

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة المسيلة محمد بوضياف بالمسيلة



ميدان الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

حق الطفل في الهبة والوصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ

عمارة عمارة

إعداد الطالبان

حفاف محفوظ

كشيدة مراد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
- يرمش مراد	أستاذ محاضر (ب)	جامعة المسيلة	رئيسا
- عمارة عمارة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
- فيشوش سعد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2024/06/06

السنة الجامعية: 2024-2023



ملحق بالقرار رقم 1087/2020... المؤرخ في 27 شهر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله:

السيد / حفيان محفوط / العتبة: طالب / باحث
الخامل / لبطاقة التعريف الوطنية رقم 10488503 والصادرة بتاريخ 28 / 10 / 2016 عن أملا من البحر
المسجل / بكلية / معهد مختصة بعلوم سياسية / المفتوح
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة التخرج: مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: حقوق الطفل في الأسرة والوصية

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2024/05/28

توقيع المعتمد (ة)



ملحق بالقرار رقم 10821... المأخذ في 27 أفريل 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد (ة) كشيش مراد الصفة: طالب. أساذ. باحث

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 102050944 والصادرة بتاريخ 2016/11/24

المسجل (ة) بكلية / معهد العلوم الأساسية قسم الحقوق

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: مدى الطفل في اللعبة و لوصية

أصرح بشرفي أنني ألتم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2024/05/28

توقيع المعني (ة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

❖ إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٌّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا

وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَّانِي صَغِيرًا﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أغلى ما في الوجود

❖ الأم الحبيبة الغالية

❖ إلى من كان سندا لي في الحياة صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا يسعني إلا أن

أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا الأب الغالي .

❖ إلى زوجتي الغالية

❖ إلى ابنتي الكتكوتة ميساء

❖ إلى كل اخوتي واخواتي وكل العائلة الكريمة

❖ إلى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ الطالب حفاف محفوظ

إهداء

❖ إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا

وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

❖ (سورة الإسراء الآية 24) إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أعلى ما في

الوجود

❖ الأم الحبيبة الغالية

❖ إلى روح من كان سندا لي في الحياة صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا يسعني إلا

أن أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا الأب الغالي رحمه الله تعالى

❖ إلى زوجتي الغالية

❖ إلى ابنائي سديس ،شرف الدين،صهيب،وجدان

❖ إلى كل اخوتي واخواتي وكل العائلة

❖ إلى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ إلى روح أبي الطاهرة

❖ الطالب كشيدة مراد

شكر وتقدير

وفي لحظات العرفان بالجميل وحسن الصنيع لا يسعنا إلا أن نحمد الله
الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع
ونصلي ونسلم على نور القلوب وضيائها حبيبنا
وقرة أعيننا محمد صلى الله عليه وسلم
نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع
ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور " عمارة عمارة"
الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته التي كانت لنا خير معين في هذه
الدراسة.
والشكر الجزيل للجنة المناقشة التي سيكون لها دورا كبيرا في تقويم وتثمين
هذه الدراسة
وإلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة
❖ الطالبان: حفاف محفوظ
كشيدة مراد

قائمة المختصرات:

أولاً: الاختصارات بالعربية

ج : جزء

م: مجلد

ع : عدد

ط : الطبعة

ص : صفحة

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

مقدمة

مقدمة:

أحاط المشرع فئة الأطفال القصر بحماية قانونية من جميع الجوانب سواء ما تعلق بحقوقهم المادية وحتى المعنوية منها، وكما لا يخفى علينا فإن الطفل القاصر وإن لم تكتمل أهليته القانونية بعد فإنه يتمتع بأهلية الوجوب التي تخوله اكتساب جملة من الحقوق البعض منها مالية، وتتنوع مصادر هذه الأخير بين الوقائع القانونية المتمثلة في الحق في النفقة الذي يثبت للطفل بمجرد ثبوت نسبه الناتج عن الزواج، بالإضافة لحقه في الميراث الذي يكتسبه في حال وفاة أحد مورثيه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قد يكون مصدر أموال الطفل القاصر بعض التصرفات القانونية التي تكون لصالحه مثل الهبة أو الوصية، والتي تعد تصرفات نافعة نفعا محضا تثري ذمة الطفل وبالتالي يجيز القانون قبولها غير أنه ما يقف عائقا أمام استفادة الطفل من أمواله هو عدم كمال أهليته والذي بسببها يمنع القانون الطفل القاصر من التصرف في أمواله خاصة إذا كان عديم الأهلية ويجيز له بعض التصرفات إذا تعدى سن التمييز، لهذا كان من الضروري إيجاد آلية قانونية يمكن من خلالها إدارة أموال الطفل القاصر وحفظها، ومما استوجب كذلك اللجوء الى ضوابط شرعية في الفقه الاسلامي الذي أولى اهتماما أكبر في موضوع الهبة والوصية أخذا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ومن هذا المنطلق ستركز دراستنا أساسا على دراسة حق الطفل في الهبة والوصية في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

• أهمية البحث:

إن موضوع الهبة والوصية يعنّيه أحكام فقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية التي هي القانون الواجب التطبيق طبقا للمادة 222 من تشريع الأسرة.

إن بيان حقوق الطفل وخاصة المالية المتعلقة بالهبة والوصية وتجليها في النظام المالي والاقتصادي في الإسلام يعد من الأمور المهمة التي تعالج أمرا حيويا متعلقا بشريحة من المجتمع تعد أساسه، فطفل اليوم هو رجل الغد لذا وجب منح الطفل جميع حقوقه المالية وخاصة منها المتعلقة بالهبة والوصية والمحافظة عليها حتى يجتاز مرحلة الطفولة ويصبح قادرا على الحفاظ عليها بنفسه .

لموضوع حق الطفل في الهبة والوصية بصفة عامة أهمية قانونية وعلمية وعملية في آن واحد، وانطلاقاً مما سبق بيانه فإن أهمية دراسة هذا الموضوع تنقسم إلى:

- أهمية علمية تكمن في أن موضوع دراسة حق الطفل في الهبة والوصية وما يتعلق بها من إشكالات، أهمية بالغة على لسان جهة الفقهاء وكذلك عناية المشرع الجزائري بهذا الموضوع وعليه كانت دراستنا واختيارنا له.

- أما الأهمية العملية تبرز في تعامل القضاء مع هذه الخصوصيات والميزات في ظل ما تشهده محاكمنا اليوم من عدد كبير من قضايا الهبة والوصية

• أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى الكشف عن حق الطفل في الهبة والوصية وإبراز الحقوق المالية للطفل والإحاطة بمختلف أحكامه وفقاً لما جاء في قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى دراسة النقائص والثغرات المتعلقة بالموضوع المتواجدة في قانون الأسرة الجزائري وصولاً إلى اقتراح ما يمكن تعديله في النصوص المتعلقة بالموضوع لحل الإشكالات المثارة.

أردنا التوصل من خلال دراستنا إلى الحق المالي للطفل والمتمثل في الهبة والوصية الذي يمكن أن يؤمن أدنى ظروف العيش للطفل و يحسن مستواه .
كذلك أردنا إثراء الدراسات الخاصة بالطفل و حقوقه .

نريد أن نبين من هذه الدراسة أن الإسلام عقيدة و عمل، وأن الشريعة الإسلامية التي نبغ فيها العلماء والفقهاء صالحة لكل زمان ومكان. كما نهدف أيضاً إلى تحديد موقف قانون الأسرة الجزائري بخصوص حق الطفل في الهبة والوصية، والوقوف على مدى أخذ القضاء بالأحكام الشرعية كحلول بديلة للفراغ القانوني الحاصل بشأن هذه الحقوق.

• أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدة دوافع وأسباب موضوعية وذاتية أدت بنا إلى اختيار هذه الدراسة نذكر منها:

أولاً: الأسباب الموضوعية

- ندرة الدراسات التي تناولت مثل هذه المواضيع.
- الفراغ والغموض اللذان ميزا قانون الأسرة في تنظيمه للعديد من المسائل المتعلقة بحق الطفل في الهبة والوصية.
- إن موضوع الهبة والوصية وإن كان محل اهتمام الفقهاء قديماً إلا أنه يحتاج إلى مزيد من الدراسة ليواكب تطورات المجتمع .
- الوقوف على النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع والتي لم يمسهما التعديل كغيرها من المواد الأخرى في قانون الأسرة.
- اهتمام الباحثين بالحقوق المالية للطفل بصورة عامة دون تخصيص للبحث في موضوع الهبة والوصية لهذه الفئة.

ثانياً: الأسباب الذاتية

- الاهتمام الشخصي الأكاديمي بموضوع حق الطفل في الهبة والوصية.
- الرغبة في تعميق المعرفة حول موضوع حق الطفل في الهبة والوصية.
- جدية وحساسية الموضوع وكذا الاهتمام المتزايد به.
- الموضوع يتلاءم مع تخصصي في الماستر (قانون أسرة)

• صعوبات البحث:

- كأي عمل لم يخلو هذا البحث من الصعوبات فهو من الموضوعات الحساسة التي لم تستوف حقها في الدراسة ومن بين هذه الصعوبات نذكر منها:
- قلة الكتب والمراجع التي تتكلم عن حق الطفل في الهبة والوصية خاصة في القانون الجزائري التي نجد لها عبارة عن جزئيات .
- قلة البحوث المتخصصة في هذا الموضوع لدى الجامعة الجزائرية

- قلة المراجع والبحوث الأكاديمية، خاصة الكتب ذات النوعية والمتخصصة التي تعالج الموضوع بصفة مباشرة وتتناوله من جانب قانوني بالدراسة والتحليل.

- قلة القوانين والتشريعات المتخصصة التي عالجت هذا الموضوع في الجزائر.

- صعوبة البحث والحصول على المراجع نظرا للظروف التي صادفتنا والتي أجريت فيها هذه الدراسة.

ونظرا لنقص مراجع متخصصة في الهبة والوصية فقد اعتمدنا بالدرجة الأولى على الكتب والمجلات والملفات.

تجاوزنا هذه الصعوبات من خلال الاعتماد على المقالات المدرجة في: asjp والمذكرات والأطروحات الموجودة في موقع **Dspace** و **sndl**، وبعض المراجع الجزائرية والعربية.

• الإشكالية:

ومن خلال ما سبق ومحاولة فهم العلاقة بين متغيرات الدراسة وتفسير الموضوع يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهي الآليات القانونية والضوابط الشرعية التي أقرها التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

لحماية حق الطفل في الهبة والوصية؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية:

- ما مفهوم وطبيعة حق الطفل في الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟ وأركانها؟
- ماهي الأحكام الخاصة بحق الطفل في الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ؟ والرجوع في الهبة للطفل وموانعه؟
- ما مفهوم وطبيعة حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟ وأركانها؟
- ماهي الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

• المنهج-المناهج المعتمدة:

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة استخدمنا المنهج التحليلي والمقارن، لتحليل نصوص مواد قانون الأسرة، وكذلك كل نصوص وقواعد الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى استعمال منهج المقارن بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

• خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا دراستنا إلى فصلين وفق الخطة التالية:

خصصنا الفصل الأول لدراسة حماية حق الطفل في الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم وطبيعة حق الطفل في الهبة أما المبحث الثاني فوضحنا فيه الأحكام الخاصة بحق الطفل في الهبة.

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه: ضوابط حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وذلك من خلال مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: مفهوم وطبيعة حق الطفل في الوصية أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الوصية.

وفي الأخير أنهينا دراستنا بخاتمة تضمنت نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

حماية حق الطفل في الـهبة في
الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفصل الأول

حماية حق الطفل في الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تؤثر الهبة في إنشاء واستقرار العلاقات والروابط الإنسانية باعتبارها باب من أبواب البر والإحسان، وتدعيم أواصر الأخوة والتعاون، لكونها تصرف دون عوض، يتنازل الإنسان بواسطتها عن ماله أو جزء منه، وهي تصرف شرعي أباحت الشرائع السماوية ونظمت الشرائع الوضعية منها المشرع الجزائري، وضبطته بقواعد تمكن من تحقيق الأهداف التي أبرم من أجله، خاصة إذا ما تم توجيهه لتسخير وخدمة المنفعة العامة.

