

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة وهران
كلية الحقوق

الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:
الدكتور زهدور سهلي

من إعداد الطالبة:
شيخ نسيمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور: العربي شحط عبد القادر..... رئيسا
الأستاذ الدكتور: زهدور سهلي..... مشرفا مقرر
الأستاذ الدكتور: يخلف عبد القادر..... عضوا مناقشا
الأستاذة الدكتورة: زعنون فتيحة..... عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2010-2011

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

" سَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ
لِلْمُتَّقِينَ، الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ
عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "

سورة آل عمران، الآيتان 133-134.

إهداء

إلى والديّ الكريمين اللّذين لم يبخلوا عليّ بجهدهما و مالهما من أجل
تربيتي و تعليمي حفظهما الله.

إلى أخي و أختي و عائلتيهما الكريمتين حباً و امتناناً.

إلى أساتذتي الأجلّ الذين ساهموا في تكويني تقديراً و عرفاناً
بفضلهم عليّ.

إلى كلّ الذين ساعدوني على إنجاز هذا البحث.

أهدي هذه الدراسة المتواضعة راجية من الله أن تنال رضاهم.

كلمة شكر

أُتقدّم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور: زهدور سهلي الذي وافق على الإشراف عليّ، و منحني من وقته الثمين، و لم يبخل عليّ بإرشاداته و توجيهاته القيّمة التي ساعدتني على إنجاز هذا البحث. كما أخصّ بالشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عبء قراءة هذا البحث، و قبلوا المشاركة في مناقشته جزاهم الله جميعاً أوفر الجزاء.

مقدمة

يعرّف التصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن، أي أنّ الإرادة تعتبر جوهر التصرف، فهي التي تنشئ هذا التصرف، و هي التي تحدّد آثاره.

و تنقسم التصرفات القانونية إلى تقسيمات متعددة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها⁽¹⁾، فمن حيث البديل تنقسم إلى تصرفات بعوض و تصرفات تبرعية.

فالتصرفات بعوض هي التي يتلقى فيها كل من الطرفين عوضا لما أعطاه، أما التصرفات التبرعية فهي التي يعطي فيها أحد الطرفين شيئا دون أن يأخذ أيّ شيء، و هذه التصرفات تنقسم - بدورها- إلى تصرفات صادرة من جانبين كعقد الهبة الذي يعتبر عملا قانونيا ينعقد بتوافق ارادتي الواهب و الموهوب له، و تصرفات صادرة من جانب واحد كالوصية التي تنعقد بإرادة الموصي وحده، و الوقف الذي يتم بإرادة الواقف.

و لقد حثت الشريعة الإسلامية على أبواب الخير المتعددة، و جعلتها من الأعمال التي تقرّب الإنسان من ربّه لما لها من آثار عظيمة تعود على المجتمع كله بالخير و الازدهار، فركزت على أمر الهبات و الوصايا التي تزيد أواصر الألفة و المحبة بين أبناء الأمة الواحدة، و ركزت أيضا على موضوع الوقف بجميع أشكاله و الذي كان له و ما يزال دور بارز في التقدم العلمي و في ازدهار الدول.

(1) لتفصيل أكثر فيما يخص مسألة تقسيمات التصرفات القانونية ، يراجع : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، سنة 1952، ص 149 و ما بعدها.

هذا ، و على الرغم من أهمية هذه التصرفات التبرعية، إلا أنها تعتبر تصرفات خطيرة كونها تؤثر على الذمة المالية للمتبرع، الأمر الذي يقتضي منه التمهّل و التروي و أخذ الحيطة و الحذر قبل الإقدام عليها و ذلك حتى يضع المتصرف أمواله في موضعها الصحيح، فإذا استوفى هذا التصرف التبرعي أركانه و توافرت شروطه، ترتبت عليه آثاره، و انتقلت بموجبه ملكية المال المتصرف فيه من المتصرف إلى المتصرف إليه، غير أنه قد يحصل أن يتراجع الإنسان عن تصرفه التبرعي لأيّ سبب من الأسباب فتنشأ عن ذلك النزاعات.

و يبدو لي أنّ موضوع هذه الدراسة يكتسي أهمية بالغة، ذلك أنه و إن كان الكثير من الفقهاء قد أعطوا أهمية لموضوع الهبة و الوصية و الوقف و خصصوا له العديد من المؤلفات، إلا أنه على النقيض من ذلك لم يحظ رجوع المتصرف في تصرفه بالهبة أو الوصية أو الوقف بعد انعقاده و تمامه بنفس القدر من الاهتمام، فلا يوجد في حدود علمي دراسات تطرقت إلى موضوع الرجوع في التصرفات التبرعية رغم ما يثيره من إشكالات قانونية و من منازعات قضائية متزايدة.

و أمام هذا النقص الذي تعرفه الدراسة القانونية فيما يخص الرجوع في التصرفات التبرعية، ارتأيت أن أتناوله كموضوع لبحثي محاولة في ذلك الاهتمام بالناحيتين النظرية و التطبيقية للتعريف بما جاد به الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال، من خلال جمع القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، إضافة إلى ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات المقارنة خاصة منها القوانين الوضعية العربية للاستئناس بالحلول التي منحت لبعض الإشكالات القانونية و لإيضاح بعض المفاهيم لا سيما تلك التي لم يتطرق إليها القانون و القضاء الجزائريان.

هذا و بعد تحديد مجال البحث، يحق لي أن أتساءل عن المقصود بالتصرفات التبرعية، و ما هي الشروط المتطلبة قانونا لانعقادها؟ و ما مدى لزوم هذه التصرفات؟ و هل يجوز للشخص الرجوع في تصرفه التبرعي؟ و إذا تقرر له ذلك، فما هو التكييف الصحيح لهذا التصرف؟ و هل يعتبر الرجوع حقا مطلقا يمارسه المتصرف بصفة تحكيمية دون قيود أو ضوابط؟

للإجابة على هذه التساؤلات و غيرها، قسّمت هذه الرسالة إلى مقدمة و بابين و خاتمة .

تعرضت بالتحليل في الباب الأول للرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانبين أي عقد الهبة و قسمته إلى فصلين، خصصت الأول للرجوع في عقد الهبة و بيّنت في الفصل الثاني أحكام الرجوع في عقد الهبة، و تناولت بالبحث في الباب الثاني الرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد و حلّته في فصلين، خصصت الفصل الأول للرجوع في الوصية، و تناولت في الفصل الثاني الرجوع في الوقف، و ختمت بحثي هذا بخاتمة عامة أوجزت فيها النتائج التي توصلت إليها.

الباب الأول

الرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانبين: عقد الهبة

الهبة تصرف تبرعي صادر من جانبين أبحاثه الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية و نظمت أحكامه على نحو يحقق أهدافه التي أبرم من أجلها. و لقد وضع القانون الجزائري عقد الهبة ضمن أحكام قانون الأسرة لحرصه الشديد على أن تستمد الهبة أحكامها من الشريعة الإسلامية. و الهبة تصرف خطير، يتجرد فيه الواهب من ماله دون مقابل على نحو يؤثر في ذمته المالية و يحدث أثرا بالغاً في نفوس أهله و أقاربه، و أمام خطورة هذا التصرف أجاز القانون الجزائري - على غرار أحكام الشريعة الإسلامية- الرجوع في الهبة بشروط مخصوصة. و هذا ما سأعرض له في هذا الباب بعد أن أتناول بالتحليل الأركان و الشروط الواجب توافرها في عقد الهبة على اعتبار أن الرجوع لا يتم إلا إذا كان العقد صحيحاً.

الفصل الأول :

الرجوع في عقد الهبة

حتى يتسنى لي تفصيل الرجوع في عقد الهبة على نحو دقيق، فإنه يلزم بداءة الوقوف على ماهية عقد الهبة، ثم بيان مفهوم الرجوع فيه، و هذا ما سأحاول التعرض له تباعا في مبحثين.

المبحث الأول:

ماهية عقد الهبة

إنّ التعرض لماهية عقد الهبة يقتضي مني تعريف الهبة في مطلب أول، ثم بيان كيفية تكوينها في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة

لتحديد مفهوم عقد الهبة، أتطرق بداية لتعريفه في فرع أول، ثم تمييزه عن التصرفات القانونية المشابهة له في فرع ثان.

الفرع الأول : تعريف عقد الهبة

وردت تعريفات فقهية عديدة للهبة، أكتفي بسرد أهمها، و التي أنت بها المذاهب الأربعة المعروفة.

فقد عرفها المالكية بأنها: " تملك بلا عوض و لثواب الآخرة صدقة"، و عرفها الشافعية بأنها: " تملك بلا عوض"، و عرفها الحنفية بأنها: " تملك العين بلا شرط العوض في الحال"، كما عرفها الحنابلة بأنها: " تملك في الحياة بغير عوض شأنها شأن الصدقة و الهدية و العطية".

و يلاحظ من هذه التعريفات أنها و إن اختلفت في العبارة و الأسلوب ، إلا أنها تتفق في مجملها على اشتراط وقوع الهبة حال الحياة و بغير عوض.

فإذا كانت هذه هي التعريفات التي أوردتها المذاهب الفقهية الأربعة، فما هو التعريف الذي أتى به المشرع الجزائري للهبة؟

عرّف المشرع الجزائري عقد الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة بنصه على ما يلي: " الهبة تملك بلا عوض. و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط".

و نصّ في المادة 206 من نفس القانون على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات . و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

و يستفاد من نصّ هاتين المادتين :

- من جهة ، أنّ الهبة عقد يقع بين الأحياء ، يتحقق وجوده بإيجاب و قبول متطابقين⁽¹⁾ و بموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض و على سبيل التبرع ، فيترتب على ذلك افتقار من جانب الواهب

(1) فالهبة ليست التزاما بالإرادة المنفردة كونها تستلزم قبول الموهوب له.

- يراجع قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 40651 ، الصادر بتاريخ : 1986/02/24، غير منشور، أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبع في 2005، ص 195، و الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا و شرعا أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول...".

الذي تنازل عن ماله كله أو بعضه على سبيل التقرب إلى الله عزّ و جلّ ، و إثراء من جانب الموهوب له.

و تعريف الهبة بهذا المعنى يشمل الصدقة و الهدية ، فكلاهما تمليك للمال في الحياة دون عوض .

- و من جهة أخرى ، أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأيّ التزام يتوقف انعقاد و تمام الهبة على انجازه ، سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب نفسه ، أو لمصلحة الموهوب له ، أو لمصلحة أجنبي ، أو للمنفعة العامة⁽¹⁾.

و ترتيبا على ما تقدم ، فإنّ عقد الهبة يتمتع بمجموعة من الخصائص تميزه عن التصرفات القانونية الأخرى ، وهذه الخصائص هي :

أولا : الهبة عقد بين الأحياء .

نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ... " الأمر الذي يستفاد منه أن الهبة عقد بين الأحياء ، ذلك أن تبادل الإيجاب و القبول في عقد الهبة لا يمكن أن يتم إلا في حياة كل من الواهب و الموهوب له ، فيجوز للواهب تمليك الشيء الموهوب في الحال للموهوب له أو في المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حيا .

و بما أنّ الهبة عقد بين الأحياء ، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت⁽²⁾ و من تمّ لا يجوز للواهب أن يعقد هبة باثة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد وفاته ، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة .

(1) أنور العمروسي/ العقود الواردة على الملكية في القانون المدني: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض و الدخل الدائم الصلح، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 316.

(2) عرّف القانون الروماني الهبة لما بعد الموت بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكا على الاشتباك في حرب أو مبارزة أو كأن يكون مصابا بمرض خطير، و لا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله ، فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة. =

و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998⁽¹⁾ بما يلي : " من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب ، و تأخذ حكم الوصية " ، و ما قررته أيضا في قرار لاحق بتاريخ 19 أكتوبر 2005⁽²⁾ و الذي أكدت فيه بأنّ : " التصرف على أساس الهبة ، المنفذ بعد وفاة المورث في تركته ، يأخذ حكم الوصية " .

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد إلى أن الهبة لما بعد الموت و إن اتحدت مع الهبة في مرض الموت ، في أنهما يأخذان حكم الوصية⁽³⁾ ، إلا أنها تختلف عنها في أنّ الأولى لا تنفذ إلا بعد الموت ، أما الثانية فتتخذ حال حياة الواهب و لو أنه يكون في مرض الموت وقت أن يهب⁽⁴⁾ .

= يراجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية: الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص 6 هـ 2.

(1) يراجع قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم: 186058، الصادر بتاريخ 17/03/1998، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1999، ص 119.

(2) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم : 307934، الصادر بتاريخ 19/10/2005، م ب م ق، العدد الثاني، سنة 2005 ، ص 195.

(3) تنص المادة 204 من قانون الأسرة على ما يلي: " الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية " .

(4) قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم: 197335، الصادر بتاريخ 16/06/1998، منشور بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 281، والذي قضى فيه بأنه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية" .

- يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 229397، الصادر بتاريخ 24/04/2002 ، م ب م ق ، العدد الثاني، سنة 2002، ص 387 و الذي ورد فيه : " إنّ القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون" .

- و نفس المعنى يكرسه قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 318410، الصادر بتاريخ 15/06/2005، منشور بنشرة القضاء ، العدد 59، سنة 2006، ص 231 ، والذي جاء فيه : "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير و المخيف و الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة ، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور و يعتبرونه عقد وصية " .

ثانيا : الهبة تصرف في المال بلا عوض .

اشترط المشرع الجزائري في المادة 202 أعلاه أن تكون الهبة بلا عوض، فالهبة افتقار من جانب الواهب يقابله إثراء من جانب الموهوب له، بحيث يترتب هذا الإثراء على حساب الافتقار، فالإثراء هنا يكون سببه عقد الهبة لا الإثراء بلا سبب⁽¹⁾ ، و من تمّ لا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في حالات الرجوع المقررة قانونا⁽²⁾.

و القول أنّ الهبة تكون دون عوض، لا يحول من قيام الهبات المتبادلة، كأن يهب شخص شيئا لآخر، ثمّ يهب هذا الآخر أي الموهوب له شيئا ثان للواهب، فتكون حينها الهبتان متبادلتين، و تكون كلّ منهما بدون عوض، لأنّ كلا من الهبتين ليست عوضا عن الهبة الأخرى، بل كلّ واهب وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته⁽³⁾.

و ينطبق هذا الحكم كذلك على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة، كالأفراح و حفلات الزفاف و أعياد الميلاد، فإذا ما قدّم الصديق لصديقه هدية بسبب إحدى هذه المناسبات بنية التبرع ، اعتبر تصرفه هبة، و لا تنتفي عنه هذه النية حتى لو توقع أنّ صديقه المهدي له سيقدم له بدوره هدية في مناسبة مقبلة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ نظم المشرع الجزائري أحكام الإثراء بلا سبب في المادتين 141 و 142 من القانون المدني ، واللذان يتبين منهما أنه يجب أن يتوافر في الإثراء بلا سبب ركنان ، وهما : أن يترتب إثراء ينجم عنه افتقار مقابل، وأن ينعدم السبب القانوني لهذا الإثراء.

ووفقا لمقتضيات قاعدة الإثراء بلا سبب ، يجب على كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني، أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الإثراء قدر ما أثري به ، و في حدود ما لحق المفقر من خسارة ، و يلزم المثري على حساب غيره برد أقل القيمتين : قيمة الإثراء و قيمة الافتقار.

- يراجع بهذا الصدد : د.أنور سلطان / الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ص 423.
- Ibrahim NAJJAR : Actes à titre gratuit , Dalloz Editions DELTA , 1999, v p 49 et suivant.

⁽²⁾ يراجع نصّا المادتين 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري.

⁽³⁾ أ. بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1970، ص 217.

⁽⁴⁾ د.عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الملكية : الهبة ، ج 5، المرجع السابق ، ص 12.

و لما كانت الهبة تصرفا في المال بدون عوض ، فإنها لا تتحقق إلا إذا التزم الواهب بأن ينقل إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر متفرع عن الملكية كحق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق ، أو أن يلتزم الموهوب له بحق شخصي كأعطائه مبلغا من النقود ، أو إبرائه من الدين⁽¹⁾ .

ثالثا : نية التبرع .

تعتبر هذه الخاصية عنصرا جوهريا في الهبة ، إذ لا يكفي لانعقادها أن يتصرف الواهب في ماله دون عوض ، بل لابد من وجود نية التبرع لديه وقت إبرام هذا العقد .

فإذا انتفت هذه النية ، انتفت الهبة معها . و مثال ذلك أن يقوم شخص بالوفاء بالتزام طبيعي نحو شخص آخر ، فلا يكون متبرعا ، وإنما موفيا لدين ، و إن كان غير مجبر على الوفاء به ، و يكون عندئذ تصرفه وفاء لا هبة ، أو أن يقوم الأب بتجهيز ابنته العروس تحضيرا لزفافها أو أن تعطي الشركة لمستخدميها و عمالها مكافآت سنوية على الجهد الذي بذلوه طوال السنة⁽²⁾ .

و تنتفي نية التبرع أيضا ، إذا أعطى شخص لآخر مالا بغير قصد التبرع المحض و إنما بقصد جني منفعة مادية أو أدبية منه ، فلا يكون التصرف هبة ، كأن يعطي شخص مالا لآخر لإنشاء مدرسة ، شريطة أن تسمى باسمه⁽³⁾ .

و تجدر الملاحظة في هذا الصدد ، أن نية التبرع مسألة نفسية تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع ، و العبرة فيها تكون بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، فإذا قصد الشخص تضحية من جانبه دون أن يقصد من وراء فعله الحصول على منفعة معينة سواء مادية كانت أو أدبية تحققت عنده نية التبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة منها ، واعتبر تصرفه هبة

(1) تنص المادة 205 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الملكية: الهبة، ج5، المرجع السابق ، ص 15، 16، 17.

(3) د. كمال حمدي/ الموارد و الهبة و الوصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1998، ص 156.

أما إذا قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه ، انتفت عند نية التبرع ، حتى ولو تخلفت هذه المنفعة المرجوة⁽¹⁾ .

رابعاً : الهبة عقد شكلي و عيني .

أوجب المشرع الجزائري إفراغ الهبة في شكل رسمي متى كان محلها عقارا ، و من تم تعتبر الهبة من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين الواهب و الموهوب له بل لابد من إفراغها في عقد رسمي يحرره الموثق ، واحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية .

و الهبة في ذات الوقت عقد عيني ، لا يتم بمجرد تبادل الإيجاب و القبول ، و توافر الشكلية ، بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له لحيازته⁽²⁾ .

هذا ، و يعتبر عقد الهبة الوارد على بعض المنقولات التي تشترط فيها إجراءات خاصة - بدوره- عقدا شكليا و عينيا مثله مثل العقار الموهوب ، لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده⁽³⁾ .

و على هدي ما سبق ، فإنني أرى أنه يمكن تعريف الهبة تعريفا مانعا جامعاً لكل خصائصها بأنها: " عقد بين الأحياء ، يتصرف الواهب بمقتضاه في ماله دون عوض ، و بنية التبرع " .

و تبعا لهذه الخصائص التي يتميز بها عقد الهبة ، فإنه يقترب بها ببعض التصرفات القانونية ، مما يدفعني إلى تخصيص الفرع الموالي ، للتطرق فيه إلى هذه التصرفات القانونية المشابهة له .

(1) د.عبد الوهاب البنداري/ شرح العقود المدنية: الهبة (دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 23.

(2) د.محمد تقيّة/ (الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الإسلامي)، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998، ص 20.

(3) يراجع نص المادة 206 من ق.أ.ج.

الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له.

إنّ الهبة تشبه بعض التصرفات القانونية في أوجه عديدة، و هذا ما يجعل الالتباس محتملا حدوثه. و حتى يزول هذا اللبس، سأبين فيما يلي أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين هذه التصرفات و بين عقد الهبة.

أولا : تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد .

الوصية و الوقف و الإباحة تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد، تتفق مع الهبة في صفة التبرع، و لكنها تختلف عنها في نواحي عديدة. فما هي أوجه الشبه و أوجه الاختلاف الموجودة بين هذه التبرعات ؟

01- تمييز عقد الهبة عن الوصية .

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁽¹⁾، و هي بهذا المعنى تعتبر تبرعا محضا ، و من تم فإن الوصية تتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع⁽²⁾، إلا أنهما يختلفان في وجوه أهمها :

أ. من حيث الأركان .

الهبة عقد و ليست تصرفا بالإرادة المنفردة ، تتم بتوافق إرادتي الواهب و الموهوب له ، و تطابقهما . أما الوصية فليست عقدا ، و إنما تصرفا بالإرادة المنفردة للموصي⁽³⁾ .

(1) يراجع نص المادة 184 من ق.أ .

(2) د.جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1398هـ - 1978م ، ص31.

(3) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 33.

- و يراجع بهذا الصدد أيضا ، د. عبد الوهاب البنداري/ شرح العقود المدنية : الهبة ، المرجع السابق، ص 19.

ب. من حيث الشكل .

الهيئة عقد شكلي ، اشترط فيه المشرع الرسمية إذا كان محل الشيء الموهوب عقارا و الإجراءات الخاصة إذا كان منقولاً⁽¹⁾ . أما الوصية فهي تصرف رضائي ، و الكتابة المتطلبة فيها قانونا ما هي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركننا لانعقادها⁽²⁾ .

ج. من حيث الرجوع .

الهيئة عقد تبرع لازم ، و الرجوع فيها أمر استثنائي ، لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه⁽³⁾ . أما الوصية فتتعدد بإرادة الموصي وحده ، و من أجل ذلك يجوز لهذا الأخير أن يرجع فيها قيد حياته متى شاء ، بدون شرط و لا قيد⁽⁴⁾ .

د. من حيث التقييد .

إنّ الهيئة في التشريع الجزائري مطلقة غير مقيدة بقدر معين⁽⁵⁾ ، يجوز فيها - شرعا و قانونا - للواهب أن يهب كل أمواله إلى الموهوب له ما لم تكن الهيئة صادرة عنه في مرض الموت⁽⁶⁾ . أما الوصية فتتقيد بالثلث من التركة دائما، و لا تنفذ إلا في حدود هذه النسبة ، و ما زاد عنها ، فإنه يتوقف على إجازة الورثة⁽⁷⁾ .

(1) يراجع نص المادة 206 من ق.أ .

(2) يراجع نص المادة 191 من ق.أ .

(3) في تفصيل أحكام القانون الجزائري بصدده هذه المسألة، يراجع ما سيأتي شرحه في صفحة 66 وما بعدها من هذه الرسالة.

(4) يراجع نص المادة 192 من قانون الأسرة .

(5) محمودي عبد العزيز/ رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري : التصرف في مرض الموت و التصرف مع الاحتفاظ بالحياة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية ، قصر الكتاب ، الجزائر، 2006، ص 23.

(6) تنص المادة 204 من ق.أ.ج على ما يلي: " الهيئة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية" .

(7) يراجع نص المادتين 185 و 189 من ق.أ .

هـ. من حيث الأثر .

إنّ الهبة تنتج آثارها في الحال ، بحيث لا يتراخى أثرها لحين وفاة الواهب فهي عقد تمليك في الحال ، ما لم تقترن بشرط أو أجل ، و يترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد حياة الواهب ، أما الوصية فتصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، و من تمّ يندم أثرها في الفترة الممتدة بين صدورها عن الموصي و وفاته بحيث لا يترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي⁽¹⁾.

02- تمييز عقد الهبة عن الوقف .

الوقف هو حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد و التصدق ، و هو بهذا التعريف يعتبر تصرفا تبرعيا، يشترك مع عقد الهبة في صفة التبرع⁽²⁾ ، غير أنه يختلف عنه في عدّة جوانب :

أ. من حيث الأركان .

الهبة عقد لا بدّ فيه من تطابق إرادتين ، بينما الوقف تصرف صادر من جانب واحد تكفي لانعقاده إرادة الواقف لوحدها.

ب. من حيث القوة القانونية .

الهبة عقد كسائر العقود ، تستمد قوتها القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفيها، الواهب و الموهوب له ، أما الوقف فيعتبر تصرفا صادرا من جانب واحد ، يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها ، حيث أن إرادة الواقف تحميها الدولة و تسهر

(1) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 32.

- يراجع أيضا: أنور طلبة / العقود الصغيرة: الهبة و الوصية ، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص4، 247.

(2) د. محمد بن احمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن،

الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2003، ص 40.

على تنفيذها ، و تحمي الأملاك الوقفية من التلف و الضياع خاصة إذا تعلق الأمر بالأملاك الوقفية العامة⁽¹⁾.

ج. من حيث الآثار.

عقد الهبة تبرع محض ، يلتزم بموجبه الواهب بإعطاء شيء للموهوب له بدون مقابل بنية التبرع ، فيؤدي إلى زوال ملك الواهب عن الشيء الموهوب ، و تملكه للموهوب له للتصرف فيه كما يشاء . أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف الذي يبقى على ملك الواقف ، فلا تنتقل ملكيته إلى الموقوف له ، و هو في الوقت ذاته لا يجيز للواقف بعد صدور الوقف عنه ، أن يتصرف في المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية ، كالبيع أو الهبة أو التنازل ، و غيرها⁽²⁾.

03- تمييز عقد الهبة عن الإباحة.

الإباحة إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه باستعماله⁽³⁾، و هي بهذا المعنى تشبه الهبة في أنها تملك للأعيان بلا عوض دنيوي ، غير أنها تختلف عنها في الأوجه التالية :

أ. من حيث الأركان .

- الهبة عقد يتطلب الإيجاب و القبول ، أما الإباحة فتتم بمجرد الترخيص أو الإذن القولي أو العملي بالانتفاع بالشيء المباح ، فهي ليست عقدا⁽⁴⁾.

(1) رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الإجراءات القضائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، طبع في 2004.

(2) يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 187 و ما بعدها من هذا البحث .

(3) قال بهذا التعريف الشيخ أحمد ابراهيم بك ، أشار إليه د.جمال الدين طه العاقل/عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص 35.

(4) د.جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع ، ص 37.

- يشترط في عقد الهبة أن يكون كل من الموهوب له و الشيء الموهوب معلوما و محددًا بينما الإباحة ، فلا يشترط فيها التعيين و التحديد⁽¹⁾.

ب. من حيث التمليك .

بمجرد أن تتعقد الهبة صحيحة مكتملة الأركان و الشروط المحددة قانونا ، تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، فيصبح هذا الأخير مالكا للشيء الموهوب و من تم يجوز له أن يتصرف فيه كما يريد ، أما الإباحة فلا يجوز فيها للمباح له التصرف في الشيء المباح كونه ليس مالكا له ، و منه لا يسوغ للمباح له أن يتصرف في الشيء المأذون بهبته أو بيعه و نحوهما .

ثانيا : تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانبين .

يتفق عقد الهبة مع عقدي البيع و العارية في بعض الجوانب، و يختلف عنهما في جوانب أخرى . وهذا ما سأعرض له.

01- تمييز عقد الهبة عن عقد البيع .

تتشابه الهبة مع البيع في أن كلا منهما عقد ناقل للملكية ، ملزم للجانبين إذا كانت الهبة بعوض ، و من تم لا بد من تطابق الإيجاب و القبول لانعقادهما ، ففي الهبة يصدر الإيجاب من الواهب ، و يقابله في ذلك قبول الموهوب له ، و في عقد البيع يصدر الإيجاب من البائع و يصدر القبول من المشتري ، غير أن الهبة تختلف عن البيع في عدة أوجه أبرزها :

- أنّ الهبة عقد من عقود التبرع ، فهي تمليك بلا عوض ، يتجرد بمقتضاها الواهب من ماله كله أو بعضه لمصلحة الموهوب له بقصد التبرع ، أما البيع فهو عقد من عقود المعاوضة

⁽¹⁾ د.محمد بن أحمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، المرجع السابق، ص 43.

لأن البائع يحصل بموجبه على الثمن مقابل نقله ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي حصل بدوره على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه إلى البائع⁽¹⁾.

- إذا كانت الهبة بعوض ، فإن هذا العوض الذي يعتبر مقابلا للشيء الموهوب قد يكون نقودا أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات أخرى ، أما في عقد البيع ، فإن المقابل للشيء المبيع ، يجب أن يكون من النقود⁽²⁾.

02- تمييز عقد الهبة عن عقد العارية .

كثيرا ما تلتبس الهبة بالعارية كونها تتشابه في أن كليهما عقد من عقود التبرع و أن المنتفع فيهما يثرى على حساب غيره بلا مقابل أصلا ، إلا في حالة الهبة بعوض و أن كلا منهما تصرف قانوني صادر من جانبين لأبد فيه من توافق إرادتين لينعقد صحيحا إلا أن هناك فروقا بين الهبة و العارية يمكن إجمالها فيما يلي :

- أنّ الهبة تملك بلا عوض ، و يترتب عنها تملك الموهوب له الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، أما العارية فتقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل العارية دون تملكه ، فهي إذن تملك المنفعة دون عوض⁽³⁾.

- أنّ الهبة يخرج بموجبها ملك الشيء الموهوب عن المالك الواهب إلى الموهوب له على خلاف العارية التي يلتزم المستعير فيها بردّ الشيء محل العارية للمعير ، و من تمّ

(1) تنص المادة 351 من ق.م على ما يلي : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

(2) د.جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص 34.

(3) د.عبد الوهاب البنداري/ شرح العقود المدنية : الهبة ، المرجع السابق ، ص 26.

فإنّ الهبة تصح فيما يستهلك و فيما لا يستهلك، أما العارية فتتصب على ما لا يستهلك فقط من الأشياء، و ذلك حتى يتمكن المستعير من ردها بعد الانتفاع بها⁽¹⁾.

- أنّ الأصل في الهبة أنها عقد شكلي ، أوجب المشرع الجزائري فيها الرسمية أما العارية فعقد رضائي ، تتم بمجرد توافق إرادتي المعير و المستعير⁽²⁾.

- أنّ قصد الواهب من هبته التبرع المحض غالبا ، بأن منح للموهوب له منافع يحرم نفسه منها ، أما العارية فلا يقصد المعير من ورائها إفادة المستعير بحسب الأصل ، فغالبا ما يكون الغرض منها تحقيق مصلحة لنفسه⁽³⁾.

المطلب الثاني: إنشاء عقد الهبة.

ما يهمني من هذه الدراسة بطبيعة الحال ، تفصيل أحكام الرجوع في عقد الهبة على نحو دقيق ، و من أجل ذلك ، أرى لزاما أن أتعرض لتكوين عقد الهبة باعتبار أنّ الرجوع في الهبة لا ينظر إليه إلا إذا كان العقد صحيحا ، مكتمل الأركان ، و الشروط المتطلبة قانونا لوجوده .

و الهبة باعتبارها عقدا، شأنها شأن أيّ عقد من العقود الأخرى ، لينعقد صحيحا ، لا بدّ من أن تتوافر فيه أركانه، و شروط صحته. و لتحليل ذلك ، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أخصص أولهما لدراسة شروط انعقاد الهبة ، و ثانيهما لشروط صحتها.

(1) عرّف المشرع الجزائري العارية في المادة 538 من ق.م.بأنها : "عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال" .

(2) قرار م ع غ .إج، ملف رقم: 214328 الصادر بتاريخ 2001/02/13، م. ب. الم.ق، العدد الأول، سنة 2002، ص 191 ، و الذي ورد فيه: " ان إثبات عقد العارية يخضع لكل وسائل الإثبات ، ومنه فان اشتراط إخضاعه لشكلية غير منصوص عليها قانونا لإثباته، هو خرق للقانون" .

(3) د.جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص 33.

الفرع الأول : شروط انعقاد عقد الهبة

إنّ تناول شروط انعقاد عقد الهبة، يقتضي التعرض لأركانه المتمثلة في التراضي و المحل و السبب و الشكل و الحيابة. لذلك سأحاول أن أحلل هذه العناصر تباعا في خمسة أجزاء.

أولا : التراضي في عقد الهبة

الهبة عقد ، استلزم المشرع لانعقاده توافر ركن التراضي ، فإذا انعدم هذا التراضي بين المتعاقدين كانت الهبة باطلة .

و يقصد بالتراضي ، تطابق ارادتي المتعاقدين و توافقهما ، و انصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معين ، ألا و هو إنشاء عقد الهبة .

و لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ركن التراضي في عقد الهبة ، فذهب بعضهم⁽¹⁾ إلى القول أنّ ركن التراضي في عقد الهبة يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط دون اشتراط قبول الموهوب له كركن ، و ذهب آخرون⁽²⁾ إلى أنّ كلا من الإيجاب و القبول ركنان للهبة – شأنها شأن أي عقد آخر، و هما يكونان معا ركن التراضي - فالهبة عقد و العقد هو توافق الإيجاب مع القبول لا مجرد الإيجاب .

(1) يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف و محمد أن الإيجاب وحده هو الذي يعد ركنا في الهبة ، أما القبول فليس بركن استحسانا، و إنما هو شرط لثبوت الملك، لا شرط لوجود الهبة .

- لتفاصيل أكثر ، يراجع د.محمود علي أحمد/ بحوث في الهبة و الشفعة و الغصب و الصيد في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة ، القاهرة، 1398هـ-1978م، ص 7.

و يراجع : أ.أحمد ابراهيم بك/ أحكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض، مطبعة العلوم ، مصر، 1358هـ-1939م، ص 6.

(2) هو قول جمهور الفقهاء من مالكية ، و حنابلة ، و شافعية ، و زفر من الحنفية .
- يراجع د.عبد الرزاق السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1998، ص 43.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجده قد اعتمد رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، و اعتبر الإيجاب و القبول ركنان من أركان الهبة⁽¹⁾، فنصّ صراحة في المادة 206 من قانون الأسرة على أنه: " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ... ، و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

يستفاد من هذه المادة ، أنه لا بدّ من قبول الموهوب له للهبة حتى تنعقد. و السبب في ذلك ، أنّ الهبة عقد و ليست تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية⁽²⁾ ، فهي و إن كانت تبرعا إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل ، و تفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب و قد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا ما استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها كما أن ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها⁽³⁾ .

و تجدر الإشارة هنا ، أنه تطبق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بوجه عام على ركن التراضي في عقد الهبة لعدم معالجته بنص خاص في قانون الأسرة⁽⁴⁾، فيجب إذن أن يصدر إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة لا لبس فيها ، يقابله قبول من الموهوب له .

و يتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير يصدر من الواهب بقصد تملك الموهوب له شيئا يملكه في الحال و بغير عوض، فلا يشترط فيه ألفاظ معينة ، إذ يكون بكلّ ما يدل عليه ، كأن يقول الشخص : " وهبتك كذا " ، " ملكتك " ، " جعلته لك " .

(1) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 40651 ، الصادر بتاريخ 1986/02/24 ، غير منشور، أشرت إليه سابقا في ص 6 هـ- من هذا البحث ، و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول... " .

(2) الوصية تصرف صادر من جانب واحد ، يعد إيجاب الموصي فيها الركن الوحيد لانعقادها دون الحاجة إلى قبول الموصى له بخلاف الهبة.

- لتفاصيل أكثر، يراجع مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية ، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 124.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية: الهبة، ج5، المرجع السابق، بند 16، ص29.

(4) يراجع نصّ المادة 59 و ما بعدها من ق.م .

و قد يتصل الإيجاب بقريضة كذكر الوقت⁽¹⁾ ، أو الشرط⁽²⁾ ، أو المنفعة⁽³⁾ ، فلا تكون الهبة عندئذ إلا بالنية⁽⁴⁾ .

أما القبول – فهو بصفة عامة – تعبير يصدر ممّن وجه إليه الإيجاب أي الموهوب له فيوافق على الأمر الذي عرض عليه.

و القبول في عقد الهبة يتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه، كقول الموهوب له : " قبلت " ، أو " أخذت " ، أو " رضيت " ، أو يتم بصدور تصرف من الموهوب له يدل عليه كقبضه الشيء الموهوب. أو يتم بالإشارة في حالة عدم القدرة على النطق و على الكتابة بشرط أن تكون الإشارة مفهومة دالة على القبول⁽⁵⁾ كما يعتبر سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب قبولاً ، إذا تمخضت الهبة لمنفعته ما لم تكن بعوض⁽⁶⁾.

هذا ، و يشترط أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب حتى تنعقد الهبة ، فإذا انعدم هذا التوافق و التطابق ، بأن أعطى الواهب على سبيل الهبة مثلاً ، و قبل الطرف الآخر على سبيل آخر غير الهبة كالعارية مثلاً ، لم تنعقد الهبة ، فتطابق القبول مع الإيجاب أمر وجوبي ، لا يعدل منه أو يقيد منه ، أو يزيد عليه ، و إلا اعتبر إيجاباً جديداً⁽⁷⁾ .

(1) اقتران الإيجاب بالوقت يطلق عليه عبارة: القرينة الوقتية ، و مثالها أن يقول الواهب : " جعلت هذه الدار لك عمري " أو " هي لك قيد حياتك " ، فالهبة هنا تكون صحيحة لكن يبطل التوقيت ، و عليه تنتقل ملكية الدار الموهوبة للموهوب له في حياته ثم لورثته بعد وفاته.

(2) القرينة المشروطة مثالها أن يقول الواهب : " وهبتك سيارتي على أن تبيعها لفلان " ، فالهبة هنا تكون صحيحة و الشرط باطل .

(3) القرينة منفعة كأن يقول الواهب: " داري لك سكنى " أو " هبة سكنى " ، فقله كذلك يعني به تملك المنفعة ، و تملك المنفعة بغير عوض يقصد به معنى العارية.

(4) د. بدران أو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 221.

(5) يراجع نص المادة 60 من ق.م .

(6) يراجع نص المادة 68 من ق.م .

(7) يراجع نص المادة 66 من ق.م .

و يجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين، فتتمّ في الزمان و المكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، و يعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس⁽¹⁾.

و لا يكون لقبول الموهوب له للهبة أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب فإذا رجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه ، لم تنعقد الهبة بشرط أن يكون وصول الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب ، و يرجع السبب في ذلك إلى أن القبول لم يقترن بالإيجاب⁽²⁾ ، و عليه يحقّ رجوع الواهب عن إيجابه ما دام قبول الموهوب له لم يتم بعد.

و إذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل وصول إيجابه إلى علم الموهوب له ، لم تنعقد الهبة لعدم اقتران الإيجاب و القبول⁽³⁾.

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته ، فنكون أمام حالتين : حالة ما إذا مات قبل أن يصدر عنه القبول ، فان الهبة لا تنعقد ، لأن الإيجاب لم يلاق شخصا يقبله ، فالهبة أمر خاص بشخص الموهوب له ، فلا يحل ورثته محله في القبول ، و في حالة ما إذا مات بعد أن صدر القبول منه ، و لكن قبل وصوله إلى علم الواهب ، فان القبول هنا يبقى قائما ، و ينتج أثره إذا ما اتصل بعلم الواهب ، فتتعقد عندئذ الهبة .

و يجوز قانونا صدور القبول من غير شخص الموهوب له ، و يتحقق ذلك في حالة ما إذا صدر القبول من نائبه ، دون إغفال القواعد القانونية المقررة في الوكالة و النيابة في القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

(1) يراجع نصّ المادة 67 من ق.م .

(2) يراجع نصّ المادة 61 من ق.م .

(3) د. علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص36.

(4) يراجع نصّ المواد 74 و 571 و ما يليها من القانون المدني الجزائري.

و خلاصة ما تقدّم وفق ما أراه ، أنّ الهبة عقد ينشأ بإيجاب و قبول متطابقين فإن تخلف أحدهما ، كان عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا .

ثانيا : المحل في عقد الهبة .

الهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها إلى الموهوب له دون مقابل ، و من تم تكون الهبة أصلا ملزمة لجانب واحد هو الواهب ، بحيث يكون محل التزامه فيها هو الشيء الموهوب ، غير أنه يجوز طبقا للمادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى على الموهوب له فتصبح الهبة عقدا ملزما للجانبين ، و يكون محل التزام الموهوب له فيها العوض المشترط .

إذن ، الهبة يكون لها دائما محل ، يتمثل في الشيء الموهوب ، و قد يكون لها محل ثان و هو العوض ، و هذا ما أعرض إليه فيما يلي :

01- الشيء الموهوب.

الشيء الموهوب هو ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له ، و يسري عليه في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام ، و من تم يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود مستقبلا⁽¹⁾ ، و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين⁽²⁾ بأن يكون معلوما علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة للمتعاقدين ، و بأن يكون صالحا للتعامل فيه ، بالألا يكون مستحيلا في ذاته ،

(1) الملاحظ أن المشرع الجزائري على غرار المذهب المالكي و خلافا لرأي أكثر المذاهب الفقهية و التشريعات الوضعية اعتبر هبة الأموال المستقبلية جائزة ، لأنه لم يأت بنص قانوني يبطلها لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة ، مما يتعين معه جوازها وصحتها إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 92 مدني جزائري و التي تنص على ما يلي : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا " .

(2) يراجع نصّ المادة 94 من ق.م .

أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة⁽¹⁾ ، و أن يكون مملوكا للواهب⁽²⁾ ، فلا يجوز له هبة ما ليس ملكا له⁽³⁾ .

02- العوض في الهبة.

لهبة محل دائم هو الشيء الموهوب، لكن قد يكون لها محل آخر وفقا لمقتضيات المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة، هو العوض.

فقد تقترن الهبة بمقابل ، أو بشروط ، أو التزامات تفرض على الموهوب له ، فتكون الهبة عندئذ ملزمة للجانبين ، بحيث تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب .

و قد تتعدد صور المقابل في الهبة⁽⁴⁾، فتكون الشروط و الالتزامات التي يفرضها الواهب على الموهوب له في عقد الهبة تصب في مصلحة هذا الأخير ، كأن يهب الواهب مالا للموهوب له ، و يشترط عليه في المقابل أن يشتري به دارا أو أي شيء آخر ينتفع به .

(1) يراجع نصّ المادة 93 ق.م .

- و يراجع بهذا الصدد : قرار م ع، ملف رقم 39360، الصادر بتاريخ 13/01/1986، غ م، أشار إليه حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبع في 2004، ص 19هـ1، و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا، انه لا تجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تتنافى مع التأييد و أحكام الحبس...".

(2) تنص المادة 205 من ق.أ.ج على ما يلي : " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير " .

(3) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 324515، الصادر بتاريخ 18/01/2006، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2006، ص220، و الذي جاء فيه بأنه:" كان يتعين على القضاة أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون ضده في الشبوع مع الواهب ، و يبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في هذه القطع ، مما يعرض قرارهم للنقض " .

(4) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة، ج5 ، المرجع السابق، ص 130، 131.

و قد تكون هذه الشروط و الالتزامات المفروضة على الموهوب له تصب في مصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه، فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة وقت الهبة.

و قد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة. و مثال ذلك أن يهب الواهب مالا للجمعية الخيرية، و يشترط عليها أن تقوم بتشديد مستشفى أو ملجأ أو غير ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.

كما قد يكون المقابل المفروض على الموهوب له في الهبة من طرف الواهب لصالح أجنبي بأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيرادا لشخص آخر غير المتعاقدين مدى حياة هذا الشخص أي الأجنبي.

و أيًا كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل في عقد الهبة ، فإن محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، فيجب إذن أن يكون هذا المال موجودا إذا كان متعلقا بشيء معين بالذات ، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل و يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون صالحا للتعامل فيه ، و غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة . كما يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب ، فإذا تعادلت أو تقاربت قيمة المقابل مع قيمة الشيء الموهوب فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعا ، و أصبحت عقد معاوضة لا تبرعا⁽¹⁾ .

ثالثا : السبب في عقد الهبة .

تسري نظرية السبب في القانون المدني على عقد الهبة كما تسري على غيره من العقود . و يجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث لا التقليدي⁽²⁾ ، أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل ، لأنّ السبب حسب النظرية التقليدية يقصد به التبرع ، و في الهبة تكون

(1) د.كمال حمدي/ المواريث و الهبة و الوصية ، المرجع السابق، ص 166.

(2) اختلف الفقه و القضاء في تحديد معنى السبب، فنتج عن ذلك الاختلاف قيام نظريتين: نظرية تقليدية ، وأخرى حديثة =

هذه النية موجودة حتما في جانب الواهب بمجرد التراضي ، و عليه وصف هذه النية بأنها السبب في عقد الهبة لا يقدم شيئا⁽¹⁾ .

و حتى يكون عقد الهبة صحيحا، يجب أن يكون باعث الواهب على التعاقد مشروعاً و غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة⁽²⁾ ، فإذا كان الباعث الذي دفع الواهب على إبرام عقد الهبة غير مشروع ، كانت الهبة باطلة . كأن يهب شخص لآخر شيئا بشرط أن يقتل الموهوب له خصم الواهب ، أو أن يكون باعث الواهب على الهبة إقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب لها في حين أنه إذا كان الباعث هو تعويض العشيقة عن الضرر الذي لحقها جراء المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فان الهبة تنعقد صحيحة لمشروعية السبب الباعث .

هذا، و يفترض أن يكون الباعث الدافع للواهب على إبرام عقد الهبة مشروعاً، إلى أن يثبت العكس⁽³⁾ .

و قد تقترن الهبة بشرط غير مشروع، كأن يهب شخص مالا لمطلقته، و يشترط عليها عدم الزواج بغيره، فهذا الشرط يعتبر غير مشروع لمخالفته القانون و النظام العام. و عليه إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على إبرام الواهب هبته، ألغى الشرط و بطلت معه الهبة. أما إذا لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع، ألغى الشرط و صحت الهبة.

= و السبب بمقتضى النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء تعاقد، فهو إذن الدافع إلى الالتزام لا إلى العقد، ومن تم يكون سبب التزام احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر.

- أما السبب وفقا للنظرية الحديثة فمعناه الباعث الدافع ، أو الغاية البعيدة التي قصد المتعاقد الوصول إليها ، و من تم فهو يختلف باختلاف الأشخاص المتعاقدة و باختلاف العقود المراد إبرامها .

- يراجع بهذا الصدد: د.محمد بن احمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 174.

(1) لتفاصيل أكثر يراجع: المحامي موريس نخلة/ الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2001 ، ص 254 و ما بعدها .

(2) يراجع نصّ المادة 97 من ق.م .

(3) تنص المادة 98 من ق.م على ما يلي : " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك .

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

كما قد تقترن الهبة بشرط غير ممكن أي مستحيل ، كأن يهب شخص لآخر منزلا ، و يشترط عليه أن يقدم مقابلا للهبة إيرادا لشخص ثالث مدى الحياة ، فيتبين أنّ هذا الأخير متوفى قبل صدور الهبة ، حينئذ تكون الهبة صحيحة ، إذا لم يكن هذا الشرط المستحيل هو الباعث الدافع لإبرام عقد الهبة ، فإن كان كذلك ، يبطل الشرط ، و تبطل معه الهبة .

و الملاحظ أنّ العبرة في عدم مشروعية الشرط تكون من يوم صدور الهبة ، و من تمّ إذا كانت الهبة مشروعة وقت إبرام العقد ، اعتبرت صحيحة و إن أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك⁽¹⁾ .

لا يكفي لانعقاد الهبة صحيحة أن تتوافر فيها الأركان الثلاثة الأساسية من رضا ، و محل ، و سبب ، بل يستلزم القانون ركنا رابعا ، و هو ركن الشكل . و هذا ما سأتناوله في الجزء الرابع من هذا الفرع .

رابعا : الشكل في عقد الهبة.

تسري أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة ، و هذا يجزني إلى طرح تساؤل يتعلق بماهية الشكل في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالهبة ؟

بتقصي آراء المذاهب الإسلامية ، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفا رضائيا ، و لا يشترطون افراغها في شكل معين ، فالهبة سواء وردت على عقار أو منقول تنعقد بمجرد تبادل الرضا بين الواهب و الموهوب له دون الحاجة لافراغها في ورقة رسمية ، و من تمّ تخلف الشكل في عقد الهبة – بحسبهم – لا يترتب عليه البطلان⁽²⁾ ، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ، ذلك أنّ صورة الشكالية عندهم تنحصر في القبض⁽³⁾ .

(1) حمدي باشا عمر / عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 24.

(2) د.جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص18.

- يراجع أيضا: أحمد أبو الفتح/ المعاملات في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية، ج1 ، مطبعة النهضة، مصر، ص58.

(3) يراجع ما سيأتي شرحه بهذا الصدد في الصفحة 34 من هذا البحث .

و بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري ، يتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة ، إذ أنه لم يشترط شكلا معيناً ، سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول ، فلم يقض إذن ببطان الهبة إذا تخلف الشكل الرسمي فيها⁽¹⁾ ، غير أنه اشترط حيازة الشيء الموهوب من أجل تمام عقد الهبة ، فصورة الشكالية في الهبة تنحصر في القبض⁽²⁾ .

هذا ، و يسري قانون الأسرة الجزائري على الهبات المبرمة بعد تاريخ صدوره .
فما هو الموقف الذي تبناه القانون الجزائري من شكل الهبة ؟

(1) يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم : 58700 ، الصادر بتاريخ 19/02/1990، م.م.ق ، العدد الرابع، لسنة 1991 ، ص 113 و الذي جاء فيه: " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول ، و لما كان من الثابت في قضية الحال، أن الواهب وهب لزوجته قطعة ارض و أشهد على هبته ، فان القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود و الوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من ارث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون".

- و نفس الحكم تضمنه قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 47072 ، الصادر بتاريخ 14/03/1988 ، م.م.ق ، العدد الأول، سنة 1991، ص 41 ، و الذي جاء فيه أن: " ... الهبة تصح شرعا بالقول ، و كتابتها إنما هي للتوثيق فقط " .

- وذات المعنى يؤكد قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 40651 الصادر بتاريخ 24/02/1986، غ م ، أشار إليه: ديلحاج العربي في كتابه : قانون الأسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994، ص199 و الذي قضى بما يلي : " من المقرر قانونا و شرعا أن الهبة تتعقد بالايجاب و القبول ..."

(2) يراجع قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 09/04/1969، منشور بمجموعة الأحكام ، (المجموعة الأولى)، الجزء الأول، ص 195 ، و الذي جاء فيه أن: " القاعدة لصحة الهبة أن يليها فوراً تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو لهم " .

- و يراجع كذلك قرار م أ غ ق خ، الصادر بتاريخ 15/12/1971، م.م.ن.ق ، العدد الرابع ، سنة 1974، ص 64 و الذي ورد فيه: " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز".

- وكذا قرار م ع غ أ ش، ملف رقم 47072 ، الصادر بتاريخ 14/03/1988 ، م.م.ق ، العدد الأول، سنة 1991 ، ص 39، و الذي قضى بما يلي : "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ الواهب وهب أملاكه للطاعنين في سنة 1930 ووقع حيازتهم لها وقتذاك، فإنّ قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف فيه القاضي برفض دعوى المطعون ضده الرامية إلى إبطال الهبة، و من جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية".

إنّ تناول أحكام الشكل الواجب توافره في عقد الهبة في القانون الجزائري ، يقتضي مني أن أُميّز بين ما إذا كان محل الهبة عقارا أو منقولا . و من أجل ذلك ، سأناقش الشكلية في هبة العقار أولا ، ثم في هبة المنقول ثانيا .

01- شكل عقد الهبة في العقار.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري ، فإننا نجد المشرع نص في المادة 206 منه على ما يلي : " تنعقد الهبة بالايجاب و القبول ، و تتم بالحيازة ، و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات . و إذا أختل احد القيود السابقة بطلت الهبة " .

يستفاد من نصّ هذه المادة ، أنّ الهبة التي يكون محلها عقارا ، تنعقد بايجاب من الواهب ، و قبول من الموهوب له ، و تتمّ بالحيازة ، مع مراعاة أحكام التوثيق ، و من تمّ فإنّ قانون الأسرة الجزائري أحال إلى قانون التوثيق فيما يتعلق بالشكل الواجب توافره في الهبة الواردة على عقار ، و بهذا الصدد إذن ، يجب الرجوع إلى أحكام الأمر 91/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق⁽¹⁾ – و الذي كان ساري المفعول آنذاك – و الذي نصّ في المادة 12 منه على ما يلي : " زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي ، فان العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، يجب تحت طائلة البطلان ، أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق الذي حرر العقد " .

و لقد كرست المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988⁽²⁾ ما جاء في المادة 12 السالفة الذكر بتأكيدتها على وجوب افراغ عقد الهبة في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان .

(1) تم نشره في ج.ج.ج ، العدد 107 ، السنة 7 ، الصادرة بتاريخ: 1970/12/25.

(2) تم نشره في ج.ج.ج ، العدد 18 ، السنة 25 ، الصادرة بتاريخ 1988/05/04.

و الواضح من هذه المادة ، أنّ المشرع الجزائري اشترط افراغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، و بالتالي ، يجب أن تحرر الهبة التي ترد على عقار في الشكل الرسمي ، و إلا كانت باطلة⁽¹⁾.

إذن ، الهبة الواردة على عقار في ظلّ قانون الأسرة الجزائري ليست عقدا رضائيا ، و إنما عقدا شكليا ، يتعيّن افراغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا .

و لعلّ السبب الذي دفع مشرعا إلى اعتبار الهبة الواردة على عقار عقدا شكليا في ظلّ قانون الأسرة الجزائري هو أنه عقد خطير، لا يقع إلا نادرا، و لدوافع قوية ، و يترتب عنه تجريد الواهب من ماله دون مقابل ، فالواهب في أشدّ الحاجة إلى التأملّ و التدبر قبل ابرامه الهبة ، و تعينه الشكلية في ذلك ، إذ الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، و ما تستدعيه من علانية ، و ما تستلزمه من جهد و وقت ، نافعة لحماية الواهب ، و أسرته ، و لحماية الموهوب له نفسه⁽²⁾ .

هذا ، و يقصد بالشكلية وجوب افراغ عقد الهبة الوارد على عقار في الشكل الرسمي على يد موظف أو ضابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ، فيقوم بتلقي ايجاب الواهب ، و قبول الموهوب له بشأن المال الموهوب طبقا للأشكال القانونية ، و في حدود سلطته و اختصاصه⁽³⁾ .

(1) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 45371 الصادر بتاريخ 1987/04/20، غ م، أشار إليه حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات : الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 13 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة"

(2) تتجلى فائدة الشكلية بالنسبة للواهب في أنها تعطيه الوقت الكافي للتفكير و التدبر قبل إبرام عقد الهبة ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالاته التي قد تكون عارضة فقط، أما بالنسبة لأسرة الواهب فان في إجراءات الورقة الرسمية و علانيتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم ، فيبصرونه بنتائج عمله، أما بالنسبة إلى الموهوب له نفسه، فالورقة الرسمية تفيده للدفاع عن حقه إذا ما أراد الواهب الرجوع في هبته و أنكرها عليه.

(3) يراجع نصّ المادة 324 من ق.م .

و عليه يتعين على الواهب و الموهوب له أن يتقدما إلى أي مكتب توثيق⁽¹⁾ من أجل أن يقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة المراد ابرامه ، و تسجيله لدى مصلحة التسجيل⁽²⁾، و شهره بالمحافظة العقارية ، كي تنتقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له ، و الاحتجاج به تجاه الغير⁽³⁾.

على أنه ، يجب على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين ، تحت طائلة البطلان⁽⁴⁾، لأنّ الهبة – باتفاق الفقهاء- عقد احتفائي⁽⁵⁾.

و يجوز أن تنعقد الهبة الواردة على عقار بواسطة وكيل ينوب عن الواهب ، لكن لتنعقد صحيحة لابدّ من أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في عقد الهبة ، و أن تكون الوكالة خاصة⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ طبقا للمادة 6 من الأمر 91/70 الصادر في: 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق، كان اختصاص الموثقين محصورا بدائرة المحكمة التي عينوا فيها ، غير أنه بموجب المادة 2 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 أصبح اختصاص الموثق يمتد إلى كامل التراب الوطني، و هذا ما كرسته المادة 8 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

⁽²⁾ يراجع نص المادة 40 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

⁽³⁾ يراجع نص المادة 793 من ق.م و المادة 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 92، السنة 12، الصادرة بتاريخ 18/11/1975.

- لتفاصيل أكثر يراجع : مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

⁽⁴⁾ يراجع نص المادة 324 مكرر3 من ق.م الصادرة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

- و يراجع في هذا الصدد ، قرار م ع غ م ، ملف رقم 389338، الصادر بتاريخ 21/11/2007 ، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة 2008، ص 159، والذي قضى فيه بأنه : " يشترط القانون تحرير عقد الهبة ، وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين".

⁽⁵⁾ حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 15.

- علاوة بوتغرار، (المادة 324 مكرر3 بين نصيها العربي و الفرنسي) ، مجلة الموثق، العدد الثالث، سنة 2001، ص10.

⁽⁶⁾ يراجع نص المادتين 572 و 574 من ق.م .

- ولتفاصيل أكثر ، يراجع د.أكرم أمين الخولي/ العقود المدنية: الصلح و الهبة و الوكالة ، الطبعة الأولى، مطبعة النهضة، القاهرة، 1957، ص163.

و خلاصة لما تقدم ، يعتبر الشكل الرسمي في عقد الهبة الوارد على عقار ركنا ، يترتب على تخلفه بطلان الهبة بطلانا مطلقا ، لا تلحقه الإجازة⁽¹⁾ ، و بالنتيجة يبقى العقار الموهوب مملوكا للواهب ، يستطيع أن يتصرف فيه كيفما يشاء .

غير أنّ بطلان الهبة لتخلف ركن الشكل أو عيبه ، لا يمنع الواهب و الموهوب له من إعادة ابرام عقد هبة جديد ، يشترط أن يستوفي الشكل المطلوب قانونا ، وعندئذ تنعقد الهبة صحيحة ، و لكنها هبة جديدة ، غير الهبة الأولى الباطلة ، تاريخها من وقت استيفاء الشكل الصحيح لا من وقت الهبة الأولى الباطلة .

02- شكل عقد الهبة في المنقول .

انتهينا في حديثنا عن شكل الهبة في العقار ، إلى أنّ القانون الجزائري اشترط افراغ عقد الهبة في الشكل الرسمي عن طريق توثيقه ، فما هو الشكل الواجب توافره إذن في هبة المنقول في قانون الأسرة الجزائري ؟

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة المذكورة آنفا ، أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول و مراعاة الإجراءات الخاصة بالمنقولات .

يستفاد من هذه المادة ، أنه لا يشترط افراغ الهبة الواردة على منقول في الشكل الرسمي – مثلما درج العمل به في العقار – بل يكفي أن تفرغ الهبة في شكل عرفي ، مع وجوب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات ، فإذا انصبت الهبة

(1) يراجع نص المادة 206 من ق.أ و المادتين 102 و 324 مكررا من ق.م.

- و لقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار الشكل ركنا في عقد الهبة الوارد على عقار، و من أجل ذلك ، يراجع قرار م ع ، ملف رقم 103656 ، الصادر بتاريخ 1994/11/09 ، م بن ق ، العدد 51 ، ص 67 ، و الذي ورد فيه : " من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية ، يجب أن تحرر في شكل رسمي ، و إلا وقعت تحت طائلة البطلان ، و تنص المادة 206 من قانون الأسرة أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات ، لذا فان الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية " .

على سيارة أو جرّار مثلا ، وجب استخراج البطاقة الرمادية لهما باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه .

و تطبق القواعد العامة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات على الهبات التي يكون محلها شيئا منقولاً ، فإذا كان المنقول معيناً بنوعه ، لا تنتقل ملكيته إلا عن طريق افرازه و تسليمه للموهوب له⁽¹⁾ .

و الأصل في عقد الهبة الوارد على منقول انه عقد رضائي ، ينعقد بتبادل ايجاب الواهب و قبول الموهوب له ، و يتم بالحيازة إذا كان المنقول عادياً ، و باستيفاء الإجراءات الإدارية التي تطلبها القانون لنقل ملكية بعض المنقولات و الحيازة إذا كان المنقول محل الهبة ذا طبيعة خاصة⁽²⁾ .

هذا ، و يترتب على عدم مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات ، أو عيبتها بطلان الهبة بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، و بالنتيجة يبقى المنقول محل الهبة مملوكاً للواهب، يستطيع التصرف فيه كما يشاء .

(1) يراجع نص المادة 1/166 من ق.م .

(2) إن الإجراءات الخاصة التي تتطلبها عملية نقل ملكية بعض المنقولات ما هي إلا إجراءات إدارية لا تنفي صفة الرضائية على عقد الهبة، وهذا ما كرسه القضاء الجزائري ، وبهذا الصدد يراجع قرار م ع ، ملف رقم 83033 الصادر بتاريخ 1986/10/12 و الذي أشار إليه حمدي باشا عمر في كتابه : عقود التبرعات : الهبة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص19، والذي جاء فيه : "حيث إن عقد بيع سيارة هو مجرد عقد رضائي أما إجراء نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد إجراء إداري".

خامسا : الحيابة في عقد الهبة.

يقصد بالحيابة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، و لا تتمّ الحيابة بهذا المعنى إلا بتسليم المال إلى الموهوب له.

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه سبق و أن انتهينا في حديثنا عن الشكل كركن لانعقاد عقد الهبة ، أنّ الفقهاء المسلمين لم يتطلبوا لانعقاد الهبة أن تفرغ في شكل معين ، لكنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمامها ، فصورة الشكلية عندهم كانت تنحصر في القبض. فما هي مكانة القبض في عقد الهبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ؟

لقد تعددت آراء الفقهاء حول مسألة القبض في عقد الهبة ، فاعتبره البعض⁽¹⁾ شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان الهبة ، و من تم عدم انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، و اعتبره البعض⁽²⁾ شرط تمام ، لا يترتب على تخلفه بطلان الهبة ، فالهبة تنعقد صحيحة بمجرد الإيجاب و القبول ، و القبض ما هو إلا التزام من التزامات العقد ، و اتجه آخرون⁽³⁾ إلى أنّ القبض لا يعتبر شرط لزوم و لا شرط صحة لأنّ الهبة عقد لازم بمجرد انعقاده ، لا يشترط لصحته قبض الموهوب له للشيء الموهوب.

و إذا كان هذا هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية حول القبض في عقد الهبة . فما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري ، نجد المشرع نصّ صراحة في المادة 206 في فقرتها الأولى أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم بالحيابة ، و مراعاة أحكام قانون

(1) يمثل هذا الرأي الحنفية و الشافعية و الحنابلة في المكييل و الموزون .

(2) يمثل هذا الرأي المالكية .

(3) يمثل هذا الرأي الإمام احمد بن حنبل رضي الله عنه ، و أبو ثور، و الظاهرية .

- لتفاصيل أكثر يراجع: د.لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، طبع في 2005، ص733.

التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات" الأمر الذي يستفاد منه أنّ مشرعنا اعتبر الحيازة ركنا في عقد الهبة ، سواء وردت على عقار أو على منقول .

وهذا ما سأتناول تحليله بشيء من التفصيل فيما يلي :

01- الحيازة في العقار.

لقد اشترط المشرع الجزائري لتمام انعقاد الهبة الواردة على عقار توافر الحيازة و الرسمية معا ، فلا يغني أحدهما عن الآخر كأصل عام .

