المرجعية الفقهية للمشرع الجزائري في القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية(أحكام التبرعات نموذجا)

The doctrinal reference of the Algerian legislator in the laws derived from Islamic Law (Sharia) (the provisions of donations as an example)

قديري محمد توفيق

جامعة بن خلدون، تيارت، (الجزائر)، medtoufik.kadiri@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 2022/09/02 تاريخ القبول 11 / 05/ 2022 تاريخ النشر: 2022/12/31

ملخص:

الهدف من خلال هذا البحث هو التعرف على المرجعية الفقهية للمشرع الجزائري في أحكام التبرعات باعتبار قواعدها القانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية، وذلك بالبحث في مدى ثبات المشرع على مرجعية فقهية محددة وموقع المذهب المالكي منها.

وقد توصلنا من خلال البحث إلى عدم ثبات المشرع على مرجعية محددة لا من حيث المصدر المادي ولا من حيث المرجع عند عدم وجود نص قانوني، وهو وضع ينبغي تداركه.

كلمات مفتاحية: مرجعية.، تبرعات.، المشرع الجزائري.، المذهب المالكي.، الشريعة الإسلامية.

Abstract:

The aim of this research is to detect the doctrinal reference of the Algerian legislator in the provisions of donations given that its legal rules has been obtained from Islamic law(Sharia), that by searching for the stability of the legislator on specific reference and the the position of the Maliki doctrine from this reference.

Through research we find that the legislator is not stable on a specific reference, whether related to of the material source or whether related to the reference in the absence of a legal text, then we must be corrected this situation

Keywords: reference; donations; Algerian legislator; Maliki doctrine; Islamic law(Sharia).

1- مقدمة

إن الشريعة الإسلامية، إضافة لكونها المصدر الاحتياطي الأول للقانون طبقا للمادة 1 من القانون المدني الجزائري، فإنها تعتبر المصدر المادي المباشر للقوانين المرتبطة بأحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) التي صدر بخصوصها قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 بموجب القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 والذي تضمن أربع كتب خصص آخرها لأحكام التبرعات وهي الوصية والهبة والوقف وهذا الأخير خصّه المشرع بنص مستقل ابتداء من 1991 بمقتضى القانون 91-10 المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف. وسواء في قانون الأسرة (المادة 222) أو قانون الأوقاف (المادة 2) فإن المشرع الجزائري نص على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع فيما لا نص فيه.

ومن خلال العلاقة المتينة بين أحكام التبرعات الواردة في قانون الأسرة وقانون الأوقاف وبين الشريعة الإسلامية، وباعتبار الجزائر تتبع المذهب المالكي وتعتبره المرجعية الفقهية الأولى فإننا نطرح الإشكالية التالية: هل انضبط المشرع الجزائري في حدود مرجعية واحدة في أحكام التبرعات؟ وما حظ المذهب المالكي منها؟ وهل وفق في الاستمداد التشريعي من أحكام الشريعة الإسلامية وصياغة أحكامها وتقنينها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نقوم ببيان مرجعية المشرع في أحكام التبرعات عبر محورين نخصص الأول للوصية والثاني للهبة حيث نبين من أين استمد المشرع الجزائري أحكام التبرعات واختياراته الفقهية. أما الوقف فنظرا لإفراده بقانون خاص وكثرة نصوصه التطبيقية ارتأينا استبعاده لأنه يستحق بحثا مستقلا.

والهدف من هذا البحث هو البحث في مرجعية المشرع الجزائري في الأحكام الخاصة بالتبرعات في قانون الأسرة وبيان اختيارات المشرع الجزائري ومدى توفيقه فيها، وقد اعتمدنا في ذلك على الجمع بين الوصف والتحليل فكانت دراسة وصفية تحليلية تنطلق من حالة النص القانوني وتحاول تأصيله ورده إلى أصله مع محاولة تفسير موقف المشرع. وهو ما كان وفق خطة مشسمة كما سلف بيانه إلى محورين، بيّنا في الأول منها مرجعية المشرع الجزائري في أحكام الوصية وفي المحور الثاني مرجعية المشرع الجزائري في أحكام الهبة، على أن نكتفي في ذلك بأهم المسائل المختلف فيها فقها والتي ورد فيها النص في قانون الأسرة مع عدم التعمق في تفاصيل الاختلاف الفقهي بين المذاهب إلا بالقدر الضروري، ذلك أن تتبع كل مسائل التبرعات لا يمكن إيجازه في مداخلة أو مقال.

