



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون
تخصص : القانون الخاص الداخلي

إشراف الأستاذة:

- إقلولي أولد رابح صافية

من إعداد الطالبة:

- حاج مخناش سوهيلة

أ. د/سي يوسف/كجار زاهية حورية، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسة
أ.د/ إقلولي أولد رابح صافية ، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزومشرفة ومقررة
د/بن شويخ راشيد، أستاذ ، جامعة البليدة.....ممتحنا
د/حمليل نوار، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحة
د/حساين سامية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة بومرداس.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 28 أكتوبر 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قالو سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك

أنت العليم الحكيم﴾

(البقرة، الآية (32))

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

﴿إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو عمل ينتفع به أو ولد صالح يدعو له﴾

رواه مسلم

.

"

.

"

.

-

-

.



.

.

.

.....

...

.

...

.

.

.

.

.

⋮

.

⋮

''

''

.

.



.

:

:

- (د س ن): دون سنة النشر
- (د ب ن): دون بلد النشر
- (د د ن): دون دار النشر
- ج: جزء
- ط: طبعة
- ص: صفحة
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ق م ج: القانون المدني الجزائري
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري
- ج ر ج ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية
- غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية
- م ق: مجلة قضائية
- ن ق: نشرة القضاة

:

Ed : édition.

Cv : chambre civile

JORF : Journal Officiel Républiques Français.

RIDC : Revue International de Droit Comparé

LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

PP : de page en page.

Op.cit : Oper. Citato.

N : Not.

N° : numéro.

P : page

هفتاد و نه

:

لقد خصّ الخالق بعض عباده بالحسنى فأفاض عليهم من نعمته وفضله¹، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "كلّ امرئ في ظل صدقته حتى يقضى بين الناس"²، في حين من أحيان التاريخ لم يكن أفراد المجتمع الإنساني سواسية في الغنى والفقير، والكفاءات والمؤهلات، بحيث نجم عن هذا التفاوت المقاييس التفاضليّة، والفروق التمييزيّة حتى اختلفت كفة العدالة الاجتماعية في أحيان كثيرة، إذ حرم الكثير من الناس الاستفادة من التسهيلات الأساسية التي حضي بها البعض الآخر من تعليم وغذاء وسكن ودواء، واضطر المعوزون والبائسون إلى حياة بلا كرامة.

هذا ولا ينحصر داء العوز والفقير على مستوى الأفراد، بل نراه ممتداً ينقل كاهل دول بل أمم بأكملها، فلا تكون فيها حضارة ولا عمران، حيث يسود التخلف الذي يؤدي إلى خلل في المفاهيم التي تحكم الحياة السياسية، فتتخبط السياسات، ويتفشى الفساد، وتسوء القيم السلبية في التعامل بين الأفراد والجماعات، إلّا أنّ الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لجميع نواحي حياة المسلم ومنظمة لجميع العلاقات في المجتمع، ذلك أنّ الدين الإسلامي بالإضافة إلى كون دين عبادات يهتم بأمور العقيدة فهو دين أخلاق لما يتضمنه من مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، وهو دين معاملات يقرر إصلاح أحوال الناس من كلّ الجوانب، فالإسلام دين يصلح لكلّ زمان ومكان.

على هذا الأساس كانت الشريعة الإسلامية جامعة لكلّ ما فيه سعادة الفرد وازدهاره، وذلك من خلال تناولها كلّ المسائل بشخص الإنسان وذاته، وكذلك تنظيم علاقات المجتمع فيما بين أفرادها، ومن هذه الأمور ما يتعلق بشخص الإنسان و ما يتعلق بماله.

وضعت كل القوانين الوضعية حلولاً وآليات من شأنها تأطير الفئات الضعيفة في المجتمع حتى تتخرط هي الأخرى في منظومة البناء، وتسهيل العمل التبرعي، ومن هذه الآليات تقنين العقود والتصرفات التي يباشرها الأفراد ويكون هدفها التفضل والتبرع، ووضع ضمانات للمتبرعين وللمستفيدين من هذه التصرفات.

هذا وإنّ التصرف في نظر القانون هو عبارة عن اتجاه الإرادة لترتيب أثرها، فالتصرف هو ما صدر بإرادة إلّا على قصد إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة، أو على استبدال حالة جديدة أخرى، وتنقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات بعوض وتصرفات تبرعية، وهذه الأخيرة هي التي يعطي فيها أحد

¹ يقول عزّ وجلّ: "قل اللهم مالك الملك تؤتي الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء وتعزّز من تشاء وتذل من تشاء بيدك الخير إنك على كلّ شيء قدير (26)، تولج الليل في النهار وتولج النهار في الليل وتخرج الحي من الميت وتخرج الميت من الحي وترزق من تشاء بغير حساب(27)" سورة آل عمران، الآية (26) و(27).

² ورد ذكره عند أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الأوّل، ط1، دار البيان العربي، (د ب ن)، 2005، ص 277.

الطرفين شيئاً دون أن يأخذ أي شيء، وهذه التصرفات بدورها تنقسم إلى تصرفات من جانبين: كعقد الهبة الذي يعتبر عملاً قانونياً ينعقد بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له، وتصرفات صادرة من جانب واحد¹ كالوصية التي تتعد بإرادة الموصي وحده والوقف الذي يتم بإرادة الواقف.

لقد حثت الشريعة الإسلامية على أبواب الخير المتعددة وجعلتها من الأعمال التي تقرب الإنسان من ربه بما لها من آثار عظيمة تعود على المجتمع كله بالخير والازدهار، فركزت على أمر الهبات والوصايا التي تزيد أواصر المحبة والألفة بين أبناء الأمة الواحدة، وركزت على موضوع الوقف بجميع أشكاله والذي كان وما يزال له دور بارز في التقدم العلمي وفي ازدهار الدول.

ولا شك أنّ الهبة لها أهمية بالغة في تقوية الروابط الإنسانية المبنية على أساس البرّ والإحسان كما أنها تساهم في تكريم الإنسان لأخيه الإنسان، والتعاون بين الأهل والأقارب، وهي تصرف عقدي ينشأ بتطابق إرادتي كلّ من الواهب والموهوب له، فهي مصدر من المصادر الإرادية للالتزام.

أمّا الوصية تعتبر من أهم التبرعات بالأموال المضافة إلى ما بعد الموت، ونظراً لأهميتها وكثرة انتشارها في الحياة العملية، فقد عالجتها الشريعة الإسلامية ووضعت لها شروطاً وأحكاماً، كما تولى الفقه الإسلامي والقانون ذلك بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام الأسرة والمجتمع لما لها أهمية دينوية وأخروية، ولما تحقّقه للفرد من حرية التصرف في ثلث المال في حياته، والوصية تصرف بالإرادة المنفردة تنشأ بمجرد إيجاب من الموصي.

¹-الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام في القوانين الوضعية هي مصدر حديث، إذ أنها لم تعد كذلك إلا في عام 1874، في حين أنّ الفقه الإسلامي يعدّها مصدراً للالتزام منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، ويترتب على الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي آثاراً قانونية عديدة كإنشاء الالتزام أو نقل حق عيني أو انقضاء حق، لا بل قد يكون لها دور أكبر فالإرادة المنفردة تعد عند بعض المذاهب كالمذهب المالكي مصدراً عاماً للالتزام والقانون الفرنسي تبني النظرية التقليدية التي تشترط لنشوء الالتزام توافر إرادتين وتطابقهما، وهذا ما كان يفرضه المذهب الفردي الذي كان يهيمن على التقنين المدني الفرنسي وقت صدوره عام 1804، فلا يمكن أن يعد الشخص داننا بموجب إرادة شخص آخر، لأن نشوء الالتزام يتطلب توافر رضا الدائن والمدين، أي يتطلب وجود عقد، وبالمقابل فإنّ التقنين المدني الفرنسي يكرّس بعض تصرفات الإرادة المنفردة التي لا تنشئ التزاماً وإنما ترتب أثراً قانونياً نسب طفل من قبل الأب أو الأم وذلك ما نصت عليه المادة 17-311 مدني فرنسي. وهو أن الإقرار الإرادي للأبوة أو الأمومة هو صحيح، إذ تم طبقاً للقانون الشخصي للمقر، أو للقانون الشخصي للطفل، وجاء نص هذه المادة باللغة الفرنسية كما يلي:

L'article 311-17 du code civil français, modifié par l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005, publiée au JORF 6 juillet 2005 et entrée en vigueur le 1 juillet 2006, déclare que : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable se elle a été faite en conformité, soit la loi personnelle de son autre, soit de la loi personnelle de l'enfant »

ولم يتبنى التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة بمثل هذه التصرفات، وإنما نص عليها في أماكن متفرقة منه وفيما يتعلق بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام فلم يتطرق إلى ذلك التقنين المدني الفرنسي وهذا ما أدى إلى ظهور تيارين فقهيين متعارضين في فرنسا، أحدهما يعارض أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، في حين أنّ الآخر يؤيد ذلك، راجع في ذلك كل من:

- J. Chabas, de la déclaration de volonté en droit civil français, thèse, PARIS, 1931, p 146.
- H.L et J.Mazeand et F. Chabas, obligations leçon de droit civil, tome II, volume I, obligations théorie générale, 9^{ème} éd, DELTA 2000, n° 358, p 350.
- J. Flaur, J.L, Aubert et E. Savaux, l'acte juridique, les obligations, 10^{ème} éd, Amand colin, PARIS, 2002, n°500, p 382

الوقف يدخل ضمن التصرفات التبرعية إلا أنه ينفرد عنها بخاصية التأييد (الديمومة)، فهو تبرع دائم وصدقة جارية غير مقطوعة، واقتضت هذه الخصوصية أن تكون هناك ولاية عليه تصونه من العبث والضياع وتديره بصورة يجعله يحافظ على خصوصيته، وهذه الولاية يسميها الفقهاء "النظارة على الوقف" وقد تم تصنيفه ضمن التصنيفات القانونية الثلاثة للأموال، واستدعى تصنيفه ضمن أصناف الملكية بصور نصوص قانونية وتنظيمية متعاقبة حددت إطار نظامه القانوني، وبينت مكانته ضمن النظام القانوني للأموال وخاصة ما يترتب عن هذا التصرف من آثار من حيث اعتباره تصرفاً قانونياً يفيد منع التصرف في رقية العين الموقوفة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداءً أو انتهاءً وفق إرادة الواقف للعمل بها في وقفه، والتي تتعلق إما بمصاريف الوقف وتوزيع ريعه على المستحقين أو الولاية عليه، لكن بقيت الشريعة الإسلامية هي المرجعية فيما لم يرد فيه نص بخصوص أحكام الوقف.

هذا وأن التصرفات التبرعية قد نظمها المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة¹، بعد أحكام الميراث في الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات "الوصية، الهبة، الوقف" ولعلّ السبب من معالجتها ضمن قانون الأسرة هو حرصه الشديد على أن تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعاً لكل موضوعات قانون الأسرة من زواج، وطلاق، وميراث ونحوها.

التصرف التبرعي يمكن أن ينشأ من أي المصدرين الإراديين للالتزام² سواء بالعقد³ أو بالإرادة المنفردة. فالتبرع يمكن أن ينشأ عن طريق العقد وذلك باتفاق إرادتين عليه كالتبرع إلى معين مثلاً، ويمكن أن ينشأ بالإرادة المنفردة كالتبرع إلى جهات البر، والتبرع بالوصية.

¹- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، عدد 24 الصادرة في 12 يونيو سنة 1984 معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15.

²- يقصد بمصدر الالتزام السبب المنشئ للالتزام، فلولاها لما وجد هذا الالتزام أو هو تلك الواقعة التي تنشئ الالتزام سواء كانت واقعة إرادية نابعة من إرادة الشخص، أو غير إرادية، فالالتزام المشتري يدفع الثمن مصدره عقد البيع، والتزام المحدث للضرر بالتعويض مصدره العمل غير مشروع الذي قام به إما قصداً أو عن غير قصد، ولم يورد التقنين المدني الجزائري مصادر الالتزام في نص خاص لكنه قسم الباب الأول من الكتاب الثاني إلى فصول تضمنت:

- القانون في المادة 53 من القانون المدني.
- العقد من المادة 54 إلى غاية 123
- الإرادة المنفردة في الفصل الثاني في المادة 123 مكرر و 123 مكرر 1، هذا بعد تعديل 2005 حيث أن قبل ذلك لم يفرد المشرع الجزائري فصل مستقل للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بل كانت ضمن آثار العقد المادة 115.

- الفعل المستحق للتعويض في الفصل الثالث يشمل المواد 124 إلى غاية 140.
- أخيراً الفصل الرابع المعنون بشبه العقود الذي ينقسم إلى ثلاث أقسام، ففي القسم الأول الإثراء بلا سبب في المادتين 141 و 142، والقسم الثاني الدفع غير المستحق من المادة 143 إلى غاية المادة 149 ثم القسم الثالث المعنون بالفضالة من المادة 150 إلى المادة 159 وبهذا يمكن استخلاص من هذا التوبيخ أنّ مصادر الالتزام حسب المشرع الجزائري في القانون المدني هي: القانون، العقد، الإرادة المنفردة، العمل المستحق للتعويض، وشبه العقود، أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة-، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 34-35.

³- إنّ العقد يحكمه مجموعة من الشروط من بينها الإرادة وهذا ما ورد في نص المادة 54 من (ق م ج) حيث لا يتم العقد إلا عند تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما. فالإرادة تعتبر أساس العقد. أنظر المادة 54 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في

فالعامل أو التصرف القانوني التبرعي قد يكون عقدا صادرا من جانبين كالهبة، أو إرادة منفردة صادرة من جانب واحد كالوصية أو الوقف، ويكون العمل تبرعا إذا كان المتصرف لم يأخذ مقابلا. وقد سبق ذكر أن قانون الأسرة الجزائري نظم أحكام ثلاثة عقود تبرع مهمة وهي: الهبة والوقف والوصية تحت عنوان كتاب "التبرعات" وفق الترتيب التالي: الوصية ثم الهبة ثم الوقف وهو ترتيب غريب وخاصة بالرجوع إلى النص الفرنسي للقانون فجدد عنوان الكتاب كما يلي: (des disposition testamentaires) أي تصرفات إيصائية، فعقد الهبة والوقف في الشريعة الإسلامية مستقلا كل الاستقلال عن الوصية ولا علاقة لهما بالتبرعات المتصلة بالموت، حتى يكون العنوان كذلك أو يكون الترتيب كذلك، فالتصرف التبرعي الوحيد المتعلق بالموت هو الوصية، أو ما يأخذ حكمها فقط، والهبة هي أم الباب في التبرعات وليست الوصية، وإتاما كل التبرعات تعتبر هبة بالمفهوم الواسع للهبة. وقد استمد المشرع الجزائري أغلبية أحكام الأسرة من الفقه المالكي وجمهور الفقهاء، وأخذ أهم الأحكام التفصيلية منه بدون أن يتوسع فيها، وأحال فيما يلي منها على القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ما لم يتعارض مع الأحكام الموضوعية في الشريعة الإسلامية، وذلك بمقتضى المادة 121 من (ق أ ج) كما أحال فيما لم ينص عليه على أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من (ق أ ج).

قد تميز الوقف عن سائر التبرعات بالاهتمام التشريعي عن طريق إصدار قانون خاص ينظمه ومع خطورة التصرف الوقفي والعدد الهائل للأحكام الوقفية والتي كانت في الجزائر، وقد صدر قانون الوقف في الجزائر إلا سنة 1991 ولحقته تعديلات من خلال قوانين لاحقة.

لم ينظم القانون المدني الجزائري أحكام عقد الهبة والوقف كما فعلت جل القوانين العربية، وأحال أحكامهما إلى ما ورد في قانون الأسرة، ما لم ينص عليه يرجع فيه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد جاء القانون المدني على ذكر الهبة والوقف من خلال تعديله بالقانون 05-10 في المادة 16 منه الفقرة¹ والتي نصت على أنه: "تسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

أما الوصية فقد ذكرها في أربعة مواد: المادة 16 فقرة²، والمادة 775 عندما أحالت على قانون الأحوال الشخصية فيما يخص أحكام الوصية، والمادة 776 عندما ألحقت تصرفات المريض مرض الموت التي يقصد بها التبرع بالوصية، والمادة 777 التي قضت بأن الشخص إذا تصرف لأحد ورثته بشيء واستثنى لنفسه حيازته والانتفاع به، أن هذا التصرف يكيف على أنه وصية، والمادة 844 والتي تضمنت حق الانتفاع في أنه يجوز الوصية به للأحياء والحمل المستكن. وتصرفات التبرع نوع تجمعها

26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج، عدد 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدّل ومتمم.

¹ - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ر ج ج عدد 44 الصادر في 26 يونيو 2005 المعدّل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - تنص المادة 1/16 من (ق م ج) على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

خصائص معينة، فنجد أنّ هذه التصرفات يجمعها خصائص معينة سواء في إنشائها وتكوينها وفي أحكامها وأوصافها، وانقضائها، كالأهلية الخاصة بها، والشكل الذي يستلزمها إن كان حيازة أو غيرها وإمكان الرجوع فيها وغير ذلك.

إنّ أهمية تصرفات التبرع تكمن في كونها تصرفات ذات خطورة، فغنى عن البيان أنّ التبرع في النهاية تضحية بالمال أو بالجهد بدون مقابل من الطرف الآخر، أي التبرع له، وهو أمر ذو خطورة، لذلك وضعت التشريعات الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف، وإحكامه بضوابط قانونية إذا كان قد تسرع في ذلك، بالتشديد على إفصاح رضائه وأهليته الكاملة وعزمه على القيام به، بل وحماية الغير من هذا التصرف التبرعي، إذ قد يعود بالضرر عليه من الدائنين أو الأقارب المستحقين للمنفعة أو للميراث، وهذا ما استدعى الانتباه إلى ضوابط مثل هذا التصرف والشروط الخاصة به التي لا يشاركه في تلك الأوصاف أيّ تصرف آخر، لذا لا يقل التبرع أهمية عن التعاوض في الاهتمام التشريعي والتنظيمي والفقهية.

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة لما له دور في العلاقات الإنسانية، فهو يربط الإنسان بأخيه الإنسان ويلم شمل العائلات، بالإضافة إلى جزاء الآخرة وما يجده المرء من ثواب عند رب العالمين هذا من جهة ومن جهة أخرى لما له من أهمية عند المشرعين الذين أعطوا للتصرفات التبرعية القسط الأوفر في التشريعات المختلفة، بما فيهم المشرع الجزائري، بحيث خصصوا لها مواد تضبطها وأحكاما تحكمها وما كلّ ذلك إلاّ لخطورة هذه التصرفات وأهميتها ولما لها من أثر على الأقارب المستحقين للمنفعة أو الميراث، والغير الذين قد يعود عليهم بالضرر إذا كانوا دائنين مثلا، ولا ينبغي إهمال الأهمية الاجتماعية والتنموية لتصرفات التبرع، فقد انتبعت الدول المتحضرة أخيرا إلى الأهمية التنموية بل والاجتماعية من الأفراد والمؤسسات في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية للتخفيف من الأعباء على الدولة ومراقبتها لذلك استدركت بضرورة التشجيع على العمل التطوعي والبذل المالي والفعل الخيري من أجل الإسناد في تلك المهمات، وهو ما يقتضي وضع النظم والتشريعات المتجددة لتنظيم مثل هذه التصرفات حتى يكون الناس على وعي ما يقدمون عليه، بل ويشجعهم على تلك التطوعات عندما يرون سبلها القانونية والتنظيمية مضبوطة ومحمية.

ومن أسباب اختياري لموضوع التصرفات التبرعية، الإشكالات والجدل الذي يثيره هذا الصنف من التصرفات من الناحية الفقهية، والناحية القانونية خاصة فيما يتعلق بالرجوع في هذه التصرفات لما يثيره من إشكالات قانونية، ومن منازعات قضائية متزايدة، ومدى لزوم هذه التصرفات.

كما من أسباب اختيار هذا الموضوع هو الوقوف على الإرادة اللازمة لإنشاء التصرفات التبرعية باعتبار أنّ الإرادة العنصر الجوهري في التراضي الذي يتم بتطابق إرادتين وذلك في تصرفات المعاوضة، فنود معرفة دور الإرادة في التصرفات التبرعية.

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى هدفين: الأول هو هدف نظري يتمثل في الإسهام في المكتبة القانونية، أما الثاني فهو هدف عملي تطبيقي يتمثل في إبراز التصرفات التبرعية وتوضيح مركزها القانوني بالإضافة إلى توضيح المصدر الذي استمد منه المشرع أحكام هذه التصرفات ومقارنتها بالأحكام الواردة في التشريعات الوضعية، مع إبراز أهم الاختلافات التي تميز بها التشريع الجزائري عن بقية التشريعات، بالإضافة إلى توثيق مختلف القرارات الصادرة عن القضاء وعن المحكمة العليا من خلال جملة من الاجتهادات القضائية التي ارتأينا أن تكون مرجعا عاما تناوله القضاء من تطبيقات لأحكام التصرفات التبرعية (هبة، وصية، وقف).

فما تقدم تبرز إشكالية البحث التي تتمحور في طرح التساؤل حولما ما مدى كفاية الإرادة في إنشاء التصرف التبرعي؟

كما يمكننا في ضوء الإشكالية أعلاه طرح التساؤلات التالية:

- ما دور الإرادة في إنشاء التصرفات التبرعية (الهبة، الوصية، الوقف)؟
- ما هي القيود الواردة على الإرادة رغم توفرها؟
- هل يجوز للشخص (الواهب، الموصي، الواقف) الرجوع في تصرفه التبرعي؟، وهل يعتبر هذا الرجوع حقا مطلقا يمارسه المتصرف بصفة تحكيمية دون قيود أو ضوابط؟
- هل الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في التصرف التبرعي كافية لضبط مختلف المشاكل المطروحة في الواقع؟

سيكون المنهج المتبع في هذه الدراسة، المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يتبع أحكام وقواعد هذا النوع من التصرفات سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة، أو في الفقه الإسلامي، ومحاولة تحليلها وتفسيرها ونقدها إن أمكن والنظر في مدى ملائمتها للواقع، وأيضا سيتم اعتماد المنهج المقارن وذلك لأن التصرف التبرعي ذو منشأ إسلامي شرعي وتسرب إلى التشريعات العربية والإسلامية، ومن هذا المنطلق سأحاول مقارنة النصوص التشريعية الوضعية بأحكام الشريعة الإسلامية، لأنها المصدر التاريخي لها وكذا مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى خاصة القانون المصري.

وقد عالجت هذا البحث من خلال بايين: فالباب الأول يتعلق بالهبة تصرف عقدي، فنتناول الفصل الأول منه انعقاد الهبة ويتضمن مبحثين يتعلق الأول مفهوم عقد الهبة، أما الثاني فيتعلق بأركان عقد الهبة وجزءا تخلفها، أما الفصل الثاني فنتناول أحكام عقد الهبة فضمنته أثار عقد الهبة في مبحث أول، وفي المبحث الثاني تم التطرق إلى الرجوع في عقد الهبة.

أما الباب الثاني فاختص حول البحث في التصرف التبرعي بالإرادة المنفردة ونتناوله في فصلين يتعلق الأول بالوصية ويتضمن مبحثين الأول يتعلق بمفهوم الوصية أما الثاني فيتعلق بأحكام الوصية، أما الفصل الثاني فيتعلق بالوقف، ونتناول مفهومه في مبحث أول، وآثاره في مبحث ثاني.

المباني الأول

مما لا شك فيه أنّ النظرية العامة للعقد تبلغ أهمية بالغة، سعى فقهاء القانون دوماً إلى تطويرها ورفع النقص الذي يشوبها، ومن ثمة التوصل إلى المعرفة الكلية التي تحكم العقد الذي يكون موضوعه الحقوق المالية في مجال القانون الخاص.

وعلى اعتبار أنّ العقود المدنية تختلف عن بعضها البعض تبعاً لخصائصها وأحكامها. فإنّ عقد الهبة عقد من عقود التبرعات، فيكتسي أهميته في كونه مصدر من المصادر الإرادية للالتزام، فهو تصرف من التصرفات التبرعية التي يضاف إلى الإقدام على التصرف في مال مملوك للشخص، وهو تصرف في حد ذاته يحتاج إلى إحاطة بمجموعة من الضوابط القانونية الخاص به قصد حماية متعاقديه وحماية الغير الذي قد يلحقه ضرراً جراء هذا التصرف من دائنين أو أقارب مستحقين للنفقة أو الميراث.

لقد أولى المشرع الجزائري عقد الهبة اهتماماً كبيراً وخصص له جزءاً مهماً في القانون رقم 84-11 حيث أفرد له أحكاماً خاصة به في المواد من 202 إلى 213 منه، أمّا عن جملة الإجراءات والشكليات التي يستلزمها المشرع من أجل انعقاد وفعال الهبة لاسيما في مجال هبة العقار أو الحقوق العينية العقارية، فقد نظم ذلك في مجموعة من النصوص القانونية بدءاً بالأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بالتوثيق المعدل والمتمم¹، والأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم²، ثم الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري³ والذي استوجب الشهر لدى المحافظة العقارية من أجل انتقال المال العقاري الموهوب من الموهوب إلى الموهوب به.

وبما أنّ الهبة عقد يجب أن تتوافر في هذا العقد شروط عامة واجب توافرها في كافة العقود الأخرى من العقود المسماة، والتي ترتب التزاماً على عاتق أحد متعاقدي العقد دون الآخر، وهي عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ولا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه، وتكون الهبة بسند رسمي وإلا وقعت باطلة. وتنقسم العقود بوجه عام إلى عقود رضائية وهي التي يكفي فيها

¹ - أمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق، ج.ر.ج.ج، عدد 10 سنة 1970، ملغى بالقانون رقم 88-27 مؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن مهنة التوثيق ج.ر.ج.ج عدد 107، ملغى بالقانون رقم 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، عدد 14 سنة 2006.

² - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، متضمن القانون المدني المذكور أعلاه.

³ - أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 متعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 92 سنة 1975 معدل ومتمم.

ورود الرضا، وعقود عينية وهي التي يلزم فيها إلى جانب الرضا تسليم الشيء محل التعاقد، وعقود شكلية وهي التي يلزم لانعقادها ورود الرضا بها في شكل خاص ومحدد كما هو الشأن في عقد الهبة، والغاية في ذلك ضمان الحقوق من الضياع وحمايتها من الخلاف والنزاع.

ومن خلال هذا الباب سنعالج عقد الهبة وذلك بتقسيمه إلى فصلين: نتناول في الفصل الأول انعقاد الهبة بالتطرق إلى مفهوم عقد الهبة وأركانها، وندرس في الفصل الثاني أحكام عقد الهبة وذلك بالتطرق إلى آثار عقد الهبة وذلك على النحو المبين أدناه:

الفصل الأول

انعقاد الهبة

لمسنا أهمية معرفة القواعد الخاصة بهذا النوع من التصرف التبرعي وهو الهبة، وعليه فلا بد من السعي في تلمس ما أمكن من ملامح هذه القواعد، والبداية المنطقية أن تكون في معرفة مفهوم الهبة أولاً وهي بالطبع منطلق الإحاطة العلمية بماهية هذا التصرف، وكذا ذكر خصائصه المميزة له، وفصله عن سائر التصرفات الأخرى بالتمييز بينه وبين تلك التصرفات المشابهة له، والتي يمكن أن تلتبس به، وكذلك مشروعية هذا التصرف.

وعقد الهبة كأبي عقد لا بد لإنشائه وقيامه من أركان وعناصر هي: الرضا والمحل والسبب ويضاف إليها الشكل هنا، لأنه من مميزات التبرع، وسنجد أن هذه الأركان لها وضع خاص في هذا التصرف (عقد الهبة) لا تشبه وضعها في التصرفات الأخرى التي هي المعاوضة، وبطبيعة الحال في الأخير نتطرق إلى جزاء الإخلال بتلك الأركان المنشئة لهذا التصرف التبرعي.

ولذلك سيكون هذا الفصل مكون من مبحثين: نتكلم في أوله عن مفهوم عقد الهبة، ونتطرق في المبحث الثاني إلى أركان عقد الهبة وجزاء الإخلال بأركان عقد الهبة.

المبحث الأول

مفهوم عقد الهبة

الهبة من الصفات التي وصف بها الله عز وجل نفسه، فالواهب فيها يتجرد طواعية بإرادته الحرة والخالصة عن ممتلكاته إلى الشخص الموهوب له وذلك على وجه التبرع، ولهذا تعد من أخطر التصرفات، وهو ما يؤدي إلى آثار ذات أهمية بالغة، فهي تشكل افتقار في جانب الواهب وحرمانا لورثته من الميراث. يعتبر عقد الهبة من عقود المعاملات الشرعية يتحدد مفهومه من الدلالة اللغوية الفقهية، ومن خلال خصائص ومميزات معنية يمتاز بها رغم اشتراك هذا الأخير مع بعض التصرفات المشابهة في بعض الأحكام والمقاصد.¹

لتحديد معنى عقد الهبة شرعا وقانونا انطلاقا من المعنى اللغوي المنبثقة منه المصطلحات والتعريف، لابد أولا من التعريف بالهبة وتحديد خصائصها، وتميزها عن غيرها من الأنظمة الأخرى، وكذا مشروعية هذا العقد، لذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نخصص الأول للتعريف بالهبة، أما الثاني فنبين من خلاله الخصائص التي تتميز بها وتمييزها عن باقي التصرفات المشابهة لها، أما فيما يخص المطلب الثالث فخصصناه لمشروعية الهبة.

المطلب الأول

تعريف عقد الهبة

نحاول في هذا المطلب الإلمام بالتعاريف الشاملة لعقد الهبة من خلال التعرض إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي والاختلاف الفقهي حول هذا التعريف، بالإضافة إلى تعريفها من الناحية القانونية وعلى ذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نقسمها على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف اللغوي

الهبة العطية الخالية من الأعيان والأغراض ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِثَانَا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾² وهب من أسماء الله تعالى: الوهاب.

¹ - منصورى نورة، هبة العقار فى التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 10.

² - سورة الشورى، الآية (49).

إذا كثرت سمي صاحبها وهابا وهو من أبنية المبالغة.¹ والهبة مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها. ويراد بها التبرع والتفضل على الغير بما ينتفع به مطلقا، سواء كان مالا أو غير مال، فهبة المال كهبة شخص لأخر فرسا أو سيارة، أما هبة غير المال كقول إنسان لآخر «ليهب الله لك ولدا».

من ذلك قالو إن الهبة في اللغة هي التبرع والتفضيل على الغير ولو بغير مال.²

وقد ذكرت الهبة في القرآن الكريم لقوله تعالى ﴿رب اغفر لي وهب لي ملكا لا ينبغي لأحد من بعدي﴾.³

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

الهبة بالمعنى الاصطلاحي لا تكون إلا في المال.⁴

أولاً: التعريف الفقهي.

باعتبار أن الهبة جل أحكامها مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية، فلا بد ذكر أهم التعريفات التي أتت بها المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة.

أ- تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب المالكي:

جاء تعريف الهبة لدى المالكية بعدة ألفاظ مختلفة ولكنها كلها متقاربة وتصب في معنى واحد، فقد عرّفها ابن عرفة "قال الشيخ رحمه الله الهبة لا لتواب تمليك، ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض"،⁵ وكذا عرّفها بنفس التعريف أبي سعيد البرادعي، وعرّفه كذلك بأنها "تمليك من له التبرع ذاتا تنتقل شرعا بلا عوض للأهل بصيغة أو ما يدل عليها"، وهي "تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية".⁶

¹- أبو الفضل جمال محمد بن مكرم ابن منظور لسان العرب، دار صادر، 2003، ج 15، ص 289.

²- أبو الفضل جمال محمد بن مكرم ابن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص 296.

³- سورة مريم، الآية (4).

⁴- محمد بن أحمد تقيّة، عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر بن خدة يوسف، 1996-1997، ص 06.

⁵- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، القسم الثاني، باب الهبة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993، ص 552.

⁶- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، دار إحياء التراث العربي، ط 6، لبنان، (د س ن)، ص 290.

فتعريف ابن عرفة جاء غير مانع لدخول الوصية في هذا التعريف، وكما أنه غير جامع، لعدم دخول الهبة التي يقصد بها وجه المعطي أو وجه الله، ولكن تعريف الدردير بقوله "من له التبّع" قد أخرج المجنون والصبي والسفيه، وأخرج بقوله "ذاتا" تملك المنفعة كالإجازة والإعارة والوقف ونحو ذلك، وكذا بقوله "تنتقل شرعا" قد أخرج أم الولد والمكاتب والمدير، ويقول "بلا عوض" قد أخرج البيع الذي يشترط فيه العوض، لكن إن جاء هذا التعريف جامعا للأركان والشروط وأولى من التعريف الأول لابن عرفة، إلا أنه غير مانع للوصية فيزيد عليه قيد "في الحال".

ب- تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنبلي:

جاء تعريف الهبة عند الحنابلة كالتالي "تمليك في حياته بغير عوض"¹ "فبالتملك" خرجت العارية، وبقوله "في حياته" خرجت الوصية ثم "بغير عوض" خرجت عقود المعاوضات كالبيع والإجازة وغيرها، كما جاء بنفس المعنى تعريف بن قدامة، وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والعطية معانيها متقاربة، وكلها تملك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغيران.² قد جاءت الهبة عند الحنابلة، كذلك بالتعريف الآتي "الهبة تملك جائز التصرف مالا معلوما، أو مجهولا تعذر علمه موجودا، مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفا"³ فالهبة تملك جائز التصرف.

من الحر المكلف الرّشيد بالمال الذي يكون سواء منقولاً أو عقاراً معلوماً أو مجهولاً يتعذر معرفته، ويكون مقدوراً على تسليمه في الحياة وإلا عن وصية وغير واجبا كالنفقة، والدين وبغير عوض عنه وإلا أصبحت عقود معاوضات كالبيع والإجازة، وبهذا يكون التعريف قد أظهر ميزة وهي عنصر إيقاع الهبة في الحياة سواء للواجب أو الموهوب له، وهو ما يميّز الهبة عن الوصية التي تقع فيها بعد موت الواهب كونها تملك ما بعد الموت، وهذه الميزة جعلت التعريف يلتقي في ذلك مع فقهاء القانون في أن الهبة تقع حال حياة كلّ من الواهب والموهوب له، ولذا فهو تعريف جامع يصلح اعتماده في عصرنا هذا.⁴

¹ - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص190.

² - موفق الدين، أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج8، دار علم الكتب، ط3، الرياض، 1997، ص239.

³ - عبد الرحمن بن عبد الله البعلي الحنبلي، شرح أخصر المختصرات، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002، ص521.

⁴ - محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص17.

ج- تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنفي:

لقد عرف الأحناف الهبة بأنها "تمليك العين بلا عوض"، وأنها كذلك "تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضا".

قد تم تعريفها كذلك بأنها "الهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال".¹ ومعنى ذلك أنّ الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوضا في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته وهو يتماشى وتعريف الهبة في الفقه الغربي خاصة باشتراطه تمليك العين في الحال، وذلك يعني حياة كلّ من الواهب والموهوب له.²

فقوله تمليك العين، فالتمليك يشمل البيع والهبة ونحوهما والعين تخرج تمليك المنافع من إجازة وعارية، ووقف ونحوهم، وكذلك يخرج هبة الدين لغير المدين، لأن الدين لا يسمى عينا وقوله بلا شرط العوض فقد أخرج البيع وتدخل فيه الصدقة لأنها تمليك العين بلا عوض وإن كان الصدقة يلاحظ فيها وجه الله فقط، ثم قوله في الحال التي يخرج بها الوصية لأنها تمليك بلا عوض في المستقبل وهي تمليك لما بعد الموت.

د- تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الشافعي:

جاء تعريف الهبة عند الشافعية متطابقا مع تعريف المالكية حيث عرفت أنها "تمليك بلا عوض هبة" ثم شرع المصنف في تعريفها بالمعنى الأول. فقال (التمليك) لعين (بلا عوض) في حال الحياة تطوعا (هبة). وعرفت بأنها "تمليك عين بلا عوض بإيجاب كوهبتك وقبول كقبلت، وعلى ذلك فإن التعريف عند أئمة الشافعية بأن الهبة تمليك العين ليخرج العارية والضيافة وغيرها، وأخرج بقوله بلا عوض الهبة بشرط العوض والبيع وأخرج بقوله في حال الحياة الوصية. وعرفت بأن الهبة "تمليك عين يصح بيعها، غالبا أو دين من أهل التبرع بلا عوض"، وإختزر بقولنا "بلا عوض" عن المبيع الهبة بثواب، فإنها بيع حقيقة.³

¹ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 289.

² محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارنة، مرجع سابق، ص 17.

³ أحمد بن زين الدين بن عبد العزيز المعيري المليباري، فتح المعين بشرح قرّة العين، دار ابن حزم، لبنان، 2004، ص 391.

يلاحظ أن التعريفين المالكي والشافعي متطابقان، وهما أكثر انطباقا على وصف الهبة في قانون الأسرة الجزائري.¹

يلاحظ من هذه التعريفات أنها وإن اختلفت في العبارة والأسلوب إلا أنها تتفق في مجملها على أن الهبة هي تملك بلا عوض، وتقع في حياة كل من الواهب والموهوب له، وإن كان عنصر الحياة لم يبرزه كل من المذهب المالكي والشافعي، بينما كل من المذهب الحنفي والحنبلي هو ما امتاز به عن غيرهما.

ثانيا: التعريف القانوني

تشابهت القوانين المقارنة في تحديد مفهوم الهبة مع وجود بعض الاختلافات فيما بينها في تحديد أحكامها. فعرف القانون المصري الهبة في المادة 486 من القانون المدني المصري كما يلي: «الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين»².

أما القانون التونسي عرفها في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 200 كما يلي: «الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين، وسمي هبة العوض»³.

وقد عرفها المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي ضمن نص المادة 894⁴: «تصرف يتخلى بموجبه الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها».

يلاحظ على كل هذه التعريف أنها وإن اختلفت في الألفاظ إلا أنها تدور في معنى واحد وهو اعتبار الهبة تملك بدون عوض، تقع حال حياة دون تخلف نية التبرع، إلا أنها تعاريف قاصرة. كونها لم تنص

¹ - محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص16.

² - التقنين المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948م المنشور في مجلة الوقائع المصرية عدد 108 مكرر الصادرة في 1948/07/09.

³ - أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية عدد 66.

⁴ - Art 894 du code civil Français, 102^e éd, DALLOZ, 2003, disposé «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte».

صراحة على عنصر الحياة، باعتبار أنها لا تقع إلا بين الأحياء، عكس الوصية والتي هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فكان بالأحرى أن يضاف عبارة "حال حياة الواهب" حتى يميز بين الهبة والوصية¹. فيما يخص المشرع الجزائري فقد عرف الهبة في المادة 202 من (ق أ ج) بنصه على ما يلي: "الهبة تملك بلا عوض."

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط."

المشرع الجزائري لم يذكر كلمة عقد بقصد إخراج الهبة من طائفة العقود أو نزع صفة العقد عنها لأن هذا الاحتمال بنفيه نص المادة 206² من نفس القانون، مما يجعلها في مفهوم هذا القانون عقد كسائر العقود تنطبق عليه القواعد العامة التي تنظم مختلف العقود سواء كانت تبرعات أو غيرها³. ويستفاد من نص هاتين المادتين ما يلي:

- الهبة وسيلة تملك تنتقل بواسطتها ملكية مال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، وهذا ما ينتج عنه افتقار في جانب الواهب، وعنصر اغتناء في جانب الموهوب له⁴.
- المال الموهوب كله أو جزءه ينتقل إلى الموهوب له مجانا ودون مقابل، ويتلازم مع وجود عنصر آخر هو نية التبرع من الواهب بغية التودد والتحبب إلى الموهوب له، أو بغية التقرب إلى وجه الله.
- يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط. فيمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بعمل معين سواء كان لمصلحة الواهب نفسه أو لمصلحة الموهوب له أو للمنفعة العامة⁵.

¹ - حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص 28

² - المادة 206 (ق.أ.ج) تنص على ما يلي: «تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول...».

³ - محمد ابن تقنية، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 12.

⁴ - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، ط2، الجزائر، 2014، ص 17.

⁵ - أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 316.

- الهبة عقد يقع بين الأحياء يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين، فالهبة ليست التزاما بالإرادة المنفردة كونها تستلزم قبول الموهوب له.¹
- أغفل المشرع الجزائري ذكر عبارة "حال الحياة" عند تعريفه للهبة، إذ أن هذه العبارة تميز الهبة عن الوصية فهذه الأخيرة تعتبر تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

المطلب الثاني

خصائص عقد الهبة و تمييزه عن التصرفات المشابهة له

أهم خاصية لعقد الهبة، هو أنه عقد تبرعي، هذا إضافة إلى كونه لا يتم إلا بالحياسة، وبالتالي فهو عقد عيني، إذ لا تكفي الرضائية لتمامه، وكذا هو عقد شكلي مفرط في الشكلية نظرا لخطورة التبرع الذي يفقر ذمة الواهب دونما الحصول على مقابل. بناء على ما تقدم فإن عقد الهبة يتمتع بمجموعة من الخصائص تميزه عن التصرفات القانونية الأخرى (فرع أول). كما أنها تلتقي مع بعض التصرفات وتتشابه في بعض الأوجه وهذا ما يؤدي إلى الالتباس فيما بينها، وحتى يزال هذا اللبس ويبعد ذلك الاشتباه يتطلب بيان أوجه الشبه والخلاف بين هذه التصرفات وبين عقد الهبة (فرع ثاني).

الفرع الأول

خصائص عقد الهبة

بمراجعة المواد المنظمة لعقد الهبة بموجب قانون الأسرة نستخلص الخصائص أو العناصر التي تجعل منها مختلفة عن بعض التصرفات المشابهة لها التي نستطيع ترتيبها في الآتي:

أولاً: عقد ما بين الأحياء

الهبة عقد لا بد من إيجاب وقبول متطابقين، ولا تتعد الهبة بإرادة الواهب المنفردة، وهذا الذي يميز الهبة عن الوصية²،

إذ أن هذه الأخيرة، تتعد بالإرادة المنفردة للموصي، لهذا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة¹، وبما أن الهبة عقد ما بين الأحياء، فإنها تخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت، لأن بذلك يعتبر

¹- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40651، الصادر بتاريخ 1986/02/24 غير منشور أنظر: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري

في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 195.

²- محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 232.

تصرفه وصية لا هبة، فلا يجوز أن يعقد الواهب هبة ويرجي في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته²، وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، بحيث قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/03/17 أنه من المقرر أن هبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية.³

ثانيا: تصرف في مال دون عوض

الهبة التزام من الواهب يجب ألا يقابله عوضا، وهذا ما جاء ضمن المادة 202 (ق.أ.ج) «الهبة تمليك بلا عوض»، فهي افتقار للواهب وإثراء للموهوب له⁴. والقول أن الهبة تكون دون عوض لا يمنع ذلك من قيام الهبات المتبادلة، كأن تكون من الهبات المتبادلة فقد يهب شخص شيئا، ثم يهب الموهوب له شيئا آخر فتكون بذلك الهبات متبادلتين وكل منها دون عوض⁵.

تتشارك الهبة مع سائر تصرفات التبرع في أنها تثري الموهوب له دون عوض وفي أنها تقتزن بنية التبرع ولكنها تنفرد بخاصية في أنها من أعمال التصرف، بمعنى يقوم الواهب بنقل ملكية الموهوب دون عوض. فله أن ينقل حق عيني إلى الموهوب له كما يجوز أن يكون حق انتفاع أو استعمال، وحق سكني أو حق ارتفاق، أو غيرها من الحقوق الأصلية.⁶

إذا كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سببا في إثراء الموهوب له، إلا أن ذلك لا يمنع أن تكون بعوض والمقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشروط. وإذا ما تبين أن قيمة العوض تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة، وفي الحالة التي يتبين فيها أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط لم يكن الموهوب له ملزم بأن يؤدي من هذا

¹- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1987، ص 147.

²- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج 5، مجلد 2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 1998، ص ص 07-08.

³- قرار المحكمة العليا رقم 186058 الصادر بتاريخ 1998/03/17، غ أ ش، منشور ب م ق، العدد 1، سنة 1999، ص 119.

⁴- كمال حمدي، مرجع سابق، ص 147.

⁵- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 12.

⁶- محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص

العوض، إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب¹، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 489 من القانون المدني الجديد، فلا يوجد ما يمنع الأخذ بذلك ما دام الأمر لا يناقض مبدأ الالتزام.

ثالثا: نية التبرع

تعتبر هذه الخاصية عنصرا جوهريا في الهبة، إذ لا يكفي لانعقادها أن يتصرف الواهب في حاله دون عوض، بل لابد من وجود نية التبرع لديه وقت إبرام هذا العقد. وقصد التبرع أو نية التبرع مسألة نفسية فالعبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع، فهل قصد بالتبرع تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة، قد تتوافر نية المتبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود إليه فتنتفي نية التبرع.²

تنتفي نية التبرع إذا كان الغرض من إبرام الهبة الوفاء بدين طبيعي. مثال ذلك كأن يقوم شخص بالوفاء بالالتزام الطبيعي نحو شخص آخر فهو لا يتبرع وإنما يوفي دين وإن كان لا يجبر على الوفاء به.³ كما تنتفي نية التبرع أيضا إذا كان القصد من التصرف الحصول على منفعة أيا كان نوعها، أو كانت صورتها سواء كانت هذه المنفعة مادية أو أدبية، فلا يكون التصرف هبة إذا أعطى الشخص مالا لآخر لإنشاء مدرسة أو مستشفى.⁴ وتنتفي نية التبرع إذا كان القصد منها مجازاة الموهوب له، وتكون في عطايا المكافأة مثل أن يعطي شخص من يقوم بخدمته مبلغا من المال مكافأة وذلك نظير تقانيه وإخلاصه في العمل، فبذلك لا يعد هبة لانتفاء التبرع.

ويلاحظ من خلال ما تقدم أن نية التبرع مسألة نفسية تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع، والعبرة فيها تكون بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع، فإذا قصد الشخص تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة سواء مادية أو معنوية، تحققت نية التبرع عنده حتى لو جنى فيما بعد منفعة منها واعتبر

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 14.

² - محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 27.

³ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 21.

⁴ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 156.

تصرفه هبة، أما إذا قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه انتفت عنده نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة المرجوة.¹

رابعاً: عقد عيني .

الهبة عقد عيني لا يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتوفر الشكلية، بل يجب وزيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له بحيازته. وهي في نفس الوقت من العقود الشكلية أوجب المشرع إفراغ الهبة في شكل رسمي متى كان محلها عقاراً فلا تكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين، ولذلك وجب لإفراغ هذا التراضي في شكل معين أوجبه المادة 206² من قانون الأسرة، فالشكلية في هبة العقار ركن في العقد وإذا تخلفت هذه الشكلية كانت الهبة باطلة.³

ويعتبر عقد الهبة الوارد على بعض المنقولات التي يشترط فيها إجراءات خاصة بدوره عقد شكلي وعيني مثله مثل العقار الموهوب لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركناً لانعقاده. وبالنظر إلى ما تقدم يمكن تعريف الهبة تعريف جامع لكل الخصائص السابقة بالقول أنها «عقد بين الأحياء يتصرف الواهب بمقتضاه في ماله دون عوض وبنية التبرع».

ومن خلال الخصائص التي تتميز بها الهبة فإنها تجعلها تقترب من بعض التصرفات القانونية المشابهة لها، والتي سيتم التطرق إليها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة له

تتداخل الهبة مع كثير من المصطلحات التي تؤدي إلى المعنى ذاته، أو تتعد عنه إلى معنى آخر، وعليه سنبين بعض المميزات التي تنفرد بها الهبة عن باقي العقود الملزمة سواء لجانب واحد في النقطة الأولى أو بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين في النقطة الثانية كالتالي:

¹- عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية، الهبة (دراسة مقارنة) في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968، ص23.

²- تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: «تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات».

³- محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص29.

أولاً: تمييز عقد الهبة عن التصرفات الملزمة لجانب واحد.

الوصية والوقف تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد تتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع، غير أنها تختلف عنها في نواحي عديدة.

أ- تمييز عقد الهبة عن الوصية

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وبهذا تعتبر تبرعا محضاً، ويتميزان عن بعضهما من عدة وجوه وهي:

- إن الهبة عقد يلزم لإنشائه توافق إرادة كل من الواهب والموهوب له، بينما الوصية ليست عقداً، إنما هي تصرف إنفرادي يعتمد على إرادة الموصي المنفردة¹. وبذلك ملكية الشيء لا تنتقل إلا بعد وفاة الموصي، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. ولا تنتج أثرها إلا بعد الوفاة على عكس عقد الهبة، فملكية الشيء الموهوب تنتقل إلى الموهوب له حال حياة الواهب، إلا فيما يتعلق بالأموال المستقبلية أو الهبات مع أجل.

- الأصل في الهبة امتناع الرجوع إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع، بينما الوصية يصح فيها للموصي أن يرجع عن وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة، دون شرط ولا قيد، وهذا طبقاً لنص المادة 192 (ق.أ.ج).

- الهبة عقد شكلي يستلزم المشرع فيها الرسمية في العقار والإجراءات الخاصة في المنقول طبقاً لنص المادة 206 من (ق.أ.ج)²، أما الوصية لا تستلزم ذلك إلا بعد الوفاة وبعد انتقال الملكية إلى الموصي له، كونها عقد رضائي ولا تلزم الشكلية فيها إلا بمناسبة الإثبات وذلك طبقاً لنص المادة 1/191 من

(ق.أ.ج) التي جاءت كما يلي: «تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك».

- الهبة في التشريع الجزائري مطلقة فهي في القانون، أو التبرع ليست مقيدة بقدر معين³. إلا إذا كانت في مرض الموت. فتنفذ في حدود الثلث¹، أما الوصية فتنتقيد بالثلث من التركة دائماً، وما

¹- Planiol, classification synthétique des contrats revue critique 1904, P 475.

²- راجع نص المادة 206 من (ق أ ج).

³- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 26.

زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة وهذا ما جاء ضمن المادة 185 من (ق.أ.ج) التي جاءت كما يلي: «تكون الوصية في حدود الثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة».

ب- تمييز الهبة عن الوقف.

الوقف معناه شرعا أخذًا بقول أبي حنيفة رضي الله عنه حبس العين على ملك الواقف يجعله عارية ولم يجعله عارية حقيقية لأنه لا يسلم إلى المستوفى المنفعة، بل يسلمه إلى المتولي، أو يصرف المنفعة إلى من أراد².

وبهذا التعريف يعتبر تصرفا تبرعيا، يشترك مع الهبة في صفة التبرع، غير أنه يختلف عنه في عدة جوانب هي:

- الهبة عقد لابد فيه من تطابق إرادتين بينما الوقف تصرف صادر من جانب واحد تكفي لانعقاده إرادة الواقف لوحدها.

- الهبة كسائر العقود يستمد قوته القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفها الواهب والموهوب له. أما الوقف فهو تصرف بالإرادة المنفردة للواقف يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية بإرادة الوقف تحميها الدولة وتسهر على تنفيذها، وتحميها من التلف والضياع لاسيما إذا تعلق الأمر بالأموال الوقفية العامة.³

- الهبة تبرع محض يلتزم بموجبه الواهب بإعطاء الشيء للموهوب له بدون مقابل وبنية التبرع، فيزول بذلك ملك الواهب عن الشيء الموهوب وتملكه للموهوب له للتصرف فيه بكل أنواع التصرف.

أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف الذي يبقى على ملك الواقف، فلا تنتقل الملكية إلى الموقوف له، وبمجرد صدور الوقف لا يجوز للواقف أن يتصرف في المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية.⁴

¹ - تنص المادة 204 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

² - محمد نقيّة، مرجع سابق، ص 33. "

³ - رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأموال الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية دار هومه، الجزائر، 2004، ص 39.

⁴ - شيخ نسيمّة، مرجع سابق، ص 28.

ثانياً: تمييز عقد الهبة عن التصرفات الملزمة لجانبين.

يتفق عقد الهبة مع عقدي البيع والإيجار في بعض الجوانب ويختلف عنهما في جوانب أخرى، وهذا ما سنتطرق له.

أ- تمييز عقد الهبة عن عقد البيع.

يتفق عقد الهبة مع عقد البيع في أن كل منهما عقد من عقود التصرف ومن العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الهبة بعوض.

الأصل في الهبة أنها عقد من عقود التبرع لأنها تملك بلا عوض، يتجرد الواهب عن جزء من ماله بقصد التبرع، وقد يكون معاوضة إذا كان بمقابل يعادل قيمة الموهوب أو يقاربها، أما عقد البيع فهو من عقود المعاوضة، لأن البائع يحصل بسببه على ثمن في مقابل نقل ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي يحصل بدوره على المبيع مقابل ما يدفعه من ثمن للبائع.

ب- تمييز عقد الهبة عن عقد الإيجار.

الهبة هي تملك مال بلا عوض بقصد التبرع، أما عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المؤجر والمستأجر، ولا يترتب حقا عينيا في الشيء المؤجر، فالإيجار عقد ملزم لجانبين وهو من عقود المعاوضات وينقل منفعة الشيء المؤجر لمدة محددة مقابل أجر، فالشيء مقابل الأجرة والأجرة مقابل الانتفاع، والهبة عقد شكلي تعقد الشكلية فيه واجبة إذا وقع على عقار، ويتطلب إجراءات خاصة إذا وقع على منقول، بينما عقد الإيجار عقد رضائي لا يتطلب الشكلية. كما أنه من عقود الإدارة على خلاف عقد الهبة الذي يعتبر من عقود التصرف.¹

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء - الإيجار والعارية -، المجلد 1، ج6، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د س ن)، ص ص 4-5.

المطلب الثالث

مشروعية عقد الهبة

الهبة تعد باب من أبواب الخير والبر والإحسان، فهي سبيل من سبل التآلف والمحبة والترابط الاجتماعي لذا حثت عليها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، وعليه فإنه يتطلب منا تناول الأدلة التي اعتمدت في إباحة الهبة وجوازها، وثبتت مشروعيتها في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري.

الفرع الأول

الأساس الشرعي

أولاً: من الكتاب

إنّ مشروعية الهبة من القرآن الكريم نجده في آيات كثيرة منه، وذلك لقوله تعالى "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فإنّ طبن لكم عن شيءٍ منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً"¹، يقول القرطبي في تفسيرها مخاطبة للنساء، ويدل بعمومه على أنّ هبة المرأة صداقها لزوجها بكرة كانت أو ثيباً جائزة. وقال به جمهور الفقهاء.²

وقوله تعالى: "إنّ تبدوا الصدقات فنعماً هي وإنّ تخفوها وتأتوها للفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم والله بما تعملون خبير".³

ويقول الشوكاني في تفسيرها: وقد ذهب جمهور المفسرين إلى أنّ هذه الآية في صدقة القرض، أي في الهبة وليس الزكاة.⁴

وقوله تعالى "ووهبنا له إسحاقاً ويعقوب وجعلنا من ذريته النبوة والكتاب وأتيناه أجره في الدنيا وإنه في الآخرة لمن الصالحين".⁵

ثانياً: الدليل من السنة النبوية.

¹ - سورة النساء، الآية (04).

² - أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 5، دار عالم الكتب، ط2، المملكة العربية السعودية، 2003، ص42.

³ - سورة البقرة، الآية (271)

⁴ - محمّد بن علي الشوكاني، فتح القدير، دار المعرفة، ط4، لبنان، 2007، ص186.

⁵ - سورة العنكبوت، الآية (27)

لقد وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية الهبة والحض عليها منها على سبيل الذكر ما رواه البخاري: حدثنا عاصم بن حلي حدثنا ابن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة جارتها، ولو فرس شاة)¹، ووجه الدلالة في ذلك أنّ الحديث دل بعمومه على جواز الهبة، وذلك بمعناه أن الجارة لا تمنع عن جارتها من الهدية بالموجود عندها حتى ولو قلة.

في حديث آخر حدثنا محمد بن بشار، حدثنا ابن أبي عدي عن شعبة، عن سليمان، عن أبي حزم، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لو دعينا إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت)²، وما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها).

ولأنه من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان، وكلّ ذلك مندوب إليه بعد الإيمان، وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: (تهادوا تجابوا)³، وعليه فإباحة الأكل بطريق الهدية دليل على جواز الهبة.

نستخلص من هذه الأحاديث أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم حببنا في الهبات بكل أنواعها ودعانا لقبولها ولو كانت بسيطة أو قليلة بحيث كان عليه الصلاة والسلام يقبل الهدية المشروعة ويثب عنها.

الفرع الثاني

الأساس القانوني

لقد نظمت الهبة في القانون الجزائري ضمن قانون الأسرة، وعليه فإن أحكامها قد وجدت في الباب الرابع من التبرعات مع الوصية والوقف، وهو آخر باب في قانون الأسرة، ويظهر وكأن الدافع وراء وضع الهبة ضمن قانون الأسرة هو كونها موضوع فقهي بامتياز، تستمد أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة الأخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الهبة من

¹ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتابة الهبة وفضلها، باب فضلها والتحريض عليها، الحديث رقم (2427)، ج2، دار ابن كثير واليامة، ط5، لبنان، 1993، ص907.

² - أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مرجع نفسه، الحديث رقم (2429)، ص908.

³ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج2، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص48.

أفعال الخير والبر والإحسان، فالأشخاص يهبون أموالهم وأشياءهم ابتغاء الآجر والتواب من الله، وكذلك ابتغاء المودة والمحبة من الطرف الآخر والتودد إليه، ولذلك كان الأصح والأنسب أن تقنن أحكام الهبة، بالإضافة إلى ما هو مستحدث بخصوص مسألة التسجيل والتوثيق والإشهار والتي لا تصح الهبة إلا بها وذلك للآثار المتعدية واتصال الهبة بالعمار وانتقاله بين الأشخاص، فلذلك لا تصح ولا تقبل إلا بالتسجيل والإشهار في المحافظة العقارية، وفي المنقول لا تتم إلا بالحيازة وانتقال المنقول إلى الموهوب له بالإجراءات الإدارية.

المبحث الثاني

أركان عقد الهبة وجزاء الإخلال بها

عقد الهبة هو كباقي العقود الأخرى يستلزم لصحته توفر شروط تتمثل في أركان نظرية العقد بوجه عام من الرضا ومحل وسبب فضلا عن القالب الشكلي باعتباره عقدا رسميا، وليكون صحيحا ومنتجا لكافة آثاره لابد من توفر شروط لكل ركن من الأركان. وإذا تخلف ركن من أركانها أو شرط من شروط صحتها تبعها البطلان . وعليه سنتطرق إلى أركان عقد الهبة في مطلب أول، وجزاء الإخلال بهذه الأركان في مطلب ثان.

المطلب الأول

أركان عقد الهبة

الهبة كسائر العقود الأخرى لها أركان ثلاثة: التراضي والمحل والسبب، وكذا توفر الشكلية كركن أساسي في هبة العقار، وركن الحيابة، ولكي يكون العقد منتجا لآثاره فلا بد من توفر شروط الإنعقاد وشروط الصحة، نتعرض لهذه الأركان من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، ونتناول في كل فرع ركن من الأركان على النحو التالي:

الفرع الأول

التراضي في عقد الهبة

يعتبر وجود التراضي شرط ضروري لانعقاد الهبة، والرضا لغة هو مصدر لفعل "رضى" ، أما اصطلاحا فهو رغبة العاقد إلى آثار العقد مع العزم عليه، والتوجه إلى إنشائه، والرضا يصدر من طرف واحد لا من شخصين، أما التراضي فهو وجود رضا شخصين متوافقين الإرادة في إحداث آثار، فبتالي العقود الملزمة لطرفين تتطلب تراضي وليس رضا. فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن التراضي منكم﴾¹.

قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ركن التراضي في عقد الهبة، فذهب البعض إلى القول أن ركن التراضي في عقد الهبة يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط دون أن يشترط قبولا من

¹ - سورة النساء، الآية 29.

الموهوب له كركن¹، وذهب البعض الآخر إلى أن الإيجاب والقبول هما ركنان للهبة وهما معا يكونان ركن التراضي، كون الهبة عقد والعقد هو توافق الإيجاب والقبول².

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد قد اعتمد على رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر الإيجاب والقبول ركنا من أركان الهبة، وقد نص على ذلك صراحة في المادة 206 (ق.أ.ج)³. ويتضح من خلالها أنه لا بد من إيجاب وقبول حتى تتعقد الهبة، وإذا انعدم هذا التراضي بين المتعاقدين كانت الهبة باطلة.

تجدر الإشارة إلى أنه تطبق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بوجه عام على ركن التراضي في عقد الهبة لعدم معالجته بنص خاص في قانون الأسرة⁴.

أولاً: شروط التراضي في الهبة.

الهبة تتعقد بإيجاب وقبول صادر من الواهب والموهوب له، وهي شروط الانعقاد من حيث الموضوع وبما أن الهبة عقد شكلي فللشكل أهمية بالغة، ولا تتعقد من دونه وهي شروط الانعقاد من حيث الشكل.

أ- شروط الانعقاد الموضوعية.

أ-1- وجود التراضي:

وجود التراضي شرط ضروري لانعقاد الهبة، ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ولا يتم إلا بوجود إرادتين متطابقتين وهما إرادة الواهب وإرادة الموهوب له، والتعبير عنها.

¹ - محمد علي أحمد، بحث في الهبة والشفعة في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، مصر، 1978، ص 07.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، لبنان، 1998، ص 43.

³ - تنص المادة 206 (ق.أ.ج) على ما يلي: « تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل القيود السابقة بطلت الهبة.»

⁴ - يراجع نص المادة 59 وما بعدها من القانون المدني.

تتعقد الهبة بتوافر الإرادة في كل من الواهب والموهوب له، ولا بد من تطابقها بقصد إحداث أثر قانوني معين، إذ يجب أن يكون الشخص واعيا بالارتباط بحالة قانونية، وتتصرف إرادته لتحمل التزامات نحو شخص آخر أو اكتساب حقوق الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة¹.

تعتبر الإرادة حقيقة نفسية كامنة داخل الإنسان، لذلك يجب التعبير عنها لتظهر إلى العالم الخارجي وبتعين أن يكون التعبير عنها مطابقا لما قضت إليه الإرادة الحقيقية²، يتضح من خلال نص المادة 1/60 من (ت.م.ج)³ أن التعبير عن الإرادة يكون بعدة وسائل، والشخص حر في التعبير عن إرادته بطريقة التي يريدها لأن القانون لا يستوجب طريقة معينة في ذلك، وسلوك المتعاقد في التعبير عن إرادته قد يكون واضح الدلالة على المقصود ويسمى هذا النوع بالتعبير الصريح عن الإرادة. ومن مظاهر التعبير الصريح نجد التعبير بالألفاظ في اللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين، ويكون بالكتابة سواء كانت الكتابة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة وسواء كانت عرفية أو رسمية، إلا أن القانون في بعض العقود أن تكون مكتوبة وأن تكون رسمية كما في الرهن الرسمي، والهبة والعقود الواقعة على العقار طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من (ت.م.ج)⁴.

كما يكون بالإشارة المتداولة عرفا، وتكون هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة يغير الكتابة كما هي الحال عند الشخص الأخرس الأعمى الذي لا يحسن الكتابة⁵. كما قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لا يكشف فيه المتعاقد عن إرادته بصفة مباشرة وإنما يتحلى من ظروف الحال، وفي الهبة لا يتسنى التعبير الضمني عنها، فهذا التعبير لا يفسر على أنه هبة لأن الهبة تبرع، فلا بد من أن يكون التعبير مبررا لنية التبرع وخطورته، هذا التصرف تتطلب تعبيراً صريحا بمظاهره السابقة الذكر، لكي تكون إرادة الواهب ظاهرة وواضحة بما لا يدع مجالاً للشك في أنه أراد

¹- فيلالى علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 87.

²- السعدي محمد الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات)، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص ص 80-81.

³- تنص المادة 1/60 من (ق.م.ج) على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

⁴- محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 73.

⁵- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط9، الجزائر، 2015، ص 31.

التبرع، فبذلك لا مجال للتعبير الضمني بصدد الهبة. وهذا ما يستشف من نص المادة 206 من (ق.أ.ج) التي نصت على أن الهبة تتعقد بإيجاب وقبول وبتطابق الإرادتين¹.

تثار في بعض الأحيان مسألة سكوت القابل أو الموهوب له ، إن كان سكوته يعتبر قبولا ؟ .

كأصل عام لا يعتبر السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ، فهو مجرد وضع سلبي ، ولا يمكن أن يتضمن السكوت إيجابا ، ولذا لا يدل السكوت عن قبول أو رفض ، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 68 من (ق م ج) أوردت حالات على وجه الاستثناء ، أين يعتبر فيها السكوت قبولا ، من بين هذه الحالات نجد الإيجاب التي يكون لمصلحة من وجه له ، ويرى البعض أن الإيجاب الصادر من الواهب يكون في أغلب الحالات لمصلحة الموهوب له ، وبالتالي إذا سكت هذا الأخير ولم يعبر عن قبوله ولا عن رفضه للهبة يعتبر سكوته قبولا ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية عنها " السكوت في معرض الحاجة بيان "².

تجدر الإشارة إلى أن الهبة وإن كانت في الأصل تملك بلا عوض ، فهي في البعض الحالات تكون مشروطة بالقيام بالتزام ، أين يحتاج الأمر صراحة لا ضمنا للتعبير عن قبول القيام به ، ومن ثمة لا يمكن اعتبار سكوت الواهب قبولا في جميع الحالات ، وهو الرأي الذي لا تؤيده من جانبنا ، حتى وإن كانت الهبة في مصلحة الموهوب له وبلا عوض ، فالهبة كما أشرنا هي عقد رضائي ، ورضا الأطراف إنما يترجم عن طريق الإمضاء على الشكل المقرر قانونا في تحرير عقد الهبة ، وبالتالي فإرادة الموهوب له قد خرجت إلى حيز الوجود وظهرت في صورة التعبير بالكتابة التي تعد صورة من صور التعبير عن الإرادة إعمالا لنص المادة 60 من (ق م ج).

2- توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول):

تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد في تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة، فيجب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين وقبولا مطابقا للإيجاب، وتطابق الإيجاب والقبول هي عبارة عن تلاقي إرادة الموجب وإرادة القابل.³

1- الإيجاب:

الإيجاب عرض يتقدم به شخص معين بغرض التعبير عن إرادته لإبرام عقد ما بشكل حازم أي نهائي وإذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.⁴

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 75.

² - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 32 .

³ - Muller, Michèle , «le contrat suppose la rencontre d'une offre et d'une acceptation» droit civil, 4^e éd, Foucher, France, 2006, P 12.

⁴ - هاشم محمد حسن، القانون المدني (العقود المسماة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 71.

فالإيجاب هو تعبير عن إرادة الواهب وعرض لتقديم هبة للطرف الآخر، بقصد تملك الموهوب له شيئاً يملكه في الحال وبغير عوض، ويكون الإيجاب بأي شكل من الأشكال القانونية، ولم ينص قانون الأسرة على شكل الإيجاب والقبول، فلا يشترط فيه ألفاظ معينة، إذ يكون بكل ما يدل عليه كأن يقول الشخص "وهبتك كذا" و "ملكته لك"، "جعلته لك"، وقد يتصل الإيجاب بقريضة كذكر الوقت ويطلق عليه عبارة "القريضة الوقتية"، ومثالها أن يقول الواهب "جعلت هذه الدار عمري" أو "هي قيد حياتك"، كما قد يتصل بالشرط، ويطلق عليه "القريضة المشروطة"، مثالها أن يقول الواهب "وهبتك سيارتي" على أن تتبعها "فلان". فالهبة تكون صحيحة والشرط باطل، كما قد يتصل بمنفعة كأن يقول الواهب "داري لك سكن" أو "هبة سكنتي"¹.

2- القبول:

هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب، وهو نضير الإيجاب إذ يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، وهو الموهوب له إذ يعبر عن نية قاطعة لإبرام عقد الهبة، ويكون التعبير عن القبول بنفس الطرق التي يتم بها الإيجاب بشكل صريح أو ضمني، فيتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموهوب له "قبلت" أو "أخذت" أو "رضيت" أو يتم بصور تصرف من الموهوب له يدل عليه كقبضه الشيء الموهوب كما يعتبر سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب قبولا، إذا كانت الهبة نافعة وما لم تكن بعوض²، كما لا تتم الهبة إذا توفي الموهوب له قبل صدور القبول منه، ولا يجوز لورثته المطالبة بالهبة لأنها لم تتم، أما إذا صدر القبول وتوفي الموهوب له قبل وصول القبول إلى علم الواهب، فإن الهبة تتم لأن القبول ينتج آثاره منذ وصوله إلى علم الواهب، وهذا ما تضمنته نص المادة 62 من (ق.م.ج)³.

كما أنه لا يكون لقبول الموهوب له للهبة أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب، فإذا رجع الواهب عن إجابته قبل وصول القبول إلى علمه لم تتعد الهبة بشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلى

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 35.

² - تنص المادة 2/68 من ق.م.ج على ما يلي: «ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

³ - تنص المادة 62 من (ق.م.ج) على ما يلي: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

علم الموهوب قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، وهذا عائد إلى أن القبول لم يقترن بالإيجاب¹، وهذا ما جاء ضمن نص المادة 61 من (ق.م.ج).

يجوز أن يصدر القبول من شخص غير الموهوب له ويكون من نائبه، فقد يكون النائب قانونيا كالوالي والوصي، أو نائبا اتقيا كالوكيل².

فالولي فقد نصت عليه المادة 88 من (ق.أ.ج) التي جاءت على النحو الآتي: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...»، أما الوكيل فقد نصت عليه المادة 574 من (ق.م.ج) إذ نصت كما يلي: «لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم و توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء»، والوكالة في الهبة يجب أن تتوفر على الشكل الواجب توفره في الهبة ذاتها، وذلك عملا بما جاء في نص المادة 572 (ق.م.ج)³.

من خلال ما تقدم يتضح أن الهبة عقد ينشأ بإيجاب وقبول، فإذا اختلف أحدهما كان عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا، وباعتبار أن الهبة عقدا فلا بد من اقتران إرادتين فتتعدد بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له.

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة جواز إبرام الوعد بالهبة، و في غياب النص قانوني يمنع ذلك فيجوز للمتعاقدين إبرام وعد بالهبة، و تطبيقا لنص المادة 71 من القانون المدني، يمكن القياس الوعد بالهبة على الوعد بالتعاقد كالوعد بالبيع أو الوعد بالشراء، إذ يجوز القيام بهذا التصرف، طالما لا يوجد نص قانوني يمنع من ذلك، وفي هذه الحالة يتعين تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد الهبة المراد إبرامها (بيان الشيء الموعود بهيته بيانا كاملا، الالتزامات المفروضة)، ويجب أيضا تحديد المدة التي يجب إبرامه فيها، فالتراضي هنا هو تراضي كامل تم بإيجاب الواهب و قبول الموهوب له، ولكن العقد هو عقد ابتدائي غير نهائي.

يجب أن يكون الوعد بالهبة في ورقة رسمية لأن الهبة من العقود الشكلية و هذا ما تقتضيه المادة 206 من (ق أ ج)، و المادة 2/71 (ق م ج)، وإذا تخلف هذا الشرط وقع الوعد بالهبة باطلا ومن ثم لا

¹- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 36.

²- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، 1987، ص 544

³- أمير فرح يوسف، العقود التي تقع على الملكية، المكتب العربي الحديث، مصر، 2007، ص 407.

³- تنص المادة 572 (ق.م.ج) على ما يلي: «يجب أن تتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص قاضي بخلاف ذلك».

يجوز فيه المطالبة بتنفيذ الوعد ولا حتى استصدار حكم يقوم مقام العقد إعمالا لنص المادة 72 من (ق م ج).

يترتب على انعقاد الوعد بالهبة آثار قانونية ، ففي المرحلة التي تسبق ظهور الرغبة الموعود له في إبرام العقد النهائي ، لا يكسب الموعود له إلا حقا شخصيا ، و لا يترتب في ذمة الواعد إلا التزاما ، فالواعد وحده ملتزم التزاما شخصيا و هو الالتزام بعمل ، بأن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له في إتمام إبرام العقد النهائي ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء و يترتب على ذلك بقاء الواعد مالكا للشيء الموعود به طوال هذه المرحلة و له أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، أما فيما يخص الآثار التي تترتب على الوعد بالهبة في المرحلة التي تلي ظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد النهائي، فهذا الأخير حق مطالبة الواعد بتنفيذ التزامه ، كما يجوز له أمام تعنت هذا الأخير استصدار حكم نهائي قام مقام العقد¹، فتنتقل الملكية للموهوب له ، و هذا تطبيقا لنص المادة 72 من القانون المدني.

ب- شروط الانعقاد الشكلية.

الأصل في عقد الهبة أنه رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول، إلا أن القانون اشترط الشكلية في عقد الهبة الذي يكون محله عقارا، وذلك بمقتضى نص المادة 206 (ق.أ.ج) كونه عقد نادر الوقوع، وبه يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل فيتوجب عليه أن يتدبر ويفكر ماليا فيما هو مقبل عليه، فالشكلية ضرورية لحمايته، وذلك راجع إلى ما تتضمنه هذه الأخيرة من إجراءات وأشكال طويلة ومعقدة، وتوفر الحماية للموهوب له، وكذا تضمن حقه في حالة نزاعه مع ورثة الواهب.

والجدير بالذكر أنه هناك هبات مستثناة من الشكلية الواجبة في عقد الهبة وهي كما يلي:

- **الهبات غير المباشرة:** معنى هذه الأخيرة يتحدد انطلاقا من الهبة المباشرة والتي هي أن يتصرف فيها الواهب في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للموهوب له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمة الموهوب له وهي التي يتوجب إفراغها في الشكل الواجب قانونا للهبة². أما الهبة غير المباشرة هي أن يكتسب الموهوب له حقا عينيا، وحقا شخصيا دون مقابل، ولكن دون أن يتلقى الحق مباشرة من الواهب كنزول الواهب عن حق الانتفاع، وهذه الأخيرة لا يلزم أن تستوفي الشكلية التي تشترط في الهبات المباشرة³.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية، مرجع سابق ، ص 42 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، مرجع نفسه، ص 79.

³ - منصور نورة، مرجع سابق، ص ص 41-42.

وإن كانت تستثني من قاعدة الشكلية إلا أنها تخضع للأحكام الموضوعية للهيئة المباشرة كجواز الرجوع في الهيئة، وأهلية التبرع، وأحكام التصرف في مرض الموت وغيرها من الأحكام.¹

- **الهيئات المستترة:** هي هيئة مباشرة وفي حقيقتها هيئة مباشرة إلا أنها وقعت تحت ستار تصرف آخر،

والمشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى هذا النوع من الهيئات، ومن أمثلة الهيئة المستترة عقود المحاباة، حوالة حق دون مقابل أو تظهير سفتجة أو سند لأمر دون مقابل، أو في صورة قرض بدون اقتراض أو إقرار بدين دون وجود هذا الدين²، وقد أعفيت من الشكلية في القانون المصري بنص خاص وذلك ضمن المادة 1/488 من القانون المدني المصري³: «تكون الهيئة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر»، ولم يتضمن القانون الفرنسي نص مماثل يعفي الهيئات المستترة من الشكل، إلا أن القضاء استقر على إعفاء هذه الهيئات من الشكل لحماية الغير الذي يتعامل مع الموهوب له. ولذلك يرى الدكتور محمد حسنين على ضرورة الآخذ بنفس الحكم في القانون الجزائري لاستقرار المعاملات وحماية الغير⁴.

وتخضع الهيئة المستترة للأحكام الموضوعية في الهيئة بصفة عامة، وعبئ إثبات أن العقد هيئة وليس عقداً آخر يقع على من يدعي أن العقد الظاهر هيئة مستترة في عقد آخر، أي كانت صفته. نتناول أحكام الشكلية الواجب توافرها في عقد الهيئة في القانون الجزائري بالتمييز بين ما إذا كان محل الهيئة عقاراً أو منقولاً.

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 338.

² - محمد حسنين، مرجع نفسه، ص 537.

³ - تنص المادة 488 فقرة 1 من (ق. م. م) على ما يلي: «تكون الهيئة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عق آخر»

⁴ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 537.

ب1- شكل عقد الهبة في العقار:¹

اشتراط المشرع الجزائري مراعاة أحكام قانون التوثيق في الهبة التي يكون محلها عقار، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 206 من (ق.أ.ج)، كما أنها لا تنعقد إلا إذا استوفت الشروط الشكلية.

من خلال استقراء نص المادة 206 من (ق.أ.ج) أن عقد الهبة في العقار يخضع لإجراءين هما: توثيق عقد الهبة وإتباع الإجراءات الشكلية، وذلك لكي يترتب أثره العيني وهو نقل الملكية، ولكل إجراء من هذه الإجراءات وظيفته.

1- توثيق عقد هبة العقار:

وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل موثق تحت طائلة البطلان المطلق، فقانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 206 (ق.أ.ج) أحال إلى قانون التوثيق فيما يتعلق بالشكل الواجب توافره في الهبة الواردة على عقار²، إذ يجب الرجوع إلى أحكام الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق إذ جاء في فحو نص المادة 12 منه على ما يلي: «زيادة على العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد». وقد تم إدراج مضمون المادة 12 في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988³.

بما أن عقد الهبة ينقل ملكية العقار إلى الموهوب له، فهو يخضع للشكل الرسمي لدى الموثق، حتى يكون حجة بين المتعاقدين وإزاء الغير، وبالتالي يجب أن يحرر الهبة التي ترد على عقار في الشكل

¹ - العقار هو الشيء الثابت غير قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف وما خرج عن هذا التعريف فهو منقول، راجع نص المادة 683 من (ق.م.ج).

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 12.

³ - قانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 معدل ومتمم للقانون رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج عدد 18 الصادرة بتاريخ 04 ماي 1988.

الرسمي وإلا كانت باطلة، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا¹، الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة».

إلى جانب ذلك ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم 103.65: "من المقرر قانونا أن لعقود المتضمنة نقل الملكية العقارية، يجب أن تتحرر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان". وتنص المادة 206 من (ق أ ج) أن: "الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استفاءها الشروط الجمعية"².

بالتالي نستخلص أن عقد الهبة المفرع في الشكل العرفي هو عقد باطل بطلانا مطلقا، ويعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، وإن إجازة الموهوب له لعقد الهبة العرفي لا تزيل البطلان طبقا لما تقتضيه القواعد العامة في القانون المدني³.

بطلان عقد الهبة لانعدام الشكل الرسمي غير مقرر لمصلحة المتعاقدين فقط، وإنما هو حق مخول لكل ذي مصلحة، ويجوز للمحكمة إثارة البطلان من تلقاء نفسها لأنه من النظام العام واستقرار العقود والعلاقات التعاقدية⁴. وبما أن الهبة باتفاق الفقهاء عقد احتفائي⁵ فيجب على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان وذلك ما جاء ضمن المادة 324 مكرر 3، وهم شهود العدل الذين يساهمون في إنشاء العقد وحضورهما إجباري في العقود الإحتفائية⁶.

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 45.371 الصادر في 1987/04/20 غير منشور أشار إليه حمدي باشا عمر، عقود البرعات، مرجع سابق، ص 13.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 10365 المؤرخ في 1994/11/09، م.ق عدد 51. 1997، ص 67.

³ - قرار المحكمة العليا ملف رقم 25699 المؤرخ في 1982/07/07، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 172.

⁴ - تنص المادة 1/102 من (ق.م.ج) على ما يلي: «إذا كان العقد باطلا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجارة».

⁵ - العقود الإحتفائية هي في أساسها عقود رسمية لكن ليس كل العقود التوثيقية على عمومها عقودا إحتفائية، إذ لم يقر المشرع الجزائري بتحديد هذه العقود لا بتسميتها ولا بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتكييفها، لكن العمل القضائي والتوثيقي خاصة لم يختلف حول اعتبار كل من عقود الهبة والوقف والوصية، الزواج عقود إحتفائية، وحضور شهود العدل في العقود الإحتفائية واجب تحت طائلة بطلان العقد. أنظر: عربي باي يزيد، "العقود التوثيقية سندات تنفيذية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/04/08"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، 2014، ص 133.

⁶ - علاوة بوتغرار، "المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي والفرنسي"، مجلة الموثق، العدد 3، سنة 2001، ص 10.

يتعين على الواهب والموهوب له أن يتقدما إلى مكتب التوثيق، من أجل القيام بتوثيق العقد المراد إبرامه¹، وتسجيله لدى مصلحة التسجيل وشهره بالمحافظة العقارية لكي تنتقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له والاحتجاج به اتجاه الغير².

يجوز أن تتعد الهبة الواردة على عقار بواسطة وكيل ينوب عن الواهب، إلا أنه يتطلب لانعقاد هذه الوكالة صحيحة أن يتوفر الشكل الواجب توافره في عقد الهبة³، وهذا ما جاء ضمن المادة 572 من (ق.م.ج) «يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك». وأن تكون هذه الأخيرة خاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 574 من (ق.م.ج): "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء" يجب أن يشمل المحرر الرسمي على عناصر الهبة وهي المال الموهوب والواهب والموهوب له وجميع الشروط التي قد يحتويها هذا العقد من عوض والالتزامات المفروضة على الموهوب له⁴.

2- تسجيل عقد هبة العقار:

بعد إفراغ اتفاق الواهب والموهوب له والمتضمن نقل ملكية العقار الموهوب في الشكل الرسمي لدى الموثق، نكون أمام مرحلة تسجيل عقد الهبة لدى مفتشية التسجيل والطابع التابعة لإدارة الضرائب طبقا لما جاء ضمن أحكام الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل⁵، وذلك من أجل تحصيل الرسوم والحقوق الواجبة على عقد هبة العقار، والتي تقدر حاليا بخمسة بالمائة من ثمن العقار⁶ لفائدة

¹ - شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 48.

² - يراجع نص المادة 793 من ق.م.ج والمادة 16 من قانون إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المذكور سابقا.

³ - شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 48-49.

⁴ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 542.

⁵ - الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، ج.ر.ج ج عدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1976.

⁶ - بن موحد وردية، مهنة التوثيق في ظل قانون 27/88 الموافق لـ 12 جويلية 1988، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 57.

الخبزينة العمومية، فاشتراط على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمي، وهذا ما جاء ضمن نص المادة 1/75¹ من قانون التسجيل.

كما يلزمهم تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في أجل لا يتجاوز شهرا وهذا ما نصت عليه المادة 58 من نفس القانون «يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهرا ابتداء من تاريخها».

وفي حالة التأخير يتعرض الموثق لعقوبات جبائية، وذلك دون نزع الصبغة الرسمية على العقد.

التسجيل الخاص بالعقود الواردة على العقار والحقوق العينية له وظيفة وتتمثل فيما يلي:

• تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية²، وذلك ما جاء ضمن نص المادة 28 من القانون رقم 27/88 المتضمن مهنة التوثيق.

• إثبات تاريخ العقود العرفية: وهي التي يقوم تحريرها الأطراف فيما بينهم دون تدخل من جانب الموظف العام أو الضابط العمومي، فلا يكون العقد العرفي حجة على الغير، إلا أن يكون له تاريخ ثابت ويكون ذلك ابتداء إما من يوم تسجيله، أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرر أمام موظف عمومي، أو يكون من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام ومختص³.

3- شهر عقد هبة العقار

يلي إجراء التسجيل إجراء لا يقل أهمية عن الإجراء الأول والمتمثل في شهر عقد الهبة لدى المحافظة العقارية، وفقا لما كرسته المادة 793 من (ق.م.ج)⁴، وكذا المواد 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وملكية العقار الموهوب لا تنتقل بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا من تاريخ الإشهار لدى المحافظة العقارية⁵.

¹ - تنص المادة 1/75 من الأمر رقم 105/76 على ما يلي: «لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بهم مكتبهم».

² - حمدي بكاي، العقد التوثيقي، مجلة الموثق، العدد 7، جويلية 1999، ص 16.

³ - راجع نص المادة 328 من (ق.م.ج)

⁴ - تنص المادة 793 من (ق.م.ج) على ما يلي: «تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار».

⁵ - قرار رقم 684.67 المؤرخ في 1982/01/21، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص 171.

الشهر العقاري في نظاميه الشخصي والعيني هو إعلان الحقوق العقارية¹، وذلك من خلال إثبات التصرفات التي تقع على هذه الحقوق في سجلات علنية يسهل على كل شخص الإطلاع على محتوياتها، وبما جاء فيها من بيانات.

يتولى المحافظ العقاري قبل إشهار عقد الهبة:

- التأكد من وجود الوثائق المطلوبة قانونا ولاسيما العقد الرسمي للهبة.
 - التأكد من أن الواهب مالك للعقار الموهوب وذلك من خلال سند الملكية المشهر بالمحافظة العقارية.
 - تقديم الدفتر العقاري للعقار موضوع الهبة، إذا كان هذا الأخير من بين العقارات المشمولة بعملية المسح العام.
 - تقديم أداة من أدوات التعمير إلزاما إذا كان العقار موضوع الهبة عقارا حضاريا صالحا للبناء.²
- وعند قبول إشهار عقد الهبة يخرج الدفتر العقاري من يد الواهب ويسلم إلى الموهوب له، وهذا في حالة ما إذا تمت الهبة للعقار بأكمله، أما إذا تعلق الأمر بجزء من العقار فيتم إعداد دفتر عقاري جديد للوحدة العقارية الجديدة باسم الموهوب له، مع تعديل الدفتر العقاري للواهب بالمساحة المتبقية.
- يلعب الإشهار العقاري دورا هاما يتمثل في الاحتجاج بالحق محل العقد المشهور في مواجهة الغير ونقل ملكية الحقوق العقارية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 68476 المؤرخ في 1990/10/27³ بأن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية، كما يؤدي أيضا إلى إعلام الغير بالوضعية القانونية الخاصة بالعقار.

خلاصة القول فيما يخص هذه النقطة أن نظام الإشهار العقاري الحالي في الجزائر يعد مزيج بين الإشهار العيني ونظام الإشهار الشخصي في انتظار تعميم عملية المسح العقاري على كافة البلديات.

¹ -Gabriel Marty, Pierre Raynard, philispe Jestaz, droit civil (les sûretés, la publicité foncière), 2^{eme} édition, 1978, P 446.

² - منصور نورة، مرجع سابق، ص 64.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 68476 المؤرخ في 1990/10/27، م.ق، عدد 01، سنة 1992، ص 86.

ب2- شكل عقد الهبة في المنقول¹:

نص المشرع الجزائري في المادة 206 (ق.أ.ج) المذكورة آنفا أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، ومراعاة الإجراءات الخاصة بالمنقولات، ومن خلال ذلك يستفاد أنه لا يشترط في الهبة الواردة على منقول إفراغها في الشكل الرسمي، وإنما يكفي أن تصب الهبة في قالب عرفي مع وجوب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات، فإذا انصبت الهبة على سيارة مثلا فيجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه.²

كما أنه تطبيق القواعد العامة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات على الهبات التي يكون محلها منقول، فإذا كان المنقول معينا بنوعه فلا تنتقل ملكيته إلا عن طريق إفرازه وتسليمه للموهوب له³. كما أنه يفهم من نص المادة 206 (ق.أ.ج) على وجوب توافر ركن الحيابة والإجراءات الخاصة في المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لانعقاد الهبة.

فالأصل في عقد الهبة الواردة على منقول أنه عقد رضائي يعقد بتبادل الإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة، وباستيفاء الإجراءات الإدارية التي تطلبها القانون لنقل بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة.⁴ يترتب على عدم مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات بطلان الهبة بطلانا مطلقا واعتبارها كأنها لم تكن، ولا تلحقه الإجازة، والمشرع الجزائري استثنى الاستغناء عن ركن الحيابة في عقد الهبة الوارد على المنقول، وذلك إذا كان الواهب ولي للموهوب له، أو زوجه أو الموهوب مشاعا، فالتوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة.⁵

¹ - المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله دون تلف وتنقسم إلى نوعين المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المال. راجع نص المادة 683 من (ق.م.ج).

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 18.

³ - وفقا لما جاء في نص المادة 1/166 من (ق.م.ج) التي جاءت كما يلي: «إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني شيء يتعين إلا بنوعه فلا ينتقل بإفراز هذا الشيء».

⁴ - المحكمة العليا قررت بشأن الإجراءات التي تتطلبها عملية نقل المنقولات أنها مجرد إجراءات إدارية. لا تضيف صفة الرضائية على العقد، راجع القرار رقم 83033 المؤرخ في 1986/10/12 غير منشور، أشار إليه حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - راجع نص المادة 208 من (ق.أ.ج).

ب3- الحيابة في عقد الهبة:

لقد جعل المشرع الجزائري من عقد الهبة عقدا عينيا، والمقصود بالعينية وجوب حيابة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو ممن يمثله قانونا كركن من أركان عقد الهبة.

يقصد بالحيابة¹ في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يد على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولا تتم بهذا المعنى بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له.²

في هذا الصدد نجد هناك اختلاف في الصياغة بين القانون المصري والقانون الجزائري، فالأول يتكلم عن القبض أما الثاني يتكلم عن الحيابة، وهما مرادفان، فقبض الهبة كتسليم المبيع فقد يكون تسليما فعليا وقد يكون تسليما حكيميا³، فالتسليم الفعلي يتم بأن يضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له فيتمكن بذلك هذا الأخير من حيابته والانتفاع به دون عائق، أما التسليم الحكمي فيكون دون تسليم مادي⁴، ونصت المادة 207 من (ق.أ.ج) على حالة تعدد من قبيل التسليم الحكمي فقضت إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل التبرع. اعتبرت الحيابة قد تمت حتى وإن كان الشيء الموهوب بيد الغير فوجب إخباره بها ليعتبر حائزا.

بالرجوع إلى مضمون المادة 206 من (ق.أ.ج) نرى أن المشرع الجزائري اعتبر الحيابة ركنا في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو على منقول.

1- الحيابة في هبة العقار:

يشترط لانعقاد الهبة الواردة على عقار توافر الرسمية والحيابة معا، وتتم الحيابة في الهبة إما فعليا أو إما حكيميا فتكون فعلية بوضع العقار تحت تصرف الموهوب له. فيتمكن من حيابته والانتفاع به والتسليم الفعلي

¹ - الحيابة هي السيطرة الفعلية على الشيء يجوز التعامل فيه مع انصراف النية إلى استعمال حق عليه. راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار إحياء التراث العربي بيروت، 1965، ص 748.

² - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 51.

³ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 541.

⁴ - عملا بالمادتين 811 و812 من (ق.م.ج).

ينطوي على عنصرين هما: وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الواهب، وإعلام الواهب الموهوب له بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه.¹

أما الحيابة الحكيمة أن يكون العقار موجودا في حيابة الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة. إما على أساس الإيجار أو العارية أو غيرها فهنا يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على بقاء العقار الموهوب له في حيابته بصفته مالكا له عن طريق الهبة، وليس بصفته مستأجرا أو مستعيرا. أما إذا كان العقار بيد الغير وجب إخبار الموهوب له بالهبة ليعتبر حائزا.²

نستنتج من ذلك أنه لابد من اجتماع الرسمية والحيابة معا لتتمام عقد الهبة. وبانتهاء الحيابة يترتب عليه البطلان.

إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجوزا عليه فإن الحيابة تنفذ بواسطة ممثله القانوني، فتوضع اليد على العقار الموهوب بواسطة وكيل عنه، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من (ق.أ.ج.)³

يجب أن تتم الحيابة قبل توثيق الهبة، وعلى الموثق أن يتأكد من حيابة الموهوب له للشيء الموهوب و أن يبين ذلك في العقد ، و في حالة وجود نزاع حول عدم حيابة الشيء الموهوب ، فيجوز إثباتها بكافة الطرق الإثبات، و لا يكفي الاكتفاء بالعبارات الواردة في العقد على أساس أن الشيء الموهوب قد تم حيابته، فعلى القاضي القيام بفتح تحقيق بدعوة الخصوم للتأكد من واقعة الحيابة ، و هذا ما أكد عليه أحد قرارات المحكمة العليا تحت رقم 40457 الصادر بتاريخ 1989 4 .

إذا كان الأصل في انعقاد الهبة وجوب اجتماع الرسمية و الحيابة معا، فإن السؤال يطرح حول مدى كفاية الرسمية عن الحيابة المادية للشيء الموهوب ؟

تنص المادة 208 من قانون الأسرة على ما يلي : " إذا كان الواهب ولي الموهوب له ، أو زوجا أو كان الموهوب مشاعا ، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة " .

يستنتج من نص المادة أعلاه أن التوثيق و الإجراءات الإدارية تقوم مقام الحيابة في ثلاث حالات وهي الاستثناءات الواردة على شرط الحيابة :

¹ - شخ نسيمه، مرجع سابق، ص 53.

² - تنص المادة 207 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا "

- راجع أيضا كمال حمدي، مرجع سابق، ص 154.

³ - تنص المادة 210 من (ق.أ.ج) على ما يلي: «يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجوزا عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانونا».

⁴ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/04/21 ، تحت رقم 40457 ، م ق ، عدد 02، سنة 1989 ، ص 72

-الهبة الواقعة بين الولي و ممن ينوب عنه:

إذا كان الواهب ولي الموهوب له وقت إبرام عقد الهبة ، فإن إجراءات التوثيق المتطلبية في العقار والحقوق العينية العقارية ، والإجراءات الإدارية المتطلبية في المنقول تغني عن الحيابة ، ولا مجال للحديث عن توافر ركن الحيابة أمام هذه الحالة ، ولا مجال للمطالبة ببطانها لانعدام هذا الركن .

غير أنه إذا كان الموهوب له بالغاً سن الرشد القانونية وقت إبرام العقد ، أو كان ولاية الولي منتهية وفقاً للحالات المنصوص عليها في المادة 91 من قانون الأسرة ، فإن أحكام المادة 206 من نفس القانون هي التي تسري في مواجهة الهبة ، و يشترط فيها توافر الحيابة الفعلية أو الحكمية في الموهوب له و يسقط بذلك الاستثناء الوارد في نص المادة 208 من نفس القانون .

- الهبة الواقعة بين الزوجين :

تعتبر هبة الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها، استثناء آخر لأحكام نص المادة 206 من (ق أ ج) وحتى تكون الهبة الواقعة ما بين الزوجين مستثناة من ركن الحيابة ، و يجب أن تقع حال قيام العلاقة الزوجية، و تطبيقاً لنص المادة 22 من (ق.أ.ج) يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، أو بحكم قضائي، وبذلك تستبعد أحكام نص المادة 208 من نفس القانون في الهبة بعد انتهاء العلاقة الزوجية، أو الهبة الموجهة من خطيب لخطيبته .

من التطبيقات القضائية المعمول بها في هذا الشأن نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 58700 والذي جاء فيه : " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحيابة، وهبة الزوجين لبعضهما البعض يعمل بها ولو لم تتم الحيابة حتى حصول المانع، ومات الواهب ، فالهبة صحيحة إذا اشهد عليها .

من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لانعدام الأساس القانوني غير مؤسس يستوجب رفضه " ¹.

- الهبة الواقعة على عقار مشاع :

الشيوع صورة من صور الملكية ، يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة أشخاص دون تعيين نصيب كل منهم مادياً ، يقع حق كل الشريك على الشيوع على حصة شائعة في المال المعين بالذات، ويقسم حصصاً دون تقسيم المال ذاته ² ، وللمالك في الشيوع حق الاستعمال، والاستغلال، والتصرف وهذا ما أقرت به المادتين و 713 و 714 من القانون المدني .

¹- قرار المحكمة العليا رقم 58700 بتاريخ 19/12/1990، م ق، عدد 07 ، سنة 1991 ، ص 113
² - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت ، لبنان ، سنة 2011 ، ص 792 .

يلاحظ على قانون الأسرة أنه لم ينص صراحة بجواز هبة المال المشاع ، و إنما تطرق إلى ذلك من خلال نص المادة 208 من (ق أ ج)، وعليه يستنتج ضمناً جواز هبة المال المشاع ، وعليه فإذا وهب المالك في الشيوخ حصته الشائعة كلياً أو بعض منها، انتقل ما وهبه شائعاً إلى الموهوب له، فمن يهب مثلاً ثلث الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثلث في الشيوخ إلى الموهوب له، يصبح هذا الأخير خلفاً خاصاً للواهب يحل محله في الثلث الشائع، فيصير مالك لثلث الدار في الشيوخ مع المالك الشائعين ومضى تم هبة مال مشاع أصبحت الحيازة غير مستوجبة ولا يترتب عن عدم توافرها بطلان عقد الهبة إعمالاً لنص المادة 208 من (ق أ ج).

2- الحيازة في المنقول:

وجوب توافر ركن الحيازة والإجراءات الخاصة في المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لانعقاد الهبة، إلا أنه هناك المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع بمثل هذه الإجراءات الخاصة، وإنما الهبة الواردة عليها تتم بالحيازة فقط عن طريق التسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب إلى الموهوب له وتسمى "بالهبة اليدوية". فيصح أن تكون محلاً للهبة اليدوية المنقولات المادية كالنقود والمجوهرات وغيرها وبمجرد القبض تتم الهبة، كما تصح أن ترد على المنقولات العينية كالسندات سواء كانت لحاملها أو بالتظهير مع تسلّم السند، فينتقل السند إلى اسمه طبقاً للإجراءات المقررة لذلك.¹

تتم الحيازة في هبة المنقول مثلما هو عليه في هبة العقار، وبهذا لا تغني عن الإجراءات الخاصة الواجبة لنقل ملكية بعض المنقولات، فانتفاء ركن الحيازة في مثل هذه المنقولات يترتب عنه بطلان الهبة واعتبارها كأنها لم تكن.

ثانياً: شروط صحة التراضي في عقد الهبة

يعد التراضي الركن الأساسي لقيام عقد الهبة، إلا أنه لكي يترتب عقد الهبة آثاره يجب أن يصدر من ذي أهلية، وأن يكون خال من العيوب التي قد تقسده والتي نص عليها المشرع الجزائري ، فبذلك

1- كمال حمدي، مرجع سابق، ص 155.

2- الأهلية لغة تعني الصلاحية، أما اصطلاحاً هي مباشرة حقوق الشخص دون وسيط، فهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة كافة التصرفات القانونية. أنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، ج2، دار الهدى ط2، الجزائر، 1993، ص157.

3- أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق ونقع عليه التزامات، ويسمى بعض الفقهاء الشخصية القانونية، وتثبت هذه الأهلية لكل شخص طبيعي أو اعتباري، كما تثبت للجنين بشرط ولادته حياً، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص في استعمال حقوقه وهي لا تثبت لكل شخص مهما بلغ من العمر، إنما ترتبط بقدرة الشخص على التمييز. راجع: داودي سلامي، شرح القانون المدني، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، (د ب ن)، (د س ن)، ص 67.

شروط الصحة في الهبة هي ذاتها شروط صحة العقود وهي الأهلية وخلو الإدارة من العيوب التي تشوب الرضا.

أ- الأهلية في عقد الهبة.

الأهلية² هي صلاحية الشخص ل يتمتع بحقوق وتحمل التزامات ومباشرة الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق، وتنقسم الأهلية إلى أهلية أداء وأهلية وجوب³.

بالرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني نجد أن المادة 40 منه تنص على «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».

كما نجد المادة 78 من القانون المدني تنص على: «كل شخص أهل التعاقد ما لم تسلب أهليته أو فاقدها بحكم القانون».

شدد المشرع الجزائري في أهلية الواهب، فتطلب أهلية التبرع لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً، ويخفف من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه أهلية التصرف وإنما يكفي توفر التمييز أو أهلية التعاقد لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

أ-1- أهلية الواهب:

نصت المادة 203 من (ق.أ.ج) على أنه: «يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشر (19) سنة، وغير محجور عليه» فمن خلال ذلك يتبين أن المشرع حدد السن القانونية للواهب بـ 19 سنة كاملة وهي أهلية الأداء، والتي يمكن من خلالها للواهب أن يتحمل مسؤولية عن كل تصرف يصدر عنه ومن بينها التبرع، حينئذ يكون تصرفه قانوني ومنتجاً لآثاره¹. ففي هذه الحالة يخرج فاقد التمييز وهو ما نصت عليه المادة 42 من (ق.م.ج)²، وفاقد التمييز هو من لم يبلغ الثالثة عشر سنة، والذي ليس بإمكانه مباشرة أي تصرف إلا عن طريق ولي أو وصي مؤهلاً قانوناً³.

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 536.

² - تنص المادة 42 من (ق.م.ج) على ما يلي: «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون».

³ - تنص المادة 44 من (ق.م.ج) على ما يلي: «يخضع فاقد الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال والأحكام الولائية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون».

فتصرفات فاقد الأهلية باطلة بطلانا مطلقا وهذا ما أكدته المادة 82 من (ق.أ.ج) التي جاءت كما يلي: «من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة».

ترتبيا لذلك فإن الهبة الصادرة عن عديم الأهلية تكون باطلة بطلانا مطلقا كونها صدرت ممن ليس أهلا لأن يهب.

أما بالنسبة لناقض الأهلية حسب نص المادة 43 من (ق.م.ج) التي جاءت كما يلي: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية، وفقا لما يقرره القانون» فإن تصرفاته تكون بين النفع والضرر، وهذا ما أكدته المادة 83 من (ق.أ.ج) التي جاءت مضمونها بأن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد تكون جميع تصرفاته نافذة إذا كانت هذه الأخيرة نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وإذا كانت مترددة بين النفع والضرر، فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء للفصل فيه.¹

والهبة الصادرة عن الولي أو الوصي أو القيم الذي ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصا باطلة بطلانا مطلقا لأنها تصنف ضمن التصرفات الضارة ضررا بالواهب، فلا يملك أحد منهم أن يهب مال الشخص الذي تحت ولايته ولو بإذن القاضي.²

أما فيما يخص الهبة الصادرة عن المريض مرض الموت³، فإذا كان الواهب مريض مرض الموت ووهب غيره هبة، فإن هذه الأخيرة اعتبرت وصية وتسري عليها أحكامها وهذا ما نصت عليه المادة 204 من (ق.أ.ج) حيث جاءت كما يلي: «الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية».

¹ - راجع نص المادة 83 من (ق.أ.ج).

² - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 535.

³ - مرض الموت هو المرض الذي يكثر فيه الخوف من الهلاك والذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه، ويخشى فيه المريض من الموت، ويكون متصلا به الموت فعلا سواء وقع بسببه أو بسبب آخر خارجي عنه كالقتل، أو الغرق أو نحوهما. راجع: نبيل صقر، المريض مريض الموت (لوصية البيع، الكفالة، الهبة، الوقف والطلاق، الخلع، الإقرار)، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 8.

راجع أيضا: حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وآثاره على عقد البيع، دار الفقه الجامعي، مصر 2007، ص 100.101.

والهبة التي تأخذ حكم الوصية هي الهبة التي انعقدت تامة في مرض الموت ويتحقق فيها جل شروطها، وتنص المادة 766 من (ق.م.ج) على ما يلي: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى على هذا التصرف».

فيتربت عن ذلك أن الهبة في مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية، إذا كانت الهبة لغير وارث تنفذ في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة الواهب، فإذا أجازها البعض ورفضها البعض الآخر، فلا تصح إلا في حق من أجازها وعلى الموهوب له رد القدر الذي رفض من التركة.¹

أما إذا كانت الهبة لوارث فهي لا تصح إطلاقا إلا بإجازة الورثة أيًا كان مقدارها، وذلك بعد وفاة الواهب وفي حدود الثلث، وذلك طبقا لنص المادة 189 من (ق.أ.ج).²

قد استقر القضاء على هذا الموقف وذلك عندما اعتبر الهبة الصادرة عن الواهب في مرض الموت أو الحالات المخيفة وصية. مع تحميل ورثة الواهب على إثبات مرض موت مورثهم لتطبيق أحكام التبرع، فيكون للورثة أو كل من لهم مصلحة في ذلك أن يثبتوا ذلك بجميع الطرق الإثبات خاصة ما تعلق منها بالتقارير والشهادات الطبية، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 21 99 01 المؤرخ في 16/03/1999 والذي جاء فيه: «...حيث أن الطاعن قد أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه أو من التقرير الطبي...».³

في حال إثبات الورثة أن الهبة صدرت عن مورثهم في مرض الموت اعتبرت وصية، مال لم يثبت من صدرت له الهبة (الموهوب له) خلاف ذلك، وهذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 766 من (ق.م.ج).⁴

¹ - يسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، السنة 2015، ص 415.

² - تنص المادة 189 من (ق.أ.ج) على ما يلي: « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

³ - قرار المحكمة العليا مؤرخ في 16/03/1999 تحت رقم 219901، غ أش، عدد خاص، 2001، ص 287.

⁴ - تنص المادة 766 من (ق.م.ج) على ما يلي: «...إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

أ-2- أهلية الموهوب له:

خفف المشرع الجزائري من أهلية الموهوب له فلم يشترط أن يكون أهلا للتبرع إذا تكفي فيه أهلية التمييز لقبول الهبة كونه يقوم بعمل نافع نفعا محضا وهذا ما نستنتجه ضمنا من المادة 210 من (ق.أ.ج).

لقد أجاز الهبة للجنين بشرط ولادته حيا، وهذا ما نصت عليه المادة 209 من (ق.أ.ج): «تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا» أي أن الهبة تبقى موقوفة على ميلاد الجنين، ولا تكون لها أي أثر إذا ولد ميتا، فيبقى بذلك المال الموهوب على ملك الواهب وفي حالة ولادته حيا ثم مات بعد ذلك كان المال الموهوب له لورثته. فالمشرع الجزائري سار على المذهب المالكي الذي أجاز الهبة للحمل المستكن أي الجنين في بطن أمه مع شرط ولادته حيا.¹

يتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي، الذي يكون الأب إذا كانت الهبة صادرة من أجنبي، وتكون الأم إذا صدرت من الأب.²

بالرجوع إلى نص المادة 206 (ق.أ.ج) التي وصفت الهبة أنها عقد ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالحيازة، نعرف أن ذلك لا يمكن أن يتحقق مع جنين أو فاقد التمييز. فبذلك يمكن القول أن المادة 209 من (ق.أ.ج) جاءت استثناء للمادة 206 من (ق.أ.ج).³

بخصوص الموهوب له عديم الأهلية (الصبي غير المميز، المجنون، المعتوه)، لا يكون أهلا لقبول الهبة بنفسه وإنما عن طريق ممثله القانوني الذي ينوب عنه وليا أو وصيا أو قيما عليه. وإذا كانت الهبة تتم بالحيازة فإنه يحوزها نيابة عنه دون الحاجة إلى إذن المحكمة⁴، أما إذا كان ناقص الأهلية (الصبي المميز، السفية، ذا غفلة) جاز له أن يقبل الهبة بنفسه دون اشتراط إذن وليه أو وصيه أو القيم عليه أو إذن المحكمة ما دامت الهبة نافعة نفعا محضا، أما إذا كانت مشروطة بتصرفات أو محملة بالتزامات معينة على الموهوب له، فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتكون بذلك موقوفة على إجازة الولي أو الوصي وهذا ما أشارت إليه نص المادة 83 من (ق.أ.ج) التي تنص على ما يلي: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 27.

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 27.

³ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 534.

⁴ - راجع نص المادة 210 من (ق.أ.ج) المذكورة آنفا.

نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء».

ب- سلامة الرضا من عيوب الإرادة.

لقيام الهبة صحيحة ومنتجة لآثارها يجب أن يكون التراضي سليما وخاليا من عيوب الإرادة التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد من 81 إلى 87 وهي الغلط، والتدليس، والإكراه والاستغلال. هذه العيوب تمس إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد التراضي فيصبح العقد قابلا لإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب.¹ و الملاحظ أنه قد جرى العمل على تسمية عيوب الإرادة ب"عيوب الرضا". وفي الواقع هذه التسمية غير دقيقة فقد يفهم من عبارة عيوب الرضا أنه يشترط أن يشوب العيب الإرادتين معا، إلا أن الواقع خلاف ذلك إذ يكفي أن يشوب إرادة أحد العاقدين حتى يحق له أن يطلب بإبطال العقد، كما من شأنها أن توقع في اللبس والإبهام كما يرى بعض الفقهاء بأنها عيوب تلحق الإرادة التعاقدية فحسب، إلا أن الواقع يمكن أن تلحق التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوصية مثلا، وبالتالي يستحسن إطلاق عليها عبارة عيوب الإرادة التي تشير إلى أنها عيوب تعترى التصرف الإرادي دون النظر عن مصدره عقدا كان أو إرادة منفردة. إلا أن المشرع الجزائري قد قصر هذه العيوب على التصرفات التعاقدية فقط وذلك حين أوردها في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان "العقد".

ب-1- الغلط:

هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، بمعنى تصور غير الحقيقة²، فهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وذلك إما يكون واقعة غير صحيحة. يتوهم صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها³، فيتوهم أمر على غير حقيقته على أساسه تنصرف إرادته إلى إبرام العقد.⁴

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 59.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 165.

³ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 108.

⁴ - بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.س.ن)، ص 100.

ويشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب ويؤدي إلى إبطال الهبة، أن يكون جوهرياً¹ وهو الغلط الذي بلغ حداً من الجسام، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه هذا الأخير وهو ما نصت عليه المادة 1/82 من (ق.م.ج) كأن يقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء، وفي ذات المتعاقد، أو في صفة جوهرية فيه وهذا ما قضت به المادة 2/82-3 من نفس القانون². ويقع الواهب في غلط جوهرية إما في الشيء الموهوب أن يهب مثلاً شخص لآخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء، ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية، وإما في الشخص الموهوب له كأن يهب شخص لآخر وهو أحمد معتقداً أنه محمد. إلا أنه قد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط، كما إن وهب له وهو يعتقد أن هناك صلة قرابة بينهما ثم تبين لا قرابة بينهما³، ومثال الغلط في الموهوب لآخر الباعث أن يهب شخص لآخر مالا وهو مريض معتقداً أنه مرض الموت فيتعافى من مرضه فله أن يبطل الهبة لغلط في الباعث.

