

يَشَاءُ ۚ يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ اِنَاثًا وَيَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُوْرَ))(49)⁽²⁾. وقوله تعالى على لسان إبراهيم

1- هو اسماعيل بن حامد الجوهري، صاحب معجم الصحاح ولد في فاراب من بلاد الترك، وهو احد اركان اللغة وعلماء العربية، وتوفي سنة 396هـ.

2- سورة الشورى، الآية 49.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عليه السلام: ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ۚ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ)) (39) (1).

وقال ابن السيده²: (وهب لك الشيء يهبه وهبا ووهبا بالتحريك وهبه، والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما، ولا يقال وهبكه، هذا قول سيوييه، وحكى السيرافي عن أبي عمرو أنه سمع أعرابيا يقول لآخر: انطلق معي أهبك نبلا)⁽³⁾.

وفي أسماء الله تعالى: " الوهاب".

والهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهو من أبنية المبالغة، والوهاب: من صفات الله المنعم على العباد، والله تعالى الوهاب الوهاب، وكل وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب .

وقيل في اللغة: أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، ويقال: وهب الله فلانا ولدا صالحا، ويقال: وهبه مالا، ويسمى الموهوب هبة وموهبة، والجمع هبات ومواهب .

والموهوب: الرجل الكثير الهبات، ووهبت له هبة، وموهبة، ووهبا. والرجل واهب ووهاب، أي: كثير الهبة لأمواله، والهاء للمبالغة، وتواهب الناس: وهب بعضهم لبعض. والاستيهاب: سؤال الهبة واتهب: قبل الهبة. وفي المصباح المنير: ((وهبت لزيد مالا أهبه له هبة))⁽⁴⁾: أعطيته بلا عوض (5).

ثانيا: تعريف الهبة اصطلاحا :

أ- في الاصطلاح الشرعي:

1- سورة إبراهيم، الآية 39.
1- هو علي بن إسماعيل، المعروف بابن سيده، ولد سنة 398هـ، كان أبوه معلما للغة والنحو، وكان ضريرا مثل أبيه، ومن مؤلفاته، الأنيق، المحكم والمحيط...، وتوفي 408هـ.
3- بن منظور، لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت، لا توجد سنة النشر، ص803.
4- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بدون معلومات الكاتب ودار النشر والسنة، ص673.
5- خالد على محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج4، ط1، 2013، ص31.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

للعلماء في تعريف الهبة تعاريف متعددة، وإن اختلفت في بعض ألفاظها تبعاً لما يشترطه علماء كل مذهب في عقد الهبة من شروط وما يرجحونه من أحكام، إلا أنها متقاربة المعنى.

1- تعريف الحنفية: من تعاريف الحنفية: (الهبة: تملك العين بغير [أو بلا] عوض)⁽¹⁾ وهذا التعريف يستعمله الحنفية في تعريفهم للهبة أكثر من غيرهم كذا في عامة متون وشروح الحنفية.

واعترض عليه: بالهبة بشرط العوض. يعني بأن المراد بقولهم: بلا عوض في تعريفهم بلا اكتساب عوض، فالمعنى أن الهبة هي تملك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب. وكقولهم أيضاً "تمليك العين مجاناً" ومعنى مجاناً بلا عوض. وقولهم: "تمليك" معناه: جعل شيء لآخر يحوزه، وينفرد بالتصرف فيه، وهو يشمل كل تملك.

2- تعريف المالكية: من تعاريف المالكية: قال ابن عرفة: (الهبة أحد أنواع العطية، وهي أي: تملك ممتول بغير عوض إنشاء)⁽²⁾.

وعرفها الدردير، قال: "الهبة تملك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل" وأيضاً من تعاريفهم: قول خليل: "تمليك بلا عوض"⁽³⁾.

قوله: ((تمليك)) جنس يشمل كل تملك. أي تملك ذات، وأما تملك المنفعة فأما وقف، وأما عارية إن قيد بزمن ولو عرفاً، وأما عمرى إن قيد بحياة المعطي بالفتح في دار ونحوها.

وفي شرح تعريف الدردير في قوله: "من له التبرع" أي المكلف الراشد، وهذا احتراز عن المحجور عليه ومن لا يصح تبرعه. وقوله: "ذاتاً" قيد آخر يخرج به تملك المنافع كالإجارة والعارية وغيرها.

1- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الريان، ج8، ص488.

2- أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1993، ج1، ص552.

3- عبد الله محمد الخرشى، شرح الخرشى على مختصر خليل وبهامشه، ج7، مصر، ط2، 1899، ص101.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقوله: "تقبل شرعا" أي تقبل النقل من ملك إلى ملك ويخرج بهذا القيد أم الولد والمكاتب .

وقوله: "بلا عوض" قيد يخرج به كل أنواع المعاوضات، وقوله: "لأهل" : أي المستحق لها ، فيخرج بهذا القيد الكافر الحربي فليس أهلا لأن يهدي له .

وقوله: "بصيغة أو ما يدل" : أي بصيغة صريحة أو ما يدل على التملك كالمعاطاة.

3- تعريف الشافعية : عرفها فقهاء الشافعية بقولهم : " تملك تطوع في حياة [بلا عوض]"⁽¹⁾.

و من تعاريفهم ايضا : "التمليك لعين بلا عوض في الحياة تطوعا " .

قوله: ((التمليك)) أي: لعين، أو دين، أو منفعة .

وخرج بقوله: (بالتملك) : الضيافة والعارية فإنهما إباحة ، والملك يحصل بعده ، والوقف فإنه تملك

منفعة لا عين على ما قيل، والأوجه أنه لا تملك فيه ، وإنما هو بمنزلة الإباحة كما صرح بذلك

السبكي⁽²⁾، فقال: لا حاجة للاحتراز عن الوقف، فإن المنافع لم يكملها الموقوف عليه بتملك

الواقف، بل بتسليمه من جهة الله تعالى .

وخرج بقوله (لعين): الدين ، والمنفعة.

وقولهم: (بلا عوض) بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة، وقوله: (في الحياة) لإخراج نحو

الوصية، فإن التملك فيها يتم بالقبول وهو بعد الموت. وقوله: (تطوعا): لإخراج الواجب، نحو الكفارة

والنذر والزكاة .

4- تعريف الحنابلة: عرفها الحنابلة بقولهم: " الهبة تملك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا

تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا "

1- يحيى بن شرف النووي، كتاب المجموع، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، ج15، ص6.

2- هو ابو نصر عبد الوهاب بن تمام السبكي، ولد 727هـ، ومن كتبه الأشباه والنظائر و جمع الجوامع، توفي سنة 771هـ.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قال ابن قدامه: (وهي تملك في حياته لغير عوض)⁽¹⁾.

أما قولهم: "جائز التصرف" فهو الحر المكلف الرشيد، وقولهم "مالاً": أي منقول أو عقار، وقولهم: "مجهولاً لا تعذر علمه" كدقيق اختلط بدقيق آخر، فوهب أحدهما للآخر ملكه منه، فيصبح مع الجهالة للحاجة، وقولهم: "موجوداً" خرج المعدوم كعبد في ذمته، وقولهم: "مقدوراً على تسليمه" خرج الحمل، وقولهم: "غير واجب" خرج الديون والنفقات، ونحوها. وقولهم: "في الحياة" خرج به الوصية، وهو متعلق بالتمليك، وقولهم: "بلا عوض" متعلق أيضاً به، فإن كانت بعوض فبيع.

والتعريف الشامل للهبة في الاصطلاح هو: "التبرع تملك ما فيه في الحياة". التبرع: لإخراج الواجب نحو الزكاة والكفارة. وبالتمليك: لإخراج العارية فهي إباحة للمنفعة. وما فيه منفعة: ليشمل الأموال. وفي حال الحياة: ليخرج الوصية.

ب- في الاصطلاح القانوني: لقد تناول المشرع الجزائري الهبة في قانون الأسرة في نص المادة

202⁽²⁾ (الهبة تملك بلا عوض

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط)

قول المشرع الهبة تملك: تعني هذه العبارة أن الهبة وسيلة تملك تنتقل بواسطتها ملكية المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، وعملية نقل الملكية ينتج عنها عنصران وهما افتقار في جانب الواهب وعنصر اغتناء في جانب الموهوب⁽³⁾.

وقوله: "بلا عوض" معنى ذلك أن المال الموهوب كله أو جزءه ينتقل إلى الموهوب له مجاناً دون مقابل ويتلازم مع وجود عنصر آخر هو نية التبرع من الواهب بغية التودد والتحبب إلى الموهوب له أو بغية التقرب إلى الله أو للأمرين معاً.

1- عبد الله بن عبد المحسن التركي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج17، هجر للطباعة والنشر، ط1، 1995، ص5.
2- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
3- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000، ص106.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقوله: "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز

الشرط: حيث يمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بعمل معين وإتمام هذا العمل حتى تنتقل إليه العين الموهوبة، وهنا المشرع لم يقصد الهبة بعوض، بل قصد الهبة الموقوفة على شرط.

المشرع الجزائري في نص المادة 202 قانون الأسرة الجزائري اعتبرت الهبة من التصرفات وليست من العقود ولكن بالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحياة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

نجد أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول مما يجعلها كسائر العقود تنطبق عليها قواعد العامة التي تنظم العقود. وان التعريف الهبة الوارد في نص المادة 202 قانون الأسرة الجزائري، هو تعريف مأخوذ من الفقه المالكي. وبان الهبة عقد بين الأحياء وفي حياة الواهب والموهوب له .

الفرع الثاني: حكم الهبة ومشروعيتها: (1)

أولا: حكم الهبة .

حكم الهبة فمستحبة، فهي مشروعة مندوب إليها وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها(2).

1- خالد بن محمد المشيخ، المرجع السابق، ص 36.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، ج5، ص7.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قال الشرييني⁽¹⁾: "وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها....، وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية كما هو محرر في محله، ومنها: ما لو كان المتهب يستعين على معصية "

ويستحب أن يعلمها ولده، ففي مجمع الأنهر: "قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب أن يعلمه التوحيد والإيمان، إذا حب الدنيا رأس كل خطيئة"⁽²⁾.
وقال القرافي: "وأصل كل معروف وإحسان النذب " ⁽³⁾.

والهبة من المعروف والإحسان، فهي محثوث عليها، ولم تختلف المذاهب في حكمها، وقال ابن القيم: " والأمة مجمعة على جواز أكل الهدية، وإن كانت من فاسق أو كانت من صبي، ومن نازع في ذلك لم يمكنه العمل بخلافه، وإن قاله بلسانه "

وقال " الهدية إذا شرفت وخرجت عن حد الحقارة وقعت موقعا حسنا عند المهدي إليه، ودلت على شرف نفس المهدي وكبر همته ".

قال النووي: "قال أصحابنا: وفعلها مع الأقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم، للأدلة المتكاثرة في فضل صلة الرحم، وإكرام الجار".

ثانيا: مشروعيتها: استدلت على مشروعية الهبة و مندوبيتها بالكتاب والسنة والإجماع ومما استدلوا به نبدأ بالكتاب في قوله تعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى

1- هو شمس الدين الخطيب الشرييني، ولد في شربين بمحافظة الدقهلية، من كتبه السراج المنير والافتاح في حل الفاظ ابي شجاع، وتوفي سنة 977هـ.

2- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص491.

3- احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ص258.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وَيُنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ۗ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ))⁽¹⁾. استدل القرافي بعمومها على مندوبية الهبة فقال: [أي الهبة] وأصل كل معروف وإحسان النذب "العموم هذه الآية.

وقوله تبارك وتعالى: ((وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۗ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا))⁽²⁾

قال الزمخشري³: " [نحلة]، من نحلته كذا، إذا أعطاه إياه، ووهبه له عن طيبة من نفسه "وقال ابن عاشور: "والنحلة بكسر النون العطية بلا قصد عوض... وسميت الصدقات نحلة إبعادا للصدقات عن أنواع الأعيان، وتقريباً بها إلى الهدية، إذ ليس الصداق عوضاً عن منافع المرأة عند التحقيق "

وفي السنة النبوية: وردت أحاديث كثيرة سنذكر منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: "يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن⁽⁴⁾ شاة"⁽⁵⁾.

قال في " الفتح الباري": "وفي الحديث الحض على التهادي ولو باليسير، لان الكثير قد لا يتيسر كل وقت، وإذا تواصل اليسير صار كثيراً".

وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "كان النبي ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها "وهو ﷺ لا يقبل ولا يثيب إلا ما كان مشروعاً"⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: أركان الهبة وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الأول: أركان الهبة

- 1 - سورة النحل الآية 90.
- 2 - سورة النساء الآية 4.
- 3- هو أبو القاسم بن عمر الزمخشري، ولد سنة 467هـ، من كتبه الكشاف وكتاب الفائق.. توفي سنة 538هـ.
- 4- قال النووي: "قال أهل اللغة: وهو بكسر الفاء والسين، وهو الظلف وأصله في الإبل، وهو فيها مثل القدم في الإنسان، قالوا: ولا يقال إلا في الإبل، ومرادهم أصله مختص بالإبل، ويطلق على الغنم استعارة".
- 5 - أخرجه البخاري: كتاب الهبة، باب فضلها والتحرير عليها، رقم 2566ص623.
- 6- عطية محمد سالم، شرح بلوغ المرام، ج8، بدون معلومات النشر، ص225.

أولا في الفقه الإسلامي

1- ركن الهبة عند الحنفية: هو الإيجاب والقبول قياسا، لأنه عقد كالبيع، وكذا القبض ركن كما في المبسوط، لأنه لا بد منه لثبوت الملك، بخلاف البيع. واستحسانا عند الكاساني وبعض الحنفية: ليس القبول من الموهوب له ركنا، وإنما الركن فقط هو الإيجاب من الواهب لأن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول، وإنما القبول لثبوت حكمها أي الأثر المترتب عليها، وهو نقل الملكية. وأكثر شراح الحنفية⁽¹⁾ على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع، فيتم بالتبرع كالإقرار والوصية، لكن لا يملكه الموهوب له إلا القبول والقبض⁽²⁾.

2- وأركان الهبة عند الجمهور هي أربعة: هي الواهب، والموهوب له، والموهوب، والصيغة.

أ- أما الواهب: فهو المالك إذ كان صحيحا مالكا أمر نفسه، فإن وهب المريض ثم مات، كانت هبته في ثلث تركته عند الجمهور، ويشترط في الواهب أهلية التبرع ليس ثمة اختلاف يذكر في الواهب؛ ولهذا اقتصر الإمام النووي في الكلام عنه وعن الموهوب له بقوله: "أمرهما واضح" فالشرط الذي يشترط فيه هو أهلية التبرع عند كافة المذاهب، وهي التي يسميها القانونيون "أهلية الأداء الكاملة"، ويعرفونها بقولهم: "صلاحية الشخص لاستعمال الحق"⁽³⁾. أو بتعبير أوضح: "صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعا دون توقف على رأي غيره"⁽⁴⁾ قال أبو زهرة " وقد تقرر أنه ببلوغ الرجل عاقلا تتعلق به كل التكاليف الشرعية، وبرشده يعطى حق التصرف في ماله على خلاف بين الفقهاء، فإذا بلغ الرشد وثبتت صلاحيته لإدارة أمواله فإنه يكون له كامل الأهلية في ماله ونفسه، كما تعلقت به كل التكاليف الشرعية"⁽⁵⁾. فمن كان ناقص الأهلية لم يكن له أن يهب، ولم تصح هبته؛ وعلى هذا أبطلوا هبة الصغير والسفيه

1- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص57.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7.

3- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص268.

4 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج4، ص122.

5 - محمد أبو زهرة، أصول الفقه، الكتاب خالي من بيانات الطبع، ص337.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والمجنون ،ثانيا عدم الإكراه ويشترط في الواهب أيضا أن لا يكون مكرها لأن الإكراه من عيوب الرضا وعارض من عوارض الأهلية .ثالثا الملكية :ومن مضامين أهلية التبرع أن يكون الواهب مالكا لما يهب ،فمن لا يملك لا يهب ؛لهذا منعوا هبة الأب مال ابنه الصغير ،لأن يده على ماله يد ولاية لا يد ملك ،وتصرفه ممنوع إلا بالتي هي أحسن ،قال الله عز وجل { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ }⁽¹⁾ .

ب-الموهوب له:فهو كل إنسان ويجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي اتفاقا ،وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة ،وشروطه هي الأهلية وأهلية التي تشترط في الموهوب له هي دون الأهلية التي تشترط في الواهب ضرورة ،وقد اشترطوا في الموهوب له أهلية الملك أو التملك ،وهو ما يعبر عنه القانونيون بأهلية الوجوب الكاملة ،وهذه تثبت للإنسان بمجرد ولادته حيا ،وثانيا الولاية على الموهوب له :الهبة تصح للصبي مميزا كان أو غير مميز ،وللسفيه والمجنون وهؤلاء لا يصح منهم قبول ولا إيجاب ،فإذا وهب لهم قبل عنهم من له الولاية على مالهم .

ومما اختلفوا فيه من أحكام الموهوب إليه :الهبة للحمل وذلك على قولين:القول الأول:الجمهور_حنفية والشافعية وحنبلية_يبطلون الهبة للحمل على اعتبار أن تملكه لها معلق على خروجه حيا ،والهبة لا تقبل التعليق ،فهم يشترطون أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة وقت العقد.

والقول الثاني:أجاز المالكية الهبة للجنين،قياسا على صحة الحبس عليه،بجامع كونها تبرعا.

1 -السورتين ،الأنعام ،الآية 152،والإسراء ،الآية 34.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ج-الموهوب: فكل مملوك⁽¹⁾. وهو أيضا فيه شروط الملكية: أن يكون مملوكا للواهب، وان يكون متقوما شرعا، فلا تصح هبة الخنزير أو الخمر أو ما شابه ذلك، وهو ما عبر عنه ابن الشاس بقوله: "الموهوب: وهو كل مملوك يقبل النقل مباح في الشرع"

مسائل في الموهوب: هبة المجهول: مذهب الجمهور "الحنفية والشافعية و حنابلة و ظاهرية " أن هبة المجهول باطلة، فمن شرط الموهوب عندهم أن يكون معلوما وذهب بعضهم ذهب المالكية لصحة هبة المجهول .

هبة المعدوم: اختلفوا في هبة ما كان معدوما أو في حكم المعدوم عند العقد، كالثمار قبل بدو صلاحها، ومثلها هبة غير المقدور على تسليمه، وفيها قولان قول: ذهب الجمهور _الأحناف والشافعية والحنابلة والظاهرية _ إلى عدم جواز الهبة المعدوم، وهبة غير المقدور على تسليمه أيضا. وقول: المالكية بصحة هبة غير المقدور على تسليمه، قال ابن رشد: "ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر"

هبة المشاع: هنا أيضا اختلفوا على قولين: القول الأول: جائزة عند الجمهور: "المالكية والشافعية والحنابلة، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أم لم يكن. القول الثاني: قال الحنفية: تصح هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته، أما هبة المشاع الذي يمكن قسمته فلا تصح.

قال ابن بطال²: "وحجة من أجاز هبة المشاع أن الرسول ﷺ _ وهب حقه من غنائم حنين لهوازن، وحقه من ذلك مشاع لم يتعين " وهذا ثابت من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه.

هبة الدين: وهي جائزة عندهم جميعا إذا كانت لمن عليه الدين، إلا أن المالكية اشترطوا أن يقول: قبلت، أما إذا كانت لغيره، ففيها مذهبان: القول الأول: أجازها الحنفية والمالكية وقول

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص8.

2- هو العلامة أبو الحسن، علي بن خلف بن بطال، من كتبه شرح صحيح البخاري والاعتصام في الحديث.. توفي سنة 449هـ.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

للسافعية، وشرط الحنفية أن يأمره بقبضة استحسانا . والقول الثاني: أنها باطلة، وهو المذهب عند الشافعية، ومذهب الحنابلة كذلك .

ثانيا أركان الهبة في قانون الجزائري

أ- تطابق الإيجاب والقبول: يستفاد من نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري والتي تقول: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " هنا المشرع أكد بصريح العبارة على حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. عكس الوصية التي يعد الركن الوحيد فيها هو الإيجاب الذي بصدوره تنبرم الوصية باعتبارها تصرف صادر من جانب واحد⁽¹⁾ .