و تتم الحيازة في الهبة ، إما فعليا⁽¹⁾ ، و إما حكما⁽²⁾ .

فتكون الحيازة فعليا بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله⁽³⁾ ، بحيث يتمكن من حيازته على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب ، فإذا كان العقار الموهوب منزلا يسكنه الواهب ، و جب عليه أن يخليه ، و يخرج منه أثاثه و متاعه الموجود فيه ، و أن يسلم مفاتيحه إلى الموهوب له⁽⁴⁾ . و إذا كان أرضا زراعية ، و جب على الواهب اخلاؤها ، و تمكين الموهوب له من استغلالها من دون أيّ تعرض.

⁽¹⁾ يقصد بالحيازة الفعلية وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له ، بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق، و لو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، ما دام الواهب قد أعلمه بذلك، و عليه ينطوي التسليم الفعلي على عنصرين: وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الواهب ، و اعلام الواهب الموهوب له بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه .

⁽²⁾ يقصد بالحيازة الحكمية أن يكون الشيء الموهوب موجودا في حيازة الموهوب له قبل ابرام عقد الهبة ، فلا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد حتى تتم الهبة، و إنما إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الشيء الموهوب في حيازته بصفته مالكا له بالهبة .

⁽³⁾ نص المشرع الجزائري في المادة 210 من ق.أ على ما يلي : " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله .

و إذا كان قاصرا ، أو محجورا عليه، يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا " .

- لتفاصيل أكثر، يراجع د. محمد حسنين/ (عقد الهبة في التشريع الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، العدد 2، سنة 1987، ص514 .

⁽⁴⁾ قرار م ع غ أش ، ملف رقم: 25554 ، الصادر بتاريخ 1982/01/11، م ب ن ق ، عدد خاص، لسنة 1982 ، ص 225 ، و الذي قرر بأنه : " يجب نقض القرار الذي صحح عقد هبة لم تتم الحيازة فيه ، هذه الحيازة التي هي شرط تمام العقد " .

و قد تكون الحيازة حكمية ، كما إذا كان العقار الموهوب في حيازة الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة على أساس الإيجار أو العارية أو غيرها ، ثم صدرت الهبة ، فيكون الموهوب له عندئذ حائزا فعلا للعقار الموهوب وقت تمام الهبة ، و لا يحتاج إذن إلى حيازة مادية جديدة ، و إنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على بقاء العقار الموهوب له في حيازته بصفته مالكا له و ليس بصفته مستأجرا أو مستعيرا ، فتتغير نية الموهوب له في حيازته للشئ الموهوب ، و إن كانت الحيازة المادية باقية كما كانت ، أما إذا كان العقار بيد الغير ، و جب اخبار الموهوب له بالهبة ليعتبر حائزا⁽¹⁾ .

و الحيازة بهذا المعنى لا تغني عن الرسمية ، إذ لا بدّ من اجتماع الرسمية و الحيازة معا لتتمام عقد الهبة ، فانتهاء ركن الحيازة في الهبة يترتب عليه البطلان⁽²⁾ .

هذا ، و لقد أورد المشرع الجزائري استثناء في المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري مؤداه أنّ التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة حالة ما إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه ، أو كان الشئ الموهوب مشاعا⁽³⁾ .

(1) تنص المادة 207 من ق.أ على ما يلي : " إذا كان الشئ الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة، يعتبر حيازة ، و إذا كان بيد الغير ، و جب إخباره بها ليعتبر حائزا".

(2) يراجع بهذا الصدد قرار م ع ، ملف رقم: 50651 الصادر بتاريخ 1986/02/24 ، غ م ، أشار إليه حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات، المرجع السابق ، ص 9 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة ، و تأسيسا على ما تقدم ، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية " .

- يراجع أيضا قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم: 40457 الصادر بتاريخ 1986/04/21 ، م ب م ق ، العدد الثاني، لسنة 1989 ص72 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة الهبة" .

(3) قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 58700، الصادر بتاريخ 1990/02/19، م ب م ق ، العدد الرابع ، لسنة 1991 ، ص113.

و الملاحظ أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يحدّد للحيازة في عقد الهبة مدّة معينة⁽¹⁾ ،
خلافًا لما هو وارد في القواعد العامة المنظمة للحيازة في القانون المدني⁽²⁾ .

02 - الحيازة في المنقول.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 الفقرة الأولى من قانون الأسرة على وجوب
توافر ركن الحيازة و الإجراءات الخاصة في المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لانعقاد الهبة ،
فلا يغني أحدهما عن الآخر ، أما بالنسبة إلى المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع
لمثل هذه الإجراءات الخاصة ، فإنّ الهبة الواردة عليها تتمّ بالحيازة فقط عن طريق التسليم الفعلي
للشيء الموهوب من طرف الواهب إلى الموهوب له ، و هو ما يسمى بالهبة اليدوية (don manuel) .

و تتم الحيازة في هبة المنقول – مثلما هو عليه الحال في هبة العقار – عن طريق التسليم
الفعلي أو الحكمي⁽³⁾ ، و هي بهذا المعنى لا تغني عن الإجراءات الخاصة الواجبة لنقل
ملكية بعض المنقولات ، فانتفاء ركن الحيازة في مثل هذه المنقولات ، يترتب عنه بطلان
الهبة ، و اعتبارها كأن لم تكن .

غير أنّ مشرّعنا أجاز استثناء الاستغناء عن ركن الحيازة في عقد الهبة الوارد على منقول
متى كان الواهب وليّ الموهوب له ، أو زوجه ، أو إذا كان المنقول مشاعاً⁽⁴⁾ .

(1) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 121664 ، الصادر بتاريخ 1995/06/07 ، م ب م ق ، العدد الأول ، لسنة 1995 ،
ص111، و الذي قضى بما يلي : " من المقرر قانونا انه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة اعتبر حائزا
و إذ كان بيد الغير وجب إخباره بذلك . ومن تم فان قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة، و أن قضاة المجلس كانوا على
صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا باعتبار أنّ الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة...".

(2) يراجع نص المادة 827 و ما يليها من ق.م .

(3) أحيل إلى ما سبق شرحه في الحيازة في العقار، ص 35 و 36 من هذا البحث.

(4) قرار م ع ، ملف رقم 81196 ، الصادر بتاريخ 1992/02/18 ، غ م ، أشار إليه محمد بن احمد تقيّة / دراسة عن الهبة
في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 226 هـ 1، و الذي ورد فيه ما يلي:
" إن إقامة الموهوب لهم في الأملاك الموهوبة وقت الهبة و كونهم أبناء قصرا و زوجة للواهب يقوم مقام الحيازة الفعلية
زيادة عن اتخاذ سائر الإجراءات الرسمية و الإدارية المطلوبة قانونا " .

الفرع الثاني : شروط صحة عقد الهبة.

بعدما عرضت في الفرع الأول الأركان التي يجب توافرها في عقد الهبة ، سأتولى في هذا الفرع تناول شروط صحته ، و لكي تترتب على عقد الهبة آثاره ، يجب أن يكون هناك رضا صحيح ، أي صادر من ذي أهلية ، و خال من أي عيب يفسده ، يستوي في ذلك أن يكون غلطا ، أو تدليسا ، أو اكراها ، أو استغلالا .

أولا : الأهلية في عقد الهبة

يتشدد القانون الجزائري في أهلية الواهب ، و يتطلب أهلية التبرع لأنه يقوم بعمل ضار به ضررا محضا ، و يخفف من أهلية الموهوب له لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً .

فبالنسبة لأهلية الواهب ، يشترط المشرع الجزائري في المادة 203 من قانون الأسرة⁽¹⁾ أن يكون الواهب حائزا أهلية التبرع ، و ذلك بأن يكون سليم العقل أي متمتعا بكلّ قواه العقلية ، و أن يكون بالغاً سنّ الرشد القانوني أي تسع عشرة سنة كاملة ، و أن يكون غير محجور عليه لسفه⁽²⁾ أو غفلة⁽³⁾ .

و ترتبياً على ذلك ، فإنّ الهبة الصادرة عن عديم الأهلية⁽⁴⁾ و ناقصها⁽⁵⁾ تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، كونها صدرت ممن ليس أهلاً لأن يهب .

(1) تنص المادة 203 من ق.أ على ما يلي : " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغاً 19 سنة كاملة، و غير محجور عليه " .

(2) السفه مرض يحمل المصاب به على تبذير ماله في غير ما يقضي به العقل و الشرع .

(3) الغفلة نقص في الملكات النفسية تحمل الشخص على سوء التقدير ، فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدي إلى الربح و الخاسر منها، فيغيب في معاملاته غيباً فاحشاً .

(4) عديم الأهلية طبقاً للمادة 42 من ق.م هو كل شخص صغير في السن غير مميز لم يبلغ 13 سنة، أو معتوه، أو مجنون .

(5) ناقص الأهلية حسب المادة 43 من ق.م هو كل شخص بلغ سن التمييز أي 13 سنة كاملة و لم يبلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة ، أو هو كل شخص بلغ سن الرشد لكنه كان سفيهاً أو ذا غفلة .

هذا ، و تعتبر الهبة الصادرة عن الولي ، أو الوصي ، أو القيم الذي ينوب عن عديم الأهلية و ناقصها باطلّة بطلانا مطلقا ، لأنها تصنّف ضمن التصرفات الضارة ضررا محضا بالواهب ، ولأنها تخرج عن دائرة التصرفات التي يمكن استئذان القاضي بشأنها⁽¹⁾ .

كما يجب ألا يكون الواهب في مرض الموت⁽²⁾ ، و لا مصابا بمرض مخيف ، و لا متواجدا في حالة مخيفة ، كأن يكون في معركة حربية⁽³⁾ ، فإذا صدرت عنه الهبة في هذه الحالات ، اعتبرت وصية تنطبق عليها أحكامها ، طبقا لمقتضيات المادة 204 من قانون الأسرة و التي جاء نصها كالآتي : " الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية " .

و لقد استقر القضاء الجزائري على هذا الموقف ، بإقراره اعتبار الهبة الصادرة عن الواهب في مرض الموت أو الحالات المخيفة وصية⁽⁴⁾، على أن يقع عبء اثبات المرض على من يدعي ذلك⁽⁵⁾

(1) يراجع نصّ المواد 83، 88، 89 من ق.أ.ج .

(2) مرض الموت هو المرض الأخير الذي يصيب الشخص إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تميزه.

- يراجع بهذا الصدد : قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 33719، الصادر بتاريخ 1984/07/09، م ب م ق ، ع3، لسنة 1989، ص51.

(3) لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 736.

(4) قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 229397 ، الصادر بتاريخ 2002/04/24 ، م م ق، العدد الثاني، لسنة 2002 ، ص387، والقاضي بما يلي: " ان القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون" .
- و ذات المعنى يؤكد قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 256869، الصادر بتاريخ 2001/02/21، م م ق، ع2، لسنة 2002، ص428، والذي يقضي بما يلي: " تعتبر الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة. و أن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من قانون الأسرة" .

(5) قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم: 318410 ، الصادر بتاريخ 2005/06/15 ، م ب ن ق، العدد 59، ص 231، و الذي جاء فيه: " متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير و المخيف و الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور و يعتبرونه عقد وصية" .

عن طريق تقديم خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأهلية الموهوب له ، فلم يشترط المشرع الجزائري أن يكون أهلا للتبرع ، إذ يستنتج ضمنا من المادة 210 من قانون الأسرة⁽²⁾ أنه يكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز لقبول الهبة كونه يقوم بعمل نافع نفعاً محضاً .

هذا ، و لقد أجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين بشرط ولادته حيا ، فنصّ في المادة 209 من قانون الأسرة على ما يلي : " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً " ، و في هذه الحالة يتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي ، و هو الأب إذا كانت الهبة صادرة من أجنبي ، و الأم إذا كانت الهبة من الأب⁽³⁾ .

و ترتيباً على ذلك ، إذا كان الموهوب له عديم التمييز ، لم يجز له قبول الهبة بنفسه ، بل عن طريق ممثله القانوني الذي ينوب عنه (وليه أو وصيه أو القيم عليه) ، أما إذا كان ناقص الأهلية ، جاز له أن يقبل الهبة بنفسه دون اشتراط إذن وليه أو وصيه أو القيم عليه أو إذن القاضي ما دامت الهبة نافعة له نفعاً محضاً ، فان اقترنت بشروط أو التزامات بأن كانت هبة بعوض ، فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، و بالتالي تتوقف على اقرار الولي أو الوصي⁽⁴⁾ .

(1) يراجع قرار م ع غ أش، ملف رقم:273529، الصادر بتاريخ 2002/02/13، م م ق، ع2، س2003، ص289، والذي جاء فيه: " يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني (هبة) بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص و ليس بشهادة الشهود".

(2) تنص المادة 210 من ق.أ على ما يلي: " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله.

وإذا كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً "

(3) حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 27.

(4) يراجع نص المادة 83 من قانون الأسرة .

ثانيا : عيوب التراضي في عقد الهبة.

لقيام الهبة صحيحة ، يشترط أن يصدر التصرف من ذي أهلية ، و إرادة سليمة خالية من أيّ عيب ، فإذا شاب رضا الواهب أو الموهوب له عيب من عيوب الإرادة كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب ارادته العيب .

و تنحصر عيوب الرضا في عقد الهبة – كما سبق الإشارة إلى ذلك- في الغلط ، و التدليس ، و الإكراه ، و الاستغلال .

أما الغلط⁽¹⁾ الذي يعيب إرادة الواهب و يؤدي إلى إبطال الهبة ، فيجب أن يكون جوهريا⁽²⁾ ، سواء وقع في الشيء الموهوب ، كأن يهب شخص لآخر قطعة أرضية على أساس أنها زراعية ، ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء ، أو أن يقع في شخص الموهوب له ، كأن يهب الواهب لآخر معتقدا أنه محمد فإذا هو أحمد ، أو أن يقع الغلط في قيمة الشيء الموهوب ، أو في الباعث الدافع على التعاقد⁽³⁾ .

و أما التدليس⁽⁴⁾ الذي يفسد إرادة الواهب ، و يترتب عنه إبطال الهبة ، فيجب أن يتم من الموهوب له نفسه ، أو باشتراكه مع أجنبي ، و أن يكون هو الدافع إلى إبرام عقد الهبة ، كأن يكتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو علمها هذا الأخير لما اندفع إلى إبرام الهبة .

و أما الإكراه⁽⁵⁾ المعيب للإرادة في عقد الهبة ، فأكثر ما يكون عن طريق النفوذ الأدبي ، فيقع غالبا من الزوج على زوجته ، أو من الأب على ابنه ، أو من الرئيس على مرؤوسه .

(1) الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع .

- لتفاصيل أكثر ، يراجع : د. أنور سلطان/ الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص90.

(2) قرار م ع غ م ، ملف رقم 406468، الصادر بتاريخ 2008/04/23 ، م ب م ق ، 1ع ، س2008، ص 113.

(3) يراجع نص المواد 81، 82، 83، 84، 85 مدني جزائري.

(4) التدليس هو استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على التعاقد ،

- نظم المشرع الجزائري أحكامه في المادتين 86 و 87 من ق.م.

(5) الإكراه ضغط يقع على الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه على التعاقد ،

- نظم المشرع أحكامه في المادتين 88 و 89 من القانون المدني .

و أما الاستغلال⁽¹⁾ ، فيعتبر من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة ، لأنه كثيرا ما يستغل الموهوب له طيشا بيننا⁽²⁾ أو هوى جامحا⁽³⁾ في جانب الواهب ، فيعيب ارادته ، كأن تستغل فتاة شابة دلالتها على زوجها الهرم ، و تحمله بذلك على أن يهبها ماله بغية التودد اليها نظرا للهوى الجامح الذي رتبه دلال زوجته في نفسه .

(1) يعرف الاستغلال بأنه : " الاستفادة من حالة ضعف أحد المتعاقدين ، بحيث يستغل المتعاقد الآخر فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، فيختل التعادل بين التزامات المتعاقدين، و يقل ما يأخذه المغبون عما يعطيه".

(2) الطيش البين هو قصور في شخصية الفرد، يحول بينه و بين حسن تقدير الأمور، فيدفع إلى التسرع و الخفة الزائدة .

(3) الهوى الجامح هو تسليط العاطفة و الرغبة الشديدة على الشخص بما يعكس ضعف الإرادة و عجزها عن تحكيم العقل .

المبحث الثاني :

مفهوم الرجوع في عقد الهبة

إنّ تحديد مفهوم الرجوع في عقد الهبة يتطلب مني التعرض لتعريفه، و لطبيعته القانونية، ثمّ لكيفية الرجوع فيه، و لحكمه.

المطلب الأول : تعريف الرجوع في عقد الهبة و طبيعته القانونية

أعرض في هذا المطلب لتعريف الرجوع في عقد الهبة في فرع أول، ثم أحدّد الطبيعة القانونية للرجوع في فرع ثان.

الفرع الأول : تعريف الرجوع في عقد الهبة

أتناول في هذا الفرع تعريف الرجوع لغة، ثم اصطلاحاً.

أولاً : تعريف الرجوع لغة

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على عدة معان منها: الانصراف، و الرد، و العود، و الترك⁽¹⁾.

فيأتي الرجوع بمعنى الانصراف، إذ يقال : رجع ، يرجع ، رجعا ، و رجوعا إذا انصرف ، جاء في القرآن الكريم : " إنّ إلى ربّك الرجعى "⁽²⁾.

و يأتي بمعنى الرد ، إذ يقال : راجع الشيء و رجع إليه إذا ردّه .

(1) نايف محمد العجمي/ الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، تحت اشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم: قسم الشريعة الإسلامية ، سنة 1422 هـ - 2001 م ، ص 2.

(2) سورة العلق ، الآية 8.

و يأتي بمعنى العود، فيقال : رجع من السفر، و رجع عن الأمر، و رجع في الشيء أي عاد فيه ، و من هنا قيل : رجع في هبته إذا أعادها إلى ملكه .

و يأتي الرجوع أيضا بمعنى الترك ، فيقال : رجع عن الشيء أي تركه .

و الملاحظ أنّ هذه المعاني المذكورة ، و إن كانت متقاربة إلى حدّ كبير ، إلا أنني أرى أنّ الرجوع بمعنى الردّ هو الأقرب إلى المعنى المراد في هذا البحث ، إذ أنّ الرجوع عن عقده ، يعود برجوعه هذا إلى ما كانت عليه الحال قبل العقد .

ثانيا : تعريف الرجوع اصطلاحا.

إنّ هناك تعريفات فقهية لا حصر لها ، قدمت لتحديد معنى الرجوع ، أكتفي بسررد بعضها .

يعرّفه البعض بأنه : " فسخ العقد بعد تمامه "(1) ، و يعرفه البعض الآخر بأنه : " ردّ العقد القابل للإبطال لذلك ، و العودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة " (2) .

كما يعرفه آخرون بأنه : " زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانونا "(3) .

(1) جاء بهذا التعريف الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني من الحنفية في كتابه المعنون بـ : بدائع الصنائع ، أشار إليه : نايف محمد العجمي/ الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 4.

(2) هو تعريف د.فتح أكرم حمد الله تفاعحة، أشار إليه: ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير: فرع العقود و المسؤولية ، تحت إشراف الدكتورة دليلة فركوس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001-2002 م ، ص7.

(3) قال بهذا التعريف د.محمد حسام محمود لطفي في النظرية العامة للإلتزام ، أشار إليه : د.مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي في كتابه: أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 30 هـ1.

- و في نفس المعنى ، جاء د.اسماعيل عبد النبي بتعريف للرجوع في عقد الهبة أيد فيه التعريف السابق بقوله: " الرجوع هو نقض العقد القابل للإبطال لذلك بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشروط مخصوصة" . أشار إليه : جهاد سالم=

ويرى البعض أنّ الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول ، أو بالفعل بغية ارتجاعها و استردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة⁽¹⁾ .

و أرى في هذا الصدد ، أنّ التعريف الأخير هو الأقرب إلى الصواب ، ذلك أنه يشمل الرجوع بالتراضي بين الواهب و الموهوب له ، و كذا الرجوع بالتقاضي الذي يقيده الفقه و القضاء بشروط معينة .

و الرجوع في عقد الهبة يتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه ، كقول الواهب : عدت في الهبة ، أو أبطلتها ، أو رجعت فيما وهبت ، أو يتم بصور تصرف من الواهب يدل عليه كبيعه الشيء الموهوب ، أو هبته ، أو وقفه .

تناولت فيما سبق ، مفهوم الرجوع في عقد الهبة لغة و اصطلاحا ، وسأعرض في هذا الفرع للطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة

سأحاول فيما يلي أن أتعرض للتكييف القانوني للرجوع في عقد الهبة ، و ذلك من أجل معرفة نظامه القانوني ، و تمييزه عما يلتبس به من الأنظمة القانونية الأخرى .

لقد تعددت آراء الفقهاء حول مسألة تكييف الرجوع في عقد الهبة ، و انقسموا إلى عدة اتجاهات ، فمنهم من كلفه على أساس أنه فسخ ، و منهم من اعتبره إلغاء ، و رأى آخرون أنه اقالة من الهبة . و أعرض لهذه المسائل في ثلاثة أجزاء تباعا .

= جريد الشرفات/ أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه و أصوله ، تحت اشراف د. رحيل غرابيبة ، جامعة آل البيت ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، 1420هـ-1999م ، ص8.

(1) د.جمال الدين طه العاقل/ (الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني و قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، مجلة الأمن و القانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول، السنة السادسة، الإمارات العربية المتحدة، يناير 1998، ص 15.

أولاً : الرجوع في الهبة فسخ لها.

ذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار الرجوع في عقد الهبة سواء أكان بالتراضي بين الواهب و الموهوب له ، أو بالتقاضي فسخا له ، و دليلهم على ذلك ، أن الواهب يستوفي حق نفسه بالفسخ ، فإذا انفسخ العقد بالرجوع ، عاد الشيء الموهوب إلى ملك الواهب⁽¹⁾ .

و من تمّ ، فإنّ الأثر المترتب عن الرجوع و الفسخ إذا ما تقرّر واحد ، و هو اعتبار الهبة كأن لم تكن⁽²⁾ .

غير أنّ هذا الرأي تعرض إلى النقد ، على اعتبار أنّ الرجوع في عقد الهبة يختلف عن الفسخ من جوانب أهمها :

- أنّ الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، أما الهبة فغالبا ما تكون عقدا ملزما لجانب واحد ، و هو الواهب ، فلا يتصور أن تكون محلا للفسخ .

- أنّ الفسخ جزاء أساسه خطأ المدين ، و المتمثل في اخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد⁽³⁾ ، أما الرجوع فليس جزاء موقعا على الموهوب له ، و إنما هو حق قرره الشارع للواهب لاعتبارات خاصة ، و له أن يمارسه حتى لو لم يرتكب الموهوب له أدنى خطأ أو تقصير تجاه الواهب⁽⁴⁾ ، و بالتالي ، فان الغاية من الرجوع تختلف عن الغاية من الفسخ .

(1) في مدى اعتبار الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي فسخا له ، يقول الدكتور السنهوري : " إذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذرا مقبولا ، أقره عليه ، و قضى بفسخ الهبة، و إلا امتنع من اجابة طلبه ، و أبقى الهبة قائمة ، و من هنا نرى أن الرجوع بالتقاضي في الهبة هو فسخ قضائي لها بناء على طلب الواهب ، يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي، كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام".

- يراجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 186.

(2) قرار م ع غ م، ملف رقم: 257742، الصادر بتاريخ 2002/02/06 ، م ب م ق، ع1، س2003، ص193 ، و الذي يقضي بأن الحكم بفسخ العقد يترتب عنه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .

(3) تنص المادة 119 من ق.م على ما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...".

(4) يراجع ما سيتم شرحه في الصفحة 78 من هذه الرسالة .

- أن القانون يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة الفسخ القضائي ،
فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته التي تعنت عن القيام بها قبل النطق بفسخ
العقد⁽¹⁾، أو أن يرفض دعوى الفسخ ما لم يوجد اتفاق مسبق بين طرفي العقد عليه⁽²⁾، في حين
أن القاضي لا يتمتع بذات السلطة التقديرية عند الرجوع في الهبة ، حيث يجب عليه أن يحكم به
متى توافرت شروطه و انتفت موانعه .

أنه يجوز للمدين الذي لم ينفذ التزاماته التعاقدية أن يتفادى الحكم بالفسخ إذا أبدى حسن نيته ،
و قام بتنفيذ هذه الالتزامات ، بعكس الرجوع الذي لا يمكن فيه للموهوب له أن يتوقى الحكم به
في الهبة حتى لو أبدى استعداده أمام القاضي بالانفاق على الواهب ، أو تقديم مساعدة مالية له
أو غيرها ، من أجل سدّ حاجياته .

- أن حق الواهب في الرجوع يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنه مسبقا في عقد الهبة ،
و إن نصّ عليه في العقد كان عديم الأثر ، أما الفسخ فلا يتعلق بالنظام العام ، و من تمّ
يجوز للمتعاقدين الاتفاق عليه مسبقا في العقد⁽³⁾ .

- أن الحكم بفسخ العقد بسبب تعنت المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يترتب عنه انتهاء
وجوده القانوني في المستقبل ، و زوال آثاره في الماضي بأثر رجعي⁽⁴⁾ ، بالإضافة إلى حق
الدائن في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر⁽⁵⁾ ، بخلاف الحكم بالرجوع الذي يترتب عنه
استرداد الشيء الموهوب فقط دون المطالبة بالتعويض عما قد يلحقه من ضرر بسبب جحود
الموهوب له .

(1) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 212782 الصادر بتاريخ 2000/01/12 ، م ب م ق ، 1ع ، س 2001 ، ص 114 ،
والذي يقضي بأن : " قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف
الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون
قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".

(2) يراجع نصّ المادة 2/119 من ق.م .

(3) يراجع نصّ المادة 120 من ق.م .

(4) د. عبد الحي حجازي/عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1950، ص 189.

(5) يراجع نصّ المادتين 1/119 و 122 من ق.م.ج .

يتبين لنا مما تقدم ، أنّ الرجوع في الهبة و إن كان يتشابه مع الفسخ في بعض النقاط ، سيما إذا كانت الهبة بعوض ، إلا أنه لا يمكن تكييفه على أساس أنه فسخ ، و ذلك لاختلاف نظاميهما القانونيين .

و الجدير بالملاحظة، أنني لم ألمس رأيا واضحا للمشرع الجزائري فيما يخص التفرقة بين الفسخ و الرجوع في عقد الهبة .

ثانيا : الرجوع في الهبة إلغاء لها.

الإلغاء تصرف قانوني من جانب واحد ، يترتب عنه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نص القانون أو اتفاق المتعاقدين⁽¹⁾ ، و هو بذلك يشبه الرجوع في عدة نقاط أهمها :

- أنّ كلا منهما يعتبر استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

- أنّ سبب كل منهما لاحق على وجود العقد ، بحيث يفترض فيهما وجود تصرف قانوني صحيح مستكمل لكل شروط الانعقاد ، ثم يقوم أحد المتعاقدين بحل الرابطة التعاقدية دون اشتراط موافقة الطرف الآخر على ذلك .

- أن كليهما حقّ لمن تقرر له ، و من تمّ لا تترتب أية مسؤولية على ممارسته ، إلا إذا تعسف من تقرر له الرجوع أو الإلغاء في استعمال هذا الحق ، أو نصّ القانون على خلاف ذلك .

- أنّ الحق في الرجوع مثل الحق في الإلغاء ، يعتبر حقا شخصيا ينصرف استعماله لمن تقرر له قانونا دون سواه .

- أنّ كلا منهما متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز إذن التنازل عنه مسبقا .

(1) د.مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص 40.

و على الرغم من تشابه الرجوع و الإلغاء في عدة نقاط ، إلا أن هناك فارقا جوهريا بينهما يتمثل في الأثر المترتب عنهما ، ذلك أنّ الرجوع له أثر رجعي يترتب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام عقد الهبة ، أما الإلغاء فيقتصر أثره على المستقبل فقط ، أي انتهاء سريان مفعول العقد بالنسبة إلى المستقبل فقط.

و لقد عارض البعض وجود اختلاف بين الرجوع و الإلغاء ، لأنّ فكرة الأثر الرجعي التي قامت عليها التفرقة لا تقوم على أساس سليم ، كونها ترجع إلى طبيعة العقد ذاته ، لا إلى اضمحاء الوصف الشرعي أو القانوني عليه ، و إلى أنّ الإلغاء تمّ بأثر رجعي أحيانا كما في حالة عزل الموكل للوكيل ، و علم الوكيل بهذا العزل ، و تعامله رغم ذلك مع الغير حسن النية الذي لا يعلم بانتهاء عقد الوكالة ، حيث يتخلف عن الوكالة الحقيقية وكالة ظاهرة تنتج بعض آثار الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية .

غير أنّ هذا التبرير تعرض بدوره إلى النقد من بعض الفقه كونه غير سديد ، فمثال الوكالة أعلاه ليس به أيّ أثر رجعي، لأنّ تصرف الوكيل و إن أنتج بعض آثار الوكالة الحقيقية إلا أنه لا يؤسس إلى فكرة الأثر الرجعي ، بل يستند على مبدأ حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل الظاهر معتقدا أنّ الوكالة لا تزال قائمة⁽¹⁾.

نخلص مما تقدم ، أنّ الرجوع في عقد الهبة و إن تشابه مع الإلغاء في عدّة نقاط ، إلا أنه يختلف عنه ، و لا يمكن تكيفه على أساس أنه إلغاء ، و ذلك لتباين النظام القانوني لهما⁽²⁾.

(1) د.مصطفى احمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص 43.

(2) غير أنّ الملاحظ في العمل القضائي، أن القضاة أثناء فصلهم في قضايا الرجوع في الهبة المعروضة عليهم ، لا يميزون بين الإلغاء و الرجوع باعتبارهما نظامين مختلفين من الناحية النظرية ، فتارة يقضون بالرجوع في الهبة ، و أخرى بإلغاء عقد الهبة ، على أنه سواء حكم بالرجوع أو بالإلغاء ، فإنهم يقصدون معنى واحد وهو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

- يراجع في هذا الصدد: قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم 197336، الصادر بتاريخ 1998/06/16 منشور بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، لسنة 2001 ، ص 284.

ثالثا : الرجوع في الهبة اقالة منها.

يقصد بالاقالة أو التقايل لغة الرفع أو الازالة ، فيقال مثلا : أقال الله عثرتك بمعنى أزالها عنك ، و في ذلك يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم : "من أقال نادما أقال الله عثرته يوم القيامة"⁽¹⁾ ، أما التقايل اصطلاحا فهو : " اتفاق يرد على العقد بعد أن يكون قد تم تكوينه تكوينا صحيحا يهدف من ورائه إلى حلّ الرابطة التعاقدية "⁽²⁾.

و التقايل بهذا المعنى ، يعتبر سببا من أسباب انحلال العقد ، تمّ بايجاب و قبول صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي⁽³⁾ ، فقد يريد أحد المتعاقدين الرجوع في العقد ، لكن ذلك لا يسوغ له بارادته المنفردة إذا كان العقد المراد إنهاؤه عقدا صحيحا لازما ، فيلجأ إلى المتعاقد الآخر ليتفق معه على نقض العقد و انهائه ، فإذا قبل المتعاقد الآخر ذلك تمت الاقالة ، و اعتبر العقد المبرم بينهما كأن لم يكن .

و الأصل أنّ التقايل لا يكون له أثر رجعي ، فيقتصر على المستقبل فقط - دون المساس بحقوق الغير حسن النية - ما لم يتفق المتعاقدان على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد⁽⁴⁾ .

و لما كان التقايل - بوجه عام - عبارة عن اتفاق المتعاقدين على حلّ الرابطة التعاقدية ، فانه يشبه من هذه الزاوية الرجوع في الهبة بالتراضي ، إذ يذهب أغلب الفقهاء و شراح القانون إلى اعتبار الرجوع بالتراضي في عقد الهبة بين الواهب و الموهوب له اقالة منه⁽⁵⁾ .

(1) رواه ابن ماجه و ابن داود .

(2) د. بلعور عبد الكريم/ نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص125.

(3) و ذلك استنادا إلى نص المادة 106 مدني جزائري التي اعتبرت العقد شريعة المتعاقدين و تطلبت لنقضه أو تعديله ضرورة اتفاق طرفيه على ذلك.

(4) د. جبار محمد/ نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، تحت اشراف الدكتور علي علي سليمان، جامعة بن عكنون- الجزائر، 1977-1978، ص 115 و 116.

(5) يقول في هذا الشأن الدكتور محمد حسنين: " و غني عن البيان ، أن التراضي على الرجوع في الهبة هو اقالة منها، فشأنها شأن الإقالة من أيّ عقد آخر أي أن حكمها هو الجواز " ، و يقول الدكتور السنهوري كذلك: " ويقرب من الاقالة =

و نرى في هذا الصدد ، أن الرجوع في الهبة و إن كان يتفق مع الاقالة حال حصوله بالتراضي لان كليهما دلّ على رفع حكم العقد ، و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ابرام عقد الهبة ، إلا انه يختلف عنها حال وقوع الرجوع بالتقاضي الذي يحصل مع انعدام رضا الموهوب له .

بعد أن تناولت بالبحث تعريف الرجوع في عقد الهبة ، و طبيعته القانونية في المطلب الأول ، سأعرض في هذا المطلب لكيفية الرجوع في عقد الهبة و حكمه .

المطلب الثاني : كيفية الرجوع في عقد الهبة و حكم الرجوع فيه

سأبحث في هذا المطلب الطرق التي يمكن للواهب أن يسلكها من أجل الرجوع في عقد الهبة في فرع أول، ثم أبين حكم هذا الرجوع في فرع ثان.

الفرع الأول : كيفية الرجوع في عقد الهبة.

الرجوع في الهبة حقّ شخصي مقرر للواهب⁽¹⁾، و من تمّ يثور التساؤل عن كيفية ممارسة هذا الحق من طرف الواهب ؟

يرى الفقهاء و معظم التشريعات العربية أنّ الرجوع في عقد الهبة يتم بإحدى الطريقتين: إما بالتراضي بحيث يتفق الطرفان على إنهاء عقد الهبة المبرم بينهما و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد و دون اللجوء إلى القضاء، أو بالتقاضي. و أعرض لهذه المسائل تباعا .

= الرجوع في الهبة ، فانه يجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا قبل الموهوب له ذلك ، فان تم الرجوع بالتراضي فهذه اقالة من الهبة " .

- يراجع د. محمد حسنين/عقد الهبة في التشريع الجزائري)، المرجع السابق، ص 513.

- و يراجع كذلك: د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص244 و ما بعدها .

(1) قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم: 367996، الصادر بتاريخ 2006/06/14 ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، ع 1، س 2007، ص 479 ، و الذي أكد بأن حق الرجوع في الهبة حق شخصي مقرر للأبوين فقط ، فلا ينتقل لورثتهما بالميراث و من تم لا يجوز للورثة بعد وفاة الواهب ممارسة هذا الحق.

أولاً : الرجوع في عقد الهبة بالتراضي .

الهبة عقد كسائر العقود ، يجوز لطرفيه الاتفاق على الرجوع فيه ، و بالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فإن تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع اعتبر ذلك الاتفاق اقالة من الهبة ، تتم بإيجاب و قبول جديدين كما سبق بيانه في حديثنا عن الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة⁽¹⁾ . فقد يندم الواهب على هبته لأي سبب من الأسباب ، و قد يكون مخطئاً في هبته ، و يريد الرجوع فيها ، و من أجل ذلك يرجع إلى الموهوب له ليتراضى معه على الرجوع ، فإن قبل هذا الأخير طلب الرجوع ، فكأنما أقاله من خطئه⁽²⁾ .

و يشترط لصحة الرجوع في الهبة بالتراضي أن يتم بإيجاب و قبول متطابقين صادرين عن متعاقدين يتمتعان بأهلية التصرف ، و أن تكون ارادتهما سليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

على أنه يجوز أن تتم الاقالة بالارادة المنفردة لأحد المتعاقدين متى اتفقا على ذلك مسبقاً في عقد الهبة .

غير أنّ مشكلة هامة تثور في هذا الصدد ، تتمثل فيما إذا يجب أن تشترط الرسمية في الرجوع عن الهبة بالتراضي كما تشترط في عقد الهبة ذاته ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، انقسم الفقه إلى رأيين ، فذهب الرأي الأول إلى عدم اشتراط الرسمية في الرجوع عن الهبة كونه عقدا رضائياً ، في حين ذهب الرأي الثاني إلى القول بأن الرجوع في الهبة بالتراضي يجب أن يتم بنفس الشكل الذي انعقدت به الهبة ، أي انه يجب افراغه في الشكل الرسمي⁽³⁾ .

(1) يراجع ما سبق شرحه في صفحة 46 من هذا البحث.

(2) د.جمال الدين طه العاقل/ (الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، المرجع السابق، 30.

(3) د.مصطفى احمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص24، 25.

وأرى تماشياً مع ما أخذ به أنصار الاتجاه الثاني ، و ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري ، أنه يجب أن يتم الرجوع في عقد الهبة في الشكل الرسمي⁽¹⁾ ، ذلك أن اشتراط الرسمية فيه ، يمكن أسرة الواهب و الموهوب له و الغير من العلم بالرجوع ، و بأن الشيء الموهوب قد عاد إلى ملك الواهب مرة أخرى ، و بالتالي التصرف على هذا الأساس.

فإذا كان الموهوب عقاراً مثلاً ، تعين على الواهب و الموهوب له - في حالة التراضي بينهما على الرجوع في الهبة المبرمة بينهما - الانتقال إلى مكتب التوثيق للتصريح عن رغبتهما في إعادة الأحوال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، و ذلك حتى تنتقل ملكية العقار من جديد إلى الواهب ، مع تسجيل و شهر ارادتهما في المحافظة العقارية .

و بناء عليه ، إذا اكتفى الواهب و الموهوب له بالرجوع بالتراضي بينهما شفاهة أو في ورقة عرفية ، دون افراغ ذلك الرجوع في عقد رسمي مثبت له ، لا يكون للرجوع عندئذ أي أثر قانوني ، و بالنتيجة يبقى الموهوب له مالكا للعقار محل عقد الهبة قانونا ، فيجوز لدائنيه - إن وجدوا- توقيع الحجز عليه في حالة تقاعس الموهوب له عن سداد ديونه و ذلك من أجل استيفاء حقوقهم ، كما يدخل هذا العقار في تركة الموهوب له و ينتقل إلى ورثته بمجرد وفاته⁽²⁾ .

و يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي انحلال العقد و اعتباره كأن لم يكن ، فيسترجع الواهب الشيء الموهوب ، و يسترد الموهوب له العوض الذي دفعه إلى الواهب إذا كانت الهبة التي تم الرجوع فيها بعوض.

(1) يراجع قرار م ع غ أش و مو ، ملف رقم: 249828، الصادر بتاريخ 2000/10/17، غير منشور.

(2) و الملاحظ هنا أنه لا يجوز لورثة الواهب طلب الرجوع في الهبة التي أبرمها مورثهم بدعوى أن هذا الأخير قد تراضى مع الموهوب له في الرجوع قبل وفاته ، لكنه لم يثبت هذا الرجوع في شكل رسمي ، فإذا رفعوا الدعوى ، فإنه لا يمكن للفضاء الاستجابة لطلبهم لان الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب ، و لا ينتقل إلى ورثته بالميراث اللهم إلا إذا تعلق الأمر باختلال شرط من شروط صحة الهبة أو ركن من أركانها ، و في هذه الحالة ، نكون أمام إبطال الهبة ، و ليس الرجوع فيها ، و بين الحكمين آثار قانونية مختلفة.

- يراجع مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 131.

و تجدر الإشارة ، إلى أنّ الرجوع في الهبة بالتراضي بين الواهب و الموهوب له يتم في جميع الحالات ، سواء كان للواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يكن ، و سواء وجد مانع من الرجوع في الهبة أو لم يوجد .

هذا ، و إنّ المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتراضي بين المتعاقدين ، غير أنّ هذا الإغفال لا يمنع من أعمال القواعد العامة في العقود بوجه عام، و التي تجيز لطرفي العقد نقضه و انهاءه بالاتفاق طبقا للمادة 106 مدني جزائري، و التي جاء فيها: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

فإذا قبل الموهوب له ارجاع ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب ، تعيّن عليه إعادة المال المنقول إلى هذا الأخير ليضع حينئذ حدا لعقد الهبة المبرم بينهما ، بدعوى أن الهبة تتعقد بالايجاب و القبول ، و تتم بالحيازة .

أما إذا تعلق الأمر بعقار، تعيّن على الأبوين مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا و المتعلقة بالشهر العقاري حتى يتم إعادة نقل الملكية العقارية الموهوبة من الموهوب له إليهما. فإذا لم يتبعا هذه الإجراءات - مثلما سبق بيانه- بقي ولدهما متمتعا بمركزه القانوني كموهوب له فيبقى مالكا للعقار الموهوب ، و من تمّ يجوز له أن يتصرف فيه كيفما يشاء عن طريق بيعه، أو هبته، أو رهنه، و نحوها.

و نخلص مما سبق ، أنّ الرجوع في الهبة بالتراضي لا يكفي لقيامه مجرد الادعاء الشفوي بوجوده، أو مجرد تقديم ورقة مكتوبة عرفية تفيد ذلك، و إنما يقتضي الأمر ا فراغ إرادة كل من الواهب و الموهوب له في قالب رسمي، و وجوب اخضاعها للشهر العقاري، حتى يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد استنادا إلى القواعد القانونية العامة المقررة في هذا المجال .

ثانيا : الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي .

إنّ ما استقرت عليه غالبية الفقه و التشريعات العربية ، هو جواز لجوء الواهب إلى القضاء للمطالبة بالرجوع في عقد الهبة المبرم بينه و بين الموهوب له ، من أجل استصدار حكم قضائي يخوله استرجاع الشيء الموهوب من الموهوب له متى رفض هذا الأخير الرجوع عن الهبة بالتراضي .

غير أنّ حقّ الواهب في الرجوع في الهبة بالتقاضي يرد عليه بعض القيود :

- أنه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بغير التراضي مع الموهوب له ، إذا كانت الهبة لازمة⁽¹⁾ ، بأن قام فيها مانع من موانع الرجوع في الهبة .

- أنه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بارادته المنفردة ، و بغير التراضي مع الموهوب له ما لم يكن له عذر مبرر مقبول قضاء يجيز له الرجوع ، حتى و إن كانت الهبة التي يريد الرجوع فيها غير لازمة⁽²⁾ ، و لا يقوم فيها أيّ مانع من موانع الرجوع .

- أنه لا يترك للواهب وحده تقدير العذر المقبول للرجوع في الهبة ، بل يجب أن يراقبه فيه القضاء ، فإذا رأى القاضي أنّ العذر الذي قدمه الواهب للرجوع في هبته مقبولا أقره عليه و قضى بانتهاء الهبة ، و إلا امتنع من إجابة طلبه ، و أبقى الهبة قائمة⁽³⁾ .

(1) العقد اللازم هبة أو غيره ، هو العقد الذي لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد عاقيه، دون توقف على إرادة الطرف الثاني.

(2) العقد غير اللازم هو ذلك العقد الذي يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد عاقيه ، بمعنى أن له أن يستبد بانتهائه بارادته المنفردة .

(3) بسبب هذا القيد، ذهب البعض إلى اعتبار الرجوع في الهبة بالتقاضي فسحا قضائيا لها ، يسوغه عذر مقبول متروك لتقدير القاضي، و لقد أيدهم في ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية بالإجماع بينهم .

- يراجع د.عبد الرزاق احمد السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي تقع على الملكية: الهبة، ج5، المرجع السابق، ص 185.

- و يراجع كذلك: د.بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 247.

هذا ، و لقد نصت معظم التشريعات العربية على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي في قوانينها⁽¹⁾، و خولت الواهب ممارسة هذا الحق إذا رفض الموهوب له الرجوع بالتراضي شريطة أن يستند في ذلك إلى عذر مقبول، و ألا يوجد مانع من موانع الرجوع، على أنّ السبب في إدراج هذين الشرطين، هو منع الواهب من التعسف في استعمال حقه في الرجوع من أجل إلحاق الضرر بالموهوب له.

و ترفع دعوى الرجوع من الواهب، أو ممن يمثله قانونا، ضد الموهوب له، عن طريق اتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي أمام القضاء⁽²⁾.

و إذا استصدر الواهب حكما قضائيا يقضي بالرجوع في هبته، فإن هذا الحكم يجب إخضاعه إلى الإشهار العقاري، و التأشير به على هامش البطاقة العقارية المعدّة للعقار الموهوب حتى يكون له أثر فيما بين المتعاقدين ، و يكون حجة على الغير⁽³⁾.

و جدير بالملاحظة في هذا الصدد، أنّ المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي صراحة في قانون الأسرة، إلا أن ذلك يستفاد ضمنا من نصّ المادة 211 منه التي تخوّل للأبوين ممارسة هذا الحق استثناء بشروط مخصوصة، مثلما سأتولى شرح ذلك تفصيلا في هذا البحث⁽⁴⁾.

(1) ينص المشرع المصري في المادة 2/500 مدني على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي بقوله: " فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز له أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند إلى عذر مقبول، و لم يوجد مانع من الرجوع" و تقابل هذه المادة في التشريعات العربية المواد: 2/468 مدني سوري، 489 مدني ليبي، 2/576 مدني أردني، 422 مدني سوداني، 2/620 مدني عراقي ، 2/537 مدني كويتي، 646/ب معاملات مدنية إماراتي.

(2) يراجع نص المادة 14 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، و الذي تم نشره في ج ر ج ، ع 21 ، س 45 ، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

(3) يراجع نص المواد 15 و 16 من الأمر رقم : 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و يراجع أيضا نص المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

(4) راجع صفحة 68 من هذه الرسالة .

غير أنه بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري ، يتبين لنا أنه لم يستقر على اتجاه معين - حول الطريقة التي يجب على الواهب أن يسلكها لممارسة حقه في الرجوع إذا ما أراد ذلك - إلى حين صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ: 2009/02/23 ، ففي القرار الصادر مثلا عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/10/17⁽¹⁾ قضى القضاة بصحة الرجوع الذي تمّ عن طريق عقد توثيقي ، مشيرين في ذلك إلى أنّ المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما ، فالتراجع في الهبة بعقد توثيقي كاف لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي .

و ترتيبا على ذلك ، يمكن القول بأن القضاء الجزائري - في القضية المذكورة - أجاز للوالد الواهب ممارسة حقه في الرجوع فيما وهب لولده بأيّة طريقة يراها دونما تقييده بكيفية معينة للرجوع .

غير أننا نلاحظ أنّ القضاء الجزائري سلك منحى مخالف في قرار لاحق له صدر عنه بتاريخ 2005/04/13⁽²⁾ قضى فيه بما يلي : " التراجع عن عقد الهبة الرسمي أمام الموثق و ليس أمام القضاء خرق لأحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني و القانون التجاري و قانون التوثيق " .

إنّ ، يبدو لنا جليا أنّ قضاة المحكمة العليا بقضائهم هذا تراجعوا عن قضائهم السابق حين قرروا بأنّ الرجوع في الهبة لا يكون إلا أمام الجهة القضائية المختصة ، و أنّ العقد التوثيقي المثبت للرجوع في الهبة لا أثر له .

(1) قرار م ع غ أ ش و مو ، ملف رقم : 249828 ، الصادر بتاريخ 2000/10/17 ، غير منشور ، أشرت إليه سابقا في ص 53 من هذا البحث .

- و نفس المعنى تضمنه قرار م ع غ أ ش و مو ، ملف رقم: 169391 ، الصادر بتاريخ 1997/09/30 ، م ب الاج ق ل غ أ ش ، عدد خاص ، س 2001 ، ص 274 ، و الذي جاء فيه أنّ التراجع في الهبة يجوز أمام الموثق و ليس أمام القضاة فقط .

(2) قرار م ع غ ت ب ، ملف رقم: 342915 ، الصادر بتاريخ 2005/04/13 ، م ب م ع م ، ع ، 1ع ، س 2005 ، ص 179 .

و أمام هذا التباين بين الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا حول كيفية رجوع الوالد الواهب في هبته لولده ، صدر قرار عن المحكمة العليا في غرفه المجتمعة بتاريخ 2009/02/23⁽¹⁾ كرّس ما جاء به القرار الأول الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بحيث أطلق حقّ الواهب في الرجوع و ترك له أن يختار الطريقة التي يراها هو في الرجوع في هبته ، سواء تمّ الرجوع عن طريق اللجوء إلى الموثق الذي يحرر عقدا توثيقيا يفيد الرجوع ، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي بالرجوع على أساس أنّ المادة 211 من قانون الأسرة تضمنت أحكاما عامة ، دونما تحديد الإجراء الواجب اتباعه من جانب الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في هبته لولده ، و يكفي لصحة هذا الرجوع - باعتباره من الأعمال الإرادية - مراعاة الشكل الذي تملّيه طبيعة المال الموهوب.

و خلاصة ما تقدم ، أنّ القضاء الجزائري كرّس للواهب حق الرجوع في الهبة إما عن طريق القضاء ، أو عن طريق عقد توثيقي ، و يبقى للموهوب له في هذه الحالة الأخيرة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطال عقد الرجوع في الهبة حال قيام أحد الموانع المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 المشار إليها أعلاه.

الفرع الثاني : حكم الرجوع في عقد الهبة.

لقد اختلفت آراء الفقهاء و التشريعات الوضعية حول مسألة الرجوع في عقد الهبة ، بين مجيز لهذا التصرف و مانع له ، و لكلّ مبرراته و أسانيده .

و سأعرض لموقف الفقه الإسلامي من الرجوع في عقد الهبة أولا ، و أبين موقف التشريعات الوضعية حول هذه المسألة ثانيا .

(1) قرار م ع غ مج ، ملف رقم: 444499، الصادر بتاريخ 2009/02/23، م ب م م ع ، ع ، 1، س 2009، ص 107.

أولاً : حكم الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي .

لبيان حكم الرجوع في عقد الهبة عند الفقهاء المسلمين ، لابد من التفرقة بين حالتين :
الأولى حكم الرجوع قبل القبض ، و الثانية حكم الرجوع بعد القبض .

01- حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض .

انطلاقاً من اختلاف الفقهاء حول شرط القبض هل هو شرط صحة أم شرط تمام⁽¹⁾ ،
اختلفوا تبعاً لذلك حول جواز الرجوع في الهبة قبل القبض ، فمنهم من أجازها ، و منهم من
لم يجزها ، و هذا ما سأحاول تناوله تباعاً .

الاتجاه الأول : جواز الرجوع في الهبة قبل القبض⁽²⁾ .

إن الهبة قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد جائز أي غير لازم ، يجوز للواهب أن يرجع فيه ،
ولا يمكن للموهوب له أن يجبره على تسليمه الشيء الموهوب ، لان ملك الشيء الموهوب
لا ينتقل إلى الموهوب له إلا بعد القبض التام المستوفي لجميع شروطه .

و يعتبر رجوع الواهب في هذه الحالة توقفاً منه عن المضي في اتمام عقد الهبة .

و دلائل جمهور الفقهاء المسلمين في ذلك :

- أن الشيء الموهوب قبل القبض لا يزال مملوكاً للواهب ، و أنّ رجوعه هو رجوع
عن تمليك شيء لا يزال على ملكه ، فجاز له ذلك ، لأنه محسن و ما على المحسنين من سبيل
مصدقاً لقوله سبحانه و تعالى : " ما على المحسنين من سبيل "⁽³⁾ .

⁽¹⁾ فمن قال أن القبض شرط صحة ، قال: إذا لم يتم القبض لم يلزم العقد، و بالتالي يجوز للواهب الرجوع في الهبة .
و من قال أنه شرط تمام ، قال: يلزم العقد ، و يجبر الواهب على الإقباض، و ليس له الرجوع عنه .

- يراجع ما سبق شرحه في هذا البحث، ص34.

⁽²⁾ يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من حنفية و شافعية و حنابلة في الراجح عندهم ، و هو الاتجاه الذي سار عليه أكثر
أهل العلم.

⁽³⁾ سورة التوبة ، الآية 91.

- ما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه قال لأُم سلمة رضي الله عنها :
" إني أهديت إلى النجاشي أواقا من مسك و حلّة ، و إني لأراه إلا قد مات ، و لا أرى الهدية
التي قد أهديت إليه إلا و ستردّ ، فإذا ردّت إليّ ، فهي لك ، أم لكم ، فكان ذلك كما قال ،
هلك النجاشي ، فلما ردت إليه الهدية أعطى كلّ امرأة من نسائه أوقية مسك ، و أعطى سائره
أم سلمة و أعطاهما الحلّة "(1).

- و ما رواه عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " إنّ أبا بكر الصديق
رضي الله عنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة ، قال : و الله
يا بنيّة ما من الناس أحبّ إليّ بعدي منك ، و لا أعزّ عليّ فقرا بعدي منك . و إنّني كنت نحلّتك
جداد عشرين وسقا ، فلو كنت جددته و حزته كان لك ، و إنما هو اليوم مال وارث ، و إنما هو
أخواك و أختاك ، فاقتموه على كتاب الله "(2).

فهذه الأقوال عن النبيّ صلى الله عليه وسلم و عن الصحابة رضوان الله عليهم ، تفيد
صراحة جواز الرجوع في الهبة قبل قبضها من جانب الموهوب له .

الاتجاه الثاني : عدم جواز الرجوع في الهبة قبل القبض(3).

إنّ الهبة قبل القبض عند أنصار هذا الاتجاه عقد لازم بمجرد إبرام العقد ، أي تطابق
الإيجاب و القبول بين الواهب و الموهوب له ، و من تمّ يجب على الواهب أن يسلم الشيء
الموهوب إلى الموهوب له بمجرد إبرام عقد الهبة ، فان لم يفعل ، جاز للموهوب له إجباره على التسليم
أو قبض الشيء الموهوب بغير إذن الواهب ، لان ملكية الشيء الموهوب تكون قد انتقلت اليه
بمجرد العقد ، و دليلهم في ذلك :

(1) أخرجه الحاكم و البيهقي .

(2) أخرجه البيهقي و الإمام مالك في الموطأ .

(3) و هو قول المالكية و الظاهرية و رواية للحنابلة .

- قوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "(1)، فالآية الكريمة جاءت عامة في وجوب الوفاء بالعقود ، و لا خلاف أن الهبة عقد من العقود ، لذلك يلزم الوفاء به بمجرد صدور القبول موافقا للإيجاب دون توقف على القبض .

- قوله صلى الله عليه وسلم : " العائد في هبته كالعائد في قبئه "(2)، إذ أن الحديث النبوي الشريف جاء عاما في عدم جواز الرجوع في الهبة ، تمّ قبض الشيء الموهوب أو لم يتم .

- قياس الهبة على عقد البيع بدعوى أن كليهما تمليك حال الحياة ، فكما يلزم البيع بالعقد ، فكذلك الهبة ، تلزم بالعقد دون اشتراط القبض .

هذا ، و إنني أميل إلى ما قرره أنصار الاتجاه الثاني القائلين بعدم جواز الرجوع في الهبة ، و ذلك لقوة أدلتهم ووجاهتها .

02- حكم الرجوع في عقد الهبة بعد القبض.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الواهب في هبته بعد القبض ، فمنهم من أجازة ، و منهم من منعه ، و هذا ما سأحاول شرحه بشيء من التفصيل .

الاتجاه الأول : عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض(3).

إنّ الهبة بعد القبض عند جمهور الفقهاء عقد لازم لا يجوز للواهب أن يرجع فيه إلا استثناء في حالة هبة الوالد لولده(4)، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، و دليلهم على ذلك :

(1) سورة المائدة ، الآية 1 .

(2) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه و الإمام البخاري في صحيحه .

(3) و هو قول جمهور الفقهاء من المالكية، و الشافعية، و الحنابلة، و الظاهرية .

على أنه تجدر الإشارة بهذا الصدد، أنّ الظاهرية منعوا الرجوع مطلقا، فلم يجيزوا رجوع الواهب في هبته حتى و إن كانت الهبة من الوالد لولده .

(4) يرى الشافعية أنه بالإضافة إلى جواز رجوع الوالد فيما وهب لولده، يجوز الرجوع لسائر الأصول على المشهور عندهم .

- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
" العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه "(1)، ففي هذا الحديث دلالة على تحريم الرجوع
في الهبة .

- ما روي عن ابن عمر و ابن عباس رضي الله عنهما أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم
قال : " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده "(2) ففي الحديث
دلالة على تحريم الرجوع في الهبة ، باستثناء هبة الوالد لولده .

- أنّ الرجوع ضدّ التملك ، و العقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف هبة الوالد لولده ،
لأنه في هذه الحالة لم يتم التملك حقيقة كون الابن جزء للأب مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم :
" أنت و مالك لأبيك " .

و أما وجه الدلالة على جواز رجوع الوالد في هبته لولده ، فمرده إلى :

- أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نصّ على ذلك صراحة في الحديث النبوي المتقدم ذكره أعلاه .

- أنّ الأب لا يتهم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة يراها ، أو من أجل إصلاح
ولده الموهوب له .

- ما روي عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنّ أباه أتى به إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ،
فقال : " إنّي نحلّت ابني هذا غلاما ، فقال : أكلّ ولدك نحلّت مثله ، قال : لا ، قال : فأرجعه "(3) .
ففي هذا الحديث أمر من الرسول الله صلى الله عليه وسلم إلى البشير بالرجوع في عطيته لابنه ،
و الأمر بالفعل مفاده الجواز(4) .

(1) رواه البخاري و مسلم .

(2) رواه البخاري في صحيحه .

(3) رواه البخاري في صحيحه .

(4) د.حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، 2004، ص 78 و 238

و تجدر الإشارة إلى أنّ جمهور الفقهاء و إن اتفقوا على جواز رجوع الأب فيما وهب لولده ، إلا أنهم اختلفوا حول حكم رجوع الأم و الجد في هبتها . و أعرض ذلك فيما يلي :

أ. حكم رجوع الأم في هبتها لولدها.

إذا وهبت الأمّ لولدها هبة ، ثم أرادت أن ترجع فيها . فهل تملك ذلك ؟ و هل يثبت لها ما ثبت للوالد من حق الرجوع في هبته لولده ؟ أم أنها تمنع من الرجوع و تبقى العين الموهوبة في ملك ولدها ؟

انقسم الفقه في هذه المسألة ، فذهب جانب منه إلى أنه يجوز للأمّ الرجوع في هبتها لولدها⁽¹⁾ ، و سندهم في ذلك أنّ لفظ الوالد المذكور في الحديث أعلاه يشمل الأم كما يشمل الأب ، و من تم متى جاز للأب الرجوع في الهبة ، وجب أن يكون الحكم كذلك بالنسبة للأم لعدم وجود الفارق بين الأبوين ، بينما يذهب البعض الآخر إلى عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها⁽²⁾ ، و دليلهم على ذلك أن الهبة لذي رحم محرم لا رجوع فيها ، و أنّ اجازة رجوع الأب في الهبة دون الأم سائغ ، فالأب يختلف عن الأم في بعض الأحكام لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، و ولده من كسبه " ⁽³⁾ ، فلم يذكر الحديث الأم على الرغم أن ولدها من كسبها ، فدلّ هذا على التفريق بينهما في الحكم ، و عليه لا يجوز للأم أن تعتصر هبتها لولدها⁽⁴⁾ .

(1) و هو قول المالكية إن كان للموهوب له أب أو كان كبيرا وإن لم يكن له أب ، و المشهور عند الشافعية ، و قول للحنابلة، و قول الظاهرية.

(2) و هو قول الحنفية ، و قول عند المالكية، و قول عند الشافعية، و المنصوص في مذهب الإمام احمد بن حنبل .

(3) أخرجه أبو داود في سننه .

(4) يطلق المالكية على الرجوع في الهبة لفظ " الاعتصار " ، إلا أنهم لا يخصوه به .

- لتفاصيل أكثر، يراجع أنس عبد الواحد صالح الجابر/ أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و أصوله، تحت إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحيى ، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا ، نيسان 2007، ص 250.

ب. حكم رجوع الجدّ و الجدّة في هبتهما لولد ولدهما.

اختلف الفقهاء في هبة الجد و الجدة لولد الولد ، فقررّ البعض منهم جواز رجوعهما عن الهبة⁽¹⁾، لأنّ لفظ الوالد المذكور في الحديث النبوي السالف الذكر عام و يشمل سائر الأصول، و طالما يجوز للأب الرجوع في هبته، فإنه يجوز كذلك للجدين، في حين ذهب فريق آخر إلى عدم جواز رجوع الجدّين في الهبة لولد الولد⁽²⁾، و حجتهم في ذلك أنّ الجدّ لا يلزمه النفقة على ولد الولد، و من تمّ لا يجوز له أن يرجع فيما وهبه له قياساً على العمّ، و تأخذ الجدّة حكم الجدّ.

بعد أن تطرقت إلى الاتجاه القائل بعدم جواز رجوع الواهب في هبته بعد القبض، و حججه، سوف أتعرض إلى الاتجاه الثاني .

الاتجاه الثاني : جواز الرجوع في الهبة بعد القبض⁽³⁾.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الهبة بعد القبض عقد جائز في الأصل ، يجوز للواهب أن يرجع فيه ، إلا إذا وجد مانع من الموانع⁽⁴⁾ .

و قد استدل أنصار هذا الرأي في ذلك على الأدلة التالية :

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه و سلم قال :
" الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها "⁽⁵⁾، فوجه الدلالة من هذا الحديث أنه نص على جواز رجوع الواهب في هبته ما دام لم يثب منها أي لم يعوض .

(1) و هو قول الشافعية في المشهور عندهم، و الظاهرية، و قول عند المالكية، و قول عند الحنابلة.

(2) و هو قول المالكية في المشهور عندهم ، و الحنابلة على الصحيح من المذهب، و الشافعية في غير المشهور .

(3) و هو قول الحنفية و الزيدية .

(4) حصر الحنفية موانع الرجوع في الهبة في سبعة موانع ، جمعتها عبارة " دمع خزقة" .

- يراجع ما سيتم شرحه في الصفحة 91 و ما يليها من هذا البحث.

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه ، و الدار قطني، و البيهقي في السنن الكبرى .

- ما روي عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها"⁽¹⁾ ، فدلّ هذا الحديث على أحقية الواهب في الرجوع في هبته ما لم تصدر لذي رحم محرم .

- ما روي بالاجماع عن عدد من الصحابة⁽²⁾ رضوان الله عليهم بثبوت حق الرجوع في الهبة ، و لم ينقل عن غيرهم خلاف .

- أنّ الهبة عطاء بغير مقابل ، و من تم فان الموهوب له لا يتضرر من رجوع الواهب عنها .

- أنّ الواهب إنما قصد من هبته غرضا معيناً ، فقد يهب لنيل الثواب من الله سبحانه و تعالى ، و قد يهب لتحقيق غرض دنيوي أو لأجل صلة الرحم و غيرها ، فان طلب الرجوع ، دلّ ذلك على أن الغرض من هبته لم يتحقق ، فجاز له أن يرجع .