نظم المشرع الجزائري الهبة في قانون الأسرة (ضمن مسائل الأحوال الشخصية)، في الباب الرابع منه المخصص للتبرعات، وذلك في المواد من 202 إلى 2012، وتعتبر الهبة من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها قيام التراضي بين المتعاقدين، وإنما ضرورة إفراغ هذا التراضي أو إرادتهما المتطابقتان في شكل معين، وهو تحريرها في ورقة رسمية لدى ضابط عمومي مؤهل (الموثق)، إذا ما تعلق الأمر بهبة العقار عملاً بأحكام المادة 206 من قانون الأسرة، أما إذا تعلق الأمر بالمنقول وجبت الحيازة، عملاً بأحكام المادتين 207 و208 من نفس التقنين (تقنين الأسرة).

إن الإخلال بالإجراءات الشكلية المفروضة في عقد الهبة يترتب عنه البطلان المطلق هذا الأخير، وهذا يعني أن عقد الهبة من العقود العينية التي يكون فيها القبض أو الحيازة شرط لصحة العقد، وقد يكون للهبة تأثيراً على وضعية الواهب المالية وعلاقته بالغير خاصة، وأنها من العقود الإحتفائية التي تقوم على افتقار ذمة الواهب وإغناء ذمة الموهوب له، ما قد يجعل من الواهب يغير من رأيه ويتراجع عنها، خاصة إذا كانت تمس بالأخلاق السوية وما تدعو إليها الشريعة الإسلامية (مثل عدم العدل بين الأولاد)، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يمنحها التنظيم الكافي (نظمها من خلال 11 مادة)، وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم وطبيعة حق الطفل في الهبة.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بحق الطفل في الهبة.

المبحث الأول:

مفهوم وطبيعة حق الطفل في الهبة

اتفق الفقهاء على أن الولي ليس له أن يهب من مال القاصر شيئاً إذا كانت الهبة من غير عوض، كما ليس له أن يتبرع من مال القاصر سواء أكان بالصدقة أو غيرها، واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: "ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن"، ووجه الدلالة أن الولي مأمور بالتصرف الذي فيه مصلحة من هو تحت الولاية، فلقد نهت الآية عن قربان مال اليتيم إلا بما فيه مصلحة، والتبرع والهبة بالمال ليس فيه مصلحة للقاصر، بل هو تصرف في ماله على غير الوجه الذي أمر الله به فيكون ممنوعاً ومنهياً عنه، بل هو ضرر محض ولقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: " لا ضرر ولا ضرار "

المطلب الأول: تعريف الهبة وأركانها

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الهبة كفرع أول، وأركانها كفرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الهبة

أولاً: تعرف الهبة لغة أنها: عطية بلا عوض، قال ابن الأثير: الهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت من صاحبها سمي وهاباً، ومنه اسم الله تعالى «الوهاب»: أي كثير العطايا ومجزل الثواب، ويقال: اتَّ هَبْتُ الهبة: قبلتها، واستوهبْتُها: سألتها، وتواهبوا: وهب بعضهم البعض.¹ أما بالنسبة لاصطلاحها شرعاً في تبرع بمال حال الحياة بلا عوض، وقد تكون بعوض فتسمى هبة الثواب.²

يفهم من التعريف السابق أن الأصل في الهبة عدم المعاوضة عليها، وقد تتم بمقابل أيضاً -وجود عوض- وتسمى هبة الثواب. وإذا اشتبه الأمر في القصد من الهبة، هل أريد بها الصلة والمودة أو المكافأة والثواب، فإنه ينظر إلى الشواهد وقرائن الأحوال، فإن كانت بين غني وفقير فالقول قول

¹ - أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمي، بيروت، الطبعة الثانية ص 673.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 2000م، ص 508.

الفقير مع يمينه، فإن لم يكن شاهد حال فالقول قول الواهب مع يمينه، وإذا أهدى فقير إلى غني طعاما عند قدومه من سفر أو شبهه فلا ثوب له عليه.¹

وعادة ما تكون الهبة بين الأغنياء من أجل قضاء المصالح وتحقيق الأغراض، وعندئذ تكيف على أنها هبة ثواب، وأيضا الهبة بين الفقراء، تكون عادة من أجل مبادلة المنافع والتكافل في قضاء الحوائج، فهي هبة أيضا ثواب لاحتوائها على معاوضة من الطرفين.

الهبة لغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا سواء أكان مالا أو غير مال، وهي العطية الخالية من الأعواض والأغراض.²

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

لم يختلف فقهاء الشريعة في تعريفهم للهبة اختلافا كبيرا حيث عرفها:³

الحنفية الهبة تمليك بلا عوض في الحال.

المالكية: تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وتسمى هدية.

الشافعية: التمليك بلا عوض.

الحنابلة تمليك جائز التصرف، مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في هذه الحياة بل عوض.

حكم الهبة في الشريعة الإسلامية النذب و الاستحباب، لذلك تكون بمعنى الهدية و العطية والصدقة.

قال الله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ ۝٤٠ ﴾⁴ و

قال الله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ

¹ - محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، مؤسسة المختار، القاهرة، ط1، 2009، ص 373.

² - ابن منظور، معاجم وقواميس اللغة العربية، لسان العرب، الجزء 6، ص 4929.

³ - محمد تقي، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، القليعة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003، ص14.

⁴ - سورة آل عمران، الآية 08.

الذُّكُور¹، وقال الرسول صلى الله عليه و سلم «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر ...»، وقال أيضا: «العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه ...»

وأما الإجماع، فقائم بشأن صحة الهبة للكبير والصغير بل وللحمل في بطن أمه.

ثالثا: أما الهبة في الاصطلاح القانوني: فقد عرفت نص المادة: 202 من قانون الأسرة على أنها "تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".² الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر الزمن الذي يكون فيه التملك، وهو التملك حال الحياة، كما في التعريف الشرعي، حتى تفترق الهبة بذلك عن الوصية، التي هي تملك مضاف لما بعد الموت. ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 202 نجد أن الهبة يمكن أن تكون معلقة على شرط معين، كالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، وكيف هذا العمل كمقابل يؤديه الموهوب له لصالح الواهب، هذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بـ «هبة الثواب». والتي لا تصح عند الإمام الشافعي لاشتغالها على العوض، فتكون بذلك عنده كعقد البيع تماما.³

لقد أولى المشرع الجزائري لعقد الهبة اهتماما كبيرا، كغيره من التشريعات العربية، مخصصا لها جانبا كبيرا من أحكام قانون الأسرة، كما سبق الإشارة إلى تعريفها بنص المادة 202 من قانون الأسرة، فنجد أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف لم يذكر في تعريفه للهبة أنها عقد ولم ينص على ذلك وإنما يمكن أن يستخلص من نص المادتين 202 و 206 بأنها عقد وذلك أنه اشترط في الهبة أن تتعقد بالإيجاب والقبول⁴، بحيث تعتبر كسائر العقود يشترط في إنشائها وتكوينها ما يشترط في كل عقد رضائي من محل وسبب ورسمية.⁵

¹ - سورة الشورى، الآية 49.

² - انظر المادة 202 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ - أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 239.

⁴ - نجاة بوساحة، لموشية سامية، الحماية القانونية للحقوق المالية لطفل في التشريع الجزائري، قيس للدراسات والاجتماعية، المجلد 05، العدد 01، جويلية 2021، ص 1043.

⁵ - محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 58.

كما حدد المشرع الجزائري أركان الهبة وشروطها، وكل ما يترتب عنها من آثار قانونية في قانون الأسرة وذلك من المواد 202 إلى 212.

وعليه فإن هذه الحقوق المالية الناتجة عن تصرفات قانونية بالتبرع متى ثبتت للطفل القاصر بعد تحقق شروطها، يقع على عاتق الولي أو الوصي كونهم يتولون حيازة المال الموصى به أو الموهوب به واجب المحافظة عليه وإيلائه الرعاية والعناية الخاصة به كلا حسب طبيعته الخاصة.¹

تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

من خلال نص المادة 202 أن للعقد عنصرين هما:

أولهما مادي: ويتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض.

وثانيهما معنوي: يتمثل في نية التبرع.²

الفرع الثاني: أركان الهبة

أركان الهبة عند جمهور الفقهاء أربعة وهي:

الواهب، الموهوب له، الموهوب وصيغة الهبة، أما ركن الهبة عند الأحناف فيقتصر على الإيجاب والقبول، كما لا تتم إلا بالقبض.

أولا-الواهب:

يشترط في الواهب مجموعة من الشروط يجب توفرها حتى تكون صحيحة وهذا ما نصت عليه المادة 203 من ق.أ.ج وهي:

1- أن يكون أهلا للتبرع وذلك بأن يكون عاقلا بالغاً راشداً، فلا تصح هبة المحجور عليه لسفهه أو جنونه، كما لا تصح هبة الصغير فكلها باطلة ولو بإذن الولي أو المحكمة.³

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1998، ص 386.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، 2001-2000، ص 6.

³ - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 164.

2- أن يكون حرا فلا تصح هبة الرقيق.

3- أن يكون الشيء الموهوب ملكا للواهب، فلا يجوز هبة مال الغير دون إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وهذا ما أخذت به الحنفية.

4- أن يكون مختارا لأن الهبة كباقي العقود يشترط فيها الرضا، لأن هذا النوع من العقود يؤدي إلى افتقار ذمة الواهب.

ثانيا - الموهوب له:

باعتبار أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول وذلك طبقا للمادة 206 من ق.أ.ج التي تنص: "تعقد

الهبة بالإيجاب والقبول..."¹

فيشترط إذا على الموهوب له القبول² كما يجب أن يكون الموهوب له موجود حقيقة وقت الهبة فقد اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الهبة للجنين باطلة لأن الهبة إيجاب وقبول والجنين لا يقدر على التعبير عن قبوله.³

نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز الهبة للحمل واعتبرها صحيحة ولكن علقها على شرط ولادته حيا وهذا ما نص عليه في المادة 209 من ق.أ.ج التي تنص على: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"⁴

كما يجب أن يكون أهلا، أما إذا كان الموهوب له صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها فهنا لا يكون أهلا لقبول الهبة بنفسه ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو حتى القيم عليه وذلك دون استئذان المحكمة لأنها من الأعمال النافعة له نفعا محضا.⁵

¹ - أنظر المادة 206 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرجع سابق.

² - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر للعبادات، الجزء الأول، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010، ص 696.

³ - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، مرجع سابق، ص 164.

⁴ - المادة 209 من القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

⁵ - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، مرجع سابق، 165.

كون أن الطفل المكفول قاصر ولا يستطيع القبول بنفسه فللكافل قبول هذه الهبة باعتباره وليا له بحكم عقد الكفالة أو الأبوين إن كان معلوم النسب.

ثالثا - الموهوب:

المراد به الشيء الذي يوهب من الأثمان والمثمنات، ويشترط في الموهوب ما يلي:¹

1- أن يكون الموهوب يقبل الانتقال فمثلا: لا يجوز أن نوهب أشجار دون أن تكون الأرض كذلك محلا للهبة فهذا صعب ومستحيل عمليا.

2- أن يكون الشيء الموهوب مباح شرعا: سواء كان معلوم أو مجهول عينه أو قدره بمعنى كل ما هو صالح للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام.

3- أن يكون الموهوب معينا أو قابل للتعين وكذلك أن يكون موجودا وذلك خلافا للقواعد العامة للعقد فإن هبة الأموال المستقبلية باطلة بطلانا مطلقا ولا تلحقها الإجازة.²

4- كما تجوز هبة المال المشاع وهذا ما يستخلص من نص المادة 208 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب له مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغنى عن الحياة".³

والهبة التي يبرمها الواهب المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية فتكون صحيحة إذا لم تزد عن الثلث أما إذا زاد عنها متوقف على إجازة الورثة وهذا ما ورد في نص المادة 204 من ق.أ.ج التي تنص على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة: تعتبر وصية" أما إذا صح من مرضه فالهبة صحيحة.

رابعا - الصيغة:

كما سبق الإشارة إلى أن الهبة عقد لا يتم إلا بإيجاب وقبول متطابقين، الصيغة وهي تعبر عن تراضي الطرفين، والتزام كل طرف بما يقتضيه العقد الذي يسبب ثرائه وتكون الصيغة صادرة

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر للعبادات، مرجع سابق، ص 696.

² - كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، مرجع سابق، ص 166.

³ - أنظر المادة 208 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرجع سابق.

ومعبرة عن إرادتي الطرفين في شكل إيجاب وقبول وهذا ما نصت عليه المادة 206 من ق.أ.ج، من قول أو فعل، كلفظ الهدية والعطية والنحلة وما شابه ذلك.

فتصح الهبة بكل ما دل على تملك صراحة، مثل: وهبت ومل قول مثل: خذ، أو فعل مع قرينة دالة على التملك¹.

المطلب الثاني: تعريف حق الطفل في الهبة

سنتناول في هذا المطلب حق الطفل في الهبة في الفقه الإسلامي كفرع أول، حق الطفل في الهبة في التشريع الجزائري كفرع ثان.

الفرع الأول: حق الطفل في الهبة الفقه الإسلامي

تتعقد الهبة في الفقه الإسلامي بالصيغة أي بالإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له. ولما كانت الهبة من التصرفات الضارة ضررا محضا بالصغير، فإنها لا تصح منه سواء أكان مميزا أو غير مميز، لأنه يشترط في الواهب الأهلية الكاملة. أما قبولها وقبضها، فإن كان غير مميز فيقبل الهبة ويقبضها وليه على المال. وإن كان مميزا فيقبلها ويقبضها إما وليه على المال، وإما هو بنفسه لأن قبولها من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

وفي المذاهب الفقهية مزيد من التفصيل تدرجه في الآتي:²

أولاً- الحنفية: يشترط في الواهب أن يكون حرا وعاقلا غير محجور عليه وبالغا فلا تصح هبة الصغير، أما الموهوب له فيجوز له أن يكون صغيرا ونحوه، فإن كان الواهب يعول الصبي عند عدم وجود الأب، فإن الهبة تتم بالإيجاب وحده، أما إذا وهب له أجنبي فإنها لا تتم إلا بقبض الولي وهو أربعة: الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه. وإن كان الصبي مميزا، فيقبض الهبة بنفسه ولو وجد أباه لأنها من مصلحته.

ثانيا- المالكية: تكون الهبة باطلة إذا لم يكن الواهب أهلا للتبرع أي صغيرا ونحوه.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر للعبادات، مرجع سابق، ص 69.

² - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 4، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان 1999، ص 257.

أما الموهوب له فيجوز أن يكون صغيرا - ذكرا كان أو أنثى - وتنتعقد بالإيجاب من الواهب وقبول من ولي الصغير، ويشترط المذهب الحيازة في المسكن والملبس فقط، وفيما عدا ذلك يكفي إعلان الواهب وإشهاده. ولا خلاف أن الوصي يقوم مقام الأب في الحيازة، واختلفوا في الأم، ففريق رأى أنها لا تقوم مقام الأب، وفريق آخر رأى أنها تقوم مقامه.

ثالثا-الشافعية: لا تصح الهبة من الصبي وتصح له. ويقبضها وليه أو الحاكم إن لم يكن له ولي ولابد لتمليك الهبة من القبض، ووهب الأب أو الجد للصغير شيئا لا يملكه إلا إذا قبضه عنه الواهب، ويعتبر الشافعية أنه لو مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، يقوم الوارث مقام الأصل في ذلك. الحنابلة: لا تصح هبة الصغير كسائر التبرعات، وإن أجازها وليه، أما الهبة له فيشترط فيه كموهوب له أن يكون أهلا للتصرف، إذ لا يصح قبوله ولو كان مميزا، كما لا يصح قبضه لها، ويقوم وليه أو وصيه بذلك، وإن لم يوجد فالحاكم (القاضي). ويجمع العلماء على أنه في هبة الوالد لولده الصغير، يقوم إيجاب الواهب (الأب) مقام قبول وقبض الموهوب له (الولد). فإن كان له أب أمين فهو وليه لأنه أشفق عليه وأقرب له، وإن مات أبوه وله وصي قوليه وصيه، لأن الأب أقامه مقام نفسه، وإن كان الأب غير أمين أو مات دون تعيين وصي، رجع أمره إلى الحاكم أي القاضي.

الفرع الثاني: حق الطفل في الهبة في التشريع الجزائري

تنص المادة 211 من الأمر رقم 84-11¹، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "للأبوين

حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

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

¹ - أنظر المادة 211 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرجع سابق.

من خلال هذه المادة إذن، يمكن ويجوز لأحد الأبوين فقط، الرجوع عن الهوية دون غيرها من الغير أو حتى من الورثة باعتبارها تتم أثناء حياة الواهب والموهوب له، وذلك استثناء، ويقتصر على ما يوجب لأحد الأبناء فقط، وباعتبار القانون يشوبه بعض من الفراغ وعدم الدقة في التحكم في الأمور قد يثير العديد من الإشكالات فيما يتعلق بإمكانية الرجوع عن الهوية باعتباره (الرجوع) حق مقتصر على ما يوجب للأولاد فقط¹، وإن كان الولد الشرعي للأبوين لا يثير أي إشكال، فإن الأمر على خلافه فيما تعلق بالمكفول، واللقيط، وابن الزنا باعتباره ينسب إلى أمه وهو ما نحاول التعرض له بشيء من التفصيل كما يلي:²

النسب كما هو منصوص عليه في معاجم المصطلحات القانونية، هو صلة قرابة الولد بأبيه أو بأمه، وهو أهم حق للأولاد، بذلك تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية.

أولاً: ولد اللعان

ولد اللعان، وهو ما جاءت به أمه على فراش زوجية صحيحة، وجملته أن الرجل إذ لاعن امرأته، وفرق الحاكم بينهما، انقطع تعصيب من جهة الملاحن، فلا يرثه، بالتالي ينفي نسبه لأبيه السابق، وعليه ترثه أمه وعصبتها، بمعنى نسبه إليها قائمة.

ولقد نص القانون في المادة 138 من ق.أ.ج³، على أنه:

"يمنع من الإرث اللعان والردة"، كما جاء في المادة 41 من ق.أ.ج⁴، أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة"، ومن هنا فإن حكم ولد اللعان في الميراث، يرث من أمه وقرابتها، ولا توارث بينه وبين أبيه وأقاربه، لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة، عملاً بأحكام المادة 126 من ق.أ.ج⁵، لأن القاضي يعد اللعان سبب لنفي النسب من أبيه

¹ - أكلي نعيمة ، ميسوم فضيلة، الإشكالات القانونية المتعلقة بهبة الأبوين للأولاد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02 ، العدد 04، 2017، ص 327.

² - تشوار الجيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 1، سنة 2002، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوي، ص 131.

³ - أنظر المادة 138 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، مرجع سابق

⁴ - أنظر المادة 41 من ق.أ.ج رقم 84-11 ، مرجع نفسه

⁵ - أنظر المادة 126 من ق.أ.ج رقم 84-11، مرجع نفسه.

ويلحقه بأمه فقط¹. وفي هذه الحالة يمكن القول بأن إذا كان الواهب أنكر نسب ابنه بطريق اللعان وبعدها أراد أن يرجع في هبته فلا يمكنه ذلك لأن مسألة الرجوع مقرره للأبوين فقط.

ثانيا: الزنا

وابن الزنا، ولد غير شرعي جاء من سفاح، فلا يترتب نسبه ممن كان السبب في حمل أمه، حتى ولو أقر أنه ابنه، لأن الجريمة لا تصح أن تكون سببا لنعمة من أعظم النعم، وهو النسب². اشتراط المشرع الجزائري لثبوت النسب أن يكون شرعيا تطبيقا لأحكام المواد من 40 - 44 من قانون الأسرة)، وقيام سبب التوارث الصحيح (المواد 126 و 128 و 130 و 131 من قانون الأسرة)، وابن الزنا باعتباره ابنا غير شرعي لا ينسب لوالده ولو أقره، بل ينسب لأمه ويرثها، وعليه يمكن القول بإمكانية إعمال المادة 211 من قانون الأسرة، فيما تعلق بإمكانه الرجوع عن الهبة الصادرة من أحد الأبوين لأحد الأبناء في حالة ابن الزنا إذا ما صدر ذلك (الهبة) من قبل الأم، باعتباره ينسب إليها، دون والده، ولو كان ظاهرا ولو وهبه شيئا يعتبر من قبل الغير في مواجهته، ولا يمكن إعمال الرجوع لأن القانون لا يعترف به كأب له.

أما ميراث اللقيط، فيجمع جمهور الفقهاء على أن اللقيط حر الأصل والولاء عليه إن ما يرثه المسلمون لأنهم يرثون مال من لا وارث له، وأمرا له يعود لبית المال، بناء على قاعدة الغرم بالغنم، فإن بيت المال هو المسؤول عن الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه، فتركته تكون لبית المال، مثلها مثل الأموال الضائعة التي لا يعرف لها مالك، ولكن استثناء عن رأي جمهور الفقهاء يروى عن الإمام احمد بن حنبل وهو رأي ابن تيمية: " إن إرثه لمن التقطه" باعتباره هو من أنفق عليه.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجديد، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص534.

² - بدران أبو العنين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، بدون طبعة، بدون سنة نشر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص323.

وبلاحظ أن المادة 264 من قانون الصحة العمومية، كانت تنص على أنه: "تتلقى الولاية التابعة له لمنزل اليتيم المتوفى أموال من الأخير في حالة انعدام أي وارث له لم يعترف عن نفسه وتؤدي هذه الأموال إلى صندوق الاحتياط التابع لمصلحة الإسعاف العمومي للطفولة".¹

يبدو جليا من خلال تعرضنا لأحكام الميراث المتعلقة بابن الزنا الذي ينسب لأمه فقط أنها هي من تملك الحق في الرجوع عن الهبة لابنها.

ثالثا: حق الطفل المكفول في الهبة

إذا كان الولد المكفول لا يرث من مال كافله فإن ذلك لا يعني أنه قد حرم تماما من هذا الحق إذ أنه يجوز للكافل أن يملك هذا الولد جزء من ماله وذلك عن طريق الوصية أو الهبة وهذا ما ورد في نص المادة 123 من ق.أ.ج التي تنص على: "يجوز للكافل أن يتبرع أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث".²

فالمشرع أجاز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله لأن الشريعة والقانون حرمت هذا الطفل من الميراث.

إذا قام الكافل بوهب المكفول مال أو أي شيء فينتقل بمجرد حيازته له. وأما إذا كان عقارا فإنه ينتقل إليه بإجراءات شكلية محددة في قانون التوثيق والشهر، بمعنى وجوب إفراغ عقد الهبة في الشكل الرسمي الذي يحرره الموثق تحت طائلة البطلان، وعلى الرغم من أن المادة 206 من قانون الأسرة نصت في فقرتها الأخيرة على ترتيب البطلان بقولها: "وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".³

لكنها أحالتنا إلى وجوب مراعاة أحكام التوثيق أي أحكام الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق الذي كان ساري المفعول آنذاك، والذي نص في المادة 12 منه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي

¹ - أنظر المادة 264 من الأمر 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية ، وقد إلغائه بموجب المادة 268 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17.

² - أنظر المادة رقم 123 من القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

³ - أكلي نعيمة ، مرجع سابق، ص330.

تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم في شركة، أو حصص منها، أو عقود إيجار زراعية، أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد".

غير أن المشرع قد اعتبر الهبة أو ما سماه بالتبرع حسب المادة 123 من قانون الأسرة إذا كان من الكافل إلى المكفول. ويخضع لأحكام الوصية فيما يخص قيمة المال الموهوب الذي يجب أن يكون في حدود الثلث، وإذا ما زاد عن ذلك يترك لإجازة الورثة.

رابعاً: الولد من الرضاعة:

نصت المادة 28 من ق.أ.ج¹ على أنه: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه". من خلال هذه المادة يتضح أن الطفل الذي ترضعه أم أجنبية أو أحد أقاربه تعد أمه وزوجها والدا له. بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجدها نصت فقط، على أحكام الرضاع بالنسبة لموانع النكاح المؤبدة وهي نفس الأحكام المقررة في قانون الأسرة، فضلا عن ذلك أن الرضاعة ليست سببا من أسباب الميراث المشار إليها في المادة 126 من قانون الأسرة، لذا يبدو لنا أنه لا وجود لإمكانية الرجوع في الهبة بالنسبة لهذه الحالة في الواقع العملي².