إلى جانب ذلك أن يكون الغلط الجوهرية هو الدافع للتعاقد، وأن يكون جسيماً، بحيث لو علم الواهب بحقيقة الأمر لما أقدم على التعاقد، والغلط يجعل الهبة قابلة لمصلحة الواهب وفقاً للقواعد المقررة في نظرية العقد⁴.

ب-2- التذليس⁵:

يعرف التذليس أنه قيام المتعاقد باستعمال الحيلة والخداع من أجل إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، ولو لا الحيلة والغش الذي مورس على المتعاقد لما أقدم هذا الأخير على التعاقد⁶.

يشترط في التذليس الذي يفسد إرادة الواهب وبالتالي إبطال الهبة أن يستعمل الموهوب له طرقاً احتيالية من شأنها أن يخدع الواهب وبذلك يدفعه إلى التبرع بماله، فقضت المادة 1/86 من (ق.م.ج)

¹ - الغلط غير جوهرية وهو ذلك الغلط الذي يقع فيه المتعاقد، إلا أنه لا يؤدي إلى البطلان وإنما يبقى صحيحاً، ويشمل الحالات التي يكون فيها هذا الأخير واقعا على صفة غير أساسية في الشيء محل العقد، أو إذا وقع في غلط في ذات المتعاقد، أو في صفة جوهرية فيها إن لم تكن محل اعتبار أساسي في التعاقد، والغلط في قيمة المحل أو في الباعث. راجع: عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، (مصدر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 77.

- محمد السعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2000، ص 19.

² - راجع نص المادة 82 من (ق.م.ج).

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 57.

⁴ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 29.

⁵ - نظم المشرع الجزائري أحكامه في المادتين 86 و 87 من (ق.م.ج).

⁶ - محمد سعيد الصبري، مرجع سابق، ص 40.

بعنصر الحيلة كما يلي: «يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنهم من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد»¹، وأن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد كأن يكتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو عملها هذا الأخير لما اندفع إلى التعاقد. فيجب أن تكون الحيل المستعملة ذات تأثير في إرادة المتعاقد، بحيث أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد لولا تلك الحيل التي أوصلته إلى أن يندفع، وتقدير ما إذا كانت الحيل دافعة إلى التعاقد أو لم تكن كذلك مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، ومعيار التقدير ذاتي لا مادي أي أن القاضي لا ينظر إلى الحيل من حيث هي، إنما ينظر إلى تأثيرها في المتعاقد ذاته. وعبئ إثبات أن التدليس هو الدافع إلى التعاقد فيقع على عاتق من يدعيه وهذا طبقاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من ادعى.

في حالة صدور التدليس من غير المتعاقدين فليس للطرف الذي وقع في التدليس أن يطلب بإبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان عالماً به، أو من المفروض أن يكون كذلك.²

ب-3- الإكراه:³

الإكراه نوعان إكراه مادي وإكراه معنوي.

فالإكراه المادي هو الذي يذهب الإرادة فالاختيار معوم، ويكون كذلك إذا أمسك الشخص بيد شخص آخر والتوقيع على محرر.⁴

أما الإكراه المعنوي فهو استعمال الوسائل المعنوية كالتهديد وإيذاء الشعور، فيتولد لدى المتعاقد خوف أو رهبة إلى التعاقد.⁵

فالإكراه الذي يعيب الإرادة ويفسد رضا الواهب ويجعل الهبة قابلة للإبطال، هو الذي يقع فيه الواهب تحت تأثيره بسبب ما سلط عليه من وسائل الإكراه المادي أو المعنوي، فيبرم العقد رغم إرادته، سواء كان هذا الإكراه من الموهوب له أو من الغير.¹

¹ - القانون المدني الجزائري، أطلق على الطرق الاحتمالية مصطلح "الحيل" في النص العربي للمادة 1/86 منه، بينما نجده استعمال مصطلح «manœuvres» في النص الفرنسي. راجع: محمد السعيد جعفر، مرجع سابق، ص 47.

² - راجع نص المادة 87 من (ق.م.ج).

³ - يعرف الإكراه بأنه الضغط غير المشروع الواقع على إرادة الشخص، تولد في نفسه رهبة تحمله خشية الأذى، فيكون مدرك ما هو مقدم عليه لكنه مجبر على ذلك، فهو يفقد العاقد القدرة أو الحرية على الاختيار. راجع: محمد ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2002، ص 387.

⁴ - محمد السعيد جعفر، مرجع سابق، ص 69.

⁵ - محمد السعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 70.

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس الواهب المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن الموهوب له كان يعلم أو من المفروض حتما أن يكون عالما بذلك الإكراه.²

الإكراه في عقد الهبة تقع كثيرا عن طريق النفوذ الأدبي فيقع غالبا من الزوج على زوجته أو من الأب على ابنه أو من الرئيس على مرؤوسه.

ب-4- الاستغلال:³

يعتبر الاستغلال من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة، لأنه كثيرا ما يشغل الموهوب له طيشا أو هوى جامحا في جانب الواهب فيعيب إرادته، ومثاله أن يهب الزوج لزوجته ماله جراء استغلال هذه الأخيرة دلالتها على زوجها بغية التودد إليها نظرا للهوى الجامح الذي جعله يضعف إرادته وعجزها عن تحكيم العقل.⁴ فيجب أن يكون الاستغلال هو الذي حمل الطرف الآخر على التصرف، أي أنه ما كان ليقدم على التصرف لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامح، وفي هذا يشترك الاستغلال مع عيوب الإرادة الأخرى فكما أن الغلط والتدليس والإكراه لا تجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كانت هي الدافع إلى التصرف، فكذلك الاستغلال لا يؤثر في صحة التصرف إلا إذا كان هو الذي حمل المتصرف الإقدام عليه، وهذا ما يتجلى بوضوح من المادة 90 (ق.م.ج).

رتب القانون الواهب دعويين دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص، فإذا إختار الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلا لولا هذا الاستغلال. ما إذا رفع دعوى الإنقاص إذا كان الاستغلال لا يؤثر على إرادة الواهب بشكل كبير، يجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة، فيتولى بذلك إبطال الهبة كلها⁵، ويجب أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من سنة من تاريخ إبرام العقد وذلك طبقا لنص المادة 90 ق.م.ج.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 137.

² - راجع نص المادة 89 من (ق.م.ج).

³ - الاستغلال هو أن ينتهز الشخص طيشا بينا، أو هوى جامحا في المشتري فيؤدي به إلى إبرام العقد، إذ ما كان الشخص الآخر ليقدم على إبرامه لو لا هذا الاستغلال. راجع: محمد السعيد جعفر، مرجع سابق، ص 90.

⁴ - شيخ نسيمّة، مرجع سابق، ص 61.

⁵ - راجع نص المادة 90 من (ق.م.ج).

الفرع الثاني

محل عقد الهبة

كأصل عام عقد الهبة ملزم لجانب واحد وعلى هذا الأساس يكون محل الالتزام هنا هو الشيء الموهوب، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 2/202 من (ق.أ.ج) التي جاءت كما يلي: «...ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط»، فإنه تقتزن الهبة بمقابل أو بشرط أو التزامات تفرض على الموهوب له، فتكون الهبة عقدا ملزما للجانبين، وبالتالي يكون للهبة محل مزدوج يتمثل في الشيء الموهوب من ناحية، وال عوض من ناحية أخرى، لذلك سنتعرض لكلا الحالتين من خلال ما يلي:

أولاً: الشيء الموهوب

طبقاً لما ورد بنص المادة 205 من (ق.أ.ج)¹، فإن الواهب يجوز له أن يهب كل ممتلكاته، إما أن تكون منقولة أو عقارية، فمحل التزام الواهب في هبة العقار هو العقار ذاته سواء كان مبنياً أو فلاحياً. كما يصح أن يكون حقا عينيا كحق الانتفاع أو حق الارتفاق مع احتفاظ الواهب بحق الرقبة، غير أنه في حالة ما إذا كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع أي أن الواهب يحتفظ بملكية الرقبة فهي صحيحة قانوناً، أما الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانوناً لأنها تتعارض مع أحكام الحيازة، فالهبة التي لا تتبعها عملية الحيازة تكون باطلة، لأنه من أركان الهبة الحيازة² ويشترط في الشيء الموهوب الشروط العامة للمحل في سائل العقود فيجب أن يكون موجوداً، ومعينا أو قابلاً للتعين، وصالحاً للتعامل فيه، وغير مخالف للنظام العام والآداب، وأن يكون ملكاً للواهب، وسنعرض هذه الشروط بشيء من التفصيل فيما يلي:

أ- وجود المحل وقت الهبة أو قابليته للوجود.

يقصد بوجود المحل أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد أو ممكن للوجود بعد ذلك، فإذا لم يكن موجوداً، أو غير قابلاً للوجود في المستقبل يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيعتبر عقد الهبة غير

¹ - تنص المادة 205 على ما يلي: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عيناً، أو منفعة أو ديناً لدى الغير».

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 20.

موجودا إذا وجد الشيء الموهوب ثم هلك قبل العقد، فيصبح بذلك غير موجود فلا تتعد الهبة لانعدام المحل.¹

يجوز أن يكون المحل قابلا للوجود أو شيئا مستقبلا، فالمشرع الجزائري اعتبر هبة الأموال المستقبلية جائزة، لأنه لم يأت بنص قانوني يبطلها لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة². وبالرجوع إلى القاعدة العامة الواردة في المادة 1/92 من (ق.م.ج)³ التي تجيز التعامل في المال المستقبلي، إلا أن المشرع المصري أوجد نصا خاصا عالج به هبة الأموال المستقبل وذلك من خلال المادة 492 من القانون المدني المصري والتي جاء مضمونها أن هبة الأموال المستقبلية باطلة، ويعتبر ذلك استثناء للقاعدة العامة التي تحددها المادة 131 من (ق.م.م) التي جاءت بأن محل الالتزام شيئا مستقبلي⁴.

بما أنه لا يوجد نص حول هبة الأموال المستقبلية سوف نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من (ق.أ.ج): «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية». فالشيء الموهوب يجب أن يكون موجودا وقت إبرام العقد وهذا شرط أصلي في جميع عقود التملك في الحال وفق لأحكام الشريعة الإسلامية كالهبة والبيع، وذلك صونا للعقد من الإلغاء عن فوات المحل.⁵

ب- تعيين المحل وقابليته للتعيين.

بحيث لا يكفي وجود الشيء الموهوب، بل يجب أن يكون معين وقت الهبة، أو قابلا للتعيين، فيجب أن يكون معيننا تعيينا كافيا ونافيا للجهالة، فلا تصح هبة المجهول لأن الهبة من العقود الناقلة للملكية فيجب أن يكون معيننا بذاته. فإن لم يكن كذلك، وجب أن يكون معيننا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا وهذا ما نصت عليه المادة 1/94 من (ق.م.ج)⁶.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي لبنان، ص ص 190، 191.

² - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 532.

³ - تنص المادة 1/92 على ما يلي: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا».

⁴ - تنص المادة 492 من (ق.م.م) على ما يلي "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة".

⁵ - محمد تقي، مرجع سابق، ص 146.

⁶ - تنص المادة 1/94 من (ق.م.ج) على ما يلي: «إذا لم يكن محل الالتزام معيننا بذاته، وجب أن يكون معيننا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا».

تتوقف طريقة التعيين وفقا للقواعد العامة على طبيعة الشيء الموهوب، فيعين الشيء الموهوب إذا كان من الأشياء القيمة أي الأشياء المعينة بالذات بوصفه وصفا يميزه عن غيره، وتحديدته تحديدا نافيا للجهالة الفاحشة، فالأرض مثلا تعين ذكر مساحتها واسم المكان الذي تقع فيه، أما بالنسبة للأشياء المثلية أي التي تعين لا بذاتها، فلا يتم تعيينها إلا بالعدد أو الوزن أو الكيل أو ببيان جنسه ومقداره.

في هذا الصدد تثار مسألة هبة الملك الشائع، فإذا كان الشيء الموهوب مملوكا ملكية شائعة¹، وذلك في حالة امتلاك عدد من الملاك عقارا واحد وكل منهم يمتلك حصة فيه، فهل تجوز هبة المال المشاع؟.

لم يورد المشرع الجزائري حكما بشأن هبة المشاع وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هبة المشاع لا تصح عند الحنفية، أما جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) فهي جائزة عندهم كبيع المشاع²، فبالتالي تصح سواء أمكن قسمة المشاع أو لا يمكن ذلك لأن عدم قسمته لا يمنع من بيعه فبالتالي لا يمنع من هبته.

وعليه فإذا وهب الواهب حصته على الشيوع انتقلت الملكية على الشيوع للموهوب له أيضا، حيث يصبح هذا الأخير خلفا خاصا للواهب ويحل محله في الجزء الشائع، إذا ما وهب الواهب الجزء المفرز من المال الشائع قبل قسمته فيكون الواهب قد وهب ما يملك أو مالا يملكه، فقد وهب الحصة التي يملكها من المال المفرز وباقي الشركاء في هذا الجزء الشائع. فإذا كان الموهوب له يعلم أن الواهب لا يملك الجزء المفرز، وإنما يملك فيه حصته على الشيوع. فيفترض فيه قبوله للهبة سواء في الجزء المفرز أو ما يحل محله من نصيب الواهب عند القسمة، وإذا لم يكن الجزء المفرز من نصيب الواهب يحل محله الجزء المحصل عليه من القسمة.

أما إذا كان الموهوب له يجهل أن الواهب لا يملك في الجزء المفرز إلا حصته على الشيوع، فقد وقع في غلط جوهري فتكون بذلك الهبة قابلة للإبطال، وتظهر مصلحته في إبطال الهبة، إذا كانت الهبة مقترنة بشروط والتزامات وليس له طلب الإبطال بعد القسمة إذا وقع الجزء المفرز في نصيب الواهب.³

¹ الملكية الشائعة هي تعدد المالكين في الشيء الواحد بدون أن يحدد حصص كل واحد منهم، فيقال للملك أنه شائع، ويقال لكل منهم مالك على لشيوع.

² محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 255.

³ راجع نص المادة 2/714 من (ق.م.ج).

ج- قابلية المحل للتعامل فيه.

فيجب أن يكون المحل مشروعاً غير مخالف للنظام العام والأدب العامة، وإذا كان كذلك وقع العقد باطلاً وفقاً للمادة 93 من (ق.م.ج.)¹.

بالرجوع إلى القواعد العامة فإن سبب عدم جواز التعامل في الأشياء يعود إلى طبيعتها أو بحكم القانون.²

1- عدم جواز التعامل في الأشياء بسبب طبيعتها:

فلا تكن محلاً للهبة كل الأشياء التي تكون بحكم طبيعتها المادية كالهواء، والبحر وأشعة الشمس، فلا يمكن لأحد الاستئثار بحيازتها.

كما لا يكون محلاً للهبة الشيء المتصل بشخص صاحبه، كحق الاستعمال وحق السكن مثلاً، ويمتنع أيضاً التعامل في الأشياء للغرض الذي خصص لها، كالأموال العامة فهي لا يجوز التعامل فيها أو تملكها.³

2- عدم جواز التعامل في الأشياء بحكم القانون:

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا ورد بشأنه نص خاص يمنع التعامل فيه كالأحوال الموقوفة والتركات المستقبلية⁴، والحقوق المتنازع فيها، وكل الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام والآداب العامة⁵ وكل التصرفات باطلة في حالة صدرت مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

د- ملكية الواهب للمحل.

يجب أن يكون الشيء الموهوب ملكاً للواهب وقت انعقاد الهبة، وفي حالة ملكية للشيء الموهوب نكون أمام هبة ملك الغير، ولم يورد المشرع الجزائري حكم هبة ملك الغير.

إلا أنه تطبيقاً للقواعد العامة نفرق بين ما يلي:

¹- تنص المادة 96 من ق.م.ج على ما يلي: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلاً بطلاناً مطلقاً»

²- سي يوسف زاوية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 77.

³- فايز أحمد عبد الرحمن، عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 2003، 108.

⁴- تنص المادة 2/92 من (ق.م.ج) على ما يلي: «.... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون.»

⁵- تعتبر فكرة النظام العام والآداب العامة من المبادئ القانونية السائدة في دولة معينة، تهدف لتحقيق مصلحة الجماعة. راجع: دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 40.

1- جزاء هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

هبة ملك الغير قابلة لإبطال من قبل الموهوب له وحده، دون الواهب ويكون له مصلحة في طلب الإبطال للتخلص من الالتزام المقابل في حالة ما إذا كانت الهبة مقترنة بشرط، كما يحق له المطالبة بتعويض عادل في حالة ما إذا تعمد الواهب إخفاء أن العقار الموهوب هو ملك للغير.

أ- جزاء هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي:

يكون عقد الهبة موقوفاً نفاذه على إجازة المالك الحقيقي إن كان أهلاً للتبرع، فإن أقر المالك الهبة وأجازها نفذت الهبة بالنسبة له وللمتعاقدين، وبذلك تنتقل ملكية العقار إلى الموهوب له وتصبح الهبة صحيحة. أما إذا لم يقر المالك بالهبة ولم يجزها كان العقد باطلاً¹، فيرجع هذا الأخير على الموهوب له بدعوى الاستحقاق ويرجع الموهوب له على الواهب بدعوى التعويض إذا كانت الهبة مقترنة بالتزامات على عاتق الموهوب له.

2- العوض

نصت المادة 2/202 (ق.أ.ج) على أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام ويتوقف تمامها على أنجاز الشرط، فمن خلال ذلك نجد أن الهبة قد تقترن بمقابل يفرض على الموهوب له وقد يكون لهذا المقابل شروطاً والتزامات فتكون بذلك الهبة ملزمة للجانبين. تكون على عاتق الموهوب له التزامات اتجاه الواهب، وقد يكون المقابل التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء.

أ- الشروط الواجب توافرها في عقد الهبة بعوض.

أياً كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل في عقد الهبة فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام ويمكن إيجازها فيما يلي:

- أن يكون هذا المال موجوداً إذا كان متعلقاً بشيء معين بالذات أو ممكناً، إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.²
- يجب أن يكون معين لو قبل التعيين.
- أن يكون صالحاً للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 531.

² - محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 529.

- يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب لتحتفظ الهبة بصفاتها التبرعية، لأنه إذا كانت قيمة المقابل معادلاً للشيء الموهوب أو مقاربا له فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعا وأصبحت عقد معارضة لا تبرعا.¹
- إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو غير مشروع فإنها تقع صحيحة ويلغى الشرط المخالف لها أو المستحيل أو غير المشروع، إلا إذا كان الشرط هو الدافع للهبة، فتبطل الهبة والشرط معا²، وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في نص المادة 104³ من (ق.م.ج).

ب- الصور المختلفة للمقابل في عقد الهبة.

يتخذ العوض في الهبة صوراً مختلفة، فقد تكون الشروط والالتزامات التي تفرض على الموهوب له من قبل الواهب في عقد الهبة تصب في مصلحة الموهوب له، كأن يهب شخص لآخر مالا ويشترط عليه في المقابل أن يشتري به دار أو أي شيء آخر ينتفع به.

قد تكون هذه الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له تهب في مصلحة الواهب، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه، فيلتزم بذلك الموهوب له بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة وقت الهبة. كما قد يكون المقابل المفروض على الموهوب له لصالح أجنبي بأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص الأجنبي، أو كأن يهب الواهب مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تنشأ به دار عجزة أو ملجأ أو غيرها مع الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.⁴

¹ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 40.

² - منصور نور، مرجع سابق، ص 35.

³ - تنص المادة 104 من (ق.م.ج) على ما يلي: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، يبطل العقد كله».

⁴ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 39-40.

الفرع الثالث

السبب في عقد الهبة

تسري نظرية السبب في عقد الهبة شأنها شأن العقود الأخرى، غير أن السبب¹ المقصود في الهبة يأخذ بمعنى الحديث، أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل وذلك خلافا لما ذهب إليه أنصار النظرية التقليدية في السبب، والذين اعتبروا أن سبب الهبة هو التبرع كون هذه الأخيرة حتما نجدها في كافة عقود التبرع بمجرد التراضي.²

أولاً: السبب في الفقه

تعتبر نظرية السبب من أكثر النظريات تعقيدا وغموضا، وذلك راجع إلى الخلاف الذي ثار بين الفقهاء، ومن أهم النظريات التي قامت بتحديد ماهية السبب هي النظرية التقليدية (أولاً)، و النظرية الحديثة (ثانياً).

أ- النظرية التقليدية.

يمثل السبب في النظرية التقليدية الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد تحقيقه من وراء التزامه، فرغم تعدد الأغراض فإن السبب الذي يعتمد عليه أصحاب هذه النظرية هو الغرض المباشر³، ويتميز الباعث الذي تتادي به النظرية التقليدية بما يلي:

- السبب أمر موضوعي يتعلق بموضوع العقد ذاته، ولا يتصل بالشخص المتعاقد.

- أنه أمر داخلي في العقد، إذ لا نبحت عنه خارج العقد.⁴

فيمثل سبب الالتزام في عقود التبرع بما تتوجه إلى نية التبرع⁵ انتقدت النظرية التقليدية في السبب على أنها صحيحة، وغير منطقية وأنها غير مفيدة، لأن القول بأن سبب التزام المتعاقد في العقود التبادلية هو

¹ - السبب في عقد الهبة هو نفسه السبب في الالتزام، ورغم أهمية السبب في كونه أحد أركان قيام العقود بصفة عامة، إلا أن القانون المدني الجزائري لم يقدّم بتعريفه، بل اكتفى فقط بذكر شروط صحته وذلك من خلال المادتين 97 و98 منه.

راجع: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 97.

² - مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 3، لبنان، 2001، ص 154-155-156.

³ - بلحاج العربي، مرجع سابق ص ص 153-159.

⁴ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 219-220.

⁵ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 73، 74.

التزام المتعاقد الآخر، وهذا غير منطقي لأن هذا يؤدي إلى نشوء التزام في آن واحد، في حين السبب يقتضي أن يتقدم على النتيجة المترتبة عليه، أما بخصوص عقود التبرع التي تحدد فيها النظرية التقليدية السبب بنية التبرع، فقد انتقدت بالخلط بين نية التبرع والدافع أو الباعث حيث أن الفصل بينهما ينتج عنه إفراغ نية التبرع من كل ما تحويه من معنى.¹

ب- النظرية الحديثة.

أدى قصور النظريات التقليدية في تعريف السبب على قيام النظرية الحديثة التي ترى أن سبب العقد يتأسس على الباعث الدافع الذي يتحدد وفقا لمعيار ذاتي خارج عن العقد ويختلف باختلاف الشخص المتعاقد.² كما تختلف الدوافع من حيث أهميتها، إذ يعتد بالدافع الرئيسي وليس بالدافع الثانوي، وقد يكون كامنا في نفس المتعاقد الآخر ولم يكن في استطاعته العلم به. لذلك لا يكون عنصرا في تكوين السبب ويتميز الباعث الذي تتأدى به النظرية الحديثة بما يلي:

- الباعث أمر نفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين.
 - الباعث أمر خارج عن العقد مما يستدعي البحث عنه خارج العقد.
 - متغير في التصرف الواحد ويختلف باختلاف الأشخاص.
- يشترط في الباعث شرط واحد فقط ويتمثل في المشروعية أي عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة، إذ تبطل إذا كان باعث المتبرع على تبرعه هو البنية غير المشروعة، وكذلك يبطل تبرع الرجل لخليتيته إذا كان ذلك من أجل علاقة غير شرعية أو لاستمراريتها.

ثانيا: السبب في القانون

تناول المشرع السبب في القواعد العامة ضمن المادتين 98 و 97 من (ق.م.ج)، فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، والمقصود بالسبب في عقد الهبة هو الباعث والدافع على التبرع، فيشترط فيه ما يشترط في السبب في النظرية العامة للعقد بأن يكون موجودا ومشروعا.³

السبب في التزام الواهب طبقا للنظرية العامة هو نية التبرع وهذا غير كافي في تصرف خطير مثل الهبة الذي تكون فيه تضحيته بالمال دون مقابل، فلذلك هناك فرق بين سبب التبرع في الهبة ونية التبرع فيها،

¹- فيلاي علي، مرجع سابق، ص 251.

²- فيلاي علي، مرجع نفسه، ص 255.

³- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 227 و 228.

فهذه الأخيرة تدخل في الرضا ومتضمنة فيه، فالواهب لا تتوفر إرادته على عنصر الرضا إلا إذا كان ينوي التبرع. أما سبب التبرع فهو الدافع والباعث له على التبرع، أي نية التبرع قد تختلف دوافعه في عقد الهبة من دوافع مشروعة إلى غير مشروعة. وحتى يكون عقد الهبة صحيحا يجب أن يكون باعث الواهب على التعاقد مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة¹ فإذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع وقعت صحيحة وألغي الشرط. أما إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة²، وذلك تطبيقا للقواعد العامة ومثال ذلك أن يكون باعث الواهب على الهبة إقامة علاقة غير مشروعة من الموهوب لها أو تجديد تلك العلاقة فتكون الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب. أما إذا كان الباعث هو تعويض الخيلة عن الضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد انقطاعها فالباعث يكون مشروعا فتبالي الهبة تكون صحيحة³.

إذا اقترنت الهبة بشرط غير ممكن أي مستحيل، كأن يهب الشخص لآخر منزلا مع اشتراطه أن يقدم مقابلا للهبة لإيرادا لشخص آخر ثالث مدى الحياة، فتبين أن هذا الأخير قد توافر قبل صدور الهبة، فهذا الشرط المستحيل إن كان هو الباعث الدافع لإبرام عقد الهبة يبطل الشرط وتبطل معه الهبة، أما إذا لم يكن هو الباعث والدافع تكون الهبة صحيحة⁴.

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بأركان عقد الهبة

تتعقد الهبة بتوافر أركانها العامة والخاصة، بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا، وهذا تطبيقا لنص المادة 206 من (ق آ ج)، والبطالان نوعان، بطلان مطلق وبطلان نسبي، ولهذا البطلان بنوعية آثار. وما لاشك فيه أن العقد الباطل لا تسري عليه الإجازة ولا يمكن تصحيحه بها، إلا أن بعض من التشريعات المدنية سمحت استثناءا للواهب بإجازة الهبة الباطلة، من حيث الشكل، على أن تقع هذه الإجازة بطريق محدد هو طريق التنفيذ الاختياري للعقد، وما عادا هذا التنفيذ لا يكون له أثر في تصحيح هذه الهبة.

¹ - تنص المادة 97 من ق.م.ج على ما يلي: « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ».

² - خالد سماحي، مرجع سابق، ص 137.

³ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 527.

-شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - شيخ نسيمية، المرجع نفسه، ص 42.

من خلال هذا سنتناول أنواع البطلان (فرع أول)، وأثار البطلان (فرع ثاني)، وتنفيذ الهبة الباطلة شكلا (فرع ثالث)

الفرع الأول

بطلان الهبة

البطلان هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، ويستقر الفقه التقليدي على تقسيم البطلان إلى نوعين، مطلق ونسبي. وذلك بالنظر إلى أركان العقد من جهة وشروط صحته من جهة أخرى، فإذا تخلف أحد أركان العقد كان البطلان مطلقا لخطورة العيب الذي يخلق العقد، وإذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كان البطلان نسبيا لأن العيب أقل خطورة ويكون العقد قابلا للإصلاح.

أولاً: البطلان المطلق.

إذا اختلت أحد أركان عقد الهبة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب وكذا الرسمية والعينية، أو شروط من شروطها بطلت الهبة بطلانا مطلقا. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا مضى على إبرام عقد الهبة خمسة عشر سنة سقط الحق في التمسك ببطلانها إعمالا لنص المادة 102 من (ق م ج).¹ ولا يعني أن هذا العقد الباطل يصحح بالتقادم لأنه عقد معدوم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجود.²

من التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الشأن القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 10365 الذي جاء فيها "من المقرر أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية يجب أن تحرر في الشكل الرسمي وإلا وقعت باطلة، وتنص المادة 206 من (ق أ ج) أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية"³.

¹ - تنص المادة 102 من (ق م ج) على ما يلي: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوة البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام التعاقد".

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 183.

³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/09 تحت رقم 10365، نشرة القضاة، العدد 51 سنة 1997، ص 67.

يراد بالمصلحة التي تجيز التمسك ببطلان العقد تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين (الواهب والموهوب له) والخلف العام، والخلف الخاص والدائنين¹، وذلك بموجب دعوى قضائية ترفع وفقا للأشكال والإجراءات المقررة في المواد 511 و 512 من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

ثانيا: البطلان النسبي (قابلية العقد للبطلان)

نكون أمام حالة قابلية عقد الهبة للإبطال³ إذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة أو في حالة نقص الأهلية، وعيوب الرضا قد سبق الإشارة إليها والمتمثلة في الغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال والمنصوص عليها في المواد من 81 إلى 91 من (ق أ ج)، فإذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيب من هذه العيوب كان عقد الهبة قابلا للإبطال⁴.

كما يكون عقد الهبة قابلا للإبطال في حالة نقص الأهلية، إذ لا يجوز قانونا لناقصي الأهلية أو من ينوب عنهم إبرام عقد الهبة كونها من التصرفات الضارة ضررا محضا إعمالا لنص المادة 82 من (ق أ ج) والتي مفادها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

¹- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 186.

²- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ج ج، عدد 21، سنة 2008.

³- لقد عالجت المادة 101 من (ق م ج) البطلان النسبي أما المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري فنلاحظ أن عبارة العقد الباطل بطلانا نسبيا قد تعاضى عنها وأطلق عليها عبارة "العقد القابل للإبطال" أنظر المواد 104 و 105 من (ق م ج) بشكل خاص، وقد خص المشرع اصطلاح "القابلية للبطلان" أو البطلان النسبي "للدلالة على جزاء تخلف شروط صحة العقد وهو ما تقابله في الحالات الآتية:

- إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية للسن أو عارض منقص للتمييز " السفه أو الغفلة" (المواد 43 و 101 ق م ج)
 - إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا (المادة 81 إلى المادة 91 من ق م ج)
 - إذا قرر نص خاص في القانون قابلية العقد للإبطال شأن البطلان النسبي لبيع ملك الغير لمصلحة المشتري (المواد 397، 399، 398 من ق م ج)

⁴- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 241.

يستوي الأمر في هذه الحالة بالنسبة للبطلان المطلق أو النسبي، فالبطلان المقرر في نص المادة عاما لا تخصيص فيه. كما نعني بالبطلان النسبي أن العقد صحيح وتترتب عليه آثار غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال إبطال العقد¹.

فالعقد القابل للبطلان له وجود قانوني إذ هو يمر على مرحلتين: الأولى قبل أن يتقرر إبطاله فيها للعقد وجود قانوني وينتج من ثم كل الآثار التي ينتجها العقد الذي قام صحيحا، والثانية بعد أن يتقرر إبطاله وفيها ينعدم وجوده القانوني انعدامًا تامًا، فيستوي عندئذ مع العقد الباطل².

تطبيقا لنص المادة 100 من (ق.م.ج)³ يمكن تصحيح عقد الهبة بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ويسقط الحق في إبطال الهبة خلال خمس سنوات يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي أنه لا يمكن التمسك بحق الإبطال لغلط أو لتدليس أو لإكراه، إذ انقضت عشرة سنوات من وقت إتمام العقد وهذا ما أقرت به المادة 101 من (ق.م.ج)⁴.

الفرع الثاني

آثار بطلان عقد الهبة.

يترتب على تقرير بطلان عقد الهبة بنوعية آثار قانونية أشارت إليها المادة 1/103 من (ق م ج) بنصها: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإنه كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل". إذن يستنتج من مفهوم نص المادة أنه إذا تقرر البطلان المطلق لعقد الهبة نتيجة لتخلف أحد أركانها المنصوص عليها في المادة 206 من (ق أ ج)، يترتب عن ذلك زواله بالنسبة للماضي والمستقبل، وبالنتيجة زوال جميع آثاره في مواجهة الواهب والموهوب له، مما يستلزم إعادة أطراف العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب أو لورثته ويستطيع التصرف فيه كما يشاء دون التعسف في استعمال هذا الحق، ولا ينتقل شيئا منه للموهوب له، ومع ذلك يستطيع المتعاقدان إبرام عقد هبة من جديد مستوفية لأركانها العامة والخاصة. وفي حالة

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 248.

² - أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص ص 413-414.

³ - تنص المادة 100 من (ق م ج) على ما يلي: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير".

⁴ - راجع نص المادة 101 من (ق م ج)

استحالة رد الشيء الموهوب إلى الواهب جاز للقاضي الحكم بتعويض نقدي معادل لا يستحق على أساس المسؤولية العقدية، كون عقد الهبة باطل بطلانا مطلقا، وإنما على أساس الإثراء بلا سبب،¹ لا سيما إذا كانت الهبة بعوض وتم القيام به، وهذا تطبيقا لنص المادة 141 من (ق م ج).

قد يرد على قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد قيدان نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة 103 من (ق.م.ج) أولها: إذا تم تقرير البطلان لنقص أهلية أحد المتعاقدين، فإنّ هذا الأخير غير ملزم إلاّ برد المقدار الذي عاد عليه بالمنفعة ومعنى ذلك أن يرد ما قد يكون قد تبقى من الشيء الموهوب أما ثانيهما: هو الحرمان من الاسترداد في حالة ما إذا تسبب الواهب أو الموهوب له في عدم مشروعيته أو كان عالما بذلك.

لا يقتصر أثر البطلان على الواهب والموهوب له بل يمتد إلى الغير والمقصود به كلّ شخص اكتسب حق على الشيء الموهوب محل العقد الذي تقرر، فالأصل أنه إذا تقرر بطلان العقد الذي تم بين الواهب والموهوب له بطل عقد الهبة الثاني الذي تم بين الواهب والموهوب له الثاني، وبالتالي لا يمكن لمن اكتسب حق بموجب عقد باطل أن يتمسك بملكية الشيء الموهوب لأنه ما بني على باطل فهو باطل.

الفرع الثالث

تنفيذ عقد الهبة الباطل شكلا.

الأصل في العقود هو الرضائية، بمعنى أنّ العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون حاجة لأي إجراء آخر، واستثناء لذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما اصطلح على تسميته بالعقود الشكلية.

فالشكلية تعني إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون، فهي ركن في التصرف القانوني. ومن دون شكل التصرف يكون باطل في العقود الشكلية.² وهذه العقود هي التي لا يكفي فيها النقاء الإيجاب مع القبول، بل لابد من استتفاد الشكل المحدد قانونا.³

¹ - الإثراء بلا سبب: هو مصدر من مصادر الالتزام يقصد به أن يثري شخص على حساب شخص آخر بدون مبرر قانوني، يلتزم طبقا لقواعد الشرع أن يعوض هذا الشخص بما أصابه من افتقار، وقد تناوله المشرع الجزائري في المواد 141 و142 (ق م ج).

² - محمد جمال عطية، الشكلية القانونية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقاريق، مصر، 1993، ص45 وما بعدها.

³ - محمد علي عبده، دور الشكل في العقود - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص9.

إذا كانت الهبة باطلة كما تقدم لعيب في الشكل، فإنها لا تصح ولا تلحقها الإجازة، وما هو سوى ترديد للقواعد العامة في البطلان إلا أنّ الأمر يبدو غير ذلك في بعض التشريعات، إذ أجازت تصحيح هذه الهبة الباطلة شكلا بتنفيذها رغم بطلانها واعتبر هذا التنفيذ إجازة من نوع خاص لتلك الهبة.

أولاً: مضمون تنفيذ الهبة الباطلة شكلا

أ - تنفيذ الهبة الباطلة في العقار:

إذا لم يوثق عقد هبة العقار في ورقة رسمية، وإذا وثق إلا أنّ الورقة الرسمية لأي سبب من الأسباب كانت باطلة، فإنّ جانب الشكلية في هذا العقد يعدّ قد اختل، وأثره هو البطلان المطلق، وتعتبر الهبة كأنّها لم تكن، وهذا يعني بقاء الشيء الموهوب (العقار) في ملك الواهب وتصح تصرفات الأخير فيه سواء كانت هذه التصرفات ذات طبيعة ناقلة للملكية، أو أنها مما يرد على منفعة العقار فحسب دون المساس بملكيته، كما يحرم الموهوب له من الإدعاء بملكية الموهوب ومطالبة الواهب بتسليمه له، وهذا كله ناتج عن كون الهبة غير صحيحة لإهدار جانب الشكلية فيها، وإذا كانت هبة العقار باطلة بطلانا مطلقا طبقا للقواعد العامة في البطلان فإنها لا تلحقها الإجازة فلا يبقى أمام الطرفين سوى إبرام العقد من جديد لاستيفاء الشكل المطلوب فتنشأ الهبة من تاريخ استيفاء الشكل في العقد الآخر، لأن تاريخ إجراء العقد الأوّل وبالتالي يشترط في العقد الجديد كافة الشروط القانونية دون الاعتماد على توافرها في العقد الأوّل.

ما ذكرناه يتفق وحكم القواعد العامة في البطلان، فإنّ بعض التشريعات اتجهت اتجاها مغايرا لهذا بأن جعلت الهبة الباطلة من حيث الشكل تسري عليها الإجازة، ويمكن أن تصح فتتقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة من دون الحاجة إلى إجراء آخر لغرض استكمال الشكلية الناقصة فيها، ومن هذه التشريعات نجد القانون المدني المصري، حيث أنه جاء في نص المادة 489 أنه: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يسترده ما سلموه".

فهبة العقار الباطلة شكلا يمكن أن تتقلب صحيحة بإجازتها من قبل الواهب إجازة

خاصة¹ وبشروط خاصة وهي:

– Jacques Ghestin, Formation du contrat, 3^{ème} éd, DELTA, Paris, 1996, p330.

¹ – أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص69.

- الشرط الأول: ورود الإجازة من قبل الواهب أو ورثته بطريق محدّد، وهو التنفيذ الاختياري لعقد الهبة، ومن ثم لا تقع هذه الإجازة إلاّ بهذا الطريق، أي لا تصح الإجازة بالقول مثلا أو يأتي تصرف آخر، أو أي تعبير عن الإرادة صريحا كان أو ضمنيا، ومعنى التنفيذ الاختياري هو إقدام الواهب على تسليم المال الموهوب إلى الموهوب له رضاء دون إكراه أو إجبار قاصدا تنفيذ الهبة التي وقعت باطلة لاختلال الشكليّة فيها، ومتى ما قام بذلك انقلبت الهبة صحيحة بعد أن كانت باطلة وانتقلت ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، وامتنع على الواهب حينها استردادها.
- الشرط الثاني: أن يكون الواهب حينما يقدم على التنفيذ الاختياري، عالما بأنها باطلة لعيب في الشكل ومع هذا أقدم على تنفيذها، وإلاّ إذ لم يكن على علم بأنها كذلك فلا يعتبر هذا التنفيذ من قبله. مما يصح الهبة الباطلة وحتى يتم تسليم المال الموهوب إلى الموهوب له فبإمكان الواهب استرداده إذا أثبت أنه لم يكن على علم ببطلان الهبة وأنه نفذها اعتقادا منه أنّه ينفذ عقد صحيح.

بهذا فإنّ الإجازة التي تنقلب بها الهبة الباطلة إلى صحيحة تعدّ استثنائية من ناحيتين: الأولى كونها وردت على عقد باطل من ناحية الشكل، ومن مقتضى القواعد العامة أن العقد الباطل لا ترد عليه الإجازة، أمّا الثانية كونها جاءت بطريقة محدّدة، ألا وهي طريقة التنفيذ الاختياري من قبل الواهب أو ورثته دون أن يكون بطريق آخر كالقول أو غيره.¹

قد ذهب بعض من الفقه إلى أنّ التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة ما هو إلاّ إجازة بطريقة خاصة لتلك الهبة دون اعتباره تنفيذا لالتزام طبيعي تخلف عن إغفال الشكل الرّسمي، وهذه الإجازة الخاصة صححت الهبة وانتقلت إلى ملكية الموهوب على إثرها إلى الموهوب له، ويبرّر د. السنهوري هذا الرّأي بتبرير هو الأدق من وجه نظري إذ يقول "فالبطلان إمّا أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا، ولكن بالقدر الذي

¹ - يوافق هذا الموقف، المشرّع الفرنسي، حيث أنّه أورد في المادة 1340 من القانون المدني الفرنسي، قاعدة عامة تتعلق بالتزام الورثة باحترام إرادة مورثهم بتنفيذ العقد الباطل شكلا والذي دخل مورثهم طرفا فيه، والتي جاء نصها كما يلي:
« La confirmation ou ratification, ou escécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à apposer soit les vices de formes, sont tout autre exception.

يتطلبه القانون من الشكل. فالشكل إنما هو من صنع القانون، وهذا الأخير هو الذي يغير له الجزء الكافي في حالة الإخلال به فقد يجعل العقد الذي لم يستوفي الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا.¹

فالتنفيذ باختيار الواهب أو ورثته للهبة الباطلة شكلا ما هو إلا إجازة خاصة كما ورد في التشريع، وهذه الإجازة هي التي قلبت الهبة الباطلة إلى صحيحة، ونقلت ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له.

ب- تنفيذ الهبة الباطلة في المنقول :

عقد الهبة في غالب التشريعات القانونية وبالأخص فيما ورد على عقار هو عقد شكلي، أي يتطلب لتمامه إتيانه في شكلية قانونية خاصة، أما إذا كان محله منقولاً فقد أقرت بعض من التشريعات القانونية شكلية هذا العقد أسوة بهية العقار، أي أن تتم هبة المنقول بورقة رسمية، ومنها القانون المدني المصري، حيث ذهب في المادة 1/488 إلى بطلان الهبة إن لم تكن بورقة رسمية، فلم تفرق هذه الفقرة بين كون الهبة محلها عقار أو منقول، فإن النص يشمل كليهما، وكذا الأمر في القانون المدني السوري.

فهبة المنقول إذا تم توثيقها بورقة رسمية فإنها تتعد دون الحاجة إلى إجراء آخر، وبالتالي لا تحتاج في انعقادها إلى القبض، أي أن الورقة الرسمية هنا تغني عن إجراء القبض، وبالتالي هبة المنقول هنا عقدا شكليا، إلا أنه في الحالات التي يغفل فيها الطرفان إجراء التوثيق أجازت تلك التشريعات وقوع الهبة في المنقول بالقبض فقط دون الرسمية، بحيث يمكن أن يغني الأول عن الأخرى، فتكون هبة المنقول هنا عقدا عينيا لا شكليا وتسمى هذه الهبة بالبدوية.²

عليه يكون القبض بوضع الواهب الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له، تماما كما يحصل في تسليم المبيع في عقد البيع، ونخص بالذكر هنا أن هبة المنقول إذا وقعت على المنقول بحسب المآل كمنشآت الأرض، فإنه لا تعتبر هذه الهبة تامة إلا بعد هدم هذه المنشآت وتسليمها إلى الموهوب له، أما قبل الهدم فلا يعتبر محل الهبة موجودا، وبالتالي تكون باطلة لانعدام المحل، ولأن هبة الأموال المستقبلية باطلة بحكم القانون، وأن قيام الواهب بتسليم المنشآت قبل هدمها إلى الموهوب له لا يعد تنفيذا للهبة، مما يصح بطلانها لتخلف محل الهبة منقولا بحسب المال.³

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط3، مرجع سابق، ص76.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، ط3، مرجع سابق، ص58.

³ - أنور طلبة، مرجع سابق، ص43.

ويظهر أنّ التشريعات التي أقرت بإمكانية استعاضة القبض في هبة المنقول، تعد سندا للملكية والتي يجسدها بوضوح القبض، بإمكانها أن تحتل نفس المكانة التي تحتلها الرّسمية إن لم تتفوق عليها، حيث أنّ الرّسمية في بعض الأحيان يشوبها البطلان، أما قاعدة الحيّزة فهي قاعدة قويّة وتشير إلى ملكية الحائز للمنقول، إلى أن يثبت العكس، فالأمر هنا يبقى خاضعا للإثبات.

أمّا إذا كانت هبة المنقول باطلة من حيث الشكل، أي عدم استيفاء الرّسمية فيها، فلا يكون أمام الواهب لتصحيح هذه الهبة بطريقة من الاثنتين:

الأولى: أن يستعويض عن الشكل الباطل (عين المستوفي في هبة المنقول) بالقبض،¹ أي أن القبض في هبة المنقول يغني عن الرّسمية، فتصبح هذه الهبة يدوية، فالقبض في هذه الحالة لا يفسّر على أنه تنفيذ لهبة باطلة في الشكل بل، هو إتمام لهبة منقول يدوية.

الثانية: أن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة الباطلة شكلا تنفيذا اختياريا لتصحيح الهبة الباطلة شكلا كما سبق، وعرجناه عند تنفيذ هبة العقار أعلاه، وهذا التنفيذ يكون بالقبض أيضا، إلا أنه يختلف في أنه يجسد تنفيذا اختياريا لهبة باطلة شكلا محلها منقول، أما في الطريق الأول فكان يجسد هبة يدوية.

وعلى الرغم من تشابه الحال في كل الطريقتين إلا أنه يظهر هناك فارقا هاما بينهما، ويتمثل في أنّ الهبة إذا نفذت بالطريقة الأولى، فإنّها لا تتم إلاّ من وقت وقوع القبض، لأنّ العقد هنا عيني وليس شكلي، والعقد العيني يعد القبض فيه ركنا، وبالنتيجة لا تتم الهبة إلاّ من وقت وقوع القبض فيها. بينما لو قصد الواهب الطريقة الثانية، فإنّ الهبة هنا تنقلب صحيحة من وقت صدورها، لا من وقت وقوع القبض فيها، لأنّ التنفيذ الاختياري في هذه المرحلة يعد إجازة خاصة للهبة الباطلة شكلا، وهذه الإجازة لها أثر رجعي يعود إلى وقت نشوء العقد.

فتنفيذ هذا العقد من قبل الواهب بنقل حيّزة الشيء الموهوب إلى الموهوب له، لا يقل أهمية عن الرّسمية فيه، وإنّه يمكن أن يؤدي ذات الدور الذي تؤديه هذه الرّسمية في العقد، بتتبيه الواهب إلى خطر ما يقدم عليه من إفراغ أمواله دون مقابل إلى شخص آخر.

¹ - محمد جمال الدين زكي، مبادئ القانون المدني - العقود المسماة-، مطابع دار الكتاب العربي، (د ب ن)، (د س ن)، ص90.

ثانياً: التكيف القانوني للتنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل لعيب في الشكل.

بعد أن تعرضنا على مضمون التنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل لعيب في الشكل، فنتساءل حول التكيف القانوني لهذا التنفيذ. هل هو تنفيذ الالتزام الطبيعي يخلفه عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل أو أنه إجازة لهذه الهبة، أو أنه إتمام لعقد الهبة فيكون التنفيذ ركناً من أركان هذا العقد ويتم به؟

أ- تنفيذ التزام طبيعي:

عندما يفتقر عقد الهبة إلى الشكل الذي تطلبه القانون ينشأ عنه التزام ناقص في ذمة الواهب يتضمن عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، أي أن هناك واجبا على الواهب بأداء ما التزم به في عقد الهبة، إلا أنه لا يوجد جزاء يفرض عليه عن امتناعه عن الوفاء بهذا الالتزام، فالالتزام الطبيعي لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين.

أما بالنسبة للموهوب له لا يمكن القول أنّ عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل يخلف التزاماً طبيعياً في ذمة الموهوب له حتى ولو كان هذا العقد بعوض، فالأصل أنّ العقد باطل بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام والالتزام الطبيعي لا ينشأ معارضا للنظام العام، وبالنسبة للورثة، فيلقى على عاتقهم التزاماً طبيعياً بتنفيذ عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل الذي عقده مورثهم، فهو قد نشأ ابتداءً في ذمتهم ولم ينتقل إليهم من المورث.¹

إذا نفذ الواهب الهبة الباطلة لعيب في الشكل كان هذا التنفيذ وفاءً للالتزام الطبيعي قائم في ذمته وليس تبرعاً، أمّا إذا واه معتقداً أنه دين مدني كان وفاؤه ليس باطلاً لانعدام سببه بل قابل للإبطال فقط بسبب الغلط الذي وقع فيه الموفي بشأن طبيعة الدين الذي قصد وفاءه.

فالواهب في عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل هو مدين لا في حكم الضمير فحسب بل في حكم القانون، ومن هذا إذا وفي التزامه لا يستطيع استرداده.

كما يجوز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي، فيجوز كذلك التعهد بالوفاء به ما دام هذا الوعد قد صدر عنه بنية واختيار، وبالتالي فإن تعهد الواهب بأن تنفذ التزامه في عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل هو تعهد صحيح ملزم له. وفي هذه الحالة يكون التزاماً مدنياً يجيز الواهب على الوفاء به، فكأن الواهب

¹ - فريد فنري، محمد شادي بدلة، التنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل لعيب في الشكل، مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 67، 2010، ص 108، منشور عبر الموقع الإلكتروني <http://WWW.SHAMRA.SY>

قد وفى الالتزام الطبيعي الذي يرتبه عقد الهبة الباطل لعيب في الشكل بالالتزام مدني.¹ إلا أنّ الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا تصلح في الواقع سببا لالتزام مدني على خلاف الالتزام الطبيعي، فلقول بغير ذلك يجعل من السهل التحايل على الشكل في الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها سببا لالتزام مدني صحيح في ورقة عرفية أخرى، وبذلك نكون قد فرطنا بالشكل الذي أوجبه المشرّع، وهذا لا يجوز التسليم به.

كما نجد أنّ إجبار المدين على الوفاء لا يجوز في الالتزام الطبيعي، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر، ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجباريا للدين وتشتت أن يتساوى الدينان قوة وضعفا فلا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني، ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الواهب إذا كان الحق الذي له حقا مدنياً بالمقاصة بين حقه والهبة الباطلة لعيب في الشكل التي في ذمته لمدينه، ففي هذه الصورة وإنّما يوفي بالهبة الباطلة لعيب في الشكل اختياريا لا إجباريا.²

لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الدين الطبيعي المكفول، ذلك أنّ الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار الواهب على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه وهذا لا يجوز، فكفالة الواهب في تنفيذ التزامه في عقد الهبة الباطلة لعيب في الشكل هي كفالة باطلة في جميع الأحوال، ولا يمكن تنفيذها، وإذا نفذها الكفيل مختارا كان له الاسترداد لأنّ كفالته باطلة.

ب- الإجازة:

جاء ضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قبل تعديله في لجنة المراجعة أنّ تنفيذ الهبة الباطلة لعيب في الشكل هو إجازة لها، لأنّ الشكل من صنع القانون وهو الذي يعين الجزاء على الإخلال به، فقد يجعل العقد الذي لم يستوفى الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه إجازة، وقد يسمح بإجازة وخاصة إذا كان البطلان يحمي مصلحة خاصة كما في عقد الباطل لعيب في الشكل.

¹- قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية أنّه: "إذا فرض أنّ الإقرار بالدين هبة وأنها باطلة شكلا لعدم عملها بقدر رسمي، ويفرض أنّ التنازل عنه للغير باطل أيضا لهذا السبب، فإنّ الهبة الباطلة ليست مجردة من جميع الآثار القانونية إذ ينشأ عنها التزام أدبي ينقلب إلى التزام مدني إذا حصل استبداله قانونا".

² فريد فنري، محمّد شادي بدلة، مرجع سابق، ص109.

• كيفية الإجازة:

الهبة الباطلة لعب في الشكل ترد عليها الإجازة ما دام القانون قد نص على ذلك ونص في الوقت ذاته على الطريقة التي تجاز بها وهي التنفيذ الاختياري، ومن ثم لا تلحق الهبة الباطلة بالإجازة بهذه الطريقة دون غيرها، فلا تجوز إجازتها بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية، وإنما تجاز بالتنفيذ الاختياري.¹

الأصل أنّ الإجازة تتم بإرادة المجيز المنفردة وخروجاً على هذا الأصل فإنّ إجازة الهبة الباطلة لعب في الشكل لا تكفي فيها الإرادة المنفردة، بل تحتاج إلى اتفاق، لأنّ الطريق الوحيد للإجازة هو التنفيذ الاختياري والتنفيذ يحتاج الإرادتين (إرادة الواهب وإرادة الموهوب له).

• آثار الإجازة:

- بالإجازة ينقلب عقد الهبة الباطل لعب في الشكل عقداً صحيحاً من تاريخ انعقاده، لأنّ للإجازة أثراً رجعياً ينصرف إلى تاريخ العقد، وبالتالي تقوم التزامات الواهب والتزامات الموهوب له، ويكون للموهوب له أن يطالب الواهب بتنفيذ التزاماته في عقد الهبة، فإذا كان الواهب قد نقل الملكية فيستطيع الموهوب له أن يطالبه بتسليم الشيء الموهوب تنفيذاً لعقد الهبة، كما على الواهب أن يضمن استحقاق الشيء الموهوب والعبب الخفي عندما يتوجب عليه ذلك، وكذلك يستطيع الواهب أن يطالب الموهوب له بتنفيذ ما يلقيه عليه عقد الهبة من التزامات وخاصة إذا كانت هذه الهبة بعوض. كما أنّ للواهب أن يطالب بفسخ الهبة إذا كانت يعوض وامتنع الموهوب له عن دفع ما يترتب عليه من عوض.

- يعدّ تنفيذ الهبة الباطلة لعب في الشكل إجازة لها وبهذا التنفيذ تنقلب الهبة صحيحة، وبالتالي يطبق عليها ما يطبق على الهبة الصحيحة من أحكام سواء الأحكام المتعلقة بآثار الهبة أو الأحكام المتعلقة بالرجوع في الهبة، وسواء أكان الرجوع في الهبة بشكل رضائي، أو كان قضائياً بأن توافر عذر مقبول ولم يوجد مانع من موانع الرجوع.

¹ هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "النص في المادة 489 من القانون المدني على أنه (إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة في الشكل لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه)، يدل على أنّ الهبة الباطلة لعب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختيارياً من جانب الواهب، أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأنّ الهبة باطلة لعب في الشكل وعلى ذلك يقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة، من أمره، فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصداً في ذلك إجازة الهبة، فتتقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه".

نقلاً عن: فريد فنري، محمد شادي بدلة، مرجع سابق، ص111.

- الإجازة تصرف قانوني، والتصرفات القانونية الصادرة من المريض في مرض موته المقصود بها البيع تأخذ حكم الوصية ولا تنفذ بحق الورثة إلا ضمن حدود معينة، فإذا كان الموهوب له وارثا كانت هذه الإجازة موقوفة على إجازة باقي الورثة، أما إذا كان الموهوب له غير وارث فإن هذه الإجازة تنفذ في حدود ثلث التركة وما زاد الثلث موقوف على إجازة الورثة.¹

- لا تؤثر الإجازة على الحقوق التي اكتسبها الغير. فإذا كان الواهب قد رتب العقار الموهوب بعد العقد وقبل التنفيذ حقوقا للغير كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن، فإن هذه الحقوق يحتج بها في مواجهة الموهوب له وتسري في حقه، وتفرق بين الشيء الموهوب عقارا أو أن يكون منقولاً:

• بالنسبة للعقارات:

العبرة للأسبق بالتسجيل بحسن نية، أما بالنسبة للدائن بحق شخصي على العقار كالمستأجر فالعبرة لعقد الإيجار الثابت التاريخ السابق على التسجيل في السجل العقاري.

• بالنسبة للمنقولات:

العبرة بحسن أو سوء نية الموهوب له وقت العقد لا وقت التنفيذ، فلا يحتج عليه بحقوق التي رتبها الواهب على الشيء الموهوب للغير بما أنه كان حسن النية وقت العقد، ولو كان سيء النية وقت التنفيذ. أخيراً الأصل وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة في البطلان بأن العقد الباطل لا ترد عليه إجازة لأن بطلان العقد مما يعتبر معه هذا الأخير غير موجود وكأنه لم يكن، إلا أنه وجدنا بعض التشريعات القانونية المقارنة قد أثرت على سبيل الاستثناء، تنفيذ عقد كنوع من الإجازة الخاصة لهذا العقد الباطل وسواء كان الشيء الموهوب عقارا أم منقولاً.

بما أن المصلحة التي يحميها البطلان هنا هي مصلحة خاصة تتعلق بالواهب وحده، فقد كان الأولى بالمشرع أن يجعل جزاء مخالفة الشكل في هذا العقد هو قابلية الإبطال، فيجعل عقد الهبة الذي لا تتوفر فيه الشكلية قابلاً للإبطال بالنسبة إلى الواهب وحده، فيكون العقد صحيحاً إلى أن يطلب الواهب إبطاله، وقد يجيز الواهب هذا العقد إجازة صريحة أو ضمنية.

¹ - فريد فنري، محمد شادي بدلة، مرجع سابق، ص 114.

الفصل الثاني

أحكام عقد الهبة

عقد الهبة من العقود المسماة والتي تترتب التزاما على عاتق أحد طرفي العقد دون الآخر، وهي عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض، ولا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه. وتكون الهبة بسند رسمي وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار آخر، ويجب توافر الشروط العامة الواجب توافرها في كافة العقود الأخرى.

بعد تحديد ماهية الهبة بالتطرق إلى مفهومها وأركانها يستلزم منا الأمر التعرض إلى أحكامها وتشمل هذه الأخيرة الآثار التي تترتب عنها في مواجهة كل من الواهب والموهوب له، ومن الملاحظ عليه أن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الهبة لم يذكر شيئا من التزامات الواهب والموهوب له، مما يستدعي الأمر تطبيق القواعد العامة المقررة في عقد البيع على اعتبار أن عقد الهبة يتفق مع عقد البيع في أن كلاهما من عقود التصرف الملزمة للجانبين إذا كانت الهبة بعوض. وإلى ذلك نجد إمكانية الرجوع عن الهبة عن طريق استعمال الحق الإرادي في الرجوع، فتتميز الهبة عن سائر التصرفات الأخرى بإمكانية الرجوع فيها في أحوال وشروط. ولقد اختلف آراء الفقهاء والتشريعات الوضعية حول مسألة الرجوع في عقد الهبة بين مجيز ومانع له، ولكل مبرراته وأسانيده، ويملك الواهب طريقتين من أجل الرجوع في هبته، وقد تحكمه أحكام وموانع، وتترتب عليه آثار. كما نص قانون الأسرة على حالات يجوز الرجوع في الهبة وأعطى الحق للأبوين دون سواهما. وذلك أمر استثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه. من خلال ما سبق فإنه سيتم الحديث عن آثار عقد الهبة (المبحث الأول) والرجوع في عقد الهبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

آثار عقد الهبة

إذا أبرم عقد الهبة مستوفيا لكافة أركانه العامة والخاصة، وكذا شروط صحته، فإنه يترتب لا محال آثار وتتجسد هذه الآثار عموما في مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الواهب إذا كانت الهبة بلا عوض، أما إذا كانت مقترنة بشروط والالتزامات تتحول إلى عقد ملزم لجانبين فبتالي نجد التزامات أخرى تقع على عاتق الموهوب له.

من الملاحظ عليه أن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الهبة لم يذكر شيئا من التزامات الواهب والموهوب له، مما يستدعي الأمر تطبيق القواعد العامة المقررة في عقد البيع على اعتبار أن عقد الهبة يتفق مع عقد البيع في أن كلاهما من عقود التصرف الملزمة لجانبين إذا كانت الهبة بعوض. ولدراسة هذه الآثار وبيان أحكامها يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وكل مطلب يعالج نوع من هذه الالتزامات كالتالي:

المطلب الأول

التزامات الواهب

ينشئ عقد الهبة التزامات في ذمة الواهب، بأن ينقل ملكية الشيء الموهوب وذلك في الهبة التي تقتضي التمليك، وأن يقوم بتسليم الشيء محل الهبة، سواء وهبه كلية أو بمنافعه فقط، وفي حال ردت هاته العين له والموهوب له كان قد أنفق عليها نفقات يستحق الرجوع فيها فيتوجب عليه رد هذه النفقات. أما فيما يخص الضمان بأنواعه (ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية). فالأصل هو عدم ضمان الواهب لانعدام العوض، لأن الضمان سببه وجود العوض.¹

الفرع الأول

نقل ملكية الشيء الموهوب

عقد الهبة ينشئ في ذمة الواهب التزاما بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له، فتنقل هذه الملكية فورا بمجرد تمام الهبة إلى الموهوب، سواء كان الشيء الموهوب منقولا أو عقارا، وتعزف المادة 674 من القانون المدني الملكية كالتالي: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة».

فيلتزم الواهب بأن يقوم بكل ما من شأنه أن يسهل نقل الملكية، وذلك بالكف عن أي عمل يعوق نقل الملكية، وتقديم العقود والشهادات اللازمة والمعلومات الضرورية للتسجيل، فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشيء الموهوب.²

ويترتب عن نقل الملكية إلى الموهوب له أنه يكون مالكا للموهوب، فيكون له حق التصرف فيه كما يشاء، ويكون له ملكية ثماره ومنتجاته وملحقاته¹، وانتقال الملكية للموهوب له لا يكون في حق

¹ - خالد سماحي، مرجع سابق، ص 188.

² - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 244.

المتعاقدين فقط، بل في حق الورثة والدائنين، وإن كانت الهبة صدرت من الواهب المعسر إضرار بدائنيه فإنه لهؤلاء الحق في الطعن في الهبة بالدعوى البولصية بشرط أن يكون الموهوب له عالماً بإعسار المدين إذا كانت الهبة بعوض، فتصبح غير نافذة في حقهم²، أما إذا كانت الهبة تبرعاً فلا يشترط علم الموهوب له ما عدا الواهب وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية.³

تنفيذ هذا الالتزام يختلف عما إذا كان محل عقد الهبة عقاراً أم منقولاً.

أولاً: الشيء الموهوب عقاراً.

إذا كان الشيء الموهوب عقاراً وتمت الهبة مستوفية كافة الأركان والشروط، فإن ملكية العقار الموهوب سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة لدى الموثق وإشهاره لدى المحافظة العقارية، فبالرجوع إلى نص المادتين 206 من (ق.أ.ج) والمادة 324 مكرر 1 من (ق.م.ج) نجد أنهما توجبان تسجيل عقد الهبة الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حق عيني على عقار وذلك تحت طائلة البطلان. والمادة 165 من (ق.م.ج) التي نصت على ما يلي: «إن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، وإذا كان محل الالتزام معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري».

في القانون المدني المصري عقد الهبة ينشئ التزاماً في ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب له وينقد هذا الالتزام فوراً بحكم القانون في الشيء المعين بالذات الذي يملكه الواهب، وهبة العقار لا تنتقل الملكية إلا بتسجيل عقد الهبة وهذا ما نصت عليه المادة 934 (ق.م.م)⁴، فيلاحظ في التشريع المصري أنّ الهبة غير المسجلة تبقى هبة، فنتج جميع آثارها ما عدا نقل الملكية بالفعل⁵، كما أن هبة العقار تكون صحيحة إذا انعقدت اختياراً رغم أن الشكل الرسمي من النظام العام وجزءاً تخلفه هو البطلان المطلق. فالمادة 489 من (ق.م.م) تنص على ما يلي: «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب

¹ - تنص المادة 676 من (ق.م.ج) على ما يلي: «لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

² - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 244.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والتركة، والقرض والدخل الدائم والصلح)، الجزء 5، ط2، (د.ب.ن)، 1987، ص 184.

⁴ - تنص المادة 934 (ق.م.م) على ما يلي: «في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين، أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري....».

⁵ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 247.

في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». فالهبة تتعقد وتكون صحيحة ولو لم تتم في الشكل الرّسمي، إذا توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون هناك عقد هبة توفرت فيه جميع الشروط الموضوعية للانعقاد والصحة.
- التنفيذ الاختياري للهبة من جانب الواهب أو ورثته بعد وفاته.
- أن يتم هذا التنفيذ بتسليم الشيء موضوع الهبة¹.

ثانيا: الشيء الموهوب منقولاً.

انتقال الملكية في المنقول تختلف باختلاف المنقول في حد ذاته، فتنقل الملكية في المنقول بالقبض والحيازة الحقيقية، إذا كان الشيء الموهوب منقولاً معيناً بالذات مملوكاً للواهب²، وذلك لأنّ الهبة في المنقول تتعقد بالإيجاب والقبول وبالحيازة وفقاً لما تقتضي به المادة 206 من (ق.أ.ج). أما إذا كان المنقول غير معين بالذات أي معيناً بالنوع، فلا تتم الهبة ولا تنتقل الملكية فيها إلا بفرز المال محل الهبة. وما دام قانون الأسرة لم ينص على هذا الحكم. يأخذ بنص المادة 166 من (ق.م.ج)³ باعتبارها قاعدة عامة، ويقصد بالإفراز تعيين قدر من الأشياء المثلية بذاتها، وذلك عن طريق فصله عن سائر الأشياء التي تكون معه نوعاً واحداً، والإفراز ليس له أثر رجعي يعود إلى وقت الاتفاق. وبالتالي وقت انتقال ملكية الشيء المعين بنوعه هو وقت إفرازه⁴، أما المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة لنقل الملكية فلا تتم هبتها إلا بمراعاة الإجراءات الخاصة، مثل الأسهم والسندات ففي حالة الأسهم نجد حوالة الأسهم بدون مقابل بطريقة الهبة، فتتص المادة 700 من القانون التجاري الجزائري⁵ على ما يلي: «يجب أن توضع إحالة الأسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وأن يتم دفع الثمن بين يدي الموثق الذي يقوم بتحرير العقد»، كذلك نجد الإجراءات الخاصة في العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطه لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، المترتبة على السفن أو حصصها، فيجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي

¹- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع نفسه، ص 248.

²- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 526.

³- تنص المادة 166 من (ق.م.ج) على ما يلي: «إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء».

⁴- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع) ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2000، ص 112.

⁵- مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أبريل 1993 معدل ومتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. عدد 26 الصادرة في 27 أبريل 1993.

صادر عن الموثق يتضمن نوع السفينة وسعتها، ومداخلها، ومخارجها، وأسماء مالكيها السابقين ويكون قيدها إلزاميا في سجل السفينة¹.

الفرع الثاني

تسليم الشيء الموهوب

يعتبر هذا الالتزام جزء من الالتزام بنقل الملكية الذي سبق التطرق إليه، وعلى الواهب المحافظة على الشيء الموهوب إلى أن يسلمه إلى الموهوب له، وتسري أحكام التسليم في البيع على أحكام التسليم في الهبة فقد نصت المادة 167 من (ق.م.ج) على ما يلي: «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم».

أولاً: المحل الذي يقع عليه التسليم.

فمحل التسليم هو الشيء الموهوب، ويلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة².

إذا كان الموهوب عقارا، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون أولا بتخلي الواهب عنه، فإن كان دار يسكنها الواهب وجد عليه أن يخليها، وتسليم مفاتيحها، وإن كان أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها ويمكن الموهوب له منها³، كما يلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمحلقات التي تتبعه، فتلحق بالموهوب أوراق والسندات المتعلقة به كمسندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري على الموهوب له، وإذا كان الموهوب منزلا ألحقت الأشياء المتصلة به اتصال قرار ومثبتة فيه، ولا تدخل فيها الملحقات التي يمكن فصلها دون تلف⁴.

أما إذا كان الشيء الموهوب منقولا يتطلب إجراءات خاصة فإن الهبة فيه لا تتعقد ولا تتم إلا باستثناء الإجراءات الخاصة، سواء كانت إجراءات تتم أمام الموثق أو أمام الإدارة المختصة، فلكي تتم هذه الهبة توجب استيفاء هذه الإجراءات مع تسليم الشيء المنقول إلى الموهوب له وحيازته له حيازة تامة، وفقا لما جاء نص المادة 206 من (ق.أ.ج)، أما المنقول الذي لا يتطلب إجراءات خاصة فإن هبته تتم

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 525.

² - محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 263.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 248.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص

بالحيازة والقبض أي التسليم الفعلي للشيء الموهوب، ووضعه تحت يد الواهب وتمكينه منه دون أي تعرض.¹

ثانيا: كيفية تسليم الموهوب.

تسليم الموهوب يتم فورا بمجرد تمام الهبة كأصل، ما لم يتم الاتفاق بين المتعاقدان على وقت معين يتم فيه التسليم، على أساس أن الهبة يمكن أن تقترن بأجل، وهذا ما رآه جانب من الفقه، إلا أن لا يستقيم لدينا لا من الناحية القانونية ولا من الناحية العملية، ذلك أن من أركان الهبة في التشريع الجزائري الحيازة، ولا تتم هذه الأخيرة إلا بالسيطرة المادية الفعلية على العقار مقترنة بنية التملك.

مكان تسليم الموهوب هو المكان الذي يكون موجودا فيه وقت تمام الهبة، وإذا كان الموهوب من المثليات أو لم يعين مكان وجوده، فالتسليم يكون في موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم، وهذا ما لم يتفق المتعاقدان على مكان آخر يسلم فيه الموهوب.²

يعتبر التسليم قد تم إذا وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له في المكان المتفق عليه أو مكان وجوده وقت إبرام الهبة أو في موطن الواهب، إذا لم يعين مكان وجوده، ويتمكن من حيازته حتى لو لم يستولي عليه ماديا بعد علمه بذلك، وهو التسليم الفعلي. كما تجدر الإشارة إلى أن التسليم الحكمي يحل محل التسليم الفعلي في الحالة التي يكون فيها العقار في حيازة الموهوب له قبل الهبة بإعارة، أو إيجار أو وديعة وغيرها، فيبقى الشيء الموهوب في حيازة الواهب بعد إبرام عقد الهبة، ليس بصفته مستعيرا أو مستأجرا، أو مديعا، ولكن بصفته مالكا³، أما فيما يخص تبعة الهلاك للشيء الموهوب قبل التسليم بسبب أجنبي تقع على الواهب.

ثالثا: جزاء الإخلال بالتزام التسليم.

إذا أخل الواهب بالتزام التسليم، يستطيع الموهوب له أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، فيجبره هذا الأخير على التسليم ما لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل هذا الحق. أما

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 249.

² - محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، (د.د.ن)، مصر، (د.س.ن)، ص 40.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 190.

فسخ الهبة لعدم التسليم فليس هناك مصلحة للموهوب له لكي يطالب به، إلا إذا أراد التخلص من التزامه بدفع العوض إذا كانت الهبة بعوض.¹

الفرع الثالث

ضمان عدم التعرض والاستحقاق

يضمن الواهب التعرض الصادر منه، فلا يجوز له يأتي أعمالا مادية أو يقوم بتصرفات قانونية تتضمن اعتداء على حقوق الموهوب له. كما يضمن الواهب التعرض الصادر من الغير، كما أنه يضمن عدم استحقاق هذا الشيء الموهوب.

إلا أنّ المشرع الجزائري قد أغفل في قانون الأسرة التطرق إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من قبل الواهب، ولذلك يجب الأخذ بنص المادة 222 (ق.أ.ج)² التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الغراء نجد أنها تقضي أنه لا ضمان على الواهب في حالة الاستحقاق إلا إذا كان تحت شرط أو اتفاق أو كان الاستحقاق راجعا إلى فعل الواهب³. وبالرجوع إلى القضاء المصري نجد أن محكمة استئناف الإسكندرية قد قضت بحكم بأن لا داعي من الرجوع إلى الشريعة الغراء في أحكام الهبة باعتبارها من المسائل التي أسسها ونظمها الشرع، وقصر القانون المدني عن الإحاطة بكل أسسها وضوابطها وتقضي أحكام الشرع بأن الواهب لا يضمن للموهوب له التعرض الحاصل من فعل الغير والاستحقاق المترتب عليه، فإذا استحق الشيء الموهوب لمالكه الحقيقي فليس للموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب. ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد سائر للهبة هو بيع واستحق العقار الموهوب للغير، فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بالثمن المسمى في عقد البيع المذكور»⁴.

أما فيما يخص التشريع المصري فنجد المادة 494 من القانون المدني المصري تنص على أنه: «لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

¹ - محمد يوسف عمر، مرجع سابق، ص 266.

² - 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».

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 250.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 196.

وإذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي». في هذا المقام إذا نجح الأجنبي المتعرض في دعوى الاستحقاق فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق كأن يخفي مثلاً وثائق تثبت حق الغير في الموهوب، أو يطمس علامات ظاهرة بحق ارتفاق على العقار الموهوب، وفي هذه الحالة يجب أن يلاحظ أن الواهب متبرع فلا يتعامل طبقاً للقواعد العامة، بحيث تجعله مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناءً على تعمده في إخفاء سبب الاستحقاق، ويقتصر على القاضي أن يقدر للموهوب له تعويضاً عادلاً يحدده بحسب الظروف وما تحمله من خسارة بسبب الإخفاء¹، وإذا كان الموهوب له قد تفادى الاستحقاق بدفع مبلغ من نقود أو بأداء شيء آخر، كان للواهب أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة الشيء².

الحالة الثانية: إذا كانت الهبة بعوض، فقدم الموهوب له عوضاً عن الهبة أو التزم بشروط في هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه. ولكنه لا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، وإذا ما فرضت التزامات وشروطاً على الموهوب له تحل هذا الأخير منها وبرئت ذمته³.

تجدر الإشارة إلى أن هذا كله إذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو يعلمه ولم يتعمد إخفاءه، أما إذا كان يعلم به وتعمد إخفاءه فإنه يكون مسؤولاً عن كل الضرر الذي أصاب الموهوب له، مما يجوز معه للموهوب له الرجوع على الواهب بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع⁴. ويجوز للمتعاقدین باتفاق خاص على تشديد ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاصه في حالة ما إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أي بسوء نيته⁵.

في كل الأحوال إذا استحق الموهوب للغير وكانت للواهب حقوق ناشئة قبل المستحق، كما إذا كان قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في هذه الحقوق وإن

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 523.

² - أنور طلبية، العقود الصغيرة، مرجع سابق، ص 82.

- محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 267.

³ - خالد سماحي، مرجع سابق، ص 196.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 200.

⁵ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 196.

كان الواهب قد رفع دعوى بالمطالبة بالثمن، جاز للموهوب له التدخل فيها للقضاء له بالثمن، وإن لم تكن الدعوى قد رفعت، جاز له رفعها ضد كل من الواهب والمشتري.¹

الفرع الرابع

ضمان العيوب الخفية

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري للالتزام بضمان العيوب الخفية، لذلك لا بد من الرجوع إلى الأحكام الموضوعية في الفقه الإسلامي وفقا لما أحالت عليه المادة 222 من (ق.أ.ج)، نجد أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية. والمشرع المصري ينص في المادة 495 من (ق.م.م) على: «لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب، كان ملزما بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض على ألا يتجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض».

يعتبر الشيء الموهوب معيبا إذا لحقه تلف عارض يجعله على غير الحال التي يكون فيها الوضع الحالي، وتقدير وجود العيب أو عدم وجوده لا يكون ثابتا في جميع الأحوال، فهو يختلف باختلاف الشيء فقد يكون الشيء سليما على ضوء غرض معين، ويكون معيبا في ضوء غرض آخر، ومن ثم يختلف تقدير العيب لدى الأشخاص بحسب اختلاف أغراضهم من هذا الشيء. فتحديد وجود العيب بالشيء يكون بحسب اختلاف الظروف.²

فالأصل أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية ذلك أنه متبرع، ولا يضمن هذا العيب إلا في الأحوال التالية:

الحالة الأولى: إذا تعمد الواهب إخفاء العيب فلا يكفي أن يكون الواهب عالما بالعيب، بل يجب أيضا أن يتعمد إخفاءه، وكان العيب مؤثرا وخفيا يصعب رؤيته بالعين المجردة، ففي هذه الحالة يلزم الواهب بتعويض الموهوب له لما سببه العيب من ضرر. فلا يعوض الموهوب له عن العيب ذاته كأن يهب الواهب منزلا للموهوب له وتهدم هذا الأخير بسبب عيب خفي فيه، فيعوض الواهب الموهوب له مما ألحقه هذا العيب بأثائه أو بعتاده من ضرر، ولا يعوضه عن الضرر في حد ذاته.³

¹- أنور طلبة، مرجع سابق، ص 93.

²- محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 269.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص

الحالة الثانية: إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل وظهر عيب خفي يضمنه الواهب حتى وإن لم يكن يعلم به، فيعوض الموهوب له عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة، على ألا يتجاوز التعويض في كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له.

الحالة الثالثة: إذا ضمن الواهب باتفاق خاص مع الموهوب له خلو العيب الموهوبة من العيوب ثم ظهر عيب ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب حتى لو لم يكن يعلم به، وحتى إن كانت الهبة بغير عوض أو أي مقابل آخر.

يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان بأن يتفق المتعاقدين مثلا على أن يضمن الواهب ليس الخسارة فحسب التي سببها العيب، بل أيضا نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب، كما يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب عيبا معينا بالذات في الهبة بعوض، فإذا ظهر هذا العيب لم يكن الواهب ملزما بتعويض الموهوب له عنه حتى في حدود العوض. وأخيرا يجوز إسقاط الضمان كأن يتفقا على ألا يضمن الواهب العيب الذي يظهر في العين الموهوبة في الهبة بعوض، إلا أنه لا يجوز إسقاط الضمان ولا إنقاصه في حالة تعمد الواهب إخفاء العيب¹.

المطلب الثاني

التزامات الموهوب له

الأصل في الهبة أن الموهوب له لا يلتزم بشيء إذ يغلب أن تكون الهبة تبرعا محضا، فتكون عقدا ملزما لجانب واحد وهو جانب الواهب دون جانب الموهوب له. وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يفرض أي التزام على الموهوب له، ولكن مع ذلك فقد يتفق كل من الواهب والموهوب له على أن يلتزم الموهوب له بنفقات عقد الهبة ونفقات التسليم².

من الناحية العملية غالبا ما تتجه إرادة الطرفين إلى إبقاء نفقات الهبة جميعها على عاتق الموهوب له، بما في ذلك مصاريف التسليم. وقد تكون الهبة بعوض أو بمقابل من التزامات وشروط تفرض على الموهوب له، ففي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بأداء هذا العوض أو المقابل³، ومن ذلك تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين هما:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، ص 206.

² محمد حسنين، مرجع سابق، ص 522.

³ محمد بن احمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 257.

الفرع الأول

التزام بأداء العوض أو المقابل

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة.

فإذا كانت الهبة بعوض التزم الموهوب له بأداء هذا العوض وذلك عملاً بالمادة 2/202 من (ق.أ.ج) التي جاء فيها أنه: «يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط». ويستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له فلا تكون الهبة قطعية ونافذة إلا بأداء الموهوب له هذا الشرط¹، وتجدر الإشارة إلى أنه يقابل هذا النص في التقنين المدني المصري المادة 497 التي نصت على ما يلي: «يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط من عوض، سواء هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة».

حتى تحتفظ الهبة بطابعها التبرعي يجب أن تكون قيمة العوض المشترك أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة. أما إذا كانت قيمة العوض تقترب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها ويعلم الموهوب له ذلك، فإن العقد يكون معاوضة لا هبة. أما إذا كان لا يعلم ذلك فإنه يستطيع إبطال الهبة لغلط جوهري².

إذا أخل الموهوب له بهذا الالتزام بأن امتنع عن أداء العوض دون عذر مقبول، فإنه يطبق القواعد العامة في الامتناع عن القيام بتنفيذ الالتزام، كون المشرع في قانون الأسرة نجده ساكتاً عن الإخلال بالجزاء. فبناءً لما تقتضيه المادة 164 من (ق.م.ج)³ فإن للواهب أو لورثته من بعده المطالبة بالتنفيذ العيني، وإجباره على العوض عينا إذا كان ممكناً سواء كان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، وللأجنبي المطالبة بالتنفيذ وفقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير كونه هو المستفيد، أما فيما يخص المصلحة العامة فيمثلها الواهب طوال حياته وهو الذي ينوب عنها في المطالبة بالتنفيذ، فإن مات تولت السلطة المختصة ذلك ولها أن تطالب بأقساط العوض التي استحققت في حياة الواهب.

يجوز للواهب وحده المطالبة بالفسخ لعدم أداء العوض، أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ، ولما كان العوض أقل قيمة من الموهوب فإن الفسخ في الحالات التي يجوز فيها أن يلحق بالموهوب عينا. فلذلك الواهب أو ورثته لا يسترد من الموهوب إلا القدر الذي كان ينبغي أن يستخدم لأداء

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 522.

² - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 167.

³ - تنص المادة 164 من (ق.م.ج) على ما يلي: «يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً».

العوض، وقد يرد هذا القدر نقدا حتى ولو لم ترد الهبة على نقود، أو يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل.¹

الفرع الثاني

الالتزام بنفقات الهبة

الأصل أن تكون جميع نفقات الهبة بما في ذلك مصروفات العقد وأتعاب الموثق ورسوم الطابع التسجيل، ومصاريف الشهر وتسلم العين الموهوبة ونقلها على الموهوب له، وذلك باعتبار أنه لا يعقل أن يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة، ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون تلك النفقات على الواهب إذا أراد هذا الأخير أن ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصا من كل التكاليف فيتحمل بذلك الواهب مصروفات العقد ونفقات تسليم العين الموهوبة، ويتم استخلاص وجود هذا الاتفاق من الظروف التي تمت فيها الهبة.²

الملاحظ أن القانون الجزائري لم يعالج الالتزام بنفقات الهبة على خلاف القانون المصري الذي نص على ذلك في المادة 678 منه، والمشرع الجزائري يطبق في ذلك القواعد العامة قياسا على البيع، كونها مسائل إجرائية وكونها لا تمس بموضوع الهبة الذي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.³

المبحث الثاني

الرجوع في عقد الهبة

الهبة عقد لازم في التشريع الجزائري، فلا يجوز الرجوع فيها بالإرادة المنفردة، تطبيقا للمبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" المكرس في القانون المدني الجزائري ضمن المادة 106 التي تنص على أنه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون". غير أنه كاستثناء أجاز القانون الجزائري للوالدين دون سواهما الرجوع في الهبة لولدهما في حدود ما ورد في نص المادة 211 من (ق.أ.ج).

¹ - أنور طلبية، مرجع سابق، ص ص 86-87.

² - بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1970، ص 243.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 260.

المقصود بالرجوع الذي سيتم التفصيل فيه رجوع الواهب في هبته بعد انعقادها وتامها، لا رجوع الواهب عن إيجابه قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب، إذ أن الهبة لا تتم في هذه الحالة لأن القبول لم يصادف إيجاباً قائماً وقت وصوله إلى علم الواهب

لعل معالجة مسألة مدى إمكانية الرجوع في الهبة تطرح من زاويتين هما الجانب الفقهي والجانب التشريعي، وهو ما سنعالجه من خلال النقطة الأولى (مطلب أول)، ونتناول بالدراسة في النقطة الثانية أحكام الرجوع في عقد الهبة (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم الرجوع في عقد الهبة

الهبة عقد من عقود التبرع، إذ هي سبب من أسباب نقل الملكية من ذمة إلى أخرى بحيث ترتب التزامات كبيرة على عاتق الواهب. والهبة إذا تمت صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها فإنها ملزمة ومرتبة لآثارها، والرجوع عنها هو استثناء عن القوة الملزمة الناشئة بموجبها، فالمشرع وضع استثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" بحيث أجاز الأب والأم في حدود جد ضيقة إمكانية الرجوع عن الهبة التي يهبانها إلى الأبناء مهما يكن سنهم

لتحديد مفهوم الرجوع في عقد الهبة نرى ضرورة تعريفه في الفقه الإسلامي والقانون (فرع أول)، والوقوف على خصائصه القانونية (فرع ثاني)، مع بيان كلفيته (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف الرجوع في عقد الهبة ومدى مشروعيته

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الرجوع في عقد الهبة من جانب الفقه الإسلامي، ومن الجانب القانوني، وكذلك مدى مشروعية الرجوع في عقد الهبة.

أولاً: تعريف الرجوع في عقد الهبة.

إن الخوض في تقديم تعريف الرجوع في الفقه الإسلامي يقتضي منا التعرض للتعريف اللغوي والإصلاحي.

أ- التعريف اللغوي:

يطلق الرجوع في اللغة على عدة معاني منها الانصراف، والرد، والعود والترك¹.

¹ - نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2001، ص2.

فيأتي الرجوع بمعنى الانصراف إذ يقال: رجع، يرجع، رجعا، ورجوعا إذا انصرف¹، جاء في القرآن الكريم: ﴿إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ﴾² ورجع الشيء عن الشيء وإليه أي صرفه ورده، واسترجع منه الشيء بمعنى أخذ منه ما دفعه إليه³.

ويأتي بمعنى العودة فيقال: راجع من السفر، ورجع عن الأمر ورجع في الشيء أي عاد فيه، فيقال: رجع في هبته أي أعادها إلى ملكه⁴.

يأتي بمعنى الرد إذ يقال: راجع الشيء ورجع إليه إذا رده. ويأتي أيضا بمعنى الترك، فيقال رجع عن الشيء أي تركه.

الرجوع: العود إلى ما كان عليه مكان أو صفة أو حالا، يقال: رجع إلى مكانه وإلى حالة الفقر أو الغنى، ورجع إلى الصحة أو المرض أو غيره من الصفة، ورجع عن الشيء تركه ورجع إليه⁵.
الملاحظ أن هذه المعاني المذكورة أعلاه وإن كانت متقاربة إلى حد كبير إلى أننا نرى أن الرجوع بمعنى الرد هو الأقرب إلى المعنى المراد في هذا البحث، إذ أن الراجع عن عقده يعود برجوعه هذا إلى ما كانت عليه الحال قبل التعاقد⁶.

ب- التعريف الاصطلاحي:

لم يضع الفقهاء تعريفا محددًا للرجوع والظاهر من استعمالاتهم لمصطلح الرجوع أنه يقترب من المعنى الذي رأيناه عند أهل اللغة، وبذلك هناك تعريفات فقهية لا حصر لها قدمت لتحديد معنى الرجوع. فعرّفه الكاساني في البدائع بأنه "فسخ العقد بعد تمامه"⁷، وبهذا قد رفع العقد من الأصل، فاستعمل الفسخ كمعنى للرجوع.

¹ - فتح الله أكتّم محمد الله تفاحة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1996، ص 39.

² - سورة العلق الآية 8.

³ - ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2002، ص 5.

⁴ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 63.

⁵ - فتح الله أكتّم محمد الله تفاحة، مرجع سابق، ص 39.

⁶ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 63.

⁷ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 2003، ص 186.

و بذلك فقد حصر الرجوع في الفسخ دون أن يكون له معنى زائد، والرجوع أعم من الفسخ فالفسخ صورة من صورته.¹

كما عرفه البعض بأنه "زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً". وبشرط عدم وجود مانع من الموانع القانونية للرجوع.²

كما عرفه الدكتور فتح الله أكثم حمد الله تفاحة أنه: "رد العقد القابل لذلك والعودة إلى حال ما قبل وفق شروط مخصوصة".

وقد شرح هذا التعريف على النحو التالي:³

- "رد": بمعنى منع الشيء وصرفه وإرجاعه، وينصرف إلى أي رد سواء تعلق الآخر برد العقد أو غيره.
 - "العقد القابل لذلك" عقد ثان خرج به ما لا يقبل الرجوع من العقود مثل العقود اللازمة التي لا يوجد بها مسوغ شرعي من خيار أو عيب.
 - "العودة إلى حال ما قبل العقد" لبيان أثر الرجوع المتمثل في إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد.
 - "وقف شروط مخصوصة" يقصد به أن يشترط في الرجوع توافر شروط معينة كالأهلية، وعدم هلاك أو استهلاك محل العقد.
- والتعريف على النحو المقدم يشمل الرجوع في العقود اللازمة كالرهن، والبيع إذا خلا من الخيار والعيب، والعقود غير اللازمة كالوكالة والهبة.⁴
- كما عرفه الدكتور جمال الدين طه العاقل على أنه: "عود الواهب في هبته بالقول أو الفعل بغية ارتجاعها واستردادها من الموهوب له رضاً أو قضاء وفق شروط معينة".⁵

¹- نايف محمد العجمي، مرجع سابق، ص 40.

²- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001، ص 30.

³- فتح الله أكثم حمد الله تفاحة، مرجع سابق، ص 41.

⁴- فتح الله أكثم حمد الله تفاحة، مرجع نفسه، ص ص 41-42.

⁵- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 8.

لملاحظ أن التعريف الأخير هو الأقرب إلى الصواب والأكثر دقة وشمولا، ذلك لأنه يشمل الرجوع بالتراضي بين الواهب والموهوب، كما يصدق على الرجوع القضائي الذي يقيد به الفقه والقضاء بشروط معينة.¹

الجدير بالذكر في هذا الصدد أننا لم نلمس أي تعريف قانوني للرجوع عن الهبة سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المختلفة الأخرى، وإن كان قد ذكر لفظ الرجوع صراحة في نصوص المواد الخاصة بالرجوع في الهبة.

ثانيا: مدى مشروعية الرجوع في عقد الهبة.

أ- مشروعية الرجوع في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز الرجوع في الهبة أو عدم جوازها.

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة وهي حالة هبة الولد لولده، وهو ما يسمى عند المالكية باعتصار الهبة أي ارتجاعها، فيعتصر الأب أي يسترجع قهرا ما وهبه لولده.²

أما الحنفية فالأصل عندهم الحق للواهب في الرجوع عن هبته، فهي عقد غير لازم.

ومن المفيد أن نذكر رأي كل مذهب على حدا حتى يتبين لنا الأمر بوضوح:

أ-1- المذهب المالكي:

المبدأ الأساسي لدى المالكية هو المنع أصلا من الرجوع في الهبة وعدم الاعتصار فيها، ذلك أن الاعتصار لا يكون إلا للأب أو الأم فلهما الاعتصار فيما وهباه لأولادهما، واستند في ذلك ما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده"³. فلأب أن يعتصر أي يأخذ ما وهبه قصر عنه بلا عوض مطلقا، أي سواء كان الولد ذكرا أم أنثى صغيرا، فقيرا أم غنيا، سفيها أم رشيدا، أجاز الولد الشيء الموهوب أو لم يجزه، وليس له لفظ خاص، بل يكون بكل لفظ يدل على استرجاع الهبة من ولده، والاعتصار في الهبة وهي هبة الوالد لا تتوقف على

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 64.

²- محمد بن أحمد تقيية، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 288.

³- كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 167-168.

رضى الموهوب له، ولا على قضاء القاضي، فيكفي أن يقول رجعت في هبتي أو ارددتها أو نحو ذلك من ألفاظ دالة على الرجوع، فإن أخذ الأب ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعاً.¹

أ-2- المذهب الشافعي:

الشافعية من حيث المبدأ يمنع الرجوع في الهبة إلا للوالد والجد، بمعنى إن وهب لعين الولد وولد الولد وأقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روى عن عباس رضي الله عنه رفعناه إلى النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده".

والقصد من الهبة إصلاح حال الولد وربما كان الإصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع.²

أ-3- المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى جواز الرجوع في الهبة، إلا إذا حصل مانع من الرجوع، كالهبة لذي رحم ونحو ذلك، فالأصل هو الرجوع، إلا إذا قام دليل على المنع وقد احتجوا على ذلك بما يأتي:

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتَهُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾.

وجه الدلالة من الآية أن التحية تستعمل في معان عدة منها السلام والثناء ومنها الهدية بالمال. والمعنى الأخير هو المراد هنا بديل القرنية الدالة عليه والواردة في نفس الآية، وهي قوله تعالى: "ردوها" فرد الشيء يستلزم أن يكون متعلقاً بالأعيان لا بالأعراض إذ أن هذا الأخير لا يتصور رده.³

فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم، فيجوز للواهب الرجوع في هبته ويستندون في ذلك إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها﴾ أي يعوض.

بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب، "من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها"، فيؤيدون بذلك جواز الرجوع في الهبة بأن الواهب إنما قصد من هبته غرضاً، قد يكون صلة الرحم، أو لغرض مالي فإذا ظهر أن غرضه قد تحقق لم يجز له الرجوع، كما لا يجوز الرجوع في الهبة ما بين الزوجين، والهبة لذي رحم محرم والهبة بعوض والصدقة وفيما عدا ذلك ترك الأمر إليه فجاز له الرجوع في الهبة على ألا يتعارض حقه في الرجوع مع حق آخر، أي عدم وجود مانع من الرجوع.⁴

¹- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ص ص 290-291.

²- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع نفسه، ص 298.

³- إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، (دراسة مقارنة بالفقه)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص 442.

⁴- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص ص 222-223.

أ-4- المذهب الحنبلي:

جاء في المغني ما خلاصته أن للأب الرجوع فيما وهب لولده، ويشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط فإن تخلف واحد منها امتنع الرجوع وهي:

- **الشرط الأول:** أن يظل الشيء الموهوب باقيا في ملك الموهوب له وإن خرج عن ملكه بأي سبب كان بيعا أو هبة أو وقفا، أو إرثا أو غير ذلك، لم يكن له الرجوع فيما وهب، لأنه إبطال لملك غير الموهوب له، وإن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث أو نحو ذلك لم يملك الرجوع لأنه عاد بملك جديد لم يستند من قبل أبيه.
 - **الشرط الثاني:** أن تكون العين باقية في تصرف الولد ويملك التصرف فيها أي في رقبته، فإن تم رهنها أو أفلس وحجز عليه لم يملك الأب الرجوع فيها، لأن في ذلك إبطالا لحق غير الولد، فإذا زال المانع من التصرف فله الرجوع.
 - **الشرط الثالث:** ألا تتعلق بها رغبة لغير الولد فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدلوه أو رغبوا في زواجه فزوجوه.
 - **الشرط الرابع:** ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعه.¹
- ب - مشروعية الرجوع في الهبة في القانون المقارن و في التشريع الجزائري:
- ب-1- مشروعية الرجوع في الهبة في القانون المقارن:

من المسلم به في القانون الوضعي تشريعا وفقها وقضاء أن العقد إذا انعقد صحيحا بين طرفيه أصبح ملزما لهما ولا يجوز لأحدهما أن يستقل بالرجوع فيه، بل يجب أن يتفق مع المتعاقد الآخر على هذا الرجوع بالتراضي أو رفع الأمر إلى القضاء ما لم تتفق إرادتهما على هذا الرجوع.²

بالنسبة للتشريعات العربية المقارنة استندت أغلبها في الأحكام الموضوعية لعقد الهبة من الفقه الإسلامي، ولما كانت مسألة الرجوع محل خلاف بين الفقهاء كما سبق أن بيناه أنفا فقد اختلفت هذه التشريعات تبعا لذلك، فأخذ بعضها بمذهب جمهور الفقهاء وبالتالي منع الرجوع في الهبة كأصل عام ويرد عليه استثناء وهي حالة هبة الوالد لولده، ومنها من اعتنق مذهب الأحناف وبالتالي أقر للواهب بحقه في الرجوع عن هبته، إلا إذا وجد أحد موانع الرجوع، وهناك من تأرجحت بين مذهب الجمهور ومذهب الأحناف.

¹- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ص 300.

²- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 44.

فقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد بالمذهب الحنفي حتى لا يتغير الأحكام التي استقرت في عهد التقنين المدني السابق، فبتالي يحق للواهب أن يرجع في هبته إما رضاء أو قضاء متى كان يتوفر على عذر مقبول أو لم يوجد مانع الرجوع¹، حيث نصت المادة 500 منه 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، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع».

فبمقتضى هذه المادة الصريحة يتبين أن الرجوع في عقد الهبة ليس تحكيميا من جهة الواهب وإرادته المنفردة، إذ أنّ هذا الأخير لا يستطيع أن يرجع في هبته إلا إذا رضى بذلك الموهوب له، ومن ثم فإن هذا التراضي على الرجوع لا يعدو أن يكون إقالة منها. وشأن الإقالة هنا شأنها في أي عقد آخر، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود والإقالة لها اثر رجعي، فتعتبر الهبة كأن لم تكن وبهذا تجب حماية الغير حسن النية. وهو كل من كسب حقا عينيا من الموهوب له على الموهوب قبل الإقالة. والتراضي يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو لم يكن، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أم لم يوجد، بينما النقاضي لا يتم به الرجوع في الهبة إلا إذا لم يكن هناك مانع من الرجوع وكان عند الواهب عذر مقبول.²

إن حق الرجوع في العقد أمر مقرر في القانون المصري بنصوص مقننة لا لبس فيها ولا غموض باجتماع الفقه القانوني المصري.³

نجد أن المشرع العراقي قد ذهب إلى نفس ما ذهب إليه المشرع المصري وذلك ما يستنتج من نص المادة 620 مدني عراقي والتي جاءت كما يلي: «للاهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له، فإن لم يرضى كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من الرجوع».⁴

أما فيما يخص القانون الفرنسي فقد أعطى عقد الهبة قوة في الإلزام بحيث قرر أن الأصل فيه عدم الرجوع وهذا ما اقتضت به المادة 894 من القانون المدني الفرنسي: «الهبة عقد به يتجرد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله» وبمقتضى هذا النص لا يجوز الرجوع في الهبة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 224.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع نفسه، ص 228.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 446.

⁴ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، "عقد الهبة"، ج 11، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د س ت)، ص 499.

قاعدة عدم الرجوع في الهبة ترجع إلى مبدأ القانون الفرنسي القديم «Donner et retenir ne vent» "الإعطاء والمنع لا يجتمعان" وإن كان هذا المبدأ لم ينقل بحرفيته في القانون المدني فإنه تظهر تطبيقاته في المواد من 943 إلى 946 مدني فرنسي، وفيما بعد أخذت هذه العبارة معنى آخر مختلف فصار يقصد بها أن الهبة عقد لا يمكن الرجوع فيه فالواهب يتخلى عن ماله في الحال وفي أثناء حياته وبصفة نهائية، ولا يجوز له أن يحتفظ لنفسه بحق الرجوع فيما وهبه.

غير أن المشرع الفرنسي وإن منع الرجوع في الهبة باعتبارها عقدا لازما كقاعدة عامة، إلا أنه أقر استثناءات على ذلك. فأجاز للواهب أن يرجع في هبته لأسباب وهي عدم تنفيذ التكاليف وجحود الموهوب له، وكذا ميلاد ولد للواهب، وفي حال توفر سبب من هذه الأسباب أمكن للواهب الرجوع في هبته إما بالتراضي وإما بحكم القضاء¹.

قد جاءت المادة 955 مدني فرنسي بالأحوال التي تبطل فيها الهبة بسبب الجحود وهي عقوبة الموهوب له لنكران الجميل والتي قضت بأنه لا يصح الرجوع في الهبة بسبب الجحود إلا إذا توفرت الحالات الآتية:

- 1- إذا اعتدى الموهوب له على حياة الواهب.
- 2- إذا أساء الموهوب له معاملة الواهب إساءة جسيمة أو ارتكب نحوه إهانة جسيمة أو قذفا خطيرا.
- 3- إذا امتنع عن إعطائه نفقة²

هي حالات جاءت على سبيل الحصر والبطلان بسبب الجحود لا يقع بقوة القانون، بل من رفع دعوة إلى القضاء، وللقاضي السلطة التقديرية في مدى صحة الأفعال المنسوبة إلى الموهوب له وجسامتها، والواهب وحده يملك حق رفع الدعوى، والرجوع بسبب جحود الواهب لا يؤثر في التصرفات الحاصلة من الموهوب له ولا في الرهون الرسمية والتكاليف العينية الأخرى التي قد أجراها على الشيء الموهوب، بشرط أن يكون ذلك سابقا على قيد ملخص طلب الرجوع الذي يكون قد عمل على هامش تسجيل الهبة إذا كان موضوع الهبة عقارا، أما بالنسبة إلى هبة المنقول فيجب أن تكون التصرفات والحقوق العينية سابقة على طلب البطلان³. ودعوى الرجوع في الهبة للجحود تتقدم بسنة واحدة من وقت وقوع العمل الصادر من

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ص 283-284.

² - Art 955 du code civile français stipule: «la donation entre vifs ne pourra être révoqué pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1° Si donataire a attenté a la vie du donateur ;

2° S'il rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments ».

³ - Art 858 de c.c.f

الواهب. ومن الأعدار المبيحة للرجوع في عقد الهبة أن يرزق الواهب ولدا كما في المادة 1960¹ من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها ما يلي: « إن كل الهبات التي تمت من أشخاص ليست لهم أولاد ولا ذرية على قيد الحياة وقت الهبة مهما كانت قيمة هذه الهبات، وبأية صورة جعلت، وسواء كانت متبادلة أم مثمرة، بل ولو كانت قد حصلت لصالح الزواج، إلا ما كانت من الأصول للزوجين أو من أحد الزوجين للآخر، كل هذه الهبات تبطل من نفسها بميلاد ولد شرعي للواهب، ولو كانت ولادته بعد موت الواهب، أو بالاعتراف بولد غير شرعي بزواج لاحق بشرط أن يولد بعد الهبة».

ب-2- مشروعية الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على أن الأصل في عقد الهبة بأنها عقد ملزم، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة، إلا استثناءا وهو ما أورده المادة 211 من قانون الأسرة والتي تنص: «للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان 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 في الشيء الموهوب ببيعه، أو تبرع به، أو أدخل عليه ما غير طبيعته».

قد أخذ بهذا المبدأ عن المذهب المالكي الذي أجاز الرجوع في الهبة للوالدين فقط دون غيرهما وعمل القضاء على تكريس هذا المبدأ، عندما اعتبر أن المقصود بكلمة الأبوين في المادة 211 من (ق.أ.ج) الأب والأم، ولا تشمل الجد والجددة، إذ لا يحق للجددة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها²، ولا شك أن نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقا³.

مما يعني حق الرجوع عن الهبة حق شخصي يقتصر على الأب والأم ولا يشمل غيرهما من زوج أو أخ، أو جد أو جدة... الخ، إذ يمكن لهؤلاء الطعن في عقد الهبة بالبطلان أو الإبطال متى تحققت أسباب ذلك، كما يجوز لهم المطالبة باسترداد ما زاد عن ثلث المال الموهوب إذا تم إثبات تحريرها في

¹ - Art 960 c.c.f: stipule «toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donation puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autre que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et condition prévues au chapitre ler du titre du livre ler».

² - هلال فريدة، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 1011، ص 76.

³ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2010/07/15، رقم 347-554، غ أ ش، م.ق، العدد 2، 2010، ص 255.

مرض الموت والحالات المخيفة كما سبق بيانه، ولكن لا يمكنهم ممارسة الرجوع فالرجوع كما أشرنا هو حق مقرر للوالدين اتجاه أبنائهم فقط. والمقصود بالابن ليس الابن من الصلب فقط بل يشمل ابن الابن أيضاً، ومثالها أن تتم الهبة لابن الابن فهنا يجوز الرجوع في الهبة ما لم يحل أي مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من (ق أ ج).

الفرع الثاني

خصائص الرجوع.

هناك خصائص عامة وأخرى خاصة.

أولاً: خصائص عامة.

هي خصائص عامة يشترك فيها مع غيره من وسائل إنهاء الرابطة العقدية وبالتالي الخصائص العامة للرجوع لا تخرج عما يلي:

- أ- الرجوع في العقد تصرف شرعي وليس عقداً جديداً فيما بين طرفي العقد المزال بالرجوع والتصرف الشرعي عرفه الفقه القانوني بأنه: «كل ما صدر بإرادة دالا على إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة أو على استبدال حالة جديدة أخرى ويدخل تحته التقييدات والإسقاطات كالوقف والطلاق ويتولى الهبة والوصية ورد المبيع بخيار شرط أو عيب أو ما أنسبه ذلك»¹.
- ب- الرجوع في العقد يكون حال الحياة تارة وبعد الوفاة (بواسطة الورثة) تارة أخرى، لأن الرجوع وإن وقع بواسطة الورثة الأحياء إلا أن أثره يعود إلى الماضي من وقت العقد الذي أبرمه السالف وكان الأخير هو الذي أبرمه.

ثانياً: خصائص خاصة.

تحصر فيما يلي:

- أ- الرجوع يرد على نوعي العقود الجائزة واللازمة، فيرد بذلك على العقود اللازمة، كالعقود المقترنة بخيار العدول كما هو الشأن في عقد البيع، كما يرد على العقود الجائزة كعقد الهبة.²
- ب- الرجوع في العقد ذا أثر رجعي ينسحب على الماضي من وقت إبرام العقد، فالرجوع في الهبة يعد فسخاً لها ويكون لهذا الفسخ أثر رجعي، فتعتبر الهبة كأن لم تكن ومسؤولية الموهوب له تنحصر في رد الشيء الموهوب للواهب، فإن هلك قبل الرد بعد أعذاره بالتسليم كان مسؤولاً عن الهلاك

¹- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 رقم 350252 ، م ق، العدد 01، 2002، ص 308.

²- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع نفسه، ص 477.

حتى ولو كان الهلاك بسبب أجنبي، على أن يعود الموهوب للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق.

ج- الرجوع في العقد حق مزدوج الاستعمال، يكون في الأصل بالإرادة المنفردة ويكون استثناء بالتراضي أو التقاضي. فالرجوع في العقد بالإرادة المنفردة، هو تصرف قانوني صحيح يؤدي إلى إنهاء وزوال العقود التي تصح الرجوع فيها، فلا شبهة في أن الإرادة المنفردة تنتج آثارا متعددة فهي قد تكفي إنشاء الحق العيني كما في الوصية، كما أنها قد تنتهي عقدا قائما وذلك لأن الرجوع في العقد لا يكون إلا في عقد تبرع خاص وهو الهبة.

الرجوع في عقد الهبة لا يكون إلا بتراضي طرفي عقد الهبة، أو بحكم قضائي لعذر مقبول. وبالتالي يكون التكييف القانوني للرجوع هنا بالإقالة في حالة التراضي، أو فسخ قضائي في حالة الرجوع بالتراضي، وبهذا كان للرجوع هذه الخاصية الازدواجية في الاستعمال.¹

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة

لقد تعددت آراء الفقهاء حول مسألة تكييف الرجوع في عقد الهبة، وانقسموا إلى عدة اتجاهات. فهناك من كيفها على أساس أنه فسخ، ومنهم من اعتبره إلغاء وآخرون ذهبوا إلى أنه إقالة من الهبة، وسنتناول ذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً: الرجوع في الهبة فسخ لها.

يرى كثير من الفقهاء أن الرجوع في عقد الهبة سواء كان بالتراضي أو بالتقاضي يعد فسخا له، ودليلهم في ذلك أن الواهب يستوفي حقه بالفسخ، وعليه إذا انفسخ العقد عاد الشيء الموهوب إلى ملك الواهب وبالتالي اعتبار الهبة كأنها لم تكن، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/02/06 والذي يقضي أن الحكم فسخ العقد يرتب عنه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد.²

إلا أنه يأخذ على هذا الرأي أن الرجوع في عقد الهبة يختلف عن الفسخ من جوانب عدة أهمها:

- الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين وهذا ما جاء ضمن المادة 119 من (ق.م.ج) وهو أمر منطقي وبديهي، إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد، بل لمصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه³، أما الهبة فغالبا ما تكون عقدا ملزما لجانب واحد.

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 350252 الصادر بتاريخ 2001/02/21 ، م ق، العدد 01، 2002، ص 308

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 257742 الصادر بتاريخ 2002/02/06، م.ق عدد 1، 2003، ص 193.

³ - علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، ص 431.

- الفسخ جزاء عن خطأ المدين في حال إخلاله بالتزاماته، أي امتناعه عن تنفيذ التزامه. والمقصود بعدم التنفيذ هو الانعدام الكلي لتنفيذ الالتزام أو التنفيذ الجزئي أو التأخير في التنفيذ¹، والرجوع ليس جزاء موقعا على الموهوب له، بل هو حق قررره المشرع الواهب.
- المشرع يعطي السلطة التقديرية في حالة الفسخ القضائي فله سلطة تقديرية واسعة، ويستطيع طبقا للفقرة 2 من المادة 119 (ق.م.ج)² وفي ضوء ملاسبات القضية ومصالح الأطراف أن يقضي بفسخ العقد، أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، إلا أن القاضي لا يتمتع بذات السلطة التقديرية عند الرجوع في الهبة، بحيث يجب أن يحكم بها متى توافرت شروطه وانتفت موانعه.
- يجوز للمدين الذي لم ينفذ التزاماته التعاقدية أن يتقاضي الحكم بالفسخ إذا أبدى حسن نيته وقام بتنفيذ هذه الالتزامات، عكس الرجوع الذي لا يمكن للموهوب له أن يتوقى الحكم به في الهبة، حتى لو أبدى استعداداه أمام القاضي بالإففاق على الواهب أو غيره من أجل سد حاجاته.³
- الفسخ يجوز للمتعاقدين الاتفاق عليه مسبقا في العقد وهذا طبقا لنص المادة 120 (ق.م.ج) فيجوز الاتفاق على أن العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه⁴ كون الفسخ لا يتعلق بالنظام العام، أما حق الرجوع في الهبة يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنه مسبقا في عقد الهبة وإن نص عليه في العقد كان عديم الأثر.
- الحكم بالفسخ يترتب عنه انتهاء وجوده القانوني في المستقبل وزوال آثاره في الماضي بأثر رجعي، بالإضافة إلى حق الدائن في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر⁵، بخلاف الحكم بالرجوع الذي يترتب عنه استرداد الشيء الموهوب فقط دون المطالبة بالتعويض عما قد يلحقه من ضرر بسبب جحود الموهوب له.

انطلاقا من الاختلاف في نظامي الرجوع في الهبة والفسخ يمكن القول بعدم إمكانية تكيف الرجوع في الهبة على أساس أنه فسخ.

ثانيا: الرجوع في الهبة إلغاء لها.

الإلغاء عمل قانوني من جانب واحد يترتب عنه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء علاقة قانونية لم يعين لها المتعاقدان من أول الأمر أجلا معيناً بناء على نص القانون أو اتفاق المتعاقدين⁶.

¹- علي فيلالي، مرجع نفسه، ص 432.

²- راجع نص المادة 2/119 من (ق.م.ج).

³- شيخ نسيم، مرجع نفسه، ص 66-67.

⁴- راجع نص المادة 120 من (ق.م.ج).

⁵- راجع نص المادة 1/119 من (ق.م.ج).

⁶- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 141.

وهو بذلك يشبه الرجوع في عدة نقاط أهمها:

- كل من الإلغاء والرجوع يعتبر استثناء من القوة الملزمة للعقد أي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- سبب كل منهما لاحق على وجود العقد بحيث يقتصر فيها وجود تصرف قانوني صحيح مستكمل لكل شروط الانعقاد ثم يقوم أحد المتعاقدين بحل الرابطة التعاقدية دون اشتراط موافقة الطرف الآخر على ذلك.
- الحق في الرجوع مثل الحق في الإلغاء يعتبر حقا شخصيا ينصرف استعماله لمن تقرر له قانونا.