على أنه و إن كان الرجوع في الهبة عند الأحناف جائزا ، إلا أنه يعتبر فعلا قبيحا و منافيا لشيم المروءة و مكارم الأخلاق ، كما أنّ فيه تغريرا بالموهوب له ، و نقضا لالتزام الواهب ، و من تم يكره له الرجوع⁽³⁾ .

و خلاصة لما تقدم حول حكم الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي ، أقول أنّ الهبة عند الحنفية و الزيدية عقد غير لازم ، يجوز الرجوع فيه مطلقا ، اللهم إلا إذا وجد مانع من الموانع ، أما عند جمهور الفقهاء ، فالهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه باستثناء هبة الوالد لولده التي تجيز للوالد ممارسة حقه في الرجوع قبل القبض عند المالكية ، و بعد القبض أيضا عند الشافعية و الحنابلة ، بالإضافة إلى ثبوت حق الرجوع في هبة الأصل (الوالد و الجد و إن علا) للفرع (الولد و ابن الولد و إن نزل) مطلقا عند فقهاء الشافعية .

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى .

(2) هؤلاء الصحابة هم: عمر و علي و عثمان و عبد الله ابن عمر و أبو الدرداء و فضالة بن عبيد الله و غيرهم رضوان الله عليهم .

(3) و المقصود بالكراهة هنا كراهة تنزيه .

و أرى تماشياً مع ما استقر عليه الرأي الفقهي الغالب ، عدم جواز رجوع الواهب عن الهبة للأجنبي مطلقاً تمّ قبض الشيء الموهوب أو لم يتم ، ما لم تكن الهبة للولد، وذلك لما تقدّم من الأدلة، و لأنّ في تقرير رجوع الواهب في هبته تأثيراً عكسياً على علاقته بالآخرين من جهة، و من جهة ثانية فيه منافاة و تعارضاً مع الغاية من إبرام الهبة.

ثانياً : حكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع.

انقسمت التشريعات الوضعية إلى فريقين كما هو الشأن عند فقهاء المذاهب الإسلامية، بين مؤيد لفكرة لزوم الهبة، و من تمّ عدم جواز الرجوع فيها، و بين من يعتبرها عقداً غير لازم ، يجوز للواهب أن يرجع فيه.

و سأعرض أولاً لموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، ثمّ لموقف بعض التشريعات الوضعية ثانياً.

01 – حكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري .

يتعين قبل التعرض لحكم الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري أن أنوه إلى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري. و بما أنّ عقد الهبة يندرج ضمن أحكام هذا القانون، فإنه تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة المبرمة قبل صدوره⁽²⁾.

هذا ، و لقد نظم المشرع الجزائري عقد الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات ، في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة⁽³⁾ ، و هو بذلك اتخذ

(1) يقصد بالشريعة الإسلامية كافة مصادرها دون تخصيص ، أي الشريعة الإسلامية في مجموعها دون التقييد بمذهب معين إلا إذا وجد نص يقيد القاضي بذلك في نطاق الأحوال الشخصية .

(2) الملاحظ أنّ أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على الهبة عند عدم وجود نص خاص في قانون الأسرة يحل المسألة و هذا وفقاً لمقتضيات المادة 222 من ق.أ و المادة 2/1 من ق.م .

(3) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، منشور بـ ج ر، ع 24، س 21، الصادرة بتاريخ 12/06/1984.

منهجاً مخالفاً لمسلك أغلب التشريعات الوضعية العربية و الأجنبية - على حدّ سواء - التي نصت على أحكام عقد الهبة في قوانينها المدنية باعتباره عقداً ناقلاً للملكية .

و إذا كان مركز الهبة الطبيعي في النظام القانوني هو بين العقود المسماة و في القانون المدني - لأنّ الهبة عقد مالي كسائر العقود - إلا أنّ السبب الذي جعل مشرعنا يضعها ضمن أحكام قانون الأسرة هو حرصه الشديد على أن تستمد الهبة أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعاً لكل موضوعات قانون الأسرة من زواج و طلاق و ميراث و وصية و وقف و نحوها⁽¹⁾.

رغم أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على عدم جواز الرجوع في الهبة، إلا أنّ ذلك يفهم ضمناً من نصّ المادة 211 من قانون الأسرة التي جرى نصها كالآتي: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه ، إلا في الحالات التالية :

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

و لا شك أنّ نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقاً⁽²⁾.

(1) يلاحظ بمراجعة أحكام القضاء الجزائري التي تفصل في قضايا الرجوع في عقد الهبة، أنها تفصل فيها أحياناً من قبل غرفة الأحوال الشخصية، و أحياناً أخرى من طرف الغرفة المدنية .

- قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم 330258، الصادر بتاريخ 2005/05/18، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع 2، س 2005، ص 377.

- قرار م ع غ م ، ملف رقم 177428، الصادر بتاريخ 1999/03/17 ، منشور بالمجلة القضائية، ع 2، س 2000 ، ص 81.

(2) قرار م ع غ م ، ملف رقم: 328682، الصادر بتاريخ 2006/02/15، م ب م م ع ، ع 1، س 2006، ص 237، والذي جاء فيه ما يلي: " للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما.

و لما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، و عليه فإن قضية الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوهاوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة 211 من ق.أ مما يعرض قرارهم للنقض".

هذا ، ويستفاد من نص المادة 211 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه ، أنّ المشرع أجاز استثناء للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه ، و لأبيّ سبب كان ، ما لم يوجد مانع منه .

و لعلّ السبب في ادراج مشرعنا لهذا الاستثناء الرامي إلى حق الأبوين في الرجوع فيما وهباه لولدهما هو حمايتهما ، و توفير ضمانات لهما من الأضرار التي قد تلحق بهما بفعل تبذير أولادهما الموهوب لهم لأموالهما ، و كذا لتغيّر الظروف و الأوضاع التي تمّ فيها ابرام الهبة⁽¹⁾ ، فقد تنعكس أحوال الأب بعد ذلك من اليسر إلى العسر ، فيصبح عاجزا عن توفير أسباب العيش له و لأبنائه بما في ذلك الابن الموهوب له ، و قد يضطر الواهب إلى الرجوع في هبته بداعي العدل و المساواة بين أولاده⁽²⁾ .

و يلاحظ في هذا الصدد أنّ القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد حول مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم ، فاعتبر في بعض أحكامه أنّ الجدّ و الجدّة يأخذان حكم الأبوين ، و من تم يجوز لهما الرجوع في هبتهم لأحفادهم مؤسسين قضاءهم على نص المادة 211 من قانون الأسرة المذكورة آنفا⁽³⁾ ، و انتهج في البعض الآخر من أحكامه منحى مخالف ، حيث اعتبر أنّ الرجوع في الهبة مقرر للأبوين فقط دون سواهما⁽⁴⁾ .

(1) يراجع أ. لعموم مصطفى/ (عقد الهبة)، مجلة الموثق، العدد 8، سنة 1999، ص 21.

(2) أ. البشير جبيري/ (الرجوع عن الهبة)، مجلة الموثق، العدد 9 ، سنة 2003، ص 41.

(3) يراجع قرار م ع غ أش، ملف رقم: 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21، م ب م ق ، ع 1، س 2002، ص 308، و الذي قضى فيه بما يلي: " ان الرجوع في الهبة يشمل الابن و ابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة".

(4) قرار م ع غ م، ملف رقم: 357544، الصادر بتاريخ 2007/03/21، م ب م م ع، ع 1، س 2007، ص 255، و الذي قضى بما يلي: " ليس للجدّة حق الرجوع في الهبة، فهو حق مقرر للأبوين فقط".

- و في نفس المعنى يراجع قرار م ع غ أش، ملف رقم: 564007، الصادر بتاريخ 2010/05/13، غير منشور، و الذي يقضي بما يلي: " الرجوع في الهبة يكون للأولاد فقط و ذلك طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إبطال عقد الهبة الذي ابرمه لفائدة حفيده المطعون ضده معللا ذلك برجوعه عن الهبة، بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون، و عليه يتعين رفض الطعن".

و أمام هذا الاختلاف ، أرى تماشياً مع ما استقر عليه القضاء أخيراً ، أن الرجوع في الهبة مقرر للأبوين فقط ، ذلك أن نصّ المادة 211 المنوه عنها أعلاه صريح و واضح ، لا يحتاج إلى تفسير أو اجتهاد ، إذ أنه لا اجتهاد مع النص ، وأن لفظ الأبوين الوارد به يشمل الأب و الأم و فقط ، دون سائر الأصول ، فلا يمكن اعتبار الجدين بمثابة الأبوين، ومن تم لا يجوز لهما الرجوع فيما وهباه لأحفادهما.

و لقد كرّس المشرع الجزائري قاعدة لزوم الهبة و عدم جواز الرجوع فيها، إذا كانت بقصد المنفعة في المادة 212 من قانون الأسرة، و التي جاء نصها كالآتي: " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها "(1).

و إن كان نصّ هذه المادة يمنع الواهب من الرجوع في هبته إذا كانت بقصد المنفعة العامة ، إلا أنه لا يحول دون طلب فسخها بالجوء إلى القضاء إذا اشترط الواهب على الموهوب له القيام بعمل يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة ، و لو لم ينفذ هذا الأخير الشرط ، فنكون أمام هبة بعوض قابلة للفسخ بسبب عدم تنفيذ الموهوب له العوض المشترط في الهبة(2)، و مثال ذلك ، أن يهب شخص مبلغاً من المال لجمعية خيرية من أجل بناء ملجأ، إلا أن هذه الأخيرة تمتنع عن تشييد الملجأ ، فيجوز للواهب طلب فسخ عقد الهبة طبقاً للقواعد العامة ، على أن يخضع تقدير الفسخ من عدمه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا على حكمه إذا كان مسبباً تسببياً كافياً(3).

و انطلاقاً من نصّ المادتين 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري المتضمنتين أحكام الرجوع في الهبة، يمكننا استخلاص النتائج التالية:

(1) ولقد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف ، و من أجل ذلك ، يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم:116191، الصادر بتاريخ 19/01/1997، منشور ب ن ق ، ع56، ص74، والذي جاء فيه : " ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة ارض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى و إن لم تشغل لما وهبت من أجله، لان الهبة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكاً للبلدية" .

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا / المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 743.

(3) د.محمد حسنين/(عقد الهبة في التشريع الجزائري)، المرجع السابق، ص519.

- أنّ المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء حين أجاز للواهب الرجوع في هبته إلا في حالة هبة الوالد لولده ، و هو بذلك جعل الرجوع في عقد الهبة أمرا استثنائيا ، لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه⁽¹⁾.

- أنّ المشرع لم يفصل أحكام الرجوع في عقد الهبة تفصيلا دقيقا، فجاءت النصوص المنظمة له قليلة ومقتضبة.

- أنه لم يقيد رجوع الأبوين لولدهما بوجود عذر مسوغ مبرر قضاء.

- أنه خوّل للوالدين دون سواهما، ممارسة حقّ الرجوع في الهبة لولدهما صغيرا كان أو كبيرا، سفيها أو رشيدا، بالغاً أو قاصرا، تمّت حيازته للشيء الموهوب أو لم تتم⁽²⁾.

- أنه لم يميز في الرجوع بين ما إذا كان محل الهبة عقارا أو منقولا ، فأجاز للأبوين الرجوع في كليهما.

- أنه لم يتطرق إلى مسألة الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي مثلما فعلت ذلك باقي التشريعات الوضعية.

(1) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 328682 ، الصادر بتاريخ: 2006/02/15، م ب م م ع ، س 2006، ع 1 ، ص 237 .
(2) يؤخذ على مشرّعنا أنه أجاز للوالد الرجوع في هبته لابنه مطلقا ما لم توجد حالة من حالات المنع المذكورة في المادة 211 من ق.أ ، دون الأخذ بعين الاعتبار حالة الولد الموهوب له الذي يرجع عليه ، خلافا لما ذهب إليه - وعن صواب- بعض مذاهب الشريعة الإسلامية بما فيها المذهب المالكي الذي راعى حالة الابن الموهوب له في تقرير الرجوع من عدمه فمنع رجوع الأم على ابنتها الموهوب له إذا لم يكن له أب ، أو كان صغيرا وإن كان له أب.

- أنه لم يشترط على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما ، و من تم يجوز لهما الرجوع في الهبة بإتباع طريق العقد التوثيقي ، أو عن طريق استصدار حكم قضائي بالرجوع⁽¹⁾ .

- أن ادراجه لنصّ المادة 212 من قانون الأسرة و التي جاء فيها أنّ الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها في غير محله، لأنه قد يستفاد من هذا النصّ - بمفهوم المخالفة - أنه يجوز الرجوع في الهبة ما لم تكن بقصد المنفعة العامة، و هذا ما لا يتماشى و المبدأ العام المعتمد في قانون الأسرة الجزائري، و القاضي بعدم جواز الرجوع في الهبة مطلقا.

02- حكم الرجوع في عقد الهبة في بعض التشريعات الوضعية.

استمدت معظم التشريعات العربية الأحكام الموضوعية لعقد الهبة بما فيها حكم الرجوع فيه من الفقه الإسلامي، و باعتبار أن هذه المسألة كانت محلّ خلاف بين الفقهاء كما سبق بيانه، فقد اختلفت التشريعات العربية بشأنه تبعاً لذلك.

فأخذ البعض بمذهب جمهور الفقهاء ، و من تمّ القول بمنع الرجوع في الهبة كأصل عام ، ما لم تكن الهبة من الوالد لولده ، و أخذ البعض الآخر بمذهب الحنفية ، و بالتالي القول بحق الواهب في الرجوع في هبته مطلقا ما لم يوجد مانع من موانعه ، و فضّل البعض الآخر الجمع بين مذهبي الجمهور و الأحناف .

و لبيان هذا الاختلاف ، سأتولى التعرض لدراسة أحكام الرجوع في الهبة في أهمّ التشريعات العربية و الأجنبية في كل من مصر و لبنان و الكويت و فرنسا .

(1) قرار م ع في غرفته المجتمعة، ملف رقم: 444499 المؤرخ في 2009/02/23، م ب م ع ، ع ، 1ع ، س 2009، ص 107، والذي قضى فيه بأنه: "يكفي لصحة الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب".

- يراجع ما سبق شرحه في صفحة 57 و 58 من هذا البحث.

بالرجوع إلى التقنين المدني المصري نجده أجاز الرجوع في الهبة مطلقاً ما لم يقدّم مانع من موانع الرجوع ، و كان للواهب عذر مقبول⁽¹⁾ ، فنصّ في المادة 500 مدني على ما يلي : " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، و لم يوجد مانع من الرجوع " .

و بقراءة نصّ هذه المادة ، يتضح لنا أنّ المشرع المصري نصّ صراحة على الرجوع في الهبة بنوعيه ، فأجاز للواهب أن يتراضى مع الموهوب له من أجل الرجوع في هبته⁽²⁾ ، كما أجاز له - في حالة عدم الاتفاق على الرجوع بالتراضي - أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالرجوع بالتقاضي في الهبة متى كان له عذر مبرر مسوغ قضاء ، و لم يوجد مانع من موانع الرجوع المحددة في القانون على سبيل الحصر⁽³⁾ .

(1) تقابل المادة 500 مدني مصري في التشريعات العربية المواد: 468 مدني سوري، 489 مدني ليبي، 620 مدني عراقي، 429 مدني سوداني، 576 مدني أردني ، 646 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(2) لم يشترط القانون المدني المصري لحصول الرجوع بالتراضي في الهبة أن يكون للواهب عذر مبرر ، و أن يندم المانع من الرجوع .

- يراجع بهذا الصدد : نقض مدني، طعن رقم 1296، الصادر بتاريخ 1995/12/26، أشار إليه : المستشار معوض عبد التواب/ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني: أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، العقود المسماة: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح ، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998، ص 732، 733 و الذي قضى فيه بأن: " تراضي الواهب مع الموهوب له على الرجوع في الهبة إقالة منها، تتم بإيجاب و قبول جديدين ، و يترتب عنها اعتبار الهبة كأن لم تكن طبقاً للمادتين 1/500 و 1/503 مدني".

(3) نقض مدني، طعن رقم 413، الصادر بتاريخ 1965/12/16، أشار إليه معوض عبد التواب/، نفس المرجع ، ص725، و الذي قضى فيه بأن: " الرجوع في الهبة حالة عدم قبول الموهوب له ، شرطه أن يستند هذا الرجوع إلى عذر يقبله القاضي..." .

- ونفس الحكم تضمّنه نقض مدني ، طعن رقم 653 ، الصادر بتاريخ 1982/11/14، أشار إليه : المستشار أنور طلبية/ الوسيط في القانون المدني، العقود المسماة: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح ، الإيجار، العارية، المقابلة التزام المرافق العامة الوكالة، الوديعة ، الحراسة ، المقامرة، الرهان، المرتب مدى الحياة، التأمين، الكفالة، الجزء 2، رمضان و أولاده للطباعة و التجليد، الإسكندرية، سنة 1993، ص375 ، و الذي قضى بما يلي : " تقدير العذر المقبول الذي يجيز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع في الهبة، لا يترك للواهب وحده، بل يراقبه فيه القضاء، فيخضع لتقدير قاضي الموضوع، فإذا لم يعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحوداً كبيراً و أقام ذلك على أسباب سائغة رفض الحكم بالترخيص للواهب في الرجوع في الهبة دون تعقيب من محكمة النقض على ذلك".

و عكس ما ذهب إليه التقنين المصري و التشريعات العربية التي حذت حذوه ، فإنّ الأصل عند المشرع اللبناني هو امتناع الرجوع في الهبة⁽¹⁾ ، باستثناء الحالتين المذكورتين في المادة 524 من قانون الموجبات و العقود اللبناني ، و التي جاء فيها : " كلّ هبة بين الأحياء يمنحها شخص ليس له ولد و لا عقب شرعي يصح الرجوع عنها : أولاً ، إذا رزق الواهب بعد الهبة أولادا و لو بعد وفاته ، ثانياً ، إذا كان للواهب ولد ظنه ميتاً وقت الهبة ثم ظهر أنه لا يزال حيّاً "

و عليه ، فإنه يمتنع على الواهب أن يرجع في هبته ما لم تتحقق إحدى الحالتين المذكورتين على سبيل الحصر في المادة 524 المذكورة ، على أن تقرير الرجوع في هاتين الحالتين لا يمكن أن يحصل إلا عن طريق القضاء . فالرجوع لا يتحقق بمجرد قيام سببه ، بل لابدّ من صدور حكم قضائي يقرّه .

و تسري أحكام هذه المادة على جميع الهبات ، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة ، ظاهرة أو مستترة ، و سواء كان محلها عقاراً أو منقولاً .

أما التقنين المدني الكويتي ، فنجد أنه أخذ بمذهب جمهور الفقهاء و الحنفية معاً عند تنظيمه مسألة الرجوع في الهبة ، فنصّ في المادة 537 مدني على أنه : " لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

و مع ذلك ، يجوز في غير هذه الحالة ، الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول "

(1) آدمون كسبار/ الوصايا و الهبات و الإرث، مطبعة الجهاد- بيروت، 1959، ص 273.
- يراجع قرار محكمة لبنان الشمالي، الغرفة المدنية، ملف رقم 204 ، الصادر بتاريخ 1950/04/04 ، أشار إليه المحامي نزيه نعيم شلالا/ دعوى الهبة (دراسة مقارنة من خلال الفقه و الاجتهاد والنصوص القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 2000، ص 59 ، والذي قضى بعدم جواز الرجوع في الهبة بعد قبولها واستلامها من طرف الموهوب له .

و يستفاد من نصّ هذه المادة ، أنّ المشرع الكويتي ميّز بين هبة أحد الوالدين لولدهما ، و بين هبة غيرهما ، ففي الأولى أجاز للوالدين الرجوع فيما وهباه لولدهما حتى و لو لم يوجد عذر مقبول لذلك ، أما في الثانية فأجاز للواهب الرجوع بشرط وجود العذر وعدم وجود المانع⁽¹⁾ .

يخلص لنا من هذه النظرة السريعة على بعض التشريعات العربية أنها قد اختلفت حول حكم الرجوع في عقد الهبة ، لكن معظمها أجمع على اعتبار الهبة عقدا جائزا غير لازم ، يجوز الرجوع فيه .

و على خلاف معظم التشريعات الوضعية العربية ، أعطى القانون الفرنسي عقد الهبة قوة في الإلزام ، بحيث قرر أنّ الأصل فيه عدم الرجوع مثلما تقضي بذلك المادة 894 مدني فرنسي ، و التي جاء نصها كالآتي : " الهبة عقد ، به يتجرد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال و من غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله " .

غير أنّ المشرع الفرنسي و إن منع الرجوع في الهبة باعتبارها عقدا لازما كقاعدة عامة ، إلا أنه أقر استثناء بحق الواهب في الرجوع عن هبته رضاء مع الموهوب له أو قضاء ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، و هذه الموانع تتمثل في :

- حالة عدم تنفيذ الشروط و التكاليف التي تمت الهبة على أساسها .
- حالة جحود الموهوب له .
- حالة ميلاد ولد للواهب .
- حالة الهبة التي تتم بين الزوجين أثناء الزواج ما لم يولد للواهب طفل .

و تسري أحكام الرجوع هذه على جميع أنواع الهبات ، سواء كانت ظاهرة أو مستترة ، أو يدوية أو متبادلة .

(1) أورد المشرع الكويتي أعمار الرجوع في الهبة على سبيل الحصر في المادة 538 مدني ، كما نص على موانع الرجوع في المادة 539 مدني ، وهي نفسها الموانع التي جاء بها الفقه الحنفي .

الفصل الثاني :

أحكام الرجوع في عقد الهبة

البحث في أحكام الرجوع في عقد الهبة يقتضي التعرض لموضوعه بشيء من البيان، و ذلك بتناول أَعذار الرجوع في مبحث أول، ثم موانع الرجوع و الآثار التي تترتب عليه في مبحث ثان.

المبحث الأول :

أَعذار الرجوع في عقد الهبة

لقد اختلفت آراء الفقهاء و التشريعات الوضعية حول مسألة أَعذار الرجوع في الهبة ، فمنهم من ذهب إلى وجوب توافرها لإمكانية الرجوع ، و منهم من لم يقر الرجوع بأية أَعذار ، و لكل مذهب مبرراته و أسانيده .

و حتى يمكن التعرض لأَعذار الرجوع في عقد الهبة، فقد رأيت من الضروري أن أبين موقف الفقه الإسلامي منها في مطلب أول، ثمّ موقف التشريعات الوضعية في مطلب ثان.

المطلب الأول : أَعذار الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي

انطلاقاً من اختلاف الفقهاء حول حكم الرجوع في الهبة بين مجيز له و مانع، اختلفوا تبعاً لذلك حول مدى اشتراط توافر أَعذار للرجوع في الهبة من عدمه. و هذا ما سأتناوله تباعاً.

الفرع الأول : اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة⁽¹⁾.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا استثناء في حالة هبة الوالد لولده ، و إذا ما تقرر لهذا الأخير حق الرجوع فيما وهب لابنه ، صغيرا كان أو كبيرا ، فإنه يلزم بتقديم عذر مبرر يبيح له ذلك ، لان الرجوع في الهبة بغير عذر يعتبر مكروها⁽²⁾.

هذا ، و يشترط أنصار هذا الاتجاه مجموعة من الأعذار⁽³⁾ يجوز بموجبها للوالد الواهب الرجوع فيما وهب لولده ، يمكن اجمالها فيما يلي :

- ألا يتزوج الولد بعد ابرام الهبة ،
- ألا يحدث دينا لأجل ،
- ألا تتغير الهبة عن حالها ،
- ألا يحدث الموهوب له فيها حدثا ،
- ألا يمرض الواهب ، أو الموهوب له ، و له الرجوع إن زال المرض .
- ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة ، فان أثبت الوالد الواهب أن الشيء الذي يريد أن يرجع فيه لولده هو نفسه ، لم يزد عنه ، جاز له أن يرجع في هبته لقيام العذر .

(1) يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة .

(2) يقول بهذا الصدد الإمام النووي من الشافعية : " و اختص الأب بالرجوع في هبته لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثاره ولده على نفسه قضي بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة ، ويكره الرجوع من غير عذر ، فان وجد ، ككون الولد عاقا أو صرف الشيء الموهوب في معصية انذره به ، فإن أصر لم يكره " .
و بحث الأسنوي ندبه في العاصي، و كراهته في العاق إن زاد عقوقه ، و ندبه إن أزاله، و إباحته إن لم ينفذ شيئا، و الأذرعى إلى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين...، و وجوبه في العاصي إن غلب على الظن أنه يعينه على الكف عن المعصية.

- يراجع : ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة ، المرجع السابق ، ص 56.

(3) يطلق جمهور الفقهاء على أعذار الرجوع عبارة " شروط الرجوع " .

- ألا يخرج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ببيع أو هبة أو وقف ، فيشترط على الواهب إذا ما أراد الرجوع أن يبقى الشيء الموهوب في ملك الابن الموهوب له .
- ألا تتعلق بالهبة رغبة لغير الولد⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : عدم اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة⁽²⁾.

بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأصل هو جواز الرجوع في الهبة مطلقا ، إلا إذا وجد مانع من موانعه ، فمتى بدا للواهب أن يرجع فيما وهب للموهوب له جاز له ذلك دون أن يلزم بتقديم أعذار تبيح له الرجوع .

و بناء عليه ، يجوز للواهب ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، أن يرجع في هبته متى أراد ذلك ، و لأي سبب يقدره هو دون رقابة عليه من طرف القاضي الذي يجب عليه أن يستجيب لطلبه ، و يقضي بالرجوع ، ومن تم إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، فيسترد الواهب الشيء من يد الموهوب له .

و يبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بأن استقلال الواهب بتقدير العذر الذي يجيز له الرجوع ، ليس فيه أي ضرر بالموهوب له أو الغير الذي تعامل معه ، ذلك أن الموهوب له لم يلتزم بشيء في المقابل ، فضلا عن أنّ موانع الرجوع وحدها كافية لتقييد إرادة الواهب في استعمال هذا الحق⁽³⁾ .

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق ، ص 735.

- يراجع أيضا: أنس عبد الواحد صالح الجابر/ أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 241 و ما بعدها .

(2) يمثل هذا الاتجاه المذهب الحنفي .

(3) د.مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة ، المرجع السابق ، ص 65.

المطلب الثاني : أَعذار الرجوع في الهبة في التشريع

انقسمت التشريعات الوضعية إلى فريقين ، كما هو الشأن في الفقه الإسلامي ، فمنها من أوجبت توافر العذر للرجوع في الهبة ، و منها من لم تستوجبها . و سأعرض لموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة في الفرع الأول ، ثم لموقف بعض التشريعات الوضعية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : أَعذار الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري ، يتبين لنا أن المشرع لم يقيد - على غرار رأي جمهور الفقهاء- حق الرجوع في الهبة المقرر للأبوين دون سواهما بوجوب توافر عذر مقبول ، فأجاز لهما ممارسة حق الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنه ، صغيرا أو كبيرا ، إلا إذا وجد مانع من الموانع الثلاثة المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة⁽¹⁾ .

و لعلّ السبب في عدم اشتراط المشرع الجزائري توافر أَعذار لرجوع الوالد الوهاب في هبته لولده يعود إلى أنّ الأب لا يتهم في رجوعه لشفقتة على ابنه ، فهو لا يرجع إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو ، و من تم لا يعقل أن يطلب منه تبرير رجوعه عن هبته بتقديم عذر مقبول .

و ترتيبا على ذلك ، فانه متى عرض على القاضي الجزائري نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده ، و جب عليه أولا أن ينظر في مدى توافر احدى حالات المنع المذكورة على سبيل الحصر في المادة المنوه عنها أعلاه ، فاذا وجد المانع حكم للموهوب له و قضى بعدم الرجوع ، أما إذا انتفى المانع ، و جب عليه الاستجابة لطلب الوهاب دون اشتراط السبب المقبول من عدمه⁽²⁾ ، و من تم القضاء بالرجوع و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

(1) يراجع ما سيتم إيرادها في صفحة 107 و ما بعدها من هذا البحث.

(2) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 177428 ، الصادر بتاريخ: 1999/03/17 ، م م ق ، ع 2 ، س 2000 ، ص 81 .

الفرع الثاني : أَعذار الرجوع في الهبة في التشريعات الوضعية.

بخلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري، اشترطت أغلب التشريعات الوضعية وجوب توافر عذر لرجوع الواهب في هبته، وهذا ما سأتناوله .

أولاً : في القانون المصري و السوري و الليبي⁽¹⁾.

قرّر المشرع المصري - و سايره في ذلك المشرع السوري و المشرع الليبي - تقييد حق الواهب في الرجوع في هبته بوجوب توافر عذر مقبول و مبرر قضاء⁽²⁾ ، و هذا ما يستفاد من نصّ المادة 500 مدني مصري (و تطابقها المادة 468 مدني سوري و المادة 189 مدني ليبي) التي جاء فيها : " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .

فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، و لم يوجد مانع من موانع الرجوع " ، الأمر الذي يستفاد منه أنه إذا لم يتراض الواهب و الموهوب له على الرجوع في الهبة المبرمة بينهما ، و لجأ الواهب إلى القضاء من أجل الترخيص له في الرجوع عن هبته ، وجب عليه تبرير ذلك بعذر مسوغ قضاء.

و لقد أورد المشرع المصري أمثلة للعذر المقبول الذي أجاز للواهب الرجوع في هبته في المادة 501 مدني مصري (و تطابقها المادة 469 مدني سوري و المادة 190 مدني ليبي) و التي جاء فيها : " يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في عقد الهبة :
(أ) . أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه .

(1) إنّ السبب الذي دفعني إلى تحليل أحكام هذه التقنيات دفعة واحدة مرده إلى أن نصوص التقنين المدني السوري و الليبي جاءت مطابقة تماما لنصوص التقنين المدني المصري ، و من تم فإن ما استخلصه من استنتاجات من القانون المدني المصري هي التي تسري على القانونين الآخرين ، وسأكتفي بتحليل القانون المدني المصري مع الإشارة فقط إلى أرقام نصوص مواد التقنين المدني السوري و الليبي.

(2) يلاحظ أن هذه التشريعات استمدت أَعذار الرجوع من القوانين الغريبة بخاصة القانون الفرنسي و الألماني و ليس من أحكام الشريعة الإسلامية.

(ب) . أن يصبح الواهب عاجزا من أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .
(ج) . أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظنه حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حيّ " .

و سأبحث أعمار الرجوع في الهبة التي نصّ عليها المشرع المصري على سبيل المثال لا الحصر، و ذلك فيما يلي:

01- جحود الموهوب له.

إنّ من أهم الأعدار التي ذكرها المشرع المصري ، أن يخلّ الموهوب له بما يجب عليه تجاه الواهب أو تجاه أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه .

و لما كانت الهبة تبرعا من الواهب إلى الموهوب له ، فإنّ الجزاء الذي ينتظره الأول من الثاني هو الاعتراف بالجميل ، فإذا جحد الموهوب له جميل الواهب ، لم يكن مستحقا للهبة ، و كان الواهب معذورا إذا ما أراد الرجوع فيها⁽¹⁾ .

و الملاحظ أنّ التشريع المصري وضع معيارا مرنا ، و لم يحدد صور الجحود صراحة ، و إنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعرض عليه النزاع . وهو بذلك يختلف عن مسلك بعض التشريعات الغربية التي حددت صور الجحود صراحة في نصوصها القانونية⁽²⁾ .

و يعتبر جحودا كبيرا من الموهوب له أن يعتدي هذا على حياة الواهب ، أو على حياة أحد من أقاربه ، أو أن يسيء إلى الواهب أو إلى أحد أقاربه إساءة بالغة بسبب أو قذف أو اعتداء على المال أو العرض أو غير ذلك من ضروب الإساءة .

(1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة ، ج5 ، ص200.

(2) من أمثلة هذه التشريعات الغربية القانون الفرنسي الذي حدد حالات الجحود على سبيل الحصر في المادة 955 مدني.

و تشمل الإساءة البالغة التي تبرر الرجوع لقيام العذر ، كلّ الأفعال التي يقوم بها الموهوب له تجاه الواهب أو أحد أقاربه فتؤذيه ، و مثال ذلك أن يقوم الموهوب له بتوقيع حجز على أموال الواهب بوصفه دائنا لهذا الأخير ، أو أن يقوم بحجز أموال الواهب الموضوعة تحت يد شخص ثالث بوصفه دائنا للواهب .

هذا ، و لا يشترط في الإساءة أن تكون جريمة يعاقب عليها القانون ، بل يكفي أن تكون الإساءة بالغة لتعتبر جحودا كبيرا من الموهوب له يبرر الرجوع في الهبة ، فقد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر اساءة بالغة للواهب و لا تبرر الرجوع ، كأن يتسبب الموهوب له في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه خطأ عن غير عمد ، أو أن يكون قتله أو إحداثه جرحا بالواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه في الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه⁽¹⁾ .

و في جميع هذه الأحوال ، يشترط أن تصدر هذه الأعمال من جانب الموهوب له و هو في كامل قواه العقلية ، و إلا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة لعدم قيام العذر المقبول ، فإن كان مجنونا أو فاقدًا لوعيه أو صغيرا دون سنّ التمييز وقت اتيان الإساءة البالغة ضد الواهب أو أحد أقاربه ، لم يرقم مانع الجحود ، و من تمّ لم يجر للواهب أن يرجع في هبته⁽²⁾ .

و متى تحققت حالات الجحود ، يكون لقاضي الموضوع سلطة البت فيما إذا كان العمل الذي صدر من الموهوب له يشكل اساءة بالغة للواهب أو أحد أقاربه ، فإذا رأى أنّ فعل الموهوب له يعتبر حقا جحودا كبيرا ، قضى للواهب بالرجوع ، و لا رقابة على قضائه

(1) يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي شرطان:

- شرط اللزوم: أي أن يكون فعل الدفاع لازما لتوقي الخطر ، وهو الوسيلة الوحيدة المتاحة أمام المدافع.

- شرط التناسب: أي أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء من حيث القوة أو الجسامة .

(2) د.مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص 88 هـ-1.

من طرف محكمة النقض إذا استند في حكمه إلى أسباب سائغة تبرره⁽¹⁾، و يقع عبء إثبات واقعة الجحود في هذه الحالات على الواهب ، أما إذا رأى عكس ذلك ، قضى لصالح الموهوب له .

و تخضع دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود للقواعد العامة في التقادم في القانون المدني المصري ، فتتقادم بمضي خمسة عشرة سنة من وقت قيام العذر⁽²⁾.

02. عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم.

يعدّ من الأعدار المقبولة للرجوع في الهبة التي نصّ عليها التشريع المصري أن يصبح الواهب بعد الهبة لأيّ سبب عاجزا عن توفير أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح عاجزا عن الوفاء بنفقة من تجب عليه نفقتهم .

فقد تسوء حالة الواهب المالية بعد الهبة إما لسبب لا يتصل بالهبة ، و إما لأنّ الهبة ذاتها قد كانت على غير ما توقع الواهب سببا في هذا الارتباك المالي ، و على أية حال ، فان عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة له أو لغيره ممن تجب عليه نفقتهم يعتبر عذرا مبررا للرجوع في عقد الهبة .

و بذلك يكون للواهب حقّ الرجوع في حالتين :

الحالة الأولى : عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة للانقة لنفسه.

إذا تدهورت حالة الواهب المالية بعد إبرام عقد الهبة بأن أصبح غير قادر على تلبية حاجياته بما يتفق ومكانته الاجتماعية ، جاز له الرجوع في هبته للموهوب له ، و ليس شرطا لقيام

(1) في هذا المعنى يراجع: نقض مدني، صادر بتاريخ 1979/03/13، أشار إليه د.مصطفى احمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة ، المرجع السابق ، ص 88 هـ4.
- وذات المعنى يؤكدّه :

Cass.Civ 13/12/1965,Bull.Civ.I.N 700, p 536.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة، ج5، المرجع السابق، ص 254، 255.

هذا العذر المبرر أن يصبح الواهب فقيرا فقرا مدقعا ، بل يكفي أن يصبح في مركز اجتماعي لا يسمح له أن يعيش الحياة العادية التي تتفق و مكانته الاجتماعية قبل ابرام الهبة⁽¹⁾.

على أن تحديد المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب ليس بالأمر السهل، لأنها تختلف من حالة إلى أخرى وفقا للظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع، أو وفقا لتبذير الواهب أو اسرافه و سوء تصرفه، و يرجع لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كان الضيق المالي الذي وقع فيه الواهب يكفي أن يكون عذرا يجيز الرجوع في الهبة.

هذا ، و لقد وفق المشرع المصري عندما لم يحدد المقصود من المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب ، و هو بذلك وضع معيارا مرنا يسترشد به القاضي و يسهل من عمله ، فيجعل لكل حالة معروضة عليه ما يلائمها من حكم تبعا لظروف كل واهب قبل و بعد الهبة.

وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه أنه يجب أن يستند هذا العذر على سبب معقول كأن يقل دخل الواهب من تجارته أو وظيفته مثلا ، فإن كان فقره ناجما عن اسرافه و تبذيره فيما لا يفيد كشراب الخمر أو لعب القمار، امتنع عليه الرجوع لانتفاء العذر المسوغ ، و يبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير سبب العجز⁽²⁾.

و الملاحظ أن هذا العذر المبرر للرجوع يتحقق حتى لو أبدى الموهوب له استعدادا للإنفاق على الواهب أو تقديم مساعدة مالية له ، اللهم إلا إذا قبل الواهب هذه المساعدة من الموهوب له بأن نزل عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر⁽³⁾.

(1) أنور العمروسي/ العقود الواردة على الملكية في القانون المدني : الهبة ، المرجع السابق، ص 353.

(2) د.مصطفى احمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة ، المرجع السابق، ص 92 هـ 1.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 203.

الحالة الثانية : عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم.

إذا أصبح الواهب بعد إبرامه الهبة عاجزا عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم شرعا و قانونا كزوجه و أولاده و أقاربه لسوء حالته المادية إما بسبب الهبة ذاتها أو بسبب آخر يتصل بها ، قام عذر الواهب في الرجوع في الهبة .

و لقد انتقد بعض الفقه هذه التشريعات في ذكرها لهذه الحالة ، باعتبار أنه لا يوجد داع من النص عليها ، كونها تندرج ضمن الحالة الأولى ، في حين يرى البعض الآخر أنّ النصّ عليها في محله ، و ذلك لابعاد كل غموض قد يثار ، و أنّ الالتزام بالإنفاق على الأقارب يختلف باختلاف الحالات و باختلاف عدد الأقارب ، فقد يكون الواهب قادرا على الإنفاق على نفسه ، و توفير كل أسباب المعيشة اللائقة به دون قدرته على ذلك تجاه أقاربه .

و يجوز في هذه الحالة كذلك ، أن يرجع الواهب في هبته حتى لو أبدى الموهوب له استعدادة للإنفاق على من تجب على الواهب نفقتهم ، أو قدم له مساعدة مالية تعينه على هذا الإنفاق ما لم يقبل الواهب ذلك ، و نزل بالتالي عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر .

و لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذه الحالة ، و القول إذا ما كان الضيق المالي الذي ألمّ بالواهب يكفي عذرا للرجوع في الهبة أم لا ؟ و لا رقابة من محكمة النقض على قضائه متى كان حكم القاضي مبنيا على أسباب سائغة تبرره. مع العلم أنّ عبء إثبات العجز يقع على عاتق الواهب .

03. أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة أو يكون له ولد يظنه ميتا فإذا به حيّ.

اعتبر المشرع المصري هذه الحالة عذرا مبررا يجيز للواهب الرجوع في هبته ، فإذا ما رزق الواهب ولدا بعد الهبة ، أو تبين أنّ ولده الذي كان يظنه ميتا لا يزال حيا ، قام عذر الرجوع في الهبة ، و علة ذلك انعدام الباعث الدافع على الهبة ، و أحقية هذا الولد المال الموهوب .

و ترتيبا على ذلك ، يكون للواهب حق الرجوع في هبته في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : أن يرزق الواهب ولدا.

قد يهب الواهب ماله مدفوعا عند ابرام عقد الهبة بأن ليس له ولد ، ذكرنا كان أو أنثى ، يترك له هذا المال الموهوب ، فيؤثر الموهوب له على ورثته الآخرين إن وجدوا ، و من تمّ إذا رزق الواهب بعد ابرامه الهبة ولدا ، جاز له الرجوع ، و في هذا حماية لأموال الولد المزداد .

و كي يتحقق هذا العذر ، يجب :

- ألا يكون للواهب ولد وقت ابرام عقد الهبة ، فإن كان له ولد وقت ابرامه الهبة ، ثم رزق ولدا آخر بعد الهبة ، لم يكن هذا عذرا مقبولا للرجوع ، لأنّ الواهب عند ابرامه الهبة أثر الموهوب له على ولده ، فلا يجوز له إذن بعد ذلك الرجوع حتى لو زاد عدد أولاده .

و يأخذ الجنين حكم الولد إذا ولد حيّا ، فيعتبر عذرا مبررا للرجوع بشرط ألا يكون الواهب وقت ابرامه عقد الهبة يعلم بوجوده ، أو كان يظن أن زوجته عاقر .

- أن يبقى الولد المزداد حيّا إلى وقت الرجوع في الهبة ، فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في هبته ، زال العذر المبرر للرجوع ، و امتنع على الواهب الرجوع .

- أن يرزق الواهب الولد حال حياته ، فإذا رزق به بعد وفاته ، سقط حق ورثته في الرجوع .

و الملاحظ أنه متى أثبت الواهب قيام هذا العذر ، وجب على القاضي الاستجابة لطلبه و القضاء له بالرجوع في الهبة ، لأن سلطته - و على خلاف العذرين السابقين - مقيّدة .

الحالة الثانية : أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حيّ.

إذا كان للواهب ولد، و لكنه كان يظنه ميتا وقت ابرام عقد الهبة، فقام بهبة ماله بناء على هذا الأساس، عدّ ذلك عذرا مبررا للرجوع ، يجوز بموجبه للواهب استرداد ما وهبه إلى الموهوب له⁽¹⁾.

و عليه ، إذا كان للواهب ولد غائب⁽²⁾ أو مفقود⁽³⁾، و حكم بموته قضائيا، ثم ظهر أنه حيّ يرزق، فإنّ هذا يعدّ عذرا مسوغا للرجوع في الهبة.

هذا ، و لا يتمتع القاضي في هذه الحالة أيضا بأية سلطة تقديرية، فمتى قدم الواهب الدليل على ظهور ابنه حيا بعد أن كان يظنه ميتا وقت ابرامه عقد الهبة ، حكم له القاضي بالرجوع .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ، هو أنه لا يشترط لقيام هذا العذر المبرر للرجوع أن تكون حياته قد تأكدت ، و على الواهب عبء إثبات ذلك.

و خلاصة ما تقدم وفقا لما قرره التشريع المصري و التشريعات التي حذت حذوه (سوريا ، و ليبيا) أنه إذا كان للواهب عذر من الأعذار المنوّه عنها سابقا، أو كان له عذر آخر لم يتم النصّ عليه في القانون، و اقتنع به القاضي، و جب أن يحكم بالرجوع في عقد الهبة، و بالنتيجة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

(1) في هذه الحالة، يحق للواهب الرجوع في هبته لنفس الأسباب التي ذكرناها بمناسبة الحالة الأولى الخاصة بولادة ولد للواهب.

(2) الغائب هو كل شخص منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه ، أو بواسطة ، مدة سنة ، و تسبب غيابه في ضرر الغير.

(3) المفقود هو كل شخص غاب عن موطنه الأصلي و انقطعت أخباره ، بحيث لا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا . فإذا طال غيابه ، أجاز المشرع لذوي الشأن أن يطلبوا من المحكمة استصدار حكم قضائي يقضي باعتباره ميتا و ذلك لرفع الحرج و الضرر عنهم ، فان حكم القاضي بموته انتهت شخصيته القانونية و وزعت أمواله إن وجدت على ورثته ، كما يجوز لزوجه بعد أن تكمل عدة الوفاة أن تتزوج بغيره.

ثانيا : في التشريع الفرنسي .

نصّت المادة 953 مدني فرنسي على أنه : " لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة إلا إذا توافر عذر من الأعذار الثلاثة الآتية :

- 1- حالة عدم تنفيذ الشروط التي تمت الهبة على أساسها ،
- 2- حالة جحود الموهوب له ،
- 3- حالة ولادة طفل للواهب" ، الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع الفرنسي أورد حالات رجوع الواهب في هبته على سبيل الحصر لا المثال ، وهذا ما سأوضحه فيما يلي :

01- حالة عدم تنفيذ الموهوب له الالتزامات التي تمت الهبة على أساسها⁽¹⁾.

يعدّ من الأعذار المقبولة لرجوع الواهب في هبته أن يخل الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف المفروضة عليه بموجب عقد الهبة المبرم بينهما ، سواء كانت الهبة لمصلحة الواهب أو الغير ، كأن يتخلف الموهوب له مثلا عن تنفيذ التزامه المنصوص عليه في عقد الهبة ، و المتمثل في أداء ديون الواهب .

غير أنه في بعض الأحيان ، يكون الموهوب له ملزما بأداء ديون الواهب و لو لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني في عقد الهبة بينه و بين الموهوب له يفيد ذلك ، و هذا باعتباره واضع اليد على الأموال الموهوبة ، إذا كان في عدم تنفيذ هذه الديون فقدان للشئ الموهوب ، مثلما لو كان محل الهبة عقارا مؤمنا عليه⁽²⁾.

هذا ، و يتعين على الواهب اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم قضائي بالرجوع في الهبة استنادا على هذا العذر ، إذ لا يتقرر له ذلك تلقائيا وفقا لمقتضيات المادة 956 مدني فرنسي⁽³⁾.

(1) Ibrahim NAJJAR : Acte à titre gratuit, op.cit, v. p 650 et suivant.

(2) ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة ، المرجع السابق، ص 70.

(3) L'article 956 : (La révocation pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu plein droit).

02- حالة جحود الموهوب له.

- قيدَ المشرع الفرنسي معنى الجحود تقييدا ضيقا ، و حصره في ثلاثة أعمال نصت عليها المادة 955 مدني ، و هي كالآتي :
- أن يعتدي الموهوب له على حياة الواهب .
 - أن يسيء معاملة الواهب إساءة جسيمة أو يرتكب نحوه اهانة جسيمة أو قذفا خطيرا .
 - أن يرفض الانفاق على الواهب .

فإذا ما قبل الموهوب له في الحالة الأخيرة النفقة على الواهب ، امتنع على هذا الأخير الرجوع في الهبة .

و الأصل أن للواهب دون غيره رفع دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود ، إلا أن القضاء الفرنسي أعطى – في بعض أحكامه- لدائن الواهب الحق في رفع هذه الدعوى⁽¹⁾ .

و لقد تعرض موقف القضاء حول هذه المسألة للنقد من قبل بعض الفقه⁽²⁾ ، على اعتبار أن دعوى الرجوع من الدعاوي الشخصية التي تتصل بشخص الواهب و تمسه معنويا ، فيمنع إذن على الغير التمسك بها .

كما لا يجوز لورثة الواهب رفع دعوى الرجوع على الموهوب له بسبب الجحود ، إلا إذا كان الواهب قد رفع هذه الدعوى قبل وفاته ، على انه يجب أن ترفع دعوى الرجوع خلال سنة واحدة من وقت وقوع الفعل الذي يشكل جحودا من جانب الموهوب له أو من وقت علم الواهب بهذا الفعل⁽³⁾ .

(1) T.Civ.Arras : 11/12/1935, D.P 1937.

(2) PLANIOL Marcel et RIPERT Georges: Traité pratique de droit civil Français , tome X , contrats civils, Paris, 1956 , p 511.

(3) L'article 957 : (La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit par imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas ,l'action été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé ans l'année du délit.) =

هذا ، و إنّ الرجوع في الهبة بسبب الجحود ليس من شأنه أن يؤثر على التصرفات التي قام بها الموهوب له ، أو على الرهون الرسمية أو على التكاليف العينية على الشيء الموهوب ، بشرط أن تكون هذه التصرفات سابقة على قيد ملخص طلب الرجوع الذي يكون قد وضع على هامش تسجيل عقد الهبة إذا كان محلها عقارا ، أو أن تكون هذه التصرفات سابقة على طلب البطلان إذا كان محل الهبة منقولاً⁽¹⁾ .

و يجوز للواهب أن يتنازل عن حقه في رفع دعوى الرجوع بسبب الجحود بعد قيام العذر⁽²⁾، أما إذا تمسك بهذه الدعوى ، فإن المحكمة لا تقضي له بالرجوع للجحود مباشرة ، بل يرجع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يقرر ما إذا كانت أفعال الموهوب له تشكل جحودا موجبا للرجوع في الهبة أو لا؟⁽³⁾

و مما تجدر الإشارة إليه بهذا الصدد ، أنّ الهبات الحاصلة لصالح الزواج لا رجوع فيها بسبب جحود الموهوب له طبقا للمادة 955 مدني فرنسي .

03 - حالة ولادة طفل للواهب⁽⁴⁾ .

يعتبر عذرا مبررا للرجوع في الهبة ، حالة ما إذا ولد للواهب بعد الهبة أولاد ، وعلّة ذلك أن الواهب ما كان ليهب أمواله إلى الموهوب له لو كان له ولد ، أو تصور أنه سيكون له أولاد في المستقبل ، إذ أن هبته لم تتم إلا لكونه عديم الأولاد .

= Flour.J et sauleau.H: Droit Civil , libéralités, Paris 1982, n°181 , p116.

- Cass.Civ : 22/11/1977, D 78 , IR , p241.

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 958 مدني فرنسي.

⁽²⁾ قبل قيام عذر الجحود، لا يجوز للواهب أن ينزل عن حقه في الرجوع في الهبة ، لان دعوى الرجوع في الهبة للجحود تتعلق بالنظام العام، ومن تم لا يستطيع الواهب التنازل عن التمسك بها قبل قيام الواقعة التي تشكل الجحود.

- Cass.Civ :22/11/1977-Bull.Civ.I-N 431, D 78-IR-241-Obs.Martin.

⁽³⁾ Cass.Civ : 13/12/1965- précité.

⁽⁴⁾ Pour plus de précision voir : Ibrahim NAJJAR : Actes à titre gratuit , op.cit , p 874 et suivant.

و لقد أكدت على هذا العذر المادة 960 مدني فرنسي بنصها على ما يلي : " كلّ الهبات التي تمت من أشخاص ليس لهم أولاد و لا عقب شرعي على قيد الحياة وقت إبرام الهبة ، مهما كانت قيمة هذه الهبات ، و بأيّة صورة كانت ، سواء كانت متبادلة أو بعوض ، بل حتى لو كانت قد حصلت لصالح الزواج ، إلا ما كانت من الأصول للزوجين أو من أحد الزوجين للآخر ، كل هذه الهبات تبطل من تلقاء نفسها بميلاد ولد شرعي للواهب ، و لو كانت ولادته بعد وفاة الواهب ، أو بالاعتراف بولد غير شرعي من زواج لاحق بشرط ولادته حيا بعد الهبة " .

و طبقا لنصّ هذه المادة ، يتقرر حق الواهب في الرجوع عن هبته في هذه الحالات تلقائيا دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بالرجوع .

و خلاصة لما تقدم حول مسألة اشتراط العذر في الواهب لممارسة حقه في الرجوع في هبته من عدمه ، أرى أنّ الموقف الذي تبناه مشرعنا مشايعة للرأي الفقهي الغالب ، هو الأقرب للصواب ، و الذي مفاده جواز رجوع الأبوين دون سواهما في هبتهما لولدهما متى أرادا ذلك ، لأيّ عذر يقدرانه بنفسيهما دون رقابة من طرف القاضي ، و ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع التي سأتناول بيانها في المبحث الثاني من هذا الفصل ، و ذلك لقوة أدلتهم ووجاهتها .

المبحث الثاني :

موانع الرجوع في عقد الهبة

إنّ تناول موانع الرجوع في عقد الهبة يستلزم بيانها في الفقه الإسلامي في مطلب أول ، ثمّ في التشريع في مطلب ثان.

المطلب الأول : موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي

سأعرض في هذا المطلب موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية في فرع أول ، ثمّ أحدد هذه الموانع عند جمهور الفقهاء في فرع ثان .

الفرع الأول : موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية⁽¹⁾.

موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة ، تجمعها عبارة (دمع خزقة) ، فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، و الميم للموت، و العين للعوض، و الخاء لخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ، و الزاي للزوجية ، و القاف للقرابة ، و الهاء للهلاك . و سأتولى شرح هذه الموانع بالتفصيل تباعا.

أولا : مانع الزيادة المتصلة في نفس العين.

يرى الحنفية أنّ زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة ، و من تمّ يمتنع الرجوع فيها عن طريق القضاء حتى لو وجد عند الواهب عذر يجيز له الرجوع في الهبة.

(1) انتظم الحنفية موانع الرجوع في الهبة في بيت الشعر القائل:

" و منع الرجوع في حصول الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقة".
- و يقول الرملي : قد نظم ولدي العلامة الشيخ الإسلام محي الدين ، فقال:
منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض
و خروجها عن ملك الموهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

- يراجع أنس عبد الواحد صالح الجابر/ أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص245.

و تعتبر هذه الزيادة مانعا من موانع الرجوع في الهبة سواء كانت بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره، و سواء كانت الزيادة متولدة عن الشيء الموهوب أو غير متولدة عنه⁽¹⁾ .

على أنه يجب التفرقة بين الزيادة المتصلة و المنفصلة ، فيقصد بالأولى تلك الزيادة التي تزيد في قيمة الشيء الموهوب ، و لا يمكن فصلها عنه لأنها متصلة به ، سواء كانت متولدة عن الشيء الموهوب نفسه كالزرع و النبات ، أو الدقيق و الخبز ، أو لم تكن متولدة منه كالبناء أو غرس الأشجار على الأرض الموهوبة و غيرها . أما الزيادة المنفصلة فهي زيادة تزيد من قيمة الشيء الموهوب ، لكنها لا تمنع من الرجوع في الهبة ، لأنه يسهل فصلها عنه ، فيحتفظ الموهوب له بالزيادة و يرد الأصل ، أي الشيء الموهوب إلى الواهب .

و يجب أن تكون الزيادة في نفس العين الموهوبة ، فإن كانت الزيادة في قيمتها بأن ارتفع ثمن الشيء الموهوب ، فإن ذلك لا يمنع الرجوع⁽²⁾ .

هذا ، و إذا زال مانع الزيادة ، عاد حق الرجوع في الهبة إلى الواهب ، كما إذا كانت الزيادة بناء فتهدم أو غرسا فقلع ، فهنا يعود للواهب الحق في الرجوع في الأرض الموهوبة ، و ذلك لأنه إذا زال المانع تبدل الحكم⁽³⁾ .

و يعود السبب في اعتبار فقهاء الحنفية الزيادة المتصلة التي تزيد من قيمة الشيء الموهوب مانعا للرجوع في الهبة إلى أن الهبة مع الزيادة أصبحت غير الهبة التي وهبها الواهب، و إلى أن من يملك شيئا ملك نماءه تبعاً له ، لأنّ النماء ناشئ عن ملكه ، و من تمّ تكون الزيادة المتصلة المتولدة ملكا خالصا للموهوب له ، ليس للواهب فيها شيء ، سواء كانت متولدة أو غير متولدة عن الشيء الموهوب ، فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع ، لأنّ الرجوع في أصل الشيء الموهوب لا يلحق بالموهوب له أيّ ضرر بحيث يجوز للموهوب له أن يحتفظ بالزيادة و يرد الشيء الموهوب⁽⁴⁾ .

(1) د.بدران أو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 246.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 195.

(3) تجسد هذا الحكم القاعدة الأصولية التي تقضي بأن : " الحكم يدور مع علته وجودا و عدما" .

(4) ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة، المرجع السابق ، ص 72.

وقد يختلف الواهب و الموهوب له حول هذا المانع ، فإذا أنكر الواهب وجود الزيادة المتصلة المتولدة عن الموهوب له ، كان القول قوله ، أما إذا كانت الزيادة متصلة و غير متولدة عن الشيء الموهوب كالبناء و الخياطة و نحو ذلك كان القول قول الموهوب له⁽¹⁾.

هذا ، و إنّ نقصان العين الموهوبة عند الحنفية لا يمنع من الرجوع في الهبة، لأنّ الرجوع في هذه الحالة يعتبر رجوعاً في بعض الشيء الموهوب، و رجوع الواهب في بعض الشيء مع بقائه بكماله جائز، فكذا رجوعه مع نقصانه لعدم الفارق⁽²⁾، و مثال ذلك إذا كانت الهبة داراً فهدمت، جاز للواهب الرجوع في الأرض التي كانت مشيدة عليها الدار، و تبعاً لذلك يكون ضمان النقص على الواهب لا على الموهوب له، سواء كان النقص بفعل الموهوب له أو بدون فعله.

ثانياً : مانع موت أحد المتعاقدين.

يفرق فقهاء الحنفية بخصوص هذا المانع بين فرضين : أولهما موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، و ثانيهما وفاة أحدهما بعد القبض .

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، لان الهبة عندهم لا تتم و لا تلزم إلا بالقبض الذي بموجبه ينتقل الملك إلى الموهوب له ، و عليه إذا تخلف القبض في الهبة كانت باطلة .

أما إذا مات أحد المتعاقدين بعد القبض ، فإنّ الهبة تصبح لازمة بعد أن كانت غير لازمة ، و يعتبر الموت عندئذ مانعاً من الرجوع⁽³⁾ .

و يبرر الحنفية امتناع الرجوع في الهبة بسبب موت الواهب أو الموهوب له بعد القبض بالأسباب التالية :

(1) د.وهبة الزحيلي/ الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 5، الأحوال الشخصية، ط 4، دار الفكر المعاصر، دمشق، ص 407.

(2) د.حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 188.

(3) لقد اتفق المالكية و الحنفية و الشافعية مع الحنفية حول هذا المانع.

- أن حق الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب، و من تمّ يرجع له وحده تقدير استعمال هذا الحق من عدمه بحسب المبررات التي يراها هو شخصيا، و ما دام لم يرجع في هبته قيد حياته اعتبر راضيا تمام الرضا بما وهب، و بموته يمنع الرجوع من طرف الوارث الذي لا يعتبر واهبا ، لأنه لم يوجب الملك للموهوب له ، فكيف له أن يرجع في ملك لم يوجبه؟⁽¹⁾

- أن حق الرجوع مجرد خيار كخيار الشرط و الرؤية ، فلا يورث .

- أن الملك ينتقل إلى الورثة بموت الموهوب له ، و هذا الانتقال يمنع الواهب من الرجوع ، لأن العين الموهوبة انتقلت بطريق الإرث لا الهبة .

- أن تبديل الملك كتبديل العين ، فيصير الشيء الموهوب بعد الموت كأنه عين أخرى ، فلا يكون للواهب عليها من سبيل⁽²⁾ .

ثالثا : مانع أخذ الواهب عوضا عن هبته.

يقصد بالعوض المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب نظير هبته ، و عليه إذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته ، و قام هذا الأخير بقبض العوض ، امتنع على الواهب أن يرجع في هبته ، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها "⁽³⁾ أي ما لم يعوض عنها ، و لان قصد الواهب من هبته الوصول إلى عوض ، فإذا وصل ، فقد حصل مقصوده ، و من تم يمنع عليه الرجوع ، سواء قلّ العوض أو كثر ، لعموم الحديث السابق الذي جاء عاما من غير تفريق بين قليل أو كثير.

و عليه ، متى تحقق غرض الواهب من الهبة ، أصبحت لازمة بعد أن كانت غير لازمة، و امتنع على الواهب الرجوع فيها قضائيا حتى لو كان له عذر مقبول يبرر الرجوع .

(1) جاء في تكملة ابن عابدين:(أنه إذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو لم يوجبه، و حق الرجوع مجرد خيار، فلا يورث كخيار الشرط، ولان الشارع أوجبه للواهب، و الوارث ليس بواهب).

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 194.

(3) أخرجه الدار قطني في سننه .

على أنّ الحنفية يشترطون في العوض حتى يكون مانعا من الرجوع الشروط التالية :

- أن يقبل الواهب العوض و يقبضه ، و أن يكون هذا العوض مفرزا إذا كان معينا بنوعه ، و عليه يشترط في العوض ما يشترط في الهبة ذاتها ، فإذا حدد الموهوب له للواهب عوضا ، و لكنه لم يسلمه اياه ، لم يصلح عوضا إلا بقبضه ، و إن عوضه تمرا على شجر ، فإنّ العوض لا يكون صحيحا إلا بفرزه و اقباضه.

- ألا يكون العوض بعض الشيء الموهوب ، أي ألا يقطع الموهوب له جزء منه ليعوض به الواهب ، فإذا عوض الموهوب له الواهب بجزء من الشيء الموهوب لم يكن ذلك عوضا ، و عليه يجوز للواهب الرجوع عن هبته، و مثال ذلك أن يهب شخص دارا لآخر، فيعوضه هذا الآخر بحجارة منها.

- أن يعلم الموهوب له الواهب بأن ما قدمه له يعتبر عوضا مقابل الهبة ، كقوله : " خذ هذا الشيء عوض هبتك أو بدلها أو في مقابلها أو نحو ذلك " ، فان لم يفعل ذلك عدّ تصرفه هبة مبتدأة يجوز لكلا الطرفين الرجوع فيها⁽¹⁾.

- أن يشمل العوض كل الشيء الموهوب ، لأنه إذا كان عوضا عن بعض الشيء الموهوب فقط ، جاز للواهب أن يرجع في هبته في الجزء المتبقى الذي لم يعوض عنه⁽²⁾.

رابعا : مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له.

من موانع الرجوع في الهبة التي ذكرها الحنفية كذلك خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له بأيّ سبب من الأسباب الناقلّة أو المسقطّة للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإبراء و نحوها.

(1) د. حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص120، 121.

(2) د. حسن محمد بودي/ نفس المرجع ، ص 190 هـ 2.

و عليه ، إذا أخرج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه و سلمه للغير ، سقط حق الواهب في الرجوع حتى لو عاد الشيء الموهوب بعد ذلك إلى ملك الموهوب له بسبب آخر كالارث مثلا ، و ذلك لعدم زوال المانع من الرجوع⁽¹⁾ .

و يبرر الحنفية النصّ على هذا المانع بأن الملك يتجدد سببه ، و هو التملك ، و بتبدل الملك يمنع الرجوع كتبدل العين الموهوبة ، فلو وهب الواهب عينا لم يكن له أن يرجع في عين أخرى .

ولكي يعتبر تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب مانعا للرجوع في الهبة ، لابدّ من توافر الشروط التالية :

- أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا يزيل الملك بأيّ من الأسباب الناقلة أو المسقطّة للملكية .

- أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا⁽²⁾ ، فإن كان التصرف غير نهائي لم يسقط حق الواهب في الرجوع .

- أن يتصرف الموهوب له في جميع الشيء الموهوب و ليس في جزء منه فقط ، فإذا تصرف في بعض منه ، جاز للواهب أن يرجع في الجزء الباقي ، و ذلك لانتفاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي ، و لان الامتناع عن الرجوع يجب أن يقدر بقدر المانع .