¹ - أنظر المادة 28 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، مرجع سابق.

² - أكلي نعيمة ، ميسوم فضيلة ، مرجع سابق، ص ص 331، 332.

المبحث الثاني:

الأحكام الخاصة بحق الطفل في الهبة

سوف نتطرق في هذا المبحث للهبة للقاصر كمطلب أول، والرجوع في الهبة للأولاد وموانعه كمطلب ثان.

المطلب الأول: الهبة للقاصر

لما كانت الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول، إلى جانب توافر ركن الحياة مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق، يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، إذ تتطلب الهبة أهلية التبرع فيه مادام يقوم بعمل ضار به.

ضررا محضا حسب نص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري.¹

وتجدر الإشارة بخصوص الواهب إلى أنه إذا كان الشخص عديم التمييز أو ناقص، أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها، أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته، وإلا كان في ذلك إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجوز عليه، واستثماره بالطرق الشرعية.²

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، حيث نصت المادة 209 من ق.أ.ج "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"³ وكذلك يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا⁴ وعليه نميز في الهبة للقاصر حالتين:

¹ - تنص المادة 203 من قانون الأسرة: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

² - محمد تقيّة ، مرجع سابق، ص 109-110.

³ - أنظر المادة 209 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، مرجع سابق.

⁴ - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف، دار هومة، الجزائر، ط 2004، ص 27.

الفرع الأول: الموهوب له غير مميز والواهب أجنبيا.

يقبل الهبة عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، ويحوز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضا وليه أو وصيه أو القيم عليه فحسب المادة 210 ف 2 من قانون الأسرة الجزائري: "وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

ولكن المشرع الجزائري يستغني عن ركن الحيازة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، مكتفيا بالتوثيق والإجراءات الإدارية طبقا للمادة 208 من نفس القانون: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له... فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

وبذلك أخذ القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 1982: "من المقرر شرعا أن الهبة تتعد وتصح بمجرد القبول والقبض، على أن الحيازة من شروط الكمال، إلا أنه يحوز الأب لابنه الصغير الذي في والية نظره وللكبير السفیه....."¹

كل ذلك مع التمييز في الإجراءات المتبعة في هبة العقارات وهبة المنقولات.²

الفرع الثاني: إذا كان الموهوب له مميزا.

يجوز له قبول الهبة وحيازتها دون إذن من الولي أو غيره لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا. أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص المادة 83 من قانون الأسرة على إجازة الولي أو الوصي، أو إذن القاضي.³

بالنسبة للمنقولات: تغني الإجراءات الإدارية عن الحيازة في هبة المنقول، كأن تنصب الهبة للطفل على أموال نقدية، فيكفي بشأنها فتح حساب خاص به.

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، في 22 فيفري 1982، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982، ص 273.

² - بالنسبة للعقارات: تتطلب الهبة اتباع إجراءات التوثيق حتى تغني عن ركن الحيازة، وذلك بإفراغها في شكل عقد رسمي يحرره الموثق تحت طائلة البطلان المطلق.

³ - محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 112.

ونشير في الأخير إلى أن الهبة - شرعا وقانونا - ليست محددة بقدر معين، فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في مرض الموت، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، بينما الوصية يلزم أن تنقيد بالثلث من التركة دائما.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري تطبيقا للأحكام الشرعية، قد اعتبر كل تصرفات المريض مرض الموت أيا كان هذا التصرف هبة أو بيعا أو وصية أو غيرها، تصرفات مضافة 2 إلى ما بعد الموت¹، والغرض من ذلك حماية الورثة من الهبات المستترة ومن التصرفات المستترة ومن التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت، والتي تشكل في الحقيقة 3 اعتداء على حق الورثة.²

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه

سنتطرق في هذا المطلب إلى الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في الفقه الإسلامي كفرع أول، الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في الفقه الإسلامي في التشريع الجزائري كفرع ثان.

الفرع الأول: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم الرجوع في الهبة بعد قبضها بالنسبة للواهب الأجنبي لقول المصطفى صلى الله عليه وسلم : "العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قبئه". أما إذا وهب الوالد شيئا لولده وأراد الرجوع فيه، جاز ذلك لقول المصطفى - صلى الله عليه وسلم: "لا يرجع أحدكم في هبته إلا الوالد من ولده"³. وللمذاهب الفقهية تفصيل في ذلك:⁴

أولا-الحنفية:

يجوز للواهب الرجوع في هبته قبل القبض وبعده، لا فرق بين الأب وغيره ما لم يمنع من الرجوع مانع وموانع الرجوع في المذهب تتمثل في الحالات التالية:

¹ - تنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

تنص المادة 776 ف 1 من القانون المدني الجزائري: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

² - محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 124-125.

³ - صحيح البخاري، حديث 2589.

⁴ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص ص 257-258.

- 1- زيادة الموهوب زيادة متصلة كأن يهب له حيوانا صغيرا فيكبر عنده، أو أرضا فيبني عليها أو يغرس فيها فتزيد قيمتها. أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع حق الرجوع فإذا أهدى له حيوانا فولد له، رجع فيما أهدى دون ولد الدابة.
- 2- موت أحد المتعاقدين الواهب أو الموهوب له، فإذا مات الواهب فليس لورثته الرجوع في الهبة لأنه حق شخصي للواهب، وإذا مات الموهوب له فليس للواهب الرجوع على ورثته لأن العين الموهوبة انتقلت إليهم بالإرث.
- 3- أخذ الواهب العوض من الموهوب له.
- 4- الزوجية فإذا وهب الزوج لزوجته شيئا بعد الزواج، فلا يجوز له الرجوع فيه وإلا اعتبر ذلك قطعاً لصلة الزوجية.
- 5- القرابة: إذا وهب الواهب لأبيه أو أخيه أو عمه، وغيرهم من محارمه بالنسب سقط حقه في الرجوع، أما إذا وهب لمحارمه من الرضاع أو المصاهرة فله الرجوع.
- 6 - هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له، وفي ذلك فوات لمحل الهبة.
- 7- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بتصرف من تصرفات الملكية، وعندها لا يحق الرجوع على الغير لأنه لم يتعاقد معه.

ثانياً - المالكية:

- ليس للواهب حق الرجوع لأن الهبة عقد لازم، إلا الأب والأم فإن لهما ذلك. ويجوز للأب الرجوع في هبته دون غيره من الأقارب إلا الأم، وللأب حق الرجوع في هبته لولده، ذكرًا كان أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، غنياً أو فقيراً، ويشترط الصحة رجوعه شرطان:¹
- 1- إذا أراد بالهبة الصلة والعطف على الولد لكونه محتاجاً أو نحو ذلك.
 - 2- إذا أراد بالهبة مجرد ثواب الآخرة.

¹ - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 5، دار الكتب العلمية، ط1، 1996، ص364.

كما يجوز للأب الرجوع في هبتها بالشرطين السابقين مع إضافة شرط ثالث. وهو أن ترجع في هبتها إذا كان للولد أب، أما إذا كان يتيما ووهبت له فليس لها الحق في الرجوع. أما موانع رجوع الأب والأم فتكون كما يلي:

- مرض الولد المتصل بالموت، لأنه إذا مات كانت الهبة حقا لورثته، بخلاف إذا ما برئ فيكون للوالد أب أو أما الرجوع فيها.
- تصرف الولد في الهبة ببيع أو رهن أو نحوه.
- زيادة أو نقصان في قيمة ذات الموهوب.
- إذا كانت الهبة سببا في تزويج الولد أو في منحه ديناً. الشافعية: يجوز للأب الرجوع في هديته لولده سواء كانت هبة أو صدقة، قبل القبض وبعده، سواء أكان كبيرا أو صغيرا، غنيا أو فقيرا، وبكره للوالد أن يرجع في هبته لأولاده إن عدل بينهم فيها إلا لمصلحة أو ضرورة كزجر الولد عن إنفاقها في المعاصي والمحرمات.
- ويشترط في رجوع الوالد جملة من الشروط:
- أن يكون الولد حرا لا رقيقا.
- أن يكون الموهوب عينا لا ديناً على الولد.
- أن يكون الموهوب في سلطة الولد وملكه.
- ألا يكون الموهوب شيئا مستهلكا.
- ألا يبيع الولد العين الموهوبة.
- ألا يحجر عن الولد لسفه.

ثالثا - الحنابلة:

- يجوز للأب الرجوع في هبته لولده، سواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أو لم يقصدها. ولا يحق الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب، ويشترط في رجوع الأب جملة من الشروط:¹
- 1- أن تكون الهبة عينا لا ديناً ولا منفعة.

¹ - عبد الجليل القرناشي ، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ليبيا، ط3، سنة 1995، ص355.

2- ألا تخرج عن ملك الولد ببيع أو وقف أو مهر أو نحوه.

3- ألا تزيد عند الولد زيادة متصلة تزيد عن قيمتها.

يبقى لنا استعراض موقف المشرع الجزائري من رجوع الوالد في هبته لولده، وبأي المذاهب الفقهية أخذ في الرجوع وفي إقرار المواقع منه، ويكون ذلك لاحقاً بعد التفصيل في حق الهبة للقاصر.

الفرع الثاني: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في الفقه الإسلامي في التشريع الجزائري

القاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم بمجرد القول على المشهور (بالإيجاب)، فلا يجوز الرجوع

فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء ويكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين إذا وهبا لولدهما،¹ إلا في حالات أربع لا يجوز الرجوع فيها، ثلاث منها نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة والرابعة جاءت في المادة 212 من نفس القانون.

وعليه، - يمنع - رجوع الأبوين في هبتهما للولد في الحالات الآتية:²

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

4- إذا كانت الهبة بقصد المنفعة العامة (المادة 212 من قانون الأسرة). الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.³

ونؤيد بعض الشراح الذين اعتبروا بأن المشرع الجزائري قد ذكر هذه الموانع على سبيل المثال

لا الحصر، لأن المذهب المالكي يذكر حالات أخرى قد يصادفها القاضي ولا يجدها في قائمة الموانع القانونية، فيرجع فيها حتماً إليه أو إلى المذاهب الفقهية الأخرى.⁴

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، في 21 فيفري 2001، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002، ص 308.

² - عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 10 - 11.

³ - أنظر المادة 212 من ق.أ.ج رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرجع سابق

⁴ - محمد تقيّة، مرجع سابق، 261-262

ويبقى حق الرجوع في الهبة للأولاد أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وهو مخول للوالدين فقط دون اشتراط سن معينة للأولاد، ودون تحديد مهلة معينة للرجوع. ويترتب على الرجوع في الهبة البطلان على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يذكر طريقة الرجوع فيها أ تكون بالتراضي أم بالتقاضي بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.¹

¹ - محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 297.

الفصل الثاني

حماية حق الطفل في الوصية في الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري

الفصل الثاني:

ضوابط حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للوصية أهمية بالغة من الناحية الدينية جعلت رجالا يولون اهتماما كبيرا قد نظموا لها نصوصا قانونية لما لها أهمية باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري في المواد 775 إلى 777 وقد نص في أول هذه المواد على أنه: يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها.

حقيقة الوصية تتركز على جانبين هامين أولهما ديني بحث وثانيهما قانوني صرف ولهذا يجدر بنا الإحاطة بهاذين الجانبين، ونظرا لأهمية الوصية وكثرة انتشارها في الحياة العملية قد عالجتها الشريعة الإسلامية ووضعت لها شروط وأحكام، كما تولى الفقه الإسلامي والقانون هذا الموضوع بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام الأسرة والمجتمع.

وأغلب التشريعات استمدت نظام الوصية من الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء، وكذلك المشرع الجزائري فقد استمد نظام الوصية من الشريعة الإسلامية الحنفية، الوصية في القانون المدني سبب من أسباب كسب الملكية بالخلافة عن مالك هذه الخلافة تثبت بإرادة الشخص طبقا لما جاء في قانون الأسرة الكتاب الرابع باب التبرعات من الفصل أول: من المادة 184 إلى المادة 201.

اتفق الفقهاء على عدم جواز وصية الصبي غير المميز واختلفوا بشأن وصية الصبي المميز إلى مذهبين، حيث اتجه المذهب الأول إلى عدم صحة الوصية من الصبي المميز وهو مذهب الحنفية والشافعية في الراجح عندهم. بينما يرى المذهب الثاني بصحة الوصية من الصبي المميز. وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول مفهوم وطبيعة حق الطفل في الوصية، أما المبحث الثاني الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الوصية.