2. المحور الأول: المرجعية الفقهية في أحكام الوصية

نص المشرع الجزائري على أحكام الوصية في المواد 184 إلى 201 من قانون الأسرة الجزائري، حيث بعد تعريف الوصية (المادة 184) عرض المشرع إلى مقدار الوصية(المادة 185) ثم شروط الموصي والموصى له (المواد 186-189) فالموصى به(المادة 190)، ثم إثبات الوصية (المادة 191) وأخيرا أحكام الوصية التي تناول فيها المشرع عددا من المسائل بدءا بالرجوع عن الوصية (المادة 192) وحكم رهن الموصى به (المادة 193) والوصية لمتعدد(المادة 195) وحكم الوصية بالمنفعة وانقضائها (المادة 196) ومن ثم بين حكم قبول الوصية (المادتين 197 و198) وحكم الوصية المعلقة على شرط (المادة 199) وحكم الوصية مع اختلاف الدين(المادة 200) وأخيرا بطلان الوصية (المادة 201).

وعليه نتناول في هذا المحور المرجعية الفقهية للمشرع الجزائري في المسائل التي وردت ضمن هذه النصوص بعد ترتيبها فنبدأ بالأحكام الخاصة بالموصي فالموصى له ثم الموصى به وذلك بالتركيز على المسائل التي للمشرع فيها اختيار فقهي.

1.2 الأحكام المتعلقة بالموصي:

الموصي هو الشخص المنشئ للوصية بإرادته المنفردة، وما ورد من أحكام في قانون الأسرة بخصوصه يطرح المسائل التالية:

أ/ **أهلية الموصي**: ويقصد بذلك الأهلية اللازمة لإنشاء الوصية وقد جاء في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري:(يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل). ومقتضى نص هذه المادة بطلان وصية الصبي المميز والسفيه وذي الغفلة المحجور عليهما، ناهيك عن بطلان وصية المجنون والمعتوه المحجور عليهما وظاهري الجنون والعته قبل ذلك، وهو ما يترتب عليه أيضا أن ولي القاصر والمحجور عليه لا يمكن له إنشاء وصية نيابة عن المولى عليه لأن الولي لا يملك أهلية التبرع من مال المولى عليه ابتداء.[1]

والمشرع الجزائري هنا اختار بطلان وصية الصبي المميز والسفيه؛ وفيما يلي نرى أقوال الفقهاء في المسألة ثم نرى اختيار المشرع الجزائري:

– **المذهب الحنفي**: قال الأحناف بأن وصية الصبي غير صحيحة إلا إذا بلغ، وذلك لأن قول الصبي غير ملزم، وما دام طلاقه لا يقع فالوصية أولى لأنها تبرع مفقر للذمة وفيها ضرر عليه، فلا تصح ولو أجازها وليه، أما السفيه فقد نص الحنفية على صحة وصاياه متى كانت في سبل الخير.[2]

– **المذهب المالكي**: يرى المالكية صحة وصية الصبي المميز مطلقا، ولو كان سنه أقل من 10 سنوات ما دام يفهم حقيقة الوصية وأنها قربة ولم يختلط عليه مفهومها، كما أجازوا وصية السفيه.[3]

– **المذهب الشافعي**: للشافعية قولان؛ الأول أنه لا تصح الوصية من الصبي ولو مميزا ولا من السفيه لأن عبارة الصبي مهدورة والسفيه محجور عليه في ماله، والقول الثاني وهو الأصح عندهم يرى أن وصية الصبي المميز والسفيه صحيحة لأنها لا تزيل الملك حال الحياة وتفيد الثواب بعد الممات.[4]