- كل منهما متعلق بالنظام العام فلا يجوز إذن التنازل عنه مسبقا.

على الرغم من تشابه الرجوع والإلغاء في عدة نقاط إلا أن هناك فارق جوهريا بينهما يتمثل في الأثر المترتب عنهما، فالرجوع له أثر رجعي ينسحب على الماضي من وقت حصول الرجوع، وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام عقد الهبة عكس الإلغاء الذي يقتصر أثره على المستقبل فقط، أي ينتهي سريان مفعول العقد بالنسبة إلى المستقبل فقط.¹

مما تقدم نخلص إلى أن لا يمكن تكييف الرجوع على أساس أنه إلغاء على الرغم من التشابه الذي لمسناه في بعض النقاط وذلك لتباين النظام القانوني لكل منهما.

ثالثا: الرجوع في الهبة إقالة منها.

الإقالة لغة مأخوذة من القيل، وهي بمعنى الفسخ والرفع والإزالة، فيقال إقالة البيع إقالة أي فسخه.

أما اصطلاحا فهي اتفاق المتعاقدين على وضع حد للعقد وإلغاء يهدف من ورائه إلى حل الرابطة التعاقدية.²

فالإقالة لا ترد إلا على عقد صحيح نافذ ولازم، والأصل أن يقع التقايل بغير أثر رجعي فيقتصر على المستقبل فقط، غير أنه لا مانع أن يتفق الطرفان أن يكون للتقايل أثر رجعي، وبذلك إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، دون أن يؤثر ذلك في حق من كسب حقا على الغير محل الالتزام.³

من خلال هذا يتضح لنا أن التقايل يشبه الرجوع في اتفاق المتعاقدين على حل الرابطة التعاقدية، وأن كليهما حق لمن تقرر له، إذ يذهب شراح القانون إلى اعتبار الرجوع بالتراضي في عقد الهبة بين الواهب

¹- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 69.

²- اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 124.

³- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 71.

والموهوب له إقالة منه. فشانها شأن الإقالة من أي عقد آخر فحكمها هو الجواز¹، فبذلك تتفق مع الرجوع إذا تمت بالتراضي، إلا أنها تختلف عنه إذا تم الرجوع بالتقاضي الذي يحصل مع انعدام رضا الموهوب له.

من خلال ما سبق بيانه يتضح لنا أن الرجوع في الهبة نظام قانوني مستقل عن الفسخ والإلغاء والإقالة، وإن تشابهت الآثار المترتبة فهذا لا يعني بالضرورة تشابه الأنظمة القانونية التي رتبها.

المطلب الثاني

أحكام الرجوع في عقد الهبة

بما أننا سلمنا بأن الهبة عقد فلا بد من تقابل إرادتين لإنجاز ذلك العقد، وإذا التقت إرادة الأطراف فهي بمثابة القانون بينهما ولا يجوز الرجوع فيها. لكن خصوصية عقد الهبة تتمثل في أنه يمكن الرجوع فيها بإرادة طرف واحد و هو الواهب ربما يرجع ذلك إلى صبغة المجانية التي يكتسبها وأساس التبرع الخالص المبنية عليه، فهي من العقود التي تعمر الذمة المالية للواهب باعتباره يتجرد من ماله بدون مقابل من ناحية، وهي عقود النفع المحض للموهوب له من ناحية أخرى.

اختلف الفقه والتشريع حول بيان أحكام الرجوع في عقد الهبة، الشيء الذي يقضي منا تفصيله على نحو يزيل كل لبس أو غموض، وهذا من خلال التطرق إلى كيفية الرجوع في عقد الهبة والأعدار فيه (فرع أول)، وبيان موانعه (فرع ثاني)، والآثار المترتبة عنه بالنسبة لطرفي العقد وبالنسبة للغير (فرع ثالث).

الفرع الأول

إجراءات الرجوع في عقد الهبة

سأنتظر في هذا الفرع إلى الطرق التي يمكن للواهب أن يسلكها من أجل الرجوع في عقد الهبة.² واستعراض أعداره وذلك من خلال التعرض لأعدار الرجوع في الفقه الإسلامي وموقف التشريعات الوضعية من ذلك.

أولاً: كيفية الرجوع في عقد الهبة.

يرى الفقه ومعظم التشريعات العربية أن الرجوع في عقد الهبة يتم بإحدى الطريقتين، إما بالتراضي، بحيث يتفق الطرفان على إنهاء عقد الهبة المبرم بينهما وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد دون

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 513.

² - حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 87.

الرجوع إلى القضاء، أو عن طريق التقاضي بلجوء الواهب إلى القضاء للمطالبة بالرجوع في عقد الهبة المبرم بينه وبين الموهوب له.

أ- الرجوع بالتراضي:

سنوضح كيفية الرجوع عن الهبة بالتراضي في التشريع، مبرزين وجهة نظر الفقه.

أ-1- الرجوع عن الهبة بالتراضي في الفقه:

اختلف الفقهاء في الرجوع عن الهبة بالتراضي على قولين:

- **القول الأول:** إذا ثبت حق الرجوع فإنه يكون بإرادة الواهب وحده فلا يتوقف على تراضي أو تقاضي، وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.
- **القول الثاني:** يتوقف الرجوع على التراضي مع الموهوب له فإذا لم يتم التراضي مع الموهوب له فإنه يتوقف على التقاضي، وإلى هذا ذهب الحنفية حيث يقررون أن الرجوع في الهبة متوقف على التراضي أو التقاضي.¹

والرجوع في الهبة بالتراضي يتم إما بالقول أو بالفعل على النحو التالي:

(1) الرجوع بالقول: يتم ذلك بكل لفظ من شأنه أن يدل دلالة واضحة على استرجاع الهبة من الموهوب له، سواء كان اللفظ صراحة أو ضمناً، والرجوع الصريح هو الذي يتم بأي لفظ يدل على معنى الرجوع. مثال ذلك قول الواهب للموهوب له رجعت في هبتي أو بقوله رددت هبتي مثلاً، ونحو ذلك من الألفاظ الصريحة.

- أما الرجوع الضمني فيتم بألفاظ وليست صريحة، ولكن يكون من شأنها أن تفيد الرجوع ضمناً كقول الواهب للموهوب له قبضته لذلك فهو يحتاج للقصد والنية من طرف الواهب وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، بينما اختلفت المالكية في صيغة الرجوع واشترط لفظ الاعتصار في رجوع الوالد في هبته.

(2) الرجوع بالفعل: يتم ذلك عند القيام بفعل ما أو تصرف أو غيره، مثل ذلك إذا تصرف الأب في الشيء الموهوب الذي وهبه لولده بعد قبض الابن للموهوب بالبيع أو وصية، أو وقف، أو هبة.²

أ-2- الرجوع عن الهبة بالتراضي في التشريع:

نص القانون المدني المصري في المادة 500 منه على ما يلي: «يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك». ويستخلص منها أن رجوع الواهب في الهبة ليس أمراً تحكيمياً يجري

¹- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 87.

- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 19.

²- منصور نورة، مرجع سابق، ص 89.

على حسب إرادته المطلقة، فهو إذا لم يتراضى مع الموهوب له على الرجوع وأراد أن يرجع بإرادته وحده يتقيد بقيود:

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

- هبات غير لازمة لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع لا يجوز للواهب بغير التراضي أن يرجع في الهبة بإرادته المنفردة، إلا إذا كان عنده عذر مقبول للرجوع.¹

إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة في أي عقد آخر، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود، غير أن الإقالة هنا لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن ومن ثم تجب حماية الغير حسن النية، وهو من كسب حقا عينيا من الموهوب قبل الإقالة.

إذا كان العقد الذي حصلت الإقالة منه شكليا كالهبة، فتتم الإقالة بنفس الشكل الذي نشأ به هذا العقد، إلا أن جانب من الفقه القانوني ذهب إلى عدم اشتراط الرسمية في الإقالة من الهبة لأن الإقالة عقد رضائي لا يحتاج انعقاده إلى شكل معين، حتى لو كان العقد الأصلي شكليا.²

إلا أننا نجد ما استقر عليه القضاء الجزائري أنه يجب أن يتم الرجوع في عقد الهبة في الشكل الرسمي، وهذا ما جاء ضمن القرار الصادر في 2000/10/17³ لأن الرسمية تمكن أسرة الواهب والموهوب له والغير من العلم بالرجوع. وأن الشيء الموهوب قد عاد إلى ملك الواهب مرة أخرى، وبالتالي التصرف على هذا الأساس.⁴

قد تتم الإقالة بالإرادة المنفردة بشرط أن يوجد اتفاق سابق بين المتعاقدين على جواز الإقالة بالإرادة المنفردة لأحدهما.

فالرجوع في الهبة بالتراضي قريب من الإقالة، فيجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا قبل الموهوب له ذلك، وإذا ما تم الرجوع بالتراضي فهذه إقالة من الهبة.⁵

ويترتب على الإقالة انحلال العقد، فتتقضي بها جميع الالتزامات التي رتبها على عاتق طرفيه وبالتالي تعتبر كأنها لم تكن. ومن ثم يعود الشيء الموهوب إلى الواهب، وإذا كانت الهبة بعوض أي دفع

¹- أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم والصلح)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 348.

²- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 23.

³- قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 249828، الصادر بتاريخ 2000/10/17 غير منشور.

⁴- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 74.

⁵- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 244، وما بعدها.

الموهوب له عوضا عن الهبة، فيحق له استرداد ما دفعه لأن الإقالة ترفع جميع أحكام العقد الأصلية ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

والتراضي يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال، سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو سواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أم لم يوجد.¹

المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتراضي، غير أن هذا الإغفال لا يمنع من إعمال القواعد العامة في العقود التي تجيز لطرفي العقد نقضه وإنهاءه بالاتفاق وهذا ما جاء ضمن نص المادة 106 من (ق.م.ج).²

فإذا قبل الموهوب له إرجاع ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب تعين عليه إعادة المال المنقول إلى هذا الأخير ليضع حينئذ حدا لعقد الهبة المبرم بينهما بدعوى أن الهبة تتعقد بإيجاب وقبول وتتم بالحيازة، أما إذا كان الموهوب عقارا تعين عن الواهب مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا والمتعلقة بالشهر العقاري، فيتم إعادة نقل الملكية العقارية الموهوبة من الموهوب له إلى الواهب، وإذا لم يتبع هذه الإجراءات بقي الموهوب له متمتعا بمركزه القانوني فيبقى مالكا للعقار الموهوب. فيجوز بذلك التصرف فيه كيفما شاء عن طريق بيعه أو رهنه ونحوها.³

ذكرت المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 14/02/1994 تحت رقم "626" أن الرجوع في الهبة هو حق مقرر للواهب فقط في الهبة التي يرثونها لأولادهم مهما كان سنهم. فالشروط المقررة في المادة 211 من (ق.م.ج) وبالإرادة المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق وينقضي الحق بنفس الشكل الذي نشأ به.⁴

والملاحظ 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 للقضاء الاستجابة لطلبهم لأن الرجوع حق شخصي مقرر للواهب، ولا ينتقل إلى ورثته بالميراث إلا إذا تعلق الأمر بإخلال شرط من شروط صحة الهبة أو ركن من أركانها، وفي هذه الحالة نكون أمام إبطال عقد الهبة وليس الرجوع فيها، وبين الحكمين آثار قانونية مختلفة.⁵

ب- الرجوع بالتقاضي:

¹ - ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 24.

² - تنص المادة 106 من (ق.م.ج) على ما يلي: «العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.»

³ - شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 76.

⁴ - مصطفى لعموم، "عقد الهبة"، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 8، الجزائر، 1999، ص 17.

⁵ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 75.

إن ما استقرت عليه غالبية الفقه والتشريعات على جواز لجوء الواهب إلى القضاء للمطالبة بالرجوع عن الهبة من أجل استصدار حكم قضائي يخوله استرجاع الشيء الموهوب من الموهوب له متى رفض هذا الأخير الرجوع عن الهبة بالتراضي.

ب-1- الرجوع عن الهبة بالتقاضي في الفقه:

المالكية والشافعية قد استدلت ومن وافقهم على أن الرجوع إذا توافرت شروطه لا يتوقف على التراضي أو التقاضي وذلك كالاتي:

- أن من ثبت له الخيار إذا رجع فهو مستوف لعين حقه، لهذا لا يحتاج في رجوعه إلى تراضي أو تقاضي بخلاف من جاز له الرجوع ليس مستوفيا، لهذا يتوقف رجوعه على التراضي مع الموهوب له أو التقاضي إذا لم يتم التراضي.

- أنه لا حاجة إلى التراضي أو التقاضي مع ثبوت حق الرجوع للواهب، وذلك أن اللجوء إلى التقاضي إنما لزم في حالة عدم التراضي مع الموهوب له لحسم ما قد يحدث من منازعات بسبب الرجوع بالتراضي، فيتوقف رجوع الواهب على التقاضي إذا لم يتم التراضي عليه، وذلك لأن إعطاء الواهب حق الرجوع فيما جاز الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون تراضي مع الطرف الآخر، أو اللجوء إلى القضاء فكانت بذلك الحاجة إلى التراضي، أو التقاضي، وذلك لما يحدث من نزاع من جانب الموهوب له بسبب الرجوع.

أما الحنفية فتطلب التراضي لرجوع الواهب، فإذا لم يتم التراضي فكلاهما يشترط الرجوع إلى القضاء لاستصدار حكم بالرجوع، إلا أن الفقه الحنفي اكتفى في حالة الرجوع بالتقاضي بعدم وجود مانع يمنع الواهب من الرجوع في الهبة.¹

ب-2- الرجوع عن الهبة بالتقاضي في التشريع:

تنص المادة 500 فقرة 2 من (ق.م.م) على: «... فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع». ويستفاد من نص المادة أنه إذا لم يقبل الموهوب له رد المال الموهوب إذا طلبه الواهب، فلا يبقى له من سبيل إلا الالتجاء إلى القضاء من أجل استصدار حكم يتم بموجبه استرداد الشيء الموهوب². فرجوع الواهب في الهبة ليس أمرا تحكيميا يجري على حساب إرادته المطلقة، فهو إذا لم يتراضي مع الموهوب له على الرجوع وأراد أن يرجع بإرادته فإنه يتقيد بقيود وهي كالتالي:

¹ - حسن محمد بودي، مرجع سابق ص ص 90، 91.

² - ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 25.

- لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بغير التراضي مع الموهوب له إذا كانت الهبة لازمة، والتي لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع.
- لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بإرادته المنفردة وبغير تراضي ما لم يكن له عذر مقبول، حتى وإذا كانت الهبة التي يريد الرجوع فيها غير لازمة ولا يقوم فيها أي مانع من موانع الرجوع.
- لا يترك تقدير العذر المقبول للواهب وحده، بل يجب أن يراقبه القضاء، فإذا رأى القاضي العذر الذي قدمه الواهب للرجوع في هبته مقبولاً أقره عليه، وقضى بإنهاء الهبة وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة.¹

من هذا القيد ذهب البعض اعتبار الرجوع في الهبة فسخاً قضائياً لها يسوغه عذر مقبول متروك لتقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام.²

من ذلك يتضح أن حق الواهب في الرجوع عن طريق القضاء يجب أن يستند إلى عذر مقبول وألا يوجد مانع من موانع الرجوع، وإنما اشترط هذا حتى يكون ضابطاً يمنع به الواهب من إلحاق الضرر بالموهوب له، ويعد حكم القاضي بالرجوع منشئاً له وليس كاشفاً عنه، ولا يخضع حكم القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان يستند في ذلك لأسباب صائغة له. وترفع دعوى الرجوع من الواهب أو من يمثله ضد الموهوب له بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي أمام القضاء.³

وفي حالة استصدار الواهب حكماً قضائياً يقضي بالرجوع في هبته، فإن هذا الحكم يجب إخضاعه إلى الإشهار العقاري والتأشير به على هامش البطاقة العقارية المعدة للعقار الموهوب، حتى يكون له أثر فيما بين المتعاقدين ويكون حجة على الغير.⁴

المشعر الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي صراحة في قانون الأسرة، وإنما بالرجوع إلى التفسير القانوني التي جاءت به المحكمة العليا للمادة 211 من (ق.أ.ج) في قرارها الصادر في 23 فيفري 2009. والذي قضت فيه «بنقض وإبطال القرار المطعون على أساس المثار تلقائياً والمستمد من الخطأ في تطبيق المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، مبيناً أن صحة الرجوع قد تم البث فيها نهائياً بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والذي أشار إلى أن المادة 211 من قانون الأسرة لا يشترط على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص ص 77-78.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص ص 121-222.

³- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 26.

⁴- راجع نص المواد 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

لأولادهم»¹، فإنه يدل على أنه في حالة عدم التراضي بين الواهب والموهوب له على استرجاع الشيء الموهوب، فإن التقاضي هو المسلك الثاني للمطالبة بالرجوع.

فبالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتبين أنه لم يستقر على اتجاه معين حول الطريقة التي يجب على الواهب أن يسلكها لممارسة حقه في الرجوع إذا ما أراد ذلك، إذ تارة جعل جواز الرجوع في الهبة أمام الموثق وهذا ما جاء ضمن قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 2000². وتارة أخرى يرى الرجوع عن عقد الهبة يكون بموجب حكم قضائي وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا عندما سلكت منحى مخالفا في قرار لاحق لها صدر بتاريخ 13 أبريل 2005، معتبرة أنه يعد خرقا لأحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون التوثيق، التراجع عن عقد الهبة الرسمي أمام الموثق وليس أمام القضاء.³

أمام هذا التناقض في قرارات المحكمة العليا حول الطريق الذي يجب أن يسلكه الواهب للرجوع في هبته لولده، فإن المحكمة العليا جازمت الأمر واتخذت موقفا يتماشى مع التفسير الصحيح والقانوني للمادة 211 من (ق.أ.ج) من خلال قرار لها في الغرفة المجتمعة بتاريخ 23 فيفري 2009 المذكور آنفا بحيث أطلق حق الواهب في الرجوع في هبته سواء تم 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 أن المادة 211 من (ق.أ.ج) قد تضمنت أحكاما عامة دون تحديد الإجراءات الواجب إتباعه من جانب الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في هبته لولده.

في الأخير للواهب حق الرجوع في الهبة إما عن طريق القضاء، أو عن طريق عقد توثيقي ويبقى للموهوب له اللجوء في الحالة الأخيرة إلى القضاء للمطالبة بإبطال عقد الرجوع في حال قيام مانع من الموانع المذكورة على سبيل الحصر ضمن نص المادة 211 من (ق.أ.ج).⁴

ثانيا: أضرار الرجوع في عقد الهبة.

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 444499 بتاريخ 2009/02/23، م.ق، عدد 02، 2010.

² - قضى القضاة بصحة الرجوع الذي تم عن طريق العقد توثيق، مشيرين في ذلك إلى أن المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما، فالرجوع في الهبة بعقد توثيقي كاف لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي: راجع: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 249828، الصادر بتاريخ 2000/10/17، غير منشور، تمت الإشارة إليه سابقا.

³ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 80.

⁴ - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص ص 81، 82.

انطلاقاً من اختلاف الفقهاء حول حكم الرجوع في الهبة بين مجيز له ومانع، فقد اختلفوا تبعاً لذلك حول مدى اشتراط توافر أعدار للرجوع من عدمه، وكذلك بالنسبة للتشريعات الوضعية فقد انقسمت بين من أوجبت توافر العذر المقبول وبين من لم تستوجبه.

على هذا الأساس سنعرض موقف الفقه الإسلامي من أعدار الرجوع، ثم موقف التشريعات الوضعية.

أ- أعدار الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي:

انقسم الفقهاء في موضوع أعدار الرجوع إلى قسمين:

أ-1- اشتراط توافر العذر المقبول في الهبة:

يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أن الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا استثناءً في حالة هبة الوالد لولده، وإذا ما تقرر لهذا الأخير حق الرجوع فيما وهبه لابنه صغير كان أو كبير، فإنه يلزم بتقديم عذر مبرر يبيح له ذلك لأن الرجوع في الهبة بغير عذر مقبول يعتبر مكروهاً.¹ يشترط أصحاب هذا الاتجاه مجموعة من الأعدار يجوز بموجبها للوالد الواهب الرجوع فيما وهب لولده، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- ألا يتزوج الولد بعد إبرام الهبة.
- ألا تتغير الهبة عن حالها.
- ألا يحدث الموهوب له فيها حدثاً.
- ألا يمرض الواهب أو الموهوب له، وإن زال المرض له بالرجوع.
- ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة فإن أثبت الواهب أن الشيء الذي يريد أن يرجع فيه لولده هو نفسه لم يزد عنه جاز له أن يرجع في هبته لقيام العذر.
- 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.²

أ-2- عدم اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة:

¹- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 206.

²- شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 107.

يرى أنصار المذهب الحنفي أن الأصل هو جواز الرجوع في الهبة مطلقا إلا إذا وجد مانع من موانعه، فمتى بدا للواهب أن يرجع فيما وهب للموهوب جاز له ذلك دون أن يلزم بتقديم أَعذار للرجوع. عليه يجوز للواهب الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، ومتى أراد ذلك ولأي سبب يقدره هو دون رقابة عليه من طرف القاضي، وحجية هذا الاتجاه في تبرير موقفهم هو أن استقلال الواهب بتقدير العذر الذي يجيز له الرجوع ليس فيه أي ضرر للموهوب له أو للغير الذي تعامل معه، لأن الموهوب له لم يلتزم بشيء في المقابل. وموانع الرجوع وحدها كافية لتقييد إرادة الواهب في استعمال هذا الحق.¹

ب- أَعذار الرجوع في عقد الهبة في التشريع:

تشتطرت أغلب التشريعات الوضعية وجوب توفر عذر لرجوع الواهب في هبته إلى جانب انتفاء موانعه، فبذلك قيد المشرع المصري حق الواهب في الرجوع في هبته بوجوب توفر عذر مقبول ومبرر قضاء، وهذا ما يستفاد من نص المادة 500 من (ق.م.م)، حيث نصت على ما يلي: «يجوز للواهب أن يرفع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك في الرجوع متى كان يستند في ذلك من عذر مقبول، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع».

قد أورد المشرع المصري على سبل المثال لا الحصر الأَعذار المقبولة التي أجاز للواهب الرجوع في الهبة في المادة 501 (ق.م.م) والتي جاء فيها ما يلي: «يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع عن الهبة:

- 1- أن يخل الموهوب له ما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.
- 2- أن يصبح الواهب عاجزا عن 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.
- 3- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولدا يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي».

الأَعذار التي ذكرها ليست على سبيل الحصر إنما خصت بالذكر كونها الأَعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة، ويجوز أن تقوم أَعذار أخرى غير المذكورة يقرها القضاء، ويبني عليها فسخ الهبة وتخضع لتقدير القاضي شأنه شأن الفسخ القضائي.²

¹- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 56.

²- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 276.

تخضع دعوى الرجوع في مصر أيا كان العذر في الرجوع للقواعد العامة، فلا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام العذر، وإذا مضى وقت طويل ولم يستعمل الواهب حقه يستخلص من ذلك أن الواهب نزل ضمنا عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر.¹

فأعذار الرجوع التي نص عليها المشرع المصري هي كالاتي:

1- جحود الموهوب له:

إن الواهب عندما يقدم على الهبة دون عوض بنية التبرع وأيا كان الغرض الذي يسعى تحقيقه من وراء ذلك، فإن الهبة تعود قبل البر والإحسان إلى الموهوب له، لهذا تعتبر جميلا ومعروفا وعلى ذلك فالواهب ينتظر من الموهوب له أن يلقي منه الشكر والعرفان، فإذا صدر من الموهوب له أفعال تشكل جحودا للواهب أو لأقاربه. فللواهب حق الرجوع في هبته، وهو جزاء النكران للجميل.²

من الأعمال التي يأتيها الموهوب له، وتعد من قبيل الجحود وتسوغ للواهب الرجوع في هبته اعتداء على حياة الواهب أو أحد أقاربه أو الإساءة إلى الواهب أو ذويه إساءة بالغة بسبب القذف أو اعتداء على المال أو العرض، ولو لم تكن تلك الإساءة جريمة، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان العمل يعد إساءة أو لا³، وعلى عكس من ذلك قد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر إساءة بالغة، ولا تبرر الرجوع كأن يتسبب الموهوب له في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه في الدفاع الشرعي عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب.⁴

لا يمكن حصر هاته الأفعال التي تعد من قبيل الجحود والنكران بالجميل، ويبقى للقاضي سلطة تقدير حجم الأفعال والتصرفات التي تعد جحودا مبررا للرجوع في الهبة. فإذا رأى أن فعل الموهوب له يعتبر حقا جحودا كبيرا قضى للواهب بالرجوع، ولا رقابة على حكمه من طرف محكمة النقض إذا ما استند ذلك إلى أسباب سائغة تبرره ويقع عبئ إثبات الجحود على الواهب.⁵

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع نفسه، ص 277.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 591.

- منصور نور، مرجع سابق، ص 90.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، 278.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 253.

⁵ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 114.

الملاحظ أنه لم يحدد المشرع المصري وغيرها من التشريعات العربية¹ صور الجحود صراحة وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، فبذلك وضع معيارا مرنا بدلا من أن يضع قاعدة جامدة. وهي تختلف بذلك عن التشريعات الغربية وعلى وجه الخصوص المشرع الفرنسي الذي حدد حالات الجحود على سبيل الحصر في المادة 955 من القانون المدني.²

المشرع المصري قد أصاب في عدم تحديده لصور وحالات الجحود الكبير بوضعه معيارا مرنا بدلا من وضع قاعدة جامدة وذلك ليوافق مختلف الحالات والظروف بمرونة.

تخضع دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود للقواعد العامة للتقادم في القانون المدني المصري فبذلك تتقادم بمضي خمسة عشرة سنة من وقت قيام العذر.³

2- عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو الإنفاق على من تجب عليه نفقته:

يعتبر هذا العذر من الأعذار المقبولة والمبيحة للرجوع في الهبة، وهذا العذر يفترض أن الواهب بعد الهبة يصبح عاجزا عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو لمن تجب عليه نفقتهم. بما يتفق مع مكانته الاجتماعية اللاتقة به، سواء كان هذا العجز راجعا لسبب يتصل بالهبة فقط أم لا⁴، ففي هذه الحالة لو أصبح الواهب غير قادرا على توفير حاجاته بما يتفق مع مكانته الاجتماعية له. أو إذا أصبح غير قادرا على الوفاء بالنفقة المقررة عليه شرعا أو قانونا لأقاربه، يكون هذا العذر مسوغا للرجوع في عقد الهبة إذا تحقق ذلك جاز له الرجوع إلى القضاء طالبا الترخيص له بالرجوع في هبته، وللقاضي تقدير وضعه المالي الجدي، إن كان يصلح فعلا كمبرر للرجوع في الهبة. وتقدير الضائقة المالية التي هو عليها الواهب يجب أن تقاس بمعيار شخصي وليس بمعيار مادي أو موضوعي، بمعنى أن العبرة في تقدير ذلك يكون بالنظر إلى حياته هو شخصيا، وليس بالنظر إلى حياة غيره ممن هم أقل درجة في الحياة والمعيشة.⁵

وللواهب حق الرجوع في هبته في حالتين:

¹- إن نصوص أغلب التقنيات العربية جاءت مطابقة تماما لنصوص التقنين المدني المصري، والاستنتاجات المستخلصة من القانون المصري هي التي تسري على أغلب القوانين العربية الأخرى.

²- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 113.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 254.255.

⁴- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 592.

⁵- منصور نور، مرجع سابق، ص 91.

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

إذا ساءت الحالة المالية للواهب بعد الهبة بأن أصبح غير قادر على تلبية حاجته بما تتوافق مع مركزه الاجتماعي، جاز له الرجوع في الهبة ولا يشترط أن يصبح الواهب فقيرا فقرا مدقعا، وإنما يكفي أن يصبح في وضع اجتماعي لا يسمح له أن يعيش الحياة العادية التي تنفق ومكانته الاجتماعية قبل انعقاد الهبة¹، إذ ليس من الميسور تحديد المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب، إذ أنها تختلف من حالة إلى أخرى وفقا للظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع، وتبعاً إذا كانت حالة الواهب من سوء الأحوال راجع إلى إسرافه وتبذيره وسوء تصرفه، وهذا أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع لمدى صلاحية العذر أن يكون عذرا يجيز الرجوع فيه أم لا؟²

لقد وفق المشرع المصري عندما لم يحدد المقصود بالمكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب، لأنه بذلك قد وضع معيارا مرنا يسهل من عمل القاضي الذي جعل لكل حالة ما يلزمها من الحكم، تبعاً لظروف كل واهب قبل وبعد الهبة.³

إن هذا العذر المبرر للرجوع في الهبة يتحقق حتى ولو أبدى الموهوب له استعداداً للإنفاق على الواهب أو تقديم مساعدة مالية له، إلا إذا قبل الواهب هذه المساعدة ونزل بذلك عن حقه في الرجوع بعد أن قام العذر.⁴

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

إذا أصبح الواهب بعد الهبة عاجزا عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم شرعا وقانونا كأولاده وزوجته، لسوء حالته المادية إما بسبب الهبة أو بسبب آخر يتصل بها قام عذر الواهب في الرجوع في الهبة. وهناك من الفقه من رأى أنه لا داع من النص على هذه الحالة كونها تندرج ضمن الحالة الأولى ويرى آخرون أن النص عليها في محله لإبعاد كل غموض قد يثار، وأن الالتزام بالإنفاق على الأقارب يختلف باختلاف الحالات، وباختلاف عددهم، فقد يكون الواهب قادرا على الإنفاق على نفسه وتوفير أسباب المعيشة اللائقة به دون قدراته على ذلك تجاه أقاربه.

لا يحول دون ممارسة حق الرجوع إبداء الموهوب له استعداداً للإنفاق على من توجب على الواهب نفقتهم، أو قدم له مساعدة مالية تعنيه على هذا الإنفاق ما لم يوافق هذا الأخير على ذلك، وبالتالي نزوله عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر.¹

¹- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 353.

²- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 593.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 256.

⁴- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 593.

3- أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة أو يكون له ولد يظنه ميتا فإذا به حي:

قد يهب الواهب ماله مدفوعا عند إبرام عقد الهبة بأن ليس له ولد يترك له هذا المال وكذلك الشأن إذا كان له وقت الهبة ولد يعتقد أنه ميت، فإذا رزق بعد الهبة ولدا أو تبين أن الولد الذي كان يظنه ميتا مازال على قيد الحياة، عدّ ذلك عذرا للرجوع في الهبة. إذ في هاذين الفرضين انعدم الباعث عن الهبة، لأن ولد الواهب الذي رزق به أو تبينت حياته أحق بالمال الموهوب من الموهوب له، وذلك متى تقدم الواهب إلى القاضي بهذا العذر يطلب فسخ الهبة.²

ترتبا على ذلك، يكون للواهب حق الرجوع في هبته في حالتين:

• الحالة الأولى: أن يرزق الولد ولدا.

قد يتصرف الواهب في ماله بهبته معتقدا وقت الهبة أن ليس له أولاد، ثم يرزق بعد إبرامه الهبة ولدا، فجاز له الرجوع في هبته، وذلك حماية لأموال الولد المزداد.

يشترط لتقرير حق الرجوع للواهب في هذه الحالة توافر الشروط التالية:

- أن لا يكون للواهب وقت إبرام عقد الهبة ولدا، فإذا كان له ولد في هذا الوقت ثم رزق ولد آخر بعدها لم يكن هذا عذرا مقبولا للرجوع ولو زاد عنده أولاد، إلا انه هناك جانبا من الفقه يرى أنه إذا كان للواهب ولد واحد وقت إنشاء الهبة ثم رزق بعدها بعدد من الأولاد فإن له حق الرجوع، معللين ذلك بأن ما يكفي لحياة ولد أو اثنين لا يكفي لحياة أكثر من ذلك.³
- أن يبقى الولد المولود حيا إلى وقت الرجوع في الهبة، فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في هبته، لا يبقى للواهب الاستناد إلى هذا العذر لتبرير حقه في استرجاع الشيء الموهوب.
- أن يرزق الواهب الولد حال حياته فإذا رزق به بعد وفاته سقط حق وراثته في الرجوع.

ولا يعني توافر هذا العذر أن الهبة تنفسخ من تلقاء نفسها، بل على الواهب الالتجاء إلى القضاء باسترداد الشيء الموهوب، وقاضي الموضوع إذا تأكد له توافر هذا العذر وجب عليه الحكم بالرجوع لأن

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص ص 117، 118.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 256.

- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 594.

³- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتية، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 1، 1998، ص 36.

سلطته مقيدة خلافا للعذرين السابقين، التي تكون سلطته تقديرية واسعة في الحكم بالرجوع تبعا لاقتناعه بها.¹

• الحالة الثانية: أن يكون للواهب ولدا يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي.

إذا كان للواهب ولد ولكنه كان يظنه ميتا وقت إبرام عقد الهبة فقام بهبة ماله بناء على هذا الأساس عد ذلك عذرا مبررا للرجوع، فيجوز بموجبه للواهب استرداد ما وهبه إلى الموهوب له.

فإذا كان للواهب ولد غائب أو مفقود وحكم بموته قضائيا ثم ظهر أنه حي يرزق فإن هذا يعد عذرا مسوغا للرجوع في الهبة، ومتى قدم الواهب الدليل على ظهور ابنه حيا بعد أن كان يظنه ميتا وقت إبرام عقد الهبة حكم له القاضي بالرجوع، ويقع عبئ إثبات أن الابن على قيد الحياة على الواهب.²

بناء على ما تقدم، فإذا كان للواهب عذر من الأعذار المنوه عنها سابقا، أم كان له عذر آخر لم يتم النص عليه في القانون واقتنع به القاضي وجب أن يحكم بالرجوع، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعا

أما المشرع الفرنسي أضاف إلى عقد الهبة قوة في الإلزام، حيث اعتبره ضمن نص المادة 894 (ق.م.ف) عقد لازما في الأصل لا يجوز الرجوع فيه، غير أنه هناك حالات على سبيل الاستثناء يجوز فيها الواهب الرجوع في هبته نصت عليها المادة 953 (ق.م.ف) التي جاءت أنه لا يجوز 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.

وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي أورد حالات رجوع الواهب في هبته على سبيل الحصر لا المثال.

1- حالة عدم تنفيذ الشروط التي تمت الهبة على أساسها:

من الأعذار المقبولة لرجوع الواهب في هبته أن يخل الموهوب له بالالتزام أو التكاليف المفروضة عليه بموجب عقد الهبة المبرم بينهما كأن يتخلف الموهوب له عن تنفيذ التزامه المنصوص عليه في عقد الهبة والمتمثل في أداء ديون الواهب.

ويمكن أن يكون الموهوب له ملزما بأداء ديون الواهب ولو لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني في عقد الهبة بينه وبين الموهوب له يفيد ذلك، باعتباره واضع اليد على الأموال الموهوبة، مثلما لو كان محل

¹- ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 66.

²- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 120، 121.

الهبة عقارا مؤمنا عليه¹، ويتعين على الواهب اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم قضائي بالرجوع في الهبة استثناء على هذا العذر، إذ لا يتقرر للقاضي ذلك تلقائيا وفقا لما جاء ضمن المادة 956 (ق.م.ف).

2- حالة جحود الموهوب له:

قد حددت المادة 955 (ق.م.ف) ثلاث صور للجحود، فقيدتها تقيدا ضيقا وهي كالآتي:

- أن يعتدي الموهوب له على حياة الواهب.
- أن يسيء معاملة الواهب إساءة جسيمة أو يرتكب نحوه إهانة جسيمة أو قذف خطير.
- أن يرفض الإنفاق على الواهب.

البطلان بسبب الجحود لا يقع بقوة القانون، بل لأبد من رفع دعوى أمام القضاء ويقدر القاضي مدى صحة الأفعال المنسوبة إلى الموهوب له وجسامتها²، وليس لدائنه الحق في رفعها باسم دائنيهم إذا أهمل رفعها، إلا أن القضاء الفرنسي في بعض أحكامه أعطى لدائن الواهب الحق في رفع هذه الدعوى. وقد تعرض القضاء حول هذه المسألة للعقد من قبل بعض الفقه وذلك اعتبارا أن دعوى الرجوع من دعاوى الشخصية التي تتصل بشخص الواهب وتمسه معنويا فيمنع الغير من التمسك بها.³

أما بالنسبة لورثة الواهب فإن المادة 957 (ق.م.ف) لا تخولهم هذا الحق، إلا إذ قد رفعت هذه الدعوى من قبل الواهب بذاته، ويجب 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- حالة ولادة طفل للواهب:

من الحالات التي تبرر حق الرجوع للواهب في هبته، حالة ما إذا ولد الواهب بعد الهبة أولاد وهذا ما ورد في المادة 960 من (ق.م.ف)، ما كان الواهب 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.⁴

أما فيما يخص التشريع الجزائري فبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجده لم يفيد حق الرجوع المقرر للوالدين دون سواهما بوجوب توافر عذر مقبول، فأجاز لهما ممارسة حق الرجوع في هبتهما لولدهما مهما

¹ - شيخ نسيمة، مرجع نفسه، ص 122.

² - Article 956 : « la révocation pour cause d'inescécution des conditions ou pour cause d'ingratitude, n'aura lieu plein droit ».

³ - PLANIOL MARCEL et RIËRT Georges, traité pratique de droit civile Française, tome x, contrats civil, Pris, P 511.

⁴ - شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 125.

كان سنه صغيراً أو كبيراً، إلا إذا وجد مانع من الموانع المذكورة في نص المادة 211 من (ق.أ.ج) على سبيل الحصر¹، والسبب في عدم اشتراط المشرع الجزائري توافر أعمار لرجوع الوالد الوهاب في هبته لولده يعود إلى أن الأب لا يرجع في هبته إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو، فبذلك فإن القاضي متى عرض عليه نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده وجب عليه أن ينظر في مدى توافر إحدى حالات المنع المذكورة في المادة 211 (ق.أ.ج)، فإذا وجد المانع قضى بعدم الرجوع، أما إذا انتفى المانع وجب عليه الحكم بالرجوع، وبذلك إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.²

الفرع الثاني

موانع الرجوع في عقد الهبة

اختلفت المذاهب الفقهية والتشريعات الوضعية، وتباينت مواقفها في حكم الرجوع في عقد الهبة بين من جعل الأصل جواز الرجوع باعتبار الهبة عقد غير لازم، وبين من اعتبر أن الأصل امتناع الرجوع إلا في حالات معينة لا يخول فيها للواهب استرداد هبته والرجوع فيها، إلا أن كل منها وضع موانع يمتنع على الواهب الرجوع في هبته إذا توافر أحدهما.

سنتناول هذه الموانع في الفقه الإسلامي (أولاً)، والتشريعات الوضعية (ثانياً).

أولاً: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي.

قد اتفق الفقهاء المسلمين على أن هناك قيوداً (موانع) ترد على حق الرجوع، إلا أنهم قد اختلفوا على هذه القيود اتساعاً أو تضيقاً، فسننتظر عما أجمع عليه الفقهاء وما انفرد به بعضهم دون الآخر في كل مانع من الموانع، وذلك على النحو التالي:

أ- موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية:

ذهب الحنفية إلى القول بامتناع الرجوع في الهبة، إذا وجد أحد الموانع التي جمعوها في عبارة "دفع خزقة"³ وسنتظر إليها بنوع من الإيجاز.

¹- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 57.

²- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 110.

³- عرف فقهاء الحنفية سبع موانع تجمعها كلمتي "دمع خرقة"، فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعين للعوض/ والحاء لخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاء للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء للهلاك، راجع: أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2007. ص 245.

1- الزيادة المتصلة في نفس العين:

يرى الحنفية أن زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة¹ تزيد من قيمته تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة، ويمتنع بذلك الرجوع فيها عن طريق القضاء حتى ولو وجد عذر عند الواهب يجيز له الرجوع في هبته، وتعتبر هذه الزيادة مانعا من موانع الرجوع في الهبة سواء كانت بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، ويشترط الحنفية أن تكون الزيادة في نفس العين الموهوبة. فإذا كانت الزيادة في قيمتها بأن ارتفع ثمن الشيء الموهوب فذلك لا يمنع من الرجوع.²

اعتبار فقهاء الحنفية الزيادة المتصلة التي تزيد من قيمة الشيء الموهوب مانعا للرجوع في الهبة عائد إلى أن الهبة مع الزيادة أصبحت غير الهبة التي وهبها، وإلى أن من يملك شيئا ملك نماءه تبعاً له لأن النماء ناشئ عن ملكه، والزيادة المتصلة تكون ملكاً خالصاً للموهوب له ليس للواهب فيها شيء سواء كانت متولدة أو غير متولدة عن الشيء الموهوب، فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع لأن الرجوع في أصل الشيء الموهوب لا يلحق أي ضرر بالموهوب له، فيرد الشيء الموهوب للواهب ويحتفظ بالزيادة.³

2- موت أحد المتعاقدين:

هنا يفرق فقهاء الحنفية بين فرضين: أولهما موت الواهب أو الموهوب قبل القبض وثانيهما وفاة أحدهما بعد القبض.

ففي حالة وفاة أحدهما قبل القبض بطلت الهبة لعدم الملك، لأن القبض بموجبه ينتقل الملك إلى الموهوب له، فهو لازم لانعقاد الهبة. أما في حالة موت أحد المتعاقدين بعد القبض، تصبح الهبة لازمة ويعتبر الموت مانعاً من الرجوع، ويتفق المالكية والشافعية والحنابلة مع الحنفية حول هذا المانع، ومبررات الحنفية في اعتبار موت الواهب أو الموهوب له يعد القبض مانعاً للرجوع في الهبة هي أن حق الرجوع حق شخصي متعلق بشخص الواهب وحده، وما دام لم يرجع في هبته قيد حياته اعتبر راضياً تمام الرضا بما

¹- مانع الزيادة في نفس الشيء، تنقسم إلى قسمين، زيادة متصلة ومنفصلة، فالأولى هي التي تعتبر مانعاً من موانع الرجوع في الهبة سواء كانت الزيادة متولدة عن الشيء الموهوب أو غير متولدة عنه، وهي تزيد في قيمة الشيء الموهوب ولا يمكن فصلها عنه كالزراع، أو البناء، أما الزيادة المنفصلة فهي زيادة تزيد من قيمة الشيء الموهوب إلا أنها لا تمنع من الرجوع في الهبة، لأنه يسهل فصلها عنه، فيحتفظ الموهوب له بالزيادة، ويرد الأصل أي الشيء الموهوب إلى الواهب، راجع:- شيخ نسيم، مرجع سابق، 128.

- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 71.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 124.

- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 601.

³- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 72.

وهب، وبموته يمنع الرجوع من طرف الوارث لأنه لم يوجب الملك للموهوب له، فكيف له الرجوع في ملك لم يوجبه¹، وإذا مات الموهوب له فليس للواهب أن يرجع على ورثته، لأن الملك ينتقل إلى الورثة بموت الموهوب له، وإن تبديل الملك كتبديل العين، فصار الشيء الموهوب كأنه عين أخرى بعد الموت. وبالتالي لا يكون للواهب عليها من سبيل.²

3- أخذ الواهب عوضا من الواهب:

إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها، وبالتالي لا يجوز للواهب الرجوع فيها. فإذا أخذ الواهب عوضا عن الشيء الموهوب كان هذا العوض قيذا مانعا من حق الرجوع، فمتى تحقق غرض الواهب من الهبة أصبحت لازمة بعد أن كانت غير لازمة وامتنع على الواهب الرجوع فيها قضائيا حتى ولو كان له عذر مقبول يبرر الرجوع.

يصح أن يكون العوض من أجنبي، فبذلك يسقط حق الواهب في الرجوع إن قبضه لأن العوض هنا لإسقاط الحق، سواء كان تقديم العوض بأمر من الموهوب له أو بغير أمره³. ويشترط الحنفية في العوض حتى يكون مانعا من موانع الرجوع الشروط التالية:

- أن يقبض الواهب العوض وأن يكون مفرزا إذا كان معينا بالنوع فيشترط في العوض ما يشترط في الهبة ذاتها.
- ألا يكون العوض بعض الشيء الموهوب أي أن يقتطع الموهوب له جزء منه ليعوض به الواهب. فإذا حدث ذلك وعوض الموهوب له الواهب بجزء من الشيء الموهوب لم يكن ذلك عوضا وبالتالي يجوز للواهب الرجوع عن هبته.⁴
- أن يعلم الموهوب له الواهب بأن ما قدمه له يعتبر عوضا مقابل الهبة، فإن لم يفعل ذلك عد تصرفه هبة مبتدئة يجوز لكل منهما الرجوع فيها.
- أن يشمل العوض كل الشيء الموهوب، لأنه إذا كان عوضا عن بعض الشيء الموهوب فقط جاز للواهب أن يرجع في هبته في الجزء الذي لم يعوض عنه.⁵

¹- ضريفي الصادق، مرجع نفسه، ص 74.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 244.

³- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 73.

⁴- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 132.

⁵- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص ص 119-121.

4- خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له:

من موانع الرجوع في الهبة لدى الحنفية خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقطة لها، كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإبراء وغيرها من الأسباب، وعليه إن خرج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له وسلمه للغير سقط حق الواهب في الرجوع حتى ولو عاد الشيء بعد ذلك إلى ملك الموهوب له بسبب آخر كالإرث مثلاً¹، ويشترط في تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب حتى يكون مانعاً من موانع الرجوع في الهبة ما يلي:

- أن يكون تصرفه في الشيء الموهوب تصرفاً يزيل الملك.
- أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء تصرفاً نهائياً، فإذا كان غير ذلك لم يسقط حق الواهب في الرجوع.
- أن يتصرف الموهوب له في جميع الشيء الموهوب وليس في جزء منه فقط.
- أن يكون خروج الشيء عن ملك الموهوب له خروجاً كلياً.²

5- مانع الزوجية:

اتفق جمهور الفقهاء مع الحنفية على أنه لا يجوز للزوج أن يرجع فيما وهبه لزوجته مطلقاً، فيشمل هذا المانع هبة الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها.

ويشترط لتحقيق هذا المانع أن تكون الهبة صادرة من أحد الزوجين للأخر حال قيام الزوجية. فالهبة التي تتم قبل قيامها فلا تعد مانعاً من الرجوع، والعبرة هنا بإبرام عقد الزواج الصحيح لا بالدخول بالزوجة شرعاً، وعليه إذا صدرت الهبة بعد إبرام عقد الزواج ولو لم يحصل دخول امتنع على الواهب الرجوع في هبته لزوجته³، أما إذا وهب أحد الزوجين للأخر شيئاً قبل انعقاد عقد الزواج جاز له أن يرجع فيما وهب ولو بعد انعقاد الزوجية بينهما ما لم يكن مانعاً آخر للرجوع.

ويبرر الحنفية قيام هذا المانع لأسباب وهي توثيق صلة الزوجية، وصلة الزوجية تقوم مقام صلة القرابة الكاملة، وكذا ترسيخ قواعد المحبة بينهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، ولأن إجازة الرجوع في الهبة بين الزوجين هو إيقاع للعداوة بينهما.⁴

¹-أنس عبد الواحد صالح الجابر، مرجع سابق، ص 247.

²- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 134.

³- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 611.

⁴- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 136.

6- القرابة المحرمة:

يقصد بالقرابة المحرمة كل قرابة دم بين اثنين تحرم زواج أحدهما بالآخر¹، كالأبوين والأولاد والإخوة والأخوات، والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وهذه الصلة تعتبر مانعا من موانع الرجوع لدى الفقه الحنفي.

كي يتحقق المانع من الرجوع في الهبة بسبب القرابة لا بد من اجتماع، صفتي الرحم و المحرومية، فإذا وجد أحدهما دون الآخر جاز للواهب الرجوع، بمعنى إذا وهب شخص الذي حرم غير محرم كأولاد العم أو العمة وأولاد الخال والخالة، أو وهب لمحرم غير ذي رحم كأخيه جاز للواهب أن يرجع فيما وهب لعدم تحقق المانع من الرجوع.

7- هلاك² الشيء الموهوب:

إن هلكت العين الموهوبة أو استهلكت كان ذلك مانعا من الرجوع في الهبة، فلا سبيل أمام الواهب في الرجوع عن شيء قد ملك أو استهلك. والمراد بالاستهلاك هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه غالبا.³

فرّق الحنفية بين الهلاك الكلي للعين الموهوبة والذي يعد مانعا من الرجوع في الهبة، وبين الهلاك الجزئي الذي يجيز للواهب الرجوع في الجزء الباقي، وتغير العين الموهوبة من جنس لآخر كتغير اسمه أو صورته يأخذ حكم الهلاك الكلي، فإذا كانت العين الموهوبة قطنا ثم صارت قماشاً، أو فاكهة وصنعت مربي امتنع على الواهب الرجوع⁴، ويبرر الحنفية هذا المانع بأن رجوع الواهب أصبح مستحيلا لانعدام المحل الذي هلك واستهلك. وليس للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة الشيء الموهوب الهالك أو المستهلك لعدم العقد عليه، وبالتالي لا يضمن الموهوب له الهلاك أو الاستهلاك لأن العين الموهوب ملك له، والمالك لا يكون ضامنا لما يملك حتى ولو وقع التلف بفعله.⁵

أ- موانع الرجوع في الهبة عند جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة بعدم جواز الرجوع في الهبة كمبدأ عام باستثناء حالة هبة الوالد لولده، إلا أنهم قيدوا هذا الاستثناء بعدم وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة.

¹- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 130.

²- الهلاك يقصد به "فناء مادة الشيء وطبيعته على نحو يفوق الغرض المقصود منه أو ينقص من الانتفاع به إما بفعل أحد المتعاقدين أو لسبب أجنبي"، راجع: حسن محمد بودي، مرجع نفسه، ص 173.

³- جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 49.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 246.

⁵- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 139.

1. مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخيفا:

يمثل هذا المانع المذهب المالكي وقد روى ابن حبيب عن مالك رضي الله عنه قال: «لا يعتر مريض ولا يعتصر منه» والمرض المخيف عرضه البعض انه كل مرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت، ويشترط في هذا المرض شرطان:

- أن يكون المرض مما يكثر فيه حدوث الموت.

- أن يموت الشخص من هذا المرض.

يشترط أن يكون المرض المخيف مانعا من موانع الرجوع في الهبة أن يكون طارئا بعد الهبة، أي أن تتم الهبة وقت صحة الواهب أو الموهوب له. فإذا تمت الهبة بعد المرض المخيف جاز الرجوع فيها.¹ عليه إذا مرض الموهوب له مرضا مخيفا، فلا يجوز للواهب الرجوع على ورثة الموهوب له لتعلق حقهم بالهبة، وإذا مرض الواهب مرضا مخيفا فليس لورثته الرجوع على الموهوب له لأن الوارث قد يكون أجنبيا عن الابن الموهوب له، كالزوجة التي تعتبر أجنبية عن ابن زوجها.

في حالة زال المرض المخيف عن الواهب أو الموهوب له عاد للواهب حق الرجوع في الهبة وذلك لزوال المانع من الرجوع.²

2. مانع نكاح أو مداينة الموهوب له:

أخذ بهذا المانع كل من المالكية والحنابلة من الجمهور. ويقصد بهذا المانع أنه لا يجوز للأب اعتصار ما وهبه لولده، إذا تعلق بالهبة رغبة لغير الولد، كأن يداينه الناس أو ينكحوه بسبب يسره بالهبة، فإذا احدث الولد دينا يداينه الناس به ويأتمنوه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فلا يحل لأبيه أن يعتصر المال الذي وهبه إياه أن كانت على الولد ديون. وكذلك الشأن إذا أعطى الأب ولده مالا فتزوجته امرأة ليسره بالمال الذي وهبه إياه والده، فإنه في هذه الحالة يمتنع على الأب الرجوع في هبته.³ فإذا تعلق حق الناس بالهبة امتنع على الأب الرجوع صيانة لهذه الحقوق، فرجوع الأب في هبته يعد إضرارا بذلك الغير الذي تزوج أو تداين الولد الموهوب له بسبب الهبة.⁴

واشترط المالكية لتحقيق هذا المانع وجود ثلاثة شروط وهي:

- أن يكون النكاح أو المداينة من أجل يسر الموهوب له بالهبة، وإلا كان من حق الأب الرجوع.

¹- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 80.

²-ضريفي الصادق، مرجع نفسه، ص 80.

³- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 141.

⁴- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 193.

- أن يتوافر هذا القصد لدى الغير الذي تعامل مع الموهوب له، فإذا كان النكاح أو المداينة لا لأجل الهبة، بأن كانت الهبة قليلة لا ترغب الغير بالزواج أو المداينة، أو كان الموهوب له غنيا قبل الهبة جاز للأب الاعتصار لزوال المانع، لأن العلة التي من أجلها منع الرجوع هي المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع الابن ليسره بالهبة.
- أن تكون الهبة سابقة على تعامل الغير مع الموهوب له بالمداينة أو النكاح، فإذا كان الولد الموهوب له مدينا أو متزوجا قبل إبرام الهبة، ثم وهبه والده مالا، جاز لهذا الأخير الرجوع في هبته لعدم توافر العلة من منع الرجوع.¹

3. خروج الشيء الموهوب عن ملك الواهب:

يعتبر جمهور الفقهاء إخراج الموهوب له الشيء الموهوب عن ملكه وذلك بالتصرف فيه تصرفا نهائيا عن طريق البيع أو الهبة أو الوقف أو نحوها من التصرفات الناقلة أو المسقطه للملكية، مانعا يستطيع الواهب الرجوع في هبته.

أما إذا كان التصرف غير نهائي بأن باع الموهوب له الشيء الموهوب ثم فسخ البيع أو بطل فرجع الموهوب إلى ملك الموهوب له، عاد للواهب حق الرجوع²، وإذا كان التصرف في بعض الشيء الموهوب فحق الرجوع يبقى قائما في الباقي لانتفاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي.

4. الزيادة في ذات الشيء الموهوب:

أخذ بهذا المانع كل من المالكية والحنابلة فتعتبر الزيادة في ذات العين الموهوبة مانعا يمنع الواهب الوالد من الرجوع فيما وهبه لولده، وعلة هذا المانع هو أن الرجوع في حالة الزيادة يلحق الضرر بالموهوب له لأن هذه الزيادة لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب.³

أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب زيادة أو نقصانا لتغير سعر السوق فلا يكون ذلك مانعا من الرجوع، لأن ذات الهبة باقية على حالها والزيادة أو النقصان وقع في القيمة دون العين الموهوبة وهو الراجح في المذهب المالكي.⁴

¹- ضريفي الصادق، مرجع نفسه، ص 81.

- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 194.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 247.

³- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 143.

⁴- ضريفي الصادق، مرجع نفسه، ص 82.

5. الهبة في وجه الصدقة:

أجمع جمهور الفقهاء على إقرار هذا المانع للرجوع في الهبة، فإذا أبرم الواهب هبة لأبنة فقيرا كان أو غنيا على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب في الآخرة، اعتبرت هبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا تراضى مع الموهوب له، والعلة في المانع يتمثل في أن الواهب حقق الغرض الذي كان يصبوا عليه بمجرد صدور الهبة وهو نيل الثواب، فنال المقابل الأدبي الذي يعادل المادي الذي يشترط في الهبة بعوض.¹

6. الحجز على الولد الموهوب له:

إذا تم الحجز على الولد الموهوب له لسفه أو إفلاس امتنع على الواهب الرجوع فيما وهب لابنه وذلك لتعلق حق الدائنين بالشيء الموهوب، ولأن إقرار الرجوع إضرارا وإبطالا لحقوقهم. وفي حالة زوال هذا المانع بأن بطل الحكم بالحجز على الولد الموهوب له لسفه أو أن خرج هذا الأخير في حالة الإفلاس عاد حق الواهب في الرجوع في هبته.

7. هلاك أو استهلاك العين الموهوبة:

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانعا من الرجوع في الهبة، فيتمتع على الواهب أن يرجع على الموهوب له لفوات محلها، فلا يجوز له الرجوع بقيمتها سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً، وعلة ذلك انعدام المحل موضوع الهبة الذي ملك أو استهلك.²

هذا المانع هو محل إجماع الفقهاء، إلا أن جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة قد خالفوا الحنفية حول حكم الهلاك الجزئي للشيء الموهوب، حيث اعتبروه مانعا يمنع الواهب من الرجوع حاله حال الهلاك الكلي.³

كما لا يعتبر تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب عن طريق الإيجار هلاكاً. فيجوز بالتالي للواهب أن يرجع فيما وهب لابنه، فإذا كان الموهوب له مؤجراً للعين الموهوبة وأراد الواهب أن يرجع في هبته جاز له ذلك لكن بدون إبطال عقد الإيجار الذي أبرمه الموهوب له مع المستأجر، فينتقل بذلك الشيء الموهوب إلى الواهب محمل بالإجارة.⁴

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 144.

²- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 182.

³- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 144-145.

⁴- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 181.

8. مانع هبة الدين للمدين:

يأخذ بهذا المانع الشافعية، فيرون أنه يجوز للوالد الرجوع في هبته أن تكون الهبة عينا لا دينا، فلا حق للواهب أن يرجع فيما وهبه لابنه إذا كان محل الهبة دينا للأب على ابنه، لأن هبة لدين إسقاط وليست تمليك.¹

ليس للواهب حق الرجوع كذلك إذا كانت الهبة إباحة منفعة بعد استيفائها. كأن يبيح الواهب لولده استغلال بستان أو أرض زراعية لمدة معينة، فيشغلها الابن خلال تلك المدة فهنا ليس للواهب أن يرجع في ملك المدة التي استغل الابن العين، إنما له الرجوع في ذات العين الموهوبة.²

ثانيا: موانع الرجوع في الهبة في التشريع.

عالجت التشريعات موانع الرجوع في عقد الهبة كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الإسلامي.

لقد استقى المشرع المصري وأغلب التشريعات العربية موانع الرجوع من الفقه الإسلامي خاصة من المذهب الحنفي الذي يجعل في الأصل جواز الرجوع في الفقة إلا إذا وجد مانع من الموانع، حيث نصت المادة 502 من التقنين المدني المصري على ما يلي: «يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1. إذا حصل الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.
2. إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
4. إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للأخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.
5. إذا كانت الهبة لذوي رحم محرم.
6. إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا بد له فيه، أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك في بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي.
7. إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة.
8. إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر.»

¹- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 83.

²-ضريفي الصادق، مرجع نفسه، ص 85.

ومن خلال هذا النص تبين أن موانع الرجوع في الهبة تنقسم إلى موانع قائمة وقت صدور الهبة، وموانع لاحقة لصدورها.

أ-1- موانع قائمة وقت صدور الهبة:

هي موانع ترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق بمجرد صدور الهبة بالنظر إلى طبيعة الهبة ذاتها، وقد يكون هذا الغرض عوضاً دنيوياً أو ثواباً أخروياً، أو صلة بين الأرحام أو برا بين الزوجين، ويترتب عن هذه الموانع أن الواهب لا يجوز له الرجوع في هبته، ولو لعذر ما لم يكن الرجوع بالتراضي بينه وبين الموهوب له.¹

1-الهبة بعوض:

إذا قدم الموهوب له عوضاً أو التزم بشروط أو بتكاليف لمصلحة الواهب أو للمصلحة العامة، فالهبة تكون لازمة منذ صدورهما، وبالتالي لا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بطريق التراضي مع الموهوب له.²

فإذا كان تقديم العوض بانعقاد الهبة امتنع الرجوع فيها منذ صدورهما، وإذا كان لاحقاً عليها امتنع الرجوع من وقت تقديم العوض أو الالتزام بالشروط أو التكاليف.³

العوض لا يكتسب وصف المانع إلا إذا قبله الواهب حتى ولو لم يقبضه، وذلك عكس الفقه الإسلامي الذي يشترط في العوض شروط الهبة من قبول وقبض وإقرار. كما يجب أن لا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب، فإذا قدم الموهوب له جزءاً من الموهوب للواهب على أساس أنه عوض جاز لهذا الأخير الرجوع.⁴

يصح أن يكون العوض مقدماً من أجنبي مادام قد قدمها عوضاً عن هبة الواهب.

يرى بعض الفقهاء أن نقل المشرع المصري لهذا الحكم (عدم الحصول على العوض يعد سبباً للرجوع) عن المذهب الحنفي في غير محله، لاختلاف فكرة الهبة في المذهب الحنفي عنها في القانوني المصري، لأن الحصول على العوض في الفقه الإسلامي هو ما قصد إليه الواهب من تصرفه، أما في القانون المدني المصري فإنه من يقدم على التجرد من مال له دون مقابل بقصد الحصول على عوض

¹- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 268.

²- ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 89.

³- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 222.

⁴- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع نفسه، ص ص 222-223.

مادي لا يكون تصرفه هبة، بل معاوضة لانعدام العنصر المعنوي في الهبة وهو نية التبرع، وبالتالي لا يقوم حق الرجوع في مثل هذا التصرف.¹

2- الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر:

إذا كانت الهبة الصادرة عن الواهب صدقة ابتغاء ثواب الآخرة امتنع على الواهب الرجوع فيها، لأن غرض هذا الأخير منها هو نيل ثواب الله عز وجل في الآخرة، فنال مقابلا أدبيا يعادل المقابل المادي. ويلحق بالصدقة أعمال البر فلا يجوز الرجوع في هذه الأعمال إذ قد تحقق غرضه من الهبة بنيل الجزاء المعنوي الذي يبتغيه، كالتبرع لإنشاء مدرسة أو مستشفى ونحو ذلك من أعمال البر الإحسان.²

3- مانع الزوجية:

قيام علاقة زوجية تكون مانعا من الرجوع للزوم الهبة منذ صدورها، ذلك لأن إذا وهب الزوج زوجته شيئا أو وهبت الزوجة زوجها شيئا فإن الهبة في هذه الحالة المقصود بها توثيق عرى الزوجية ما بين الزوجين.³

يشترط حتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها أن تصدر حال انعقاد الزوجية، فالعبرة بعقد الزواج وليس بالدخول الشرعي بالزوجة، كما أن الهبات المقدمة من أحد الخطيبان يجوز الرجوع فيها، لأن المنع مقتصر على الهبة التي تصدر حال قيام الزوجية. ولا يتحقق هذا المانع في حالة انتماء الزوجية بالطلاق لأن الزوجة بعد الطلاق تصبح كالأجنبية، وبالتالي يجوز الرجوع في الهبة، إلا أنه إذا تمت الهبة حال قيام الزوجية فإنه يمتنع على الواهب الرجوع حتى ولو وقع الطلاق بعدها. والسبب أنه إذا أجزنا الرجوع في الهبة بعد الطلاق لقطع آخر خيط يمكن أن يستهدي به أحدهما أو كلاهما في عودة العلاقة الزوجية.⁴

4- الهبة لذي رحم محرم:

إذا كانت الهبة لذي رحم محرم فإنها لازمة منذ صدورها، وبالتالي لا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير تراضي مع الموهوب له، والحكمة من المنع من الرجوع هي أن غرض الواهب من الهبة لذي رحم محرم هي صلة الرحم، ولأن الرجوع في الهبة تكون قطعية في صلة الأرحام وخصام عرى المودة بين الواهب والموهوب له، ولا بد من اجتماع الوصفين الرحم والمحرومية للمنع من الرجوع، فإذا وجد أحدهما

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع نفسه، ص 223.

² - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 270.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 224.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع نفسه، ص 226.

دون الآخر لم يمنع الرجوع. فمن وهب لذي رحم غير محرم كأولاد الأعمام والعمات، وأولاد الخالات والأخوال جاز الرجوع، كما يجوز الرجوع إذا وهب لمحرم غير ذي رحم كأم الزوجة والأخت من الرضاع.¹ المشرع المصري بتقريره لهذا المانع يكون قد خالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذي أجازوا الرجوع في الهبة متى كانت صادرة من الوالدين لولدهما، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا حل للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب ولده».²

أ-2- موانع الرجوع اللاحقة لصدورها:

موانع تطرأ بعد صدور الهبة، فتحول دون الرجوع لقيام حق الموهوب له أقوى من حق الواهب في الرجوع، وهي تعود إما إلى أحد المتعاقدين، أو إلى الشيء الموهوب في حد ذاته.

1-زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة:

إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة قيمتها لا يجوز الرجوع في الهبة، سواء كانت هذه الزيادة متولدة عنه أو غير متولدة عنه، وسواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، فالزيادة حتى تعتبر مانعا من الرجوع يجب أن تكون متصلة، فلا يمكن إخراج الزيادة المتصلة بالعين الموهوبة. أما إذا كانت الزيادة منفصلة سواء متولدة أو غير متولدة عن الشيء الموهوب، فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع كونه يستطيع الرجوع في أصل الشيء دون أن يلحق ضرر بالموهوب له الذي يحتفظ بالزيادة. إذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع، كأن حصد الموهوب له الزرع أو قلع الغرس عاد حق الواهب في الرجوع، كما لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب لتغير سعر السوق، ذلك أن العين الموهوبة زادت في قيمتها وليس في ذاتها، ولأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات.³

2-موت أحد المتعاقدين:

قد تكون الهبة غير لازمة عند صدورها، وبذلك يجوز للواهب الرجوع فيها فإذا طرأ على أحد المتعاقدين ما يمنع من الرجوع فنلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة، ويتحقق ذلك إذا توفي الواهب أو الموهوب له. فإذا توفي الواهب امتنع على ورثته الرجوع في الهبة، لأن حق الرجوع شخصي متصل بشخص الواهب فلا يورث، أما إذا مات الموهوب له فلا يجوز للواهب الرجوع في هبته لأن الملك انتقل

¹ محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 272.

² شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 156.

³ محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 274.

إلى ورثة الموهوب له. ذلك أن حق الورثة على الموهوب قد ثبت بالميراث فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب في الرجوع كان حقهم أقوى.¹ وقد استمد التقنين المدني المصري هذا الحكم من الحنفية التي بررت أنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، فلم ينتقل إليهم من جهة الواهب، بل جهة المورث، وأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى.²

3- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب:

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً بالبيع أو الهبة أو الوقف أو بغير ذلك من التصرفات، انقلبت الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها وذلك حماية للغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية الشيء الموهوب من طرف الموهوب له.

لكن إذا أبطل التصرف أو فسخ وعاد الشيء لمالك الموهوب له جاز للواهب الرجوع، فلذلك يشترط تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً حتى يمتنع الرجوع، فإذا كان غير نهائياً بأن كان بيع الشيء الموهوب قابلاً للفسخ أو الإبطال عاد للواهب حق الرجوع.³

كما أنه كان التصرف في بعض الشيء الموهوب، فإن حق الرجوع يبقى قائماً في الباقي لانتفاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي، غير أن إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً كلياً نهائياً بأي سبب من الأسباب، ثم عاد الشيء الموهوب إلى ملكه بسبب جديد كالإرث، فإنه لا يجوز للواهب الرجوع لعدم زوال المانع.⁴

4- هلاك الشيء الموهوب:

يمنع الرجوع في الهبة إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، ويستوي أن يكون الهلاك بفعل الموهوب له، أو بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو بسبب الاستعمال.

يشترط أن يكون الهلاك كلياً، فإذا هلك جزء منه فقط. جاز للواهب الرجوع في الجزء الباقي.⁵ تقرير الهلاك مانعاً من الرجوع راجع إلى فوات محل الهبة ذاتها، كما أن الموهوب له ليس بضامن لهلاك الشيء الموهوب أو استهلاكه لأنه مالك الشيء وقت الهلاك أو الاستهلاك. إلا أن جانب من الفقه يرى أنه إذا أتلّف الموهوب له المال الموهوب عمداً ليمنع الواهب من الرجوع فإنه يسأل أمام

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 244.

²- محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، (د د ن)، مصر، (د س ن)، ص 52.

³- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 620.

⁴- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 98.

⁵- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 160-161.

الواهب عن إتلافه، فكان على المشرع المصري أن ينص على انتقال الرجوع إلى ما يحل محل الشيء الموهوب بعد إتلافه كمبلغ التأمين أو مبلغ التعويض، إلا أن هذا الرأي غابت عنه حقيقة أن المأمّن لا يستحق مبلغ التأمين إذا كان إتلافه للعين متعمدا.¹

قبل التطرق إلى موانع الرجوع في التشريع الجزائري أريد أن أوضح أن السبيل الذي دفعني إلى عدم تحليل أحكام التقنيات العربية الأخرى، مرده إلى نصوص هذه التقنيات جاءت مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري، وما تم استخلاصه من استنتاجات فيما يخص القانون المدني المصري هي التي تسري على كل من القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي، وأريد أن أعرج كملاحظة أن المشرع اللبناني لم ينص على موانع الرجوع لأن الأصل عنده امتناع الرجوع، وحدد حالات خاصة للرجوع استلهمها من التشريعات الغربية.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نص على موانع الرجوع في الهبة في المادتين 221 و212 منه، حيث نصت على ما يلي: «للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنة 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 في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع، أو ضاع منه أو أدخل عليه غير طبيعته».

نص في المادة 212 من نفس القانون على ما يلي: «الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها». من خلال هذين النصين يتضح أن المشرع الجزائري جعل الرجوع في عقد الهبة حقا استثنائيا للأبوين دون سواهما، وقد أخذ بهذا رأي جمهور الفقهاء المسلمين، كما أنه لم يشترط سن معينة للأبناء ولم يحدد مهلة معينة، إلا أنه قيد استعمال الوالدين لحق الرجوع في الهبة، بأن أورد حالات يمتنع فيها على الوالدين استرداد الشيء الموهوب والرجوع فيه، وضع الواهب من حق الرجوع إذا كانت هبته بقصد المنفعة العامة.

سنتناول هذه الموانع تباعا.

1-الهبة من أجل زواج الموهوب له:

تعد هذه الحالة مانعا في الرجوع عن الهبة منذ صدورها كونها أن الغرض من الهبة قد تحقق. فالهبة من أجل زواج الموهوب له قد تحقق بمجرد إبرام عقد الزوج، فلا محل بعد ذلك للرجوع فيها.¹

¹ - اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 622.

ففي حالة ما إذا وهب الوالد ولده مالا قاصدا بذلك مساعدته على الزواج، فإنه حتى وإن لم يتزوج الولد في الوقت المحدد فإن حق الواهب في الرجوع عن هذه الهبة واسترداد المال الموهوب يسقط. ولعل ذلك راجع إلى سببين أولهم أن الرجوع منه فيه مساس بحق الغير الذي قبل الزواج من الموهوب له بعد أن علم تملكه لمحل الهبة والذي قد يكون ذلك في نظره جوهرية، وثانيهما أن قدسية عقد الزواج تحول دون التلاعب بكل ما له علاقة به ومنع كل ما قد يدفع الزوجين إلى المطالبة بفكها.²

2- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين:

إن قصد الوالدين من هبتهما ضمان لولدهما قرضا استقرضه هذا الأخير كأن يدفع له المال نقدا، أو يكون ضامنا لهذا القرض بتحرير كفالة عينية لذلك، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورهما، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له، ويبرر هذا المنع الرجوع بأن المال الموهوب أصبح ضامنا للقرض المترتب في ذمة الموهوب له أو الوفاء بدين عليه. وبالتالي لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إن كانت هذه الهبة تساعد الابن على تحسين أوضاعه المالية وقضاء ديونه.³

فإذا ما رجع الواهب في هبته لابنه بموجب عقد توثيقي جاز للموهوب له أن يرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة يطالب فيها بإلغاء الرجوع في الهبة، إلا أنه يشترط عليه أن يقدم الدليل على وجود الدين أو القرض الذي يدعيه وقت تحرير عقد الهبة، وأن هذا الدين هو الذي من أجله أبرمت الهبة. وإذا ما تمكن من ذلك وجب على القاضي القضاء بإلغاء عقد الرجوع في الهبة لقيام المانع من الرجوع المنصوص عليه في المادة 211 فقرة 2 من (ق.أ.ج).⁴

3- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو وضع منه أو غير من طبيعته:

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع، أو الهبة، أو الوقف وأن فقد ملكيته عن طريق تملكها من الغير بالنقادم المكسب أصبحت الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها ما لم يزل هذا المانع بعودة الشيء الموهوب إلى ملك الموهوب كما لو فسخ عقد البيع الذي أبرمه لفائدة الغير، أو رجع في هبته، فزوال المانع يعيد للواهب الوالد حق الرجوع في هبته.⁵

فإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب وجب على هذا الأخير تقديم عقدا صحيحا يفيد أنه باع الشيء الموهوب أو وهبه للغير، وأن يكون تاريخ التصرف سابقا لتاريخ رفع دعوى الرجوع أو تاريخ

¹ - محمد باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 34.

² - جمال عياشي، تداخل آثار عقود التبرع والميراث، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، 2014، ص 54.

³ - منصوري نورة، مرجع سابق، ص 86.

⁴ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 148-149.

⁵ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 150.

العقد التوثيقي المثبت للرجوع في الهبة حتى لا يعتبر الموهوب له سير النية، وأن تصرفه كان بغرض إفسال دعوى الرجوع.¹

إما إذا ضاع² الشيء الموهوب له أو هلك، سواء بسبب أجنبي أو بفعل إهمال الموهوب له، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، لأن الموهوب له لا يضمن الضياع ويستلزم على الواهب إثبات ذلك عن طريق إثبات الواقعة المادية التي أدت إلى الضياع أو الهلاك بجميع وسائل الإثبات.

كذلك إذا غير الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب بأن أحدث فيه تعديلات، كأن يقوم بتشييد مبنى فوق العين الموهوبة، ففي هذه الحالة يعد التغيير مانعا من الرجوع في الهبة.³

4- الهبة بقصد المنفعة العامة:

نصت المادة 212 من (ق.أ.ج) المذكورة أعلاه على أن الهبة المبرمة من أجل تحقيق منفعة عامة للمجتمع، تعتبر هبة لازمة يتمتع على الواهب الرجوع فيها، كأن يهب الشخص قطعة أرض للبلدية من أجل إنجاز مدرسة أو مسجد أو مستشفى، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الصادر عنها بتاريخ 19/01/1997: «من المقرر قانونا أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، وأن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرا لنقص عدد التلاميذ، لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية ولم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها».⁴

إلا أن المشرع الجزائري منع الواهب من الرجوع في هبته بقصد المنفعة العامة طبقا لنص المادة 211 (ق.أ.ج)، لا يجوز ذلك دون ممارسة الواهب دعوى فسخ عقد الهبة، وذلك على أساس إخلال الموهوب له بالالتزامات المترتبة في ذمته بموجب عقد الهبة. فمثلا إذا وهب الواهب مبلغا من المال إلى جمعية خيرية من أجل تشييد مدرسة، وهذه الأخيرة لم تقم بذلك جاز للواهب طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الموهوب له التزاماته، وللقاضى سلطة تقديرية في إقرار الفسخ من عدمه طبقا للقواعد العامة المقررة في الفسخ المنصوص عليها في المواد 119 وما يليها من (ق.م.ج).⁵

¹- شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 151.

²- يراد بالضياع خروج الشيء من يد صاحبه بدو اختياره أي فقد الشيء دون قصد.

³- قرار رقم 153 622 مؤرخ في 11/03/1998، منشور ب م ق، عدد 2، لسنة 1997، ص 72.

⁴- قرار المحكمة العليا رقم 116 197 المؤرخ في 19/01/1997 منشور ب م ق، عدد 2، سنة 1997، ص 114.

⁵- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 153.

الفرع الثالث

آثار الرجوع في عقد الهبة

الرجوع في عقد الهبة له أثر رجعي وتعتبر الهبة بمقتضاه كأنها لم تكن سواء كان الرجوع بالإرادة المنفردة للواهب أم بالتراضي أو بالتقاضي عن طريق اللجوء إلى القضاء. فيترتب عليه بعض الآثار القانونية سواء فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير الذي اكتسب حقا على الشيء الموهوب.

المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام، إلا أنه اقر استثناءا من الأصل الذي يقضي الرجوع للوالدين دون سواهما فيما وهب لولدهما ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة 211 (ق.أ.ج) السالفة الذكر، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يعالج الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير المتعامل معهما رغم أهمية هذه المسألة لما لها من تأثير على حقوق الواهب والموهوب له والغير. بخلاف أغلب التشريعات العربية التي نصت على آثار الرجوع في الهبة، وحددها تحديدا دقيقا¹. ولعل سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة أنه اعتبر الرجوع حالة استثنائية للوالدين يمارسانها بالإرادة المنفردة دون توقف على رضا الموهوب له ودون اللجوء إلى القضاء.²

في غياب نصوص تنظم آثار الرجوع في عقد الهبة، فإن هذا من شأنه أن يثير الكثير من المشاكل العملية أمام القضاء إذا ما طرح نزاع حول مسألة الرجوع في عقد الهبة والآثار المترتبة عنه. فوجب عليه الفصل في النزاع باللجوء إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقا لما جاء في نص المادة 222 من (ق.أ.ج)³، أو بالاستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وباعتبار عقد الهبة عقدا كسائر العقود تسري عليها الأحكام العامة المنظمة لها.

يترتب على الرجوع في عقد الهبة اعتبار الهبة كأن لم تكن، فيكون للرجوع عندئذ اثر رجعي يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويجب على الموهوب له أن يرجع الشيء الموهوب سواء كان عقارا أو منقولا، حتى بغير رضاه ومن غير اللجوء إلى القضاء، فيجوز للواهب أن يرجع في هبته لولده إما عن طريق تحرير عقد رجوع أمام الموثق وبإرادته المنفردة، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي يقر بالرجوع⁴، ولا يبقى أمام الولد الموهوب له الذي فقد الشيء الموهوب سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه عن طريق إثبات قيام مانع من الموانع

¹- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 102.

²- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 162.

³- راجع نص المادة 222 من (ق.أ.ج).

⁴- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 163.

المنصوص عليها في المادة 211 من (ق.أ.ج)، ورجوع الواهب في هبته يجب ألا يمس بحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له حول الشيء الموهوب، فإذا اكتسب هذا الغير الشيء الموهوب بموجب تصرف نهائي بقي حقه محفوظاً، فلا يجوز للواهب استرداد الشيء الموهوب لقيام مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، أما إذا اكتسب الشيء الموهوب بموجب تصرف غير نهائي، كحق الانتفاع أو الارتفاق وغيرها فتسري عليه القواعد العامة في القانون المدني.¹

بخلاف التشريع الجزائري نجد معظم التشريعات العربية تنص على آثار الرجوع في عقد الهبة في قوانينها، وسنبحث في آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريع المصري، لأن أغلب التشريعات تتفق مع أحكامها.

بموجب نصي المادة 503 و 504 من التقنين المدني المصري يتضح أن آثار الرجوع في الهبة تنحصر على علاقة المتعاقدين فيما بينهما دون أن تنطبق إلى تنظيمها بالنسبة إلى الغير، وعليه اتجه فقهاء القانون إلى توضيح هذه الآثار على ضوء القواعد العامة، كما يستفاد من المادة 503 من القانون المدني المصري أنه يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن. وبذلك يكون للرجوع بنوعيه آثار البطلان والفسخ لانحلال العقد بأثر رجعي.

يترتب على اعتبار الهبة كأن لم تكن آثار فيما بين المتعاقدين وآثار بالنسبة إلى الغير.²

أولاً: آثار الرجوع فيما بين المتعاقدين:

يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء بالتراضي أو بالتقاضي بعض الحقوق والالتزامات

المتقابلة فيما بين الواهب والموهوب له، وهي كالآتي:

أ- اعتبار الهبة كأن لم تكن:

يترتب على الرجوع في الهبة سواء كان هذا الرجوع بتراضي المتعاقدين أو كان بطريق القضاء اعتبار الهبة كأن لم تكن³، فإن الرجوع في الهبة يخضع لنفس مراحل تحرير عقد الهبة، فالرجوع في عقد الهبة يتم بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، وبالتالي تعتبر الهبة كأن لم تكن.

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، وعليه لا يجوز للواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب قبل الفسخ إذا كان لم يسلمه، ولا أن يسترده إذا كان سلمه، وإذا استرده بعد أن سلمه بغير التراضي أو التقاضي عد غاضباً وكانت يده يد ضمان، ويترتب عن ذلك أن الشيء إذا هلك بعد استرداده بفعل

¹- شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 165.

²- محمد بن أحمد تقيّة دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 303.

³- جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 249.

الواهب أو بسبب استعمال الشيء الموهوب أو بسبب أجنبي عنه كان الواهب ضامنا له ووجب عليه تعويض الموهوب له، ولا يجوز في هذه الحالة للواهب أن يدفع مسؤوليته بالضمان عن الهلاك حتى لو أراد الرجوع في هبته وكان له عذر مقبول، وذلك لأن الرجوع هنا يمتنع على الواهب في هذه الحالة لقيام المانع وهو هلاك الشيء الموهوب.¹

ب-رد الشيء الموهوب إلى الواهب:

إذا ما حدث وتم الرجوع في الهبة، وسواء كان هذا الرجوع بالتراضي أو بالتقاضي نفسخ الهبة وتكون كأنها لم تكن، ويلتزم 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. وإذا امتنع الموهوب له عن الرد وقام الواهب بإعذاره تسليم الموهوب وهذا بعد رجوع الواهب في هبته، ولكنه لم يفعل فإن الموهوب له يكون ضامنا ومنتحلا تبعة الهلاك وذلك سواء كان الهلاك بفعل الموهوب له، أو بسبب أجنبي²، وذلك بتعويض الواهب عن الهلاك.

ج-رجوع الواهب بالثمرات:

يقصد بالثمار³ تلك الزيادة الحادثة في الشيء الموهوب بعد القبض، وتتقسم هذه الزيادة إلى قسمين: زيادة متصلة بالشيء الموهوب والتي لا يمكن فصلها عن الشيء، وزيادة منفصلة عن الشيء الموهوب ويمكن قطعها دون أن يلحق ضرر به⁴. فالثمار تكون من حق الموهوب له إلى يوم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي، وذلك على أساس أنه مالك وحسن النية، فله أن يجني ثمرات ملكه. ومن ثم فإنه لا يسأل عن ردها إلى الواهب، أما لو استمر في قبضها بعد الرجوع بالتقاضي أو بعد رفع دعوى الرجوع، فإنه يعتبر سيء النية وبالتالي لا يملك ثمار ونتاج الموهوب، ويجب عليه ردها إلى الواهب.⁵

إن هذا الحكم ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في تملك الثمار بالحيازة والتي تقضي بأن الحائر يكسب ما يملكه من ثمار مادام حسن النية، إلا أن اعتبار الموهوب له سيء النية من يوم رفع دعوى الرجوع قد تعرض إلى النقد كونه غير صائب ولا يقوم على أساس صحيح، لأن القاضي المعروض عليه

¹-شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 167.

²-جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 250.

³-لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للثمرات ولكن بالرجوع إلى الفقه يمكننا أن نفرق بين نوعين من الثمرات:

أ- ثمار مباشرة (مادية) وهي إما تولد ذاتيا وتستمر بالثمار الطبيعية أو تحتاج إلى عمل الإنسان كالمزروعات.

ب- ثمار غير طبيعية، وهي ما يجنى من العقار من دخل نقدي مقابل تحويله للغير والاستفادة من العقار كبل الإيجار.

⁴-حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 97.

⁵-منصوري نورة، مرجع سابق، ص 94.

التنازع قد يحكم برفض دعوى الواهب إذا لم يكن له عذر مقبول أو وجد مانع من موانع الرجوع. فلهذا كان الأجدر أن يكون رد الثمار من تاريخ الحكم بالرجوع لا من يوم رفع الدعوى.¹

د- رجوع الموهوب له بالمصرفات على الواهب:

يترتب على رجوع الواهب عن هبته، رجوع الموهوب له بما أنفقه من مصرفات على الشيء الموهوب قبل الرجوع من جانب الواهب ويكون ذلك على النحو التالي:

- إذا كانت المصرفات ضرورية كإصلاح جدار يهدد بانهيار البيت الموهوب، فإن من حق الموهوب له الرجوع بكافة المصرفات من المواهب.²

- إذا كانت المصرفات نافعة وهي مصاريف مفيدة للشيء الموهوب، إلا أنها ليست ضرورية لأنها غير لازمة للمحافظة على الشيء ويترتب على إنفاقها تحسين الشيء بالزيادة في قيمته أو في منفعتها وذلك، ك شراء آلات فلاحيه من أجل استغلال الأراضي الفلاحية الموهوبة، فيرجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين: قيمة المصرفات التي أنفقها، أو قيمة ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصاريف.³

أما فيما يخص المصرفات الكمالية، وهي مصاريف تنفق لمجرد تزيين الشيء وتجميله على نحو يزيد تمتع الحائز لها، كالديكورات بالمنزل الموهوب، فليس للموهوب له أن يستردها من الواهب، إلا أنه يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ما لم يختر الواهب استبقائها ودفع قيمتها.⁴

إذا تم إلزام الواهب برد المصرفات الضرورية أو النافعة، أو اختار أن يستبقى ما استحدثه الموهوب له بمصرفات كمالية، فإنه يجوز للواهب أن يطلب من القاضي أن يكون الوفاء بهذه المصرفات على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة.⁵

ثانياً: آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير.

لو يورد المشرع المصري والتشريعات العربية التي حذت جذوره لتنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير بنص قانوني خاص، ولذل يتعين إعمال القواعد القانونية العامة في هذا الشأن، وأمام

¹- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص ص 171، 172.

²- ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 107.

³- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 170.

⁴- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 185.

-حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 39.

⁵- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 175.

عدم ورود النص على بيان آثار الرجوع بالنسبة للغير في التشريعات العربية، عمد الفقه لملء هذا الفراغ التشريعي، ببيان هذه الآثار، فذهب جاني من الفقه إلى القول أن الرجوع في الهبة يترتب عليه سقوط الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب بحسن نية تطبيقاً للأثر الرجعي للرجوع سواء كان اتفاقياً أم قضائياً.¹

إلا أن الأخذ بهذا الرأي من شأنه أن يشكل خطورة على حقوق الغير حسن النية، وبالتالي سقوط كافة الحقوق المكتسبة وهذا ما يهدد استقرار المعاملات. كما أنه قد يؤدي إلى امتناع الغير من التعامل مع الموهوب له بشأن المال الموهوب، وهذا من شأنه إلحاق ضرر بمصلحة الموهوب له وبالمصلحة العامة، وعليه فقد ذهب فريق آخر إلى القول بأن يجب أن لا يخل الرجوع بحقوق الغير حسن النية. وهنا يجب أن نفرق بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً أو كان قد رتب على الشيء الموهوب حقا عينياً.

أ- تصرف الموهوب له في الشيء تصرفاً نهائياً:

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ناقل للملكية ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية، وقبل ممارسة الواجب لحق الرجوع كانت الهبة لازمة وامتنع عليه الرجوع، سواء كان ملحها عقاراً أو منقولاً، وبالتالي يبقى حق الغير المتصرف به محفوظاً ومحمية، وعليه لا يصح القول أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي، بل الأصح أو يقال أن الرجوع في الهبة ممتنع أصلاً.²

ب- ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينياً للغير:

قد يقتصر الموهوب له إنشاء حق عيني على الشيء الموهوب كحق *** أو ارتفاع أو حق رهن، فإنه تطبيق القواعد العامة لعدم ورود النص عليها. وهذه القواعد تختلف من تشريع لآخر حسب ما إذا كان الشيء الموهوب عقاراً أو منقولاً وحسب ما إذا كان الغير حسن النية أو سيء النية.³

ب1- إذا كان الشيء الموهوب عقاراً:

إذا رتب الموهوب له للغير حقا عينياً للغير وتم الرجوع في الهبة، فنميز بين حالتين:

¹-ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 108.

²- محمد أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 304.

-شيخ نسيمّة، مرجع سابق، ص 172.

³- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 180.

ترتيب الحق العيني قبل شهر دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضي على الرجوع، فإذا كان الغير حسن النية أي لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة، فإن حقه يسري في مواجهة الواهب فيستطيع هذا الأخير استرداد الموهوب مثقلا بالحق العيني المترتب للغير، ولا يرجع الواهب بتعويض عن هذا الحق على الموهوب له¹، وإذا كان الغير سيء النية أي يعلم وقت اكتسابه الحق قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة، فإن حقه لا يسري في مواجهة الواهب ويسترد هذا الأخير العقار خاليا من حقوق الغير، ثم يرجع الغير على الموهوب له بالتعويض وفقا للقواعد العامة.²

ترتيب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع، فلا يسري حق الغير في مواجهة الواهب الذي يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير، وما على هذا الأخير إلا الرجوع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة.

ب2- إذا كان الشيء الموهوب منقولاً:

إذا رجع الواهب في الهبة بالتراضي مع الموهوب له، فإن الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر على حقوق الغير، بحيث لا يسترد الواهب المنقول الموهوب إلا مثقلا بهذه الحقوق، أما إذا كان الرجوع بالتقاضي فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعي حتى بالنسبة للغير فيسترد الواهب المنقول خاليا من حقوق الغير، إلا إذا كان الغير قد جاز هذا الحق وهو حسن النية، ففي هذه الحالة يسترد الواهب المنقول مثقلا بهذا الحق لأن الحيابة في المقول سندا لحق الغير.³

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لا يجيز الرجوع في الهبة في حالة الموهوب له حقا عينيا على الشيء الموهوب سواء كان عقارا أو منقولاً، وسواء تم الرجوع بالتراضي أو بالتقاضي لأنه يعتبر حق الغير أقوى من حق الرجوع.⁴

الخلاصة فيما تقدم من هذا الباب: أن الهبة عقد من العقود الناقلة للملكية دون عوض كأصل عام، ويجوز أن تكون بعوض شريطة أن يكون أقل قيمة من قيمة الشيء الموهوب، وقد تم تناول الهبة على أساس أنها عقد مثل سائر العقود الأخرى مجمل التشريعات العربية والنص على ذلك صراحة، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك صراحة وإنما يستخلص من خلال المؤشرات الدالة عليه، بخلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبرها تصرف. ومن أجل استقرار المعاملات في هذا المجال ومتى انصبت الهبة على عقار أو حق عيني عقاري يشترط تحرير ذلك في شكل رسمي من طرف شخص مؤهل قانونا لإضفاء الرسمية وجعلها ركنا في العقد لا مجرد وسيلة إثبات، كما خص الهبة بركن آخر على غرار التصرفات الأخرى

¹- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع نفسه، ص ص 180-181.

²- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 42.

³- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 173.

⁴- ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 109.

المشابهة لها وهي ركن الحيابة ، أي ضرورة حيابة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو ممن ينوب عنه قانونا أو اتفاقا، وجعل من ركن الرسمية والحيابة ركنان متلازمان بحيث لا يغني أحدهما عن الأحوال المنصوص عليها في المادة 208 من قانون الأسرة، ورتب المشرع على تخلف ذلك البطلان المطلق للهبة، فيبقى العقار الموهوب ملكا للواهب ولا ينتقل منه شيئا إلى الموهوب .

بخلاف التشريعات العربية فالمشرع الجزائري لم ينص على الآثار المترتبة عن عقد الهبة، فلم يذكر التزامات كل من الواهب و الموهوب له، مما يستدعي الأمر تطبيق أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني. الهبة في التشريع الجزائري عقد لازم كأصل مما يترتب عليه عدم جواز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب، فورد ثلاث موانع على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة يمنع فيها على الوالدين الرجوع، وقد أكد على مبدأ لزوم عقد الهبة في المادة 212 من نفس القانون يمنعه الرجوع في الهبة للمصلحة العامة.

المباحث الثاني

الإرادة المنفردة تصرف من جانب واحد يمكن أن ترتب آثارا قانونية معينة، وهي تتميز عن الذي لا ينشأ إلا بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني محدد، أما التصرف الانفرادي ينشأ ويتكون بإرادة واحدة فقط، وبهذا يختلف عن العقد الملزم لجانب واحد الذي لا ينعقد إلا بتراضي إرادتين ولكنه يرتب التزامات على عاتق أحد طرفيه دون الآخر كالهبة، ويمكن للإرادة المنفردة أن ترتب بعض الآثار القانونية في مجالات كثيرة ومتباينة.

تلعب الإرادة المنفردة دورا هاما في مجال العقود، حيث يمكنها تصحيح العقد القابل للإبطال ويتم ذلك عن طريق الإجازة التي تعتبر نزولا عن حق التمسك بالبطلان وتؤدي إلى انقضاء هذا الحق، ويمكن للإرادة أن تجعل العقد يسري في حق الغير، أي نافذا في مواجهته وذلك بإقرار الغير له، وتستطيع إنهاء العقد في حالات معينة كعقد الوكالة حيث يستطيع كل من الموكل والوكيل إنهاء الوكالة في أي وقت بالإرادة المنفردة، أو إنهاء عقد العمل.

من التصرفات التبرعية بالإرادة المنفردة نجد الوصية و الوقف، فالإرادة المنفردة قد تكون مصدر لوجود الحق العيني ذلك عن طريق الوصية، فالموصي عندما يوصي بجزء من ماله لآخر فإنه يتصرف انفراديا بالرغم من أن الوصية لا تنفذ بحق الموصى له إلا بقبوله، إلا أن ذلك لا يمنع من أن ترتب آثارها القانونية. كما نجد الوقف تصرف تبرعي إنفرادي يتم بالإرادة المنفردة للواقف وحدها، فانعقاد الوقف يتوقف على الإيجاب فقط، أما القبول فهو لتثبيت الاستحقاق فقط ولا يترتب عليه وجود الوقف. فالوصية تصرف تبرعي صادر بالإرادة المنفردة ناقلا للملكية إذا تصرف بمقتضاه شخص تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الموت، أما الوقف فهو تصرف قانوني إنفرادي مسقط للملكية ينصب على المنفعة.

عليه يتناول الباب الثاني من هذه الدراسة الحديث عن الوصية في فصل أول، في حين سيتم الحديث عن الوقف في فصل ثان.

الفصل الأول

الوصية

لقد شهد التاريخ الوصية منذ أن اكتشف البشر الأموال، وأحسوا بأن حياتهم الفانية تقتضي التفكير فيما ستؤول إليه ثورتهم وأملاكهم من بعد وفاتهم، ونظام الوصية عموماً قبل الإسلام كان يدخل ضمن التصرفات العادية للمالك، وبالتالي كان له مطلق الحرية في أن يوصي لمن يشاء من قرابته أو غيرهم، كما له مطلق الحرية أيضاً بأن يحرم من يشاء سواء كانوا ذوي قرابة أو غير ذلك من الأجانب ودون أن يندم على ذلك، وليس للقانون عليه سلطان في ذلك.

وصيته بذلك الشكل نافذة وصحيحة في أمواله التي يخلفها تركته من بعده وبالمبلغ الذي حدده وحتى لو استغرق ذلك كل ماله، إلا أنه بعد مجيء الإسلام تغيرت كافة الأمور وذلك بأن وضعت الشريعة لذلك نظاماً يحكم الوصية بوجه عام أساسه من الكتاب والسنة واجتهادات الصحابة. فجاءت بشروط لم تكن موجودة عند سابقه، فقد كان صاحب المال يعطي من ماله وصية لمن يشاء ويحرم من يشاء، لذا لم يكن للوصية قيمتها وقدرها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها قواعد وشروط مبنية على أساس من العدل وصلة الرحم فألزم الناس أصحاب الأموال قبل تشريع الميراث بالوصية للوالدين والأقربين، فكانت في بداية الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين بقوله تعالى: ﴿

1. ﴿

حينما نزلت سورة النساء بتشريع الموارث تفصيلاً نسخت وجوب الوصية وبقي الاستحباب، فهي لا تنفذ إلا بعد موت الموصي ليتحقق الأجر والثواب.

من حكمة الشارع الحكيم أن الوصية لا تكون لوارث لكي لا يأخذ من مال المتوفى مرتين وذلك لما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: ﴿

﴿. فجعل الأولوية للأقارب غير الوارثين على الجانب قياساً على أن النفقة تكون للأقارب قبل الأبعد²، ومن حكمته أيضاً ألا تزيد الوصية من الثلث إلا إذا أجازها الورثة حفاظاً على حقهم لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص الذي أراد أن يوصي بجميع ماله: ﴿

﴿³ كما أقر الإسلام الوصية الواجبة لأولاد المتوفى الذين فقدوا معيلاً بعد وفاة أبيهم. فكان الإسلام سباقاً لرعاية مصالح الأيتام ليأخذوا حصة أبيهم من الميراث لو كان حياً بشرط ألا تزيد عن الثلث، وبذلك

¹ -سورة البقرة الآية 108.

² -دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، (د.س.ن)، ص 27.

³ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، دار ابن كبير، ط3، بيروت، 1987، ص

نجد أن نظام الوصية في الإسلام يتسم بالعدالة والرحمة، لأن الوصية في الإسلام لا إفراط فيها ولا تفريط فللورثة حقهم في التركة وهو النصيب الأكبر فيها.

مما سبق يتضح لنا أن الإسلام أول ما عالجه كان الوصية الواجبة، ثم الوصية الاختيارية، وسيم دراسة هذه الخيرة بشكل خاص من حيث حقيقتها وأدلة مشروعيتها والحكمة منها، وبيان أحكامها.

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الوصية في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص "بالتبرعات" وذلك في المواد من 184 إلى 201. كما أنه زاد الرصيد في معرفة الوصية باللجوء إلى القانون المدني الذي بين انتقال الملكية بعد وفاة الموصي.

قد قسم هذا الفصل إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لماهية الوصية أما المبحث الثاني فنعالج فيه أحكام الوصية.

المبحث الأول

ماهية الوصية

أقر المشرع العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع بشكل واسع، كما أقام العدالة بين أفراد الأسرة في هذا المجتمع فأعطى لكل ذي حق حقه بعد موت مورثه، كما حضيت الوصية في جانبها الديني والأخلاقي حيث تعتبر من وسائل البر والخير من خلال التصدق على المساكين والفقراء، فتعتبر الوصية من التصرفات الشرعية التي تتعد بالإرادة المنفردة للإنسان على قاعدة "أن الناس مسلطون على أموالهم".

قد تناول المشرع الجزائري موضوع الوصية في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص "بالتبرعات" وذلك في المواد من 184 إلى 201. كما أنه زاد الرصيد في معرفة الوصية باللجوء إلى القانون المدني الذي بين انتقال الملكية بعد وفاة الموصي. وسيتم إيضاحها من خلال مفهومها في مطلب أول، وإنشائها في مطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم الوصية

الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يقضي إلى كسب الملكية إذا تصرف الموصي في ماله باعتباره تصرفا في التركة يضاف إلى ما بعد الموت، كما أنها تحتل مكانة هامة من بين تلك الأسباب لاعتبارها عملا إراديا منحه الله سبحانه وتعالى للإنسان لكي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقا مشروعاً من الأقارب وذوي الحاجات، كما أن أمره لا يتحقق فيه معنى الإضرار الذي قد يوجد في بعض الأسباب الأخرى لكسب الملكية من جهة، ومن جهة أخرى أنها تستقل دون غيرها بكونها أداة ليتدارك الإنسان ما

فاته القيام به في حياته من واجبات كالكافارات والزكاة والحج . فتناول ضمن هذا المطلب تعريف الوصية (فرع أول) ومشروعيتها وحكمها (فرع ثاني)، وكذلك التصرفات الملحقة بالوصية (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف الوصية

سننتظر في هذا الفرع إلى تعريف الوصية لغة، وتعريفها اصطلاحاً.

أولاً: الوصية لغة.

الوصايا جمع مفردة وصية، وهي مصدر من الفعل وصى، والوصية هي الوصل من وصيت الشيء بالشيء أي وصلته، ويقال أرض واصمة أي متصلة النبات.¹ سميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصي وعلى ما يوصى به من مال أو غيره من عهد ونحوه، فتكون بمعنى المصدر إيحاء، وتكون بمعنى المفعول هو الاسم.²

تطلق الوصية في اللغة على عدة معاني منها:

أ- **العهد إلى الغير**: أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه، وأوصيت إليه وأوصيت له بشيء وأوصيت عليه إذا جعلته وصيتك. ووصيته إيحاء وتوصية.

ب- **الوصل**: وصى الشيء وصيا اتصل، وأرض واصمة أي متصلة النبات، وقد وصت الأرض إذا اتصل نباتها.

ج- **التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنا بوعظ**: وتواصى القوم إذا أوصى بعضهم بعضاً لقوله تعالى: ﴿...﴾³.

د- **القرض**: أي يقرض عليكم ومنه قوله تعالى: ﴿...﴾⁴ وهذا من القرض المحكم علينا.

مما ذكر يتبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو الإيحاء، كما تطلق على ما يوصى به الإنسان من مال لغيره وهو الوصية، واللغويين لم يفرقوا بين الوصية والإيحاء، لكن فقهاء

¹ - محمد كروم، لسان العرب، القاموس المحيط، دار الفكر، لبنان، 2002، ص 1403.

² - أحمد محمد علي داودي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، الأردن، (د.س.ن)، ص 107.

³ - سورة العصر، الآية 03.

⁴ - سورة الأنعام، الآية 151.

الشريعة الإسلامية فرقوا بين الإيصال والوصية، فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت، ولفظ الإيصال يدل على جعل الغير وصيا على ما يلي أمره بعد وفاته¹.

الوصية في الاصطلاح هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، يوجب حقا في التركة لمجرد وفاة، أو هي ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه، وعرفت الوصية في الاصطلاح عدة تعاريف متباينة سنذكر منها فيما يلي:

ثانيا- الوصية اصطلاحا.

أ- التعريف الفقهي:

اتفق الفقهاء على أنه الوصية تبرع لما بعد الموت، إلا أنهم اختلفوا فيما تشمله بين مضيق وموسع، فقد وصفوا لها تعريفات متقاربة في المعنى والمقصد وإن كانت متفاوتة في الدقة والضبط وجاءت هذه التعريفات على النحو التالي:

أ-1- الحنفية:

عرفها المذهب الحنفي بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة².

فكلمة تملك يقصد به ملك الشيء والتصرف فيه، ويشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع والهبة وغيرها، أما "مضاف إلى ما بعد الموت" فأخرج به التملك بعوض حال الحياة كالبيع و خرجت الهبة لأنها تملك بغير عوض في حال الحياة بطريق التبرع.

أما كلمة "على سبيل التبرع" أخرجت من التعريف ما هو تملك بعوض كما في البيع والإجازة وكذلك أخرجت العارية كونها تملك للمنفعة بطريق التبرع حال الحياة. "عينا كان أو منفعة" ليشمل بذلك ملك الأعيان وملك المنفعة³.

وقد جاء هذا التعريف واضعا في التعبير عن المعنى الذي قصده الفقهاء للوصية تحقيقا للغايات والمقاصد من مشروعيتها، إلا أنه كان موضع نقد لقصوره عن استيعاب كافة صور الوصايا، فمن

¹ - علاء الدين الكاساني بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائح، دار المعرفة، لبنان، (د س ن)، ص 340.

² - خضر حامد علي، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص، معهد البحوث والدراسات الجامعية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011، ص 07.

³ - هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، الشروق للنشر، الأردن، 2007، ص 207.

الوصايا ما ليس تمليكاً بطريق التبرع، وإنما هو تملك واجب إبراء لما في الذمة، كالوصية بقضاء الدين سواء كان ديناً لله تعالى أو ديناً للعباد.¹

أ-2- المالكية:

عرف المالكية الوصية بأنها: «عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيته عنه بعده».²

فكلمة "عقد" هي اتفاق بين طرفين يلتزم فيه كل منهما بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه ولا بد فيه من إيجاب وقبول، أما "يوجب حقاً" أي يثبت حقاً أو يثبت ملكية.

فيما يخص في "ثلث مال عاقده"، أي أن مقدار الحق الذي يثبت بموجب العقد في مال الموصي لا يتجاوز ثلث المال.

"يلزم بموته" أي أن العقد يكون لازماً بعد موت الموصي أما قبل الموت فلا يكون العقد لازماً.

"أو يلزم عنه بعد" أي نيابة عن الموصي في التصرف، فالموصي إما أن يوصي بإقامة نائب عند موته أو وصي على أولاده الصغار من بعده، وإما أن يوصي بمال.

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لأن الوصية لا توجب حقاً في ثلث المال دائماً كالوصية بإبراء ما عليه من حقوق وواجبات فتكون تلك الحقوق أكثر من التركة وأنها واجبة.³

أ-3- الشافعية:

عرفها كما يلي: «بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت»

"تبرع" أي تملك بغير عوض ولا وجوب.

"بحق" أي بنصيب واجب.

"ولو تقديراً" كأن يقول أصيب له بكذا دون أن يقول بعد موتي لأن لفظ الوصية صريح وإن لم يذكر بعدها لفظ الموت.

يؤخذ على هذا التعريف على أنه عبر بلفظ تبرع مع أن هناك بعض الوصايا لا ينطبق عليها التعريف لعدم وجود التبرع فيها كالوصايا الواجبة على المتوفي وذلك مثل الوصية بأداء الوديعة، أو الوصية بدفع الزكاة أو الكفارة.⁴

¹-هاني الطعيمات، مرجع سابق، ص 208.

²-خضر حامد علي، مرجع سابق، ص 07.

³-دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 36.

⁴-دغيش أحمد، مرجع نفسه، ص 36.

أ-4- الحنابلة:

- عرف الحنابلة الوصية بأنها: «الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعد الموت».¹
- الأمر: يقبض النهي، والمقصود به طلب فعل من أحد ويكون الأمر من الموصي.
- بالتصرف: مصدر تصرف وهو ما يصدر عن الشخص بإرادته، و يترتب عليه الشيء أحكاما مختلفة.
- بعد الموت: فقد أخرجت به الوكالة، حيث أنها أمر بالتصرف حال الحياة.
- أو التبرع بالمال: بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالبا.
- بعد الموت: فقد أخرج به الهبة لأنها تبرع حال الحياة.
- يؤخذ على هذا التعريف في أنه غير جامع لأنه لا يشمل الوصية بحقوق الله الواجبة كالحج والزكاة، وكذلك الوصية بتأجيل الدين أو إسقاطه، ولا يشمل الوصية بتقسيم التركة، لأن هذه الأمور لا تعتبر تبرعا بالمال.
- من خلال النظر في التعريفات نجد أن تعريف الحنفية والشافعية اقتصر على الوصية، بمعنى التبرع بالمال إذا أضيف ما بعد الموت ولا يشمل الإيصال كجعل الغير وصيا على أولاده من بعده.
- أما تعريف المالكية والحنابلة فيشمل الوصية والإيصال ويجمع بينهما.
- فالوصية في الاصطلاح الشرعي تعريفات متعددة، ولكن أقربها وأشملها ينص على أن الوصية تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع. فهذا التعريف جامع ومانع يشمل كل شيء يوصي له الشخص بعد وفاته، كما يشمل إقامة الوصي على أولاده الصغار ورعايتهم.
- ب- الاصطلاح القانوني:**

تعريف الوصية في قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية والإسلامية يكاد يجمع على تعريف واحد وهو أنها: «تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت».²

فنصت المادة الأولى من قانون الوصية المصري على: «أن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت».³ وكان قد نص في المادة 615 منه على أنه تسري على الوصية أحكام الشريعة

¹- إلياس ناصيف، الوصية، (الوصية للمسلمين في القانون الولي الخاص)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 13.

²- محمد أحمد عقلة بني مصطفى، الوصية الواجبة، واثر تطبيقها على الورثة في المحاكم الشرعية (دراسة مقارنة)، دار الحامد، الأردن، 2014، ص 85.

³- قانون الوصية المصري، رقم 74 لسنة 1946.

الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، وقد ورد في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية في شرح المادة الأولى منه أن تعريف الوصية في الأصل قاصرا، فعدل عنه إلى التعريف الوارد في هذه المادة ليشمل مسائل الوصية، فيشمل بذلك ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة، والموصى له من أهل التملك كالوصية لمعين بالاسم أو بالوصف، أو معين بالوصف من لا يحصون كالوصية للفقراء. وما إذا كان الموصى له جهة من جهات اليد كالملاجئ والمدارس ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطا فيه بمعنى التملك كالوصية بالإبراء من الدين. وما إذا كان الموصى به إسقاطا محضا كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة. وما إذا كان الموصى به حقا من الحقوق التي ليس مالا منفعة ولا إسقاطا ولكنه مال لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين.¹

بهذا كان هذا التعريف دقيقا شاملا لجميع أنواع الوصايا، سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره. لأن لفظ تصرف يشمل كل ذلك.² فهو يشمل التملك والإسقاطات ونقير مرتبات، وتقسيم التركة بين الورثة سواء بالمنافع أو الأعيان.

نص المشرع الجزائري في المادة 775 من (ق.م.ج) على أنه: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة به»، وهنا ما يستفاد أن المشرع لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني وإنما في قانون الأسرة الجزائري وذلك ضمن الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من 184 إلى 201 منه.

فعرف الوصية في المادة 184 من (ق.أ.ج) بأنها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، ونص في المادة 190 على أنه: «للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة».

إن المقصود بكلمة تملك الواردة في المادة 184 من (ق.أ.ج) هو أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء كانت منقولا أو عقارا، أو بالمنافع كسكني دار أو زراعة أرض³، وجميع أنواع الوصايا سواء كان بالمال أو بغيره.

أما المراد من جملة «مضاف إلى ما بعد الموت»، أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب حال التصرف إلا بعد موته، فبذلك ضرورة إخراج الهبة كونها تصرف واقع في الحياة.⁴

¹ - إلياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ص 15.

² - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1988، ص 11.

³ - بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1990، ص 391.

⁴ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 180.

أما المقصود من كلمة "التبرع" هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، فلا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته، وبالتالي إخراج الوصايا التي تتبني على بيع أو إيجار لشخص ما. لأن هذه التصرفات هي تملك بعوض في حين الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.¹

قد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد بنص المادة 184 من (ق.أ.ج)، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها رقم 116375 الصادر بتاريخ 2 ماي 1995 بما يلي: «من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع».²

والملاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد حصر الوصية في كل ما يعتبر تملك فقط. ذلك أن الوصية تشمل التملك بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة كالإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من الجهات كالوصية للمساجد والمستشفيات، والملاجئ، وليست الوصية للأشخاص المعيّنين بالاسم والوصف فقط.³

يمكن تعريف الوصية كالتالي: "الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت" فتعريفها بهذا المعنى جامع ومانع، ويشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة أو إسقاطا فيه، ويشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك. كما أنه أخرج التبرعات التي تتم حال الحياة.⁴

الفرع الثاني

مشروعية وحكم الوصية

الوصية أجازها الشارع لحاجة الناس إليها، حتى يتمكن الشخص من تلاقي ما فاته من التقصير بماله، كما أن الوصية صلة الرحم، وتوسعه على ذوي الحاجة خاصة غير الوارثين من ذوي القرابة والأرحام والمعارف، فسنتناول في هذا الفرع مشروعية الوصية، وحكمة مشروعيتها وبعد ذلك حكم الوصية.