- أن يكون خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له خروجا كلياً، كأن يهب شخص لآخر شاة فيضحى هذا الأخير بها ، فلا يكون للواهب أن يرجع في هبته بأن يأخذ لحمها لأنّ الشيء الموهوب خرج عن ملكه كلية .

(1) أنس عبد الواحد صالح الجابر/ أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني، المرجع السابق، ص 247.

(2) يقصد بالتصرف النهائي ذلك التصرف الذي يترتب عنه خروج المال الموهوب عن ملك الموهوب له و انتقال ملكيته إلى الغير بصفة نهائية كتسجيل البيع و شهره في المحافظة العقارية إذا كان الشيء الموهوب المتصرف فيه عقارا .

خامسا : مانع الزوجية.

يذهب فقهاء الحنفية إلى القول بامتناع الرجوع في الهبة إذا كانت صادرة من أحد الزوجين للآخر⁽¹⁾ ، ويشمل هذا المنع هبة الزوج لزوجته ، أو الزوجة لزوجها دون تفريق .

و يشترط لتحقيق هذا المانع أن تكون الهبة صادرة من أحد الزوجين للآخر بعد قيام الزوجية ، و العبرة في ذلك بإبرام الزواج الصحيح لا بالدخول بالزوجة شرعا⁽²⁾ ، و منه إذا صدرت الهبة بعد إبرام عقد الزواج و لو لم يحصل دخول ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته لزوجه ، و يتحقق هذا المانع حتى لو وقع الطلاق بينهما .

أما إذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئا قبل انعقاد عقد الزواج ، جاز له أن يرجع فيما وهب و لو بعد انعقاد الزوجية بينهما ما لم يوجد مانع آخر للرجوع⁽³⁾ ، و من تم تخرج الهبة التي تصدر من الخاطب لخطيبته من هذا المنع ، فيجوز للخاطب إذن الرجوع فيما أهداه للخطيبة طالما لم يوجد عقد زواج بينهما ، بل يجوز الرجوع حتى لو تزوجها بعد ذلك ، لأن المنع مقصور على الهبة التي تصدر أثناء الزوجية⁽⁴⁾ .

و عليه، متى صدرت الهبة وقت قيام الزوجية على النحو المبيّن أعلاه ، يمتنع على الواهب الرجوع فيها حتى لو كان الرجوع بعد انقضاء الزوجية بالطلاق أو الوفاة⁽⁵⁾ .

(1) يتفق الحنفية مع جمهور الفقهاء في عدم جواز رجوع الزوج فيما وهب لزوجته مطلقا ، و في هذا يقول ابن قدامة : " ما وهب الزوج لامرأته لا رجوع فيه بالاتفاق " .

- يراجع ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة، المرجع السابق، ص 77.

(2) أنور طلبة/ العقود الصغيرة: الهبة و الوصية ، المرجع السابق، ص 106.

(3) يمتنع الرجوع عند صدور الهبة وقت الزوجية لان غرض الواهب من الهبة أنذاك يكون الإحسان ، على خلاف الهبة قبل انعقاد الزوجية الذي يكون غرض الواهب فيها عادة الوصول إلى عوض مادي ، فإذا لم يعوض كان له أن يرجع .

(4) د.كمال حمدي/ المواريث و الهبة و الوصية ، المرجع السابق، ص 174.

(5) الملاحظ أنه إذا انتهت الزوجية بالوفاة ، قام مانع آخر للرجوع في الهبة، وهو موت أحد المتعاقدين، و في هذا الصدد يراجع ما سبق إيضاحه بصفحة 93 من هذا البحث.

هذا ، و يبرر الحنفية قيام هذا المانع بالأسباب التالية :

- توثيق عرى الزوجية ، و تحقيق السكن و ترسيخ قواعد المحبة أثناء قيام الرابطة الزوجية و بعد زوالها بالطلاق عملا لقوله تعالى مخاطبا الأزواج و أولياءهم : " و أن تعفوا أقرب للتقوى ، و لا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير"⁽¹⁾ .

- أنّ غرض الواهب من الهبة أثناء انعقاد الزوجية قد تحقق بمجرد صدور الهبة .

- أنّ في اجازة الرجوع في الهبة بين الزوجين ايقاع للعداوة و النفرة بينهما .

و يقتصر هذا المنع على الزوجين فقط ، فلا يتعداه إلى اقرباء الزوج أو الزوجة .

سادسا : مانع القرابة المحرمة.

يقصد بالقرابة المحرمة كل قرابة دم بين اثنين أو اثنتين ، تحرم زواج احدهما بالآخر كالأبوين و الأولاد و الإخوة و الأخوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات ، و هذه الصلة تعتبر مانعا من موانع الرجوع عند الأحناف .

و عليه، إذا كانت الهبة لذي رحم محرم ، امتنع على الواهب الرجوع فيها⁽²⁾، و لقد استدل الحنفية في ذلك على :

- حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها "⁽³⁾، و قوله أيضا : " من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فانه لا يرجع فيها " .

⁽¹⁾ سورة البقرة ، الآية 237.

⁽²⁾ خالف الحنفية جمهور الفقهاء بنصهم على هذا المانع، و ذلك لأن الجمهور ذهبوا إلى جواز الرجوع في الهبة إذا كانت صادرة من الوالد لولده عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا حل للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده " .

⁽³⁾ رواه الحسن عن سمرة مرفوعا عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ورواه الحاكم و الدار قطني .

و صلة الرحم تأخذ حكم العوض في المعنى ، لأن التواصل سبب التناصر و التعاون في الدنيا ، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة ، و الحصول على الثواب في الآخرة ، و هذا أقوى من المال⁽¹⁾.

و يتحقق غرض الواهب من الهبة ، و هو صلة الرحم ، بمجرد صدورها ، إذ ليس في الرجوع في الهبة ما يحقق هذه الصلة ، بل على العكس ، قد يؤدي إلى حدوث القطيعة ، و انفصام عرى المودة بين الواهب و الموهوب له ، و لقد نهى الله عز و جل على ذلك ، يقول تعالى : " فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض و تقطعوا أرحامكم " ⁽²⁾ و أكد ذلك الرسول صلى الله عليه و سلم في الحديث النبوي الشريف : " اتقوا الله و صلوا الأرحام فإنه أبقى لكم في الدنيا و خير لكم في الدار الآخرة " .

و كي يتحقق المانع من الرجوع في الهبة بسبب القرابة ، لابد من اجتماع الوصفين أعلاه : الرحم و المحرومية ، فإذا وجد أحدهما دون الآخر ، جاز للواهب الرجوع ، بمعنى أنه إذا وهب شخص لذي رحم غير محرم كأولاد العم و العممة ، و أولاد الخال و الخالة ، أو وهب لمحرم غير ذي رحم كأخيه أو أخته من الرضاعة ، و أمهات النساء ، و الربائب ، و أزواج البنين و البنات ، جاز للواهب أن يرجع فيما وهب لعدم تحقق المانع من الرجوع .

و عليه ، فإنّ الهبة للمحارم هبة لازمة بمجرد صدورها ، لا يجوز للواهب أن يرجع فيها بغير التراضي مع الموهوب له .

سابعاً : مانع هلاك العين الموهوبة.

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانعاً آخر عند الحنفية ، لا يجيز للواهب أن يرجع في هبته ، سواء كان الهلاك بفعل الموهوب له ، أو بسبب أجنبي عنه كالحريق أو الزلزال و نحوها .

(1) د. جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص 224.

(2) سورة محمد ، الآية 23.

و يقصد بالهلاك : " فناء مادة الشيء و طبيعته على نحو يفوت الغرض المقصود منه أو ينقص من الانتفاع به إما بفعل أحد المتعاقدين أو لسبب أجنبي " (1) .

و يأخذ حكم هلاك الشيء فقده ، أو نقصه ، أو إحداث العيب فيه ، أما الاستهلاك فيراد به : " اخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة " (2) .

و تحولّ الموهوب من حالة إلى أخرى ، كتغير اسمه أو صورته يأخذ حكم الهلاك أو الاستهلاك ، و بالتالي يمتنع على الواهب الرجوع ، ومثال ذلك أن تكون العين الموهوبة قطناً فتصير قماشاً ، أو قطعة من ذهب فتصنع حلياً ، فتغيّر صورة الشيء الموهوب تؤدي إلى زواله (3) .

و لقد فرق الحنفية بين الهلاك الكلي للعين الموهوبة والذي يعد مانعاً من الرجوع ، و بين الهلاك الجزئي الذي يجيز للواهب الرجوع في الجزء الباقي لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الباقي (4) .

و يبرر الحنفية هذا المانع بأن رجوع الواهب أصبح مستحيلاً لانعدام المحل الذي هلك أو استهلك ، و انه ليس للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة الشيء الموهوب الهالك أو المستهلك لعدم ورود العقد عليه ، و أنّ قبض الهبة غير مضمون ، وبالتالي لا يضمن الموهوب له الهلاك أو الاستهلاك لان العين الموهوبة ملك له ، و المالك يكون غير ضامن لما ملك حتى لو وقع التلف بفعله (5) .

و تجدر الإشارة إلى أنه لو ادعى الموهوب له هلاك الشيء الموهوب كان صادقاً و القول قوله و لا يمين عليه ، فإن قال الواهب هي هذه ، حلف المنكر أنها ليست هذه (6) .

(1) د.حسن محمد بودى/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 173.

(2) د.حسن محمد بودى/ نفس المرجع، ص 174.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة، ج5، المرجع السابق، ص 196.

(4) فالامتناع عن الرجوع يقدر بقدر المانع .

(5) د. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص 153.

(6) يراجع ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة، المرجع السابق، ص 75-76.

الفرع الثاني : موانع الرجوع في الهبة عند الجمهور.

يقول جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة بعدم جواز الرجوع في الهبة كمبدأ عام ، باستثناء حالة هبة الوالد لولده ، غير أنهم قيّدوا هذا الاستثناء بعدم وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة على اختلاف بينهم ، و هذا ما سأعرضه .

أولاً : مانع مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخيفاً⁽¹⁾

روى ابن حبيب عن مالك رضي الله عنه قال : " لا يعتصر مريض و لا يعتصر منه " ، و المراد بالمرض المخيف هنا : " هو كل مرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه ، و يغلب فيه الهلاك ، و يتصل به الموت " ، و من تم يشترط في المرض المخيف شرطان :
- أن يكون المرض مما يكثر فيه حدوث المرض .
- و أن يموت الشخص من هذا المرض .

و من الأمثلة التي ساقها الفقهاء لمرض الموت : الفلج ، و الحمى المطبقة ، و الطاعون ، و غيرها من الأمراض المميتة .

و لكي يعتبر المرض المخيف مانعاً يمنع الواهب من الرجوع في الهبة ، يشترط فيه أن يكون طارئاً بعد الهبة ، أي أن تتمّ الهبة وقت صحة الواهب و الموهوب له ، ثمّ يطرأ المرض على أحدهما بعد ذلك .

و ترتيباً على ذلك ، إذا مرض الموهوب له مرضاً مخيفاً ، امتنع على الواهب الرجوع على ورثته لتعلق حقهم بالهبة ، فلا يجوز إبطالها بالرجوع ، و إذا مرض الواهب مرضاً مخيفاً ، فليس لورثته أن يرجعوا على الموهوب له ، لان الوارث قد يكون أجنبياً عن الابن الموهوب له كالزوجة التي تعتبر أجنبية عن ابن زوجها .

هذا ، و إذا زال المرض المخيف عن الواهب أو الموهوب له ، عاد للواهب حقّ الرجوع في الهبة ، و ذلك لزوال المانع .

⁽¹⁾ يمثل هذا المانع المذهب المالكي.

ثانيا : مانع نكاح أو مداينة الموهوب له⁽¹⁾.

يقصد بهذا المانع أنه لا يجوز للأب اعتصار ما وهبه لولده إذا تعلقت بالهبة رغبة لغير الولد ، بأن زوجته أو دايئوه بسبب يسره بالهبة ، فإذا أعطى الأب ولده مالا ، فتزوجته امرأة ليسره بالمال الذي وهبه إياه والده ، فانه في هذه الحالة يمتنع على الأب الرجوع ، و كذا الشأن في حالة ما إذا وهب الأب ابنته مالا ، فتزوجها رجل ، و يرفع من صداقها لغناها و مالها و ما أعطهاها أبوها ، فلا يجوز لأبيها أن يرجع في هبته .

و إذا استحدث الولد دينا يداينه الناس به ، و يأمنوه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه ، فلا يحل لأبيه أن يعتصر المال الذي وهبه إياه بعد أن تكون على الولد ديون .

إذن ، إذا تعلقت حقوق الناس بالهبة، امتنع على الأب الرجوع ، و ذلك لان في تقرير الرجوع إضراراً بذلك الغير الذي تزوج أو دايئ الولد الموهوب له بسبب الهبة مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر و لا ضرار "⁽²⁾.

و يشترط لتحقيق هذا المانع توافر الشروط الثلاثة التالية :

- أن يكون النكاح أو المداينة من أجل يسر الموهوب له بالهبة ، فإن لم يكن كذلك ، جاز للأب الرجوع⁽³⁾.

- أن يتوافر هذا القصد لدى الغير الذي تعامل مع الموهوب له ، و عليه إذا عقد النكاح أو المداينة لغير الهبة ، بأن كانت الهبة قليلة لا ترغّب الغير بالزواج أو المداينة ، أو كان الموهوب له غنيا قبل الهبة ، جاز للأب الاعتصار لزوال المانع .

(1) قال بهذا المانع كل من المالكية و الحنابلة من الجمهور.

(2) رواه ابن عباس رضي الله عنه .

(3) يقول أصبغ المالكي: " إذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة لم تتغير، فله الاعتصار". أشار إلى ذلك: ضريفي الصادق / الرجوع في عقد الهبة، المرجع السابق، ص 81.

- أن تكون الهبة سابقة على تعامل الغير مع الموهوب له بالمداينة أو النكاح ، و من تمّ إذا كان الولد الموهوب له مدينا أو متزوجا قبل ابرام الهبة ، و وهبه والده مالا ، جاز لهذا الأخير الرجوع لعدم توافر العلة من منع الرجوع .

على أنه إذا زال النكاح بسبب الطلاق أو الموت ، و زالت المداينة بسبب قضاء الدين أو الإبراء منه ، فإنه لا يعود للأب الواهب حق الرجوع فيما وهب لولده الموهوب له ، أي أنّ زوال سبب الرجوع لا يعيد للأب الواهب حق الرجوع ، و هذا على خلاف مانع المرض المخيف الذي يصيب الواهب أو الموهوب له و الذي إذا زال عاد بموجبه للواهب الوالد حق الرجوع في هبته لولده⁽¹⁾ . و في هذا روى عيسى عن ابن قاسم : " أنه إذا وهب الرجل بنته فتزوجت ، ثم زال النكاح بوفاء أو طلاق ، لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل بها أو لم يدخل بها"⁽²⁾ .

ثالثا : مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الواهب⁽³⁾ .

يعتبر جمهور الفقهاء إخراج الموهوب له الشيء الموهوب عن ملكه عن طريق البيع أو الهبة أو الرهن أو نحوها من التصرفات الناقلة أو المسقطّة للملكية ، أو إحداث تغيير في صورة الشيء الموهوب مانعا يمنع الواهب من الرجوع في هبته .

و لو زال ملك الموهوب له على الشيء الموهوب ثمّ عاد إليه بسبب جديد كالإرث مثلا ، امتنع على الواهب الوالد الرجوع في الهبة ، لأنّ الملك يكون غير مستفاد منه حينئذ⁽⁴⁾ .

(1) أحيل إلى ما سبق شرحه بصفحة 101 من هذا البحث .

(2) ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة، المرجع السابق ، ص 81.

(3) أخذ بهذا المانع جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة .

(4) د. بدران أبو العينين بدران/ الميراث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 248.

رابعاً : مانع الزيادة في ذات الشيء الموهوب⁽¹⁾.

تعتبر الزيادة في ذات العين الموهوبة سواء كانت الزيادة حسية أو معنوية مانعاً يمنع الواهب الوالد من الرجوع فيما وهبه لولده ، و مثل الزيادة النقصان ، و علة هذا المنع هو أنّ الرجوع في حالة الزيادة يلحق الضرر بالموهوب له ، لأنّ هذه الزيادة لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب ، و أنّ الضرر منهي عنه لقوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار"⁽²⁾ .

أما تغيّر قيمة الشيء الموهوب – زيادة أو نقصاناً- لتغيّر سعر السوق ، فلا يمنع الواهب من الرجوع في هبته ، لأنّ ذات الشيء الموهوب باقية على حالها ، و لأنّ التغيّر وقع في القيمة دون العين ، و عليه يجوز للواهب الرجوع في هبته لانتفاء شرط المانع .

و يسري على هذا المانع ما يسري عليه من شروط و أحكام عند الحنفية فإلى ذلك أحيل⁽³⁾ .

خامساً : مانع الهبة على وجه الصدقة⁽⁴⁾.

إذا أبرم الواهب هبة لابنه فقيراً كان أو غنياً على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب في الآخرة اعتبرت هبته لازمة ، لا يجوز الرجوع فيها إلا عن طريق التراضي مع الموهوب له ، و علة المنع في ذلك تتمثل في أنّ الواهب حقق الغرض الذي كان يصبو إليه بمجرد صدور الهبة ، و هو نيل الثواب ، فنال مقابلاً أدبياً يعادل المقابل المادي الذي يشترط في الهبة بعوض .

⁽¹⁾ نصّ على هذا المانع المالكية و الحنابلة ، و الملاحظ بهذا الصدد ، أن الشافعية لم يعتبروا الزيادة في الشيء الموهوب سواء كانت متصلة أو منفصلة مانعاً من موانع رجوع الواهب في هبته لولده .

⁽²⁾ رواه ابن عباس رضي الله عنهما .

⁽³⁾ تراجع الصفحة 92 من هذه الرسالة .

⁽⁴⁾ أجمع جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة على إقرار هذا المانع للرجوع في الهبة .

سادسا : مانع الحجر على الولد الموهوب له⁽¹⁾.

إذا حجر على الولد الموهوب له لفسه أو افلاس ، امتنع على الواهب الرجوع فيما وهب لابنه ، و ذلك لتعلق حق الغرماء (الدائنين) بالشيء الموهوب ، و لأنّ في اقرار الرجوع اضرارا و ابطالا لحقوقهم⁽²⁾.

أما إذا زال هذا المانع بأن أبطل الحكم بالحجر على الولد الموهوب له لفسه أو أن خرج هذا الأخير من حالة الإفلاس ، عاد حقّ الواهب في الرجوع في هبته .

سابعا : مانع هلاك أو استهلاك العين الموهوبة⁽³⁾.

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانعا من الرجوع في الهبة ، فلا يجوز للواهب أن يرجع على الموهوب له بقيمتها سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً ، و علة ذلك أنّ رجوع الواهب أصبح مستحيلاً لانعدام المحلّ موضوع الهبة الذي هلك أو استهلك .

و الملاحظ أنّ جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة قد خالفوا الحنفية حول حكم الهلاك الجزئي للشيء الموهوب ، فاعتبروه مانعا يمنع الواهب من الرجوع في هبته ، بعكس الحنفية الذين أجازوا الرجوع في حالة هلاك الشيء الموهوب هلاكاً جزئياً في الجزء المتبقي منه ، و إلى ذلك أحيل⁽⁴⁾.

هذا ، و لا يعتبر تصرف الموهوب له في العين الموهوبة عن طريق ايجارها للغير هلاكاً يمنع الواهب من الرجوع ، ذلك أنه يجوز للواهب أن يرجع فيما وهب لابنه ، لأنّ العين الموهوبة لا تزال باقية لم تهلك ، و عليه إذا كان الموهوب له مؤجراً للعين الموهوبة ،

(1) و هو قول الشافعية و الحنابلة .

(2) د. حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص182.

(3) يأخذ بهذا المانع كل من المالكية و الشافعية .

(4) يراجع ما سبق إيضاحه بصفحة 100 من هذا البحث.

و أراد الواهب أن يرجع في هبته ، جاز له ذلك ، لكن بدون إبطال عقد الإيجار الذي أبرمه الموهوب له مع الغير المستأجر للشيء الموهوب ، ومن ثم ينتقل الشيء الموهوب بالرجوع إلى الواهب محملاً بالإجارة إلى حين انتهاء مدتها⁽¹⁾ .

ثامنا : مانع هبة الدين للمدين⁽²⁾

لا حقّ للواهب أن يرجع فيما وهب لابنه إذا كان محل الهبة ديناً للأب على ابنه ، لأنّ هبة الدين إسقاط أي ابراء لا تملك حتى يملك الأب نقل الملكية إليه⁽³⁾ .

و يتمتع رجوع الواهب كذلك إذا كانت الهبة اباحة منفعة بعد استيفائها ، كأن يبيع الواهب لولده استغلال متجر أو دكان مدة معينة ، فيستغله الابن خلال تلك المدة ، فهنا ليس للواهب أن يرجع في ملك المدة التي استغل ابنه فيها العين ، إنما يبقى له الرجوع في العين الموهوبة ذاتها⁽⁴⁾ .

المطلب الثاني : موانع الرجوع في عقد الهبة في التشريع

بعد أن تعرضت بإيجاز في المطلب السابق لرأي الفقه الإسلامي حول موانع الرجوع التي تمنع من ثبت له حقّ الرجوع في الهبة من الرجوع فيها ، سأحاول في هذا المطلب أن أبين موقف التشريع من هذه الموانع .

و لتحليل ذلك ، فإنني سأعرض لموقف التشريع الجزائري من موانع الرجوع في الهبة في الفرع الأول ، ثمّ في بعض التشريعات العربية المقارنة في فرع ثان .

(1) يراجع بهذا الصدد: د.حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 181.

(2) يأخذ بهذا المانع الشافعية و الحنابلة من الجمهور .

(3) يقول النووي بهذا الصدد: " ينبغي ألا يكون للواهب رجوع في العين ، سواء كانت إسقاطاً أو تملكاً ، كما لا يرجع إذا زال الملك عن الموهوب".

- لتفاصيل أكثر، يراجع ضريفي الصادق/ الرجوع في عقد الهبة ، المرجع السابق، ص 83.

(4) ضريفي الصادق/ نفس المرجع ، ص 85.

الفرع الأول : موانع الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نصّ على موانع الرجوع في الهبة في المادتين 211 و 212 منه، فنصّ في المادة 211 على ما يلي: " للأبوين الرجوع في هبتهما 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 أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته " ، و نصّ في المادة 212 من نفس القانون المذكور على ما يلي: " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها " .

يستفاد من نصّ هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري قيّد في المادة الأولى استعمال الوالدين لحق الرجوع في الهبة ، و حصره في ثلاث موانع ، و منع الواهب من حق الرجوع في هبته إذا كانت بقصد المنفعة العامة في المادة الثانية .

و سأحاول أن أحلل هذه الموانع تباعا في أربعة أجزاء.

أولا : الهبة من أجل زواج الموهوب له.

لقد استمد المشرع الجزائري هذا المانع من المذهب المالكي الذي أجاز للوالد الواهب الرجوع فيما وهبه لولده إذا تعلق بالهبة رغبة لغير الولد بأن زوجوه بسبب يسره بالهبة، فإذا وهب الأب ابنه مالا بغية مساعدته على الزواج ، فإنّ حق الواهب في الرجوع عن هبته و استرجاع المال الموهوب من ابنه الموهوب له يسقط حتى و لو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب .

و تعتبر الهبة من أجل زواج الموهوب له مانعا من الرجوع في الهبة منذ صدورها ، ذلك أنّ غرض الأب منها قد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج ، و من تمّ لا مجال لرجوعه فيما وهب لولده بعد أن تحقق غرضه من الهبة.

و عليه ، متى أبرمت الهبة من أجل زواج الولد الموهوب له وقعت لازمة منذ صدورها ، و من تم يمتنع على الواهب الرجوع فيها ، اللهم إلا إذا وقع الرجوع بالتراضي بينه و بين ابنه الموهوب له .

هذا ، و إنّ العبرة في قيام هذا المانع تكون بنية الواهب وقت ابرامه عقد الهبة ، فإن كان ما قدمه الأب لابنه على سبيل العارية مثلا ، كان له أن يرجع فيما أعطى .

ثانيا : الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

إذا وهب الأب لابنه مالا من أجل ضمان قرض اقترضه هذا الأخير ، أو من أجل قضاء دين بأن كان الولد مدينا ، امتنع على الأب الواهب استرجاع المال الموهوب عن طريق الرجوع في هبته لولده .

و يبرر هذا المنع من الرجوع ، بأنّ المال الموهوب أصبح ضامنا للقرض المترتب في ذمة الموهوب له أو للوفاء بدين عليه ، و بأنّ الواهب أصبح بمثابة الكفيل الضامن لهذا القرض أو الدين الذي أبرمت الهبة من أجله .

هذا ، و تكون الهبة لضمان قرض أو قضاء دين لازمة منذ صدورها ، و ذلك لتحقق غرض الواهب منها ، و هو تسديد الدين أو ضمان القرض ، و من تمّ ، لا يجوز له الرجوع فيها ما لم يتراض مع الموهوب له .

و يقع عبء اثبات هذا المانع على الموهوب له ، فإذا ما رجع الواهب في هبته لابنه بموجب عقد توثيقي ، جاز للموهوب له أن يرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة يطالب فيها بإلغاء عقد الرجوع في الهبة بشرط أن يقدم الدليل على وجود الدين أو القرض الذي يدعيه وقت تحرير عقد الهبة ، و أنّ هذا الدين هو الذي من أجله أبرمت الهبة ، فإذا ما تمكن من إثبات ذلك ، وجب على القضاة الاستجابة لطلبه ، و القضاء بإلغاء عقد الرجوع في الهبة لقيام المانع من الرجوع طبقا للمادة 2/211 من قانون الأسرة .

أما إذا لم يتمكن الموهوب له من إثبات المانع ، فإنّ القضاء يكون لصالح الواهب ، و بالنتيجة يرد الموهوب له الشيء الموهوب إلى الواهب إذا لم يكن قد سلمه بعد ، فإن كان قد رده للواهب لا يجوز له استرداده.

ثالثا: تصرف الموهوب له في المال الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه⁽¹⁾ أو غير من طبيعته.

يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 212 من قانون الأسرة أنّ المشرع الجزائري نصّ على عدّة حالات لا تخول الواهب حقّ الرجوع فيما وهب لابنه.

فإذا خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بأن باعه أو وهبه لشخص آخر ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته⁽²⁾، ما لم يزل هذا المانع بعودة الشيء الموهوب إلى ملك الموهوب له ، كما لو فسخ عقد البيع الذي أبرمه هذا الأخير لفائدة الغير أو رجع في هبته ، فزوال سبب المنع يعيد للواهب الوالد حق الرجوع في هبته .

كما يمتنع على الواهب الرجوع في هبته إذا خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بسبب ضياعه ، سواء كان الضياع بفعله ، أو بسبب أجنبي عنه ، و ذلك لأنّ الموهوب له لا يضمن الضياع كونه مالكا للشيء الموهوب ، و لأنّ رجوع الواهب أصبح مستحيلا لانعدام المحل موضوع الهبة الذي ضاع " .

و يمنع أيضا على الواهب الرجوع فيما وهب لابنه إذا ما غير هذا الأخير من طبيعة الشيء الموهوب ، بأن أحدث فيه تعديلات ، و مثال ذلك أن يكون الشيء الموهوب أرضا عارية ، فشيد عليها الموهوب له بناءات ففي هذه الحالة ، يعدّ التغيير مانعا من الرجوع في الهبة⁽³⁾ .

⁽¹⁾ يقصد بالضياع هلاك الشيء الموهوب في يد الواهب مثلما هو منصوص عليه في الترجمة الفرنسية لنص المادة 3/211.

⁽²⁾ قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 330258، الصادر بتاريخ: 2005/05/18، م ب م م ع ، ع 2، س 2005، ص 377 و الذي يقضي بما يلي: " لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب . و لما كان الثابت – في قضية الحال- أن الولد الموهوب له تصرف في الشقة التي وهبها له والده بأن وهبها بدوره لزوجته قبل رفع دعوى الرجوع من قبل الواهب، ومن تم لا يسوغ للأب الرجوع عن هبته طبقا للمادة 3/211 من قانون الأسرة".

⁽³⁾ قرار م ع ، ملف رقم 153622، الصادر بتاريخ 1998/03/11، م م ق ، ع 2 ، س 1997، ص 72 و الذي جاء فيه : " حيث إن المستأنف عليهما أدخلتا على المال الموهوب (الأرض) أعمالا غيرت في طبيعتها و هي بناء مساكن، و حيث =

و تجدر الإشارة في هذا الصدد، أنّ مجرد الادعاء من جانب الموهوب له بخروج الشيء الموهوب عن ملكه لتوافر حالة من حالات المادة 211 من قانون الأسرة المذكورة آنفا غير كاف لمنع الوالد الواهب من ممارسة حقه في الرجوع ، بحيث انه يجب على الابن الموهوب له أن يثبت ذلك فعلا .

فإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو هبة و نحوها، وجب عليه أن يقدم عقدا صحيحا يفيد أنه باع الشيء الموهوب أو وهبه للغير، و أن يكون تاريخ التصرف سابقا لتاريخ رفع دعوى الرجوع أو تاريخ العقد التوثيقي المثبت للرجوع في الهبة حتى لا يعتبر سيء النية، و أنّ تصرفه في الموهوب له كان بغرض افشال دعوى الرجوع و تهريب الشيء الموهوب فقط عن الواهب.

أما إذا ضاع الموهوب من الموهوب له أو هلك ، فعلى هذا الأخير أن يثبت ذلك أيضا عن طريق اثبات الواقعة المادية التي أدت إلى الضياع أو الهلاك بجميع وسائل الإثبات .

و إذا خرج الشيء الموهوب عن الموهوب له بسبب انه غير من طبيعته ، وجب عليه أن يثبت وقوع ذلك التغيير فعلا .

و لقد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2005/09/21⁽¹⁾ بما يلي : " إنّ تناقض قضاة الموضوع في قولهم تارة أن العقار الموهوب وقعت فيه اضافات و توسعات ، و تارة أخرى أنّ المطعون ضدّهما لم يقدم ما يفيد أنهما أنجزا بناء طابقين بالعقار موضوع النزاع بينهما ، كان أولى بهم التأكيد من وقوع تغيير من عدمه ، يعد قصورا في التسبب يستحق النقض " .

= إن المادة 211 من ق.أ تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من الحق في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب من طبيعته مما يسقط حق الواهب في الرجوع عن الهبة و بالتالي فان محكمة الدرجة الأولى وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة و إبطال عقد الرجوع فيها ، مما يتعين على المجلس تأييده على تراتيبه ...".
⁽¹⁾ قرار م ع غ م، ملف رقم: 311085، الصادر بتاريخ: 2005/09/21، م ب ن ق، ع 59، ص 180.

رابعاً : الهبة بقصد المنفعة العامة.

يستفاد من نصّ المادة 212 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه ، أنّ الهبة المبرمة من أجل تحقيق منفعة عامة للمجتمع تعتبر هبة لازمة يمتنع على الواهب الرجوع فيها . فإذا وهب شخص قطعة أرضية للبلدية من أجل انجاز مدرسة ، أو مستشفى أو مسجد أو نحو ذلك من أعمال البر ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته ، و استرجاع الأرض ، لان الغرض من الهبة قد تحقق ، سواء أنجزت البلدية هذه المشاريع أم لم تنجزها .

و لقد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المانع ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 جانفي 1997⁽¹⁾ بما يلي : " من المقرر قانوناً أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها .

و لما كان ثابتاً - في قضية الحال- أنّ قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة ، و ان غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرًا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها ، لأنّ المورث ذكر في شهادة الهبة بأنّ قطعة الأرض ستكون ملكاً للبلدية ، و لم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها " .

و مما يجدر التنويه إليه بهذا الصدد ، أنّ منع المشرع الجزائري الواهب من الرجوع في هبته بقصد المنفعة العامة طبقاً للمادة 212 من القانون السالف الذكر لا يحول دون ممارسة الواهب دعوى فسخ عقد الهبة على أساس اخلال الموهوب له بالالتزامات المترتبة في ذمته بموجب عقد الهبة ، فإذا وهب الواهب مثلاً مبلغاً من المال إلى جمعية خيرية من أجل تشييد مدرسة ، فلم تقم هذه الأخيرة بتنفيذ هذا المشروع جاز للواهب طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الموهوب لها التزاماتها على اعتبار أنها هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط⁽²⁾ ، و لقاضي الموضوع سلطة تقديرية

(1) قرار م ع ، ملف رقم: 116197، الصادر بتاريخ 19/01/1997، م بـ م ق ، ع 2، س 1997، ص 114.

(2) د.محمد بن احمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، المرجع السابق، ص 259.

واسعة في اقرار الفسخ من عدمه دون رقابة من المحكمة العليا على حكمه طبقا للقواعد العامة المقررة في الفسخ⁽¹⁾.

الفرع الثاني : موانع الرجوع في عقد الهبة في التشريعات العربية.

تقرر أغلب التشريعات الوضعية جواز الرجوع في الهبة ، إلا إذا وجد أحد الموانع⁽²⁾ ، و سأبحث هذه الموانع بتقسيمها إلى قسمين : موانع قائمة منذ صدور الهبة ، و موانع لاحقة لصدورها⁽³⁾.

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد إلى أنني سأكتفي بتحليل موانع الرجوع في الهبة في القانون المصري ، كون أغلب التشريعات في البلاد العربية تتفق و أحكامه حول هذه المسألة .

تنص المادة 502 مدني مصري⁽⁴⁾ على ما يلي : " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

- أ. إذا جعل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .
- ب. إذا مات أحد طرفي العقد .
- ج. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .
- د. إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، و لو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .
- هـ. إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.

(1) يراجع نص المواد 119 و ما يليها من ق.م .

(2) يطلق البعض على موانع الرجوع مصطلح " شروط الرجوع" أو " قيود الرجوع" أو "عوارض الرجوع"، غير أنه رغم اختلاف الفقهاء و التشريعات حول هذه التسميات إلا أنها تفيد نفس المعنى، و هو تقييد حق الواهب في الرجوع في هبته عند توافرها ، و أنها مقررة من الشارع الحكيم أو القانون و لا دخل للإنسان فيها.

(3) قال بهذا التقسيم : د.عبد الرزاق احمد السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة ، ج5، المرجع السابق، ص 189.

(4) تطابق هذه المادة في القانون المصري ، المادة 470 مدني سوري ، و المادة 491 مدني ليبي.

و. إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .
ز. إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .
ح. إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر".

يستخلص من نصّ هذه المادة أنّ المشرع المصري قيّد حقّ الواهب في الرجوع في هبته ، و حصره في ثمانية موانع ، أبحثها على النحو التالي :

أولا : موانع الرجوع في عقد الهبة من يوم نشونها.

ترجع هذه الموانع إلى أنّ غرض الواهب من الهبة قد تحقق بمجرد صدورها بالنظر إلى طبيعة الهبة ذاتها، و قد يكون هذا الغرض عوضا دنيويا، أو ثوابا أخرويا، أو برّا بين الزوجين أو صلة للأرحام. و سأعرض هذه الموانع تبعا .

01- موانع الزوجية⁽¹⁾.

تعتبر الهبة بين الزوجين في التقنين المدني المصري لازمة منذ صدورها ، فلا يجوز للواهب أن يرجع فيها بغير رضا الموهوب له ، و ذلك لتحقيق غرض الواهب منها ، و هو توثيق عرى الزوجية⁽²⁾.

و حتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، يجب أن تصدر حال انعقاد الزوجية قبل الدخول الشرعي بالزوجة أو بعده ، و من تمّ فإن الهبة التي يقدمها أحد الخطيبين لآخر قبل قيام علاقة الزوجية بينهما ، يجوز الرجوع فيها وفقا للقواعد العامة المقررة في الرجوع حتى لو تزوج الخطيبان بعدها ، لأنّ هذا المانع يقتصر على الهبة التي تنعقد حال قيام الزوجية فقط .

(1) نصّ على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ د و تطابقها المادتان 470/ د مدني سوري، و المادة 491/ د مدني ليبي.

(2) د. بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 251.

02- الهبة لذى رحم محرم (1).

إنّ الهبة لذى رحم محرم لازمة ، لأنّ غرض الواهب منها ، و هو صلة الرحم ، قد تحقق بمجرد صدور الهبة ذاتها ، و بالتالي ليس للواهب أن يرجع فيها بغير رضا الموهوب له (2).

و يراعى في قيام هذا المانع ، وجوب اجتماع هذين الوصفين : الرحم و المحرومية ، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يمنع الرجوع ، فمن وهب لذى رحم غير محرم كأولاد العمّ و العمّة ، و أولاد الخال و الخالة ، جاز له أن يرجع فيما وهب ، و كذلك يجوز له الرجوع إذا وهب لمحرم غير ذي رحم كأمّ الزوجة و الأخت من الرضاع .

و الملاحظ أنّ المشرع المصري بتقريره لهذا المانع ، يكون قد خالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، و الذين أجازوا الرجوع في الهبة متى كانت صادرة من الوالدين لولدهما (3).

03- الهبة بعوض (4).

إذا قدّم الموهوب له عوضا عن الهبة (5)، أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، أو للمصلحة العامة ، فإنّ الهبة تكون لازمة منذ صدورها ، و من تمّ لا يجوز

(1) نص على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/هـ و تطابقها المادة 470/هـ مدني سوري، و المادة 491/هـ مدني ليبي.

(2) نقض مدني، طعن رقم 544، س49 ق، صادر بتاريخ 1984/12/27، أشار إليه : أنور طلبية / الوسيط في القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ص 381 .

(3) يراجع نقض مدني، طعن رقم 181، س39 ق ، الصادر بتاريخ 1974/10/29، والذي جاء فيه أن : " الهبة لذى رحم محرم من موانع الرجوع فيها وفقا للفقرة هـ من المادة 502 من القانون المدني كنص عام مطلق يسري على هبة الوالد لولده ". أشار إليه : أنور طلبية/ نفس المرجع ، ص381.

(4) نصّ على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ز، و تطابقها المادة 470/ز مدني سوري، و المادة 491/ز مدني ليبي.

(5) أطلق التقنين المدني المصري هذا المانع في الرجوع ليشمل العوض الذي يلتزم به الموهوب له و لو لم يقبضه الواهب فعلا .

للوهاب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له سواء قدم العوض في عقد الهبة ذاته ، أو بعد صدور هذا العقد ، ذلك أن غرض الوهاب منها قد تحقق بأخذ البديل الذي ارتضاه عنها⁽¹⁾ .

و يصح أن يكون العوض المانع من الرجوع في عقد الهبة مقدما من الموهوب له أو من أجنبي ، متى قدمه هذا الأخير للوهاب على أساس انه عوض عن هبته .

04- الهبة صدقة أو عمل من أعمال البر⁽²⁾ .

مؤدى هذا المانع ، أنه إذا كانت الهبة الصادرة عن الوهاب على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب في الآخرة ، امتنع على الوهاب الرجوع فيها ، لأنّ غرضه منها و هو نيل الثواب من الله عزّ و جل في الآخرة قد تحقق بمجرد صدورهما ، فنال مقابلا أدبيا يعادل المقابل المادي الحاصل في الهبة بعوض ، و من تمّ لا مجال لرجوع الوهاب بعد تحقق غرضه من الهبة .

و يلحق بالصدقة أعمال البر، فلا يجوز للوهاب الرجوع في هذه الأعمال ، إذ قد تحقق غرضه من الهبة فيها بنيل الجزاء المعنوي الذي يبيغيه ، و مثال ذلك أن يهب الوهاب جمعية خيرية مالا لتشييد مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك⁽³⁾ .

ثانيا : موانع الرجوع بعد نشوء عقد الهبة.

ترجع هذه الموانع إلى اعتبار حقّ الموهوب له أقوى من حقّ الوهاب في الرجوع ، و هي تعود إما إلى أحد المتعاقدين ، فتشمل موت الوهاب أو الموهوب له ، أو تعود إلى الشيء الموهوب ، فتشمل زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة أو هلاك الشيء الموهوب أو تصرف الموهوب له في العين الموهوبة ، و سأعرض هذه الموانع تباعا .

(1) أنور طلبية/ العقود الصغيرة : الهبة و الوصية ، المرجع السابق، ص 106-107.

(2) نصّ على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/د و تطابقها المادة 470/د مدني سوري و المادة 491/د مدني ليبي.

(3) أنور العمروسي/ العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، المرجع السابق، ص 358.

01- زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة⁽¹⁾.

يستفاد من هذا المانع أنه إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته سواء كانت هذه الزيادة متولدة عنه أو غير متولدة عنه ، و سواء كانت هذه الزيادة بفعل الموهوب له أو بفعل غيره ، لم يجز الرجوع فيها .

و ترتيباً على ذلك ، يتحقق هذا المانع في حالة ما إذا كانت الزيادة في الشيء الموهوب متصلة، أما إذا كانت منفصلة سواء كانت متولدة أو غير متولدة عن الشيء الموهوب ، فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع ، ذلك أن هذا الأخير يمكنه الرجوع في أصل الشيء الموهوب ، دون أن يلحق الضرر بالموهوب له الذي يحتفظ بالزيادة ، و أما نقصان الشيء الموهوب فلا يمنع الرجوع ، و ليس للموهوب له أن يضمن هذا النقص⁽²⁾.

فإن زالت الزيادة المانعة من الرجوع ، فإنه يعود حق الواهب في الرجوع لزوال المانع.

02- موت الواهب أو الموهوب له⁽³⁾.

يفهم من هذا المانع أنّ موت أحد المتعاقدين في عقد الهبة يعتبر مانعاً يمنع الواهب من الرجوع ، فقد تتم الهبة غير لازمة ، و بموت أحد المتعاقدين فيها تصبح لازمة .

فإذا مات الواهب ، امتنع على ورثته الرجوع في الهبة ، لأنّ حق الرجوع حقّ متصل بشخص الواهب ، و لا ينتقل إلى ورثته ، فيرجّح حقّ الموهوب له في هذه الحالة.

(1) نصّ على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ أ و تطابقها المادة 470/ أ مدني سوري، و المادة 491/ أ مدني ليبي.

(2) أ.بدران أبو العينين بدران / المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ، المرجع السابق، ص 249.

(3) نصّ على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ب و تطابقها المادة 470/ب مدني سوري، و المادة 491/ب مدني ليبي.

و إذا مات الموهوب له ، و انتقل الشيء الموهوب إلى ورثته ، لم يجز للواهب عندئذ الرجوع في هبته ، و استرداد الشيء الموهوب من ورثة الموهوب له ، ذلك أن حقهم على الشيء الموهوب قد ثبت بالميراث⁽¹⁾.

03- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب⁽²⁾.

مؤدى هذا المانع أنه إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا بأي سبب من الأسباب الناقلة أو المسقطه للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الابرء ، أصبحت الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة ، و من تم امتنع على الواهب الرجوع فيها ، ذلك أن في تقرير هذا المانع حماية للغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية الشيء الموهوب من طرف الموهوب له .

أما إذا كان التصرف غير نهائي ، بأن فسخ البيع أو أبطل ، عاد للواهب حق الرجوع .

و إن كان التصرف في بعض الشيء الموهوب ، فإن حق الرجوع في الجزء الباقي يبقى قائما لانقضاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي .

04 - هلاك الشيء الموهوب⁽³⁾.

إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بسبب أجنبي أو بسبب الموهوب له نفسه أو بسبب استعماله إياه ، أمتنع على الواهب الرجوع في هبته ، لان الهالك أو المستهلك ملك للموهوب له ، و لان هذا الأخير لا يضمن الهالك أو الاستهلاك ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب ، جاز للواهب الرجوع في الجزء الباقي .

(1) د.كمال حمدي/ المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 174.

(2) نص على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ ج، و تطابقها المادة 470/ ج مدني سوري، و المادة 491/ ج مدني ليبي.

(3) نص على هذا المانع المشرع المصري في المادة 502/ و، و تطابقها المادة 470/ و مدني سوري، و المادة 491/ و مدني ليبي.

هذا ، و إنّ تغيّر حالة الشيء الموهوب كما لو كان سبيكة ذهب فصنعت حليا ، يمنع على الواهب الرجوع في هبته ، لأنّ الشيء الموهوب يعتبر قد زال بتغير صورته⁽¹⁾ .

المطلب الثالث : آثار الرجوع في عقد الهبة

إنّ الرجوع في عقد الهبة سواء تمّ بالتراضي مع الموهوب له أو بالتقاضي عن طريق اللجوء إلى القضاء يترتب عليه بعض الآثار القانونية التي تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير الذي اكتسب حقا على الشيء الموهوب .

و سأطرق إلى هذه الآثار في التشريع الجزائري في فرع أول ، ثمّ في التشريعات العربية المقارنة الأخرى في فرع ثان .

الفرع الأول : آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري.

انتهينا فيما سبق ، إلى أنّ المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام ، غير أنه أقر استثناء للوالدين – دون سواهما- حق الرجوع فيما وهباه لولدهما ، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع .

و إذا كان هذا رأي التشريع الجزائري . فما هي إذن الآثار القانونية التي قد تترتب على رجوع الوالد في هبته لولده ؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري ، نجد المشرع لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة ، لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة إلى الغير المتعامل معهما ، رغم أهمية هذه المسألة ، و مالها من تأثير على حقوق الواهب و الموهوب له و الغير ، بخلاف أغلب التشريعات المقارنة الأخرى التي عالجت آثار الرجوع في عقد الهبة بنصوص قانونية خاصة .

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5 ، المرجع السابق، ص 177.

و لعلّ السبب في سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة هو أنه اعتبر الرجوع حالة استثنائية مخولة للأبوين فقط بارادتهما المنفردة ، و دون التوقف على رضا الموهوب له ، و حتى من دون اللجوء إلى القضاء .

و في غياب نصوص خاصة تنظم آثار الرجوع في عقد الهبة ، تجدر الإشارة إلى انه إذا طرح على القاضي الجزائري نزاع حول مسألة الرجوع في عقد الهبة و الآثار التي تترتب عنه، و جب عليه أن يفصل في النزاع وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة⁽¹⁾، أو عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة على فسخ العقود أو ابطالها⁽²⁾.

و على أية حال ، يترتب على الرجوع في عقد الهبة، اعتبار الهبة كأن لم تكن، فيكون للرجوع عندئذ أثر رجعي، يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة، و من تم يجب على الموهوب له أن يرجع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولاً إلى الواهب جبراً عليه، و حتى بغير رضاه، و من غير اللجوء إلى القضاء لأنه مثلما سبق بيانه فيما تقدم، يجوز للوالد الواهب أن يمارس حقه في الرجوع بمجرد التصريح بهذا الرجوع في الهبة أمام الموثق بارادته المنفردة، ذلك أنه يتعين إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به⁽³⁾، و بالمقابل فانه لا يبقى أمام الولد الموهوب له الذي فقد الشيء الموهوب سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه عن طريق اثبات قيام مانع من الموانع المنصوص عليها

⁽¹⁾ تنص المادة 222 من ق.أ.ج على ما يلي : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- و لقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد هذا الموقف في كل ما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري .
- يراجع بهذا الصدد قرار الم ع غ أ ش مو، ملف رقم: 123051، الصادر بتاريخ 1995/07/25 ، م م ق ، ع 1، س 1996، ص 113، و الذي جاء فيه بأنه: " من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة...".

⁽²⁾ يراجع نص المادة 103 من ق.م.

⁽³⁾ يجوز للواهب أن يرجع في هبته لولده إما عن طريق تحرير عقد رجوع في الهبة توثيقي أمام الموثق بإرادته المنفردة ، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي يقر له بالرجوع .

- و بهذا الصدد يراجع ما سبق شرحه في صفحة 54 من هذا البحث.

في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري ، كما لو تمت الهبة من أجل زواجه ، أو لضمان قرض أو قضاء دين مترتب في ذمته، أو إذا قد تصرف في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو هلك، أو أدخل عليه ما غير من طبيعته.

أما إذا تعنت الموهوب له عن ردّ الشيء الموهوب إلى الواهب ، جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة الشيء الموهوب و التعويض إذا اقتضى الحال ذلك وفقا للإجراءات العامة في رفع الدعوى .

غير أنّ السؤال الذي يثور في هذا الصدد ، هو أنه ما الحكم لو هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد تمام الرجوع في الهبة من جانب الواهب بموجب عقد توثيقي أو حكم قضائي ؟

للإجابة على هذا التساؤل، يجب التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا وقع هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بفعله بعد تمام الرجوع في الهبة ، وجب على هذا الأخير تعويض الواهب ، لأنه ضامن لهذا الهلاك .

الحالة الثانية : إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي ، وقع الهلاك على الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم ، فإن أعذره ، وقع الهلاك في هذه الحالة على الموهوب له طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾.

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد، أنّ الرجوع في عقد الهبة من جانب الواهب يجب ألا يمس بحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له حول الشيء الموهوب، و عليه إذا اكتسب هذا الغير الشيء الموهوب بموجب تصرف نهائي ببيع أو هبة أو وقف أو ابراء و نحوها من التصرفات الناقلة أو المسقطه للملكية،

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 369 من ق.م .

بقي حقه محفوظاً، و لم يسقط عنه، و بالمقابل لم يجز للواهب استرداد الشيء الموهوب ،
وذلك لأنّ الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلاً طبقاً للمادة 211 من قانون الأسرة لقيام
المانع منه ، أما إذا ترتب حق الغير على الشيء الموهوب بموجب تصرف غير نهائي
كحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن وغيرها ، فتسري عليه القواعد العامة في القانون
المدني بوجه عام.

الفرع الثاني : آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريعات العربية.

بخلاف التشريع الجزائري ، نجد معظم التشريعات العربية تنصّ على آثار الرجوع في
عقد الهبة في قوانينها.

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد إلى أنني سأكتفي ببحث آثار الرجوع في
عقد الهبة في التشريع المصري ، كون أغلب التشريعات في البلاد العربية تتفق و أحكامه.

تنص المادة 503 مدني مصري⁽¹⁾ على ما يلي : " يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي
أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.
و لا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ،
و له أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز
في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب " ، و تنص المادة 504 مدني⁽²⁾ ما يلي :
" إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي ، كان مسؤولاً قبل
الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له
فيه أو بسبب الاستعمال.
أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة و هلك الشيء في يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ،
فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك و لو كان الهلاك بسبب أجنبي".

(1) تطابق هذه المادة : المادة 471 مدني سوري، و المادة 492 مدني ليبي.

(2) تطابق هذه المادة : المادة 472 مدني سوري، و المادة 493 مدني ليبي.

و بمراجعة نصّي هاتين المادتين يتضح جليا أن آثار الرجوع في الهبة تنحصر على علاقة المتعاقدين فيما بينهما ، دون أن تنطرق إلى تنظيم هذه الآثار بالنسبة إلى الغير ، و بناء عليه اتجه فقهاء القانون إلى توضيح هذه الآثار على ضوء القواعد القانونية العامة .

إنّ تناول آثار الرجوع في عقد الهبة يستدعي بيانها فيما بين المتعاقدين أولا، ثمّ بالنسبة إلى الغير ثانيا. و أعرض ذلك فيما يلي :

أولا : آثار الرجوع في عقد الهبة فيما بين المتعاقدين.

يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء بالتراضي أو بالتقاضي بعض الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين الواهب و الموهوب له سابينها تباعا .

01 - اعتبار الهبة كأن لم تكن

يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء كان ذلك بالتراضي أو بالتقاضي، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، بمعنى أنّ الرجوع في عقد الهبة يتم بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، و من تمّ رجوع هذين الأخيرين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة .

و يترتب على ذلك ، أن الواهب لا يلتزم بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له إذا لم يكن قد سلمه بعد ، كما يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه .

و عليه و إلى أن تفسخ الهبة ، لا يجوز للواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب قبل الفسخ إذا كان لم يسلمه ، و لا أن يسترده إذا كان قد سلمه ، فإذا استرده بعد أن سلمه بغير التراضي أو التقاضي عدّ غاصبا ، و كانت يده يد ضمان ، و يترتب على ذلك أنّ الشيء إذا هلك بعد استرداده - بفعل الواهب أو بسبب استعمال الشيء الموهوب أو بسبب أجنبي عنه - كان الواهب ضامنا له ، و يجب عليه تعويض الموهوب له ، و لا يجوز في هذه الحالة للواهب أن يدفع مسؤوليته بالضمان عن الهلاك حتى لو أراد

الرجوع في هبته و كان له عذر مقبول لذلك ، لأنّ الرجوع في الهبة يمتنع على الواهب في هذه الحالة لقيام المانع و هو هلاك الشيء الموهوب .

02- ردّ الشيء الموهوب إلى الواهب.

إذا رجع الواهب في هبته بطريق التراضي مع الموهوب له أو بالتقاضي ، التزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب إذا كان هذا الأخير قد سلمه له ، أما إذا لم يكن قد سلمه له ، فلا يلتزم الواهب بتسليم الشيء الموهوب أصلاً .

غير أنه إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد أن تمّ الرجوع في الهبة ، فإن هلك بفعل الموهوب له أو باستهلاكه إياه كان ضامناً لهذا الهلاك ، و يجب عليه تعويض الواهب ، أما إذا هلك بسبب أجنبي ، فإنّ الهلاك يكون على الواهب ، ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم ، و هلك الشيء بعد الإعذار، فالهلاك في هذه الحالة يكون على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة. هذا ، و يقع عبء اثبات الهلاك الذي يمتنع الواهب من الرجوع ، على الموهوب له⁽¹⁾.

03- رجوع الواهب بالثمرات.

تبقى ثمرات الشيء الموهوب ملكاً للموهوب له إلى يوم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي ، لأنّ الموهوب له يعتبر إلى هذا اليوم حسن النية ، فله إذن أن يجني ثمرات ملكه ، و من تم ، فانه لا يسأل عن ردها إلى الواهب.

أما من يوم التراضي على الرجوع في الهبة ، أو من يوم رفع دعوى الرجوع أمام القضاء لعذر مقبول ، فإنّ الموهوب له يصبح سيء النية ، و من تمّ ليس له أن يملك الثمار ، و عليه يجب أن يردّها إلى الواهب من ذلك الوقت.

(1) نقض مدني، طعن رقم 49 لسنة 43 ق ، الصادر بتاريخ 1979/03/13، أشار إليه: معوض عبد التواب/ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 735 ، والذي جاء فيه أنّ: " دفع الموهوب له بهلاك المال الموهوب بما يمتنع معه رجوع الواهب عن الهبة ، يقع عبء إثباته على الموهوب له " .

و لقد تعرض هذا الرأي الذي يعتبر الموهوب له سيء النية من يوم رفع دعوى الرجوع إلى النقد من قبل بعض الفقه⁽¹⁾ كونه غير صائب و لا يقوم على أساس صحيح ، لأنّ القاضي المعروض عليه النزاع قد يحكم للواهب إذا كان له عذر مقبول ، و قد يحكم برفض دعواه إذا لم يكن له عذر مبرر أو وجد مانع من موانع الرجوع ، و لهذا السبب كان من الأجدر اعتبار الموهوب له حسن النية حتى صدور الحكم بالرجوع ، و بالتالي احتفاظ هذا الأخير بالثمرات حتى يتم الحكم بالرجوع ، بمعنى أن يكون رد الثمار من تاريخ الحكم لا من يوم رفع الدعوى .

04- رجوع الموهوب له بالمصرفات.

إذا كان الرجوع في عقد الهبة يترتب التزامات على عاتق الموهوب له ، فإنه يمنحه بالمقابل بعض الحقوق ، بحيث يجوز للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقته من مصرفات على الشيء الموهوب قبل الرجوع من جانب الواهب على النحو التالي :

إذا كانت المصرفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب ضرورية⁽²⁾، كترميم جدار يهدد بانهيار البيت الموهوب ، فإنّ من حق الموهوب له أن يرجع على الواهب بكل المصاريف التي أنفقها .

أما إذا كانت المصرفات نافعة⁽³⁾، كحفر بئر في الأرض الفلاحية محل الهبة ، أو إدخال الكهرباء إلى المنزل الموهوب ، رجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين: قيمة المصرفات التي أنفقها ، أو قيمة ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصاريف .

(1) يراجع بهذا الصدد: د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ، ص 171.

(2) يقصد بالمصرفات الضرورية تلك المصاريف التي ينفقها الشخص للمحافظة على الشيء الموهوب و صيانته لمنع هلاكه أو تلفه.

(3) المصرفات النافعة هي مصاريف مفيدة للشيء الموهوب ، إلا أنها ليست ضرورية ، لأنها غير لازمة للمحافظة على الشيء ، و يترتب على إنفاقها تحسين الشيء بالزيادة في قيمته أو في منفعته.

و قد تكون هذه المصروفات كمالية⁽¹⁾ كتزيين أو تجميل الشيء الموهوب ، أو إضافة ديكورات عليه ، وحكمها أن يتحملها الموهوب له دون أن يكون له الحق في الرجوع على الواهب بقيمتها ، و لكنه يجوز له أن ينزع ما استحدثه في الشيء الموهوب على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ما لم يختر الواهب استبقاءها و دفع قيمتها طبقا للقواعد العامة⁽²⁾.

و للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقرير ما يراه مناسباً بالنسبة إلى هذه المصاريف و له أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة .

و يجوز للموهوب له إعمالاً للقواعد العامة أن يحبس الشيء الموهوب ، و ذلك بأن يمتنع عن تسليمه للواهب حتى يستوفي ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة⁽³⁾.

ثانياً : آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير.

لم يتطرق المشرع المصري و التشريعات العربية التي حذت حذوه لتنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير بنص قانوني خاص ، و من أجل ذلك يتعين إعمال القواعد القانونية العامة في هذا الشأن.

و أمام عدم ورود نصّ يبيّن آثار الرجوع بالنسبة إلى الغير ، عمد الفقه إلى سدّ الفراغ التشريعي ببيان هذه الآثار ، و انقسم في ذلك إلى رأيين ، فذهب جانب منه إلى اعتبار أنّ الرجوع في الهبة يؤدي إلى سقوط الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب بحسن نية قبل الرجوع ، و ذلك طبقاً لمبدأ الأثر الرجعي للرجوع⁽⁴⁾.

(1) المصروفات الكمالية هي التي تنفق لمجرد تزيين الشيء و تجميله على نحو يزيد من تمتع الحائز لها ، كعمل زخارف أو ديكورات بالمنزل الموهوب.

(2) لتفاصيل أكثر ، يراجع د. أنور سلطان/ الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 111.

(3) يراجع نص المادة 246 من القانون المدني المصري.

(4) دجمال الدين طه العاقل/ (الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، المرجع السابق ، ص 70.

غير أنّ هذا الرأي تعرض للنقد باعتبار أنّ الأخذ به يشكل خطورة كبيرة على حقوق الغير حسن النية ، و أنه يهدّد استقرار المعاملات ، فضلا عن أنه قد يؤدي إلى احجام الغير على التعامل مع الموهوب له بشأن المال الموهوب ، و هذا من شأنه أن ينعكس سلبا عليه .

و إزاء هذا النقد ، اتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأنّ الرجوع في عقد الهبة من جانب الواهب يجب ألا يخل بحقوق الغير حسن النية ، و في هذا يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا.

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ببيع أو هبة أو وقف أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية أو المسقطّة لها أصبحت الهبة لازمة ، و امتنع على الواهب الرجوع فيها سواء كان محلها عقارا أو منقولا ، و بالتالي يبقى حق الغير المتصرف له محفوظا و محميا ، و عليه لا يصح القول في هذه الحالة أنّ الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي ، بل الأصح أن يقال أنّ الرجوع في الهبة ممتنع أصلا .

الحالة الثانية : ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا.

كما قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فانه قد يقتصر تصرفه على ترتيب حق عيني فقط عليه ، كحق الانتفاع ، أو حق الارتفاق ، أو حق الرهن .

و إذا رتب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا ، فانه و لعدم ورود النص تطبق القواعد القانونية العامة⁽¹⁾ ، و من تم إذا كان الشيء الموهوب عقارا ، و ترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة ، فلا يسري حق الغير بالنسبة إلى الواهب ، و على هذا الغير أن يرجع على الموهوب له بالتعويض ، أما إذا كان حق الغير قد حفظ قانونا قبل التسجيل ، فإذا كان الغير حسن النية ، أي كان لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ،

(1) تجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد تختلف من تشريع لآخر، حسب ما إذا كان الشيء الموهوب عقارا أو منقولا ، وحسب ما إذا كان الغير حسن النية أو سيء النية.

سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ، أما إذا كان سيء النية ، يعلم بوجود العذر المبرر للرجوع ، و مع ذلك تعاقد مع الموهوب له ، فإنّ حقه لا يسري بالنسبة إلى الواهب الذي يسترد العقار خاليا من حقوق الغير.

أما إذا كان الشيء الموهوب منقولاً ، ورجع الواهب في الهبة بالتراضي مع الموهوب له ، فإنّ الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر على حقوق الغير ، بحيث لا يسترد الواهب المنقول الموهوب إلا مثقلاً بهذه الحقوق ، أما إذا كان الرجوع بالتقاضي ، فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعي حتى بالنسبة إلى الغير ، فيسترد الواهب المنقول خالياً من الحق العيني المترتب للغير ما لم يكن الغير قد حاز حقه العيني و هو حسن النية ففي هذه الحالة تكون الحيابة في المنقول سندا لحق الغير ، و من تم لا يستطيع الواهب أن يسترد المنقول إلا مثقلاً بهذا الحق العيني الذي ترتب للغير⁽¹⁾.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 212.

الباب الثاني

الرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد

يعتبر كلّ من الوصية و الوقف تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد على سبيل التبرع، يتقرب به الإنسان إلى ربّه، و يبتغي به الثواب، و هو صدقة جارية. لكن يحصل كثيرا في الحياة العملية أن يرجع الموصي أو الواقف في تصرفه التبرعي، لذا نجد المشرع الجزائري عالج هذه المسألة و بيّن أحكامها في قانون الأسرة و قانون الأوقاف. و هذا ما سأتناوله بالتحليل في هذا الباب.

الفصل الأول :

الرجوع في الوصية

البحث في الرجوع في الوصية يقتضي مني التعرض لموضوعه على نحو دقيق، و ذلك بتناول ماهية الوصية، ثم بيان أحكام الرجوع فيها. و هذا ما سأحاول تحليله تباعا في مبحثين.

المبحث الأول :

ماهية الوصية

إنّ تناول ماهية الوصية يستلزم مني تعريف الوصية في مطلب أول، ثم بيان كيفية انشائها في مطلب ثان.

المطلب الأول : مفهوم الوصية

لتحديد مفهوم الوصية ، لابدّ من التعرض بداية لتعريفها في فرع أول، ثم تحديد التصرفات الملحقة بها في فرع ثان.

الفرع الأول : تعريف الوصية.

هناك تعريفات فقهية لا حصر لها قدمت لتحديد معنى الوصية، أكتفي بسرد بعضها.

يعرّفها الحنفية بأنها : " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة " ، ويعرّفها المالكية بأنها : " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده" ، و يعرّفها الشافعية بأنها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت " ، و يعرّفها الحنابلة بأنها: " التبرع بالمال بعد الموت ".