– **المذهب الحنبلي**: أجاز الحنابلة وصية الصبي المميز لأنها تصرف ليس فيه ضرر للصبي، ونفس الحكم بالنسبة للسفيه فتصح منهما الوصية كالإسلام والصلاة، فالحجر عليهما لحظ أنفسهما وحفظ مالهما وليس في الوصية تبديد مالهما ما دام يمكن الرجوع عنها قبل الموت.[5]

ويظهر لنا من خلال ما سبق أن المشرع اختار القول الأول للشافعية مبتعدا عن المذهب المالكي وما عليه جمهور الفقهاء وهو اختيار غير دقيق، لأنه يخالف المجمع عليه فقها.

ب/ ديانة الموصي: لم يشترط الفقهاء إسلام الموصي شرطا لصحة الوصية، فلا تتطلب الوصية عند إنشائها أن يكون الموصي مسلما متى توفرت بقية الشروط الخاصة بأركان الوصية.[6]

ولكن إذا ارتد المسلم عن الإسلام إلى الكفر[7]، اختلف الفقهاء حول حكم وصاياه على عدة أقوال؛ فنجد من يرى أن وصية المرتد موقوفة حتى يتبين حاله، فإذا رجع إلى الإسلام قبل موته صحت، وإذا مات على الكفر أو قتل حدا أو لحق بدار الحرب ومات فيها بطلت وصاياه، وهذا ما قال به أبو حنيفة وبعض المالكية ومذهب الشافعية في الأصح عندهم ومذهب الحنابلة أيضا، في حين ذهب محمد وأبو يوسف من الحنفية إلى صحة وصية المرتد ما لم يلتحق بدار الحرب، وللمالكية قول آخر ببطلان وصية المرتد مطلقا.[8]

وأما الذمي (الكافر الذي يقيم في بلاد الإسلام) والمستأمن والمعاهد (وهو الكافر الذي يدخل بلاد الإسلام بعهد أو أمان) والحربي (الكافر الي يسكن دارا ليس بينها وبين المسلمين عهد ولا ميثاق) فوصيتهم صحيحة باتفاق الفقهاء ما دامت شروط صحة الوصية الأخرى متوفرة لا سيما شرط أن لا الشيء الموصى به محرما.[9]

أما المشرع الجزائري فقد جاء في المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري:(تصح الوصية مع اختلاف الدين). وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اختار قول الجمهور ومنهم المالكية القائل بصحة الوصية مطلقا مهما كانت ديانة الموصي ما لم يشبها عيب آخر.

2.2 الأحكام الخاصة بالموصى له:

الموصى له هو الشخص المستفيد من الوصية، ويطرح الموصى له المسائل التالية:

أ/ الوصية للحمل: لم يختلف الفقهاء حول جواز الوصية للحمل ولكنهم اختلفوا حول شروط صحة هذه الوصية على أقوال، فجمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة قالوا أن الحمل لا يوصى له إلا إذا تحقق وجود الحمل ساعة إنشاء الوصية، أما المالكية فقد أجازوا الوصية للحمل مطلقا.[10]

وقد أخذ المشرع الجزائري بقول المالكية حيث نص المشرع في مستهل المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري:(تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيّا،....)، فهو لم يضع أي قيد على إنشاء الوصية ولا يفهم من شرط الولادة حيا أنه يشترط وجود الحمل في بطن أمه وإنما الولادة حيا شرط استحقاق للموصى به.