ب- الحيابة: ويقصد ها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له. وعليه يستنتج من صياغة المادة 206 من قانون الأسرة: " تتعد الهبة.....، وتتم بالحيابة...." أن التشريع الجزائري يعتبر الحيابة ((ركن في الهبة)) على غرار ما ذهب إلىه بعض التشريعات المقارنة مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني "المادة 509 والقانون العراقي " المادة 603 حيث أن الهبة في هذين التشريعين لا تتم إلا بالقبض (التسليم) إذ التسليم فيهما ركن في الهبة لا التزام يقع على عاتق الواهب.⁽²⁾

وهو ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر في 1969/04/09 المنشور بالنشرة السنوية لسنة 1969، ص 285 يستوجب نقض وإبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم الحيابة فيها، وذلك لأن الهبة شرعا تلزم بالقول وتتم بالحوز وعليه فعلى القاضي عند الطعن ببطلان

1- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 8.
2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 148.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عقد الهبة لانتهاء ركن الحيابة، أن لا يكتفي بالعبرة الدارئة التي ترد في العقود التوثيقية المتمثلة في انتقال الحيابة له ابتداء من اليوم تحرير العقد ،بل يجب عليه أن يتحقق من حصول الحيابة الفعلية ،وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1986/02/24 تحت رقم 50651 غير منشور: "من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيابة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة الهبة .وتأسيسا على ما تقدم ،يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيابة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيابة الفعلية "

ج-شكل الهبة :جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة : "تتعقد بالإيجاب والقبول،ومراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات" مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات.والمقصود من هذه الفقرة هو توفر عنصرين أساسيين :
أ)الرسمية في هبة العقارات :أي وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان المطلق .

وعليه إذا حرر عقد الهبة على الشكل العرفي ،فإن مآله البطلان لا محال وهذا ما يستشف من قرار المحكمة العليا رقم 45.371 الصادر في 1987/04/20 غير منشور: "من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة"

ب)احترام الإجراءات الشكلية :والقصد من الإجراءات الشكلية هو الأحكام العامة التي جاءت بها المادة 234 مكرر 2 وما بعدها من القانون المدني والمادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فضلا عن إتباع إجراءات التسجيل قصد تحصيل الخزينة العمومية للجانب الضريبي وشهر العقد في المحافظة العقارية حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين و اتجاه الغير (1) .

1 -حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ،ص 13.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

د-المحل في عقد الهبة: يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام فيجب أن يكون موجودا ،معينا أو قابلا للتعين صالحا للتعامل فيه ⁽¹⁾ مملوكا للواهب .وبخصوص هذه النقطة الأخيرة (ضرورة ملكية الواهب للشيء الموهوب)سنحاول التعرض بإيجاز إلى بعض المسائل التي أثارت إشكالات على الصعيد التطبيقي وهي :

1) هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع

2) هبة المريض مرض الموت

هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع :قد يلجأ بعض المواطنين إلى مكاتب التوثيق ملتجئين إبرام عقد هبة عقارات معينة .إلا أنهم يشترطون الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا مما قد يعود عليهم هذا التصرف من ضرر .ويعرض مستقبلهم إلى خطر بسبب إقدامهم على التخلي عن أملاكهم دون مقابل لفائدة غيرهم .وعليه فمن باب الاحتراز يلتزمون من الموثق إدراج هذا الشرط .جاء في المذكرة رقم 689 الصادر عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 12 فيفري 1995 فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنه "تمليك بلا عوض " فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل (حق الملكية)أي ملكية الرقبة وحق التمتع . غير أن المشرع استثنى حق الانتفاع من هذه القاعدة ، إذ يمكن أن يكون هذا الحق محل لعقد الهبة بمفرده وهذا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة .كما نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أركان عقد الهبة التي هي :الإيجاب والقبول و (الحيازة) والشكل الرسمي ،وإذا اختل أحد هذه الأركان بطلت الهبة ،وهذا بتصريح الفقرة الثانية من المادة 206 التي نصت على أنه (إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة) .

ولذا فإنه إذا كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة فهي صحيحة قانونا، أما الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانونا

1- قرار رقم 360 39 مؤرخ في 13/01/1986 غير منشور: ((من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تنتافي مع التأبيد وأحكام الحبس .كما أنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك)) .

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وعليه فإن الهبة التي لا تتبعها عملية الحيابة تكون باطلة ومن ثم فإن الشخص الذي يقدم على إبرام عقد هبة عقار ويحتفظ بحق الانتفاع به طيلة حياته يعتبر تصرفه باطلا لأن من أركان الهبة الحيابة .

هبة المريض مرض الموت: نصت المادة 204 من قانون الأسرة على أن: (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية). ومرض الموت كما عرفه علماء الفقه الإسلامي هو: المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة . ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروط ثلاث ليكون المرض مرض الموت :

_ أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه .

_ أن يغلب فيه الموت .

_ أن ينتهي بالموت فعلا .

وقد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة .

فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأوصياء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة⁽¹⁾، ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض .

ذ-السبب في عقد الهبة: نظرية السبب تسري في عقد الهبة كما تسري في غيرها من العقود، ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث: الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله بدون مقابل ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً وإلا اعتبرت الهبة باطلة، كأن يكون الباعث على الهبة هو استدامة العلاقة غير الشرعية بين الواهب والموهوب لها .

1- أما أمارات مرض الموت، فقليل أن يلزم المريض الفراش، وقليل أن لا يقدر على الصلاة قائماً ولا يستطيع المشي إلا بمعين، ألا يخرج من الدار إن كان رجلاً، وأن لا تقوم بأعمالها إن كانت امرأة، هل اشتد به المرض وقت تحرير العقد

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عن الضرر الذي يكون قد أصابها بسبب المعاشرة غير الشريفة بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً وصحت الهبة (1).

أما إذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص ما لا لمطلقة ويشترط عليها عدم الزواج، فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع (والعبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة، فإن كانت مشروعة في هذا الوقت فالهبة صحيحة ولو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك) فإن كان هو الباعث الدافع على التبرع، ألغى الشرط وبطلت معه، وإن لم يكن هو الباعث الدافع على التبرع ألغى الشرط لمخالفته للقانون والنظام العام وبقيت الهبة (2).

وهناك شروط لصحة الهبة وهي ذاتها شروط صحة العقود، وهي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب التي تشوب الرضاء:

أ) الأهلية في عقد الهبة: نصت المادة 203 من قانون الأسرة: (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسعة عشرة سنة كاملة وغير محجور عليه) يستخلص من خلال هذه المادة أن الشروط الواجب توافرها في الواهب هي: أن يكون سليم العقل _ بالغاً تسعة عشرة سنة كاملة _ أن لا يكون محجوراً عليه .

فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة، أن يتحقق من أهلية الواهب فليلتزم من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية، وحتى تقديم شهادة طبية إن اقتضى الحال ذلك. ومادامت الهبة تتطلب أهلية التبرع في الواهب. أما بالنسبة للموهوب له فقد خفف المشرع من الأهلية بالنسبة له إذ تكفي فيه أهلية التمييز لأنه يقوم بعمل نافعاً نفعاً محضاً بل أجازها حتى للجنين في بطن أمه وهذا ما يستشف من نص المادة 209 من قانون الأسرة (تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً) ويستخلص أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة: سار على مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن أي الجنين في بطن أمه. وعلق ذلك على شرط ولادته

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الجزء الخامس، ص134
2- عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص135، 136.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

حيا، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب وإن ولد حيا ثم مات بعد ولادته كان المال الموهوب لورثته.

(ب) عيوب الرضا في عقد الهبة: عيوب الرضا في عقد الهبة هي عيوبه في أي عقد آخر، وهي الغلط في عقد الهبة التدليس، الإكراه، الاستغلال .

الفرع الثاني أنواع الهبة :

1- العطية: قال ابن منظور: " العطا: التناول والعطاء، والعطاء والعطية: اسم لما يعطى، والجمع عطايا وأعطية، وأعطيات: جمع الجمع.... والاسم العطاء، وأصله عطاو بالواو⁽¹⁾ . وقال ابن الأثير: "الهبة: العطية الخالية عن الأعواض و الأغراض"،

2- الصدقة: قال ابن فارس⁽²⁾: " الصاد والذال والقاف أصل يدل على قوة في الشيء قولاً وغيره، والصداق: صداق المرأة: سمي بذلك لقوته وأنه حق يلزم والصدقة: ما يتصدق به المرء عن نفسه وماله، وهي ما أعطيته في ذات الله تعالى للفقراء⁽³⁾، أو هي العطية التي بها يبتغي المثوبة من الله، أو ما يخرج الإنسان من ماله على وجه القرية، لكن الصدقة في الأصل تقال للمتطوع به والزكاة للواجب، هذا معنى الصدقة، أما الفرق بينهما وبين الهبة، فقال القرافي: "قال صاحب المقدمات: لا تفرق الصدقة والهبة إلا في حكمين: [الأول]: الاعتصار، [الثاني]: وجواز الرجوع بالبيع والهبة "وقال العدوي: " وأما الهبة والصدقة فلا يفرقان إلا في شيئين: أحدهما: أن الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر، والآخر أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع، والصدقة لا يجوز ذلك فيها، ولو على ابنه"، ثم تثنى على كلامه السابق، وقال: " الفرق بين حقيقتهما: أن الهبة للمواصلة والوداد، والصدقة لابتغاء الثواب عند الله تعالى".

1- ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص274

2- هو أبو الحسين أحمد بن فارس، ومن كتبه معجم مقاييس اللغة والإفراد...، لم يعرف تاريخ ميلاده ووفاته.

3- ابن منظور، المرجع نفسه، ج7، ص309.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

3- الهدية: قال صاحب " إسفار الفصيح " : "أهديت الهدية أهديتها إهداء: إذا أرسلتها ،فأنا مهد بكسر الدال، وهو مهدى إليه بفتحها ،والهدية مهداة ،والهدية اسم لما أرسل إلى المهدى له،وهي تدل على الملاطفة ،وجمعها هدايا"،وقال الراغب : "والهدية مختصة باللطف الذي يهدي بعضها إلى بعض،قال تعالى على لسان بلقيس: { وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ فَنَظِرَةٌ بِمَ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ } (1)".

وفي اللسان : "الهدية ما أتحتت به"⁽²⁾،وقال الخليل بن أحمد : "الهدية ما أهديت إلى ذي مودة من بر".

وفي الفرق بينها وبين الهبة قال النووي : "الهبة والهدية وصدقة التطوع :أنواع من البر متقاربة يجمعها : (تمليك بلا عوض)؛فإذا تمحض فيها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج فهي صدقة ،وإن حملت إلى مكان المهدى إلى إعظاما وإكراما وتوددا فهي هدية ،والإ هبة،فكل هدية وصدقة تطوع هبة ولا ينعكس .

4- هبة الثواب : قال ابن رشد الحفيد في تقسيم أنواع الهبات : "والهبة منها : ما هي هبة عين ،ومنها : ما هي هبة منفعة ،وهبة العين منها : ما يقصد بها الثواب ،ومنها ما لا يقصد بها الثواب ،والتي [لا] يقصد بها الثواب : منها ما يقصد به وجه الله ،ومنها : ما يقصد به وجه المخلوق .فأما الهبة لغير الثواب : فلا خلاف في جوازها ،وإنما اختلفوا في أحكامها ،أما هبة الثواب فاختلفوا فيها".

تعريف هبة الثواب :قال نزيه حماد: "والمراد بها في الاصطلاح الفقهي :العطية التي يبتغي بها الواهب الثواب (العوض) من الموهوب له ."

5- هبة العمرى والرقبي:

1-سورة النمل :الآية 36.

2-ابن منظور،المرجع السابق،ج15،ص61.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تعريفها: قال ابن فارس في بيان أصل مادة: " العين والميم والراء أصلان صحيحان ،أحدهما يدل على بقاء وامتداد زمان ،والآخر :على شيء يعلو من صوت أو غيره ،فالأول :العمر وهو الحياة ،وهو العمر أيضا "،ومن هذا الأصل اشتقت العمرى ،قال ابن سلام : " وتأويل العمرى أن يقول :هذه الدار لك عمرك أو يقول :هذه الدار لك عمري....وأصل العمرى عندنا مأخوذ من العمر ،ألا تراه يقول :هو لك عمري أو عمرك "،ويقال :عمرته إياه وأعمرته :جعلته له عمره أو عمري ،والعمرى المصدر منها ⁽¹⁾ وأما الرقبى ،فقال ابن فارس في بيان معنى جذرها اللغوي (رقب):"الراء والقاف والباء أصل واحد مطرد ،يدل على انتصاب لمراعاة شيء":أي مراقبته وترقبه ،قال الجوهري : "والترقب الانتظار وكذلك الارتقاب ،وأرقبته دارا أو أرضا إذا أعطيته إياه ؛فكانت للباقي منكما ،وقلت :إن مت قبلك فهي لك ،وإن مت قبلي فهي لي ،والاسم الرقبى،وهي من المراقبة؛لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ".ولم يعتن الفقهاء بوضع تعريف أو حد خاص بالعمرى ،واكتفوا في تعريفهما ببيان صورهما والتمثيل لها ،إلا ما كان من الإمام ابن عرفة المالكي في حدوده،حيث قال في تعريف العمرى : " تملك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء "،فخرج بقوله " تملك منفعة"تمليك الذات ،وهذا على مذهب المالكية الذين يرون العمرى من باب هبة المنافع خلافا للجمهور،وخرج بقوله : "حياة المعطي"ما إذا كان بعوض،وخرج بقوله "إنشاء" ،الحكم باستحقاق العمرى ،قال صاحب ((توضيح الأحكام)):"وظاهر التعريف أنها تكون في الأصول والحلي والسلاح والأواني ونحوها ،وهو كذلك "هذا فيما يخص العمرى.أما الرقبى فعرفها كبقية الفقهاء بالرسم دون الحد ،وقال أجمل ابن قدامه صورتيهما في قوله : " وصورة العمرى أن يقول الرجل :أعمرتك داري هذه،أو هي لك عمري ،أو ما عشت ،أو مدة حياتك ،أو ما حيت،أو نحو هذا ،سميت عمري لتقيدها بالعمر.والرقبى أن يقول أرقبتك هذه الدار ،أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إلي،وان مت قبلك فهي لك ولعقبك ،فكأنه يقول :هي لآخرنا موتا ،وبذلك سميت رقبى ؛لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه".

1- ابن منظور،نفس المرجع،ج9،392.

المبحث الثاني: الحيابة في الهبة من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الحيابة في القانون أو بما تعرف بالقبض، ففي لفظ فقهاء الشريعة وبعض القوانين العربية هما كلمتان مترادفتان. وسنتناول في هذا المبحث مطلبين نعالج فيها في المطلب الأول موقف الفقه من حيابة الهبة وفي المطلب الثاني موقف القانون الجزائري من حيابة الهبة ذلك أيضا. قبل الدخول في الموضوع عرفنا القبض وأدلته وشروطه وأنواعه .

أولاً: تعريف القبض في اللغة واصطلاح الفقهاء

1/ تعريف القبض في اللغة: القبض خلاف البسط؛ وقبض الشيء أي أخذه، وصار مقبوضاً⁽¹⁾

2/ تعريف القبض في اصطلاح الفقهاء:

أ_ الحنفية قالوا: (التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة)

ب_ المالكية قالوا: (الحيابة هي وضع اليد على الشيء)⁽²⁾

ج_ الشافعية قالوا: (يرجع بالعرف - الدرهم بالتناول - الأخشاب بالحبس - العقار بالتخيلية)⁽³⁾

د_ الحنابلة قالوا: (يرجع إلى العرف بالحبس أو التخيلية)

ثانياً: الأدلة على القبض

1- الأدلة من القرآن الكريم:

قال تعالى: { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ }⁽⁴⁾

قوله تعالى: { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ } أي مسافرين وتداينتم ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة مسلمة

فنتستوثقون بها. وبينت السنة جواز الرهن في الحضر ووجود الكاتب، وأفاد قوله مقبوضة اشترط القبض في الرهن، والاكتفاء به من المرتهن ووكيله.

1- بن منظور، المرجع السابق، ص11.

2- الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار إحياء الكتب العربية، بدون بلد النشر وسنة النشر، ص101.

3- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المكتب الإسلامي، الطبعة 3، بيروت، 1991، ص517.

4- سورة البقرة، الآية 283.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قوله تعالى {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا} أي: الدائن المدين على حقه فلم يرتهن {فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُوتِيَ مِنْ} أي: المدين {أَمَانَتَهُ}: دينه.

قوله تعالى: {وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ} في أدائه. في قوله تعالى {وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ} إذا دعيتم لإقامتها {وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبُهُ} ارتكب إثماً لعدم أدائها ومماطلتها {وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ} أي لا يخفى منه شيء (1).

2- الأدلة من السنة النبوية المطهرة:

حدثنا عبد الله بن مسلمة: حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه) زاد إسماعيل: (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه).

لا يجوز للمشتري أن يبيع المبيع حتى يقبضه أي يسلم إليه.

العقود العينية في الفقه الإسلامي لا تعتبر تامة الالتزام، إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها، وهذه العقود هي: الهبة، والإعارة، والإبداع، والقرض المباح، والرهن، والسبب في اشتراط القبض لتتمامها، هو أنها تبرع والقاعدة تقول: (لا يتم التبرع إلا بالقبض) أو (التبرع لا يتم إلا بالقبض) (2).....

فيعتبر العقد فيها عديم الأثر قبل القبض. اتفق الفقهاء في الجملة على أن القبض شرط في الرهن واختلفوا في تحديد نوع الشرط، هل هو شرط اللزوم، أو شرط التمام؟ إن من قال: شرط اللزوم قال: ما لم يقع القبض، لم يلزم الراهن بالرهن، وله أن يرجع عن العقد.

ومن قال: شرط التمام، قال: يلزم الرهن بالعقد، ويجبر الراهن على الأقباض، إلا أن يتراخي المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت.

دليل الجمهور غير المالكية: القبض ليس شرط صحة إنما هو شرط اللزوم.

قوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} إذا سلمه الراهن للمرتهن وقبضه، لزم الرهن، ولم يجز الراهن أن يفسخه وحده بعد القبض.

1- الامام السيوطي والإمام جلال الدين المحلي، تفسير الجلالين، بدون معلومات النشر، ص31.

2- عبد الرزاق جامع يوسف، ضوابط العرف في الاقتصاد الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، ص248.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

دليل المالكية: قاسوا الرهن على سائر العقود المالية اللازمة لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (1).

والرهن عقد فيجب الوفاء به، كما أن الرهن عقد توثق كالكفالة فيلزم بمجرد العقد قبل القبض.

ثالثا: شروط القبض:

- أن يكون كل متعاقد من متعاقدي الرهن أهلا للعقد، بالغا عاقلا غير محجور عليه لقبض أو جنون أو سفه أو فلس.

- استدامة قبض الرهن.

- نقل المنقولات وتحويلها على حسب العرف المتعارف بين الناس.

- أن يكون الرضا بين المتعاقدين.

رابعا: القبض وأنواعها (2):

1- المناولة: فيما جرت العادة بمناولته كالحلي والجواهر.

2- مالا يمكن نقله كالعقار، واقباضه بتمكين القابض من المقبض مع إزالة يد المقبض.

3- ما جرت العادة بنقله وهو ضربان:

أ- ما يستحق كيله أو وزنه فقبضه بكيل مكيه أو وزن موزونه ثم نقله بعد تقديره.

ب- ما جرت العادة بنقله في غير كيل ولا وزن، كالمتاع والنحاس والرصاص ونحوها، فقبضه بنقله إلي مكان لا يختص ببائعه.

4- الثمار على الأشجار إذا أينعت (نضجت) وبدا صلاحها فالأصح أن تخليتها قبض لها.

5- ما يقبضه الوالد لولده أو حفيده ويقبضه من نفسه عن ولده والعكس صحيح.

6- إذا كان للمدين حق في يد رب الدين فأمره أن يقبضه من يده لنفسه، هذا يجوز إذا كان المقبوض حاضرا.

1-سورة المائدة، الآية 1 .

2- عبد الرزاق جامع يوسف، المرجع السابق، ص251.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من حيازة الهبة

الفرع الأول: أثر القبض في ملك الهبة وشرطه

أولاً : القبض في ملك الهبة (1)

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول: أن الهبة تملك بال عقد .

قال المالكية (2)، والشافعية (3) في قديم ،ومذهب الحنابلة (4) ،وبه قال أبو ثور ،وهو مذهب الظاهرية (5) .

في مواهب الجليل: (هذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول، قال ابن عرفة: والمعروف لزوم العتية بعقدها) .