والظاهر من هذه التعريفات كلها أنها اعتبرت الوصية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، تنفذ بعد موت الموصي .

فإذا كانت هذه هي التعريفات التي أوردتها المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية. فما هو التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للوصية ؟

نصّ المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على أنه :
" يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة به " ،
الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني ، و انما في قانون الأسرة الجزائري .

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ ، نجد أنّ مشرعنا عالج أحكام الوصية⁽²⁾ ، و وضّح شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات ، و ذلك في المواد من 184 إلى 201 منه .

فعرّف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها : " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، و نص في المادة 190 على أنه :
" للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " .

و المقصود بكلمة " تملك " الواردة في النص ، أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا، أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض.

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة و الذي تمّ تعديله بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، منشور بـ ج ر ج ، ع 15، س 42 ، الصادرة في 2005/02/27.
(2) الملاحظ أن هناك ثلاثة حالات تفضي إلى كسب الملكية و تندرج في مفهوم الوصية ، و هي الوصية الشرعية الاختيارية و هي موضوع دراستي، و ما يلحق بالوصية ، و الوصية الواجبة و هي ما أطلق عليها المشرع الجزائري مصطلح التنزيل، و نظم أحكامه في المواد من 169 إلى 172 من ق.أ .

و المراد بعبارة : " مضاف إلى ما بعد الموت " أنّ أثر التصرف الذي تمّ في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته ، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة⁽¹⁾ .

أما المقصود بكلمة " التبرع " فهو أنّ الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ، و من ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

و قد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد بنص المادة 184 المذكورة أعلاه ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995⁽²⁾ بما يلي : " من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " .

و الملاحظ ، أنّ التعريف الذي جاء به المشرع و أيده القضاء يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ، ذلك أنّ الوصية تشمل التمليك بالمال أو المنفعة ، و تشمل الإسقاطات لتكاليف معينة⁽³⁾ كالإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة⁽⁴⁾ ، كما تشمل جهة من الجهات⁽⁵⁾ كالوصية للمساجد و المستشفيات و الملاجئ و نحوها ، و ليس الوصية للأشخاص المعيّنين بالاسم أو الوصف فقط .

(1) يراجع صفحة 14 من هذا البحث .

(2) قرار م ع غ أش و مو ، ملف رقم: 116375، الصادر بتاريخ 1995/05/02 ، م ب م ق ، ع 1، س 1996 ، ص 108 .

(3) د.مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني/ الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركة ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، 1977م- 1978 م ، ص 195 .

- الإمام محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1409 هـ - 1988 م ، ص 11 .

(4) د. بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها ، المرجع السابق، ص 130 .

(5) د. حسن صبحي احمد / مذكرة في الوصية و الوقف ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1970 ، ص 10 .

- أ. عمر عبد الله / أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الرابعة ، دار المعارف ، الإسكندرية، 1385 هـ - 1966م ، ص 330 هـ 1 .

و وفقا لما سبق ابدأه من ملاحظات ، فإنني أرى مع الدكتور علي علي سليمان⁽¹⁾ أنه يمكن تعريف الوصية كالاتي : " الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت " ، ذلك أن تعريفها بهذا المعنى جامع مانع يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة أو اسقاطا فيه ، و يشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك ، فضلا عن كونه يخرج التبرعات التي تتم حال الحياة .

لقد حاولت في الفرع السابق أن أعرف الوصية ، و سأحاول في هذا الفرع التعرض للتصرفات الملحقة بها .

الفرع الثاني : التصرفات الملحقة بالوصية.

ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها ، و هما : تصرفات المريض مرض الموت ، و التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة . و سأعرض فيما يلي حكم هذين التصرفين تباعا .

أولا : تصرفات المريض مرض الموت.

يجدر بي قبل التعرض لحكم تصرفات المريض مرض الموت أن أعرف بداءة على ضوء رأي الفقهاء المسلمين و اجتهاد المحكمة العليا مرض الموت بأنه ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه ، و يغلب فيه الموت عادة ، و ينتهي بالموت فعلا⁽²⁾ .

(1) تعريف علي علي سليمان ، أشار إليه د. زهدور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 35.

(2) أ. نبيل صقر/ تصرفات المريض مرض الموت : الوصية ، البيع ، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2008، ص 8.

- يراجع - في هذا الصدد - قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم: 33719، الصادر بتاريخ 1984/07/09، م ب م ق ، ع 3، س 1989 ، ص 51 و الذي جاء فيه ما يلي : "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر الى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص" .

نصّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف" .

يستفاد من نصّ هذه المادة ، أنّ المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع ، أيا كانت التسمية التي تعطى له⁽¹⁾ تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و أعطاه حكم الوصية.

فالظاهر من هذه المادة ، أنّ العبرة تكون بالقصد أي بالنية ، و ليس بظاهر العقد أو شكله ، على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع .

و من تمّ ، إذا تصرف الشخص في ماله و هو في مرض الموت ، لم ينفذ تصرفه في حق وراثته إلا باعتباره وصية في حدود ثلث التركة إذا كان التصرف لصالح الغير ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث ، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة ، فلا ينفذ إلا باجازه الورثة الآخرين .

و تسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت بعد موت هذا الأخير بدهاة ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف لأن حق الوارث لا يظهر في الوجود و لا يكون له أثر الا بعد وفاة المورث ، كما و أنّ المرض لا يمكن اعتباره مرض موت الا اذا انتهى بموت صاحبه فعلا⁽²⁾ .

هذا ، و ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 776 مدني على ما يلي : " و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد

(1) كالبيع و الهبة و الإقرار و الإبراء و غير ذلك من التصرفات .

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق) ، ج 9 ، ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص 221.

إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " ، الأمر الذي يستخلص منه أنّ عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن⁽¹⁾.

على أنّ إثبات الورثة لواقعة مرض الموت يعتبر قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس ، بحيث يجوز للمتصرف له أن يضحدها ، و ذلك بأن يثبت أن التصرف الذي نشأ بينه و بين مورثهم معاوضة ، بأن قدم الدليل على انه دفع مقابلاً لما أعطاه إياه المريض ، فيكون عندئذ التصرف نافذاً في حق الورثة شريطة أن يكون المقابل معادلاً لقيمة محل التصرف⁽²⁾.

و بناءً عليه ، إذا صدر التصرف عن الشخص في مرض الموت ، و أثبت وراثته واقعة المرض ، و لم يتمكن المتصرف له من إقامة الدليل على أن التصرف الظاهر هو حقيقة معاوضة ، ترتب على ذلك أن التصرف يكون تبرعاً و يأخذ حكم الوصية⁽³⁾.

و الجدير بالملاحظة في هذا الصدد ، أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت⁽⁴⁾ ، بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص و هو في مرض الموت ، سواء كان ذلك تبرعاً أو معاوضة ،

(1) مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ، فيثبت بالشهادات الطبية غير المشكوك في صحتها و سلامتها ، و بشهادة الشهود، وبتقصي حالة المريض في أيامه الأخيرة ، و بالخبرة الفنية .

في تفصيل هذه المسألة ، يراجع محمودي عبد العزيز/ رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري: التصرف في مرض الموت و التصرف مع الاحتفاظ بالحيازة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، المرجع السابق ، ص 38-39 . و في هذا المعنى ، يراجع أيضاً : أ. نبيل صقر/ تصرفات المريض مرض الموت ، المرجع السابق ، ص 17-18.

(2) نبيل صقر/ تصرفات المريض مرض الموت ، نفس المرجع، ص89.

(3) يراجع نص المادة 3/776 من ق.م .

في إطار ما قضت به المادتان 204 و 215 من ق.أ، يراجع قرار م ع غ أش، ملف رقم 96675، الصادر بتاريخ 1993/11/23، م بالاج ق ل غ أش، عدد خاص، ص302.

(4) علاوة بوتغرار/ التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري: دراسة نظرية و تطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية ، تحت اشراف الدكتور نواصر العايش ، جامعة بن عكنون – الجزائر، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، 2000-2001، ص 52 وما بعدها.

فاعتبر مثلا الهبة الصادرة من المريض و هو في مرض الموت أو في حالة مخيفة وصية تسري عليها أحكامها طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة⁽¹⁾ ، كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف في المادة 215 من قانون الأسرة ، و اعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية مثلما نصت على ذلك المادة 408 من القانون المدني⁽²⁾ بحيث متى أثبت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع ، سارت عليه أحكام الوصية لا أحكام عقد البيع و من تم لم يكن البيع ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة ، إذا كان المتصرف له احد الورثة ، أما إذا تم البيع للغير ، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية و كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع⁽³⁾ .

ثانيا : التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني على ما يلي:
" يعتبر التصرف وصية، و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك " .

(1) قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم:197335، الصادر بتاريخ 16/06/1998، م بالاج ق ل غ أ ش، عدد خاص، ص 281، و الذي قضت فيه بما يلي : " من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية " .
- و نفس القرار كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر عن غ أ ش مو، ملف رقم:219901، الصادر بتاريخ 16/03/1999، و م بالاج ق غ أ ش ، ع خاص ، س 2001، ص 287.
- و ذات المعنى يكرسه قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 229397، الصادر بتاريخ 24/04/2002، م ب م ق ، ع 2، س 2002، ص 387 و الذي جاء فيه ما يلي : " إن القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفا للقانون " .

(2) تنص المادة 408 من ق.م على ما يلي : " إذا باع المريض مرض الموت لوأرث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة .

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " .
- يراجع بهذا الصدد : قرار م ع غ م ، ملف رقم:52156، الصادر بتاريخ 09/07/1990، م ب م ق ، ع 4، س 1991، ص 68.
(3) تنص المادة 209 من ق.أ على ما يلي : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " .

بقراءة هذه المادة ، يتضح لنا أنه إذا عمد المتصرف في حالة صحته لا في مرضه إلى اخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة أو غيرها ، اعتبر تصرفه وصية متى كان للوارث ، و احتفظ بموجبه لنفسه بحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة ، و الانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى⁽¹⁾.

و سأتناول بشيء من التفصيل كل واحد من هذه الشروط فيما يلي :

01-أن يكون التصرف صادرا لأحد الورثة.

يجب أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته كي يأخذ حكم الوصية ، و العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف ، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف و لو لم يكن وارثا وقت التصرف ، و لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة و لو كان وارثا وقت التصرف⁽²⁾.

و يقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه الظاهر بأنه وقع في صورة بيع منجز و أنّ حقيقته وصية ، و بأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه بجميع طرق الإثبات ، و للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في ذلك.

(1) قرار م ع ، ملف رقم 59240، الصادر بتاريخ 1990/03/05 ، م ب م ق ، ع3، س 1992 ، ص 57، و الذي جاء فيه أنه: " من المقرر قانونا انه يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ...".

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة/ حق الملكية، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1967، ص825.

02- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي تم التصرف فيها⁽¹⁾.

يكفي لتحقيق هذا الشرط ، مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف ، و هذه واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة و القرائن ، كأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل الشيء بنفسه أو أنه كان يقوم بتأجيريه باسمه .

03- أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته.

يجب أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع⁽²⁾ بالعين المتصرف فيها لوارثه مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية ، سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا ، كأن يقتصر التصرف على ملكية الرقبة ، أو كان حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المتصرف له .

فإذا توافرت هذه الشروط جميعا ، قامت قرينة قانونية بسيطة على أن التصرف وصية مستترة⁽³⁾، فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطى لهذا التصرف ، غير أنه يجوز للوارث المتصرف له أن يثبت عكس هذه القرينة ، بأن يثبت مثلا أن التصرف في حقيقته بيع ، و ذلك باقامة الدليل على واقعة دفع الثمن ، أو أن يثبت أن حيازة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عارية أو غيرها .

(1) الحيازة وضع مادي بموجبه يسيطر الشخص على شيء أو حق من الحقوق سيطرة فعلية بقصد الظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني ، سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك . على انه تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال تتفق و مضمون الحق ، و عادة ما يباشرها المالك بنفسه .

و الحيازة - بهذا المعنى- تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية ، تختلف عن الحيازة المذكورة في المادة 777 من ق.م كونها تعتبر قرينة ، بموجبها يأخذ التصرف حكم الوصية ، ومن تم حتى لو تصرف المالك في الشيء ، إلا انه يظل مملوكا له و ذلك إعمالا بأحكام الوصية.

- يراجع محمودي عبد العزيز/ رد التحايل على أحكام الميراث ، المرجع السابق ، ص 106-107.

(2) الانتفاع حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير ، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله و الالتزام بالمحافظة عليه، وهو حق مؤقت محدد بحيازة المنتفع، و من تمّ يختلف عن الانتفاع المذكور في المادة 777 ق.م، و الذي يشترط فيه أن يكون لحساب المتصرف نفسه لا لغيره ، و أن يستند إلى مركز قانوني ، إذ لا يكفي مجرد الانتفاع الفعلي بالشيء .

(3) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 74249 ، الصادر بتاريخ 1991/05/28، م ب م ق، ع 2، س 1993، ص 28.

و على أية حال ، فإنّ الفصل في مدى اعتبار التصرف وصية مستترة من عدمه ، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و قناعاته وفق ما يقدم له من أدلة و دفوع .

المطلب الثاني : إنشاء الوصية

اختلف الفقهاء في بيان ما يعدّ ركناً⁽¹⁾ في الوصية و ما يعتبر من شروطها⁽²⁾ تبعاً لاختلافهم في مدى إمكان قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه .

فذهب البعض⁽³⁾ إلى أنّ الصيغة وحدها ركن في الوصية لا تتعقد إلا به و إن انقسموا حول ما إذا كان الإيجاب وحده هو الممثل لركن الصيغة أو أنّ الصيغة تتمثل في الإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له⁽⁴⁾ .

و ذهب البعض الآخر⁽⁵⁾ إلى أنّ للوصية أركاناً أربعة، وهي: الصيغة و الموصي و الموصى له و الموصى به .

و على أية حال ، فإنّ الصيغة هي الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري ، نجدّه يعتبر الوصية تصرفاً صادراً بالإرادة المنفردة ، يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط ، و توافر شروط صحتها المتمثلة في الموصي و الموصى له و الموصى به و الشكل . و هذا ما سأتناوله بالتحليل في الفرعين التاليين .

(1) ركن الشيء هو ما توقف عليه وجود ذلك الشيء ، وكان جزء منه .

(2) الشرط هو ما توقف وجود الركن عليه .

(3) يمثل هذا الرأي المذهب الحنفي .

(4) د. محمد جعفر شمس الدين/ الوصية و أحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) ، الطبعة الثالثة، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان ، 2005، ص 37.

(5) يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة.

- لتفاصيل أكثر، يراجع محمد زكريا البرديسي/ الوصية، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971، ص 10.

الفرع الأول : ركن الوصية (الصيغة).

يتعين قبل التعرض لركن الصيغة في الوصية في التشريع الجزائري أن أنوّه إلى أن الفقه قد انقسم حول هذه المسألة، فذهب جانب منه إلى القول أنّ ركن الصيغة في الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن⁽¹⁾، و ذهب جانب آخر منه إلى أنّ صيغة الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب و القبول معا، فالقبول ركن في الصيغة كالإيجاب تماما⁽²⁾.

و بمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري ، نجده قد أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، و اعتبر الإيجاب وحده محققا للوصية ، أما القبول الذي يصدر عن الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية و ثبوت ملكية الموصى به ، و أنّ هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية ، كما إذا كانت الوصية لجهة عامة ، و ليس لها من يمثلها قانونا، فنصّ صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على أنّ :

(1) من بين الفقهاء المحدثين الذين تبنوا هذا الرأي:

- الإمام محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية، المرجع السابق ، ص12.
- د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1993، ص13.
- د. محمد مصطفى شلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت ، 1402 هـ - 1988م ، ص 27.
- د. احمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص 25.

- د. زهدور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 96.
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية، ج 9، المرجع السابق، ص207-208.

(2) من بين الفقهاء المحدثين الذين أيدوا هذا الرأي:

- د. محمد جعفر شمس الدين/ الوصية و أحكامها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40.
- د.يدران أبو العينين بدران/ الميراث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص132.
- د. محمد كمال الدين إمام/ الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية و تشريعية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، سنة 2002، ص74.
- أ. أحمد أبو الفتح / المعاملات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص59.

" الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، و نصّ في المادة 197 على ما يلي : " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " .

بقراءة نصي هاتين المادتين يتبين لنا أن ايجاب الموصي هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له ، لان الوصية تصرف صادر من جانب واحد و ليست عقدا كالهبة⁽¹⁾، غير أنه و إن كانت تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي ، بل لابدّ أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة⁽²⁾ ، فإذا قبلها ألزمت ، و من تمّ كان الموصى به ملكا له ، و إن ردها بطلت .

و خلاصة ما تقدم ، أنّ القبول شرط لثبوت الملك في الوصية و أنه مرتبط بالإيجاب الذي هو ركن الصيغة . و هذا ما سأتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي :

(1) انظر ص 20 من هذا البحث .

(2) الملاحظ أن القبول المتطلب هنا للزوم الوصية يقع من الموصى له إذا كان معيناً ، فان كان غير معين كأن كانت الوصية لجهة من الجهات كفقراء المدينة ، أو طلاب الجامعة و نحوهما ، فان القبول في هذه الحالة يصدر عن الممثل القانوني لهذه الجهة إن وجد ، فان لم يكن لها ممثل قانوني ، ألزمت الوصية بمجرد موت الموصي بدون توقف على القبول .
- يراجع د. احمد فراج حسين / أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص26.

- Ghaouti BENMELHA :Le droit patrimonial Algérien de la famille : successions, testament, waqf , donation , office des publications universitaires, Alger,1995, P193-194.

أولاً : الإيجاب

بينت فيما سبق ، أن الوصية تصرف تبرعي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي ، استلزم المشرع الجزائري لانعقادها توافر ركن الإيجاب ، فإذا انتفى ، كانت الوصية باطلة .

و يعرف الإيجاب في العقود بوجه عام بأنه التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طالما صادفه قبول⁽¹⁾ .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أنه تطبق القواعد العامة⁽²⁾المقررة في الالتزام بالإرادة المنفردة بوجه عام على ركن الإيجاب في الوصية لعدم معالجته بنصّ خاص في قانون الأسرة ، فيجب إذن أن يصدر الإيجاب من الموصي بنية تبرع واضحة لا لبس فيها ، و أن يفيد انتقال الملك إلى الموصى له بعد وفاته .

و يتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد التملك بعد الموت⁽³⁾ .

فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي ، إذ لا يشترط فيه ألفاظ معينة⁽⁴⁾ ، فيتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الشخص : " أوصيت لفلان بكذا " ، أو يتم بكل لفظ غير صريح في الدلالة لكن يفهم منه إرادة الوصية ضمناً⁽⁵⁾ كقول الشخص : " أعطوا ، أو هبوا ، أو امنحوا كذا لفلان بعد موتي " .

(1) د. أنور سلطان/ الموجز في مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 69.

(2) تنص المادة 123 مكرر من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 على ما يلي: " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير.

و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

(3) د. زهدور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ، ص 65.

(4) محمد زكريا البرديسي/ الوصية ، المرجع السابق ، ص 13.

(5) يراجع نصّ المادة 2/60 من ق.م .

و ينعقد الايجاب أيضا بالكتابة حتى لو كان الموصي قادرا على التعبير عن إرادته بالكلام⁽¹⁾.

كما يجوز أن ينعقد الايجاب بالإشارة المفهومة الدالة على قصد الموصي إذا ما كان هذا الأخير عاجزا عن النطق و غير قادر على الكتابة⁽²⁾.

فإذا كان الموصي من أصحاب العاهات بأن كان أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، فإنه يخضع إلى حكم نص المادة 80 من القانون المدني⁽³⁾ التي تفيد انه إذا استحال على ذي العاهتين التعبير عن ارادته ، تعين له المحكمة وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ، فإذا عين لذي العاهتين مساعد قضائي ، فإن الوصية الصادرة في غياب هذا الأخير بعد قرار المساعدة تكون قابلة للإبطال .

أما إذا لم يستحل عليه بسبب تلك العاهتين التعبير عن ارادته باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، فيمكنه أن يبرم الوصية بشرط أن يدون الموثق في العقد المثبت للوصية حسب الحالة الموانع الموجودة و طريقة التعبير عن الإرادة، و المترجم للإشارات، و اللغة الخاصة إن اقتضى الأمر ذلك⁽⁴⁾.

و إذا كان الموصي مبتور اليدين، جاز للموثق تحرير العقد المثبت للوصية بشرط أن يوضح فيه المانع القاهر اللاحق بالموصي، و يعتبر العقد صحيحا حينئذ بعد أن يمضي عليه الموثق و الشهود فقط.

(1) يراجع نص المادة 1/60 من ق.م.

(2) د. زهدور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص65.

(3) يراجع نص المادة 80 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 .

(4) حمدي باشا عمر / عقود التبرعات : الهيئة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 51.

هذا ، و قد يقترن الايجاب بشرط⁽¹⁾، كما لو أوصى الشخص بثلاث ماله للفقراء بشرط أن يصرف هذا المال في كسوتهم، أو أن يوصي شخص بداره للأخر على أن يقوم هذا الآخر بإسكان قريب الموصي معه في الدار.

و إذا كان الأصل في صيغ التصرفات عموما أن تكون منجزة⁽²⁾، إلا أن الوصية تخرج عن هذه القاعدة ، لان طبيعتها تأبى التجيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة⁽³⁾ إلى أجل لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، بيد أنه لا يوجد مانع يحظر تعليقها على الشرط⁽⁴⁾ ما دامت لا تفيد التمليك إلا بعد الموت ، فإذا تحقق الشرط عدت الوصية قائمة لكنها تبقى مضافة إلى أجل تحقق وفاة الموصي ، و مثال ذلك أن يقول الشخص : إذا نجحت في الامتحان ، ووهب لي والذي البيت الذي اشترطه على نفسه ، فإنني أوصي به لفقراء مدينتي ليكون مأوى لهم ، فالوصية هنا معلقة على شرط واقف و هو تحقق النجاح ، فان نجح الولد و أعطى الوالد ابنه المنزل الذي وعده به فان الابن يصبح مالكا له بأثر رجعي، فتكون الوصية عندئذ صحيحة كونها صدرت على شيء يملكه الموصي ، و لكنها تبقى رغم ذلك مضافة إلى أجل و هو موت الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 199 من ق.أ على ما يلي : " إذا علق الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد انجاز الشرط و إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية و بطل الشرط " .

(2) الصيغة المنجزة هي ما تدل على إنشاء العقد و ترتب آثاره في الحال، كالبيع و الشراء و غيرهما من العقود التي تثبت الملك في الحال.

(3) الصيغة المضافة إلى المستقبل هي ما تدل على إنشاء العقد ، و لكن تؤخر آثاره إلى المستقبل ، كأن يؤجر شخص لآخر داره و يحدد لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة تاريخا معيناً لاحقاً لتاريخ العقد.

(4) الصيغة المعلقة هي ما تدل على ترتيب وجود العقد و على وجود أمر ممكن الوقوع في المستقبل.

(5) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ، ص 66-67.

ثانيا : القبول⁽¹⁾.

بينت فيما سبق ، أن الوصية تتعقد بالإيجاب الصادر من الموصي ، لكن يتوقف نفاذها على موته و على قبول الموصى له .

و القبول في الوصية يتم إما باللفظ الصريح كأن يقول الموصى له : " قبلت الوصية أو رضيت بها" ، أو يتم بالفعل الذي يدل عليه كأن يتصرف الموصى له في الشيء الموصى به تصرفا يدل على الرضا وقبول الوصية كما لو كان الموصى به سيارة فيركبها الموصى له أو يؤجرها .

و لا يشترط أن يصدر القبول من شخص كامل الأهلية ، بل يجوز لمن كان ناقص الأهلية أن يقبل الوصية بنفسه لأنه إنما يقوم بتصرف نافع له نفعاً محضاً يعود عليه بالمصلحة⁽²⁾ ، أما إذا كان الموصى له عديم الأهلية بأن كان صبياً غير مميز أو محجوراً عليه لعته أو جنون وجب أن يصدر القبول أو الرد ممن له الولاية على ماله ، ولياً كان أو وصياً أو قيماً⁽³⁾ .

هذا ، و يجب أن يقع القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي مصراً على وصيته⁽⁴⁾، فلا عبرة بالقبول الصادر أثناء حياة الموصي ، لأن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة، و لأنّ الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيه متى شاء كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

(1) يعرف القبول بأنه تعبير بالموافقة على الإيجاب، و به يتم إبرام العقد، يشترط فيه أن يكون باتاً و متطابقاً مع الإيجاب تطابقاً تاماً .
- يراجع د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، المرجع السابق، بند 111، ص 217.

(2) د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، الميراث و الوصية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004، ص 280.

(3) يراجع نصّ المادتين 81 و 83 من ق.أ .

(4) الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط قبول الوصية فوراً بعد موت الموصي بل أجاز التراخي فيه إلى حين تقسيم التركة ، و ذلك حتى يستوفي الورثة نصيبهم من تركة مورثهم ، لان الوصية مسبقة في الاستحقاق على التركة .

- في تحليل مفصل لمسألة وقت القبول، يراجع: د. كمال حمدي/ المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 194 ، ويراجع أيضاً: د. محمود حسن/ أحكام الوصية بين الشريعة و القانون، مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت، ص 67.

على أنه لا يشترط قبول الموصى له لكامل الشيء الموصى به ، فله أن يقبل بعضا منه و يرفض البعض الآخر فيرده ، ما لم يشترط الموصي في وصيته عدم تجزئة الموصى به ، أو ما لم يكن الموصى به غير قابل للتجزئة ، كما لو كان الموصى به حصانا مثلا ، فلا بد أن يكون الموصى به كاملا و إلا بطلت الوصية⁽¹⁾ .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أنه إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي و قبل أن يصدر منه قبول أو رد للوصية ، فإنّ هذا الحق ينتقل إلى ورثته باعتبارهم خلفا عاما يرث جميع الحقوق التي كان يملكها مورثهم مثلما تنص على ذلك المادة 198 من قانون الأسرة⁽²⁾ .

أما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد و قبل موت الموصي فان الوصية تعتبر باطلة طبقا للمادة 201 من قانون الأسرة⁽³⁾ .

هذا ، و إذا تعدد الموصى لهم في الوصية ، فيقبل البعض دون البعض الآخر ، فمن المفروض أنّ الوصية تنفذ في حق من قبل فقط⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني : شروط صحة الوصية.

الوصية تصرف بالإرادة المنفردة ، لا يكفي لانعقاده صحيحا توافر ركن الإيجاب ، بل لابد من توافر بعض الشروط ليتحقق وجود الوصية و نفاذها ، و هذه الشروط منها ما يتعلق بالموصي ومنها ما يتعلق بالموصى له ، و منها ما يتعلق بالشيء الموصى به .

و سأحاول أن أحلل هذه الشروط تباعا في ثلاثة أجزاء .

(1) د. محمد مصطفى شلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 24.

(2) تنص المادة 198 من ق.أ على ما يلي : " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

(3) تنص المادة 201 من ق.أ على ما يلي : " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، أو بردها " .

(4) د.بن شويخ الرشيد/ الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 12.

أولاً : شروط الموصي .

الموصي هو من أنشأ الوصية بإرادته المنفردة ، و يشترط فيه أن يكون عاقلاً ، بالغاً سنّ الرشد القانوني ، يملك إرادة الاختيار في ابرامه الوصية.

01- سلامة العقل⁽¹⁾ .

نص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة على أنه : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل... " ، و عليه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلاً⁽²⁾ ، فلا تصح إذن الوصية المبرمة من طرف شخص لا عقل له كالمجنون⁽³⁾ ، و المعتوه⁽⁴⁾ ، و الصغير غير المميز⁽⁵⁾ لانعدام ارادتهم و لعدم ادراكهم وتمييزهم لمنافع و أضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها⁽⁶⁾ .

و ترتيباً على ذلك متى أبرم المجنون أو المعتوه أو الصبيّ وصية كانت باطلة بطلاناً مطلقاً ، و لم يترتب عنها أيّ اثر قانوني ، بحيث يبقى الموصى به بعد وفاة الموصي في ملك الورثة باعتباره جزء من التركة ، و لا ينتقل إلى الموصى له .

هذا ، و إنّ العبرة في قيام هذا الشرط تكون بوقت إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي⁽⁷⁾ فإذا ما أبرم الشخص وصية وهو في كامل قواه العقلية بقيت الوصية التي أنشأها صحيحة و نفذت

(1) أجمع الفقه و القانون على اشتراط أن يكون الموصي سليم العقل حتى تتعقد وصيته صحيحة .

(2) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 41111 ، الصادر بتاريخ 1986/05/05 ، غ م ، أشار إليه حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري ، المرجع السابق، ص 207، و الذي جاء فيه أنه: " من المقرر شرعاً و قانوناً بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل... " .

(3) الجنون مرض يصيب الشخص فيؤدي إلى زوال العقل ، و قد يبقى هذا المرض مرافقاً للمريض طيلة حياته و يسمى حينئذ جنوناً مطبقاً ، و قد يجن المريض فترة من الزمن و يفيق أخرى و يسمى جنوناً متقطعاً.

(4) العته مرض عقلي يصيب الشخص بسبب تقدمه في السن أو مرضه لكنه لا يرقى لدرجة الجنون . و المعتوه هو من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، و فاسد التدبير ، إلا انه لا يضرب و لا يشتم .

(5) الصغير غير المميز هو من لم يبلغ 13 سنة طبقاً للمادة 2/42 من ق.م .

(6) يراجع نصّ المادة 1/42 من ق.م .

(7) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 70.

في جانب الموصى له حتى و إن أصيب الموصي بعد صدور الوصية بعارض من عوارض الأهلية و توفي على تلك الحال.

02- الرشد و البلوغ⁽¹⁾.

يقصد بالرشد كمال العقل و تمام الإدراك ، ومنه متى كان الشخص رشيدا غير محجور عليه لسفه⁽²⁾ أو غفلة⁽³⁾ صحت كل تصرفاته ، سواء كانت تبرعا كالوصية أو معاوضة ، فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد ، و لقد حدّد القانون الجزائري سنّ الرشد القانوني بتسعة عشرة سنة في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني .

و البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، و من تم لا تصح الوصية من صبي غير مميز لأنّ الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة و التمييز، و هذا ما أكد عليه مشرنا في المادة 186 من قانون الأسرة باشتراطه أن يكون الموصي بالغا من العمر تسعة عشرة سنة على الأقل⁽⁴⁾.

03- الرضا و إرادة الاختيار.

الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا صادرا بالإرادة المنفردة من جانب الموصي، يجب أن يتوافر فيها عنصر الاختيار الحقيقي مثلها مثل عقود المعاوضة، و عليه حتى تكون الوصية صحيحة يجب أن تكون إرادة الموصي أثناء صدور الايجاب منه خالية من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط أو التدليس أو الإكراه، و إلا وقعت الوصية باطلة لانعدام عنصر الاختيار و الحرية.

(1) لقد اختلف الفقهاء في اشتراط البلوغ لصحة الوصية ، فذهب المالكية و الحنابلة إلى أن البلوغ ليس شرطا لصحة الوصية و اعتبروا وصية المميز صحيحة إذا كانت في وجوه الخير ، بينما ذهب الحنفية و الشافعية إلى أن البلوغ شرط لصحة الوصية ، و من تم لا تصح وصية الصبي و لو كان عاقلا مميزا .

(2) السفه هو المغلوب بهواه ، فيعمل بخلاف موجب العقل و الشرع مع قيام العقل لديه حقيقة .

(3) ذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة فيغيب لسلامة قلبه .

(4) الملاحظ أن التشريعات العربية اختلفت حول اشتراط الرشد من عدمه في الموصي للقول بصحة الوصية ، غير أن المشرع المصري مثلا اتخذ موقفا وسطا، بموجبه قرّب مسافة الخلاف بينه وبين أقوال الفقهاء ، فأجاز وصية من بلغ 18 سنة إذا أدنته النيابة المختصة طبقا للمادة 5 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946.

إذن ، الاختيار و رضا الموصي بالإيصال يعتبر شرطا آخر لصحة الوصية ، إلى جانب توافر شرطي العقل و البلوغ ، و من تمّ فإن انعدام الرضا يبطلها⁽¹⁾ ، فلا تصح وصية المكره⁽²⁾ لفقدان الرضا ، و لا وصية المخطئ⁽³⁾ لغياب الاختيار، و لا وصية الهازل و السكران لانعدام القصد و النية⁽⁴⁾ ، كون الوصايا الصادرة عن هؤلاء الأشخاص تضر وراثتهم ، و تنافي القاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي بأنه : " لا ضرر ولا ضرار" .

هذا ، وانه لا يشترط في الموصي أن يكون مسلما⁽⁵⁾، ذلك أن الوصية عمل من أعمال البر مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة التي جاء فيها " تصح الوصية مع اختلاف الدين" ، فكما تكون الوصية قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه تكون صلة يصل بها الشخص قريبا له أو صديقا عزيزا عليه ، و بالتالي فإنها تصح من المسلم و غير المسلم لمن اتحد معه في دينه ، و لمن خالفه ما دام استوفت الوصية جميع الشروط القانونية اللازمة لانعقادها .

ثانيا: شروط الموصى له.

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح و التيسير ، و لهذا كانت لها صور عديدة ، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص معينين بالاسم و الوصف موجودين عند صدور الوصية أو غير موجودين ، و تارة أخرى تكون لجهة من الجهات .

و حتى تنعقد الوصية صحيحة ، يشترط أن يتوافر في الموصى له - إلى جانب الشروط الواجب توافرها في الموصي و التي سبق لي أن أشرت إليها في بحثي هذا - عدة شروط أتناولها تباعا فيما يلي :

(1) يراجع نص المادة 79 و ما يليها من ق.م .

(2) المكره هو شخص يقع عليه ضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، و على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا .

(3) المخطئ هو من يقع في غلط بحيث يتوهم الأمر على غير حقيقته ، فيبرم على أساسه التصرف .

(4) د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 28 .

- د. أحمد محمود الشافعي/ الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 44.

(5) في تفصيل هذه المسألة يراجع: حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف ، المرجع السابق ، ص 49-50.

01- أن يكون الموصى له معلوما.

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له معلوما و معينا وقت وفاة الموصي، وذلك حتى تنفذ الوصية ، و يسلم الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد قبول هذا الأخير للوصية .

و يقصد بهذا الشرط أن يكون الموصى له معينا تعيينا يستطاع معه تنفيذ الوصية و تسليمه الشيء الموصى به ، أي ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن ازالتها، فإذا كان الموصى له مجهولا ، كما لو أوصى الشخص لطالب من الجامعة ، أو لمحمد و لم يبين لقبه ، كانت الوصية باطلة لأنها تمليك ، و التمليك للمجهول يحول دون تسلمه الموصى به فلا تصح وصيته⁽¹⁾ .

و العلم بالموصى له يكون بذكر اسمه كفلان ابن فلان ، أو بالإشارة إليه كأن يقول الموصي أوصيت لهذا الشخص ، أو لحمل هذه المرأة ، أو يكون بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره ، كأن يقول الموصي أوصيت لمستشفى كذا ، أو لطلبة كلية الحقوق بجامعة كذا ، أو لفقراء قرية كذا...، ففي كل هذه الحالات يكون الموصى له معلوما و متعينا ، و من تم تكون الوصية له صحيحة .

هذا ، و إنَّ العبرة بتعيين الموصى له تكون بوقت وفاة الموصي ، لا بوقت إبرام الوصية لأنَّ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت⁽²⁾، و للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان الموصى له معلوما أو لا ؟ و فيما إذا كانت الجهة الموصى لها مستحقة للايحاء من عدمه⁽³⁾ ؟

02- أن يكون الموصى له موجودا.

حتى تتعقد الوصية صحيحة و نافذة ، يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية ، سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه.

(1) د.محمود حسن/ أحكام الوصية بين الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 97.

(2) يراجع نص المادة 184 من ق.أ .

(3) د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 257.

و يكون تعيين الموصى له - مثلما سبق بيانه - بالاسم أو بالإشارة أو بالوصف، فان تعذر ذلك ، وجب وجوده وقت وفاة الموصي لأنه وقت ثبوت الوصية⁽¹⁾، فإذا لم يكن الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية ، و لا وقت وفاة الموصي ، كانت الوصية باطلة قانونا و شرعا باتفاق جمهور الفقهاء عدا المالكية⁽²⁾، كمن يوصي لمن سيولد لفلان ، ثم مات قبل أن يولد له .

و يعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معيناً في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية ، و تعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة صحيحة ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة ، و التي جاء فيها : " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً... "، الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل و نفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حياً إذا استهل صارخا ، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة .

و الملاحظ أن موقف مشرعنا هذا جاء موافقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء بلا خلاف، و الذي أجاز بالاجماع الايصاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت ابرام الوصية ، و أن يولد حيا ، و انه جاء محققا للانسجام و التوافق التام بين نصوص القانون المدني⁽³⁾ ، و نصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث⁽⁴⁾ و الوصية⁽⁵⁾ بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية و الشخصية .

(1) د. أحمد فراج حسين/ أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ص 74.

(2) المالكية على خلاف جمهور الفقهاء أجازوا الوصية للمعدوم المحتمل وجوده في المستقبل بعد وفاة الموصي و قالوا ببقاء الوصية قائمة ما بقي الأمل في وجود الموصى له قائما و ظاهرا. بل أكثر من ذلك ، أجازوا الوصية للميت بشرط علم الموصي أثناء إبرام الوصية بموت الموصى له ، بحيث يصرف الشيء الموصى به في وفاء دين الميت إذا كان عليه ديون، فان لم يكن له ديون ، انصرفت الوصية إلى وراثته ، فان لم يكن له ورثة و لا ديون بطلت الوصية و لم تصرف على بيت المال.

(3) يراجع نص المادة 25 من ق.م .

(4) يراجع نص المادة 134 من ق.أ .

(5) يراجع نص المادة 187 من ق.أ .

هذا ، و لقد سوّى مشرعنا فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر و الأنثى في المادة 187 بنصه على ما يلي : " ... و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس " .

و قد يحصل أن يولد أحد التوائم حيا و الآخر ميتا ، ففي هذه الحالة ، تكون الوصية كلها للحيّ ، أما اذا مات احدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيب المتوفي منهما في الوصية لورثته ميراثا .

03- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك.

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة، غير أن اغفال ذكره له لا يفهم منه اجازة الوصية لمن ليس أهلا للتمليك و الاستحقاق، ذلك أنه و باتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الاستحقاق، ومن تم لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتمليك⁽¹⁾ ، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته لان الموصى له ليس أهلا للملك .

04- ألا يكون الموصى له جهة معصية⁽²⁾.

يشترط في الموصى له ألا يكون جهة معصية ، أي ألا يكون جهة من الجهات المحرمة شرعا و قانونا لأنّ الوصية شرعت أصلا لتكون في سبيل الخير و الصلاح ، يتدارك بها الإنسان ما فاتته في حياته من واجبات تجاه الأقارب و الفقراء و المساكين ، و يزيد بها من حسناته مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم : " إنّ الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم " ، و المعاصي ليست من الحسنات ، و عليه إذا كان الموصى له جهة معصية بطلت الوصية ، لان في تنفيذها إقرارا للمعصية⁽³⁾ .

(1) د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف ، المرجع السابق ، ص 35.

(2) يقصد بالمعصية ما كان محرما في نظر الإسلام سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لا ، كالوصية للمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين ، لان هذه لا تعتبر قريبة في دين المسلم ، فإذا كان الموصى غير مسلم ، فالشرط أن تكون الوصية غير محرمة في شريعة الموصي و الشريعة الإسلامية .

(3) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 67.

و بناء عليه ، لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة معصية حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية للعشيقة ، و لدور اللهو، و لأندية القمار ، و لجماعة الأشرار ، و نحوها .

هذا ، و قد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها ، لكن الباعث على الوصية محرم مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية، و مثال ذلك أن يوصي شخص لعشيقتة بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة به، ففي هذه الحالة ، تكون الوصية تمليكا لمن هو أهل للتمليك ، و لكن الباعث عليها غير مشروع ، و من ثم لا تصح هذه الوصية⁽¹⁾ .

إن ، حتى تنعقد الوصية صحيحة يشترط ألا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة الإسلامية ، و ألا يكون الباعث على إبرام الوصية منافيا لمقاصد الشارع ، و مخالفًا للقانون .

05- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي.

قد يقتل الموصى له الموصي بعد الوصية أو قبلها ، كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ، ثم يوصي هذا الأخير للضارب لأي سبب ، و بعد إنشاء الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق⁽²⁾ .

و لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتبار قتل الموصى له للموصي شرطا لصحة الوصية من عدمه ، بحسب اختلافهم في تحديد طبيعة القتل المانع من الوصية .

فقال الحنفية ببطان وصية الموصى له القاتل و لو أجازها الورثة ، سواء وقع القتل قبل صدور الوصية أو بعدها ، و سواء وقع القتل عمدا أو خطأ ، مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم : " لا وصية لقاتل"⁽³⁾ ، و قوله أيضا : " ليس للقاتل شيء " .

(1) يراجع نصوص المادتين 97 و 98 من ق.م .

(2) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 73.

(3) رواه الدار قطني و البيهقي .

أما الشافعية فقالوا بجواز الوصية للقاتل حتى لو وقع القتل عدواناً، ومن تم لو قتل الموصى له الموصي بعد ابرام الوصية عن عمد استحق الوصية ، لأنّ هذه الأخيرة تملك يفتقر إلى القبول ، فلم يمنع القتل منه .

في حين يرى المالكية و الحنابلة أن الوصية للقاتل صحيحة بشرط أن يعلم الموصي أنّ الموصى له هو الذي قتله ، و رغم ذلك لم يغيّر وصيته ، سواء وقع القتل مباشرة⁽¹⁾ أو بالتسبيب⁽²⁾ .

و إذا كان هذا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية ، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط ؟

بالرجوع إلى القانون الجزائري⁽³⁾ ، نجده نص على هذا الشرط في المادة 188 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً " .

و مؤدى هذه المادة أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصي عمداً⁽⁴⁾ سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالاعدام و تنفيذه أو كان عالماً بالقتل و تدبيره و لم يخبر السلطات المعنية بذلك .

أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه ، فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة و نافذة في حق الموصى له .

(1) القتل المباشر هو القتل بغير حق عمداً كان أو خطأ ، و هو الموجب للقصاص و الكفارة مع الدية .

(2) القتل بالتسبيب هو القتل غير المباشر الذي يكون بحق و بعذر مبرر حتى لو وقع عمداً .

(3) الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي ، فاشتراط قتل الموصى له للموصي عمداً مما يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة .

(4) القتل العمد العدوان هو القتل الذي لا يكون لصاحبه عذر مشروع ، و يقع بغير حق .

و حتى تبطل وصية الموصى له القاتل، يجب أن يكون هذا الأخير عاقلا، وبالغاء، أهلا للمسؤولية الجنائية⁽¹⁾، لأنه إذا كان عديم التمييز و الإدراك كأن كان مجنونا أو معتوها أو صبيا أو فاقدا للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه، فلم يعتبر أن فعله جاء لاستعجال استحقاق الوصية بقتل الموصي، و بالتالي انتفت مسؤوليته الجنائية ، فلم تبطل الوصية في جانبه.

06- ألا يكون الموصى له وارثا.

الوارث هو من استحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصي و لو انتفى عنه سبب الإرث وقت ابرام الوصية باتفاق الفقهاء ، تكون الوصية له صحيحة موقوفة على اجازة باقي الورثة حتى لو كانت في حدود الثلث مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم : " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"⁽²⁾ ، و قوله أيضا : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"⁽³⁾ .

و بناء عليه ، يتضح لنا جليا أنه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى لو لم تتجاوز الوصية حدود ثلث التركة⁽⁴⁾ ، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية و نفذت في حق الوارث الموصى له ، و إن لم يجيزوها بطلت و لم تنفذ ، أما إذا أجازها بعض الورثة و رفضها البعض الآخر، صحت الوصية و نفذت في حصة من أجازها ، و بطلت في حق من لم يجزها⁽⁵⁾ .

(1) يراجع نص المواد: 47، 48، 49 من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08.

(2) رواه الترميدي .

(3) رواه الدار قطني .

(4) قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم: 86039، الصادر بتاريخ 1992/11/24 ، م ب الاج ق ل غ أ ش ، عدد خاص، ص 292، و الذي قضى فيه بما يلي : " من المقرر شرعا و قانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث...".

(5) لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 704.

و يشترط لصحة الإجازة⁽¹⁾ أن يكون المجيز أهلا للتبرع بأن كان بالغاً رشيداً و عاقلاً ، و أن يكون عالماً بما يجيزه ، و أن تحصل الإجازة بعد موت الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و لا تنفذ إلا بعد الوفاة ، فلا عبرة بالإجازة التي قد تحصل حال حياة الموصي لأنه يمكن للورثة الرجوع عن إجازتهم بعد وفاة مورثهم الموصي .

هذا ، و لقد خالف مشرعنا موقف معظم القوانين الوضعية العربية⁽²⁾ التي عمّت الحكم و أجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة ، فنص في المادة 189 من قانون الأسرة على ما يلي : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " و هو بذلك يكون قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به .

و أرى أنّ هذا الاتجاه الذي تبناه القانون الجزائري سليم ، كونه يتماشى و بعض القواعد الفقهية المشهورة و من ذلك قاعدة : " درء المفسد مقدم على جلب المصالح " ، و قاعدة : " الحكم يتبع المصلحة " ، و هو موقف وسط و عقلاني يحقق المصلحة الراجحة بين الموصى له و باقي الورثة ، فمنع الوصية للوارث مطلقاً⁽³⁾ فيه نوع من الظلم تجاه بعض الحالات المشروعة كحالة ما إذا لم يرزق الموصي إلا البنات أو بولد مصاب بعاهة أو مرض مزمن فأراد والده الإيصال له لتأمين حياته و لعلاجه ، أما السماح مطلقاً بالوصية لوارث⁽⁴⁾ من شأنه إثارة الضغينة و الحقد بين الورثة فيما بينهم ، و عليه يعتبر الموقف الوسط الذي اتخذه مشرعنا صائباً متماشياً مع روح نظام الوصية و نظام الإرث في الشريعة الإسلامية .

(1) الإجازة عمل قانوني يصدر بإرادة منفردة من المجيز ، و تصنف من بين التصرفات الضارة بالشخص ضرراً محضاً .

- يراجع في هذا الصدد : مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 122.

(2) وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 37 من قانون الوصية المصري والمادة 477 مدني مصري ، و التي تقابلها المادة 478 مدني سوري، و المادة 479 مدني ليبي، و التي تقضي جميعها بجواز الوصية لوارث و غير وارث بدون إجازة الورثة ما دام لم يجاوز مقدار الشيء الموصى به ثلث التركة.

(3) أخذ بهذا الموقف المشرع المغربي .

(4) أخذ بهذا الاتجاه المشرع المصري .

ثالثا : شروط الموصى به.

بعدما انتهيت من سرد الشروط القانونية الواجب توافرها في الموصي و الموصى له لصحة الوصية ، سأتناول في هذا الجزء جملة من الشروط الأخرى الواجب توافرها في الشيء الموصى به حتى تتعقد الوصية صحيحة و نافذة .

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه و تتحقق مقاصدها به حيال الموصى له ، فهو المال الذي يتبرع به الموصى إلى غيره ، وهو كل ما يقبل النقل بشروط معينة ، قد يكون مالا حقيقيا كالأعيان⁽¹⁾ أو حكما كالمنافع⁽²⁾ أو حقا من الحقوق⁽³⁾.

و حتى تصح الوصية يشترط في الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد ، و أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي ، و أن يكون مالا متقوما و قابلا للتملك ، غير مستغرق بالدين و ألا يزيد عن ثلث التركة .

و الملاحظ أن هذه الشروط بعضها للصحة⁽⁴⁾ و البعض الآخر للنفاذ⁽⁵⁾ ، و هذا ما سأعرض إليه فيما يأتي بشيء من التفصيل .

أ. شروط صحة الموصى به:

يشترط لصحة الوصية في الموصى به الشروط الثلاثة الآتية :

-
- (1) تكون الوصية بالأعيان كما إذا أوصى رجل بداره ، أو بقطعة أرض يملكها .
 - (2) المراد بالمنافع ثمرات الأعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هي مهياة له خلقا أو صنعا ، و مثالها الثمرات المتولدة عن ثمار الأشجار و المحاصيل الزراعية و الأجرة التي تعطى في مقابل الانتفاع بالعين و استعمالها ، و غيرها .
 - (3) الحقوق كأن يوصي الشخص لآخر بحق الارتفاق و المرور و الإيجار ... الخ .
 - (4) شروط الصحة هي الشروط التي لا توجد و لا تعتبر الوصية قائمة إلا بتوافرها .
 - (5) شروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ الوصية إلا بتوافرها .

01- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث و التملك.

لنتعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع و الهبة و غيرها حال حياة الموصي ، لان الوصية تملك ، و ما لا يقبل التملك لا تنشأ به الوصية ، و عليه فإن ما لم يجر فيه الإرث ، و ما لم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به ، كالوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة الخاصة بالدولة ، أو بالأموال المباحة غير المملوكة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون ، و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة .

و لقد نصّ المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي جرى نصها كالآتي : " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " .

و بقراءة هذه المادة ، يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة ، يصح أن يكون محلا للوصية ، فتصح الوصية بكل ما يدخل في ملك الموصي من أموال و حقوق قابلة للتداول و الانتقال بالطرق المقررة قانونا مع استيفاء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها ، سواء كانت هذه الأموال منقولات مثلية ، أو قيمية ، أو عقارات يحوزها الموصي حقيقة أو حكما⁽¹⁾، أو كانت حقوقا مالية⁽²⁾ ، أو عينية⁽³⁾ كحق الارتفاق ، أو حقوقا أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة ، أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة كسكنى الدار و زراعة الأرض و الأبراء من الدين ، و غيرها .

و الملاحظ في هذا الصدد ، أنّ المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين، و مع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية،

(1) تعتبر حيازة الموصي للمال حيازة حكمية إذا كان المال الموصى به في يد أخرى غير يد الموصي ، كالمال الموجود عند المستأجر أو المودع أو المستعير أو المرتهن و غيرهم .

(2) الحقوق المالية هي تلك الحقوق التي تؤول إلى أموال عند فرزها و قبضها ، كحق الشخص في الدين الذي هو في ذمة الغير .

(3) الحقوق العينية ليست في ذاتها أموالا ، لكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب و المجرى و المرور .

و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 196 بنصه على ما يلي : " الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له و تعتبر عمري⁽¹⁾" ، و ما هذا النص إلا تطبيق للقواعد العامة⁽²⁾ التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء أجل الانتفاع المحدد ، و بالنتيجة يترتب على وفاة الموصى له المنتفع عودة حق الانتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية .

02- أن يكون الموصى به موجودا و مملوكا للموصى له عند الوصية.

نصّ المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه ، فأوجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت ابرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات ، و إلا فلا يشترط ذلك .

و عليه ، إذا كان محل الوصية شيئا معيناً بالذات ، كمن يوصي لشخص بسيارته ، فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية ، إذ لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو تملك الموصي السيارة في المثال السابق بعد صدور الوصية ، و مات الموصي على هذه الحال .

أما إذا كان الشيء الموصى به غير معين بذاته ، كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله ، فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية .

هذا ، و لا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق ، أو غير موجود لانعدام المحل ، كمن يوصي بداره الموجودة في مدينة كذا ، ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار .

(1) يقصد بالعمري تملك المنفعة مدى الحياة بغير عوض .

- يراجع د. محمد بن احمد تقية/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، المرجع السابق، ص168.

(2) تنص المادة 852 من ق.م على ما يلي : " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين أجل ، عدّ مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ...".

03- أن يكون الموصى به مالا مقوما وقابلا للتمليك.

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به مالا مقوما في نظر كل من الموصي و الموصى له .

و المال المتقوم هو ذلك المال الذي يصح أن يكون محلا للوصية ، بأن يكون مما يباح الانتفاع به⁽¹⁾ ، فالخمر و المخدرات و الخنزير و غيرها أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي كونها محرمة شرعا ، وبالتالي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين ، غير أنه يصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لبعضهم البعض لأنها متقومة في شريعتهم⁽²⁾.

ب- شروط نفاذ الموصى به :

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به شرطان:

01- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة.

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به أن يكون في حدود ثلث التركة ، فإذا أوصى الموصي بأكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية على اجازة الورثة⁽³⁾ وفقا لمقتضيات المادة 185 من قانون الأسرة و التي جاء نصها كالآتي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد عن الثلث تتوقف على اجازة الورثة " ، و استنادا إلى الحديث الشريف المشهور الذي روي عن سعد بن أبي وقاص

(1) حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات : الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 55.

(2) د. احمد محمود الشافعي/ الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 63.

(3) قرار م ع غ م ، الصادر بتاريخ 1968/02/28 أشار إليه : د. بلحاج العربي/ قانون الأسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 190 و الذي جاء فيه أن: " موافقة الورثة ليس شرطا لصحة الوصية لغير وارث إلا فيما زاد على ثلث التركة ، و أن الوصية ترد إلى الثلث عند انعدام الموافقة " .

- و نفس المعنى يؤكد قرار م ع، ملف رقم: 75589، الصادر بتاريخ 1991/02/24 ، م ب م ق، ع 2، س 1993، ص 62.
- و يراجع أيضا قرار م ع، ملف رقم: 40651، الصادر بتاريخ 1986/02/24، غ م ، أشار إليه: د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الميراث و الوصية ، المرجع السابق، ص 272 هـ 4.

رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : "الثلث و الثلث كثير"⁽¹⁾ ، و لقوله عليه الصلاة و السلام أيضا : " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم "⁽²⁾ .

و عليه يتضح جليا من هذه الأدلة القانونية و الشرعية ، أن الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة ، و الأولى أن ينقص الموصى به عنه و لا يزيد عليه⁽³⁾ .

فإذا تجاوز الموصى به لغير الوارث ثلث التركة ، كانت الوصية صحيحة ، لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الموصي بعد وفاته فيما يتجاوز الثلث ، فإن أظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود ثلثها فقط ، و ليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جبرا عليهم .

أما إذا لم يكن للموصي ورثة ، و تجاوز الموصى به ثلث التركة ، صحت الوصية في حدود الثلث ، و لم تصح في الزيادة التي تؤول إلى الخزينة العامة ، لان مال الموصي في هذه الحالة يعتبر ميراثا للمسلمين و لا مجيز له منهم⁽⁴⁾ .

هذا و إذا أجاز بعض الورثة الزيادة ، و رفضها البعض الآخر ، فان الوصية تنفذ في حق من أجازها ما دام من أهل الإجازة⁽⁵⁾، و تبطل في حق من لم يجزها ، مع العلم أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة⁽⁶⁾ و قبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم، لأنّ هذا الوقت يعتبر وقت استقرار الملك ، وتنفيذ الوصية بعد سداد ديون العباد و حقوقهم .

(1) رواه البخاري و مسلم .

(2) رواه ابن ماجه و الدار قطني.

(3) أ. أحمد أبو الفتح/ المعاملات في الشريعة الإسلامية ، ج1 ، المرجع السابق، ص 59.

(4) د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 271.

- لحسين بن الشيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق، ص 705.

(5) لتكون اجازة الوارث صحيحة ، يجب أن تقع الإجازة بعد موت الموصي لأنه وقت ثبوت الملك ، و أن يكون المجيز أهلا للتبرع بأن يكون بالغا عاقلا لان الإجازة تصرف ضار محض، و أن يكون المجيز عالما بما أوصى به الموصي.

(6) يقصد بالتركة الأموال الخاصة بالوصايا و المواريث بعد مصاريف الدفن و سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى .

02- ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين.

يشترط لنهاذ الوصية كذلك ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين ، أي ألا يكون الموصى مدينا بدين مستغرق لجميع ماله ، لان الديون الثابتة في ذمة الموصى مقدمة في التعلق بمال الميت عن كل حق بعد مصاريف تجهيز الميت ، و دفنه بالقدر المشروع ، و لان أداء الدين واجب ، و الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة ، و الواجب مقدم على المندوب و المباح⁽¹⁾ ، و من تم إذا كان الموصى به مستغرقا بالدين لتركه الموصى لم تنفذ الوصية رغم نشوئها صحيحة في حق الموصى له ما لم يجرها الدائنون ، بأن أبرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه ، أو أنهم أجازوا للموصى له أن يستوفي حقه من تركه مدينهم قبل استحقاق ديونهم من التركة ، فان كان الدين غير مستغرق لتركه الموصى نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون .

لا يكفي لانعقاد الوصية صحيحة أن تصدر بارادة منفردة للموصى، و أن تتوافر شروط صحتها و نفاذها من موصى و موصى له و موصى به ، بل يستلزم القانون شرطاً رابعاً ، و هو شرط الشكل. و هذا ما سأعرضه فيما يلي :

رابعاً : شكل الوصية.

يجدر بي قبل التعرض لموقف القانون الجزائري من شكل الوصية ، أن أشير إلى أن الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26⁽²⁾ المتضمن القانون المدني .

و بمراجعة نصوص القانون المدني ، يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفاً رضائياً صادراً من جانب واحد لا كشكل انعقاد و لا كشكل إثبات و لا كشكل متعلق بالشهر ، و إنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه بشأن هذه المسألة ، و بما أن قانون الأسرة لم يكن

⁽¹⁾ دمصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني/ الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات ، المرجع السابق ، ص 283.

⁽²⁾ منشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، السنة 12 الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

قد صدر بعد ، فانه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 2/1 من نفس القانون المذكور⁽¹⁾.

و عليه ، يسري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني و قبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية . فما هو موقف الفقه و قانون التوثيق من الشكل في الوصية ؟

بتقصي آراء المذاهب الإسلامية ، نجدها تعتمد الرضائية أصلا في العقود ، و في التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة⁽²⁾ ، و عليه يكفي لانعقاد الوصية باعتبارها تصرفا صادرا من جانب واحد توافر الإرادة الحرة لدى الموصي كون الإيجاب هو الركن الوحيد الذي تتعقد به الوصية دون الحاجة إلى اتباع إجراءات شكلية معينة ، ومن ثم فان الشكل الرسمي كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالوصية إذ هي تصرف انفرادي رضائي⁽³⁾.

أما الشكل كإثبات ، فان الشريعة الإسلامية تقتضيه وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه و سلم : " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده "⁽⁴⁾ ، فكتابة الوصية أمر مطلوب تقتضيه الحياة العملية لان الكتابة تنبئ عن المقصود منها ، ولقد حث الشارع عليها خشية فوات الفرص ، فمن الحزم و الاحتياط للمسلم أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي به إلا انه لا يدرك متى تأتي منيته ، فتحول بينه و بين ما يريد⁽⁵⁾.

(1) يراجع نص المادة 2/1 من ق.م .

(2) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، تحت اشراف الدكتور علي علي سليمان، جامعة بن عكنون - الجزائر، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، سنة 1987، ص 227.

(3) د.احمد فراج حسين / أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 26.

(4) رواه خمسة من الصحابة و هم : أبو هريرة ، و أبو الدرداء، و أبو بكر الصديق ، و خالد بن عبيد ، و معاذ .

(5) د. احمد ابراهيم بك / الهبة و الوصية و تصرفات المريض ، المرجع السابق، ص 64.

إذن ، الكتابة التي قال بها الفقهاء هي للإثبات و ليس لقيام الوصية ، فإذا تخلفت يمكن اثباتها بشهادة الشهود أو باقرار الورثة أو ببينة واضحة .

و أما فيما يتعلق بالمادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970⁽¹⁾ المتضمن تنظيم التوثيق و التي تنص على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، فانه لا مجال لتطبيقها على الوصية باعتبارها ليست عقدا ، وإنما تصرفا صادرا من جانب واحد ، و عليه لا يكون لنص المادة 12 من قانون التوثيق – الساري المفعول آنذاك- سند لإعماله في الوصية إلا إذا عدل ، و استبدلت كلمة " التصرفات " بكلمة " العقود " الواردة فيه ، حتى يصبح النص عاما و شاملا للتصرفات الصادرة من جانبين و التصرفات الصادرة من جانب واحد⁽²⁾ .

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري ، يتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة ، إذ انه لم يشترط شكلا معيناً⁽³⁾ ، سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولا ، فلم يرتب إذن بطلان الوصية إذا تخلف الشكل الرسمي فيها .

و خلاصة ما تقدم ، أن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، سواء كان الموصى به عقارا أو منقولا ، فتتم بكل عبارة دالة عليها أو كتابة عرفية أو رسمية لان الرضائية هي الأصل ، و لكن إذا أراد الأفراد كتابة وصاياهم فلهم ذلك .

هذا ، و يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره .
فما الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من شكل الوصية ؟

(1) منشور بالج ر ، ع 107 ، س7 ، الصادرة بتاريخ 1970/12/25 .

(2) د. زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 78 .

(3) قرار م أ غ م ، الصادر بتاريخ 1969/04/30 ، م ب مج الأحكام ، ج 1 ، ص 211 ، و الذي جاء فيه : " أنّ الشريعة الإسلامية لا تشترط في الوصية أن تكون بصيغة شكلية ، و يجوز اثباتها بسائر البيئات " .

- وذات المعنى يؤكد قرار م أ غ ق خ ، الصادر بتاريخ 1971/12/15 ، م ب ن ق ، ع 2 ، س 1972 ، ص 79 ، أشار إليه: د. بلحاج العربي/ قانون الأسرة :مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق، ص 192 .

بمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري ، نجد المشرع الجزائري ينص في المادة 191 منه على ما يلي : " تثبت الوصية : 1- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك .
2- و في حالة وجود مانع قاهر ، تثبت الوصية بحكم ، و يؤشر به على هامش أصل الملكية " .

يتبين لنا من هذا النص، أنّ قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية، فاعتبر أنّ الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق ، واستثناء تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية .

و فيما يلي سأتناول كل حالة على حدى:

01- اثبات الوصية بعقد رسمي توثيقي.

الأصل أن تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، على أنه يجب أن تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الإحتفائية⁽¹⁾، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين ، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان.

و يجب عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق الإشارة بدقة لصفة الموصي و الموصى له و الموصى به ، و ذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود .

و إذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي ، و جب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة ، ثم يحرر العقد ، بشرط أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه .

(1) العقود الإحتفائية هي عقود رسمية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 3 من ق.م المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، و تعتبر الوصية عقدا احتفائيا.

- لتفاصيل أكثر، يراجع حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2002، ص 30.

و علاوة بوتغران/ (المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي و الفرنسي) ، المرجع السابق، ص10.