المبحث الأول:

مفهوم وطبيعة حق الطفل في الوصية

تعتبر الوصية من أهم التصرفات المالية والقانونية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، ونظرا لأهميتها نجد أن الشارع الحكيم قد نظم أحكامها من خلال وضع شروط من أجل صحتها وبيان مستحقيها وكذلك المقدار المستحق. هذا ما جعلنا نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الوصية واركانها في المطلب الأول، وتعريف حق الطفل في الوصية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الوصية وأركانها

قمنا بالتطرق لهذا المطلب من خلال تعريف الوصية كفرع أول، وأركان الوصية كفرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الوصية

أولا: تعريف الوصية لغة

الوصية اسم من أوصى يوصي ايضاء وجمعها وصايا، والوصية هي ما أوصيت به فيقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه.

والوصية من الموصل فيقال وصى الشيء بالشيء وصيا أي وصله وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، فالموصي وصل ما كان في حياته بعد موته ويوصيكم الله أي يفرض عليكم لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾¹ والمقصود أن ذلك أمر محكم علينا.

وتطلق الوصية على ما يوصى به الإنسان من مال أو غيره لقوله تعالى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾² كما تطلق على فعل الموصي وهو الايضاء لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ.....﴾³.

¹ - سورة الأنعام، الآية 151.

² - سورة النساء، الآية 12.

³ - سورة المائدة، الآية 106.

وعليه فالوصية والايضاء لهما المدلول اللغوي ذاته، فلا فرق ان يكون الفعل تبرعا بمال أو عهد إلى الغير بتصرف من التصرفات.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

يتضمن هذا البند تعريف الوصية في الفقه الإسلامي ثم في الاصطلاح القانوني. وتحاول من خلال التعريف معالجة ما اذا كانت الوصية عقدا أو تصرفا انفراديا.¹

ثالثا: تعريفها في الفقه الإسلامي

الوصية هي تبرع من الانسان في حال حياته إلى انسان اخر أو جهة خير على أن ينفذ بعد موته، والوصية في الإسلام أنواع منها الوصية للوارث والوصية للفقراء والمساكين، والوصية بالحج، والوصية للمساجد والجيران وفي سبيل الله، الوصية للعلماء، والوصية للمدافن، وهي مستحبة وثابتة في الكتاب والسنة، قال الله تعالى { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }²، وقال النبي صل الله عليه وسلم: "ما حق امرئ له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".

ان الباحث عن ماهية الوصية في ثنايا المصادر الفقهية يجد الفقهاء قد انقسموا إلى اربع اتجاهات منهم من يعرف الوصية بأنها عقد وهناك من يعتبرها تصرفا، وآخرون يرونها تمليكا، ومن يكتفي بانها تبرع. وتوضح تلك التعريفات على النحو التالي:

1- الوصية عقد:

يقصد بالعقد لغة الشد والربط والاحكام والالزام، ويطلق ايضا على العهود وللعقد اصطلاحا معنيين معنى عام وهو كل التزام ينشا عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين، فيكون بذلك أقرب للمعنى اللغوي ومرادفا للالتزام والتصرف.

معنى خاص وهو تعلق كلام احد العاقدين بالآخر، وعليه فهو يتم بين إرادتين متقابلتين أي بإيجاب وقبول.³

وقد عرف ابن عرفة الوصية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده.

¹ - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، ص18.

² - سورة النساء ، الآية 11.

³ - مايا دقايشية ، مرجع سابق، ص 18.

فقوله: يوجب حق في ثلث عاقدة هو قيد اخرج به ما يوجب حقا في راس ماله مما عقده على نفسه.
وقوله: يلزم بموته قيد اخرج به الهبة لأنها تمليك حل لحياة لا بعد الموت وقوله أو نيابة عنه
بعده إدخال للايصاء لشخص وإسناد الوصية اليه.

وتأسيسا على ما تقدم تعد الوصية حسب هذا الرأي عقدا بالمفهوم العام مضافا إلى ما بعد
الموت، لأن العقود بإرادة واحدة عقود شرعية وفق المعنى العام للعقد الذي يشمل جميع التصرفات
والالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية.¹

2- الوصية تصرف:

ورد تعريف الوصية في الباب-وهو مصدر مالكي - كالآتي :

الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له
الرجوع فيه يضع هذا التعريف الوصية في مصف التصرفات الانفرادية لا في مصف العقود لانعقادها
بإرادة الموصي المنفردة، وهو بذلك يضيف عليها وصفها الحقيقي تماشيا مع اعتبار القبول شرط لزوم
في المعين لا ركنا من أركان الوصية-كما سبق بيانه عند المالكية - أما الوصية لغير معين كالفقراء
أو لجهة من الجهات كالمسجد فتلزم بمجرد الموت، وعليه فالقبول ليس شرط في جميع صور
الوصية.

وجدير بالملاحظة أنه يدرج امكانية الرجوع عن الوصية قبل الموت، وهو بذلك يبرز عدم لزوم

الوصية في تعريفها .²

3- الوصية تمليك:

وظف المالكية مصطلح تمليك لتعريف الوصية فقد جاء في مواهب الجليل: الوصية تمليك
مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع..، وأما الحنيفة فهم أكثر من اعتمد هذا اللفظ لبيان مفهوم
الوصية، فالتعريف السابق هو ذاته الوارد في تحفة الفقهاء. وذكر أيضا الدر المختار: الوصية تمليك

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار الفكر، مجلد 01، ج01، ص76.

² - مايا دقايشية، مرجع سابق، ص21.

إلى ما بعد الموت عين كان أودينا، وفي تبين الحقائق وتكملة فتح القدير: الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة.

ونلاحظ ان هذه التعريفات متقاربة اللفظ والمعنى، فهي تفيد أن الوصية تمليك مضاف إلى حال زوال الملك فلو أضيف إلى حال قيامه لكان باطلا، وبذلك تتفصل الوصية عن البيع والاجارة والهبة لأنها عقود لا تحتل الايجاب بعد الموت، وتكون الوصية تبرعا دون عوض سواء كانت من الاعيان أو المنافع، وبعد ذلك قيد يخرج به الواجب كالزكاة والكفارة لان التبرع هو التطوع بما ليس بواجب ولا فيه بدل.

بالرجوع إلى مفهوم التمليك اصطلاحا نجده يفيد: "ازالة ملك المتصرف عما تصرف فيه ونقله إلى ملك غيره، سواء كان المنقول عينا أو منفعة وسواء كان بعوض أو بغير عوض".¹

4: الوصية تبرع

التبرع لغة: هو العطاء من غير سؤال والتفضل بما ليس بواجب، وعليه فالتبرع هو العطاء بغير عوض أو مقابل.

وقد عرف الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت. وعرفها الحنابلة كآلاتي: الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، وجاء في الانصاف ان التعريف الصحيح عند الحنابلة هو: الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت. فتكون الوصية بذلك شاملة للإيصاء.

ونلاحظ أن أصحاب التعاريف اختلفوا بالتركيز على أن الوصية تبرع أي غير بدل، ولكن تجدر الإشارة إلى أنها تعد تصرفا انفراديا عندهم فالشافعية في قول لهم والحنابلة اعتبروا القبول شرط لثبوت الملك بعد الموت ويرى الشافعية في قولهم الثاني انها تمتلك بمجرد وفاة الموصي كالإرث ولا تقتقر إلى قبول.²

¹ -أحمد الصويغي شليبيك، أحكام الاسقاط في الفقه الاسلامي، دار النقاش، الأردن، الطبعة 1، 1999، ص26.

² - مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 27.

وخلاصة القول: أن التعريفات التي ذكرناها متقاربة المعنى وإن اختلفت عبارتها فكلها تتفق على ان الوصية تملك للغير مضاف لما بعد الموت

وأما خلافها فيمكن في الآتي:

- اعتبار الوصية عقد أو تصرف انفرادي.

- إدراج القيود في التعريف من عدمه على أساس بيانها في الشروط المنصوص عليها لاحقا في

كل من الموصي والموصى له والموصى به

- اضافة صفة الوصية في التعريف بذكر امكانية الرجوع عنها.

رابعا: تعريفها قانونا

1- الوصية في القانون المدني الجزائري:

يعتبر المشرع الجزائري الوصية طريقا من طرق اكتساب الملكية، ويرى فقهاء القانون أنها تحتل

مكانة هامة بين تلك الطرق، ذلك أن الوصية عمل إرادي يفضي إلى منح الغير حقا مشروعاً.

وتعد الوصية في القانون الجزائري من قبيل الأحوال الشخصية فقد أخضعها المشرع لأحكام

قانون الأسرة بنص المادة 775 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: "يسري على الوصية قانون

الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".¹

كما أنه يسري على الأحكام الموضوعية للوصية قانون جنسية الموصي وقت موته وهوما نصت

عليه المادة 106 من القانون المدني. وهذا وقد ألحق المشرع بالوصية تصرفين هما:

أ- **التصرف في مرض الموت:** لم يبين المشرع الجزائري مفهوم مرض الموت وبالرجوع إلى الفقه

الإسلامي نجد تعريفات عديد منها: مرض الموت هو كل مرض يخاف منه الهلاك ويتصل به الموت

فعلا، وقد رجح الدكتور عبد الكريم زيدان هذا التعريف للحنابلة لاشتراطه أمرين، كون المرض مخوف

أي يقع الموت بسببه غالبا لا ندرة واتصاله بالموت دون تقييد بوقت، وقد جاء في قرار المحكمة

¹- أنظر المادة 775 من القانون المدني الجزائري.

العليا رقم 33719 المؤرخ في 84/07/09 ما يأتي: من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطير ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه.¹ وجدير بالذكر أن كل تصرف تبرعي يصدر عن الشخص في مرض موته يأخذ حكم الوصية ويعتبر مضافا لما بعد الموت وهو ما جاء بنص المادة 776 مدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".²

ب- **التصرف للورثة مع الاحتفاظ بالحياة:** الحياة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق قصد الظهور بمظهر المالك. وقد نصت الماد 777 مدني على أنه: يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد الورثة واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مد حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. وعليه يشترط لاعتبار التصرف وصية:

- أن يكون لأحد الورثة.

- أن يحتفظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها مدى الحياة.

- أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع مدى الحياة.

وتجدر الإشارة أن المشرع قد ألحق هذين التصرفين بالوصية حماية للورثة لتعلق حقهم بمال مورثهم منذ حلول مرض الموت، وردا للاحتيال على أحكام الوصية.

2- الوصية في قانون الأسرة:

ورد تعريف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. " وهو تعريف مطابق لما جاء في مواهب الجليل

¹ - قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 33719 بتاريخ -07/1984 /09 العدد 03 - سنة 1989.

² - أنظر المادة 775 من القانون المدني الجزائري.

وتحفة الفقهاء، وهنا نتساءل حول مصطلح "تمليك": هل قصد به المشرع أن الوصية عقد أم تصرف انفرادي؟¹

وبالرجوع إلى النص الفرنسي (ورد في النص الفرنسي "le testament est l'acte" .. ومعنى acte هو تصرف.) نجده أدق في ألفاظه حيث اعتبر الوصية تصرفا. وبإمعان النظر في المواد المنظمة لأحكام الوصية نجد المادة 201 تعتبر رد الوصية مبطلا لها حيث جاء فيها: " تبطل الوصية... بردها " غير أن ذلك لا يفيد بأن القبول ركن يؤدي تخلفه إلى بطلان الوصية وإنما دل لفظ " تبطل الوصية " على انعدام أثرها لسبب مستقل عن أركانها، فقد قابل لفظ "تبطل" في النص الفرنسي مصطلح "CADUC" والذي يقصد به انعدام أثر التصرف لسبب خارجي يطرأ بعد التكوين أو الانقضاء وليس مصطلح "NUL" المقصود به البطلان.