ب/ الوصية للميت: المقصود هنا أن يوصي الموصي لشخص ميت سواء كان عالما بوفاته أو جاهلا لها، فاختلف الفقهاء حول صحة الوصية ابتداء وبقائها حال وفاة الموصى به قبل موت الموصي، حيث نجد الأقوال التالية:

– المذهب الحنفي: يرى الحنفية يطلان الوصية للميت لأن الموصى له يجب أن يكون حيا وقت موت الموصي لاستحقاق الموصى به، والميت ليس من أهل استحقاق الوصية تماما كما ليس من أهل الميراث، فالوصية والميراث سواء.[11]

– المذهب المالكي: يفرق المالكية بين بين حالة علم الموصي بموت الموصى له وحالة عدم علمه، فإذا كان الموصي يجهل أن الموصى له مات قبله فإن الوصية تقع باطلة، أما إذا كان الموصي عالما بوفاة الموصى له ولم يبادر للرجوع عن الوصية فإن الوصية صحيحة وتستعمل في سداد ديون الموصى له، فإذا لم تكن على الموصى له ديون صرفت الوصية لورثته فإذا لم يكن عليه دين وليس له ورثة، بطلت الوصية ورجعت إلى ورثة الموصي ولا تذهب لبيت المال.[12]

– المذهب الشافعي: الوصية للميت عند الشافعية باطلة سواء كان الموصي عالما بموت الموصى له أم جاهلا بذلك.[13]

– المذهب الحنبلي: للحنابلة قولان؛ الأول بطلان الوصية للميت لأنه غير قابل للتملّك، فالوصية تتطلب لنفاذها القبول وليس للميت قبول، ولا أثر لعلم الموصي بموت الموصى له أو جهله لذلك. أما القول الثاني فيرى بأن الموصي

إذا كان عالما بموت الموصى له ولم يغير من وصيته فهي وصية صحيحة وتصرف في سداد ديون الموصي والتصدق عليه.[14]

وقد نص المشرع على حكم الوصية للميت في المادة 201 من قانون الأسرة:(تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها).

ويظهر من خلال هذا النص أخذ المشرع الجزائري بالرأي القائل ببطلان الوصية للميت ولم يميز المشرع بين حالة علم الموصي بموت الموصى له أم عدم علمه، وهو ما يبين رفض المشرع الوصية للميت في جميع حالاتها. وهو هاهنا قد أخذ بقول المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ولم يتبع المذهب المالكي رغم سلامة طرحهم ومنطقيته.

3.2 الأحكام الخاصة بالموصى به:

الموصى به هو العين أو المنفعة التي يتبرع بها الموصي إلى الموصى له، وقد نص المشرع الجزائري على أحكام الموصى به في المادة 191 بقولها:(للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة). وبالإضافة إلى ما اشترطته المادة 185 من قانون الأسرة بخصوص مقدار الوصية بأن تكون في حدود ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة، نبين الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في الأحكام الخاصة بالموصى به وذلك من خلال المسائل التالية:

أ/ الوصية في حدود الثلث إلا ما أجازه الورثة: هذه المسألة تتفرع عنها عدة نقاط،

أ/1– هل إجازة الورثة تبرع منهم أم تنفيذ لإرادة الموصي: اختلف الفقهاء حول هذه المسألة على أقوال؛

– القول الأول: يرى أن الإجازة هي تبرع من الورثة من مالهم إلى الموصى له، وإذا أراد الورثة إنفاذ ما زاد عن الثلث كان بعد تقسيم التركة ومن أموالهم، وهذا القول أحد قولي المالكية وهو المشهور عندهم، وهو القول الثاني لدى الشافعية ورجحه الإمام النووي.[15]

– القول الثاني: ويرى أن الإجازة هي تنفيذ لإرادة الموصي وتنفذ من ماله لا مال الورثة فمن أجاز من الورثة الوصية إنما هو ينفذ إرادة مورثه، وهذا القول هو ما قال الحنفية والحنابلة، وهو القول الثاني للمالكية ورجحه القاضي عبد الوهاب البغدادي وهو كذلك القول الأول لدى الشافعية.[16]

والظاهر جليا هو أخذ المشرع الجزائري بالقول الثاني وهو الأقرب للمنطق والأكثر احتراما لإرادة الموصي.