وفي روضة الطالبين: (وأما شروط لزوم الهبة فهو القبض، فلا يحصل الملك في الموهوب والهدية إلا بقبضهما) (6)

وفي شرح منتهى الإرادات: (وتصح الهبة بعقد، وتملك العين الموهوبة بعقد ،أي: بإيجاب وقبول ،فالقبض معتبر للزومها، واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها)

1- خالد بن علي بن محمد المشيخ، المرجع السابق، ص413.
2- محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب خليل، ج8، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر، بدون سنة النشر، ص8 وما بعدها.
3- محمد الزحيلي، المهذب، ج3، دار القلم، دمشق، ط1، 1996. ص691 وما بعدها.
4- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص300.
5- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر، الرياض، بدون سنة النشر، ص239.
6- الامام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991، ص375.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

القول الثاني: أن الهبة لا تملك إلا بالقبض بعد العقد .

قال به الحنفية⁽¹⁾، وهو قول المالكية⁽²⁾، وهو قول الشافعية⁽³⁾.

وبه قال ابن عقيل والمجد من الحنابلة⁽⁴⁾.

في المبسوط: (الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا)⁽⁵⁾.

وفي شرح الكبير للدردير: (الهبة تملك بالقول المشهور).

وفي الحاوي الكبير: (المبيع يملك بالعقد، والهبة بالقبض) وفي كشف القناع: (وقال المجد في شرح الهداية: إن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض، وكذا صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها).

الأدلة: أدلة القول الأول: (أنها تملك بالعقد):

1_ قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}⁽⁶⁾.

حيث أمر الله تعالى بالوفاء بالعقد، وعقد الهبة يحصل بالإيجاب والقبول، ولا يؤمر بالوفاء بالعقد إلا لحصول الملك به .

2_ حديث ابن عباس عليه السلام أن النبي ﷺ قال: (العائد في هبته كالعائدة في قيئه)⁽⁷⁾.

3_ حديث ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا يحل لأحد يعطي عطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده).

1- أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي أبو جعفر، مختصر الطحاوي، إحياء المعارف النعمانية بمصر، بدون سنة النشر، ص138.

2- شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص101.

3- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص695.

4- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص300.

5- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص48.

6- سورة المائدة، الآية 1.

7- البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، مجلد2، ج3، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، حديث رقم2589، ص187، 188.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

4_ القياس على البيع؛ فكما يملك المعقود عليه في عقد البيع بمجرد العقد، فكذلك الهبة (فالأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض) فعدم الدليل على الاشتراط كاف في الدلالة على الاكتفاء بالعقد .

5_ أن عدم اشتراط القبض لملك الهبة موافق لمقصد الشارع في الحث عليها ؛ وذلك لعلم المكلف أنه بالقول قد ملك الموهوب له الهبة ، وكذلك الصدقة .

أدلة القول الثاني : الهبة لا تملك إلا بالقبض .

1_ أن الرسول ﷺ قال أم سلمة (إني أهديت إلى النجاشي حلة و أواق من مسك ، وإنني لا أراه إلا قد مات ، ولا أرى هديتي الا مردودة ، فإن ردت إلي فهي لك ، قالت ، وكان كما قال رسول ﷺ ، و ردت إليه هديتي فلأعطى كل امرأة من نساءه أوقية مسك ، وأعطى أم سلمة أوقية المسك و الحلة⁽¹⁾)

وجه الدلالة : أنه لو كانت الهبة تملك قبل القبض لما استجاز الرسول ﷺ أن يملكه ويتصرف فيه .

2_ ما روي عن سيدنا أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) انه نحل عائشة (رضي الله عنه) جاد عشرين وسقا⁽²⁾ بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: (والله يا بنية ما من الناس احد أحب إلي غني بعدي منك ولا اعز علي فقرا بعدي منك، وإنني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتها و احتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختك فاقسموه على كتاب الله⁽³⁾).

وجه الدلالة : هي في قوله : (فلو كنت جددتها واحتزتيه كان لك ذلك) فلولا توقف الملك على القبض لما قال (إنه مال وارث)، فيدل الأثر على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، فلا تملك إلا به .

1- الامام احمد بن حنبل، مسند الإمام احمد، تذييل شعيب الارنؤوط، مؤسسة قرطبة، مصر، ج6، حديث رقم 27717، ص404
2- الوسق: مكيلة معلومة وقيل هو حمل بعير وهو ستون صاعا بصاع النبي(ص) وهو خمسة أرطال وثلاث.
3- مالك بن انس، الموطأ، تحقيق كامل محمد عويضة، دار التقوى، مصر، ط1، 2001، كتاب الاقضية، باب مالا يجوز من النحل، ص534. بإسناد صحيح .

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ثانياً: أثر القبض في استقرار الهبة ولزومها (1)

بعد أن تبين أن الهبة تملك بال عقد اختلف الفقهاء فيما يتحقق به استقرار ملك الموهوب له على أربعة أقوال :

القول الأول: أن الهبة تستقر بال عقد مطلقاً من مكيل أو غيره .

قال به المالكية في الجملة (2)، والشافعية في القديم (3)، وهو مذهب الظاهرية (4)، وبه قال أبو ثور وعند المالكية: (أنه يجبر الواهب على الحوز، أي: على تمكين الموهوب له منه حيث طلبه، كما وصفوا ملك الهبة قبل الحوز بأنه ضعيف .

لأن الهبة تملك بالقول، فله طلبها منه حيث امتنع، ولو عند الحاكم لجبره على تمكين الموهوب له منها. فإن لم تتم الهبة بالحوز وهو القبض فإن الهبة تبطل في رأي المالكية إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب (فإن قبضها تمت له، وصارت ملكاً من ملكه) (5).

القول الثاني: أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض (6).

وهو المذهب عند الشافعية (7)، والحنابلة (8).

والقول الثالث: أن الهبة تستقر بمجرد العقد في غير المكيل والموزون، وفيهما بالقبض.

قال به النخعي، والثوري والحسن بن صالح، وأحمد في رواية (9) فذكر في المغني (10) أن المكيل والموزون لا تلزم فيهما الصدقة، والهبة إلا بالقبض .

1- خالد بن علي بن محمد المشيخ، المرجع السابق، ص419.

2- أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين، المرجع السابق، ص276.

3- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص535.

4- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص232.

5- خليل بن اسحق المالكي، مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، لم تذكر بلد النشر، 1981، ص254.

6- شمس الدين السرخسي. المرجع السابق، ص49.

7- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ص536/535.

8- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص241.

9- ابن قدامة المقدسي، نفس المرجع، ص340.

10- نفس المرجع السابق، ص340.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهو قول أكثر الفقهاء .

القول الرابع: أن ملك الهبة يستقر ،ويلزم بوجود مانع من موانع الرجوع .قال به الحنفية .ولما كان حكم الهبة في قول الحنفية بعد القبض هو :ثبوت الملك للموهوب له ثبوتا غير لازم كان الرجوع صحيحا مالم يمنع من ذلك مانع .

قال ابن نجيم⁽¹⁾:(تملك الهبة والصدقة بالقبض،ويستقر الملك في الهبة بوجود مانع الرجوع)وإذا وجد أحد الموانع الآتية ،فلا يصح الرجوع إلا بتراضيها ،أو بحكم حاكم⁽²⁾ .

أدلة هذه الآراء :

أدلة الرأي الأول : (تلتزم بالعقد)واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي :1_قوله تعالى :{ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}⁽³⁾.

حيث أمر الله تعالى بالوفاء بالعقد ،وعقد الهبة يحصل بالإيجاب والقبول ،فإذا حصل ذلك وجب الوفاء به وعدم فسخه .

2_قوله تعالى : { وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ }⁽⁴⁾.

ومن رجع في الهبة فقد أبطل عمله .

ووجه الاستدلال في الآيتين في وجهين :الوجه الأول :أن المراد الوفاء بلازم العقود ،والهبة إنما تلتزم بالقبض لا بالعقد.

الوجه الثاني :أنهما مخصصتان . بما رواه الترمذي من طريق حسين المعلم ،عن عمرو بن شعيب ،أنه سمع طاوسا يحدث عن ابن عمر ابن العباس رضي الله عليهم يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ : (لا يحل لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها ،إلا الوالد فيما يعطي ولده)⁽⁵⁾.

1- هو زين الدين بن ابراهيم ابن النجيم الحنفي، ولد سنة 926هـ، اشتهر بتصانيفه الفائقة منها النظائر ،النجم الرائق، توفي سنة 970هـ.

2-ابي جعفر احمد الطحاوي ،المرجع السابق،ص139.

3- سورة المائدة، الآية 1.

4-سورة محمد ،الآية 33.

5- سنن الترمذي في الوفاء والهبة ،باب ما جاء في الرجوع في الهبة (2132)وأخرجه النسائي (265/6)، وابن ماجه في الهبات ،باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده (2377) من طريق أبي عدي .

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فدل على جوازه رجوع الوالد، فكذا غيره يجوز قبل القبض .

3_ ما رواه البخاري ومسلم من طريق سعيد بن المسيب ، عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (العائد في هبته كالعائد في قبئه).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ حرم الرجوع في الهبة ، ولم يفرق بين الهبة المقبوضة ، والهبة غير المقبوضة ، فدل ذلك على لزوم الهبة بالعقد .

4_ حديث ابن عباس ، وابن عمر رضي الله عنه ، وفيه قوله ﷺ: (لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهبه إلا الوالد فيما وهبه لولده) (1).

فهذا حديث صريح في أن من وهب لا يحق له أن يرجع فيها إلا إذا كان الواهب هو الوالد فله ذلك ، ولم يفرق بين كون الرجوع قبل القبض أو بعده ونوقش: بأن هذا محمول على ما بعد القبض (2) .

5_ ما رواه عبد الرزاق من طريق جابر الجعفي ، عن القاسم بن عبد الرحمن قال: (كان على بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنه يجيزان الصدقة وإن لم تقبض).

6_ ما رواه ابن حزم من طريق الحجاج بن المنهال، حدثنا المعتمر بن سليمان التيمي ، قال: سمعت عيسى بن المسيب ، أنه سمع القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود يحدث عن أبيه ، عن جده عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: (الصدقة جائزة قبضت أو لم تقبض)

7_ أن الهبة عقد إرفاق وتبرر ، فيجب أن يلزم بمجرد القول قياسا على العتق والوقف ؛ بجامع أن كلا منهما تبرع (3).

ونوقش: بعدم التسليم بصحة والقياس على الوقف ؛ لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى ، فخالف

1- الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، ط2، ج4، 1983، كتاب الولاء والهبة عن رسول الله، باب ماجاء في كراهية الرجوع في الهبة، حديث رقم2132، ص442 وقال ابو عيسى الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

2- أبي عبد الله مالك بن انس، المعونة على مذهب أهل المدينة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص398/397.

3- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ص535

التملكات (1).

وأيضاً هو قياس في مواد النص، فالهبة ورد النص في عدم الرجوع فيها إلا هبة الوالد لولده فلا يكون للقياس مجال، والعق أيضاً إسقاط حق، وليس بتمليك، كما أن المعق لو رد العتق، فلا يصح رده خلاف الهبة.

8_ أن الهبة تمليك عين في حال الحياة، فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، كالبيع .

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم بالتسوية بينهما وبين البيع؛ لأن البيع عقد معاوضة ملك به كل طرف عوضاً مقابل بذله بخلاف الهبة، فإنها عقد تبرع، فلا يلزم إلا بالقبض .

ويستدل كذلك بدلالة اللغة: وذلك أن من قال: مالي هذا صدقة على فلان، أو قال: قد تصدقت عليك بهذا الشيء، أو قال: مالي هبة لفلان، أو قال: قد وهبته لفلان، فلا يختلف اثنان ممن يحسن اللغة العربية في أنه يقال: قد تصدق فلان بكذا على فلان، وقد وهب له كذا، فلو لم تكن الصدقة كاملة تامة باللفظ لكان المخبر عنه بأنه تصدق، أو وهب كاذب، فوجب حمل الحكم على ما توجه به اللغة ما لم يأت نص بحكم زائد لا تقتضيه اللغة، فيوقف عنده ويعمل به ونوقش هذا الاستدلال: أنه لا يلزم على القول بان الهبة لا تتم إلا بالقبض عدم صدق من قال وهبت لفلان كذا؛ وذلك أن مدلول اللفظ يتنزل حسب المراد الشرعي، فإذا كانت الهبة غير لازمة إلا بالقبض، فإن الواهب قد وهب إلا أن هذه الهبة غير لازمة، كما قال: إني قد بعث على فلان مع وجود شرط الخيار، والنحل من ألفاظ الهبة.

أدلة القول الثاني: (تلزم بالقبض): واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي :

1_ قوله تعالى: { وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا } (2) .

1 - ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص241.
2- سورة النساء، الآية 86.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والتحية لفظ مشترك تستعمل في معان منها: السلام والثناء والهدية بالمال، والمتعين فيها هنا الهدية بالمال، لقريظة قوله (أو ردوها)؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأغراض والمشارك يتعين أحد د وجوه بالدليل⁽¹⁾، والرد بعد القبض.

2_ ما رواه البخاري ومسلم من كريق سعيد بن المسيب، عن ابن العباس، رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (العائد في هبته كالكلب كالعائد في قيئه).

وجه الدلالة: أن النبي صل الله عليه وسلم شبه العائد في هبته كالكلب كالعائد في قيئه، ولا يكون عود الكلب في قيئه إلا بعد إخراجة، فدل على أن الذم إنما هو بعد إخراج الهبة في القبض.

ونوقش: أنه مسلم، فصدر الحديث يدل على عموم النهي في الرجوع وقبل القبض وبعده وعجز الحديث يدل على العموم لمن الرجوع بعد القبض أكد لتأكد الذم .

3_ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (الواهب أحق بهبته ما لم يثب عليها)⁽²⁾.
فالحديث يدل على أن للواهب الرجوع فيما وهبه ما لم يحصل ما يفيت ذلك عليه وهو العوض فيؤخذ منه جواز الرجوع قبل القبض .

ونوقش من وجهين: الأول: ضعف الحديث

والثاني: بأنه استدلال في غير محل النزاع؛ إذ النزاع إنما هو في الهبة لغير ثواب، وما استدلوا به هو في الهبة للثواب .

4_ ما رواه مسلم من طريق همام، حدثنا قتادة، عن مطرف، عن أبيه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ: {الْهَائِمُ التَّكَاثُرُ}⁽³⁾، قال: (يقول ابن آدم: مالي مالي، قال: وهل لك يا بن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفنت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت)⁽⁴⁾.

1- علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص193/194.

2- أخرجه ابن ماجة والبيهقي، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، لبنان، بدون سنة النشر، ج2، كتاب الهبات، باب وهب هبة رجاء ثوابها، حديث رقم 2387، ص798، ضعيف عند أهل الحديث.

3- سورة التكاثر، الآية 1.

4- أخرجه مسلم في الزهد والرقائق، باب حديث قتيبة بن سعيد، 2958.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وجه الاستدلال: أنه ﷺ شرط في الصدقة الإمضاء وهو الإقباض حتى تخرج عن حكم المال الموروث، والهبة في ذلك كالصدقة .

ونوقش هذا الاستدلال: قال ابن حزم: (إن الإمضاء هو شيء آخر غير التصديق والإعطاء، ولا جاء ذلك قط في لغة، بل كل تصديق وإعطاء إعطاء، فاللفظ بهما إمضاء، وإخراج لهما عن ملكه كما أن الأكل نفسه هو الإفناء، واللباس هو الإبلاء.....)

5_ حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ أهدى النجاشي هدية من مسك، فردت إلى النبي ﷺ، لكون النبي مات قبل أن تصل إليه، فقسمها النبي بين أزواجه، ولو كانت الهبة تلزم بالعقد لما أخذ النبي ﷺ الهبة، ولأعطاها النجاشي⁽¹⁾ .

ونوقش هذا الاستدلال على تسليم ثبوت الحديث: بأن العقد في هذه الحالة لم يقع؛ لكون القبول لم يحصل من النجاشي، ومادام العقد في هذه الحالة لم يقع؛ لكون القبول لم يحصل من النجاشي، وما دام العقد لم يقع، فلا يسمى فعل النبي ﷺ ذلك فسخا، لكون الفسخ لا يكون إلا لعقد قد تم .

6_ ما ورد عن الصحابة: ان الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها⁽²⁾ .

ونوقش: بأن هذا إنما ورد في هبة الثواب .

7_ ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة رضي الله عنها جزاذا عشرين وسقا من ماله بالغبابة، فلما حضرته الوفاة قال: (والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله.....)

وجه الدلالة: قوله: (فلو جددتيه، واحتزتيه كان لك ذلك)، يقتضي أن القبض شرط في لزوم الهبة .

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه :

1- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص241/244.

2- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص49. ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص241/244.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الوجه الأول: أن هذا مجرد عدة، وليست من الهبة المعروفة؛ لأنها ليست في معين من النخل ولا معين من التمر.

وأجيب بأمرين: الأمر الأول: على التسليم بأنها عدة، فالإيفاء بالوعد واجب، وإخلافه محرم ومن صفات المنافقين.

الأمر الثاني: قوله ليست في معين من النخل، ولا معين من التمر، لا يلزم منه عدم صحة الهبة؛ إذا الهبة للمجهول والمعدوم صحيحة، فالمبهم من باب أولى.

الوجه الثاني: على التسليم بأن هذا من الهبة، فإن أبا بكر رضي الله عنه استرد هذه الهبة بإذن عائشة رضي الله عنها، لا أن الهبة لم تتم باللفظ، ويدل لهذا: ما رواه عبد الرزاق ابن جريح أخبرني ابن أبي مليكة أن القاسم بن محمد، أخبره أن أبا بكر الصديق قال لعائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: (يا بنية إني نحلته نحلتي من خيبر، وإني أخاف أن أكون آثرتك على ولدي، وإنك لم تكوني احتزتيه فريده على ولدي، فقالت: يا أبتاه لو كانت لي خيبر بجداها لرددتها) (1).

الوجه الثالث: أنه مخالف لظاهر السنة في لزوم الهبة بمجرد العقد.

8_ ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (...من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل) (2).

9_ ما رواه ابن أبي شيبة عن سفيان، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: (شكي ذلك إلى عثمان أن الولد إذا كان صغيرا لا يجوز، فرأى أن أباه إذا وهب له وأشهد جاز).

1- من مصنف عبد الرزاق (102/9)، وأخرجه البيهقي (170/6) من طريق حنظله بن أبي سفيان عن القاسم به بنحوه، وتقدم تخريجه قريبا بإسناد صحيح.

2- الموطأ في كتاب الأقضية، باب ما لم يجوز من النحل (753/2) إسناده صحيح. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الوصايا، باب النحل 102/9 من طريق عروة بن الزبير، أخبرني المسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن عبد القاري أنهما سمعا عمر بنحوه.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ونوقش: قال ابن حزم: (وبقيت الرواية عن عمر وعثمان فهي حجة، إلا أنهما اختلفا فعمر عم كل موهوب، وعثمان خص من ذلك صغار الولد، وإنما هو رأي من رأيهما اختلفا فيه لا تقوم به حجة على أحد).

10_ ما رواه ابن حزم من طريق ابن وهب، عن الحارث بن نبهان، عن محمد بن عبيد الله وهو العرزمي، عن عمرو بن شعيب، وابن أبي مليكة (أن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر قالوا لا تجوز صدقة حتى تقبض)

وجه الدلالة: إذا كانت الصدقة لا تجوز حتى تقبض، فالهبة من باب أولى .

ثالثا: شرط القبض وكيفيته

1_ شرط القبض :

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في اشتراط إذن الواهب في قبض العين الموهوب على قولين :

-القول الأول: أنه لا يشترط إذن الواهب في قبض العين الموهوب .وهو قول المالكية ،وابن حزم (1).

-القول الثاني: أنه يشترط إذن الواهب لقبض الهبة .

فإن قبضها بغير إذنه لم تتم الهبة ،ولم يصح القبض .وهو مذهب الحنفية والشافعية،والحنابلة (2).

وأجاز الحنفية قبضها بغير إذن صريح _استحسانا_ إذا حصل ذلك في المجلس بحضرة الواهب ولم ينهه عن ذلك لدلالة هذا الإذن بالقبض الذي هو معنى الإيجاب في الهبة ،والثابت نصا .وبعد الافتراق من المجلس لابد من الإذن .

وخالفهم الشافعية والحنابلة في ذلك : (لأن التسليم غير مستحق على الواهب ،فلا يصح التسليم إلا بإذنه ،كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم الثمن)(3)

1-ابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم،المحلى ،ج9،ادارة الطباعة المنيرة،مصر،بدون سنة النشر،ص127.