02- إثبات الوصية بحكم قضائي

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 المذكورة آنفا ، يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر⁽¹⁾، كأن يكون الموصي أثناء ابدائه ايجابه بالايعاء للموصى له مريضا ، فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب الموثق لتحرير عقد بذلك ، أو أن يضرب الموصي مع الموثق موعدا لتحرير العقد المثبت للوصية و بحضور شاهدي عدل ، لكن و أثناء انتقال الموصي إلى مكتب التوثيق لإمضاء العقد في الموعد المحدد صدمته سيارة فمات . فهنا يجوز للموصى له الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق و بالشهود و باثبات المانع القاهر ، فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بحكم قضائي ، و بعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية .

و ترتيبا على ما سبق بيانه ، فان الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر ، تعتبر صحيحة و نافذة إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية⁽²⁾ ، و القاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته ، أو بتصريح الشهود بوجود الوصية⁽³⁾ .

هذا ، ومن خلال نص المادة 191 المذكورة سابقا ، يحق لي أن أتساءل عما إذا كانت الكتابة شرطا شكليا في الوصية أم أنها مقررة للاثبات فقط ؟

بإمعان النظر في هذه المادة ، يتبين لنا أنّ مشرعنا لم يرتب بطلان الوصية كجزاء عن عدم كتابتها في الشكل الرسمي ، و من تمّ فالكتابة في الوصية شرط للإثبات فقط ، سواء كان الموصى به عقارا أو منقولا ، و ليست ركنا فيها⁽⁴⁾ .

(1) تجدر الإشارة إلى أنّ النصّ الفرنسي لنفس المادة يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة " Force majeure " و ليس مانع قاهر مثلما هو وارد في ترجمة النصّ العربي . إذن هناك تناقض في هذه المادة بين نصيها العربي و الفرنسي .

(2) د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 2، المرجع السابق، ص 244.

(3) د. بن شويخ رشيد / الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 70.

(4) أ. شيخ سناء/ (إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة : الوصية و الوقف) ، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا ، ع 1، س2009، ص 97.

و العلة في ذلك واضحة، و هي أنّ المشرع الجزائري أراد باشتراطه للشكل الرسمي تفيادي المشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير و الموصى له، و كذا قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها و يؤيدونها بشهادة مزورة .

نخلص إذن ، أنّ قانون الأسرة الجزائري اعتبر الوصية تصرفا رضائيا و ليس شكليا ، و الكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة لإثبات وجود الوصية فحسب و ليست ركنا لانعقادها ، و من تم فان الوصية المحررة من طرف الموثق بتصريح من الموصي بارادته المنفردة وصية صحيحة و قابلة للتنفيذ ، و تليها في قوة الإثبات الوصية الخطية المقبولة ، في حين أنّ الوصية القولية المنعقدة شفاهة أمام الشهود عند وجود مانع قاهر لا بد من صدور حكم قضائي يثبت صحتها .

و قد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو للإثبات فقط ، و ليس ركنا فيها ، ذلك أنّ تخلف الشكل لا يترتب عليه بطلان الوصية و إنما استبعادها⁽¹⁾.

هذا ، و بعد أن يتم إثبات الوصية باحدى الطريقتين المنصوص عليهما في المادة 191 من قانون الأسرة السالفة الذكر ، تسجّل الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت⁽²⁾ ، و تشهر في المحافظة العقارية بعد وفاة الموصي و قبول الموصى له للوصية إذا كان الموصى به عقارا حتى تنتقل الملكية من الموصي

(1) قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم: 160350، الصادر بتاريخ 1997/12/23 ، م ب الاج ق لـ غ أ ش ، عدد خاص ، س2001، ص 295 ، و الذي جاء فيه أنه : " من المقرر قانونا انه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية .
و من تم فان قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون ، مما يستوجب رفض الطعن " .

(2) يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية ، و لقد نظم المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ، و المنشور بـ ج ر ج ج ، ع 81، س 14، الصادرة بتاريخ 1977/12/18.

- في تحليل مفصل لطريقة تسجيل الوصية ، يراجع د. بن شويخ الرشيد / الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 71-72.

إلى الموصى له وفقا لأحكام قوانين الشهر العقاري⁽¹⁾ و ذلك حماية لمصلحة الموصى له ،
و تحقيقا لاستقرار المعاملات حتى يكون الغير الذي تعامل مع الموصى له على بينة من مدى
صيرورة الشيء الموصى به خاصا.

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 793 من ق.م و المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح
الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، المنشور في ج ر ج ، العدد 92، السنة 12، الصادرة بتاريخ 18/11/1975،
و أحكام المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و المنشور بـ ج ر ج، العدد 30،
السنة 13، الصادرة في 13/04/1976.

- يراجع بهذا الصدد: مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ص 140، 148 وما بعدها.

المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الوصية

أعرض - في هذا الصدد - لمسألتين هما: كيفية الرجوع في الوصية، و حكم الرجوع فيها، و ذلك في مطلبين متتاليين.

و لكن يجدر بي قبل التطرق إلى هذه الأحكام ، أن أنوه أنه يسري على الرجوع في الوصية ما يسري على الرجوع في الهبة فيما يخص مفهوم الرجوع و طبيعته القانونية ، و التي لا أرى بداً من اعادة ذكرها في هذا الفصل ، و ذلك حتى لا أقع في التكرار و إلى ذلك أحيل⁽¹⁾.

المطلب الأول : كيفية الرجوع في الوصية

تنص المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي : " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً ، فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها ، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها " .

و مؤدى هذا النص أنّ الوصية تصرف انفرادي غير لازم ، يجوز للموصي الرجوع فيها إما صراحة أو ضمناً ، و هذا ما سأتناوله تباعاً في فرعين .

الفرع الأول : الرجوع الصريح في الوصية.

يكون الرجوع في الوصية صريحاً إذا أفصح الموصي قيد حياته أنه رجع في وصيته⁽²⁾ ، على أنه لا يشترط في الرجوع صيغة معينة ، فقد يتحقق بكل لفظ صريح يدل على إعراض الموصي عن وصيته لغة أو عرفاً⁽³⁾.

⁽¹⁾ راجع صفحة 43 و ما بعدها من هذه الرسالة.

⁽²⁾ G.DEMOLOMBRE :Traité des donations entre vifs et des testaments, t 5, imprimerie générale, Paris, 1876, p 106.

⁽³⁾ دلالة الرجوع عن الوصية عرفاً يكون مثلاً إذا ما حصلت خصومة بين الموصي و الموصى له بعد إبرام الوصية ، فيقول الموصي لمن أوصى له : " لا أقدم لك معروفاً أبداً " ، فإنّ هذا القول يعتبر رجوعاً بحسب عرف الناس .

و قد يتم الرجوع الصريح في الوصية شفاهة، كقول الموصي: " رجعت في وصيتي" ، أو " أبطلتها " ، أو " ما أوصيت به لفلان فهو لورثتي" ، و نحوه من الألفاظ الصريحة الدالة دلالة قاطعة على إرادة الرجوع ، كما قد يتم بخطاب أو انذار رسمي يوجه إلى الموصى له يخبره فيه أنه رجع في وصيته .

أما ما لا يكون صريحا من الألفاظ دالا على إرادة الموصي في الرجوع – بأن يحتمل الرجوع و غيره- فلا يعد رجوعا، و مثال ذلك أن يقول الموصي: " ندمت على وصيتي لفلان"، فلا رجوع في هذه الحالة لانعدام التلازم بين لفظي الندم و الرجوع .

و لقد نصّ المشرع الجزائري على الرجوع الصريح كطريق يسلكه الموصي للرجوع في وصيته قيد حياته في المادة 192 من قانون الأسرة و التي جرى نصها كآآتي :
" يجوز الرجوع في الوصية صراحة ... فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها ... " .

و بقراءة هذه المادة ، يتضح لنا أن المشرع الجزائري خوّل الموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا ، لكنه قيّده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة باتّباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء ابرام الوصية و المتعلقة بشكلها .

فالرجوع الصريح في الوصية يكون بوسائل إثباتها ، و من تمّ فان الرجوع القولي من جانب الموصي - و لو كان بألفاظ صريحة لا تدع مجالا للشك في أنّ الموصي رجع عن وصيته- لا يعتد به لسماع الادعاء به إلا إذا تمّ بنفس الشكل الذي أفرغت فيه الوصية .

و من تمّ ، لا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أيّ أثر ، إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق أو عن طريق استصدار حكم قضائي من المحكمة المختصة يقضي بالرجوع في الوصية .

و ترتيبا على ذلك ، متى أراد الموصي الرجوع في وصيته ، فله أن يتوجه إلى الموثق الذي حرر له الوصية أو أي موثق آخر ليلتمس منه تحرير عقد الرجوع في الوصية بارادته المنفردة دون اشتراط قبول الموصى له ، و من دون تسبب طلبه ، و يتم ذلك الرجوع بحضور شاهدي عدل و اتباع الاجراءات المقررة قانونا لذلك ، فالرجوع الصريح في الوصية يجب أن يتم بوسائل إثباتها ، على أنه يترتب على هذا الرجوع الرسمي عودة الموصى به الى ملك الموصي من جديد⁽¹⁾ .

هذا ، و يمكن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار الموصي هذا الطريق ، لأن الحكم القضائي يعد من وسائل إثبات الوصية .

و لعلّ السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة في الرجوع الصريح في الوصية هو تفادي حصول الخلاف الذي قد ينشأ بعد موت الموصي بشأن التصرفات و الأفعال التي قام بها هذا الأخير قبل وفاته و التي تحتمل الرجوع في الوصية من عدمه .

الفرع الثاني : الرجوع الضمني في الوصية

رأينا في الفرع السابق أنّ الرجوع في الوصية إذا كان صريحا ، فانه حتى يتقرر يجب أن يكون بنفس وسائل إثباتها ، لكن ما الحكم إذا كان الرجوع ضمنيا ؟

إنّ الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به يصدر من الموصي بعد إبرامه الوصية ، و يكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عن وصيته ، و اعراضه عنها مثلما تقتضي ذلك أحكام المادة 192 من قانون الأسرة .

و يكون الرجوع في الوصية ضمنيا إذا قامت القرينة و العرف على اعتبار تصرف الموصى له عدولا عن وصيته أراد بموجبه - بالفعل- نقض الوصية و ابطالها ، فيتم بكل تصرف صريح يخرج المال الموصى به عن ملك الموصي ، أو يترتب للغير حقا عليه

(1) مجيد خلفوني/ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 144 .

يتنافى مع حق الموصى له، كأن يقوم الموصي ببيع الشيء الموصى به، أو هبته، أو وقفه، أو يتم بكل تصرف فعلي يفيد الرجوع، بأن يتلف الموصي المال الموصى به أو يستهلكه فتفنى مادته⁽¹⁾، كأن يكون الموصى به شاة فيذبحها الموصي، أو ثوبا فيلبسه أو يمزقه⁽²⁾.

و ترتيبا على ما تقدم ، يعتبر التصرف الذي يزيل ملك المال الموصى به عن الموصي رجوعا ضمنيا في الوصية دون الحاجة إلى إثبات ذلك بقريضة مادية تدل عليه ، سواء كان هذا التصرف الذي يزيل الملك عن الموصي بعوض كالبيع ، أو بغير عوض كالهبة، و سواء عاد ملك الموصي على الشيء الموصى به بعد ذلك ، أو لم يعد⁽³⁾، لأنّ ذات الاقدام على التصرف قريضة قاطعة على الرجوع ، و بالرجوع تبطل الوصية⁽⁴⁾.

هذا ، و قد تعدد صور التصرفات التي يقدم عليها الموصي و التي تدل على الرجوع في وصيته ضمنيا ، فإذا زال ملك الموصي عن الموصى به بعقد بيع مثلا، سواء باشر اجراءات البيع بنفسه أو بواسطة وكيله⁽⁵⁾ ، فإنّ هذا البيع يدل على إرادة الموصي في الرجوع في وصيته حتى لو أبطل عقد البيع بعد ذلك لأيّ سبب من الأسباب، و عادت الملكية إلى الموصي ، فالبيع يفيد تملك المشتري للعين المبيعة في الحال أما الوصية فتفيد تملكها للموصى له بعد الوفاة ، فهذان تملكان أحدهما ناجز، و الآخر مؤجل إلى ما بعد الموت ، و من تم يتعذر التوفيق بينهما ، فتكون الوصية ناسخة للبيع فتبطلها .

(1) يقول ابن المنذر : " أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا أوصى بجارية فباعها ، أو بشيء ما فأتلفه ، أو وهبه ، أو تصدق به أنّ ذلك كله رجوع " .

(2) د. حسين حامد حسان/ أحكام الوصية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص 26.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 9، المرجع السابق ، ص 210 هـ 2.

(4) أ. محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 200.

(5) يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 54727، الصادر بتاريخ 1990/01/24 ، م م ق ، ع 4 ، س 1991 ، ص 85 ، و الذي جاء فيه أن التراجع في الوصية تمّ بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها الموصي ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية .

و إذا وهب الموصي الشيء الموصى به ، فإنّ هذه الهبة تعد رجوعاً عن الوصية و لو رجع الموصي في هبته ، و عادت إليه بذلك ملكية الشيء الموهوب .

فالتصرف الذي يخرج الشيء الموصى به عن ملك الموصي ، سواء تمّ بعوض أو بغير عوض ، يعد قرينة في ذاته على نية الرجوع في الوصية ، فلا يعود عندئذ الشيء الموصى به إلى الموصى له إلا بإيجاب جديد .

هذا ، و يعتبر وقف الموصي للموصى به تصرفاً دالاً على الرجوع في الوصية حتى لو كان مؤقتاً⁽¹⁾ ، و لو كان للواقف حق الرجوع فيه ، لأن الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية و لو رجع الموصي عن وقفه بعد ذلك، لأنّ الوصية تبطل بالرجوع .

إنّ ، كلّ فعل أو تصرف قانوني يقوم به الموصي على العين الموصى بها ، و لا يدل بقرينة أو عرف على أنه عدول عن الوصية لم يعتبر رجوعاً .

و تجدر الإشارة هنا ، أنّ الرجوع الضمني لا يحتاج في إثباته بعد وفاة الموصي إلى ما يحتاج إليه الرجوع الصريح، و ذلك لأنه يعتبر من قبيل الوقائع المادية التي يمكن للشخص أن يثبتها بكل وسائل الإثبات، و لأنها واضحة جلية، كما و أنّ تصرف الموصي في المال الموصى به ضمناً غالباً ما يخرج العين عن ملك الموصي، فلا تكون في ملكه وقت الوفاة، و من تم لا يمكن تنفيذ الوصية فيها لانعدام المحل، فلا يحتاج الرجوع الضمني إذن إلى إثبات⁽²⁾ .

(1) الملاحظ أنّ الملكية على خلاف جمهور الفقهاء – مثلما سيأتي بيانه في هذا البحث- اعتبروا انه كما يجوز الوقف مؤبداً فإنه يجوز مؤقتاً محدداً بمدة زمنية معينة .

(2) غياطو الطاهر/ الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العقاري و الزراعي، تحت إشراف الدكتور محمد نسيب أرزقي، جامعة البليدة ، الجزائر، كلية الحقوق، 1999-2000، ص 92.

و عليه ، و على خلاف الرجوع الصريح ، فإنّ الرجوع الضمني في الوصية يثبت بعد الوفاة بكل طرق الإثبات بما فيها البيّنة و القرائن ، لأنّ سلوك الموصي لهذه الطريقة يعتبر بمثابة عمل لا يجري فيه التحرير و الكتابة ، فإذا أراد الموصي تحريره كان الرجوع صريحا .

و خلاصة لما تقدم ، أرى أنّ المشرع الجزائري على غرار جمهور الفقهاء اعتبر أنّ الرجوع في الوصية يكون إما بالقول ، أو بالفعل ، أو بكل تصرف يستخلص منه الرجوع أو ينبئ عنه .

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد ، أنّ الفقهاء مع اتفاقهم على تنوع الرجوع في الوصية إلى صريح و ضمني ، يختلفون في الأفعال التي يتحقق بها الرجوع ضمنا بين موسع⁽¹⁾ و مضيق⁽²⁾ .

و لقد نصّ المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة على نوعين من التصرفات التي لا تعتبر بذاتها رجوعا عن الوصية ، و هي : رهن الشيء الموصى به ، و التصرف في الموصى به لشخص ثان ، و فيما عدا هاذين التصرفين سكت مشرعنا عن حكم باقي التصرفات الأخرى - التي قد يقوم بها الموصي- في كونها تدل على الرجوع أو عدمه و التي كانت محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، و هذا ما سأتناوله بالشرح فيما يأتي :

(1) وسّع فقهاء الحنفية دائرة الرجوع الضمني في الوصية ، فقالوا أنّ الرجوع يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به ، أو يكون استهلاكاً له ، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها ، أو يكون خلطاً للموصى به حتى يزول اسمه و معظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصي أو بغيره .

و وافقهم في ذلك الشافعية و الحنابلة ، بل إنهم توسعوا أكثر من الحنفية ، حيث جعلوا بعض التصرفات رجوعاً في الوصية لم ينص عليها الحنفية ، و من ذلك اعتبروا عرض الموصي أو نائبه الموصى به للبيع ، أو الإيضاء ببيعه و لو لم يبيع ، أو الإيضاء بهبته ، أو رهنه و لو لم يوهب رجوعاً في الوصية .

(2) ضيق المالكية دائرة الرجوع الضمني في الوصية ، فقصره على فعل الموصي الذي يكون استهلاكاً للموصى له ، أو يغيره تغييراً تاماً ، أو تصرفه الذي يخرج عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى و لو بسبب جديد .

أولاً : ما لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

أعرض رهن الموصي للموصى به أولاً ، ثم التصرف فيه لموصى له ثانياً .

01- رهن الموصى الموصى به بعد إبرامه الوصية⁽¹⁾

نصّ المشرع الجزائري في المادة 193 من قانون الأسرة على ما يلي: " رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية "، الأمر الذي يستفاد منه أنه إذا رهن الموصى قيد حياته الشيء الموصى به للغير ، فإنّ تصرفه هذا لا يعتبر رجوعاً في الوصية⁽²⁾ .

غير أنّ الرهن عقد خطير⁽³⁾، قد يؤدي إلى الحجز على الشيء الموصى به، وبيعه بالمزاد العلني إذا عجز الموصى عن الوفاء بدينه، و يكون مصير الوصية في هذه الحالة كما لو هلك الشيء الموصى به كلية، فتبطل الوصية عندئذ لهلاك محلها الذي كانت متعلقة به⁽⁴⁾ .

و ترتباً على ذلك ، أرى أنه ما كان على المشرع الجزائري أن يخرج رهن الموصى به من التصرفات التي يستفاد منها ضمناً الرجوع في الوصية ، ذلك أنّ الرهن وإن لم ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الغير، إلا أنه يعتبر تصرفاً قانونياً يدلّ دلالة واضحة على أنّ الموصى أراد الرجوع فيما أوصى به .

02- تصرف الموصى في الموصى به لشخصين⁽⁵⁾

نصّ المشرع الجزائري في المادة 194 من قانون الأسرة على ما يلي : " إذا أوصى لشخص ثمّ أوصى لثان ، يكون الموصى به مشتركاً بينهما " ، ونصّ أيضاً في

(1) اختلف الفقهاء في اعتبار رهن الموصى به رجوعاً في الوصية على قولين ، فذهب الحنفية و المالكية إلى انه لا يعد رجوعاً ، لأنه لا يزيل الملك ، و هو أشبه بالاستخدام ، أما الحنابلة و الشافعية فذهبوا إلى اعتباره رجوعاً ، لأنه أشبه بالبيع و أن الوصية تنقل الملك بعد الموت ، و القابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه .

(2) و هذا هو نفس الموقف الذي قال به المالكية و الحنفية .

(3) قد يكون الرهن رسمياً إذا نصب على عقار (يراجع نص المادة 882 و ما بعدها من ق.م) ، و قد يكون حيازياً متى ورد على منقول (يراجع نص المادة 948 و ما بعدها من ق.م)

(4) حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات : الهيئة- الوصية- الوقف، المرجع السابق ، ص 62.

(5) اعتبر الشافعية على خلاف جمهور الفقهاء الوصية لأكثر من شخص مشتركة بينهم ، و ليس في ذلك رجوعاً فيها، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الشافعي حول هذه المسألة .

المادة 195 على ما يلي : " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي ، فالوصية كلها للحيّ منهما . أما إذا حدّد ما يستحقه كل منهما فالحيّ لا يستحق إلا ما حدّد له " .

و بقراءة هاتين المادتين ، يستفاد أنه إذا أوصى الموصي بمال معين إلى شخص معين ، ثم أوصى لشخص ثان بنفس المال ، فلا يعد ذلك رجوعا ضمنيا عن الوصية من جانب الموصي ، بل يكون الموصى به مشتركا بينهما .

و من تم ، يكون المشرع الجزائري قد أعطى لهذا التصرف حكم التصرف بالوصية لشخصين في وقت واحد بنفس الشيء الموصى به - لاحتمال إرادة الموصي التثريك بينهما - كما لو قال الموصي دفعة واحدة أوصيت لكما بكذا .

هذا ، و إذا أوصى الموصي لشخصين معينين دون أن يحدد النصيب الذي يستحقه كل واحد منهما أثناء إبرامه الوصية ، و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها ، وقبل وفاة الموصي كان الشيء الموصى به كله للموصى له الحيّ منهما ، فإن حدّد الموصي ما يستحقه كل منهما فليس للحي أن يستحق إلا ما حدّد له .

ثانيا : ما يعتبر رجوعا في الوصية.

فيما عدا الحالتين المبينتين أعلاه ، و التي نصّ المشرع الجزائري صراحة على عدم اعتبارهما رجوعا في الوصية ، يعتبر كلّ تصرف يقوم به الموصي على الموصى به رجوعا إذا دلت القرينة و العرف على اعتباره كذلك سواء كان هذا التصرف جحودا أو تغيّرا في اسم الموصى به أو زيادة في العين الموصى بها و غيرها .

01- جحود الوصية.

يقصد بجحود الوصية انكار حصولها في الماضي ، كأن يقول الموصي حين تعرض عليه الوصية : " لا أعرف هذه الوصية " ، أو " لم أوص بشيء " . فهل يعدّ تصرفه هذا رجوعا في الوصية أم لا ؟

لقد اختلف الفقهاء في اعتبار الجحود رجوعاً في الوصية من عدمه ، فذهب فريق منهم إلى اعتبار الجحود رجوعاً تبطل به الوصية⁽¹⁾ على أساس أنّ الرجوع هو نفي للوصية في الحاضر ، و الجحود هو نفي لوجودها في الماضي و في الحاضر و في المستقبل ، فأولى أن يكون رجوعاً ، و لأنّ انكار الموصي لما أوصى به فيه دلالة واضحة على عدم رضاه عن ائصال الموصى به إلى الموصى له⁽²⁾ .

و ذهب فريق آخر ، إلى أنّ الجحود لا يعدّ رجوعاً ، و ليس مبطلاً من مبطلات الوصية⁽³⁾، فتبقى الوصية كما هي صحيحة لأنّ حقيقة الرجوع و هي اقرار بوجود الوصية في الماضي ، و إبطال لها في الحاضر و المستقبل تغاير حقيقة الجحود التي هي نفي لوجود الوصية في الماضي فلا ينوب أحدهما عن الآخر ، و لأنّ وجوب الوصية ، إنما يكون بموت الموصي ، فإذا قال هذا الأخير لم أوص بشيء فهو صادق في قوله على أنه لم يوجب للموصى له الوصية بعد ، و بالتالي لا يكون رجوعاً .

هذا ، و بامعان النظر في الرأيين ، يتضح أن الصحة تكمن في جانب الرأي الأول الذي اعتبر جحود الموصي رجوعاً في وصيته و ذلك لوجاهة أدلته ، فالقول بأنّ جحود الوصية يكون رجوعاً ليس المراد منه اتحادهما في المعنى ، بل المراد اتحادهما في الحكم و هو إبطال الوصية ، و عدم ثبوت ملك الموصى به للموصى له، و أنّ انكار الموصي لوجود الوصية مطلقاً دليل واضح بأنّ صاحبها لا يريد تنفيذها .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري ، نجده أخذ بالرأي الثاني و إن لم ينص على ذلك صراحة بنصّ خاص، فلم يعتبر جحود الوصية من جانب الموصي رجوعاً فيها، إلا إذا دلت القرينة أو العرف على انه قصد به الرجوع، و ما هذا إلا أعمال للمبدأ العام المصرح به في المادة 192 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه.

(1) يمثل هذا الفريق الإمام أبو يوسف من الحنفية ، و الشافعية .

(2) أ. محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 238.

(3) يمثل هذا الفريق المالكية و الحنابلة و بعض الحنفية .

02- تغيير اسم الموصى به.

اتفق جمهور الفقهاء على أنّ تصرف الموصي في الشيء الموصى به تصرفاً يغيّر من اسمه كأن يوصي الشخص بحنطة من القمح فيطحنها ، أو يقطن فيغزله ، يعدّ رجوعاً في الوصية لأنه يكون افناء للموصى به في المعنى⁽¹⁾ ، حيث تبدلت حقيقته و صارت في عرف الناس شيئاً آخر ، و بهذا أخذ المشرع الجزائري .

03- إحداث زيادة في العين الموصى بها.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يعتبر رجوعاً خلط الموصى به بغيره من جنسه أو من غير جنسه على وجه يمكن تمييز الموصى به ، لان تمييزه لا يمنع من تسليمه إلى الموصى له بعد وفاة الموصي لامكانية فصله عما قد اختلط به ، لكنهم اختلفوا فيما إذا كان لم يمكن تمييز الموصى به عن غيره⁽²⁾ و مدى اعتباره رجوعاً في الوصية إلى رأيين :

الرأي الأول :

يذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى اعتبار أن إحداث الزيادة في العين الموصى بها من طرف الموصي بعد صدور الوصية رجوعاً فيها لان العين الموصى بها اختلطت بما ليس موصى به ، على نحو يحول دون تسليمها بدونه لتعذر التمييز بينهما ، و لأنّ من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل في طريق الموصى له تمنعه من استحقاقها .

(1) د. محمد كمال الدين إمام/ الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 128 .
- و رمضان علي السيد الشرنباصي/ الوجيز في أحكام الوصية و الوقف، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، سنة 2005، ص142.

(2) من الأمثلة على ذلك :غرس الأشجار في الأرض الموصى بها ، أو بناء دار عليها ، أو صبغ الثوب و خلط الموصى به بغيره بحيث يتعذر تمييزه ، كما لو أوصى الموصي بمقدار من القمح ثم خلطه بقمح آخر ، أو خلط القمح بالشعير ، أو خلط الزيت بالزيت... الخ .

الرأي الثاني :

يذهب المالكية إلى أنّ تصرف الموصي في الموصى به على نحو يغيّر منه، فيزيد فيه، لا يعتبر رجوعاً في الوصية إلا إذا وجدت قرينة تدلّ على إرادة الرجوع، و من تمّ يكون الموصى به بزيادته للموصى له، و سندهم في ذلك أنّ هذه التصرفات لم تعدم العين الموصى بها، بل هي باقية و إن اختلطت بغيرها.

و أرى تماشياً مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أنّ إحداث الموصي زيادة في الموصى به زيادة متصلة يقصد به الرجوع في الوصية، لأنّ اقدام الموصي على هذا التصرف دليل على إرضاه عن تنفيذ هذه الوصية و الرجوع فيها.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده أخذ بالرأي الثاني، فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً في الوصية طالما أنّ المبدأ العام المنصوص عليه بشأن الرجوع يقتضي وجود قرينة خارجية، أو عرف متداول بين الناس يدلّ على أنّ الموصي قصد به الرجوع.

04- ردّ الوصية⁽¹⁾.

إذا ردّ الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله لها و بعد وفاة الموصي فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، ذلك أنّ لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث المفروض بمقتضى نصّ الشارع الحكيم.

أما إذا ردّ الموصى له الوصية قبل موت الموصي، فيعتبر الردّ كأن لم يكن، و لا عبرة به عند جمهور الفقهاء⁽²⁾، ذلك أنّ الوصية لم تقع بعد، و لا حق للموصى له

(1) يحصل الرد بقول الموصى له: رددت الوصية، أو لا أقبلها، و بكل لفظ أو فعل يؤدي هذا المعنى.

- و يعتبر الفقه ردّ الوصية بمثابة رجوع فيها من جانب الموصى له، يؤدي إلى إبطال الوصية.

(2) يذهب الإمام زفر من الحنفية -استثناء- إلى أنّ الوصية إذا ردت في حال حياة الموصي بطلت، بمعنى أنّ الموصى له يملك الرجوع و الرد في حياة الموصي.

في حياة الموصي ، فلا يصح إذن رده ، و بالتالي يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي .

أما إذا ردّ الموصى له الوصية بعد قبوله الصحيح لها ، و بعد وفاة الموصي ، فإنّ أقوال الفقهاء قد اختلفت حول حكم هذا الردّ إلى فريقين :

فذهب الحنفية إلى أنّ ردّ الموصى له الوصية بعد قبوله و بعد وفاة الموصي يعتبر رجوعا عنها ، و يترتب عنه بطلان الوصية ، و من تمّ يعود الموصى به إلى التركة، فيصير ميراثا للورثة⁽¹⁾، و لكن شريطة قبول كلّ الورثة أو أحدهم لهذا الرد، سواء وقع الرد قبل قبض الشيء الموصى به أو بعده ، و سواء كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا ، فالشرط عندهم هو قبول الورثة للرد ، و عليه إذا امتنع الورثة فإنّ الردّ لا يجوز .

و ذهب الحنابلة و الشافعية إلى أنّ ردّ الموصى له الوصية بعد قبولها إما أن يكون قبل قبض الشيء الموصى به أو بعده ، فإن كان بعد القبض فإنه لا يصح إلا على أنه هبة إذا قبلها الورثة و قبضوها ، لأنّ المال الموصى به أصبح بعد قبول الوصية و قبضها ملكا للموصى له ، و من تمّ يكون رده له بعد ذلك كرده لسائر ماله ، و هذا لا يجوز إلا إذا كان بسبب ناقل للملكية كالهبة فيراعى عندئذ شروطها⁽²⁾ .

أما إذا وقع الرد قبل قبض الموصى له للشيء الموصى به ، ففيه قولان : أحدهما يرى صحة الردّ ، لأنّ الملكية في الوصية لا تثبت و لا تستقر إلا بالقبض ، و لم يحصل، و ثانيهما يرى عدم صحة الرد ، لأنّ الوصية تملك بالقبول بعد الموت ملكا تاما للموصى له قبضت أو لم تقبض⁽³⁾ .

(1) د. بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، المرجع السابق ، ص 285.

(2) د. محمد مصطفى شلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق، ص 54.

(3) د. احمد فراج حسين/ أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 65.

و لقد نصّ المشرع الجزائري في هذا الصدد في المادة 201 من قانون الأسرة بأنّ ردّ الموصى له للوصية يعتبر مبطلاً لها شريطة أن يكون الردّ بعد وفاة الموصي .

هذا ، و قد يحدث أن يجزئ الموصى له الرد ، فيقبل بعض الموصى به و يرد البعض الآخر ، كما لو أوصى شخص للموصي له بدار و أرض زراعية ، فيقبل الدار و يرد الأرض الزراعية ، ففي هذه الحالة تنفذ الوصية فيما قبله ، و تبطل فيما رده كونه أدرى بمصلحته ، فله كامل الحرية في قبول ما يريد و ردّ ما لا يرغب فيه .

و إذا تعدّد الموصى لهم في الوصية الواحدة ، فقبل بعضهم الوصية و ردها البعض الآخر ، نفذت الوصية في حق من قبلها ، و بطلت في حق من رفضها و ردها . على أنه إذا توفي الموصى له قبل رد الوصية ، انتقل حقه في الرد إلى ورثته ، طبقاً لنص المادة 198 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الردّ " .

و خلاصة ما تقدم وفق ما أراه ، أنّ القانون الجزائري خول الموصي حق الرجوع في وصيته قيد حياته متى شاء ، إما صراحة عن طريق الحصول على عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية ، أو باستصدار حكم قضائي بذلك ، و إما ضمناً بأيّ تصرف يستفاد منه رغبته في الرجوع في وصيته ، فإذا ما تقرر الرجوع وفق هذه الحالات بطلت الوصية ، و لم يترتب عنها أي أثر قانوني .

أما التصرفات التي يقوم بها الموصي و سكت المشرع عن تنظيمها ، فلا تعتبر رجوعاً إلا إذا دلت القرينة و العرف على اعتبارها كذلك ، و للقاضي سلطة تقديرية في ذلك .

المطلب الثاني : حكم الرجوع في الوصية

سأتعرض في هذا المطلب إلى موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في الوصية أولاً ، ثم أبين موقف القانون الجزائري ثانياً .

الفرع الأول : حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي في وصيته ، فمنهم من أجازة ، و منهم من منعه ، و هذا ما سأحاول شرحه بشيء من التفصيل مبينة مبررات و أسانيد كل اتجاه .

أولاً : الوصية عقد جائز يجوز للموصي أن يرجع فيه.

يجوز للموصي بعد ابرامه الوصية أن يرجع في جميع ما أوصى به ، أو بعضه ما دام حيّاً باتفاق الفقهاء من حنيفة و مالكية و شافعية و حنابلة .

و قد استدل أنصار هذا الرأي في ذلك على الأدلة التالية :

- ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " يغيّر الرجل ما شاء من وصيته " ، و في هذا الحديث دلالة واضحة أنّ الوصية تصرف غير لازم ، يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء .

- أنّ الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت تنجز بالموت ، فيجوز إذن للموصي الرجوع فيها قبل نفاذها كالهبة قبل القبض .

- أنّ الوصية بمنزلة الوعد ، و الوعد كما هو معلوم لا يلزم الوفاء به ، و إنما يستحب فقط ، و عليه يجوز للموصي أن يرجع في وصيته .

ثانيا : الوصية عقد لازم لا يجوز للموصي أن يرجع فيه.

يرى الظاهرية أنّ للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به ما دام حيا ، إلا الوصية بالعتق ، فلا رجوع فيها إذا ما كانت الرقبة الموصى بها مملوكة للموصي ، أما إذا لم تكن مملوكة له حين الوصية ، فله الرجوع في الوصية .

و لقد استدل أنصار هذا الرأي على قوله سبحانه و تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ، فالوصية بعتق رقبة عبد الموصي إن مات تصبح عقدا لازما يجب الوفاء به ، و من تم لا يجوز الرجوع فيه ، بخلاف سائر الوصايا التي تعتبر وعودا ، و الوعد لا يلزم تنفيذه ، و بالتالي جاز الرجوع فيه .

و أرى تماشيا مع ما استقر عليه جمهور الفقهاء ، أنّ الوصية تصرف غير لازم ، يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة ، و لا يلزم إلا بموته ، فالقول بلزوم الوصية رأي غير سديد قد يترتب عنه امتناع الناس عن الايحاء.

الفرع الثاني : حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري.

يجدر بي قبل التعرض لحكم الرجوع في الوصية في التشريع الجزائري أن أشير الى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، و بما أنّ الوصية تندرج ضمن أحكام هذا القانون ، فانه كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الوصايا المبرمة قبل تاريخ صدره.

و لقد نظم المشرع الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة ، فنصّ في المادة 192 منه على ما يلي:

" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا .

فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها "

بقراءة نصّ هذه المادة ، يظهر جليا أنّ المشرع الجزائري اعتبر الوصية تصرفا تبرعيا غير لازم ، يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمنا .

و عليه ، متى تمّت الوصية مستوفية لركانها – المتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي- و لشروط صحتها و نفاذها اعتبرت صحيحة نافذة ، لكنها تبقى تصرفا تبرعيا غير لازم في حياة الموصي يجوز له أن يرجع فيها كلها أو بعضها في أيّ وقت شاء، و بالنتيجة يعود الشيء الموصى به إلى تركة الموصي كبقية أمواله و يصبح حقا للورثة .

و لعلّ السبب الذي دفع مشرعنا إلى اعتبار الوصية تصرفا جائزا غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر من جانب الموصي وحده ، فالذي وجد منها هو الإيجاب فقط ، و لأنها تصرف لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصي ، و من تمّ لا يترتب على الإيجاب أيّ حق للموصى له قبل الوفاة ، فيكون إذن للموصي الحرية الكاملة في الاختيار بين المضي و الإصرار على ابقاء الوصية أو الرجوع فيها إذا ما رأى ذلك .

و لقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الوصية تصرفا غير لازم يجوز الرجوع فيه صراحة أو ضمنا ، و للتدليل على ذلك أشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/01/24 و الذي قضت فيه بما يلي : " من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، و من تمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون " .

و ترتيبا على ما سبق ، يمكن استخلاص النتائج التالية :

- أنّ المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء و أغلب التشريعات الوضعية حين أجاز للموصي الرجوع في وصيته ما دام حيّا .

- أنه عمد إلى بيان كيفية الرجوع في الوصية ، فأعطى للموصي حقّ ممارسة الرجوع فيما أوصى به إما صراحة أو ضمنا .

- أنه اشترط في سماع دعوى الرجوع الصريح أن يكون ثابتا بالكتابة إما عن طريق عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو عن طريق استصدار حكم قضائي في حالة وجود المانع القاهر ، و ذلك لمنع الدعاوي الكيدية ، و اكتفى في الرجوع الضمني باثباته بكافة طرق الإثبات .

- أنّ المشرع وضع مبدأ عاما في المادة 192 من قانون الأسرة و اعتبر كلّ فعل أو تصرف يقوم به الموصي و يستخلص منه أنه أراد الرجوع في وصيته رجوعا فيها.

الفصل الثاني :

الرجوع في الوقف

إنّ مناقشة مسألة الرجوع في الوقف، تقتضي مني التعرض لماهية الوقف في مبحث أول، ثم بيان أحكام الرجوع فيه في مبحث ثان.

المبحث الأول :

ماهية الوقف

سأتناول في هذا المبحث مفهوم الوقف، و تكوينه في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول : مفهوم الوقف

أعرض في هذا المطلب لمسألتين هما : تعريف الوقف شرعا و قانونا ، و الطبيعة القانونية للوقف ، و ذلك في فرعين تباعا .

الفرع الأول : تعريف الوقف شرعا و قانونا.

سأتناول في هذا الفرع تحديد المعنى الاصطلاحي للوقف في الشريعة الإسلامية أولا ، ثم أتعرض لتحديد معناه في القانون الوضعي ثانيا.

أولا : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي.

اختلفت نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية للوقف و من ذلك لم يرد تعريف جامع مانع له ، فتعددت التعريفات التي وردت بصده .

فعرّفه بعضهم بأنه: " حبس العين على ملك الواقف ، و التصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المال" (1).

و مفاد هذا التعريف، أنّ الوقف لا يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بل يبقى في ملكه، و له أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع أو هبة أو غيرهما ، فإن مات الواقف كان الشيء الموقوف ميراثا للورثة . ومن تم فإن الوقف هو تبرع بالمنفعة فقط ، و يعتبر تصرفا غير لازم، يجوز للواقف أن يرجع فيه متى أراد ذلك (2).

ويعرّفه البعض الآخر بأنه: " حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس، و جعلها على حكم الله تعالى، و التصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء و انتهاء" (3).

و مؤدى هذا التعريف أنّ جمهور الفقهاء – على خلاف الامام أبي حنيفة- يرون أنّ الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف ، بحيث يمنعه من التصرف في الموقوف سواء كان ذلك بعوض أو بغير عوض ، و إن مات الواقف فلا يورث المال الموقوف لورثته ، و يترتب على هذا لزوم الوقف ، و عدم جواز الرجوع فيه بمجرد تمامه .

كما يعرفه آخرون بأنه: " حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف ، و التبرع اللازم بريعتها على جهات البر" (4).

(1) جاء بهذا التعريف الإمام أبو حنيفة .

(2) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري ، بحيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2001/12/19 ، ملف رقم : 223224، منشور بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج 1 ، سنة 2004 ، ص 147 على ما يلي : " من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي ... " .

(3) قال بهذا التعريف صاحبين أبا يوسف و محمد من المذهب الحنفي ، و الإمام الشافعي ، و الإمام ابن حنبل.

(4) جاء بهذا التعريف المالكية.

و الملاحظ من هذا التعريف أنّ المالكية اتخذوا موقفا وسطا بين المذهبين السابقين ، إذ أنه متى تم الوقف ، يمنع على الواقف التصرف في العين الموقوفة، و يلزم بالتصدق بمنفعتها مع بقاء العين على ملكه⁽¹⁾ .

هذا ، و انه بعد التأمل في جميع هذه التعريفات باستثناء ما جاء به الإمام أبو حنيفة ، نجدها تجمع على أمر واحد ، و هو أن الوقف حبس العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها ، و منع تصرف الواقف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير عوض .

فإذا كانت هذه هي التعريفات التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية. فما هو التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للوقف ؟

ثانيا : تعريف الوقف في القانون الجزائري.

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري بنصه على ما يلي : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق " .

من خلال هذا التعريف ، يتبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء إذ أخرج المال الموقوف عن ملك الواقف بعد تمام الوقف⁽²⁾ ، و منعه من التصرف في العين الموقوفة ، و اشترط لصحة الوقف أن يكون مؤبدا لا محددًا بزمن⁽³⁾ باعتبار الوقف صدقة دائمة⁽⁴⁾ ، غير أنه لم يحدد صراحة إلى من توّول ملكية المال الموقوف رغم نصه على

(1) د. احمد محمود الشافعي/ الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 153 .

- د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 156 .

(2) يراجع تعليق السيدة بوتارن فايزة : رئيسة قسم بالغرفة العقارية على القرار الصادر عن م ع غ ع ، القسم الثالث، ملف رقم: 204958، الصادر بتاريخ 2001/01/31، منشور بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج1، س 2004، ص 136 و الذي قالت فيه ما يلي : " بما أن الوقف هو تصرف نهائي... فان أثره هو إلغاء عقد ملكية المحبس، أي في قضية الحال ملكية المالكين الأصليين و لم يعد في امكانهم تغيير طبيعة الوقف بتصرفات أخرى كالهبة ... " .

(3) تنص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي : " يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن " .

(4) الشيخ محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 74 وما يليها .

اخرجه عن ملك واقفه ، أو عن ملك أي شخص آخر كالموقوف عليهم⁽¹⁾. كما أنه استعمل عبارة " التصدق " دون تحديد الجهة التي تنتفع بالوقف ، و إن كانت عبارة التصدق وحدها تعني أن يكون على جهة من جهات البر و الخير.

و لقد أكد القضاء الجزائري هذا التعريف ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1998/05/19⁽²⁾ على ما يلي : " الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق " .

و قد أصدر المشرع الجزائري بتاريخ 1991/04/27 القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف⁽³⁾، نظم فيه أحكام الوقف بنصوص قانونية خاصة ، فعرفّ الوقف في المادة الثالثة منه بأنه : " حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " .

و بقراءة نصّ هذه المادة ، نلاحظ أنّ هذا التعريف هو ذاته الذي ورد بنصّ المادة 213 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه ، فجاء جامعا بين نوعي الوقف العام⁽⁴⁾

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منح الوقف شخصية معنوية مستقلة عن شخص الواقف و الموقوف عليه ، و لمزيد من التفصيل ، يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 193 من هذا البحث .

(2) قرار م ع غ أش مو، ملف رقم: 189265، الصادر بتاريخ 1998/05/19، م ب م ق، ع 1، س 2000، ص 178.

(3) منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 21، السنة 28، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

(4) عرف المشرع الجزائري الوقف العام في المادة 6 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدلة و المتممة بموجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ، و المنشور ب ج ر ج ، العدد 21، السنة 45 الصادرة بتاريخ 2002/04/23 ، بأنه : " ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ، و يخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ، وهو قسمان :

- وقف حدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة، و لا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفد .

- وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، و يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه و في سبل الخيرات " .

و الخاص⁽¹⁾، غير أن المشرع خصّ الوقف بحبس المال بصفة عامة في قانون الأسرة بينما حدّد الوقف في حبس العين عن التملك في قانون الأوقاف⁽²⁾، كما أنه حذف عبارة "لأي شخص" ، و أضاف عبارة " المنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ و الخير " مقتدياً في ذلك بتعريف فقهاء الشريعة الإسلامية .

و ترتيماً على ما سبق ، نشير في هذا الصدد إلى أنّ التعريف الوارد في قانون الأوقاف أكثر وضوحاً من التعريف الوارد في قانون الأسرة كونه يبيّن أنّ التصدق يكون بالمنفعة و ليس بالعين الموقوفة⁽³⁾ .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للوقف.

لقد تناولت في الفرع الأول تعريف الوقف شرعاً و قانوناً ، و سأحاول في هذا الفرع أن أتعرض لطبيعته القانونية من خلال تحليل النقاط الآتية :

أولاً : الوقف تصرف بالإرادة المنفردة.

اتفق الفقهاء على أن الوقف يعتبر من التصرفات التي توجد بإرادة منفردة⁽⁴⁾، فينشأ بوجود الإيجاب الصادر من الواقف فقط ، وهو نفس المنحى الذي سار عليه المشرع

(1) عرّف القانون الجزائري الوقف الخاص في المادة 6 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف قبل تعديلها بموجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل و المتمم بأنه : " ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم" .

- و الملاحظ أنه لا يوجد حالياً تعريف للوقف الخاص في القانون الجزائري ما عدا الأحكام الواردة في تعريف الوقف عموماً في ق.أ.ج و التي لم تفرق بينه و بين الوقف العام .

(2) شريف بن عقون/ (الوقف في التشريعات الجزائرية)، مجلة الموثق، ع7، س 2002، ص 47.

(3) أمحمد كنانة/ الوقف العام في التشريع الجزائري: دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2006، ص11.

(4) د.احمد فراج حسين/ أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 245.

و عطية فتحي الويشي/ أحكام الوقف و حركة التقنين في دول العالم الإسلامي المعاصر (حالة جمهورية مصر العربية)، مجلة الحقوق الكويتية في سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الموقف، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت ، 1423 هـ - 2002م.

الجزائري⁽¹⁾، إذ نصّ في المادة الرابعة الفقرة الأولى من قانون الأوقاف على ما يلي :
" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " .

غير أنه يؤخذ على هذا النصّ أنه جمع بين عبارتين متناقضتين في المعنى، فاستعماله كلمة " عقد " يفيد أنّ الوقف التزام يتوقف انشاؤه على تطابق الإيجاب الصادر من الواقف مع القبول الصادر من الموقوف عليه ، وهذا غير صحيح ، ذلك أن الوقف لا ينعقد بتطابق الإيجاب مع القبول حتى يسمى عقداً ، وإنما يتم بالإرادة المنفردة للواقف .

ولعلّ استعمال مشرعنا لعبارة العقد في نصّ المادة الرابعة أعلاه مستمد من الفقهاء المسلمين القدامى الذين كانوا يطلقون هذه العبارة على كل من التصرفات الصادرة من جانبين و تلك الصادرة من جانب واحد ، إلا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين قصرُوا العقد على التصرفات الصادرة عن توافق ارادتين دون غيره و اعتبروا أنّ الإرادة المنفردة ليست عقداً⁽²⁾ .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، إلى أنّ الصياغة الفرنسية للمادة الرابعة جاءت موقفة ، إذ نصّ فيها المشرع على أنّ الوقف تصرف قانوني صادر من جانب واحد⁽³⁾ .

و عليه ، فإنني أرى حذف عبارة عقد الواردة في نصّ المادة الرابعة من قانون الأوقاف رقم 10/91 في صيغته العربية ليصبح كالآتي : " الوقف التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " .

(1) د.محمد بن احمد تقيّة/ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص228.

(2) د. حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 51-53.

- محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص55.

(3) L'article 4 de la loi 91/10 : « Le wakf est un acte par lequel une volonté individuelle s'engage à faire une donation ».

ثانيا : الوقف ينصب على المنفعة.

بقراءة المادة 17 من قانون الأوقاف رقم 10/91 و التي جرى نصها كالاتي :
" إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ، و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه " ، و المادة الثالثة من نفس القانون ، و كذا المادة 213 من قانون الأسرة المنوه عنهما أعلاه ، يتبين لنا جليا أنّ الوقف ينصب أصلا على المنفعة ، فهو لا يهدف إلى تملك الشيء الموقوف ، و لا تنتقل بموجبه ملكية المال الموقوف إلى الموقوف عليه ، وإنما يكون لهذا الأخير الانتفاع فقط بالوقف عكس ما هو عليه الحال في الهبة و الوصية .

و نفس الموقف أكدته المحكمة العليا في عدّة قرارات لها ، من بينها القرار الصادر عنها بتاريخ 31 ماي 2000⁽¹⁾ و الذي قضت فيه بما يلي : " الحبس يعد من أعمال التبرع التي يستفيد المحبس له من حق الانتفاع فقط ... " .

هذا ، و لا يجوز للواقف - كقاعدة عامة- أن يتصرف في المال الموقوف بالتصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو التنازل و غيرها مثلما تنص على ذلك المادة 23 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف إلا استثناء في بعض الحالات التي يجوز فيها استبدال العين الموقوفة بملك آخر في حالات خاصة و بشروط محددة⁽²⁾.

⁽¹⁾ يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 195280، الصادر بتاريخ 2000/05/31 ، م بالاج ق للغرفة العقارية ، ج1، س2004، ص 138.

- وذات المعنى كرسه قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 215924، الصادر بتاريخ 2001/09/26، م بالاج ق للغرفة العقارية، ج1، س2004، ص 80.

- و يراجع بهذا الصدد: الغوتي بن ملحة/ (الطبيعة القانونية للحبس) تعليق على قرار الغرفة العقارية ، القسم الثالث، ملف رقم: 215924 الصادر بتاريخ: 2001/09/26، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج1، س 2004، ص 85، 86.

⁽²⁾ تنص المادة 24 من قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/24 على ما يلي: " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية :

- حالة تعرضه للضياع و الاندثار.

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه .

- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية. =

و لقد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 16 جويلية 1997⁽¹⁾ بما يلي : " من المقرر شرعا و قانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها " .

و الوقف بهذا المعنى إذن ، يشبه حق الانتفاع في أنّ كليهما ينصب على المنفعة غير أنه يختلف عنه كون أنّ حق الموقوف عليه هو حق شخصي لأنه ينقل حق الانتفاع فقط دون ملكية الرقبة ، أما حق المنتفع فهو حق عيني⁽²⁾، ومن تمّ يكون الانتفاع بالوقف باستغلال المال الموقوف على نحو يمكن من الحصول على منافعه و غلاته وفقا لطبيعة الشيء الموقوف و إرادة الواقف و مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات المحددة قانونا⁽³⁾، و وفقا لما تقتضيه المادتان 18 و 45 من القانون

= حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف و انتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه .

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة و الخبرة".

- و قد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف ، بحيث قضت م ع غ ع ، ملف رقم: 276314، الصادر بتاريخ 2004/07/21، م ب م م ع ، ع 2، س 2004، ص 293 ، ما يلي: " و حيث بالرجوع إلى عقد الحبس المؤرخ في: 1942/01/09 منح للمحبس عليهم الذكور حق التصرف بالمبادلة...، و حيث ان المبادلة التي تمت لا تنقص من قيمة الحبس و لا من طبيعته و هي رخصة أجازها المحبس للمحبس عليه ، وانه طبقا للمادة 220 من ق.أ فان الحبس يبقى قائما مهما طرأ على الشيء من تغيير في طبيعته...".

⁽¹⁾ قرار م ع غ ع، ملف رقم: 157310، الصادر بتاريخ 1997/07/16، م ب م ق ، ع 1، س 1997، ص 34.

- ونفس الحكم يؤكد قرار م ع غ ع، ملف رقم: 183643، الصادر بتاريخ 1998/11/25، م م ق، ع 1، س 1999، ص 89.
- و ذات المعنى يكرسه قرار م ع غ ع، ملف رقم: 188432، الصادر بتاريخ 1999/09/29، م بالاج ق ل غ ع ، ج 1، س 2004، ص 143.

- ويراجع أيضا قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 297394، الصادر بتاريخ 2003/09/19، م ب م ق ، ع 2، س 2003 ، ص 292، و الذي جاء فيه : " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير " .

⁽²⁾ نادية براهيم/ الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص عقود و مسؤولية ، تحت اشراف د. الغوتي بن ملحّة ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 177.

- و يراجع أيضا: د. الغوتي بن ملحّة/ (مكانة الوقف في القانون العقاري) ، منشور ب : م ج ع ق إ س، رقم 02، ج 42، س 2000، ص 134.

⁽³⁾ في تفصيل طرق استثمار الأملاك الوقفية، يراجع نص المواد 26 مكرر و ما يليها من القانون رقم 07/01 الصادر بتاريخ 2001/05/22 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، م ب ج ر ج ع 29، س 38 الصادرة بتاريخ 2001/05/23.

رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف ، فإذا كان المال الموقوف دارا مثلا تم الانتفاع بها عن طريق شغلها ، أما إذا كان أرضا زراعية ، فيجوز زراعتها أو غرسها أشجارا للانتفاع بها .

ثالثا : الشخصية المعنوية للوقف.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 49 الفقرة الخامسة من القانون المدني⁽¹⁾ على ما يلي: " الأشخاص الاعتبارية هي : الوقف " ، و نصّ في المادة الخامسة من قانون الأوقاف رقم 10/91⁽²⁾ على ما يلي : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية ، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها " .

و بتحليل هاتين المادتين ، يتبين لنا أنّ للوقف شخصية معنوية مستقلة تمام الاستقلال عن شخص الموقوف عليه ، و أنّ الاعتراف بهذه الشخصية المعنوية يضمن للوقف الاستقلال المالي و الإداري من خلال تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمة الواقف و الموقوف عليه ، و تمثيله من طرف ممثل قانوني يسمى ناظر الوقف⁽³⁾ يتصرف باسمه و يتولى ادارته⁽⁴⁾ و تمثيله أمام القضاء .

هذا ، و إنّ اضعاء المشرع صفة الشخصية المعنوية على الوقف يضع حدّا للجدال الفقهي الذي كان سائدا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي سواء للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى⁽⁵⁾ .

(1) هذا هو النص الجديد للمادة 49 من ق.م التي تم تعديلها بموجب المادة 21 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، منشور في ج ر ، ع 44 ، س 42، الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

(2) الصادر بتاريخ 1991/04/27 ، منشور في ج ر ، ع 21، س 28، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

(3) نصّ المشرع الجزائري على شروط تعيين ناظر الوقف، و حقوقه ، و كيفية أداء مهامه و انتهائها في المرسوم التنفيذي رقم: 381/98 الصادر بتاريخ 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كيفية ذلك .

(4) تنص المادة 33 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كيفية تحدد عن طريق التنظيم " .

(5) رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية ، المرجع السابق، ص51.

و خلاصة ما تقدم ، أنّ الوقف التزام تبرعي من نوع خاص ، صادر عن إرادة منفردة من جانب الواقف ، ينتقل بموجبه حق الانتفاع بالشيء الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل و ذلك برّاً بهم و ابتغاء لوجه الله تعالى ، و هو يتمتع بشخصية معنوية مستقلة تفرض على الدولة بجميع مؤسساتها و ما تملكه من سيادة احترام إرادة الواقف و تنفيذها .

بعد أن تناولت بالبحث تعريف الوقف ، و طبيعته القانونية في المطلب الأول ، سأعرض في هذا المطلب لأركان الوقف و شروطه .

المطلب الثاني : انشاء الوقف

اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركناً في الوقف و ما يعتبر من شروطه تبعاً لاختلافهم في مدى إمكان قيام الوقف بالصيغة وحدها من عدمه .

فمن رأى أنّ الوقف يمكن أن ينشأ بالصيغة وحدها جعلها الركن الوحيد له⁽¹⁾ ، و من رأى أنّ الصيغة لا تكفي وحدها لنشوء الوقف قرر أنّ للوقف أركاناً أربعة⁽²⁾ ، و هي : الواقف ، و الموقوف ، و الموقوف عليه ، و الصيغة الدالة على انشائه .

و على أيّة حال ، فإنّ الصيغة هي الركن المتفق عليه بين الفقهاء في إنشاء الوقف .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري ، نجد مشروعنا أخذ برأي جمهور الفقهاء ، فاعتبر أنّ للوقف أركاناً أربعة حدّدها في المادة التاسعة من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 و التي جرى نصها كالآتي : " أركان الوقف هي :

(1) يمثل هذا الاتجاه المذهب الحنفي .

- يراجع د. احمد فراج حسين/ المدخل للفقهاء الإسلاميين: تاريخ الفقه الإسلامي: الملكية و نظرية العقد ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2001 ، ص 135 .

(2) يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من مالكية ، و شافعية ، و حنابلة .

- 1- الواقف .
- 2- محل الوقف .
- 3- صيغة الوقف .
- 4- الموقوف عليه " .

و سأعرض فيما يلي بشيء من التفصيل هذه الأركان موضحة الشروط الواجب توافرها في كل ركن.

الفرع الأول : أركان الوقف.

حتى ينعقد الوقف صحيحا لابد من وجود شخص تصدر عنه الصيغة و هو الواقف ، و مال تقع عليه و هو الموقوف ، و جهة تعين لتصرف إليها منافع الوقف و هي الموقوف عليه ، و سأبحث كل ركن من هذه الأركان في أربعة أجزاء تباعا .

أولا : الواقف.

الواقف هو الشخص الذي ينشئ الوقف بإرادته المنفردة ، يشترط فيه حتى ينشأ وقفه صحيحا أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون بالغاً ، عاقلاً ، غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو دين ، و أن يكون مالكا للعين الموقوفة⁽¹⁾ .

01- أن يكون الواقف بالغاً.

لكي ينعقد الوقف صحيحا ، يجب أن يكون الواقف بالغاً سن الرشد القانوني⁽²⁾ لأن الوقف تبرع لا يتم إلا بوجود الإرادة و التمييز ، و عليه يكون وقف الصبي باطلا سواء

(1) Marcel MORAND : Etude sur la nature juridique du habous. Typographie Adolphe JOURDAN ;imprimeur,libraire,éditeur, Alger , 1904, p 34.

(2) حددت المادة 2/40 من ق.م.سن الرشد بـ 19 سنة كاملة .

- قرار م ع ، ملف رقم: 46546، الصادر بتاريخ 1988/11/21، م م ق ، ع 2، ص 60، و الذي جاء فيه ما يلي :
" من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا...، و من تم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون" .

كان مميزا أو غير مميز⁽¹⁾ مثلما يؤكد ذلك المشرع الجزائري في المادة 30 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف بنصه على ما يلي : " وقف الصبي غير صحيح مطلقا ، سواء كان مميزا أو غير مميز ، و لو أذن بذلك وصيه " لأن الولاية مقترنة بشرط المصلحة و ليس من المصلحة التبرع بمنفعة مال الصغير ، فالوقف يصنف من التصرفات الضارة بالشخص ضررا محضا .

02- أن يكون الواقف عاقلا .

نصّ المشرع الجزائري في المادة 31 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي : " لا يصح وقف المجنون و المعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المتقطع ، فيصح أثناء افاقته و تمام عقله شريطة أن تكون الافاقة ثابتة باحدى الطرق الشرعية " .

و مؤدى هذا النص ، أنه يشترط لصحة الوقف أن يكون الواقف متمتعا بكل قواه العقلية ، فلا يصح الوقف من المجنون فاقد العقل ، و لا من المعتوه ناقصه ، لأن الوقف تبرع لا يتم إلا بوجود أهلية التسيير ، بأن يكون الواقف بالغا ، و عاقلا ، غير مجنون أو معتوه .

و الملاحظ من هذا النص أيضا ، أن المشرع الجزائري فرق بين الجنون المطبق⁽²⁾ و الجنون المتقطع⁽³⁾ في الشطر الثاني من المادة 31 من قانون الأوقاف ، فاعتبر الوقف الذي يصدر من الواقف المجنون في حال افاقته من جنونه و تمام عقله صحيحا و إن طرأ عليه الجنون بعد ذلك ، بشرط أن تكون هذه الافاقة ثابتة باحدى الطرق الشرعية .

(1) الصبي المميز هو الذي يعرف معنى العقود ، فيعرف معنى الوقف ، و الهبة ، و البيع ، و الشراء ، وغيرها ، لكنه لا يكون أهلا للتبرع . أما الصبي غير المميز فهو الذي لا يعرف معاني العقود ، و بالتالي لا يكون أهلا للتصرفات مطلقا .

(2) الجنون المطبق مرض عقلي لا يفارق المجنون و لو لحظة واحدة .

(3) الجنون المتقطع مرض عقلي يصيب الشخص ، يفقده و عيه تماما أوقاتا معينة ثم يفيق في أوقات أخرى .

و لا يفوتني أن أشير في هذا الصدد ، إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي عندما قرر صحة وقف المجنون جنونا متقطعا لامكانية تكليفه ، وهو بذلك خالف القواعد المنصوص عليها في القانون المدني سيما المادة 42 منه⁽¹⁾ و التي جاءت فيها صفة الجنون مطلقة دون تمييز بين ما إذا كان الجنون مطبقا أو متقطعا .

03- ألا يكون الواقف محجورا عليه لسفه أو غفلة أو دين.

متى كان الشخص محجورا عليه لسفه أو غفلة أو دين ، و صدر عنه وقف كان تصرفه هذا باطلا ، و هذا ما أكده مشرعنا في المادة 2/10 من قانون الأوقاف رقم 10/91 و التي جرى نصها كالاتي : " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : ... 2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه ... " .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة ما إذا كان الوقف صادرا عن ذي الغفلة ، إلا أن سكوته هذا لا يفهم منه أن وقفه صحيح لأن المغفل كالسفيه كلاهما يأخذ حكم ناقص الأهلية⁽²⁾ ، و يعتبر الوقف الصادر عنهما باطلا .

هذا ، و يشترط في الواقف حتى يكون وقفه صحيحا أيضا ، ألا يكون محجورا عليه لدين إذا ما كان الدين مستغرقا لمال المدين كله ، فإن كان الدين غير مستغرق لكل أموال المدين الواقف ، جاز لهذا الأخير أن يتصرف في أمواله الزائدة عن الدين مثلما يريد ، فإن أوقفها صح تصرفه .

⁽¹⁾ تنص المادة 42 من ق.م على ما يلي : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون " .

⁽²⁾ يراجع نص المادة 43 من ق.م .

04- ألا يكون الواقف في مرض الموت.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأوقاف على ما يلي : " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت ، و كان الدين يستغرق جميع أملاكه " (1).

و مفاد هذا النص ، أنه يشترط في الواقف حتى يصح وقفه ألا يكون مريضا مرض الموت ، فإذا وقف المريض مرض الموت ماله و هو مدين بدين يستغرق كل أمواله ، فإن وقفه في هذه الحالة يتوقف على اجازة دائنيه - وقت إنشاء الوقف إذا كان محجورا عليه أو بعد وفاته إذا لم يكن محجورا عليه (2) - فإذا أجاز الدائنون الوقف أصبح نافذا نتيجة لإبراء ذمة الواقف المدين ، أما إذا لم يجيزوه اعتبر باطلا، و جاز لهؤلاء بيع الموقوف و استيفاء ديونهم (3) .