أولا: مشروعية الوصية.

الوصية مشروعة ودل على مشروعيتها أدلة إجمالية وتفصيلية كثيرة، فنعرض أهمها، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول وهي كما يلي:

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 231.

² - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 181.

³ - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 182.

⁴ - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 35.

أ- الكتاب:

ذكرت الوصية في أكثر من موضع من كتاب الله تعالى ومنها:

1. قول الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين

بالمعروف حقاً على المتقين﴾.¹

فالله سبحانه وتعالى فرض الوصية للوالدين والأقربين قبل نزول آيات الميراث: «²، وبنزول هذه الآيات ارتفع الوجوب وبقيت المشروعية وفق ضوابط بينها المشرع في مواطن

أخرى.

2. قال الله تعالى: ﴿وقوله تعالى: ﴿

﴾.³

إن الله سبحانه وتعالى قد قدم أداء الدين والوصية على الميراث وما دام قدم الوصية ففي هذا دليل على مشروعيتها.

3. قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية...﴾.⁴

إن الله تعالى ندب للإشهاد على الوصية، والندب لإشهاد على أمر يدل على مشروعيتها، فلاية دليل على مشروعية الوصية.⁵

ب- السنة:

لقد ورد الكثير من الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم، والتي تدل على مشروعية الوصية نذكر منها:

1- ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿ما

حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده﴾.⁶

فالحديث يدعو ويحث على المسارعة بالوصية، وهذا دليل على مشروعيتها.¹

¹ - سورة البقرة، الآية 180.

² - سورة النساء، الآية 11.

³ - سورة النساء، الآية 12.

⁴ - محمد أحمد عقلة بني مصطفى، مرجع سابق، ص 88.

⁵ - أكرم ياغي، الوصية الواجبة في لبنان، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، العدد 2، لبنان، 2015، ص 175.

⁶ - صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج3، دار الكتاب، (د س ن)، رقم الحديث 2587، ص ص 451، 452.

2- عن سعد بن وقاس رضي الله عنه قال: ﴿ثم جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا في مكة، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله. قال: لا، قلت: فالشطر، قال: لا، قلت: الثلث، قال: الثلث والثلث كثير، إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها إلى فمي امرأتك، وعسى الله أن يرفعك وينتفع بك الناس ويضر بك آخرون ولم يكن له يومئذ إلا إبنة﴾².

الحديث دال على جواز الوصية بثلث المال والثلث كثير والحديث دليل على أصل مشروعية الوصية.

3- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿إن الله تصدق عليهم وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم﴾.

إن الله سبحانه وتعالى أذن للإنسان أن يتصرف بثلث ماله بعد وفاته وما ذلك التصرف إلا وصية وهذا دليل على مشروعيتها³.

ج- الإجماع:

قد أجمع العلماء والفقهاء المسلمين على جواز الوصية من عهد الرسول عليه الصلاة والسلام إلى يومنا هذا، من غير إنكار من أحد في مشروعيتها، وأن الوصية عمل مطلوب ومحمود، لما فيها من البر بالناس والمساواة لهم.

د- المعقول:

يرتكز على أن الإنسان يحتاج إلى أن يختم حياته بأعمال صالحة زيادة على حسناته، وتدارك ما فاته من الواجبات وسبيله في ذلك الوصية، فتكون مشروعة كسائر التصرفات والعقود التي يحتاج الناس إليها لقضاء مصالحهم وتخفيف عنهم قسوة الحياة وخاصة الضعفاء منهم والبتائسين، واليتامى والمساكين والفقراء، كما أن بها يستطيع الشخص أن يصل أقرباءه الذين لا يرثون⁴.

¹- محمد أحمد عقلة بني مصطفى، مرجع سابق، ص

²- صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج3، مرجع سابق، رقم الحديث 2591، ص 432.

³- محمد أحمد عقلة بني مصطفى، مرجع سابق، ص 89.

⁴- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 232.

ثانياً: الحكمة من مشروعية الوصية.

حكمة الوصية هو سبيل التبرعات بدون استثناء، فكانت بذلك تمكيناً من العمل الصالح ومكافأة لمن أسدى للمرء معروفاً وصلته الرحم، وبالأخص الأقارب الذي لا يرثون وسد حاجة المحتاجين وتخفيف الكرب عن الضعفاء والبؤساء والمساكين. ففيها رحمة الله تعالى بعباده في أبهى صورها، فتجلت هذه الرحمة في كونه سبحانه وتعالى شرع لنا الوصية حتى في اللحظات الخيرة من حياتنا، وذلك بشرط المعروف والعدل، فقد شرع الإسلام الوصية لأحكام عديدة منها:

1. إن الوصية تعتبر طريقاً للقيام بحق البر، والصلة لبعض أقارب الموصي الذين لا يرثون، ودفع الفقر والحاجة عنهم.

2. الوصية طريق يستطيع الإنسان من خلاله تدارك ما فاتته من أعمال الخير، والبر التي تعود على الأفراد والجماعات بالخير والفائدة.¹

3. الوصية تعود بالنفع والفائدة على المجتمع المسلم، وذلك عن طريق الإسهام بمشاريع، وأعمال الخير، وبالتالي تقوية الصلة بين أفراد المجتمع، وهذا أمر عظيم تحرص عليه الشريعة الإسلامية أشد الحرص.

4. تخفيف الكرب عن الضعفاء والبؤساء ومساعدة المساكين، وإزالة أسباب الحقد من نفوسهم، والموت على السنة والتقوى.²

الشرع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة ولما فيه من مصلحة خاصة ومصلحة عامة. فالمصلحة الخاصة هي التي تتعلق بتدارك الإنسان ما فاتته من البر والخير، ويعوض عما قصر في حياته من أعمال الخير، أو ما يرغب فيه من مساعدة أصدقائه وأقاربه من غير ورثته، والوصية تحقق له مقاصده من دون مخاطر³، لأن التشريع الحكيم قد حفظ للموصي حق الرجوع في حياته عن الوصية إذا احتاج لهذا المال، فقرر أن الوصية تصرف غير لازم، لا تنتقل الملكية به إلا بعد موت الموصي.⁴ أما بالنسبة للمصلحة العامة فإن الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير العامة كالمساجد والمستشفيات، والمدارس وغيرها من المشاريع العامة التي يرجع نفعها على كل المجتمع. فالوصية إذا

¹ - ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة (دراسة فقهية مقارنة)، بحث مقدم لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2008، ص 12.

² - محمد أحمد عقلة بني مصطفى، مرجع سابق، ص ص 90-91.

³ - إلياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ص 18.

⁴ - أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 110.

أحسن المسلم استعمالها تحقق المصلحة العامة والخاصة مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿

1.﴾

ثالثا: حكم الوصية.

المراد بحكم الوصية² الوصف الشرعي لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك أو التخيير بين الفعل والترك وهو ما يسمى بالحكم التكليفي.

اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية، فمنهم قال أنها واجبة، ومنهم من قال أنها مندوبة في الأصل واجبة، ومنهم من يرونها مباحة أو محرمة حسب التأسيس الذي بنيت عليه الوصية والحكم التكليفي في الوصية خمسة وهي:

أ- الوصية واجبة:

هي الإيضاء بما وجب في ذمة الموصي من حقوق وواجبات تجاه الله والعباد، ولم يؤديها حال حياته كالزكاة والكفارات والندور، وأداء الديون لأصحابها، ورد الودائع إلى مودعيها لأن أداء الحق واجب وإن مات الشخص ولم يوص كان آثما ومستحقا للعقاب.³

هو قول مذهب الظاهري وقد استدل بذلك بقول الله تعالى: ﴿

﴾

كذلك بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿

﴾

قال بن حزم الظاهري الوصية فرض على كل من ترك مالا، لقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿...﴾ فمن مات وفرض أن يتصدق عنه بما يتيسر، ولا بد لأن فرض الوصية واجب ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة.⁴

¹- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 34.

²- الحكم عند الأصوليين هو صفة التصرف التي يظهر أثرها في اعتباره أو عدم اعتباره نتيجة موافقته للطلب، أو عدم موافقته وهو ما يعرف أيضا بالحكم الوصفي، وبهذا يتنوع التصرف إلى صحيح أو غير صحيح، نافذ أو غير نافذ، موقوف ولازم أو غير لازم، وهذه التفرقة موجودة من حيث الفقه الإسلامي. راجع: دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 43.

³- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، مرجع سابق، ص 238.

⁴- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص ص 33-34.

ب- الوصية مندوبة:

تكون الوصية مندوبة أو مستحبة، والندب يكون في الوصية التي يرجى منها كثير الخير، وهو موسر لديه المال وورثته أغنياء، والغرض منها التقرب إلى الخالق وتشمل الوصية للفقراء والمحرومين والمحتاجين وكذا كل وجوه الخير والبر العام، كالمدارس والمساجد وغيرها.¹

هو الذي أخذ به جمهور الفقهاء، وقيل لعائشة رضي الله عنها أيوصي من ترك أربعمئة ولد عدة من الولد بنون، فقالت: (ما في هذا فصل عن ولده) وهذا مطابق لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاس: ﴿وتكون الوصية مندوبة بشرطين:﴾

- الشرط الأول: أن يكون عند الموصي مال يوصي فيه، أي أن يكون لديه المال الكثير.

- الشرط الثاني: أن تكون الوصية للقريب الذي لا يرث كالأقرباء الذين لا يرثون لوجود من هو أقرب منهم فيحجبهم من الميراث، أو كانوا غير وارثين بسبب من الأسباب كالكفر، أو الرق، أو كونهم من ذوي الأرحام لقوله الله تعالى: ﴿

ج- الوصية المباحة:

تكون في الوصية للأغنياء من الأجانب والأقارب والأصدقاء منهم، فتكون بذلك حائزة شرعا مع اشتراط أن لا يكون القصد منها التحبب إليهم فإن قصد التحبب وصلة الرحم كانت مندوبة، وحكم هذا النوع من الوصايا أنه لا ثواب على فعلها ولا عقاب على تركها، فتركها كفعلها في الوصف.

د- الوصية المكروهة:

هي الوصية بما كره الشارع فعله، كالوصية لأهل الفسوق والمعصية، ومن الوصايا المكروهة عند المالكية والحنابلة وصية صاحب المال القليل الذي كان له ورثة كثيرون محتاجين، وعليه تكون الوصية عموما مع الحاجة مكروهة، فكل من قل ماله وكثر عياله يستحب أن لا يفوته عليهم بالوصية وإن فعل ذلك فقد وقع في المكروه، لأن الوسيلة إلى المكروه مكروهة.²

هـ- الوصية المحرمة:

تكون الوصية محرمة إذا كانت بهدف الإضرار بالورثة ومنعهم من أخذ نصيبهم المقدر في الشريعة وذلك لقوله تعالى: ﴿وتكون الوصية أمرا محرما إذا كانت في معصية، كالوصية لإنشاء ناد لشرب الخمر ولعب الميسر، أو

¹- دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 43.

²- دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 46.

³-سورة النساء، الآية 12.

مشروعات منافية للأخلاق العامة، لأنها تؤدي إلى الحرام وما يؤدي إلى الحرام يكون حراما مستحقا للعقاب¹، وكذلك تكون محرمة إذا كانت زائدة عن الثلث أو إذا كانت لوارث.

بذلك يتبين أن الوصية قد يتغير حكمها حسب الظروف والأحوال التي يمر بها الإنسان، ولكن الأفضل والأولى للإنسان أن يقدم أعمال البر والخير والتبرع في حياته بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل قال: ﴿

﴿²، وإن اختار أن

يوصي فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لأن الموصي إذا أصر وصيته لم يأمن من موت الفجأة فتموت الوصية بموته.

الفرع الثالث

التصرفات المحلقة بالوصية.

لما كان الموصي يستطيع التحايل على الورثة عن طريق الخروج عن أحكام الوصية تحت مظلة غيرها من التصرفات كالهبة أو البيع، والتي تكون مشوبة بغموض من قبل الموصي، وذلك لإضرار بالورثة، قام الفقه بإدخال هذه التصرفات في معنى الوصية، وذلك حماية للورثة من ضياع أموالهم من الوصايا المستترة. وحكمتها فهو الحد من تحايل صاحب التصرف على قواعد الميراث والتي اعتبرها الفقه من قبيل النظام العام.³

قد لحق المشرع الجزائري بالوصية تصرفين وذلك ضمن القانون المدني، وهما تصرفات المريض مرض الموت والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة، وسنعرضها تباعا مع بيان حكم كل منهما:

أولاً: تصرفات المريض مرض الموت.

يعد مرض الموت من أهم المسائل التي تطرح العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية وحتى التطبيقية، فالشخص إذا مرض عموماً مرضاً أقعده الفراش على مباشرة أعماله وأحس بدنو أجله، فتسلط عليه فكرة الخطر المحدق أو الوشيك، وهو ذهاب أمواله إلى الورثة أو إلى الغير دون أن يكون راغباً في ذلك، فيلجأ تحت هذه الفكرة إلى التصرف في هذه الأموال معاوضة أو تبرعاً، ولكن بشيء من المحاباة التي ستقضي إلى الإضرار بحقوق الورثة أو الغير، وإذا ما تم ذلك كنا أمام التبرع في مرض الموت. فألزم إعطاء هذه التصرفات أحكاماً خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص الطبيعي غير المصاب بهذه الحالة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 239.

² صحيح البخاري، كتاب الزكاة / باب الصدقة أفضل من صدقة الشحيح البخيل، حديث رقم 1353.

³ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 189.

قبل التعرض لحكم تصرفات المريض مرض الموت سنعالج تعريف مرض الموت من الجانب الفقهي ثم المنظور القانوني بشيء من الإيجاز.

أ- تعريف مرض الموت:

لقد تعددت تعريفات الفقهاء لمرض الموت، فعرفه جانب من الفقه بأنه المرض الذي يكتر فيه الخوف من الهلاك ويعقبه أو يتصل به الموت غالباً، ويخشى فيه المريض من الموت ويتوقعه، ويكون متصلاً به الموت فعلاً سواء وقع بسببه أو بسبب آخر خارجي عنه كالقتل أو الغرق أو نحوهما.¹ يعرفه البعض الآخر بأنه المرض الذي يتحقق فيه أمران: أحدهما أن يكون مرضاً من شأنه أن يحدث الموت غالباً، وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به.²

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً لمرض الموت، لكنه عالج حكم تصرفات هذا المريض في مثل هذه الحالة، وذلك ضمن القانون المدني وحتى قانون الأسرة، وهو الأمر الذي سارت عليه معظم التشريعات العربية والتي منها التشريع العراقي، والسوري، والمصري، والمغربي وغيرهم، إلا أننا نجد المشرع الأردني قد عرف مرض الموت في نص المادة 1/543 من القانون المدني على أن: «مرض الموت هو مرض يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حال واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح». والملاحظ أن المشرع الأردني قد أخذ هذا التعريف من أحكام الفقه الحنفي، كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ومن مجلة الأحكام العدلية.³

ب- حكم تصرفات المريض مرض الموت:

نص المشرع الجزائري في المادة 776 فقرة 1 من (ق.م.ج) على ما يلي: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف».

يستفاد من المادة أعلاه أن التصرف الذي يصدر من الشخص في مرض الموت سواء كان هبة، أو بيعاً، أو إقراراً، أو أي نوع من التصرف ويكون مقصوداً به التبرع يعتبره القانون تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، أي وصية مستترة وتسري عليه أحكام الوصية، وغرض المشرع من ذلك هو حماية الورثة من آثار هذا التصرف، فيصبح بذلك غير نافذ كم حقهم إذا تجاوز حدود ثلث التركة، إلا إذا أقره الورثة⁴ وذلك

¹ - حسني محمود عبد الدائم، مرجع سابق، ص ص 100-101.

² - محمد سلام مذكور، الوجيز في أحكام الأسرة في الإسلام، الأردن، (د س ن)، 1969، ص 490.

³ - صارة أخضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 18.

⁴ - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 71.

وفقا لما تقضي به المادة 185 من (ق.أ.ج): «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة».

إذا تصرف الشخص في ماله، وهو في مرض الموت لم ينفذ تصرفه في حق الورثة، إلا باعتباره وصية في حدود ثلث التركة إذا كان هذا التصرف لصالح الغير، إلا إذا أجاز الورثة ما يجاوز الثلث، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة.¹

بذلك فإن تصرفات مريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة إلا بإقرارهم، وسريان أحكام الوصية على تبرعات المريض مرض الموت لا يكون إلا بعد وفاة هذا الأخير، بدهاءة فلا يحق للورثة في الطعن في التصرف إلا بعد وفاة المورث، إذ أن المرض حتى يعتبر مرض الموت لا بد أن يتصل به الموت فعلا.²

أما المادة 776 فقرة 2 فجاءت بقاعدة الإثبات، حيث قضت بما يلي: «وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا».

فنستخلص من ذلك أن عبئ إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق ورثة المتصرف ولهم أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت بجميع طرق الإثبات، فيثبت بالشهادات الطبية غير المشكوك في صحتها وسلامتها، وبشهادة الشهود، وينقضي حالة المريض في أيامه الأخيرة، وكذلك بكافة القرائن. وإثبات الورثة لواقعة مرض الموت يعتبر قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس، فيجوز للمتصرف له أن يثبت أن التصرف قد صدر معاوضة بأن يثبت أنه دفع مقابلا لما أعطاه المريض، فيكون التصرف نافذا في حق الورثة شريطة أن يكون المقابل معادلا لقيمة محل التصرف³، فإذا باع المريض مرض الموت لوأرث أو غير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره الورثة أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.⁴

إذا ما أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته كان البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم سواء كان البيع لوأرث أو لغير وارث.⁵

¹ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 184.

² - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 184.

³ - نبيل صقر، مرجع سابق، ص ص 57-58.

⁴ - نبيل صقر، مرجع نفسه، ص 89.

⁵ - نبيل صقر، مرجع نفسه، ص 90.

المشرع لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت، بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص وهو في مرض الموت سواء كان ذلك تبرعا أو معاوضة، فاعتبر الهبة الصادرة من شخص وهو في مرض الموت أو في حالة مخيفة وصية تسري عليها أحكامها طبقا للمادة 204 من (ق.أ.ج) التي قضت بأن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، كما نص على ذلك في حالة الوقف في المادة 215 من (ق.أ.ج)¹، كما اعتبر البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية وذلك ما نصت عليه المادة 408 من (ق.م.ج) "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة".

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»، فمتى أثبتت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع سارت عليه أحكام الوصية، فلا يكون البيع ناجزا إلا إذا أقره الورثة، إذا كان المتصرف له من احد الورثة، أما إذا تم البيع للغير فإنه يعتبر غير مصادق عليه فيكون قابلا للإبطال إن لم يكن هذا الغير حسن النية، وكسب بعوض حقا عينيا على الشيء المباع.

ثانيا: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة.

قد يعتمد المتصرف إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كبيع، أو هبة لأحد الورثة، فيعتبر ذلك وصية، واحتفظ بموجبه لنفسه بحياة الشيء المتصرف من جهة والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى وهذا ما تضمنته المادة 777 من (ق.م.ج) التي نصت على ما يلي: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه، والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

يشترط هذا النص في التصرف لكي يعتبر وصية فتجري عليها أحكامها الشروط الآتية:

أ- أن يكون التصرف لأحد الورثة:

يجب أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته كي يأخذ حكم الوصية، والعبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف، ولو لم يكن وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة، ولو كان وارثا وقت التصرف.² ويقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه بأنه وقع في صورة بيع منجز وأن حقيقته وصية، وبأن قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه، وذلك بجميع طرق الإثبات.

¹-تنص المادة 215 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 205 من هذا القانون".

²- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 187.

ب- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي تم التصرف فيها:

الحيازة وضع مادي بموجبه يسيطر الشخص على شيء أو حق من الحقوق سيطرة فعلية بقصد الظهور عليه مظهر المالك أو صاحب الحق العيني، سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك، على أنه تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال تتفق ومضمون الحق، وعادة ما يباشرها المالك بنفسه، فتعتبر بذلك سببا من أسباب كسب الملكية.¹

فيكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف، ويجوز إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، كأن يقام الدليل على أن المتصرف يستعمل الشيء بنفسه، أو يقوم بتأجيره باسمه.

ج- أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى الحياة:

الانتفاع حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله واستغلاله والالتزام بالمحافظة عليه، وهو حق مؤقت محدد بحيازة المنتفع، ويختلف عن الانتفاع المذكور في المادة 777 من (ق.م.ج) السالفة الذكر، والذي يشترط فيه أن يكون لحساب المتصرف نفسه لا لغيره وأن يستند إلى مركز قانوني، إذ لا يكفي مجرد الانتفاع الفعلي بالشيء.

فيجب أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها لوارث مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية، وذلك سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كأن يقتصر التصرف على ملكية الرقبة أو كان حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المتصرف له.²

بتوافر هذه الشروط مجتمعة قامت قرينة قانونية بسيطة على أن التصرف وصية مستترة، فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطى لهذا التصرف، غير أنه يجوز للوارث المتصرف له أن يثبت عكس هذه القرينة، بأن يثبت أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو أن يثبت أن حيازة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عارية وغيرها.

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 188.

²- شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص ص 188-189.

المطلب الثاني

إنشاء الوصية

اختلف الفقهاء في تحديد ما يعدّ ركنا في الوصية¹ وما يعتبر من شروطها². فذهب الحنفية إلى أن العقد هو تلاقي إرادتين وهاتان الإرادتان خفيتان والرضا أمر خفي، لذا جعلوا الصيغة معبرة عنه، فاعتبروا أن أركان الوصية تنحصر في الصيغة لأنها معبرة عن الإرادة، إلا أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن أركان الوصية أربعة وهي: الصيغة، والموصي، والموصى له، والموصى به.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده يعتبر الوصية تصرفا صادرا بالإرادة المنفردة، يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط، وتوافر شروط صحتها والمتمثلة في الموصي والموصى له والموصى به، وشروط نفاذها.

وهذا ما سأتناوله بالتحليل في الفروع التالية:

الفرع الأول

الصيغة

لما كان الرضا من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها أحد، كان لابد من إيجاد وسيلة للتعبير عن الرضا وترجمته وإظهاره لعالم الوجود، وهذه الوسيلة عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بـ «الصيغة» والتي عرفت عند رجال القانون بـ «التعبير عن الإرادة»، وعلى ذلك فإن الصيغة هي التعبير الصادر عن العاقد والذي يكشف من خلاله عن اتجاه إرادته إلى إنشاء العقد.³

صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف، وهي تصدر على أشكال مختلفة حسب طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من أحكام، فتارة تكون منجزة وأخرى مضافة، أو معلقة، وكلّ منها قد يكون مقيدا بشروط مطلقة، فالصيغة المنجزة هي ما دلت على وجود التصرف ووجود حكمه في الحال، أما الصيغة المضافة هي ما أفادت وجود العقد في الحال وتخلف حكمه إلى زمن المستقبل، والصيغة المعلقة هي ما دلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شيء آخر يوجد في المستقبل.⁴

¹ - ركن الشيء هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده، وهو جزء من حقيقة الشيء ومفهومه، أنظر: محمد أحمد عقلة بني مصطفى، مرجع سابق، ص 92.

² - الشرط هو ما يتوقف وجود الركن عليه.

³ - خضر حامد علي، مرجع سابق، ص 12.

⁴ - محمد أحمد شحاته، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص 153.

الأصل في الصيغة في التصرفات أنها تكون منجزة، إلا أنه يخرج عن هذه القاعدة تصرف ألا وهو الوصية التي طبيعتها تأبى التحيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة كونها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.¹

قد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى جانبين، ذهب جانب منه إلى القول بأن ركن الصيغة في الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن باعتبار الوصية ليست بعقد. وذهب جانب آخر إلى أن صيغة الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا. فالقبول ركن في الصيغة فهو شرط لصحة الوصية على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي، وهذا ما أخذ به المذهب المالكي.²

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، فاعتبر الإيجاب وحده محققا للوصية، أما القبول الذي يصدر عن الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية. وثبت ملكية الموصى به³، وهذا استنادا إلى المادة 197 من (ق.أ.ج) التي نصت على أنه: «يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي»، فيتبين لنا أن إيجاب الموصي هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له. فهي لا تحتاج إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقدا، إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي وإنما لا بد من أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة، إذا كان هذا الأخير معينا، فإن كان غير معين كأن كانت الوصية لجهة من الجهات كفقراء القرية أو طلاب الجامعة، فإن القبول في هذه الحالة يصدر من الممثل القانوني لهذه الجهة إن وجد، فإن لم يكن لها ممثل قانوني ألزمت الوصية بمجرد موت الموصي بدون اشتراط القبول.⁴ مما تقدم نصل إلى أن الإيجاب هو ركن الصيغة في الوصية، والقبول شرط لثبوت الملك فيها للموصى له.

الإيجاب:

الوصية تصرف بالإرادة المنفردة للموصي فلذا استلزم المشرع الجزائري لانعقادها توافر ركن الإيجاب، وبانقضاء هذا الأخير كانت الوصية باطلة. والإيجاب هو التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثر قانونيا طالما صادف القبول.

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص ص 46-47.

² - دلانده يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 146.

³ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 191.

⁴ - Ghaouri Benmelha : Le droit patrimonial Algérien de la famille. Successions, testament, waqf, donation, office des publications universitaires, Alger, 1995, P 193, 194.

لعدم معالجة الالتزام بالإرادة المنفردة بنص خاص في قانون الأسرة وبوجه عام ركن الإيجاب في الوصية، فإنه يطبق القواعد العامة وهذا طبقاً لما قضت به المادة 123 مكرر من (ق.م.ج) والتي تنص على ما يلي: «يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول».

يتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ، أو كتابة، أو إشارة تنطوي على قصد التملك بعد الموت.

1- اللفظ:

الأصل في الصيغة في كافة التصرفات أن تكون باللفظ بما أنه أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا الباطني، ويصح أن يكون صريحا كأن يقول الشخص مثلاً: «وصيت لفلان بمنزل أو بعين من الأعيان».

كما قد يكون ضمناً¹ يفهم من خلاله أن هذا التصرف وصية مثلاً يقول «أعطوا أو أمنحوا كذا بعد موتي»، فكل لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصي تنعقد به، وذلك أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص ومبرر في إنشاء العقود والتصرفات.

2- الكتابة:

الكتابة فعل لا قول، فصورتها تقرأ بالعين وإن تجسدت في حروف وكلمات فالأصل في العبارة أنها تسمع بالأذن، أما الكتابة فتقرأ بالعين²، فبذلك يجوز للموصي في حالة فقدان قدرته على التعبير باللفظ أن يعبر بالكتابة، وينعقد الإيجاب بالكتابة أيضاً حتى ولو كان الموصي قادراً على التعبير عن إرادته بالكلام.

3- الإشارة:

هي بديل عن النطق والكتابة لمن كان عاجزاً عنهما، ويقصد بها الإشارة المفهومة، فيجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة الدالة على قصد الموصي، إذا ما كان هذا الأخير عاجزاً عن النطق وغير قادر على الكتابة.³

فإذا كان الموصي من أصحاب العاهات بأن كان أصم، أكم، أعمى فإنه يخضع إلى حكم نص المادة 802 من (ق.م.ج)، التي تفيد أنه إذا استحال على ذي العاهتين التعبير عن إرادته، تعين له

¹ راجع المادة 60 من (ق.م.ج).

² محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 60.

³ زهدور محمد، مرجع سابق، ص 65.

المحكمة وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فإذا عيّن له مساعد قضائي وأصدر وصيته في غياب هذا الأخير بعد قرار المساعدة كانت هذه الوصية باطلة.¹

إذا كان الأصل في صيغ التصرفات عموما أن تكون منجزة كما أشرنا سابقا، فإن الوصية تخرج عن هذه القاعدة لأن طبيعتها تأبى التجيز كونها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يوجد مانع يحظر تعليقها على شرط، فإذا تحقق الشرط عدّت الوصية قائمة لكنها تبقى مضافة إلى أجل تحقق وفاة الموصي.²

بما أن الوصية تصرف من جانب واحد فإنه لا يتصور أن يحتاج لانعقادها بغير الإيجاب، وأما القبول فهو شرط للزومها وليس ركن فيها، فبذلك تتعدّد الوصية عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موت هذا الأخير وقبول الموصي له

قد اعتبرت المذاهب الإسلامية الوصية نوعا من العقود، إلا أن الفقهاء اختلفوا في الشق المتعلق بالقبول، فبعضهم قال بلزومه و البعض الآخر قال العكس فلا بد من وجود طرفين في كل عقد، كما لا بدّ من وجود إيجاب وقبول كما في عقد البيع وعقد الزواج وسواهما في العقود، فعدم تلاقي الإرادتين لا ينشئ عقدا، إلا أن بعض الفقهاء قالوا بأنه يمكن أن يتم إنشاء العقد بالإرادة المنفردة في عقود التبرع ومنها الوصية.³

فيرى الحنفية أن الوصية كسائر العقود لا بد من توفر الإيجاب والقبول فيها لتكون صحيحة ويرأيهم أن القبول ركن في الوصية وليس شرطا، هذا إذا كانت لشخص معين وأهل لقبولها، أما إذا كان الموصي له غير أهل لإبداء الرأي، كالقاصر أو المجنون فلا يشترط قبوله، وإذا كانت لأفراد غير معينين أو لفئة ليس لها من يمثلها فيصح الإيجاب دون حاجة إلى القبول.

بالنسبة إلى المذاهب الأخرى كالمالكية والشافعية والحنابلة فقد اتفقوا على أن الوصية لغير معين لا يلزمها قبول، فهذه الفئات لا يكون لها عادة من يمثلها، فتلزم الوصية وقت وفاة الموصي من دون حاجة لقبول أحد، أما إذا كان من يمثلها كالوصية لطلاب الجامعة، فإن القبول يكون من جانب من يمثلها.

من خلال ما سبق يتضح أن المذهب الحنفي ذهب إلى أن الصيغة في الوصية هي الإيجاب فقط، ولا يشترط القبول فيها، ولا يعتبر القبول ركنا ولا شرطا، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية

¹- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 194.

²- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص ص 47-48.

³- هشام قبيلان، الوصية الواجبة في الإعلام، منشورات عويدات، بيروت، (د.س ن) ص 86.

والحائبة فقد ذهبوا إلى أن الصيغة في الوصية هي الإيجاب من الموصي فقط، أما القبول فهو شرط لنفاذ الوصية ولزومها.

الفرق في القول بأن القبول يعدّ ركنا من أركان الوصية، والقول بأنه يعدّ شرطا من شروطها، يكمن في أنه إذا كان ركنا، وجب توافق الإرادتين توافقا تاما غير منقوص وإلا بطلت الوصية، أما إذا كان القبول شرطا تبقى الوصية بالنسبة لمن قبلها وتبطل لمن رفضها ولا يشترط تطابق الإرادتين تطابقا تاما¹.

يرجع سبب الخلاف بين العلماء في مسألة القبول إلى أن الوصية تعتبر من التصرفات القولية إلا أن هذه الأخيرة منها ما يتم بإرادتين كالبيع ومنها ما يتم بإرادة منفردة كالطلاق، فمن رأى أن الوصية من التصرفات القولية التي تتم بإرادتين وأنها عقد كسائر العقود قال بأن الإيجاب والقبول ركن في الوصية، أما من رأى أنّ الوصية من التصرفات القولية التي تتم بإرادة منفردة قال بأن ركن الوصية الإيجاب والقبول ما هو إلا شرط لنفاذ الوصية، ومن رأى أنها تتعدّد بإرادة منفردة وتمتلك بالموت كالميراث قال بأن الوصية ركن واحد وهو الإيجاب².

ومن خلال استعراض أقوال كل فريق يترجح قول جمهور الفقهاء من أنّ الوصية تتعدّد بإيجاب الموصي فقط، وأن القبول شرط لنفاذها ولزومها وذلك لأسباب هي:

- هذا القول يتفق مع تكييف الوصية بأنها تبرع وتمليك دون عوض، والتبرع يتحقق بالإيجاب.
- أن الوصية تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت، وبالتالي قبول الموصى له أو رده لا قيمة له لأن الموصي يستطيع الرجوع عن الوصية قبل الموت.
- الوصية سبب اختياري خلافا للميراث، ولا يملك أحد أن يجبر آخر على تملك مال دون رضاه³.
- والقبول يتحقق بكل ما يدل عليه صراحة أو ضمنا، وقد اعتبر أئمة المذهب الحنفي السكوت قبولا، إذ الوصية قد تمت من جانب الموصي بموته، فإذا ما مات الموصى له وهو عالم بالوصية ودون أن يردها فإن الموصى به يدخل في ملكة ويكون تركة لمورثيه⁴.
- كما يتم القبول باتخاذ موقف صريح وإعلانه، كما قد يتم بصورة ضمنية كاستلام الموصى له للشيء الموصى به دون اعتراض، ويتم الرفض بإعلانه صراحة.

1 - هشام قبيلان، مرجع سابق، ص 88.

2 - ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 25.

3 - ريم عادل الأزعر، مرجع نفسه، ص 26.

4 - رمضان علي السيد الشرباصي، محمد عبد اللطيف جمال الدين، الوجيز في أحكام الميراث والوصية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، (د.س.ن)، ص 183.

أما جمهور الفقهاء فيشترطون اتخاذ موقف معين من القبول أو الرّد، فإذا توفي الموصى له دون أن يعلن رغبته انتقل الحق إلى ورثته¹.

ويجب أن يقع القبول من الموصى له بعد وفاة الموصى مصرًا على وصيته، فلا عبء بالقبول الصادر أثناء حياة الموصي، لأن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة، ولأن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيه متى شاء.

بالنسبة للتشريعات فيما يخص هذا المقام نجد أن القانون المصري قد أخذ بانعقاد الوصية بالإيجاب وحده ودون لزوم قبولها من الموصى له، فصرح بأن قبول الموصى له للوصية شرطًا في لزومها²، وبرأيه أن الوصية لا تعد عقداً من العقود بل تصرفاً، فبالنسبة إلى الجهات والمؤسسات والمنشآت فقال بوجوب القبول ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمّت الوصية بدون توقف على قبول، أمّا بالنسبة للجنين والقاصر والمحجور عليه فأخذ بوجوب قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء فنتم الوصية وتصح من غير حاجة في الأساس إلى قبول قبل وفاة الموصي، إلا أنه لا يتأكد حق الموصى له فيها إلا بالقبول، وهذا ما نصت عليه المادة 197 (ق أ ج) التي جاء كما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي".

فالقبول الصريح يتم باللفظ، والكتابة، والإشارة المتداولة عرفاً في حالة العجز، والقبول الضمني يكون بالقبض أو بالفعل الذي يدل عليه، كأن يتصرف الموصى له في الشيء الموصى به تصرفاً يدل على الرضا وقبول الوصية، كما لو كان الموصي به داراً فيسكنها أو يؤجرها، كما يمكن أن يكون السكوت تعبيراً بالقبول أو الرّد³، فالسكوت يحمل على القبول وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني كونه يدخل ضمن السكوت الملابس الذي جاء ضمن المادة 68 فقرة 2 (ق م ج)⁴. فالموصى له سيحصل على الوصية دون مقابل، وبالتالي هي في مصلحته ما لم تكن مشروطة بشرط أو محملة بالتزام معين⁵.

1 - هشام قبيلان، مرجع سابق، ص 90.

2 - المادة 20 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 والتي تنص على ما يلي: "تلتزم الوصية بقبولها صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها من له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي".

3 - بن شويخ الرشيد، الوصية في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 11.

4 - تنص المادة 02/68 (ق م ج) على ما يلي: "ويعتبر السكوت عن الرّد قبولاً، إذا اتصل بالإيجاب يتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

5 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 12.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على القبول في حالة الوصية للقاصر والجنين، فإنه إذا كان الموصى له ناقص الأهلية كالصبي المميز ولكنه محجور عليه بسبب السفه، أو العته، أو الغفلة، فيجوز له أن يقبل الوصية بنفسه لأنه يقوم بتصرف نافع له نفعاً محضاً يعود عليه بمصلحة¹، أما إذا كان الموصى له عديم الأهلية بأنه كان صبياً غير مميزاً (كالجنين أو القاصر أو المحجور عليه)، يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله ولياً كان، أو وصياً، أو قيماً، وهذا بالرجوع إلى نص المادة 81 و83 من (ق أ ج).

كما أنه لم يعالج حالة الوصية لغير المحصورين، والوصية بالنسبة للجهات العامة والمؤسسات والمنشآت عكس القانون المصري الذي عالجها في المادة 20 من قانون الوصية المصري سابقة الذكر. وذلك أنّ حق القبول والرّد يكون لمن يمثلها قانوناً، وإن لم يكن من يمثلها ألزمت الوصية بدون توقف على القبول.

أما فيما يخص وقت قبول الوصية فإنه يجب أن يكون من الموصى له بعد وفاة الموصي، ويصح متراجياً، أي عدم اشتراط قبول الوصية فوراً بعد موت الموصي بل يجوز التراخي فيه إلى حين تقسيم التركة، وذلك حتى يستوفي الورثة نصيبهم من تركة مورثهم، لأن الوصية مسبقاً في الاستحقاق على التركة. ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية، وطلب منه قبولها أو ردها في أجل 30 يوماً كاملة، وكان عالماً بذلك ولم يجب بالقبول أو الرّد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول²، وهذا ما اشترطه القانون المصري في المادة 22 من قانون الوصية.

أما فيما يخص وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له، فتبتدئ الملكية للموصى له من وقت وفاة الموصي إلا أنها لا تثبت إلا بالقبول مستندة إلى وقت الوفاة، وبالتالي تكون زوائد العين الموصى بها ملكاً للموصى له لأنها تعتبر أثراً لملكية الخاصة، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الموصي إذا حدّد ميعاد للملكية، فإنها تبتدئ من هذا التاريخ سواء كان القبول على الفور أم كان في نهاية الشهر المحدد.

أما إذا لم يحدّد الموصي الوقت لابتداء الملكية، فإنّ القبول فور الوفاة يؤدي إلى ثبوت الملكية مباشرة، أمّا إذا تراخى القبول عن الوفاة فإنه اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الملكية.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 280.

² - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 194.

يرى الحنابلة وبعض المالكية أنّ الملكية تثبت للموصى له منذ قبول الوصية، لأن الوصية لديهم عقد ركناه الإيجاب والقبول، فإذا لم يقبل الموصى له لا يتم العقد. أمّا الحنفية والشافعية فيرون أنّها تثبت مستندة إلى الوفاة لأن الوصية ملك مضاف إلى ما بعد الموت كالعقد الموقوف على الإجازة، فالملكية تثبت من وقت الوفاة وزوائد الموصى به هي ملك للموصى له¹.

للموصى له حق قبول الموصى به أو رده بأكمله، فله أيضا قدرة قبول البعض ورد البعض الآخر 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 وإلا بطلت الوصية². فتبطل الوصية فيما رده وتنفذ فيما قبلهن وهذا هو المستقر في الشريعة الإسلامية فرد الكل يملك أيضا رد البعض فيقبل ويرد فيما يراه من مصلحة أو عدمها³.

إذا كانت الوصية مشتركة فقبل البعض ورد البعض، فإنّ الوصية تصح في حق من قبل، وتبطل في حق من رد سواء كان الموصى به قابلا للقسمة أو غير قابل لها، فبطلانها في نصيب من رد لا يؤثر على صحتها في نصيب من قبل إلا إذا اشترط الموصي عدم تجزئة الموصى به، فإنه لا يكون للموصي لهم في هذه الحالة حق قبول البعض ورد البعض الآخر، فيجب احترام شروط الموصي والالتزام بها ما دامت غير مخالفة لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية⁴.

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 198 من (ق أ ج) بأنه: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرّد". فيستخلص من خلال هذه المادة أنه إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي وقبل أن يصدر منه قبول أو رد للوصية، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته، وذلك لاعتبارهم خلفا عاما يرث جميع الحقوق التي كان يملكها مورثهم⁵.

كما نصّ في المادة 201 من نفس القانون على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها" فإذا مات الموصى له قبل القبول أو الرّد وقبل موت الموصي، فإن الوصية تعتبر باطلة.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 283.

² - شيخ نسمة، مرجع سابق، ص 197.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 282.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 282.

⁵ - شيخ نسمة، مرجع سابق، ص 198.

الفرع الثاني

شروط الوصية

يشترط المشرع الجزائري لإنشاء الوصية توافر جملة من الشروط حتى تصير نافذة الفعالية القانونية، والوصية كتصرف من التصرفات يشترط فيها شروط صحة وشروط نفاذ، فشروط الصحة هي الواجب توافرها في كل من الموصي، والموصى له، والموصى به (أولاً). وشروط النفاذ هي ألا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين، وأن لا يزيد عن ثلث التركة (ثانياً).

أولاً: شروط الصحة:

الوصية تصرف بالإرادة المنفردة لا يكفي لانعقاده صحيحاً توافر ركن الإيجاب، بل لا بدّ من توافر بعض الشروط ليتحقق وجود الوصية، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالموصي ومنها ما يتعلق بالموصى له، وما يتعلق أيضاً بالشيء الموصى به وسنتناول هذه الشروط تباعاً.

أ- الموصي:

فالموصي هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوصية، فيتبرع بماله أو بشيء عيني أو بالمنافع ويكون تصرفه مضافاً إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض، فتصدر اختيارية في الوصية العادية وتصدر عنه جبراً في الوصية الواجبة¹، والموصي لا يكون إلاّ شخصاً طبيعياً بخلاف الموصى له الذي قد يكون طبيعياً أو معنوياً.

ويشترط في الموصي لتصح وصيته عدة شروط نصت عليها المادة 186 (ق أ ج) والتي تنص على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشر سنة على الأقل" وبالتالي يشترط في الموصي العقل، وسن الرشد القانوني، وأن يملك إرادة الاختيار، وإذا تخلف أحدها لم تصح الوصية.

أ-1- سلامة العقل:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلاً، فبالتالي لا تصح الوصية المبرمة من طرف شخص لا عقل له كالمجنون، والمعتوه، والصغير غير المميز² وذلك لانعدام إرادتهم ولعدم إدراكهم

1 - خضر حامد علي، مرجع سابق، ص16.

2 - الجنون مرض يصيب العقل فيؤدي إلى زوال العقل، وقد يبقى هذا المرض مرافقاً للمريض طيلة حياته ويسمى جنوناً مطبقاً، وقد يجن المريض فترة من الزمن ويفيق أخرى فيسمى جنوناً متقطعاً، أما العته فهو مرض عقلي يصيب الشخص بسبب تقدمه في السن أو مرض

وتتميزهم لمنافع وأضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها، و بالرجوع إلى نص المادة 42 (ق م ج)¹ متى أبرم المجنون، أو المعتوه، أو الصبي وصيته كانت باطلة بطلانا مطلقا، ولا يترتب عنها أي أثر قانوني، بحيث يبقى الموصى به بعد وفاة الموصي في ملك الورثة باعتباره جزء من التركة ولا ينتقل إلى الموصى له، كما أنّ الفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلا مميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه².

نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين وصية المجنون، ولا المعتوه، ولا السفیه، ولا الصبي، ولا ذي الغفلة مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما نصت عليه المادة 222 (ق أ ج).

فحسب الفقه والشريعة الإسلامية تعتبر وصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا لكونه غير مدرك وغير مميز بين المنافع والأضرار، لكن في حالة الجنون المتقطع فوصية المجنون عند إفاقته تعتبر صحيحة، وكذلك في حالة الجنون الطارئ، وأيضا لا تصح وصية السكران سواء كان محضور أو مباح على الرأى الراجع، لأن مناط البطلان غيبوبة العقل وغياب التمييز وهو سواء في صورتين³، وقد سلك القانون المصري مسلك وسط حيث نص في المادة 14 من قانون الوصية على أن الوصية تبطل بجنون الموصي جنونا مطلقا، إذا اتصل بالموت فشرطا بطلان الوصية هما: أن يكون الجنون غير متقطع، وأن يتصل الجنون بالموت⁴، أما السفیه فإن وصيته جائزة على أن لا تنفذ إلا بعد موته وتكون في حدود الثلث، وحتى تعتبر وصيته صحيحة يجب إجازتها من قبل القاضي ليتأكد من صحة الوصية وسلامة إرادة التمييز عند الموصي⁵.

العبرة في قيام هذا الشرط تكون بوقت إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي⁶، فإذا ما أبرم الشخص وصيته وهو في كامل قواه العقلية بقيت الوصية التي أنشأت صحيحة ونفذت في جانب الموصى له، حتى وإن أصيب بعد صدور الوصية بعارض من عوارض الأهلية وتوفي بعد ذلك على تلك الحال⁷.

1 - تنص المادة 42 من (ق م ج) على ما يلي: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة.."

2 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 48.

3 - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 52.

4 - زهدور محمد، مرجع سابق، ص 71.

3- عدنان نجا، المواثيق في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر، بيروت، (د س ن)، ص 348.

6- زهدور محمد، مرجع سابق، ص 70

7- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 200.

أ-2- البلوغ والرشد¹:

لقد اختلف الفقهاء في اشتراط البلوغ لصحة الوصية، فذهب المالكية والحنابلة إلى أنّ البلوغ ليس شرطاً لصحة الوصية، فاعتبروا وصية الصبي المميز صحيحة لأن الوصية لا ضرر فيها على المميز لأنها لا تتعدّد إلا بعد الموت وفيها منفعة له، بينما ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم صحة الوصية من الصبي المميز، لأن الوصية تبرع والصبي ليس من أهل التبرع²

المشرع الجزائري اعتبر الشخص عديم التمييز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة³، فإذا أبرم الشخص وصيته قبل بلوغه الثالثة عشرة سنة عدت الوصية غير قائمة لصدورها من شخص عديم التمييز، فلا تصح الوصية من صبي غير مميز باعتبارها تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، وهذا ما أكدّه المشرع في المادة 186 من (ق أ ج) باشتراطه أن يكون الموصي بالغاً من العمر تسعة عشر سنة على الأقل⁴.

أما وصية ناقص الأهلية ومن في حكمه كالسفيه، أو المغفل، والمحجور عليه، فالمشرع الجزائري سكت عن الموضوع وبالتالي أمكن تطبيق المادة 83 (ق أ ج) التي جاء نصها كما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وباعتبار الوصية تصرف في المال بلا عوض فهذا التصرف يصنف على أنه من التصرفات الضارة فيلزم بطلان الوصية حتى وإن كانت مضافة إلى ما بعد الموت. فيمكن أن يموت الموصي قبل بلوغه سن الرشد وبالتالي لا نضمن حياته لحين بلوغه سن الرشد لإجازتها أو التراجع عنها، ونفس الحكم يطبق على السفيه وذو غفلة، لأن كلاهما ناقص أهلية وبالتالي يسري عليه نفس الحكم، فتكون تصرفاتهما نافذة إذا كانت نافعة لهما، وباطلة إذا كانت ضارة بهما وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر⁵. إلا أنه وفقاً لنص المادة 85 (ق أ ج) فإنه

¹ - يقصد بالرشد كمال العقل وتمام الإدراك، فمتى كان الشخص رشيداً بالغاً غير محجوز عليه لسفه أو غفلة صحت كل تصرفاته سواء كانت تبرعاً كالوصية أو معاوضة، فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد وسن الرشد القانوني حددها المشرع الجزائري في المادة 40 فقرة 2 من (ق. م. ج) بتسعة عشرة سنة. راجع: شيخ نسيم، مرجع نفسه، ص 200.

² - ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 32.

- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 119.

³ - راجع نص المادة 2/42 من (ق م ج)

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 253.

⁵ - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص ص 18-19.

تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه والنص لم يذكر إذا ما تم الحجر عليهم أو لا، لأن المحجور عليه تعتبر تصرفاته باطلة وفقاً لأحكام المادة 107 من (ق أ ج) التي نصت على ما يلي: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"

أما في القانون المصري فإنه سلك مسلكاً وسطاً بموجبه قرب مسافة الخلاف بينه وبين أقوال الفقهاء، وذلك بإجازته وصية من بلغ 18 سنة إذا أذنت له النيابة المختصة¹، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون الوصية المصري "ويشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً، على أنه كان محجوراً عليه لسفه أو لغفلة أو بلغ من العمر ثمانين عشر سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي".

كما أنه قد أخذ بما ذهب إليه الحنابلة والشافعية باشتراطه أن يكون الموصي رشيداً، أي غير محجوز عليه بسبب سفه أو غفلة، إلا أنه لم يجعل ذلك لازماً وإنما أجاز وصية السفيه أو ذي غفلة إذا أذنته النيابة المختصة، وبهذا قد وفق بين القائلين بصحة وصية السفيه مطلقاً، وبين القائلين بابطالها وذلك بموجب المادة 05 من قانون الوصية المصري المذكورة أعلاه، وحكمة القانون المصري في اشتراط إذن النيابة المختصة لصحة وصية من بلغ 18 سنة والسفيه أو المغفل هي مراقبة ما إذا كانت وصيتهم في دائرة الحق ووجه الخير كونهم لا يحسنون التدبير والتصرف².

أ-3- الرضا³

الوصية تصرف قانوني في التركة صادر بالإرادة المنفردة من جانب الموصي، فيجب أن يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري الحقيقي مثلها مثل العقود العادية خاصة في التبرعات، وإلا كانت غير صحيحة⁴.

عليه حتى تكون الوصية صحيحة وجب أن تكون إرادة الموصي خالية من عيوب الإرادة التي تؤدي إلى بطلان الوصية المتمثلة في الغلط، أو التدليس، أو الإكراه وإلا وقعت الوصية باطلة لانعدام الحرية والاختيار.

¹- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث في الفقه، القانون والقضاء، القسم الأول، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 84.

²- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 85.

³- اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي راضياً بالوصية لأنها إيجاب ملك، فلا بد من الرضا كالإيجاب الملك لسائر التصرفات من بيع وهبة ونحو ذلك، أنظر: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع نفسه، ص 85.

⁴- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 255.

فالاختيار ورضا الموصي بالإيضاء يعتبر شرط أساسي في صحة الوصية إلى جانب توافر شرطي العقل والبلوغ، فبذلك إذا انعدم الرضا كانت الوصية باطلة فلا تصح وصية المكره لفقدان الرضا، ولا وصية المخطئ لانعدام الاختيار، ولا وصية الهزل لانعدام القصد والنية. فلا تصح الوصية الصادرة عن هؤلاء صفة لأنها تضر وراثتهم وذلك وفقا للقاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي: "لا ضرر ولا ضرار"¹

لا يشترط في الموصي أن يكون مسلما فتصح وصية غير المسلم متى استوفت شرائط صحتها. لأن الوصية قريبة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، وصلة يصل بها الشخص قريبا له، أو صديقا عزيزا، ومن ثم لا يشترط في صحتها الإسلام، وبالتالي فإنها تصح من المسلم وغير المسلم لمن اتحد معه في دينه ولمن خالفه فيه، ومتى توفرت فيه الشروط المذكورة².

ب- الموصى له:

الموصى له هو المستحق للوصية سواء استفاد ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معا، وقد يكون شخصا اعتباريا كالجمعية أو مدرسة أو مسجد، أو قد يكون جهة معينة كالفقراء والمساكين أو طلاب علم.

قد اشترط في الموصى له عدة شروط وهي أن يكون موجودا، ومعينا، وأهلا للتمليك وغير قائل للموصي، وأن لا يكون من جهة معصية، وأن لا يكون وارثا وسيتم الفصل فيها فيما يلي:

ب-1- أن يكون موجودا:

حتى تتعقد الوصية صحيحة ونافذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه، فيشترط أن يكون الموصى له موجودا، فإن لم يكن موجودا فلا تصح الوصية لأن الوصية للمعدوم لا تصح، فإذا كان الموصى له معينا باسم أو بالإشارة فلا خلاف بين الفقهاء على وجوده وقت الوصية حقيقة أو تقديرا، ومثال ذلك أن يقول أوصيت بداري لفلان وكان هذا الشخص المشار إليه موجودا حال الوصية، أما إذا كان الموصى له معروفا بالوصف فقد اشترط جمهور الفقهاء ومنها الشافعية والحنابلة أن يكون موجودا حال الوصية، أما المذهب الحنفي فيرى أنه يكفي أن يكون الموصى له موجودا وقت وفاة الموصي، لأن وقت نفوذ الوصية واعتبارها

¹- زهدور محمد، مرجع سابق، ص 71.

²- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص 87-88.

من حق الموصى له هو وقت الموت فتعتبر وجوده في ذلك الوقت¹، أما المالكية فهم لا يشترطون وجوده لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصي، فصححوا الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل ولو بعد وفاة الموصي بزمن، فيرون أن اشتراط وجود الموصي له غير المعين وقت إنشاء الوصية، أو حين وفاة الموصي فيه تضيق على الناس في وصاياهم، وعدم التيسر عليهم وسد الأبواب لوجوه البر والخير خاصة وأن الوصية في أصل تشريعها مبنية على التساهل².

يعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا في بطن أمه وقت إنشاء الوصية، حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية، وحينئذ تعتبر الوصية للحمل جائزة صحيحة وهذا ما أخذ به المشرع في المادة 187 من (ق أ ج) والتي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا...". ويستفاد من ذلك صحة الوصية للحمل ونفاذها بشرط ولادته حيا إذا استهل صارخا، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة³. والمشرع الجزائري لم يورد نص بهذا المعنى، وعليه تطبق أحكام المذهب المالكي الذي أجاز بالإجماع الإيصاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت إبرام الوصية وأن يولد حيا كما جاء في المادة 134 (ق أ ج)⁴ وهي كلها معطيات تتفق على ما نصت عليه المادة 25 من (ق م ج) التي جعلت الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا. وبهذا تحقق الانسجام والتوافق التام بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث والوصية، بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل الحقوق المدنية والشخصية.

ب-2- أن يكون معلوما

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له معلوما⁵ ومعينا وقت وفاة الموصي وذلك حتى تنفذ الوصية ويسلم الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد قبول هذا الأخير للوصية.

وتتحقق المعلوماتية بتعيين الموصى له وذلك بذكر اسمه أو صفته المميزة له عن غيره، أما إذا كانت الوصية في وجوه البر وأعمال الخير فلا يشترط المعلوماتية والعلم بالموصى له يكون بذكر اسمه كفلان ابن فلان، أو جهة البر الفلانية أو الحمل فلانة المسكن في بطنها أو الإشارة إلى شخص معين،

¹ - أحمد محمد علي داودي، مرجع سابق، ص 124.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 70.

³ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 204.

⁴ - تنص المادة 134 من (ق أ ج) على ما يلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا، إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

⁵ - يقصد بالعلم هنا ما يرفع الجهالة في الحال أو الاستقبال، فإذا أوصى لمجهول يستحيل رفع جهالته، كما لو أوصى لمحمد دون إكمال اسمه أو الإشارة إليه، فالوصية باطلة لأن الموصى له مجهول والتملك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها ولا يصح. راجع: محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 73.

أو يكون بصفة الدالة عليه المميزة له عن غيره كأن يقول الموصي قد أوصيت للمستشفى كذا، أو للطلبة كلية كذا بجامعة كذا، أو لمدرسة كذا...، وفي هذه الحالة يكون الموصى له معلوما ومتعينا وبالتالي تكون الوصية له صحيحة. والعبرة بتعيين الموصى له تكون بوقت وفاة الموصي لا بوقت إبرام الوصية لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت¹.

إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولا بصورة مطلقة بطلت الوصية لأن الموصى له غير معلوم أما إذا أوصى الموصي بثلاث ماله للمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل، فالمذهب المالكي يجيز ذلك ويعتبر أن الوصية صحيحة مثل الوصية للملجأ الذي سيبنى في الوقت الزماني والمكان الفلاني.

ب-3- أهلا للتمليك:

إذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق²، لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط بالإثبات أو النفي في قانون الأسرة، ويفهم من إغفال القانون لذلك الشرط أن الوصية لمن ليس أهلا تكون صحيحة كالوصية لبناء مدرسة أو مسجد، وهي في هذه الحالة لا تكون للتمليك بل هي مجرد وصية بتصرف، أي إخراج مال من تركته³.

ب-4- أن لا يكون قاتلا للموصي:

قد يقتل الموصى له الموصي قبل الوصية كأن يوصي إنسان لآخر بوصيته ثم يقوم الموصى له بعد ذلك بقتل الموصي أو قبلها، كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب بثلاث ماله وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق⁴.

قد تعددت آراء الفقهاء في هذه المسألة وفي مفهوم القتل الذي يعتبر مانعا من الوصية وكذا حول اعتبار قتل الموصى له للموصي شرطا لصحة الوصية من عدمه.

فذهب الحنفية إلى القول بأن الوصية للقاتل لا تجوز سواء قتله قبل الإيصاء أو بعده، وسواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لقاتل"، أما المذهب الشافعي فقال بجواز الوصية للقاتل حتى لو وقع عدوانا، لأنها تملك اختياري يفتقر إلى القبول وبالتالي لا تبطل بالقتل.

¹- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 203.

²- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 53.

³- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 259.

⁴- محمود حسن، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، دار الكتب، (د ب ن)، (د س ن)، ص 119.

في حين يرى المالكية والحنابلة أنّ الوصية للقائل صحيحة شرط أن يعلم الموصي أن الموصى له هو الذي قتله ورغم ذلك لم يغير وصيته، سواء رفع القتل مباشرة أو بالتسبيب أي القتل غير المباشر الذي يكون بحق وبعذر مبرر ولو وقع عمدا¹.

أما بخصوص موقف المشرع بهذا الشأن نجد قد اشترط في الموصى له ألا يكون قاتلا للموصي وهذا ما نصت عليه المادة 188 من (ق أ ج) جاء فيها ما يلي: "لا يستحق من قتل الموصي عمدا" فالعبرة هنا بالحرمان من الإيضاء بالقتل العمد سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا، أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه، أو كان عالما بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه، وفي هذه الحالة هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة وناذرة في حق الموصى له²، وحتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلا، وبالغا، أهلا للمسؤولية الجنائية وفقا للمواد 47، 48، 49 من قانون العقوبات الجزائري³، لأنه إذا كان عديم التمييز والإدراك كأن كان مجنونا، أو معتوها، أو صبيا، أو فاقدًا للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه، وبالتالي انتفت مسؤولية الجنائية فلم تبطل الوصية في جانبه.

ب-5- ألا يكون الموصى له جهة معصية:

الأصل في الوصية أنها قرينة وعبادة، فلا قرينة في محرم، ولا عبادة بمعصية لذا يشترط في الموصى له أن لا يكون جهة معصية، أي لا يكون جهة من الجهات المحرمة وإن كان كذلك بطلت الوصية لتعارضها مع الحكمة التي شرعت الوصية من أجلها، فقد شرعت أصلا ليتدارك بها الإنسان ما فاته وما قصر فيه من أعمال الخير والبر، ولا يعقل أن يتدارك الإنسان ما فاته وما قصر فيه من الطاعات بفعل المعاصي، وعليه إذا كان الموصى له جهة معصية بطلت الوصية لأن في تنفيذها إقرار للمعصية⁴.

ولما كانت الوصية تصح من المسلم وغير المسلم، والمعصية تختلف باختلاف الأديان، كذلك الشأن بالنسبة للقرينة لذلك اختلف المراد بهذا الشرط في ديانة الموصي.

¹ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 208.

² - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص ص 208-209.

³ - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، ج ر ج عدد 49 الصادرة في 11 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات (معدل ومنتهم).

⁴ - محمود حسن، مرجع سابق، ص 107.

• بالنسبة للمسلم: فلا يصح للمسلم أن يوصي إلا بما هو قرينة في نظر دينه سواء خالفته الأديان الأخرى في ذلك أو وافقته، بهذا تصح وصية المسلم لما هو قرينة في نظر الأديان جميعا كالوصية للفقراء والمحتجين المسلمين أو غير مسلمين، وتصح الوصية منه بما هو قرينة في نظر الإسلام فحسب كالوصية للمسجد أو للمدارس، وكل وصية لا يتنافى الباعث عليها مع مقاصد الإسلام¹ وبناء عليه لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة معصية حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية للعشيق أو الوصية لدور اللهو والقمار ولجماعة الأشرار ونحوها².

• بالنسبة لغير المسلم: فيشترط لصحة وصيته أن لا يكون الموصى له جهة محرمة في نظر دينه وفي نظر الشريعة الإسلامية معا، فتصح منه الوصية بما هو قرينة في نظر شريعته وفي نظر الإسلام معا.

إذا كانت الجهة الموصى لها لا تعد جهة معصية في الشريعة الإسلامية وليست جهة معصية في جهة الموصى كانت العبرة بديانة الموصى له وتكون صحيحة، فلو أوصى مسيحي ببناء كنيسة مثلا فإن بناء الكنيسة طاعة في شريعة الموصى ومعصية في الشريعة الإسلامية، وبالرغم من ذلك تكون الوصية صحيحة عنده، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العبرة بما هو قرينة في الشريعة الإسلامية ولا ينظر إلى ديانة الموصى له، فأبطلوا كل ما يعد معصية فيها من الوصايا حتى إن كانت هذه الوصايا قريبا وطاعات في شريعة الموصى، فبذلك وصيته ببناء كنيسة باطلة لأن بناء الكنيسة معصية في الشريعة الإسلامية³.

قد تكون الجهة الموصى لها غير محترمة في ذاتها ولكن الباعث على الوصية منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية، كأن يوصي الشخص لعشيقتة بمال حتى تبقى على علاقته المحرمة به، فمثل هذه الوصاية تكون باطلة لأن الباعث عليها غير مشروع، لأن العبرة في العقود بالقصد والنية والباعث حينئذ منافي للمقاصد الشريعة فتكون باطلة⁴، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ضمن المادتين 97 و98 من (ق م ج).

¹ - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص ص 82-83.

² - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 206.

³ محمود حسن، مرجع سابق، ص 108.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 206.

ب-6- أن لا يكون وارثاً:

الوارث هو من استحق الإِثْرَ بالفعل وقت وفاة الموصي ولو انتفى عنه سبب الإِثْرَ وقت إبرام الوصية، فإذا ما أوصى شخص لآخر وكان هذا الموصى له وارثاً فإنَّ الوصية تعتبر باطلة مصداقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ الله تبارك أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث..."¹، وقد اختلف الفقهاء في الوصية لوارث في ثلاث آراء:

- **الرأي الأول:** وهو قول بعض المالكية والشافعية الذين يرون ببطلان وصية الوارث.
- **الرأي الثاني:** وهو قول الأحناف وبعض الشافعية الذين يرون صحة الوصية للوارث ولكنها موقوفة على إجازة الورثة بعد الموت.
- **الرأي الثالث:** وهو رأي الشيعة الإمامية وبعض الزيدية أنّ الوصية للوارث جائزة مطلقاً دون توقف على إجازة الورثة شريطة أن تكون في حدود الثلث²

أخذ المشرع المصري ضمن قانون الوصية بهذا الرأي الأخير فأجاز الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 37 منه ونصها كالآتي: "تصح بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة"³.

قد انتقد محمد أبو زهرة الاتجاه الذي تبناه القانون المصري وخالف به جمهور الفقهاء⁴، ورأي في إجازة الوصية للورثة انحرافاً عن نهج الإسلام الصحيح وتعديلاً غير مباشر لنظام الإِثْرَ وتغييراً لا مبرر له لما استقر عليه العمل في المجتمع الإسلامي حتى أصبح من تقاليد الصالحة. ومرجع عدم إجازة الشريعة الإسلامية الوصية لوارث تفادي أن يؤثر الموصي بعض الورثة مما يترتب عليه إيذاء الآخرين وما يؤدي إلى إثارة الأحقاد والضغائن بين الورثة وبالتالي قطع صلة الرّحم⁵.

¹- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد 3، (الأحكام - الوصايا)، دار الغرب الإسلامي، (د ب ن)، 1996، ص 621.

²- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 77.

³- تقابلها المادة 478 مدني سوري، والمادة 479 مدني ليبي، وهي تقضي جميعها بجواز الوصية بوارث وغير وارث بدون إجازة الورثة، على أن لا يتجاوز مقدار الشيء الموصى به الثلث من التركة.

⁴- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص ص 70-75.

⁵- كمال حمدي، مرجع سابق، ص 200.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 266.

لقد خالف المشرع الجزائري معظم القوانين الوضعية العربية السالفة الذكر التي عمدت الحكم وأجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة، فأخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به وهو ما نصت عليه المادة 189 من (ق أ ج)¹

فمنع الوصية للوارث مطلقا فيه نوع من الظلم تجاه بعض الحالات المشروعة كأن يرزق الموصي بولد مصاب بعاهة فأراد والده الإيصال له لتأمين حياته وتكاليف علاجه، فالموقف الوسط الذي اتخذه المشرع الجزائري موقفا صائبا متماشيا مع روح نظام الوصية ونظام الإرث في الشريعة الإسلامية².

يتضح لنا جليا أن الوصية لوارث تكون صحيحة بقبولها من طرف باقي الورثة حتى ولو لم تتجاوز حدود ثلث التركة³، فإذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي صحت ونفذت في حق الوارث الموصى له، وإن لم يجيزوها بطلت ولم تنفذ، أما إذا أجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر فإنها تنفذ في حصص من أجازها وتبطل في حق من لم يجزها⁴، ويجب أن تتم الإجازة بعد موت الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، ويشترط في الإجازة أن تقع في ملك المجيز وأن يكون هذا الأخير أهلا للتبرع وأن يكون عالما بما يجيزه.

ج- الموصى به (محل الوصية):

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه وتتحقق مقاصدها به حيال الموصى به، فكل ما يصح أن يكون تركة يصح أن يكون موصى به، فهو المال الذي تبرع به الموصي إلى غيره، فهو كل ما يقبل النقل بشروط معينة قد يكون مالا حقيقيا كالأعيان، أو حكما كالمنافع، أو حقا من الحقوق الأخرى كحق الارتفاق أو المرور مثلا⁵.

حتى تكون الوصية صحيحة يشترط في الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، وأن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي، وأن يكون مالا متقوما وقابلا للتمليك.

¹ تنص المادة 189 من (ق أ ج) على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"

² شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 211.

³ قرار المحكمة العليا ملف رقم 59240 المؤرخ في 5 مارس 1990، م ق، عدد 03، 1992، ص 57.

⁴ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 86.

⁵ شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 212.

ج-1- أن يكون مما يجري به الإرث والتملك:

لنتعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يصلح أن يكون تركة، بمعنى أن يكون كل ما يصلح أن يكون محلا للتعاقد الناقل للملكية حال حياة الموصي سواء كان مالا حقيقيا كالدنانير والذهب والأشياء العينية ونحوها، أو مالا حكما كالمنافع¹ مثل سكن الدار وزراعة الأرض وغيرها. كما تشمل ثمرات الأعيان وغلتها كالثمار والمزروع ولا يشترط في المنافع الموصى بها أن تكون موجودة لا وقت الوصية ولا عند الوفاة، لأن المنافع في الأصل معدومة وتوجد شيئا فشيئا والشرط الوحيد لصحة الوصية بالمنافع هو كونها من المنافع المباحة باتفاق الفقهاء².

تجدر الإشارة إلى أنّ الحقوق الشخصية المحصنة كحق الوظيفة، وحق الولاية على النفس، وحق الحضانة، لا تجوز الوصية بها لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث، والحق الشخصي المحض لا يورث.

لقد أقر المشرع الجزائري بهذا الشرط في المادة 190 من (ق أ ج) التي نصت على ما يلي:
"للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"

كما أنه نص في المادة 196 (ق. أ. ج) على ما يلي: "الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصي وتعتبر عمري". ويتضح من خلال هذا النص أنّ المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين ومع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية.

هذا النص ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بانتهاء حق الاندفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء أجل الانتفاع المحدد، وذلك ما جاء ضمن نص المادة 852 (ق م ج)، وسيتم التطرق إلى الوصية بالمنافع في موضع آخر من هذه الدراسة.

ج-2- أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصي عند الوصية:

يجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت إبرام الوصية، وهذا الشرط نص عليه ضمن المادة 190 من (ق أ ج) السالفة الذكر، وهذا الشرط خاص بالعين المعينة بالذات، وإلا فلا يشترط ذلك.

¹ الوصية بالمنافع في الأصل لا يجري فيها الإرث عند الأحناف، ولذلك أبطلوا العقود الواردة عليها بموت أحد العاقدين، كعقد الإجارة فهو يبطل بموت المستأجر، ولكنهم أجازوا الوصية بها لأنها تصلح محلا للتعاقد حال حياة الموصي. راجع: محمد كمال إمام الدين، مرجع سابق، ص 87.

² محمد كمال إمام الدين، مرجع نفسه، ص 88.

إذا كان الموصى به معيناً بالذات كأن يوصي الشخص بساعته، فإنه يشترط أن تكون هذه الأخيرة موجودة في ملك الموصي عند الوصية، فيجب أن تكون مملوكة للموصي حين إنشاء الوصية¹، وبذلك لا تصح الوصية بملك الغير فإن تصرف الشخص في ملك غيره على أنه ملكه كان تصرفاً باطلاً. فإذا أوصى الشخص بشيء مملوك لغيره كانت وصيته باطلة حتى لو ملكه بعد الوصية².

أمّا إذا تعلق الأمر بشيء غير معين بالذات كما إذا تعلق الأمر بجزء شائع من المال كله أو بعضه، فلا يشترط وجوده عند الوفاة وإنّما وقت إنشاء الوصية³.

ج-3- أن يكون مالا مقوما:

المال المقوم هو ذلك المال الذي يصح أن يكون محلاً للوصية، بأن يكون مما يباح الاندفاع به. فلا تصح الوصية بالخمير والخنزير، أو بما لا يجوز شرعاً من كل ما هو محرم أو معصية في الشريعة الإسلامية⁴. فلو أوصى مسلم بخمير أو خنزير لا تصح سواء كانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم، فلا تصح أن تكون موضوعاً للوصية شرعاً بين المسلمين، أما إذا أوصى غير مسلم لغير المسلمين فإنها صحيحة لأنها مقومة في شريعتهم⁵.

ثانياً: شروط النفاذ:

بعد سرد شروط الصحة التي يتوقف عليها وجود الوصية، سأنتقل في هذا الجزء إلى جملة من الشروط يتوقف عليها نفاذ الوصية، وهي شروط لنفاذ الوصية في الموصى به، فيشترط لنفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين وأن لا يزيد عن الثلث.

أ- أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين:

يشترط لنفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين⁶، أي ألا يكون الموصي مديناً بدين مستغرق بجميع ماله، لأن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة في التعليق بمال الميت على كل حق بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع⁷، لأن الدين أداءه واجب والوصية في غير الواجبات مندوبة

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 268.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 88.

³ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 56.

⁴ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع نفسه، ص 55.

⁵ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 216.

⁶ - يطلق الدين على معاني عدة منها ما ليس حاضراً، والقرض ذو الأجل، أما اصطلاحاً هو ما يثبت في الذمة ولا يسقط

إلا بالأداء أو الإبراء، نقلاً عن: محمد علي محمود يحي، مرجع سابق، ص 70.

⁷ - راجع المادة 180 من (ق أ ج) السالفة الذكر.

أو مباحة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح. فإذا كان الموصى به مستغرقاً بالدين لتركه الموصي لا تنفذ الوصية رغم صحتها في ذمة الموصى له، ما لم يجزها الدائنون وذلك بإبراء ذمة المدين (الموصي) بإسقاط ديونهم عنه، أو أنهم أجازوا للموصى له أن يستوفي حقه من تركه الموصي (مدينهم) قبل استحقاق ديونهم من التركة¹، بمعنى أنه تمنع الوصية حفاظاً لحق الدائنين لأن الدين مقدم عن الوصية، فإذا أسقط الدائنون دينهم عن الموصي أو أجازوا الوصية نفذت الوصية، فإن كان الدين غير مستغرق التركة منع من الوصية في حدود دينهم وأبيح للموصى له الوصية فيما ردا دينهم.

إلا أنه قد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين:

- إذا أبرأه الغرماء وأسقطوا دينهم.

- إذا أجاز الغرماء تنفيذ الوصية قبل الدين جازت الوصية².

ب- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

انفق جمهور الفقهاء على أن الوصية بأكثر من ثلث التركة ممنوعة بحيث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم: "فالثلث والثلث كثير"³، فهي ليست باطلة ولكنها صحيحة ونافذة فيما هو ضمن الثلث، وصحيحة وموقوفة على إجازة الورثة فيما هو زائد منها عن الثلث، فإن أجازوها نفذت وإلا كانت باطلة.

المشرع الجزائري أخذ بهذا الشرط بمقتضى نص المادة 185 (ق أ ج) التي جاء نصها كالآتي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، ومن خلال ذلك يتضح أنّ الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة⁴، والأولى أن ينقص الموصي عنه ولا يزيد عليه. إذ تجاوز الموصى به ثلث التركة ولم يكن للموصي ورثة، صحت الوصية في حدود الثلث ولم تصح في الزيادة، فالزيادة عن الثلث باطلة والتي تؤول إلى الخزينة العامة، لأن الموصى به يعتبر ميراثاً للمسلمين في حالة انعدام الورثة⁵.

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 56.

- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص ص 218-2019.

² - أحمد محمد علي داودي، مرجع سابق، ص 133.

³ - أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، مرجع سابق، ص 617.

⁴ - المقصود هنا بكلمة التركة، الأموال الخاصة للوصايا والمواريث بعد مصاريف الدفن وسداد الديون في ذمة المتوفي.

راجع: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 272.

⁵ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 75.

إذا أجاز بعض الورثة الزيادة ورفضها البعض الآخر، فإن الوصية تنفذ في حق من أجازها ما دام كان من أهل الإجازة بمعنى أن يكون المجيز من أهل التصرف، فلا تصح الإجازة من الصبي أو المجنون أو المحجور عليه، وتبطل في حق من لم يجزها، ولتكون إجازة الوارث صحيحة يجب أن تقع بعد موت الموصي لأنه وقت ثبوت الملك، أما إذا أصدرت حال حياة الموصي فلا يجوز، لأنه يحق لهم الرجوع عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فيشترط في الإجازة أن تكون حال ملكهم وملكهم لا يتحقق إلا بعد موت الموصي، أما قبل موت هذا الأخير فلا يملكون شيئاً وبالتالي تكون إجازتهم فيما لا يملكون¹.

أما فيما يخص الوقت الشرعي والقانوني الذي يقدر فيه الثلث المسموح به شرعا هو وقت قسمة التركة، أي الوقت الذي يتم فيه قبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة وبعد سداد ديون العباد وحقوقهم².

الفرع الثالث

إجراءات الوصية

الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، فسنتناول إجراءات الوصية ونوجزها في ثلاث نقاط:

أولاً: شكل الوصية:

المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفاً رضائياً صادراً من جانب واحد لا كشكل انعقاد، ولا كشكل إثبات، ولا كشكل متعلق بالشهر، وإنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية وذلك بموجب المادة 775 (ق م ج) التي ورد نصها كما يلي: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها"، وبما أنّ قانون الأسرة لم يكن قد صدر فإنه ينبغي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية³.

فيسري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني وقبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني المذكور آنفاً وكذلك قانون التوثيق.

¹ - أحمد محمد علي داودي، مرجع سابق، ص 135.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 272.

³ - زهدور محمد، مرجع سابق، ص 75-76.

أ- شكل الوصية في الشريعة الإسلامية:

إنّ المتفق عليه في الشريعة الإسلامية الرضائية في العقود والتصرفات عامة، فنجدها تعتمد الرضائية أصلاً في العقود، والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة، وعليه يكفي لإنعقاد الوصية توافر الإرادة الحرة لدى الموصي باعتبارها تصرفاً صادراً من جانب واحد، فالإيجاب هو الركن الوحيد الذي تتعقد به الوصية¹ دون الحاجة إلى إتباع إجراءات شكلية معينة، ومن ثم فإن الشكل الرسمي كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالوصية².

أما الشكل كإثبات فإن الشريعة الإسلامية تقتضيه وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ سلم له شيء يوصي ببيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"³ فكتابة الوصية أمر مطلوب تقتضيه الحياة العملية لأن الكتابة حثاً الشارع عليها خشية فوات الفرض وللاحتياط وتيسيراً للإثبات، وعليه الكتابة التي قال بها الفقهاء هي للإثبات وليست لقيام الوصية وإن تخلفت يمكن إثباتها بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة أو البيعة⁴.

ب- شكل الوصية في الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق:

المادة 12 من هذا الأخير تنص على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية...."، فالوصية سبق تكيفها على أنها تصرف من جانب واحد فهي بذلك ليست بعقد، وبمقتضى هذا التكيف فإنها لا تدخل في مفهوم النص القانوني السابق، حيث نطاقه محدود من حيث نوع التصرف بالعقود والوصية ليست عقداً، وعليه فإن نص المادة 12 من قانون التوثيق لا يكون له سنداً لأعماله في الوصية، إلا إذا عدل واستبدلت كلمة "العقود" بكلمة "التصرفات" حتى يصبح النص عاماً وشاملاً للتصرفات الصادرة من جانبين والتصرفات الصادرة من جانب واحد⁵.

نستخلص مما سبق أن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سواء كان الموصى به عقاراً أو منقولاً، فتقوم الوصية بكل عبارة دالة عليها، أو كتابة عرقية، أو رسمية لأن الرضائية هي الأصل.

¹- زهدور محمد، مرجع سابق، ص 76.

²- أحمد فراج حسن، مرجع سابق، ص 26.

³- رواه مسلم في صحيح كتاب الوصايا، رقم الحديث 3/1249

⁴- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 220-221.

⁵- محمد زهدور، مرجع سابق، ص 78.

إلا أنه يسري قانون الأسرة على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره وسنتطرق إلى ذلك فيما سيأتي.

ثانيا: إثبات وتنفيذ الوصية

أ- إثبات الوصية:

بمراجعة أحكام قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري ينص في المادة 191 منه على ما يلي: تثبت الوصية

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

- في حالة وجود مانع قاهر، تثبت الوصية بحكم، ويؤشر على هامش أصل الملكية.

من خلال هذا النص يثبت لنا أن المشرع الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية، فاعتبر أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، واستثناءا تثبت بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

أ-1- إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي:

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق، وهو ما نصت عليه المادة 1/191 من (ق أ ج) المذكورة أعلاه، وعلى الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود¹، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين² فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان.

كما يراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصى له، والموصى به وإزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها بما يماثلها من عقود، ونص المادة 1/191 من (ق أ ج) جاء عاما فلم يخصص محل الوصية فيما إذا كان عقارا أو منقولا، أو منفعة... وعليه فإن إثباتها لا بد أن يكون في شكل عقد يحرره الموثق مهما كان محلها.

إذا ما حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي، فيجب أن تتوفر في تلك الوكالة نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية كالبلوغ والرّضا والأهلية³.

¹- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 30.

²- راجع نص المادتين 324 مكرر 2 و324 مكرر 3 من (ق م ج)

³- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 223.

أ-2- إثبات الوصية بموجب حكم قضائي:

هو الاستثناء عن الأصل وقد نصت عليه المادة 2/191 من (ق أ ج)، فيمكن إثبات الوصية استثناءا بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر¹، كأن يكون الموصي قد اتفق مع الموثق على موعد تحرير العقد، وبما كان في طريقه إلى مكتب الموثق صدمته سيارة فمات، فهنا بإمكان الموصي له باعتباره صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم، وله أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق والشهود، وخاصة عليه إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية. وإذا صدر هذا الحكم نهائيا أشار به على هامش أصل الملكية².

القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوة -دعوة إثبات الوصية- ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر، فإن ثبت ذلك حكم له بالتنبئ وإلا رفضت الدعوة ولا يلجأ إلى الاستثناء إلا تعذر العمل بالأصل، وهو ما تؤكد عليه الغرفة الوطنية للموثقين لاسيما وأن المادة 191 (ق أ ج) فصلت صراحة في مسألة الإثبات³، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع القاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون⁴.

إلا أنه يطرح سؤال حول ما إذا كانت الكتابة شرطا شكليا وبالتالي تعد ركنا في الوصية أم أنها مقررة للإثبات فقط.

بإمعان النظر في المادة 191 (ق أ ج) يثبت لنا أن المشرع الجزائري لم يرتب بطلان الوصية كجزاء عن تخلف الكتابة في الشكل الرسمي، فالكتابة ليست بركن في الوصية وإنما هي شرط للإثبات فقط سواء كان الموصي به عقارا أو منقولاً⁵.

¹ - هناك تناقض في هذه المادة نصها العربي والفرنسي، حيث أن النص الفرنسي لها يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة "force majeure" وليس مانع قاهر مثلما هو وارد في ترجمة النص العربي.

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 60.

³ - علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، العدد 1، 2001، ص 9.

⁴ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 160350 صادر بتاريخ 1997/12/23، غ أ ش، عدد خاص، 2001، ص 295

⁵ - شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة (الوصية والوقت)، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2009، ص 97.

نستخلص من خلال ما سبق أن قانون الأسرة الجزائري اعتبر الوصية تصرفا رضائيا وليس شكليا، والكتابة المتطلبة فيه ما هي إلا وسيلة للإثبات بوجود الوصية فحسب وليس بركن لانعقادها. فالوصية المحررة من طرف الموثق بتصريح من الموصي بإرادته المنفردة وصية صحيحة وقابلة للتنفيذ، في حين أن الوصية القولية المنعقدة شفاهة أمام الشهود عند وجود مانع قاهر لا بد من صدور حكم قضائي يثبت صحتها.

أما فيما يخص الشهر فالملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يلزم الموصى له أن يقوم بالشهر كون المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 والمذكور أنفا¹ تتكلم عن العقود الإدارية والاتفاقات وهو ما يخرج عن دائرة الوصية كونها لا تعد عقدا بمفهوم المادة 54 من (ق م ج)، إلا أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة للشهر العقاري، يمكن القول أنه لا أثر لانتقال الحق العيني العقاري إلا بعد إشهار التصرف القانوني الناقل للملكية، وعليه فإن ملكية الموصى به لا يمكن أن تنتقل إلى الموصى له إلا بعد شهر ذلك التصرف²، ويعد ذلك حماية لمصلحة الموصى له وتحقيقا لاستقرار المعاملات حتى يكون الغير الذي تعامل مع الموصى له على دراية من مدى ضرورة شهر الشيء الموصى به³. ولم يكن قانون التسجيل المصري الصادر سنة 1933 ينص على شهر الوصية إذا كان محلها عقارا أو حقا عينيا متعلقة به، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات التي تبرم بين الأحياء، والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وقد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون⁴، إلا أنّ قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947 ولا يزال معمول به حتى الآن قد تدارك هذا النقص، إذ نصت المادة 09 منه صراحة على وجوب شهر الوصية⁵.

¹- تنص المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر ما بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

²- راجع قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/07/14 المنشور في م ق، العدد 2، سنة 2011، ص 172.

³ شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 227.

⁴- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، مرجع سابق، ص ص 236-235.

⁵- قانون رقم 114 لسنة 1946، يتعلق بتنظيم الشهر العقاري المصري الصادر في 5 يوليو 1946، المنشور في الوقائع المصرية رقم 181.

ب- تنفيذ الوصية:

ت- لم يتعرض القانون لمسألة تنفيذ الوصية لذا يستلزم الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 222 من (ق أ ج) كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

مما لا شك فيه أنه لا للموصي ولا للموصى له أي دخل في إجراء هذا التنفيذ، فالموصي يكون قد توفي والموصى له لا يعتبر صاحب حق، وعليه فإنّ القائم بتنفيذ الوصية إما وصي التركة إذا عين المورث لها أو يكون القضاء.

عند تنفيذها لا يجب أن تنقل له من حيث القائم عليه فحسب بل أيضا من حيث السبب في ذلك، فقد يجيز الورثة الوصية أيا كانت وهذا يحول دون حدوث أيّ نزاع في تنفيذها، وقد يحدث أن تكون هناك وصية ولا يجيزها الورثة هذا بالنسبة إذا كانت الوصية للوارث، وذلك عملا بالحديث الشريف بقوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ الله أعطى لكلّ ذي حق حقه ولا وصية لوارث إلاّ أن يجيزها الورثة".

أخيرا يمكن القول أنّ تنفيذ الوصية ليس مطلقا وهذا مؤداه أنه يسبق تنفيذ الوصية سداد ديون الموصي، كما أن التنفيذ مقيد وهذا لما أقره الشرع، فالوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا المندوبة والمباحة.

يعتبر منفذ الوصية مسئولًا شأنه شأن الوكيل العادي، وهذا عن الأضرار الناتجة عن عمله أو إهماله، ولا يجوز إعفائه من كلّ مسؤولية قد ترتب عليه، وإذا تعدد المنفذون كانوا مسئولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة¹، فإذا كانت التركة خالية من الديون وكانت التركة كلها مالا حاضرا يخرج الثلث عن التركة، فيأخذ أصحاب الوصية نصيبهم دون تأخير.

المشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال وكانت التركة كلها مالا غائبا أو ديون، أو كان من التركة مالا حاضرا وآخر غائبا أو دين، فإذا كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديون فإنّ تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفي الديون كلها، فيأخذ الموصى لهم ثلثهم والورثة أنصبتهم.

أما إذا كانت التركة مال حاضر وآخر غائب أو دين، أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة فالأصل هنا العمل بالاتفاق إن وجد، فإذا اتفق الموصى له مع الورثة على الطريقة التي يأخذ بها حقه وجب إتباع ما اتفق عليه، وإن لم يتفقوا على شيء اختلفت الطريقة المعمول بها تبعا لاختلاف الموصى له، أو

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص ص 115-116.

لاختلاف من عليه دين، لأن الموصى به قد يكون نقودا وقد يكون عينا من الأعيان، وقد يكون سهما شائعا في كل المال، أو في نوع منه، والدّين قد يكون من أجنبي وقد يكون على أحد الورثة، وأجل أدائه وقت قسمة التركة أو لم يحل بعد¹ ،

فصل المشرع المصري في هذه الحالات في المواد من 43 إلى 46 من قانون الوصية المصري وهي مأخوذة من المذاهب الأربعة، وإن كان الغالب مذهب الأحناف على خلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نصا في هذا الشأن.

المبحث الثاني

أحكام الوصية ومبطلاتها

إذا نشأت الوصية مستوفية لمقوماتها وشرائطها، كانت صحيحة وقابلة للتنفيذ، وهذا ما لم يوجد مبطل لها، وأحكام الوصية تتحقق كثيرا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وجاء ذلك قانون الأسرة الجزائري تعبيرا عن الاتجاه الفقهي المعاصر، وكانت غايتها إصدار قانون شامل للأحوال الشخصية يرفع حرج المذهب الواحد ويحسم فوضى الأحكام التي توزعها أيادي القضاة في المحاكم الشرعية.

ويجوز لصاحب الوصية الرجوع عنها في أي وقت شاء، فإذا مات مصرا عليها ولم يبطلها وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها آثارها. وتبطل الوصية بأمر كثيرة بعضها بسبب الموصي، وبعضها الآخر بسبب الموصى لها، وبعضها بسبب الوصية نفسها، كما لو كانت مقترنة بمعصية أو كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارح الإسلامي، وعليه سنتناول هذا المبحث من خلال بيان أحكام الوصية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني خصصناه لدراسة مبطلات الوصية.

المطلب الأول

أحكام الوصية

تعرف الوصية بطبيعتها المتميزة عن باقي تصرفات التبرع، لذلك تضمنت عدة حالات خاصة في كلّ مواضيعها سواء في نفاذها أو تنفيذها، وخاصة تلك التي تتعلق بإنشائها، فعلاوة على الأحكام العامة التي أدرجناها سابقا هناك أحكام تسري في حالات خاصة وعادة ما تكون استثنائية عن سابقتها، وهذه

¹ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 161-162

الأحكام الخاصة ذات أهمية، فتبرر ما يسري عن أحكام على حالات خاصة سواء تعلقت بالموصي وأبرزها أن يكون غير مسلم، أو أن يكون مدينا، وتلك المتعلقة بالموصى له الذي قد يكون حملا، أو يكون جهة من الجهات العامة أو تكون للمعدوم، كما يندرج ضمن هذه الأحكام ما يحدد أنواع الموصى به والأحكام الخاصة بكل نوع.

حسب ما قدمنا، سنعرض لتلك الأحكام ضمن الأحكام الخاصة بأطراف الوصية (فرع الأول) وإلى تلك المتعلقة بالموصى به (فرع ثاني).

الفرع الأول

الأحكام الخاصة بأطراف الوصية

إذا كانت الوصية تقوم على ما يصدر من الموصي فقط في أحكام الصيغة كركن للوصية، إلا أن للموصى له أيضا أهمية في شروط صحة الوصية خاصة هذه الأحكام الخاصة، إذ لا يخفى أن لاختلاف الدين والعقيدة تأثير على عدة تصرفات خاصة تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية ما يدفعنا إلى البحث عن مدى جواز الوصية ممن كان كافرا.

بما أن الوصية تنشأ بالإرادة المنفردة للموصي، يمكن له أن يوصي لشخص طبيعي ولو كان حملا، كما قد يوصي للجهة من الجهات العامة.

ولعرض أهم هذه الأحكام قسمنا هذا الفرع إلى أحكام الوصية من جانب الموصي (أولا) وإلى أحكام الوصية من جانب الموصى له (ثانيا).

أولا: أحكام الوصية من جانب الموصي:

حسب ما هو سائد فقها وقانونا يعتبر اختلاف الدين من موانع الميراث، فلا يرث المسلم الكافر ولا يورثه سواء كان مرتدا أو كافرا أصليا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"¹، بالإضافة إلى وصية المدين جائزة مطلقا لقوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"².

¹- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 6، كتاب الفرائض، باب لإرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، دار الهدى للنشر، الجزائر، (د س ن)، حديث رقم 6383، ص 2484.

²- سورة النساء، الآية 11.

في هذه النقطة سنرى إذا ما كانت هذه الأسباب يسري على الوصية مثلما هو الشأن في الميراث أم أن هذه الأحكام تختلف بينهما، وهذا ما يستدعي منا أن نفضل في هذا الموضوع بتبيان حكم وصية المرتد على حدى عن وصية الكافر الذي لم يسبق له وأن اعتنق الإسلام ديناً، وكذلك حكم وصية المدين.

أ- وصية غير المسلم:

غير المسلم صنفان الأول من ارتد عن دين الإسلام، والثاني من كان أصلاً على غير دين الإسلام، لا يشترط في الموصي أن يكون مسلماً، فتصح وصية غير المسلم متى استوفت شرائط صحتها، لأن الوصية قرينة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، وصلة يصل بها الشخص قريباً له أو صديقاً عزيزاً، ومن ثم لا يشترط في صحتها الإسلام وبالتالي فإنها تصح من المسلم وغير المسلم لمن اتحد معه في دينه ولمن خالفه، متى توفرت فيه الشروط المذكورة آنفاً¹.

أ-1- وصية المرتد²:

المرتد هو الخارج عن الإسلام سواء إلى دين آخر أو إلى غير دين، ويستوي في ذلك الدين السماوي، فالمرتد هو من غير دين الإسلام.

اختلف أئمة الفقه الإسلامي في مدى صحة وصية المرتد، وقد تباينت مواقفهم بين إجازتها ووقفها وبطلانها، اتجه الإمام أبو حنيفة في شأن حكم وصية المرتد إلى التمييز بين الرجل والمرأة، فيجوز وصية المرتدة، لأن ردتها لا تؤثر على أهليتها إذ لا تقتل جزاء لخروجها عن الدين الإسلامي، وتظل ملكيتها لأموالها، ملكية تامة وقائمة ولا يوجد أي وجه لإبطالها، أما وصية المرتد فتكون موقوفة على ما يؤول إليه مصيره فيما بعد³، فإن عاد إلى الدين الإسلامي كانت وصيته صحيحة.

نفس هذا الحكم يطبق على حالة ما إذا تاب المرتد ثم رجع عن توبته، ويدعمون موقفهم هذا بأنه مادام يحكم على المرتد بالقتل، فيكون طيلة الفترة الممتدة بين رده وقتله أو توبته في حكم ناقص الأهلية، فتزول ملكيته لأمواله زوالاً موقوفاً، ويلحق ذلك وقف كل تصرفاته بما في ذلك الوصية فيرتبط حكم

¹- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص 87-88.

²- الردة لغة: من الرد أي أرجع، ومنه أرجع إليه الجواب، والردة بكسر الراء هي الرجوع عن الدين الإسلامي، فيقال ارتد فلان، أي كفر بعد إسلامه، فيقال خرج عن دينه إلى غير دين أو الخروج عن الديانات السماوية كلها، نقلاً عن: ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج 4، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د س ن)، ص 153.

³- شمس الدين أحمد بن قنور، شرح العناية على الهداية، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318هـ، ص ص 487-

إجرائها ونفاذها على توبته، وانتقد هذا الموقف بحجة أنّ كل الأدلة الشرعية جاءت بصيغة عامة وتسري على الرّجل والمرأة دون أن تخص أحدهما.

خلافًا للرأي الأول ذهب رأي آخر من نفس المذهب بأن الرّدة لا تؤثر على صحة الوصية، سواء عاد المرتد إلى الإسلام أو ظل على جهالته، وسواء كان الأمر يتعلق برجل أو امرأة، مدعماً موقفه بما يلي:

- أنّ الرّدة لا تزيل الملك بل يظل إلى أن يموت موتاً طبيعياً أو يقتل جزاء لردته، وبذلك لا تكون مانعاً لصحة الوصية ولا لنفاذها، كما أنها تعتبر كفراً وهذا الأخير لا يندرج ضمن موانع الأهلية لا شرعاً ولا قانوناً.

- أهلية الشخص لا تتأثر بالرّدة إذا كان أهلاً قبل ذلك، إذ يبقى ما كان على ما كان وفقاً لقاعدة الاستصحاب¹.

- أكبر دليل على احتفاظ المرتد على أهليته، معاقبته على جريمته هذا شرعاً وأنه يورث بعد موته ولو كان قتلاً.

أما أغلبية فقهاء المذهب المالكي أخذوا ببطلان وصية المرتد سواء كان رجلاً أو امرأة وسواء ظل على رّدته أو تراجع عنها، واستدلوا في ذلك بقول الله عز وجل: "ولقد أوحى إليك وإلى الذين من قبلك لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكون من الخاسرين"²، فكل تصرفاته تبقى موقوفة إلى أن يتقرر أمره، فإذا رجع إلى الإسلام نفذت وصيته واعتبرت صحيحة دون الحاجة إلى تجديدها، وإن أصر على رّدته قتل أو اعتبر ميتاً حكماً، وأمواله تزال عنه من تاريخ رّدته، وتبطل كافة تصرفاته ومن بينها الوصية³.

بينما ذهب جمهور الفقهاء المذهب الشافعي و فريق من المذهب المالكي إلى أن وصية المرتد صحيحة رجلاً كان أو امرأة، ما لم يتبين عكس ذلك بموت المرتد على كفره، وبنوا رأيهم في هذا الشأن على قول الله تعالى: "يسألونك عن الشهر ... ومن يرتد منكم على دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"⁴.

¹- قاعدة الاستصحاب تعني: الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له ما دام لم يقد دليل بغيره، وهذه القاعدة السائدة في الفقه الإسلامي فطر عليها الناس، وساروا عليها في مختلف تصرفاتهم، فأى ملك يثبت للشخص مثلاً يعتبر قائماً إلى أن يثبت ما أزاله أو يزيله، أنظر: عبد الوهاب خلف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 87.

²- سورة الزمر، الآية 60.

³- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 54.

⁴- سورة البقرة، الآية 207.

أما فيما يخص موقف القوانين الوضعية في هذا الشأن، فلم يورد المشرع المصري في قانون الوصية¹، أي نص حول أحكام وصية المرتد بالرغم من إجازته وصية غير المسلم، إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية وذلك حسب ما ورد في المادة 3 فقرة 2 من قانون الوصية التي تنص: "وإذا كان الموصي غير مسلم، صحت إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية" وبما أن المرتد غير المسلم فنرى أن هذه المادة تسري على وصيته أيضا.

أما فيما يخص رأي المشرع الجزائري، فنجد أنه لم يورد أي نص حول حكم وصية المرتد، وهذا بخلاف الميراث حيث نص في المادة 138 من (ق أ ج) على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وإن دل ذلك على شيء فهو يدل على إجازته لوصية المرتد، لأنه لو كانت نية المشرع غير ذلك لنص صراحة عليه، كما أنه لا يمكن مطلقا تفسير نية المشرع بعدم إجازة وصية المرتد قياسا على المادة 138 من (ق أ ج) التي تخص الميراث العام، لأن أحكام هذا الأخير عبارة عن قواعد آمرة لارتباطها بالنظام العام، بينما أحكام الوصية فالراجع أنها مكتملة إلا ما تعلق منها بالميراث، وهذا الفرق راجع إلى أن مصدر نشوء الوصية إرادة الإنسان، أما مصدر نشوء الميراث هي إرادة الله عز وجل.

أ-2- وصية من كان على غير إسلام:

إذا كانت الردة تندرج ضمن مفهوم الكفر، إلا أننا في هذه النقطة نتطرق إلى وصية غير المسلم الذي لم يسبق أن اعتنق الإسلام ديناً، فالوصية هي قرينة يتقرب بها العبد إلى ربه فلذلك لم يشترط لصحتها الإسلام فتجوز وصية غير المسلم إذا كانت قرينة في دينه أو قرينة في الإسلام أو فيهما معا، وإذا كانت غير ذلك فلا تصح.

1-موقف الفقه من وصية غير المسلم أصلا:

حسب ما هو ساري فقها فإن غير المسلم إما أن يكون ذمياً، مستأمناً، أو حربياً وهذا ما سنتعرض إليه فيما يلي:

1-1- وصية الذمي :

الذمي هو الشخص غير المسلم الذي يقيم في دولة إسلامية، ويحمل جنسيتها ويلزم بدفع الجزية لها ويعتقد بغير دينها، فهو مقيد في وصيته بما قيد به المسلم بناء على قاعدة التساوي في المعاملة، فلا خلاف بين الفقهاء على جواز وصية الذمي سواء كانت لمسلم أو لغير مسلم، إذا كانت قرينة في الدين

¹ قانون الوصية رقم 74 لسنة 1946 المذكور سابقا

الإسلامي وقربة في دينه بشرط أن لا تتجاوز الثلث، كما أجمعوا على بطلان وصيته إذا لم تكن قربة في الدين الإسلامي ولا في دينه، ويتحقق ذلك إذا كان في الوصية ما يعتبر معصية في الدين الإسلامي وعقيدته¹، كأن يوصي لإقامة بين الدّعاة وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الوصية على النحو الآتي:

- تقع الوصية صحيحة إن كانت قربة في الإسلام، وإن لم تكن قربة في دين الموصي، إذ يكفي لتكون الوصية مشروعة أن تكون قربة لدى المسلمين، إلا أن لأصحاب المذهب الحنفي رأي آخر إذ يبطل هذه الوصية إلا إذا كانت لقوم بأعيانهم، فتكون الوصية في هذه الحالة تمليك لأنّ الموصي لهم معلومين.

- إن كانت الوصية قربة عند غير المسلمين فقط كمن يوصي بذبح خنازير أو كمن يوصي ببناء كنيسة أو مخمرة، فيرى كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي ببطلان هذه الوصية، لأن الوصية بهذه الأشياء من المعاصي في الدين الإسلامي.

أما المذهب الحنفي فلا يجيز هذه الوصية بالنسبة للموصى لهم غير معينين، أما إن كانت لموصى له واحد أو لمجموعة من المعنيين عند كلا الطرفين الموصي والموصى له.

1-2- وصية المستأمن:

المستأمن هو الأجنبي غير المسلم الذي يقيم في الدولة الإسلامية لفترة مؤقتة لحاجة للأمان. ووصيته صحيحة وتأخذ حكم وصية الذمي، وتصح وصيته للذمي والمسلم، ولأن جهة ما لم تكن محرمة في شريعته وفي الدين الإسلامي معاً، ويتوقف نفاذها بأكثر من الثلث على إجازة ورثته الموجودين في بلده الأصلي²، وفي حالة ما إذا كان قانون البلد يمنع التوارث فإنها تنفذ من غير التوقف على إجازة الورثة لانعدام حق الورثة في هذا المال³.

فوصية المستأمن فيما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة في حالتين هما:

- إذا كان الورثة معه في دار الإسلام بأمان.
- إذا كان قانون بلده الأصلي يبيح التوارث بينه وبين أقاربه.

¹- أبو الحسن الصبري، الحاوي الكبير، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 190.

²- علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 335.

³- محمد أحمد شحاته حسين، مرجع سابق، ص 161.

3- وصية الحربي:

هو الشخص الذي لا يدين بدين الإسلام، ويتبع دولة غير مسلمة، وتكون في حالة حرب مع الدولة الإسلامية¹.

أجاز أئمة الفقه الإسلامي وصية الكافر للمسلم ما دامت لا تنصب على معصية دون أن يستثنوا في ذلك وصية الحربي، عدا فريق من المذهب الشافعي الذين اشترطوا في إجازة الوصية أن يكون مال الحربي في بلد الإسلام بأمان، إذ لا تصح إذا كان في بلد الحرب وبقي فيها لأنه يتعذر تنفيذها. في حين يجيز أبو حنيفة هذه الوصية ولو كان بما هو محرم في الدين الإسلامي، إن كانت لغير مسلم ولم يكن الحربي في دار الحرب أو صار من أهل الذمة، ويجيزون وصية الحربي لمسلم ما لم تكن محرمة في الشرع الإسلامي².

2- موقف بعض القوانين العربية من وصية غير المسلم:

2-1- موقف المشرع الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري الوصية بالرغم من اختلاف الدين بين الموصي والموصى له، إذ تنص المادة 200 من (ق. أ. ج) على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، والتي نستنتج منها أن هذه الإجازة جاءت بصيغة مطلقة، فتجوز من المسلم لغير مسلم، ومن غير المسلم لمسلم، دون أن يرد فيها على أي قيد إلا ما يسري على الوصية بصفة عامة حسب المواد 186-189 من (ق أ ج)، خاصة أنه لم يربط هذه الإجازة بأن لا تكون الوصية محرمة في الشريعة الإسلامية.

قد أكدت المحكمة العليا هذه الإجازة في قرارها الصادر في 2013/05/09 في قضية السيدة (ب) ضدّ (النيابة العامة) حيث قدمت السيدة (ب) طلبا قضائيا بإضفاء الصيغة التنفيذية على الوصية التي أنشأها زوجها لصالحها، غير أنّ المحكمة رفضت الدعوى لعدم التأسيس، وهو الحكم الذي أيده المجلس القضائي بصدد الفصل في الاستئناف المرفوع من السيدة (ب) ما جعل هذه الأخيرة ترفع طعنا بالنقص أمام المحكمة العليا التي قضت بقبول النقص ضدّ القرار الصادر من المجلس القضائي، لأن

¹- محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 104

²- علاء الدين الكاساني الحنفي، ج7، المرجع السابق، ص 335.

قضاة المجلس أخطئوا في تطبيق القانون، إذ أنّ الطاعنة ليست وارثة لزوجها بسبب اختلاف الدّين، كما أنّ المادة 200 من (ق أ ج) تجيز الوصية مع اختلاف الدّين¹.

2-2- موقف المشرع المصري:

أجاز المشرع المصري وصية غير المسلم إذ تنص المادة 3 فقرة 2 من قانون الوصية على ما يلي: "وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية، إلاّ إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية"، وعليه بمفهوم المخالفة لهذا الاستثناء لا تتأثر صحة وصية غير المسلم، إذا كانت الوصية محرمة في أحد الشريعتين، ولكن لا نؤيد هذا الموقف، بحيث إذا كان الموصى له غير مسلم يكفي أن لا تكون هذه الوصية محرمة في شريعة الموصي، أما إذا كانت لمسلم، فيكفي أن تكون محرمة وفق أحكام الشريعة الإسلامية لكي تكون باطلة.

كما تصح وصية المسلم لغير مسلم لإجازة المشرع المصري الوصية بالرغم من اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له، بحيث تنص المادة 9 من قانون الوصية على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدّين والملة...". كما تجيز التابعية (الاختلاف في الجنسية، وفي العقيدة) بشرط تحقق شرط المعاملة بالمثل، فإذا كان الموصي مسلماً تابعاً لدولة إسلامية والموصى له غير مسلم تابع لدولة غير إسلامية لا بد أن تسمح شريعة هذا الأخير الوصية لمسلم لتصح الوصية له بالمثل².

ب- وصية المدين:

المدين هو من شغلت ذمته بحق الغير، فتجوز وصية المدين مطلقاً بدليل قوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"³، فظاهر الآية يدل على جواز الوصية مع وجود دين عليه.

أصل أنّ الدّين⁴ لا ينافي صحة الوصية فهو شرط لنفاذها لا صلة له بإنشائها، لذلك إذا أنشأ المدين الوصية وقعت صحيحة مادامت مستوفية لشروطها، وقد اشترط الفقهاء لنفاذ الوصية أن لا يكون

¹ - قرار المحكمة العليا المؤرخ 2013/05/09 ملف رقم 0725 847، غ أ ش ، عدد 02، م ق، الجزائر، 2014، ص 247، 250.

² - إلياس ناصيف، الوصية، مرجع سابق، ص ص 117-118.

³ - سورة النساء، الآية 11.

⁴ - لقد تم التطرق إلى تعريف الدّين في موضع سابق من هذا البحث.

على الموصي دين مستغرق لتركته، فالدين مقدم على الوصية¹ لأنه أهم لكونه فرض، والوصية بغير الواجب تبرع فهي مندوبة أو مباحة².

وهذا ما نصت عليه المادة 180 من (ق أ ج)³، فإن كان الدين مستغرقاً للتركة فإن الوصية لا تنفذ لأن حق الدائنين مقدم عليها، ولإبراء ذمة المدين. أما إذا كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية من ثلث الباقي بعد الدين إن وسعها، وإلا نفذت في مقدار الثلث وتوقفت في الزائد على إجازة الورثة، أو على إبراء ذمة الموصي من بعض الدين أو كله، فإذا أبرأ الدائنون الموصي من كل دينهم أو بعضهم نفذت الوصية في حدود ثلث ما برئ منه، أو إذا تبرع متبرع بأداء ما عليه كل أو بعض⁴.

ثانياً: أحكام الوصية من جانب الموصى له:

نتطرق إلى الأحكام الخاصة بالوصية المرتبطة بالموصى له، هذا الأخير الذي لا يكون في كل الأحوال شخصاً طبيعياً معيناً ومحدداً، ذو أهلية كاملة للتصرف، إنما يمكن أن يكون حملاً، كما يمكن أن يكون شخصاً معنوياً كجهة من جهات البر أو بعض الهيئات العامة وإلى جانب ذلك يمكن أن يتم الإيصاء للمعدوم، فسنبين أحكام كل حالة من الحالات.

أ- الوصية للحمل:

سبق وأن ذكرت شروط الموصى له أنه يجوز الوصية للحمل عند الفقهاء، وذلك لأن الوصية أجريت مجرى الميراث، من حيث انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى الورثة.

• الحمل لغة:

الحمل بفتح الحاء مصدر حملت حملاً والحمل: هو الذي في بطن أمه قبل ظهوره إلى عالم الشهادة ويقال للمرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلى.

¹ - حدثنا بن أبي عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق الهمداني عن الحارث عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأنتم تقررون الوصية قبل الدين، قال أبو عيسى والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، مرجع سابق، رقم الحديث (2122)، ص 623.

² - محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 70.

³ - تنص المادة 180 من (ق أ ج) على ما يلي: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع
- الديون الثابتة في ذمة المتوفى
- الوصية

فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة"

⁴ - محمد كمال إمام الدين، مرجع سابق، ص 57.

• الحمل اصطلاحاً:

ما في بطن الأم من ولد ذكر كان أم أنثى¹، وما يقع محل دراستنا في هذه النقطة مدى جواز الوصية للحمل، والشروط اللازمة لصحتها، وكل ذلك نخرج إلى تبيان من الجانب الفقهي والقانوني.

أ-1- حكم الوصية للحمل في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل، سواء كان ذلك بأعيان مالية أو بمنفعة، وحجتهم في ذلك أن الوصية كالميراث، ينتقل الملك فيها بالخلافة، وبما أنّ الحمل أهل لأن يرث فهو أهل أن يوصى له ولأنهم يعتدون بحياة الحمل التقديرية قبل ولادته بدليل العقاب على جريمة الإجهاض، لأنه إزهاق روح غير أنهم ربطوا صحة هذه الوصية بالشروط التالية:

1- وجودية الحمل:

حسب ما هو سائد فقها يشترط لصحة الوصية لمعيّن، أي أن يكون الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية، ولما اعتبر هؤلاء الحمل موصى له معين فإنّ جواز الوصية له يتطلب وجوده وقت إنشائها²، وقانونياً ومنطقياً لا يثبت الملك للمعدوم، وقد خالفهم المذهب المالكي الذي يجيز الوصية للحمل سواء كان موجوداً وقت الوصية أو أنه يفترض وجوده مستقبلاً، كالوصية لمن سيولد لفلان لأنهم يجيزون حتى الوصية للمعدوم وللميت مستدلين في ذلك إلى أنه لا فرق في الوصية للمعلوم والوصية للمجهول ما دامت أنها لا تؤثر سلباً على حق الورثة، وما دام تنفيذها مقتصر على ثلث التركة³.

رجوعاً إلى موقف جمهور الفقهاء فإنه يتم التأكيد من وجودية الحمل وقت الوصية بإقرار من الموصي، أما في حالة غياب هذا الإقرار فيثبت وجود الحمل إن كانت الأم في ظل علاقة زوجية قائمة أو حكمية، بأن يولد خلال ستة أشهر من تاريخ الوصية، ويقومون موقفهم على قوله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك إلي المصير..."⁴ وقوله أيضاً: "ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهر"⁵

¹ - نقلاً عن محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 110.

² - علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 335.

³ - شمس الدين عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، (د ب ن)، (د س ن)، ص 423.

⁴ - سورة لقمان، الآية 14.

⁵ - سورة الأحناف، الآية 15.

فالآية الأولى دالة على أن فطم الأم لولدها يكون بتمام السنتين، أما الآية الثانية فتدل على أنّ مجموع مدة الحمل والإرضاع هي ثلاثون شهرا، فإذا طرحنا مدة الإرضاع (24 شهرا) من (30 شهرا) نظل ستة أشهر، وهي أقل مدة حمل شرعا، أي أنها أقل مدة يمكن أن يولد فيها الحمل واضح الملامح وتتمام الخلق¹، إذ أنّ الولادة قبل هذه المدّة إن لم نقل خلالها يعتبر إجهاضا وليس ولادة، فيولد الحمل ميتا ومن ثم لا تصح له الوصية.

أمّا إذا كانت الأم في عدة وفاة أو طلاق بائن، فقد اختلف الفقهاء في المدة التي يجب أن يولد خلالها، إذ يثبت وجود الحمل في هذه الحالة إن ولد خلال سنتين من وقت الوفاة، أو الطلاق عند الأحناف، إلا أنّ المذهب الشافعي والحنبلي فيشترطون ولادته لأكثر من ستة أشهر، إلى أقل من أربع سنوات.

2- ولادة الحمل حيا:

علاوة على ضرورة وجود الحمل وقت الوصية، يشترط أئمة الفقه الإسلامي ولادته حيا، حياة مستقرة²، وأن يستهل صريحا لاستحقاق الوصية حسب المذهب المالكي³، فلو كان في بطن أمه بطلت هذه الوصية، لأن ولادة الحمل ميتا تجعل نسبة حياته أقل وبالتالي وجوده وقت الوصية أقل بكثير من احتمال وفاته.

3- أن يوجد الحمل على الصفة التي أرادها الموصي:

يسري هذا الشرط إن كان الموصي قد اشترط صفة معينة في الحمل، كثبوت نسبة لشخص معين، فيوصي بحمل فلانة من فلان، وإذا نفي نسب الحمل باللعان بطلت الوصية، لأنها إذا كانت لمعين فهي تفيد تمليك الموصى به ولا تقتصر على القبض لذلك فلا بد من أن يكون الحمل الموصى له هو الذي حدده الموصي⁴.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1988، مرجع سابق، ص ص 105-106.

² - علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 10، بيروت، 2003، ص 490.

³ - أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، (د س ن)، ص ص 581-582.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 104.

• حكم تعدد الحمل:

المقصود بتعدد الحمل أن تحمل المرأة بأكثر من ولد واحد في وقت واحد والصورة الغالبة أن تحمل توأماً¹، فيقسم الموصى به بينهما بالتساوي أيا كان جنسهما، ما لم يرد في الوصية تفضيل أحدهم، وإذا ولد أحدهم ميتا فالوصية كلها للحي²، أما إذا ولد أحياء ثم توفي أحدهما يؤول نصيبه لورثته³.

أ-2- أحكام الوصية للحمل في بعض التشريعات العربية:

1- حكم الوصية للحمل وفق المشرع الجزائري:

يلاحظ من المادة 187 من (ق أ ج) التي تنص على: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توأماً يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس". إن المشرع على غرار أئمة الفقه الإسلامي يجيز الوصية للحمل مقيدا هذه الإجازة بضرورة ولادته حيا، وذلك قياسا بالمادة 134 من (ق أ ج).

يتبين لنا من خلال هذه المواد أنّ مفهوم حياة الحمل لدى المشرع الجزائري هي الحياة المستقرة وليست حياة الحمل في أكثره، مثلما ذهب إليه المذهب الحنفي، أما عن ثبوت وجودية الحمل فلم ينص المشرع على هذا الشرط لا في شروط صحة الوصية بصفة عامة، ولا في الوصية للحمل بصفة خاصة وهذا ما نستنتج منه أنّ المشرع الجزائري لا يمنح الاعتبار لوجود الموصى له وقت الوصية أخذا برأي المذهب المالكي.

أما إن كانت الوصية للحمل نسبة لأبيه، ففي هذه الحالة لا بد أن يثبت نسبة وفقا للأحكام التالية:

- تنص المادة 42 من (ق أ ج) على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصى مدة هي 10 أشهر.

- وتنص المادة 43 من (ق أ ج) على أنه "يثبت الولد لأبيه إن وضع خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"

عليه إن كانت الأم في علاقة زوجية قائمة أو حكمية يثبت نسبه إن ولد خلال ستة أشهر، وأن يولد خلال عشرة أشهر إن كانت أمه في عدة طلاق بائن أو وفاة.

إن تعدد الحمل وكان توأماً تقسم الوصية بالتساوي، وإن توفي أحدهما فالوصية للحي دون الميت نزولا عنه الشرط الذي جاء به المشرع في المادة 187 من (ق أ ج) بضرورة أن يولد الحمل حيا، أما إن

¹- وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1996، ص 61.

²- أبو البركات الدردير، مرجع سابق، ص 582.

³- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 61.

ولد كليهما أحياء ثم توفي أحدهما فتقسم بين الحي وورثة المتوفي إن كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به¹.

الملاحظ على المادة 187 من 'ق أ ج' أنه ألزم الاستحقاق التوأم الوصية بالتساوي ولو اختلف الجنس، فكان على المشرع أن يجعل هذه القاعدة مكتملة، وذلك بأن ينص في عقد الوصية على نصيب كل واحد عند اختلاف الجنس في حالة القوام، فمن هنا يمكن إضافة كلمة "مالم" ينص على خلاف ذلك في الوصية².

▪ حكم الوصية للحمل وفق المشرع المصري:

يتبين من المادة 35 من قانون الوصية المصري: إجازة المشرع الوصية للحمل على غرار قانون الأسرة الجزائري، وقد أوقف هذه الإجازة على الشروط التالية:

- **وجودية الحمل:** لا بد من التحقق من وجود الحمل وقت الوصية، وقد ميز المشرع المصري في هذا الشأن بين حالتين:

• **حالة إقرار الموصي بوجود الحمل:** ففي هذه الحالة يثبت وجود الحمل، بإقرار الموصي ولكن المشرع المصري علاوة على هذا الإقرار اشترط ولادة الحمل خلال 365 يوماً من وقت الوصية، فما لم يولد أكثر من ذلك لا يمكن تكذيب هذا الإقرار.

• **حالة عدم إقرار الموصي بوجود الحمل:** يثبت وجود الحمل إن ولد خلال 270 يوماً على الأكثر من وقت الوصية في ظل العلاقة الزوجية القائمة، أما إذا زالت هذه العلاقة بوفاة أو الطلاق يثبت وجود الحمل إن ولد حياً خلال 365 يوماً من وقت الفرقة أو الوفاة³.

- **ولادة الحمل حياً:** يتبين في كل من المادة 35 و36 من قانون الوصية اشتراط المشرع المصري لصحة الوصية ولادة الحمل حياً، فلو ولد ميتاً بطلت الوصية كما يعتبر هذا الشرط شرط لاستحقاق الوصية، إذ تنص المادة 35 فقرة 3 من قانون الوصية على أنه: "...وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل حياً فتكون له"، فيوقف الانتفاع بالموصى به إلى غاية ولادة الحمل حياً.

¹- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات مرجع سابق، ص 54.

²- بن شيوخ الرشيد، مرجع سابق، ص 38.

³- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 85-86-87.

- أن يولد الحمل عل الصفة التي حددها الموصي: يسري هذا الشرط عندما يكون الحمل معيناً منسوباً لشخص معين، والذي يفترض أنه والده، ففي هذه الحالة إن نفي نسب الحمل إلى أبيه سواء بالطرق التقليدية (اللّعان) أو الحديثة (البصمة الوراثية) تبطل الوصية، على أساس أن الوصية تملك ولا يثبت إلا لمن عينه المالك¹.

كما يفترض المشرع المصري بموجب المادة 36 من قانون الوصية تعدد الحمل، فإذا ولدوا كلهم أحياء تقسم الوصية فيما بينهم بالتساوي، ما لم يرد في نص الوصية ما يخالف ذلك، وإذا ولد أحدهما ميتاً فالوصية كلها للحَي، أما إذا توفي بعد أن ولد حياً تقسم حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنافع فهي لورثة الموصي.

ب- الوصية للجهات العامة:

يقصد بالجهات العامة المؤسسات والهيئات التي لا تسعى لتحقيق الربح، بل تهدف لتحقيق المصلحة العامة والقيام بالأعمال الخيرية مثل المساجد، دار الأيتام ... الخ.

ب-1- حكم الوصية للجهات العامة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء في صحة الوصية لجهات البر سواء كانت لجهة معينة أو غير معينة، وأياً كانت بالأعيان أو بالمنافع، لكن بشرط ألا تكون بالمعصية، وأن تكون موجودة على الأقل أثناء وفاة الموصي². غير أن المذهب المالكي يجبر هذه الوصية إن لم تكن موجودة لا وقت إنشاء الوصية، ولا وقت وفاة الموصي³، وهذا لما يعرف عن هذا المذهب في توسيعه لدائرة التبرعات.

ب-2- حكم الوصية للجهات العامة في بعض القوانين العربية:

▪ حكم الوصية للجهات حسب المشرع الجزائري:

على خلاف الوصية للحمل والوصية لغير المسلم، فإن المشرع لم ينص على أيّ مادة تخص الوصية للجهات العامة وجهات البر، غير أنّ المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المؤرخ في 1991/03/23 يتضمن إحداث مؤسسة المسجد⁴ تنص على: "يتولى مكتب المؤسسة المهام الآتية...،

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 109-110.

² - أبو البركات الدردير، مرجع سابق، ص 581.

- علاء الدين الكاساني الحنفي، ج7، مرجع سابق، ص 341.

³ - شمس الدين عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 423.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 82-91 مؤرخ في 23 مارس 1991 يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج.ر.ج عدد 16 الصادرة في 1991/04/10.

قبول الهبات والوصايا..."، وهذا دليل على جواز الوصية لهذه الجهات والجمعيات الخيرية، إلا أن نرى أنه كان على المشرع أن ينص في قانون الأسرة على هذه الأحكام، فعلاوة على تنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية، فهو ينظم أيضا مسائل الأحوال العينية (الميراث والوصية).

■ حكم الوصية للجهات العامة حسب المشرع المصري:

أجاز المشرع المصري حسب المادة 7 و8 من قانون الوصية المصري الوصية للجهات كالوصية للأماكن العامة أو للمؤسسات الخيرية مثل الملاجئ والدور المكلفة بالمسنين، ويستوي في ذلك صحة هذا النوع من الوصية أن تكون بجهة معينة أو لجهة من جهات البر المعينة أو غير المعين كالقول: أوصيت بثلاث مالي لله تعالى، وسواء كانت موجودة وقت الوصية أو أنها ستوجد مستقبلا حتى ولو بعد وفاة الموصي، أما إذا لم يتحقق وجودها تبطل الوصية، إذ تنص المادة 8 من قانون الوصية على أنه: "تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية.

أما الصرف على الجهات الموصى لها يكون على حسب ما ورد في نص الوصية ما دام النص لا يتعارض مع مقاصد الشريعة، وإن لم يحدد الموصي طريقة التصرف يتم على حسب ما هو ساري عرفا، إلا تصرف فيما فيه تحقيق للمصلحة العامة¹

ج- الوصية المشتركة:

الوصية المشتركة هي التي يشترك فيها أكثر من نوع واحد من الموصى لهم، فتكون الوصية لمعينين وجماعة من الموصى لهم المحصورين وأخرى من غير المحصورين ولجهة من جهات البر مثال: الوصية لعمر (معين)، ولأبناء زيد (جماعة من الموصى لهم المحصورين)، وفقراء المدينة (جماعة غير محصورة)، وجمعية ذوي الاحتياجات الخاصة (جهة من جهات البر).

■ حكم الوصية المشتركة في الفقه الإسلامي:

ما يثار في شأن الوصية المشتركة لا يتعلق بمدى جوازها، وإنما يتعلق بكيفية تقسيم الوصية على كل من تضمنتهم، وهم متعددين وعلى أنواع مختلفة، وبذلك بين في هذا العنصر كيفية تقسيمها وفق الآراء الفقهية التالية:

■ موقف المذهب المالكي: يتميز المذهب المالكي في تحديد كيفية تقسيم الوصية المشتركة بين حالتين:

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 112.

- إذا كانت الوصية المشتركة تضم موسى له معين وجماعة غير معينة وغير محصورة، ففي هذه الحالة تقسم الوصية عن طريق الاجتهاد، فيحدد ما يعطى للمعنيين حسب القوانين والأحوال والظروف، ثم يقسم ما تبقى للموصى لهم غير المحصورين.

- إذا كانت الوصية المشتركة تضم موسى له معين بالذات وجماعة محصورة غير معينة، فهذا المذهب قولين: أولها يقضي بتقديم الوصية وفقاً لأحكام القسمة بين معين وجماعة غير محصورة، أما حسب القول الثاني تقسم الوصية بالتساوي بين المعين وغير المعين المحصورين فلو أوصى لزيد وأولاد زيد دون تعيينهم بالاسم، يأخذ زيد ككل واحد من المحصورين، إذ يكون له سهم ولكل واحد من المحصورين سهم فإن كانوا أربعة كان مجموع السهام خمسة¹، وإذا توفي أحد الموصى لهم بعد موت الموصي وقبل القسمة يحظى ورثته بهذا النصيب².

■ **موقف المذهب الشافعي:** يختلف موقف المذهب الشافعي في تحديد كيفية تقسيم الوصية المشتركة وفقاً للحالات التالية:

- إذا كانت الوصية المشتركة تضم موسى له معين وجماعة غير محصورة، كأن تكون الوصية لزيد ولفقراء المدينة فالمذهب الشافعي ثلاثة آراء مختلفة تتمثل في³:

✓ أن يعتبر زيد المعين ككل فرد من الجماعة غير المحصورة فتقسم الوصية بينهم بالتساوي، وينتقد هذا الرأي أنه لم يأخذ بالمفهوم الصحيح بجماعة غير محصورة، إذ أن الموصى لهم لا يمكن حصرهم وعدهم وبالتالي لا يمكن أن يحدّد نصيب المعلوم "المعين" قياساً على ما يؤول إلى المجهول "الجماعة غير المحصورة"

✓ أن يعطي المعين ربع الموصى به ($\frac{1}{4}$) وثلاثة أرباعه للفقراء على أساس أن أقل عدد يمثل جماعة هو ثلاثة.

✓ أن يعطي المعين النصف فتقسم الوصية على أساس أن الجماعة غير محصورة أيضاً موصى له فرد، ولهم النصف مثلما للمعين النصف.

¹- سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوى والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 40.

²- شمس الدين عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 434.

³- زكريا محمد الأنصاري الشافعي: منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 103.

- الوصية لجماعة محصورة: يقسم الموصى به على عدد الرؤوس ولا يقسم مناصفة، فلو كانت الجماعة الأولى تمثل أولاد علي مثلا وهم (4)، والثانية أولاد عمر وهم (3) تقسم الوصية على عدد الرؤوس ويكون عدد الأسهم في هذه الحالة (7).

- الوصية لجماعتين غير محصورتين: يقسم الموصى به بينهم مناصفة بدون الاعتداد بعدد الرؤوس في كل جماعة، بل يأخذ بعين الاعتبار عند التوزيع نوع الموصى به.

▪ موقف المذهب الحنبلي:

- إذا كانت الوصية بين معين وجماعة من الموصى لهم غير محصورين: يكون الاعتبار في القسمة لعدد الأنواع وليس لعدد الرؤوس، وتقسم فيما بينهم مناصفة.

- إذا أوصى لمعين وجماعة محصورة: تقسم الوصية بالأخذ بعين الاعتبار عدد الرؤوس، فلو أوصى لزيد وإخوانه وهم (4) فيكون لكل واحد منهم ومن بينهم زيد سهم واحد من خمسة سهام¹.

▪ حكم الوصية المشتركة في بعض القوانين العربية:

• موقف قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 194 من (ق أ ج) على: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به مشتركا بينهما"، ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للوصية المشتركة على عدد الموصى له وليس على أنواعه مثلما ذهب إليه أئمة الفقه الإسلامي، مما يعني أن الوصية لشخصين طبيعيين تعتبر أنها مشتركة، ولا يشترط أن تضم أكثر من نوع واحد بل يكفي أن تضم أكثر من موصى لهم واحد.

ويتبين لنا أيضا من خلال المادة 195 من (ق أ ج)² أن المشرع ميز بين حالتين: فإذا حدد الموصى نصيب كل واحد من الموصى لهم تقسم الوصية حسب نص الوصية، وإذا توفي أحدهم فالحي منهم لا يستحق سوى نصيبه المحدد من قبل الموصى، أما إذا لم يحدد في نص الوصية نصيب كل واحد

¹ ابن قدامى المقدسي، علاء الدين المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج 17، الهبة، العطية والوصايا، دار هر، (د ب ن)، 1995، ص 340.

² المادة 195 من (ق أ ج) تنص على ما يلي: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصى فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له"

تقسم بالتساوي، وإن توفي أحدهم قبل وفاة الموصي تكون الوصية كلها للحي إن كان فردا أو لباقي الموصى لهم إذا كانوا جماعة¹.

الملاحظ على المادة 194 من (ق أ ج) أنها نصت على أنه إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به مشتركا بينهما، وهو ما يفهم من النص على أنّ الوصية تقسم بينهما بالتساوي في هذه الحالة، فكان يمكن إضافة كلمة ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية، وخصوصا مع اختلاف جنس الموصى إليهم، أي لا يمكن التسوية بينهما في الوصية عندما يتم تحديد النسبة من الموصي.

الحكم الذي أتى به النص قد يصعب تطبيقه في بعض الحالات، فمثلا لو أوصى لشخص بثلاث ماله، ثم أوصى لآخر بسدس ماله فكيف يكون الموصى به مشتركا بينهما، علما أن الوصيتين قد تجاوزتا معا الثلث، وبالتالي يتطلب موافقة الورثة، ومع الموافقة لا توجد صعوبة لأن كل موصى له يأخذ المقدار المخصص له، لكن في حالة اعتراض الورثة يخفض مقدار الوصيتين معا إلى الثلث، وهذا الأخير يقسم بينهما بحسب نسبة الوصية ولذلك نقترح تعديل نص المادة 194 من (ق أ ج) وذلك بإضافة كلمة "... ما لم يحدّد نصيب كل منها، وإذا تجاوزت الوصيتان مقدار الثلث ولم يجزها الورثة خفضت الوصية إلى الثلث وتقسم بينهما بنسبة حصة كل منهما"².

كما أن نص المادة 195 من (ق. أ. ج) يتناقض في الحكم مع النص السابق في المادة 194 من نفس القانون، فمن جهة يقرر المشرع بتقسيم الوصية بينهما في حالة وجود وصيتين لشخصين ضمن المادة 194 (ق أ ج)، ومن جهة أخرى يعطي الوصية كلها للحي في حالة وفاة الثاني ضمن المادة 195 من (ق. أ. ج)، وكأنه يعاقبه على وفاته، وكان عليه أن ينص ببطانها بالوفاة أو استمرارها مع ورثته لأنه ما دام الموصي قد أوصى له، فإنه يريد أن ينفعه بهذا المقدار، ولا يمكن حرمان ورثته منه، كما لا يمكن أن يأخذها الحي منهما خصوصا وأنّ الموصي لازال على قيد الحياة، إلا إذا نص في الوصية على إعطائها كلها للحي منهما.

المنطق يقتضي بطلانها وعودتها للموصي، أو انتقالها لورثة الموصى له المتوفى، إذا نص على ذلك في الوصية أو قرر الموصي انتقالها إليهم³.

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص ص 293-294.

²- نقلا عن بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص ص 43-44.

³- بن شويخ الرشيد، مرجع نفسه، ص 45.

▪ موقف المشرع المصري:

تنص المادة 32 من قانون الوصية المصري أنه: "إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة وجهة أو بينهم جميعا، كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة، ولكل جهة من الموصى به".

يتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرع المصري علاوة على أخذه بنظام الوصية المشتركة، يعتبر كل من الجهة والجماعة غير المحصورة شخصا من الموصى لهم، وكل واحد من المعينين شخصا، ومدله كل واحد من الجماعة المحصورة شخصا، إذ المعينين يعتبرون بأشخاصهم كما يمكن معرفة عدد المحصورين فتقسم الوصية بمنح سهم واحد لكل شخص فعليا، وككل واحد من المعينين أو اعتبارا كالسهم لجهة من جهات البر، أو لجماعة غير محصورة.

مثال: إذا كانت الوصية لزيد وعمر، ولفقراء مدينة الإسكندرية، ومأوى العناية بالمسنين، تقسم الوصية على النحو التالي: زيد سهم، عمر سهم، سهم واحد لفقراء المدينة، وسهم لمأوى المسنين، والمجموع: 4 سهام من تركة الموصي.

إذا أبطلت الوصية لأحد هؤلاء المشتركين اتبع الحكم المقرر على كل نوع من هذه الأنواع، فإذا أبطلت في حق المعين، أو الجهة، أو الجماعة غير المحصورة يعاد نصيبهم لورثة الموصي¹.

الفرع الثاني

أحكام الوصية المتعلقة بالموصى به

تتنوع الوصية باعتبار الموصى به إلى أنواع متعددة، فقد تكون بالأعيان المالية بمختلف أنواعها وقد تكون بالمنافع أو بالحقوق، أو بالأقراض، كما يمكن أن تكون الوصية بالتصرف في عين أو بتقسيم التركة، إلا أنّ أكثر هذه الأنواع شيوعا تلك المتعلقة بالأعيان المالية وبالمنافع، لذلك تقتصر دراستنا على هاذين النوعين فقط فنعرض للأحكام الخاصة في الوصية بالأعيان المالية (أولا)، وإلى الأحكام الخاصة بالوصية بالمنافع في (ثانيا).

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 120-121.

أولاً: الأحكام الخاصة في الوصية بالأعيان المالية

تعد الأعيان المالية تلك الأموال التي يجري فيها الإرث، أيا كان نوعها عقارات أو منقولات مثلية كانت أو قيمة، وسواء كانت في يد الموصي أم تحت يد نائبه كالوكيل أو المستأجر أو المدين... أم ليست تحت يده كالدين الذي يكون في ذمة الغير.

كما يمكن أن تكون الأعيان المالية عبارة عن حقوق عينية تبعية لحق الملكية، والتي تقوم كذلك بالمال الارتفاق الواقعة على عقار كحق الشرب أو حق المسيل وغيرها¹.

أ- أنواع الأعيان المالية محل الوصية في الفقه الإسلامي:

لقد أقر فقهاء المذهب الحنفي بأن الأعيان المالية إما أن تكون بعين معينة بالذات أو بجزء شائع منها، أو بعين معين بالنوع أو بجزء شائع منها، أو أن تكون الوصية بسهم شائع في كل المال أو بعضه، وهذه الحالات نعرضها كما يلي:

أ-1- الموصى به غير معينة بالذات أو جزءاً منها:

إذا كانت العين المالية الموصى بها عيناً معينة بالذات أو جزءاً منها كما لو أوصى بمنزل أو قطعة أرض أو بالبعض منها أو جزءاً شائعاً في تلك العين، فإنه يلزم لصحة الوصية أن تكون العين الموصى بها موجودة في ملك الموصى من وقت إنشاء الوصية إلى وقت وفاته، وهو نفس الحكم الذي يسري على الموصى به إذا كان حقاً مالياً كحق الارتفاق، وغيره من الحقوق العينية المتفرغة عن حق الملكية، فلا بد من أن يثبت وجود هذه الحقوق في ملك الموصي وقت الوصية وتستمر كذلك إلى غاية موته.

أ-2- الموصى به عين معينة بالنوع:

إذا كان الموصى به معيناً بالنوع كالسيارات والعقارات فلفقهاء المذهب الحنفي قولين:

- **القول الأول:** ذهب بعض أئمة المذهب الحنفي إلى عدم اشتراط وجود الموصى به المعين بالنوع عند إنشاء الوصية ويكتفي بوجوده عند الوفاء فقط، فلو قال أوصيت بربع عقاراتي، وليس له عقارات حين الوصية فتصح وصيته بشرط أن تكون هذه العقارات ضمن أملاكه عند وفاته، وإن لم توجد في ذمته خلال هذا الموعد بطلت وصيته.

¹ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 445.

▪ **القول الثاني:** يرى اتجاه آخر من هذا المذهب بضرورة وجود الموصى به المعين بالنوع في ملك الموصي وقت إنشاء الوصية، وأن يستمر ذلك إلى غاية وفاته، مثلا لو قال: أوصيت لزيد بربع عقاراتي ولا عقارات له حين إنشاء الوصية، تكون وصيته باطلة، لأن كل ما يوصي به الموصي لا بد أن يكون موجودا في ملكه وقت الوصية، فإن لم تكن موجودة بطلت حينئذ، ولو وجدت له عند الوفاة¹.

ب- أنواع الأعيان المالية محل الوصية في بعض القوانين العربية:

ب-1- موقف قانون الأسرة الجزائري:

حسب المادة 190 (ق أ ج) السابقة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى الحق للموصي في أن يوصي بالأعيان المالية التي تدخل في ملكة سواء كانت الأموال نقودا، أو عقارات، أو منقولات مثلية كانت أو قيمة².

عليه إذا كان الموصى به شيئا معيناً بالذات كمن يوصي لشخص سيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، إذ لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو تملك الموصي الموصى به (السيارة) بعد صدور الوصية ومات الموصي على هذا الحال³.

أما إذا كان الموصى به غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال، بعضه أو كله، فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية⁴.

ب-2- موقف المشرع المصري:

يفهم من خلال أحكام المادة 1/1 من القانون الوصية الموصى أنه يدخل في ملك الموصي جميع الأموال التي تكون عنصرا من عناصر التركة، وبالتالي يمكن أن يكون الموصى به من الأعيان المالية أيا كان نوعها، عقارا أو منقولا، أو كان الشيء الموصى به مالا معيناً بالذات، أو معيناً بالنوع.

¹ - شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص ص 435-436.

² - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 214.

³ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص ص 55-56.

⁴ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 215.

ثانياً: الأحكام الخاصة في الوصية بالمنافع:

المنفعة¹ هي الفوائد غير الحبسية التي تحصل من الأشياء كالسكن الدور، وركوب السيارة ونحو ذلك²، وللمنفعة معنى عام وآخر خاص، فهي بالمعنى العام تعني الفائدة المقصودة من الأعيان والأشياء المادية، سواء كانت هذه الفائدة معينة كسكن الدار وركوب السيارة، أم كانت مادية كالأجرة والغلة و الثمرة. أمل المنفعة بمعناها الخاص فتقتصر على الفائدة المعنوية ولا تدخل فيها الفائدة المادية³.

أ- مشروعية الوصية بالمنافع:

أ-1- مشروعية الوصية بالمنافع في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم الوصية بالمنافع على قولين:

■ صحة الوصية بالمنفعة:

يرى جمهور الفقهاء بصحة الوصية بالمنفعة كسكن الدار، وزراعة الأرض، وغلتها استناداً للأدلة

التالية⁴:

- جواز التصرف في المنافع بعوض كالإجازة، وبغير عوض كالعارية في حياة المتصرف، كما يحوز تملكها بعد الوفاة بطريق الوصية.
- تملك الموصي لمنفعة العين مثلما يملك العين نفسها، ما يجيز له أن يوصي بهما معا أو بأحدهما لأن من يملك الكل يملك البعض.
- إنّ الوصية عقد تبرع قد ينبغي التوسع والتسامح لتحقيق الخير والنفع لذوي الحاجة من الفقراء والمساكين وغيرهم.

■ عدم صحة الوصية بالمنفعة:

نجد ابن أبي ليلى⁵ إلى القول بعدم صحة الوصية بالمنفعة مدعماً رأيه بالحجج التالية:

1- المنفعة لغة هي اسم لكل ما ينفع به، ومنافع الدار مرافقها، والمنافع العامة لها ما كان بينها نفع مشترك بين الناس، وانتفع به أي حصل والنفع الخير. نقلا عن: علاء الدين الكاساني الحنفي، ج 7، مرجع سابق، ص 372-373.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 75.

3- نقلا عن محمود حسن، مرجع سابق، ص 153.

4- شمس الدين بن قودر، مرجع سابق، ص 518-521.

5- علاء الدين الحنفي، ج 7، مرجع سابق، ص 352.

5- هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي، قاضي الكوفة توفي سنة 148 هـ نقلا عن محمود علي أحمد يحي، مرجع سابق، ص 138.

- أن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث، ولأن تنفيذها بعد موت الموصي وعندئذ تكون الرقبة ملك الورثة، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، وفي ذلك الوقت ينتقل ملك الغير الموصى بمنفعتها إلى الورثة، وعلى هذا فالوصية بالمنافع وصية بمال مملوك للغير وهذا غير جائز.

- تعتبر الوصية بالمنافع في معنى الإعارة تملك المنفعة بغير عوض، وموت المعير مبطل للإعارة، إذ للموت أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحتها، لذلك يمنع من صحة إنشائها لأن المنع أسهل من الرفع كما يقول الفقهاء في قواعدهم.

أ-2- مشروعية الوصية بالمنفعة في بعض القوانين العربية:

▪ موقف المشرع الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، فأجاز الوصية بالمنفعة وفقا لمقتضيات المادة 190 من (ق أ ج)، إذ يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع أجاز للموصي أن يوصي بالأموال المملوكة له بما فيها المنافع والتي لم يحددها بأنواع معينة تاركا الحرية للموصي اختيار ما يوصي به.

▪ موقف المشرع المصري:

نظم قانون الوصية المصري أحكام الوصية بالمنفعة في الفصل الثالث من الباب الثاني في المواد (50-62)، مما يعني أخذه بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث أجاز الوصية بالمنفعة سواء كانت صادرة من الموصي ملك الرقبة والمنفعة معا، أو كان مالكا للمنفعة فقط كالمستأجر والمستعين¹.

ب- أنواع الوصية بالمنافع:

ب1- أنواع الوصية بالمنافع في الفقه الإسلامي:

المنفعة الموصى بها قد تكون مؤبدة أو مؤقتة معينة، أو تكون مطلقة عن التوقيت والتأبيد، وهذه هي الأنواع التي تطرق إليها جمهور الفقهاء².

¹ الشيخ عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد 2، دار النهضة العربية، لبنان، 2009، ص 626.

² علاء الدين الكاساني الحنفي، ج 7، مرجع سابق، ص 352.

▪ الوصية بالمنفعة المؤقتة:

هي الوصية بمنفعة لوقت معين، والتي تسري عادة خلال سنة أو شهر ونحو ذلك...، فهي الوصية التي يحدد فيها الموصي مدة الانتفاع، وهذه المدة إما أن تكون معلومة المبدأ والنهاية، وإما أن لا تكون كذلك¹.

▪ الوصية بالمنفعة غير المؤقتة:

هي الوصية التي تكون غير محددة بمدة معينة، فهي التي يجعل الموصي الانتفاع بها على وجه التأييد سواء كان التأييد منصوباً عليه كقول الموصي أوصيت بهذه الدار لفلان، فلا تحدد مدة المنفعة إذ للموصي له الحق في الدار طول حياته، ويندرج ضمن هذا النوع الوصية بالمنفعة التي لا يظهر في صيغتها إن كانت مؤقتة أو مؤبدة، كما لو قال الموصي: أوصيت بمنفعة هذه الأرض، ففي هذه الحالة استحق الموصي له غلة الوصية بالمنفعة مدة حياته².

ب2- أنواع الوصية بالمنافع في بعض التشريعات العربية:

▪ موقف قانون الأسرة الجزائري:

رغم إجازة المشرع الجزائري الوصية بالمنفعة، إلا أنه لم يفصل في أنواعها واكتفى بذكر نوع واحد وهي الوصية المطلقة غير المقيدة التي نص عليها في المادة 196 من (ق أ ج)، والتي تبين فيها نهاية هذا النوع من الوصية بوفاة الموصي إذ تنص على ما يلي: "الوصية بمنفعة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري"

▪ موقف المشرع المصري:

قسم المشرع المصري الوصية بالمنفعة إلى نوعين على غرار الفقه الإسلامي، ونظم أحكام هذه الأنواع بأكثر تفصيل مقارنة بالمشرع الجزائري معتمداً التقسيم التالي:

• الوصية بالمنفعة المحدودة المدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة محدودة المدة، فإنّ الموصي قد يحدّد بداية ونهاية هذه المدة وقد يسكت عن ذلك، فتكون الوصية محددة المدة لكن تاريخ بدايتها ونهايتها غير معلومين.

¹ الشيخ عبد اللطيف دريان، مرجع سابق، ص 644.

² الشيخ عبد اللطيف دريان، مرجع نفسه، صفحة نفسها

الصورة الأولى: الوصية محددة بمدة معلومة الابتداء والانتهاؤ

يتضح لنا من خلال نص المادة 50 من قانون الوصية المصري أنّ الوصية بمنفعة إذا كانت لمدة معلومة يمكن أن يحد تاريخ بدايتها ونهايتها، كما لو قال الموصي: أوصيت بسكن داري لفلان لمدة عشرة سنوات ابتداء من 2000/01/01م وتنتهي في 2010/01/01م. فيستحق الموصى له المنفعة خلال هذه المدة لا قبلها ولا بعدها، غير أنه في كل الأحوال لا يمكن الانتفاع من الموصى به قبل وفاة الموصي، فإذا مات قبل بداية مدة الوصية يكون حق الانتفاع لورثته، إلى غاية بداية مدة الوصية التي تمكن الموصى له من استحقاق المنفعة.

أما إذا مات الموصي عند بداية مدة الوصية، تسلم المنفعة للموصى له بعد وفاة الموصي ويستفيد من الموصى به طيلة المدة المحددة للانتفاع، وقد يحدث وأن يموت الموصي وقد مضت مدة الوصية بعضها، فيستحق الموصى له المنفعة فيما تبقى من المدة كما لو مات الموصى في المثال السابق سنة 2005، أي بعد بداية مدة الوصية بخمس سنوات، فإنه لا ينتفع إلا بمقدار المدة الباقية فقط وهي الخمس سنوات الأخرى، وتبطل الوصية في حالة ما إذا مات الموصي بعد انتهاء مدة الوصية بالمنفعة¹.

الصورة الثانية: الوصية بمدة غير معلومة الابتداء والانتهاؤ

إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة دون أن يحدّد تاريخ بدايتها ونهايتها، كما لو أوصى لشخص بسكن داره لمدة خمس سنوات من غير تحديد تاريخ بدء الانتفاع ونهايته، فتبدأ هذه المدة عقب وفاة الموصي مباشرة عملاً بأحكام المادة 50 فقرة 3 من قانون الوصية المصري إذ تنص: "وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ، بدأت من وقت وفاة الموصي".

• الوصية بالمنفعة غير محددة المدة:

تكون الوصية بالمنفعة غير محددة بمدة معينة، إذا كانت مؤبدة كأوصيت بهذه الدار لزيد أبداً، أو أنها مؤقتة دون تحديدها بمدة معينة كأوصيت زيد بهذه الأرض مدة حياته، أو كانت مطلقة عن التأقيت والتأييد، كأوصيت له بهذه الدار. والأحكام التي تسري في هذا النوع من الوصية بالمنافع تختلف باختلاف أنواع الموصى له.

¹- الشيخ عبد اللطيف دريان، مرجع سابق، ص ص 644-645.

إذا كان الموصى له معنيا وكانت الوصية بالمنفعة مؤبدة أو لمدة حياة الموصي أو مطلقة استحق الموصي له المنفعة مدة حياته، وتنتهي الوصية بموته فتسلم الرقبة بمنافعها إلى ورثة الموصي.

أما إذا كان الموصى لهم قوما غير محصورين لا يظن انقطاعهم كأن يوصي شخص بغلة أرضه للفقراء أو للمساكين أو لمسجد بلدته، فإنّ الوصية تأخذ حكم الوقف الخيري المؤبد، وكأنّ الموصي وقفها بعد وفاته فلا تملك لأحد من بعده. إلاّ أنّه بهذا المعنى لا يخرج التصرف في ذاته عن كونه وصية ومن ثم لا تنف فيما زاد عن ثلث التركة إلاّ بإجازة الورثة، وإذا انقطعت جهة البر الموصى لها كانعدام المسجد فإنّ الموصى به يؤول إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية بانعدام الموصى له¹.

أما إذا كانت الوصية بمنفعة لمعين أو للمحصرين لمدة معينة، ثم تكون من بعدهم لغير المحصرين لا يظن انقطاعهم أو لجهة بر معينة كما لو أوصى بغلة أرض فلان مدّة خمس سنوات ثم بعده للفقراء أو أوصى لأولاد فلان بغلة أرضه عشر سنوات ثم من بعدهم للفقراء، فتكون المنفعة لمن يوجد من الموصى لهم المحصرين وقت وفاة الموصي أولاً، فردا كان أو جماعة، فإذا انقضت المدّة المعينة للانتفاع ولم يوجد أيّ واحد من الموصى لهم المحصرين، انتقل الحق إلى الموصى لهم غير المحصرين أو لجهة من جهات البر، أمّا إن ظل أمل وجود الموصى لهم المحصرين قائماً تصرف المنفعة لأعم جهة بر².

ج- تقدير المنفعة الموصى بها:

ج1- كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في الفقه الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الوصية بالأعيان تقدر بقيمة العين الموصى بها، فإذا كانت قيمتها في حدود ثلث التركة نفذت دون حاجة إلى إجازة من الورثة، وإن زادت قيمتها عن الثلث توقف نفاذها في حق الورثة على إجازتهم.

أما إذا كانت الوصية بالمنفعة فقد اختلف فقهاء الشريعة في تقدير المنفعة الموصى بها تبعاً لاختلافهم في مالية المنافع واختلاف المنفعة الموصى بها بالتأبيد، وذلك في قولين:

¹- الشيخ عبد اللطيف دريان، مرجع سابق، ص ص 647-648.

²- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 180.

■ العبرة بتقدير العين الموصى بمنفعتها:

يعتد فقهاء الحنفية والمالكية في تقدير المنفعة الموصى بها بمقدار الأعيان التي أوصى بمنفعتها أي كانت مدة الانتفاع، فإن كانت قيمة العين في حدود الثلث، جازت الوصية ونفذت، وإن زادت قيمة العين عن الثلث نفذ منها مقدار الثلث فقط، وتوقف الزائد على إجازة الورثة سواء كانت المنفعة مؤبدة أو مؤقتة، لأن المعتبر عندهم هو قيمة العين الموصى بمنفعتها، وليس قيمة المنفعة مستقلة¹.

■ العبرة بقيمة المنفعة:

يفرق فقهاء الحنابلة والشافعية في كيفية تقويم المنفعة بين ما إذا كانت الوصية بالمنفعة محددة المدة أو غير محددة المدة.

- إذا كانت الوصية مقيدة بمدة معينة كان التقدير بالمنفعة فقط، وذلك بأن تقوم العين الموصى بها بمنفعتها في تلك المدة، ثم تقوم محل العين مساوية المنفعة، ويكون التفاوت بين القيمتين هو القدر الذي يكون منه الثلث.

- أما إذا كانت الوصية غير مقيدة بأن كانت مطلقة في الزمان كله، وأن تكون مؤبدة أو مقيدة بمدة مجهولة، ففي هذه الحالة للمذهب الحنبلي والشافعي موقفان:

✓ يرى فريق من الفقهاء في المذهبين أن المنفعة تقوم مع الرقبة، فتكون المنفعة في جميع الثلث.

✓ ويرى الفريق الثاني أن تقدر قيمة المنفعة فقط، وذلك بأن تقوم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له، فتعبر هذه الحالة عن خروج العين من الثلث.

ج2- تقدير المنفعة الموصى بها في بعض القوانين العربية:

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا العنصر أي كيفية تقدير المنفعة الموصى بها، لذا سنتناول كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في قانون الوصية المصري، فقد بين المشرع المصري في المادة 62 من قانون الوصية كيفية تقديرها والتي يتضح لنا من خلالها أنه يميز بين حالتين:

- إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها، وكانت الوصية مؤبدة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد عن عشرة سنين، قدرت المنفعة باعتبار قيمة العين.

¹- علاء الدين الكاساني الحنفي، ج10، مرجع سابق، ص 523.

- إذا كانت الوصية بالمنافع مؤقتة لمدة لا تزيد عن عشرة سنين، فالعبرة بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة.

د- انتهاء الوصية بالمنفعة:

د-1- انتهاء الوصية بالمنفعة في الفقه الإسلامي:

تنتهي الوصية بالمنفعة بالنسبة لجمهور الفقهاء وفقا لإحدى الحالات التالية:

- وفاة الموصى له المعين قبل بدء المدة المحددة للانتفاع، وذلك لعدم وجود المستحق عند وقت الاستحقاق، وإذا مات الموصى له المعين أثناء المدة المحددة للانتفاع، بطلت وصيته في المدة الباقية.

- انقضاء مدة الانتفاع في الوصية المعينة المدة قبل موت الموصي، لأن فوات المدة قبل الاستيفاء أشبه بهلاك العين فتبطل الوصية.

- إذا حكم باستحقاق العين الموصى بمنفعتها لغير الموصي، بأن ثبت أنها لم تكن مملوكة للموصي لأن الوصية بملك الغير لا تجوز.

- إذا تنازل الموصى له بالمنفعة عن حقه في الانتفاع لورثة الموصي سواء كان هذا التنازل بعوض أو بدون عوض، لأن الحق لا يبقى بعد إسقاطه.

- شراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها، فإن كان الشراء قبل بداية استحقاقه للمنفعة بطلت الوصية، وإن كان أثناء استحقاقه بطلت فيما بقي¹.

د-2- انتهاء الوصية بالمنافع في بعض القوانين العربية:

▪ موقف المشرع الجزائري:

تنتهي الوصية بالمنفعة وفقا لقانون الأسرة الجزائري بوفاة الموصى له، وذلك عملا بأحكام المادة 196 (ق أ ج)، التي نصت على أنه الوصية بمنفعة غير محدودة المدة أي المؤبدة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري، و هذا النص إلا تطبقا للقواعد العامة، التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء أجل الانتفاع المحدد وذلك وفقا لنص المادة 852 من (ق م ج)².

¹- علاء الدين الكاساني الحنفي، ج 7، مرجع سابق، ص 353.

²- المادة 852 من (ق م ج) تنص على ما يلي: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتفع على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين..."

كما بين لنا المشرع كيفية انتهاء الوصية بالمنفعة إذ تتحول إلى عمرى، هذه العبارة الأخيرة قد استنبطها المشرع من الفقه الإسلامي، فهو مصطلح يعبر عن نوع من التبرعات المقيدة بحياة الشخص، كأن يقول الموصي "أعمرك داري"، وبذلك تكون المنفعة تحت يد الموصى له طيلة مدة حياته، فإن مات عادت المنفعة إلى ورثة الموصي:

بناء على ما ورد في المادة 196 (ق أ ج) نلاحظ أن هذه المادة جاءت ناقصة من الناحية الموضوعية، إذ من المستحسن على المشرع الجزائري لو نص على إمكانية استمرار الوصية مع ورثة الموصى له بعد وفاته لتحقيق المصلحة التي يكون الموصي قصدها، وربما كانت الوصية له بسبب حاجته كأن تكون الوصية بالمنفعة لأرملة لها أولاد ضعفاء، فالمصلحة تقضي استمرار الوصية لهم ولا تنتهي بوفاة الموصى له¹.

عليه نؤيد الاقتراح الذي قدمه الأستاذ بن شيوخ الرشيد، وهو تعديل المادة 196 من (ق أ ج) فيرد على النحو التالي: "الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له، ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية، وفي حالة انتهائها تعود المنفعة لورثة الموصي"².

▪ موقف المشرع المصري:

نص المشرع المصري بصريح العبارة على الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الوصية بالمنفعة ويظهر ذلك جليا في المادة 59 من قانون الوصية، والتي تنص على أنه: "تسقط الوصية بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها، أو بشراء الموصى له العين التي أوصى لها بمنفعتها، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين".

المطلب الثاني

مبطلات الوصية

من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية لمقوماته وشروطها كانت صحيحة، فإن مات مصرا عليها ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له نفذت ورتبت عليها آثارها، فإذا لم تتحقق هذه الشروط أو بعضها فإن الوصية تبطل.

¹- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 76.

²- أنظر بن شيوخ الرشيد، مرجع سابق، ص 46.

وتبطل الوصية بأمر كثيرة بعضها بسبب الموصي (الفرع الأول) وبعضها بسبب الموصى له (الفرع الثاني) وبعضها بسبب الموصى به (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبطلات الوصية من ناحية الموصي

لقد تعددت مبطلات الوصية من طرف الموصي وهذا من خلال الرجوع عن وصيته، وزوال أهلية بالإضافة إلى رده عن الإسلام بعد الوصية وسنتناول هذه المبطلات بالتفصيل.

أولاً: رجوع الموصي عن الوصية:

باعتبار الوصية تصرف يتم بالإرادة المنفردة للموصي ولا يتوقف صحتها على قبول الموصى له كونه يكون وقت وفاة الموصي وليس قبل ذلك، فيحق للموصي ما دام على قيد الحياة أن يرجع في وصيته كيفما شاء وقت ما شاء. وسأعرض مسألة رجوع الموصي عن وصيته في شقين: كيفية الرجوع في الوصية، وحكم الرجوع فيها.

أ- كيفية الرجوع في الوصية:

قبل التطرق إلى الرجوع في الوصية يجب أن نعلم أنه يسري على الرجوع في الوصية ما يسري على الرجوع في الهبة فيما يخص الرجوع وطبيعته القانونية فلا داعي من إعادة ذكرها في هذا الفصل¹.
قد نصت المادة 192 من (ق أ ج) على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً... نستخلص من خلال هذا النص أنّ الوصية تصرف انفرادي غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيها إما صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يفهم منه الرجوع فيها، ونتناول ذلك فيما يلي:

أ-1- الرجوع الصريح في الوصية:

إذا أفصح الموصي قيد حياته أنه رجع في وصيته فيعتبر ذلك رجوعاً صريحاً في الوصية²، ولا يشترط في الرجوع صيغة معينة، فقد يتحقق بكل لفظ صريح يدل على إعراض الموصي عن وصية لغة أو عرفاً³، فالرجوع عن الوصية عرفاً دلالة تكون مثلاً كأن تحصل خصومة بين الموصي والموصى له

¹ - راجع الصفحة 97 وما بعدها من هذه الدراسة.

² - G- DEMOLOMRRE : Traité des donations entre vifs et des testaments, T5, imprimerie générale, Paris, 1876, p106.

بعد إبرام الوصية، فيقول الموصي لمن أوصى له "لا أقدم لك معروفا أبدا". فهذا القول يعتبر رجوعا بحسب عرف الناس.

يتم الرجوع الصريح في الوصية شفاهة كقول الموصي "رجعت في وصيتي" أو "أبطلتها" ونحوه من الألفاظ الصريحة الدالة دلالة قاطعة على إرادة الرجوع، كما قد يتم بخطاب أو إنذار رسمي يوجه إلى الموصي له يخبره فيه أنه قد رجع عن وصيته.

من خلال نص المادة 192 (ق.أ.ج) يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري قد خوّل للموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا، لكنه قد قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية والمتعلقة بشكلها، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والرجوع القولي من جانب الموصي ولو كان بألفاظ صريحة. إلا أنه لا يعتد به لسماع الإدعاء به إلا إذا تم بنفس الشكل الذي أفرغت فيه الوصية¹، فلا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أي أثر إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق أو عن طريق استصدار حاكم قضائي من المحكمة المختصة يقضي بالرجوع في الوصية.

بذلك متى أراد الموصي الرجوع في وصيته فله أن يتوجه إلى الموثق الذي حرّر له الوصية أو أي موثق آخر ليلتمس منه تحرير عقد الرجوع في الوصية بإرادة المنفردة دون اشتراط قبول الموصي له، ومن دون تسبب طلبه، ويتم ذلك بحضور شاهدين عدل وإتباع الإجراءات المقررة قانونا لذلك، ويترتب عن ذلك عودة الموصي به إلى ملك الموصي من جديد².

نعرف أن الحكم القضائي يعد من وسائل إثبات الوصية لهذا يمكن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار الموصي هذا الطريق.

أ-2- الرجوع الضمني:

يتحقق الرجوع الضمني في الوصية بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به، يصدر من الموصي بعد إبرامه الوصية ويكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عن وصيته³ مثلما تقتضي المادة 192 من (ق أ ج).

¹ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 229.

² - مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 144.

فالرجوع الضمني هو أن يفعل في الموصي به فعلا يستدل به على الرجوع عن الوصية، فيتم بكل تصرف صريح يخرج المال الموصى به عن ملك الموصي أو أن يرتب حقا عليه يتنافى مع حق الموصى له، كأن يبيع العين الموصى بها أو يهبها أو يتصرف بها بكل تصرف ناقل للملكية، فيعد ذلك رجوعا عن الوصية لأن في ذلك نقل الملك وإزالته عن الموصي، فيكون منافيا لبقاء الوصية.

أو يتم بكل تصرف فعلي يفيد الرجوع كأن يتصرف في الموصى به تصرفا يهلك العين الموصى بها، كدبح الشاة الموصى بها أو بهدم الدار التي أوصى بمنفعتها، فهذه الأفعال دلالة على الرجوع عن الوصية، والدلالة إذا كانت قوية تقوم مقام التصريح¹.

يعتبر التصرف الذي يزيل ملك المال الموصى به عن الموصي رجوعا ضمنا في الوصية دون الحاجة إلى إثبات ذلك بقرينة مادية تدل عليه سواء كان هذا الذي يزيل الملك بعوض، أو بغير عوض و سواء عاد ملك الموصي على الشيء الموصى به بعد ذلك أو لم يعد²، لأن ذلك يعد قرينة قاطعة على الرجوع، وبالرجوع تبطل الوصية وقد تعددت صور التصرفات التي يقدم عليها الموصي والتي تدل على الرجوع في وصيته ضمنا، فإذا مثلا باشر إجراءات بيع العين الموصى بها بنفسه أو بوكيله فإن هذا البيع يدل على إرادة الموصي في الرجوع عن وصيته حتى ولو أبطل عقد البيع بعد ذلك لأي سبب من الأسباب وعادت الملكية إلى الموصي. فالوصية تفيد تملكها للموصى له بعد الوفاة أما البيع يفيد تملك المشتري للعين في الحال، فهما تملكان أحدهما ناجز والآخر مؤجل إلى ما بعد الموت، وبالتالي تكون الوصية باطلة³، فالتصرف الذي يقوم به الموصي في الشيء الموصى به يخرج عن ملكه سواء بعوض أو بغير عوض، ويعدّ في حدّ ذاته على نية الرجوع في الوصية، فلا يعود الشيء الموصى به إلى الموصى له إلا بإيجاب جديد.

يعتبر وقف الموصي للموصى به تصرفا دالا على الرجوع في الوصية حتى ولو كان مؤقتا. فالإقدام على الوقف قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية حتى وإن رجع الموصي عن وقفه بعد ذلك لأن الوصية تبطل بالرجوع.

فكل فعل أو تصرف قانوني يقوم به الموصي على العين الموصى بها لا يدل بقرينة أو عرف على انه عدول عن الوصية لم يعتبر رجوعا⁴، وتجدر الملاحظة أنه طبقا للمادة 193 من (ق أ ج) فإن

1 - نقلا عن محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص ص 153-154.

2 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 210.

3 - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 232.

4 - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص 233.

رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية، إلا أنه عملياً قد يؤدي الرهن إلى الحجز على الموصى به وبيعه بالمزاد العلني، ففي هذه الحالة يكون مصدر الوصية كما لو هلك الشيء الموصى به كلياً، فتبطل نفوات محلها الذي كانت متعلقة به، وهذا ما سنتطرق إليه فيما بعد في هذه الدراسة الوصية صحيحة في البعض المتبقي، أما إذا هلك بعضها وبقي البعض.

إذا أوصى الموصي بمال معين ثم أوصى به لشخص ثان فلا يعد ذلك رجوعاً ضمناً بل يكون الموصى به مشتركاً بينهما، وذلك وفقاً لنص المادة 194 (ق أ ج) المذكورة سابقاً¹.

الرجوع الضمني لا يحتاج ما يحتاجه الرجوع الصريح فيما يخص إثبات هذا الأخير بعد وفاة الموصي، وذلك راجع إلى أنه يعتبر من قبيل الوقائع المادية التي يمكن للشخص أن يثبتها بكل وسائل الإثبات ولأنها واضحة جلية، وتصرف الموصي في المال الموصى به ضمناً غالباً ما يخرج العين عن ملك الموصي، فلا يمكن تنفيذ الوصية فيها لانعدام المحل، وبذلك لا يحتاج الرجوع الضمني إلى إثبات. هناك تصرفات لا تعد بذاتها رجوعاً عن الوصية وأخرى يقوم بها الموصي في كونها تدل على الرجوع، ولقد نص المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة على نوعين من التصرفات التي لا تعتبر بذاتها رجوعاً عن الوصية: وهي رهن الشيء الموصى به، والتصرف في الموصى به لشخص ثان، وفيما عدا هذين التصرفين فقد سكت المشرع عن حكم باقي التصرفات الأخرى والتي كانت محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في كونها تدل على الرجوع من عدمه.

1- ما لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

هو ما كانت الدلالة على الرجوع ضعيفة كإحداث تغيير في صفة الموصى به، وهي رهن الموصى به، والتصرف فيه لموصى له ثان.

1-1- رهن الموصي الموصى به بعد إبرامه الوصية:

اختلف الفقهاء في اعتبار رهن الموصى به رجوعاً في الوصية، فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا يعد رجوعاً لأنه لا يزيل الملك وهو أشبه بالاستخدام²، أما الحنابلة والشافعية فقد ذهبوا إلى اعتباره رجوعاً لأنه أشبه بالبيع، وأن الوصية تنقل الملك بعد الموت والقابلية للملك غير موجودة فيما رهنه.

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 62.

² - علاء الدين الكاساني الحنفي، ج 7، مرجع سابق، ص 379.

قد نص المشرع الجزائري في المادة 193 من (ق أ ج) على ما يلي: "رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية"، فإذا رهن الموصي قيد حياته الشيء الموصى به للغير فإنه تصرف هذا لا يعتبر رجوعاً في الوصية، إلا أن الرهن عقد خطير، فقد يحدث وأن يؤدي إلى الحجز على الشيء الموصى به وبيعه بالمزاد العلني إذا عجز الموصي عن الوفاء بدينه فيكون مصير الوصية كما لو هلك الشيء الموصى به كلية، فتبطل الوصية عندئذ لهلاك محلها الذي كانت متعلقة به.

إلا أنه ما كان على المشرع إخراج رهن الموصى به من التصرفات التي ما لا تعد رجوعاً في الوصية، لأن الرهن وإن لم ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الغير إلا أنه يعتبر تصرفاً قانونياً يدل دلالة واضحة على أن الموصي أراد الرجوع فيما أوصى به للموصى له¹.

1-2- تصرف الموصي في الموصى به لشخصين:

بالرجوع إلى نص المادتين 194 و195 من (ق أ ج) يتضح أنه إذا أوصى بمال معين إلى شخص معين ثم أوصى لشخص ثان بنفس المال، فلا يعد ذلك رجوعاً ضمناً عن الوصية من جانب الموصي بل يكون الموصى به مشتركاً فيما بينهما، وقد أعطى المشرع لهذا التصرف حكم التصرف بالوصية لشخصين في وقت واحد، وبنفس الشيء الموصى به لاحتتمال إرادة الموصي عمدت إلى التشريك بينهما.

إذا أوصى الموصي لشخصين معينين دون تحديد نصيب كل منهما أثناء إبرام الوصية ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفات الموصي كان الشيء الموصى به كله للحي منهما، فإن حدّد الموصي ما يستحقه كلّ منهما فليس للحي أن يستحق إلا ما حدّد له.

2- ما يعتبر رجوعاً في الوصية:

فيما عدا الحالتين التي تم ذكرهما أعلاه والتي نص المشرع الجزائري صراحة على عدم اعتبارهما رجوعاً في الوصية يعتبر كل تصرف يقوم به الموصي على الموصى به رجوعاً، وذلك إذا دلت القرينة والعرف على اعتباره كذلك، وسنتناول هذه التصرف كالاتي:

¹ - نقلا عن شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص ص 235-236.

2-1- جحود الوصية:

جحود الوصية هو إنكار الموصي صدور الوصية عنه أصلاً، أي إنكار حصولها في الماضي كان يقول الموصي عند عرض الوصية "لا أعرف هذه الوصية" أو "لم أوصي بشيء".

اختلف الفقهاء في حكم الوصية بعد جحود الموصي على قولين:

■ ذهب فريق منهم إلى اعتبار الجحود الصادر من الموصي رجوعاً تبطل به الوصية، وإلى ذلك ذهب كل من الحنابلة والشافعية على أساس أنّ الجحود هو نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر والمستقبل فأولى أن يكون رجوعاً، فإنكار الموصي لما أوصى به فيه دلالة واضحة على عدم رضاه عن إيصال الموصى به إلى الموصى له.

■ ذهب فريق آخر إلى أنه من جحد الوصية فإنها لا تبطل لأنه لا يعد رجوعاً عنها، وإلى هذا القول ذهب بعض من الشافعية والحنابلة والحنفية وحبّتهم في ذلك أنّ الوصية عقد لا يتصل بالجحود كسائر العقود¹، فتبقى الوصية كما هي صحيحة لأنّ حقيقة الرجوع هو إقرار بوجود الوصية في الماضي وإبطال لها في الحاضر والمستقبل تغاير حقيقة الجحود التي هي نفي لوجود الوصية في الماضي، فلا ينوب أحدهما عن الآخر، فإذا قال هذا الأخير لم أوصى بشيء فهو صادق في قوله أنه لم يوجد للموصى له الوصية بعد، وبالتالي لا يكون رجوعاً².

والرأي الراجح في جحود الوصية هو القول الأول أي من جحد الوصية فهي باطلة، فبذلك الجحود عنها يعد رجوعاً، إلا إذا كانت هناك قرائن قوية ودلائل تدل على أنه لم يرد إبطال الوصية³، فإنكار الموصي لوجود الوصية مطلقاً دليل واضح بأنّ صاحبها لا يريد تنفيذها.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد أخذ بالرأي الثاني وإن لم ينص على ذلك صراحة بنص خاص، فلم يعتبر جحود الموصي للوصية رجوعاً فيها إلا إذا دلت القرينة والعرف على أنه قصد به الرجوع، وهذا إعمالاً لمبدأ العام المصرح به في المادة 192 من (ق أ ج).

2-2- تغيير اسم الموصى به:

أتفق جمهور الفقهاء على أنّ تصرف الموصي في الشيء الموصى به تصرفاً يغير من اسمه كأن يوصي الشخص لشخص آخر بحنطة من القمح فيطحنها، أو بقماش فيفصله يعد ذلك رجوعاً في

1 - علاء الدين الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص 238.

2 - شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 238.

3 - أنظر: محمد علي محمود يحي، مرجع سابق، ص 158.

الوصية، لأنه يكون ذلك تغيير الموصى به في المعنى¹ حيث تبدلت حقيقته وصارت في عرف الناس شيئاً آخر، وبهذا أخذ المشرع الجزائري.

2-3- إحداث زيادة في الغير الموصى بها:

لا يعتبر رجوعاً خلط الموصى به بغيره من جنسه أو من غير جنسه على وجه يمكن تمييزه، لأن ذلك لا يمنع من تسليمه إلى الموصى له بعد وفاة الموصي لإمكانية فصله عما قد اختلط به، وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان لا يمكن تمييز الموصى به عن غيره مثل أن يخلط طحين ذرة بطحين القمح الموصى به ومدى اعتباره رجوعاً في الوصية إلى قولين:

■ يذهب كل من الشافعية والحنفية والحنابلة إلى اعتبار إحداث الزيادة في العين الموصى بها من طرف الموصي بعد صدور الوصية رجوعاً فيها لأن العين الموصى بها اختلطت بما ليس موصى به على نحو يحول دون تسليمها بدونه لتعذر التمييز بينهما، ولأن من يريد تنفيذ وصيته لا يصح عرافيل في طريق الموصى له.

■ أما الفريق الثاني المتمثل في المالكية فيذهب إلى أن تصرف الموصي في الموصى به على نحو يعير منه فيزيد فيه لا يعتبر رجوعاً في الوصية إلا إذا وجدت قرينة تدل على إرادة الرجوع من قبل الموصي ويكون الموصى به بزيادته للموصى له، وحجتهم في ذلك أنها تصرفات لم تعد العين الموصى بها وإنما هي لا تزال باقية رغم اختلاطها بغيرها.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد أخذ بالرأي الثاني فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً في الوصية، لأن المبدأ العام المنصوص عليه بشأن الرجوع يقتضي وجود قرينة خارجية أو عرف متداول بين الناس يدل على أن الموصي قصد به الرجوع².

2-4- ردّ الوصية:

إذا ردّ الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله لها وبعد وفاة الموصي، فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، لأنه سقط حقه في تملك الموصى به بعد ثبوت هذا الحق، كما أنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث المفروض بمقتضى نص الشارع الحكيم.

¹ - محمد كمال إمام الدين، مرجع سابق، ص 128.

² - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 240-241.

أما إذا ردّ الموصى له الوصية قبل موت الموصي فلا عبرة بالردّ كأن الرد لم يكن أصلا ولا عبرة به عند جمهور الفقهاء¹، ذلك أنّ الوصية لم تقع بعد ولا حق الموصى له في حياة الموصي فلا يصح رده، وبهذا يجوز للموصي له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي، وستوسع في هذا العنصر في موضع آخر من هذه الدراسة

ت- حكم الرجوع في الوصية:

سنبين حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي، ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك.

ب-1- حكم الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي بين مجيز وبين مانع.

1- الوصية عقد جائز يجوز للموصي الرجوع فيه:

يجوز للموصي بعد إبرام الوصية أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن الوصية عندهم عقد غير لازم لذلك يجوز الرجوع فيه وحجهم في ذلك:

- أنّ الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت تنجز بالموت، فيجوز إذن للموصي الرجوع فيها قبل نفاذها كالهبة قبل القبض.

- أنّ الوصية منزلة الوعد، والوعد كما هو معلوم لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط، وعليه يجوز للموصي الرجوع في وصيته.

2- الوصية عقد لازم لا يجوز للموصي الرجوع فيه:

فيرى الظاهرين أنّ للموصي جميع ما أوصى به ما دام حيا إلا الوصية بالعنق فلا رجوع فيها إذا ما كانت الرقبة الموصى بها مملوكة للموصي، أما إذا كانت غير مملوكة له حين الوصية فله الرجوع فيها².

ب-2- حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري:

الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي وإنّ له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها وفي أي وقت شاء، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 192 من (ق أ ج)، فبقراءة نص هذه المادة يظهر

¹ - شمس الدين الدسوقي، مرجع سابق، ص 424.

- علاء الدين الكاساني الحنفي، ج7، مرجع سابق، ص 324.

² - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص ص 244-245.

جلياً أنّ المشرع اعتبر الوصية تصرفاً تبرعاً غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة ويكون ذلك صراحة أو ضمناً، وبالنتيجة يعود الشيء الموصى به إلى تركة الموصي ويصبح حقاً لورثته. والسبب الذي دفع المشرع إلى اعتبار الوصية تصرفاً جائزاً غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر عن جانب الموصي وحده، ولأنها تصرف لا يثبت حكمه إلاّ بعد وفاة الموصي، فللموصي الحرية الكاملة في الاختيار بين المضي والإصرار على إبقاء الوصية أو الرجوع فيها.

قد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأً في تطبيق القانون"¹

ثانياً: جنون الموصي:

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق ونحوه كالعته سواء اتصل ذلك بالموت أو لم يتصل، لأنّ الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بمعنى أن الموصي المجنون غير أهل لإنشاء الوصية، لأن قوله غير ملزم، فعندما يطرأ الجنون المطبق كان ذلك مبطلاً لوصيته، وإذا كان الجنون غير مطبق بمعنى أنه غير مزيل للعقل فذلك لا يبطل الوصية².

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقاً أو لا، لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد، أو التصرف³، وهو ما يستفاد من أحكام قانون الأسرة الجزائرية الذي اشترط سلامة العقل عند الانعقاد فقط في المادة 186 من (ق أ ج) أخذ بالمذهب المالكي.

ثالثاً: ردّة الموصي عن الإسلام بعد الوصية:

تبطل وصية من رد عن الإسلام بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح، فمن مات وهو على رده أو قتل و لحق بدار الحرب فإنّ وصيته تبطل، وهذا ربما لحماية حقوق أطراف الأسرة كوجود من يتدينون بدينات أخرى غير الدين الإسلامي، فردة الرجل موجودة لزوال ملكه من أمواله، لكنه زوال موقوف حتى يتقرر مصيره، فإذا عاد إلى الإسلام عاد ملكه إلى ما كان عليه من قبل، وإن مات على رده أو قتل و لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردّة، فتبطل تصرفاته التي صدرت من بعد

¹ - قرار المحكمة العليا ملف رقم 54727 الصادر في 1990/01/24، م ق، العدد 4، 1990، ص 85.

² - محمد علي محمود يحي، مرجع سابق، ص 159

³ - محمد علي محمود يحي، مرجع نفسه، 159.

الرّدة وتبطل وصيته السابقة عليه لعدم بقاء الموصى به على ملكه لحين الموت وهو وقت ابتداء ملك الموصى له.

لم يتعرض المشرع الجزائري للرّدة وذلك راجع ربما لقلة وقوعها في الوقت الحاضر، أو عملا بعهد الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد، كما أنه المادة 200 من (ق أ ج) قضت صحة الوصية مع اختلاف الدّين، فأجازها بذلك بين مختلفي الدّيانة.

الفرع الثاني

مبطلات الوصية من جهة الموصى له

سنعرض في هذا الفرع الأسباب التي تبطل الوصية من طرف الموصى له، وهذا من حيث موت الموصى له قبل الموصي، وقتل الموصى له الموصي، كذلك رد الموصى له الوصية.

أولاً: موت الموصى له قبل الموصي

تبطل الوصية إذا مات الموصى له قبل موت الموصي، سواء إذا كان الموصى به أعيانا أو منافع، وسوء علم الموصي بموته أو لم يعلم، لأنه صار غير أهل للتمليك بالموت ولا يصح صرفه إلى غيره، وكذلك تبطل الوصية إذا مات بعد موت الموصي وقبل بدء مدّة الانتفاع في الوصية بالمنفعة، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم في المادة 201 من (ق أ ج)¹.

ثانياً: ردّ الموصى له الوصية

سبق وأشرنا بأن القبول هو تأكيد حق الموصى له في الوصية، كما أن رده لها يعد من مبطلات الوصية شريطة أن يكون الرّد بعد وفاة الموصي²، إذا ردّ الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله لها وبعد وفاة الموصي، فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، وذلك أنّ لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث المفروض بمقتضى نص الشرع الحكيم.

أمّا إذا رد الموصى له الوصية قبل موت الموصي فيعتبر الرّد لم يكن ولا عبرة به عند جمهور الفقهاء، ذلك أن الوصية لم تقع بعد ولا حق للموصى له في حياة الموصي، فلا يصح إذن رده وبالتالي يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي.

¹ - تنص المادة 201 من (ق أ ج) على ما يلي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردّها"
² - بن شيوخ الرشيد، مرجع سابق، ص 33.

أمّا إذا رد الموصى له الوصية بعد قبول الصحيح لها وبعد وفاة الموصي فإنّ أقوال الفقهاء قد اختلفت حول حكم هذا الرّد إلى فريقين:

- ذهب الحنفية إلى أنّ رد الموصى له الوصية بعد قبوله وبعد وفاة الموصي يعتبر رجوعا عنها ويترتب عنه بطلان الوصية، ومن ثم يعاد الموصى به إلى التركة فيصير ميراثا للورثة، ولكن شريطة قبول كل الورثة أو أحدهم لهذا الرّد سواء كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا، وعليه إذا امتنع الورثة فإنّ الرّد لا يجوز.
- ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن رد الموصى له الوصية بعد قبولها إمّا أن يكون قبل قبض الشيء الموصى به أو بعده، فإن كان بعد القبض فإنه لا يصح إلّا على أنه هبة قبلها الورثة وقبضوها لأن المال الموصى به أصبح بعد قبول الوصية وقبضها ملكا للموصى له، وثم يكون رده له بعد ذلك كردّه لسائر ماله، وهذا لا يجوز إلّا إذا كان بسبب ناقل للملكية كالهبة فيراعي بذلك شروطها¹.

أمّا إذا وقع الرّد قبل قبض الموصى له للشيء الموصى به ففيه قولان: أحدهما يرى صحة الرّد لأن الملكية في الوصية لا تثبت ولا تستقر إلّا بالقبض ولم يحصل ذلك، وثانيهما يرى عدم صحة الرّد لأنّ الوصية تملك بالقبول بعد الموت ملكا تاما للموصى له سواء قبضت من قبل الموصى له أو لم تقبض².

لقد نصّ المشرع الجزائري في هذا الصدد في المادة 201 من (ق أ ج) بأنّ رد الموصى له للوصية يعتبر مبطلا لها شريطة أن يكون الرّد بعد وفاة الموصي.

إذا تعدد الموصى لهم في الوصية الواحدة فقبل بعضهم الوصية وردها البعض الآخر، نفذت الوصية في حق من قبلها وبطلت في حق من رفضها وردها على أنه إذا توفي الموصى له قبل رد الوصية انتقل حقه في الرّد إلى الورثة طبقا للمادة 198 (ق أ ج) والتي جاء فيها: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرّد"

ثالثا: قتل الموصى له الموصي

اختلف الفقهاء في حكم الوصية للقاتل على أربعة أقوال:

¹ - شيخ نسيمية، مرجع نفسه، ص ص241- 242.

² - أحمد فراج حسن، مرجع سابق، ص 65

■ يرى كل من الشافعية وبعض الحنابلة أنّ الوصية لا تصح للقائل مطلقاً سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها، وسواء كان القتل عمداً أو خطأً، وسواء أوصى قبل القتل أو بعده لأن الوصية إنّما تقع بعد الموت، لأن القتل يمنع صحة الوصية ابتداءً واستمراراً، ولأن القتل يمنع الميراث فيمنع الوصية معاملة له بنقيض قصده، والقتل مانع من صحة الوصية لحق الشرع سواء أجاز الورثة أولاً، كما أنه الغرض من الوصية هو زيادة الصلة بين الموصي والموصى له، ولأن في حرمان القائل سد للتذرع بالقتل إلى الحصول على الموصى به¹.

■ يرى أبو حنيفة أن القتل يمنع من الوصية للقائل إلا إذا أجازها الورثة، لأن الامتناع من الجواز كان لحق الورثة كونهم يتأذون بوضع الوصية للقائل، والوصية للوارث تجوز بإجازة الوارث لها وقتل الموصى له الموصي كالوارث، والمنع هو حق للورثة.

■ يرى المالكية وبعض من الشافعية والحنابلة أن الوصية صحيحة للقائل مطلقاً سواء كان القتل عمداً أو خطأً، لأنّ الوصية تملك يفتقر إلى القبول، فلم يمنع منه القتل، وكذلك الوصية تجوز لغير مسلم، فأولى أن تجوز للقائل، لأن القتل أهون من الكفر².

■ يرى بعض المالكية والحنابلة أن الموصي إذا علم بأنّ فلان هو الذي ضربه ثم أوصى له أو كان قد أوصى له ولم يغير وصيته مع علمه صحة الوصية، لأن إذا لم يعلم الموصي الضارب له إمّا لموته بسبب الضربة أو أنه لم يعلم بضاربه ثم أوصى له فتبطل الوصية في هذه الحالة لأن الموصي لو علم أنّ الذي أوصى له هو ضاربه قد لا يوصى له، لأن من عادة الإنسان أنه لا يحسن لمن أساء إليه³.

بعد عرض لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية أرى أنّ الرّاجح هو القول الأول وهو القول ببطلان الوصية للقائل مطلقاً، سواء أكان القتل عمداً أو خطأً، لما فيه ردع لمن تسول له نفسه بالقتل، ولما فيه حماية للأرواح.

1 - علاء الدّين الكاساني الحنفي، ج7، مرجع سابق، ص 340.

2 - علاء الدّين الكاساني الحنفي، ج7، مرجع نفسه، ص 340.

3 - شمس الدّين الدّسوقي، ج4، مرجع سابق، ص 426.

2- الاستحقاق هو أن يدعي الشخص ملكية الموصى به، ويثبت ذلك ويحكم له بذلك فيظهر أنه كان مستحق للموصى به فيكون الموصي قد أوصى بما لا يملكه، والوصية بملك الغير باطلة

فبعدّ القتل من مبطلات الوصية، فمن قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلا أصليا أم شريكا يحرم من الوصية قياسا على أحكام الميراث شريطة أن يكون القتل عمدا، وهذا تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول من "استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بالحرمان منه".

قد نصّ المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 182 من (ق أ ج) التي تنص على ما يلي:
"لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"

الفرع الثالث

مبطلات الوصية من ناحية الموصى به

الموصى به هو محل الوصية أو موضوعها، توجد بها أسباب أو ضوابط فإذا انعكست بالسلب تصبح هذه العين في دائرة البطلان ومن هذه الأسباب في إبطال محل الوصية نجد هلاك الموصى به أو استحقاقه إذا كان عينا، أو مالا، أو سهما شائعا في نوع معين.

أولا: هلاك الموصى به إذا كان عينا أو استحقاقه

إذا كانت الوصية عين بذاتها كما لو أوصى الموصي بسيارة فهلكت بأن احترقت مثلا أو استحققت، بطلت الوصية لزوال محلها بإهلاك أو الاستحقاق، ولا فرق في الهلاك بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها، أو قبل تمام الوصية أو بعد تمامها، لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصي قد أوصى بما لا يملك، والوصية بلا يملكه الموصي باطلة.

إذا اقتصر الهلاك أو الاستحقاق على بعض العين بطلت فيما هلك أو استحق، وكان للموصى له بما بقي منها إن خرج من ثلث التركة، وإن لم يخرج من الثلث استحق قدره¹.

ثانيا: هلاك الموصى به أو استحقاقه إذا كان نوعا من المال

إذا كانت الوصية بنوع من المال فإن كان يوجد عنده هذا النوع حين إنشاء الوصية تعلقت بالموجود منه حتى لو هلك ما عنده أو استحق، وبطلت الوصية لفوات محلها، وإذا اكتسب شيئا من ذلك قبل وفاته لا تعود الوصية صحيحة لأن الباطل لا ينقلب صحيحا.

¹ - أحمد فراج حسن، مرجع سابق، ص 188.

ثالثاً: هلاك الموصى به أو استحقاقه إذا كان سهما شائعا في نوع معين

إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع معين كالوصية بثلث أرضه فإن كان يوصى بأراضي تعلقت الوصية بها حتى لو هلكت أو استحققت بطلت الوصية، ولو ملك غيرها بعد الهلاك¹.

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة أي حالة هلاك الموصى به²، ونجد هذه الحالة قد نص عليها في القانون المصري وهذا من خلال نص المادة 47 من قانون الوصية³

1 - أحمد فراج حسن، مرجع نفسه، ص 189.

2 - بن شيوخ الرشيد، مرجع سابق، ص 34.

3 - تنص المادة 47 من قانون الوصية المصري على ما يلي: "إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به، أو استحق فلا شيء للموصى له، وإذا هلك بعض أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه وأن كان يخرج من ثلث التركة، وإلا كان له بقدر الثلث".

الفصل الثاني

الوقف

الأصل في المال أنه قابل للتداول بمختلف التصرفات والمعاملات كالبيع والهبة... إلخ، غير أن هناك نوع من الأموال على سبيل الاستثناء لا يجوز التصرف في أصلها الذي يخرج عن دائرة التعامل الناقل للملكية، فيظل محبوبسا أو موقوفا على شخص أو أشخاص معنوية يستفيدون من ريعه دون أن يكون لهم حق التصرف في أصله إلا بمقدار ما يبقى هذا الأصل وينمي ريعه.

قد أطلق الفقه الشرعي والقانوني على هذه الوضعية الاستثنائية للمال غير القابل للتصرف في أصله اسم "الوقف أو الحبس" بضم الحاء وسكون الباء، وبذلك فالوقف سنة إسلامية أصلية حرص المسلمون على تطبيقها منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث وقف الكثير منهم عقارات وأراضي خصص ريعها لأعمال الخير والبر، وإيجاد مصادر دائمة للإنفاق على المصالح العامة في المجتمع.

وتجدر الإشارة إلى أن مؤسسة الوقف هي الأسبق إلى الوجود من المؤسسات الخيرية الأخرى هذه الأخيرة التي نشأت من ثقافة المجتمع التي تسود وتغلب فيه روح الإخاء والتعاون الجماعي على النزعة الفردية، بغض النظر عن اعتناق ذلك المجتمع لدين معين أم لا.

بخلاف مؤسسة الوقف التي تزيد عن تلك الأغراض المجتمعية النبيلة بالجانب الروحي الذي يجعل الوقت قربة الله تعالى قبل أن يكون عملا خيريا محضا.

فحقيقة الوقف كنظام مالي متميز يرمز إلى الوجود من خلال إنشائه كمؤسسة مستقلة ذات وجود دائم. حدد الفقه الإسلامي معالمه وأسهب في تنظيم جزئياته المستمدة من الشريعة الإسلامية حفاظا على غايته السامية والمتمثلة في نيل مرضاة الله تعالى بصرف غلاته في مختلف وجوه البر العامة والخاصة وتحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي إدراكها منه لأهميته. قد أولى المشرع الجزائري الوقف عناية معتبرة وذلك بسن نظام قانوني خاص به في إطار حركة تقنين الوقف¹، التي ترسخت في ظل الدولة الحديثة المتدخلة في صياغة المحددات القانونية للأحكام الوقفية، وهذا ما برز من خلال قانون الأوقاف رقم 91-10

¹- لم تكن الحماية القانونية والانطلاقة الفعلية للوقف لتتم وتتدعم إلا بصدور دستور 1989 الذي نص في مادته على أن الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها، وكذا قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ج ر ج ج عدد 49 لسنة 1990 الذي أكد في المادة 23 منه على استقلالية الملكية الوقفية بتصنيفها ضمن الأصناف القانونية العقارية إلى جانب الملكيتين الخاصة والعامة.

المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف¹ المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001²، والقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002³ الذي ربطه بالشريعة الإسلامية كإطار عام وأحال إليها في غير المنصوص عليه، وكذا المراسيم المطبقة لقانون الأوقاف خاصة المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك⁴.

الناظر في مجال إبرام العقود يجد هناك طائفة من التصرفات تتم بطرف واحد ولا حاجة في تكوينها إلى توافق إرادتين مظهرهم الإيجاب والقبول، أو ما يعرف بالتصرفات من جانب واحد أو التصرف بإرادة منفردة، والوقف هو نوع من أنواع التصرفات من جانب واحد، ولمعرفة مدى كفاية الإرادة في إحداث الوقف كتصرف تبرعي قد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لماهية الوقف، أما المبحث الثاني فيعالج آثار الوقف.

المبحث الأول

ماهية الوقف

بذل الفقهاء المسلمون جهد كبيرا ومتميزا في بناء قواعد الوقف وأحكامه وبيان أغراضه، وبكل تفرعاته وجزئياته، وتنظيمه تنظيما دقيقا وسليما وبشكل يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، فهو من صنع الفقه الإسلامي وتنظيمه، ولا تزال قواعده تستقى منه مباشرة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا ابتداء ومصدرا رسميا له انتهاء وفق ما قرره المادة 02 من قانون الأوقاف 10/91.

إن تعمق الفقهاء واجتهادهم في موضوع الوقف وفروعه جعلت آراءهم تختلف باختلاف مذاهبهم الإسلامية، وتكون بين الراجح والمرجوح حتى في المذهب الواحد، وهذا ما يلحظ عند تناول ماهية الوقف من خلال التطرق إلى مفهومه في مطلب أول، وكذا أنواعه وخصائصه في مطلب ثان وستتناول كل منها تباعا.

¹ - قانون رقم 91-10 مؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج ج عدد 21 لسنة 1991.
² - قانون رقم 01-07 مؤرخ في 22 ماي 2001 معدل ومتمم للقانون رقم 91-10، ج ر ج ج، عدد 29 لسنة 2001.
³ - قانون رقم 02-10 مؤرخ في 14 ديسمبر 2002 معدل ومتمم للقانون رقم 91-10، ج ر ج ج عدد 83 لسنة 2002.
⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 381-98 مؤرخ في 01 ديسمبر 2000 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر ج ج عدد 90 لسنة 1998.

المطلب الأول

مفهوم الوقف

إنه كما سبق ذكره بان الوقف نظام قديم، ففكرة الوقف وجدت أشباها لها في النظم القديمة والشرائع القديمة، لكن في الإسلام وضع النظام في سياق مستقل بقواعده ومصادره، ليحاول المشرع بعد ذلك وضع إطار قانوني يحكم الوقف على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أخذ منها ضمناً، ونص في كثير من الأحيان على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة صراحة فيما لا نص فيه، لذلك نجد أغلب المواد القانونية المنظمة للوقف تمتزج برأي فقهي معين امتزاجاً يصعب فصل رأي المشرع عن رأي الفقه.

لتحديد مفهوم الوقف يجب التطرق إلى التعريفات القانونية الفقهية، كما يجب أن نبحت في أصل فكرة الوقف والفلسفة التي بني عليها بوصفها مؤسسة إسلامية جاءت لتأسيس مبدأ مهم في المجتمع الإسلامي، ألا وهو مبدأ التضامن والعدالة الاجتماعية. فإن ذلك يقتضي تعريفه وإبراز خصائصه وكذا معرفة أنواعه، لذلك سأعرض في هذا المطلب مسألتين هما: تعريف الوقف ومشروعيته (فرع أول) وأنواع الوقف وخصائصه (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف الوقف ومشروعيته

من أجل فهم حقيقة الوقف كنظام مالي متميز بعين أولاً تعريفه وثانياً مدى مشروعيته، واللذان يعتبران مدخلاً أساسياً للموضوع.

أولاً: تعريف الوقف

لتحديد معنى الوقف بدقة لا بدّ من التطرق إلى تعريف اللغوي والاصطلاحي، إذ للوقف عدّة مرادفات منها الحبس، والمنع، والتسبيل لذلك سننطلق إلى تعريفه من الناحية اللغوية في نقطة أولى وفي نقطة ثانية التعريف الاصطلاحي.

أ- الوقف لغة:

-الوقف في اللغة معناه الحبس¹ والمنع والإمساك

¹- الحبس في اللغة مصدر حبس ويطلق على الموضوع وجمعه حبوس (بضم الحاء) ويقال للرجل: محبوس وحبيس، وللجماعة: محبوسون، وللمرأة: حبيسة، أما في الاصطلاح فهو تعريف الشخص صنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى

ويقال وقفت الدار إذا منعته عن التمليك ولا يقال أوقفته لأنها لغة رديئة، فالوقف بهذا الشكل هو الحبس عن التصرف¹، والحبس أو التحبيس هو وصف للوقف.

أمّا من حيث الدلالة اللغوية فيأتي الوقف بمعان مختلفة لفظاً ومتقاربة الدلالة، فيأتي في لغة العرب بمعنى الوعد بالشيء أو التمسك عنه²، أصل واحد بمعنى السكون والثبات، ولفظ الوقف يراد به الشيء الموقوف عادة.

جاء لفظ الوقف في غير هذا المعنى لقوله تعالى: "وقوفهم إنهم مسئولون"³، بمعنى امنعهم عن الانصراف حتى يسألوا.

جاء في هذا المعنى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿... إن شئت حبست أصلها...﴾، وفي حديث الزكاة أن خالدًا جعل أذراعه وأعتاده حبسا في سبيل الله⁴.

والوقف عند النحويين مصدر فعله وقف - يوقف - وقفا وهو جمع أوقاف.

ب- الوقف اصطلاحاً:

سنتناول تحديد المعنى الاصطلاحي للوقف في الشريعة الإسلامية ثم تحديد معناه في القانون.

ب-1- الوقف في الاصطلاح الشرعي:

يلاحظ أنّ تعاريف الفقهاء للوقف هي انعكاس للمذهب الفقهي وخصوصاً في المسائل التي اختلفوا حولها كملكية الوقف والرجوع فيه، ولزومه من عدمه، وسيوضح ذلك من خلال استعراض تعاريفهم للوقف مع الإشارة إلى أنه قد يوجد اختلاف يسير في التعريف داخل المذهب الواحد.

1- المذهب الملكي:

عرفه المالكية بأنه: "حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللّازم بريعتها على جهات البرّ"¹، ويتضح أنّ المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف لكنهم يصنعون التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية مع إلزامه بالتصدق بمنفعتها، ولا يجوز الرجوع فيه².

أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية نقلاً عن: أحمد محمد عبد العظيم الجمل، دور نظام الوقف الإسلامي، دار السلام، مصر، 2007، ص 15.

¹ - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1388هـ، ص 07.

² - أبو الفضل جمال محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، (د س ن)، ص 749.

³ - سورة الصافات، الآية (24).

⁴ - محمد بن إسماعيل الصغاني، سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، لبنان، 2004، ص 638.

فالوقف في المدرسة الفقهية المالكية يتميز عموماً بالأحكام التالية:

- أن الوقف يكون في الأعيان والمنافع.
- يجوز للواقف اشتراط التأقيت.
- أن الوقف لا ينتقل بالميراث إن كان على التأبيد.
- أن الوقف لا يقطع حق الملكية وإنما يقطع حق التصرف فيما أوقف.
- أن الوقف من التصرفات اللازمة بعد انعقاده، فلا يمكن الرجوع فيه³

2- المذهب الحنفي:

عرف الحنفية الوقف بأنه: "حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المال"

هذا التعريف هو تعرف أبي حنيفة ويفيد أنه الوقف لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف ويجوز له التصرف بكل أنواع التصرفات ويصح له الرجوع فيه⁴.

هناك تعريف آخر في هذا المذهب وهو تعريف صاحبي أبي حنيفة بأنه: "حبس المال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبة من الواقف على مصرف مباح موجود ويصرف ريعه على جهة بر وخير، تقرباً إلى الله تعالى"⁵

يفيد هذا التعريف أنه يقطع التصرف في العين الموقوفة وإن الوقف ينقل ملكية العين الموقوفة من ملك الواقف والموقوف عليه إلى ملك الله سبحانه وتعالى⁶.

¹- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 155.

²- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 13.

³- قنفود رمضان، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي -في إطار القانون الموضوعي- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2015، ص 54-55.

⁴- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 153.

⁵- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 55.

⁶- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 160.

3- المذهب الشافعي:

فقد عرف الوقف بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وموجود"، ويفهم من ذلك أن الوقف ينقل ملك العين الموقوفة من ملكية الواقف والموقوف عليهم إلى ملك الله تعالى، ولا يجوز التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات¹.

4- المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة إلى تعريف الوقف أنه: "تحبيس العين وتسبيل المنفعة" فما يترتب على ذلك فهو ما

يلي:

- أن الوقف الصحيح يكون على التأبيد.

- أن الوقف الصحيح يزيل ملكية الوقف للعين الموقوفة.

- الوقف كالعنق يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة².

فمن خلال ما سبق يتضح لنا أن هناك نقاط التقاء واختلاف في الفقهاء في مسألة الوقف حيث نجدها تجمع باستثناء -أبي حنيفة - على أمر واحد وهو أن الوقف حبس العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها.

منع تصرف الواقف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير عوض.

فالمذاهب الأربعة في تعريفها للوقف جاءت متفقة على حبس المال على جهة خيرية في الحال أو المال، إلا أنهم اختلفوا فيما يخص ملكية الوقف، والرجوع عن الوقف، وبذلك فإن مختلف تعريفات المذاهب الفقهية للوقف وإن اختلفت³ في ظاهرها، إلا أن التعريف الشامل الذي يضمها جميعا هو: "تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة"، وذلك لكونه لم يتطرق لأحكام الوقف وإنما بين حقيقة الوقف (المقصد) زيادة على ذلك كونه مستتبطا من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب "أحبس أصله

¹- وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، 170.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 56.

³- هو التعارض الناجم عن ملكية الغير الموقوفة أهي على حكم الله تعالى أو على حكم الواقف أو الموقوف عليهم، ويعود التعارض هنا حسب الدكتور محمد مصطفى شلبي إلى وصول الأحاديث والآثار الواردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة دون البعض الآخر من طريق سليم، كما هو الشأن بالنسبة لحديث بن عمر في موضوع الوقف والذي لم يصل إلى الإمام أبي حنيفة ولو وصله لكان له رأي الجمهور في تعريف الوقف كما حدث مع صاحبه، أنظر محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 312.

وسبل ثمره¹ كما أنّ هذا التعريف اقتصر على ذكر الأمور التي تمس جوهر الوقف وماهيته، ولم يتطرق إلى أمور أخرى كاشتراط القرية مثلا، أو إلى تؤول ملكية العين الموقوفة².

يعلق د. قحف على هذه التعاريف ملاحظا أثر المذهب فيها فيقول: "أن المالكية يذكرون "ملك الوقف" و "مدّة وجوده" في جواز إشارة تحبب المنفعة المملوكة وجواز التوقيت في الوقف، والشافعية يؤكدون "قطع التصرف"، و"عين المال" في إشارة إلى صرف وقف الأعيان فقط دون المنافع وانتقال الموقوف عليه ليصبح في ملك الله تعالى، ومن قال بمذهب حنيفة وضع في التعريف بقاء الموقوف على ملك الواقف إشارة إلى عدم لزوم الوقف وحقه في الرجوع، ومن أخذ برأي الصحابين في الوقف ذكر في تعريفه عبارة "على حكم ملك الله تعالى"³.

يقترح د. قحف تعريفا للوقف بصفة بأنه يناسب حقيقته القانونية، وطبيعته الاقتصادية، ودوره الاجتماعي، فيقول بأن "الوقف هو حبس مؤبد ومؤقت لمال للانتفاع المتكرر به، أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة"⁴

كما أنّ الوقف عند الأستاذ زهدي يكن هو "حبس العين على أنّ لا تكون مملوكة لأحد من الناس، وجعلها على حكم ملك الله تعالى والتصرف بريعتها على جهة من جهات الخير في الحال أو المال"⁵.

كذلك نجد تعريف الإمام محمد أبو زهرة رحمه الله للوقف وقد جاء كما يلي: "هو منع التصرف لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء"⁶.

نتيجة لما سبق فإنّ هذه التعاريف وكما سبق الذكر تؤكد على ركنين أساسيين للوقف وهما:

أولاً: تحبب الأصل والمحافظة عليه من تصرفات الاستهلاك.

ثانياً: تسبيل الثمرة أي صرف المنفعة للجهات المستحقة لها.

1- الإمام البخاري، صحيح البخاري، باب الوقف كيف يكتب، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د س ن)، ص 14.

2- أحمد محمد السعد، محمد علي العمري، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، الأمانة العامة للأوقاف ط1، الكويت، 2000، ص 26.

3- منذر قحف، الوقف الإسلامي - تطوره، إدارته وتنميته، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 58.

4- منذر قحف، مرجع نفسه، ص 62.

5- زهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة العصرية، لبنان، (د س ن)، ص 07.

6- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، 1972، ص 07.

وهذان الركنان يشكلان مساحة اتفاق بين جميع الفقهاء القدماء والمعاصرين كما أنهما يؤسسان للفلسفة التي يقوم عليها الوقف وهي فكرة الصدقة الجارية، والتي تتمثل في تحبب الأصل وتسبيل الثمرة، ويعتبر أصدق تعريف لتلك الفلسفة هو تعريف الحنابلة للوقف.

ب-2- الوقف الاصطلاحي القانوني:

صدر أول مرسوم¹ جزائري يتعلق بالأوقاف سنة 1964 عند استعادة الجزائر لسيادتها الوطنية ويعد هذا القانون من حيث أهدافه أول محاولة لفرض حماية تؤمنها الدولة لهذا النوع من الأملاك العقارية، كما أنه يأتي حلقة في سلسلة المراسيم التشريعية في إطار حماية وتنظيم الأملاك العقارية عامة. فتضمن هذا القانون في مادته الأولى تصنيف الأحياس إلى أحياس عمومية وأحياس خاصة وخص كل نوع بتعريف عرف:

الأحياس العمومية: بأنها لا تقبل التقويت ولا تجري عليها المعاملات التجارية بناء على إرادة المحبس ويخصص مدخولها بصورة قطعية لأعمال الخير أو لصالح اجتماعي.

أما الأحياس الخاصة فتشمل أملاكاً يخصص المحبس منفعتها لمستحقين معينين وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأحياس.

في الحقيقة هذا لا يعد تعريفاً بل هو مجرد تصنيف، ويكون الأمر كذلك لأنّ المشرع أحياناً لا يركز على التعاريف حيث يتركها للفقهاء، وهدفه يتجه فقط نحو ضبط وتنظيم العلاقات القانونية بقواعد مجردة، لذلك فإنّ هذا المرسوم لم يتعرض لحقيقة الوقف بتعريف جامع ومانع بغض النظر عن أنواعه². من الناحية العملية فإنّ أول قانون تعرض لتعريف الوقف كان قانون الأسرة وذلك بموجب نص المادة 213 والتي جاءت كما يلي: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"³.

¹- مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، ج ر ج ج، عدد 77 لسنة 1964.

²- أحمد لعطوي، المركز القانوني للعقار الوقفي في المنظومة الوقفية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في الوقف والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون تخصص نظام الوقف والزكاة، قسنطينة، 2014، ص 08.

³- لقد أكد القضاء الجزائري هذا التعريف حيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 ماي 1998 على ما يلي: "الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"، راجع قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189265 الصادر بتاريخ 19/05/1998، منشور بـ م ق، عدد 1، 2000، ص 178.

الملاحظ على هذا التعريف أنه جامع بين نوعين من الوقف العام والخاص، وكذلك استعمال مصطلح مال للدلالة على محل الوقف وهو نفس استعمال الفقهاء الشافعية والحنابلة كما رأينا في التعريفات التي أوردناها سابقا.

وبعد ذلك صدر القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، والذي عرف الأملاك الوقفية من خلال المادة 31 التي جاء فيها: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالکها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"، فهذا القانون في الحقيقة لم يعرف الوقف لأنه لم يكن غرضه ضبط مفهوم الوقف بتعريف دقيق، وإنما كان يعكس توجهها يهدف إلى إقرار الطبيعة القانونية للأملاك الوقفية العقارية على وجه الخصوص باعتبارها صنفا مستقلا يشكل مجموع الوعاء العقاري الوطني، اقتصر التعريف على الأوقاف العقارية دون غيرها تماشيا مع غرض وطبيعة هذا القانون، لكن رغم ذلك فإن هذا التعريف قد اشتمل على عناصر أساسية في تعريف الوقف مثل الحبس، الملك، الانتفاع، التأييد وهي كلها مقومات جوهرية يقوم عليها معنى الوقف¹.

ورد تعريف كذلك في نص المادة 03 من قانون رقم 91-10 المتضمن قانون الأوقاف، فعرفته كالآتي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

فالتعريف من هذه الزاوية يبرز معنى الوقف من خلال الآثار المترتبة على المال المحبس الذي هو محل الوقف الذي تجري عليه أحكامه من زوال الملك، وتأييد الانتفاع، بمعنى أن الوقف هو المال المحبس عن التملك المتصدق به على وجه التأييد ضمن الشروط الموضوعية المتعلقة شرعا بهذا المال. كما عرفه أيضا من خلال نص المادة 04 من نفس القانون التي تنص على أن "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة". فركز على معنى الوقف من خلال التصرف الصادر عن الواقف في نطاق مصادر الالتزام حيث وبناء عليه اعتبر المشرع أن الوقف تصرف ينبع عن إرادة حرة².

ومن خلال تحليل التعريفات الواردة في هذه النصوص القانونية نستنتج ما يلي:

¹- أحمد لعطوي، مرجع سابق، ص 09.

²- أحمد لعطوي، مرجع نفسه، ص 10.

- أنّ هذه التعاريف جمعت بين خاصيتين أساسيتين في الوقف هما: خاصية التأبيد والدوام والخاصية المرتبطة بنية التصديق¹.
- نجد توافق بين نص المادة 03 من قانون الأوقاف مع المادة 213 من (ق أ ج) وذلك من خلال الآثار المترتبة عن التعريفين والمتمثلة فيما يلي:
- أنّ الوقف يخرج من ملك الواقف وغيره من الأشخاص
 - منع التصرف في العين الموقوفة بأي وجه من أوجه التصرف، وعدم جواز توريثها.
 - محل الوقف يصح أن يكون عقارا أو منقولاً أو منفعة، وذلك على أساس استعمال لفظي "المال" و"العين"
 - يتعلق حق الموقوف عليهم بالمنفعة فقط².
- التعريف الوارد في قانون الأوقات كان أكثر وضوحا من التعريف الوارد في قانون الأسرة كونه يبين أنّ التصديق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة، ورجح بين الآراء الفقهية واستوعب بذلك الخلاف الفقهي³.
- العبرة بتعريف قانون الأوقاف وما وافقه، إذ أنه يمثل الأساس في تنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها وفقا للمادة الأولى منه، ونصوصه هي المعتمدة في موضوع الوقف وكلّ ما خالفه يكون محل إلغاء عملا بالمادة 49 من قانون الأوقاف⁴.

ثانيا: مشروعية الوقف

إنّ النظرية الإسلامية في الوقف قائمة على أساس أنّ الملك لله سبحانه وتعالى، وهي المعبر عنها بمصطلح الشخصية الاعتبارية للوقف، وأنّ العباد مستخلفون في الأرض مستأمنون على هذا الملك مصداقا لقوله تعالى: "آمنوا بالله ورسله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير"⁵.

¹- بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012، ص 14.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 59.

³- أنظر محمد كنانة، مرجع سابق، ص 11.

⁴- تنص المادة 49 من قانون رقم 91-10 على ما يلي: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون"

⁵- سورة الحديد، الآية (07).

كما أنّ فكرة الوقف قائمة على أساس فكرة الإحسان العام التي أساسها العمل الحسبي الذي يشترك مع العمل التعبدى، كما يضيف مسألة المبادرة الفردية من المنفعة الشخصية أو المبادرة الدنيوية¹. كما أن الوقف في الوقف نفسه يقوم على أساس تقديم المصلحة العامة التي هي جور البناء الذي تقوم عليه فكرة وقف المال على التملك، ذلك أنّ المال بمقتضى طبيعته وخلفته قابل لورود الملكيات عليه، وحبس المال عن التملك حالة استثنائية في المال مناطها الحاجة العامة إلى هذا المال وتحقيق مقاصد لمصلحة الجماعة.

من كلّ ذلك برزت إلى الوجود الإنساني نظرية الوقف التي تطورت لتصبح نظاما متكاملًا يساير كلّ التغيرات الحديثة، وهذا النظام يستمد وجوده ومشروعية من المصادر الشرعية الإسلامية، وأدلة التأصيل الإسلامي للوقف كثيرة منها:

أ- مشروعية الوقف في الكتاب الكريم:

ورد في القرآن الكريم أدلة كثيرة عن الوقف نذكر منها ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرَ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾²
 - وقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾³
 - وقوله أيضا: ﴿وَمَا تَقْدِمُوا أَنْفُسَكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا﴾⁴
 - وقال تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ﴾⁵
- فدل على أن نيل البر لا يكون إلاّ بنفقة والوقف هو نفقة.

ب- مشروعية الوقف من السنة النبوية:

ما روى البخاري أنه كان لأبي طلحة الأنصاري حديقة نفيسة تدعى -ببرحاء- وكانت أحب أملاكه إليه، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت الآية ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ

¹- سليم هاني منصور، الوقف ودوره في التنمية الاجتماعية، دار البشائر الإسلامية، ط1، لبنان، 2009، ص 48 وما بعدها.

²- سورة البقرة، الآية (280).

³- سورة الحج، الآية (77).

⁴- سورة الرمل، الآية (20).

⁵- سورة آل عمران، الآية (92).

حتى تتفقوا مما تحبون و ما تتفقوا من شيء فإنّ الله به عليم﴿، ولما سمع طلحة الآية بادر بوقف الحديقة النفيسة لأقاربه وبني عمه¹.

ما روى البخاري كذلك أن عمر رضي الله عنه تصدق بمال له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان يقال له ثمغ، وكان نخلا فقال عمر: يا رسول الله إني استفتت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق توره فتصدق به عمر، فصدقته تلك في سبيل الله والرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذوي القربى، ولا جناح على من وليه، أن يأكله بالمعروف أن يوكل صديقه غير متمول به²

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"³.

ج- مشروعية الوقف من الإجماع:

انعقد إجماع الصحابة على صحة الوقف، فقد ذكر صاحب المغني أنّ جابرا رضي الله عنه قال لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف، وهذا إجماع منهم، فإنّ الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر بذلك ولم يذكره أحد فكان إجماعا، أما في لزوم الوقف أو عدمه فقد وقع فيه الخلاف فأبو حنيفة يقول: صحيح غير لازم، وأبو يوسف ومحمد وعامة الفقهاء يقولون بأنه صحيح لازم⁴.

د- مشروعية الوقف من المعقول:

فللوقف محاسن عديدة ويحقق مصالح حيوية للأمة والتي تظهر مدى مشروعيته ومن أهمها:

- الإسهام في قضاء حاجات شرائح واسعة من الأمة متساندا في ذلك مع أنواع البر الأخرى كالزكاة والصدقات والنذور مما يشكل في مجمله مظلة التأمينات الاجتماعية في المجتمع الإسلامي.
- المشاركة في مختلف عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها.

¹- أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر، كتاب الزكاة على الأقارب، ج1، رقم الحديث 1461، الزهراء للإعلام العربي، مصر، 2006، ص 409.

²- أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، مرجع نفسه، ص 293.

³- صحيح مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، ج 05، رقم الحديث 4310، دار الجليل، بيروت، (د س ن)، ص 08.

⁴ منذ عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 49.

- ساهم في تنويع العمل الخيري وتوسيع مجالاته مما يتيح الفرصة لكل الميول والرغبات الخيرة في المجتمع لدعم ما يلائمها في هذه الميادين.
- تفتح المشاريع الوقفية المختلفة فرصا كثيرة للعمل مما يساهم في تخفيض البطالة في المجتمع.
- يساعد على الادخار الإيجابي وتوجيهه نحو الخير والإنتاج، حيث ذلك من لوازم الوقف ووسائله¹.

الفرع الثاني

خصائص الوقف وأنواعه

للوقف خصائص تميزه عن غيره من التصرفات (أولاً)، وهذا الأخير ينقسم إلى أقسام عديدة ومتعددة حسب المعايير الموضوعية للتقسيم (ثانياً).

أولاً: خصائص الوقف

بالرجوع إلى قانون الأوقاف 10-91 والمرسوم التنفيذي رقم 381-98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك يتبين أنه مهما كان نوع الوقف سواء عاماً أو خاصاً فإنه له جملة من الخصائص تميزه عن غيره من التصرفات القانونية، إذ هو عقد من عقود التبرع وله أثر في ملكية المال الموقوف، وأقر له المشرع بالشخصية المعنوية والتي تمثل قوته القانونية في تميزه كنظام قائم بذاته، ومنحه حماية قانونية جد معتبرة، وهو ما يتم تناوله فيما يلي:

أ- الوقف تصرف تبرعي من نوع خاص:

هي خاصية يتفرع منها جملة من الخصائص الفرعية وهي كالاتي:

أ-1- الوقف تصرف من عقود التبرع:

هي خاصية ذات عنصرين، كونه صادراً عن إرادة منفردة وكونه ناقلاً لحق عيني من نوع خاص وهو ما سنبينه تباعاً:

1- الوقف صادر عن إرادة منفردة:

فهل الإرادة المنفردة في الوقف تنشئ التزاماً عقدياً، وهل هي كافية لإنشاء التزام الوقف؟

¹- سليم هاني منصور، مرجع سابق، ص 16.

تنص المادة 04 من القانون رقم 91-10 على أنه: "الوقف عقد التزام صادر عن إرادة منفردة"، فالمشرع الجزائري جمع في نص هذه المادة بين مصطلحي العقد والتبرع.

إن العقد وكما هو معلوم عند فقهاء القانون معنيان: معنى عام ومعنى خاص، فالمعنى العام يفيد أنّ العقد قد ينعقد من غير أن يحتاج إلى ركني الإيجاب والقبول، أمّا المعنى الخاص فمفاده أنّ العقد لا ينعقد إلاّ بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول على إحداث أثر قانوني معين، وبذلك يمكن القول أن العقد على المعنى الخاص لا يتكون بإرادة منفردة بل لابد فيه من إرادتين، أمّا بالمعنى العام فقد يتكون من إرادة منفردة¹.

ومهما كان الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص، فمن المقرر أن التصرفات الشرعية التي ينشأ عنها التزام الشخص قد تنشأ بإرادة منفردة وقد تنشأ بتوافق إرادتين، فنجد أنّ الشريعة الإسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية الوصفية الألمانية التي تقرر جواز إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة²، ولا تتفق مع النظرية الفرنسية التي تقصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول³، وعلى الرغم من هذا الاختلاف، فأكثر القوانين الحديثة أخذت لمبدأ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على أنه مبدأ استثنائي لا قاعدة أصلية.

والشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة المنفردة منشئة للالتزام في كل تصرف ينشأ عنه التزام ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين، والتصرفات التي من هذا القبيل كثيرة، فمنها الوقف والكفالة والهبة⁴ تختلف المذاهب الفقهية في انطباق المعنى الخاص للعقد على الوقف على أساس أن هناك من يشترط القبول لقيام عقد الوقف، وآخرون يكفي الإيجاب لديهم وهو ما سيتم تناوله في صيغة الوقف. أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري فإن المادة 07 من قانون 91-10 تنص على أنه: "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم".

¹- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 184.
²- يختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كونه الإرادة المنفردة منشئة للالتزام لديه، فالفقه الألماني يجعلها سببا للالتزام بل يزيد على ذلك ويقرر أنها مناط الالتزام في العقود الذي تتكون بتوافق إرادتين، إذ أن إحدى الإرادتين هي التي تنفرد بإنشاء الالتزام، وإرادة المدين هي التي أنشأت الالتزام وإرادة الدائن لم تشترك في الإنشاء، لكنها انضمت إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق الدائن، وكان العقد الذي يتم بإرادتين فيه عملا أحدهما إنشاء الالتزام وثانيهما إثبات الحق للدائن، ويتم بإرادته لأنه من المقرر أنّ الحق لا يثبت لشخص جبرا عنه، أنظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع نفسه، ص 185.
³- يقتصر الفقه الفرنسي السببية للالتزام على العقد بمعنى يكون بتوافق إرادتين، فلا يتحقق إلاّ بالتقاء إرادتين وتوافقهما في إنشائه، أنظر محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع نفسه، ص 186.
⁴- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع نفسه، ص 188.

أما الفقرة 02 من المادة 13 من نفس القانون فتتص: "... فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجود قبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية". فمن خلال المادتين نستنتج أن قبول الموقوف عليهم في الوقف الخاص هو فقط شرط نفاذ وتثبيت الاستحقاق لهم، ولا يترتب وجود الوقف عليهم، فتخلف قبول الموقوف عليهم لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد كما هو معروف في القواعد العامة، وإنما يؤدي ذلك إلى تحويله من وقف خاص إلى وقف عام، وهو ما حددته نص المادة 07 بكل وضوح¹ أما في الوقف العام فهو غير مطلوب أصلا، فانعقاد الوقف يتوقف على الإيجاب فقط، أما القبول فهو شرط نفاذ واستحقاق اتجاه الموقوف عليهم في الوقف الخاص، وأنه لا اعتبار الوقف عقدا لا بد من توافر العناصر المحددة في المادة 54 من (ق م ج) وهي المتعاقدان، المحل والصيغة² وهذه العناصر موجودة في عقد الوقف، لكنه يعتبر عقدا ملزما لطرف واحد فقط لأن الموقوف عليه لا يلتزم في عقد الوقف بأي التزام اتجاه الواقف.

بهذا فالمراد بالعقد في المادة 04 من قانون 91-10 السالفة الذكر هو العقد بالمعنى العام، وبالتالي يكون الوقف تصرفا قانونيا يترتب عليه التزام بإرادة منفردة إذ لا يشترط المشرع قبول الموقوف عليه في الوقف العام.

تجدر الإشارة إلى أن الصياغة الفرنسية للمادة 04 المذكورة أعلاه جاءت موفقة وواضحة، إذ نصت فيها أن الوقف تصرف قانوني صادر من جانب واحد³.

2- الوقف تصرف تبرعي ناقل لحق عيني من نوع خاص:

الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك براهم وابتغاء لوجه الله عز وجل تبعا لنوع الوقف واشتراطات الواقف، فالتبرع من حيث أثره القانوني يفيد خروج المال الموقوف من ملك المتبرع وهذا ما ينجم عنه زوال كل سلطته على المال، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون 91-10: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف..."، وزوال ملكية الواقف للمال الموقوف لا يعني انتقالها إلى الموقوف إليه، وإن محل التبرع هو منفعة المال الموقوف فقط مع

¹ - خالد رمول، مرجع سابق، ص 52.

² - تنص المادة 54 من (ق م ج) على ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرون بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

³ - L'article 4 du la loi 91/10 : « le wakf est un acte par le quel une volonté individuelle s'engage a faire une donation »

تحبيس رقبة المال الموقوف وذلك ما ورد في المادة 03 من القانون 91-10، فالتصدق بالمنفعة يعني أنّ محل التبرع هو المنفعة، فالواقف يتبرع بمنافع الموقوف دون عينه أي تبرع من نوع خاص¹.

فالوقف حق عيني كونه لا يرد على حق الملكية ينجر عنه انتقال هذا الأخير إلى ورثة الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتقال باسمه وصفته والذي هو محل اعتبار، وإن مات انتقل هذا الانتفاع إلى الموقوف عليهم من العقب أو الجهة الموقوف عليها مباشرة والتي حددها الواقف في عقد الوقف، وما دفع البعض إلى القول بأن الوقف حق شخصي غير أن استحقاق الورثة لحق الانتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف وليس للقواعد العامة في الموارث، استحقاق الورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع لا يثبت إلا إذا نص عليه الواقف في عقد الوقف، فالوقف هو حق عيني ذو طبيعة خاصة ومتميزة².