2- علاء الدين الكساني،المرجع السابق،ص123.

3-ابن قدامة المقدسي،المرجع السابق،ص242.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهو مقتضى القياس عند الحنفية (1).

الأدلة :

دليل القول الأول :خروج الموهوب من ملك الواهب ،وصيرورته ملكا للموهوب له بالعقد له ،كما تقدم الدليل على ذلك ،وروي عن سيدنا أبي بكر ،وسيدنا عمر ،وسيدنا عثمان ،وسيدنا علي وابن عباس رضي الله عنهم _أنهم قالوا : "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة" ولم يرد عن غيرهم خلافه ؛ولأنها عقد تبرع ،فلو صحت بدون قبض لثبت الموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم ،فتصير عقد ضمان ،وهذا غير مشروع ؛بخلاف الوصية ،لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها ؛إذ لا مطالبة قبل المتبرع ،وهو الموصي ؛لأنه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة ،لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء .(2)

دليل القول الثاني :أن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع ،فلو قبض المشتري المبيع من غير إذن البائع قبل نفاذ الثمن كان للبائع حق الاسترداد ،فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض ،والهبة لا صحة لها بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض ،فلما كان الإذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ؛ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن ،وإن لم يكن ركنا على حقيقة فيشبه القبول في (باب البيع) ،ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه ،فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضا ،والإذن نوعان :صریح ،ودلالته .

أما الصريح فنحو أن يقول :اقبض ،أو أذنت لك بالقبض ،أو رضيت ،وما يجري هذا المجري ،فيجوز قبضه ،سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته ،استحسانا ،والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس ،وهو قول زفر رحمه الله ؛لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه ،فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس ؛كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان الواهب ؛كالقبول في (باب البيع) .

1-علاء الدين الكساني،المرجع السابق،ص123

2- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج 8،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ط2، 2003،ص105.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وجه الاستحسان ما روي أن الرسول ﷺ حمل إليه ست بدايات فجعلن يزدلفن إليه ،فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة ،وقال:(من شاء فليقطع)وانصرف فقد أذن لهم رسول الله ﷺ بالقبض بعد الافتراق ،حيث أذن لهم بالقطع، فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الإذن بقبض الموهوب صريحا بمنزلة إذن البائع بقبض المبيع ،وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا .

وأما الدلالة فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ،ولا ينهاه الواهب ،فيجوز قبضه استحسانا،والقياس أن لا يجوز ،كما لا يجوز بعد الافتراق ،وهو قول زفر،وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات .(1)

ولو قبض المشتري المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن ،لم يجر قبضه ؛قياسا واستحسانا ،حتى كان له أن يسترد ،وفي البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ،ذكرناهما في البيوع .

وجه القياس أن القبض ركن في الهبة ؛كالقبول فيها ،فلا يجوز من غير إذن ؛كالقبول في باب البيع.

وجه الاستحسان :أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة ؛لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض ،لأنه دليل قصد التمليك ،ولا ثبوت للملك إلا بالقبض،فكان الإقدام على الإيجاب إذنا بالقبض، دلالة ،والثابت دلالة كالثابت نصا،بخلاف ما بعد الافتراق ،لأن الإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس ،لا بعد الافتراق ؛ولأن للقبض في باب الهبة شيئا بالركن ،فيشبهه القبول في باب البيع يكون إذنا بالقبول في المجلس ،لا بعد الافتراق ،فكذا إيجاب الهبة يكون إذنا بالقبض [في المجلس]،لا بعد الافتراق .

ولو وهب شيئا متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة ؛كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر،أو الشجر دون الأرض ،أو حلية السيف دون السيف، أو الفقيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم ؛وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ،ففصل وقبض .

1-الكساني،المرجع السابق،ص107.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض، سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته؛ ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب، ولم يوجد ههنا، لأن الإيجاب لم يقع صحيحا حين وجوده، فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض، وإن قبض بإذنه يجوز استحسانا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، بناء على أن العقد إذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتتمل الجواز عنده بحال؛ لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا، وعندنا يحتتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصورا على الحال، أو من حين وجود العقد بطريق البيان. ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض؛ لكون دلالة قصده تملك ما هو ملكه من الموهوب له، وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين، لا تصح دلالة الإذن بقبضه، لأن دلالاته بواسطة دلالة قصد التملك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض؛ لأنه إذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب، فيصير بقبض العين قابضا للواهب أولا، ويصير المقبوض ملكا له أولا، ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب، فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهبا ملك نفسه، والموهوب له قابضا ملك الواهب، فصحت الهبة والقبض، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض، بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه [الدين]، فلم تصح الهبة فيه.

كيفية القبض: قبض الهبة ينقسم إلى أقسام:

القسم الأول: قبض العقار.

اتفق العلماء على أن قبض العقار يكون بالتخلية⁽¹⁾.

والقسم الثاني: قبض المكيلات، والموزونات، وما ألحق بها كالمذروعات، والمعدودات. وله حالتان:

الحالة الأولى: أن توهب مقدرة بكيل أو وزن..... ونحويهما: واختلف الفقهاء في كيفية قبضهما في هذه الحال على قولين:

1-الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج5، ص244.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

القول الأول: أن قبض المكيل في هذه الحالة يحصل بكيهه، وقبض الموزون يكون بوزنه، والمعدودة بعده، والمذروع بذرعه.

وهذا هو قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة في المعتمد من مذهبهم (1)، وزاد الشافعية شرط نقله إلى مكان لا يختص بالواهب (2).

القول الثاني: أن القبض المكيل والموزون والمعدود والمذروع يكون بالتخلية .

وهذا هو قول الحنفية (3)، وهو رواية عند الحنابلة إذا تم تمييزه (4).

الحالة الثانية: أن توهب جزافاً: وفي هذه الحال اختلف الفقهاء في كيفية قبضه على قولين :

القول الأول: أن قبضه يكون بنقله، وتحويله إلى مكان آخر . وهذا قول الشافعية، وجمهور الحنابلة (5).

القول الثاني: أن القبض ما بيع جزافاً يكون بالتخلية .

وهذا قول الحنفية، والمالكية، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة، إذا ميز عن غيره .

القسم الثالث: قبض بقية المنقولات كالنقود، والعروض، والحيوانات، والمراكب الأخرى كالسيارات، ونحوها .

اختلف الفقهاء في كيفية قبض هذه المنقولات على قولين :

القول الأول: التفصيل في كيفية قبضها حسب جنسها وذلك على النحو الآتي: 1_ قبض الحلي والجواهر يكون بتناولها، وهكذا كل ما يتمكن تناوله .

2_ قبض النقود من أي نوع كانت يكون بتناولها وعدّها .

3_ قبض العروض يكون بنقلها وتحويلها .

1- البهوتي، المرجع السابق، ج3، ص236.

2- الماوردي البصري، المرجع السابق، ج6، ص275.

3- الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج5، ص244.

4- المرادوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، بدون معلومات النشر، ص294.

5- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج6، ص187.

4_ قبض الحيوانات يكون بسوقها ، أو قيادتها .

وبه قال المالكية والشافعية ، والحنابلة.

القول الثاني : أن قبض ذلك كله يكون بالتخلية.

وهذا هو قول الحنفية⁽¹⁾ ، وبعض الحنابلة⁽²⁾ ، وهو قول عند الشافعية في نقل الضمان إلى المشتري دون التصرف.

الفرع الثاني: اثر الجنون والموت قبل القبض على صحة الهبة

أولاً: أثر الجنون والإغماء قبل القبض على صحة الهبة :

إذا أغمي أو جن الواهب ، أو الموهوب له قبل قبض الهبة ، فاختلف العلماء رحمهم الله تعالى في أثر ذلك على الهبة في قولين :

القول الأول : أن الهبة لا تبطل بجنون ، أو إغماء الواهب ، أو الموهوب له .
وهو قول جمهور أهل العلم⁽³⁾.

ولكن عند المالكية : إن اتصل الجنون والإغماء بموت الواهب بطلت ، وإن صح لم تبطل وحجته:

1_ ما تقدم من الأدلة على صحة الهبة بالإيجاب والقبول ، والأصل بقاء الصحة ، فلا يصار إلى البطلان إلا بدليل .

2_ القياس على النوم فلا تبطل الهبة بالجنون والإغماء ، كما لا تبطل بالنوم

3_ أن الهبة قبل القبض عقد جائز ، فلا تبطل بالإغماء ، كالوكالة⁽⁴⁾ .

القول الثاني : أن الهبة تبطل بالإغماء .

1- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع نفسه، ج5، ص244.

2- ابن قدامة المقدسي ، المرجع نفسه، ج8، ص176.

3- ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق، ج8، ص244. ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج6، ص227.

4- نفس المرجع السابق، ج8، ص244.

هذا القول الثاني عند الشافعية (1).

وحجته: القياس على الوكالة، فتبطل الهبة بالإغماء قبل القبض كما تبطل الوكالة، بجامع أن كلا منهما عقد جائز (2).

ونوقش: بعدم تسليم أن الوكالة تبطل بالإغماء، فثمة فرق بين الوكالة والهبة، فإن الهبة تتول إلى اللزوم فلم تنفسخ بالإغماء، كالبيع الجائز، بخلاف الوكالة.

ثانياً: أثر الموت قبل القبض على صحة الهبة

1_ موت الواهب قبل قبض الهبة:

إذا مات الواهب قبل قبض الموهوب له الهبة بعد الإيجاب والقبول، فاختلف العلماء رجمهم الله في بطلان الهبة من عدمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم بطلان الهبة. وهو قول جمهور أهل العلم (3)، فيتخير الوارث بين الإقباض من عدمه.

وعند الظاهرية: العقد لازم، وعليه يلزم الوارث بإقباض الهبة للموهوب له.

وحجته: أن عقد ماله إلى اللزوم، فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار.

أن الأصل بقاء صحة العقد لوجود الإيجاب والقبول، فلا يصار إلى الإبطال إلا بدليل.

القول الثاني: أنه إذا مات الواهب قبل الحوز، فإنها تبطل إلا إذا كان الموهوب له طلب الهبة من الواهب، فامتنع من دفعها له فجد في تحصيل القبض فلم يتمكن منه حتى مات الواهب، فلا تبطل، وكذلك إذا جدد الواهب الهبة، وأقام الموهوب له بينه وسعى في تزكية شهود الهبة، فمات الواهب قبل التزكية. وبه قال المالكية.

1- النووي محي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، المكتبة الإسلامية، ط3، 1991، ص375.

2- محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص401.

3- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ج3، ص695.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

القول الثالث: أن الهبة تبطل مطلقا بموت الواهب .وبه قال بعض المالكية، وبعض الشافعية .وعللو :بأن العقد جائز .

ونوقش :بأن كونه جائزا لا يلزم منه بطلانه بالموت .

الترجيح :الراجح هو قول جمهور أهل العلم ؛إذ الأصل صحة العقد ،وما ذكره المالكية من تفصيل لا دليل عليه .

2_ إذا مات الموهوب له بعد القبول ،وقبل القبض :

إذا قبل الموهوب له الهبة ثبت له حق في قبضتها ،فإذا قبضها لزمته الهبة اتفاقا كما سبق ،فلو مات قبل القبض ،فهل يبطل العقد بموته ،فلا يكون للورثة حق القبض ،أو لا يبطل العقد بموته فيقوم الوارث مقامه في القبض ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :أن العقد لا يبطل بموت الموهوب له قبل القبض _القبول_ويقوم الوارث مقامه في القبض .

ذهب إلى ذلك المالكية ،والشافعية في أصح القولين ،وهو قول مخرج عند الحنابلة ،وذهب إليه الظاهرية .

القول الثاني :أن العقد يبطل بموت الموهوب له القبض _بعد القبول_ فلا يكون للوارث حق القبض .

ذهب إلى ذلك الحنفية ⁽¹⁾،والشافعية في أحد القولين ⁽²⁾،وبه قال الحنابلة ⁽³⁾ .

الأدلة :

1- شمس الدين السرخسي،المرجع السابق،ص56.

2- محمد الزحيلي،المرجع السابق،ج1،ص447.

3-ابن قدامة المقدسي،المغني،المرجع السابق،ج8،ص243.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أدلة القول الأول: _استدل المالكية لذلك: بأن الهبة تلزم بمجرد الإيجاب والقبول من غير قبض، وإنما القبض شرط في نفوذها وتامها في الجملة _ كما سبق تحريره قريباً _، وحيث كانت عقدا لازماً فإنها لا تبطل بالموت كالباع، وتقدمت الأدلة على لزوم عقد الهبة بالإيجاب والقبول .
_استدل من ذهب إلى هذا القول من الشافعية والحنابلة: بأن الهبة وإن لم تلزم إلا بالقبض إلا أنها لا تبطل بالموت قبله؛ لأنها عقد مآله إلى اللزوم فلم يبطل بالموت، كالباع بشرط الخيار (1).

_أما الظاهرية: فإن الهبة عندهم تتم باللفظ، ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها أصلاً (2)، فإذا مات الموهوب له ورثها الوارث كسائر الأملاك.

أدلة القول الثاني: _أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فإذا مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة .

وذلك: أنها عقد جائز فبطلت بالموت كالوكالة والشركة (3).

نوقش هذا الدليل: بأن الهبة وإن لم تلزم إلا بالقبض، إلا أن مآلها إلى اللزوم، فلم تبطل بالموت، كالباع بشرط الخيار، فخلافاً للوكالة والشركة؛ فإنها لا تتول إلى اللزوم.

_أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، فكان القبض فيها كالقبول في البيع من حيث إن الملك يثبت به وكما أن موت من أوجب له البيع قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة (4).

ويناقش هذا الدليل: بأنه قياس مع الفارق؛ ذلك أن القبول في البيع ركن من أركان العقد، فلا ينعقد البيع إلا به، بخلاف القبض في الهبة فإنه شرط الملك ولزوم العقد، وليس ركناً من أركان الهبة؛ بدليل أن عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول كغيره من العقود (5).

1- النووي محي الدين أبو زكريا، المرجع السابق، ج5، ص375.

2- ابي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص120.

3 - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص48.

4- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص303.

5- النووي محي الدين أبو زكريا، المرجع السابق، ج5، ص365.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذا الاستدلال ينتقض على الحنابلة بموت الواهب، فإن مقتضى هذا الاستدلال أن الهبة تبطل بموت الواهب أيضا قبل القبض، وهم لا يقولون به، فيلزمهم على مقتضى هذا الاستدلال: التسوية بين موت الواهب والموهوب له .

الترجيح: الراجح أن الهبة لا تبطل بموت الموهوب له بعد القبول؛ لقوة أدلة هذا القول ووجاهته، وضعف أدلة القول الآخر بما ورد عليها من المناقشة، ولأن الأصل صحة العقد .
فعلى قول الجمهور يقوم الوارث مقام مورثه في القبض .

وعلى رأي المالكية في الجملة، والظاهرية: العقد لازم بالعقد، ويجب على الواهب تسليم الهبة لورثة الموهوب له .

المطلب الثاني

موقف القانون الجزائري من حيابة الهبة

تعريف الحيابة: هي وضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له وتمكينه من السيطرة المادية عليه، ويتحقق ذلك بالتسليم الفعلي من الواهب والتسلم الفعلي من الموهوب له .
وأیضا هي تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له . و نصت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة تتعد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ."

وعليه يستنتج من صياغة المادة 206 من قانون الأسرة: (تتعد الهبة.....، وتتم الحيابة....) أن التشريع الجزائري يعتبر الحيابة (ركن في الهبة) على غرار ما ذهب إليه بعض التشريعات المقارنة مثل القانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة 506 والقانون المدني العراقي المادة 603 حيث أن الهبة في هذين التشريعين لا تتم إلا بالقبض (التسليم) إذ التسليم فيهما ركن في الهبة لا التزام يقع على عاتق الواهب⁽¹⁾ .

1- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 152.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويستفاد منها أيضا أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات التي من طبيعتها تتطلب إجراءات خاصة، وهذا النص يعني أن الهبة تشمل العقار والمنقول.

أولا: الحيابة في العقار (1)

فالحيابة في العقار يكون بتسليمه وذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له لأن يتخلى الواهب عنه إلى الموهوب له فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها وأن يخرج منها أثاثه وكل الأمتعة التي فيها، وأن يسلم مفاتيحها إلى الموهوب له وإن كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يخرج منها وأن يتركها ويأخذ كل ماله منها، سواء من حيوانات أو آلات أو عتاد فلاحي، ثم يمكن الواهب الموهوب له من الاستيلاء على العقار المذكور حتى يتمكن من الدخول فيه واستغلاله من دون أي تعرض كان، وبهذا يتم القبض في العقار وتصبح الهبة تامة وفق ما تقضي به المادة 206 من قانون الأسرة المذكور أعلاه والتوثيق والتسجيل لا يكفيان في القبض، بل لابد من إتمام الحيابة ولا تغني الحيابة عن الرسمية كما لا تغني الرسمية عن الحيابة، فهما شيان متلازمان يشكلان مجتمعين تمام الهبة وإلا فلا تعتبر الهبة تامة إذا تخلف أحدهما .

حكم الحيابة في العقار (2):

باعتبار الهبة من العقود العينية، فإن الحيابة أي التسليم هو شرط لإتمام العقد. وهذا ما نصت عليه المادة 206⁽³⁾ "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات".

إن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 206، أوجب على الواهب زيادة على الرسمية تسليم الشيء الموهوب أيضا وتمكينه من حيازته، ويكون هنا نقل للملكية تاما مع كل ما ينتجه من حقوق، فللواهب الحق في التصرف فيه من بيع أو استغلال أو إيجار .

1- محمد احمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص224.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص10.

3- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها عندما اشترطت الحيابة والرسمية معا. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28/02/1995 تحت رقم 114346 يقضي بوجود اجتماع الرسمية والحيابة معا في هبة العقار، ولا تغني الرسمية عن الحيابة ولا تغني إحداها عن الأخرى (قرار غير منشور).

إن قانون الأسرة عندما اعتبر شرط لزوم الحيابة كان هذا ليس إلا تطبيقا لما جاء في ديننا الحنيف ما روي عن الرسول ﷺ "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة" وهذا لأن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز .

إن القضاء سار في هذا الشأن على أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا قبل صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 اعتبر الحيابة شرط لزوم أي ركن لصحة العقد بمفهوم المادة 206 منه.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، إذا جاء في قرار لها صادر بتاريخ 21/04/1986 أنه من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيابة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة.

وتأسيسا على ما تقدم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيابة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيابة الفعلية واستثناء لقاعدة الحيابة هو ما أدرجته المادة 208 فيما يتعلق بالهبة بين الزوجين والتي جاء نصها كالتالي: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة". وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 28/03/2001 عندما اعتبرت أن قضاة الموضوع لما قضوا بطرد الزوجة الأولى من المسكن الموهوب، واحتراما لإرادة الواهب طبقا لأحكام المادة 208 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون.⁽¹⁾

وقد عززت تطبيق هذه المادة، في نزاع طرح عليه أين قضى المجلس الأعلى في قرار له صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 19/02/1990 "أنه من المقرر فقها أن الهبة

1- نشرة القضاء العدد 57 قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 258390 بتاريخ 28/03/2001 ص 213.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تلتزم بالقول وتتم بالحوز ،وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز حتى حصول المانع ومات الواهب ،فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها ،ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير مؤسس يستوجب رفضه".

كانت الحالة السابقة لموهوب له لم يكن حائز على الشيء الموهوب إلا بعد وفاة الواهب وهناك حالات أخرى عندما يكون الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة ،إن القانون يعتبرها حياة وفقا لنص المادة 207 من قانون الأسرة ،وكان لهذه الحالة تطبيق للقضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/06/07.

أين جاء فيه من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بين الموهوب له قبل الهبة، اعتبر حائزا ،وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك.

ومن ثم فإن قانون الأسرة ،لم يحدد للحيازة مدة معينة ،وأن قضاة المجلس كانوا على صواب ،عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا ،باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة .

ثانيا :الحيازة في المنقول (1):

إذا كان المنقول من المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة فإن الحيازة فيها هو الآخر يتطلب القيام بهذه الإجراءات بجانب تسلمها وحيازتها من قبل الموهوب له، وذلك كالسفن والزوارق والسيارات و الجرارات وما في حكمها كالدراجات النارية وبعض الآلات ،وكذلك الأسهم الاسمية فلا تتم الهبة إلا بالحيازة باعتبار أنها شرط تمام ،أما المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع إلى الإجراءات الخاصة ،فإنها تتم الحيازة ،وذلك بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب من قبل الواهب إلى الموهوب له .