أما إذا أنشأ الشخص وقفا و هو في مرض الموت و لم يكن مدينا ، فان وقفه في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية (4) ، و من تم لا ينفذ الوقف في حق ورثته إلا في حدود ثلث التركة إذا كان الوقف على أجنبي ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث ، أما إذا كان الوقف على أحد الورثة ، فلا ينفذ إلا باجازه الورثة الآخرين فإن أجازوه نفذ ، و إن لم يجيزوه بطل ، و إن أجازوه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازوه ، و بطل في حق من لم يجزه .

هذا ، و يقع عبء إثبات المرض على ورثة الواقف الذين يجب عليهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن مورثهم أنشأ الوقف و هو في مرض الموت (5) .

(1) الملاحظ أن المشرع الجزائري أخطأ في صياغة هذه المادة ، فالأصح أن يكون النص كالاتي: " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت متى كان الدين يستغرق جميع أملاكه".

(2) رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 75.

(3) محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف ، المرجع السابق ، ص 148.

- يراجع أيضا: عابدين مصطفى/ (وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية و اجتهاد المحكمة العليا)، مقال منشور بنشرة القضاة، ع59، ص129، 128.

(4) يراجع نص المادتين 215 و 204 من ق.أ.ج .

(5) يراجع قرار م أ الصادر بتاريخ 1971/03/03، م ب ن ق ، ع2، س 1972، أشار إليه حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري ، المرجع السابق، ص 219 و الذي جاء فيه ما يلي: "حيث انه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع =

05- أن يكون الواقف مختاراً.

يجب أن يكون الواقف راضياً على ما هو مقدم عليه ، فلا يصح الوقف إذا وقع بالجبر و الإكراه و إلا كان باطلاً⁽¹⁾ ، غير أنه إذا أجاز الواقف ذلك التصرف بعد زوال الإكراه نفذ⁽²⁾ .

06- أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة.

يشترط لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة مطلقة و غير ناقصة طبقاً لما جاء في المادة 1/10 من قانون الأوقاف رقم 10/91 و التي تنص على ما يلي : " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً ما يأتي :
- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً"⁽³⁾ .

غير أنه استثناء لا يجوز للواقف مالك العين المراد وقفها التصرف فيها كما لو كان محكوماً عليه بعقوبة جنائية تبعية تمنعه من مباشرة حقوقه المالية طبقاً لمقتضيات المادة 7 من قانون العقوبات⁽⁴⁾ ، أو كان مقيداً بقاعدة الشرط المانع من التصرف مثلما تنص على ذلك المادة 104 من المرسوم رقم : 63/76 المؤرخ في : 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و التي جرى نصها كالاتي : " يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير " .

= في مرض موت المحبس باطل، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصاباً وقت تحببسه بالمرض الذي مات من جرائه...".

(1) قرار م ع ، ملف رقم : 46546، الصادر بتاريخ 1988/11/21، م م ق ، ع 2 ، س 1991، ص 60. و الذي ورد فيه ما يلي : " من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع رشيداً لا مكرهاً " .

(2) نادية ابراهيمي/ الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 95.

(3) يراجع قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم: 94323، الصادر بتاريخ 1993/09/28، م م ق ، ع 2، س 1994 ، ص 76 ، و الذي يقضي بما يلي : " من المقرر شرعاً وقانوناً أن يكون المال المحبس ملكاً للواقف، وإلا لما جاز له أن يحبسه ، و أن يكون معيناً – غير مجهول- و خالياً من كل نزاع...".

(4) تنص المادة 7 من ق.ع على ما يلي: " الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية...".

هذا ، و إذا كان الوقف منصبا على عقار وجب أن يكون داخلا في اطار المشروعية بحيث لا يكون مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص العامة ، مثل أراضي العرش أو الأراضي والعقارات التي لا سند لها ، حيث ينبغي على الموثق أن يمتنع عن ابرام عقد حبس للشخص الذي لا يملك صاحبه عقد ملكية رسمي مسجل و مشهر بالمحافظة العقارية⁽¹⁾ .

ثانيا : محل الوقف.

الشيء الموقوف هو محل الوقف ، و هو كل ما يحبس عن التملك و يتصدق بمنفعته ، بحيث يكون مالا متقوما ، فيصح أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة⁽²⁾ ، و من تم لا يصح الوقف بما ليس بمال أصلا ، كما لا يصح إذا كان الشيء الموقوف متقوما بمال لكنه لا يحل الانتفاع به شرعا ككتب الاحاد و أدوات اللهو⁽³⁾ .

و لكي ينعقد الوقف صحيحا لا بدّ من توافر شروط محددة في العين الموقوفة نصت عليها المادة الحادية عشرة من قانون الأوقاف و هي كالآتي:

01- أن يكون محل الوقف معلوما و محددًا.

يشترط في محل الوقف أن يكون معلوما أي معينًا تعيينًا تامًا يمنع الجهالة فيه⁽⁴⁾ وقت ابرام الوقف مثلما تنص على ذلك المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأوقاف⁽⁵⁾ و تؤكد المادة 216 من قانون الأسرة⁽⁶⁾.

(1) أ. بوحلاسة عمر/ (الوقف في القانون الجزائري) ، مجلة الموثق، ع 9، س 2000، ص 42.

(2) يراجع نص المادة 1/11 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27.

(3) إنّ المالية تتحقق بإمكان حيازة الشيء الموقوف و الانتفاع به على وجه معتاد، أما التقويم فيكون بحل الانتفاع به شرعا في حالة السعة و الاختيار مع الحيازة بالفعل .

(4) المقصود بالجهالة هنا تلك التي تفضي إلى نزاع يؤدي إلى عدم استيفاء حقوق الموقوف عليهم .

(5) تنص المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي : " ... ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا".

(6) تنص المادة 216 من ق.أ على ما يلي : " يجب أن يكون المال المحبس ... معينًا...".

فإذا كان الموقوف شيئاً معيناً بالذات كأن يكون عقاراً مثلاً ، وجب على الواقف تعيينه بأن يذكر مساحته و حدوده و كل البيانات اللازمة لوصفه بصورة دقيقة و واضحة .

أما إذا كان الموقوف معيناً بنوعه ، وجب على الواقف افرازه بأن يحدد نوعه و درجة جودته و مقداره .

و إذا كان محل الوقف مجهولاً غير معلوم و لا محدد ، كما لو قال الواقف : وقفت إحدى مزارعي دون تعيين المزرعة المراد وقفها وقت إبرام الوقف ، كان الوقف باطلاً حتى لو عين الواقف الموقوف بعد الوقف باعتبار أن الوقف نشأ غير صحيح فلا يصح .

02- أن يكون محل الوقف مشروعاً⁽¹⁾ .

نصّ المشرع الجزائري في المادة الحادية عشرة من قانون الأوقاف على أنه يجب أن يكون محل الوقف مشروعاً ، و مؤدى ذلك أنّ كل ما يعد محرماً في الشريعة الإسلامية أو مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في القانون و وقع عليه الوقف كان باطلاً ، فلا يجوز مثلاً وقف دور الدعارة ، و القمار، و دكاكين الخمر و غيرها .

03- أن يكون محل الوقف مفرزاً⁽²⁾ .

يقصد بالمال الشائع أو المشاع المال المشترك و الممتزج بغيره ، بحيث لا يمكن تمييزه ، أما الإفراز فيقصد به تخليص الشيء من غيره بحيث يزول الاشتراك .

(1) صفة المشروعية سبق للمشرع الجزائري و أن أكد عليها في القواعد العامة في القانون المدني كقاعدة عامة في المادة 97، 98 من ق.م.

(2) لقد اختلف الفقه حول وقف المال المشاع بين مؤيد و معارض له ، فمنع المالكية وقف المال المشاع قبل القسمة لان الحيازة في العين الموقوفة شرط ، و هي غير ممكنة في حالة قيام الشبوع ، أما أبو يوسف من الحنفية و من لا يشترطون القبض في الوقف فقد أجازوا الوقف الوارد على المال المشاع ، أما جمهور الفقهاء فقد أجمعوا على عدم جواز وقف المال المشاع ليكون مسجداً أو مقبرة لانتفاء و انعدام الانتفاع بها إلا بالفرز .

- يراجع بهذا الصدد: محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 115.

و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 216 من قانون الأسرة على أنه يجوز أن يكون المال المحبس مشاعا ، و نصّ في المادة 11 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه : " يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة " .

و منه يشترط في الوقف أن يكون الشيء الموقوف مالا مفرزا ، فان كان مشاعا وجب أن يكون قابلا للقسمة⁽¹⁾ حتى يكون محلا للوقف ، فإذا كان غير قابل للقسمة⁽²⁾ بأن كانت سيارة مثلا ، و وقفها المالك على الشيوخ ، كان هذا الوقف باطلا .

04- أن يكون محل الوقف مملوكا للأوقاف ملكا باتا وقت وقفه⁽⁴⁾.

يجب أن يكون الشيء الموقوف مملوكا للأوقاف ملكا باتا وقت وقفه و إلا كان الوقف باطلا وفقا لمقتضيات المادة 216 من قانون الأسرة ، فإذا وعد شخص آخر ببيعه قطعة أرضية ، ثم وقف الموعود له هذه القطعة ، كان الوقف باطلا ، لأن ملكية الشيء الموقوف لم تنتقل إليه بعد و كذا إذا وقف غاصب أرضا مغصوبة ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها له ، فلا يكون وقفه صحيحا ، بل لا بدّ من وقفها ثانية حتى يعتبر الوقف صحيحا .

(1) المشاع القابل للقسمة هو كل ما أمكن الانتفاع به بعد قسمته كالحصة في الأراضي الزراعية .

(2) المشاع غير القابل للقسمة هو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالحصة في آلات الحرث أو الري أو السيارة ... الخ .

(3) حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات : الهبة- الوصية- الوقف ، المرجع السابق ، ص 78.

(4) اتفق جمهور الفقهاء على اشتراط هذا الشرط في الوقف و إلا تمّ باطلا . و في هذا الصدد يراجع :

- زهدي يكن/ أحكام الوقف ، الطبعة الأولى ، المطبعة العصرية للطباعة و النشر ، بيروت- لبنان .

- Raymond GHARLES :Le droit musulman .Que sais-je ? 5^{ème} édition, presses universitaires de France- Paris 1979, p 80.

- Ernest MERCIER : Le habous ou ouakf, ses règles et sa jurisprudence, typographie Adolphe JOURDAN , imprimeur, libraire, éditeur, Alger, 1895, p 12.

و ترتيبيا على ذلك ، لا يجوز وقف العقار المرهون و لا العقار المؤجر أو المثقل ببعض حقوق الامتياز أو حق الانتفاع .

أما بالنسبة للمال المرهون ، و رغم أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض له بنصوص قانونية خاصة ، إلا أنه لا يجوز وقفه ، لان هذا المال مهدد بخطر الزوال⁽³⁾، فالرهن تأمين عيني يمكن أن يؤدي إلى التصرف في المال الموقوف بالبيع استيفاء للدين الذي تقرر التأمين العيني ضمانا لأجله⁽¹⁾، و هو بهذا المعنى يتعارض مع طبيعة الوقف في أنه غير قابل للتصرف .

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم : 381/98 الصادر بتاريخ 1998/12/01 المحدد لشروط ادارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفيات ذلك و التي نص المشرع الجزائري فيها أن رهن ناظر الوقف بدون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف يقع باطلا.

ثالثا : الصيغة.

صيغة الوقف هي العبارة التي يؤدي بها الوقف ، و يشترط فيها لينعقد الوقف صحيحا الشروط التالية :

01- أن تكون الصيغة منجزة.

يشترط لصحة الوقف أن تكون صيغته منجزة⁽¹⁾ غير معلقة على شرط⁽²⁾ و لا مضافة إلى وقت في المستقبل⁽³⁾.

(1) يقصد بالصيغة المنجزة تلك الدالة على إنشاء الوقف و ترتيب آثاره في الحال ، و مثالها أن يقول الواقف : وقفت هذه الأرض على مسجد مدينتي .

(2) يقصد بالصيغة المعلقة تلك التي لا تدل على إنشاء الوقف من حين صدوره ، بل تدل على تعليق التصرف بأمر يحدث في المستقبل ، وقد تأخذ إحدى هذه الصور :
- إذا كان التعليق على أمر محقق الوقوع عند صدور الوقف ، ففي هذه الحالة يصح الوقف لأن التعليق صوري ، و الصيغة في حقيقتها منجزة ، مثل قول الواقف : إذا كانت هذه الأرض ملكي- و كانت ملكه وقت التكلم- فهي وقف على فقراء قريتي .

- إذا كان التعليق على أمر محتمل الوجود و لكنه معدوم عند صدور الوقف ، فلا يصح الوقف ، فإذا قال الشخص مثلا : داري صدقة موقوفة على فلان إن ملكتها ، كان هذا الوقف غير صحيح و لو ملكها بعد ذلك ، لأنه لم ينشئ بعبارة وقفا و إنما علقه على أمر معدوم .

- إذا كان التعليق على موت الواقف ، يعتبر التصرف وصية بالوقف ، و يأخذ حكم الوصية، فيلتزم الورثة بتنفيذها بعد موته إذا مات مصرا عليها من غير رجوع .

(3) يقصد بالصيغة المضافة تلك التي تدل على إنشاء الوقف في الحال مع تراخي آثاره و حكمه إلى زمن المستقبل ، و حكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه ، فإن أضافها الواقف إلى ما بعد الموت كأن يقول : وقفت أرضي على ذلك المسجد بعد موتي كان هذا الوقف وصية يأخذ أحكامها ، لان العبرة في العقود و التصرفات بالمعاني لا بالألفاظ ، وإذا كانت الإضافة لوقت آخر غير الموت مثل أن يقول الواقف : وقفت منزلي على الطلاب المحتاجين من أول العام الدراسي المقبل ، فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يصح الوقف في هذه الحالة ، بينما يرى الحنفية أن الوقف صحيح ، و لعل هذا هو الأيسر للناس.

- يراجع بهذا الصدد: د. محمد كمال الدين إمام/ الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 250. و يراجع أيضا: د. بدران أبو العينين بدران/ أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق، ص 281.

02- ألا تقترن الصيغة بشرط باطل.

يجب ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي معنى الوقف ، و يخالف مقاصده الشرعية ، كأن يجبس المرء أرضه ، و يشترط لنفسه حق بيعها أو رهنها أو هبتها .

و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يصح الوقف المقترن بشرط باطل⁽¹⁾ ، و إن اختلفوا في تكييف بعض الشروط و مدى تأثيرها في صحة الوقف من عدمه⁽²⁾ ، و يستثنى من ذلك عند الحنفية وقف المسجد ، فإنه يصح مع اقترانه بشرط باطل ، فيصح عندئذ الوقف و يبطل الشرط⁽³⁾ .

03- أن تكون الصيغة جازمة.

لا ينعقد الوقف بالوعد و لا بصيغة فيها خيار الشرط ، لأن خيار الشرط لا يجعل الصيغة جازمة و باتة .

و لقد اختلف الفقهاء في حكم الوقف إذا جاء بصيغة غير جازمة - و هذا الخلاف في غير وقف المسجد - فإذا وقف الواقف مسجدا بشرط الخيار انعقد الوقف صحيحا و بطل الشرط باتفاق جمهور الفقهاء .

(1) نصّ المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف " . و من أمثلة الشروط الباطلة في القانون الجزائري اشتراط الواقف عدم لزوم الوقف ، إذ نصت المادة 16 من نفس القانون المذكور على ما يلي : " يجوز للفاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه " .

(2) د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 252.

(3) د. محمد مصطفى شلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 335.

كما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا حول الوقف المقترن بصيغة جازمة ، فذهب بعضهم إلى بطلانه (1) ، و ذهب البعض الآخر إلى أن الوقف صحيح و الشرط صحيح (2) ، و ذهب آخرون إلى اعتبار الوقف صحيحا و الشرط باطلا (3) .

04- أن تفيد الصيغة معنى التأييد.

و يقصد بهذا الشرط عدم اقتران صيغة الوقف بما يدل على التأقيت (4) ، أي أن تتضمن الصيغة معنى التأييد صراحة كأن يقول الواقف : " وقفت مزرعتي على المحتاجين مؤبدا أو على الدوام بصورة مستمرة" ، أو بكل لفظ يفيد معنى التأييد ، كأن يقول الواقف : " وقفت داري على جهة بر لا تنقطع أو على الفقراء ابتداء و انتهاء".

و قد اختلف الفقهاء حول اشتراط التأييد في صيغة الوقف ، فذهب بعضهم إلى أنه لا يصح الوقف إلا إذا كان مؤبدا لأنه اخراج المال على وجه القرية ، فلم يجز إذا كان محددًا بمدة ، و من تمّ إذا اقترنت الصيغة بما يدل على تأقيت الوقف ، فهو باطل لفساد الصيغة (5) ، و ذهب البعض الآخر الى عدم اشتراط التأييد في الوقف ، فأجازه مؤبدا و مؤقتا (6) .

هذا ، و تعتبر الصيغة ركنا أساسيا في الوقف لا ينعقد بدونها ، و على اعتبار الوقف تصرفا تبرعيا صادرا من جانب واحد ، فلقد ذهب المشرع الجزائري إلى أنّ ركن الصيغة في الوقف يتمثل في الإيجاب الصادر من الواقف فقط دون اشتراط القبول من الموصى له كركن ، و هذا ما سأعرضه فيما يلي :

(1) يمثل هذا الرأي الحنابلة و الشافعية و الإمام محمد بن الحسن من الحنفية .

(2) يمثل هذا الرأي المالكية و الإمام أبو يوسف من الحنفية .

(3) يمثل هذا الرأي الحنفية ، و الإمام زفر من الشافعية .

(4) وليد رمضان عبد التواب/الوقف شرعا و قانونا، الجزء الأول دار شادى للموسوعات القانونية، القاهرة، 2008، ص107.

- يراجع أيضا : د. محمد عبد الرزاق السيد ابراهيم الطبطبائي/ (أركان الوقف في الفقه الإسلامي : دراسة فقهية مقارنة) ، مقال منشور بمجلة أوقاف ، ع 5 ، السنة الثالثة ، 2003 ، ص 124 .

(5) يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من حنفية، و شافعية، و حنابلة .

(6) يمثل هذا الاتجاه المالكية .

أ- الإيجاب.

استقر القانون الجزائري على غرار الفقه الإسلامي على اعتبار الوقف تصرفا بالإرادة المنفردة⁽¹⁾ يكفي لقيامه إيجاب من الواقف فقط .

و يتحقق الإيجاب في الوقف بتعبير يصدر من الواقف على أنه يريد حبس العين عن التصرفات الناقلة للملكية على أن تكون منفعة الشيء الموقوف على جهة من جهات البر .

و الإيجاب كركن في الوقف يكون بأي لفظ أو كتابة أو إشارة لا تدع مجالا للشك في دلالتها على مقصود صاحبها⁽²⁾ .

فينعقد الإيجاب بكل لفظ صريح يدل عليه ، كأن يقول الشخص : وقفت أو حبست داري على الفقراء و المحتاجين ، أو يتم ضمنا بالقول ، كأن يقول الشخص : تصدقت ناويا به الوقف⁽³⁾ ، أو بالفعل ، فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف به كالإذن بالصلاة في المسجد ، و الدفن في المقبرة و غيرهما .

و ينعقد الإيجاب أيضا بالكتابة حتى لو كان الواقف قادرا على التعبير عن ارادته بالكلام .

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة التي يقصد منها الوقف إذا ما كان الواقف عاجزا عن النطق و غير قادر على الكلام أو الكتابة⁽⁴⁾ كالأخرس أو العاجز عن النطق لعلّة أو مرض .

(1) يراجع نص المادة 4 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف .

(2) تنص المادة 12 من قانون الأوقاف على ما يلي : " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه " .

(3) وليد رمضان عبد التواب/ الوقف شرعا و قانونا، ج 1 ، المرجع السابق ، ص49.

(4) يذهب جمهور الفقهاء إلى أن غير القادر على النطق إذا كان قادرا على الكتابة فلا ينشئ الوقف بإشارته لان الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة ، و لا يصح العدول عن الأقوى إلى الأضعف إلا إذا وجد مانع ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأوقاف في المادة 12 منه و في القواعد العامة في المادة 60 من القانون المدني.

فإذا كان الواقف من أصحاب العاهات بأن كان أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، فإنه يخضع إلى حكم نصّ المادة 80 من القانون المدني⁽¹⁾.

هذا ، و قد يقترن الإيجاب الصادر من الواقف على شرط⁽²⁾ ، كما لو وقف شخص داره و شرط السكنى لزوجته ما لم تتزوج بعده ، أو من وقف على أقاربه الفقراء ببلدة معينة ، و استثنى من يخرج منها .

ب- القبول.

اتفق الفقهاء على أن القبول ليس ركنا في الوقف ، و لا شرطا لصحته و لا لاستحقاقه إذا كان الموقوف عليه غير معين⁽³⁾ ، و لكنهم اختلفوا حول ما إذا كان الموقوف عليه معينا ، فالبعض منهم اعتبر القبول شرطا لصحة الوقف ، و البعض الآخر لم يعتبره كذلك⁽⁴⁾ .

فما هو موقف القانون الجزائري من القبول في الوقف ؟

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون الأسرة بنصوص خاصة ، لكنه نظمها في قانون الأوقاف .

⁽¹⁾ في تفصيل حكم الوقف الصادر عن ذي العاهة ، يراجع ما سبق شرحه بالتفصيل في صفحة 137 من هذا البحث.
⁽²⁾ تنص المادة 218 من ق.أ على ما يلي : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا و الا بطل الشرط و بقي الوقف " ، و تنص المادة 29 من قانون الأوقاف على ما يلي : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط ، يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف " .

⁽³⁾ Benoit ADDA et Elias GHALIOUNGHI : le droit musulman, le wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanafite ; imprimerie Farag Haim MIZRAHI .Alexandrie 1893 , page 21.

- O.PESLE: La théorie et la pratique du habous dans le rite malékite, imprimerie réunies de la « Vigie Marocaine » et du « petit marocain » Casablanca 1941, P 48.

- Eug GLAVEL : Droit musulman, le wakf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence rites hanafite et malékite, tome1, imprimerie DIEMER , Le CAIRE1896 , P 314 et 315 .

⁽⁴⁾ يذهب المالكية إلى أنه لا بدّ أن يقبل الموقوف عليه المعين الوقف إذا كان أهلا ، فان لم يكن كذلك قبل بالنيابة عنه وصيه أو القيم عليه ، أما الحنابلة فاشتروا القبول الصريح لصحة الوقف و ثبوت الاستحقاق فيه في حين ذهب الشافعية و الحنفية إلى القول أن القبول ليس شرط صحة و لا شرط استحقاق.

و لمعرفة مكانة القبول في الوقف ، علينا أن نفرق بين مرحلتين ، الأولى في ظلّ قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27 و الثانية في ظلّ أحكام القانون رقم 10/02 الصادر بتاريخ 2002/12/14 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف .

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المادة 2/13 منه يتبين لنا أنّ المشرع الجزائري لم يعتبر القبول ركنا في الوقف ، وإنما اعتبره شرطا لاستحقاقه متى كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا و موجودا ، و هذا الحكم يتماشى و قواعد التصرفات الصادرة من جانب واحد⁽¹⁾ ، أما إذا كان الموقوف عليه شخصا معنويا فلا يشترط قبوله للوقف ، و إنما يشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية .

و الملاحظ أنه إذا لم يقبل الموقوف عليه الوقف الخاص ، فإنّ ذلك لا يؤدي إلى بطلانه ، و إنما يبقى صحيحا ، لأنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة يكفي لقيامه ايجاب الواقف فقط ، و لكنه يتحول في هذه الحالة إلى وقف عام مثلما تنص على ذلك المادة السابعة من قانون الأوقاف رقم 10/91 .

و أما بالرجوع إلى القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 ، نجد المشرع الجزائري عدّل المادة 13 من القانون رقم 10/91 بنصه على ما يلي : " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون ، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " ، الأمر الذي يستفاد منه أن الموقوف عليه أصبح دائما شخصا معنويا و حذف الفقرة الثانية من المادة 13 المذكورة ، و التي كانت تشترط قبول الشخص الطبيعي للوقف من أجل استحقاقه ، و أنّ القبول لم يعد ركنا في الوقف و لا شرطا لاستحقاقه، و ما يؤكد ذلك إلغاء المشرع الجزائري لنص المادة 7 من القانون رقم 10/91 السالفة الذكر .

نستخلص مما سبق ، أنّ مشرعنا هدف من وراء تعديله لهذه المواد ، التأكيد على أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة ، يكفي لقيامه ايجاب من الواقف فقط ، أما القبول فليس ركنا في الوقف ، و لا شرطا لاستحقاقه .

(1) يراجع د. زواوي فريدة/ (نظرات في قانون الأوقاف) ، ج1 ، م ج ع ق إ س ، ع 1 ، س 2009 ، ص 205 .

رابعاً : الموقف عليه.

يتعين قبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الموقف عليه ، أن أشير بداية إلى أن قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27 كان ينص في المادة 6 منه على أن الوقف نوعان : عام ، و خاص ، فإذا كان عاما بأن كان الموقف عليه شخصا معنوياً اشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ، أما إذا كان خاصاً بأن كان شخصاً طبيعياً ، وجب أن يكون معلوماً و موجوداً وقت الوقف ، و أن يكون أهلاً للتملك وفقاً للمادة 13 من نفس القانون المذكور.

غير أنه بالرجوع إلى القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل و المتمم للقانون رقم 10 /91 و المتعلق بالأوقاف ، يتبين لنا أن المشرع الجزائري عدل نص المادتين 6 و 13 ليصبح الوقف عاماً فقط ، و من تم ، فإن الموقف عليه شخص معنوي يجب ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء كان جهة معينة أو غير معينة تنتفع بالوقف و ريعه .

و حتى ينعقد الوقف صحيحاً يجب أن يكون الموقف عليه جهة من جهات البر و الخير⁽¹⁾ ، و لا يكون الموقف عليه جهة برّ إلا إذا كان من الجهات التي أمر الله عزّ وجلّ بالتصدق و الإنفاق عليها ، فتكون قربة الله تعالى .

و على هذا ، قد يكون الموقف عليه قربة في نظر المسلمين و غيرهم ، وقد يكون قربة في نظر المسلمين فقط ، أو يكون قربة في نظر غير المسلمين فقط .

فإذا كان الموقف عليه قربة في نظر الإسلام و في نظر جميع الشرائع و الديانات السماوية الأخرى ، كوقف المدارس و الملاجئ و الوقف على الفقراء و المساكين - مسلمين أو غير مسلمين - فإن الوقف يصح باتفاق الفقهاء ، سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم .

(1) Benoit ADDA et GHALIOUNGHI , op cit, p30.

و إذا كان الموقوف عليه معصية في نظر الإسلام و جميع الديانات الأخرى ، كالوقف على دور القمار و الدعارة و غيرها ، فلا يصح الوقف باتفاق الفقهاء ، سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم .

و إذا كان الموقوف عليه قربة في شريعة الواقف ، و لكنه ليس قربة في الإسلام كأن يقف مسيحي على كنيسة ، فلا يصح الوقف من المسلم اتفاقاً ، و يصح من غير المسلم إذا وافقت عقيدته عند المالكية ، و لا يصح عند باقي الأئمة⁽¹⁾ .

أما إذا كان الموقوف عليه قربة في نظر الإسلام فقط دون باقي الديانات الأخرى كالوقف على المساجد أو المعاهد الدينية أو جمعيات تحفيظ القرآن ، فيجوز وقفها من المسلم بلا خلاف بين الفقهاء ، غير أنه إذا كان الواقف غير مسلم ، فيصح الوقف عند الشافعية و الحنابلة ، و لا يصح عند الحنفية و المالكية .

هذا ، و إنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الحالة لا في قانون الأسرة و لا في قانون الأوقاف ، غير أنه يستفاد ضمناً من عدم اشتراطه الإسلام في الوقف ، و من أنه اشترط في الموقوف عليه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية أنه أخذ بمذهب الشافعية و الحنابلة ، و من تمّ يصح الوقف على الموقوف عليه الذي يكون قربة في نظر الإسلام فقط سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم⁽²⁾ .

و بعد التطرق للأركان الواجب توافرها في الوقف حتى ينعقد صحيحاً ، لابدّ من التطرق إلى الشروط الواجب توافرها فيه .

(1) د. أحمد محمود الشافعي/ الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص 168.

(2) أ. محمد كنانة/ الوقف العام في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 75.

الفرع الثاني : شروط الوقف.

لا يكفي لانعقاد الوقف صحيحا توافر أركانه ، بل لابدّ من توافر شروط معينة فيه ، و هذا ما سأعرضه في هذا الفرع مكتفية ببيان اشتراطات الواقف ، و شكل الوقف كون أنّ الشروط الواجب توافرها في الواقف ، أو الموقوف عليه ، أو محلّ الوقف و التي يترتب على انتفائها ابطال الوقف سبق لي و أن عالجتها في الفرع السابق و هذا حتى لا أقع في التكرار .

أولاً: شروط الواقف⁽¹⁾.

يقصد بهذه الشروط كل ما يمليه الواقف في عقد الوقف بمحض ارادته ، تعبيراً عن رغبته في الكيفية التي ينشأ بها وقفه ، و النظام الذي يتبع فيه من حيث الولاية عليه و توزيع ريعه⁽²⁾.

فإذا ضمّن الواقف وقفه بشروط معينة ، وجب الوفاء بها ، و إلا بطل الوقف ، و ذلك احتراماً لإرادة الواقف ، و من هنا شاع على لسان الفقهاء اطلاق عبارة : " شرط الواقف كنصّ الشارع "⁽³⁾.

(1) أطلق المشرع الجزائري على هذه الشروط عبارة اشتراطات الواقف، و نظمها في الفصل الثالث من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف في المواد 14، 15، 16 منه.

- و الملاحظ أن المشرع الجزائري أخضع الوقف لإرادة الواقف فحوّله الحرية في الأخذ بأيّ مذهب اسلامي يشاء قبل صدور قانون الأسرة، و لقد أكد القضاء الجزائري على ذلك، و في هذا الصدد يراجع: قرار م ع ، ملف رقم: 40589، الصادر بتاريخ 1968/02/24، م م ق ، ع 1، س 1989، ص 118، و الذي جاء فيه : " إذا كانت مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أيّ مذهب من المذاهب الإسلامية ، فإنّ مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة ، و عليه يستوجب نقض القرار الذي يقتضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفاً بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس " .

- و ذات المعنى يؤكد قرار م أ، ملف رقم: 24180، الصادر بتاريخ 1982/03/03، م م ق، ع 2، س 1989، ص 17 و الذي جاء فيه أنّ شروط صحة الحبس تؤخذ من المذهب الذي اختاره الواقف.

(2) أ. زهدي يكن/ الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت- لبنان ، 1388 هـ ، ص 50.

(3) يقصد بهذه العبارة أنّ الشرط الصحيح للواقف يجب إتباعه و العمل به و لا يجوز مخالفته إلا لضرورة أو لمصلحة راجحة ، لأن شروط الواقف تعبر عن إرادته .

و الملاحظ في هذا الصدد ، أن شروط الواقفين ليست مذكورة على سبيل الحصر ، فهي تختلف من وقف لآخر باختلاف أغراض كل واقف ، غير أنه يمكننا اجمالها في ثلاثة أنواع :

01- الشرط الباطل.

هو كل شرط يخل بأصل الوقف ، و يتنافى مع حكمه الذي هو اللزوم ، و يترتب عنه بطلان الوقف و الشرط معا ، و مثاله أن يشترط الواقف أثناء ابرام الوقف بيع الموقوف متى أراد ذلك ، أو رهنه ، أو التصرف فيه ، و صرف ثمنه في حوائجه أو لقضاء ديونه .

02- الشرط الفاسد.

هو كل شرط لا يؤثر في أصل الوقف و لا يتنافى مع حكمه الذي هو اللزوم، و لكنه يخل بالانتفاع بالموقوف أو بمصلحة الموقوف عليه أو يكون مخالفا للشرع، و حكم هذا النوع من الشروط أنه يبطل الشرط ويبقى الوقف صحيحا ، كأن يشترط الواقف عدم استبدال وقفه و لو تخرب ، أو يشترط انفاق ريع الوقف على شيء محرم ، أو أن يقف شيئا على امرأة شريطة أن تبقى خايلة له وقت شاء.

03- الشرط الصحيح.

هو كل شرط لا يؤثر في أصل الوقف ، و لا يتنافى مع حكمه ، و لا يؤثر في منفعة الوقف ، و لا بمصالح الموقوف عليهم ، و ليس فيه مخالفة لأحكام الشرع ، و مثاله أن يشترط الواقف الاستبدال إذا تخرب الوقف .

و يعتبر حكم الوقف المقترن بشرط صحيح صحيحا ، بحيث يجب الوفاء بالشرط احتراماً لإرادة الواقف ما لم تكن هناك ضرورة أو مصلحة راجحة .

و ترتيبيا على ما تقدم ، فإنّ كل شرط يضعه الواقف في العقد ، لا ينافي حكم الوقف ، و لا يضر بالموقوف ، و لا بمصلحة الموقوف عليهم ، و لا يخالف حكم الشرع ، يجب اتباعه و العمل به و إلا كان الوقف باطلا⁽¹⁾ .

و إذا رجعنا إلى القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف ، نجد المشرع نص في المادة 14 منه على أن : " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهى عنها " ، كما نص في المادة 15 منه على ما يلي: " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " ، و نص في المادة 16 من نفس القانون على ما يلي : " يجوز للقاضي أن يلغي أيّ شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، أو ضارا بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " .

إذا أخذنا بعين الاعتبار المواد السالفة الذكر ، يمكننا أن نستنتج :

- أن المشرع الجزائري ترك للواقف الحرية الكاملة في اشتراط ما يراه مناسباً لوقفه بشرط ألا يكون منهيًا عن هذه الشروط في الشريعة الإسلامية ، فإذا كانت الشروط الموضوعية في الوقف محرمة في الشريعة الإسلامية بطلت ، و صح الوقف⁽²⁾ .

- و أنه أجاز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف ، فإذا لم يشترط الواقف حين إبرام الوقف ذلك ، فلا مجال لمراجعة الوقف حينها .

(1) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 156651 ، الصادر بتاريخ 1998/03/04 ، م بن ق ، ع 56 ، ص 94 ، و الذي يقضي بما يلي : " إذا كانت بنات المحبس متزوجات ، فإن ذلك يفقدهن حق التمتع بالمال موضوع الحبس ، باعتبار ذلك شرطا من الشروط الواردة في عقد الحبس " .

(2) و هو ما أكدته المادة 218 من ق.أ و التي جاء نصها كالاتي : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا و إلا بطل الشرط و بقي الوقف " و كذلك المادة 29 من قانون الأوقاف بنصها على ما يلي : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف " .

- كما أنه أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كانت منافية لحكم الوقف الذي هو اللزوم ، أو كانت ضارة بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه ، و عندئذ يصير الوقف صحيحا بإزالة الشرط الباطل أو الفاسد.

و من أمثلة الشروط التي تلحق ضررا بمحل الوقف ، اشتراط عدم ترميم و عدم صيانة العقار الموقوف إن كان مسجدا مثلا – حتى ينهار- فان هذا الشرط يلحق ضررا بالمسجد لذلك فلا بد من ازالته لكونه مضرا بمحل الوقف⁽¹⁾.

و من أمثلة الشروط التي تمس بمصلحة الموقوف عليه أن يشترط الواقف على زوجته الموقوف عليها ألا تتزوج بعد وفاته ، أو أن يقف الواقف على ابنه بشرط أن يقاطع والدته، فهنا يحق للقاضي أن يتدخل لازالة و إلغاء هذا الشرط بحيث يبقى الوقف صحيحا .

و بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري نجده اعتمد نفس الموقف ، و للتدليل على ذلك أشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 2001/01/31⁽²⁾ و الذي قضت فيه بما يلي : " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين العقد . و عليه فان القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس و الذي يعتبر تصرفا نهائيا ما دام عقد الحبس لم يدرج فيه شرط يسمح بالتراجع ، يعد خطأ في تطبيق القانون . و حيث و خلافا لما صرح به قضاة الموضوع لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس الذي يعتبر تصرفا نهائيا ، و أن قراءة عقد الحبس لا تبين أنهم أدمجوا فيه شروطا تسمح لهم بالتراجع عن الحبس وفقا للمادة 15 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف " .

(1) عابدين مصطفى/ (وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية و اجتهاد المحكمة العليا)، المرجع السابق، ص 125.

(2) قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 204958، الصادر بتاريخ 2001/01/31، م ب- الاج ق غ ع ، ج 1، س 2004 ، ص 132.

هذا ، و تجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري قد تبني ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية بهذا الصدد جملة و تفصيلا ، فاعتبر أن الضابط في هذه الشروط هو عدم مخالفتها للشرع ، و من تمّ يجوز للواقفين – في الجزائر- أن يشترطوا في أوقافهم إحدى الشروط التي أجمع الفقهاء على صحتها وجوازها شرعا ، و أطلقوا عليها مصطلح : " الشروط العشرة " .

04- الشروط العشرة.

يقصد بالشروط العشرة مجموعة الشروط الصحيحة المتفق عليها من قبل جمهور الفقهاء و هذه الشروط متداخلة فيما بينها ، يمكن أن تدخل كلها في أحكام الوقف إعمالا لقوله صلى الله عليه و سلم : " المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا " و قوله أيضا : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردّ " أي باطل .

و لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يجوز للواقف أن يشترط في عقد الوقف الذي ينشئه إحدى الشروط الآتية :

أ – الزيادة و النقصان.

يقصد بهذا الشرط أن للواقف الحق في اشتراط الزيادة أو النقصان من نصيب مستحق الوقف سواء كان شخصا طبيعيا أو جهة معينة ، كأن يشترط الواقف أن تكون غلة مزرعته موزعة بين دار العلم بحصة النصف و المستشفى بحصة الربع و الملجأ بحصة الربع ، ثم يعدل من هذه الأنصبة ، فيزيد من حصة الملجأ إلى النصف و ينقص من حصة دار العلم بحصة الربع، و يجوز لمن يتولى الوقف بعده أن يزيد أو ينقص متى وضع الواقف له شرطا بذلك صراحة⁽¹⁾.

ب- الإدخال و الإخراج.

يقصد بهذا الشرط أن للواقف أن يشترط في وقفه إدخال من يرى إدخاله على المستحقين فإذا كان الوقف على جهة معينة كالمدرسة مثلا فله أن يدخل معها الملجأ ، كما له أن يشترط إخراج

(1) زهدي يكن/ أحكام الوقف، المرجع السابق، ص209.

بعض المستحقين كأن يقف على ملجئ مثلا ثم يخرجهم و يدخل المدرسة بدلا منه ، و ليس لمن يتولى الوقف بعده أن يعمل شيئا من ذلك إلا إذا شرطه له⁽¹⁾ .

ج- الحرمان والإعطاء.

يقصد بهذا الشرط أنّ للواقف أن يشترط لنفسه إعطاء غلة وقفه أو بعض منها لبعض المستحقين المذكورين في عقد الوقف ، كما له أن يمنع هذه الغلة عن بعض المستحقين⁽²⁾ ، وقد يعطي هذا مرة و ذلك مرة أخرى ، فإن مات قبل أن يعمل بهذا الشرط ، فليس لغيره أن يعمل به إلا إذا شرط له .

د- التفضيل و التخصيص.

يقصد بهذا الشرط أن للواقف أن يشترط لنفسه أو لمن يتولى الوقف بعده تفضيل بعض المستحقين على بعض في الإعطاء ، و مثال ذلك أن يقف الواقف غلة عقاره على الفقراء و دار العلم و الملجأ على أن توزع الغلات بينهم بالتساوي ، فإذا اشترط في وقفه شرط التفضيل جاز له أن يزيد مثلا في نصيب الملجأ عن دار العلم و الفقراء .

(1) زهدي يكن/ الوقف في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 57.

(2) أحمد فراج حسين و محمد كمال الدين أمام/ نظام الإرث و الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان، ص 217-218.

و من أمثلة هذا الشرط أن يشترط الواقف - الذي أنشأ وقفه على أساس المذهب الحنفي في الجزائر- حرمان البنات المتزوجات من الاستحقاق في الوقف، يراجع بهذا الصدد :

-G.H.BOUSQUET : Précis élémentaire de droit musulman (malékite et Algérien) conforme au programme du certificat de législation Algérienne, librairie orientaliste Paul GEUTHNER . Paris 1935, p 130.

-G.H.BOUSQUET : Précis de droit musulman principalement malékite et Algérien ,2^{ème} édition revue, augmentée et mise au courant de la jurisprudence , la maison des livres, Alger , p 316.

كما أنه يجوز للواقف التخصيص بتمييز بعض المستحقين عن بعض ، و ذلك عن طريق منحه شيئاً لا يعطيه لغيرهم ، و مثال ذلك أن يخصص الواقف ريع بعض الأعيان الموقوفة لجهة أو شخص معين بالذات⁽¹⁾.

هـ الإبدال و الاستبدال.

يراد بالابدال بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها ، و البديل هو العين المشتراة لتكون وقفا عوضا عن العين الأولى ، أما الاستبدال فهو أخذ العين الثانية مكان الأولى ، فإذا شرط الواقف لنفسه ذلك جاز له أن يستبدل بالعين الموقوفة غيرها ، و ليس له أن يكرر ذلك إلا إذا اشترط لنفسه التكرار ، و إذا شرطه لغيره جاز له ذلك ، و إذا اشترطه لنفسه و لغيره جاز لهما أن يشتركا في الاستبدال ، كما يجوز للواقف أن ينفرد به دون أن يكون ذلك لغيره ، و إن شرطه لغيره فقط جاز له أن يجريه أيضا لأن ما يجوز للوكيل اجراؤه ، يجوز للموكل⁽²⁾.

(1) محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص 153.

(2) نادية براهيمي/ الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 119.

ثانيا : شكل الوقف.

بما أنّ الوقف في بلادنا خضع لعدّة أنظمة ، فانه يجدر التطرق إلى شكل الوقف قبل صدور قانون الأسرة، و بعده ، ثم في إطار قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27 .

سبق أن بينت أنه تسري أحكام الشريعة الإسلامية على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

و بتقصي آراء المذاهب الإسلامية ، نجدتها تعتمد الرضائية أصلا من أصول التعاقد و التصرفات الصادرة من جانب واحد ، و من تمّ يكفي لانعقاد الوقف باعتباره تصرفا صادرا من جانب واحد صدور الإيجاب من الواقف دونما الحاجة إلى اتباع إجراءات شكلية معينة .

إذن ، يعتبر الوقف في الشريعة الإسلامية تصرفا تبرعيا رضائيا – سواء ورد على عقار أو على منقول - فيجوز للواقف أن ينشئ وقفه دون الحاجة إلى افرأغه في شكل معين⁽²⁾ .

أما بالنسبة للشكل كاثبات ، فإن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية اشترطوا لصحة الوقف كتابته⁽³⁾ إلا أنّ جمهور الفقهاء اعتبروا أنّ الكتابة غير كافية لوحدها دون أن يتلفظ الواقف بها أو يشهد أحدا عليها خوفا من احتمال التزوير⁽⁴⁾، لأن صك الكتابة لا يصلح حجة ذلك أنّ الخط يشبه الخط⁽⁵⁾ .

هذا ، وحتى بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق⁽⁶⁾ ، و الذي أوجب في المادة 12 منه – السارية المفعول آنذاك- تحرير العقود المتضمنة نقل العقارات أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان ، فإنّ شكل الوقف

(1) يراجع ما سبق بيانه في صفحة 27 و 161 من هذا البحث .

(2) نبيل صقر/ قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهدى ، الجزائر، 2006، ص40.

(3) يراجع د. محمد مصطفى شلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 339.

(4) نادية براهيم/ الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 75.

(5) د. وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 214.

(6) منشور بـ ج ر ج ، ع 107، س7، الصادرة بتاريخ 1970/12/25.

بقي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، ذلك أنّ الوقف ليس عقداً و إنما تصرفاً صادراً من جانب واحد ، و بالتالي لا يكون لنص المادة 12 المذكورة سنداً لإعماله في الوقف .

و ترتيباً على ذلك ، فإنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوقف قبل صدور قانون الأسرة سواء كان محله عقاراً أو منقولاً ، و لا يترتب على تخلفه إذن بطلان العقد .

و لكن طالما أنّ الوقف تصرف مدني ، فإنه يتعيّن إثباته وفقاً لمقتضيات أحكام المادة 333 و ما بعدها من القانون المدني - و التي تستوجب الكتابة متى زادت قيمة المال الموقوف على 100 ألف دينار⁽¹⁾ - بالكتابة أو ما يقوم مقامها من اقرار و يمين أو بالبينة أو بالقرائن ، و لكن هذا لا يمنع الواقفين من ابرام الوقف في أيّ شكل رسمي لأنّ الرضائية هي الأصل ، و لكن إذا أراد الأفراد كتابة أوقافهم فلهم ذلك سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية .

و لقد استقر القضاء الجزائري على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الوقف المبرم قبل صدور قانون الأسرة⁽²⁾ .

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عدّل قيمة التصرف القانوني الوارد بنص المادة 333 من ق.م لتصبح 100 ألف دينار بدلاً من 1000 دج ، و هذا بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني و المعدل و المتمم، منشور بـ ج ر ج ج ، ع 44، س 42 ، الصادرة بتاريخ 26/06/2005، ص 17.

(2) يراجع قرار م أ غ أ ش، ملف رقم: 30954، الصادر بتاريخ 03/12/1984، م م ق ، ع 4، س 1989، ص 82، و الذي يقضي بأنه : " متى كان من المقرر شرعاً أن صحة و إبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و تطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها ، و من المقرر أيضاً أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له اثر رجعي ، و لذا فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية و لقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي".

- و نفس الحكم أكدته قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 234655 ، الصادر بتاريخ 16/11/1999، م ب لاج ق ل غ أ ش، عدد خاص ، س 2001، ص 314 و الذي جاء فيه أن : " من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعاً ، و متى تبين - في قضية الحال- أن عقد الحبس العرفي اقامه المحبس سنة 1973 طبقاً للمذهب الحنفي ، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار انه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطؤوا في قضائهم و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي". =

و الملاحظ أن القضاء الجزائري أخضع الوقف لإرادة الواقف قبل صدور قانون الأسرة ،
و من تم أجاز له الحق في الأخذ بالمذهب الإسلامي الذي يختاره هو دون أن يكون للقضاء حقّ
التدخل في إرادته⁽¹⁾.

هذا ، و تجدر الإشارة إلى أنّ عددا كبيرا من الأوقاف المبرمة قبل صدور قانون الأسرة
الجزائري كانت تحرر من قبل القاضي الشرعي و أمام المحاكم الشرعية⁽²⁾ ، و قد أكدت المحكمة
العليا على الصيغة الرسمية للعقود التي كانت تحرر من طرف القضاة الشرعيين في القرار
الصادر عنها بتاريخ 1989/06/03⁽³⁾ و الذي قضت فيه بما يلي : " من المستقر عليه فقها
و قضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود
المحررة من قبل الأعوان العموميين ، و تعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات و ما تنص
عليه من تواريخ ، بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها " .

= و يجدر التنويه بخصوص هذا القرار أنّ حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، اعتبر
القضاء على هذا النحو مخالفا لنص المادة 12 من قانون التوثيق التي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية
مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق ، إلا أن هذا الرأي غير صحيح ، لان نص المادة 12 السالفة الذكر
لا تشترط الكتابة في كلّ المعاملات العقارية مهما كان نوعها، و إنما فقط التصرفات القانونية الصادرة من جانبين،
و يخرج من نطاقها التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد كالوقف مثلما سبق شرحه تفصيلا في صفحة 163 من
هذا البحث.

⁽¹⁾ يراجع قرار م أ غ أش، ملف رقم: 40589، الصادر بتاريخ 1986/02/24، م م ق ، ع 1 ، س 1989، ص 118 ،
و الذي قرّر أنه لا عيب على الواقفة التي اختارت مذهب الإمام أبي حنيفة لإنشاء وقفها حتى لو كانت تنتسب إلى المذهب
المالكي، لأنه في هذه الحالات يجب احترام إرادة المنتسئ للوقف ، و لا يجوز بأي حال من الأحوال الوقف في وجه إرادته .
- يراجع أيضا قرار م أ غ م ، ملف رقم: 24180، الصادر بتاريخ 1982/02/30، م م ق ، ع 2، س 1989، ص 17.
- و يراجع كذلك قرار م أ ، ملف رقم: 42971، الصادر بتاريخ 1986/05/05، غ م ، أشار إليه حمدي باشا عمر
في مؤلفه: القضاء العقاري في ضوء احداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، المرجع السابق ،
ص 214، 215.

⁽²⁾ حمدي باشا عمر / عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص 84.

- و محمد كنانة/ الوقف العام في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 97.

⁽³⁾ قرار م ع ، ملف رقم: 40097، الصادر بتاريخ: 1989/06/03، م ب م ق، ع 1، س 1992، ص 119.

و لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على الأوقاف المبرمة قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، فما هو الشكل الواجب توافره في الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدوره ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، يجب علينا أن نتعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل الوقف في الفترة الممتدة من تاريخ صدور قانون الأسرة في 1984/06/09 إلى غاية تاريخ صدور قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27 .

نصّ المشرع الجزائري في المادة 217 من قانون الأسرة على ما يلي : " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقاً للمادة 191 من القانون " ، و بالرجوع إلى نص المادة 191 نجدها تنص على ما يلي : " تثبت الوصية :

- 1- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك .
- 2- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، و يؤشر به على هامش أصل الملكية " ، الأمر الذي يستفاد منه أن الوقف يثبت كأصل عام بموجب عقد رسمي يحرره الموثق و في حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم قضائي و يؤشر به على هامش أصل الملكية، و تسري على شكل الوقف بهذا النحو نفس الأحكام التي سبق أن ذكرتها في شكل الوصية و إلى ذلك أحيل⁽¹⁾ .

إن ، الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوقف سواء ورد على عقار أو منقول، أما الشكل المنصوص عليه في المادة 217 المنوه عنها أعلاه هو وسيلة لإثبات الوقف فقط ، و عليه إذا تخلف الشكل في الوقف الوارد على عقار أو منقول لا يترتب عليه البطلان، فالوقف ينشأ بغض النظر عن تدوينه في محرر رسمي أو عرفي لأن تخلفه لا يعني أن التصرف يستحيل إثباته، بل يجوز إثباته باقرار المدين أو اليمين الحاسمة⁽²⁾ .

(1) انظر ص 164 و 165 من هذه الرسالة.

(2) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني و في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 222.

- أ. شيخ سناء/ (اثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة: الوصية و الوقف)، المرجع السابق ، ص 100.

و لعلّ السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط كتابة الأوقاف كوسيلة لإثباتها هو حث الناس على ضرورة الاهتمام بالأوقاف و كتابتها بصفة رسمية و قانونية لتفادي المشاكل الناجمة عن وجود كثير من الدعاوى الباطلة التي يستعين فيها أصحابها بشهادة الزور، و هذا يعني أنه في حالة وجود نزاع أمام القضاء حول الوقف لابدّ من توافر الأوراق الرسمية .

أما بالرجوع إلى قانون الأوقاف رقم 10/91 نجد المشرع الجزائري نصّ في المادة 12 منه على ما يلي : " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه " ، الأمر الذي يستفاد منه أن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة إلى الوقف ، فهو تصرف رضائي سواء كان واردا على عقار أو على منقول⁽¹⁾ .

و لما كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف أمرا ثابتا ، فهذا يجزني إلى طرح تساؤل مؤداه : هل يتطلب القانون الشكل كوسيلة لإثبات الوقف ؟

نصّ المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف على ما يلي : " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون " .

و مؤدى ذلك أنّ المشرع أجاز إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات المقررة شرعا و قانونا ، و هو نفس الموقف الذي اعتمده الشريعة الإسلامية التي أجازت إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات .

غير أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار المادة 41 من نفس القانون المذكور و التي تنص على ما يلي: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف" ، فنلاحظ أنّ المشرع الجزائري اشترط على الواقف أن يحرر وقفه لدى الموثق و أن يسجل هذا الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، و يتحصل من هذه الجهة على نسخة لإثبات التصرف الذي قام به ، كما يجب عليه أن يقدم نسخة من الوقف إلى الجهة المكلفة بالأوقاف ، و معنى هذا أنّ المشرع اشترط لإثبات الوقف وجوب تحريره بعقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية المختصة.

⁽¹⁾ Ghaouti BENMELHA / Op.cit, n° 187, p 230.

و بإمعان النظر في النصوص المتقدمة يتضح لي أنّ المشرع الجزائري باشتراطه في المادة 41 السالفة الذكر إثبات الوقف بموجب عقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية كان يقصد الوقف الوارد على عقار، لأنّ شهر التصرفات في المحافظة العقارية لا يخص إلا التصرفات الواردة على عقار ، بينما يجوز أعمال المادة 35 المذكورة آنفاً و إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات إذا كان وارداً على منقول ، و من تمّ يجب على مشرعنا أن يضيف عبارة الواردة على عقار في المادة 41 من قانون الأوقاف حتى لا يقع في تناقض بين نصوصه.

و الملاحظ هنا ، أنّ الأملاك الوقفية العامة معفاة من أداء رسم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى كونها تعتبر عملاً من أعمال البرّ و الخير طبقاً لما تنص عليه المادة 44 من قانون الأوقاف .

نخلص مما تقدّم ، أنّ الوقف يعتبر تصرفاً رضائياً و ليس شكلياً، و الكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده فحسب، و ليست ركناً لانعقاده ، في حين أنّ الوقف الوارد على منقول يجوز اثباته بكافة طرق الإثبات.

وإذا كان إثبات الوقف الوارد على عقار بموجب عقد رسمي أمراً ثابتاً ، فإنّ ذلك يجزني إلى طرح تساؤل مؤداه : هل تعتبر الشهادة وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار؟

نصّ المشرع الجزائري في المادة الثامنة الفقرة الخامسة من قانون الأوقاف على ما يلي :
" تعتبر من الأوقاف العامة المصونة الأملاك التي تظهر تدريجياً بناءً على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي و سكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

و قد نظم المشرع الجزائري الشهادة و أفرغها في شكل رسمي ، فأحدث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، فبيّن شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها بموجب المرسوم التنفيذي رقم : 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000⁽¹⁾.

(1) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 64، السنة 37، الصادرة بتاريخ : 31 أكتوبر 2000.

و إنّ وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل ، و قد اشترط المشرع وجوب كتابتها طبقا للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 336/2000 الذي صدرت بموجبه.

و تتضمن وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي⁽¹⁾ وجود المعلومات الخاصة بالشهود وتوقيعاتهم مع التصديق عليها من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أيّ سلطة أخرى مؤهلة قانونا و رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا⁽²⁾، و هو السجل الذي حدّد المشرع محتواه و نمودجه بموجب القرار الوزاري المؤرخ في: 06 جوان 2001⁽³⁾.

و عند جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي ، تصدر مديرية الشؤون الدينية المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي⁽⁴⁾، و بهذا الصدد أصدر المشرع الجزائري القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001⁽⁵⁾ يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

وقد اشترط المشرع وجوب كتابة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي وفق النموذج الملحق بالقرار المؤرخ في 26 ماي 2001 السابق ذكره ، على أن تخضع هذه الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي للتسجيل و الإشهار العقاري طبقا للقانون⁽⁶⁾.

(1) و تحتوي الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي وجوبا البيانات التالية : عنوان الشهادة ، و المراجع القانونية المعتمدة ، و رقم و تاريخ تسجيل و ثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا ، و تحديد مساحة الملك الوقفي و موقفه طبقا لنص المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

(2) يراجع نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها، منشور في: ج ر ج ، العدد 64، السنة 37 ، الصادرة في 31 أكتوبر 2000.

(3) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 32 ، السنة 38، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2001.

(4) يراجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 السابق ذكره.

(5) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 31، السنة 38، الصادرة بتاريخ 06 جوان 2001.

(6) يراجع نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها.

المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الوقف

أعرض - في هذا الصدد- لمسألتين هما : مدى لزوم الوقف و جوازه من خلال عرض مختلف آراء الفقهاء في امكانية تأييد الوقف أو تأقيته، ثم حكم الرجوع في الوقف، و ذلك في مطلبين متتاليين.

و لكن قبل أن أتناول هذه الأحكام، أشير بداءة إلى أنه يسري على الرجوع في الوقف ما يسري على الرجوع في الهبة فيما يخص مفهوم الرجوع و طبيعته القانونية ، و التي لا أرى جدوى من اعادة ذكرها في هذا الفصل ، و ذلك حتى لا أقع في التكرار و إلى ذلك أحيل⁽¹⁾ .

المطلب الأول : تأييد الوقف و تأقيته

انقسم الفقه حول ما إذا كان الوقف مؤبدا أو مؤقتا بمعنى محددًا بمدة معينة ، فذهب جانب منه الى أنّ الوقف لا يكون إلا مؤبدا ، فلا يمكن أن يحدد بمدة زمنية معينة لانه تبرع و يؤول الملك فيه لله عز و جل ، بينما يذهب البعض الآخر الى أنّ الوقف كما يجوز مؤبدا ، فانه يجوز مؤقتا أيضا لأنه ليس في تأقيت الوقف ما يتنافى و مقتضى هذا العقد ، و هذا ما سأتناوله بالتفصيل فيما يأتي :

الفرع الأول : تأييد الوقف.

يذهب الرأي الفقهي الغالب إلى أنّ التأييد شرط في صحة الوقف ، و في هذا يقول الشافعية أنه يشترط في الوقف التأييد المطلق من غير التقييد بزمن ، فلا يجوز للواقف أن يحدّد وقفه بمدة معينة لأنّ الوقف اخراج للمال على وجه القربة ، فلم يجز إذا اقترن وجوده بمدة محددة كالعتق و الصدقة .

و ترتيبا على ذلك ، لا يجوز للواقف أن يقف على جهة تنقطع ، فإذا كان الموقوف عليه جهة تنقطع ، ففي ذلك قولان : أحدهما يعتبر الوقف باطلا لأن القصد به أن يتصل

⁽¹⁾ راجع صفحة 43 و ما بعدها من هذه الرسالة.

بالثواب على الدوام ، و هذا ما لا يوجد في هذه الحالة ، و ثانيهما يرى أنّ الوقف صحيح و يصير كأنه وقف مؤبد يقدّم فيه الموقوف عليه المسمى في الوقف في الانتفاع به ، و يصرف بعد انقراضه إلى أقرب الناس إليه ، لأنّ مقتضى الوقف هو الثواب على التأبید⁽¹⁾ و سندهم في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم : " لا صدقة و ذور رحم محتاج " .

و يشترط الحنابلة أيضا لصحة الوقف التأبید المطلق ، و بناء عليه متى اشترط الواقف في وقفه بيعه أو هبته أو الرجوع فيه متى شاء ، لم يصح الشرط و لا الوقف ، لأنّ ذلك يتنافى و مقتضى الوقف ، أما إذا وقف الواقف على جهة تنقطع صحّ الوقف عندهم ، و صرفت منفعة الوقف بعد انقراض الموقوف عليه لأقرب الناس إلى الواقف – كما ذهب إلى ذلك أحد قولي الشافعية مثلما سبق بيانه- و حجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم : " صدقتك على غير رحمك صدقة ، و صدقتك على رحمك صدقة و صلة " .

و قد اشترط الإمام محمد بن الحسن من الحنفية التأبید و شدّد في اشتراطه ، و أوجب أن تكون الصيغة مشتملة على لفظ و معنى التأبید أو معناه فقط ، و إذا وقف الواقف على جهة تنقطع ، و سكت و لو مع التصريح بالتأبید ، لم ينعقد الوقف ، إذ لا تؤدي الصيغة معناه و لا يترتب عليها التزامه .

و أما الإمام أبو يوسف من الحنفية فيشترط بدوره التأبید مثلما ذهب إلى ذلك صاحبه الامام محمد ، لكنه لا يتشدد في صيغ التأبید إذ يعتبر كلمة " وقفت " دالة على التأبید إذا ذكرت مطلقة من غير أن تقترن بجهة تنقطع و اقتصر المتكلم عليها⁽²⁾، و لا يعتبر وقف الواقف على جهة تنقطع و السكوت عليها بعد ذكر ما يدل على التأبید لغة أو ما هو في قوة ذلك مبطلا للتأبید ، بل يصح الوقف ، و يصرف بعد انقراض الجهة الموقوف عليها على الفقراء ، لأنّ الأصل في الصدقات أنها تصرف على الفقراء و المحتاجين .

(1) محمد أبو زهرة / محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 66.

(2) Cheik Mohamed El Bachir ETTOUATI : (traduit et annoté par Jules ABRIBAT, Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés judiciaires et extrajudiciaires), imprimerie française,B.BORREL, Tunis 1896 , p 66.

و لقد اتبع الظاهرية نفس هذا الموقف ، فاشتروا لزوم التأييد في الوقف ، غير أنهم اعتبروا بالمقابل الوقف المشروط بالبيع صحيحا و الشرط باطلا ، لأنّ الوقف فيه تمليك لله عزّ وجلّ ، و يبطل الشرط لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى ، وهما فعلا متغيران إلا أنّ قول الواقف " لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع " فهذا الحبس لا يعتبر صحيحا ، لأنه حبس لم ينشأ إلا على شرط باطل فلم ينعقد.

و خلاصة لما تقدم ، يتضح جليا أنّ أكثر المذاهب الإسلامية و أئمة الفقه الإسلامي يشترطون تأييد الوقف لصحته ، و يعتبرون التأييد داخلا في مقتضاه و هو جزء من معناه.

الفرع الثاني : تأييد الوقف.

يرى المالكية أنه لا يشترط التأييد في الوقف ، بل يجوز مؤقتا كما يجوز مؤبدا ، كما يجوز الوقف بشرط البيع عند الاحتياج ، و يجوز بشرط العودة للواقف أو لورثته بعد موت الموقوف عليه⁽¹⁾ ، فالوقف عندهم صحيح مع ما يفيد التأييد سواء أكان التأييد لمدة محدودة معروفة مقدرة بالسنين ، أو لمدة غير مقدرة بالسنين و لكن لها نهاية .

و لقد سار بعض الشيعة الإمامية على هذا الرأي ، بحيث اعتبروا أنّ التأييد ليس بشرط في الوقف ، كما انه إذا وقف الواقف على جهة تنقطع ، فإنّ الوقف يعود بعده إلى ورثة الواقف ثم من يرثهم بعد موتهم ، ثم من يرث هؤلاء حتى ينحدر إلى الطبقة التي تصادف انقطاع الوقف.

فإذا نشب الخلاف في هذه الحالة بين الموقوف عليهم و لم يمكن حسمه جاز للقاضي أن يأمر ببيع الوقف و توزيع ثمنه عليهم ، و نفس الحكم إذا ما قلت غلات الوقف و كثر مستحقوه ،

(1) زهدي يكن/ الوقف في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص17.

- Jean TERRAS : Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie, étude de la législation coloniale, imprimerie et lithographie du salut public. Lyon 1899, p 28.

- Ernest MERCIER : Le habous ou ouakf, ses règles et sa jurisprudence , op cit , p 23.

إذ يجوز بيعه و توزيع ثمنه عليهم إن تراضوا على ذلك ، و من تم ليس التأييد بشرط عندهم .