أ/2- الوقت المعتبر في معرفة مقدار الوصية من التركة: على اعتبار أن المشرع قال في المادة 185 من قانون الأسرة أن الوصية لا تتجاوز ثلث التركة فإنه يقصد أن تحديد مقدار الوصية من مال الموصي يكون بعد وفاة الموصي وأيلولة ماله تركة وليس وقت إنشائه للوصية، فالمقصود بالتركة من نص المادة 185 هو ما يتبقى بعد أخذ مصاريف الدفن وتسديد الديون، ومن ثم تبقى التركة التي يحسب منها مقدار الثلث.[17]

والمشرع هنا اختار قول الحنفية والمالكية في المشهور عندهم حيث يرى الحنفية والمالكية أن الوقت الذي يحدد فيه هل الموصى به في حدود ثلث التركة هو عند تقسيمها عقب تجهيز الميت وأداء الديون، فيأتي دور الوصايا فيكون أنسب وقت لحساب مقدارها ومدى كونه في حدود ثلث التركة.[18]

ب/ أن يكون الموصى به مملوكا للموصي: جاء في المادة 190 من قانون الأسرة أن الموصى به يكون مملوكا للموصي أو يدخل في ملكه قبل موته، وهنا اختلف الفقهاء هل يجب أن يكون المال الموصى به ملكا حين إنشاء الوصية أم لا، بالنسبة للوصية بسهم شائع في التركة فالفقهاء مجمعون على صحة الوصية ولم يكن الموصي يملك شيئا وقت إنشاء الوصية، أما الوصية بشيء معين لم يمتلكه الموصي بعد فقال الحنفية أنها لا تصح ولو تملك الشيء الموصى به قبل موته، أما المالكية فأجازوا هذه الوصية فالعبرة عندهم بوفاة الموصي، ووافقهم الحنابلة بينما للشافعية قولان أحدهما كقول الحنفية والثاني كقول المالكية والحنابلة.[19]

والظاهر من نص المادة 190 من قانون الأسرة اختيار المشرع لقول المالكية وهو قول يتماشى ومعنى الوصية وحكمها في أنها تنفذ بعد الموت.

ولهذا ننتهي من عرض المحور الأول من هذه المداخلة وننتقل إلى المحور الثاني المخص للمرجعية الفقهية في أحكام الهبة.

3. المحور الثاني: المرجعية الفقهية في أحكام الهبة:

تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الهبة في المواد 202 إلى 212 من قانون الأسرة الجزائري، حيث قام بتعريفها ثم تطرق إلى أهم الأحكام الخاصة بالواهب والموهوب له والمال الموهوب مع عدم انسجام في عرض الأحكام وعدم احترام ترتيبها، ولذلك نقوم ببيان المرجعية الفقهية للمشرع في المسائل التي يظهر له فيها اختيار فقهي وهي ما تعلق بحكم الهبة للحمل، وهبة الدين، ثم الحيازة في الهبة وأخيرا الرجوع في الهبة.

1.3 الهبة للحمل:

جاء في نص المادة 209 من قانون الأسرة:(تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا)، وبمقتضى هذا النص يكون المشرع قد اختار قول المالكية الذين أجازوا الهبة للحمل في بطن أمه ويبرم العقد بين الواهب والولي الشرعي للحمل قياسا على ما ورد في المادة 210 بخصوص حيازة الموهوب له القاصر أو المحجور عليه للمال الموهوب بواسطة ممثله الشرعي. وقد خالف المشرع الجزائري هنا مذهب الجمهور الذين يرون عدم جواز الهبة للجنين لأنه لا قدرة له على التملك الفوري والهبة تتطلب ذلك لأنها عقد لازم لا تقبل التعليق، بينما رأى مالك وأصحابه صحة الهبة للحمل لعموم أدلة الهبة وقياسا على الوقف والوصية وأن الهبة تقبل التعليق.[20]

2.3 هبة الدين:

جاء في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري:(يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة أو دينا لدى الغير). وبهذا يكون المشرع الجزائري أخذ بالقول الذي يرى صحة هبة الدين دون تفرقة بين أنواع الديون، ودون تفرقة هل هي هبة الدين لمن هو عليه أم هبتها لغير من هو عليه، وهذا القول هو للمالكية ووافقهم فيه الشافعية في قول لهم، مستندين لعموم أدلة الهبة وعلى أن الأصل في العقود الصحة وأن الهبة إذا كانت للمدين فهي إبراء يجوز التوسع فيه وإذا كانت للغير فلا بأس فيها، في حين خالف الحنفية والحنابلة والشافعية في القول الثاني لهم وهو الراجح عندهم. ولكن المشرع رأى الأخذ بالقول الأول.[21]

3.3 الحيازة في الهبة:

الحيازة عي السيطرة المادية على الشيء الموهوب من طرف الموهوب له فيكون بحوزته وتختلف حسب نوع الموهوب له هل هو منقول أم عقار، ويسمي الفقهاء الحيازة بالقبض، والمسألة التي أثارت الخلاف بين الفقهاء هي طبيعة الحيازة أو القبض؟ هل هو شرط صحة يترتب عن تخلفه بطلان الهبة أم هو شرط تمام للهبة؟ ونبين فيما يلي موقف الفقه الإسلامي ثم نرى الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري.

أ/ الحيازة (القبض) في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء حول هذه المسألة على قولين:

أ/1- القول الأول: الحيازة (القبض) في الهبة شرط صحة تبطل الهبة دونه: وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة الذين لهم تفصيلات في المسألة حسب نوع المال الموهوب، فالحنفية يرون الهبة عقدا غير لازم وللواهب الرجوع فيها فلا تتم إلا بالحيازة وتمكن الموهوب له من المال الموهوب، وأكد الشافعية أن الهبة لا تتم بغير القبض وأنه لا يكون إلا برضا الواهب ويحل محله الوارث لو مات الواهب قبل القبض، وأيدهم الحنابلة في المجمل مع تفصيل كثير عندهم في أنواع المال الموهوب.[22]

أ/2- القول الثاني: الحيازة (القبض) في الهبة شرط تمام في الهبة: وبه قال مالك والشافعية في القديم، ومقضى هذا القول أن القبض ليس شرطا في صحة الهبة بل شرطا لتمامها ويذبك لا يشترط رضا الواهب بقبض الموهوب له الشيء الموهوب وإنما للموهوب به قبض المال الموهوب دون رضا الواهب، فالهبة لازمة منذ العقد وتوجب التمليك.[23]

ب/ الحيازة (القبض) في الهبة في قانون الأسرة الجزائري: جاء في المادة 206 من قانون الأسرة ما يلي:(تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة).

وعليه فإن المشرع رتب على عدم حيازة الموهوب له للعقار الموهوب عدم تمام الهبة، وكان يمكن أن نعتبر الحيازة شرط نفاذ، إلا أن نص المشرع في آخر المادة 206 على أن عدم احترام ما ورد في الفقرة الأولى لهذه المادة يؤدي إلى إبطال الهبة يعني أن الحيازة وإن لم تكن ركنا في العقد بالمعنى الدقيق إلا أنها شرط صحة رتب عليه المشرع البطلان المطلق. وهو ما يعني أن المشرع قد أخذ بقول الجمهور وليس قول المالكية ولعل ذلك يرجع إلى رغبة المشرع في تأكيد أهمية الحيازة ونفي شبهة الوصية المستترة بالهبة عن تصرفات الواهب.

4.3 الرجوع في الهبة:

تعتبر مسألة الرجوع في الهبة من بين أهم المسائل التي اختلف فيها الفقهاء في موضوع الهبة، وهي ما تسمى فقها باعتصار الهبة، ونتطرق في نقطة أولى إلى حكم الرجوع في الهبة فقها ثم نرى موقف المشرع الجزائري واختياره الفقهي.