وهو ما يسمى بالهبة اليدوية ،وهي الهبة التي تقع على أشياء قابلة للنقل دون قيد أو عقد أو توثيق ،كالكتب والحلي والمجوهرات والساعات والأشياء المادية ذات القيمة المالية أو الرمزية أو المعنوية والآلات الإلكترونية ومختلف الحيوانات.

1- محمد احمد تقيّة، المرجع السابق ،ص24

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وعند الملكية الحيوان وكل ما ينقل، ويحول فإن الحيابة فيه تتم بأن يقبضه المعطي ويخرج من يد المعطي، ويتمكن من الانتفاع به، فإن كان ثوبا منع المعطي من لبسه وانفراد المعطي بلبسه وإمساكه .

وإن كان من المتاع الذي يستعمل فقبضه منع المعطي من استعماله على وجه ينفرد به . ويستفاد من هذا أن الحيابة تتم، بحيابة المنقول واستعماله والانتفاع به، وذلك بتخصيصه للموهوب له لينتفع به .

فالحيابة في هذه المنقولات تتم بالتسليم الفعلي للموهوب، وذلك بأن يضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له، ليمكن هذا الأخير من حيابته والانتفاع به من دون عائق، ولو أن الموهوب له لم يستول على المنقول بالفعل، استيلاء ماديا مادام أنه قد أعلم بوضع المنقول تحت تصرفه وأن في إمكانه الاستيلاء عليه من دون عائق، فإن هذا يكفي لإتمام الحيابة أو القبض في الهبة، وكل ما يشترط في هذا النوع من المنقولات لإتمام الهبة الحيابة، فإذا حاز الموهوب له المال الموهوب تمت الهبة وإلا فتكون كأن لم تكن .

ويجوز أن تكون الحيابة حكمية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 207 قانون الأسرة بقولها: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة فتعتبر الحيابة قد تمت، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا، فالحيابة حسب هذه المادة تكون قد تمت فعلا وحكما، إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له، إما على سبيل الإعارة أو الوديعة مثلا، أو أن الشيء الموهوب يكون تحت يد شخص ثالث وهو الغير وهو ليس الواهب أو الموهوب له، فيجب على الواهب إخبار الموهوب له وبمجرد الإخبار بأن الشيء المذكور وهب له فيصبح جائزا حكما وقد يغني التوثيق والإجراءات الإدارية عن الحيابة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا مثل ما نصت عليه المادة 208 من قانون الأسرة .

وهي الحالات الثلاث التي نصت عليها المادة بقولها: إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تعنى عن الحيابة ويضع

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الموهوب له يده على الشيء الموهوب له يده على الشيء الموهوب ،إما بنفسه ،أو بواسطة وكيل عنه إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه فإن الحيابة تنفذ بواسطة ممثله القانوني .

حكم الحيابة في المنقول :

عملا بالقاعدة المعروفة : " الحيابة في المنقول سند الملكية "

إن المشرع الجزائري في المادة 206 نص على أنه : "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول ،

وتتم الحيابة والإجراءات الخاصة في المنقولات "معناه على الواهب تسليم المنقول إلى الموهوب له وتمكينه من الحيابة . إن تسليم الشيء الموهوب وحيابته ،يكون حسب طبيعة الشيء الموهوب ذلك أن بعض المنقولات لا تكون فيها الحيابة إلا بعد إتمام الإجراءات الخاصة بها والمنصوصة قانونا ،وإلا وقعت تحت طائلة البطلان وهذا ما قد سبق التطرق إليه في الهبات التي تقع على السفن أو أسهم منها .

وعدا ما نص عليه قانون خاص بالمنقول من وجوب إضفاء الشكل الرسمي ،فإنه في الغالب فإن حيابة الموهوب له للمنقولات يكون إما :

_التسليم الفعلي للشيء الموهوب :

ومعناه أن يوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له ،بحيث يتمكن من حيابته والانتفاع به دون أي عائق ،وهكذا نكون أمام انتقال فعلي للملكية من الواهب إلى الموهوب له ،أي الموهوب له ،أي تسليما فعليا من الموهوب للشيء الموهوب ،ونكون هنا أمام هبة يدوية .

_القبض في الهبة اليدوية :

فيتناول الواهب له المنقول الموهوب يدا بيد ،و تنتقل بذلك فتتم الهبة بالقبض ،وهذا عندما تكون طبيعة المنقول تسمح بمناولته مادية .ومثال ذلك عندما تهب الجدة لحفيدتها مجوهراتها

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الناذرة، أو عندما يهب الجد جميع كتب طفولته لأحفاده. فإذا قبضها الموهوب له نكون أمام قبض فعلي للهبة التي وقعت على منقول مادي. (1)

وقد تكون محلا للهبة اليدوية والمنقولات العينية كما في حوالة الدين. وتكون الحوالة على سبيل التبرع، و يعتبر سند الدين الذي يتسلمه الموهوب له بمثابة قبض .

_التسليم الحكمي :

وهذه الصورة للتسليم جاءت بها المادة 207 من قانون الأسرة، أين يكون الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة فيعتبر حائزا، كالمستأجر عندما يتنازل الواهب له بالملكية مثلا. وقد يكون الشيء الموهوب عند الغير، فيجب إخبار هذا الغير بذلك، أي بعبارة أخرى إذا كان الشيء الموهوب قبل الهبة لدى الغير، فعلى الواهب إخبار هذا الغير لتمكين الموهوب له من الحيابة. وهذا ما أقرته المادة 811 من القانون المدني الجزائري: "تنتقل الحيابة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان باستطاعة من انتقلت إليه الحيابة أن يسيطر على حق ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق "

وقد يبقى المنقول في حيابة الواهب بعد الهبة، ليس كمالك في المثال السابق بل كمستأجر، وهذا ما جاء في صميم المادة 812 يجوز نقل الحيابة دون تسليم مادي، إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيابة، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه ."

وفي التسليم الحكمي أيضا جاء نص المادة 208 بحالات وهي :

1_ أن يكون الواهب ولي الموهوب له

2_ أو زوجه

3_ أو أن يكون الموهوب شائعا (في الشيوخ).

1- عبد الرزاق احمد السنهوري، ص58.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويضع الموهوب له يده على الشيء الموهوب إما بنفسه أو بواسطة وكيل عنه ،إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه ،فإن الحيابة تنفذ بواسطة ممثله القانوني .

ومثال ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/02/1992 غير منشور ملف رقم 81196 إن إقامة الموهوب لهم في الأملاك وقت الهبة وكونهم أبناء قصر أو زوجة للواهب يقوم مقام الحيابة الفعلية زيادة عن اتخاذ جميع الإجراءات الرسمية والإدارية المطلوبة لذلك .

_الوعد بالهبة:

إن قانون الأسرة لم ينظم الوعد بالهبة في نص خاص به ،كما كان الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي خصص مادة في باب الهبة وهي المادة 490 الوعد بالهبة لا ينعقد إلا كان بورقة رسمية "

إن وجود هذه المظاهر عمت في الوسط الجزائري ،إذ ان بعض الأشخاص يلجأ لهذا التصرف ،إذ يطلبون من الموثق تحرير لهم عقد بذلك ،والسؤال الذي يطرح نفسه ،هل يجوز أن يكون الوعد بالهبة في محرر رسمي؟

هناك من يرى أنه لا مانع من تحرير هذا العقد أمام الموثق شأنه شأن سائر العقود كالوعد بالبيع مثلا ،إضافة إلى عدم وجود نص يمنع ذلك عملا بالقاعدة الغير ممنوع قانونا مباح . وهناك رأي مخالف تماما لهذا الرأي ويرى عدم جواز ذلك باعتبار أن الهبة من العقود التي تتم بصورة منجزة وفورية .(1)

كيف تتم حيابة المال الموهوب :

تتم بوضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه .فإذا كان الشيء الموهوب في حيابة الموهوب له قبل الهبة ،بموجب عقد إيجار أو عارية أو ودیعة أو رهن حيازي أو نحو ذلك ،ثم تتم الهبة ،كان الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت تمام الهبة ،ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم .وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن

1-حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ،ص25

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يبقى الموهوب في حيازته، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن، بل كمالك له عن طريق الهبة، فبتغيير نية الموهوب له حيازته للموهوب، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت .

ويتم الاستغناء عن الحيازة التي تعد ركن في عقد الهبة: وذلك ما نصت عليه المادة 208 من قانون الأسرة على ذلك بقولها: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية {تغني عن الحيازة} ". وتحليل هذا النص يقتضي منا التمييز بين العقارات والمنقولات :

بالنسبة للعقارات: إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو في حالة ما إذا كان العقار الموهوب له، أو زوجه أو في حالة ما إذا كان العقار الموهوب مشاعا، فإن إجراءات توثيق عقد الهبة وذلك بصبه في قالب رسمي أمام الموثق، تغني عن الحيازة.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 58 700 المؤرخ في 19/02/1990 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 عدد 04 ص 113 من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز .

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

فإذا انصبت الهبة على سيارة مثلا فإن الإجراءات الإدارية المتمثلة في استخراج البطاقة الرمادية تغني عن الحيازة حتى ولو لم يتم استعمالها من قبل الموهوب له .

وكذلك الشأن بالنسبة لهبة الأموال النقدية عندما يفتح بشأنها حساب بنكي خاص للموهوب له

ثالثا: الحيازة في الهبة اليدوية :

نصت المادة 205 من قانون الأسرة على: "أنه يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير ."

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويستفاد من هذا النص أنه يصح أن تكون المنقولات المادية والمعنوية محلا للهبة اليدوية بشرط ألا يكون هذا النوع من المنقولات يتطلب إجراءات خاصة.

هذا النوع من المنقولات الذي يكون محلا للهبة اليدوية هو مثل النقود والمجوهرات والكتب وكثير من الأجهزة الإلكترونية والألبسة، والسند لحامله والسندات للإذن وغيرها من المنقولات المادية والمعنوية، مثل أن ترد الهبة على ديون لدى الغير.

فإذا وهب شخص لآخر نقودا أو مجوهرات أو وهب الأب جهازا لأبنته، وثم قبض ذلك تمت الهبة اليدوية .

ويجوز أن تقع الهبة على حق الانتفاع دون الرقبة في الكتب والمجوهرات أو على الرقبة دون حق المنفعة، وتتم الهبة اليدوية في هذه الأحوال بقبض الموهوب له الكتب أو المجوهرات على اعتبار أن المقبوض هو الملكية الكاملة أو حق الانتفاع وحده أو حق الرقبة وحدها .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية في القانون الجزائري كالقانون المصري على السندات، سواء كانت لحاملها أو لأذن سندات اسمية، فهذه كلها منقولات معنوية، يقبضها الموهوب له بالتسليم الفعلي في السندات لحاملها، وبالتظهير مع التسليم في السندات تحت الإذن، وينقل السند إلى اسمه بالإجراءات المقررة لذلك مع تسليم السندات الاسمية .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية في التقنين الجزائري كما في التقنين المصري على الديون، وإن كانت منقولات معنوية، فيجوز إذن أن يحول لدائن أجنبي الدين الذي له في ذمة المدين وفقا للإجراءات المقررة في حوالة الحق، وتكون الحوالة على سبيل التبرع ثم يتسلم الموهوب له سند الدين وهذا هو القبض .

أما في فرنسا فلا ترد الهبة اليدوية على الديون لأنها غير قابلة للقبض، كما أنها لا ترد على السندات لحاملها دون غيرها لأنها في حكم المنقولات المادية ولا ترد على السندات تحت الإذن ولا على السندات الاسمية.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويلاحظ أن حقوق الملكية الفكرية، كحق المؤلف، وبراءة الاختراع، والعلامات التجارية، لا ترد عليها الهبات اليدوية لأنها تخضع لقوانين خاصة وفقا لما تنص عليه المادة 687 من قانون المدني الجزائري.

ويقول الأستاذ السنهوري، ولكن ذلك لا يمنع من أن ترد الهبة اليدوية على إنتاج هذه الملكية وإن كانت منقولا، فترد على كتاب معين بالذات ونتاج حق المؤلف، أو على تمثال أو على صورة زيتية، أو نحو ذلك، وهذا هو نتاج حق الفنان، وكذلك البضائع التي يحتويها المتجر، أما المنقولات كالعلامة التجارية وبراءة الاختراع، فلا تصلح محلا للهبة اليدوية .

وجوب الحيابة أو التسليم في الهبات اليدوية :

لا يشترط في الهبات اليدوية أي إجراء، فلا يشترط أن تكون بالكتابة، ولكن شرطها الأساسي هو أن يحصل التنازل أو التسليم من يد ليد، أو الحيابة بالفعل، وهذا الشرط هو الذي يقوم مقام المحرر الرسمي في الهبات الأخرى فإذا لم يحصل التسلم بالفعل فلا بد فيها من تحرير ورقة رسمية.

ويلاحظ كما قال الأستاذ محمد كامل مرسي⁽¹⁾ أن الهبة اليدوية معفاة فقط من شرط رسمية العقد، ولكن يجب أن تتوفر فيها كل الشروط الأخرى الخاصة بالهبة مثل شرط الهبة ونية التبرع..... إلخ.

الإثبات في الهبة اليدوية :

بما أن القاعدة العامة تنص على أن الحيابة في المنقول سند الملكية، فإن ادعى شخص أن الشيء الذي في يد غيره موهوب له، فعليه أن يثبت ذلك.

وكذلك إذا حاز شخص منقولا أعطى له بصفة هبة يدوية، فعلى من ينازعه في ملكيته أن يثبت دعواه، ولكن يجب أن تتوفر في الحيابة شروطها، بأن تكون هادئة ظاهرة..... إلخ فإذا ادعى

1- هو الدكتور محمد كامل مرسي، علامة بالقانون، مصري، ولد سنة 1889م بسوهاج، من كتبه المجموعة المدنية المصرية...، توفي سنة 1957.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

خادم بعد وفاة سيده أن الأشياء المنقولة التي في حيازته وهبها له سيده هبة يدوية، فعليه أن يثبت دعواه لأن حيازته غامضة فصفته موجبة للشك في حيازته، ذلك أن من أهم عيوب الحيازة الغموض والخفاء، وهذه العيوب وقائع مادية يستطيع أن يثبتها من يدعي بجميع الطرق، بما في ذلك البيينة والقرائن، ومن القرائن على غموض الحيازة أن يكون الحائز مساكنا للمورث عند موته، فإذا وجد المنقول في حيازته شاب الحيازة غموض. إذ المنقول لم يخرج من ملكية المورث، وقد يكون الحائز استولى عليه خلسة أو بغير إرادة صاحبة.

وقد قضت محكمة المنشية بمصر بأن الهبة في المنقول وإن كانت تتم بالقبض إلا أنه بشرط ألا يكون القبض مشكوكا فيه، وإقامة الزوجة مع زوجها في مسكن تجعل وضع يدها على المنقولات الموجودة بالسكن وضع يد مشكوكا فيه.

وفي مثال آخر يدعى شخص أنه وهب آخر منقولا وسلمه إياه وهو يريد الرجوع في الهبة، فينكر الحائز أنه تلقى المنقول هبة. فعلى المدعي الذي يدعي أنه وهب المنقول أن يثبت هذه الهبة في مواجهة الحائز، أما الحائز فلا يكلف بإثبات، لأن الحيازة قرينة على الملكية، ويثبت من يدعي الهبة العقد وفقا للقواعد المقررة في الإثبات، فإذا ازدادت قيمة المنقول على ألف دينار، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها.

وكملخص للفصل الأول:

تعريف الهبة لغة: مصدر وهب. وهي العطية الخالية من الأعيان والأغراض.

لقد اتفق الفقهاء على أن الهبة تملك بلا عوض

أما المشرع الجزائري فعرف الهبة في نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري (الهبة

تمليك بلا عوض....)

أما أركانها فلقد اتفق الفقهاء على أن أركانها هي الواهب والموهوب والموهوب له والصيغة ما عدا الحنفية وضمو لها ركن واحد وهو الصيغة فقط. وفي أركانها المشرع الجزائري أيضا جعل لها أربع أركان وهي: الإيجاب والقبول، الحيازة، شكل الهبة، المحل في عقد الهبة، السبب في عقد الهبة.

الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أنواع الهبة: العطية، الصدقة، الهدية، هبة الثواب.

حكم الهبة: هي مستحبة بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.

وفيما يخص القبض فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القبض عن الهبة إلي قولين القول الأول أن الهبة لا تتم إلا بالقبض مستدلين بحديث عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: (لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: إني أهديت إلي النجاشي أواق من مسك وحلة، وإني لا أراه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه سترد، فإذا ردت إلي فهو لك، أو لكن، فكان كما قال هلك النجاشي فلما ردت إليه الهدية أعطى كل امرأة من نسائه أو قية من ذلك المسك، وأعطى سائره أم سلمة، وأعطاهما الحلة)

وجه الدلالة: أنه لو كانت الهبة تملك قبل القبض لما استجاز الرسول ﷺ أن يملكه

ويتصرف فيه. أما القول الثاني أن الهبة لا تلزم إلا بالعقد أو بالإيجاب والقبول وفي شرح منتهى الإرادات: (وتصح الهبة بعقد، وتملك العين الموهوبة بعقد، أي: بإيجاب وقبول، فالقبض معتبر للزومها، واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها).

أما المشرع الجزائري فتناول الحيابة في نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات". وجعل الحيابة ركن في الهبة.

الفصل الثاني
القبض في الوقف في
الفقه الإسلامي والقانون
الجزائري

لقد اهتم علماء الدين الإسلامي على اختلاف مذاهبهم اهتماما بالغا بالفقه، فكتبوا فيه وجمعوا شتات المسائل، وطرقوا جميع أبوابه ومباحثه. منها باب الوقف نجد الفقهاء كتبوا في باب الوقف قديما وحديثا، وافردوه بالتأليف، وذلك بكل أموره ومسائله، أما في القوانين فتجد نقصا كبيرا في مناقشة موضوع الوقف، وفي هذا الفصل دراسة في المبحث الأول نتناول ماهية الوقف وذلك بالتطرق في المطلب الأول تعريف الوقف ومشروعيته وفي المطلب الثاني أركان الوقف وأنواعه وتناولنا في المبحث الثاني الحيابة والقبض من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وقسمناه كذلك إلى مطلبين المطلب الأول درسنا فيه الحيابة في الفقه الإسلامي والمطلب الثاني الحيابة في القانون الجزائري.

المبحث الأول: ماهية الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الوقف يعتبر من الأعمال الصالحة التي شرعها الإسلام وأمر بها ،ومن الطاعات والقربات التي دعا إليها ورغب فيها أمته المحمدية المؤمنة ،فكان المسلمون في كل مكان وعلى مختلف العهود والأعصار يبادرون إليه ويتسابقون فيه ابتغاء فضل الله ومرضاته ،ورجاء عظيم ثوابه وواسع رحمته ومغفرته وإقتداء بالنبي ﷺ وبالسلف الصالح من أمته ،واستباقا إلى المحامد والمكارم ،والى فعل الخيرات التي يقبل عليها المؤمنون ،ويتنافس فيها العباد الصالحون في كل زمان ومكان ،عملا بقوله تعالى ((لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ))⁽¹⁾، وقوله سبحانه وتعالى ((وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا))⁽²⁾ .

والمشروع الجزائري حاول وضع إطار قانوني يحكم الوقف ،على ضوء الشريعة الإسلامية ،إذ أخذ منها ،ونص في الكثير من الأحيان على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة صراحة فيما لا نص فيه ،لذلك نجد أغلب المواد القانونية المنظمة للوقف تمتزج برأي فقهي معين لذا سنتناول في هذا المبحث دراسة ماهية الوقف في الفقه والقانون الجزائري بالتقسيمه إلى مطلبين في المطلب الأول ندرس تعريف الوقف ومشروعيته وفي المطلب الثاني نتطرق فيه إلى أركان وأنواع الوقف وذلك بدراسة هذا المبحث في إطار الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول، تعريف الوقف ومشروعيته

الفرع الأول: تعريف الوقف

الوقف و التحبب والتسبيل بمعنى واحد ،وهو لغة :الحبس عن التصرف . يقال وقفت كذا: أي حبسته،ولا يقال أوقفته وعليها العامة.ويقال: أحبس ولا حبس ،عكس وقف ،فالأولى فصيحة،والثانية رديئة .ومنه :الموقف لحبس الناس فيه للحساب.ثم اشتهر إطلاق⁽³⁾

1- سورة آل عمران ،الآية 92.