وبذلك فالوصية تتعقد بإيجاب الموصي وأما قبول الموصى له المعين فهو شرط لثبوت الملك ولزومها، ويتأكد ذلك أيضا بنص المادة 197 من قانون الأسرة: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"². الأمر الذي يجعلها تصرفا قانونيا من جانب واحد. هذا وتجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى المادة 191 من قانون الأسرة نجدها تنص صراحة على أن إثبات الوصية قانونا يتم بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. وتأسيسا على كل ما تقدم نخلص إلى أن الوصية في حقيقتها تصرف قانوني من جانب واحد، ولكن إثباتها يقتضي إفراغها في عقد رسمي أمام الموثق.

فقد جاء في القرار رقم 75598 الصادر في 91/02/24 ما يأتي: " إن تطبيق نصوص قانون الأسرة لا يحضر مادام هذا النص مطابق للشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة وقت إبرام عقد الوصية، وإن نصوص قانون الأسرة ليست منشئة لأحكام جديدة لم تكن مطبقة وقت إبرام عقد الوصية، فهذا مجرد تكريس لأحكام الشريعة الإسلامية في تقنين يسهل العمل القضائي.

¹ - محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط4، 2007، ج1، ص40.

² - أنظر المادة 197 من ق.أ.ج رقم 84-11، مرجع سابق.

وجاء في القرار رقم 278004 الصادر بتاريخ 2002/01/16 الآتي: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وعليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته.

ونظرا للانتقادات الموجهة للتعريفات المذكورة نقترح التعريف الآتي: " الوصية تصرف انفرادي ينقل بمقتضاه المالك حقا من حقوقه إلى ما بعد الموت على وجه التبرع " وهو تعريف يظهر فيه بوضوح ما يأتي:

- أن الوصية تصرف انفرادي.

- أنها تصرف تبرعي.

- أنها مضاف إلى ما بعد الموت

الفرع الثاني: أركان الوصية

يرى أكثر الفقهاء أن أركان الوصية أربعة موصي وموصى له وموصى به والصيغة، ويرى البعض أنها تتعدد بالإيجاب والقبول والبعض يرى أنها تتعدد بإرادة الموصي وحدها.

فالإرادة المنفردة وحدها كافية لنشوء الوصية ولكن لا مانع من ان تتم بالإيجاب والقبول شريطة ان يكون القبول بعد وفاة الموصي لكي يتأكد حق الموصى له فيها وهذا ما قضت به المادة 197 ق.إ.ج يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.¹

وفيما يخص الانعقاد والاثبات فقد نصت المادة 191 من ق.إ.ج على أنه تثبت الوصية:

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

رأينا بأن الوصية تتم وتصح من غير حاجة الأساس إلى قبول قبل وفاة الموصي، ولكن لا يتأكد حق الموصى له فيها الا بالقبول.

¹ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1- 2008، ص 09.

وقد نصت المادة 197 من قانون الأسرة على انه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، فالقبول الصريح يكون باللفظ وبالكتابة والاشارة المتداولة عرفا في حالة العجز، والقبول الضمني يكون بقبض الوصية أو السكوت عن التعبير بالقبول أو الرد.

فالسكوت يحمل على قبول وفقا للقواعد العامة في القانون المدني لأنه يدخل ضمن السكوت الملابس والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 68 ق.م.ج التي نصت عليه ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، وإذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه اليه.¹

والوصية في هذه الحالة لمصلحة الموصى له فهو سيحصل عليها دون مقابل، ولم تكن مقرونة بشرط أو محملة بالتزام معين كما أن القبول يكون من الموصي له في الأساس وفي حال وفاة الموصى له لا يجوز لورثته القبول أو الرد طبقا لأحكام المادة 198 من قانون الأسرة.

ولم ينص قانون الأسرة على القبول في حالة الوصية للقاصر والجنين، وكان من المفروض لن ينص على القبول بواسطة من ينوب عنه قانونا، وكذلك لم ينص على القبول في حالة تعدد الموصى لهم فيقبل البعض دون البعض الآخر، فمن المفروض الوصية تنفذ في حق من قبل فقط.

بما أن الوصية تصريف من جانب واحد، فهي بذلك تتطلب إيجاب المرض، أما القبول من المرض له بعد وفاة الموصي لا يعد شرطا للوصية، وبالتالي فإن أركان الوصية هي:

أولاً: الصيغة:

هي تعبير عن إرادة المتصرف، وقد تكون بلفظ يدل على الإيصاء صراحة، أو بأي لفظ يفهم منه إرادة الوصية، ويكون أيضا الإيجاب بالكتابة أو الإشارة المفهومة ولو لقادر على النطق، والقبول هو أن يقبل الموصى له الوصية باللفظ أو يمتلك الموصي به ويتصرف فيه.

والصيغة ثلاث حالات وهي:

1- **الصيغة المنجزة:** وهي التي تكون صيغتها غير مضافة إلى زمن مستقل غير زمن الموت، ولا معلقة على حصول أمر في المستقبل.

¹ - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 11.

2 - الصيغة المضافة: وهي ما أفادت وجود العقد في الحال وتخلف حكمه في المستقبل.

3 - الصيغة المعلقة: وهي ما دلت على التصرف مرتبا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل.

ثانيا - الموصي:

وهو الشخص الذي يصدر عنه الإيجاب بالوصية حال حياته وتعتمد الوصية أساسا عليه، وحتى تكون الوصية صحيحة ونافاذة لا بد أن تتوفر في الموصي شروط وهي:

1- سلامة العقل: إذ لا تصح الوصية الصادرة من المجنون أو المعتوه، أو الصبي غير المميز، لأن تصرفات هؤلاء لا يعتمد بها، وذلك لانتفاء القيد والإرادة منهم، وهذا ما نصت عليه المادة 186 ق أ¹: يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل.

2 - البلوغ أو الرشد المقصود بالرشد كمال العقل وتام الإدراك، وأهلية التبرع تكتمل بالرشد حسب المادة 40 ق 2 م. ج التي حددته ب 19 سنة كاملة.

والبلوغ هو مناط التكليف في الشريعة الإسلامية إذ لا تصح وصية الصبي غير المميز وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 186 من ق. أ. ج التي اشترط فيها أن يكون الموصي بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل.²

ثالثا-الموصى له : اشترط المشرع الجزائري في الموصى له ما يلي:

1- أن يكون الموصى له أهلا للملك والاستحقاق: فمثلا لو أوصى شخص لحيوان لا تصح وصيته.

2- أن يكون الموصى له معلوما أو يمكن العلم به: فقد ذهب المالكية إلى عدم جواز لوصية لغير معلوم، فلا بد أن يكون الشخص موجودا حال الوصية، وقد يكون وجوده حقيقة أو تقدير كالحمل يشترط أن يولد حيا وهذا ما نصت عليه المادة 187 من ق أ. ج.³

¹ -أنظر المادة 126 من ق.أ.ج رقم 84-11، مرجع سابق.

² - مساهلي فطيمة ومولوجي نوال، حماية التركة في قانون الأسرة وقانون العقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية 2017، ص ص 11-12.

³ - مسعود الهلالي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 51.

3- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي: نصت المادة 188 من ق أ ج على أنه لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا، وهذا إتباعا لما ذهب إليه الفقه المالكي، حيث اشترط قتل الموصى له للموصي عمدا كشرط لعدم استحقاقه الوصية.

4 - ألا يكون الموصى له وارثا للموصي: وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث، وهذا لأنها تضر بباقي الورثة¹، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 189 من ق أ ج: "لا وصية لوارث..."².

رابعا- الموصى به: ويشترط فيه أن يكون مباحا قابلا للتملك، وتصح الوصية في المال المنقول من أعيان ومنافع، كما تصح في كل مال موجود أو قابل للوجود وقت موت الموصي، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 190 من ق.أ.ج على أنه للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، كما أن الوصية يجب أن تكون في حدود الثلث حسب نص المادة 185 من ق أ ج، وما زاد عنها يتوقف على إجازة الورثة.

المطلب الثاني: تعريف حق الطفل في الوصية

تعتبر الوصية سببا من أسباب نقل الملكية في الإسلام وهي نظام مرتبط بنظام المواريث إذ أن كل منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته والموصى له الموصى فيما أوصى به، إلا أنهما يختلفان في كون خلافة الميراث إجبارية بحكم الشارع الحكم في حين الثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشيتته إذا قبلها الموصى له.³

الفرع الأول: تعريف حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي

تعتبر الوصية من التصرفات الناقلة للملكية بإرادة الموصي نفسه ولا تنتج أثرها إلا بعد وفاته وقد عرفها الفقهاء كما يلي:⁴

¹ - بوشوكة أمينة، مرجع سابق، ص 74.

² -

³ - وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به، أوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، ابن منظور، لسان العرب مرجع سابق، الجزء 3، ص 393.

⁴ - عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، المجلد 3، ص 277.

- الحنفية: تملك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو الأعيان.

- المالكية: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته.

- الشافعية: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت.

- الحنابلة: الأمر بالتصرف بعد الموت.

لقد استدل الفقهاء على مشروعية الوصية من الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى : {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}¹.

وقال عليه الصلاة والسلام: « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم »

أما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على صحة الوصية في حدود الثالث للكبير والصغير ومنه فالوصية لا تتفد إلا بعد وفاة الموصي، وهي من التصرفات النافعة نفعا محضا للموصى له باعتبار محل الوصية والتي اشترط الفقهاء أن تكون مالا مت قوما وقابلا للتمليك وألا يكون مستغرقا للدين وألا يزيد على الثلث² بما أننا بصدد الحقوق المالية للطفل فإن ما يهمننا في بحثنا حق الطفل في الوصية باعتباره موصى له.

الفرع الثاني: تعريف حق الطفل في الوصية في القانون الجزائري

عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الوصية بقولها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع... وهذا التعريف يعتبر تعريفا جامعاً لجميع أنواع الوصايا واجبة كانت أو مندوبة³ وسواء كانت بالمال أو بغيره والمقصود بالتمليك هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع، ولا يدخل فيها الإيضاء على الأولاد الصغار لأنه تختص به أحكام الولاية على المال المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري⁴.

¹ - سورة البقرة الآية 180.

² - ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة 2008، ص 36.

³ - سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 92.

⁴ - انظر أحكام الولاية على المال من المادة 87 وما بعدها من قانون الأسرة.

وتعتبر الوصية من عقود التبرع المضافة إلى ما بعد الموت بدون عوض.¹

المبحث الثاني:

الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الوصية

إذا كان حق الإرث من الحقوق التي تنتج دون إرادة صاحبها فإن التصرفات القانونية عمل إرادي محض لا يحدث آثاره القانونية ولا ينتجها إلا بإرادة صاحبها إن كانت صادرة من جانب واحد أو من جانبين ومن الحقوق المالية للطفل الناتجة عن تصرفات قانونية، سنتطرق إلى الحق في الوصية للطفل في المطلب الأول والحق في الوصية الواجبة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحق في الوصية للطفل

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول الحق في الوصية للطفل في الفقه الاسلامي، وفي الفرع سنتناول الحق في الوصية للطفل في قانون الأسرة الجزائري كقرآن.

الفرع الأول: الحق في الوصية للطفل في الفقه الاسلامي

لقد اتفق الفقهاء على جواز الإيصاء للطفل سواء كان جنينا أو مولودا لأن الجنين يصلح أن يكون وارثا فكذا تصح له الوصية²، إلا أن صحتها ونفاذها موقوف على وجود الحمل الموصى له وقت كتابة الوصية، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول قبول الوصية، فحسب الحنفية الوصية لا تحتاج إلى قبول بل تدخل ملك الجنين استحسانا لأن الجنين ليس له ولي يقبل عنه³ لكن بعض الشافعية والحنابلة اشترطوا القبول للزوم الوصية ويكون من ولي الجنين بعد الولادة وهو ما ذهب إليه الفقه المالكي، وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اعتبروا الصبي غير المميز فاقد للأهلية أما الصبي المميز فاعتبروه ناقص الأهلية. ومما سبق يتضح أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالطفل وأجازت الإيصاء له شرط أن يتحقق فيه شروط الموصى له وهي :

¹ - العربي بلحاج، شروط العقد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، سنة 1990، ص 391.

² - محمود الخطيب، مرجع سابق، ص 190.

³ - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1998، ص 27.

أ- أن لا يكون الموصى له وارثا للموصى: وهذا رأي الحنفية¹، لقوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث بينما جمهور الفقهاء أجازوا ذلك شرط إجازة الوصية من الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا وصية لوارث إلا يجيزها الورثة»

ب- وجود الموصى له وقت الوصية سواء حقيقية أو حكما كالجنين.