أ/ حكم الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي:انقسم الفقهاء حول هذه المسألة على قولين:

أ/1- القول الأول يرى أن الأصل عدم الرجوع في الهبة إلا ما ورد النص باستثنائه: وهي حالة هبة الوالد لولده، وهو مذهب الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة، ورأوا أن للأب وحده أن يعود فيما وهبه لابنه ما لم يطرأ ما يحول دون ذلك كخروج العين الموهوبة من ملك الموهوب له أو هلاكها أو كانت منفعة استهلكت أو كانت في صورة إبراء من الدين يكون الولد قد قدم العين كضمان في رهن أو يتزوج الولد الموهوب له بعد الهبة.[24]

أ/2- القول الثاني: جواز الرجوع في الهبة مطلقا ما لم يرد مانع: وهو قول الحنفية ويرون جواز الرجوع في الهبة ما لم يقم مانع يحول دون ذلك كتغير المال الموهوب بالنماء أو موت الواهب أو الموهوب له أو هلاك المال الموهوب أو كانت الهبة بين الزوجين أو صدقة لفقير.[25]

ب/ الرجوع في الهبة في قانون الأسرة الجزائري: المشرع الجزائري نص على موقفه في المادتين 211 و212 من قانون الأسرة، فالمادة 211 من قانون الأسرة نصت على أن الأبوين فقط من لهما الحق في الرجوع في الهبة الممنوحة لأولادهما سواء كان الشيء الموهوب عقارا أو منقولا على أن يتم ذلك عن طريق القضاء، والمقصود بكلمة الأبوين الواردة في نص المادة 211 قانون الأسرة، الأب والأم فقط، وحددت الموانع التي تحول دون رجوعهما في هبتهما وهي:

- الهبة من اجل زواج الموهوب له
- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين
- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا قانونيا
- هلاك الشيء الموهوب
- التغيير في طبيعة الشيء الموهوب.

أما المادة 212 فقد حددت سببا آخر يمنع الرجوع في الهبة وهو أن تكون للمنفعة العامة.

ويترتب على الرجوع في الهبة رد الموهوب له للعقار الموهوب إلى الواهب، ورجوع الواهب على الموهوب له بثمار العقار الموهوب وللموهوب له استرجاع ما أنفقه على العقار الموهوب.

والظاهر من هذه النصوص أن المشرع قد تتبع قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو الأسلم والأضمن لاستقرار التعاملات.

4. خاتمة:

من خلال هذا البحث قمنا ببيان الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في أحكام التبرعات الواردة في قانون الأسرة وبالذات الوصية والهبة باعتبار أحكامهما مستمدين من أحكام الشريعة الإسلامية. وعليه قمنا باختيار مجموعة من المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة ورأينا المرجعية الفقهية للمشرع الجزائري فيهما، ومنه توصلنا إلى مجموعة من النتائج أبرزها:

- المشرع اقتضب كثيرا في أحكام التبرعات وهو ما جعل البحث عن اختياراته ومرجعيته الفقهية أمرا صعبا،
- المشرع الجزائري لم يضبط مرجعيته الفقهية على مذهب واحد كأصل مع الاستعانة بمذاهب أخرى عند عدم النص وإنما تنوعت اختياراته على ما بيناه،

– المشرع الجزائري تخونه في غالب الأحيان الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وهو ما يستوجب إعادة النظر في كيفية الاستمداد من النصوص الفقهية وصبها في شكل مواد قانونية.

وعلى ضوء ما سبق تبنينا الاقتراحات التالية:

– ضرورة إعادة النظر في أحكام التبرعات ولما لا قانون الأسرة ككل وجعلها أكثر تفصيلا وتحديدا،

– ضبط المرجعية الفقهية للمشرع الجزائري بما يتماشى والمذهب المالكي باعتباره مذهب أهل البلد، مع الاستعانة بالمذاهب الأخرى في المسائل التي قد لا يوجد فيها قول واضح في المذهب المالكي،

– الحرص على صياغة النصوص القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وذلك بالتعاون بين فقهاء القانون والشريعة الإسلامية.

5. قائمة المراجع:

[1] – بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2: الميراث والوصية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007، ص253 ؛ محمود بلال مهران، **أحكام الوصية وموجز أحكام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون**، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 2009، ص60.