هذا ، و لم يكن المالكية و الإمامية وحدهم من قال بتأقيت الوقف و عدم اشتراط تأييده ، بل روي عن الإمام أبي حنيفة انه توسع في الصدقة الموقوفة كثيرا ، فلم يشترط التأييد ، و اعتبر الوقف على جهة تنقطع صحيحا و إن لم يجعل آخره للمساكين ، فإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى ورثة الواقف⁽¹⁾ .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد شايح ما ذهب إليه الرأي الفقهي الغالب ، و اعتبر أنّ الوقف يجب أن يصدر مؤبدا ، فإذا كان مؤقتا اعتبر باطلا ، و لقد نصّ على ذلك صراحة في المادة الثالثة من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 و التي جاء فيها: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " ، وأكد على ذلك في المادة 28 من نفس القانون و التي جرى نصها كالآتي : " يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن " .

غير أنّ الجدير بالملاحظة في هذا الصدد ، أنّ مشرعا وقع في تناقض بين نصوصه فيما يخص مسألة تأييد الوقف و تأقيته ، فنجده تارة ينص على أنّ المبدأ العام في الوقف أنه يجب أن يصدر على وجه التأييد و إلا وقع باطلا ، و تارة أخرى نجده يقر بصحة الوقف الذي يكون محله منفعة ، الأمر الذي يفهم منه ضمنا أنه أجاز أن يكون الوقف مؤقتا لأنه إذا كان محل الوقف منفعة فلا بدّ أن يكون محددًا بمدة معينة تعود بعد انتهائها العين الموقوفة محل الانتفاع إلى مالك الرقبة أي الواقف إذا كان لا يزال حيا أو إلى ورثته إذا كان ميتا ، فالوقف الوارد على المنفعة لا يمكن أن يكون مؤبدا و إلا أصبح قيذا أبديا على الملكية يتنافى مع حق الانتفاع في ذاته⁽²⁾ .

(1) جاء في فتح القدير: " عن محمد بن أبي مقاتل عن أبي يوسف إذا وقف على رجل بعينه جاز ، و إذا مات الموقوف عليه، رجع الوقف إلى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ، و إذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز" ، أشار إليه الشيخ محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 69.

(2) لتفاصيل أكثر يراجع: زواوي فريدة/ (نظرات في قانون الأوقاف) ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 903 و ما بعدها.

و أمام هذا التناقض ، فإنني أرى أنه يتعين على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة نصوصه على نحو يصل فيه إلى التنسيق فيما بينها ، فإذا رأى اجازة الوقف الوارد على المنفعة فإنه يتعين عليه إذن اجازة تأقيت الوقف .

المطلب الثاني : حكم الرجوع في الوقف

أتناول في هذا المطلب بالتحليل موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في الوقف في الفرع الأول ، ثم أبيّن موقف القانون الجزائري في الفرع الثاني .

الفرع الأول : حكم الرجوع في الوقف في الفقه الإسلامي.

انقسم الفقه حول مسألة الرجوع في الوقف حسب اختلافهم في نوع الوقف الذي أنشأه الواقف و يريد الرجوع فيه ، فمنهم من أجازة ، و منهم من لم يجزه ، و هذا ما سأتناوله تباعا .

أولاً: حكم الرجوع في الوقف المطلق.

إذا وقف شخص ماله لجهة معينة أو غير معينة ، على وجه التأييد ، ثم بدا له أن يرجع في وقفه ، و أن يسترد ماله الذي وقفه . فهل يثبت له ذلك ؟ أم أنّ الوقف الذي أنشأه يلزم مطلقا بمجرد انعقاده سواء تمّ قبض الموقوف من طرف الموقوف عليه أو لم يتم ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول : عدم جواز الرجوع في الوقف قبل القبض⁽¹⁾

إنّ الوقف قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد لازم بمجرد انشائه ، و من تمّ متى أبدى الواقف رغبته في وقف ماله كله أو بعضه صراحة أو ضمنا ، لم يجز له أن يرجع فيه سواء قبض الموقوف عليه المال الموقوف أو لم يقبضه ، و دليلهم في ذلك :

(1) و هو قول أبي يوسف من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة .

- أن الله سبحانه وتعالى قال : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "(1) فالآية الكريمة جاءت عامة في وجوب الوفاء بالعقود ، و الوقف عقد من العقود ، لذلك يلزم الوفاء به ، فلا يجوز الرجوع فيه ، لأنّ في ذلك مخالفة لأمر الله سبحانه وتعالى .

- ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إذا مات آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ، و منها صدقة جارية "(2) ، فالصدقة الجارية الواردة في هذا الحديث هي الوقف ، و الوقف يلزم و لا يجوز نقضه ، و لو جاز نقضه لكان الوقف صدقة منقطعة ، و قد وصفه الحديث الشريف بعدم الانقطاع .

- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أصاب عمر أرضا بخبير ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها ، فقال : يا رسول الله إنني أصبت بخبير أرضا لم أصب مالا قط هو أنفس منه ، فما تأمرني به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها ، قال : فتصدق بها عمر انه لا يباع أصلها ، و لا يبتاع ، و لا يورث ، و لا يوهب ، قال : فتصدق عمر في الفقراء ، و في القربى ، و في الرقاب ، و في سبيل الله ، و ابن السبيل ، و الضيف ، لا جناح على من يوليها أن يأكل منها بالمعروف ، أو يطعم صديقا غير متمول فيه "(3) . و مفاد هذا الحديث أنه لا يجوز الرجوع مطلقا في الوقف بأيّ تصرف يزيل الملكية ، سواء تمّ القبض أو لم يتم (4) .

- ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال : " إنّ النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ، و ليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة ، فقال من يشتري بئر رومة ،

(1) سورة المائدة ، الآية 1 .

(2) رواه الإمام مسلم في صحيحه .

(3) رواه البخاري و مسلم في صحيحهما .

(4) قال الإمام الشافعي : " لم يزل عمر بن الخطاب رضي الله عنه المتصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يلي فيما بلغنا صدقته حتى قبضه الله تبارك و تعالى ، و لم يزل علي بن أبي طالب رضي الله عنه يلي صدقته بينبع حتى لقي الله عز و جلّ ، و لم تزل فاطمة رضي الله عنها تلي صدقتها حتى لقيت الله تبارك و تعالى " .

فيجعل دلوه دلاء المسلمين بخير منها في الجنة ، فاشتريتها من صلب مالي " ، و في هذا الحديث دلالة واضحة على أنّ النبيّ صلى الله عليه و سلم حبس رقبة العين و منعها من أن يتصرف فيها .

- أنّ الإمام أبا يوسف من الحنفية قال : " أنّ الوقف يلزم بمجرد القول ، و لو لم يحز الموقوف عليه الموقوف ، فإذا أراد الواقف الرجوع في وقفه لم يمكن له ذلك ، و إذا لم يحز عنه أجبر على اخراجه من تحت يده للموقوف عليه ، فالوقف إذا صحّ عقد لازم لا يجوز فسخه بالإقالة أو بغيرها ، كما لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه " .

- ما روي عن جمهور الفقهاء أنّ الوقف هو حبس للمال ، و الحبس يدل على المنع و التأييد⁽¹⁾ ، و من تمّ متى حبس الشخص مثلا أرضه وقفا مؤبدا ، فإنه لا يرجع فيما وقفه ، لأنّ الأرض أصبحت حبسا لا يباع و لا يورث.

- ما أجمع عليه الصحابة من أنّ الوقف لازم بمجرد القول ، و في هذا يقول جابر بن عبد الله : " لم يكن أحد من الصحابة له مقدرة إلا وقف وقفا و منع فيه من البيع و الهبة "⁽²⁾ .

- قياس لزوم الوقف بمجرد اللفظ على لزوم العتق بمجرد اللفظ بدعوى أنّ كليهما تبرع يمنع البيع و الهبة و الإرث .

(1) محمد أبو زهرة / محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص 70- 71 .

(2) جهاد سالم جريد الشرفات/ أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني ، المرجع السابق، ص 195 .

الاتجاه الثاني: جواز الرجوع في الوقف قبل القبض⁽¹⁾

يرى أنصار هذا الاتجاه ، أنه متى أنشأ الشخص وقفا و لم يحز الموقوف عليه محل الوقف كان للواقف حق الرجوع في وقفه ، أما إذا سلّم الموقوف إلى الموقوف عليه أصبح لازما لا رجوع فيه . و دليلهم في ذلك :

- أن الإمام أحمد بن حنبل قال : " لا يزول الملك حتى يجعل للوقف وليا يسلم إليه " و قوله أيضا : " لا يلزم الوقف إلا بالقبض و اخراج الوقف من يده " .

- قياس الوقف على الهبة ، بدعوى أن كلا منهما يخرج المال عن ملك صاحبه على وجه التبرع .

- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها و أنه إنما فعل ذلك ليتم وقفه فدلّ على أن الوقف لا يتم إلا بتسليمه إلى المتولي و هو قبل تمامه غير لازم يجوز الرجوع فيه .

- أن الوقف تبرع ، فإذا كان كذلك كان للواقف الرجوع في وقفه و لا يجبر على التسليم ، فذلك لا تتم الهبة و لا الصدقة و لا تزمان إلا بالقبض و الوقف مثلهما في أنّ الجميع تبرع ، فيكون مثلهما في انه لا يلزم إلا بالقبض و قبله يجوز الرجوع فيه .

- الوقف في حقيقته اخراج مال على وجه القرية ، فلم يلزم بمجرد كالصدقة .

و لقد تعرض هذا الاتجاه الى النقد من قبل بعض الفقه للأسباب الآتية :

- أن عمر رضي الله عنه إنما جعل وقفه في يد ابنته لكثرة أعماله – فخشي التقصير في القيام به – و لأنه رغب في أن يكون الشيء بيدها بعد وفاته⁽²⁾ .

(1) هو قول محمد بن الحسن من الحنفية و رواية للحنابلة عن الإمام أبو حنبل .

(2) نايف محمد العجمي/ الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 505.

- أن قياس الوقف على الهبة قياس مع الفارق ، لأنّ الهبة تمليك مطلق تنتقل بموجبها ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، و أنّ المقصود بها غالباً نفع الموهوب له و التودد إليه ، أما الوقف فلا تخرج بموجبه ملكية الموقوف إلى الموقوف عليه لأنه يرد على المنفعة فقط ، فيكون أشبه بالعتق ، و أنّ المقصود به الثواب و الأجر من الله عزّ و جلّ .

- أنّ قياس الوقف على الصدقة فيه نظر ، فالصدقة تلزم في الحياة بغير حكم الحاكم ، و تفتقر إلى القبول ، و الوقف لا يفتقر إليه فافتقرا .

الاتجاه الثالث : جواز الرجوع في الوقف مطلقاً (1)

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ للواقف أن يرجع عن الوقف الذي أنشأه متى أراد ذلك ، ما لم يحكم الحاكم به أو يضيفه الواقف إلى ما بعد الموت أو يكون الموقوف مسجداً . ذلك أن الوقف لا يزيل ملكية الموقوف عن ملك الواقف ، فلا يلزم ، و يصح الرجوع فيه ، و من تم يجوز التصرف فيه ببيعه أو هبته و نحوها .

و لقد استدل أنصار هذا الاتجاه في ذلك على الأدلة التالية :

- ما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه و سلم فقال : " لا حبس عن فرائض الله " (2) ، فمعنى هذا أنه لا يوجد مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة ، و لا شك أنّ منع العين من التصرف و عدم انتقالها إلى الورثة فيه حبس عن فرائض الله ، و في هذا مخالفة للحديث .

- ما روي عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه أنه أتى الرسول صلى الله عليه و سلم فقال : " يا رسول الله حائطي هذا صدقة ، وهو إلى الله و رسوله ، فجاء أبواه ، فقالا : يا رسول الله ، كان من قوام عيشتنا ، فردّه رسول الله إليهما ، ثمّ ماتا ، فورثهما

(1) هو قول أبي حنيفة و الإمام زفر .

(2) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى .

ابنهما بعد"⁽¹⁾ الأمر الذي يستفاد منه أنّ ردّ الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الصدقة إلى والدي الواقف بعد شكوتها دليل كاف على جواز الرجوع ، و إرثه من صاحبه بعد موته .

- ما رواه الطحاوي⁽²⁾ عن الزهري عن عمر رضي الله عنه قال : " لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها " ، و معنى هذا القول أنّ الوقف عقد جائز يجوز الرجوع فيه ، ذلك أنّ الذي منع عمر رضي الله عنه من الرجوع في وقفه كونه ذكره للنبي صلى الله عليه وسلم ، فكره أن يفارقه على أمر ثم يخالفه بفعل غيره .

- أنّ الوقف تمليك دون الرقبة ، فلا يلزم كالعارية .

و لقد تعرض هذا الاتجاه أيضا للنقد من قبل بعض الفقه للأسباب التالية :

- أنّ الحديث الذي رواه ابن عباس يحتل - في معناه- أن يكون المراد منه النهي عن حبس المال عن وارثه و عدم إطلاقه إلى يده ، وهو ما كان يفعله العرب في الجاهلية .

- أنّ المراد من الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم هو صدقة التطوع فقط أما الوقف فلم يذكر فيه أصلا ، كما و أنّ الحائط المتصدق به ليس ملكا للمتصدق الذي كان يعمل فيه بطريق النيابة ، فكان هذا الحائط لأبويه ، و من تمّ يكون تصرف المتصدق فيه بالحبس من غير أمرهما باطل اجماعا ، و لولا انه ابنهما لما ورثه عنهما .

- لا حجة في الحديث الذي رواه الطحاوي تفيد جواز الرجوع في الوقف .

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، و الدار قطني .

(2) هو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي ، ينتسب إلى المذهب الحنفي .

- قياس الوقف على العارية قياس مع الفارق ، لأنّ العارية اباحة انتفاع لا تملك يبقى المعير بموجبها مالكا للعين المعارة ، أما الوقف فتملك على الدوام ، فافترقا .

و تجدر الإشارة إلى أنّ أنصار هذا الاتجاه القائلين بجواز الرجوع في الوقف مطلقا يعتبرون استثناء الوقف عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إذا حكم الحاكم⁽¹⁾ ، و السبب في ذلك يرجع إلى أنّ حكم الحاكم كان محل اجتهاد بحيث أفضى اجتهاده إليه بعد بحثه في المسألة و قضى بعدم جواز الرجوع في الوقف لأسباب مسوغة فيلزم .

كما و أنّ إضافة الوقف إلى ما بعد الموت يجعل عقد الوقف لازما بعد موت الواقف لا في حياته كأن يقول : " إذا متّ فقد وقفته " ، لا يجوز للواقف أن يرجع فيه ، لأنه يأخذ حكم الوصية حينئذ ، و هذه الأخيرة لا يتصور الرجوع فيها بعد الموت ، و من تمّ لا يجوز الرجوع في الوقف المطلق .

و أما في وقف المسجد ، فيلزم بمجرد افرازه عن ملكه و إذنه الناس بالصلاة فيه ، فليس في قول الواقف " جعلت هذه البقعة مسجدا " ما يدل على بقائها في ملكه لقوله سبحانه و تعالى : " و أنّ المساجد لله " ⁽²⁾ ، و من تمّ يمتنع على الواقف الرجوع في وقف المسجد مطلقا سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم .

هذا ، و إنني أرى تماثيا مع ما استقر عليه الرأي الفقهي الغالب ، أنّ الوقف عقد لازم بمجرد وقوعه باللفظ سواء قبض محل الوقف أو لم يقبض ، و لا يجوز الرجوع فيه مطلقا لأنّ الوقف تبرع ، و لا يخرج عن كونه تملكيا لله سبحانه و تعالى .

(1) و مثل ذلك أن يقف شخص ماله و يسلم الوقف للمتولي ثم يموت ، فيخاصم الورثة ناظر الوقف طالبين الحكم لهم بالإرث ، فيحكم القاضي بلزوم الوقف ، و منع انتقال العين الموقوفة بالإرث .

(2) سورة الجن ، الآية 18 .

ثانيا : حكم الرجوع في الوقف المؤقت.

إذا أطلق الواقف وقفه و لم يتعرض فيه لتتجيز و لا لتأبيد ، فانه يحمل على أنه ناجز من حينه كما يحمل على أنه مؤبد ، أما إذا أقت وقفه بمدة معينة على أن يرجع فيه بعد انتهاء المدة ، فهل يجوز له ذلك ؟ و ما أثر هذا التأقيت و الاشتراط على صحة الوقف ؟

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في الوقف المؤقت بحسب اختلافهم في صحة تعليق الوقف على شرط الخيار⁽¹⁾ إلى ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول : بطلان الشرط و الوقف معا⁽²⁾

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الوقف إذا اقترن بشرط البيع أو الهبة أو الرجوع كان باطلا ، ذلك أنّ الوقف يهدف إلى التأبيد ، و لا يصح تعليقه على شرط الخيار ، أو شرط الرجوع فيه متى شاء .

و لقد استدل أنصار هذا الاتجاه على الأدلة التالية :

- أنّ اشتراط الواقف لنفسه حق بيع الوقف أو الرجوع فيه يتنافى و مقتضى الوقف ، فلا يقع صحيحا لشموله هذا الشرط الفاسد .

- قياس الوقف على الصدقة ، بدعوى أنّ كلا منهما اخراج للمال على وجه القرربة ، فكما أنّ الصدقة لا تصح مع وجود هذا الشرط ، فكذلك الوقف .

(1) يقصد بشرط الخيار أن يشترط الواقف لنفسه عند إنشائه الوقف أن يكون له الحق في الرجوع فيما وقف متى شاء ، أو أن يشترط رجوعه إليه بوجه ما كأن يبيعه ، أو يرهنه ، أو يهبه متى شاء .

(2) يمثل هذا الاتجاه الحنفية عدا الإمام أبو حنيفة ، الشافعية ، و الحنابلة .

- الوقف إضافة ملك إلى الله سبحانه و تعالى كالعق ، أو الى الموقوف عليه كالبيع و الهبة فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، و من تمّ يكون اشتراط الواقف الرجوع في وقفه شرطا فاسدا .

الاتجاه الثاني : صحة الوقف و بطلان الشرط⁽¹⁾.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه متى وقف الشخص ماله ، و اشترط لنفسه الرجوع فيه متى شاء كان هذا الشرط باطلا ، و الوقف صحيحا ، ودليلهم في ذلك :

- قياس الوقف على البيع ، ذلك أنّ البيع متى اقترن بشرط فاسد كان صحيحا و وقع الشرط باطلا لما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه أبطل الشرط و لم يبطل العقد ، و من تم يسري نفس الحكم على الوقف .

- قياس الوقف على العتق بشرط الرجوع ، في أنه يقع العتق صحيحا و يبطل الشرط .

- قياس اشتراط الرجوع في الوقف على اشتراط المطلق أنه لا رجعة له ، فإذا أسقط المطلق حقه في الرجعة ، أو طلق بشرط ألا رجعة له ، وقع الطلاق و لم يسقط حقه في الرجوع .

غير أنّ هذا الرأي تعرض للنقد من قبل الفقه ، و ذلك للأسباب التالية :

- أنّ قياس الوقف على البيع قياس مع الفارق ، لأنّ عقد الوقف عقد اسقاط ، أما البيع فمعاوضة فهما يختلفان إذن ، و أنّ في صحة البيع مع الشروط الفاسدة خلاف بين الفقهاء ، فيكون حكم الأصل المقيس عليه مختلفا فيه ، و من تم لا يصح أن يقاس عليه غيره .

(1) يمثل هذا الاتجاه بعض الشافعية و وجه عند الحنابلة و الظاهرية .

- أن الكثير من العلماء قالوا بعدم وقوع العتق بشرط الرجوع ، و مع التسليم فإنه مخالف للوقف ، و ذلك أن العتق مبني على الغلبة .

- قياس الوقف على الطلاق قياس مع الفارق ، لان اشتراط الرجوع في الوقف يعتبر بمثابة إنشاء حكم لم يكن ثابتا له ، بخلاف اشتراط عدم الرجوع في الطلاق الرجعي ، فإنه اسقاط حكم أثبتته الشارع ، فلا يسقط بالإسقاط .

الاتجاه الثالث : صحة الشرط و ثبوت حق الرجوع⁽¹⁾.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يشترط في صحة الوقف التأييد ، فيصح أن ينشأ الوقف مؤقتا مدة معينة ثم ترفع وقفيته بعد انتهاء مدته ، و حججهم في ذلك :

- ما روي عن الإمام البخاري أن حسان باع حصته من وقف أبي طلحة من معاوية الذي شرط في وقفه انه يجوز للموقوف عليهم أن يبيعوا حصتهم من الوقف إذا ما احتاجوا ذلك⁽²⁾ .

- قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم " ، فالحديث الشريف دال على أن من شرط شيئا كان له ما شرط ، و في ذلك مراعاة لحقوق كل من الواقف و الموقوف عليه ، فضلا عن أنه لا مانع من وضع شرط التأقيت شرعا ما دام انه لم يشتمل على محرم .

- قول عمر رضي الله عنه : " لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها " ، و هذا القول يحتمل أن عمر رضي الله عنه كان يرى صحة الوقف و لزومه ما لم يشترط الواقف الرجوع فيه .

(1) يمثل هذا الاتجاه المالكية و أبو يوسف من الحنفية.

(2) يراجع نايف محمد العجمي/ الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 516 هـ 2.

و لقد تعرض هذا الاتجاه بدوره إلى النقد من قبل بعض الفقهاء للأسباب التالية :

- أن احتمال اشتراط أبا طلحة بيع الموقوف إذا ما احتاج الواقف ذلك بعيد ، إذ لم يقم الدليل عليه ، بل هو مجرد احتمال فلا يصح أن يبنى عليه حكم شرعي ، و أن بيع حسان حصته يدل على أن أبا طلحة ملّكهم الحديقة المذكورة بعد أن أرجعها إليه الرسول صلى الله عليه و سلم ، و لم يوقفها عليهم ، إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها لان الوقف لا يباع .

- أن الحديث النبوي الشريف المذكور آنفا ظاهر الدلالة في لزوم الشروط ، و أنه يجب الوفاء به ، و لكن يجب أن يقيد هذا اللزوم فيما إذا كانت هذه الشروط صحيحة و منعقدة ، و في هذه الحالة فان الشرط غير صحيح ، فلا ينعقد ، لان الوقف عقد مؤبد لا يحتمل التأقيت و لا الفسخ لأنه منافع لمقتضى العقد ، و الشرط متى كان منافيا لمقتضى العقد ، أو ترتب عليه حلّ ما حرّم الله ، أو تحريم ما أحلّ الله ، فانه يبطل .

- أنه ليس في قول عمر رضي الله عنه ما يدل على أن الوقف يجوز أن يقترن بشرط تأقيته ، و لا أنه يجوز للواقف أن يشترط الرجوع فيما وقفه ، لذا فلا يصح التعلق به للقول بصحة اشتراط الرجوع في الوقف .

هذا ، و إنني أميل إلى ما قرره أنصار الاتجاه الأول القائلين بتأييد الوقف و عدم جواز تأقيته و الرجوع فيه ، و ذلك لقوة أدلتهم و وجاهتها ، و لأنّ اشتراط الرجوع في الوقف شرط فاسد ، و هو منافع لمقتضى الوقف الذي هو التأبيد ، فيكون الوقف المقترن بهذا الشرط قد أنشئ على وجه لا يتفق مع طبيعة هذا العقد و مقتضاه ، و من تم إذا نشأ فانه لا ينعقد ابتداء .

ثالثاً : حكم الرجوع في الوقف المعلق بالموت.

إذا وقف الشخص ماله و لم ينجزه ، بل جعله معلقاً على موته ، كأن يقول :
إذا متّ فقد وقفت داري على فقراء مدينتي ، فهل يجوز في هذه الحالة للواقف الرجوع
في وقفه إذا كان حيّاً و لم يمت بعد ، أم أنه يلزم من وقت صدوره ؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة ، فقرر البعض منهم جواز الرجوع
ما دام الواقف حيّاً ، في حين ذهب فريق آخر إلى لزوم الوقف و عدم جواز الرجوع فيه ،
و سأعرض وجهة نظر كل اتجاه تباعاً.

الفريق الأول : جواز الرجوع ما دام الواقف حياً⁽¹⁾

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الوقف المعلق على الموت يعتبر كالوصية لا يقع لازماً
قبل وجود المعلق عليه أي الموت ، و من تمّ يجوز للواقف أن يرجع فيه ما دام على قيد
الحياة فإن مات الواقف دون رجوع لزم الوقف و لا يملك أحد من الورثة أن يرجع عنه أو يعدل
فيه⁽²⁾ ، و دليلهم على ذلك :

- أنّ كل ما يعلق بالموت يعتبر وصية ، و الوصية بالاجماع لا تلزم قبل وفاة الموصي
فهي عقد جائز غير لازم ، لذا فإن الوقف المعلق بالموت يعتبر وصية من الوصايا ،
و من تمّ يجوز للواقف أن يرجع فيما وقفه ما دام حيّاً .

- قياس الوقف على التدبير ، فكما انه يجوز للسيد أن يبيع عبده المدبر عند الحاجة
و لزوم الدين ، فكذلك يجوز الرجوع عن الوقف المعلق ، بدعوى أن كلا منهما تبرع معلق
بالموت .

و لقد تعرض هذا الفريق للنقد من طرف بعض الفقه و ذلك لما يلي :

(1) و هو قول الحنفية و الشافعية و بعض الحنابلة .

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي/ الوجيز في أحكام الوصية و الوقف، المرجع السابق، ص 196.

- الوقف المعلق على الموت و إن تشابه مع الوصية ، إلا أنّ اعتباره وصية قطعاً غير صحيح ، وذلك لوجود الفارق بينهما ، ففي الوصية ينتقل ملك الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد موت الموصي ، بخلاف الوقف الذي لا يفيد تملك الشيء الموقوف و إنما الانتفاع به فقط ، فضلاً عن أنّ الوصية تتطلب قبول الموصى له لها لتنتقل ملكية الموصى به إليه ، بخلاف الوقف الذي لا يفترق انعقاده إلى القبول .

- أنّ قياس الوقف على التدبير قياس فاسد ، لأنّ بيع المدبر عند الحاجة مختلف فيه ، و من شروط صحة القياس أن يكون حكم الأصل المقيس عليه متفقاً عليه ، و حتى لو سلمنا بصحته ، فإن الاستدلال به لا يصح فيما نحن بصدده ، فقد اشترط القائلون بجواز بيع المدبر أن تكون هناك حاجة توجبه ، كدين ونحوه ، بخلاف الوقف المعلق على الموت فإن القائلين بجواز الرجوع فيه لم يقيدوه بالحاجة ، فالرجوع في الوقف المعلق يصبح مطلقاً ، و من تم الاستدلال بالقياس هنا غير صحيح .

الفريق الثاني : عدم جواز الرجوع و لزوم الوقف من وقت صدوره (1).

يذهب أنصار هذا الرأي أنّ الوقف المعلق على الموت عقد لازم من وقت صدوره حتى لو اقترن بأجل الوفاة(2) ، و برروا ذلك بالأدلة الدالة على لزوم الوقف كونها أدلة عامة تشمل الوقف المنجز و المعلق.

غير أنه ردّ على أنصار هذا الاتجاه أن الأدلة التي اعتبروها سندا مبررا لاتجاههم تدلّ على لزوم الوقف المنجز فقط ، فلا تدل على لزوم الوقف المعلق لأنه أشبه بالوصايا .

(1) و هو قول المالكية و أكثر الحنابلة .

(2) جاء في حاشية الدسوقي : " و لا يشترط في الوقف التنجيز بل يصح فيه التأجيل " ، و في الإنصاف : " أن يقف ناجزاً ، فإن علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول : هو وقف من بعد موتي فيصح في قول الخراقي و هو المذهب " .
- يراجع نايف محمد العجمي/ الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 520.

و أرى تماشياً مع ما أخذ به الفريق الثاني من الفقه أن الوقف المعلق على الموت عقد لازم بمجرد صدوره ، لا يجوز للواقف أن يرجع فيه ، لأن الوقف تبرع و هو قرينة لله سبحانه و تعالى .

رابعاً : الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت.

إذا وقف الشخص جزء من ماله و هو في مرض الموت ، فهل يتمتع عليه الرجوع في وقفه ؟ أم أنّ ما وقفه يعتبر وصية ، و يثبت له ما للوصية من أحكام ، فيجوز له حينئذ الرجوع ؟

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إلى فريقين :

الفريق الأول : عدم جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت⁽¹⁾.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الواقف إذا وقف ماله و هو في مرض الموت⁽²⁾ كان وقفه صحيحاً و ناجزاً ، و من تم لا يجوز للموقوف عليه أن يرجع فيه للأسباب التالية :

- أنّ الأدلة الدالة على لزوم الوقف و عدم الرجوع فيه عامة تشمل الوقف الذي نشأ من الواقف و هو في مرض الموت .

- أنّ حق الورثة تعلق بالمال الموقوف كون الوقف نشأ أثناء المرض ، فمنع التبرع إذا زاد على الثلث كالعطية ، و العتق ، أما إذا كان أقل من الثلث ، فجاز الوقف فيه ، و لزم لعدم تعلق حق الورثة به .

(1) و هو قول الصحابين أبو يوسف و محمد ، و الشافعية و المذهب عند الحنابلة .

(2) مرض الموت هو المرض الذي يكون المريض به عاجزاً عن القيام بمصالحه و قضاء حاجاته و يغلب فيه الهلاك و يتصل به الموت .

-O.PESLE : La théorie et la pratique du habous dans le titre malékite, op.cit, p 34,35.

-O.HOUDAS,F.MARTEL :Traité de droit musulman , la TOHFAT d'IBN ACEM , commentaire juridique et notes philologiques Gavauet SAINT-DAGER,éditeur,Alger 1882, p 645.

الفريق الثاني : جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت(1)

يرى أنصار هذا الرأي أنّ الواقف إذا أنجز وقفه في مرض الموت ، كان كما لو أنجزه و هو في صحته ، و من تم كان وقفه غير لازم ، يجوز الرجوع فيه ، و دليلهم على ذلك أنه لما كان الوقف لا ينفذ إن مات الواقف في مرضه إلا في حدود الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه .

و لقد تعرض هذا الفريق للنقد ، على اعتبار أن قياس الوقف على الوصية قياس مع الفارق ، فالوقف في مرض الموت يخالف الوصية ، ذلك أنه في الوقف إذا شفي الواقف من مرضه ، كان وقفه لازماً و لا رجوع فيه ، بخلاف الوصية التي يكون للموصي الرجوع فيها إذا ما شفي هذا الأخير من مرضه ، فضلاً عن أنّ ملكية الشيء الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي ، و يجوز عندئذ للموصى له أن يرد الموصى به إلى ورثة الموصي ، بخلاف الوقف الذي ينجز من حينه ، و لا يمكن للواقف أن يسترده حتى لو لم يقبله الموقوف عليه .

و أرى تماشياً مع مع ذهب إليه أنصار الفريق الأول ، أنّ الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقاً ، سواء كان الواقف أثناء إنشائه الوقف في حال الصحة أو مريضاً .

الفرع الثاني: حكم الرجوع في الوقف في التشريع الجزائري.

تجدر الإشارة بداءة إلى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، و بما أنّ الوقف يندرج ضمن أحكام هذا القانون فإنه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الوقف المبرم قبل صدوره .

(1) و هو قول المالكية و الإمام أبي حنيفة .

و ترتيباً على ذلك فإنّ حكم الرجوع في الوقف المبرم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، فتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها، ذلك أنّ القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي.

هذا ، و لقد سبق لي أن بيّنت أنّ الوقف قبل صدور قانون الأسرة يخضع لإرادة الواقف و عليه متى أنشأ الواقف وقفه على أساس المذهب الحنفي جاز له أن يرجع فيه بشرط أن يدمج بندا صريحا في العقد المثبت للوقف يحتفظ فيه لنفسه بحقه في التراجع في وقفه ، أما إذا أنشأ الواقف وقفه بناء على مذهب جمهور الفقهاء ، فإنه لا يجوز له أن يرجع في وقفه مطلقاً.

و لقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد هذا الموقف بحيث أنه طبّق أحكام الشريعة الإسلامية على وقف مبرم قبل صدور قانون الأسرة، و من ذلك مثلاً ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2001/12/19⁽¹⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " من الثابت شرعاً أنّ عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تمّ وفقاً للمذهب الحنفي، و لما كان الحبس في دعوى الحال تمّ على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد أسأؤوا تطبيق القانون".

أما بالنسبة لحكم الرجوع في الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدور قانون الأسرة ، فإننا نجد المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي بتأييد الوقف و لزومه، فنصّ صراحة في المادة 213 منه على أنّ الوقف يجب أن يصدر على وجه التأييد، الأمر الذي يستنتج منه أنّ الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للتراجع فيه مطلقاً،

(1) يراجع قرار م ع ، ملف رقم: 223224، الصادر بتاريخ 2001/12/19، غ م.

- و نفس المعنى يكرسه قرار م ع غ م، ملف رقم: 102230، الصادر بتاريخ 1993/07/21، م ب م ق، ع 1، س 1999، ص 95، والذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر فقهاً أنّ الحبس إذا كان معلقاً أو مضافاً جاز للمحبس (الواقف) التراجع عنه و إن كان منجزاً (أي فوري) فلا يجوز له ذلك. و متى ثبت أن عقد الحبس- موضوع النزاع الحالي- كان معلقاً لما بعد وفاة المحبسة (م-ع) فإنّ تراجعها باطلها له بعقد توثيقي، و تصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزاً شرعاً، و عليه كان على قضاة الموضوع ابعاد عقد الحبس المعني، و رفض طلب المطعون ضدهما الرامي لإبطال عقد البيع الرسمي و طرد المشتريين من العقار المحبس. و لما قضاوا بغير ذلك، فقد عرضوا قرارهم المنتقد للنقض".

فلا يجوز للواقف أو لورثته من بعده الرجوع فيه ولو شرط الواقف ذلك في عقد الوقف، و لقد كرس هذا المبدأ فيما بعد قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 في المواد 3 و 16 و 23 و 28 منه.

و عليه ، متى تمّ الوقف صحيحا مستوفيا لجميع أركانه و شروطه أصبح لازما، و انقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو ناظر الوقف عن ملكية الرقبة، فتصير العين الموقوفة خارجة عن دائرة التمليك و التملك، لأنّ الوقف صدقة جارية، و من تمّ لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه بأيّ تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما⁽¹⁾.

(1) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 157310، الصادر بتاريخ 1997/07/16، م م ق، ع 1، س 1997، ص 34، و الذي يقضي بما يلي: " من المقرر شرعا و قانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأيّ تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرهما. و لما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى ابطال البيع الوارد على الأرض المحبسة و راحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلقه بأرض محبسة فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أسأؤوا تطبيق القانون و خرقتوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم".

- و في ذات المعنى، يراجع قرار م ع غ م ع، ملف رقم: 188432، الصادر بتاريخ 1999/09/29، غ م، أشار إليه حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 222، و الذي جاء فيه: " و لكن حيث انه في- قضية الحال- أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على مال موقوف، مستندين إلى نص المادة 23 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 و الذي لا يجيز التصرف في أصل الملك الوقي لفائدة الغير".

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي استعرضت خلالها أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري خلصت إلى عدّة نتائج يمكنني بلورتها في الآتي:

أولاً: الهبة عقد يتحقق وجوده بإيجاب و قبول متطابقين، و بموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض و بنية التبرع ، كما يجوز أن تتمّ الهبة بعوض كأن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بأيّ التزام يتوقف انعقاد و تمام الهبة على انجازه.

ثانياً: الهبة عقد شكلي لا بدّ من افراده في عقد رسمي إذا كان محله عقارا و من مراعاة الإجراءات الخاصة إذا كان محله منقولا ذا طبيعة خاصة.

ثالثاً: الهبة عقد عيني لا يتمّ إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده يستوي في ذلك أن يكون محل الهبة عقارا أو منقولا.

رابعاً: الأصل أنّ الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقا ، غير أنه يجوز استثناء للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما ما لم يوجد مانع من الموانع الثلاثة المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة.

خامساً: الرجوع في الهبة يتمّ إما بالتراضي بين الواهب و الموهوب له أو بالتقاضي.

سادساً: يترتب على الرجوع في الهبة اعتبارها كأن لم تكن، و بالنتيجة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، على أنه يجب ألا يمسّ هذا الرجوع بحقوق الغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية الشيء الموهوب من الموهوب له.

سابعاً: الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت.

ثامناً: تأخذ تصرفات المريض مرض الموت و التصرفات لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة و المنفعة طوال حياة المتصرف حكم الوصية، و تخضعان لما يسري عليها من قواعد شرعية و قانونية.

تاسعاً: الوصية تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة، يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب فقط الصادر من الموصي، و شروط صحتها المتمثلة في الموصي و الموصى له و الموصى به و الشكل.

عاشراً: الوصية تصرف رضائي، و الكتابة المتطلبة فيها هي للإثبات فقط و ليست ركناً لانعقادها.

حادي عشر: تثبت الوصية إما بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه أو بموجب حكم يؤشر به على هامش أصل الملكية في حالة وجود مانع قاهر.

ثاني عشر: الوصية تصرف تبرعي غير لازم، يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء إما صراحة بواسطة وسائل اثباتها أو ضمناً بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ما دام الموصي على قيد الحياة، ذلك أنّ حقّ الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصي حقّ احتمالي لا يتحقق إلا بموت الموصي مصرراً على وصيته، فالمال الموصى به لا يخرج عن الضمان العام للموصي حتى وفاته.

ثالث عشر: الوقف تصرف قانوني من جانب واحد، ينصب على المنفعة، و يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه.

رابع عشر: للوقف أركان أربعة حددتها المادة التاسعة من قانون الأوقاف و هي: الواقف و محلّ الوقف و صيغة الوقف و الموقوف عليه.

خامس عشر: الوقف تصرف رضائيّ و ليس شكلياً، و الكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده فحسب و ليست ركناً لانعقاده ، في حين أنّ الوقف الوارد على منقول يجوز اثباته بجميع طرق الإثبات.

سادس عشر: يثبت الوقف إما بتصريح الواقف أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

سابع عشر: يجب احترام الشروط التي يضعها الواقف و السهر على تنفيذها إذا كانت صحيحة لا تتنافى مع حكمه لأنّ الشرط الواقف كنصّ الشارع.

ثامن عشر: الوقف تصرف تبرعي لازم يجب أن يصدر على وجه التأييد لأنه صدقة جارية لا يجوز للواقف أن يرجع فيه مطلقاً و لا لورثته من بعده.

قائمة الاختصارات

أولا : باللغة العربية

- اج. ق..... الاجتهاد القضائي
- ج..... جزء
- ج. ر. ج. ج..... الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- س..... سنة
- ص..... صفحة
- ع..... العدد
- غ. اج..... الغرفة الاجتماعية
- غ. أ. ش..... غرفة الأحوال الشخصية
- غ. أ. ش. مو..... غرفة الأحوال الشخصية و المواريث
- غ. ت. ب..... الغرفة التجارية و البحرية
- غ. ع..... الغرفة العقارية
- غ. ق. خ..... غرفة القضاء الخاص
- غ. م..... الغرفة المدنية
- غ. م..... غير منشور
- غ. مج..... الغرفة المجتمعة
- ق..... قانون
- ق. أ..... قانون الأسرة
- ق. إ. م. إ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق. م..... القانون المدني
- م..... منشور
- م. أ..... المجلس الأعلى
- م. ج. ع. ق. إ. س..... المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية
- م. ع..... محكمة عليا
- م. م. ع..... مجلة المحكمة العليا

م.ق.....	مجلة قضائية
ن.ق.....	نشرة القضاة
ه.....	هامش

Abréviations

ثانيا : باللغة الفرنسية

Bull.Civ.....	Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles
C.....	cour d'appel
Cass.....	cour de cassation
Cass.Civ.....	Cour de cassation, chambre civile, section civile
D.....	Dalloz
IR.....	Informations rapides
n°.....	Numéro
Obs.....	Observations
Op.cit.....	Ouvrage précité
P.....	Page
T.....	Tome
T.Civ.....	Tribunal civil
V.....	Voyez

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

أ/ المراجع العامة :

- أحمد فراج حسين :

المدخل للفقهاء الإسلاميين: تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت ، سنة 2001.

- أحمد أبو الفتوح :

المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة النهضة، مصر، بدون سنة الطبع.

- أنور سلطان :

الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1970.

- بلحاج العربي :

قانون الأسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994.

- بلعيور عبد الكريم :

نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، سنة 1986.

- حمدي باشا عمر :

* القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، طبع في 2005.

* حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2002.

- عبد الحي حجازي :

عقد المدة أو العقد المستمر و الدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1950.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري :

* الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، سنة 1952.

* الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.

* مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1998.

- عبد المنعم فرج الصدة :

حق الملكية، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، سنة 1967.

- علي علي سليمان :

النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

- عمر عبد الله :

أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، دار المعارف، الإسكندرية، 1385 هـ- 1966 م.

- لحسين بن الشيخ آث ملويا :

المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبع في 2005.

- محمد بن احمد تقية :

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1984.

- موريس نخلة :

الكامل في شرح القانون المدني(دراسة مقارنة)، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ، سنة 2001.

- وهبة الزحيلي :

الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق، بدون سنة الطبع.

ب/ المراجع الخاصة :

- أحمد ابراهيم :
أحكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض، مطبعة العلوم، القاهرة، 1358هـ-1939 م.
- أحمد فراج حسين :
* أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، سنة1989.
- * أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة2003.
- أحمد فراج حسين و محمد كمال الدين إمام :
نظام الإرث و الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة2002.
- أحمد محمود الشافعي :
الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، سنة2000.
- آدمون كسبار :
الوصايا و الهبات و الإرث، مطبعة الجهاد- بيروت، سنة1959.
- أكثم أمين الخولي :
العقود المدنية: الصلح و الهبة و الوكالة، الطبعة الأولى، مطبعة النهضة، القاهرة، سنة1957.
- أنور العمروسي :
العقود الواردة على الملكية في القانون المدني: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض و الدخل الدائم، الصلح، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة2002.
- أنور طنبة :
* العقود الصغيرة: الهبة و الوصية، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان النشر، سنة 2004.
- * الوسيط في القانون المدني، العقود المسماة: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض ، الصلح ،الإيجار،العارية ،المقاوله التزام المرافق العامة الوكالة، الوديعة ،الحراسة ، المقامرة، الرهان، المرتب مدى الحياة، التأمين، الكفالة، الجزء الثاني، رمضان و أولاده للطباعة و التجليد، الإسكندرية، سنة1993.

- **بدران أبو العينين بدران :**
المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1970.
- **بلحاج العربي :**
الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث و الوصية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004.
- **بن شويخ الرشيد :**
الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008.
- **جمال الدين طه العاقل :**
عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، سنة 1398هـ - 1978م.
- **حسن صبحي أحمد :**
مذكرة في الوصية و الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1970.
- **حسن محمد بودي :**
موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.
- **حسين حامد حسان :**
أحكام الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973.
- **حمدي باشا عمر :**
عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبع في 2004.
- **رمضان علي السيد الشرنباصي :**
الوجيز في أحكام الوصية و الوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005.
- **رمول خالد :**
الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الإجراءات القضائية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، طبع في 2004.

- زهدور محمد :

الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991.

- زهدي يكن :

* أحكام الوقف، الطبعة الأولى، المطبعة العصرية للطباعة و النشر، بيروت- لبنان، بدون سنة الطبع.

* الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت- لبنان، 1388 هـ .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة الطبع.

- عبد المجيد عبد الحميد الذيباني :

أحكام المواريث و التركات و الوصية في الشريعة الإسلامية(مع قانون الوصية الجديد رقم 94/17)، الطبعة الأولى، الجامعة المفتوحة، طرابلس، سنة 1995.

- عبد الوهاب البنداري :

شرح العقود المدنية: الهبة(دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.

- كمال حمدي :

المواريث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998.

- مجيد خلفوني :

شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.

- محمد أبوزهرة :

* شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية)، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1409 هـ - 1988 م.

* محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.

- محمد بن أحمد تقيّة :
دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن،
الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2003.
- محمد جعفر شمس الدين :
الوصية و أحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) ، الطبعة
الثالثة، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، 1426 هـ- 2005 م.
- محمد زكريا البرديسي :
الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1971.
- محمد كمال الدين إمام :
الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية وتشريعية، منشأة المعارف،
الإسكندرية، سنة 2002.
- محمد كنانة :
الوقف العام في التشريع الجزائري: دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية،
دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.
- محمد مصطفى شلبي :
أحكام الوصايا و الأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت،
1402 هـ - 1988 م .
- محمود حسن :
أحكام الوصية بين الشريعة و القانون، مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت،
بدون سنة الطبع .
- محمود علي أحمد :
بحوث في الهبة و الشفعة و الغصب و الصيد في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة،
1398 هـ- 1978 م.
- محمودي عبد العزيز :
رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري: التصرف في مرض الموت و التصرف مع
الاحتفاظ بالحيازة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الجزائر، سنة 2006.

- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي :

أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.

- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني :

الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1398هـ-1978 م.

- معوض عبد التواب :

المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني: أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، العقود المسماة: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998.

- نبيل صقر :

تصرفات المريض مرض الموت: الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.

- نزيه نعيم شلالا :

دعوى الهبة(دراسة مقارنة من خلال الفقه و الاجتهاد والنصوص القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 2000.

- وليد رمضان عبد التواب :

الوقف شرعا وقانونا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، سنة 2008.

- وهبة الزحيلي :

الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق- سوريا، 1414هـ-1993 م.

ج/ المقالات :

- البشير جبيري :

الرجوع عن الهبة ، مجلة الموثق ، العدد التاسع ، سنة 2003.

- الغوتي بن ملحّة :

* الطبيعة القانونية للحبس، تعليق على قرار الغرفة العقارية، القسم الثالث، ملف رقم:

215924، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، سنة 2004.

* مكانة الوقف في القانون العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،

رقم 02، الجزء 42، سنة 2000.

- بوتارن فايزة :

تعليق على القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية، القسم الثالث، ملف رقم

204958 الصادر بتاريخ 2001/01/31، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول،

سنة 2004.

- بوحلاسة عمر :

الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد التاسع، سنة 2000.

- جمال الدين طه العاقل :

الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني و قانون المعاملات المدنية الإماراتي،

مجلة الأمن و القانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول، السنة السادسة، الإمارات العربية المتحدة،

يناير 1998.

- زاوي فريدة :

نظرات في قانون الأوقاف، الجزء الأول ، م ج ع ق إ س ، العدد الأول، سنة 2009.

- شريف بن عقون :

الوقف في التشريعات الجزائرية، مجلة الموثق، العدد السابع، سنة 2002.

- شيخ سناء :

إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة: الوصية و الوقف، مجلة المحكمة العليا،

العدد الأول، سنة 2009.

- **عابدين مصطفى :**

وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية و اجتهاد المحكمة العليا ، نشرة
القضاة، العدد 59، سنة 2006.

- **علاوة بوتغرار :**

المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي و الفرنسي، مجلة الموثق، العدد الثالث، سنة 2001.

- **لعروم مصطفى :**

عقد الهبة، مجلة الموثق، العدد الثامن، سنة 1999.

- **محمد بن احمد تقية :**

الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الإسلامي، مجلة الموثق ، العدد الثالث، جوان 1998.

- **محمد حسنين :**

عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،
العدد الثاني، سنة 1987.

- **محمد عبد الرزاق السيد ابراهيم الطبطبائي :**

أركان الوقف في الفقه الإسلامي : دراسة فقهية مقارنة، مجلة أوقاف، العدد الخامس، السنة
الثالثة، سنة 2003.

د/ الرسائل :

- **أنس عبد الواحد صالح الجابر :**

أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) ، بحث مقدم لنيل شهادة
الدكتوراه في الفقه و أصوله، تحت إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحيى، الجامعة الأردنية، كلية
الدراسات العليا ، نيسان 2007.

- **براهيمي نادية المولودة أركام :**

الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،
تخصص عقود و مسؤولية ، تحت إشراف الدكتور الغوتي بن ملح ، جامعة بن عكنون،
الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، سنة 1995.

- جهاد سالم جريد الشرفات :

أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه و أصوله ، تحت اشراف الدكتور رحيل غرايبية ، جامعة آل البيت ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، 1420هـ-1999م.

- حبار محمد :

* نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، تحت اشراف الدكتور علي علي سليمان، جامعة بن عكنون- الجزائر، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، سنة1977.

* نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، تحت اشراف الدكتور علي علي سليمان، جامعة بن عكنون- الجزائر، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية ، سنة 1987.

- ضريفي الصادق :

الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير: فرع العقود و المسؤولية ، تحت إشراف الدكتورة دليلة فركوس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001-2002 م.

- علاوة بوتغرار :

التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري : دراسة نظرية و تطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية ، تحت اشراف الدكتور نواصر العايش ، جامعة بن عكنون – الجزائر، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، 2000-2001.

- غياطو الطاهر :

الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العقاري و الزراعي، تحت اشراف الدكتور محمد نسيب أرزقي، جامعة البليدة ، الجزائر، كلية الحقوق، 1999-2000.

- نايف محمد العجمي :

الرجوع و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، تحت اشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم: قسم الشريعة الإسلامية ، سنة 1422 هـ - 2001 م.

هـ/ النصوص القانونية :

القوانين :

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 ، يتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج ، العدد 24 ، السنة 21 الصادرة في 12 يونيو 1984).
- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ 03 مايو سنة 1988 ، يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني(ج ر ج ج ، العدد 18 السنة 25 الصادرة في 4 مايو 1988).
- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 ، يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج ، العدد 28 ، السنة 25 الصادرة في 13 يوليو 1988).
- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 ، يتعلق بالأوقاف (ج ر ج ج ، العدد 21 ، السنة 28 الصادرة في 8 مايو سنة 1991).
- القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق لـ 22 مايو سنة 2001 ، يعدل و يتم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991، والمتعلق بالأوقاف (ج ر ج ج ، العدد 29 ، السنة 38 الصادرة في 23 مايو سنة 2001).
- القانون رقم 10/02 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق لـ 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 ، و المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم (ج ر ج ج ، العدد 21، السنة 45، الصادرة في : 23 أبريل 2002).
- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005 ، يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 ، و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم (ج ر ج ج ، العدد 44 ، سنة 42 ، الصادرة في 26 يونيو 2005).
- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 ، يتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج ر ج ج ، العدد 14، السنة 43 الصادرة في 08 مارس 2006).
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية(ج ر ج ج ، العدد 21 ، السنة 45، الصادرة في 23 أبريل سنة 2008).

الأوامر

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج ر ج ج ، العدد 47 ، السنة الثالثة ، الصادرة في 9 يونيو 1966).
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون العقوبات (ج ر ج ج ، العدد 49 ، السنة الثالثة ، الصادرة في 11 يونيو سنة 1966).
- الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 ، يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج ، العدد 107 ، السنة 7 الصادرة في 25 ديسمبر 1970).
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني (ج ر ج ج ، العدد 78 ، السنة 12 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975).
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 1975 ، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 92 ، السنة 12 الصادرة في 18 نوفمبر 1975).
- الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق لـ 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون التسجيل (ج ر ج ج ، العدد 81 ، السنة 14 الصادرة في 18 ديسمبر سنة 1977).
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج ، العدد 15 ، السنة 42 الصادرة في 27 فبراير سنة 2005).

المراسيم

- مرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق لـ 25 مارس 1976 ، يتعلق بتأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 30 ، السنة 13 الصادرة في 13 أبريل 1976).
- مرسوم تنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق أول ديسمبر سنة 1998 ، يحدد شروط ادارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك (ج ر ج ج ، العدد 90 ، السنة 35 ، الصادرة في 2 ديسمبر 1998).
- مرسوم تنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 28 رجب 1421 الموافق لـ 26 أكتوبر سنة 2000 ، يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات اصدارها و تسليمها (ج ر ج ج ، العدد 64 ، السنة 37 ، الصادرة في 31 أكتوبر 2000).

القرارات

- قرار مؤرخ في 2 ربيع الأول عام 1422 الموافق لـ 26 مايو 2001 ، يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي (ج ر ج ج ، العدد 31 السنة 38 الصادرة في 06 يونيو 2001).
- قرار مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1422 الموافق لـ 06 يونيو سنة 2001 ، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي (ج ر ج ج ، العدد 32، السنة 38 الصادرة في 10 يونيو 2001).

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

A- OUVRAGES GENEREAUX :

- G.H.BOUSQUET :

Précis de droit musulman principalement malékite et Algérien , 2^{ème} édition revue , augmentée et mise au courant de la jurisprudence , la maison des livres , Alger.

- G.H.BOUSQUET :

Précis élémentaire de droit musulman (malékite et Algérien) conforme au programme du certificat de législation Algérienne , librairie orientaliste Paul GEUTHNER , Paris 1935.

- O.HOUDAS, F.MARTEL :

Traité de droit musulman , la TOHFAT d'IBN ACEM , commentaire juridique et notes philologiques Gavauet SAINT-DAGER, éditeur, Alger 1882.

- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges :

Traité pratique de Droit civil Français , tome X , contrats civils , Paris 1956.

- Raymond CHARLES :

Le droit musulman , Collection Que sais je ? 5^{ème} édition , presses universitaires de France , Paris 1956.

B-OUVRAGES SPECIAUX :

- Benoît ADDA et Elias GHALIOUNGHY :

Le droit musulman , le wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanafite , imprimerie Farag Haim MIZRAHI , Alexandrie 1893.

- C.DEMOLOMBRE :

Traité des donations entre vifs et des testaments, tome 5^{ème}, imprimerie générale, Paris, 1876.

- Ernest MERCIER :

Le habous ou ouakf , ses règles et sa jurisprudence , typographie Adolphe JOURDAN , imprimeur , libraire , éditeur , Alger 1895.

- Eug GLAVEL :

Droit musulman , le wakf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence rites hanafite et malékite, tome 1^{ère} , imprimerie DIEMER , Le CAIRE 1896 .

- Ghaouti BENMELHA :

Le droit patrimonial Algérien de la famille : successions , testament , waqf , donation , office des publications universitaires , Alger,1995.

- Ibrahim NAJJAR :

Actes à titre gratuit : Disposition à titre gratuit, donation, donation entre époux, pacte sur succession future, DALLOZ, éditions DELTA,1999.

- Jean LUCCIONI :

Le habous ou wakf (rite malékite et hanafite) , Casablanca , 1942.

- Jean TERRAS :

Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie , étude de la législation coloniale , imprimerie et lithographie du salut public . Lyon 1899.

- Marcel MORAND :

Etude sur la nature juridique du habous , typographie Adolphe Jourdan , imprimeur , libraire , éditeur , Alger 1904.

- O.PESLE :

La théorie et la pratique du habous dans le rite malékite, imprimeries réunies de la « Vigie Marocaine » et du « petit marocain », Casablanca 1941.

C- RECUEILS :

- Cheikh Mohamed El Bachir ETTOUATI :

Traduit et annoté par Jules ABRIBAT , Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'acte notariés judiciaires et extrajudiciaires , imprimerie française , B.BORREL , Tunis 1896.

الفهرس

الموضوع :	الصفحة
مقدمة.....	1
الباب الأول : الرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانبين:(عقد الهبة)	4
الفصل الأول : الرجوع في عقد الهبة.....	5
المبحث الأول: ماهية عقد الهبة.....	5
المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة.....	5
الفرع الأول : تعريف عقد الهبة.....	5
أولا : الهبة عقد بين الأحياء.....	7
ثانيا : الهبة تصرف في المال بلا عوض.....	9
ثالثا : نية التبرع.....	10
رابعا : الهبة عقد شكلي و عيني.....	11
الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له.....	12
أولا : تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد.....	12
01- تمييز عقد الهبة عن الوصية.....	12
02- تمييز عقد الهبة عن الوقف.....	14
03- تمييز عقد الهبة عن الإباحة.....	15
ثانيا : تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانبين.....	16
01- تمييز عقد الهبة عن عقد البيع.....	16
02- تمييز عقد الهبة عن عقد العارية.....	17
المطلب الثاني: إنشاء عقد الهبة.....	18
الفرع الأول : شروط انعقاد عقد الهبة.....	19
أولا : التراضي في عقد الهبة.....	19
ثانيا : المحل في عقد الهبة.....	23
01- الشيء الموهوب.....	23
02- العوض في الهبة.....	24
ثالثا : السبب في عقد الهبة.....	25

- 27.....رابعا : الشكل في عقد الهبة
- 2901- شكل عقد الهبة في العقار
- 32.....02- شكل عقد الهبة في المنقول
- 34خامسا : الحيابة في عقد الهبة
- 3501- الحيابة في العقار
- 3702- الحيابة في المنقول
- 38الفرع الثاني : شروط صحة عقد الهبة
- 38أولا : الأهلية في عقد الهبة
- 41.....ثانيا : عيوب التراضي في عقد الهبة
- 43.....المبحث الثاني : مفهوم الرجوع في عقد الهبة
- 43المطلب الأول : تعريف الرجوع في عقد الهبة و طبيعته القانونية
- 43الفرع الأول : تعريف الرجوع في عقد الهبة
- 43أولا : تعريف الرجوع لغة
- 44.....ثانيا : تعريف الرجوع اصطلاحا
- 45الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة
- 46أولا : الرجوع في الهبة فسخ لها
- 48.....ثانيا : الرجوع في الهبة إلغاء لها
- 50.....ثالثا : الرجوع في الهبة اقالة منها
- 51.....المطلب الثاني : كيفية الرجوع في عقد الهبة و حكم الرجوع فيه
- 51الفرع الأول : كيفية الرجوع في عقد الهبة
- 52.....أولا : الرجوع في عقد الهبة بالتراضي
- 55.....ثانيا : الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي
- 58.....الفرع الثاني : حكم الرجوع في عقد الهبة
- 59.....أولا : حكم الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي
- 59.....01- حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض
- 61.....02- حكم الرجوع في عقد الهبة بعد القبض
- 66.....ثانيا : حكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع
- 66.....01- حكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري

71	02- حكم الرجوع في عقد الهبة في بعض التشريعات الوضعية.....
75	الفصل الثاني : أحكام الرجوع في عقد الهبة.....
75	المبحث الأول : أَعذار الرجوع في عقد الهبة.....
75	المطلب الأول : أَعذار الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي.....
76	الفرع الأول : اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة.....
77	الفرع الثاني : عدم اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة.....
78	المطلب الثاني : أَعذار الرجوع في الهبة في التشريع.....
78	الفرع الأول : أَعذار الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري.....
79	الفرع الثاني : أَعذار الرجوع في الهبة في التشريعات الوضعية.....
79	أولا : في القانون المصري و السوري و الليبي.....
87	ثانيا : في التشريع الفرنسي.....
91	المبحث الثاني : موانع الرجوع في عقد الهبة.....
91	المطلب الأول : موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي.....
91	الفرع الأول : موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية.....
101	الفرع الثاني: موانع الرجوع في الهبة عند الجمهور.....
106	المطلب الثاني : موانع الرجوع في عقد الهبة في التشريع.....
107	الفرع الأول : موانع الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري.....
107	أولا: الهبة من أجل زواج الموهوب له.....
108	ثانيا: الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.....
109	ثالثا: تصرف الموهوب له في المال الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو غيّر من طبيعته.....
111	رابعا: الهبة بقصد المنفعة العامة.....
112	الفرع الثاني : موانع الرجوع في عقد الهبة في التشريعات العربية.....
113	أولا: موانع الرجوع في عقد الهبة من يوم نشوئها.....
115	ثانيا: موانع الرجوع بعد نشوء عقد الهبة.....
118	المطلب الثالث : آثار الرجوع في عقد الهبة.....
118	الفرع الأول : آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري.....
121	الفرع الثاني : آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريعات العربية.....

122	أولا : آثار الرجوع في عقد الهبة فيما بين المتعاقدين
125	ثانيا : آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير
128	الباب الثاني : الرجوع في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد
129	الفصل الأول : الرجوع في الوصية
129	المبحث الأول : ماهية الوصية
129	المطلب الأول : مفهوم الوصية
129	الفرع الأول : تعريف الوصية
132	الفرع الثاني : التصرفات الملحقة بالوصية
132	أولا : تصرفات المريض مرض الموت
135	ثانيا : التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة
138	المطلب الثاني : إنشاء الوصية
139	الفرع الأول : ركن الوصية (الصيغة)
141	أولا : الإيجاب
144	ثانيا : القبول
145	الفرع الثاني : شروط صحة الوصية
146	أولا : شروط الموصي
148	ثانيا : شروط الموصى له
156	ثالثا : شروط الموصى به
161	رابعا : شكل الوصية
168	المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الوصية
168	المطلب الأول : كيفية الرجوع في الوصية
168	الفرع الأول : الرجوع الصريح في الوصية
170	الفرع الثاني : الرجوع الضمني في الوصية
174	أولا : ما لا يعتبر رجوعا في الوصية
175	ثانيا : ما يعتبر رجوعا في الوصية
181	المطلب الثاني : حكم الرجوع في الوصية
181	الفرع الأول : حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي
181	أولا : الوصية عقد جائز يجوز للموصي أن يرجع فيه

182.....	ثانيا : الوصية عقد لازم لا يجوز للموصي أن يرجع فيه.
182.....	الفرع الثاني : حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري.
185	الفصل الثاني : الرجوع في الوقف.
185.....	المبحث الأول : ماهية الوقف.
185	المطلب الأول : مفهوم الوقف.
185.....	الفرع الأول : تعريف الوقف شرعا و قانونا.
185.....	أولا : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي.
187.....	ثانيا : تعريف الوقف في القانون الجزائري.
189.....	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للوقف.
189.....	أولا : الوقف تصرف بالإرادة المنفردة.
191	ثانيا : الوقف ينصب على المنفعة.
193.....	ثالثا : الشخصية المعنوية للوقف.
194.....	المطلب الثاني : إنشاء الوقف.
195.....	الفرع الأول : أركان الوقف.
195	أولا : الواقف.
200.....	ثانيا : محل الوقف.
204	ثالثا : الصيغة.
210.....	رابعا : الموقوف عليه.
212	الفرع الثاني : شروط الوقف.
212.....	أولا : شروط الواقف.
219	ثانيا : شكل الوقف.
226.....	المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الوقف.
226	المطلب الأول : تأييد الوقف و تأقيته.
226	الفرع الأول : تأييد الوقف.
228.....	الفرع الثاني : تأقيت الوقف.
230.....	المطلب الثاني : حكم الرجوع في الوقف.
230.....	الفرع الأول : حكم الرجوع في الوقف في الفقه الإسلامي.
230.....	أولا : حكم الرجوع في الوقف المطلق.

237	ثانيا : حكم الرجوع في الوقف المؤقت
241	ثالثا : حكم الرجوع في الوقف المعلق بالموت
243	رابعا : الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت
244	الفرع الثاني : حكم الرجوع في الوقف في التشريع الجزائري
247	الخاتمة
250	قائمة الاختصارات
252	قائمة المراجع
267	الفهــــــــــــــــرس