ج - ألا يكون الموصى له جهة معصية.

د - ألا يكون الموصى له قابلا للموصي، وتجدر الإشارة إلى أن الصبي غير المميز يستحق الوصية حتى إذا قتل الموصي وذلك لانعدام رضاه.²

كذلك اعتنت الشريعة الإسلامية بحق الطفل في الوصية من جهة ومن جهة أخرى وضعت نظاما لحماية هذا الحق من خلال الولاية عليه وعلى ماله³.

الفرع الثاني: الحق في الوصية للطفل في قانون الأسرة الجزائري

ويكون الإيصاء بمال معين إلى الطفل القاصر في حياة الموصي لكن لا يدخل ذمته المالية إلا بعد وفاة الموصي، وقد نصت المادة 186 على شروط الموصي يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل .

أما الموصى له سواء كان ذكرا أو أنثى فيشترط فيه أن يكون موجودا حقيقة أو حكما كالحمل، هذا ما نصت عليه المادة 187 تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.

أما إذا كان الموصى له وارثا فلا تصح له الوصية إلا بإجازة الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 189 لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي. كما أن المادة 185 تؤكد على حرية الموصى والتصرف في أمواله في حدود ثلث لتركة دون إجازة الورثة، ولأن الوصية تبرع بالمال يتطلب الإرادة والتميز تكون وصية الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز في القانون الجزائري باطلة

¹ - جغوب محفوظ ، الوصية بين الشريعة والقانون ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء الجزائر، 2004، ص 15.

² - المرجع نفسه، ص 16.

³ - المرجع نفسه، ص 16.

بطلانا مطلقا¹ لعدم توفر شرط البلوغ، وإذا كانت وصية القاصر باعتباره هو موسى من الوصية له باطلة.

باعتبار الوصية لا تنفذ إلا بعد موت صاحبها فقد اعتبر الإيجاب ركن الوصية الوحيد فلا يتطلب قبولا لإبرامها لأن القبول يكون بعد وفاة الموصي بالتالي فهو شرط لزوم ونفاذ² وليس شرط انعقاد، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 197 يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي " أما المادة 198 فقد نصت على أنه إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد وعليه يكون القبول المعتبر قانونا هو الذي يصدر من الموصي له البالغ العاقل، أما إذا كان الموصي له بعد وفاة الموصي قاصرا أو جنينا أو محجورا عليه لجنون أو سفه أو غفلة فإن قبول الوصية أو ردها يكون ممن له الولاية على ماله وليا كان أو وصيا أو قيما، وعليه فالطفل أهل الاستحقاق الوصية يقبلها عنه من له الولاية على ماله وهذا موقف المشرع الجزائري الذي أخذه عن المذهب المالكي.³

المطلب الثاني: الحق في الوصية الواجبة للطفل

من القواعد المقررة في الميراث الإسلامي عند جمهور الفقهاء أنه إذا مات الولد قبل أبيه أو أمه فإن أولادهم يحرمون من ميراث نصيب أبيهم أو أمهم طبقا لقواعد الحجب، فيجتمع عليهم ألم اليتيم وألم الحرمان من الميراث ومنه ظهرت الوصية الواجبة التي لم يعرفها العلماء القدامى لأنها محدثة في هذا العصر.

الفرع الأول: الحق في الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي

لقد عرفها العلماء المحدثون بتعاريف متقاربة منها:⁴

¹ - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002، ص 40.

² - عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 47.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999، ص 280.

⁴ - ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 49.

أولاً- تعريف سلطان: الوصية الواجبة قدر من المال يستحقه فرع ولد الميت إذا مات أبوه في حياة جده، فيأخذ نصيب والده كما لو كان حياً فيما لا يزيد عن الثلث: ويأخذ هذا القدر إلزاماً بحكم القانون.

ثانياً- تعريف وريح: وصية أوجبها القانون بشروط معينة لفرع من يموت في حياة أحد أبويه وفرع من يموت مع أحد أبويه حقيقة أو حكماً.

ثالثاً- تعريف خليفة: وصية وجبت في ثلث تركة الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً.

الملاحظ أن كل التعريفات تصب في مضمون واحد وهي أن الوصية الواجبة نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أصله أو معه إن لم يكونوا وارثين بسبب حجبهم وتتم الوصية الواجبة بضوابط خاصة بحكم القانون أي تنفذ قضاء.

إن الوصية بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية ولم يقل بها بهذه الصورة أحد من الفقهاء والمذاهب ولأنها من اجتهاد علماء الشريعة في العصر الحالي. الذين استدلوها على وجوبها على أية وصية وعلى رأي ابن حزم وبعض الصحابة والتابعين.

فمن الكتاب قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}.¹

فالآية تدل على وجوب الوصية للوالدين والأقربين وأن هذا الوجوب قد نسخ بآيات المواريث التي نزلت بعدها في حق الوالدين والأقربين باعتبارهم وارثين وبالتالي حسب رأيهم تبقى الوصية سارية في حق من لا يرث منهم لكن يرد على هذه الحجة بأن الوجوب في الآية نسخ بآيات المواريث وتوزيع المال على الورثة ومنه تحول الحق من الإيصاء إلى الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».

بالإضافة إلى أن آخر الآية: {حقاً على المتقين} يدل على أن الوصية ليست واجبة فلو كانت كذلك لفرضت على جميع المسلمين ولم يخص بها تعالى المتقين.¹

¹ - سورة البقرة، الآية 180.

- أما من السنة فقد روي عن ابن عمر رضي الها عنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»².

فالحديث دل على الوجوب في ظاهرة لكن ما اشتمل عليه الحديث هو الحث على المبادرة بالوصية خوفا من مفاجأة الموت.

ومن القواعد الفقهية التي استدلو عليها في وجوب الوصية هو أن ولي الأمر له حق تقييد المباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر أمرا وجبت طاعته فله الحق في أن يحدد الأقربين بأولاد الأولاد ويعطيهم نصيب أبيهم من الميراث كما لو كان حيا³، ويد على هذه الحجة أن ولي الأمر له أن ينظم الأمور المباحة على أصلها أما أمور الميراث فقد نظمها الشارع الحكم.

الراجع : من خلال استعراض الأدلة السابقة نجد أن الوصية الواجبة لا تصلح أن يبنى عليها حكم شرعي ذلك أن:⁴

- وجوب الوصية حسب الآية 180 من سورة البقرة منسوخ وأن حكمها النذب وهذا رأي جمهور العلماء. أما ما جاءت به قوانين الأحوال الشخصية ما هي إلا توريث تحت اسم وصية.

- إن الله عندما شرع الموارث ووضع قواعد الحجب فإن أعمال الوصية بتوريث من حجبوا هو اجتهاد في مقابل النص وهذا غير جائز وهذا لقوله علي الصلاة والسلام: " الحقوق الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر".⁵

- إن الوصية تكون في حياة الموصي فإذا مات ولم يوصي في حياته استحالت الوصية. لا مجال للاجتهاد لا لولي الأمر ولا للإمام ولا لغيره بوجوب الوصية خدمة للمصلحة والسياسة الشرعية في مقابل النص القرآني.

¹ - الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر، بيروت، ج 2 ، دون سنة ، ص 82 .

² - محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة 2008، حديث 2587 .

³ - ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 48

⁴ - فؤاد السرطاوي، الوجيز في الوصايا والموارث، دار البيارق لبنان ط1، 2000، ص 42.

⁵ - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الفرائض / باب ميراث الولد من أبيه وأمه، حديث 6351.

- إن الوصية الواجبة تساوي بين ذوي الأرحام مع العصبية، وإنها تورث ذوي الأرحام مع وجود من يحجبهم شرعا. من كل ما سبق نجد أن الشريعة الإسلامية لم تنص على حق الطفل في الوصية الواجبة بل نصت على الوصية الاختيارية فحسب.

الفرع الثاني: الحق في الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري

أورد المشرع الجزائري الوصية الواجبة ضمن الميراث وسماها بالتنزيل،¹ ولم يسميها بالوصية الواجبة على غرار التشريعات العربية الأخرى. والسبب الرئيسي الذي دفع المشرع إلى تقنين فكرة التنزيل هو حماية الأطفال القصر للابن المتوفى الذي سبق والده في الموت، والذي ربما يكون قد ساهم في نماء ثروته وأصبحت تركة، وقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة على ما يلي : من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة " ومما تجدر الإشارة إليه أنه قبل صدور قانون الأسرة بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 كان التنزيل اختياريا ولا يحتاج إلى شكل رسمي وتقبل فيه شهادة الأقارب، لكن بعد صدور القانون أصبح إجباريا بموجب المادة 169 وما بعدها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور القانون كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا".²

وباستقراء المادة 169 نجد أنها قد منحت حق التنزيل للأحفاد مع أن لفظ "حفيد" يحتمل وصفين أولاد الابن وأولاد البنت الذين هم من ذوي الأرحام والذين لا يرثون إلا إذا انعدم الوارث بالفرض أو بالتعصيب.

وإذا سلمنا بميراثهم عن طريق التنزيل وأنهم سيرثون عند وجود أصحاب الفروض والعصبة وعند انعدامهم³. لكن إذا راجعنا نص المادة 169 من قانون الأسرة باللغة الفرنسية نجده قد حصر التنزيل في الأحفاد أولاد الابن وان نزلوا دون أولاد البنت:

¹ - ذكر المشرع في الفصل السابع من الكتاب الثالث الميراث في قانون الأسرة الجزائري من المادة 169 حتى المادة 172.

² - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، في 25/11/1997، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 1، ص46.

³ - الصادق فريوي ، الوصية الواجبة والتنزيل دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، العدد التاسع، سنة 1999، ص35.

المادة 169: "إذا مات شخص وترك ولداً مات قبله أو معه، وجب على هذا الأخير أن يقوم مقام مؤلفه في الدعوة إلى خلافة المتوفى وفقاً للشروط الآتية".

وهذا يعني أن أولاد البنت من ذوي الأرحام ولا ينزلون وينزل أولاد الابن فقط باعتبارهم فرعاً للهاك، ومنه يمكن تحديد من يجب تنزيله منزلة أبيه في تركته جده أو جدته كما يلي:

- فرع الولد الذكر الذي مات موتاً حقيقياً في حياة أبيه وأمه.

- فرع الولد الذكر الذي مات في حياة المورث موتاً حكماً، والمقصود به المفقود الذي نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو كونه ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم. "مع العلم أن الحكم بالفقد لا يتم إلا بناء على طلب من كل ذي مصلحة.¹

ومتى يصدر هذا الحكم تثبت حالة الفقد بينما الحكم القاضي بموت المفقود نصت عليه المادة 113 بما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية لمضي 4 سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

- فرع الولد الذكر المتوفى مع أمه أو أبيه في حادث واحد كالحرق والهدم والغرق ومن في حكمهم، ولا يعلم من مات منهم أولاً، وفي هذا يرى جمهور الفقهاء² بأنه لا توارث بينهم لعدم تحقق شرط حياة الوارث بعد وفاة المورث، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الأسرة.

شروط التنزيل: لتنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في التركة يجب توافر ما يلي:

¹ - نصت المادة 114 من قانون الأسرة يصدر الحكم يفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

² - هذا رأي مالك والشافعي وأبو حنيفة وكذا زيد بن ثابت.

- 1- يجب أن تكون أسهم الأولاد الذين ينزلون منزلة أصلهم مقدرة بحصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا تتجاوز ذلك ثلث التركة وهذا ما نصت عليه المادة 170 من قانون الأسرة فلو أن نصيب الأصل لو بقي حيا أكثر من الثلث لا يحق من نزل منزلته أخذ ما زاد عن الثلث، بل يأخذ الثلث فقط
- 2- ألا يكون الأصل قد أوصى لأحفاده أو أعطاهم حال حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بالتزويل نصيب الأحفاد بالتزويل لا يزيد عن الثلث فإذا أعطاهم الأصل ما يساوي نصيب تزويلهم فإنهم لا ينزلون منزلة أبيهم، أما إذا أعطاهم أقل من نصيب تزويلهم فيه يجب أن يتم النصيب الذي يستحقونه. وهذا ما جاءت به المادة 171: لا يستحق هؤلاء الأحفاد التزويل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة، أو كان أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بأكثر مما يستحقونه بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التزويل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.