2-سورة المزمل،الآية 20.

3- وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،ج8،ط2،دار الفكر،دمشق ،1985،ص 153

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف . ويعبر عن الوقف بالحبس، ويقال في المغرب وزير الأحباس .

وقال السرخسي: أن الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف إيقافا ووقف يقف وقفا. (1)

وفي لسان العرب الحبس بالضم: ما وقف، وحبس الفرس في سبيل الله وأحبسه، فهو محتبس وحبيس، والأنثى حبيسة، والجمع: حبائس... (2)

وفي الحديث: ذلك حبيس في سبيل الله، أي موقوف على الغزاة يركبونه في الجهاد، والحبيس: فعيل بمعنى مفعول، وكل حبس بوجه من الوجوه حبيس....

كما قال النبي ﷺ: لعمر في نخل له أراد أن يتقرب بصدقته إلى الله عز وجل، فقال له: ((حبس الأصل، وسبل الثمرة)) (3). أي اجعله وقفا حبسا، ومعنى تحبيسه أن لا يورث ولا يباع ولا يوهب ولكن يترك أصله، ويجعل ثمره في سبيل الخير.....

والوقف شرعا له في المذاهب تعاريف ثلاثة :

التعريف الأول لأبي حنيفة: وهو حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير. وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف ويصح له الرجوع عنه ويجوز بيعه (4)؛ لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية فلا يلزم إلا بأحد أمور ثلاثة :

1_ أن يحكم به الحاكم ، بأن يختصم الواقف مع الناظر ، لأنه يريد أن يرجع بعة عدم اللزوم ، فيقضي الحاكم باللزوم ، فيلزم ؛ لأنه أمر مجتهد فيه ، وحكم الحاكم يرفع الخلاف .

2_ أو أن يعلقه الحاكم بموته: فيقول: إذا مت فقد وقفت داري مثلا على كذا ، فيلزم كالوصية من الثلث بالموت ، لا قبله.

1- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص27.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ج6، ص44.

3- أخرجه النسائي، كتاب الأحباس، 6-232. وابن ماجة في السنن في ابواب الأحكام، 2-54. رقم 2419.

4- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص180.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

3- أن يجعله وقفا لمسجد، ويفرزه عن ملكه ،ويأذن بالصلاة فيه: فإذا صلى فيه واحد ، زال ملكه عن الواقف عند أبي حنيفة. أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه ، وتسليم الشيء بحسب نوعه ،وهو في المسجد بالصلاة فيه .

وقد استبدل أبو حنيفة على رأيه بدليين (1):

1_ قوله عليه الصلاة والسلام : ((لا حبس عن فرائض الله)) (2) فلو كان الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك الواقف ، لكان حبسا عن فرائض الله ؛ لأنه يحول بين الورثة وبين أخذ نصيبهم المفروض.

لكن لا يدل هذا الحديث مع ضعفه على مقصود الإمام ، لأن المراد به إبطال عادة الجاهلية بقصر الإرث على الذكور الكبار ، دون الإناث و الصغار .

2_ ما روي عن القاضي شريح أنه قال : ((جاء محمد ﷺ ببيع الحبس)) فإذا جاء الرسول ﷺ بذلك ، فليس لنا أن نستحدث حبسا آخر ، إذ الوقف تحبیس العين ، فهو غير مشروع .

ولكن لا دلالة أيضا في هذا القول على مطلوب الإمام ؛ لأن الحبس الممنوع هو ما كان يحبس للأصنام وللأوثان ، وقد جاء الرسول ﷺ ببيعه وإبطاله قضاء على الوثنية . أما الوقف فهو نظام إسلامي محض . قال الإمام الشافعي : ((لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت ، إنما حبس أهل الإسلام)) .

تعريف الثاني _ للجمهور وهم الصاحبان ورأيهما يفتى عند الحنفية ، والشافعية والحنابلة في الأصح (3): وهو حبس مال يمكن الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره ، على مصرف مباح موجود _ أو بصرف ريعه على جهة بر وخير _ تقربا إلى الله تعالى . وعليه يخرج المال عن ملك الواقف، ويصير حبيسا على حكم ملك الله تعالى (4) ، ويمتنع على الواقف تصرفه فيه ، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف .

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 154

2-روه الدارقطني عن ابن عباس، وفيه ابن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان.

3-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص267.

4- المراد انه لم يبق على ملك الواقف، ولا انتقل إلى ملك غيره بل صار على حكم ملك الله تعالى الذي، لا ملك فيه لأحد سواه، هذا هو المراد وإلا فالكل ملك لله تعالى

واستدلوا لرأيهم بدليلين :

1_ حديث ابن عمر _ رضي الله عنهما _ قال : ((أصاب عمر أرضا بخبير، فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخبير لم أصب مالا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقته بها، فتصدق بها عمر _ رضي الله عنه _ أن لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، في الفقراء والقربى والرقاب (وفي سبيل الله، والضيف) وابن السبيل، ولا جناح على من ولبها أن يأكل منها أو يطعم صديقا، غير متمول⁽¹⁾)). أخرجه البخاري ومسلم في الصحيح⁽²⁾. قال ابن حجر في الفتح: ((وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف)).

وهو يدل على منع التصرف في الموقوف؛ لأن الحبس معناه المنع، أي منع العين عن أن تكون ملكا، وعن أن تكون محلا لتصرف تمليكي. لكن يلاحظ أن هذا الحديث لا يدل على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف.

2_ استمر عمل الأمة منذ صدور الإسلام إلى الآن على وقف الأموال على وجوه الخير، ومنع التصرف فيها من الواقف وغيره.

التعريف الثالث _ للملكية⁽³⁾: وهو جعل المالك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كدراهم، لمستحق، بصيغة، مدة ما يراه المحبس. أي إن المالك يحبس العين عن أي تصرف تمليكي، ويتبرع بريعتها لجهة خيرية، تبرعا لازما، مع بقاء العين على ملك الواقف، مدة معينة من الزمان، فلا يشترط فيه التأييد ومثال المملوك بأجرة: أن يستأجر دارا مملوكة أو أرضا مدة معلومة، ثم يقف منفعتها لمستحق آخر غيره في تلك المدة. وبه يكون المراد من "المملوكة" إما ملك الذات أو ملك المنفعة.

فالوقف عند الملكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيها. وقد استدلوا على بقاء الملك في العين الموقوفة بحديث عمر المتقدم، حيث قال له الرسول

1- التمول: هو من يتخذ المال أكثر من حاجته وقيل ليتجر فيه

2- أحمد بن فرح اللخمي الإشبيلي الشافعي، مختصر خلافيات البيهقي، ج3، شركة الرياض للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1997، ص444/445.

3- شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص76.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عليه أفضل الصلاة والسلام: ((إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها)) ففيه إشارة بالتصدق بالغلة ، مع بقاء ملكية الموقوف على ذمة الواقف ، ومنع أي تصرف تملكي فيه للغير ، بدليل فهم عمر : ((على ألا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث)) .

وهذا يشبه ملك المحجور عليه لسفه أي تبذير ، فإن ملكه باق في ماله ، ولكنه ممنوع من بيعه وهبته. وهذا الرأي أدق دليلا ، ولكن التعريف الثاني أشهر عند الناس .

واتفق العلماء في المساجد أنها من باب الإسقاط والعق ، لا ملك لأحد فيها ، وأن المساجد لله تعالى .

موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 3 من القانون رقم 91_10 الصادر

1991/04/27 المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف⁽¹⁾ بأن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". وجاء في المادة 05 من نفس القانون: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها".

وأضافت المادة 17 بأنه: "إذا صح الوقف زال ملكية الوقف ، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

من خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم ، وبذلك يكون قد أخذ بالمذهب الأخير (رأي الشافعية والحنابلة) وجعل من الوقف ذو طابع مؤسساتي مادام أنه يتمتع بالشخصية المعنوية .

كما عرف المشرع الجزائري في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق "

1- خير الدين موسى فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية: الوقف، ج1، دار زهران، عمان، 2011، ص21.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثاني: مشروعية الوقف وحكمته

الوقف عند الجمهور غير الحنفية سنة مندوبة ، لقوله تعالى : ((لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ))⁽¹⁾ وقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ))⁽²⁾ فهو بعمومه يفيد الإنفاق في وجوه الخير والبر ، والوقف : إنفاق المال في جهات البر .

ولقوله ﷺ في حديث عمر : "إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها " . وقوله عليه السلام ((إذا مات ابن آدم ، انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له))⁽³⁾ والولد الصالح : هو القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد . والوقف يعتبر صدق جارية .

وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف ، وكان وقف عمر من خيرير أول وقف في الإسلام على المشهور . وقال جابر رضي الله عنه : ما بقي أحد من أصحاب رسول الله له مقدرة إلا وقف .

ويلاحظ أن القليل من أحكام الوقف ثابت بالسنة ، ومعظم أحكامه ثابت باجتهد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف .

وحكمة الوقف في الدنيا بر الأحاب ، وفي الآخرة تحصيل الثواب .

وقال الحنفية : الوقف مباح بدليل صحته من الكافر ، وقد يصبح واجبا بالنذر ، فيتصدق بالعين الموقوفة أو ثمنها . ولو وقفها على من لا تجوز له الزكاة كالأصول والفروع ، جاز في الحكم ، أي صح الوقف في حكم الشرع لصدوره من أهله في محله ، لكن لا يسقط به النذر لأن الصدقة الواجبة لابد من أن تكون لله تعالى على الخلوص ، وصرفها إلى من لا تجوز شهادته له : فيه نفع له ، فلم تخلص لله تعالى ، كما لو صرف إليه الكفارة أو الزكاة ، وقعت صدقة ، وبقيت في ذمته .

1- سورة آل عمران، الآية 92.

2- سورة البقرة، الآية 267 .

3- قال الترمذي : هذا حسن صحيح.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني: أركان الوقف و أنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الأول: أركان الوقف

أولاً: من الجانب الفقهي:

1- عند الحنفية: قال الحنفية: ركن الوقف هي الصيغة ، وهي الألفاظ الدالة على معنى الوقف ،مثل أرضي هذه موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه من الألفاظ ،ومثل :موقوفة لله تعالى ،أو على وجه الخير ،أو البر ،أو موقوفة فقط ،عملاً بقول أبي يوسف ،وبه يفتي للمعرف .وقد يثبت الوقف بالضرورة مثل :أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبداً ،أو لفلان وبعده للمساكين أبداً ،فتصير الدار وقفا بالضرورة ،إذا كلامه يشبه القول :إذا مت فقد وقفت داري على كذا .(1)

فركن الوقف عندهم :الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف .وهذا على أن معنى الركن :هو جزء الشيء الذي لا يتحقق إلا به .ويكون الوقف بناء عليه كالوصية تصرفاً يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف نفسه ،وهي التي يعبر عنها بإيجاب الواقف .

2- عند الجمهور : وقال الجمهور⁽²⁾: للوقف أركان أربعة هي الواقف ،والموقوف ،والموقوف عليه والصيغة .باعتبار أن الركن :ما لا يتم الشيء إلا به ،سواء أكان جزءاً منه أم لا .

أما القبول من الموقوف عليه :فليس ركناً في الوقف عند الحنفية على المفتي به ،والحنابلة كما ذكر القاضي أبو يعلى ،ولا شرطاً لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه ،سواء أكان الموقوف عليه معيناً أم غير معين ،فلو سكت الموقوف عليه ،فإنه يستحق من الوقف ،فيصير الشيء وقفاً بمجرد القول ؛لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ،فلم يطلب فيه القبول ،كالتق ،لكن إذا كان الموقوف عليه معيناً .

ويعد القبول عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة ركناً إذا كان الوقف على معين إن كان أهلاً للقبول ،وإلا فيشترط قبول وليه كالهبة والوصية .

1- وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،ص 159 .

2- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ،المرجع السابق ،ص 279 .

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والمشرع الجزائري اعتبر الوقف صحيحا متى توافرت الأركان والأسس المنصوص عليها ولكنه اشترط توافر إجراءات لا يرتب الوقف آثاره القانونية من دون تحققها. غير أن هذه الشروط و الإجراءات التي كانت إجراءات تقنية لكن العبرة ليست في طبيعتها وإنما في الحكمة من وضعها من قبل المشرع والغاية التي يرمي إليها من ورائها (1).

لذلك من الضروري التطرق في هذا المطلب إلى الكشف عن الأركان التي يقوم عليها الوقف في نظر المشرع الجزائري في هذه الدراسة والتطرق إلى الشروط التي وضعها المشرع حتى يرتب الوقف آثاره القانونية من خلال الإجراءات التي نص المشرع على ضرورة الأخذ بها ،مع ما يترتب من نتائج عن تخلفها .

ثانيا: من الجانب القانوني :

الركن هو كل ما يتوقف عليه الشيء ويقوم عليه ،وإن للوقف وكغيره من التصرفات الإدارية الأخرى ، أركان ينبغي توافرها ،فإذا أنشئت وفقا للشروط التي يتطلبها القانون ترتبت على هذا الوقف آثاره القانونية ،يضيفي عليها القانون القوة الإلزامية التي تشبه إلى حد كبير نفسه .بحيث يصبح أطرافه خاضعين لقوة هذا التصرف وما يرتبه من حقوق والتزامات مادامت قائمة.

هناك من حصر الوقف في ركن واحد وهو "الصيغة " الدالة عليه أو على إنشاءه ،وهذا انطلاقا من التفسير الذي أعطى للركن أنه جزء من حقيقة الشيء (2).

وعند غير هؤلاء فهي أربع أركان يقوم عليها الوقف ، وما الصيغة إلا ركن من أربعة وهذا الرأي الأخير هو الذي يعبر عن موقف المشرع الجزائري بين هذه الآراء (3). حيث نصت المادة 09 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على مايلي : "أركان الوقف هي :الوقف ،محل الوقف،صيغة الوقف ،الموقوف عليه " .

1- خير الدين موسى فنتازي، المرجع السابق،ص 46.

2- وهو الرأي المعمول فيه في المذهب الحنفي ،انظر في ذلك ،محمد كمال الدين إمام ،الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ،1998،ص 203.

3- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر،2004،ص 71.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1-الواقف: هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه ،من شأنه أن يغير

ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد وينشئ حقوقا عينية فيه للموقوف عليهم⁽¹⁾ ،فالواقف إذن ينشئ بإرادته تصرفا قانونيا يجعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد .وهي مقيدة بشروط في المادة 10 من القانون السالف الذكر ، "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

_أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ،ملكا مطلقا .

_أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه ماله ،غير محجور عليه لسفه أو دين "

2-محل الوقف: هو العين المحبوسة التي تجري عليها أحكام الوقف ،ولقد بين المشرع

الجزائري طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة 11 من نفس القانون ،حيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون : "عقارا أو منقولا أو منفعة "،علما بأن أغلب الأوقاف عموما تكون ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف منفعة ،وأما وقف منقول فهو نادر نوعا ما إلا إذا كان تابعا لعقار محبس فهو يتبعه في الوقف ،ولذلك فالمشرع يسوي في أحكام الوقف بين ما إذا كان الموقوف عقارا أو منقولا أو منفعة ، ويستوي أيضا ما دخل في الوقف أصلا أو ما دخل فيه تبعا⁽²⁾. غير أن المشرع الجزائري اشترط في محل الوقف جملة من الشروط لصحة الموقوف تضمنتها أحكام المادة 11 من قانون الأوقاف السالف الذكر ،حيث يمكن بيانها في الآتي: " أن يكون محل الوقف معلوما محددًا

_أن يكون محل الوقف مشروعًا_أن يكون محل الوقف مفرزا .

3-صيغة الوقف: هي عبارة التي يؤدي بها الوقف ولقد ركز المشرع على الصيغة من

خلال المادة 9من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ،والتي رتب المشرع البطلان عن تخلفها .وهي الإيجاب الصادر عن الوقف ،باعتباره تصرفا صادرا من جهة واحدة وإرادة منفردة من الواقف،شروطها :

_أن تكون الصيغة تامة ومنجزة .

3-عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية ،ج9،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،ص 348 .
4 - كالبناء والغراس المتواجد على الأرض الموقوفة .

_ أن تكون الصيغة دالة على التأبيد.

_ عدم اقتران الصيغة بشرط باطل.

_ جواز اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة .

الموقوف عليهم : هم كل من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة بمقتضى حجة

الوقف، ونصت على ذلك المادة 13 من قانون الأوقاف السالف الذكر على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً " أي الوقف على النفس أو غيره من ذوي القربى أو مواضع البر و الإحسان . وشروطه :

_ أن يكون الموقوف عليه شخصاً معلوماً .

_ أن يكون الموقوف عليه موجوداً .

_ قبول الموقوف عليه الوقف_ أن يكون أهلاً للتملك .

_ أن لا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة .

_ أن يحترم الموقوف عليه أحكام الوقف وشروطه .

الفرع الثاني :أنواع الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أنواع الوقف في الفقه : أصل الوقف أنه صدقة من الصدقات المالية ،جارية الثواب من

غير انقطاع من أي نوع كان ما دام متوافقاً مع مقاصد الشريعة وينقسم الوقف إلى أنواع حسب الغرض وحسب التوقيت ،وحسب استعمال المال الموقوف :

أولاً: فمن حيث نوع الغرض هناك : 1_ الوقف الخيري : فهو الذي يوقف في أول الأمر على

جهة خيرية ولو لمدة معينة يكون وقفاً على شخص معين أو أشخاص معينين .كأن يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة ،ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده.(1)

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص161.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

2_ الوقف الذري : وهو ما كان لمنفعة الواقف وأهله وذريته أو لأشخاص بأعيانهم ،وذرياتهم بغض النظر عن وصف الغني والفقر والصحة والمرض وما شابهها .(1)

3_ الوقف المشترك :وهو ما كان فيه نصيب خيري ونصيب ذري، وهو أيضا ما وقفه الواقف على جهة بر ،وعلى الأفراد والذري ،أو هو الحبس الذي أحبس على الذرية وعلى جهة من جهات البر في وقف واحد .(2)

ثانيا: من حيث التوقيت هناك :

1_ الوقف المؤبد : ويكون لما يحتمل التأييد ،نحو الأرض والبناء عليها ،والمنقولات التي يشترط الواقف تأبيدها ،من خلال أسلوب استثمارها ،وذلك بحجز جزء من إيراداتها لمخصصات الاستهلاك ،وتعويض التلف الذي يحدث فيها كلما وقع ،أو استبدالها حينما تنعدم منافعتها .

2_ الوقف المؤقت :ويكون لمال يهلك بالاستعمال دون اشتراط تعويض أصله من خلال المخصصات ،كما يكون باشتراط التوقيت من قبل الواقف عند وقفه،او يكون لمدة معينة.

ثالثا:حيث نوع استعمال المال الموقوف هناك :

1_ الوقف المباشر:وهو ما يستعمل أصل المال في تحقيق غرضه ،نحو المسجد للصلاة ،والمدرسة لتعليم ،والمستشفى لعلاج المرضى وإيوائهم.

2_ الوقف الاستثماري:وهو ما يستعمل أصله في إنتاج إيراده،وينفق الإيراد على غرض الوقف. وهذا التنوع موجود عند الفقهاء ،بل إنهم قد أجمعوا على وجود جميع الأنواع المذكورة في هذه الفقرة فيما عدا الوقف المؤقت بإرادة الواقف الذي نجده عند المالكية فقط .

ورغم معرفة الفقهاء للأنواع المذكورة من الوقف ،نجد القوانين المعاصرة تغفل الكثير من التفصيل فيها .فالقانون الجزائري يذكر فقط نوعين من الوقف هما الخيري والذري ويسميها بالعام والخاص .

1-منذر قحف ،الوقف الإسلامي تطوره ،إدارته ،تنميته ،دار الفكر ،دمشق ،2000،ص158.

2- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2011، ص57.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أنواع الوقف في القانون الجزائري: إنه وحسب الجهة التي يؤول إليها الوقف، قسم المشرع الجزائري الوقف إلى نوعين أو قسمين هما: الوقف الخاص والوقف العام، وهو ما يعرف في دول المشرق العربي والخليج العربي بالوقف الأهلي والوقف الخيري .