أ-2- الوقف تصرف شكلي:

الوقف على غرار كلّ العقود التي تنصب على العقار اشترط القانون لصحتها إفراغها في الشكل الرسمي، وذلك تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من (ق أ ج)، والمادة 12 من قانون التوثيق، وكذلك المادة 217 من (ق أ ج) التي تنص على ما يلي: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقاً للمادة 191 من هذا القانون".

وهو ما أكدته نص المادة 41 من قانون الأوقاف 91-10 "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

يتضح من خلال ذلك أنه على الواقف إفراغ وقفه في ورثة رسمية لدى الموثق فالعقد الرسمي كافي لإنشائه، غير أنه غير كافي لنفاذه حيث زيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري أي المحافظة العقارية³.

أ-3- الوقف تصرف معفى من رسوم التسجيل:

الوقف من تصرفات التبرع الموجهة لأعمال البر والإحسان، وسعياً من المشرع على تشجيع الناس على وقف أموالهم أعفى أصحاب هذه الوسيلة الخيرية من رسوم التسجيل ورسوم أخرى في المادة

¹- بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 18..

²- زردوم صورية، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 12.

³- رمول خالد، مرجع سابق، ص 55.

44 من قانون الأوقاف التي تنص على ما يلي: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير".

يلاحظ على هذه المادة أنّ المشرع الجزائري جعل الإعفاء من الرسوم حكرا على الوقف العام دون الوقف الخاص وكأنه يقلل من أهميته ويفاضل بذلك بين الوقف العام والوقف الخاص، رغم أنّ هذا الأخير يؤول في النهاية إلى الجهة الخيرية المحددة في عقد الوقف، وربما يفهم من ذلك أنّ المشرع قد يتراجع عن الوقف الخاص¹.

أ-4- الوقف غير خاضع لإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية:

الأملاك الوقفية لا تخضع لإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية إلاّ استثناء، فقد استثنى المشرع هذه القاعدة العامة وأجاز نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية والتي تعتبر الملكية الوقفية في ثلاث حالات محدّدة على سبيل الحصر وهي²:

- توسيع مسجد.

- توسيع مقبرة.

- توسيع طريق عام.

هذا النزع أحاطه المشرع بضمانات تتمثل في التعويض الذي يجب أن يكون عينا لا نقدا ليثير مسألة أخرى حول طبيعة التعويض في حالة ما إذا كانت هناك استحالة في التعويض العيني³.

أ-5- تمتع الوقف بالشخصية معنوية ذات طابع مؤسسي تميزه كنظام قائم بذاته:

لقد ثار جدال بين الفقهاء لإثبات الشخصية المعنوية للوقف سواء فقهاء الشريعة الإسلامية⁴،

¹- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 23.

²- تنص المادة 24 من القانون 10-91 على ما يلي: "لا يجوز أن تعرض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

- حالة تعرضه للضياع أو 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"

³- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 22.

⁴- لم يتناول فقهاء الشريعة الإسلامية تعريف الشخصية الاعتبارية بالمصطلح القانوني المعاصر، وإنما عبروا عنها بلفظ "الذمة" ولفظ الذمة في الوقف يعني العهد والكفالة، فنقول فلان لا ذمة لديه أي لا عهد له، فقد نفى بعض الأحناف وجود ذمة للوقف ولذلك منعوا الاستدانة عليه، وأن موقفهم انتهى مع هذا النفي الصريح للذمة، أمّا المذاهب الأخرى كالحنابلة والشافعية فإنهم لم يتفقوا على الذمة للوقف، أمّا المالكية فيوجبون الزكاة على الوقف، وهو تأكيد لمعنى الذمة للوقف، ومن ذلك أنهم جعلوا الناظر لوقف أن يبيع محصول أراضي الوقف، وأنه يشتري لها ما تحتاج إليه من آلات ويكون ما تشتريه ملكا للوقف لا للمستحقين. أنظر عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله، دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري، الكويت، 2000، ص 51.

إذ أن فكرة افتراض الشخصية الاعتبارية¹ وإذا كانت لم تظهر على أرض الواقع إلا في العصر الحديث، لكن الممارسة العملية لها كانت موجودة في الواقع قديما، في شخص الدولة وبين المال والحاكم لأنها أسماء مرتبطة بمؤسسات اعتبارية.

1- الشخصية المعنوية للوقف في القانون الجزائري ذات طابع مؤسسي:

لقد اعترف المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية للوقف وذلك بموجب المادة 05 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف والتي تنص على ما يلي: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها"، وهذا الاعتراف جاء متمشيا ومنسجما مع أحكام المادة 49 من (ق م ج)².

يتضح من خلال المادتين أنّ للوقف شخصية معنوية مستقلة تماما عن شخص الموقوف عليه، فقد أخرج المشرع المال الموقوف من ملك الواقف ولم ينقله إلى ملكية الموقوف عليه، بل اعتبر الوقف مؤسسة قائمة بذاتها³.

هذا وإنّ إضفاء المشرع الشخصية المعنوية على الوقف يضع حدا لجدال فقهي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى⁴. ويترتب على اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية⁵ للوقف نتائج قانونية على قدر كبير من الأهمية نلخصها في الآتي:

¹- قد عرف فقهاء القانون هذه الشخصية بتعريفات تتفاوت لفظا، وتتفق مضمونا أو معنى، ومن هذه التعريفات أنّ الشخص الاعتباري "هو مجموع من الأشخاص أو مجموع من الأموال يستهدف به تحقيق غرض معين ويعترف القانون له بالشخصية القانونية، وبالتالي يصبح قابلا لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات، وينظر إليه مجردا عن الأشخاص المؤسسة له والأموال المكونة له"، إنّ هذا الشخص الاعتباري له وجود مستقل وقائم بذاته، ومن ثمّ يستطيع أن يملك وأن يتعاقد، وأن يكون داننا أو مدينا، فيكون كالشخص الطبيعي ذا ذمة خاصة لا تختلط بذمات الأشخاص الطبيعيين الذين يتكون منه، راجع محمد السيد الدسوقي، الشخصية الاعتبارية بين الفقه والقانون، (د د ن)، قطر، (د س ن)، ص ص 331-332.

²- تنص المادة 49 من (ق م ج) على ما يلي: "الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشكات المدنية والتجارية.
- الجمعيات والمؤسسات.
- الوقف

- كل مجموعة من الأشخاص وأموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

³- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، مرجع سابق، ص 17.

⁴- رمول خالد، مرجع سابق، ص 51.

⁵- فريق من الفقه اتجه إلى تكييف الشخص المعنوي على أنه نظام "statut" ويقصد به كل نص تشريعي أو تنظيمي أو نظامي ينشئ شخصا معنويا، ويترتب عن الإقرار بهذه الفكرة أن الشخص المعنوي ينشئ بنص قانوني، عكس الشخص الطبيعي الذي يتكون بالولادة. أنظر:

- إضفاء الطابع المؤسسي على الوقف مما يجعله يخدم فكرة الدوام والتأبيد، ذلك أنّ المؤسسات أكثر دواما من الأشخاص الطبيعية، وأنّ عملها أكثر قابلية للتنظيم، وهذه النتيجة تؤسس لإمكانية التخطيط وحسن الاستغلال الموارد وحصر النفقات، كما تفعل من آلية الرقابة الداخلية والخارجية من مختلف المؤسسات المخولة بهذا المجال.
- الذمة المالية المستقلة فهي أهم نتائج التمتع بالشخصية المعنوية، ويقصد بها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحال أو في المستقبل، وتتميز باستقلاليتها عن ذمة الأشخاص الطبيعيين المكونين للشخص المعنوي، وهي ميزة متوفرة في الوقف كونه الواقف يرصد أموالا أو يوقفها على جماعة يحددها هو ومن أمثلة ذلك ما أقره الفقهاء لناظر الوقف من التصرفات كالبيع أو الكراء لحساب الوقف والاستئذنة لمصلحته، وذمة الوقف هي التي تقوم بتسديده مستقبلا¹.
- التمتع بأهلية: إنّ أهلية الشخص الاعتباري تتعدّد ضمن مضمون العقد وهذه الصفة متوفرة في الوقف. فالواقف رصد وقفه لتحقيق غرض محدد لخدمة الموقوف عليهم، كوقف أرض للزراعة، فمضمون الوقف يتحقق لإبرام عقد المزارعة أو المساقاة² مع نائب الوقف الممثل في ناظره.
- الموطن: فينجر عن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية المعنوية اكتسابه لموطن يخاطب فيه كل ما يخص علاقاته ونشاطه القانوني، وموطن الوقف هو مكان وجود مديريته المركزية والمشرفة على تسيير شؤونه وتوابعها على التراب الوطني أو خارجه، فهو المكان الذي ينشئ فيه العقد وترتيب عليه آثار العقد شرعا.
- نائب يعبر عن إرادته ويتقاضى باسمه، فمن النتائج الأساسية للشخصية المعنوية وجود نائب أو ممثل يعبر عن إرادته في كلّ تصرفاته وذلك باسمه، فناظر الوقف هو النائب عن الوقف اتجاه

Gridel.J.P. La personne moral en droit français, Edition.R.I.D.C, Paris, 1990, p 81.

¹- عبد القادر بن عزوز، مرجع سابق، ص 54.
²- عرفت التشريعات الوصفية المزارعة أنه عقد بموجبه يرصد المالك أرضه الزراعية أو أرضه المغروسة بالأشجار إلى شخص آخر يزرعها أو يستثمرها في مقابل ذلك يأخذ جزءا معيناً من المحصول الذي نتجته وهو التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 26 مكرر 1 فقرة 1. أما عقد المساقاة فهو إعطاء الشجر بمختلف أنواعه وما يدخل في حكمه كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام بسائر الأعمال الأخرى التي يحتاجها الشجر بمقابل جزء معلوم من ثمره مشاعا فيه ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 فقرة 2. أنظر: رمول خالد، مرجع سابق، ص 133-136.

الأشخاص الاعتبارية والطبيعية الأخرى، فهو المسئول عن رعايته وتميمته وإبرام العقود النافعة باسمه¹.

كما أن لناظر الوقف تمثيله أمام القضاء، لأن له حق التقاضي الذي يمنحه القانون للشخص الاعتباري أي رفع الدعاوي القضائية ضدّ شخص طبيعي أو معنوي آخر، كما يحق لغيره رفع دعوى ضدّه، يشمل أيضا الاعتداء عليه من الدّاخل من ناظره كسرقة ريعه أو إهماله للمرفق الوقفي، وغير ذلك من التصرفات السلبية التي تؤدي إلى خراب الوقف وانتهاء مقاصده الدّينية والاجتماعية والاقتصادية التي تخول للقاضي عزله إذا ثبت في حقه جنحة التعدي، ولهذا تثبت للوقف الشخصية المعنوية لتحقيق صفة التقاضي التي يشترطها القانون في الشخصية الاعتبارية عموما فوجود نائب أو ممثل يمثل الشخص المعنوي في كلّ تصرفاته ويتقاضى باسمه من المميزات الأساسية للشخص المعنوي²، خاصة في الولاية على الأوقاف والتي هي من اختصاص ناظر الوقف³.

فالوقف شخص معنوي له وجود شرعي يبيح التعامل مع الناس مباشرة بواسطة ممثله الشرعي وهو المتولي⁴، كما أنه ليس ملكا للأشخاص المعنوية سواء العامة أو الخاصة والأشخاص الطبيعية، يتمتع بالشخصية المعنوية، ارتبط تسييره الإداري بالدولة كأول شخص معنوي ممثلا في وزارة الشؤون الدّينية والأوقاف فبمجرد انعقاد الوقف مكتملا الشروط والأركان ينشأ شخص معنوي جديد ضمن حدود أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في القانون 91-10 المعدل والمتمم والذي يحيل في غير المنصوص عليه فيه إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 02 منه، ويكون النائب عنه هو الناظر يعمل للحفاظ عليه ورعايته ليبقى قائما وفقا للهدف الذي وضع من أجله⁵.

¹- تنص المادة 33 من القانون 91-10 على ما يلي: "يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كفاءته تحدد عن طريق التنظيم"

²- تنص المادة 50 من (ق م ج) على ما يلي: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقرها القانون..."

³- ناظر الوقف هو الذي يتولى نظارة الحال الموقوف حسب شروط العقد وعادة ما تكون النظارة متمثلة في عمارة الوقف وأجارته ثم تحصيل إيرادات الوقف وتوزيعها على مستحقيها، أنظر: جمال الدين ميمون، ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري -دراسة مقارنة- بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليلة، 2004، ص 04.

⁴- زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 25.

⁵- بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص ص 26-27.

2- الشخصية المعنوية للوقف مميزة له كنظام قائم بذاته:

لبيان أن الوقف نظام قائم بذاته متمتع بالشخصية المعنوية يتعين إجراء مقارنة بينه وبين بعض الأنظمة المالية المشابهة والتي أقرتها الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصلي للوقف، والتي نظمها المشرع الجزائري، كالوصية والهبة.

2-1- تمييز الوقف عن الوصية:

الوصية لكونها من التصرفات التبرعية كالوقف فإنّ المقارنة بينهما تقتضي الوقوف على أوجه الشبه وأوجه الاختلاف.

فأهم أوجه التشابه بين الوصية والوقف فيما يلي:

- كلاهما من نوع الصدقات في الإسلام، والقصد منها هو البرّ والإحسان وعمل الخير، وأصحابها ليسوا ملزمين بالقيام بها، فلهم الحرية في أن يوصوا أو يوقفوا فهي من عقود التبرع.
- تعتبر الإرادة عاملاً أساسياً في كليهما، فاحترام إرادة الواقف لها دور في تنظيم الوقف كنظام قائم وكذلك إرادة الموصي لا بدّ من احترامها بعد وفاته.
- كلاهما تم تنظيمه في مواد ضمن قانون الأسرة، إلاّ أنه للدور الاجتماعي والاقتصادي للوقف كان لزاماً على المشرع الجزائري تنظيمه بقانون خاص وذلك ضمن القانون رقم 91-10.
- لهما أركان لا بد من توافرها وهي: موصي وموصى له وموصى به بالنسبة للوصية، وواقف وموقوف وموقوف عليه وصيغة بالنسبة للوقف، وما يشترط في الواقف هو نفسه عند الموصي¹.
- جهة الانتفاع بالوقف قد تكون شخصية معنوية أو طبيعية ونفس الشيء بالنسبة للوصية، فقد ينتفع بها شخص طبيعي أو معنوي، فيجوز أن يخرج الوقف مخرج الوصية في حالة واحدة وهي متى أضاف الواقف حكمه إلى ما بعد الموت².

إلاّ أنه إلى جانب هذه الأحكام المشتركة بينهما توجد نقاط اختلاف نوفيها فيما يلي:

- الوقف لم يرد بشأنه نص صريح في القرآن الكريم، بل يستشف من آياته ضمناً على فعل الخير وأغلب مصادره تتمثل في السنة النبوية الشريفة و الاجتهاد الفقهي لفقهاء الشريعة الإسلامية

¹- راجع المواد من 186 إلى 201 من (ق أ ج)، والمواد 10-11-13 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم.

²- بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص 28.

وإجماعهم على مشروعيته، أما الوصية فوردت بشأنها آيات صريحة من القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصون بها أو دين﴾¹

- الوصية تصرف ناقل للملكية ينقل ملكية المال الموصى به إلى الموصى له، وهذا الانتقال يؤجل إلى غاية موت الموصي، فيجوز للموصى له التصرف في المال الموصى به بكل أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع الهبة ونحوها، بخلاف الوقف فإن انتقال ملكية المال الموقوف قد اختلف الفقهاء بشأن بقائها للوقف أو انتقالها إلى الموقوف عليهم أو إلى الله تعالى، إلا أن الثابت والمتفق عليه بالإجماع أن ملكيته لا تنتقل إلى الموقوف عليه بل يبقى على حكم ملك الله تعالى² وهذا تطبيقاً لنص 05 من القانون 10/91.
- للموصى له حق التصرف في المال الموصى به كما يشاء ويتمتع بملكية الرقبة، بينما لا يجوز للموقوف عليه التصرف في أصل المال الموقوف وإنما يعتبر مالكا لحق منفعة المال الموقوف فقط والتي تنتقل إليه بموجب الوقف.
- الوصية فمقدار المال محل التصرف كقاعدة عامة لا يتعدى ثلث التركة وفقاً لنص المادة 185 (ق أ ج)، بينما في الوقف فالمال محل الوقف غير محدد المقدار، وللواقف حبس ما طاب له من أملاكه (عقار، منقول، منفعة)، إلا استثناء إذا أخذ الوقف حكم الوصية، فإنه ينفذ في حدود ثلث التركة، وذلك حينما يشترط الواقف تنفيذ وقفه بعد مماته³.
- أجاز المشرع في نص المادة 192 للموصي الرجوع في وصيته صراحة أو ضمناً⁴، أما بالنسبة للوقف فالأصل فيه التأييد، أي أنه لا يجوز الرجوع فيه واستثناء يجوز الرجوع في بعض الشروط الواردة فيه إذا اشترط الواقف ذلك في وقفه.
- الوصية تستمد قوتها من طرفي العقد ذاته الموصي والموصى له فقط، بينما الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية التي يجعل الملكية تتصرف إلى الوقف في حد ذاته كمؤسسة مستقلة عن طرفي العقد وفقاً لنص المادة 05 من القانون 10-91 المعدل والمتمم⁵.

¹- سورة النساء، الآية (12).

²- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 35.

³- زردوم سورية، مرجع نفسه، ص 36.

⁴- قرار المحكمة العليا ملف رقم 71 547 الصادر بتاريخ 1990/01/24، م ق، عدد 4، سنة 1991، ص 88.

⁵- راجع نص المادة 05 من القانون رقم 10-91 المعدل والمتمم.

2-2- تمييز الوقف عن الهبة:

الهبة نظام مالي يجمع بين النظام الإسلامي والنظام القانوني بالوقف كنظام متميز، فقد نظم المشرع أحكام الهبة¹ في الفصل الثاني من الكتاب الرابع من قانون الأسرة إلى جانب الوصية والوقف باعتبارهما تصرفات تبرعية، وذلك في المواد من 202 إلى 212، وباستقراء النصوص القانونية المرتبطة بكلا التصرفين يتجلى لنا أن هناك أوجه تشابه وبينهما نقاط اختلاف أيضا، فمن أوجه التشابه ما يلي:

- الهبة والوقف كلاهما تصرف تبرعي فلواهب أن يهب كل ممتلكاته طبقا للمادة 205 من (ق أ ج)، كما يجوز للواقف أن يحبس كل أمواله.

- يجوز لكل من الواهب والواقف أن يقترنا عقدي الهبة والوقف بما يشاءان من الشروط إلا أنه يكون ذلك غير منافي لأحكام القانون والشريعة الإسلامية، كما أنهما يتفقان على أنه لا يجوز أن تكون الهبة أو الوقف معلقان على شرط مضاف إلى زمن المستقبل، فالهبة والوقف لا يمكن انتظار موت الواهب والواقف، فإذا وهب شخص لآخر مالا على أن لا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب، وهو ما يعرف بالهبة لما بعد الموت، فإن هذه الأخيرة تكون باطلة، لكنه يصح أن تتحول وفقا لقواعد تحول التصرفات الباطلة إلى وصية صحيحة، فيجوز للمتصرف الرجوع عنها حال حياته، ولا تنفذ إلا في حدود الثلث، كما انه في حالة وجود الواهب في مرض الموت فإنه يسري على الهبة حكم الوصية وهذا ما نصت عليه المادة 204 من (ق أ ج)².

- تتشابه الهبة مع الوقف في شروط الواهب والواقف³، بحيث كل منهما يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، أما محل الهبة أو الوقف فيشترط فيه أن يكون مما يصح التعامل فيه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة والشريعة الإسلامية.

أما عن أوجه التباين بين التصرفين قد تطرق إليها وفق الترتيب الآتي:

- الوقف وكما هو متفق عليه لدى الفقهاء ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف أي يصدر الإيجاب فقط، منه دون الحاجة إلى قبول الموقوف عليه فلا يشترط لصحته اقتران قبول الموقوف عليه بإيجاب

¹- كانت الهبة تخضع في تنظيمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور قانون الأسرة 11/84 كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إليها في القانون المدني كما فعل بالنسبة للوصية.

²- راجع نص المادة 204 من (ق أ ج).

³- تنص المادة 215 من (ق أ ج) على ما يلي: "يشترط في الواقف والموقوف له ما يشترط في الواهب والموهوب له طبقا للمادة 204-205 من هذا القانون"

الواقف، بخلاف الهبة التي يشترط لانعقادها كل من الإيجاب والقبول إلا إذا كان حملا فيشترط ولادته حيا.

- الهبة تستمد قوتها القانونية من إرادة الطرفين وهما الواهب والموهوب له باعتبارها من العقود التبرعية التي تستلزم تطابق الإرادتين، بينما الوقف قوته القانونية مسمدة من الشخصية المعنوية التي يتمتع بها.

- الهبة جعلها المشرع كسبب من أسباب كسب الملكية¹، بينما الملكية في الوقف فهي محبوسة وهو ما قصده المشرع بقوله: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا المعنويين...".

- جواز التصرف في المال الموهوب بجميع التصرفات الناقلة للملكية، وذلك بعد قبضه لأن قبض الموهوب له الهبة يجعل العين الموهوبة ملكا خالصا له، على خلاف الموقوف عليه الذي لا يجوز له التصرف في العين الموقوفة تصرفا ناقلا للملكية.

يتضح مما سبق بيانه أن عنصر الشخصية المعنوية أهم نقطة اختلاف يترتب عليها قوة الوقف القانونية، وتميزه كنظام قانوني قائم بذاته يملك نفسه بنفسه بعيدا عن إرادة الموجب الذي رغم أنه هو من قام بإنشائه ووقف إرادته، إلا أن نظام إدارته وتنميته يخرج عن إرادته في العديد من المسائل، وتسلم تلك المهمة إلى مؤسسة الوقف ذات الصيغة القانونية مالية مستقلة عن ذمة الواقف والموقوف عليه، وذلك ما يجعله نظاما قائما بذاته².

ب- خضوع الوقف لحماية قانونية متميزة:

بقاء الملك الوقفي في مركز متميز عن مركز كل من الواقف والموقوف عليه، واعتراف المشرع بهذه المكانة المتميزة بفرض خضوعه لحماية قانونية تتم عن الغاية التي تسعى لتحقيقها، كذا بعض التصرفات والوقائع التي يمكن أن تلحق به باعتباره هو الآخر من الأموال، فتتنوع صور الحماية القانونية للوقف بتنوع القوانين المنظمة له وسوف نحدد ذلك من التفصيل فيما يلي:

ب-1- الحماية الجزائية:

ألقى المشرع الجزائري الحماية الجزائية للوقف بالحماية المقررة للأموال والواردة في القسم السادس من الباب الثاني الخاص بالجنايات والجرح ضد الأفراد، وهذا بصريح نص المادة 36 من القانون 91-10

¹- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج5، ط2، مرجع سابق، ص 15.

²- بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 31.

التي تنص على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات."

فضمانا منه لسلامة الملك الوقفي وحمايته من الاعتداء عليه من طرف الغير، فقد قرر عقوبات جزائية للجناة الذين يقومون بأفعال واعتداءات وصفها المشرع بأنها جريمة معاقب عليها.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بالجرائم الواقعة على عقار مثال المادة 386 المتعلقة بجنحة التعدي على الملكية العقارية، أو المادتين 406 و407 من نفس القانون المتعلقة بجنحة التخريب العمدي للعقارات، يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة لأن هذه النصوص تجرم واقعة الاعتداء على العقار بصرف النظر عن صنفه سواء كان عاما أو خاصا، وبالنتيجة يكفي لقيام الجريمة بكافة أركانها أن تتم الاعتداء على عقار¹.

نلاحظ أنّ المشرع باستقراء أحكام المواد السابقة قد رفع من قيمة الغرامات المالية المقررة لهذا النوع من الجرائم التي تمس العقارات عموما لجعلها تتناسب مع قيمتها المادية، إلا أنّ قداسة الأملاك الوقفية وقيمتها المعنوية تتجاوز في الحقيقة تلك العقوبات المالية التي أحدثها المشرع²

ب-2- الحماية المدنية:

لقد قرر المشرع الحماية المدنية للأملاك الوقفية بدءا بالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال المواد 674 إلى 689 التي كرست الحماية المدنية للملكية العقارية بوجه عام، وبعد ذلك جاء قانون التوجيه العقاري رقم 25-90 الذي جاء لإعادة الاعتبار للملكية العقارية بصفة عامة والملكية الوقفية بصفة خاصة، فقام بتعزيز الملكية الوقفية بتصنيفها إحدى أصناف الملكية صراحة في نص المادة 23 منه التي نصت على ما يلي: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

- الأملاك الوطنية.

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.

- الأملاك الوقفية.

ويمكن إجمال الحماية المدنية للملك الوقفي من خلال النقاط التالية:

¹- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 103.

²- سورية زردوم، مرجع سابق، ص 20.

1- لا يمكن التصرف في أصل الملك الوقفي كقاعدة عامة:

عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي كميزة يختص بها الوقف لا تقتصر على الواقف فقط، بل تمتد إلى الموقوف عليهم وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

1-1- عدم جواز تصرف الواقف في وقفه:

إن التصرف في أي مال مرتبط بحق الملكية وبما أن ملكية الواقف في المال الموقوف تزول بمجرد صحة الوقف وذلك طبقاً لنص المادة 17 من قانون الأوقاف¹، وهي مكرسة لما جاء في المادتين 3 و 4 من نفس القانون والمادة 213 من (ق أ ج)، فالواقف بمجرد نشوء الوقف صحيحاً لا يمكنه التصرف في أصل المال الوقفي الذي كان يملكه ملكية مطلقة بجميع السلطات الثلاثة المرتبطة بحق الملكية من استعمال وتصرف، بل زالت ملكيته له وانتقلت إلى الشخص المعنوي الذي ظهر بمجرد تمام التصرف القانوني الوقفي وذلك طبقاً لنص المادة 05 من القانون 91-10. إذ أنّ أساس زوال سلطات الواقف هو قيامه بالتبرع بماله لمؤسسة الوقف ذات الشخص المعنوي ليحبس حق التصرف لفائدتها وكأساس لوجودها، ويتمنح حق الانتفاع للمستحقين المحددين وفق لاشتراطاته، وبالتالي يثبت للموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها حق الانتفاع²، وهذا كما لا يجوز للواقف القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بمجال الوقف، وذلك كبيع أو هبة أو تنازل، وهذا ما أكدته المادة 23 من القانون 10/91 فهي تنص على ما يلي: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها"

1-2- حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع دون التصرف:

لقد نصت المادة 18 من القانون 91-10³ على عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من طرف الموقوف عليهم، فحصرت بذلك حقهم في الانتفاع دون التصرف، وهو ما ذهب إليه المشرع صراحة في المادة 23 من نفس القانون وما أكده القضاء ممثلاً في الغرفة العقارية للمحكمة العليا قرار لها المؤرخ في 29/09/1999⁴.

¹- تنص المادة 17 من القانون 91-10 المعدل والمتمم على ما يلي: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه"

²- بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص 34.

³- تنص المادة 18 من القانون 10/91 المعدل والمتمم على ما يلي: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية"

⁴- أنظر حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة من مجلة الدولة والمحكمة العليا، دار هومه، ط10، الجزائر، 2010، ص 280.

يلاحظ أن حق الانتفاع الممنوح للموقوف عليهم في الوقف والوارد في المواد 17 و18 و23 من القانون 91-10 يختلف عن حق الانتفاع المتعارف عليه في القواعد العامة المنصوص عليه في المواد من 844 إلى 854 من (ق م ج). فحق الانتفاع في الوقف هو حق عيني وهو حق للمستحقين في الوقف، يمكن أن ينتقل إلى الورثة إذا اشترط الواقف ذلك في عقده، ويسهر على إدارة هذا الحق والحفاظ عليه ناظر الوقف بما في ذلك حماية من التعرض والاستحقاق الذي قد يصدر من الغير وكذا صيانتها وإدارته، عكس حق الانتفاع المتعارف عليه في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، فهو حق شخصي متعلق بالمنفعة وينتهي بموته فهو ملازم له، وهذا ما يمنع انتقاله للورثة، ويتولى عدم التعرض عليه وإدارته وتسييره وصيانتها المنتفع شخصيا باعتباره المستفيد الأول منه¹.

إلا أن عدم جواز التصرف أصل الملك الوقفي كقاعدة عامة لا يعد قيذا مطلقا، بل يرد عليه استثناء وحيد في هذا الأصل وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون 91-10 بخصوص تعويض واستبدال الأعيان الموقوفة، وذلك وفق حالات تم حصرها في نص هذه المادة، بحيث أنه لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

- تعرضه للضياع أو الاندثار.
- فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة العامة.
- انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط.

وذلك بشرط تعويضه بعقار يكون مماثلا له أو أفضل منه، وقد حرص المشرع على ضبط هذه العملية بالنظر لخطورة التصرف في أصل الملك الوقفي الذي هو مصدر حق الانتفاع في الوقف، فقد ربط هذه الحالات المبينة أعلاه بضرورة صدور قرار من السلطة الوصية بعد إجراء معاينة ميدانية للوقوف على حقيقة وضرورة هذا التصرف كاستثناء من أصل الذي هو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي².

¹- رمول خالد، مرجع سابق، ص ص 66-67.

²- بن مشرني خير الدين، مرجع سابق، ص ص 35-36.

2- الملك الوفي لا يكتسب بالتقادم:

على غرار الأملاك العامة أي الأملاك الوطنية التي لا يجوز اكتسابها بالتقادم، فإنّ الوقف كذلك لا يكتسب بالتقادم وهي كنتيجة تبعية لكونه ليس مملوكا لأحد ولتمتعته بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية منشئيه، ولأنّ القول بتقادم الوقف يتعارض مع خاصية حبسه على وجه التأييد¹.

فالمال العام غير قابل للاكتساب بالتقادم وفقا لنص المادة 04 من القانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية²، التي تنص على أنه: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز"، وكذلك المادة 689 من (ق م ج) التي لا تجيز ذلك³. وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها مؤرخ في 2009/02/11 بأنه لا تقادم في الحبس ما دام عقد الحبس ذو طبيعة خاصة⁴.

3- المال الوفي غير قابل للحجز:

على غرار الأملاك الوطنية التي لا يجوز الحجز عليها بحكم الوظيفة التي تؤديها، فإنّ الأملاك الوقفية هي الأخرى ضد إجراء الحجز⁵، فالقاعدة العامة المتعارف عليها في الحجز أنها لا تكون إلاّ على الأملاك المدين إذ يمكن للطرف الصادر الحكم لفائدته القيام بالتنفيذ الجبري، كما يمكن له حجز ما للمدين من عقارات أو منقولات أو الحجز على ما له عند الغير⁶ إلاّ أن الوقف بحكم طبيعته التي هي مبنية على عدم جواز تملك أصل الملك الوفي، لا للوقف ولا للموقوف عليه، وهو ما منحه شخصية معنوية مستقلة جعلته يتميز كنظام قائم بذاته مؤبدا تصرف منفعته للصالح العام من محتاجين أو في الأعمال الخيرية، ولا يكون خاضعا لعملية الحجز المرتبطة بأغلب التصرفات الأخرى ومهما كان محله، لأن الحجز يؤدي في أغلب الأحيان إلى البيع بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الدين، وهذا ما يؤدي إلى انتقال ملكيته إلى طريق جديد تقدم إلى هذا المزاد، وهو ما يتعارض ويتناقض مع مبدأ وجوه الوقف⁷.

¹- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 15.

²- القانون رقم 90-30 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية ج ر، ج ج عدد 52.

³- تنص المادة 689 من (ق م ج) على ما يلي: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..."

⁴ قرار المحكمة العليا الصادر في 2009/02/11، ملف رقم 8951.47، م م ع، العدد 2، 2009، ص 283.

⁵- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 16.

⁶- راجع المواد من 636 إلى 799 من الباب الخامس المتعلق بالحجوز من قانون الإجراءات المدنية والإدارة رقم 08-09 السالف الذكر.

⁷- بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 37

لم يتطرق قانون الأوقاف 91-10 إلى عملية الحجز على الوقف إلا أنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل في الموضوع ضمن البند الثاني من 636 منه والتي قضت بعدم جواز الحجز على الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا ما عدا الثمار والإرادات.

نعلم أن الحجز على مال المدين هو حل مقرر للوفاء بالدين، فلا يجد مبدأه في الوقف كما هي الحال في المال العام، إلا أن هذا لم يمنع المشرع من أن يستثني حصة المنتفع أي المستحق في الوقف من الحجز عليها إذا كان هذا الأخير مدينا للغير، وذلك في نص المادة 21 من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه"، أي أنه أجاز التنفيذ على حق الموقوف عليه، وهو ما يعرف "بالغلة"، لأن الحجز ينصب على الغلة فقط دون الوقف، وبالتالي هذا الأخير غير مهدد في هذه الحالة، فكما يجوز بيع الغلة يجوز حجزها¹، وبمفهوم آخر فإن المشرع أجاز رهن حق المنفعة أو الثمن الذي يعود من الانتفاع بالوقف حتى ولو أمكن للموقوف عليه ترتيب بعض الديون على الثمار أو الإيراد العائد إليه من حصته في الاستحقاق، فالمستحقين لريع الوقف يجوز لهم رهن حصصهم إذا قبضوها أو كانت قابلة للقبض لكن أصل الملك الوقفي لا يكون ضمانا للدين.

2- الوقف غير خاضع للشفعة:

الشفعة² هي من الأموال التي تفيد الملك وليست عقدا، ومعناها شرعا تملك العقار المبيع كله أو بعضه جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف. إن المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز أعمال إجراء الشفعة على الوقف، لأن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع المنصب على عقار في حين أن الوقف هو عقد تبرعي، فإذا كان محل عقد البيع عقارا مخصصا للإنجاز محل للعبادة مثل المسجد أو تم تخصيص هذا العقار لصرف ريعه على محل عبادة معين، فإن الشفعة لا تجوز فيه ويكون محل الوقف أولى أن يمنع أخذه بالشفعة³.

ثانيا: أنواع الوقف

أصل الوقف أنه صدقة من الصدقات المالية جارية الثواب من غير انقطاع من أي نوع كان مادام متوافقا مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ولكن هذا لا يعني عدم تنوع الوقف أو تقسيمه، فقد قسم

¹ - بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 38

² - ورد تعريف الشفعة في المادة 794 من (ق م ج) والتي عرفتها "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"

³ - زردوم سورية، مرجع سابق، ص 16.

حديثاً إلى نوعين أو ثلاثة¹، واختلف في بيان هذه الأنواع حسب البلدان والجهات فقسم في الجهات المصرية ومن هذا حذوها إلى نوعين خيريين وأهليين. أما في جهات الشام والعراق فيعبر عن الوقف الأهلي بالوقف الذري ويقسم الأوقاف إلى ثلاثة أقسام الذري، والخيري، والمشترك². فنتناول تقسيمات بحسب عدة معايير، فهناك الوقف المؤبد والمؤقت، وهناك الوقف النظامي، والملحق، والمستقل، وأخيراً هناك الوقف العام والوقف الخاص.

أ- أنواع الوقف بحسب المعيار الزمني:

ينقسم الوقف بحسب هذا المعيار إلى الوقف المؤبد والمؤقت³.

أ-1- الوقف المؤبد:

هو الوقف الذي حبسه الواقف على سبيل الانتفاع الدائم بغلته إلى أن يصبح الشيء الموقوف غير صالح لأداء غرضه، بمعنى أنه هو الذي يخرج عن التداول إلى الأبد، لأنه إخراج المال على وجه القرية، وفي هذا الوقف لا يمكن تصور رجوع الشيء الموقوف إلى واقفه أو لخلفه العام⁴.

أ-2- الوقف المؤقت:

هو الوقت الذي حبسه الواقف للانتفاع به مدة معينة في سبيل الله ثم يرجع المال الموقوف إلى ملكية الواقف، إن كان حياً أو إلى خلفه العام⁵، وبذلك يعود المال الموقوف كما كان حراً في التداول والملك.

هذا النوع من الأوقاف يلاحظ عليه أنه لا يحقق الأهداف المرجوة من الوقف، بالإضافة إلى محدودية المذاهب التي تقره، فنجد أنّ جمهور الفقهاء يرون عدم التأقيت في الوقف لأن ذلك يتنافى مع مقتضى الوقف عدا الملكية الذين يرون أنّ عمل الخير يجوز مؤبداً كما يجوز مؤقتاً⁶.

إلا أنّ المشرع الجزائري نجده قد تبني موقف جمهور الفقهاء حيث رتب البطلان على كل وقف

يحدد بمدة معينة¹.

¹ - هناك تنوع في الأوقاف الإسلامية من حيث الأموال الموقوفة وأغراض الوقف، وأهدافه والشكل القانوني للوقف والمضمون الاقتصادي، وأنواع الواقفين وإدارة الوقف، راجع منذر قحف، مرجع سابق، ص 31-41.

² - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 266.

³ - يقصد بالتأبيد في الوقف ألا يكون مؤقتاً بأجل معين ينتهي الوقف بانتهائه، أمّا التأقيت فيقصد به أن يحدد الواقف لوقفه مدة محدّدة فإذا انقضت اعتبر الوقف منتهياً وعاد الوقف إلى ملكه. أحمد محمد بخيت الغزالي، أحكام التركات والأوقاف في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 471.

⁴ - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 13.

⁵ - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع نفسه، ص 13.

⁶ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 62.

ب- أنواع الوقف بحسب جهة إدارته:

ينقسم الوقف بحسب هذا المعيار إلى أقسام ثلاثة هي²:

ب-1- الوقف النظامي:

هو الوقف الذي تشرف على إدارته وضبطه السلطة المكلفة بالأوقاف ابتداء أو بعد انقطاع من شرطت له تولية الوقف.

ب-2- الوقف الملحق:

هو الوقف الذي يديره متول بإشراف إدارة الأوقاف، ويقع ذلك عندما يكون هناك منازعات على ولاية الوقف، أو أثناء محاسبة المتولي، أو عندما لا يكون المتولي قد بلغ من الرشد، وقد شرطت له التولية في كتاب الوقف.

ب-3- الوقف المستقل:

هو الوقف الذي يديره متول، ويتبع في إدارته شروط الواقف دون أن يكون مضبوطا أو مرسما لدى الجهات الرسمية المكلفة بالأوقاف أو التي لها علاقة.

ج- أنواع الوقف بحسب جهة صرفه:

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

لقد تجاهل المشرع الجزائري باقي التقسيمات الأخرى التي اعتمدها الفقهاء وباقي الدول العربية والإسلامية الأخرى³ والتي ذكرناها أعلاه.

بالرجوع إلى التقسيم الذي اعتمده المشرع الجزائري نجد بأن هذا التقسيم لم يأتي به قانون الأوقاف 10/91، بل اعتمد قبل ذلك من طرف المرسوم رقم 283/64 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة بموجب المادة 01 منه إلى وقف عام ووقف خاص⁴.

¹- تنص المادة 28 من القانون رقم 10-91 على ما يلي: "يظل الوقف إذا كان محددًا بزمن"

²- نقلا عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 63.

³- قانون رقم 84 لسنة 1946 المتعلق بتنظيم الوقف في مصر.

⁴- تنص المادة 01 من المرسوم رقم 283-64 على ما يلي: "تنقسم الأملاك الحسبية أو الموقوفة إلى قسمين: الأحباس العمومية والأحباس الخاصة (المعقبة)، فالأحباس العمومية لا تقبل التقويت ولا تجرى عليها المعاملات التجارية بناء على إرادة المحبس، ويخصص مدخولها بصورة قطعية لأعمال الخير أو لصالح اجتماعي.

هو ما قد كرسه المشرع الجزائري من خلال قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 وذلك من خلال المادة 31 المذكورة أنفاً.

ثم بعد ذلك أتت المادة 06 من قانون الأوقاف ليصرح من خلالها المشرع بتمسكه بهذين النوعين: وقفاً خاصاً وآخر عاماً حيث نصت على ما يلي: "الوقف نوعان: عام وخاص...".
وسنتناول توضيح كل نوع على حدا:

ج-1- الوقف العام (الخيرى):

الوقف العام هو كان غرض يشمل جميع من ينطبق عليهم وصف الغرض سواء أكان هذا الشمول للناس كلهم أو لمن يقيمون في منطقة محدّدة منهم¹.

اختلفت التعريفات الفقهية حول الوقف العام أو ما يعرف بالخيرى باختلاف المعايير التي اعتمدت كأساس في تعريف الوقف العام، حيث جاء في ذلك التعريف الآتي: " هو ما جعل ابتداءً على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة، ويكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين".² وهذا التعريف اعتمد على معيار صفة الخيرية التي يطبع الوقف العام.

كما عرّف بأنه: " هو الذي يعود أساساً على المصلحة العامة التي حبس من أجلها، ويتكون من الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبسها"³، هذا التعريف اعتمد معيار المصلحة العامة وهو مصطلح استبدل به فكرة الخيرية.

اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه للوقف العام على معيار أو فكرة الخيرية حيث نص في المادة 406 من قانون الأوقاف رقم 10-91 على أن: " الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات".

فالوقف العام حسب هذه المادة هو ما كان حبساً على غير معين من الأفراد ابتداءً، لكن بالاستناد إلى المادة 07 من قانون الأوقاف رقم 10-91 والتي تنص على أنه: " يصير الوقف الخاص وقفاً عاماً

أما الأحباس الخاصة (المعقبة) فتشمل أملاكاً يخصص المحبس منفعتها لمستحقين معينين، وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف"

¹- منذر قحف، مرجع سابق، ص 34.

²- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 318-320.

³- نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ص 78.

⁴- المادة 06 المعدلة بموجب المادة 03 من القانون رقم 10-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 10-91 المتضمن قانون الأوقاف.

إذا لم يقبله الموقوف عليهم¹. فيستنتج من مواد قانون الأوقاف تعريف الوقف العام بأنه ما كان حبسا على غير معين من الأفراد ابتداء أو انتهاء².

حدد قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم أقسام الوقف العام وذلك ضمن نص المادة 06 فقرة 2 وهما:

- وقف يحدد فيه مصرفا معيناً لريعه فلا يصح صرفه على غير هذا المصرف من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.
 - وقف غير محدد الجهة لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات.
- فالمعيار الذي اعتمده المشرع في تقسيم الوقف العام هو معيار مرن ومفتوحا على احتمالات لانهاية لها، كما أنه جاء بمعيار آخر يكمل المعيار الأول وهو معيار التعداد والحصص حيث قام المشرع بحصر وتعداد الأوقاف العامة وذلك من خلال ما قضت به المادة 08 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم، حيث نصت على ما يلي:
- "الأوقاف العامة المصونة هي:

- 1- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
- 2- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت بعيدة عنها.
- 3- الأموال والعقارات والمنقولات المرفوقة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
- 4- الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم.
- 5- الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.
- 6- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.
- 7- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.
- 8- كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف.

¹- المادة 07 من القانون رقم 91-10 ملغاة بالمادة 06 من القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم للقانون 91-10.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 64.

9- الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن.

تحدّد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"

يلاحظ أنّ التعداد الوارد في المادة 08 من قانون الأوقاف 91-10 تعداد بحسب الجهات التي اعتاد الناس وقف أملاكهم عليها، ولكن أغفلت تعدادها بحسب النشاطات التي ترصد لأجلها، فمفهوم الأوقاف العامة يرمي إلى محتوى واضح أوسع مما احتوته المجموعة المذكورة أعلاه، إلا أنّ المشرع انتبه إلى قصور هذه المادة عن جمع كلّ أنواع الأوقاف العامة، فحاول بعدها ضم أنواع أخرى تندرج ضمن الوقف العام عدّتها المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381¹ المحدد لشروط وإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك وهي كالاتي: "في إطار أحكام المادة 08 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المذكور أعلاه تعتبر من الأوقاف العامة

- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.

- الأملاك التي وقفت بعدما اشترت بأموال جماعة من المحسنين.

- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.

- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية."

هو ما يؤكد عدم حصريّة التعداد الوارد في قانون الأوقاف اعتبار المشرع عدّد أصنافا أخرى، إلاّ أنه مهما حرص المشرع على حصرها فإنه لن يجمع ويحصر جميع صور الأوقاف العامة لتنوع النشاطات التي أسهم الوقف من خلالها عائداته في معالجة سلبيات وهموم المجتمع الكثيرة. إذن فالتخصيص الوظيفي للأملاك الوقفية العامة لا يتعارض مع المعايير المعتمدة سابقا بل يكملها بتمييز الوظائف والأغراض التي تنشأ من أجلها الأملاك.

من خلال استقراء نص المادة 08 من قانون الأوقاف نجد عبارة مستحدثة من قبل المشرع لم يتطرق إليها بالتوضيح، ولم يتناولها الشراح بالبيان وهي: "الأوقاف العامة المصونة". فما هو مقصود المشرع بكلمة "مصونة"؟

¹- راجع المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في المذكور أعلاه.

لغة يقال صان، يصون، صونا، وصيانة. والصيانة تعني الوقاية والحفظ، أما اصطلاح القانون فمفادها أن المشرع استخدم عبارة الصيانة بمعنى الإشراف الدائم عن المنشآت والأبنية والتجهيزات الوقفية، وتتمحور الصيانة في اصطلاحها وتعدادها بكل ما يؤمن حسن استخدامها، وتسمى بأعمال الصيانة¹. التحليل القانوني لهذه العبارة يفيد أن المشرع عدد صورا من الأوقاف العامة بغرض تقريره وتأكيد على أنها تحظى بصيانة الدولة لها وتعهدا بالحفظ والوقاية والرعاية الدائمة، إلا أنه يفهم من ذلك أن ما عدا تلك الأنواع المذكورة فلن يحظى غيرها بالصيانة ولا بالوقاية من الإدارة المكلفة بالأوقاف. بمعنى ترك باقي الأوقاف العامة الأخرى لصيانة الجهة الموقوف عليها والشئ الذي يتنافى ومقتضى الإدارة المكلفة بشؤون الأوقاف في الجزائر والتي يحق لها عند الاقتضاء الإشراف حتى على الأوقاف الخاصة وترقيتها فكيف الحال إذا كانت أوقافا عامة².

الملاحظ أن ما يقابل هذا النص العربي باللغة الفرنسية التي جاءت تلك العبارة على النحو التالي:

Art.8-les « wakf publics protégés par la loi sont.. »

فالنص بالفرنسية يتحدث عن "الأوقاف العامة المحمية بالقانون" مما يفيد أنّ هناك أوقافا يحميها القانون وأخرى لا تحظى بنفس الحماية، إن لم نقل لا تحظى بها مطلقا بحسب ما جاء في ترجمة النص علما أنّ كلا المصطلحين يعد إجحافا في حق بقية التصنيفات الأخرى، وبذلك فإنه لا يوجد أي مبرر يجعل المشرع يبسط حماية القانون على حقوق دون الأخرى، ولا أملاك دون أخرى، ذلك أن الأوقاف على عمومها ومهما كان نوعها فقد قرر المشرع لها الحماية الدستورية والقانونية، ومن حماية خاصة انفردت بها الأوقاف سواء كانت خاصة أو عامة³.

ج-2- الوقف الخاص (الأهلي)⁴

هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وربعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم.

¹ إبراهيم نجار، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، ط2، لبنان، 1988، ص 84.

² فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع القانون العقاري، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007، ص ص 18-19.

³ فنطازي خير الدين، مرجع نفسه، ص ص 19-20.

⁴ يسمى أيضا الوقف الذري أو الأهلي، المعقب وألغي هذا النوع من الأوقاف في مصر بالقانون رقم 180 لسنة 1952 والخاص بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات والمعدل بالقانون رقم 342 لسنة 1952، كما نجد المشرع المغربي في شأن الأحباس المعقبة والمشاركة، أجاز الحبس الذري مع إعطاء الصلاحية للواقف في تحديد درجة الاستحقاق مع جواز الرجوع في الوقف الأهلي.

قد عرف بأنه "ما جعل لأوّل مرة على معين سواء كان واحد أو أكثر، وسواء كانوا معينين بالذات أو معينين بالأوصاف، سواء كانوا أقارب أم لا، بعد ذلك هؤلاء المعينين على جهة البر"¹.

قد عرفه قانون الأوقاف رقم 91-10 في المادة 6 فقرة 02 قبل تعديلها بما يلي: "الوقف الخاص هو ما يحبسها الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم"، المشرع الجزائري وضع شرطا لصحة الوقف الخاص وهو قبول الموقوف عليهم له وهذا ما أكدته المادة 07 من قانون الأوقاف المذكورة سابقا إلا أنه يلاحظ على هذا الشرط ليس له ما يبرره باعتبار أنه لا يمكن تصور أنّ شخص قدم له أموال أو منفعة ويرفضها إلا نادرا جدا²، وهذا النوع من الوقف تعرض إلى جملة من الانتقادات بالنظر إلى الآثار المترتبة عنه وهي:

- أنّ كثير من الناس من يلجئ إلى هذا النوع من الأوقاف لحرمان بعض الورثة من الإرث، وهو ما يجعل الوقف الخاص مخالفا لتعاليم الإسلام باعتباره إخلالا بقواعد الميراث.

- يؤدي هذا النوع من الوقف إلى تجميد الثروة وحبسها عن التداول.

هذه الانتقادات هي التي أثرت على التشريعات التي تباينت مواقفها تجاه الوقف الخاص بين الإلغاء والإبقاء مع التقييد، إلا أنه في نفس الوقت لا يمكن الجزم بانعدام المصلحة في تقرير هذا النوع من الوقف والتي تتمثل فيما يلي:

- الوقف الخاص يقصد منه التكافل الاجتماعي لأقرباء الواقف وذريته.

- إقراره هو في النهاية إنشاء للوقف العام.

- عدم إقرار الوقف العام قد ينطوي عنه خطورة امتناع الناس عن الوقف وهو ما يستفاد من تجارب الدول التي ألغت الوقف الخاص، فامتنع بعد ذلك الناس عن الوقف عموما، إلا ما تعلق بالمساجد، لأن الشخص الواقف يرجون بوقفهم التصديق على ذريتهم ثم ليكون صدقة جارية على جهة عامة³.

اتخاذ موقف سلبي من الوقف الخاص راجع إلى إساءة إدارته من قبل النظام أحيانا أو تعقد المعاملات القانونية الخاصة به بسبب طول الأمد، وعدم وجود المؤسسة الإدارية المشرفة على تنظيم هذا

¹- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 318.

²- راجع: رمول خالد، مرجع سابق، ص ص 48-49.

³- منذر قحف، مرجع سابق، ص ص 114-115.

النوع من الوقف وعدم وجود الأجهزة التي تتولى تقديم الرأى والفتوى والمشورة في تطبيقه العملي، فلذلك يقتضي أن ينظم القانون ويضع له الأطر التنفيذية التي تعمل على تشجيعه¹.

كان من الأولى أن يضبط هذا الوقف بما يمنع تحقق المفاصد المتوقعة من الذهاب إلى عدم تنظيمه، فالضابط المناسب هو أن الوقف الخاص الأصل فيه الجواز متى لم يتخذ كذريعة للإضرار بالورثة، وإلا وقع تحت طائلة البطلان لمصلحة المتضرر الذي يقع عليه عبء إثبات نية الإضرار، فإن بناء صلة الأرحام وتحقق العدل خير من تحقق مقاصد الوقف والأمور بمقاصدها وفقا لقاعدة "درء المفاصد أولى من جلب المصالح"².

مقارنة الوقف العام مع الوقف الخاص، فإنه لم يحضى هذا الأخير بنفس الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للوقف العام، وذلك راجع لقلّة المواد التي تعالج الوقف الخاص في القانون 10/91، والتعديل الذي أدرجه المشرع على القانون رقم 10-91 بموجب القانون 10-02 الذي تم بموجبه إلغاء المواد المنظمة للوقف الخاص³ الذي أصبح خاضعا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها مع الإحالة في ذلك على الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

إنشاء الوقف

إنّ إنشاء الوقف كنظام مستقل بقواعده يقتضي قيامه على أسس مشروعة وسليمة حتى تترتب الآثار القانونية على ذلك التصرف، وهي ما يطلق عليها بالأركان.

غير أنّ المشرع اعتبر الوقف صحيحا متى توافرت الأركان والأسس المنصوص عليها، ولكنه اشترط توافر إجراءات لا يترتب الوقف أثاره القانونية من دون تحققها، غير أنّ هذه الشروط والإجراءات التي وإن كانت إجراءات تقنية لكن العبرة ليست في طبيعتها وإنما في الحكمة من وصفها من قبل المشرع والغاية التي يرمي إليها من ورائها.

لذلك سنتناول في هذا المطلب الأركان التي يقوم عليها الوقف في نظر المشرع الجزائري في الفرع الأول ثم التطرق إلى إبراز الشروط التي وضعها المشرع حتى يترتب الوقف أثاره القانونية من خلال

¹- منذر قحف، مرجع نفسه، ص 115.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص ص 67-68.

³- المادة 06 من القانون رقم 10-02 ألغت المواد 7، 9، 22، 47 من القانون رقم 10-91 المتعلق بالأوقاف.

الإجراءات التي نص المشرع على ضرورة الأخذ بها، مع ما يترتب من نتائج عن تخلفها وذلك من خلال الفرع الثاني على النحو التالي:

الفرع الأول

أركان الوقف

الرّكن هو كلّ ما يتوقف عليه الشيء ويقوم عليه وإن للوقف كغيره من التصرفات الأخرى أركان ينبغي توافرها، فإذا أنشئت وفقا للشروط التي يتطلبها القانون ترتب على هذا الوقف آثاره القانونية يضيف عليه القانون القوة الإلزامية بحيث يصبح أطرافه خاضعين لقوة هذا التصرف وما يترتب من حقوق والتزامات ما دامت قائمة.

حتى لا نغوص في الجدل الفقهي الذي وقع بشأن أركان الوقف¹ نجد المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، فاعتبر أنّ للوقف أركان أربعة حددها نص المادة 09 من القانون رقم 91-10 والتي نصت على أنّ: "أركان الوقف هي:

- الواقف
- محل الوقف
- صيغة الوقف
- الموقوف عليه"

وسوف نتناول كلّ ركن منها على حدة مع مراعاة الشروط الخاصة به حتى يكون هذا الرّكن قانونيا من خلال الآتي:

أولاً: الواقف

الواقف هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه، من شأنه أن يغير ملكية الشيء الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، قاصدا إنشاء حقوق عينية فيه للموقوف عليهم² ويجعله خاضعا لنظام خاص يقرر القانون قواعده، ومن حيث تنظيمه خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹- اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركنا في الوقف، وما يعتبر من شروطه تبعا لاختلافهم في مدى إمكان قيام الوقف بالصيغة وحدها من عدمه، ففريق منهم يرى أن الوقف يمكن أن ينشأ بالصيغة وحدها جعلها الرّكن الوحيد له، وفريق آخر رأى أنّ الصيغة وحدها لا تكفي لنشوء الوقف وقرر أن للوقف أركان أربعة وهي الواقف والموقوف عليه والموقوف، والصيغة الدالة على إنشائه. راجع: شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 261.

- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 59.

²- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج 9، مرجع سابق، ص 348.

فالواقف إذن ينشئ بإرادته تصرفاً قانونياً يجعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد، قصد إنشاء حقوق عينية عليها لمن يعينه بإرادته باعتبار أنّ الوقف قرينة اختيارية يضعها في من يشاء وبالطريقة التي يختارها¹.

مع أنّ الواقف إرادته في الوقف محترمة إلاّ أنه يشترط فيه حتى ينشأ وقفه صحيحاً جملة من الشروط، فيشترط أن يكون أهلاً للتبرع وذلك بأن يكون بالغاً، عاقلاً وغير محجور عليه لسفه أو غفلة أو دين، وأن يكون مالكا للعين الموقوفة²، وقد جرى النص عليها ضمن المادة 10 من القانون رقم 91-10 كما يلي: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً ما يأتي:

1- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً.

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه ماله غير محجور عليه لسفه أو دين"

أ- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله:

فيشترط المشرع أن الوقف لا ينعقد صحيحاً إلاّ إذا صدر من شخص أهلاً للتبرع، بمعنى أن يكون أهلاً لممارسة ومباشرة التصرفات الإدارية والتي يعتبر الوقف من بينها، ومن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص المالك الذي لا شوب إرادته عارضاً من عوارض الأهلية، كما ينبغي أن يكون عاقلاً بالغاً، غير محجور عليه لسفه أو دين.

أ-1- العقل:

لا بد أن يكون الواقف متمتعاً بكل قواه العقلية، بحيث لا يصح الوقف من فاقده العقل كالمجنون وناقصه كالمعتوه، وإن اشترط هذا الشرط ضروري لأن الوقف تبرع وصحة التبرعات يتوقف على كمال العقل³، فالمجنون لا يصح وقفه لأن الوقف تصرف يتوقف على التمييز، ولو كان الجنون منقطعاً ووقف في حال إفاقته كان وقفه صحيحاً، وإن طرأ عليه الجنون بعد أن وقف فلا يؤثر ذلك في صحة الوقف.

أمّا بالنسبة للمعتوه فحكمه حكم المجنون إذ لا يصح وقفه⁴، وقد تبني المشرع الجزائري هذا الحكم حيث نصت المادة 31 من القانون رقم 91-10 على ما يلي: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون

¹ - فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 32.

² - Marcel MORAND, Étude sur la nature juridique du habous, Typographie Adolph Jourdan : imprimeur, libraire édition Alger, 1904, p34.

³ - Benoit ADDA et Elias GHALLOUNGUT, droit musulman, le ouakf au immobilisation d'après les principes de rite hanafite, Alexandrie, Egypte, 1893, page 03.

⁴ - الفرق بين الجنون والعتة أن الجنون خال من العقل تجري معه الأقوال والأفعال على غير مقتضى العقل، والعتة نقصان في العقل يختلف معه الكلام، فبعضه يشبه كلام العاقل وبعضه الآخر يشبه كلام المجنون.

الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتما عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

نلاحظ في هذا النص أن المشرع أخذ قواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي الذي أجاز تصرفات المجنون الذي جنونه متقطع لإمكانية تكليفه، ومن جهة أخرى نجده يخالف القواعد العامة الموجودة في القانون المدني¹، خاصة المادة 42 منه التي تنص على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، حيث نلاحظ أن صفة الجنون جاءت مطلقة دون تمييز بين الجنون الكامل والمتقطع.

أمام هذا الخلاف نجد نصين متعارضين في مسألة جوهرية خصوصا في مسألة إثبات حالة الجنون لإبطاله أو عدم إبطاله، وهذا ما يعرقل ويصعب عمل القاضي في حالة وجود نزاع مطروح أمام القضاء.

أ-2- البلوغ:

نص المشرع في المادة 30 من القانون رقم 91-10 على أنه: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، ومفاد ذلك أنّ كلّ وقف يصدر عن شخص لم يبلغ سن الرشد عموما فإنّ ذلك الوقف غير صحيح مطلقا، أي باطل بطلان مطلق حتى ولو أجاز الوصي².

فالصبي لا يصح وقفه مميزا كان أو غير مميز، لأن المميز ليس أهلا للتبرعات، فالوقف من التصرفات التبرعية التي يشترط فيها أهلية التبرع كما أنه من العقود الضارة بالمتبرع.

المشرع الجزائري لم يحدد سن الرشد في أحكامه ولا سن التمييز الذي ذكر في المادة 30 من قانون الأوقاف المذكورة أعلاه.

فلو أخذنا بأحكام تصرفات عديمي الأهلية وناقصيها وفقا لأحكام القانون المدني فإنه يكون سن التمييز محددًا بـ 13 سنة بنص المادة 42 منه، وسن الرشد هو 19 سنة كاملة بنص المادة 40 من نفس القانون.

¹- رمول خالد، مرجع سابق، ص 74.
- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 264.

² -GHAOUTI Benmelha, op. cit , p 218.

فيكون الوقف صحيحاً إذا صدر من شخص بلغ 19 سنة، غير أنّ المشرع لم يتطرق إلى مسألة جواز أو عدم جواز الترشيد في عقد الوقف، مما يحيلنا إلى المبادئ العامة في القانون المدني، وبالرجوع إلى أحكام هذا الأخير نجد بأنّ الترشيد يصح التصرفات التي أقدم عليها المرشد كلها ولو كانت ضارة به ضرراً محضاً، مثل التبرعات والوقف واحد منها¹، وسن الترشيد هي 18 سنة وفقاً للمادة 2/38 من القانون المدني، إلاّ أنه حذف سن الترشيد بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

أما إذا أخذنا بأحكام قانون الأسرة كونه منظم لمسائل الأحوال الشخصية الذي كان له نصيب في تنظيم بعض مسائل الوقف، حيث المادة 84 منه تنص على ما يلي: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبهر ذلك" إلاّ أن في ذلك تصادم بأحكام تناقض ما جاء في القانون المدني، لأن قانون الأسرة يتعارض مع القانون المدني في جعل سن الترشيد منوطة بسن التمييز، وهذا أيضاً يتعارض مع نص المادة 30 من القانون رقم 91-10 والتي نصت صراحة على بطلان تصرفات ناقص الأهلية حتى ولو أجازها الوصي².

نلاحظ أنه رغم تنوع النصوص القانونية في هذا الشأن إلاّ أنها لم تتمكن من ضبط معيار تحديد سن الرشد اللازمة في عقد الوقف، وكننتيجة حتمية فإنه يطبق بشأنها المادة 02 من القانون رقم 91-10 والتي هي مرجع لكل ما لا نص فيه بشأن الوقف، ومسألة سن التمييز وسن الرشد غير منصوص عليها في هذا القانون وهذا الأخير يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية نجد أنّ الفقهاء قد حددوا سن التمييز بـ 7 سنين، وسن الرشد ببلوغ 14 سنة والأخذ بهذا الرأي يجعل من عقد الوقف الذي يبرمه من بلغ 14 سنة صحيحاً.

إلاّ أن المنطق يصطدم مع الواقع العملي فنجد الكثير من الهيئات المعنية بالوقف وحتى القضاء يأخذ بسن الرشد التي نصّ عليها القانون المدني، واعتبروه المختص بأحكام تصرفات عديمي الأهلية أو في شق منه، وتكملة أحكام قانون الأسرة في كثير من مسائله وأنه من المفروض أي يختص القانون بحكم التصرفات المالية بمدى صحتها أو بطلانها³.

¹- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 65.

- فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 36.

²- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 65.

³- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 31.

أ-3- أن يكون غير محجوز عليه لسفه أو دين:

اشتراط المشرع خلو الواقف من موانع أخرى من موانع التصرف وهي الحجر على الواقف لسفه أو دين، وهذا ما أكدته المادة 10 من القانون 91-10، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع لم يتعرض ما إذا الوقف صادرا عن ذي غفلة¹ إلاّ أن سكوته هذا لا يفهم من أن وقفه صحيح لأنّ أخذ نفس حكم السفية كلاهما ناقصي الأهلية².

والحجر قد نظمه المشرع في القانون المدني من خلال المادتين 43 و 44 وفي قانون الأسرة ضمن المواد من 101 إلى 108.

وستتناول مسألة الحجر لسفه لنتنقل بعدها إلى حالة الحجر لدين.

1- أن لا يكون محجورا عليه لسفه:

السفه هو أحد موانع التصرف والحجر على هذا الأخير لا يعتد به في نظر القانون إلاّ إذا صدر بموجب حكم قضائي بشأنه ويكون نهائيا لتنفيذه، فالقاضي هو الذي يملك السلطة التقديرية في الحجر أو عدم الحجر على الشخص مع وجوب الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات حالة الحجر وأسبابه³.

ثبوت حالة الحجر هي في مصلحة السفية، لأن الوقف تصرف تبرعي ضار للشخص السفية، وإذا حجر عليه جاء من أجل المحافظة على ماله، وكل تصرفات المحجور عليه باطلة بعد تقرير حالة الحجر⁴.

قد نص المشرع على حكم تصرفاتهم في حالة الحجر من خلال قانون الأسرة، حيث نصت المادة 107 منه على أنّ تصرفات المحجور عليهم بعد الحجر باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما.

2- أن لا يكون محجورا عليه لدين:

يشترط في الواقف حتى يكون وقفه صحيحا أيضا أن لا يكون محجورا عليه لدين، وعلى هذا فإنه إذا وقف شخص جميع أمواله أو بعضها إضرارا بدائنيه كان وقفه باطلا وفق نص المادة 02/10 من

¹- كان بالأجدر على المشرع الجزائري إلحاق المغفل بالمادة 10 من قانون الأوقاف أو إسقاط كل من حكم السفية وذي الغفلة من المادة باعتبار أنه حتى ولو صدر منهما الوقف فإنه سوف يضر حتما بدمتهم المالية.

²- تنص المادة 43 من (ق م ج) على ما يلي: "كلّ من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكان سفية أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

³- راجع نص المادة 103 من (ق أ ج).

⁴- فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 39.

القانون رقم 91-10، فالمشرع اعتبر أموال المدين في هذه الحالة ضامنة لوفاء ما عليه من ديون ولذا يمنع جميع تبرعاته من وقف وهبة ونحوهما فيما يضر بدائنيه.

يستلزم التفرة بين صورتين من الدين:

- الحالة التي يستغرق فيها الدين بعض من أموال المدين الواقف فإنه يجوز وقفه في كل ما لا يتوقف به الدين، كما لو وقف ما زاد على ما يفي بدينه، فالوقف صحيح ناقص في حق الدائنين ولا يتوقف على إجازة أحد منهم، أما إذا كان الوقف في ما يتوقف به الدين فإنه يتطلب إجازة الدائنين له باعتبار أن حقهم متعلقا بجزء من الوقف يعادل دينهم، هذا ما لم يكن محجورا عليه لأن المحجور عليه يتوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين سواء شمل الوقف ماله كله أو بعضه¹.
- الحالة التي يستغرق فيها الدين كل أموال المدين الواقف فإن وقفه يتوقف على إجازة الدائنين إذا كان الواقف محجور عليه، ذلك لأن الحجر تقرر للمحافظة على حقوقهم التي أصبحت بمال الواقف بمجرد الحجر بعد أن كانت مرتبطة بذمته فقط، وتسري إجازتهم من وقت إنشاء الوقف. في حالة ما إذا كان الواقف غير محجور عليه فإن وقف المدين يعقد صحيحا وناظا ولا يتوقف على إجازة الدائنين²، غير أنه لهم الحق في مقاضاة الواقف المدين الذي استغرق الدين كل أمواله خاصة إذا كان الوقف خاصا بحبس أمواله على عقبه (أولاده)، فهنا ثبتت سوء نيته، فينبغي الأخذ بأسبقية الدين على الوقف من الناحية الشرعية³.

3- أن لا يكون مريضا مرض الموت:

لقد تم تعريف مرض الموت في موضع سابق من هذه الدراسة فهو المرض الذي يخاف منه الموت ويتصل الموت به، أي المرض الذي يقوم بالإنسان فيعجزه عن مباشرة أعماله التي كان يزاولها حال صحته وينتهي بالموت⁴.

نص المشرع في المادة 32 من القانون رقم 91-10 على ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه".

¹ - فطازي خير الدين، مرجع نفسه، ص 40.

-شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 265.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 200.

³ - زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 235.

⁴ - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 122.

يستشف من أحكام المادة أعلاه أنه يشترط في الواقف حتى يصح وقفه أن لا يكون مريضا مرض الموت. فإذا وقف المريض مرض الموت ماله وهو مدين بدين يستغرق كل أمواله فإن وقفه في هذه الحالة يتوقف على إجازة دائنيه وقت إنشاء الوقف إذا كان محجوزا عليه أو بعد وفاته إذا لم يكن محجوزا عليه¹. فإذا أجاز الدائنون الوقف أصبح نافذا نتيجة لإبراء ذمة الواقف المدين، أما إذا لم يجيزوه اعتبر باطلا وجاز لهؤلاء بيع الموقوف واستقاء ديونهم².

أما إذا كان الواقف غير مدين وقت وفاته فإن وقفه في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية³، ويكون صحيحا وناظرا ولا ينفذ في حق ورثته إلا في حدود ثلث التركة إذا كان الوقف على أجنبي ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث، فإذا أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل، وإن أجازوه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازوه وبطل في حق من لم يجزه⁴.

يمكن القول بأن المريض مرض الموت تتعلق بأمواله حقوق الدائنين وتتعلق بالثلثين بحقوق الوارثين ولكن لا يتأتى ولا يتقرر بطلان الوقف الصادر من طرف الواقف مريض مرض الموت إلا إذا طعن الورثة ومن له مصلحة في ذلك عن طريق القضاء، ولكن يبقى عليهم إثبات ذلك، أي بأن الواقف وقت إنشاء وقفه كان مريضا مرض الموت فعلا، تحت طائلة رفض دعواهم لعدم تأسيس متى عجز المدعي عن إقامة البينة على ذلك، فقد شددت المحكمة العليا في مسألة الإثبات رغم صعوبتها وقد نص قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1971/03/03 على ما يلي: "حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطلا وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات من جرأه

وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا يطلب إقامة البينة على صحتها، واكتفى في الحكم بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السالف الذكر، كان قرارا خارقا لأشكال المرافعات الجوهرية وحتى للقواعد الشرعية، مما يستوجب نقضه"⁵. ما يمكن استنتاجه من هذا القرار ما يلي:

¹- رمول خالد، مرجع سابق، ص 266.

²- عابدين مصطفى، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا، مقال منشور بنشرة القضاة، عدد 59، ص ص 128-129.

³- راجع نص المادتين 204-215 من (ق أ ج)

⁴- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 122.

⁵- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1971/03/03 منشور في م ق، عدد 2، 1972 ص 73.

- أن القرار يجعل مرض الموت قرينة كافية لبطلان الوقف، ولذا يكفي من له المصلحة في بطلان الوقف أن يثبت أن التصرف قد صدر في وقت كان الواقف فيه مريضا بمرض الموت.

- أنّ القرار أسس حكمه بغض النظر عن مدى مخالفة الأشكال الجوهرية للمرافعة على القواعد الشرعية التي ترى وجوب بطلان التصرف الوقفي في مرض الموت.

تحليل هذا القرار واستحضار الرؤى الفقهية في الموضوع يجعل من الظاهر والواضح الخطأ الفادح في تأسيس قرار المجلس الأعلى، فالقواعد الشرعية لا تقرر بطلان الوقف على إطلاقه، بل أن ذلك لا يكون إلا في أحوال خاصة وبأوصاف محددة وبالتالي فإنّ نتيجة ما انتهى إليه القرار مخالفة للأحكام الشرعية والقانونية في هذا الشأن¹.

ب- أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة:

يشترط لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية مطلقة²، حيث جاء في نص المادة 10 من القانون 91-10 أنه: "يشترط في الوقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: " أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا".

عليه ينبغي أن يكون الواقف مالك للشيء الموقوف ملكا تاما حتى يستطيع التصرف فيه، ذلك أنه إذا لم يكن مالكا كان وقفه كالعدم ففانق الشيء لا يعطيه، والعبارة أن من ملك الشيء ملك منفعة وبالتالي بإمكانه أن يمكن غيره من الانتفاع بذلك الشيء³، فيشترط عدم تعلق هذه العين بأي قيد يجعل ملكيتها ليست بائنة وثابتة في ذمة المالك الواقف، وذلك بألا تكون ملكيته محل نزاع، أو مطالبة قضائية، أو أن تكون محلا لتصرفات سابقة كالوعد بالبيع مثلا، أو أن يتعمد الواقف على وقف ملك الغير⁴.

إلا أنه الكثير من رجال القانون من يرو بأنه إذا وقف شخص مالا يملكه على أنه يملكه فالوقف لا يكون باطلا، ولكن يتوقف على إجازة المالك الحقيقي، غير أن المشرع الجزائري أعطى لهذه المسألة حكما على عمومها، حيث اعتبره وقفا باطلا باعتباره تصرف في ملك الغير وأيده في ذلك القضاء حيث قررت المحكمة العليا في كثير من قراراتها بإبطال الوقف الصادر عن غير مالك حتى وإن كان الواقف يظن بأنه مالكا للعين الموقوفة كلها في حين نازعه في جزء منها ورثه آخرون معه بجهلهم، ومن بينها

¹ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 93.

² - مقصود المشرع بعبارة "ملك مطلقا" هو أن يستجمع المالك فيها جميع السلطات المقررة له المتمثلة في حق الاستغلال والاستعمال والتصرف ولكن في حدود ما يسمح به القانون.

³ - فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص ص 33-34.

⁴ GHAOUTI Benmelha, op. cit, p 221.

القرار الصادر عنها في 28/09/1993 الذي اعتبرت فيه الحبس المتضمن مال المحبس مع مال أخيه بأنه صحيح في الجزء من المال الذي يملكه الواقف وباطل في الجزء المنصب على مال أخيه، لأن الواقف لا يملكه¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة كون الواقف وكيلا عن المالك فإن وقفه صحيح إذا كانت الوكالة خاصة أما إذا كانت عامة فلا يجوز وقفه.

وإذا كان محل الوقف عقارا فإن ملكية الواقف تثبت بعقد رسمي مسجل ومشهر لدى المحافظة العقارية تطبيقا لنص المادة 104 من المرسوم رقم 76-63 الصادر في 25 أبريل 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص على ما يلي: "يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يفيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير".

ثانيا: محل الوقف (الموقوف)

محل الوقف هو المال الموقوف أو العين المحبوسة التي ينصب عليها الوقف وتجري عليها أحكام الوقف، فالشيء الموقوف هو كل ما يحبس عن التملك ويتصدق بمنفعته بحيث يكون مالا متقوما، فيصح أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة²، علما بأن أغلب الأوقاف عموما تكون ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف المنفعة، وأما وقف المنقول فهو نادر نوعا ما إلا إذا كان تابعا لعقار محبس فهو يتبعه في الوقف. ويستوي أيضا ما دخل في الوقف أصلا أو ما دخل فيه تبعا³ كالبناء والغراس المتواجد على الأرض الموقوفة فهي تبعا لها وتدخل في حكمها، غير أن المشرع لم يكن يرى في الماضي محلا للوقف سوى العقار وهذا ما يستشف من خلال تعريف الوقف حسب القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري⁴.

حتى يصح المال أن يكون وقفا اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط أوردها في نص المادة

11 من قانون الأوقاف، حيث يمكن بيانها في الآتي:

¹- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 28/09/1993 ملف رقم 23 943، م ق، عدد 2، 1994، ص 76.

²- راجع نص المادة 1/11 من القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم.

³- فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 43.

⁴- راجع نص المادة 31 من القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري ج ر ج ج عدد 49 لسنة 1990.

أ- أن يكون محل الوقف معلوما محددًا:

لا يصح الوقف إلا إذا كان الموقوف معلوما علما نافيا للجهالة لتفادي أي نزاع قد يحدث بشأنه¹ وذلك تطبيقا وقياسا على نص المادة 64 من (ق م ج) والتي نصت على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معينًا بذاته وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

كما نصّ المشرع على ذلك صراحة في نص المادة 216 من (ق أ ج) التي نصت على ما يلي: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكًا للواقف معينًا، خاليًا من النزاع، ولو كان مشاعًا"، كما أنه أكد على ذلك في قانون الأوقاف رقم 91-10 بموجب نص المادة 01/11 والتي نصت على ما يلي: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا، ويصح وقف المشاع وفي هذه الحالة يتعين القسمة". ويقصد بالعلم كلّ الصفات والتعيينات التي تجعل الوقف معينًا تعيينًا تامًا يمنع الجهالة فيه².

العلم في المحل يشترط أن يكون متوافرًا وقت انعقاد الوقف أي في بدايته، أمّا إذا انعقد الوقف بدون تعيين محل الوقف أو يتم تعيينه لاحقًا، أو تعيينه مع استثناء قدر مجهول منه³، ففي هذه الحالات لا يعتد به في نظر القانون لأنه نشأ في بدايته غير صحيح.

أمّا التعيين يختلف باختلاف محل الوقف ذاته، فإذا كان الموقوف شيئًا معينًا بالذات كأن يكون عقارًا مثلًا وجب على الواقف تعيينه بذكر مساحته وحدوده وكلّ البيانات اللّازمة لوصفه بصورة دقيقة وواضحة⁴.

أمّا إذا كان الموقوف معينًا بالنوع وجب إفرازه بأنه يحدّد نوعه ودرجة جودته ومقداره⁵.

الجدير بالذكر أنّ المادة 11 من قانون الأوقاف جاءت مطلقة في جواز وقف المال سواء كان عقارًا أو منقولًا أو منفعة، وقد أكد المشرع ذلك في نص المادة 215 من (ق أ ج) التي تنص على: "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقًا للمادتين 204 و 205 من هذا

¹-GHAOUTI Benmelha, op.cit, p 223.

²- المقصود بالجهالة هنا تلك التي تؤدي إلى نزاع ويؤدي إلى عدم استيفاء حقوق الموقوف عليهم. راجع: رمول خالد، مرجع سابق، ص 78.

³- Ernest MERCIER, le code du habous ou oud selon la législation musulmane , suivie de yesctes de bons auteur est de pièesariginales, imprimerie D.Braham, constantine, 1989, p12.

⁴- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 269.

⁵- رمول خالد، مرجع سابق، ص 79.

القانون" مع العلم أنّ المادة 205 من (ق أ ج) تنص على أنه يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير، وهذا ما يفيد استيعاب كلّ الصور التي يكون فيها المال¹.

فقد أحال المشرع مسألة مقدار الوقف إلى المادتين 204 و 205 من (ق م ج) لأنه لم يمنع الواقف من جواز وقف جميع أمواله في حالة الواقف الذي لم يوجد له عند موته ذرية أو والدان أو زوج². أمّا في حالة الواقف الذي له ورثة فالأصل يجوز له أن يقوم بوقف ما يشاء من أمواله مع عدم جواز حرمان ورثته ولا إنقاص فريضتهم الشرعية.

ب- أن يكون محل الوقف مفرزا:

يقصد بالفرز تخليص الشيء من غيره بحيث يزول الاشتراك، والمال المشاع هو المال المشترك والممتزج بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، ولقد تعرض المشرع الجزائري لمسألة وقف المشاع وذلك بموجب نص المادة 216 من (ق أ ج) على أنه: "يحيب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف خاليا من النزاع ولو كان مشاعا"، وقد اشترط المشرع قسمة المال المشاع وهذا ما أكدته صراحة نص المادة 11 من القانون 10/91 السالفة الذكر أعلاه، حيث جاء موقفه صريحا من هذه المسألة التي كانت محل خلاف وجدال بشأنها بين الفقهاء³.

فقد اشترط المشرع قسمة المال الشائع مع اعتبار الوقف صحيحا قبل قسمة المشاع ليقف المشرع بهذا الرأي في موقف وسط ما بين الرأيين، فهو يجيز وقف المشاع من جهة خلافا للمذهب المالكي، ويشترط من جهة أخرى القسمة والفرز بعد الوقف خلافا لرأي المذهب الحنفي.

بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون الأوقاف نجد المشرع قد تناول الوقف بالمال المشاع القابل للقسمة إلا أنه لم يتناول المال الشائع غير القابل للقسمة بطبيعته بنص صريح، لكن الجدير بالذكر في هذا الشأن هو أنه ورد في المادة 11 عبارة "تتعين القسمة" وهي عبارة تفيد الإلزام وأنّ المشرع جعله شرط وجوب ونفاذ لا شرط جواز، حيث كانت صياغة هذه المادة أمره يفيد معها أنّ المال الشائع غير القابل

¹- رمول خالد، مرجع نفسه، ص 79.

²- يرى الفقهاء وعلى رأسهم الحنفية أن المرء في غير مرضه والحجر عليه له أن يتصرف بكلّ ماله ما يشاء وتصرفه نافذ في هذا الشأن، وعليه يجوز للواقف أن يقف كلّ ما يملكه على من يشاء إذا لم يوجد له عند موته ذرية أو زوج أو والدان، أنظر: زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 130-131.

³- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقف المال المشاع بين مؤيد ومعارض له، فالمالكية منعوا وقف المال المشاع قبل قسمته لأن الحيابة في العين الموقوفة لا تتم مع الشيوخ، أما الحنفية (أبو يوسف) أجازوا المشاع من غير حاجة إلى قسمة، أمّا جمهور الفقهاء فقد أجمعوا على عدم جواز وقف المشاع ليكون مسجدا أو مقبرة وعدم الانتفاع بها إلا بالفرز، راجع: محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص 115.

للقسمة لا يصح وقفه لانعدام إمكانية تطبيق هذه المادة ولاستحالة الانتفاع بالمال الموقوف كما يجب مع شيوخه.

إلا أنّ القوانين المقارنة تعرضت لهذه المسألة وضبطتها، حيث قضت في أغلبها بعدم صحة وقف المال الشائع غير القابل للقسمة إلا بتوافر حالتين:

الأولى: أن يكون الباقي من المال الشائع موقوفاً.

الثانية: أن تتحد الجهة الموقوف عليها أي أن يقف الواقف على الجهة نفسها التي وقف عليها الجزء الآخر من المال الشائع¹.

إنّ النصوص السابقة لا تفيد بطلان الوقف في مثل هذه الحالة لأن المراد في رأينا أنّ المال المشاع كأصل يجوز وقفه، وكل ما في الأمر أن ذلك المال إذا كان يقبل القسمة فالواجب هو القسمة على أساس أنّ ذلك يحقق إمكانية قبض الموقوف من جهة وعدم الإضرار بالمال من جهة أخرى.

أمّا إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة فإنّ حكم الصحة يظل قائماً، غير أننا يجب أن ندقق المسألة بحسب طبيعة المال المشاع هذا وفق حالتين²:

- حالة ما إذا كان الشيوخ لا يحقق ضرراً للموقوف عليهم وللوقف في نفس الوقت بقي الحال على ما هو عليه.

- أمّا في الحالة التي يحقق فيها الشيوخ مصلحة الواقف ولا مصلحة الموقوف عليهم فمن الضروري أن يتم الاستبدال إذا كان بصدد عقار، فبياع الجزء الموقوف ليشتري به محلاً آخر يأخذ محل المال الموقوف.

ج- أن يكون محل الوقف مشروعاً³:

اشتراط المشرع لصحة الوقف على غرار جميع العقود التي ترد على المال أن يكون محله مشروعاً وذلك بموجب نص المادة 02/11 من القانون رقم 91-10 السالفة الذكر، فكل ما يعد محرماً في الشريعة الإسلامية أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في القانون ووقع عليه الوقف كان باطلاً فلا يجوز مثلاً وقف دور الدعارة ودكاكين الخمر وغيرها.

¹- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 212.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 103.

³- أكد المشرع الجزائري على صفة المشروعية في القواعد العامة من القانون المدني كقاعدة عامة في المادة 97 و98 (ق م ج).

لذلك يمكن القول ليس كل مال يصلح محلا للوقف، ولقد اشترط الفقهاء بالإجماع ضرورة توافر هذا الشرط مستعملين في ذلك عبارة مختلفة عن تلك الألفاظ التي استعملها المشرع، حيث عبروا عنه بقولهم: "أن يكون المال متقوما"، والتقويم يعني حل للانتفاع شرعا بهذا المال، وهو نفسه شرط مشروعية محل الوقف في القانون رقم 91-10.

د- أن يكون محل الوقف مملوكا للواقف ملكية مطلقة:

يجب أن يكون الشيء الموقوف مملوكا للواقف ملكا باتا وقت وقفه وإلا كان الوقف باطلا وفقا لما نصت عليه المادة 216 من (ق أ ج)، فلكي يصح الوقف لا بد أن يكون الواقف مالكا للمال محل التصرف الوقفي سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة، ويستدل على ذلك بسندات الملكية التي يجب أن يتأكد منها الموثقون المكلفون بتحرير العقد الرسمي للوقف وفق الإجراءات الخاصة بطبيعة كل مال، إلا أنه يجوز لغير المالك أن يقوم بهذا التصرف إذا أثبت أنه يملك التصرف في الرقبة بالوقف وذلك بالوكالة عن صاحب العين الموقوفة والوصايا منه¹.

إن صيغة نص المادة 01/10 من القانون 10/91 توحى لنا أن المشرع في تركيزه على فكرة الملكية المطلقة للعين الموقوفة يشير إلى وجوب أن يكون المال الموقوف خاليا من النزاع الذي قد يؤدي إلى عدم الاستقرار المراكز القانونية للأشخاص، لذلك ألزم التأكيد على أن تكون الملكية مطلقة، وبناءا على هذا الوصف القانوني تخرج صور عديدة لا يصح فيها الوقف ومن هذه الصور نذكر:

- إذا أوصى شخص بدار معينة فوقها الموصى له قبل وفاة الموصي، فإنه لا يصح لأن الملك في الوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي وذلك تطبيقا لنص المادة 206 (ق أ ج).
- إذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل قبضه فوقه غير صحيح، لأن الملك لا يثبت في الهبة إلا بعد القبض.
- إذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها، فإن الوقف يبطل لأن المشتري وإن ثبت له الملك إلا أنه ليس ملكا باتا لتعلق حق الشفيع به².

من خلال جملة الشروط التي عرضناها يمكن اعتبارها شروطا أساسية لا غنى عنها، تناولها المشرع من خلال قانون الأسرة ثم من بعد ذلك في قانون الأوقاف، لذلك ينبغي علينا التطرق لجوانب أخرى لم يتطرق

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 106.

²- قنفود رمضان، مرجع نفسه، ص ص 106-107.

إليها المشرع بالتوضيح في القوانين السالف ذكرها فيما يخص هذا الركن والتي تتمثل في مدى جواز وقف المال المرهون ومعالجة مسألة المنقول والمنفعة وما تطرحه من التباسات وذلك على النحو الآتي:

1- وقف المال المرهون:

كما سبق ذكره فإن هذه المسألة لم يتناولها المشرع من خلال القوانين المنظمة للوقف وبمقتضى نص المادة 02 من القانون رقم 91-10 يتعين علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية. وآراء الفقهاء في هذه المسألة متضاربة بين مؤيد ومعارض¹.

طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه يمكن أن يعطي انطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون باعتبار أنّ الرهن يعد تأمينا عينيا يمكن أن يؤدي إلى بيع المال المرهون وفاء للدين المضمون بالرهن، وهو ما يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في المال الموقوف بالبيع وبأي تصرف آخر على أصل المال الموقوف، وهذا ما ذهب إليه القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي يفيد أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تملك².

2- وقف المال المنقول³:

لقد أجاز المشرع الجزائري صراحة وقف المال المنقول بموجب المادة 11 من القانون 91-10 علما أنه لا يدرج المشرع المنقولات كمحل للوقف في القوانين المنظمة للوقف السابقة على قانون الأوقاف، أين ساوى المشرع في حكم الوقف بين العقار والمنقول.

تجدر الملاحظة أن المنقول لا يشمل فقط ما كان ماديا كالكتب والأدوات، بل يشمل أيضا المنقولات المعنوية كالاسم التجاري وأفكار المؤلفين، وهي أموال لم تكن معروفة عند نشوء التصرف الوقفي وتطوره ولهذا فهي مما يمكن أن يصلح محلا للوقف في وقتنا الحالي⁴.

غير أنّ إجازة الوقف المنقول يتعارض مع شرط التأييد الذي يشترطه المشرع الجزائري، علما أنّ المنقول لا يحقق للوقف صفة التأييد كما أن المنقول يكون دائما عرضة للتلف عكس العقار الذي يحقق صفة التأييد للوقف.

¹- الحنفية أجازت وقف المال المرهون مع إبطاله إذا لم يوفي الواقف دينه حماية لحق الدائن، أما جمهور الفقهاء فقد شددوا في منعه، فمنهم من علق صحة هذا الوقف على أن يكون المدين الواقف موسرا وهو قول الشافعية ومنهم من علقه على إجازة الدائن المرتهن وهو موقف الحنابلة، أما المالكية فقد أجازوا وقف المال المرهون شريطة وجود إذن الدائن وأن يكون المدين موسرا. راجع: فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 47.

²- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 124.

³- هو كلّ ما عدا العقارات وفقا للمادة 683 (ق م ج)، بحيث يشمل كلّ ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف.

⁴- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 101.

3- وقف المنافع:

جعل المشرع الوقف ينصب على العقار المنقول، وكذلك على المنفعة، فهذه الأخيرة تجاهلها أغلب الفقهاء وأجازها المذهب المالكي، ليقى في ذلك المشرع رأي المالكية في مسألة وقف المنفعة¹، كأن يقف شخص حقه في منفعة شيء لصالح مسجد أو جهة بر أخرى، فيشمل الواقف ذات الشيء أو منفعته، كأن يكون الشخص مستأجرا لأرض منتجة فيوقف ريعها ومنفعتها على جهة بر معينة.

إلا أن وقف المنفعة يتعارض مع شروط صحة الوقف التي تشترط في الواقف أن يكون مالكا للشيء الموقوف ملكية مطلقة أو تامة، علما أن من يملك المنفعة دون الرقبة فملكه الشيء ليست ملكية تامة وإنما هي ملكية ناقصة، ولا يصح الوقف حسب قانون الأوقاف إلا إذا كانت ملكية الواقف للشيء الموقوف ملكية تامة، أو كما عبر عنها المشرع الجزائري بالملكية المطلقة، وهناك تناقضات في مواد قانون الأوقاف حيث أنه ينص بأنّ الوقف هو حبس "العين"² ثم ينص بعدها على أن محل الوقف ينصب حتى على "المنفعة"، إذ أنّ حبس المنفعة يثير التساؤل بشأن أصل الملكية في الشيء الموقوف، حيث يوقف الشخص منفعة شيء حتى ولو كان ليس مالكا له في الأصل، وإنما يعود للمالك الأصلي، فكيف يتحقق حبس الأصل والواقف لا يملكه.³

ومن جهة أخرى إذا كانت المنفعة مؤقتة فإنها تتعارض مع أحكام المادة 28 من القانون رقم 91-10 والتي تقضي ببطلان كلّ وقف محدد بمدة زمنية معينة لأنه يتنافى مع صفة التأييد التي يتصف بها نظام الوقف والتي تم النظر فيها في مسألة وقف المنقول ذاتها، لأنّ صرف المنفعة على وجه التأييد لجهة لا تنقطع لا يكون إلا في عين دائمة البقاء وهو ما لا يتحقق في هذه الحالات.⁴

إنّ موقف القانون من مسألة المال الذي يجوز أن يكون وقفا تجعلنا نخلص إلى أنّ المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يصلح أن يكون محلا للوقف، توسعه على الناس للإقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن الانتفاع به من أجل تحقيق مقاصد الوقف.⁵

¹ - الشافعية والحنابلة، لا يجيزون وقف المنفعة لوحدها دون الرقبة.

² - المادة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

³ - فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 48.

⁴ - تنص المادة 28 من القانون رقم 91-10 على ما يلي: "يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن"

⁵ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 104.

ثالثاً: الصيغة

تعتبر صيغة الوقف من أهم أركان التصرف الوقفي باعتبارها الإيجاب الصادر عن الواقف، فهي تجسيد الإرادة المنفردة للواقف¹، وتكون الصيغة واضحة حيث تذكر جميع التفاصيل مع اشتراطات الواقف في كيفية تسيير الوقف.

وتنص المادة 12 من القانون رقم 91-10 على أنّ صيغة الوقف تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وحسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم²، مع مراعاة أحكام المادة 02 من نفس القانون التي تقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه.

فهل تكفي صيغة الإيجاب الصريحة وحدها في إنشاء الوقف؟

كان المشرع يرى أنّ استحقاق الشخص الطبيعي للوقف يتوقف على قبوله ولم يشترط ذلك في الشخص المعنوي، وذلك ما قضت به المادة 02/13 من القانون رقم 91-10 قبل تعديلها، حيث تنص على ما يلي: " فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أمّا الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، ثم تخطى المشرع عن هذا الشرط سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي، وذلك بموجب نص المادة 05 من القانون 02-10 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف رقم 91-10 التي عدلت المادة 13 منه.

لا تكون الصيغة صحيحة ولا تكفي لإنشاء الوقف إلا إذا توافرت لها شروط معينة تتحقق بها الصيغة وهي:

أ- أن تكون الصيغة منجزة.

الصيغة المنجزة هي تلك الصيغة التي تدل على إنشاء الحقوق وترتيب آثاره عليه في الحال، ومثالها أن يقول الواقف "وقفت هذه الأرض على مسجد مدينتي".

أمّا بالنسبة للصيغة المعلقة فهي تدل على ربط تحقق الوقف على شيء معين، فإن تحقق هذا الأمر تحقق الوقف وإن لم يتحقق فلا وقف ذلك أن يقول شخص إذا فزت في السابق "جعلت أرضي صدقة على الفقراء"، فهذه العبارة لم تنشئ وقفا لأن هذه الصيغة لا تدل على إنشاء الوقف من وقت

¹ - قنفود رمضان، مرجع نفسه، ص 108.

² - هي نفس الصور المنصوص عليها في القواعد العامة المقررة في القانون المدني الجزائري وهي صور التعبير عن الإرادة نفسها التي وردت في المادة 60 منه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً".

صدر هذه العبارة وبالتالي فهي لا ترتب أي أثر¹، فالوقف لا يقبل التعليق على غير ما هو حاصل بالفعل ومؤكّد.

كما يمكن أن تأتي الصيغة مضافة وهي صيغة تدل على إنشاء الوقف في الحال مع تأخر آثاره وحكمه إلى وقف لا حق كأن يقول الواقف: "وقفت هذه الأرض ينفق منها على الطلاب المحتاجين من أول العام الدراسي المقبل" وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه، فإن أضافها إلى ما بعد الموت كان هذا الوقف وصية تأخذ حكم الوصية وتلزم الورثة إذا مات الواقف مصرا على وقفه ولم يرجع عنه، أما إذا كانت الإضافة إلى وقت آخر غير ما بعد الموت ففي صحتها قولين:

يرى الحنفية بصحتها ويستحق الموقوف عليهم الربع من حين مجيء الوقف المضاف إليه، أما القول الثاني فيرون أنها لا تصح فلا وقف ولا استحقاق.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على شرط التنجيز إلا أنه يمكن ملاحظة الإشارة إليه في المادة 29 من القانون رقم 91-10 والتي تنص على ما يلي: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف"، إلا أن الاجتهاد القضائي يحيل إلى الفقه الإسلامي في أحد قراراته إذ ينص: "من المقرر فقها أنّ الحبس إذا كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس (الواقف) التراجع عنه وإن كان منجز (أي فوريا) فلا يجوز الرجوع عنه²."

تجدر الملاحظة أن هذا النص لا يعالج بدقة مسألة التنجيز، بحيث لم يقرر حكم التعليق على شرط لا يخالف نصا شرعيا، مثل تعليق الوقف بحصول أمر معين في المستقبل، فهذا لا يخلف نص شرعي.

على هذا تلزم تطرق القانون إلى هذه المسألة وأن تتضمن الأحكام التالية:

- عدم جواز تعليق الوقف على حصول أمر معين في المستقبل، فالأصل هو عدم تعليق التبرعات والوقف هو تصرف تبرعي.
- جواز تعليق الوقف على الموت مطلقا، وكيف الوقف بذلك على أنه وصية.

¹- نادية براهيم المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون، الجزائر، 1996، ص 81.

²- أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/07/21 رقم الملف 102230 م ق، العدد 01، 1998، ص 95.

- جواز تعليق الوقف على أمر محقق عند صدوره لأنه تعليق صوري ولأن التعليق بشيء موجود ما هو إلا تنجيز¹.

ب- أن تنفيذ الصيغة معنى التأبيد:

يقصد بهذا الشرط عدم اقتران صيغة الواقف بما يفيد أو يدل على التأقيت²، بمعنى اشتمال صيغته على معنى التأبيد كأن يقول الواقف: "وقفت مزرعتي على المحتاجين مؤبداً أو على الدوام بصورة مستمرة"، أو بكل لفظ يفيد معنى التأبيد، كأن يقول: "وقفت داري على جهة بر لا تقطع أو على الفقراء ابتداء وانتهاء"³.

قد اختلف الفقهاء حول اشتراط التأبيد في صيغة الوقف، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح الوقف إلا إذا كان مؤبداً فيشترطون وجوب الدلالة على التأبيد في صيغة الوقف، لأنه إخراج المال على وجه القرية فلا يجوز إذا كان محددًا بمدة، وذهب الحنفية إلى إجازة الوقف المؤبد والمؤقت على حد سواء ويستوي ذلك في العقار والمنقول والمنفعة.

المشرع الجزائري قد أخذ في ذلك برأي جمهور الفقهاء فاشتراط وجوب اشتمال صيغة الوقف على معنى التأبيد في تعريف الوقف ضمن نص المادة 03 من القانون رقم 91-10 التي تنص على: "الوقف هو حبس المال على وجه التأبيد".

تأكيداً على ذلك فقد جعل المشرع الوقف تحت طائلة البطلان من خلال المادة 28 من نفس القانون والتي قضت ببطلان الوقف إذا كان محددًا بزمن، فالمشرع اعتبر كل صيغة للوقف تقترن بما يحمل التأقيت باطلة ويبطل بالتبعية الوقف⁴.

ج- عدم اقتران الصيغة بشرط باطل⁵:

يجب ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي معنى الوقف ويخالف مقاصده الشرعية، والشرط الباطل الذي يبطل معه الوقف هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه، كأن يقول الواقف: "جعلت أرضي هذه

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 109.

²- فريدة زواوي، "نظرات في قانون الأوقاف"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 4، الجزائر، 1995، ص 904.

³- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 274.

⁴- GHAOUTI Benmelha, op.cit, p 230, 251.

⁵- الشرط الباطل هو كل شرط يخالف الشريعة الإسلامية وتعاليمها أو ما خالف الآداب العامة والأخلاق، وهو أيضا كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه ولم يرد به شرع أو عرف وليس فيه نفع لأحد كاشتراط الواقف بقاء العين الموقوفة على ملكه. أنظر: يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص ص 30-31.

موقوفة على أن لي أن أبيعها متى شئت"، فالوقف باطل هنا لأن اشتراط ما يمنع التأييد يبطل الوقف، ويقول الفقهاء ببطلانه باعتباره شرطا باطلا، والشرط الباطل يبطل معه الوقف ولا يطلق الحكم إلا على الأوقاف المتضمنة شروطا فاسدة ليس باطلة، فهنا يبطل الشرط ويصح الوقف، أما إذا اقترن الوقف بشرط باطل فإنه يبطل الشرط ويبطل الوقف معه¹.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في قانون الأوقاف رقم 91-10 في المادة 29 والتي قضت بما يلي: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

إلا أن المشرع وكما رأينا فإنه لم يفرق حكمه بين الوقف المقترن بشرط باطل، أو المقترن بشرط فاسد، وإنما ساوى بين الشرطين في الحكم فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط على خلاف الشريعة الإسلامية تميز بين الشرط الفاسد والباطل على أمل أن يعتمد المشرع هذا التمييز مستقبلا²، فيقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل على أساس أن هذا ما يوافق مفهوم الوقف ومقصوده من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا ما يحقق التوافق بين النصوص القانونية خاصة المادة 28 من قانون الأوقاف التي تقرر بطلان الوقف إذا كان الوقف محددًا بزمن، وهذا من ضمن ما يقتضيه حكم الوقف وهو اللزوم ما أدى إلى تناقض واضح بين المادة 28 والمادة 16 من نفس القانون، أما الوقف المقترن بشرط فاسد فيقرر بشأنه حكم الصحة للوقف و البطلان للشرط³.

من الشروط الباطلة في القانون الجزائري اشتراط الواقف عدم لزوم الوقف، إذ نصت المادة 16 من القانون المذكور أعلاه على أنه: "يجوز للقاضي 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".

¹- يميز الحنفية بين ثلاث أنواع من الشروط -الشرط الباطل وهو الشرط الذي ينافي مقتضى الوقف وحكمة أنه يبطل الوقف، الشرط الفاسد وهو ما يخل الانتفاع بالموقوف أو يخل بمصلحة الموقوف عليه أو هو ما يخالف الشرع وحكمه أنه يبطل الشرط ويصح الوقف، الشرط الصحيح وهو الذي لا ينافي مقتضى الوقف ولا يخل بالمنفعة ولا يعارض الشرع وحكمه وجوب إتباعه وتنفيذه، أنظر بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1982، ص 281.

²- فنتازي خير الدين، مرجع سابق، ص 52.

³- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 112.

د - اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة:

بخلاف الشروط الفاسدة والباطلة التي قد تقتزن بصيغة الوقف، فإن غيرها من الشروط لا يؤثر على الوقف، فقد أكد المشرع على ضرورة احترام الشروط التي يضعها الواقف في وقفه ما لم تخالف الشرع، حيث أن قانون الأوقاف رقم 91-10 بموجب نص المادة 14 منه قضى بما يلي: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

فهي شروط صادرة عن إرادة الواقف والتي أوجب القانون ضرورة احترامها، إذا كانت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة¹، والمشرع لم يأت على ذكر هذه الشروط صراحة بل جاءت على الإطلاق في المادة 14 المذكورة أعلاه والتي شملت كل اشتراطات الواقف، وهذه الاشتراطات قد اهتم بها الواقفون وأصبح معظمهم يشترطونها في عقد الوقف حتى أصبحت بمثابة عرف، حيث يكاد لا يخلو منها تقريبا أي عقد وقف².

وحسب فقهاء الشريعة الإسلامية خاصة منهم الحنفية والمالكية أن هناك شروط عشرة صحيحة³ متفق عليها، يمكن للواقف أن يوردها في وقفه متى شاء ودون أي قيد وهذه الشروط يمكن تعدادها كالتالي:

د-1- الزيادة والنقصان:

يقصد به أن للواقف الحق في اشتراط الزيادة أو النقصان من نصيب مستحق الوقف سواء كان شخصا طبيعيا أو جهة معينة، وذلك بأن يزيد في حصصهم ما شاء حين توزيع الغلة، أو ينقص من حصص البعض الآخر منهم، ومثل هذا الشرط لا يؤدي إلى الحرمان المطلق من الاستحقاق بالعين الموقوفة وإنما التعديل في حصصهم إما بالزيادة أو النقصان وليس لأحد الاعتراض على ذلك، فهو شرط صحيح⁴، كما يجوز لمن يتولى الوقف بعده أن يزيد أو ينقص متى وضع له الواقف شرطا بشأن ذلك صراحة.

¹- يتضح أنّ المشرع قد ربط اشتراطات الواقف بأحكام الشريعة الإسلامية وذلك بأن لا تكون شروطا تتعارض مع الشريعة، ومن هذه الشروط نجد الشرط غير جائز وهو ما كان مخالفا لمقاصد الشرع، أمّا المحرّم فهو مثل أن يقف على امرأة بشرط أن تبقى خليلته أو أن يقف على ابنه بشرط مقاطعة والدته، والشرط المخالف للشرع كما لو قال ووقت المسجد بشرط أن يصلي فيه جماعة معينة أو يقف لزوجته بشرط أن لا تتزوج بعد وفاته، أنظر محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 374-375

²- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 85.

³- استعملت بهذا المعنى في كتب الواقفين وفي قناوي بعض المتأخرين وفي لغة المحاكم حتى أصبح مدلولها محددًا منضبطًا وصارت كلمة اصطلاحية تأخذ حكم الصحة والجواز، أنظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 174.

⁴- زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 209.

د-2- الإعطاء والحرمان:

معنى الإعطاء أن للواقف أن يشترط لنفسه إعطاء غلة وقفه أو بعض منها لأشخاص معينين بذكرهم في كتاب وقفه.

أمّا الحرمان فهو حرمان البعض الآخر منه سواء كان حرمانا مطلقا أو مقيدا، وهذا الحرمان قد ثار عليه الكثيرون غير مر الزمان إلى أن وصل الحال بإلغاء الوقف الذي فيه حرمان لبعض الورثة المستحقين من طرف القضاء، وهو الأمر الذي كان السبب الأساسي في إلغاء الوقف الخاص في كثير من التشريعات العربية ما عدا الجزائر التي تؤكد احترام إرادة الواقف واشتراطاته ما دامت مؤسسة على مذهب شرعي، إلا أن موقف القضاء متذبذب في أحكامه، حيث أكد صحة الوقف الذي يتضمن حرمان بعض الورثة وخاصة الإناث منهم على اعتبار أنه مؤسسة قد بناه على مذهب شرعي يجيز ذلك من جهة¹، من جهة أخرى تطبيقا لنص قانون مفاده اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف²، وإذا مات الواقف قبل أن يعمل بهذا الشرط فليس لغيره ممن يتولى الوقف بعده أن يعمل به إلا إذا شرط له ذلك صراحة³.

د-3- الإدخال والإخراج:

الإدخال هو حق الواقف في جعل غير المستحق في ريع الوقف مستحقا له، أي بصورة أخرى إدخال شخص أجنبي ليس من الموقوف عليهم الذين حددهم عقد الوقف وجعل من أهل الوقف، فيكون بذلك مدخلا في الاستحقاق فإذا كان الوقف على جهة معينة كالمدرسة مثلا فله أن يدخل معها الملجئ وذلك إذا كان الواقف قد اشترط لنفسه ذلك.

أمّا الإخراج فهو يقابل الإدخال، وهو جعل من كان مستحقا لريع الوقف من الموقوف عليهم غير مستحق له، أي تجريده من صفة الموقوف عليه وليكون بعد ذلك من غير أهل الوقف سواء على وجه

¹ - من أمثلة هذا الشرط أن يشترط الواقف حرمان البنات المتزوجات من الاستحقاق في الوقف الذي أنشأ وقفه على أساس المذهب الحنفي في الجزائر، راجع في ذلك:

G.H BOUSQUET, précis élémentaire de droit musulman (Malékite et Algérien) conforme au programme de certificat de législation algérienne, librairie orientaliste Paul. GEUTHNER . Paris, 1935, p 130.

² - راجع المادة 14 من القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم.

³ - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 171.

التأقيت أو الدوام إذا كان قد اشترط لنفسه الإخراج في عقد الوقف¹، كأن يقف على ملجئ مثلا ثم يخرج به ويدخل المدرسة بدلا منه، وليس لمن يتولى الوقف بعده أن يعمل شيئا من ذلك إلا إذا شرطه له².

أمّا إذا أنشأ الواقف وقفه دون أن يذكر الشرط نفذ الاستحقاق للعين الموقوفة على من جعل لهم ابتداء دون تغيير.

د-4- الإبدال والاستبدال:

الإبدال هو جعل غير المستحق أهلا للاستحقاق، فهو إخراج العين الموقوفة لبيعها لشراء عين أخرى تكون وقفا لبدلها، والبدل هو العين المشتراة وقفا عوضا عن العين الأولى³.

أمّا الاستبدال فهو أخذ العين الثانية مكان الأولى فيسمى ذلك مقايضة، فإذا شرط الواقف لنفسه ذلك جاز له أن يستبدل بالعين الموقوفة غيرها، وليس له أن يكرر ذلك إلا إذا اشترط لنفسه التكرار، وإذا شرطه لغيره جاز له ذلك، وإذا اشترطه لنفسه ولغيره جاز لهما أن يشتركا في الاستبدال، وإذا شرطه لغيره فقط جاز له أن يجريه أيضا لأنّ ما يجوز لو كیل إجراءه يجوز للموكل⁴.

المشرع الجزائري ضبط مسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر، حيث جعل الأصل في هذه المسألة هو عدم جواز الاستبدال، ووضع استثناء بالجواز في حالات عددها المشرع حصرا، حيث جاء في المادة 24 من قانون الأوقاف ما يلي: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع والاندثار.
- حالة ضرورة عامة، كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة".

فالمشرع يأخذ بمسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر، إلا إذا كانت هذه العملية في مصلحة الملك الوقفي أو لظروف تفرضها حالة هذا الوقف، كلّ هذا مع ضرورة التأكيد على عدم الإضرار بحق الموقوف عليهم.

¹ - زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 210.

² - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 57.

³ - زردوم صورية، مرجع سابق، ص 87.

⁴ - نادية براهيم المولودة أركام، مرجع سابق، ص 119.

د-5- التفضيل والتخصيص:

يراد بالتفضيل أن يشترط الواقف لنفسه أو لمن يتولى الوقف من بعده تفضيل بعض المستحقين على البعض الآخر في العطاء على أن تكون الزيادة في نصيب بعض المستحقين في العطاء وعدم الزيادة في نصيب بعضهم مثال ذلك أن يقف الواقف غلة عقاره على الفقراء ودار العلم والملجأ على أن توزع الغلات بينهم بالتساوي، فإذا اشترط في وقفه شرط التفضيل جاز له أن يزيد مثلا في نصيب الملجأ عن دار العلم والفقراء.

كما أنه يجوز للواقف التخصيص بتمييز بعض المستحقين عن بعض وذلك عن طريق منحه شيئا لا يعطيه لغيرهم، ومثال ذلك أن يخصص الواقف ربع بعض الأعيان الموقوفة لجهة أو شخص معين بالذات¹.

ينبغي القول بأن صحة هذه الشروط متوقف على:

- أن تصدر هذه الشروط عن الواقف دون سواه
- أن يقترن هذه الشروط عند إنشاء الوقف، فإن تم الوقف دون اشتراطها فليس للواقف اشتراط شيء منها بعد ذلك.
- أنه لا يجوز التراجع عن هذه الشروط إلا في حالتين هما:

- حالة ما إذا احتفظ الواقف لنفسه بحق الرجوع حين انعقاد الوقف، وذلك طبقا للمادة 15 من القانون 91-10، حيث جاء أنه: "يجوز للوقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف.
- يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى الوقف وأحكامه، أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليهم، وتعود للقاضي السلطة التقديرية في ذلك طبقا لأحكام المادة 16 من نفس القانون.

تعتبر الصيغة ركنا أساسيا في الوقف لا ينعقد بدونها، وعلى اعتبار الوقف تصرفا تبرعيا صادرا من جانب واحد، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى أنّ ركن الصيغة في الوقف يتمثل في الإيجاب الصادر من الواقف فقط دون اشتراط القبول من الموقوف عليه كركن وهذا ما سنبينه فيما يلي:

¹- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 153.

1-الإيجاب:

استقر المشرع الجزائري على غرار الفقه الإسلامي على اعتبار الوقف تصرف بالإرادة المنفردة¹، فيكفي لقيامه إيجاب من الواقف فقط.

يتحقق الإيجاب في الوقف بالتعبير الصادر من الواقف على أنه يريد حبس العين عن التصرفات الناقلة للملكية على أن تكون منفعة الشيء الموقوف على جهة من جهات البر².