في حال ما إذا أوصى أو أعطى بأكثر من ثلث التركة فهنا لا بد من إجازة الورثة.
كما أنه لا يحق للحفيد الذي ورث جدته بواسطة التزويل أخذ جزء آخر من التركة عن طريق الوصية.¹

- 3- ألا يكون الأحفاد مستحقين للتركة بطريق الإرث.
- نصت المادة 171 على ما يلي: " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التزويل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة، فإن كان الأحفاد غير محجوبين فهم ورثة شرعيون فلا يستفيدون من التزويل. "
- 4- ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة الأصل جدا كان أو جدة لأن نصيب مورثهم هنا عبر مقيد بالثلث وهذا ما أشارت إليه المادة 172 من قانون الأسرة.

- 5- ألا يكون بالحفيد الذي سينزل منزلة أبيه مانع من موانع الإرث، وموانع الإرث أشارت إليها المادتان 135 و 138 من قانون الأسرة المادة 135 يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:
- قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

¹ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، في 14/12/2005 المجلة القضائية، 2005، العدد 2، ص 387.

- شاهد الزور الذي أنت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية".

المادة 138: "يمنع من الإرث اللعان والردة " هذا ولم ينص المشرع على اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث، فلو كان التنزيل بمثابة وصية لطبقنا المادة 200 من ق.أ.¹ والتي تجيز الوصية حتى وإن اختلف دين الموصي والموصى له، لكن بما أن التنزيل بمثابة ميراث، فإن اختلاف الدين بعد مانعا من موانع الإرث طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية والتي تحيلنا إليها المادة 222 من ق.أ.ج باعتبارها تحكم قواعد الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في ق.أ.ج.²

وفي الأخير يستخلص أن الوصية للقاصر المميز وغير المميز صحيحة مادام أهلا للاستحقاق دون اعتبار السلامة عقبه أو بدنه، وبلوغه أو قصره، ومادام معيننا باسمه أو بوصفه لأن الوصية تملك المعلوم، أما لنفاذ الوصية واستحقاق الموصى به فينبوب عليه وليه في القبول، أخذا بالمذهب المالكي الذي اعتبر قبول الموصى له شرطا لصحة الوصية، على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي.

¹ - المادة 200 من قانون الأسرة تصح الوصية مع اختلاف الدين.

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 61، 62.

الخاتمة

الخاتمة:

ضمن المشرع الجزائري للطفل حقوق مالية تثبت له بغير الزواج والإرث، وهي الحقوق الناتجة عن تصرفات قانونية تتمثل في الوصية والهبة، تكمن أهمية هذه التصرفات في كونها تصرفات ذات خطورة لأنها تبرع بمال دون مقابل، لذلك سارعت التشريعات إلى وضع حماية لازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف.

كما اتفقت أغلب التشريعات على منع أعمال التبرع من مال القاصر، بالنظر لما تسببه هذه التصرفات من ضرر، حيث يعتبر التبرع من التصرفات الضارة ضررا محضا للقاصر، فلا يملك أصحاب الولاية هبة مال القاصر ولا الإيصاء به.

توصلنا بعد المقارنة بين حق الطفل في الهبة والوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري إلى ما يلي:

تعتبر الهبة والوصية موردا هاما في تنمية الذمة المالية للطفل، لكن ما لاحظناه أن هناك بعض الاختلاف الفقهي في جزئياته ، فإذا كان المشرع الجزائري قد وافق رأي الفقهاء في حق الطفل في الوصية فإننا نجد أنه قد خالفهم في الوصية الواجبة أو التنزيل عندما أقر بها بقوة القانون أما الهبة فلاحظنا أن المشرع منحها اهتماما على غرار باقي عقود التبرع و ذلك عندما نص على الهبة للأولاد.

لاحظنا أن حق الطفل في الهبة والوصية قد توسعت فيها الشريعة الإسلامية وتعددت آراء الفقهاء حولها، دون الاختلاف في أصلها، بينما لم يمنحها المشرع الجزائري الاهتمام اللازم فنجد أن حق الطفل في الهبة والوصية لم يأخذ من قانون الأسرة لا فصلا ولا بابا ، بل تناثرت ضمن باقي المواد، على مختلف الأبواب وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري.

كما أن المادة 222 التي تحيل كل ما لم يرد به نص في قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية حلت العديد من القصور الذي شاب مختلف مواد هذا القانون على الرغم من أن المادة لم تشر حين الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية أي المذاهب يجب اتباعها .

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

I- المصادر والمراجع باللغة العربية:

أولاً: القرآن الكريم والسنة النبوية

ثانياً: النصوص القانونية

أ. القوانين والأوامر والمراسيم والتشريعية

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2. الأمر 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية، وقد إلغاه بموجب المادة 268 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17.

ب- القرارات:

1. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 25/11/1997، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1997.

2. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 14/12/2005 المجلة القضائية، العدد 2، 2005.

3. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 21 فيفري 2001، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002.

4. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 22 فيفري 1982، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982.

ثالثاً: الكتب

1. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 5، دار الكتب العلمية، ط1، 1996.

2. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 2000م.

3. ابن منظور، معاجم وقواميس اللغة العربية، لسان العرب، الجزء 6.

4. أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

5. أحمد الصويعي شليبيك، أحكام الاسقاط في الفقه الاسلامي، دار النقاش، الأردن، الطبعة 1، 1999.
6. أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمي، بيروت، الطبعة الثانية.
7. الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر، بيروت، ج 2، دون سنة.
8. بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، بدون طبعة، بدون سنة نشر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
9. بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجديد، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2013.
10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999.
11. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1 - 2008.
12. جغبوب محفوظ، الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء الجزائر، 2004.
13. صحيح البخاري، حديث.
14. عبد الجليل القرناشي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ليبيا، ط3، سنة 1995.
15. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 4، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان 1999.
16. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار الفكر، مجلد 01، ج01.
17. العربي بلحاج، شروط العقد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، سنة 1990.
18. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف، دار هومة، الجزائر، ط 2004.

19. فؤاد السرطاوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، دار البيارق لبنان ط1، 2000.
20. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، مصر، 1998.
21. مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
22. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1998.
23. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1998.
24. محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة 2008، حديث .
25. محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، مؤسسة المختار، القاهرة، ط1، 2009.
26. محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، القليعة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003.
27. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002.
28. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط4، ج1، 2007.
29. مسعود الهاللي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
30. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001.
31. نجاة بوساحة، لموشية سامية، الحماية القانونية للحقوق المالية لطفل في التشريع الجزائري، قيس للدراسات والاجتماعية، المجلد 05، العدد 01، جويلية 2021.
32. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر للعبادات، الجزء الأول، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010.

رابعاً: الأطاريح والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الماجستير:

1. ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة 2008.

ب- مذكرات الماستر:

1. مساهلي فطيمة ومولوجي نوال، حماية التركة في قانون الأسرة وقانون العقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية 2017.

خامسا: المقالات والدراسات

- 1- الصادق فريوي، الوصية الواجبة والتنزيل دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، العدد التاسع، سنة 1999.
- 2- تشوار الجيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 1، سنة 2002، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوي.
- 3- أكلي نعيمة، ميسوم فضيلة، الإشكالات القانونية المتعلقة بهبة الأبوين للأولاد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02، العدد 04، 2017.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
	إهداء
	شكر وتقدير
5-1	مقدمة
	الفصل الأول: حماية حق الطفل في الهبة في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري
8	المبحث الأول: مفهوم وطبيعة حق الطفل في الهبة
8	المطلب الأول: تعريف الهبة وأركانها
8	الفرع الأول: تعريف الهبة
11	الفرع الثاني: أركان الهبة
14	المطلب الثاني: تعريف حق الطفل في الهبة
14	الفرع الأول: حق الطفل في الهبة الفقه الإسلامي
15	الفرع الثاني: حق الطفل في الهبة في التشريع الجزائري
20	المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بحق الطفل في الهبة
20	المطلب الأول: الهبة للقاصر
21	الفرع الأول: الموهوب له غير مميز والواهب أجنبيا.
22	الفرع الثاني: إذا كان الموهوب له مميزا.
22	المطلب الثاني: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه
22	الفرع الأول: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في الفقه الإسلامي
25	الفرع الثاني: الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه في التشريع

	الجزائري
	الفصل الثاني: ضوابط حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
29	المبحث الأول: مفهوم وطبيعة حق الطفل في الوصية
29	المطلب الأول: تعريف الوصية وأركانها
29	الفرع الأول: تعريف الوصية
36	الفرع الثاني: أركان الوصية
39	المطلب الثاني: تعريف حق الطفل في الوصية
39	الفرع الأول: تعريف حق الطفل في الوصية في الفقه الإسلامي
40	الفرع الثاني: تعريف حق الطفل في الوصية في القانون الجزائري
41	المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الوصية
41	المطلب الأول: الحق في الوصية للطفل
41	الفرع الأول: الحق في الوصية للطفل في الفقه الإسلامي
42	الفرع الثاني: الحق في الوصية للطفل في قانون الأسرة الجزائري
43	المطلب الثاني: الحق في الوصية الواجبة للطفل
44	الفرع الأول: الحق في الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي
46	الفرع الثاني: الحق في الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري
51	الخاتمة
53	قائمة المراجع
58	فهرس المحتويات
—	ملخص البحث

ملخص البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على حق الطفل في الهبة والوصية، حيث ضمن المشرع الجزائري للطفل حقوق مالية تثبت له بغير الزواج والإرث، وهي الحقوق الناتجة عن تصرفات قانونية تتمثل في الوصية والهبة، تكمن أهمية هذه التصرفات في كونها تصرفات ذات خطورة لأنها تبرع، حيث أنه تتم التضحية بمال دون مقابل، لذلك سارعت التشريعات إلى وضع حماية لازمة للطفل لمن يريد الإقدام على هذا التصرف.

حيث توصلت الدراسة إلى أن الهبة والوصية تعتبر موردا هاما في تنمية الذمة المالية للطفل، وأن هناك بعض الاختلاف الفقهي في جزئياته، فإذا كان المشرع الجزائري قد وافق رأي الفقهاء في حق الطفل في الوصية فإننا نجد أنه قد خالفهم في الوصية الواجبة أو التنزيل عندما أقر بها بقوة القانون أما الهبة فلاحظنا أن المشرع منحها اهتماما على غرار باقي عقود التبرع وذلك عندما نص على الهبة للأولاد. وأن حق الطفل في الهبة والوصية قد توسعت فيها الشريعة الإسلامية وتعددت آراء الفقهاء حولها، دون الاختلاف في أصلها، بينما لم يمنحها المشرع الجزائري الاهتمام اللازم فنجد أن حق الطفل في الهبة والوصية لم يأخذ من قانون الأسرة لا فصلا ولا بابا، بل تناثرت ضمن باقي المواد، على مختلف الأبواب وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الهبة، الوصية، حق الطفل في الهبة، حق الطفل في الوصية، حماية حق الطفل.

Abstract:

This study aims to shed light on the child's right to a gift and a will, as the Algerian legislator guarantees the child financial rights that are guaranteed to him other than marriage and inheritance. These rights result from legal actions represented by a will and a gift. The importance of these actions lies in the fact that they are dangerous actions because they are a donation, as Money is sacrificed for free, so legislation was quick to establish necessary protection for children for those who want to engage in this behavior.

The study concluded that the gift and will are considered an important resource in developing the child's financial liability, and that there is some jurisprudential difference in its details. If the Algerian legislator agreed with the opinion of the jurists regarding the child's right to the will, then we find that he disagreed with them regarding the obligatory will or revelation when he approved it. By the force of the law, as for the gift, we noticed that the legislator gave it attention similar to the rest of the donation contracts, when it stipulated the gift to the children.

The child's right to a gift and a will has been expanded by Islamic law, and the opinions of jurists have multiplied about it, without differing in its origin, while the Algerian legislator did not give it the necessary attention. We find that the child's right to a gift and a will was not taken from the Family Law, neither a chapter nor a section, but rather was scattered among the rest of the articles. , on various doors, and this is what is wrong with the Algerian legislator.

Keywords: gift, will, child's right to gift, child's right to will, protecting the child's right.