لقد تجاهل المشرع الجزائري باقي التقسيمات الأخرى التي اعتمدها الفقهاء وحتى قوانين بعض الدول العربية والإسلامية الأخرى، حيث قاموا بتقسيمه بحسب المعيار الزمني إلى وقف مؤبد وآخر مؤقت، وقسموه بحسب جهة إدارته إلى وقف نظامي وملحق ومستقل. وبالرجوع إلى التقسيم الذي اعتمده المشرع الجزائري للأوقاف، نجد بأن هذا التقسيم لم يأت به قانون الأوقاف رقم 91/10 فحسب، بل اعتمد من طرف المرسوم رقم 283/64⁽¹⁾ المؤرخ في 17 ديسمبر 1964 بموجب المادة 01 منه إلى وقف خاص ووقف عام .

وهاهو قد كرسه المشرع الجزائري من خلال قانون التوجيه العقاري رقم 25/90² المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 وذلك من خلال المادة 31. ثم تأتي بعد ذلك المادة 06 من قانون 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 ليصرح من خلالها المشرع بتمسكه بهذين النوعين: وقفا خاصا وآخر عاما بقوله: "الوقف نوعان: عام وخاص...." وسنتناول توضيح كل نوع على حدا:

1-الوقف العام : لقد اختلفت التعاريف حول الوقف العام، أو ما يعرف بالخيري، باختلاف المعايير التي اعتمدت كأساس في تعريف الوقف العام، ومن ضمن هذه التعاريف التي رصدناها لبعض الدكاترة وشراح القانون الآتي :

التعريف 1: " هو ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر، ولو لمدة معينة، ويكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين " ⁽³⁾ ، وهذا التعريف يعتمد على معيار صفة الخيرية التي تطبع الوقف العام .

التعريف 2: "هو الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها، ويتكون من

1- المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 07 أكتوبر 1964 والمتضمن الأحكام الحسبية العامة (جريدة الرسمية رقم 77 سنة 1964)
2- قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم (جريدة الرسمية رقم 49 لسنة 1990)
3- محمد شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعية للطباعة والنشر، 4، بيروت، 1982، ص 318، 320.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبستها⁽¹⁾ وهذا التعريف يعتمد معيار المصلحة العامة وهو المصطلح الذي استبدل به معيار أو فكرة الخيرية .

التعريف 3: المشرع الجزائري قد اعتمد في تعريفه للوقف العام على معيار أو فكرة الخيرية حيث نص في المادة 06 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على أن: "...الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...".

وهو قسمان :

1_وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة، ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ .

2_وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراهه الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات .⁽²⁾

2_الوقف الخاص : هو أهم نوع في ذات الوقت وهو: "الوقف الخاص". نظرا لكونه قد أثار هذا النوع بالذات زوبعة من الخلاف بين الفقهاء، وكان محط دراسة نقدية مستمرة من طرف القوانين المقارنة في شتى البلدان الإسلامية. وعند الكلام في هذا النوع نذكر مفهوم الخاص ومدى مشروعية .

أ/مفهوم الوقف الخاص : هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث، أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى جهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم .

أو في تعريف آخر: هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

1- نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1، الجزائر، 1986، ص78.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 83.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ولقد نص المشرع في أول تشريع وقفي في الجزائر المستقلة من خلال المرسوم رقم 283/64 المؤرخ في 17/09/1964 المتضمن نظام الأملاك الحبيسة العامة، حيث جاء في المادة 01 منه أن: "تنقسم الأملاك الحبيسة أو الموقوفة إلى قسمين الأحباس العمومية و الأحباس الخاصة...." ثم أشار إلى مشتملات الوقف الخاص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة بقوله: "...أما الأحباس الخاصة فتشتمل أملاكاً يخصص المحبس منعته لمستحقين معينين وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف" ثم ضبط المشرع تعريفه أكثر من خلال قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المادة 2/6 بقوله: "...الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى جهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

فالوقف الخاص هو ما يحبسه الشخص "الواقف" على أشخاص معينين بصفاتهم، عادة لا بأسمائهم، كان يقول "على أعقابي وأعقاب أعقابي من الورثة، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها" أو يقول: "وقفت أرضي هذه على ولدي"، أو قوله: "على ولدي وولد ولدي" أو قوله "على أولادي".

وفي جميع عقود الحبس التي اطلعنا عليها كان المحبس يقرر في الأخير أنها تؤول مكة المكرمة أو بيت الله الحرام. ويقصد بذلك إنها تؤول إلى الأعمال الخيرية هناك في سبيل الله إذا انقرض كل من أوقف عليهم من الأشخاص الطبيعيين، هذا النوع من الأملاك الوقفية مع تميزه ظل قائماً ومنتامياً ومحترماً منذ الفتح الإسلامي وإلى غاية اليوم، ذلك أن الجزائر لا تزال تعمل به إلى يومنا الحاضر.

وقد خضع القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف⁽¹⁾ إلى أول تعديل بموجب القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001⁽²⁾، ثم مسه التعديل الثاني بموجب القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002⁽³⁾، وبعد التعديل أضحي قانون الأوقاف مقتصرًا على تنظيم الوقف العام لخروج الوقف الخاص من دائرة أحكامه.

1-جريدة رسمية رقم 16 لسنة 1991.

2-جريدة رسمية رقم 29 لسنة 2001.

3-جريدة رسمية رقم 83 لسنة 2002.

المبحث الثاني: حيازة الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أولاً نبدأ بتعريف الحيازة قبل الحديث في الحيازة والقبض والذي منه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول تطرقنا فيه إلى منظور الحيازة في الفقه والمطلب الثاني إلى منظور المشرع الجزائري من الحيازة في الوقف.

تعريف الحيازة: الحوز: وهو الجمع، والضم، والقبض، وكل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه حوزاً أو حيازة .

قال ابن المنصور: "حازه يحوزه: إذا قبضه وملكه واستبد به" (1).

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من حيازة الوقف

إن حيازة الوقف وقبضه اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في اعتبارها شرطاً لصحة الوقف في رأيين (2):

الرأي الأول: أن الحيازة والقبض ليست شرطاً لا لصحة الوقف، ولا للزومه .

وبه قال أبو يوسف من الحنفية (3)، وهو قول الشافعية (4)، ومذهب الحنابلة، وهو قول الظاهرية.

الرأي الثاني : أن الحيازة والقبض شرط في صحة الوقف.

وهو قول المالكية في الجملة، ورواية عن الإمام أحمد (5).

1- ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص342.

2- خالد علي محمد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص498.

3- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج12، ص35.

4- عبد الله بن عبد المحسن التركي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج16، هجر للطباعة والنشر، ط1، 1995، ص419.

5- عبد الله محمد الخرشني، المرجع السابق، ج7، ص84.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الأول: الحيابة والقبض ليست شرطا لا لصحة الوقف ولا للزومه:

قال بذلك الإمام أبو يوسف رحمه الله: فالتسليم للموقوف ليس بشرط عنده وتوجيه رأيه: أن الوقف ليس بتمليك وإنما هو إخراج له عن ملكه إلى الوقف أشبه ما يكون بالإعتاق، ولأن عمر أصاب أرضا بخير وتصدق بها على الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضعيف، ولم يشترط التسليم .

وقال ابن قدامه: "ظاهر المذهب أن الوقف يلزم بالصيغة ولا يحتاج لزومه إلى القبض؛ لأن الوقف يتم باللفظ".

وذهب فقهاء الشافعية إلى عدم اشتراط القبض لتمام الوقف، لأن الشرط المعول عليه عندهم هو اللفظ، حتى ذهب أكثر الشافعية إلى أنه لو قال جعلت هذه البقعة مسجدا لا تصير مسجدا لعدم ذكر شيء من أفاظ الوقف.

أدلة هذا الرأي: استدلت لهذا الرأي بما يلي :

1- حديث ابن عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر رضي الله عنه بخير أرضا، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضا لم اصب ما لا قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث في الفقراء والقربى، وفي السبيل الله، والضيف، وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه.

وجه الدلالة: أن قوله ﷺ: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها" يشمل تحبيس العين والصدقة بها وهي تحت يد مالكها، وأيضا فإن عمر رضي الله عنه لم يسأل النبي ﷺ عن اشتراط إخراج العين المحبسة عن يده، مما يدل عدم اشتراطه.

2_ ما ورد عن عمر رضي الله عنه أن وقفه كان بيده إلى أن مات.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فقد روى عن الخصاف عن الواقدي ، عن أبي بكر بن عبد الله ، عن عاصم بن عبيد الله ، عن عبد الله بن عمر بن ربيعة قال : "شهدت كتاب عمر رضي الله عنه حين وقف وقفه أنه في يده فإذا توفي فهو إلى حفصة بنت عمر ، فلم يزل عمر يلي وقفه إلى أن توفي ، فلقد رأيتته هو بنفسه يقسم ثمرة ثمن في السنة التي توفي فيها ، ثم صار إلى حفصة" (1).

3_ وأخرج الشافعي عن أهل العلم من ولد فاطمة وعلي وعمر رضي الله عنهم ، ومواليهم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه المتصدق بأمر رسول الله ﷺ لم يزل يلي صدقته حتى قبضه الله تعالى ، ولم يزل على بن أبي طالب يلي صدقته حتى لقي الله ، ولم تزل فاطمة رضي الله عنها تلي صدقتها حتى لقيت الله تبارك وتعالى .

4_ ونقل البهقي عن الشافعي في القديم : " أن الزبير ولي صدقته حتى قبضه الله ، وولي عمرو بن العاص صدقته حتى قبضه الله ، وولي المسور بن مخرجه صدقته حتى قبضه الله ."

قال الشافعي : " ولقد حفظنا الصدقات عن عدد كثير من المهاجرين والأنصار ، لقد حكي لي عدد كثير من أولادهم وأهليهم أنهم لم يزلوا يلون صدقاتهم حتى ماتوا ، ينقل ذلك العامة منهم عن العامة لا يختلفون فيه ، وأن أكثر ما عندنا بالمدينة ومكة من الصدقات لكما وصفت لم يزل يتصدق بها المسلمون من السلف يلونها حتى ماتوا ، وأن نقل الحديث فيها كالتكلف ."

5_ ما رواه عبد الرزاق ، عن سفيان الثوري ، عن جابر الجعفي ، عن القاسم بن عبد الرحمن قال "كان علي بن أبي طالب وابن مسعود يجيزان الصدقة وإن لم تقبض ."
والوقف من الصدقة.

1-الخصاف، أحكام الأوقاف، مكتبة الثقافة الإسلامية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص7-8.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

6_ ما رواه ابن حزم من طريق الحجاج بن المناهل :المعتمر بن سليمان التيمي،قال :سمعت عيسى بن المسيب أنه سمع القاسم بن عبد الرحمن بن عيد الله بن مسعود يحدث ،عن أبيه ،عن جده عبد الله بن مسعود قال : " الصدقة جائزة قبضت ،أو لم تقبض" (1).
وجه الدلالة :كما سبق .

7_ ما رواه عبد الرزاق ،عن إبراهيم بن عمر ،عن عبد الكريم أبي أمية قال :حدثني يحيى بن جعدة أن عمر بن الخطاب قال : "اللاعب والجاد في الصدقة سواء".

8_ ما رواه الإمام مالك ،عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف المري عن عمر رضي الله عنه قال : "من وهب هبة لصلة الرحم ،أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها ،ومن وهب هبة يرى أنه إذا أراد الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها" (2).
وهذا يشمل صدقة الوقف قبضت أو لم يقبض.

9_ قياس صحة الوقف ولزومه من غير قبض على صحة العتق ولزومه من غير قبض (3)،بجامع إسقاط الملك على القرية..

الفرع الثاني : الحيابة والقبض شرط في صحة الوقف (4)

يشترط المالكية لتمام الوقف ولزومه ،الحوز ،و الحوز المعتبر عندهم هو:حوز المتولي .إلا أن المالكية لا يكتفون بمطلق قبض المتولي ،بل لا بد من حيابة المتولي للعين الموقوفة لمدة سنة ،فان لم يحز الوقف وحدث مانع كموت الواقف ،أو استغراق دين قبل انتهاء السنة ،أو

1- ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم،المرجع السابق ،ج10،ص83.

2-المرجع نفسه،ج9،ص157.حديث صحيح.

3- شمس الدين السرخسي،المرجع السابق،ص35.

4-محمد عبيد الكبسي،أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية،ج1،مطبعة الإرشاد،بغداد،1977،ص185.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مرض متصل بالموت: بطل الوقف⁽¹⁾ إذا لم يجزه الغرماء: في حال استغراق التركة بالدين، أو الورثة: في حال مرض الموت، وتكون الإجازة المعتبرة منهم بعد الوفاة.

قال الخرشي: (أن الوقف إذا كان على كبير ولم يجزه قبل موت الواقف، أو قبل فله، أو قبل مرضه الذي مات فيه: فإن الحبس يبطل، سواء كان هذا الكبير رشيدا أو سفيها. لأن حوز السفيه صحيح.. أو لم يجزه ولي صغير⁽²⁾ قبل موت الواقف ونحوه، فإن الحبس يبطل لعدم الحوز، فالحوز: شرط في دوام الصحة، أو لم يخل بين الناس وبين كمسجد، يعني أن من وقف مسجدا أو قنطرة وما أشبه ذلك ولم يزل واضع اليد عليه إلى أن مات، أو إلى أن أفلس: فإنه يبطل، وحوز المساجد والقناطر والآبار: رفع يد المحبس عنها، و تخلية بينها وبين الناس.

وإذا حازه المتولي، ثم عاد إلى الواقف قبل عام من تاريخ الوقف، وكان من الأشياء ذوات الغلة كالدار والحمام والحانوت والأراضي الزراعية: كان حكمه حكم ما لم يحز، من حيث أنه إذا حصل مانع من الموانع السابقة: بطل الوقف ما لم يجزه الغرماء أو الورثة، أما إذا كان من الأشياء التي لا غلة لها كالكتب والسلاح: فلا يبطل بوجود المانع من استغراق دين، أو اتصال مرض بالموت، وقيل: أن حكم الأشياء المغلة وغير المغلة سواء في البطلان بوجود المانع، إن عادت قبل أن يحول الحول.

وإذا لم يعد الموقوف إلى الواقف إلا بعد تمام الحول، فلا يبطل الوقف بحال من الأحوال، ولو كان الموقوف عليه محجورا يتولى الواقف أمره.

وقيل: أنه إذا كان الموقوف عليه محجورا يتولى أمره الواقف، وعاد الموقوف إلى الواقف: بطل الوقف إذا حصل مانع استغرق دين أو اتصال مرض، وذلك إذا كانت العودة ليست بعقد إجازة

1- عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي، المرجع السابق، ص84.

2- المرجع نفسه، ص84.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مشهد عليها ، وإنما لأجل الانتفاع به مجاناً . أما إذا عاد بإجارة مشهد عليها فان الوقف لا يبطل ولو حدث استغراق دين أو اتصال مرض بالموت .

وأساس التفرقة أن يد المستأجر ليست يدا أصيلة ، بل هي يد نائبة عن المؤجر فلا تعد الحيابة قد عادت إلى الواقف ، بل هي باقية في يد المتولي حكماً .

جاء في الشرح الكبير ⁽¹⁾ : "جرى فيما إذا سكن ما وقفه على محجوره بعد عام قولان مشهوران إذا عاد له بكراء وأشهر "

وقال الدسوقي شارحاً ذلك : "أحدهما : لا يبطل الوقف . وهذا قول غير بن رشد ، وعليه عول المنيطي قائلًا : هو المشهور ، وبه العمل

والقول الثاني : يبطل الوقف إن عاد لما حبسه على محجوره ولو بعد أعوام ، وهو لابن رشد ، وليس عليه العمل " .

أنواع الحيابة عند المالكية ⁽²⁾ :

الحيابة عند المالكية تكون حسية وقد تكون حكمية :

1_ الحيابة الحسية : وهي ما كان التسليم فيها فعلياً بأن يمكن الواقف المتولي من العين الموقوفة بكل وسائل التمكين ، ويستولي عليها بحيث تكون تحت سلطانه بحكم الوقف .

2_ والحيابة الحكمية : تكون إذا كان الموقوف عليه محجوراً تحت ولاية الواقف ، فان الحيابة في هذه الحالة تتحقق بما يلي :

1- شمس الدين الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج4 ، بدون معلومات النشر ، ص79-80 .
2- محمد عبيد الكبسي ، المرجع السابق ، ص187 .

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

(أ) - إسهاد الولي بالوقف على محجوره. أو أن يشهد الواقف على الحبس قبل حصول مانع، ولا بد من معاينة البيئة لذلك الإسهاد، فلا يكفي إقرار الواقف؛ لأن المنازع للموقوف عليه إما الورثة وإما الغرماء .

(ب) - أن يصرف الواقف الغلة كلها أو جلها في مصالح المحجور عليه الواقع تحت ولايته .

(ج) - وان لا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكن الواقف. فان كانت مشغولة كلها بسكن الواقف لم تصح الحيازة، وكذا بأكثرها، أما شغل أقلها: فلا يبطل الحيازة، وإذا شغل النصف بطلت الحيازة في النصف، وصحت في النصف الآخر⁽¹⁾.

قال الخرشي: " لكن الصحة تكون بشروط ثلاثة⁽²⁾ :

الشرط الأول: أن يشهد الواقف على الحبس قبل حصول المانع، ولا بد ظن معاينة البيئة لذلك الإسهاد، فلا يكفي إقرار الواقف، لأن المنازل للموقوف عليه، إما الورثة، وإما الغرماء، ولا يشترط أن يقول على الإسهاد عند الوقفية: رفعت يد الملك ووضعت يد الحوز، ونحو ذلك، وقوله أشهد أي على الورث لا على الحيازة كأنه لا يشترط.

الشرط الثاني: أن يصرف الواقف الغلة كلها في مصالح المحجور عليه فلو صرفها في مصالح نفسه: لم يصح الوقف..... وقوله: وصرف الغلة، أي كلها أو جلها قياساً على الهبة، ودار سكنى إلا أن يسكن أقلها ويكري له الأكثر، وإن سكن النصف بطل فقط، أو الأكثر بطل الجميع.

الشرط الثالث: أن يكون الموقوف غير دار سكن الواقف، وأما دار سكنه: فإنه لا يصح وقفها على محجوره إلا بعد مشاهدة البيئة لها فارغة من شواغل المحبس .

1- عبد الله محمد الخرشي، المرجع السابق، ص85.

2- المرجع نفسه، ص85.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

هذه هي شروط صحة الوقف بالحيازة الحكيمة ، وذلك في حالة ما إذا وقف على ولده الصغير الذي حجره ، أو لسفيهه ، أو الوصي على يتيمه ، فإنه لا يشترط في حوز الوقف الحوز الحسي ، بل يكفي فيه الحوز الحكمي ، وسواء كان الحائز الأب ، أو الموصي ، أو المقام من قبل الحاكم ، فيصبح الوقف ، ولو كان تحت يد الحائز إلى موته ، أو إلى مرضه الذي مات فيه (1) .

ويبطل الوقف عند المالكية : بحصول مانع للواقف قبل الحيازة (2) .

فإذا لم يحزه الموقوف عليه حيازة حسية أو حكمية حتى حصل للواقف مانع الموت أو فلس ، أو مرض متصل بموته بطل الوقف ورجع للغريم في الفليس وللوارث في الموت إن لم يجزه الوارث وإلا نفذ .

وكذا يبطل إذا عاد الواقف لانتقاعه بما وقفه قبل عام بعد الحيازة سواء كان الوقف على محجوره ، أو على غيره ، وسواء عاد بكراء أو إرفاق أي : سواء بعوض أو بغير عوض .
وان كان العود بعد عام ، فلا يخلو الوقف من أن يكون على غير محجوره أو على محجوره .
فإن كان على غير محجوره ، فإما أن يكون العود بإرفاق ، وإما يكون بكراء ، فإن كان العود بعد عام سواء كان بكراء أو إرفاق .

وان كان على محجوره ، فإما أن يكون العود بإرفاق ، وإما يكون بكراء ، فإن كان العود بعوض وأشهد على ذلك ففيه خلاف :

فالمشهور في المذهب المالكي _ والذي عليه العمل _ أن الوقف نافذ فلا يبطل .

وقال ابن رشد : بالبطلان إذا عاد لما حبس على محجوره ولو بعد أعوام .

هذا الحكم ثابت في الأعيان الموقوفة التي لها غلة كالدار والحانوت والحمام والذابة ونحوها .
وأما بالنسبة للأعيان التي لا غلة لها ككتب العلم والسلاح ونحوها ، فإنه ما صرفه الواقف قبل عوده له في مصرفه ، بأن حيز لمن يقرأ فيه بالنسبة للكتاب ، أو لمن يقاتل به بالنسبة لسلاح

1- شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص80.