يكون الإيجاب بأي لفظ أو كتابة أو إشارة لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على مقصود صاحبها، وذلك تطبيقاً لنص المادة 12 من قانون الأوقاف³.

فينعقد الإيجاب بكل لفظ صريح يدل عليه كأن يقول الشخص: "وقفت أو حبست داري على الفقراء والمحتاجين"، أو بالفعل فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف كالإذن بالصلاة في المسجد مثلاً، وينعقد أيضاً بالكتابة حتى لو كان الواقف قادراً على التعبير عن إرادته بالكلام.

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة التي يقصد منها الوقف، إذا ما كان الواقف عاجزاً عن النطق وغير قادر على الكلام أو الكتابة كالأخرس أو العاجز عن النطق لعلّة أو مرض، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه غير القادر على النطق إذا كان قادراً على الكتابة فلا ينشئ الوقف بإشارته لأنّ الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة، ولا يصح العدول عن الأقوى إلى الأضعف، إلاّ إذا وجد مانع، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأوقاف في المادة 12 منه، وضمن القواعد العامة من خلال المادة 60 من (ق م ج)⁴.

فإذا كان الواقف من أصحاب العاهات بأن كان أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم فإنه يخضع لنص المادة 80 من (ق م ج)⁵ والتي تفيد أنه إذا استحال على ذي العاهتين التعبير عن إرادته تعين له المحكمة وصيا قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فإذا عين لدى العاهتين مساعد قضائي فالوقف الصادر في غياب هذا الأخير بعد قرار المساعدة يكون قابلاً للإبطال.

¹- تنص المادة 04 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة".

²- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 275.

³- لا تنص المادة 12 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه".

⁴- راجع نص المادة 60 من (ق م ج)

⁵- راجع نص المادة 80 المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005

هذا وقد يقترن الإيجاب بشرط¹، كما لو وقف شخص داره شرط السكن لزوجته ما لم تتزوج بعده، فالشرط ينفذ ما لم يكن منافي لمقتضيات الوقف، فإذا كان كذلك بطل الشرط ونفذ الوقف.

أما فيما يخص القبول فقد أجمع فقهاء الشريعة على أنه ليس ركنا في الوقف، ولا شرطا لصحته ولا في الاستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بموقوف عليه غير معين أو محصور² كالفقراء والمساكين، أو كان جهة من جهات البر والخير كالمسجد أو المؤسسة العلمية ونحو ذلك لأن القبول متعذر في هذه الحالة فسقط اعتباره³.

لكنهم اختلفوا حول ما إذا كان الموقوف عليه معيناً، فالمالكية والأصح عند الشافعية على اشتراط القبول لصحة الوقف وللاستحقاق فيه متى كان الموقوف عليه المعين أهلاً للقبول، وإن لم يكن أهلاً لذلك قام لوليه مقامه في ذلك كما في الوصية، أما الحنابلة فاشتراطوا القبول الصريح لصفة الوقف وثبوت الاستحقاق فيه، بينما جمهور الفقهاء لا يشترطوا القبول لصحة الوقف، لأن الوقف إسقاط الملك على وجه يمنع البيع والهبة والميراث فلا يعتبر فيه القبول⁴.

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون الأسرة بنصوص خاصة لكنه نظمها في قانون الأوقاف.

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف ضمن نص المادة 02/13 يتبين لنا أنّ المشرع لم يعتبر القبول ركناً في الوقف وإنما اعتبره شرطاً لاستحقاقه متى كان الموقوف عليه شخصاً طبيعياً موجوداً، وهو حكم يتماشى وقواعد التصرفات الصادرة من جانب واحد⁵.

أما إذا كان شخصاً معنوياً فلا يشترط قبوله للوقف وإنما يشترط ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، وإذا لم يقبل الموقوف عليه الوقف الخاص ذلك لا يؤدي إلى البطلان، وإنما يبقى صحيحاً لأن الوقف تصرف بالإرادة المنفردة يكفي لقيامه إيجاب الواقف فقط، ولكن يتحول في هذه الحالة إلى وقف عام، وذلك ما قضت به المادة 07 من قانون الأوقاف رقم 91-10.

¹- تنص المادة 218 من (ق ا ج) على ما يلي: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتنافى ومقتضيات الوقف شرعاً وإلا بطل الشرط وبقي الوقف"

²- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 325.

³- أحمد محمد بخيت الغزالي، مرجع سابق، ص 448.

⁴- أحمد محمد بخيت الغزالي، مرجع نفسه، ص 448.

⁵- فريدة زواوي، نظرات في قانون الأوقاف، مرجع نفسه، ص 205.

فلاحظ أنّ المشرع لم يجعل القبول ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ولا في الاستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بالموقوف عليه غير المعين تبنيًا لما أجمع عليه الفقهاء في مسألة القبول.

أمّا بالرجوع إلى القانون رقم 10-02 المعدل والمتمم للقانون 10-91 المتعلق بالأوقاف، فنجد المشرع أخذ بشرط توافر القبول في الوقف للاستحقاق فيه إذا كان معين، وذلك بتعديله لنص المادة 13 من القانون رقم 10-91 والتي قضت بأنه: "الموقوف عليه بمفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية" ويستفاد من نصها أن الموقوف عليه أصبح دائما شخصا معنويا وحذف الفقرة الثانية من المادة 13 والتي كانت تشترط قبول الشخص الطبيعي للوقف من أجل استحقاقه، فبذلك القبول لم يعد ركنا في الوقف ولا شرطا لاستحقاقه¹، وما يؤكد هذا المعنى هو إلغاء المشرع المادة 07 من القانون رقم 10-91 بموجب المادة 06 من القانون رقم 10-02 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف.

نستخلص أنّ المشرع لم يشترط القبول في الوقف على جهة، وإنّما يشترطه في الوقف على معين ليكون شرطا للاستحقاق، أي لتثبيت حق المستحقين وليس ما يفيد أنه مقابل للإيجاب من أجل الانعقاد استنادا إلى ما ذهب إليه في تنظيمه للوقف الخاص²، كما أنه استهدف من وراء تعديله لهذه المواد التأكيد على أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة ويكفي لقيامه إيجاب من الواقف، أمّا القبول ليس ركنا في الوقف ولا شرطا لاستحقاقه.

رابعاً: الموقوف عليه

الموقوف عليه هو من يستحق الانتفاع بالمال الموقوف بمقتضى الوقف، وهو إمّا أن يكون معين أو غير معين³، واحداً أو اثنان أو جمع، وغير المعين أو الجهة⁴ مثل الفقراء، والعلماء، والمساجد والمدارس ولكل واحد منهما شروطه الخاصة به.

وقبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه نشير إلى أن قانون الأوقاف رقم 10/91 كان ينص في المادة 06 منه على أن الوقف نوعان، عام وخاص، فإذا كان الموقوف عليه شخصا معنويا اشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، أمّا إذا كان خاصا بأن كان شخصا

¹ - شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 279.

² - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 79.

³ - يشترط على الوقف بمعين باتفاق الفقهاء أن يكون أهلا للتملك، واختلفوا في الوقف على المعدم والمجهول وعلى النفس، راجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 190، 194.

⁴ - يشترط فقهاء الشريعة في الموقوف عليه غير المعين أن يكون جهة خير وبر، والبر هو اسم جامع للخير واصله الطاعة لله تعالى، راجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 195.

طبيعيا يجب أن يكون معلوما وموجودا وقت الوقف وأن يكون أهلا للتملك وفقا للمادة 13 من نفس القانون أعلاه.

غير أنه المشرع عدّل نص المادتين 06 و 13 بموجب القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم للقانون رقم 91/10 المتعلق بالأوقاف ليصبح الوقف عاما فقط، ومن ثم فإن الموقوف عليه شخص معنوي يجب ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء كان جهة معينة أو غير معينة تنتفع بالوقف وريعه¹.

وتتمثل أنواع الموقوف عليه في القانون على النفس، الأهل، وجهات الخير.

أ- أنواع الموقوف عليه:

أ-1- الوقف على النفس:

الوقف على النفس هو الذي يجعل الواقف لنفسه الغلة من العين الموقوفة كلها أو جزء منها، ما دام حيا، كما لو قال "أراضي هذه صدقة موقوفة لفلان أو لجهة فلانية على شرط أن تكون غلتها لي مادمت حيا"

وقد كانت مسألة الوقف على النفس محل خلاف وجدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى جوازه، فقال البعض بعدم صحة الوقف على هذا الوجه لأن الوقف تبرع، واشتراط الواقف الغلة لنفسه يبطله²، ويقول البعض الآخر بجواز الوقف على النفس، ثم على جهة بر يعينها الواقف، فيصح لديهم الوقف والشرط معا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق إلى هذه المسألة في قانون الأسرة ليقرّر صراحة بجواز وقف الشخص على نفسه، وذلك تطبيقا لنص المادة 214 من (ق.أ.ج) والتي تنص على أنه: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة"، وهو الموقف الذي يتماشى مع المذهب الحنفي³ الذي يجيز الوقف على النفس ليعود الغموض على هذه المسألة بعدما خصص المشرع للوقف قانونا خاصا وهو القانون رقم 91-10، والذي كان ينتظر منه أن يجيب على كلّ المسائل المتعلقة بالوقف، ومن أهمها مدى جواز الوقف على النفس، إذ أنه بالرّجوع إلى النص المادة 2/06 منه والتي تنص على أنّ: "الوقف الخاص هو ما حبسه الواقف على

¹-شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 279-280.

²- وهو قول جمهور الفقهاء، راجع: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 178.

³- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع نفسه، ص 198-199.

عقبة من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم"، هذه المادة ومن جملة الموقوف عليهم الذين عددهم المشرع دون أن يشير صراحة إلى مدى جواز الوقف على النفس، ليكون ذلك بمثابة تراجع من المشرع على جواز وقف الشخص على نفسه، حيث كانت المعاملات والعقود المتعلقة بالوقف في الجزائر تعتمد على جواز الوقف على النفس مستندة في ذلك إلى نص قانوني واضح في قانون الأسرة، وإلى نص شرعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نفقة الرجل على نفسه صدقة"¹، لتكون بذلك هذه الأدلة سنداً على صحة الوقف على النفس، والذي يؤيد قرار المحكمة العليا الصادر في 1994/03/30 حيث أكد على أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة².

أ-2- الوقف على الأهل:

الوقف الأهلي أو الذري هو مصطلح شائع في دول المشرق العربي ويقابله في التشريع الجزائري مصطلح "الوقف الخاص".

وسمي بالأهلي لصرف منافعه على الأهل والأقربين للواقف، فقد يخص الشخص أولاده ببعض أمواله، وقد يصرف وقفه إلى ذوي القربى من ذوي رحمه، فمصطلح الوقف على الأهل جاء على إطلاقه، وهو يشمل صرف ريع الوقف على الزوجة أو الزوجات أو الأولاد ذكورا أو إناثا، وكذا الأقربين³.

ولقد حدّد المشرع الموقوف عليهم في الوقف الخاص بالعقب من كلا الجنسين الذكور والإناث والذي يجمعهما لفظ الولد، كمرادف لهما معا، أي أن لفظ الولد تطلق على الذكر والأنثى على حد سواء⁴. غير أن الوقف على الذرية قد يطرح إشكالا جدياً، والذي يدور حول مسألة حصر الاستحقاق على الذكور والإناث. إنّ الوقف على هذا النحو أصبح موضع جدال واسع، فلقد رأى الباحثين تحايلا على نظام المواريث وتصرفا غير مقبولا من الواقف يستدعي إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة للوقف من هذا الجانب.

¹- نقلا عن فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص ص 57-58.

²- قرار المحكمة العليا الصادر في 1994/03/30 ملف رقم 109957، م ق، عدد 03 لسنة 1994، ص 39.

³- زردوم صورية، مرجع سابق، ص 92.

⁴- قد فصل فقهاء المذاهب في هذا الشأن، فالمالكية في رأيهم أنه إذا حبس الواقف ماله بقوله "على ولدي" دون ذكر اسمه وجنسه، فهنا لفظ "ولدي" تشمل الابن والبنت وابن الابن وإن نزل، ويستثنى من ذلك أبناء البنت، الذين لا يستفيدون من ريع الوقف. أما بالنسبة إلى جمهور الفقهاء فإنّ لفظ الولد يشمل حتى أبناء البنات، وبالتالي يستفيدون من ريع الوقف، أما المذهب الحنفي في رأيه وردته لفظة الولد بصيغة الجمع كقول الواقف "حبست على أولادي"، فإنّه بذلك يستثنى البنات من الموقوف عليهم، وبذلك لا يستفيدون من ريع الوقف. نقلا عن: زردوم صورية، مرجع سابق، ص 92.

من ثمة يكون حرمان الإناث من الاستحقاق في الوقف باطلاً، غير أن المشرع قد سكت عن هذه المسألة ولم يتناولها بنص صريح رغم أنه خص مبطلات الوقف بفصل كامل من قانون الأوقاف رقم 10-91، حيث لم يعتبر كسبب لإبطال الوقف، وإنما أكد في مواضع كثيرة من هذا القانون على ضرورة احترام إرادة الواقف، والشروط التي يشترطها في وقفه على عمومها دون أن يستثنى شرط الحرمان.

أ-3- الوقف على جهات البر:

هي الجهة التي يؤول إليها الوقف ابتداءً في حالة الوقف العام، أو انتهاء في حالة الوقف الخاص، وهي الميزة التي تطبع الوقف وتميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له¹.

وجهات البر في الإسلام كثيرة متعدّدة، فقد يكون الموقوف عليهم مسنين عجزة، أو مراكز المعاقين، أو الجمعيات الخيرية، ودور الأيتام، أو نساء أرامل، وكلهم جهات بر ومواقع قربات الله عز وجل، وغيرها كثير لا يمكن عدّها ولا إحصائها.

تجدر الإشارة إلى أن ما ذكرناه حول أنواع الموقوف عليه من جهة وبالنظر من جهة أخرى إلى المادة 13 من القانون رقم 10-91 المعدلة بموجب المادة 5 من القانون 10-02 يحصر الموقوف عليه فقط في الشخص المعنوي، حيث جاء في نص المادة ما يلي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي...".

ب- شروط الموقوف عليه:

ضبط المشرع الموقوف عليه بجملة من الشروط حتى يكون أهلاً لاستحقاق منفعة الوقف، وهي شروط نظمها من خلال قانون الأوقاف وترك بعض أحكامها للتشريعة الإسلامية، ومن الشروط التي نص عليها من خلال قانون الأوقاف رقم 10-91 ما يلي:

ب-1- أن يكون الموقوف عليه معلوماً:

ورد هذا الشرط في نص المادة 13 من القانون السالف الذكر، وهو أن يكون الموقوف عليه شخصاً معلوماً، فلا يصح بذلك الوقف على مجهول فيكون وفقاً غير صحيح².

الشخص الطبيعي لا يكون معلوماً إلا إذا كان معيناً بذاته بذكر اسمه، كأن يقول الواقف "وقفت داري على ابني فلان"، كما يجوز أن يكون معيناً بصفته إذا كان الوصف مما يدرأ به الغموض والخلط،

¹- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 97.

²- راجع فنتازي خير الدين، مرجع سابق، ص 62.

كأن يقول الواقف وفتت "داري على أصغر بناتي"، وصفة الموقوف عليه الذي قصدتها الواقف في عقد الوقف هي التي تكون معتبرة شرعا وقانونا، وبزوالها يفقد الموقوف عليه استحقاقه للوقف، مثل زوال رابطة الزوجية التي تفقد فيها الزوجة استحقاقها للحبس الذي أقامه الزوج عليها على أساس أنها زوجة له¹.

أمّا بالنسبة للشخص المعنوي يكون معلوما إذا حدّده وذكره الواقف، فقد يكون مسجدا أو مدرسة، أو دارا للأيتام... إلخ، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 08 من القانون رقم 91-10.

ب-2- أن يكون موجودا:

اشتراط المشرع إلى جانب شرط المعلوماتية في صحة استحقاق الموقوف عليه للعين الموقوفة الوجود وهذا تطبيقا لنص المادة 13 السالفة الذكر "الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده..."

فوجود الموقوف عليه وقت انعقاد الوقف لا يثير أي إشكال، إلا أن الإشكال يثور في حالة ما إذا كان الموقوف عليه غير موجود، أو لمن يحتمل وجوده مستقبلا كالجنين، فبعض الفقهاء يرى عدم جواز الوقف على الجنين حتى يولد حيا، باعتبار أنه في حكم غير الموجود وأخذ بهذا الرأي كلّ من الحنابلة والشافعية، أمّا المالكية والأحناف فيرون بأنه يجوز ويصح سواء كان موجودا أو غير موجود كالجنين.

لم يحدّد المشرع موقفه من الوقف على الجنين وعلى من سيولد، وعليه يرجع في هذه المسائل إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف، فيرجح الآخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي باعتباره هو المتبع في الجزائر، وإذا لم يوجد رأي المالكية فلا مانع بالآخذ برأي المذاهب الأخرى لأن المادة 02 لم تحدّد المذهب الواجب إتباعه².

إلا أن المشرع باشتراطه في الموقوف عليه أن يكون موجودا، وفي حالة وقف الواقف على أولاده وله جنين لم يولد بعد، فإن ولد حيا تشمله صفة المستحقين باعتباره من أولاد الواقف، فصحة استحقاقه للوقف تعتمد على وجوده³، وبهذا فإنّ موقف المشرع الجزائري واضح من هذه المسألة وهو عدم جواز الوقف على غير موجود، إضافة إلى ذلك فإن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث نص في المادة 25 منه بأنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته على أنّ الجنين يتمتع

¹- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 99.

²- بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص 52.

³- فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 58.

بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيًّا" وقياسا على هذه المادة فإنه لا يجوز الوقف على الجنين، وصفة استحقاقه له تتوقف على وجوده.

ب-3- أن يكون أهلا لتملك المنفعة:

هذا الشرط هو محل اتفاق بين جميع الفقهاء، والمقصود بالمنفعة هنا هو أهلية تملك منفعة المال الموقوف والتي يكون فيها الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد وتمتعه بقواه العقلية، وهو الأصل إلا أنه يطرح التساؤل حول ما إذا كان الموقوف عليه قاصرا وفي حالة حدوث عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعتة والغفلة، فما هو موقف المشرع الجزائري؟

لم يشر المشرع الجزائري لهذه المسألة وسكوته هو إحالة غير مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نص المادة 02 من القانون رقم 91-10، ففقهاء الشريعة يجيزون استحقاق القاصر لغلة الوقف بواسطة وليه وتبريرهم لذلك أنّ صغر السن لا يحول دون قبول التبرعات والصدقات، لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا وإنّ استحقاق الجنين للوقف بمجرد ولادته حيا لدليل على إسقاط عامل السن من الاستحقاق¹.

كذلك الأمر بالنسبة للسفيه وذي الغفلة يأخذان حكم القاصر، مما يؤهلها لتقبل التبرعات والصدقات باعتبارها نافعة لهما نفعا محضا، ويقوم مقامهم في ذلك الولي أو القيم.

وأما بالنسبة للمجنون فيجوز له ذلك، ويقوم مقامه في ذلك وليه أو من يقوم على رعايته أو القيم عليه إذا كان محجورا عليه.

ب-4- ألا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة:

أكد المشرع من خلال المادة 13 من القانون رقم 91-10 السالفة الذكر على ضرورة موافقة الموقوف عليه للشريعة، لأن جوهر الوقف هو اتجاه إرادة الواقف إلى التقرب إلى الله عز وجل، ومفاد ذلك أن لا يكون معصية أو قائما عليها، فالشيء المحضور هو الوقف على المعاصي، كالوقف على دور اللهو والكنائس... إلخ. ومشروعية الموقوف عليه هو مقرر لصحة جميع التصرفات والمعاملات، وليس في الوقف فحسب².

¹- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 101.

²- فنتازي خير الدين، مرجع سابق، ص 59.

- زردوم سورية، مرجع سابق، ص 101.

وقد جعل المشرع مشروعية الموقوف عليه مقترنا بالشخص المعنوي وهذا تطبيقاً لنص المادة 2/13 السالفة الذكر، بنصها "... أمّا الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

ب-5- أن يحترم الموقوف عليه أحكام الوقف وشروطه:

استحقاق الموقوف عليه لمنفعة الموقوف تتوقف على مدى احترامه لإرادة الواقف وشروطه بمقتضى عقد الوقف، وهو ما عبّر عنه المشرع صراحة ضمن نص المادة 17 من القانون رقم 91-10: "... ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه"، فلا يجوز له التصرف في أصل الملك الوقفي بتاتا بأية صفة من صفات التصرف وذلك طبقاً لأحكام المادة 23 من نفس القانون، ولا بتغيير العين الموقوفة أو استبدالها إلا في الأحوال المنصوص عليها من خلال المادة 24 من القانون رقم 91-10.

يرى الحنفية انه يجوز مخالفة شروط الواقف الصحيحة استثناء في حالتين هما¹:

- إذا كانت مخالفته لا تفوق غرض الوقف كاشتراط الواقف توزيع ريع وقفه أول كل شهر مبلغاً معيناً على مسجد معين، فيجوز للناظر مخالفة ذلك وإنفاق جزء من الربيع على مسجد آخر.
- إذا أصبح العمل بهذه الشروط مؤثراً على منفعة الوقف أو الموقوف عليهم بعد أن تغيرت الظروف كزيادة إنفاق الربيع على المحتاجين بسبب غلاء المعيشة.

ب-6- قبول الموقوف عليه الوقف:

قبول الموقوف عليه للوقف يشترط أن يصدر منه شخصياً إذا كان راشداً أمّا إذا كان قاصراً قام وليه مقامه في القبول.

فالمشرع قد اشترط استحقاق الشخص الطبيعي للوقف أن يقبل ذلك الوقف، وجعل الوجود والقبول شرطان متلازمان. فصحة الوقف متوقفة على الإيجاب الصادر من قبل الواقف، إلا أنه لنفاذه في حق الموقوف عليه يستلزم قبول هذا الأخير له وهذا ما قضت به نص المادة 13 من القانون رقم 91-10 السالفة الذكر. وللقبول صور متعدّدة وهي قد يكون بالقول وهو الشائع والمشهور، كما قد يكون بالقبض

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 375-376.

وبعني هنا القبض بالفعل، وكلا الحالتين تعتبران طرق صحيحة، وهناك أيضا صور ضمنية، وهي انعدام التصريح بالقول قولاً، أو قبضاً لكنه لم يرد الوقف وهو أمر جائز¹.

وفي حالة رفض الموقوف عليه للوقف فإنه لا يسري نفاذه في ذمة الموقوف عليه، وبذلك لا يصرف إليه شيء من منفعة العين الموقوفة، لأنه على الرغم أن الوقف تصرف تبرعي يعود على الموقوف عليه بالنفع نفعاً محضاً، إلا أنه لا يمكن إدخال شيء في ذمة إنسان بدون رضاه، إلا أنه وبالرجوع إلى القانون رقم 10-02 المعدل والمتمم للقانون 10-91 فإنه يتبين لنا أن قبول الموقوف عليه للوقف لا يعد قيوداً على صحة عقد الوقف وذلك لإلغائه المادة 07 التي كانت تنص على أنه الوقف الخاص يتحوّل إلى وقف عام إذا لم يقبله الموقوف عليهم، وكذا أيضاً للمادة 13 والتي لم تعد تشير إلى شرط القبول لانعقاد الوقف.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية للوقف

الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية² والشكلية استثناء لا بدّ من نص تشريعي يقرّها، وإذا كان الشكل الرسمي ركناً لانعقاد بعض التصرفات مثل عقد البيع العقاري وعقد الرهن الرسمي وغيرها فقد أوجب المشرع الجزائري إفراغ هذه التصرفات في قالب رسمي، والتصرف الوارد على عقار لا يرتب أي أثر قانوني حتى فيما بين المتعاقدين، إلا منذ شهره بالمحافظة العقارية وكلّ عقد موضوع شهر يجب أن يقدم على الشكل الرسمي طبقاً للمادة 61 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³.
مما لا شك فيه أن الوقف باعتباره تصرفاً تبرعياً ينطوي عليه مخاطر كثيرة بالنسبة للواقف لإخراج المال الموقوف من ذمته المالية، كما يمثل خطورة على الموقوف عليهم لصعوبة التأكد من وجودهم، وخاصة إذا كانت الجهة الموقوفة عليها هم طلبة علم أو مركز البحث العلمي، يضاف إلى كل ذلك إساءة استخدام الوقف للإضرار بالغير، إذا كان الوقف ذرياً أو أهلياً، لمخالفة قواعد الميراث ولحرمان بعض الورثة في المستقبل، أو تقسيم التركة بطريقة مخالفة للأصل المقرّرة.

أنّ الواقف الذي يرجو مرضاة ربه ويضحى بنفسه ماله لا يمكن أن يجد بأساً في الوقوف أمام الموتى، وإذا كان متردداً فإنّ مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرّة،

¹- فنتازي خير الدين، مرجع سابق، ص 58.

²- راجع نص المادة 59 من (ق م ج)

³- المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 15 ماي 1993 ج ر ج ج عدد 34 لسنة 1993.

ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه¹، فالدافع إلى تقرير شكلية معينة للوقف هي الحرص الشديد على حماية إرادة الواقف وورثته والمستحقين، فإن اقتضاء شكلية معينة سيكون أداة لتدبر الواقف وتمحيصا لإرادته، كما أنها مهمة جدا لورثة الواقف حتى لا يكون وسيلة لمخالفة قواعد الميراث، وحرمانهم من حقوقهم في تركته، كما أنه كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لخفاء التصرف وعدم إثباته بعد وفاة الواقف، فقد يلجا بعض الورثة إلى أخفاء أي دليل على الوقف أو ضياع الأدلة مع مرور الزمن.

أولاً: توثيق الوقف

توثيق الوقف يتم بأن يتقدم أطراف العقد أمام الموثق لإفراغ عقدهما في قالب رسمي كركن جوهري في التعاقد، ويترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد وهو ما نصت عليه المادة 324/مكرر 1 من (ق م ج)، والعقود التي يحزرها الموثق تعتبر سندات رسمية تنفيذية، ولها حجية ما لم يطعن فيها بالتزوير، فماذا قرّر المشرع بهذا الشأن بالنسبة لانعقاد الوقف كتصرف قانوني؟.

لقد ألزم المشرع الجزائري توثيق الوقف وإخضاعه إلى قاعدة الرسمية² المتضمنة في المادة 324 من (ق م ج) والتي تنص على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 41 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، حيث نصت على ما يلي: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

يتبين من خلال هذه المادة أنّ المشرع قد ألزم الواقف بتوثيق وقفه، وورد التوثيق خصيصاً بالعقارات لأنها الأصل في الأوقاف³، فاشتراط المشرع الجزائري إفراغ التصرفات القانونية في طابع رسمي وفقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من (ق م ج)، وكذا المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بموجب الأمر

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 112.

² قاعدة الرسمية هي إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم هذه الصفة أما بخصوص الشكل المعين الذي تفرغ فيه هذا التصرف القانوني ففي فترة قبل الاستقلال وبعده كانت تفرغ العقود وتحرر في شكل ورقة تقدم من طرف الإرادة المختصة، نصت عليها المادة 58 من قانون الطابع، راجع الأمر 103-76 مؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الطابع، ج. ر. ج. ج، عدد 39 لسنة 1977.

³ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 76.

70-91 وكذا نص المادة 05 من القانون 88-27 المتعلق بتنظيم التوثيق¹، والمادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق².

قد أخضع المشرع الرسمية على سبيل الوجوب، مما دفع جانبا من الباحثين إلى اعتبار تقرير وجوب إخضاع الوقف تحت طائلة البطلان على أساس أنّ الرسمية ركن من أركان الوقف، مع العلم أنّ المشرع الجزائري لم يقرّر البطلان كجزاء لعدم إفراغ الوقف في الشكل الرسمي، هذا ما دفع بالرأي المخالف للتساؤل: هل أنّ إخضاع الوقف إلى عملية التوثيق وإعطائه شكل معين تفرغ فيه إرادة الواقف تجعله عقدا شكليا، أي أنّ الشكل هل هو ركن لانعقاد الوقف، بمعنى هل أنّ الشكل الرسمي المحدد بموجب العقد الموثق يعتبر ركنا في هذا التصرف ويترتب على تخلفه بطلانه لم هو مقرر للإثبات فقط؟ للإجابة على ذلك تقودنا إلى تتبع المراحل التي مرّ بها التصرف القانوني الوقفي في مجال اعتماده على العقد التوثيقي كمظهر من مظاهر العقود الرسمية إمّا لانعقاد أو للإثبات. وللوقوف على دور العقد التوثيقي كمظهر من مظاهر العقود الرسمية في التصرف الوقفي فإنه يجب التمييز بين ثلاث مراحل وهي كما يلي:

أ- المرحلة التي سبقت صدور قانون التوثيق رقم 70-91:

العقود المبرمة قبل دخول هذا القانون حيّز النفاذ لم يشترط فيها الرسمية وإنما كانت تحرّر على الشكل العرفي، كون أنّ مبدأ الرضاية هو الساري في كلّ المعاملات العقارية، غير أنّ عقود الحبس كانت تحرّر من قبل القاضي الشرعي وأمام المحاكم الشرعية، وقد أكدت المحكمة العليا على الصيغة الرسمية للعقود التي كانت تحرّر من قبل القضاة الشرعيين في قرار لها الصادر بتاريخ 03/06/1989، والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحزرها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحرّرة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة على ما يفرغ فيها من اتفاقات، وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحوا"³.

¹ ألغى هذا القانون الأمر رقم 70-91 بموجب المادة 41 منه.

² ألغى هذا القانون القانون رقم 88-27 بموجب المادة 17 منه.

³ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03/06/1989، م.ق، عدد 01، لسنة 1992، ص 119.

ب- المرحلة اللاحقة لصدور قانون التوثيق رقم 70-91 إلى غاية صدور قانون الأوقاف رقم 10-91:

نميز في هذه المرحلة بين الفترة الممتدة من صدور قانون التوثيق إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم 84-11 ، والفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف 10-91.

ب-1- الفترة الممتدة من صدور قانون التوثيق 70-91 إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم 84-11: بصور الأمر رقم 91/70 المتضمن قانون التوثيق والذي نصّ في مادته 12 على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل العقارات أو الحقوق العقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، كان لزاما خلال هذه الفترة الأخذ بالعقد الرسمي التوثيقي، لكن على الرغم من وجود نص هذه المادة إلا أنه لم يوجد نص صريح على أنّ الوقف من العقود، لكونه أثناء هذه الفترة اعتبر تصرفا من جانب واحد وليس عقدا¹ فهو لا يدخل ضمن مفهوم النص القانوني السابق، لأنّ نطاقه محدود من حيث نوع التصرفات في العقود دون التصرفات بالإرادة المنفردة، كما أنّ الشكل كركن للانعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، وبهذا لا يكون أي مجال لإعمال نص المادة 12 في الوقف².

أما الشكل للإثبات فلم يرد بشأنه نص قانوني خاص، لكن الوقف كتصرف مدني قد تزيد قيمته عن ألف دينار، فإن حدث نزاع فيما يخصه تسري بشأنه نصوص المواد 333 وما يليها من (ق م ج) ذلك لأن القواعد العامة تستلزمه³.

ب-2- الفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة 84-11 إلى غاية صدور قانون الأوقاف 10-91:

لا يسري قانون الأسرة إلا على الأوقاف التي أبرمت بعد تاريخ صدوره فقط فأصبحت تطبق المادة 217 من (ق أ ج) التي نصت على أن: "الوقف يثبت بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"⁴

¹- محمد كنانة، مرجع سابق، ص 95.

²- الملاحظ أنّ القضاء الجزائري أخضع الوقف لإرادة الواقف قبل صدور قانون الأسرة، ومن ثمّ أجاز له الحق في الأخذ بالمذهب الإسلامي الذي يختاره هو دون أن يكون للقضاء حق التدخل في إرادته، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا، ملف رقم 405.89 الصادر بتاريخ 1986/02/24 منشور بـ م ق، عدد 1 ، 1989، ص 118 والذي جاء قراره 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 المنشئ للوقف ولا يجوز بأي حال من الأحوال الوقف في وجه إرادته".

³- شيخ سناء، مرجع سابق، ص 100.

⁴- المادة 191 من قانون الأسرة "تثبت الوصية:

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.
- وفي حالة عدم وجود مانع قاهر، تثبت الوصية بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية"

وترتيباً على هذا يثبت الوقف إمّا:

- بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

- وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الحبس بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

وبمفهوم المخالفة عدم التصريح بالوقف لا يبطله لكن يعطل وسيلة من وسائل إثباته، مما يلجأ معه إلى القضاء لإثباته بوسائل أخرى للحصول على حكم مؤشر به على هامش أصل الملكية¹، ومن هنا تبين أنّ العقد التوثيقي هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار أو منقول على حدّ سواء في هذه المرحلة، وبذلك فالتصرف الوقفي يعتبر تصرفاً رضائياً لا شكلياً، والكتابة المطلوبة قانوناً أمام الموثق هي وسيلة لإثبات الوقف وليس ركناً لانعقاده فعدم تدوينه لا يعني أنّ التصرف الوقفي غير موجود أصلاً أو يستحيل إثباته، بل يجوز إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة².

ج- مرحلة صدور قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم إلى يومنا هذا:

تنص المادة 41 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخه منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، هذا يعني أنّ التصرف الوقفي لا يثبت إلاّ بالعقد الرّسمي المشهر بالمحافظة العقارية المختصة، إلاّ أن هذه المادة جاءت غامضة بسبب إغفال عنصر الجزاء المترتب عن عدم التوثيق، لأن الواقف لا يمكنه أن يتحمل جزاء عدم قيده لوقفه كونه يقوم بإجراء تصرف وقفي طابعه خيرى له نفع عام أو مساهما في تطوير المصلحة العامة.

كما أنّ المادة 12 من نفس القانون تنص على أنه: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، حسب الكيفيات التي تحدّد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة أعلاه" يتضح من ذلك أنّ المشرع قد ساوى بين اللفظ والكتابة والإشارة فيما يخص صيغة الوقف، والشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، فهو تصرف رضائي سواء كان وارداً على عقار أو منقول³ وما مسألة قيد. إلاّ من أجل توفير الإثبات وحجية الوقف في مواجهة الغير⁴، وهذا بعكس من اعتبر الوقف عقداً شكلياً يجب إخضاعه للطابع الرّسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي إضافة الشكلية في التصرف المتضمن وقف عقار كركن

¹ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 96.

² شيخ سناء، مرجع سابق، ص 100.

³ Ghaouti BENMELHA, op.cit, p.230.

⁴ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 96.

من أركان انعقاده مؤسسين بذلك موقفهم على ضوء نص المادة 12 من قانون التوثيق، والتي تشترط الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، بالإضافة للقاعدة المقررة في هذا الشأن بأن: "لا اجتهاد مع النص" وأيضاً المادة 324 مكرر 1 المذكورة سابقاً¹.

بناء على ما تقدم، فإن توثيق الوقف وإخضاعه للرسمية المقررة وفقاً لنص المادة 324 من (ق م ج)، والمادة 41 من قانون الأوقاف لا يعني أن هذه الشكلية المقررة فيه تعتبر ركناً من أركان انعقاده، بل هي مقررة لإثباته، كما أنه يوجد من الأوقاف وخاصة في بعض المنقولات ما لا يحتاج إلى التوثيق مطلقاً مثل المنقولات الموقوفة على المساجد كالمصاحف والكتب والأثاث، فالوقف فيها نافذ وصحيح على الرغم من عدم توثيقه.

إلا أن نية عمل البر والحر لا يوقفها إجراء مادي بإفراغ الوقف في محرر رسمي فمن يجرؤ مرضاة ربه وبضحي بنفيس ماله لا يمكن أن يتراجع عن الوقف أمام الموثق، وإذا تردّد فإنّ مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة، ومن واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه.

وعليه فالشكلية المقررة بموجب نص المادة 41 من القانون رقم 91-10 هي من أجل إثبات التصرف الوقفي، ووردت خصيصاً لوقف العقارات لأنها الأصل في الأوقاف وبعض المنقولات العامة كالسيارات، فالقاعدة العامة بالنسبة لتوثيق عقد الوقف تكون حسب محله فإذا كان هذا الأخير مما نص القانون في نقل ملكية على ضرورة التوثيق، فإن هذا الحكم يسري على عقد الوقف والعكس صحيح².

وقد نص المشرع في المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على أن: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و30 من هذا القانون"، وبذلك فإنّ الوقف يخضع إلى كلّ طرق الإثبات فيثبت بالكتابة، وشهادة الشهود وغير ذلك من طرق الإثبات.

إنّ نص المادة 41 والمادة 35 من قانون الأوقاف متفقان تماماً حيث أنّ المادة 35 في ظاهرها تأخذ مبدأ الخيرية في الإثبات، وذلك تكريماً لأفضل حماية للأوقاف، غير أنه في حقيقة الأمر إنها تكريس للرغبة في كشف واسترجاع جميع الأملاك الوقفية التي تعرضت للضياع، أو تغيرت طبيعتها خاصة في الفترة الاستعمارية، وبعد الاستقلال وفي ظل الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971

¹ رمول خالد، قاعدة الرسمية، مجلة الموثق، العدد 04، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2001، ص 55.

² محمد كنانة، مرجع سابق، ص 76.

المتضمن الثروة الزراعية الذي أمم الأملاك الوقفية وكذلك في فترة الفراغ القانوني أين لم يوجد قانون خاص ينظم الوقف سوى ما ورد في قانون الأسرة¹.

غير أنه إذا أخذنا بعين الاعتبار المادة 41 من قانون الأوقاف المذكورة أنفاً، فنلاحظ أنّ المشرع اشترط على الواقف أن يحرّر وقفه لدى الموثق وأن يسجل هذا الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري، ويتحصل من هذه الجهة على نسخة لإثبات التصرف الذي قام به، كما يجب أن يقدم نسخة من الوقف إلى الجهة المكلفة بالأوقاف، وبمعنى هذا أن المشرع اشترط لإثبات الوقف وجوب تحريره بعقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية المختصة، واشترط المشرع في المادة 41 من قانون الأوقاف إثبات الوقف بموجب عقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية كان يقصد الوقف الوارد على عقار، لأن شهر التصرفات في المحافظة العقارية لا يخص إلا التصرفات الواردة على عقار، وكان على المشرع أن يصف في المادة المذكورة أعلاه عبارة "الواردة على عقار"، حتى لا يقع في تناقض بين نصوصه².

يتبين لنا مما تقدم أنّ الوقف تصرف رضائي وليس شكلي، والكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده وليست ركناً لانعقاده، في حين أنّ الوقف الوارد على منقول يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات.

• إثبات الوقف بالشهادة الرسمية:

تعرف الشهادة على أنها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غير لغيره³. والشهادة في الفقه الإسلامي من أهم وسائل الإثبات الوقف سواء كان وارداً على عقار أو منقول، والمشرع الجزائري أخذ به أيضاً بموجب المادة 8 فقرة 5 من قانون الأوقاف والتي نصت على ما يلي: "تعتبر من الأوقاف العامة المصونة من الأملاك التي تظهر تدريجياً بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

تطبيقاً لأحكام المادة 08 السابقة صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000⁴، فأحدث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، فبين شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

¹ مجوع انتصار، إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 5، 2011، ص 303، 304.

² شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 297.

³ دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 49.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، ج.ج.ج، العدد 64، الصادرة بتاريخ 31 أكتوبر 2000.

كما أن وثيقة الإشهاد¹ المكتوب وفقا لنص المادة 4 من ذات المرسوم التنفيذي يجب أن تتضمن

البيانات التالية:

- المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعهم.
 - التصديق عليها من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.
 - رقم تسجيلها بالسجل العقاري بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.
- يتم إيداع وثيقة الإشهاد المكتوب بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف في سجل الإيداع مقابل إيداع يسلم للشاهد، وتسجل وثائق الإشهاد المكتوب بالسجل الخاص بالملك الوقفي²، على ضوء المعلومات المطلوبة والموضحة أعلاه، ويعطي رقم ترتيبى لكل وثيقة إشهاد.
- عند جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي تصدر مديرية الأوقاف والشؤون الدينية المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي³، وهذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادة الشهود تصدر في شكل رسمي وتخضع للإشهار⁴.

لقد حددت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 19 سبتمبر 2002 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المتضمنة إجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، كليات إجراء الإشهار العقاري لهذه الشهادة تطبيقا لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336، وذلك بإفراغها كلية في الاستمارة المحددة تنظيميا للإشهار العقاري، والتي تودع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية قصد الإشهار، وهذا بعد استيفاء إجراءات التسجيل، ويسلم المحافظ العقاري إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية أو العون

¹ الإشهاد شرعا هو ما يصدر عن شخص من تصرف أو إقرار أو عقد أو التزام يطلب من الغير أن يشهد عليه، والأصل في الشهادة أن تكون مبنية على المعاينة، لكن الفقهاء استثنوا شهادة إثبات الوقف من شروط المعاينة، إذ يكفي التسامح دون المعاينة لقبول الشهادة السماعية، إذ أنّ الأولى عبارة عن شهادة بما يتسامعه الناس ويتناقضه من أخبار وأحداث، بينما الثانية هي التي يروها الشاهد نقلا عن شخص شاهد وسمع الواقعة، راجع: يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 48، 49.

² تم تنظيم السجل الخاص بالملك الوقفي بموجب القرار الوزاري الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف المؤرخ في 06 جوان 2001 المحدد لمحتوى السجل الخاص بالملك الوقفي، والذي جاء تطبيقا لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي 2000-336 منشور في ج ر ج ج، العدد 32، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2001.

³ راجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336.

⁴ راجع نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336.

-لقد اعتبرت التعليمات الوزارية المشتركة المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية تحت رقم 09 بتاريخ 16 سبتمبر 2002 استثناءا إلى نفس المرسوم هذه الشهادة عقدا تصريحيا متعلقا بحق عيني عقاري.

المكلف من طرف هذا الأخير، النسخة المرفقة مع هذا الإيداع، بعد تحميلها صيغة تنفيذ الإشهار العقاري¹.

في الأخير يتم استخراج عقد الوقف والدفتري العقاري عند الموثق بالتنسيق مع المحافظ العقاري ليصبح العقد الوقفي رسمياً².

تتضمن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي وجوباً حسب نص المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 السابق الذكر ما يلي:

- عنوان الشهادة.
- المراجع القانونية المعتمدة.
- رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً.
- تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

إنّ خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، يدل على أنّ القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي، وهو ما أكدته التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المذكورة أعلاه، حيث اعتبرت أنّ الشهادة الرسمية هي بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل³ توافقا مع المادة 324 من (ق م ج) التي تحدّد مفهوم العقد الرسمي والمادة 26 مكرر 11 من القانون 91-10⁴.

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 143.

² تجدر الإشارة إلى أن إذا تعلق الأمر بعقار حضري، تفتح بطاقة عينية، وترتيب بعد التأشير عليها بالنظر إلى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف، ثم تفتح بطاقة أبجدية لحساب الوقف العام وترتب حسب الترتيب الأبجدي، ثم يتم إعداد دفتر عقاري يسلم لمدير الشؤون الدينية والأوقاف مع النسخة المرفقة، أما إذا كان محل الوقف عقارا ريفيا فيتم إشهاره طبقا لما نصت عليه المادة 113 و114 من المرسوم رقم 63-76 المعدل والمتمّم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، دون إعداد دفتر عقاري، لأن التأشير يتم على السجل العقاري المملوك في الشكل الشخصي، راجع التعليمات الوزارية المشتركة المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

³ هذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفة أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية على المستوى المحلي.

⁴ المادة 26 مكرر 11 من قانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف تنص على ما يلي: "السلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08"

ثانياً: تسجيل الوقف

بعد عملية التوثيق أحال الوقف على المصالح المكلفة بالتسجيل، وبالضبط بالمكتب التسجيل المختص إقليمياً، حيث حدد قانون التسجيل المكاتب المختصة إقليمياً، فيتولى مفتش التسجيل تسجيل كلّ معاملة ترد على عقار وقفي وذلك مقابل دفع حقوق التسجيل¹، وهذا تطبيقاً لنص المادة 41 من قانون الأوقاف السالفة الذكر: "... وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري...".

قد نصّ المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الأوقاف على إعفاء الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، باعتبارها من أعمال البر والخير مستثنياً الأملاك الوقفية الخاصة من هذه التنازلات الضريبية، والتي كان عليه إشراكها فيها ترغيباً للناس في حبس أملاكهم لأن العديد من الأوقاف آلت إلى أوقاف عامة بعد أن كانت خاصة².

قد لاحظنا من خلال المادة أعلاه أنّ المشرع قد خصّ بالذكر الوقف العام فقط بالإعفاء من رسوم التسجيل، وإن كان في تسببه لهذا الإعفاء على أساس عبارة "كونها عملاً من أعمال البر والخير"، وهي نفس الخاصية التي تتميز بها كذلك الأملاك الوقفية الخاصة بالرجوع إلى دراستنا لخصائص الوقف، ويتضح أنّ الخلفية القانونية وراء هذا الإعفاء هو تشجيع الوقف العام على الوقف الخاص³، فهو بمثابة دعوة صريحة إلى سلوك طريق الوقف العام والتضييق على الأوقاف الخاصة.

كما أنّ المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب تصب في نفس المنحى حيث تنص على: "يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها".

وترتيباً على ما سبق فإنه في وقف العقار يظهر التسجيل كإجراء جوهري لشهر عقد الوقف لدى المصالح المكلفة بالشهر العقاري حسب نص المادة 41 من القانون 91-10، وفي حالة عدم مراعاة

¹ - هذه العملية الإجرائية عادة ما تتم بهدف تحصيل موارد مالية بنسب معينة يحددها المشرع لفائدة الخزينة العمومية، فهو لا يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة، ولا يعتبر إشهاراً للحق الذي يحمله السند.

² - النظم الضريبية المعاصرة بقوانينها قد اتجهت إلى تقديم تنازلات ضريبية لفائدة هذه الأملاك وخاصة العربية منها، بحيث أعتفتها من الضريبة على العقارات والدخل والأرباح وسائر الإيرادات، والضرائب على الاستيراد والتصدير والمشتريات وقد شملت هذه الإعفاءات في بعض البلدان حتى الوقف الذي ولو كان شرط الواقف هو الانتفاع به هو وزوجته وولده، ولم تقتصر هذه الإعفاءات على الأوقاف الخيرية وحدها إدراكاً منها للأهمية التنموية للوقف وقد ساير المشرع الجزائري هذا التوجه العالمي، وقد ثبت عن جمهور الفقهاء قولهم بأن أموال الأوقاف معفاة من الزكاة مبرره في ذلك بأنها أجر بما مالكوها بكامله لوجوه القرية والبر، أنظر: منذر قحف، مرجع سابق، ص 123.

³ - رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص 97.

إجراء التسجيل فإنّ عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلاً لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري، وذلك تطبيقاً لنص المادة 100 من الأمر 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ثالثاً: الشهر العقاري¹

يشترط لنفاذ الوقف بين الواقف والموقوف عليه، وفي مواجهة الغير شهر العقد لدى المصلحة المكلفة بالإشهار العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف استناداً للنص المادة 41 من قانون الأوقاف، وذلك على غرار جميع التصرفات المنصبة على عقار، وهي قاعدة عامة من النظام العام، وتم تكريس ذلك تطبيقاً لنص المادة 793 من (ق م ج) التي تنص على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، وكذا المادتين 15 و16 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، حيث أنّ المادة 15 منه قضت بأنه لا وجود لحق ملكية وأي حق عيني آخر يتعلق بعقار بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقة العقارية، وجميع هذه النصوص تؤكد على وجوب شهر الحقوق العينية العقارية والتي من بينها الوقف لتكون نافذة.

كما تناولت هذه النصوص دور المحافظ العقاري في فحص ومراقبة هذه التصرفات بشأن استيفاء توافر أركانها، وإجراءات تسجيلها تحت طائلة رفض إشهارها.

تكمن أهمية الإشهار في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار، والاحتجاج عليهم وكذلك تقدير الثروة العقارية للأشخاص، أمّا بالنسبة لأهم دور فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن يترتب إلاّ بإتمام الشهر، فشهر التصرفات العقارية هو مصدر وجود و نشأة الحق العيني العقاري².

على العموم إذا كانت المادة 41 من قانون الأوقاف تلزم الواقف بإشهار الوقف الرّسمي، فالحقيقة أنّ الذي يلتزم بذلك هو الموثق تطبيقاً لأحكام المادة 90 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل

¹- يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني يتم وفقاً لإجراءات محدّدة قانوناً تضمن حق الملكية والحقوق العينية الواردة على عقار وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 118.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 122.

العقاري¹، والتزام الموثق هو التزام بتحقيق نتيجة يترتب عليه مسؤولية مدنية وإدارية، وبالتالي أمام تحمل الموثق لهذا الالتزام فكل عقد رسمي محرر أمامه سيخضع بالضرورة للإشهار بما في ذلك عقد الوقف².

وبما أنّ الإشهار وسيلة لجرد الأملاك الوقفية العامة، وهي عملية لا بد منها لحماية الأوقاف من الضياع والاستيلاء، وهو ما أكدته المادة 08 من القانون 01-07 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف والتي نصت على أنه: "تخضع الأملاك الوقفية العامة لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها.

يحدث لدى المصالح المعنية للأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك تحدّد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". فهذه المادة تؤكد على ضرورة إشهار الوقف الوارد على عقار من حيث أنه وارد على عقار فلا بد من تسجيله في مجموعة البطاقات العقارية من جهة، ومن جهة ثانية التمكن من جرد الأملاك الوقفية العامة.

كما تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 03-51³ المؤرخ في 02 أفريل 2003 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرّر من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه: "يحدّد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف والوزير المكلف بالمالية"

تضيف المادة 05 من المرسوم 03-51 سالف الذكر أنه: "يمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تستعين في إطار عملية إعداد السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بأعوان متخصصين في الشريعة الإسلامية يعينهم لهذا الغرض الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف"

نظرا لأهمية الأثر القانوني المتعلق بإجراء الإشهار، فمن الضروري التأكد قبل تنفيذه من أنّ العقد المودع قصد إشهاره قد أعد بطريقة قانونية، غير أنّ المحافظ العقاري⁴ بموجب الأمر 74/75 والمرسوم

¹ - المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري تنص على ما يلي: "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة إلى الإشهار العقاري والمحرّرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة".

² - فنقود رمضان، مرجع سابق، ص 125.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 03-51 مؤرخ في 04 فيفري 2003 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرّر لقانون الأوقاف، ج. ر. ج. ج عدد 08 لسنة 2003.

⁴ المحافظ العقاري هو عون من أعوان الدولة يرسم في سلك الموظفين ويحكمه القانون الخاص للتوظيف العمومي، وهو يشغل منصبا بموجب قرار من وزير المالية، ويخضع للسلم الإداري الذي يملك سلطة تعيينه، تنقيطه وإنهاء مهامه، ولا يمكن في أي حال من الأحوال لمسئوله الذي يعطوه في السلم الإداري أن يحل محله في عملية الإشهار وهذا نوع من أنواع الاستقلالية التي تسمح له بالقيام بكامل دوره في حماية الملكية العقارية. راجع: زردوم صورية، مرجع سابق، ص 109.

63/76 له سلطة المراقبة المتمثلة في التحقق من احترام قواعد الإشهار العقاري وكذا الأحكام القانونية والتنظيمية التي تحكم مختلف العمليات المتعلقة بالعقارات، والتي تجيز له رفض إشهاره عند عدم مراعاة كل ذلك¹.

المبحث الثاني

أثار الوقف.

إنّ الوجود القانوني للوقف يترتب عنه أثرين قانونيين أساسيين مختلفين ومتراپطين في نفس الوقت، فالأثر الأول فهو حصانة المال الوقفي، والذي يعني أنه لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها من التصرفات. فأبي تصرف في أصل الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا، ولا ينفذ في مواجهة الواقف، فيمنع بيعه أو هيبته أو رهنه، لأن ذلك قد يؤدي إلى الحجز عليه وبالتالي بيعه.

أما الأثر الآخر فهو ذو صلة بأمر إدارة الوقف والولاية عليه، متعلق بالانتفاع منه وهو الاستحقاق في الوقف، والذي يتم باستحقاق غلة الوقف ومنافعه من قبل المستحقين فيه، وما يكون لهم من التصرف في أعيانه وما لا يكون.

كما يتم التطرق في الأخير إلى انتهاء الوقف وأثر هذا الانتهاء وكذا حكم الرجوع في الوقف.

المطلب الأول

حصانة المال الوقفي.

نصت المادة 23 من قانون الأوقاف صراحة في منع التصرفات التي ترد عليه بأية صفة من صفات التصرف، سواء كانت من الواقف أو الموقوف عليهم أو الناظر أو المتولي بصفة عامة أو الغير. فأبي تصرف في أصل الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا ينفذ في مواجهة الوقف².

إنّ حصانة المال الوقفي تقتضي أنّ المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تملك. فأبي تصرف يجعله محل تملك أو دعوى تملك يكون باطلا بطلانا مطلقا، ويخضع البطلان إلى

¹- زردوم صورية، مرجع نفسه، ص 110.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 202.

أحكام القانون المدني مع مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف¹ حيث يمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم، ووكيل الأوقاف هو الذي يتمسك بالبطلان في الأملاك الوقفية.

غير أنه أقر القانون استثناء على هذا الأصل العام وذلك لاعتبارات الضرورة والمصلحة، ويتعلق الأمر بالاستبدال، سنتناول مسألة الحصانة التي يتمتع بها المال الوقفي من خلال التطرف لعدم مشروعية التصرف فيه (فرع أول)، والاستثناء الوارد عليه والمتمثل في الاستبدال في الوقف (فرع ثاني) وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي.

تقتضي فكرة عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي أنّ الوقف متى نشأ مستكملاً لشروطه، وتثبت له شخصية معنوية تجعله مستقلاً عن مستحقيه ينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رتبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقص الوقف أو يخل بمقصوده، فالأملاك الوقفية لا تكون محل ملك ولا دعوى تمليك. وهذه الفكرة تجد أساسها في لزوم الوقف، وفي اعتبار كلّ تغيير يطرأ على الوقف وقفاً.

أولاً: لزوم الوقف.

المقصود بمسألة لزوم الوقف وعدم لزومه، أي مدى جواز التصرف بالعين الموقوفة ببيع أو هبة أو إرث أو نحوه من قبل الواقف أو الموقوف عليه أو المتولي على الوقف.

اللّزوم في اللّغة ما يثبت ودام، يقال ألزمته أي أنبته وآدمته.² واصطلاحاً هو عدم جواز الرجوع في الوقف أو نقضه، أو انتقاله بالإرث، أو بأي تصرف قانوني آخر.³

¹- تنص المادة 25 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على ما يلي: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرساً، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير.

وتسود الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقاً لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

²- الرّافعي أحمد بن محمد بن علي المقدي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، المطبعة الكبرى، مصر، 1324هـ، ص210.

³- كمال الدّين إمام، مرجع سابق، ص176.

فالوقف متى صدر من الواقف واستكمل كانت شرائطه لزم الوقف، وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو الناظر في التصرف بعينه بأي تصرف يخل بالمقصود بالوقف.¹

بناء على ذلك فإن التصرف الوقفي متى كان لازماً يشترط فيه أن يكون مؤبداً لا يمكن الرجوع فيه، فيذهب الرأي الفقهي الغالب إلى أن التأبيد شرط في صحة الوقف، وهذا ما ذهب إليه الشافعية فيشترط في الوقف التأبيد المطلق من غير التقييد بزمن، فلا يجوز للواقف أن يمتد وقفه بمدة معينة، لأن الوقف إخراج للمال على وجه القرية، فلم يجز إذا اقترن وجوده بمدة محددة كالعقود والصدقة.

يشترط الحنابلة أيضاً لصحة الوقف التأبيد المطلق، وبناءاً عليه متى اشترط الواقف في وقفه بيعه أو هبته أو الرجوع فيه متى شاء، لم يصح الشرط ولا الوقف لأن ذلك منافي لمقتضى الوقف.

أمّا الإمام أبو يوسف من الحنفية فيشترط بدوره التأبيد، مثلما ذهب إلى ذلك صاحبه الإمام محمد لكنه لا يتشدد في صيغ التأبيد، إذ يعتبر كلمة "وقفت" دالة على التأبيد إذا ذكرت مطلقة من دون أن تقترن بجهة تقطع واقتصر الواقف عليها.²

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد أخذ بما ذهب إليه الرأي الفقهي الغالب فاعتبر الوقف مؤبداً، وإذا كان مؤقت اعتبر باطلاً، وهذا ما يستشف من خلال النصوص القانونية المختلفة، حيث نصت المادة 213 من (ق أ ج) على ذلك: "...لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق". كما نصت

¹ - انحصرت أقوال الفقهاء في مسألة لزوم الوقف وعدم لزومه في قولين:
القول الأول: الوقف غير لازم، وللوقف الرجوع عن وقفه والتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الهبة وغير ذلك من التصرفات، وهذا ما ذهب إليه أبي حنيفة واستبدل بعدم لزوم الوقف، بالحديث المروي عن أبي عباس رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم، قال: لما نزلت آية الفرائض: لا حبس بعد سورة النساء "أي يعدم جواز التأبيد. لكن أبا حنيفة يستثنى ثلاثة مسائل يقول فيها بلزوم الوقف هي:
- أن يجعل الواقف جزءاً من أرضه مسجداً، ويأذن للناس بالصلاة فيه فهذا الوقف يكون لازماً لا يجوز الرجوع فيه.

- أن يقضي القاضي بلزوم الوقف.
- أن يخرج الواقف وقفه، مخرج الوصية بأن يضيفه إلى موته فيقول وقفت داري بعد موتي على الفقراء.
القول الثاني: الوقف متى صدر من أهله مستكماً شرائطه لزم الوقف وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو الناظر عن القرية، فلا يتصرف أحدهم في عين الوقف تصرفاً ينقصه، أو يخل بمقصوده، وأصحاب هذا القول هم جمهور الفقهاء الذين قرروا القاعدة التي مفادها إذا صح الوقف لزم إذ يمتنع الواقف عن التصرف فيه ولا يملك الرجوع فيه، لأن ملكيته زالت، وحجهم في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه في وقف عمر، فقد جاء فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم "التصدق بثمره وأحبس أصله، لا يباع ولا يورث"، وفي رواية "تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره فتصدق به عمر".

انظر: محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه، والقانون والقضاء، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 514-416.

- منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 98-100.

² Cheik Mohamed El Bachir ETOUATI, , recueil de notions de droit musulman et rite et d'acts notariés judiciaires et extrajudiciaire, imprimerie Française, (traduit et annoté par Jules ABRIBAT) B, BORREL, Tunis, 1896, p66.

المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على أن "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد..."، وهو ما أكدته المادة 28 من نفس القانون حيث قضت ببطلان الوقف إذا كان محددًا بزمن.

غير أن المشرع الجزائري وقع في تناقض بين نصوصه فيما يخص مسألة تأييد الوقف وتأقيته، فنجد تارة ينص على المبدأ العام في الوقف وهو أن يصدر على وجه التأييد وإلا وقع باطلا، وتارة أخرى نجده يقر بصحة الوقف الذي يكون محله منفعة، والذي يفهم منه إجازته للوقف المؤقت، لأن محل الوقف عندما يكون منفعة فلا بد أن يكون محددًا بمدة معينة تعود بعد انتهائه العين الموقوفة محل الانتفاع إلى مالك الرقبة (الواقف) إذا كان لا يزال على قيد الحياة، أو إلى الورثة إذا كان ميتا، فلا يمكن أن يكون الوقف الوارد على منفعة مؤبدا، لأن ذلك يتنافى مع حق الانتفاع في ذاته.¹

والمسائل القانونية المرتبطة بفكرة اللزوم تتمثل فيما يلي:

أ- تبطلان الرجوع في الوقف مطلقا:

يستخلص من نص المادة 17 من قانون الأوقاف أن الأثر المباشر للتصرف الوقفي الصحيح هو زوال حق ملكية الواقف، بمعنى زوال كل سلطاته على المال الموقوف التي كانت له قبل إنشاء الوقف والتي كان له بموجبها أن يتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات. مما يفيد أنه لا يستطيع الرجوع في وقفه لأنه فقد كل السلطات المتفرعة عن حق الملكية.²

فوجد المشرع قد قرر قاعدة عدم جواز الرجوع في الوقف آخذا بالرأي الراجع من آراء الفقهاء في هذه المسألة، الذي يقضي بتأييد الوقف ولزومه، الأمر الذي يستنتج منه أن الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للتراجع فيه مطلقا، فلا يجوز للواقف أو الورثة من بعده الرجوع فيه ولو شرط الواقف ذلك في عقد الوقف، وقد كرس هذا المبدأ فيما بعد قانون الأوقاف رقم 91-10 في المواد 03 و 16 و 23، و 28 منه وبالتالي متى وقع الرجوع كان محلا للبطلان.³

ب- جواز الرجوع في الوقف المكيف وصية:

القاعدة هي عدم جواز الرجوع في الوقف مطلقا في القانون الجزائري، إلا أن ذلك لا يعارض القول بأن الوقف الذي علقه الواقف أو أضافه إلى موته يجوز الرجوع فيه، لأن الجواز هنا لم يقرر إلا

¹ - زواوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، مرجع سابق، ص 903 وما بعدها.

² - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 206.

³ - لقد كان الاجتهاد القضائي سابقا في تقرير بطلان الرجوع في الوقف من طرف الواقف، فنجد أحد قرارات المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 08/03/1967 منشور في م ق، العدد 01، لسنة 1968، ص 145 بوجوب نقض القرار الذي أقر بيع الأموال المحبسة رغم ثبوت سوء نية المشتري وهو ما يتنافى مع أحكام الحبس.

لأنّ الوقف يأخذ حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها بناء على المادة 192 من (ق أ ج) التي قرّرت جواز الرجوع في الوصية، إلا أنه لا يتم الرجوع هنا إلا بتوافر شرطين هما:

1- أن يتم الرجوع قبل الوفاة، لأنه إذا وقف الواقف مالا معيناً أثناء حياته، فإنه إن مات صار الوقف لازماً في حق الورثة في حدود ثلث التركة كأصل وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه.

2- أن يتم الرجوع من طرف الواقف نفسه، لأنّ الرجوع هنا حق شخصي فلا يكون إلاّ منه.¹

ذكرنا فيما سبق أنّ كل سلطات المالك المتعلقة بحق التصرف وحق الاستعمال تسقط منه بمجرد تصرفه الوقفي، أمّا الموقوف عليه فيثبت له حق الانتفاع من غلة الوقف دون التصرف مطلقاً في المال الوقفي، لأن الملكية لا تنتقل إليه وإنما يمنح الوقف شخصية معنوية، وهو ما قرّره المادة 17 فقرة 2² من قانون الأوقاف رقم 10-91، وهو ما أكدته أيضاً المادة 18 من نفس القانون والتي تنص على ما يلي: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تتجه وعليه استغلالها استغلالاً غير مطلقاً للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية".

يتبين مما سبق أنّ حرية التصرف في المال الوقفي لا تقتصر على الواقف فقط وإنما تشمل الموقوف عليه كذلك، لأنه هذا الأخير يقتصر حقه على الانتفاع فقط من غلة وريع الوقف، وهو ما ينطبق على الواقف في حالة الوقف على النفس، إذ يتمتع بحق الانتفاع دون أن يكون له الحق في الرجوع عن وقفه، أو التصرف في المال محل الوقف.³

ثانياً: التغيير في الوقف.

يجب أن يستغل الوقف وفقاً لما قرّره الواقف في عقد الوقف وبالشكل الذي حدّده. والقاعدة هي أن شرط الواقف كنص الشارع، ولا يجوز لأي كان أن يمس بهذه الشروط، وإذا لم تراخ الشروط التي قرّرها الواقف والتي وصفها قيد حياته، بأنّ وقع تصرف في المال الموقوف بالبناء فيه والغراس، عدّ ذلك مناقضة لعقد الحبس ولإرادة الواقف.

¹ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 207.

² - تنص المادة 2/17 من قانون الأوقاف رقم 10-91 على ما يلي: "...ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

³ - تنص المادة 06 مكرّر من القانون رقم 10-02 المعدّل والمتمم للقانون 10-91 على ما يلي: "يؤول الربيع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرته، والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها".

فاعتبر المشرع الجزائري التغيير في الوقف تصرفاً في نص المادة 25 من قانون الأوقاف التي نصت على ما يلي: "كل تغيير يحدث بناءاً كان أو غراساً يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهماً كان ذلك التغيير".¹

بما أنّ الوقف يقتضي عدم التصرف في المال الموقوف في أصله إلاّ للضرورة وتحقق المصلحة في الوقف، فالتغيير فيه يؤدي إلى تغيير نشاطه وغرضه، وإحداث البناء أو الغراس قد يمنع الاستحقاق فيه للمستحقين وقد يؤدي إلى تملكه ملكية خاصة، وهذا ما يخالف قاعدة أنّ الوقف يخرج من دائرة التمليكات لانعدام نية التملك.²

أ- شروط التغيير المعترف وقفاً:

ليعتبر التغيير في المال الموقوف تصرفاً وينبغي بطلانه، يجب أن تتوافر شروط والتي هي أن يقام بناء أو غراس أو كليهما على الوقف، وأن تتعدم الصفة في من أقام هذه المنشآت، وأن تقام لحساب من أقامها.

أ-1- إقامة البناء والغراس في الوقف:

التغيير في الوقف يعتبر من بين أحكام الالتصاق التي تضاف لحالة البناء والغراس، أي إنجازات جديدة تضاف إلى ملكية الوقف، وهي قائمة بذاتها ولها كيان متميز، ويمكن نزعها إذا أريد ذلك، ويمكن أن تكون منشآت جديدة منفصلة أو منشآت مضافة إلى منشآت أخرى، فقد تكون أشجاراً فوق أرض فلاحية، أو عمارة فوق أرض جرداء، أو تكون إضافة كزيادة طابق فوق البناء أو تكملة غراس قائم. ويشترط أن تكون منشآت البناء والغراس منشآت دائمة، فلا يمكن نزعها بسهولة، وإذا حدث ونزعت فقد تسبب أضراراً للملك الوقفي، ولا تعتبر من قبيل التغييرات التي تعتبر تصرفاً في الملك الوقفي، إذا كانت هذه التغييرات من قبيل الإصلاحات والتحسينات وأعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء واستصلاح الأراضي وغيرها، لأنها لا تؤثر في أصل الوقف بل ترتبط باستغلال العين الموقوفة واستغلالها، وهذا ما قد يجعلها ضرورية إذا ما أحتاج إليها الوقف.³

أما إذا كانت غير دائمة ويمكن إزالتها بسهولة في مال الموقوف، كالخيام الصغيرة والصناديق ونحوها، والتي تقام من قبل أصحابها على أرض الغير دون قصد إبقائها على الدوام، أي دون قصد

¹- راجع المادتين 218 و 219 من (ق أ ج)، فقد تعرضنا لهذه المسألة.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 226.

³- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 227.

التملك، وبذلك تكون ملك لأصحابها الذين أقاموها ما دام يمكن إزالتها بسهولة دون إحداث أضرار بالعين الموقوفة.¹

أ-2- إعدام الصفة في من أقام البناء والغراس:

لكي يكون التغيير في الوقف بالبناء والغراس تصرفا يشترط أن يكون من أقام هذه التغييرات، غير أهل لذلك، بمعنى لا يملك الصفة في القيام بها، أما إذا كان يملك الصفة كأن كان ناظرا للوقف فكل ما يقوم به من بناء وغراس في مصلحة الوقف، وبالتالي يكون صحيحا ومملوكا للوقف باعتباره شخصا معنويا له حق التملك. والواقف يكون مسئولاً عن تصرفاته باعتبار الناظر نائبا عنه، ويعتبر كل تغيير ملكا للوقف، أما إذا كان من أقام المنشآت هو المنتفع بالوقف بناء على حصوله على موافقة من ناظر الوقف أو وكيل الأوقاف، فإن له الحق في التعويض وفقا للمادة 26 مكرّر 7 من القانون رقم 01-07،² أما إذا أقامه دون موافقة الناظر ودون وجود ضرورة فإنه يكون سيء النية فيعتبر متعدياً.

إنّ تحديد صفة القائم بالتغيير في الوقف له أهمية في تحديد الآثار القانونية فوجب التمييز بين الحالات الآتية:

1- القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الناظر:

يعتبر الناظر المسير المباشر للوقف، وهو ممثله الذي يقوم بأعماله تحت إشراف وكيل الأوقاف، فهو مكلف بالسهر على العين الموقوفة والمحافظة عليها، كما يلتزم بكل عمل يفيد الملك الوقفي، ويعمل على صيانته وإعادة بناءه عند الاقتضاء، ودفع الضرر عنه.

إذا قام الناظر في إطار عمله بالقيام بتغييرات في الملك الوقفي من بناء أو غراس لصالح الوقف، فإنها تعتبر ملكا للوقف إذا كانت من مال الوقف أو بدين على الوقف. أما إذا كانت من مال الناظر فهي كذلك ملك للوقف، وإن صرح الناظر بملكيته له فيعتبر ذلك تعدياً، فهو وكيل للوقف حال حياته، فهو يملك ولاية النظر على الوقف، فيلزم بنزع ما غير في الوقف إذا كان لا يضر به، فإذا كان ذلك مضرا بالوقف اعتبر البناء أو الغراس ملكا للوقف ويعزل الناظر.³

¹- جمال خليل النجار، النية وأثرها في البناء فوق ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1999، ص80.
²- تنص المادة 26 مكرّر 7 من القانون رقم 01-07 على ما يلي: "يمكن أن تستثمر وتنمي العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلاً".
³- زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص239.

أمّا إذا كان ناظر الوقف هو الواقف نفسه لأنه يملك الولاية على الوقف أصلاً، فإذا كان التغيير من مال الوقف، فهي ملك للوقف، أما إذا كانت من ماله الخاص وقصد من ذلك زيادة ونماء الوقف فإنّ التغيير يعتبر ملكا للوقف أيضاً، أمّا إذا أقام المنشآت على أرض الوقف وكان قصده تملكها لنفسه، فإنه يعامل معاملة الناظر المتعدي، لأنّ ذلك بمثابة الرجوع عن الوقف وإبطالا لأصله.¹

2- القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الموقوف عليهم:

الوقف ينقل للموقوف عليهم حق الانتفاع فقط دون ملكية المال الموقوف، وحق الانتفاع ينصب فقط على الغلة ويكون بالطريق الذي رسمه الواقف في عقد الوقف،² فإذا قام الموقوف عليهم فوق المال الموقوف بناء أو غرسا فإن هذا البناء أو الغراس يكون ملكا للعين الموقوفة، لا يجوز تملكها ملكية خاصة، فالأصل لا يحق لهم أن يشيدوا بناء و غرسا لان ذلك يمس عقد الوقف في أصله، إلاّ أنهم ملزمون بالمحافظة عليه وصيانته وترميمه إذا ما حدث له ما يؤثر عليه، مع العلم أنّ المشرع الجزائري قد أعطى لهم حق النّظر على الوقف إذا كانوا معينين ومحصورين، راشدين.³

3- القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الغير:

الغير هنا قد يكون الذي تربطه علاقة قانونية بالوقف أو الغير الأجنبي الذي ليس له علاقة به. فالغير الذي ليس له علاقة بالوقف فهو في حكم المعتدي، وتطبق عليه أحكام قانون العقوبات عن التغييرات التي أحدثها في الوقف باعتباره لا يملك الصفة للقيام بالتغييرات، وقد يضر ذلك بالوقف، وقد نصّت المادة 36 من قانون الأوقاف على ذلك.⁴ وكل تغيير يقوم به الغير يعدّ ملكا للوقف، ويجوز حرمانه من التعويض كونه متعدياً على الوقف، أمّا فيما يخص بالغير الذي تربطه علاقة قانونية بالوقف فإنه يختلف باختلاف صفته.

3-1- المستأجر:

المستأجر هو الشخص الذي انتقل إليه حق استعمال المال الموقوف على أن يدفع نظير ذلك مبلغا من المال هو مبلغ الإيجار.⁵

¹ - زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص239.

² - قرار المحكمة العليا، الصادر في 16/07/1997، م ق، عدد 01، 1997، ص34.

³ - راجع المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

⁴ - راجع المادة 36 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

⁵ - مديرية الشؤون الدينية والأوقاف القائمة على إدارة تسيير الأملاك الوقفية، هي التي تتولى إبرام عقود الإيجار على العين الموقوفة مع الغير لصالح الموقوف عليهم، وهذا تطبيقاً لنص المادة 42 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والتي نصت على ما يلي: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"، والإيجار جاء شاملاً على الأملاك الوقفية

المستأجر ملزم باحترام إرادة الواقف والعمل على تنفيذها، وكذلك يلتزم بالمحافظة على العين الموقوفة وصيانتها وعدم الإضرار بها، ويلتزم بعدم التغيير إلا بموافقة الناظر أو الموافقة الصريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف مباشرة والمتمثلة في وكيل الأوقاف، وإذا قام بالتغيير الملك الوفي دون موافقة صريحة اعتبر متعدياً وأبطل تصرفه، واعتبر التغيير مكتسباً للوقف سواء كان بناءً أو غرساً.¹

3-2- المحتكر:

الحكر هو حق عيني² يخول للمحتكر الانتفاع بأرض موقوفة بالبناء عليها أو بالغرس أو أي غرض آخر، وذلك مقابل أجرة معينة، حيث تكون رقبة الأرض المحتكرة لجهة الوقف، أما الانتفاع للمحتكر.

باعتباره حقا عينيا أصليا فهو يخول لصاحبه الانتفاع بالملك الوفي بجميع وجوه الانتفاع، وذلك بشرط أن تكون الأعمال التي يجريها في الملك الوفي من شأنها أن تؤدي إلى تحسينه، وله أن يقيم فيه البناء والغراس أو يحدث عليه إصلاحات، شرط عدم إنقاص قيمته، إلا أنه لا يملك الحق في تملك ما أقامه طبقاً لنص المادة 25 من القانون رقم 91-10، إلا أنه له حق أن يورثه خلال مدة العقد فقط، وهذا ما قضت به المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم 01-07 التي نصت على ما يلي: " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء، أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة، وقت إبرام العقد مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد...".

أ-3- أن تقام المنشآت لحساب من أقامها:

لكي يعتبر التغيير تصرفاً يجب أن يكون متبوعاً ببنية التملك، بمعنى من أقام هذه التغييرات يريد أن يملك ما أقامه من بناء أو غراس، فتعتبر مستحقة إذا أقامها بنية التبرع للوقف، وبالتالي ليست بتصرف كونه في الأصل عمل بر وخير يزيد في الوقف، ولا يؤثر على وجوده ولا يهدده بالزوال، أما إذا

سواء كانت بناء أو أرض عارية، أو زراعية أو مشجرة، وتعتبر مبالغ الإيجار إحدى الموارد الهامة للوقف، راجع رمول خالد، الإطار القانون والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص 126-127.

¹ - قفود رمضان، مرجع سابق، ص 231.

² - حق الحكر يختلف عن حق الانتفاع من عدة وجوه فهو يكون دائماً مالا عقارياً باعتباره أنه لا يرد إلا على أرض موقوفة، وهو لا ينتهي حتماً بوفاء المحتكر عكس حق الانتفاع، كما يكون أطول مدة من حق الانتفاع وحقوق هذا الأخير تكون أقل نطاقاً من حقوق المحتكر، راجع رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص 138.

كان بغرض التملك فهنا يعتبر التغيير بالبناء والغراس على الوقف تصرفاً، لأنّ الوقف لا يمكن أن يكون محل ملكية أو دعوى تمليك، وفي حالة ما إذا كان القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الفضولي بأن كان عاملاً على الملك الوقفي فوجب على الناظر تعويضه، أو يكون قد أقامها بصفته وكيلًا عن الوقف، كأن يكون ناظرًا فهو لا يعمل لحساب نفسه وإن تجاوز سلطته تطبق عليه أحكام الوكالة المنصوص عليها في قانون الأوقاف.¹

ب- آثار التغيير في الوقف:

القاعدة أن التغيير في الوقف لا يعتد به ولا يؤثر على وجود الوقف، فيبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير، وكلّ تصرف يرد عليه فهو باطل.

ب-1- بطلان التغيرات وتملكها للوقف:

لم يعترف المشرع الجزائري بهذه التغيرات ولم يعتبرها واقعة قانونية يمكن التعامل معها، إلاّ أنّه اعتبرها واقعة مادية يمكن معها التعويض إلى من قام بذلك التغيير، كما يمكن أن يحرم منه وفقاً للأحكام العامة وتطبيقاً لنص المادة 36 من القانون رقم 91-10.

فكلّ تغيير يحدث على العين الموقوفة يكون ملكاً للمال الموقوف بصفة تلقائية ويدخل ضمن ملكيته مباشرة مهما كانت صفة الشخص القائم بتلك التغيرات، سواء كان الموقوف عليهم أو الواقف أو ناظر الوقف.

هذا ما تضمنته المادة 25 من القانون رقم 91-10، وحق صاحب التغيير متى كان ذا علاقة قانونية بالوقف لا يتصل إلاّ بالغلة، لأنّ المال الموقوف لا يمكن أن يمس بأصله إلاّ في الحدود التي وضعها العلماء وأقرها القانون للاستبدال، وبالشروط المحددة ووفقاً للإجراءات المعمول بها. فالمغير في الوقف بالغراس أو البناء لا يمكنه أن يمتلك ما قام به ولو كان الموقوف عليهم، وذلك حفاظاً على الوقف من الزوال، وتنفيذاً لرغبة الواقف الذي قصد دوام المنفعة حتى وفاته، لذلك جعل الفقهاء حق الغير على الوقف يكون مرتباً بالغلة دون الأصل، سواء كانوا من المستحقين أو غيرهم أو حتى دائنين، وبالتالي فإنّ كلّ تغيير يحدث في الوقف يكون تصرفاً باطلاً ويمتلكه الوقف مباشرة.²

ب-2- تسوية الحالات المترتبة بين الوقف والغير:

¹ قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 232-233.

² قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 234.

المشروع الجزائري لم ينص على طريقة لتسوية الحالات الناتجة عن التغيير في المال الموقوف بالبناء أو الغراس، حيث انه اكتفى فقط بالنص في المادة 25 من قانون الأوقاف على أنه تسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام المادة 02 من نفس القانون، وتخضع هذه التسوية إلى نوعية الملك الوقفي وطبيعته، وكذلك إلى مصلحة الوقف في ذلك.

أما بالنسبة للأوقاف التي تعرضت للاعتداء عليها، فتخضع لأحكام قانون العقوبات وبحرم المغير عن التعويض نتيجة اعتدائه على ملك وقفي واستغلاله له بطريقة تديسية، ويسترجع الوقف بعد إجراء معاينة ميدانية للتغيرات المحدثة، وإخراج محضر مختص إقليميا بناء على أمر رئيس المحكمة وتثبت جميع الحالات ويحال على العدالة للفصل فيها.¹

إلا أنه بالنسبة لتسوية الحالات الأخرى فلا توجد قواعد ثابتة تطبق على المغير في الوقف، ومن بين هذه الحالات نذكر على سبيل المثال:

1- في حالة ما إذا قام المستأجر بقسمة العقار الموقوف إلى قسمين أو أكثر، فإذا كانت هذه القسمة مضرة بالملك الوقفي وطريقة استغلاله، فإنه يلزم برد الملك الوقفي إلى مكان عليه، فإذا أثرت في طريقة استغلاله وكانت ضد شرط الواقف، فإنه يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع شرط من شروط الواقف ذلك، فإذا وجد مانع يلجأ إلى القاضي لكي يسمح بهذا التغيير وتسوى الحالة بهذا النحو.

2- في حالة إذا ما قام المستأجر بفتح غرفة من غرف المنزل المعد للسكن محلا للتجارة إذا لم يضر ذلك بالوقف وكان أصلح له لا يمكن تقسيم الوقف إلى عقارين، جدران محل تجاري وما بقي يكون مسكنا، يوجد الأول على انه سكن بأجرة، والثاني يؤجر على أنه محل تجاري بأجرة أخرى.² غير أن المشروع الجزائري ذكر حالات أخرى ضمن القانون رقم 01-07 في تسوية الحالات الناتجة عن التغيير في الوقف وهي:

1- التغيير الذي يحدثه المحتكر، صاحب حق الحكر ينقل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغراس أو كليهما الذي أقامها طول العقد مع إمكانية توريثه، وهذا ما تضمنته نص المادة 26 مكرر 2 من

¹ قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 235.

² - تسوية حالات التغيير خارج تأمين الأراضي يخضع لنظام الفتوى بمعنى يتم معالجة كل حالة على حدة وفقا لأحكام كل وقف ما يصلح له، وهي صلاحيات متولي الأوقاف وكل من اللجنة المركزية للأوقاف، ونظارة الشؤون الدينية ووكيل الأوقاف.

القانون رقم 01-07 المذكور أعلاه. وهذا البناء أو الغراس يكون مملوكا للوقف حسب نص المادة 25 من القانون رقم 91-10، وحق صاحب الحكر بالانتفاع يتصل فقط بما أقامه، ولا يمكن له امتلاك ما أقامه ولا يجوز له إذا لم تكتمل قيمة ما أقامه بتوريثه مدة العقد فقط.

2- التغيير الذي يحدثه صاحب حق المرصد،¹ فالبناءات التي يقيمها صاحب حق المرصد، لا يمكن أن يمتلكها، وإنما تكون ملكا للوقف، وفقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف، ولا يرتبط حقه إلا باستغلال إيرادات البناء فقط، ويتم تسوية الحالة بتملك الوقف للبناء واتصال حق المرصد بالانتفاع فقط، وينتهي حقه على الوقف باستهلاكه لقيمة الاستثمار.²

إلا أن البناء التي تقام على أرض الوقف لا تكون مملوكة للوقف وفقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف، وإنما تطبق عليها أحكام المادة 24 من نفس القانون، فتستبدل بها أرض أخرى وقفا مثل ما كان عليه الأرض الأولى بنفس الشروط والإجراءات، وفي كل الحالات يمكن اللجوء إلى القضاء لحل أي نزاع قد ينشأ عن ذلك.

الفرع الثاني

إمكانية التصرف في الملك الوقفي بالاستبدال.

نظرا للزوم الوقف فالأصل أنه غير قابل للتصرف فيه بأي تصرف تملكي، كونه مؤبد ولا يجوز الرجوع فيه. وتقاديا لجمود الأعيان الموقوفة الذي يطلعها فيضيع الغرض منها أجاز الفقه والقانون صورة استثنائية للتصرف في المال، تعرف بالاستبدال.

سنتطرق إليه من خلال مفهومه وإجراءاته على النحو التالي:

¹ - عقد المرصد، هو عقد يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طويلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، مع مراعاة أحكام نص المادة 25 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.

² - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 237.

أولاً: مفهوم الاستبدال.¹

الاستبدال لغة: مأخوذة من البدل، وبدل الشيء، غيره وتبدل به، واستبدله، اتخذ منه بدلاً.²

أمّا في الاصطلاح الفقهي فيراد به أحد الأمرين:

- إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها، واستبدالها بشراء عين أخرى تكون وقفاً بدلاً منها، وقد وسع جانب آخر من الفقه الاستبدال فعرفوه أنه إبدال شيء آخر على أن الاستبدال يتم عينا وذلك بمقايضة العين الموقوفة بعين أخرى يصبح وقفاً بدلاً عنها، أو ببيع العين الموقوفة وتخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفاً أيضاً.³
- المقايضة على عين الوقف بعين أخرى.

وإذا اقتربت كلمة الاستبدال بكلمة الإبدال كأن يقال إبدال العين واستبداله فهذا وجب التفرقة بينهما.

- الإبدال يعني إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها مقابل ثمن نقدي.

- الاستبدال هو شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها.⁴

فالإبدال والاستبدال متلازمان حيث أنّ الاستبدال لازم للإبدال، لأنه إذا خرجت العين من الوقف

بالبيع، يجب أن يحل محلها أخرى.⁵

ثانياً: حالات الاستبدال:

تنص المادة 24 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرض للضياع أو الاندثار.

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكانية إصلاحه.

¹ - تتكون الأوقاف في أغلب الأحيان من أبنية وأراضي زراعية، وعقارات في معظمها تكون غير صالحة للاستعمال، أو متهدمة، أو قليلة الربح مما يتسبب في تعطيل الهدف الذي قامت من أجله، ممّا دعا الفقهاء والمهتمين بأمور الوقف للبحث في أفضل الأمور لتنميتها، ويعتبر الاستبدال من صنيع الاستثمار الذاتي للوقف، ومن الحقوق العينية المرتبة على العقارات الوقفية.

² - منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 167.

³ اختلف الفقهاء في جواز الاستبدال بين مضيق وموسع بل من الفقهاء من كان يمنعه ولم يجزه إلا في أحوال استثنائية قليلة الوقوع، أنظر في ذلك

Boulam Bandjilali, les modes islamiques de financement des biens waqf, Guinée Ganakay, 1997, p09.

⁴ - منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 167.

⁵ - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 161.

- حالة ضرورة عامة، كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه.

تثبت الحالات المبنية أعلاه بقرار من السلطة بعد المعاينة والخبرة".

ويقسم الاستبدال حسب حالة الملك الوقفي إذا كان عامراً أو خراباً.

أ- استبدال الوقف إذا كان خراباً: فالاستبدال هنا يكون حالة ضرورية لأجل بعث الانتفاع بالوقف من جديد، وهناك حالات وضعها الفقهاء بعضها يتعلق بعدم بقاء المنفعة في الوقف أو يكون الاستبدال ضرورة:

أ-1- عدم بقاء المنفعة في الوقف:

المنفعة قوام الوقف، فقد وضع لأجل الانتفاع به من قبل الموقوف عليهم سواء كان عاماً أو خاصاً أو هناك حالات تنعدم فيها المنفعة في الوقف وهي:

- عدم صلاحية المال الموقوف لأداء المنفعة التي وقف لأجلها¹.

- عدم قدرة المال الموقوف على إعطاء منفعة كافية، فالعين الموقوفة تكون قليلة لا تتماشى مع ما كان من قبل، أو لا تكفي الموقوف عليهم عند قسمتها عليهم مما يجعل الاستبدال أكثر من ضرورة.

أ-2- أن يكون الاستبدال ضرورة للوقف:

هو أن يكون الاستبدال فيه مصلحة أكبر للوقف، فإذا استبدلنا العين الموقوفة بعين أخرى كانت أكبر نفعاً، والمعيار الذي يحدد ذلك هو المنفعة، فكلما زادت المنفعة جاز الاستبدال، إلا أنه بعض الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز الاستبدال في هذه الحالة، خاصة إذا كان الوقف يحقق المنفعة فلا يجوز استبداله بوقف آخر ولو كان يدر منفعة أكثر منه.

¹- لهذه الحالة تطبيقات كثيرة في الواقع العملي ومن أمثلتها:

- أن تصبح الأرض الموقوفة غير صالحة للزراعة، وكان موضوع وقفها زراعة.
- اندثار العين الموقوفة، كأن يكون مسجداً هجره الناس، أو محلاً تجارياً غير صالح لعمل التجاري لهجرة زبائنه.

ومسألة عدم الصلاحية هي قضية واقع تثبت بكل الطرق وتخضع لرقابة القاضي. أنظر: قنفود رمضان، مرجع سابق، ص ص 241-242.

قد أخذ المشرع الجزائري بهذه الحالات وأقرها في قانون الأوقاف رقم 91-10 حيث أنه اقتصر على أربع حالات نصّ عليها في المادة 24 المذكورة أعلاه.

ب- استبدال الوقف إذا كان عامراً:

يقصد بالوقف العامر الوقف الذي يؤدي المنفعة التي وقف لأجلها دون عجز في الانتفاع به من قبل الموقوف عليهم¹، وقد أقل الفقهاء حالات يستبدل فيها الوقف إذا كان عامراً لمصلحة الوقف.

ب-1- إذا اشترط الواقف ذلك:

فإذا اشترط الواقف في عقد الوقف الاستبدال حتى ولو كان الوقف عامراً صح ذلك طبقاً للقاعدة الفقهية التي مفادها شرط الواقف كنص الشارع. ويكون ملزماً إذا توقفت الشروط التي وضعها الواقف، وإن لم يوجد روعي في الاستبدال المصلحة العامة للوقف².

ب-2- لم يشترط الواقف ذلك مع وجود مصلحة للوقف راجحة ومحققة:

الاستبدال يكون جائزاً استثناءً رغم أنّ الواقف لم يشترط ذلك، إذا وجدت مصلحة راجحة ومحققة ويكون ذلك إذا وجدت منفعة أكثر في الوقف بعد الاستبدال وهذه المصلحة يحددها عند الخصومة القاضي أو الخير.

هناك عدة صور لهذه الحالة من بينها ما يلي:

- إذا غصب الوقف وعجز المتولي عن الاسترداد ولم يستطع إقامة الدليل على الوقف لاسترداده بواسطة القضاء، وأراد الغاصب دفع البدل من تلقاء نفسه، فيكون على المتولي أو الناظر أخذ ما يعطيه الغاصب ولو كان دون قيمة الوقف المغصوب، لأنّ المتولي ليس له القدرة على استرجاع الموقوف من يد الغاصب الظالم ولو كان قليلاً من جهة، وليس لديه ما يثبت به صحة الوقف من جهة أخرى³.

هو ما ذهب إليه المشرع في مسألة استرجاع الأموال الموقوفة التي أمتت⁴، فقد نص على الأموال التي استحال استرجاعها وجب تعويضها وهو ما يفيد نص المادة 38 من قانون الأوقاف والتي قضت بما يلي:

¹- قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 243.

²- زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 217.

³- زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 216-217.

قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 243.

⁴- تعرضت الأراضي الموقوفة إلى عدة انتهاكات من طرف الخواص والمؤسسات العمومية، وذلك بسبب الفراغ القانوني الموجود غداة الاستقلال، فبعد الاستقلال صدر المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتعلق بنظام الأملاك المحبسة، لكن هذا النص وضع في ظروف خاصة وأفضى إلى أسلوب تسيير لا يتماشى مع متطلبات الأحكام الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس، لذا تم تجميد هذا المرسوم فور صدوره ولم يدخل حيّز التنفيذ، أنظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 96.

"تسترجع الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 8 نوفمبر سنة 1971 والمتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

ما فوق منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

- إذا غصب الوقف ولم يعد صالحاً للانتفاع به وخاصم المتولي أو الناظر الغاصب وحكم للوقف بالتعويض، وبهذا التعويض يشتري به بدلاً للوقف ويكون وفقاً على ما كان عليه الأول.
- حالة ما إذا بيع نصيب الوقف في عقار شائع نتيجة دعوى قسمة للمال الشائع وصارت حصة الوقف من الثمن وقفاً، فيشتري المتولي بها عقاراً بدل النصيب الشائع في العقار الأول¹.

ثالثاً: شروط الاستبدال:

أقر فقهاء الشريعة الإسلامية شروطاً للاستبدال لما رأوا أن الاستبدال أصبح طريقاً للقضاء على الوقف والاستيلاء عليه من قبل الحكام والناظر، فشددوا في الاستبدال واتخذوا له شروطاً تضيقاً له وحفاظاً على الأملاك الوقفية.

المشرع الجزائري قد أخذ بالاستبدال إلا أنه قصره في مادة واحدة ولم يذكر شروطه ولم يحدد كيفيات ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام نص المادة 02 من قانون الأوقاف التي تحيل فيما لم ينص عليه لأحكام الشريعة الإسلامية، وبما أنّ المشرع الجزائري لم ينص على خيار المذهب فسنعطي هذه الشروط من خلال دراسة مجموع آراء الفقهاء الذين قاموا بوضع شروطاً تتعلق بعين الوقف وأخرى تتعلق بالمال الذي يراد الاستبدال به وأخرى تتعلق بالمتولي على الوقف.

أ- الشروط المتعلقة بالموقوف:

اختلف الفقهاء في الشروط المتعلقة بالموقوف حسب طبيعته من حيث كونه مسجداً أو خلافة، فإذا كان مسجداً فهذا الأخير له صفة الأبدية ولا تتسلخ عنه هذه الصفة، وإن استغنى عنه وليس له ما يعمر به يبقى مسجداً، فعند أبي حنيفة لا يعود إلى مال صاحبه ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه أم لا، وسأيره في ذلك المالكية حيث ذهبوا إلى أن المساجد لا يحل بيعها أصلاً وبالإجماع، وذهب الحنابلة إلى جواز بيع المسجد أو بعضه للضرورة، فهم يرون أنّ الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كأرض خربت أو مسجد انصرف الناس عنه، فيجوز بيعه أو استبداله بمسجد آخر².

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 244.

²- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 220.

أما فيما يخص عن الموقوفات الأخرى، فقد أجازوا الاستبدال فيها لتعلقها بمصالح العباد لكنهم جعلوا شرطاً المصلحة والضرورة لذلك، فيجب أن تكون المصلحة في الاستبدال مشروعة، وذلك على اعتبار أن الوقف عن أعمال البر والإحسان، فلذلك شدد الفقهاء على وجوب توفر المصلحة في الاستبدال، فلا يستبدل الوقف سواء كان عقاراً أو منقولاً بعين أخرى إلا إذا توفرت مصلحة في ذلك¹. المصلحة في الاستبدال لا يمكن لأي شخص أن يحددها، فهي مسألة واقع، والمشرع لم يحدد جهة معينة لتحديد المصلحة حيث أنها تحدد عادة من قبل مديرية الشؤون الدينية والأوقاف برئاسة وكلاء الأوقاف على مستوى كل ولاية.

عملياً من أجل القيام بعملية الاستبدال يقدم ناظر الوقف طلباً إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مكان العقار المراد استبداله، ويقوم هذا المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة، وتقوم بدراسة إمكانية الاستبدال بالنسبة للوقف، فإذا تمت الموافقة على الاستبدال يصدر مدير الشؤون الدينية والأوقاف قراراً يثبت إحدى الحالات المبينة في المادة 24 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، وذلك بعد المعاينة والخبرة²، والتي تتم بالاستعانة بالإدارة والهيئات المختصة في تحديد أن الوقف خرب لا يمكن عمارته أو إصلاحه وان المصلحة في استبداله، كالخبراء الخاصين مثل المهندسين والخبير العقاري وغيرهم ليسرع بذلك في عملية الاستبدال، والمصلحة في الاستبدال العقار لا تكون إلا في تعويضه بعقار مماثل له أو أفضل منه وإلا اعتبر الاستبدال باطلاً.

ب- الشروط المتعلقة بالبديل:

اشتراط الفقهاء ألا يكون الاستبدال بغبن فاحش³، وعلّة تشدد الفقهاء في الحرص على ألا يبيع الموقوف بغبن فاحش، لأن ذلك لا يخدم مصلحة الوقف بل يعجل بانتهائه واضمحلاله، ولا يمكن رفع دعوى الغبن إلا إذا توفرت الشروط لذلك وهي الشروط المذكورة في الأحكام العامة وهي:

- 1- أن يكون المبيع عقاراً وهو الشيء الملتصق بالأرض، حيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون المساس بسلامته، ويعتبر البيع عقارياً سواء كان متعلقاً بملكية عقار أو كان الأمر يتعلق بحق عيني آخر عليه كحق الانتفاع، حق ارتفاق أو حق حكر.
- بما أن الوقف قد يكون عقاراً أو منقولاً، فمصلحة الوقف قد تقضي اعتبار الغبن في العقار والمنقول على السواء وذلك لتحقيق أكبر حماية للوقف⁴.

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 246.

²- تنص المادة 2/24 من قانون الأوقاف على ما يلي: "... تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة"

³- يقصد بالغبن هو عدم التعادل المالي للأداءات، فهو عيب في محل العقد لا في الإرادة وهو بذلك يعد المظهر المادي للاستدلال، أنظر: علي فيلاي، مرجع سابق، ص 60.

⁴- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 248.

2- أن يكون الغبن في حدود الخمس من ثمن العقار وقت البيع: تقدير الغبن مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو ما ينطبق على بيع المال الموقوف، فيحدّد الغبن بـ $(\frac{1}{5})$ من القيمة الحقيقية للمال الموقوف، فإذا قل ثمن بيعه عن أربعة أخماس $(\frac{4}{5})$ عدّ بيعاً بغبن فاحش، هذا إذا تم

الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء وقف آخر يكون وقفاً على ما كان عليه الأول.

أما إذا كان الاستبدال مقايضة، مثل إبدال المال الموقوف بآخر، فإنّ مال البديل ينبغي أن يكون متلائماً مع المال الموقوف أصلاً وإلا اعتبر ذلك غبناً فاحشاً¹، فاستوجب تعويض العقار الموقوف بعقار يكون ممثلاً له من حيث طبيعته وطريقة استعماله، أو يكون أفضل منه وإذا كان أقل منه قيمة أو منفعة يكون ذلك غبناً يستدعي بطلان هذا الاستبدال².

استبدال الوقف في كلّ الأحوال يتم بطريقتين: إمّا ببيع المال الموقوف نقدًا أو مقايضته بمال آخر، إلاّ أن بعض الفقهاء يقصرون الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك، إذ أنّ صاحب العقار غير الخرب لن يقوم باستبدال عقاره بآخر خرب إلاّ إذا كان سعره منخفضاً، وكذلك المخاطرة بسبب استبدال عقار صالح بآخر خرب³.

ج- الشروط المتعلقة بمتولي الوقف:

1- ثبوت الاستبدال لصاحب الولاية العامة:

في الأوقاف العامة يكون الاستبدال بمن يملك الولاية العامة وهو الحاكم، فثبتت الولاية للدولة لأنها الحافظ لحق كلّ من لا يستطيع حفظ حقه وخاصة في الأوقاف العامة التي يكون الموقوف عليهم غير محصورين، ولا معينين كالفقراء والمساكين، وقد جعل المشرع الجزائري الولاية في الوقف العامة لوزارة الشؤون الدينية، وذلك من خلال نص المادة 46 من قانون الأوقاف التي قضت بما يلي: "السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف وتسهر على حمايتها وتسييرها".

تجدر الإشارة إلى أنه لوزارة الشؤون الدينية عند الاقتضاء الإشراف على الأوقاف الخاصة وترقيتها وضمّان حسن تسييرها حسب إرادة الواقف، وهذا ما قضت به المادة 47 من القانون رقم 91-10

¹ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 249.

² - يحق لوكيل الأوقاف أن يتمسك ببطلان العقد واسترجاع المال الموقوف، فإذا أشرف هو على البيع كانت سلطة الإشراف لناظر الشؤون الدينية، وإذا كان الإشراف على البيع من قبل ناظر الشؤون الدينية كانت سلطة المراقبة للجنة الأوقاف على أن يتم البيع بالمزاد العلني، حيث من يقدم أكبر عرض هو الذي يرسو عليه المزاد العلني، وإذا لم يحقق المزاد عرضاً جديداً يسمح باستبدال الوقف فلا يكون هناك المزاد لانتفاء مصلحة الوقف.

مع الإشارة أنّ المشرع الجزائري لم ينص على البيع بالمزاد العلني في حالة الاستبدال مع أنه أكثر أمناً، إلاّ أنه نص على إمكانية مقايضة ملك وقفي بآخر بشرط أن يكون ممثلاً له أو أفضل منه طبقاً لنص المادة 24 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

³ - زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 217.

المتعلق بالأوقاف والتي نصت على ما يلي: "يحق لمصالح السلطة المكلفة بالأوقاف عند الاقتضاء الإشراف على الأوقاف الخاصة وترقيتها وضمّان حسن سير تسييرها حسب إرادة الواقف"¹.

مهمة النظر على الأوقاف قد وزعت على لجنة الأوقاف ونظارة الشؤون الدينية، ووكيل الأوقاف وناظر الملك الوقفي، وذلك من خلال القوانين والمراسيم المنظمة لوزارة الشؤون الدينية، فيثبت الاستبدال لكل واحد منهم حسب اختصاصاته المحددة في القانون².

2- الضوابط التي تحكم متولي الوقف في عملية الاستبدال:

- يشترط في متولي الوقف ألا يبيع العين الموقوفة لمن له على الوقف دين، بمعنى لشخص دائن للوقف في حالة ما إذا رغب هذا الشخص في الشراء، وذلك لخوف أن يكون الناظر عاجز عن تسديد الدين مما يؤدي إلى ضياع الوقف أو ضياع بدله.

- يجب على المتولي أن لا يبيع العين الموقوفة لمن لا تقبل شهادتهم، وهم فروعه وأصوله وزوجه، ولو تم البيع بثمن أكبر من الثمن الأصلي للمال الموقوف، وذلك دفعاً للشبهة لما قد يحدث للناظر والمشتري من محاباة أو تساهل يؤدي إلى ضياع الوقف، إلا أن بعض الفقهاء أجازوا ذلك على أن يكون الثمن مساوياً القيمة الحقيقية أو يزيد عنها.

- لا يجوز للمتولي على الوقف أن يبيع العقار الموقوف لنفسه، وقد منع من ذلك الفقهاء، كما أن القانون المدني منع جواز بيع النائب لنفسه، وبالتالي فالمتولي على الوقف لا يجوز له أن يبيع لنفسه أو إبداله بشيء، وذلك حفاظاً على الوقف من بيعه لنفسه بثمن بخس أو إبداله بشيء رخيص أو دون قيمة.

كما لا يجوز له بيع الموقوف بثمن مؤجل خوفاً من العجز عن الأداء مما يؤدي إلى ضياع الوقف³.

والى جانب هذه الشروط نجد أنّ الفقهاء قد أقرروا بعدم جواز توزيع الثمن على المستحقين من طرف المتولي، لأن توزيع الثمن يؤدي إلى إنهاء الوقف لضياع ثمن بيع الموقوف قبل شراء بدله الذي

¹- هذه المادة ألغيت بموجب المادة 06 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف.

²- وفق المواد 12، 11، 10، 09، من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 الذي يحدّد شروط الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

³- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 252.

يحل محله. فيلزم وضع المال المتحصل عليه من بيع المال الموقوف لدى الصندوق المركزي للأوقاف الذي أنشأته وزارة الشؤون الدينية بقرار مشترك مع وزير المالية¹.

رابعاً: إجراءات الاستبدال:

يقضي الاستبدال بيع الموقوف وشراء بدله آخر يكون وفقاً على ما كان عليه الأول، أو مقايضة بعقار آخر، وهذا فيه خطر على المال الموقوف الذي قد يؤدي إلى انقراضه أو انتهائه، وباعتبار الدولة وصية على المال الموقوف، وهو ما يجعل مراقبتها للاستبدال شرطاً ضرورياً له، لذلك يجب أن يتم وفق إجراءات إدارية تثبت بها مشروعية الاستبدال، ولتحقيق المنفعة لصالح الوقف في الاستبدال.

قد نصت كل قوانين الأوقاف على إجراءات الاستبدال، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك، والذي يعبر نقصاً منه لذلك ينبغي تنظيم إجراءات الاستبدال كما فعل مع إيجار الأملاك الوقفية ضمن المرسوم 98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، فعملياً يتم تقديم طلب إلى ناظر الشؤون الدينية في كل ولاية من طرف ناظر الوقف، فيقوم ناظر الشؤون الدينية بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف، وموظفين في الإدارة وتدرس بدورها إمكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف، فإذا كان الوقف خاصاً فإن الاستبدال يقرره ناظر الوقف وذلك بإعلام وكيل الأوقاف، لأن وزارة الشؤون الدينية لها الإشراف فقط. أما إذا كان الوقف عاماً فيتم الاستبدال إذا وافقت اللجنة وفق إجراءات يمكن حصرها فيما يلي:

أ- تحضير وثائق الملكية الوقفية:

الأوقاف التي قيدت وسجلت لا تثير إشكالية في تحضير وثائق الملكية، أما بالنسبة للأوقاف الأخرى فنميز بين التي لها عقود عرفية أو توثيقية صادرة قبل صدور قانون التوثيق، فرغم أنها عقود لم تقيد ولم تشهر ولم تسجل فهي عقود معترف بها ولو كانت عرفية، ويمكن إشهارها خاصة بعد إحداث سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية على أن تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والإمكانات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها²، أما الأوقاف التي ليست لها عقود محررة فإن الوقف يخضع في مسألة الإثبات إلى كل طرق الإثبات³.

قد اعتمد المشرع الجزائري حل في هذا الشأن وهو إتباع وثيقة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، طبقاً لنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد

¹- قرار وزاري مشترك بين وزير الشؤون الدينية ووزير المالية رقم 31 مؤرخ في 02 مارس 1999، يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف.

²- المذكرة رقم 188 الصادرة في 11 جوان 2002 عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، والتي تتضمن شكل السجل الخاص بالملك الوقفي.

³- راجع نص المادة 35 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، وهذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود تصدر في شكل رسمي وتخضع للإشهار.

كما نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 336-2000 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 من قانون الأوقاف.

هذا ما يدل على أنّ القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي، بحيث تعتبر الشهادة الرسمية بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل توافقاً مع المادة 324 من (ق م ج) التي تحدّد مفهوم العقد الرسمي، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية على المستوى المحلي¹.

بناءً على الشهادة الرسمية يقوم وكيل الأوقاف بتقديم طلب أمر على ذيل عريضة إلى رئيس المحكمة موقع العقار، متضمنة تعيين محضر قضائي لإجراء معاينة قضائية يثبت بها الوقف بناءً على مسائلة الجيران ومن لع معرفة بالعقار مع وصف العقار وتحديد معالمه.

يكلف خبير عقاري بإجراء خبرة ووضع خريطة طبوغرافية للعقار مع تحديد المساحة والمعالم الأربعة للعقار الموقوف².

تقوم مديرية الشؤون الدينية بإعداد تقرير حول العقار وتسجيل الشهادة الرسمية في السجل الخاص الموجود بمديرية الشؤون الدينية، طبقاً لأحكام المرسوم رقم 336-2000، وبعد ذلك يتم تقديم الشهادة الرسمية مرفقة بنسخة من التقرير والوثائق الأخرى إلى المحافظة العقارية لإشهارها³، وبذلك يصبح العقد الوقفي رسمياً يسمح بإجراء أي عملية على المال الموقوف وبعد تسوية الوضعية القانونية لدى المصالح المعنية، ويكون كأداة لإثبات الملك الوقفي وكقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

ب- التصرف في المال الوقفي:

يتم استبدال الوقف بطريقتين: إمّا بيع المال الموقوف نقداً أو مقايضة بمال آخر، على أنّ بعض الفقهاء يقصرون الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك، لأنه لا يمكن لأحد أن يقايض عينا بأخرى تكون مثلها خاصة وأن حال العين الموقوفة تكون خراباً، فلا يرجى منها نفعاً⁴، فلذلك ذهب بعضهم إلى الاستبدال بالبيع فقط.

¹- هذا ما أكدته التعلّيمية الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، كما أنها حدّدت كيفيات إشهار الشهادة الرسمية.

²- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 257.

³- تنص المادة 06 من المرسوم رقم 336-2000 على أنه: "يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد المكتوب إلى التسجيل والإشهار العقاري طبقاً للقوانين وللتنظيمات المعمولة بها".

⁴- زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 217.

لكي يكون استبدال الوقف ببيعه مدرًا يجب أن يتم عن طريق المزداد العلني، وإلاّ يكون عن طرق التراضي، والذي يقدم أكبر عرض هو الذي يرسو عليه المزداد العلني وإذا لم يحقق المزداد عرضاً جيداً يسمح بالاستبدال فلا يتم المزداد وذلك لابتغاء مصلحة الوقف.

إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم ينص على إجراءات خاصة سواء ببيع أو مقايضة الملك الوقفي المراد استبداله، لكن بتفحص دور اللجنة المركزية للأوقاف¹ نجد أنّ المادة 04 من الأمر الوزاري المذكور سابقاً تمنحها حق إنشاء لجان مؤقتة تكلف بفحص ودراسة حالات خاصة، فكان من الأجدد إنشاء لجان خاصة تتكفل بدراسة ملفات الاستبدال وذلك لخطورة هذه العملية على مستقبل الملك الوقفي تجاه حقوق الموقوف عليهم، والذي قد يؤدي إلى إنهاء الوقف ومصلحة الوقف تقتضي التدقيق في عملية الاستبدال.

قياساً على موضوع إيجار الأوقاف فيمكن أن تجري عملية الاستبدال إمّا بالمزداد العلني²، أو بطريق التراضي وذلك بعد استطلاع رأي اللجنة المركزية للأوقاف.

إلاّ أنّ الاستبدال عادة ما يتم بطريق التراضي، حيث يبحث الناظر على مشتري يعرض ثمنًا جيداً ويبيع له العقار، وبعد أن يشتري عقار آخرًا يكون وفقاً على ما كان عليه الأوّل ويودع المستندات الخاصة به في مديرية الشؤون الدينية بعد إجراء دراسة له³.

المشرع الجزائري لم يستبعد المقايضة في الوقف كأسلوب للاستبدال، حيث أنه أجاز مقايضة ملك وقفي بأخر بشرط أن يكون مماثلاً له أو أفضل منه طبقاً لنص المادة 24 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المذكورة أعلاه، وحلول العين المبدلة محل العين المستبدلة يستلزم عملية التسجيل للعقار المشتري أو المقايض في السجل الخاص بالأمولاك الوقفية طبقاً لنص المادة 01 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 نوفمبر 2003 المحدّد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأمولاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري⁴.

يتم وضع بطاقة خاصة للعقار الوقفي الجديد في سجل الجرد، فيعطى له رقم حسب ترتيبه فيه وهو الرقم الذي تحمله البطاقة طبقاً لما ورد في التعليم الوزاري رقم 143 المؤرخة في 03 أوت 2003 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية⁵ وخاصة بطاقات تعيين العقارات الوقفية والتي تحتوي على مجموعة بيانات ضرورية لتحديد الملك العقاري الوقفي، ويشطب العقار الوقفي المستبدل من سجل الجرد والبطاقة باللون

¹- نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 وقد نظمت بموجب أمر وزاري مؤرخ في 21 فيفري 1999، ومن صلاحيات هذه اللجنة تشكيل لجان مؤقتة تكلف بفحص ودراسة حالات خاصة، وتحل هذه اللجان بعد المهمة التي أنشئت من أجلها، وهذا ما جاء في البند العاشر من المادة 04.