[2]– محمد بن عثمان الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي**، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط1، 1315 هجرية، **ج6**، ص185؛ محمد زيد الأبياني، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا**، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بمصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط2، 2009،، ج3، ص1287.

[3]– أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي**، أخرجه ونسقه وخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت، ج4، ص580.

[4]– شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج3، ص53.

[5]– منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ج3، ص530.

[6]– محمود بلال مهران، **أحكام الوصية وموجز أحكام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون**، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 2009، ص65.

[7]– المرتد هو الشخص الذي يرجع إلى الكفر بعد الإسلام، سواء كان هذا الرجوع بالنية أو بالقول أو بالفعل، وسواء كان استهزاء أو اعتقادا أو عنادا، ولمزيد التفصيل في الردة وأحكامها ينظر: تيسيير العمر، **الردة وآثارها دراسة مقارنة مع القانون**، دار النوادر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط1، 2012، ص27.

[8]- محمد أمين ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 2003، ج6، ص395؛ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **المرجع السابق**، ج4، ص441؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **المرجع السابق**، ج3، ص53؛ موفق الدين بن قدامة، **المغني**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط3، 1997، ج12، ص-ص: 272-274.

[9]- محمد التاويل، **الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي**، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط، د.ت، ص155-ص156؛ خالد بن علي بن محمد المشيقح، **الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا**، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2013، ج6، ص396.

[10]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق وتعليق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، ج10، ص488؛ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، تصحيح وتحقيق دار الرضوان، دار الرضوان للطباعة والنشر والتوزيع، نواقشوط، موريتانيا، ط1، 2015، ج14، ص364؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، **المرجع السابق**، ج3، ص55؛ محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1426هـ، ج11، ص165؛ موفق الدين بن قدامة، **المغني**، **المرجع السابق**، ج8، ص458.

[11]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **المرجع السابق**، ج10، ص490.

[12]- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير**، **المرجع السابق**، ج4، ص582

[13]- محيي الدين النووي، **روضة لطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق زهير الشاويش، منشورات المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991، ، ج6، ص116.

[14]- موفق الدين بن قدامة، **المغني شرح مختصر الخرقي**، **المرجع السابق**، ج8، ص413؛ محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، **المرجع السابق**، ج11، ص169.

[15]- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير**، **المرجع السابق**، ج4، ص586؛ محيي الدين النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، **المرجع السابق**، ج6، ص108.

[16]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **المرجع السابق**، ج10، ص552؛ ابن قدامة موفق الدين، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، مصر،1997، ج4، ص7؛ عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، السعودية، 2008،ج5، ص، 156؛ محيي الدين النووي، **المرجع السابق**، ج6، ص108.

[17]- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2: الميراث والوصية**، المرجع السابق، ص272.

[18]- زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، **الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية مع مراعاة ما يجري به العمل في محاكم الكويت وما جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي**، مكتبة الفلاح، ط1، الكويت، 1984، ص124.

[19]- محمد التاويل، **المرجع السابق**، ص145؛ عبد المالك رابح، **النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2017، ص38.

[20]- خالد بن علي بن محمد المشيقح، **المرجع السابق**، ج4، ص-ص:382-383.

[21]- نفسه، ص-ص:288-294.

[22]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع**، **المرجع السابق**، ج8، ص105، 106؛ محيي الدين النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، **المرجع السابق**، ج5، ص375؛ موفق الدين بن قدامة، **المغني شرح مختصر الخرقي**، **المرجع السابق**، ج8، ص240.

[23]- عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، **المرجع السابق**، ج3، ص254؛ محيي الدين النووي، **المرجع السابق**، ج5، ص375.

[24]- منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، **المرجع السابق**، ج3، ص508 وما يليها.

[25]- محمد بن عثمان الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي**، المرجع السابق، ج5، ص97 و98.