2- خالد على محمد المشيقح، المرجع السابق، ج1، ص513-514.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فإنه لا يبطل الوقف بالمانع إذا عاد الوقف ليد الواقف قبل عام، ومن باب أولى بعد العام (1).

وجهة نظر الإمام أحمد:

قال ابن قدامه ما نصه: "وعنه أي أحمد لا يحصل إلا بإخراجه من يده" (2).

ذهب أحمد رحمه الله، "في رواية عنه إلى اشتراط القبض لتمام الوقف فقال: الوقف معروف أن يخرج عن يد، إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به. لأنه تبرع فلم يتم بمجرد كالهبة، والوصية".

أدلة هذا الرأي: استدلو بما يلي :

1_ حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأنه دفع الوقف على ابنته حفصة رضي الله عنها .

قالوا: إنما فعل ذلك ليتم الوقف .

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا الدليل لا يصح الاستدلال به، وحتى لو فرض صحته فإنه يصادم ما ثبت أن عمر ولية صدقته حتى مات، فیتعين صرفه إلى أن المقصود بذلك أن عمر رضي الله عنه أوصى بدفعه إلى حفصة بعد وفاته، وأنها إنما حازته بعد وفاة أبيها رضي الله عنهما.

وعلى فرض ثبوت حيازة حفصة له قبل وفاة أبيها، فإنه لا يعني ذلك أنه شرط لتمام الوقف بل هناك احتمال أقوى منه وهو ما ذكره أبو يوسف من أنه فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه في أوانه، أو ليكون في يدها بعد موته، أما أن يكون فعله لإتمام الوقف فلا (3).
وأن بعض العلماء يرى أنه أول وقف في الإسلام .

1- شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص79. عبد الله محمد الخرشني، المرجع السابق، ج7، ص84.
2- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج6، دار الكتاب للنشر والتوزيع، بدون معلومات بلد النشر والتوزيع، ص188.
3- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص36.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وأما كتاب عمر رضي الله عنه لوقفه فقد كتبه في خلافته ذلك أن معيقبا كان كاتبه في زمن الخلافة ،وقد وصف معيقب عمر في هذا الكتاب بأنه أمير المؤمنين .

ومن خلال هاتين المقدمتين يتضح لنا أن عمر رضي الله عنه وقف ثمغا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم باللفظ ،وتولى هو النظر عليه إلى أن حضرته الوصية في زمن خلافته ،فكتب حينئذ الكتاب ،خاصة وأنه قد سبق التصريح بأن عمر رضي الله عنه ولي صدقته إلى أن مات .

2_ ما رواه أبو داود من طريق ابن وهب ،أخبرني الليث ،عن يحيى بن السعيد ،عن صدقة عمر بن الخطاب قال : "نسخها لي عبد الحميد بن عبد الله بن عمر بن الخطاب قال : "نسخها لي عبد الحميد بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ،بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ : هذا ما كتب عبد الله عمر في ثمغ ،فقص من خبره نحو حديث نافع قال : "غير متأثل مالا ،فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم " .قال : وساق القصة قال : إن شاء ولي ثمغ اشترى من ثمره رقيقا لعلمه ،وكتب معيقب ،وشهد عبد الله بن الأرقم :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا ،وصرمة بن الاكوع ،والعبد الذي فيه ،والمئة سهم التي بخبير ،ورقيقه الذي فيه ،والمئة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ما عاشت ،ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري ،ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى ،ولا حرج على من وليه إن أكل أو أكل أو اشترى رقيقا منه" .

ونوقش هذا الاستدلال : أنه مردود بما ذكره ابن حجر فقال : وأما ما زعمه ابن التين من أن عمر رضي الله عنه دفع الوقف لحفصة فمردود .

ووجه رده : أنه جاء في كتاب عمر رضي الله عنه : " هذا ما كتب عبد الله عمر أمير المؤمنين في ثمغ ،أنه إلى حفصة ما عاشت تنفق ثمره حيث أراها الله ،فان توفيت فالى ذوي الرأي من

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أهلها....والمئة وسق الذي أطعمني النبي ﷺ فإنها مع ثمغ على سننه الذي أمرت به ، وإن شاء ولي ثمغ أن يشتري من ثمره رقيقا يعلمون فيه فعل " .

وروى الدار قطني ،والبيهقي كلاهما من طريق يزيد بن هارون ،أنبأنا عبد الله بن عون ،عن نافع ،عن ابن عمر قال : " أصاب عمر أرضا بخيبرفذكره وفيه :ثم أوصى به إلى حفصة بنت عمر رضي الله عنه ،ثم إلى الأكابر من آل عمر " .وهذا إسناد صحيح ،وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (2/125) من طريق ابن زيد حدثنا أيوب ،عن نافع ،عن ابن عمر " أن عمر أصاب أرضا من يهود بني حارثة يقال لها ثمغ ،فذكره وفيه :يليبها ذوي الرأي من آل عمر فما عفا من ثمرها.....الخ " .

وهذا يدل على أنه أوصى لحفصة رضي الله عنها .

3_ ما رواه مسلم من طريق قتادة ،عن مطرف ،عن أبيه قال :أتيت النبي ﷺ وهو يقرأ {الْهَاجِمُ التَّكَاثُرُ} ⁽¹⁾ قال : (يقول ابن آدم :مالي ،مالي) قال : (وهل لك يا بن آدم مالك إلا ما أكلت فأفانيت أو لبست فأبليت ،أو تصدقت فأمضيت) ⁽²⁾ .

فدل على أن الصدقة تكون بالإمضاء ،وهو القبض .

4_ ما رواه الإمام مالك ،عن ابن شهاب ،عن عروة ،عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحلها جداد عشرين وسقا من مال بالغابة ،فلما حضرته الوفاة قال : "والله يا بنية ،ما من الناس أحد أحب إلى غني بعدي منك ،ولا أعز فقرا بعدي منك ،واني كنت نحلته من مالي جداد عشرين وسقا ،فلو كنت جدتته واحتزته كان لك ذلك ،وإنما هو مال الوارث ،وإنما هو أخوك وأختا فاقتموه على كتاب الله " .

1-سورة التكاثر، الآية1.

2-مسلم، صحيح مسلم، دار التراث العربي، لبنان، ط2، 1972، باب الزهد والرقائق، حديث رقم2958ص2273.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وجه الدلالة: هي في قوله: "فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك ذلك"؛ فلولا توقف الملك على القبض لما قال: "إنه ملك وارث"، فيدل الأثر على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض فلا تملك إلا به وكذا الوقف بجامع التبوع.

5_ ما رواه الإمام أحمد من طريق مسلم بن خالد، عن موسى بن عقبة، عن أبيه عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: "إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا وقد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودة علي، فإن ردت علي فهي لك". وكان كما قال رسول الله صلى عليه وسلم وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة."

وجه الدلالة: أنه لو كانت الهبة تملك قبل القبض لما استجاز الرسول ﷺ أن يملكه ويتصرف فيه، وكذا الوقف.

6_ ما رواه ابن حزم من طريق ابن وهب، عن الحارث بن نبهان، عن محمد بن عبيد الله _ هو العزرمي_ عن عمرو بن شعيب وابن أبي مليكة أن أبا بكر وعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالوا: "لا تجوز صدقة حتى تقبض" (1).

7_ ما رواه ابن أبي شيبه من طريق سفيان، عن جابر، عن القاسم قال: كان معاذ وشريح يقولان: "لا تجوز حتى تقبض، إلا الصبي بين أبويه".

8_ قياس الوقف على الصدقة العامة؛ إذ لا تتم إلا بالتسليم، فكذا الصدقة الموقوفة لا تتم إلا بالتسليم (2).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهتين:

1- ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص125.
2- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص35.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الوجه الأول: عدم التسليم، فإن المقيس عليه موضع خلاف بين أهل العلم، فالمالكية يرون أن الصدقة تلزم بمجرد العقد في الجملة⁽¹⁾.

والوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ إذ إن الصدقة العامة تخالف الصدقة الموقوفة في كثير من الأحكام:

منها: أن الصدقة العامة تخرج إلى ملك المتصدق عليه، بخلاف الصدقة الموقوفة فإنها ملك الله عز وجل كما سبق.

ومنها: أن الصدقة العامة يملك المتصدق عليه أن ينقل الملك فيها بهبة أو بيع أو صدقة وتورث عنه، بخلاف الصدقة الموقوفة فإنها لا تباع ولا توهب ولا تورث.

الرأي الراجح⁽²⁾:

هو أن القبض ليس شرطاً لتمام الوقف للأسباب التالية:

1_ عدم صحة قياس الوقف على الهبة لأنه قياس مع الفارق، إذ إن الوقف إزالة للملك على وجه يمنع الهبة والبيع والإرث، بخلاف الهبة، إذ أن إزالة الملك فيها على نحو لا يمنع البيع والإرث.

2_ صحة قياس الوقف على الإعتاق، بجامع إسقاط الملك فيها على نحو يمنع البيع والهبة والإرث.

3_ إن الاستدلال بحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والذي جعل فيه وقفه في يد ابنته حفصة غير صحيح، لاحتمال أن يكون فعل ذلك لانشغاله.

1- السمرقندي، المرجع السابق، ج3، ص161.

2- علي أحمد القياض، رسالة الوقف الإسلامي وأثره في النمو التعليمي والاجتماعي في الإسلام، الدكتوراه، جامعة السند، 1987، ص138.

4_ عدم صحة قياس الوقف على الصدقة لأن الصدقة يجوز فيها التملك بخلاف الوقف، الصدقة تخرج من ملك صاحبها إلى ملك المتصدق بها عليه، فيشترط فيها القبض، بخلاف الوقف فإن ملكيته لا تزول إلى ملك أحد من الناس، فلا يشترط فيها القبض.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الحيابة في الوقف

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الموضوع أو انه علينا تطبيق المادة 222 من القانون الأسرة الجزائري كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " أي انه يحيلها إلى الشريعة الإسلامية.

خلاصة الفصل الثاني

تعريف الوقف وهو لغة: الحبس عن التصرف، وفي لسان العرب الحبس بالضم: ما وقف وحبس الفرس في سبيل الله وأحبسه، فهو محتبس وحبيس، والأنثى حبيسة، والجمع: حبائس .
وفي الشرع له في المذاهب ثلاث تعاريف: فعرفه الحنفية على انه حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير. تعريف الثاني لجمهور وهم الصاحبان الشافعية والحنابلة: وهو حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره. وتعريف الثالث للمالكية: وهو جعل المالك منفعة مملوكة، أو جعل غلته كدراهم لمستحق، أي أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تملكي، ويتبرع بريعتها لجهة خيرية.

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وتعريف المشرع الجزائري: نصت المادة 3 من القانون رقم 91-10 الصادر 1991/04/27 المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف بأن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

مشروعية الوقف: الوقف عند الجمهور سنة مندوبة، فهو بعمومه يفيد الإنفاق في وجوه الخير والبر.

أركان الوقف: وهو عند جمهور للوقف أربع أركان: الوقف، الموقوف، الموقوف عليه، الصيغة. أما عند الحنفية فله ركن واحد هو الصيغة.

في جانب المشرع الجزائري: هي أيضا أربع أركان: الوقف، محل الوقف، صيغة الوقف، الموقوف عليه.

أنواع الوقف: الوقف الخيري، الوقف الذري، الوقف المشترك، الوقف المؤبد، الوقف المؤقت...

أما في المشرع الجزائري: قسمه إلى نوعين الوقف العام، الوقف الخاص وبعد التعديل تم إلغاء الوقف الخاص.

الحياسة في الوقف: قسمها الفقهاء إلى رأيين: الأول جعل الحياسة ليست شرط لصحت الوقف وبه قال أبو يوسف من الحنفية، وهو قول الشافعية، ومذهب الحنابلة، وهو قول الظاهرية.

واستدلوا بحديث عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر رضي الله عنه بخبير أرضا، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضا لم اصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث في الفقراء والقربى، وفي السبيل الله، والضيف، وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه. **وجه الدلالة:** أن قوله ﷺ: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها" يشمل تحبيس العين والصدقة بها وهي تحت يد مالکها، وأيضا فإن

الفصل الثاني: القبض في الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عمر رضي الله عنه لم يسأل النبي ﷺ عن اشتراط إخراج العين المحبسة عن يده ،مما يدل
عدم اشتراطه.

والرأي الثاني: الحيازة شرط في صحة الوقف: ويشترط المالكية لتمام الوقف ولزومه الحوز وهم
لا يكتفون بمطلق القبض المتولي بل لابد من حيازة المتولي للعين الموقوفة لمدة سنة.

خاتمة

الحمد لله على توفيقه إلى بلوغ هذا الحد من البحث ومن خلال ما سبق في دراستنا لهذا الموضوع و المتعلق بالقبض في الوقف والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. وهما ويشملان وجوه البر والإحسان و يمثلان جانب خيري للإنسان لكليهما المتبرع والقباض، فالمتبرع تكون له في الآخرة أما القابض فينتفع بها في الدنيا، وهو يعلم أن حياته إلى زوال، فيلتجأ الإنسان إلى الوقف والهبة وذلك لنيل الاثنتين الأجر والثواب والترابط والمحبة بين الناس في الهبة و في الوقف صدقة جارية وعمل صالح .

وتظهر الطبيعة القانونية للهبة والوقف من خلال تصنيفها، إذ تكيف على أنها تصرفات بذل وعطاء فهي تتم بدون مقابل في الأصل، والطرف المستفيد لا يتحمل فيها أي التزاما .

وقد أجمعت الأمة الإسلامية على جواز الهبة والوقف بل هي مستحبة .

إن المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقد ألزم فيه الإيجاب والقبول لانعقاده، واشترط لصحته الحيابة في المنقول مع الإجراءات الإدارية الخاصة به ، وفي العقار اشترط الرسمية والحيابة معا باستثناء حالة الرسمية تغني عن الحيابة عندما تكون الزوجة، أو يكون الواهب ولي الموهوب له أو أكان الشيء الموهوب ملك مشاع كل هذا ليس لإحماية لمصلحة الواهب . والمشرع الجزائري اخذ بالمذهب المالكي والذي يعتبر الهبة عقد لازم بعد القبض .

أما الحيابة في الوقف المشرع الجزائري أغفل هذا الجانب مع أنه وضع مفهوم شامل للوقف بتحديد تعريفه، وبيان نوعي الوقف العام والخاص، كما ذكر أركانه

.....الخ،ولكن جانب الحيابة لم يتكلم عنه لا أدري لما أو أنه في هذه الحالة نطبق نص المادة 222من القانون الأسرة الجزائري وهو الإحالة إلى الشريعة الإسلامية التي تكلمة على هذا الموضوع .وبرغم من أن قانون الأسرة الجزائري الذي هو في أغلبه مستمد من الشريعة الإسلامية ووعيا وعلما بأن وجود قانون كامل ومثالي مسألة يصعب استدراكها كما يقول بعض الفقهاء .وكان على المشرع لسد هذا القصور أن يأتي ببعض الأحكام التي تتعلق بموضوع الحيابة في الوقف ، وإضافة مواد لتكلم فيه.

قائمة
المصادر و
المراجع

القرآن الكريم

أولا كتب الأحاديث وشروحه

- 1- احمد بن حنبل، مسند الإمام احمد، تذييل شعيب الارنؤوطي، مؤسسة قرطبة، مصر، بدون سنة النشر.
- 2- البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون سنة النشر.
- 3- الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، ط2، 1983.

ثانيا: الكتب

- 1_ ابن منظور الإفريقي المصري لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت، لا توجد سنة النشر
- 2_ ابي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج9، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، بدون سنة النشر.
- 3_ أبي عبد الله مالك بن انس، المعونة على مذهب أهل المدينة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997
- 4_ ابن قدامه المقدسي، المغني، ج8، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر، الرياض، بدون سنة النشر.
- 5_ أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي أبو جعفر، مختصر الطحاوي، إحياء المعارف النعمانية بمصر، بدون سنة النشر.
- 6_ النووي محي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، المكتبة الإسلامية، ط3، 1991.
- 7_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985.
- 8_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004.

- 9_ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، الكتاب خالي من بيانات الطبع.
- 10_ محمد احمد تقيه، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003.
- 11_ محمد الزحيلي، المهذب، ج3، دار القلم، دمشق، ط1، 1996.
- 12_ محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
- 13_ محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب خليل، ج8، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر، بدون سنة النشر.
- 14_ محمد عبيد الكبسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ج1، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.
- 15_ محمد شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعة للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982.
- 16_ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، عالم الكتب، بيروت، 1983.
- 17_ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2011.
- 18_ منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر، دمشق، 2000.
- 19_ نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1، الجزائر، 1986.

- 20_ عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل وبهامشه، ج7، مصر، ط2، 1899.
- 21_ عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج6، دار الكتاب لنشر والتوزيع، بدون معلومات بلد النشر والتوزيع.
- 22_ عبد الله بن عبد المحسن التركي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج17، هجر للطباعة والنشر، ط1، 1995.
- 23_ عبد الفتاح تقيه، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000.
- 24_ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 25_ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط2، 2003.
- 26_ علي بن سليمان المر داوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، بدون معلومات النشر.
- 27_ شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، بدون معلومات النشر.
- 28_ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.
- 29_ خالد على محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج4، ط1، 2013.
- 30_ خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية: الوقف، ج1، دار زهران، عمان.

ثانيا :المذكرات الجامعية:

- 1_ علي احمد القياض، الوقف الإسلامي وأثره في النمو التعليمي والاجتماعي في الإسلام، "رسالة الدكتوراة" في الشريعة الإسلامية، جامعة السند، 1987،
- 2_ يوسف نواصة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامها ومقاصدها ، "رسالة الدكتوراه" تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، 2010/2011.
- 3- فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، "رسالة ماجستير" تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2011.

ثالثا: النصوص القانونية

- 1- قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن قانون المدني.
- 2_ قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- 3- قانون رقم 90-25، المتضمن قانون التوجيه العقاري.
- 4- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ، الموافق 27 افريل 1991م، المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف.
- 5- قانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 معدل ومتمم قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 افريل 1991 المتعلق بالأوقاف.
- 6- قانون 02-10 المعدل والمتمم للقانون 91-10 المؤرخ في 14/12/2002.

فهرس الموضوعات

الفهرس:

الموضوع	الصفحة
الشكر .	
الإهداء.	
مقدمة	1.....
الفصل الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	6.....
المبحث الأول: ماهية الهبة في الفقه والتشريع الجزائري	6.....
المطلب الأول: مفهوم الهبة وحكمها ومشروعيتها	6.....
الفرع الأول :تعريف الهبة.....	6.....
تعريف الهبة اصطلاحا.....	07.....
تعريف الهبة في القانون الجزائري.....	10.....
الفرع الثاني :حكم الهبة ومشروعيتها	11.. .
المطلب الثاني أركان الهبة وأنواعها في الفقه والقانون الجزائري.....	13.....
الفرع الأول أركان الهبة	13.....
أركان الهبة في قانون الجزائري	16.....
الفرع الثاني أنواع الهبة.....	22.....
المبحث الثاني الحيابة في الهبة من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	25
تعريف القبض.....	25

28	المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من حيازة الهبة.....
31	ثانيا أثر القبض في استقرار الهبة ولزومها
38	ثالثا شرط القبض وكيفيته.....
41	كيفية القبض
43	الفرع الثاني اثر الجنون والموت قبل القبض على صحة الهبة
47	المطلب الثاني موقف القانون الجزائري من حيازة الهبة
48	القبض في العقار.....
50	القبض في المنقول
58	ملخص الفصل الأول
62	الفصل الثاني القبض في الوقف في الفقه والمشرع الجزائري
63	المبحث الأول ماهية الوقف في الفقه والقانون الجزائري.....
63	المطلب الثاني تعريف الوقف ومشروعيته.....
65	موقف المشرع الجزائري
65	الفرع الثاني مشروعية الوقف وحكمته.....
67	المطلب الثاني أركان الوقف و أنواع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....
67	الفرع الأول أركان الوقف.....
70	الفرع الثاني أنواع الوقف في الفقه الإسلامي القانون الجزائري.....
77	المبحث الثاني حيازة الوقف من وجهة نظر الفقه والقانون الجزائري.....

77.....	المطلب الأول موقف الفقه من حيازة الوقف
78.....	الفرع الأول الحيازة والقبض ليست شرطا لا لصحة الوقف ولا للزومه
80.....	الفرع الثاني الحيازة والقبض شرط في صحة الوقف
90.....	المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري من الحيازة في الوقف
90.....	ملخص الفصل الثاني
92.....	الخاتمة
96.....	قائمة المصادر والمراجع