²- يجب أن يجري المزداد العلني تحت إشراف لجنة الأوقاف نظراً لخطورة التصرف، ويعلن المزداد في الصحافة الوطنية وكذلك في موقع العقار الموقوف محل البيع طبقاً لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المذكور سابقاً.

³- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص ص 258-259.

⁴- ج ر، عدد 71 لسنة 2003.

⁵- التعليم الوزاري رقم 143 المؤرخة في 03 أوت 2003 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف لتسيير الأملاك الوقفية.

الأحمر مقررة من طرف وزير الشؤون الدينية والأوقاف وباقتراح من المدير الولائي، حيث يشار إلى مراجع المقررة الوزارية وتبقى محفوظة ضمن ملف العقار الوقفي الذي تم شطبه¹.

وهو الأمر الذي وضحته المذكرة رقم 06-03 المؤرخة في 23 سبتمبر 2006 المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية² والتي حددت الوثائق اللازمة لطلب شطب ملك وقفي والمتمثلة فيما يلي:

1. وثيقة تثبت أنّ هذا العقار موضوع الشطب غير مترتبة عليه مخلفات إيجار.
2. وثيقة من الجهات التقنية المختصة توضح رأيها في الموضوع.
3. بطاقة تقنية للملك الوقفي موضوع الشطب طبقا للنموذج المرفق بالمذكرة.
4. محضر معد من طرف لجنة خاصة³ لدراسة شطب ملك وقفي يوضح فيه ما يلي:
 - .الوضعية الحالية للملك الوقفي.
 - أسباب ودواعي شطب الملك الوقفي.
 - رأي أعضاء اللجنة في عملية شطب هذا الملك الوقفي.

أضافت التشريعات الحديثة أيضا حالة أخرى لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، وهي حالة استملاك⁴ العقار الموقوف للمنفعة العامة فإذا استمكنت الإدارة العامة أرضا موقوفة للمنفعة العامة ودفعت تعويضا عن ذلك فإنّ المتولي يعادل مبدئيا قيمة الأرض فيشتري بقيمة هذا التعويض عقارا يصبح وقفا مكان العقار المستملك، ولا يجوز توزيع هذا التعويض على المستحقين.

ج- حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة:

أموال البديل كالثلث والتعويض ومقابل نزع الملكية تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة هذا حسب المادة 220 من (ق أ ج) المذكورة أعلاه، بالتالي فما يشتري بأموال البديل من عقار

¹- راجع التعلية الوزارية رقم 134 المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية.

²- المذكرة رقم 06-03 المؤرخة في 23 سبتمبر 2006 الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية.

³- تتكوّن هذه اللجنة المختصة بدراسة شطب الملك الوقفي طبقا للمذكرة رقم 06-03 المذكورة أعلاه من:

- مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية (رئيسا)
- رئيس مصلحة للأوقاف والتوجيه الديني (عضوا)
- وكيل الأوقاف أو المكلف بها (عضوا)
- مفتش التعليم المسجدي للمقاطعة التي يقع فيها العقار (عضوا)
- رئيس اللجنة الدينية للمسجد إذا كان العقار من ملحقات المسجد (عضوا)
- إمام المسجد إذا كان العقار من ملحقات المسجد (عضوا)

⁴- استملاك هو مصطلح يقابله مصطلح نزع الملكية في دول المغرب العربي كإجراء قانوني لنقل ملكية العقار، وتمكن هذه العملية من إنشاء تجهيزات جماعية أو منشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومي، أنظر بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 242

أو منقول يحل محل العين الموقوفة، ويصبح وفقاً على نفس الجهة، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه¹.

فبمجرد عملية الاستبدال تصبح العين الجديدة وقفا وتخرج بذلك من دائرة التمليك وتطبق عليها أحكام الوقف، وبالتالي لا يجوز بيعها أو هبتها ولا التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية، فتكون وفقاً على ما كانت عليه الأولى، أي أن تكون العين الجديدة وقفا على نفس الجهة التي كانت العين الأولى وقفا عليها، وإذا انقضت هذه الجهة فتكون على جهة مشابهة لها كمسجد أو مستشفى آخر.

حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة يستلزم عملية التسجيل للعقار المشتري أو المقايض في السجل العقاري الخاص بالأمولاك الوقفية، وذلك طبقاً لنص المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأمولاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري المذكور آنفاً، كما توضع له بطاقة خاصة في محل الجرد، فيعطى له رقم حسب ترتيبه فيه، وهو الرقم الذي تحمله البطاقة، وهذا طبقاً لما ورد في التعليمات الوزارية رقم 143 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية². ويشطب العقار الوقفي المستبدل من سجل الجرد والبطاقة باللون الأحمر عن طريق مقرر من طرف وزير الشؤون الدينية والأوقاف وباقتراح من المدير الولائي للأوقاف كما هو مذكور أعلاه.

بالرغم من تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية والواقعين في المحافظة على الأملاك الوقفية وصرف ريعها في مصارفها الشرعية من خلال تطبيق عملية الاستبدال، إلا أنه كان لهذه الأخيرة آثار سلبية أبرزها اتخاذ الاستبدال كذريعة للاستيلاء³ على الأوقاف وبيع الوقف بثمن بخس أو بيعه لقریب أو صديق بثمن أقل من سعر السوق، واستبدال الوقف لغير مصلحة راجحة أو بدون دراسة الجدوى الاقتصادية لهذا الاستبدال.

إلا أنّ حرص المؤسس الدستوري على حماية الأملاك الوقفية والتي تتجلى من خلال المادة 49 من دستور 1989، انعكس على بنية النظام القانوني الجزائري في مجال الأوقاف، وهذا ما أخذ بالمشروع الجزائري إلى إصلاح الخطأ الصادر عنه⁴، وبسبب استحالة التعويض العيني أحياناً يتم التعويض نقداً

¹- زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 977.

²- التعليمات الوزارية رقم 143 المؤرخة في 03 أوت 2003 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية.

³- من صور الاستيلاء على الأوقاف في العصر الحديث عملية التأميم التي باشرتها بعض الدول ومن ضمنها الجزائر، إذ تم بموجبه مصادرة العديد من الأوقاف الخيرية والتي كانت غلاتها لجهات البر، وتم توزيعها على صغار المزارعين لتتحول في إطار هذه العملية إلى أملاك خاصة دون تعويض الأوقاف المصادرة بالبدل النقدي، والتعويض النقدي قد أجازته الفقهاء بالنسبة للأملاك الوقفية المغصوبة، إذا عجز الناظر عن استرداد وقفه لانعدام لديه، لأن هذا الأخير لا يحوز دليلاً على صحة الوقف ومن ثم على غصبه منه، راجع في ذلك: قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 264.

⁴- لقد تعرضت الأراضي الموقوفة إلى عدّة انتهاكات من طرف الخواص والمؤسسات العمومية، وذلك بسبب الفراغ القانوني الموجود عادة الاستقلال، وعدم الأخذ بالحكم الشرعي القاضي بأنّ الأملاك الوقفية ليست من الأملاك القابلة للتصرف فيها ولا هي من أملاك الدولة، وإنما هي ملك الله تعالى، وبعد فشل قانون الثورة الزراعية وصدور دستور جديد سنة 1989 المعدل والمتمم بالدستور 1996 والذي نص في المادة 52 منه على حماية الأملاك الوقفية والاعتراف بها، أصبح من الضروري تحرير الأوقاف من كلّ يد وضعت عليها، راجع: قنفود رمضان، مرجع نفسه، ص 215.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/07/12 تحت رقم 0167.65 من أنّ "المحكوم بها كتعويض عن الأرض المحبسة المدرجة في الاحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقاً لموضوع عقد الحبس¹

المطلب الثاني

الاستحقاق في الوقف

الاستحقاق الوقفي هو الحق في تملك ما ثبت للموقوف عليه من غلات الوقف ومنافعه وشؤونه الأخرى، والشريعة الإسلامية هي التي تجرى في شأنه وتطبق عليه من جهة تعيين مدى حقوق المستحقين فيه، وما يكون لهم التصرف في أعيانه وما لا يكون، والاستحقاق في الشريعة الإسلامية منوط بوجود الغلّة، كونه يتحدد بحدوث سببه والمتمثل في وقت ظهور الغلّة وخروج الربيع، وستتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الاستحقاق (فرع أول)، وأحكام الاستحقاق (فرع ثاني)

الفرع الأول

مفهوم الاستحقاق

نتطرق إلى مفهوم الاستحقاق من خلال تحديد تعريف الاستحقاق وشروطه، وكذا تبيان طبيعة وأثر ثبوت الاستحقاق وذلك على النحو التالي.

أولاً: تعريف الاستحقاق

نتناوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية على النحو التالي:

أ- لغة: طلب الحق، واستحق فلان الأمر استوجبه، فالأمر مستحق (اسم مفعول) ومنه خرج المبيع مستحقاً فصار المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي².

ب- اصطلاحاً: هو الحق الثابت نفسه، وهو الحق في تملك ما ثبت للموقوف عليه من غلات الوقف ومنافعه وشؤونه الأخرى، أو هو النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف³.

فالاستحقاق هو ثبوت الحق وحق الملك، وعين ما يرد عليه الملك⁴.

¹ - نقلاً عن: قنفود رمضان، مرجع نفسه، ص 264.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 221.

³ أحمد جمال الدين، الوقف مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة، بغداد، 1955، ص 114.

⁴ مسقاوي عمر، نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 249.

فالاستحقاق في الوقف هو جعل أو تخصيص قدر معين أو غير معين من غلة وقف للموقوف عليه المستحق، ولا بد من إتباع شروط الواقف في توزيع الغلة، وتحديد المستحق، وكيفية التصرف في نصيب من يموت من المستحقين¹.

يراد بالمستحق الشخص الذي ثبت له في حق الموقوف، وعادة الموقوف عليه نص عليه الواقف في وقفه، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، ويتلقى المستحق حقه في الوقف بحكم خاص أي بشرط في العقد، لأن الشريعة الإسلامية أحكامها تقضي بعدم تطبيق أحكام الميراث على الوقف، كما أن طبيعة المال الموقوف يتطلب ذلك، وهو الأخير ينتقل بموجب عقد ويجب أن يتوفر فيه شروط وأركان ليكون صحيحا، كونه مصنف ضمن التصرفات الإدارية القانونية، أما انتقال المال في الميراث فيكون بعد واقعة مادية والمتمثلة في وفاة المورث، وينتقل المال إلى الورثة بغض النظر عن إرادته².

يصف المستحق في الوقف أنه صاحب حق انتفاع وقفي³، وهو متميز عن حق الانتفاع المدني، وهذا الأخير نظم المشرع الجزائري أحكامه ضمن القانون المدني، وحق يتجزأ عن حق الملكية، وهو يشمل حق الاستعمال وحق الاستغلال، ويرد على شيء مملوك للغير، أما حق الانتفاع الوقفي فهو حق ذو طبيعة خاصة⁴ يتمتع به الموقوف عليهم المستحقين طبقا للمادتين 17 و18 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف⁵.

¹ قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 308.

² قرعاني موسى، عقد الوقف وطرق اثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر 1 "بن يوسف بن خدة"، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014، ص 85.

³ يقصد بالانتفاع الوقفي استغلال العين الموقوفة للحصول على منافعها للموقوف عليهم أو ينتفعوا بأجرته من خلال إيجاره، أو كانت أرضا زراعية فيتم استغلالها من خلال زراعتها أو غرسها أشجارا، مع الأخذ بعين الاعتبار إرادة الواقف.

⁴ - يتميز حق الانتفاع الوقفي عن حق الانتفاع المدني بما يلي:

- حق المستحق في الوقف ينتقل إلى ورثته بشرط الواقف، على خلاف حق الانتفاع محصور في المنتفع فقط ولا يمكن نقله إلى الورثة.
- الوقف شخص معنوي يمثله ناظره في أي مخاصمة تتعلق بجوهر الوقف، أما المنتفع فله حق الاستعانة بدعوي رفع اليد لأجل حماية حقه من تعرض الغير.
- الالتزام بإدارة وصيانة العين الموقوفة، فهي من التزامات ناظر الوقف وليس المستحق، إلا أنّ في حق الانتفاع فهي تقع على عاتق صاحب حق الانتفاع.
- المستحق في الوقف حقوقه تنظمها إدارة الواقف واشتراطاته المشروعة، عكس حق الانتفاع الذي ينظمه القانون المدني، راجع: قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 308، 309.

⁵ - راجع نص المادتين 17 و18 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

كيفية الانتفاع بالوقف معلقة على ما يشترطه الواقف، إذ يجب أن تستغل العين الموقوفة على الوجه الذي اشترطه ما لم يكن هذا الشرط مخالفاً للشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 14 من قانون الأوقاف¹، وفي حالة وجود مانع يمكن اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم يقضي بالتغيير المراد، مع مراعاة مصلحة الوقف و الموقوف عليهم في ذلك.

ثانياً: شروط الاستحقاق

نتقسم شروط الاستحقاق إلى شروط موضوعية وأخرى إجرائية ونتناولها على النحو الآتي:

أ- الشروط الموضوعية:

هي شروط تتعلق بثبوت صفة الاستحقاق والوجود والقبول.

أ-1- تحقق وثبوت صفة الاستحقاق:

الواقف هو الذي يحدّد أصحاب الاستحقاق، ولا يتم ذلك على شكل معين، لذا وجب التمييز بين حالتين:

1- **حالة التعيين بالاسم:** إذا ما عيّن الموقوف عليهم بالاسم، فلا يثبت لهم الاستحقاق إلا بوجودهم

وقبولهم² وهو ما قرره المادة 2/13 من القانون 10-91، حيث نصت على ما يلي: "الشخص

الطبيعي يتوقف استحقاقه على وجوده وقبوله..."³، إذا لم يتحقق الوجود ينتقل الحق في

الاستحقاق إلى من عينه الواقف من بعد المستحق.

نعلم أنّ القبول ليس بشرط في صحة الوقف ولا ركناً فيه، لكنه شرط للاستحقاق، فإن وجد

الشخص المعين في نص صيغة الوقف ورفض الغلّة فتصرف هذه الأخيرة على من نص الواقف

بعده⁴.

2- حالة التعيين بالوصف: يجب التمييز بين نوعان من الأوصاف⁵:

¹- تنص المادة 14 من القانون 10/91 على ما يلي: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها"

²- أحمد جمال الدين، مرجع سابق، ص 13 وما بعدها

³- عدلت بموجب المادة 05 من القانون 10-02 فأصبحت تنص على ما يلي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"

⁴- قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 310.

⁵- نقلاً عن قنفوذ رمضان، مرجع نفسه، ص ص 311، 312.

النوع الأول: إذا كانت الأوصاف مما لا يمكن زوالها كالعمى أو الخرس، فيجب أن يكون الموقوف عليهم موجودين وقت الوقف لا وقت وجود الغلة، وإلى صرفت الغلة إلى الجهة التي عينها الواقف من بعدهم، وذلك على أساس أن الموقوف عليهم الموصوفون بهذه الأوصاف كالمعنيين بالاسم يشترط وجودهم لصحة الاستحقاق.

النوع الثاني: إذا كانت الأوصاف مما يمكن أن تزول كالمرض الذي يمكن الشفاء منه، ولا تكون هنا لهم منزلة المعنيين بالاسم، فقرار الفقهاء أن العبرة بتحقيق الوصف وقت ظهور الغلة لا يوم الوقف.

هناك بعض الألفاظ التي تعبر عن الموقوف عليهم في وثيقة التصرف الوقفي والتي من أهمها¹:

- الولد والأولاد: يراد بهم اتفاقاً ولد الصلب (ذكورا أو إناثاً).
- الذرية والنسل والعقب: وهي ألفاظ يقصد منها الذكور دون الإناث بإنفاق الفقهاء إلا بتصريح أو قرينة.
- الآل والجنس وأهل البيت: هذه الألفاظ يدخل ضمنها العصبية من الأولاد والبنات والأخوة والأخوات والأعمام والعمات.
- القرابة: وهي في مقصودها أعم مما سبق، يدخل ضمنها كل ذي رحم محرّم من الواقف.
- سبيل الله ونحوه: فإذا قال الواقف هذا وقف في سبيل البرّ، أو الخير أو الثواب، وقد اختلف العلماء في تعيين مصرف ذلك على قولين:
- القول الأول: أن يصرف إلى ما فيه صلاح للمسلمين من أهل الزكاة وإصلاح الجسور، وسد الثغور ودفن الموتى وغيرهم، كنشر العلم، وبه قال بعض الشافعية.
- القول الثاني: أنه يصرف على أقارب الواقف، فإن لم يجدوا فإن الأهل الزكاة، وهو ما قال به الشافعية.

أ-2- الوجود وقت الاستحقاق:

فلا يمكن تصوّر التصدق بمنفعة الموقوف على معدوم، فإذا لم يتحقق الوجود انتقل الحق في الاستحقاق إلى من عينه الواقف من بعدهم وهو ما قرّره المادة 13 من قانون الأوقاف رقم 91-10 وذلك بالنسبة للأوقاف التي نشأت قبل صدور القانون 02-10 المعدّل والمتّم للقانون 91-10.

¹- مسقاوي عمر، مرجع سابق، ص 261.

أ-3- شرط القبول:

فالقبول شرط للاستحقاق، فإن وجد الشخص المعين في نص صيغة الوقف، ورفض الغلة فإنها تؤول وتصرف على من عينه نص الوقف من بعده.

ب- الشروط الإجرائية: وهي تتعلق بما يلي:

ب-1- حلول وقت الاستحقاق:

فمتى كان العقد المترتب عليه حق الانتفاع هو عقد وقف، وأحكام الشريعة الإسلامية هي التي تجري في شأنه وتطبق عليه، ومقتضى الشريعة الإسلامية أن الاستحقاق في الوقف منوط لظهور الغلة، فلا يستطيع المستحق مطالبة الناظر بنصيبه في الربيع قبل زمن الاستحقاق، لأن الاستحقاق يتحدد بحدوث سببه، وهو وقت ظهور الغلة وخروج الربيع، لذلك زمن المطالبة بالاستحقاق من ناظر الوقف هو قبضه الغلة أو الربيع بعد حلول وقت الاستحقاق، فحق الموقوف عليهم متعلق بالوقف، وغلته لا بذمة الناظر¹.

ب-2- دفع مصاريف العمارة وصيانة الوقف ودفع الديون على المستحق في الغلة:

فهذه الأموال تتقدم على الأموال المستحقة أو على الغلة، فتكون الأولوية للملك الوقفي من حيث الصيانة أو العمارة قبل حقوق المستحقين، ولا يمكن لهؤلاء الاحتجاج على ذلك، ولو لم يتم اشتراط ذلك من قبل الواقف، وذلك لأن الواقف قصد بوقفه التأييد، وبذلك يستحيل تحقيق مقاصده دون عمارة العين الموقوفة والأمر الذي يثبت شرط العمارة اقتضاء²، وعليه فإن الحاصلات المتأتية من عين المال الموقوف لا تصرف إلا على عمارة الوقف، وعلى هذا فإذا غصب أحد مال الوقف فضمن نقصان قيمته، فقيمة الضمان تصرف على عمارة الوقف دون أن ينال المستحقون شيئاً منها.

ب-3- أن لا يكون المستحق أو ممن تنفذ في حقه إحدى الشروط العشرة:

التي تتضمن المنع عنه الاستحقاق، كشرط الحرمان وشرط الإخراج، وذلك على أساس أن شرط الواقف كشرط الشارع، وأن اشتراطات الواقف هي التي تنظم الوقف ما دامت لا تعارض الشريعة الإسلامية.

¹ - قنفوذ رمضان، مرجع سابق، ص 315.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 231.

الفرع الثاني

طبيعة المستحق وأثر ثبوت الاستحقاق.

يتمتع المستحق بعلاقة تنظيمية بالوقف، وحتى تتضح صفته القانونية وما يترتب عنها نتناول ذلك من خلال ما يلي.

أولاً: طبيعة المستحق.

المستحق في الوقف هو كل من له الحق في المال الموقوف حسب ما ورد في نص الواقف في عقد الوقف، فهو كل من شرط له الواقف نصيباً في الغلة أو سهماً أو مرتباً دائماً أو مؤقتاً.¹ يتميز المستحق في الوقف عن الموقوف عليه، في أن مصطلح المستحق يطلق فقط على من يأخذ الغلة بالفعل، أي المرتزق المعطي الذي ثبت له حق في الموقوف، وتناول الغلة حقيقة، عكس الموقوف عليه فهو يطلق على من جاء دوره في الأخذ من غلة الوقف، إلا أنه لم يحن دوره بعد.

المستحق يتلقى حقه في الوقف بحكم خاص وهو شرط الواقف، لأن أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بعدم تطبيق أحكام الميراث في الوقف، وأن دعوى الاستحقاق في الوقف لا تقبل إلا من ذي شأن له صلة بالوقف، وهو من يدعي أنه تلقى الاستحقاق عنه، وعليه يمنع إحداث أي نصيب في الغلة أو مرتب خلافاً لما اشترطه الواقف، إلا إذا كان الواقف قد اشترط للناظر حق تقرير ذلك، وقرّر الناظر ضمن ما اشترطه الواقف لذلك.²

أ- المستحق شخص طبيعي:

المستحق هو الشخص الذي ثبت له حق في المال الموقوف، وعادة الموقوف عليه الذي نص عليه الواقف في وقفه، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً وفقاً لما هو مقرر في القانون 91-10³، إلا أنه بمقتضى القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم للقانون رقم 91-10 عدلت المادة 05 منه المادة 13 من القانون رقم 91-10 فأصبحت تنص على أنه: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية..." وما دفع المشرع إلى هذا الأمر من حيث التردد والغموض في حالة الوقف الخاص مردّه الاعتبارات التالية:⁴

- الوقف الخاص يشجع التحايل على نظام المواريث، وذلك من خلال المفاضلة بحرمان الإناث من

الميراث من طرف الواقفين، فيوقفون أموالهم على الذكور فقط.

¹ - قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 316.

² - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 228.

³ - راجع نص المادة 13 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

⁴ - نقلاً عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 318.

- الوقف الخاص لم يعد يحقق الهدف المرجو منه وهو التبرع لوجه الله كونه أصبح هدف كثير من الواقفين حماية أموالهم من تصرف بعض الورثة.

- الوقف الخاص يؤدي إلى تجميد الثروة وحبسها عن التداول.

- الوقف الخاص ينتهي بوفاة الموقوف عليه، وبمرور الوقت بتعدد المستحقين في الوقف الواحد ويصبح نصيب كل واحد منهم ضئيلاً لا يمكن الاستفادة منه.

من صور الوقف على الأشخاص الطبيعية مسألة الوقف على النفس وفي هذه الحالة يكون المستحق هو الواقف نفسه.¹ وهو ما أكدته المادة 214 من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".²

الباعث على استبقاء الوقف على النفس في القانون المنظم للوقف العام هو فتح باب الوقف الخيري أو العام، وكذا ترغيباً في الوقف وتحقيقاً لمصلحة عامة هي محافظة الواقف على الأعيان الموقوفة باعتباره منتفعاً.

إلا أنه يعاب على هذا النوع من الوقف أنه قد يؤدي إلى حرمان الورثة إذا ما أوقف الواقف كل ماله على نفسه مدى الحياة واحتفظ بحق الانتفاع بريعه، وبعد وفاته يؤول إلى الجهات الخيرية.

كان على المشرع أن يحدّد انتفاع الواقف ويضبطه بما يجعل الانتفاع من ريع الوقف في حدود ما يحتاجه هو ومن يعولهم، لينتقل بعد ذلك هذا الحق إلى جهات خيرية، وباقي المال غير الموقوف يرثه الورثة.³

فيما يتعلق بالمستحق فإن المشرع لم يتطرق إلى حالة قتل المستحق للواقف وكذا حكمها القانوني، كما أنّ الشريعة الإسلامية لم تتطرق إلى هذه المسألة في موضوع الوقف، وقياساً على أحكام الميراث التي تقضي بأنه لا ميراث لقاتل، فيحرم بذلك المستحق من استحقاقه في الوقف إذا قتل الواقف عمداً.⁴

أساس هذا القياس هو وحدة الغاية في كلّ من الوارث والمستحق القاتل والمتمثلة في التعجيل في الحصول على مال المقتول المورث والواقف على التوالي بناء على القاعدة الأصلية التي تفيد "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه".

¹- عمر سقاوي، مرجع سابق، ص 274.

²- أكدّ المشرع هذه الحالة في القانون رقم 10-02 حيث استحدث نصاً جديداً في المادة 06 مكرّر منه والتي تنص على ما يلي: "يؤول الرّيع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها".

³- نقلاً عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 319.

⁴- عمر سقاوي، مرجع سابق، ص 256.

ب- المستحق شخص معنوي:

يتمثل الشخص المعنوي في جهة البر أو الخير التي حبس المال عليها ابتداء أو إنتهاء وبشترط فيها ألا تكون جهة معصية، بل يجب أن تكون جهة خيرية لأنَّ الأصل في الوقف أنه عبادة و طاعة، والله تعالى لا يتقرب إليه بمعصية¹.

ثانياً: آثار ثبوت الاستحقاق

يترتب عن ثبوت الاستحقاق الأمور التالية:

- أ- متى ثبت الاستحقاق فإنه لا يوجد مانع شرعي يمنع المستحق من التنازل عن حقه في غلة الوقف لمدة معينة لشخص ويحل محله في جميع الحقوق التي كانت له في الوقف، فمتى كان المستحقون في الوقف هم أصحاب الرِّيع فلهم أن يتنازلوا عنه كله أو بعضه، ولهم أن يجيزوا التخفيض الذي أجراه الناظر في أجرة الوقف أو لا يجيزوه على أساس أن الاستحقاق في الوقف من الحقوق العادية التي يجوز التنازل عنها لآخر، فليس في الشرع ما يمنع المستحق من التنازل عن حقه في ريع الوقف²، وهذا ما أكدته المادة 19 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف والتي تقيد ذلك في الوقف الخاص وذلك بنصها على ما يلي: "يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف" إلا أنه يختلف ذلك إذا ما كانا أمام وقف عام، ففي هذا الشأن توجد قيود تتمثل في شرطين نصت عليها المادة 20 من القانون رقم 91-10³ وهما:
- أن يتم التنازل لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها ابتداء.
- الموافقة الصريحة للسلطة الوصية المكلفة بالأوقاف.

- ب- القاعدة تنص على أنّ من ملك حقا من الحقوق فله أن يستوفيه بنفسه أو عن طريق نائبه. فيجوز بذلك للمستحق توكيل غيره على استيفاء الاستحقاق مع مراعاة أنّ الحق في المطالبة لا ينشأ إلاّ بعد قبض الناظر الغلّة، ولا حق للموقوف عليه في المطالبة قبل ذلك، وأيضا مراعاة أنّ الناظر هو المسئول عن رعاية الوقف ومصالحه والإشراف عليه وقبض ريعه، وتوفية الحقوق منه، فلا يحق للموقوف عليهم ولا لمن ينوبهم في أخذ الأجرة من المستأجرين أو أخذ ثمرة الوقف

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 323.

²- زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 216.

³- تنص المادة 20 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "لا يجوز التنازل في الوقف العام إلاّ لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف".

وزرعه بأنفسهم، وإنما يستوجب الرجوع في كل هذا إلى الناظر لأن حقوقهم معلقة وتالية لاستيفاء عدد من الحقوق الخاصة بالوقف وديونه وعمارته وغير ذلك، فلا يستحقون حقهم في الربع إلا بعد استفاء هذه الحقوق¹.

ج- يجوز للمستحق في الوقف أن يحيل حقه بطريق الحوالة (حوالة الحق)²، ومطالبة الناظر بالحق تثبت بعد قبض الناظر هذا الربع خالصا من أي حقوق تكون أولى بالاستحقاق، وبشرط أن يثبت الدين في ذمة المستحق، لأن الحوالة هي نقل دين ثابت في الذمة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له، وهذه الحوالة يجب أن تكون في حدود الحق الثابت على المحال عليه وهو الناظر هنا. يترتب عن ذلك أن تبرأ ذمة المحيل (المستحق) بهذا النقل في حدود الحق الثابت، وليس للمحال أن يطالبه بالدين إلا في حالة إفسار المحال عليه أو امتناعه عن الدفع.

من المقرر في الفقه الإسلامي أن الوقف إذا كان صادرا عن ذرية الواقف، وأثبت أحد استحقاقه بأن برهن على أنه من هذه الذرية وكان الخلاف على استحقاقه متعلقا بنسبه، فإن الحكم يكون كاشف للحق وليس مثبتا له، ويكون للمستحق أن يرجع بحصته في السنين الماضية على من قبضها من المستحقين أو على الناظر، إذا كان قد أجراها معتمدا على غير من يستحقها، وفي كل الأحوال فالحق إذا ثبت للمستحق في الوقف لم يسقط بعدم تفيوته أو بأخذ غيره له، ويجوز له أن يطلبه ممن أخذه³.

وإذا حدث وأن صرف الناظر لبعض المستحقين وحرّم البعض عمدا، فالمتضرر له الخيار بين أن يرجع على الناظر أو على من قبض حصته من المستحقين

الفرع الثالث

أحكام الاستحقاق

نتطرق إلى أحكام الاستحقاق من خلال مسألتى التصرف في غلة الأموال الموقوفة، وإطار العلاقة بين اشتراطات الواقف والاستحقاق على النحو التالي:

أولا: التصرف في غلة الأموال الموقوفة

نتناول هذه النقطة من خلال قسمة الغلة بين مستحقيها، وكذا التخلي النهائي عن نصيبه في غلة الوقف للغير والذي ينجر عنه إسقاط الاستحقاق في الوقف.

¹- قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 224.

²- حوالة الحق عقد رضائي يتم بتوافق إرادتي المحيل والمحال له، وأن محل هذا العقد هو دائما الحق الشخصي الذي يكون للمحيل في ذمة المحال عليه، وأنه عقد يترتب عليه نقل الحق الشخصي ذاته بدل مقوماته وخصائصه من المحيل إلى المحال له، وعقد منتج لآثاره حال حياة عاقديه، أي أنه ليس من الأعمال القانونية المضافة إلى ما بعد الموت. راجع: بوشاشي يوسف، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص 52.

³- نقلا عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 325.

أ- قسمة الغلة بين المستحقين:

إنّ مسألة قسمة الغلة على الموقوف عليهم¹ يحكمها شرط الواقف ورغبته في تنظيم الوقف، وهو أمر مقرر في الشريعة الإسلامية ومكرّس في قانون الأوقاف والذي يقر أنّ اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تحكم وتنظم الوقف إلّا إذا وجد نهي عنها في الشريعة الإسلامية²، ولقد أوجب القانون احترام إرادة الواقف وتنفيذها من قبل سلطات الدولة وفقا للمادة 05 من نفس القانون والتي تنص على ما يلي: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"، وبناء على ذلك فإنّ قواعد الميراث لا مجال لإعمالها هنا إلّا إذا قصدتها إرادة الواقف ويترتب على قاعدة التقسيم السالفة ما يلي:

- إذا سكت الواقف عن قسمة الغلة فيكون دلالة على افتراض القسمة بالتساوي.
- يحق للواقف التفضيل بين الموقوف عليهم على أساس الجنس، فإذا وجد جنس واحد وتعدد أفراداه يرجع إلى القسمة بالتساوي، أمّا إذا امتنع التعدد فإنّ الغلة تصرف كلها للواحد الموجود منهم.
- إذا ما وجد وقف على الأولاد ومن بعدهم على الفقراء واشترط الواقف أن تقسم الغلة كما يقسم الميراث، فإنّ كلّ واحد يأخذ من الغلة ما يأخذه من الميراث، وفي حالة موت أحد المستحقين يصرف نصيبه إلى الفقراء ولا يزد إلى باقي الورثة، لأنه مخالف لشرط الواقف.
- في حالة لم يعلم شرط الواقف في كيفية صرف الغلة وتوزيعها فيرجع إلى التعامل القديم للعمل به لافتراض عمل الناظر وفق شروط الواقف في كيفية صرف غلة الوقف³، وإذا لم يكن يعلم من الوقف القديم شرط الواقف في صرف الغلة ولا بماهية التعامل القديم في ذلك أبقى الوقف كما كان، وإن وجد ورثة الوقف وجب العمل بأقوالهم عن الجهة المشروعة التي بينها مصرفا للغلة على أساس قيام الورثة مقام الواقف، والأخذ بأقوالهم على أحوال مورثهم (الواقف) أولى من الأخذ بأقوال سواهم عن ذلك⁴.

¹ - يجب التفرقة بين القسمة في حالة الملك الوقفي الخاص أو الملك الوقفي العام، فالأول من حيث أن المنتفعين يكونون محصورين ومعينين فتتم القسمة.

² - راجع نص المادة 14 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

³ نقلا عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 328.

⁴ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص ص 232-233.

في حال تعدّد مراجعة ورثة الواقف عن شرط مورثهم وجب التصرف في الغلّة برأي القاضي على الفقراء المحتاجين.

يمكن إعمال المسائل التالية في غير المسائل السابقة وهي:¹

- سواء كان الوقف مشروطا للفقراء أو الأقارب جاز للواقف أن يفوض كيفية تقسيم الغلّة للناظر حسب اختلاف الزمان والمكان، ومدى احتياج المحتاجين ويكون ذلك موافقا للشرع.

- إذا بيّن الواقف استحقاق أحد الموقوف عليهم من الغلّة وسكت عن سهام الباقيين أخذ هؤلاء ما بقي من الغلّة.

- إذا تجاوزت الحصص التي بينها الواقف مخرجها يتم تقسيمها بطريق العول، حينما يجعل الواقف نصف الغلّة مثلا لزيد وثلثها لعمر، قسمت بطريق العول إلى سبع حصص فيعطى لزيد ثلاثة حصص، والأربعة المتبقية لعمر.

- إذا كان الوقف على جماعة عدّد الواقف أفرادها، وعين حصص كل واحد منها من مجموع الغلّة، ثم ظهرت زيادة في الغلّة لم يعيّن الواقف مصرفا لها، وجب تقسيم هذه الزيادة بين الموقوف عليهم بالتساوي لا بنسبة حصصهم المعيّنة فيه.

- لو ثبت أخذ عدد من الموقوف عليهم لأكثر من استحقاقهم في الغلّة كان للآخرين نصيبهم زيادة على ما قبضوه على استحقاقهم.

- إذا كان الوقف على عدّة فرق أفرز سهم واحد لكل فريق، فلو وقف أحد مثلا عقارا له على أقربائه وجيرانه والمساكين أعطى لكل فريق من كلّ هؤلاء سهما واحدا من الغلّة².

هناك نوع من الاستحقاق أين يجعل الواقف وقفه على أولاده مرتبا استحقاقهم بلفظ (ثم) أو (الفاء) كقوله على أولادي ثم أولادهم، أو بأي لفظ يدل على الترتيب كقوله: على ذريتي بطننا بعد بطن أو طبقة بعد طبقة على أن تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى، ومن بعدهم على الفقراء.

هنا يستحقون الغلّة جميعا حسب شرطه على النحو التالي:

- في حالة ترتيب الواقف بين الطبقات صرف ريع الوقف إلى أصحاب البطن الأول، ولا ينتقل الاستحقاق للبطن الآخر إلا بانقراضهم، وهكذا إلى أن تنقرض الذرية فيعطى للفقراء كما شرط الواقف.

¹ محمد كمال الدين إمام، مرجع نفسه، ص ص 235، 238.

² محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 233.

• حالة ترتيب الطبقات مع الاشتراط بذكر أنه من يموت من أهل طبقة يأخذ ولده ما كان يأخذه، ويكون ولده من بعد ما كان له.¹ فهنا يؤول نصيب المستحق بعد وفاته إلى فرعه مهما نزل، فيتم تسلسل الاستحقاق، وهذا الترتيب فردي لا جماعي² قائم بين كل فرع وطبقته.

• في حالة ما إذا لم يرتب الواقف بين الطبقات تصرف الغلّة إليهم جميعاً، وتقسّم حسب عددهم، ولا يعطى الفقراء شيئاً ما دام واحد من الذرية حياً.

ب- إسقاط الاستحقاق في الوقف:

الإسقاط في هذه الحالة يراد به التخلي النهائي للمستحق عن نصيبه في غلة الوقف للغير، وتثير هذه المسألة فكرتين أساسيتين هما:

ب-1- بطلان الإسقاط مطلقاً:

يتضح من المادة 14 من قانون الأوقاف، وما قرره الفقه الإسلامي أنّ كلّ ما يتعلق بتنظيم الوقف هو من شأن الواقف الذي ينشأ الوقف بإرادته الحرّة، وكذا تسييره، ومن جوانب هذا التسيير مسألة توزيع الغلّة وثبوت نصيب كلّ معيّن في الوقف.

إنّ ثبوت نصيب في الغلّة لشخص لا يعتبر من الموقوف عليهم أمر ينافي إرادة الواقف وقصده، وتقرير ذلك ينافي التزام الدولة باحترام إرادة الواقف وتنفيذها كما هو وارد في المادة 05 من قانون الأوقاف 10/91، وعليه فإنّ إسقاط الاستحقاق في الوقف سواء كان كلياً أو جزئياً بعوض أو بدونه أمر لا يجوز شرعاً وقانوناً، فالوقف كالإرث لا يسقط بالإسقاط فمثلاً قول المستحق في الوقف أسقطت حقي لفلان فإنه قول باطل لا يعتد به، لأن ذلك يجعل غير المستحق مستحقاً بمحض إرادته ودون أن يكون له سند في هذا من قبل الواقف، ولأن المستحق إنّما استحق الغلّة بشرط الواقف وليس له أن ينشئ استحقاق في الوقف لشخص آخر، إذ لا يكون ذلك إلّا بشرط الواقف كما هو مقرّر شرعاً وقانوناً³.

ب-2- جواز التنازل عن الحق في المنفعة:

لا يوجد مانع من أن يتنازل أي مستحق في الوقف عن نصيبه في الربح لمدة معينة على أساس أنه لم يتنازل عن مركزه كمستحق، فمحل التنازل هنا هو النصيب من الغلّة الذي هو موضوع انتفاع

¹ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 310.

² قد يكون الترتيب جماعياً ولكنه انفرادي نسبياً، كأن يقول الواقف طبقة بعد طبقة، وجيل بعد جيل على أن من مات من أهل الطبقة العليا باستحقاق أصله باعتباره ينتمي إليها فيقوم مقام واحد من الطبقة العليا، وإذا انقرض جميع أهل الطبقة انقرضت القسمة وصار كل واحد في الطبقة التالية يستحق، وتوزع بالتالي الغلّة عليه من جديد. راجع: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 311.

³ نقلاً عن: قنفود رمضان، مرجع سابق، ص ص 330-331.

المستحق من الوقف، وبالتالي يجوز التنازل عنه وفق القواعد العامة ويتصرف فيه، بل وحتى أن يكون محل ضمان للدائنين¹.

أشارت المادة 19 من قانون الأوقاف قبل إلغائها² إلى مسألة جواز التنازل عن الحق في المنفعة والتي نصّت على ما يلي: "يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف".

فتقدير نصيب كل مستحق يخضع لنص الواقف أو اشتراطاته وليس للقواعد الشرعية المعروفة في الميراث، والنصيب الذي يثبت لكل مستحق يمكن أن يكون محلا للتنازل والتصرف في الاستحقاق الثابت له بالنص.

فقد أجاز المشرع الجزائري للموقوف عليه التنازل عن حقه في المنفعة بعد ثبوت استحقاقه فيها بموجب نص المادة 20 من قانون الأوقاف 91-10، وذلك في الملك الوقفي العام غير أنه يشترط أن يتم التنازل لنفس نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا، وبعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف.

الحقيقة أنه بالنسبة للشرط الأول فقد جاء تماشيا مع ما جاء في نص المادة 06 من القانون رقم 91-10 من اشتراطها عدم جواز تحويل مصرف الملك الوقفي العام المحدد الجهة، إلا إذا استنفذ مصرفه المعين من الوقف، فكذا فإن التنازل ينبغي أن يكون لجهة من نفس نوع الجهة الموقوف عليها أصلا وكذا دور السلطة المكلفة بالأوقاف والمتمثلة في منح موافقتها باعتبارها تتولى شؤون الوقف.

أما بالنسبة لمسألة الإقرار بالاستحقاق للغير وهي حالة إقرار المستحق أنّ حصته في غلة الوقف أو شيئا من هذه الحصة إنما هو مستحق للغير، فالرأي الراجح أنه يصح هذا الإقرار ويعامل المقر بمقتضاه وهو رأي مذهب أبي حنيفة، أما بعض الأحناف والحنابلة فقد أقرّوا ببطان هذا الإقرار إذا كان مخالفا لما جاء في وثيقة الوقف، وهذا الرأي يظهر صحيح من عدّة أوجه:

- قد يدفع هذا الأمر كثيرا من المستحقين إلى اتخاذ كذريعة ووسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس، وذلك إما لقضاء ديون أو للوصول إلى أغراض غير مشروعة.
- العمل بهذا الإقرار هو محاربة لأغراض الواقفين وصرف أموالهم في غير ما أرادوه من وجوه البر والصلة³.

¹ لقد أقرت المادة 21 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف بجواز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه، مما يدل على جواز أن يجعل المستحق في الملك الوقفي حصته ضمانا للدائنين، وهذا الضمان هو بمثابة تنازل عن حق الموقوف عليه في منفعة الملك الوقفي، حيث يحل الدائن محل الموقوف عليه في استيفاء منفعة الملك الوقفي العينية أو المقابل النقدي الذي ينتج نتيجة استغلال الملك الوقفي.

² ملغاة بموجب المادة 06 من قانون رقم 02-10 المعدل والمتمم للقانون 91-10 المتعلق بالأوقاف.

³ قنفود رمضان، مرجع سابق، ص 331.

ثانياً: التلازم بين اشتراطات الواقف والاستحقاق

يثير اشتراط الواقف أنه له حق تغيير ما اشترط في وقفه إشكالات عديدة، لأن ذلك الشرط يقتضي حق التغيير والتبديل في المصرف أو في المستحقين، وللإجابة عن تلك الإشكالات يقتضي التطرق إلى النقاط التالية.

أ- حق الواقف في تغيير اشتراطاته في الوقف:

الأصل أنّ الوقف بمجرد صدوره عن الواقف مستجماً لكافة شروط صحته ولزومه يقع لازماً، فلا يصح الرجوع فيه مطلقاً ولا يجوز تغييره أو تبديله إلاً لضرورة أو مصلحة راجحة.

هذا اللزوم سيتبع لزوم شروط الواقف المغيرة وثباتها، فلا يجوز التغيير أو التبديل فيها، ولا الرجوع عنها، كما لا يجوز له تغيير أصل الوقف ولا الرجوع عنه¹.

إلاً أنه إذا اشترط الواقف عند إنشاء الوقف أنّ له حق تغيير ما اشترطه فيه فيأخذ ذلك الشرط بعين الاعتبار وبالتالي يثبت له حق التغيير والتبديل في المصرف أو المستحقين. وقد عرفت هذه الشروط بالشروط العشرة والتي تم تبيانها في هذه الدراسة من قبل

وتتحكم في الشروط العشرة قواعد يجب مراعاتها والتقيدها بها وهي كالتالي:²

- شروط تتعلق بمصارف الوقف وبالأعيان الموقوفة فقط.
- هذه الشروط لا تثبت إلاً للواقف إذا اشترطها لنفسه، ولا تثبت للناظر للوقف إلاً إذا اشترطها الواقف له، أو إذا كانت مصلحة الوقف تقتضي تدخل الناظر في أعمال أي شرط من تلك الشروط.

- من اشترطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلاً مرة واحدة، إلاً في حالة اشتراطه للتكرار.

- استعمال الشروط العشرة لا يتعلق بحالة الواقف كونه صحيحاً أو مريضاً.

- أنها قابلة للإسقاط لأن الأصل في تلك الشروط أنها تكيف حقوق مجردة³ وهذه الأخيرة قابلة

للإسقاط.

¹ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 157.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع نفسه، ص 164.

³ الحق المجرد هو اصطلاح حنفي محض، فجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لم يعرفوا هذا الاصطلاح، ويرجع سبب تفرد الحنفية به إلى المنحنى الذي نحوه في مسألة مالية المنافع والحقوق، ذلك أن جواز التصرف في الأشياء بالمعوضة منوط بماليتها، فالحنفية لا يعتبر الحقوق أموالاً وبذلك لا تجوز المعارضة عليها، غير أنّ النصوص جاءت بجواز المعارضة بمختلف صورها على حقوق معينة كحقوق القصاص، مما اضطر الحنفية إلى وضع أساس يضمن التوفيق بين ما قرره من قواعد وبين ما جاءت النصوص الشرعية به، فخلصوا إلى التفريق بين الحق الذي ينفرد محله فتطبق عليه القاعدة المتعلقة بالحقوق، وبين الحق الذي لا ينفرد عن محله فيجوز المعارضة عليه، كحقوق القصاص وقد عرّف هذا الحق بأنه ما كان غير منقّر في محله ومعنى ذلك أنّ الحق المجرد متجرد عن الملك وعدم إحداث أثر في المحل، كما أنه جاء إطلاق آخر عند بعض علماء الحنفية على هذا الحق وهو الحق المفرد والحقوق المفردة لا تتحمل التملك.

ويجب على ناظر الوقف مراعاة هذه الشروط باعتباره وضع لينظر ويتولى إدارة الوقف وفقا لما جاءت به إرادة الواقف.

ب- أقسام تغيير شرط الواقف:

ينقسم تغيير شرط الواقف إلى ثلاثة أقسام وهي:

- **القسم الأول:** تغيير من أعلى إلى أدنى، وهو أن يغير الناظر شرط الوقف من مصلحة راجحة إلى مصلحة مرجوحة، كأن يكون الوقف على فقراء أقاربه، فيغيره إلى فقراء الأجانب، هذا محرّم ولا يجوز بالاتفاق لما تقدم من الدليل على وجود العمل بشرط الواقف.
- **القسم الثاني:** تغييره من مساو إلى مساو، والمراد بذلك أن يغيّر الناظر شرط الواقف من مصلحة إلى مصلحة مساوية، مثل: أن يقف على فقراء بلد فيصرفه إلى فقراء بلد آخر، وهذا أيضا محرّم ولا يجوز بالاتفاق إلا إذا تغيّر موجب التحريم فيغير الحكم، إذ أن الحكم يدور مع علته وجودا أو عدما، فالأصل وجوب العمل بشرط الواقف.
- **القسم الثالث:** تغييره من أدنى إلى أعلى، مثل الوقف على العباد فيصرف إلى العلماء إذ العلم عبادة متعدية، بخلاف مجرد التعبد بالصلاة أو الاعتكاف أو نحو ذلك، واختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

■ **الرأي الأول:** جواز ذلك وأخذ بهذا الرأي ظاهر مذهب الحنفية، فتغيير شرط الواقف من أدنى إلى أعلى مصلحة ظاهرة، ويتوافق مع رأيهم مذهب المالكية الذين يقرّون بجواز الناظر أن يفعل في الوقف كلّ ما كان قريبا لغرضه وإن خالف شرطه كما لو وقف ماء على الغسل والوضوء، فيجوز للناظر أن يمكن العطشان أن يشرب منه، لأنه لو كان حيّا لما منع منه، فيجوز بذلك تغيير شرط الواقف من أدنى إلى أعلى كونه يحقق غرض الواقف وزيادة فيه¹.

■ **الرأي الثاني:** عدم جواز تغيير الوقف من أدنى إلى أعلى وهو ظاهر مذهب الشافعية الذين يرون أنّ الوقف على ما شرطه الواقف من تقديم وتأخير، وتسوية وتفضيل، وجمع وترتيب وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة، وقد ساير الحنابلة هذا الاتجاه وذلك

راجع: سامي حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص ص 22، 24.
¹ نقلا عن قنفود رمضان، مرجع سابق، ص ص 335-336.

بإقرارهم أنه يرجع عنه التنازع في شيء من أمر الوقف إلى شرط الواقف، ولأنّ الوقف متلقي من جهة فاتبع شرطه، ونصه كنص الشارع واستثناء كشرط يرجع إليه، وكذا مخصص من صفة كما لو وقف على أولاده المشتغلين بالعلم، فإنه يختص بهم ولا يشاركونهم سواهم.

من خلال ما تقدم ترجيح القول الأول القائل بجواز تغيير شرط الواقف عند ترجيح المصلحة لما تقدم من أدلة على جواز تغيير الأصل¹.

المطلب الثالث

انتهاء الوقف

يراد بانتهاء الوقف زواله وانقضاءه وذهاب أثره ومعالمه² وصيرورة الأعيان الموقوفة بانتهاء الوقف فيها مملوكة ملكية تامة، ويتصرف فيها مالكا بجميع أنواع التصرفات³.

وفي مسألة انتهاء الوقف جاءت آراء الفقهاء كما يلي:

- المذهب الحنفي: لا يجوز بيع الموقوف وإنهاءه إلاّ عند الاشتراط أو ذكر جهة تنقطع، وفي هذه الحالة ينتهي الوقف في ذاته ويعود الوقف ملكا للواقف إذا كان حيا أو لورثته.
- المذهب الشافعي: شدد في منع بيع الوقف وعودته إلى المالك، إلاّ إذا أصبح الموقوف لا يمكن الانقطاع به إلاّ باستهلاكه ولا يباع ولا يوهب بل ينتفع بعينه⁴.
- المذهب الحنبلي: أجاز بيع بعض الموقوف الخراب لإصلاح باقيه.
- المذهب المالكي: ينتهي الوقف عند المالكية إذا جعله الواقف مؤقتا بمدة أو بحاجة الموقوف عليهم الشديدة عندها يباع الوقف.

من خلال أقوال الفقهاء يتبين أنّ خراب الأعيان كلّها أو بعضها، أو إذا أصبحت لا ريع لها ولا يمكن الانتفاع بها، أو قلت غلّة المستحقين ينتهي الوقف ويعود ملكا قابلا للتداول والانتقال، فيصح بيعه وهبته وإعارته سواء للواقف أو للمستحقين من ورثته⁵.

¹ قنفود رمضان، مرجع نفسه، ص 337.

² أحمد محمد بخيت الغزالي، مرجع سابق، ص 467.

³ زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 242.

⁴ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 114.

⁵ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع نفسه، ص 114.

وبما أننا بصدد الحديث عن انتهاء الوقف فنتناوله من خلال التعرض إلى حالات انتهاء الوقف (فرع أول) والآثار المترتبة عنها (فرع ثاني).

الفرع الأول

حالات انتهاء الوقف

هناك حالات ينتهي فيها الوقف من تلقاء نفسه دون حاجة إلى قرار من المحكمة، كما أنّ هناك حالات أخرى لا ينتهي فيها الوقف إلاّ بقرار من المحكمة وهي حالات مشتركة بين الوقف العام والوقف الخاص، وبالتالي فعالج هذا الفرع من خلال نقطتين: الأولى تتضمن انتهاء الوقف دون حاجة لقرار المحكمة، والثانية تخصص الحالات لانتهاء بقرار المحكمة.

أولاً: حالات انتهاء الوقف دون حاجة لقرار المحكمة

ينتهي الوقف دون الرجوع إلى قرار المحكمة سواء بتحديد المدّة التي ينتهي فيها الوقف أو لعارض يعترض الوقف فيجعله دون جدوى فيعدمه من الوجود.

أ - انتهاء الوقف بانتهاء مدته:

لا يتصور ذلك إلاّ إذا كان الوقف مؤقتاً، وذلك أخذاً برأي الفقهاء القائلين بجواز التأقيت وأنّ التأبيد ليس شرط صحة في الوقف، كما ذهب إلى ذلك أبو يوسف الإمام مالك الذي أجازا الوقف المؤقت فإذا وقف شخص مثلاً مزرعته على جهة تنتفع بها لمدة 20 سنة أعتبر الوقف صحيحاً، وإن كان مؤقتاً وبالتالي فإنّ الوقف ينتهي بانتهاء المدّة المحدّدة له من طرف الواقف¹.

ذهب المشرع في المادة 28 من القانون رقم 91-10 على أنه: "يبطل الوقف إذا كان محدداً بزمن" وبذلك أخذ المشرع بالرأي الفقهي القائل بعدم جواز تأقيت الوقف²، وأنّ الوقف إذا كان يقوم على شرط التحديد بمدّة زمنية فهو باطل.

كما أنّ نفس القانون عرّف في مادته الثالثة الوقف على أنه: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدّق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ والخير"، وإذا رجعنا كذلك إلى القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، فنجد الفقرة الثالثة من المادة 31 تعرف الأملاك الوقفية بأن: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكيها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فورياً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"، فنلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع لم يستعمل لفظ التأبيد

¹ قرعاني موسى، مرجع سابق، ص 93.

² المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الحنفي الذي اشترط أن تكون صيغة الوقف بمعنى التأبيد عكس المذهب المالكي الذي أجاز التأقيت في الوقف. نادية براهيم المولودة أركام، مرجع سابق، ص 90.

إلاّ أنّه استعمل لفظ "دائماً" أي الدوام وهو دال على التأييد، وبذلك لا يدخل التأقيت في الوقف ضمن أسباب انتهاءه.

ب- انتهاء الوقف بانقراض الموقوف عليهم أو حرمانهم:

إذا جعل الواقف وقفه على طبقتين بعد وقف خيريه مؤقت يعتبر الوقف منتهياً بانتهاء الطبقتين فلا تصرف الغلّة للطبقة الثالثة أبداً.

أمّا إذا كان الوقف على طبقتين ثم على جهة خيرية لمدة مؤقتة اعتبر الوقف منتهياً بانتهاء المدة التي حدّدها الواقف عند إنشاء وقفه، وينتهي الوقف في حالة ما إذا كان الموقوف عليهم مشتركين جميعاً في قتل الواقف وبالتالي يحرمون من الاستحقاق¹.

في جميع هذه الحالات يكون انتهاء الوقف فيها دون الحاجة إلى الرجوع إلى قرار المحكمة لأنه الانتهاء هنا يكون تلقائياً.

ثانياً: حالات انتهاء الوقف بقرار من المحكمة

ينتهي الوقف بقرار من المحكمة في حالتين هما:

أ- انتهاء الوقف لخرابه:

من الأهداف المرجوة من الوقف انتفاع المستحقين بريع المال الموقوف، إلاّ أنّ هذا المال قد يمسّه التلف أو الخراب بسبب قوة قاهرة ولم يكن من الإمكان عمارتها أو استبدالها بما يكفل للمستحقين نصيباً أوفر من الغلّة مما يستدعي من المحكمة إنهاء الوقف بقرار منها².

إن تخرب بعضها فقط لا يمكن عمارته انتهى الوقف فيما تخرب فقط، وبقي فيما عداه، ولا ينتهي إلاّ بقرار من المحكمة بناء على طلب ذوي الشأن³.

ب- انتهاء الوقف بسبب ضالة الربيع:

يعتبر الربيع ضئيلاً بسبب قلة دخل المال الموقوف عليه فعند اقتسامه على المستحقين، وإن لم يتعدوا يحصل كلّ واحد منهم على نصيب زهيد جدّاً، وأمّا أن يكون الوقف عائداً ولكنه نتيجة لكثرة عدد المستحقين فإن نصيب كلّ واحد منهم سيكون ضئيلاً جداً، ونتيجة لذلك رأي الإمام مالك بانتهاء الوقف وأجاز بيعه بإنفاق ثمنه على الموقوف عليهم⁴.

¹ قرعاني موسى، مرجع سابق، ص 93.

² نادية براهيمى المولودة أركام، مرجع سابق، ص 146.

³ أحمد محمد بخيت الغزالي، مرجع سابق، ص 467.

⁴ نادية براهيمى المولودة أركام، مرجع سابق، ص 147.

يرى بعض من الفقه أنه إذا كانت أنصبة المستحقين ضئيلة لا تفي بحاجتهم، فإنّ الربيع يعطي للأشد منهم حاجة لأن المستحقين الآخرين لا تتأثرون من فقد هذه الأنصبة الضئيلة، والبعض الآخر يرى بانصراف الأنصبة لأقارب الواقف المحتاجين.¹

انتهاء الوقف لضالة الربيع لا يكون تلقائياً وإنما بقرار من المحكمة، وترك تقدير هذه الضالة للقاضي، ولأنّ ضالة الاستحقاق تختلف باختلاف الأشخاص والبيئات والآراء فما يصلح لسكان المدن لا يناسب سكان القرى، وبالتالي لا يمكن وضع معيار واحد لتحديد ضالة الربيع وتطبيقه على جميع الناس.²

الفرع الثاني

آثار انتهاء الوقف.

يترتب على انتهاء الوقف بعض الآثار والتي تتعلق بعودة الملكية إلى الوقف أو قسمة الملك الموقوف على الموقوف عليهم.

أولاً: عودة الملكية إلى الواقف.

إذا انتهى الوقف نتيجة لانتهاء المدة المعنية أو نتيجة لانقراض الجهة الموقوفة عليها أو لانقراض الموقوف عليهم. فتعود الملكية للواقف إذا كان حياً، وإن كان ميتاً فتحوّل لورثته فإن لم يكن له وارث آلت الملكية إلى الخزينة العامة لأنه مال لا وارث له،³ إلاّ إذا اشترط الواقف على أن تعود الملكية إلى جهة برّ أخرى مؤيدة في حالة عدم وجود ورثة.⁴

أما إذا انتهى الوقف نتيجة التلف أو قلة الغلة فإنّ الملكية تعود للواقف إذا كان حياً أو إلى مستحقيه وقت الحكم بانتهائه.⁵

ثانياً: قسمة الوقف بين المستحقين.

إذا اشترط الواقف في عقد وقفه أنّ المال الموقوف يكون على سبيل التأقيت، ولم يبين الجهة التي تؤول إليها، ففي هذه الحالة يتعين قسمة المال الموقوف.

لم يجز المذهب الحنفي قسمة أعيان الوقف تقسيماً عينياً، بل أجاز أن ينتفع كلّ واحد من المستحقين مدة معنية على التعاقب، أو على أن ينتفع كلّ مستحق بحصة من الوقف مدة من الزمن ثم يتبادلون الحصص.

¹ نادية براهيم المولودة أركام، مرجع نفسه، ص 147.

² زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 243-245.

³ أحمد محمد بخيت الغزالي، مرجع سابق، ص 468.

⁴ زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 246.

⁵ نادية براهيم المولودة أركام، مرجع سابق، ص 148.

أما الحنابلة يجيزون قسمة أعيان الوقف بين الموقوف عليهم كما تقسم الأعيان المملوكة. لأن هذه الأخيرة حسب رأيهم مملوكة للموقوف عليهم وليست ملكا للواقف¹.

ولجواز القسمة يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

أ- يتعين أن يكون المال الموقوف قابلا للقسمة، إلا فلا يجوز قسمة لأن المال غير قابل للقسمة قسمته تؤدي إلى عدم الانتفاع بهذا المال. مثلا إذا كانت عين الوقف عبارة عن بناية فقسمة هذه الأخيرة تؤدي إلى هدم جزء منها، وما يؤدي إلى عدم الانتفاع بها، ومثل هذه الأحوال لا تجوز القسمة.

ب- ألا يترتب ضرر يمس بحقوق المستحقين في حالة القسمة، ومسألة التحقق من الضرر أو عدم جواز القسمة تختص بها المحكمة المدنية التيز تقدّر ذلك عند سماع الخبراء.

ولطلب القسمة يجب أن يكون الولي أو الوصي في حالة ما إذا كان أحد المستحقين قاصرا أو محجور عليه، وكذلك يشترط أن يكون الواقف راضيا عن هذه القسمة فيتطلب الرجوع إلى عقد الوقف وما اشتمل عليه من شروط مقبولة شرعا وقانونا².

والخلاصة فيما تقدم من هذا الباب: أنّ الإرادة المنفردة تصرف قانوني يصدر عن شخص بهدف إحداث أثر قانوني، ومن دون حاجة إلى إرادة ثانية تتوافق معها، ولاشك أنّ الآثار القانونية التي يمكن أن ترتبها الإرادة المنفردة متنوعة، فيمكن لها أن تنقل حقا عينيا كما في الوصية، كما يمكن أن تسقط حق ملكية كالوقف وهما تصرفين تبرعين بالإرادة المنفردة.

فالوصية تصرف تبرعي صادر بالإرادة المنفردة ناقل للملكية، إذا تصرف بمقتضاها شخص تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الموت، وللوصية أربع أركان لا تصح إلا بها وتتعهد بانعدام أحدها أو كلها وهي: الموصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة، ولكل من هذه الأركان شروط وأحكام تتوقف عليها وتتعدد بمجرد صدور الصيغة أي إيجاب الموصي، أمّا القبول فليس سوى شرط لتنفيذ الوصية، إذا مات مصرّا عليها ولم يعدل عنها.

هي تصرف رضائي، فالكتابة المتطلبة فيها هي للإثبات فقط وليس ركنا لانعقادها، وتثبت إما بموجب عقد رسمي يحزره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، أو بموجب حكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

الوصية تصرف تبرعي غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء إما صراحة بواسطة وسائل إثباتها، أو ضمنا بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ما دام على قيد الحياة، ذلك أنّ حق

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 99-100.

² نادية براهيم المولودة أركام، مرجع سابق، ص 150.

الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصي فهو حق احتمالي لا يتحقق إلا بموت الموصي مصرًا على وصيته، فالمال الموصى به لا يخرج عن الضمان العام للموصي حتى وفاته.

أما بالنسبة للوقف فهو تصرف قانوني من جانب واحد، مسقط للملكية ينصب على المنفعة ويتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه، وللوقف أركان أربعة حدّتها المادة التاسعة من قانون الأوقاف وهي: الواقف ومحل الوقف وصيغة الوقف والموقوف عليه.

الوقف تصرف رضائي وليس شكلياً، والكتابة المتطلبة في الوقف الوارد على عقار هي وسيلة لإثبات وجوده وليس ركناً للانعقاد، في حين أنّ الواقف الوارد على منقول يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات، ويثبت الوقف إما بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد ذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكيّة.

كما يجب احترام الشروط التي يصفها الواقف والسهر على تنفيذها إذا كانت لا تتنافى مع الشرع لأنّ شرطاً للوقف كمنع الشارع، كما أنّ الوقف تصرف تبرعي لازم يجب أن يصدر على وجه التأييد لأنّه صدقة جارية لا يجوز للواقف أن يرجع فيه مطلقاً ولا لورثته من بعده.

إنّ الوجود القانوني للوقف يترتب آثار قانونية من أهمها حصانة المال الوقفي، والتي مقتضاها أنّه لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، وأي تصرف بالمعنى السابق يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينفذ في مواجهة الوقف. إلا أنّ الوقف قد تضمحل قيمته بمرور الزمن وتقل منفعته وتبعاً لذلك يكون من الأنفع استبداله بوقف آخر، أو قد تؤول ملكية الوقف إلى الدولة بناءً على قرار لنزع الملكية المنفعة العامة، ومن ثم يستخدم مقابل نزع الملكية في شراء عقار أو منقول آخر. ولا جدال في أنّ موقف المشرع الجزائري متأثر بما هو ثابت في فقه الحنفية على خلاف المالكية والشافعية الذين تشدّدوا فيه ولم يجيزوه في أحوال نادرة، وتبدوا أهمية ما ذهب إليه القانون الجزائري من إجازة الاستبدال لأنّه وسيلة لإحياء الوقف وزيادة ريعه ونمائه، ولكن المشكلة تكمن في إمكانية إساءة استخدام الاستبدال لمصالح خاصة بالناظر أو أقربائه أو لغيرهم مما يؤدي إلى فناء الوقف أو الإنقاص من غلته، وعلى هذا فإنّ هذا الاستبدال هو سلاح ذو حدين.

تقتضي النيابة القانونية عن الوقف أن يكون القائم على أمر الوقف مؤدياً لحق المستحقين في غلة الوقف متى وجدت كلّ حسب النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف ويستوي في ذلك أن يكون النصيب حصة أو سهماً، أو مرتباً دائماً أو مؤقتاً، أو منفعة.

خاتمة

باعتبار أنّ الإرادة هي جوهر التصرف، وهي التي تنشئ التصرف وتحدّد آثاره القانونية والتصرف التبرعي إرادي، أي الإرادة عنصر أساسي فيه بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية، ولذلك يكون عقدا كما في الهبة، ويكون تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية والوقف.

فالتبرع قد يكون عقدا، وذلك إذا كان الرضا فيه يستلزم الإيجاب والقبول من طرفين، وقد ينشأ من إرادة واحدة إذا اكتفى لقيام الرضا بإيجاب المتبرع وحده، وقد تناولنا هذه التصرفات من حيث إنشائها وتوضيح أركانها وشروطها من كلّ الجوانب الشرعية والتشريعية بالإضافة إلى الأحكام التي تحكم كلّ منها مع تبيان الآثار المترتبة عنها، مستخلصين من كلّ ذلك النتائج التالية:

أولاً: الهبة عقد يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له بلا عوض وبنية التبرع، وقد جاء تعريف الهبة ناقصا سواء في تعريف المشرع الجزائري أو في تعريفات بقية القوانين العربية، حيث لم يتم إبراز أنّ الهبة تتم في الحال وبين الأحياء.

ثانياً: لقد جاءت الأحكام الموضوعية للهبة في قانون الأسرة مستمدة من الفقه الإسلامي وعلى الأخص من الفقه المالكي، مع إصرار المشرع الآخذ بذلك من أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم ورود نص في قانون الأسرة.

ثالثاً: لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 من (ق أ ج) على أن الرسمية لا تغني عن الحيابة وبذلك دامجا الرسمية بالحيابة، وهذا مسائرا لمتطلبات العصر مع الأخذ برأي المالكية في الحيابة مستثنيا كون الموهوب له ابنا أو زوجا للواهب أو كون الشيء الموهوب مشاعا وذلك ضمن المادة 208 (ق أ ج).
رابعاً: إنّ عقد الهبة من العقود الشكلية التي يستلزم لإتمامها توافر شكل معين أقرته معظم التشريعات القانونية، حيث أنّ هذا العقد يجب أن تراعى فيه شكلية معينة لغرض انعقاده ودونها يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، والأصل لما تقتضيه القواعد العامة في البطلان بأن العقد الباطل لا ترد عليه إجازة لأنّ بطلان العقد يعتبر هذا الأخير غير موجود وكأنه لم يكن، إلّا أنه وجد عند بعض التشريعات المقارنة قد أقرت على سبيل الاستثناء تنفيذ عقد الهبة الباطل من حيث الشكل، من قبل الواهب اختيارا كنوع من الإجازة الخاصة لهذا العقد الباطل.

بما أنّ المصلحة التي يحميها البطلان هنا هي مصلحة خاصة تتعلق بالواهب وحده، فقد كان الأولى بالمشرع أن يجعل جزاء مخالفة الشكل في هذا العقد هو قابلية الإبطال، فيجعل عقد الهبة الذي لا تتوفر فيه الشكلية قابلا للإبطال بالنسبة إلى الواهب وحده، فيكون العقد صحيحا إلى أن يطلب الواهب إبطاله، وقد يجيز الواهب هذا العقد إجازة صحيحة أو ضمنية.

خامساً: الأصل أنّ الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقا، غير أنه يجوز استثناء للأيوبين الرجوع في هبتهما لولدهما ما لم يوجد مانع من الموانع الثلاثة المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 211 من (ق أ ج).

خاتمة

الرجوع هو تصرف وحيد الجانب، وهو حق لصيق بشخصية الواهب، ولا يمكن أن ينتقل إلى غيره بالميراث، كما أنه من النظام العام وهو ليس بفسخ وليس بإلغاء.

فالرجوع المعتبر في نظر القانون الجزائري هو رجوع الأبوين في الهبة وهو مكنه استثنائية بحيث لا يجوز التوسع في تفسيره، ولا القياس عليه، وهو غير محدد بمهلة ويكون بغض النظر عن سنّ الأبناء المعتصر منهم.

أمّا عن حالات التنافي عن الرجوع فإننا نجدّه ينتفي في هبات المنفعة العامة، وينتفي عندما يكون سبب الهبة هو زواج الموهوب له، وينتفي كذلك عندما يكون سبب الهبة هو ضمان قرض اقترضه الموهوب له، وكذلك عندما يتصرف الموهوب له في محل الهبة بتصرف ناقل للملكية وبهلاك محل الهبة وعندما يغير الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب. ويتم الرجوع بموجب عقد رسمي بحيث هو تصرف قانوني يكون موجبا لزوال آثار عقد الهبة، ومع هذا فإنّ حق الرجوع في الهبة حق ضعيف يشكل استثناء على مبدأ القوّة الملزمة للعقد، وعليه فليس لحق الرجوع أثر رجعي في مواجهة الغير حسن النية.

سادسا: قد أغفل المشرع الجزائري النص على آثار الرجوع في عقد الهبة رغم أهمية هذه المسألة، إذ أنّ الرجوع قد يمس بحقوق المتعاقدين والغير حسن النية، كما أنّ هذا الوضع يثير مشاكل عملية بالنسبة للقضاء، فالقاضي لا يجد نصا يسترشد في هذا المجال، وباستقراء مواد قانون الأسرة نجد أنّ المشرع لم يهتم كثيرا بموضوع الرجوع في الهبة حيث نجدّه قد ذكر حق الرجوع عن الهبة وموانعها في مادتين فقط وهما المادة 211 و212 من (ق أ ج).

سابعا: الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت وتأخذ تصرفات المريض مرض الموت والتصرفات لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة طوال حياة المتصرف حكم الوصية، وتخضعان لما يسري عليها من قواعد شرعية وقانونية.

ثامنا: الوصية تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب فقط الصادر من الموصي، وشروط صحتها المتمثلة في الموصي، والموصى له، والموصى به والشكل، وهي تصرف رضائي والكتابة المتطلبة فيها هي للإثبات فقط وليس ركنا لانعقادها.

تاسعا: لا يشترط في الموصي الإسلام، فتصح وصية الكافر لمسلم ولمثله ما دامت في غير محرم، كما تجوز الوصية للحمل ويشترط لتحقيق الحمل أن تأتي به لأقل من ستة أشهر، ولا تصح الوصية لما ستحمله المرأة لأنها وصية لمعدوم، كما أنه لا تصح الوصية للقاتل مطلقا عند أغلب الفقهاء، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها، سواء كان قتلا عمدا أم خطأ.

عاشرا: إنّ الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها، ووقت اعتبار الثلث هو وقت موت الموصي لا وقت إنشاء الوصية.

خاتمة

حادي عشر: تصح الوصية بالمنافع وتنتهي هذه الأخيرة بوفاة الموصى له بالمنفعة، وإسقاط الموصى له بالمنفعة، وتملك العين التي أوصى بمنفعتها، ونفقة العين الموصى بمنفعتها تكون على الموصى له بالمنفعة، ويكون تقدير المنفعة بالنظر إلى العين الموصى بمنفعتها.

ثاني عشر: الوصية تصرف تبرعي غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء، إما صراحة بواسطة وسائل إثباتها أو ضمنا بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ما دام الموصي على قيد الحياة. ذلك أن حق الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصي حق احتمالي لا يتحقق إلا بموت الموصي مصرًا على وصيته.

ثالث عشر: تبطل الوصية برد الموصى له الوصية، وبموته إذا مات قبل موت الموصي، أما إذا مات بعد موت الموصي وقبل القبول أو الرد فإن ملكية الموصى به تنتقل إلى ورثة الموصى له، وتبطل أيضا بزوال أهلية الموصي بالجنون المطلق، وردة الموصي، وتعليق الوصية على شرط لم يحصل، وقتل الموصى له الموصي، وهلاك الموصى به المعين أو استحقاقه، وتبطل لو ارث عند المالكية.

رابع عشر: الوقف تشريع إسلامي أصيل يستمد مشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية، وهو صدقة جارية ثوابها دائم ومستمد لفاعله حيا كان أو ميتا، ما دام وقفه باقيا، والفقهاء يعبرون عنه أحيانا بالوقف وأحيانا بالحبس، إلا أن التعبير بالوقف عندهم أقوى، وهم وإن اختلفت تعاريفهم له في ألفاظها إلا أنها تتفق في مضمونها على أنه تحبب الأصل وتسبيل المنفعة.

خامس عشر: لقد حاول المشرع الجزائري من خلال سن تشريعا خاصا بالأوقاف أثمر على ظهور القانون رقم 10/91 أن يضع الإطار العام والأساس القانوني للوقف بحيث عرفه بأنه: "هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

سادس عشر: أكد المشرع الجزائري على الوقف بنوعيه عام وخاص، إلا أنه اهتم بالعناية بالوقف العام أكثر من الخاص، لكن لا يحرم نوعا دون الآخر من حماية القانون لها، وتدخل القانون هنا لا يكون إلا حين تتعرض إرادة المحبس لما يناقضها، ذلك أن المشرع يؤكد دائما على ضرورة احترام إرادة الواقف.

سابع عشر: للوقف أربع أركان أساسية وهي محل الوقف، الواقف، صيغة الوقف، والموقوف عليه، ولكل ركن شروط يستلزم توافرها لصحة الوقف، ولقد اعتمد المشرع الرسمية في الأوقاف مع القول بصحة الأوقاف العرفية التي أنشأها أصحابها قبل صدور قانون الأوقاف.

ثامن عشر: الوقف متى نشأ مستكমা لشروطه اعترف له بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا عن مستحقيه وينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقص أو يخل بمقصوده. إذ أن هذا النظام يتيح للفرد أن يحول ملكية الخاصة أو جزءا منها إلى مؤسسة خيرية، وأن يضع بنفسه أهدافها في إطار المقاصد الشرعية، ومع إقرار الشخصية الاعتبارية للوقف فإن هذه الشخصية بحكم أنها مستقلة وقائمة بذاتها كانت بمثابة ضمانة تشريعية للمحافظة على استقلالية وحماية الأوقاف من أن تعبت بها أطماع الطامعين.

خاتمة

كما أنه يتمتع بحماية قانونية متميزة تحول دون الحجز عليه أو اكتسابه بالتقادم، أو التصرف فيه، مع تحصينه بقاعدة الرسمية والتسجيل والشهر.

تاسع عشر: يثبت الاستحقاق في الوقف حسب الشروط التي وضعها الواقف وحسب الفئات أو الأشخاص أو الهيئات التي رتبها في عقد الوقف، فإن لم يكن تؤول الأوقاف إلى إدارة الأوقاف المخولة بتسييرها قانونا، ويمكن إنهاء عقد الوقف إذا توافرت أسباب لإنهائه منها ضالة الغلة و انقراض المال الموقوف...إلخ.

عشرون: الوجود القانوني للوقف يرتب حصانة للمال الوقفي، الأمر الذي يقتضي عدم جواز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، فالقواعد الشرعية تقضي بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة أبدا عن أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف من بيع أو هبة أو رهن أو وصية، فالواقف وذريته وناظر الوقف، والمستحقين فيه والمستأجرين له، وورثتهم، مهما طل وضع يدهم بهذه الصفات لا يمتلك أيهم العين الموقوفة، ولا يقبل من أيهم أن يجدد الوقف أو أن يدعي ملكيته وأن يتصرف تصرفا يخشى من على رقبته، فإذا ما تصرف المستحق في أعيان الوقف بالبيع فإنّ هذا التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا لوقوعه على مال له حصانة ولا يجوز التعامل فيه بحكم القانون.

واحد وعشرون: صدور العديد من القرارات الوزارية المشتركة والتعليمات الوزارية والمناشير والمذكرات كان الهدف منها تغطية العجز التشريعي في مجال التسيير الوقفي وتنظيمه على أكمل وجه، والتي ساهمت على وجه الخصوص في تفعيل القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف.

التوصيات:

- نقترح أن ينظم المشرع الجزائري عقد الهبة والعقود الأخرى في القانون المدن، ضمن طائفة العقود الناقلة للملكية كما فعلت بعض القوانين العربية لزيادة الاهتمام بمثل هذه العقود، ولأنه الموضع الطبيعي لها في كونها من المسائل المالية ولا ارتباط أو تأثير لها بالأحوال الشخصية، اللهم إلا في تصرفات معدودة وصور خاصة.

- النص على مواد تتضمن الآثار المترتبة عن عقد الهبة ومسألة الرجوع فيها ببيان جميع أحكامه، ومن ذلك النص على كيفية الرجوع وإذا كان الرجوع بالتراضي لا يثير إشكالا فإنه يجدر بالمشرع أن يبين الطريقة التي على الواهب إتباعها في غير هذه المادة وأن يذكر الموانع التي لم يذكرها والتي استمدها من الفقه المالكي

خاتمة

- من الأحسن تعديل التعريف الوارد في المادة 184 من (ق أ ج)، على أن يتم تعريف الوصية: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع" ليصبح شاملا لكل صور الوصية، كما نقترح إضافة مادة في قانون الأسرة بشأن تنفيذ الوصية، ويمكن أن تكون صياغتها كالتالي: "ولا تنفذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولاً أو عقاراً بتقرير خبرة رضائية أو قضائية".

- نقترح إضافة نص في قانون الأسرة أو قانون الشهر العقاري ينص صراحة على شهر الوصية، لاسيما وأن القواعد العامة وأصول التعامل في الملكية العقارية تقضيان تأميناً للمعاملات العقارية وحماية للموصى له.

- تعديل تعريف الوقف في النصوص القانونية المختلفة ليكون كما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على وجه من أوجه البر والخير في الحال أو المال، وفق اشتراطات الواقف المعتمدة".

- إعادة النظر فيما قرره المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف والتي تؤدي إلى الحد من حكم البطلان المطلق لوقف السفية وذو الغفلة، على أساس إضاعة المال وتبذيره غير وارد هنا خاصة إذا كان الوقف على نفس الواقف.

- لتشجيع الوقف وجعله أكثر مرونة نقترح تعديل أغلب مواد الفصل الخامس تحت عنوان (مبطلات الوقف)، إذ أن الوقف يحتاج إلى تحفيز وتشجيع أكثر لذا وجب تقليص مبطلاته بدءاً بالمادة 27 والتي تنص على أن "كل وقف مخالف لأحكام هذا القانون باطل"، وعرض لذلك نقترح أن تنص المادة على أنه: "كل وقف مخالف للشريعة باطل" لأن نصوص الشريعة أكثر مرونة.

- تعديل المادة 30 من قانون الأوقاف والتي تنص على أن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، فتكون على النحو الآتي: "يجوز للصبي غير المميز أن يقف بعض أمواله في حدود الثلث مع إجازة وليه، ويجوز للصبي المميز أن يقف أمواله في حدود النصف".

- الأخذ بعين الاعتبار ببعض الشروط المهمة لتقنين الاستبدال وبعض ضوابطه، سواء تلك المتعلقة بالبديل أو حالات الاستبدال، وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو التعديل مع إفساح المجال للسلطة التنفيذية بإصدار مراسيم تساعد على تدارك أي نقص يعتري العملية كاشتراط دراسة الجدوى الاقتصادية من

خاتمة

الاستبدال والاستعانة بالمختصين والخبراء، وكله بإشراف قضائي صارم، ومن الأفضل أن تتم بإجراء المزاد العلني واقتراح التراضي كحل أخير في الاستبدال، وهذا كله يكون بمراعاة المستجدات المعاصرة وما هو أصلح للوقف والمستحقين وما لم يمنع شرط الواقف ذلك.

وفي خاتم هذا البحث أرجو من المولى عزّ وجلّ أن أكون قد وفقت في إعطاء صورة واضحة يسترشد بها القارئ في موضوع التصرفات التبرعية، فإن كان ذلك فبتوفيق من الله وعونه، وإن كان خلاف ذلك فبتقصيري وقلة حرصي.

المراجع

القرآن الكريم.

أولاً: باللّغة العربية.

أ- الكتب.

أ- الكتب العامة:

1. إبراهيم نجار، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، ط2، لبنان، 1988.
2. ابن قدامى المقدسي، علاء الدين المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج 17، الهبة، العطية والوصايا، دار هر، (د ب ن)، 1995.
3. ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج 4، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د س ن).
4. ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج4، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدّعى والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د س ن).
5. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
6. أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، (د س ن).
7. أبو الحسن الصبري، الحاوي الكبير، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
8. أبو الفضل جمال محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، (د س ن).
9. _____، لسان العرب، ج15، دار صادر، (د ب ن)، 2003.
10. أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 2003.
11. أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر، كتاب الزكاة على الأقارب، ج1، رقم الحديث 1461، الزهراء للإعلام العربي، مصر، 2006.

12. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، دار ابن كبير، ط3، بيروت، 1987.
13. أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، القسم الثاني، باب الهبة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993.
14. أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 5، دار عالم الكتب، ط2، المملكة العربية السعودية، 2003.
15. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 6، كتاب الفرائض، باب لإرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، دار الهدى للنشر، الجزائر، (د س ن)، حديث رقم 6383.
16. _____، صحيح البخاري، كتابة الهبة وفضلها، باب فضلها والتحرير عليها، الحديث رقم (2427)، ج2، دار ابن كثير واليامة، ط5، لبنان، 1993.
17. _____، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج3، دار الكتاب، (د س ن).
18. أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد 3، (الأحكام والوصايا)، دار الغرب الإسلامي، (د ب ن)، 1996.
19. أحمد بن زين الدين بن عبد العزيز المعيري المليباري، فتح المعين بشرح قرة العين، دار ابن حزم، لبنان 2004.
20. إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، (دراسة مقارنة بالفقه)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
21. الإمام البخاري، صحيح البخاري، باب الوقف كيف يكتب، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د س ن).
22. أمير فرح يوسف، العقود التي تقع على الملكية، المكتب العربي الحديث، مصر، 2007.
23. أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.
24. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم والصلح)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.
25. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

26. _____، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.س.ن).
27. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
28. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث في الفقه، القانون والقضاء، القسم الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 84.
29. جمال خليل النجار، النية وأثرها في البناء فوق ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1999.
30. حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وآثاره على عقد البيع، دار الفقه الجامعي، مصر 2007.
31. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005.
32. _____، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2002.
33. _____، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
34. خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع) ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2000.
35. داودي سلامي، شرح القانون المدني، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، (د ب ن)، (د س ن).
36. دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
37. دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005.
38. الرافعي أحمد بن محمد بن علي المقدي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الكبرى ، ط2، مصر 1324.
39. زكريا محمد الأنصاري الشافعي، منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

40. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوى والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2003.
41. السعدي محمد الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات)، دار الهدى، ط4، الجزائر، 2009.
42. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
43. شمس الدين أحمد بن قدور، شرح العناية على الهداية، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318هـ.
44. _____، نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
45. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، ج2، لبنان، 1989.
46. شمس الدين عرفة الدسوقي، (د د ن)، (د ب ن)، (د س ن).
47. صحيح مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، ج 05، رقم الحديث 4310، دار الجليل، بيروت، (د س ن).
48. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، دار إحياء التراث العربي، ط6، لبنان، (د س ن).
49. عبد الرحمن بن عبد الله البعلبي الحنبلي، شرح أخصر المختصرات، ج1، دار البشائر الإسلامية، ط1، لبنان، 2002.
50. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، لبنان، 1998.
51. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي لبنان، (د س ن).
52. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج 5، مجلد 2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 1998

53. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (الهبة، التركة والقرض، والدّخل الدائم والصلح)، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، (د ب ن)، 1987.
54. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الإنتفاع بالشئ- الإيجار والعارية-، مجلد1، ج6، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د س ن)
55. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، سنة 2011
56. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965.
57. **عبد القادر الفار**، مصادر الالتزام، (مصدر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
58. **عبد الوهاب خلف**، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
59. **عدنان نجا**، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر، بيروت، (د س ن).
60. **علاء الدين الكاساني الحنفي**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
61. **علاء الدين الكاساني بن مسعود الحنفي**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، دار المعرفة، لبنان، (د س ن).
62. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
63. **فايز أحمد عبد الرحمن**، عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
64. **فشار عطاء الله**، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
65. **فيلاي علي**، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
66. **لحسن بن شيخ آث ملويا**، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومه، الجزائر، 2006.
67. **مجيد خلفوني**، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.
68. _____، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

69. محمد السعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2000.
70. محمد السيد الدسوقي، الشخصية الاعتبارية بين الفقہ والقانون، (د د ن)، قطر، (د س ن).
71. محمد بن إسماعيل الأمير الصغاني، سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، لبنان، 2004.
72. محمد سلام مذكور، الوجيز في أحكام الأسرة في الإسلام، الأردن، 1969.
73. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.
74. محمد كروم، لسان العرب، القاموس المحيط، دار الفكر، لبنان، 2002.
75. محمد ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2002.
76. محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، (د.د.ن)، ط2، مصر، (د.س.ن).
77. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقہ وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقہ الإسلامي وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
78. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 3، لبنان، 2001.
79. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج8، ط3، دار علم الكتب، الرياض، 1997.
80. نبيل صقر، المريض مريض الموت (الوصية البيع، الكفالة، الهبة، الوقف والطلاق، الخلع الإقرار)، دار الهدى، الجزائر، 2008.
81. نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986.

82. هاشم محمد حسن، القانون المدني (العقود المسماة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

83. يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1980.

ب - الكتب المتخصصة:

1. أحمد جمال الدين، الوقف مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة، بغداد، 1955.
2. أحمد محمد السعد، محمد علي العمري، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2000.
3. أحمد محمد بخيت الغزالي، أحكام التركات والأوقاف في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
4. أحمد محمد عبد العظيم الجمل، دور نظام الوقف الإسلامي، دار السلام، مصر، 2007.
5. أنور طلبية، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.
6. إلياس ناصيف، الوصية، (الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
7. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، "عقد الهبة"، ج 11، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د س ت).
8. إمام جابر عبد الهادي سالم الشافهي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، لبنان، 2007.
9. بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1982.
10. بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1970.
11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

12. بن شويخ الرشيد، الوصية في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
13. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
14. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2004.
15. دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، (د.س.ن).
16. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968
17. رمضان علي السيد الشرباصي، محمد عبد اللطيف جمال الدين، الوجيز في أحكام الميراث والوصية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، (د.س.ن).
18. زهور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
19. زهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة العصرية، لبنان، (د س ن).
20. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1388هـ.
21. سليم هاني منصور، الوقف ودوره في التنمية الاجتماعية، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2009.
22. الشيخ عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد 2، دار النهضة العربية، لبنان، 2009.
23. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، ط2، الجزائر، 2014.
24. عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله، دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري، ط1، (د ن)، الكويت، 2000.
25. عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية، الهبة (دراسة مقارنة) في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.

26. **كمال حمدي**، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1987.
27. **محمد يوسف عمرو**، الميراث والهبة، دار الحامد، الأردن، 2008.
28. **مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي**، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
29. **محمد أحمد تقنية**، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
30. **محمد أبو زهرة**، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية)، دار الفكر العربي، مصر، 1988.
31. _____، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، 1972.
32. **محمد أحمد شحاته**، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010.
33. **محمد أحمد عقلة بني مصطفى**، الوصية الواجبة، واثر تطبيقها على الورثة في المحاكم الشرعية (دراسة مقارنة)، دار الحامد، الأردن، 2014.
34. **محمد علي أحمد**، بحوث في الهبة والشفعة في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، مصر، 1978.
35. **محمد كمال الدين إمام**، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، مصر، 1999.
36. **محمد كنانة**، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006.
37. **محمد مصطفى شلبي**، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1988.
38. **محمود حسن**، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، دار الكتب، (د ب ن)، (د س ن).
39. **مسقاوي عمر**، نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، دار الفكر، دمشق، 2010.

40. منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الأردن، 2011.
41. منذر قحف، الوقف الإسلامي - تطوره، إدارته وتنميته-، دار الفكر، دمشق، 2006.
42. منصور نور، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010.
43. هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، الشروق للنشر، الأردن، 2007.
44. هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإعلام، منشورات عويدات، بيروت، (د.س ن).
45. وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1996.

II - الرسائل والمذكرات الجامعية:

1 - الرسائل الجامعية:

1. أحمد لعطوي، المركز القانوني للعقار الوقفي في المنظومة الوقفية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في الوقف والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون تخصص نظام الوقف والزكاة، قسنطينة، 2014.
2. بن مشرّين خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012.
3. بن موحد وردية، مهنة التوثيق في ظل قانون 88-27 الموافق لـ 12 جويلية 1988، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
4. بوشاشي يوسف، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984.
5. جمال الدين ميمون، ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري -دراسة مقارنة- بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2004.

6. **خضر حامد علي**، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص، معهد البحوث والدراسات الجامعية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011.
7. **ريم عادل الأزعر**، الوصية الواجبة (دراسة فقهية مقارنة)، بحث مقدم لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2008.
8. **زردوم صورية**، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
9. **سامي حبيلي**، الحقوق المجردة في الفقه المالي، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، منشور في الموقع الإلكتروني.
10. **صارة أخضر أرشيدات**، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014.
11. **ضريفي الصادق**، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2002.
12. **فنتازي خير الدين**، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع القانون العقاري، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.
13. **قرعاني موسى**، عقد الوقف وطرق اثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر 1 "بن يوسف بن خدة"، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2014.
14. **محمد علي محمود يحيى**، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.

15.نادية براهيمى المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون، الجزائر، 1996.

16.نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2001.

17. هلال فريدة، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 2011.

2-المذكرات الجامعية:

1. أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام اللجوء في العقود المالية في الفقه الإسلامي، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2007.

2. جمال عياشي، تداخل آثار عقود التبرع والمواريث، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، 2014.

3. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات - دراسة مقارنة-، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2013.

4. فتح الله أكنم محمد الله تفاحة، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1996.

5. قنفود رمضان، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي -في إطار القانون الموضوعي- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو- ، 2015.

6. محمد بن أحمد تقيّة، عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997.

7. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1993.
8. يسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، السنة 2015.

III - المقالات:

1. أكرم ياغي، "الوصية الواجبة في لبنان"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، العدد 2، لبنان، 2015، ص ص (171-203).
2. بلحاج العربي، "شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1990، ص ص (368-392).
3. جمال الدين طه العاقل، "الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتية"، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 1، 1998، ص ص (28-45).
4. رمول خالد، "قاعدة الرّسمية، مجلة الموثق"، العدد 04، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2001، ص ص (32-34).
5. شيخ سناء، "إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة (الوصية والوقف)"، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، الجزائر، 2009، ص ص (92-110).
6. عابدين مصطفى، "وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا"، مقال منشور بنشرة القضاة، ع 59، (د س ن)، ص ص (125-138).
7. عربي باي يزيد، "العقود التوثيقية، سندات تنفيذية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 09/08 المؤرخ في 08/04/2008"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، 2014، ص ص (127-138).
8. علاوة بوتغرار، "المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي والفرنسي"، مجلة الموثق، العدد 3، سنة 2001، ص ص (17-19).

9. _____، " الوصية تطرح نقائص "، مجلة الموثق، العدد 1، 2001، ص ص(5-9).
10. فريدة زواوي، " نظرات في قانون الأوقاف"، ج1، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 4، الجزائر، 1995، ص ص(900-906)
11. فريد فنري، محمد شادي بدلة، " التنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل لعيب في الشكل "، مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 67، 2010، ص ص (99-117) منشور عبر الموقع الإلكتروني <http://WWW.SHAMRA.SY>.
12. مجوج انتصار، " إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 5، 2011، ص ص (299-316).
13. محمد حسنين، " عقد الهبة في التشريع الجزائري "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، 1987، ص ص(517-554).
14. مصطفى لعروم، " عقد الهبة "، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 8، الجزائر، 1999، ص ص(12-18).

IV- النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الوطنية:

- 1- الدستور الجزائري، لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج. ر. ج. ج عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج عدد 25 الصادرة في 14 أبريل 2002، وبالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج عدد 63 الصادرة في 16 نوفمبر 2008، وبالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج. ر. ج. ج عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

2- النصوص التشريعية:

- _ أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 49 الصادرة في 11 يونيو 1966، (معدل ومتمم).

_ أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق، ج.ر.ج ج عدد 107
الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 1970، ملغى بالقانون رقم 88-27 مؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن
مهنة التوثيق، ملغى بالقانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر.ج ج عدد 14.

_ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج ج عدد 78 سنة
1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 88-14 مؤرخ في 03 ماي 1988، ج.ر.ج.ج عدد 18 الصادرة
بتاريخ 04 ماي 1988، وبالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج ج عدد 44
الصادرة في 26 يونيو 2005، وبالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31
سنة 2007.

_ أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل
العقاري، ج.ر.ج.ج، عدد 92 سنة 1975، (معدل ومتمم).

_ أمر رقم 76-105 مؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، ج.ر.ج عدد 81 الصادرة في 18
ديسمبر 1976، (معدل ومتمم).

_ أمر رقم 76-103 مؤرخ في 29 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع ج.ر.ج، عدد 39 لسنة
1977.

_ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج ج، عدد 24
الصادرة في 12 يونيو 1984، (معدل ومتمم).

_ قانون رقم 90-30 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية ج.ر.ج ج عدد 52 لسنة
1990، (معدل ومتمم).

_ قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري ج.ر.ج ج عدد
49 لسنة 1990، (معدل ومتمم).

_ قانون رقم 91-10 مؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، ج.ر.ج ج عدد 21 لسنة
1991.

_ مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أبريل 1993 معدل ومتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في
26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج ج عدد 26 صادرة في 27 أبريل 1993.

_ قانون رقم 01-07 مؤرخ في 22 ماي 2001 معدل ومتمم للقانون رقم 91-10 المتضمن قانون الأوقاف ج.ج.ج عدد 29 لسنة 2001.

_ قانون رقم 02-10 مؤرخ في 14 ديسمبر 2002 معدل ومتمم للقانون رقم 91-10، ج.ج.ج عدد 83 لسنة 2002.

_ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ج.ج عدد 21، لسنة 2008.

3-النصوص التنظيمية:

_ مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، ج.ج.ج عدد 77 لسنة 1964.

_ مرسوم تنفيذي رقم 91-82 مؤرخ في 23 مارس 1991 يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج.ج.ج عدد 16 صادرة في 10 أبريل 1991.

_ مرسوم تنفيذي رقم 93-123 مؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ج.ج عدد 34 سنة 1993.

_ مرسوم تنفيذي رقم 98-381 مؤرخ في 01 ديسمبر 2000 محدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ج.ج عدد 90 لسنة 1998.

_ مرسوم تنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، ج.ج.ج عدد 64، صادرة بتاريخ 31 أكتوبر 2000.

_ مرسوم تنفيذي رقم 03-51 مؤرخ في 04 فيفري 2003 محدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر لقانون الأوقاف، ج.ج.ج عدد 08 لسنة 2003.

4-القرارات الوزارية والتعليمات الإدارية:

- قرار وزاري صادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، مؤرخ في 06 جوان 2001، المحدد لمحتوى السجل الخاص بالملك الوقفي، ج.ج.ج عدد 32 الصادرة بتاريخ 10 جوان 2001.

- تعليمية وزارية مشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.
- تعليمية وزارية رقم 143 مؤرخة في 03 أوت 2003 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف لتسيير الأملاك الوقفية.

5- الوثائق:

- مذكرة رقم 03-06 مؤرخة في 23 سبتمبر 2006 الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية.

6-القرارات القضائية:

- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1971/03/03 منشور في م ق، عدد2، 1972.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 25699 المؤرخ في 1982/07/07، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 68467 المؤرخ في 1982/01/21، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 405.89 الصادر بتاريخ 1986/02/24 منشور ب م ق، عدد1، 1989.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 40457 الصادر بتاريخ 1986/04/21 ، م ق ، عدد 02، سنة 1989.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 54727 الصادر في 1990/01/24، م ق، العدد 4، 1990.
- قرار المحكمة العليا رقم 58700 الصادر بتاريخ 1990/12/19، م ق، عدد 07، سنة 1991.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 547 71 الصادر بتاريخ 1990/01/24، م ق، عدد 4، سنة 1991.
- قرار المحكمة العليا رقم الملف 68476 المؤرخ في 1990/10/27، م.ق، عدد 01، سنة 1992.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 59240 المؤرخ في 5 مارس 1990، م ق، عدد 03، 1992.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 943 23 مؤرخ في 1993/09/28، م ق، عدد 2، 1994.
- قرار المحكمة العليا الصادر في 1994/03/30 ملف رقم 109957، م ق، عدد 03، 1994.

- قرار المحكمة العليا، الصادر في 1997/07/16، م ق، عدد 01، 1997.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 10365 المؤرخ في 1994/11/09، م.ق عدد 51. 1997.
- قرار المحكمة العليا رقم 622 153 مؤرخ في 1998/03/11، منشور ب م ق، عدد 2، لسنة 1997.
- قرار المحكمة العليا رقم 116 197 المؤرخ في 1997/01/19 منشور ب م ق، عدد 2، سنة 1997.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 سنة 1998.
- قرار المحكمة العليا رقم 186058 الصادر بتاريخ 1998/03/17، غ أ ش، منشور ب م ق، عدد 1، سنة 1999.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189265 الصادر بتاريخ 1998/05/19، منشور ب م ق، عدد 1، 2000.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 160350 صادر بتاريخ 1997/12/23، غ أ ش، عدد خاص، 2001.
- قرار المحكمة العليا رقم 219901 مؤرخ في 1999/03/16، غ أ ش، عدد خاص، 2001.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 35025 الصادر بتاريخ 2001/02/21، م ق، عدد 01، 2002.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 257742 الصادر بتاريخ 2002/02/06، م.ق عدد 1، 2003.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 444499 بتاريخ 2009/02/23، م.ق، عدد 02، 2010.
- قرار المحكمة العليا رقم ملف 347554 الصادر بتاريخ 2010/07/15، غ أ ش، م.ق، عدد 2، 2010.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/07/14 المنشور في م ق، العدد 2، سنة 2011.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم 0725 847 المؤرخ في 2013/05/09، غ أ ش، عدد 02، م ق، الجزائر، 2014.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

1. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية عدد 66.

2. قانون الوصية المصري رقم 74 لسنة 1964.
3. قانون رقم 84 لسنة 1946 المتعلق بتنظيم الوقف في مصر.
4. التقنين المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948 المنشور في مجلة الوقائع المصرية عدد 108 مكرر الصادرة في 09 جويلية 1948.
5. قانون رقم 114 يتعلق بتنظيم الشهر العقاري المصري الصادر في 05 يوليو 1946 المنشور في مجلة الوقائع المصرية رقم 181.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية.

A- Ouvrages :

1. **ACQUES GHESTIN**, Formation du contrat, 3^{ème} éd, DELTA, Paris, 1996
2. **BENOIT ADDA et ELIAS GHALLOUNGUT**, droit musulman, le ouakf au immobilisation d'après les principes de rite hanafite, Alexandrie, Egypte, 1893.
3. **BOULAM BANDJILALI**, les modes islamiques de financement des biens waqf, Guinée Ganakay, 1997.
4. **CHEIK MOHAMED EL BACHIR ETTOUATI**, recueil de rations de droit musulman et d'acts notariées judiciaires et esctrajudiciares), imprimerie Française, (traduit et annoté par jules ABRIBAT) B, BORREL, Tunis, 1896.
5. **ERNEST MERCIER**, le code du habous ou oud selon la législation musulmane , suivie de bons auteur est de pièsariginales, imprimerie ,D.Braham, constantine, 1989.
6. **G- DEMOLOMRRE**, Traité des donations entre vifs et des testaments, T5, imprimerie générale, Paris, 1876.
7. **G.H BOUSQUET**, précis élémentaire de droit musulman (Malékite et Algérien) conforme au programme de certificat de législation algérienne, librairie orientaliste Paul. GEUTHNER. Paris, 1935.
8. **GABRIEL MARTY**, Pierre Raynand, philispe Jestaz, droit civil (les sûreté, la publicité foncière), 2^{ème} édition, paris, 1978.
9. **GHAOURI BENMELHA**, Le droit patrimonial Algérien de la famille. Successions, testament, waqf, donation, office des publications universitaires, Alger, 1995.

10. **H.L et J.MAZEAND et F. CHABAS**, obligations leçon de droit civil, tome II, volume I, obligations théorie générale, 9^{ème} éd, DELTA, 2000.
11. **J. CHABAS**, de la déclaration de volonté en droit civil français, thèse, paris, 1931.
12. **J. FLAUR, J.L, AUBERT et E. SAVAUX**, l'acte juridique, les obligations, 10^{ème} éd, Amand colin, Paris, 2002.
13. **MARCEL MORAND**, Étude sur la nature juridique du habous, Typographie Adolph Jourdan : imprimerie, libraire édition Alger, 1904.
14. **MULLER, MICHELE**, «le contrat suppose la rencontre d'une offre et d'une acceptation» droit civil, 4^e éd, Foucher, France, 2006.
15. **PLANIOL MARCEL et RIËRT GEARGES**, traité pratique de droit civile Française, tome x, contrats civil, Paris.

B- Les Article :

1. **GRIDEL.J.P.**, La personne moral en droit français, Edition R.I.D.C, Paris, 1990. Pp(77-89).
2. **PLANIOL**, classification synthétique des contrats revue critique jurisp, paris, 1904, pp(740-759).

C- Textes de lois :

1. Code civil, Français, 102, éd. DALLOZ, 2003, modifie par l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005, publiée au JORF 6 juillet 2005 et entré rigueur 1 juillet 2006

الملاحق

مصطلحات خاصة بالتبرعات

- الإباحة:** هو أن يأذن لغيره بالانتفاع بماله أو يملكه، وقد يكون الإذن عاما أو خاصا.
- أجر:** المقابل والعوض، كما يقال الوكالة بدون أجر أي بدون مقابل.
- الإبراء:** هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل.
- التبرع:** هو التصرف الذي يلتزم فيه أحد أطرافه تجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يتخذ أي منفعة له.
- التبرع الحقيقي:** هو ما كان التبرع بالأصالة مثل الهيئة.
- التبرع الإضافي:** هو التصرف الذي يكون تبرعا بالإضافة إلى هذا الوصف كالوديعة والوكالة.
- التبرع بعوض:** تقديم تبرع مقترن بالتزام يقع على المتبرع له يكون مقابلا للالتزام المتبرع.
- التبرع المستتر:** هو تبرع حقيقي في صورة وشكل معاوضة.
- الرقبي:** هي تملك العين في الحال واشترط استردادها بعد الموت، بمعنى تملك مضاف إلى زمن المستقبل.
- السكنى:** هو هبة منافع الدار مدة من الزمان كسنة.
- الصدقة:** التبرع بنية القرى أي لثواب الآخرة.
- العطية:** جمعها عطايا، وهي إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء.
- العمرى:** هو تملك المنفعة بدون عوض مدة عمره وتكون في العقار.
- الهبه المباشرة:** التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له وبإنشاء التزام شخصي في ذمة للمتبرع له.
- الهبه غير المباشرة:** أن يكسب المتبرع حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من المتبرع.
- الوقف:** حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد.
- استحقاق:** هو جعل أو تخصيص قدر معين أو غير معين من غلة وقف لموقوف عليه، والموقوف عليه هو المستحق.
- انقطاع:** هو انقراض الموقوف عليهم في الوقف الأهلي بالموت فلا يبقى من يستحق الربيع.
- البر:** البر اسم جامع للخيرات كلها ويطلق على العمل الخالص.
- الدائم:** وهو الاتساع في الإحسان.
- ذرية:** الذر، النسل، وذرية الرجل أولاده، والذرية تشمل أولا الواقف وبناته وذريتهم.
- ربيع:** في الغلة هو النماء والزيادة، ويقصد بها غلة الوقف الناتجة عن استثماره.
- حصه:** في الغلة هي النصيب من الطعام والشراب والأرض، ويقصد بالحصه في الوقف نصيب الموقوف عليه من الغلة ويقدرها الواقف.

الملاحق

نظارة: النظارة في اللغة مأخوذة من النظر ويستعمل كذلك بمعنى الحفظ وإدارة، والناظر من يتولى الوقف وتشمل إدارة الوقف عمارته وصيانته، والمحافظة عليه ليكون محققا للغلة، كما تشمل صرف الغلة للمستحقين.

وقف أهلي: هو ما جعلت فيه المنفعة إبتداء على أقارب الواقف أو على أفراد معينين للأفراد.
وقف خيري: ما جعلت فيه المنفعة لجهة أو أكثر من جهات الخير وهو ما جعل ابتداء من جهات البر كالفقراء والمساجد.

فهرس المحتويات

:	:
01 UU
	:
19	:
20	المبحث الاول: مفهوم عقد الهبة.....
20	المطلب الاول: تعريف عقد الهبة.....
20	الفرع الأول : التعريف اللغوي.....
21	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.....
26	المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة و تمييزه عن التصرفات المشابهة له.....
27	الفرع الأول : خصائص عقد الهبة.....
30	الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة له.....
33	المطلب الثالث: مشروعية عقد الهبة.....
34	الفرع الأول: الأساس الشرعي.....
35	الفرع الثاني: الأساس القانوني.....
36	المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وجزء الإخلال بها.....
36	المطلب الأول: أركان عقد الهبة.....
36	الفرع الأول : التراضي في عقد الهبة.....
61	الفرع الثاني: محل عقد الهبة.....
67	الفرع الثالث: السبب في عقد الهبة.....
69	المطلب الثاني: جزء الإخلال بأركان عقد الهبة.....
70	الفرع الأول: بطلان الهبة.....
72	الفرع الثاني: آثار بطلان عقد الهبة.....
73	الفرع الثالث: تنفيذ عقد الهبة الباطل شكلا.....

82	الفصل الثاني: أحكام عقد الهبة.....
83	المطلب الأول: التزامات الواهب.....
83	الفرع الأول: نقل ملكية الشيء الموهوب.....
86	الفرع الثاني: تسليم الشيء الموهوب.....
88	الفرع الثالث: ضمان عدم التعرض والاستحقاق.....
90	الفرع الرابع: ضمان العيوب الخفية.....
91	المطلب الثاني: التزامات الموهوب له.....
91	الفرع الأول: التزام بأداء العوض أو المقابل.....
93	الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهبة.....
93	المبحث الثاني: الرجوع في عقد الهبة.....
94	المطلب الأول: مفهوم الرجوع في عقد الهبة.....
94	الفرع الأول: تعريف الرجوع في عقد الهبة ومدى مشروعيته.....
102	الفرع الثاني: خصائص الرجوع.....
103	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة.....
106	المطلب الثاني: أحكام الرجوع في عقد الهبة.....
106	الفرع الأول: إجراءات الرجوع في عقد الهبة.....
121	الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة.....
138	الفرع الثالث: آثار الرجوع في عقد الهبة.....
146	الفصل الأول: الوصية.....
147	المبحث الأول: ماهية الوصية.....
147	المطلب الأول: مفهوم الوصية.....
147	الفرع الأول: تعريف الوصية.....
153	الفرع الثاني: مشروعية وحكم الوصية.....
159	الفرع الثالث: التصرفات المحلقة بالوصية.....
163	المطلب الثاني: إنشاء الوصية.....

164	الفرع الأول: الصيغة.....
172	الفرع الثاني: شروط الوصية.....
186	الفرع الثالث: إجراءات الوصية.....
192	المبحث الثاني: أحكام الوصية ومبطلاتها.....
192	المطلب الأول: أحكام الوصية.....
193	الفرع الأول: الأحكام الخاصة بأطراف الوصية.....
210	الفرع الثاني: أحكام الوصية المتعلقة بالموصى به.....
220	المطلب الثاني: مبطلات الوصية.....
220	الفرع الأول: مبطلات الوصية من ناحية الموصي.....
229	الفرع الثاني: مبطلات الوصية من جهة الموصى له.....
232	الفرع الثالث: مبطلات الوصية من ناحية الموصى به.....
234	الفصل الثاني: الوقف.....
235	المبحث الأول: ماهية الوقف.....
236	المطلب الأول: مفهوم الوقف.....
236	الفرع الأول: تعريف الوقف ومشروعيته.....
245	الفرع الثاني: أنواع الوقف وخصائصه.....
270	المطلب الثاني: إنشاء الوقف.....
270	الفرع الأول: أركان الوقف.....
303	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لعقد الوقف.....
314	المبحث الثاني: آثار الوقف.....
315	المطلب الأول: حصانة المال الوقفي.....
315	الفرع الأول: عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي.....
326	الفرع الثاني: إمكانية التصرف في الملك الوقفي بالاستبدال.....
338	المطلب الثاني: الاستحقاق في الوقف.....
338	الفرع الأول: مفهوم الاستحقاق.....
343	الفرع الثاني: طبيعة المستحق وأثر ثبوت الاستحقاق.....
347	الفرع الثالث: أحكام الاستحقاق.....
353	المطلب الثالث: انتهاء الوقف.....
354	الفرع الأول: حالات انتهاء الوقف.....

356 الفرع الأول: آثار انتهاء الوقف
360 Ü
366 Ü
386 Ü
388

ملخص:

التصرف القانون هو عبارة عن اتجاه الإرادة لترتيب أثرها، و هو ما صدر بإرادة إلا على قصد إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة أو على استبدال حالة جديدة بأخرى، و التصرف التبرعي هو تصرف إرادي يعطي فيه أحد الطرفين شيئاً دون أن يأخذ أي شيء و الإرادة عنصر أساسي فيه، و لذلك قد يكون عقداً كما في الهبة، و قد يكون تصرفاً بالإرادة المنفردة كالوصية و الوقف.

فالهبة عقد تبرعي ناقل للملكية، ينعقد بتوافق إرادتي الواهب و الموهوب له، وهو عقد لازم غير قابل للرجوع فيه إلا في حالة اعتصار الواهب هبته التي وهبها إلى ولده.

أما الوصية فهي تصرف تبرعي وحيد الجانب ناقل للملكية تنشأ بإرادة الموصي وحده، مؤجل النفاذ إلى حين وفاة الموصي، وبانتظار ذلك فإنها جائزة غير لازمة لذلك يجوز الرجوع فيها.

أما الوقف فهو تصرف تبرعي وحيد الجانب مسقط للملكية، يتم بإرادة الواقف المنفردة، عندما ينشأ صحيحاً فإنه يؤسس شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة، و هو تصرف لازم و مؤبد لا يعتريه الرجوع.

كلمات مفتاحية:

تبرع، تفضل، وصية، هبة، وقف، بدون عوض، تبرع بعوض، شكل التبرع، التصرف بالإرادة المنفردة، التصرف الوقفي، الأملك الوقفية.

Résumé :

Agir dans la loi est la direction de la volonté d'ordonner son effet. L'intention est de créer une situation juridique utile ou préjudiciable ou de remplacer un nouveau cas par un autre. L'acte de désobéissance est un acte volontaire dans lequel une partie donne quelque chose sans rien prendre et dont la volonté est un élément essentiel, par conséquent, il peut s'agir d'un contrat comme dans le don, et il peut s'agir d'un acte de volonté, tel que le testament et une dotation.

Le don est un contrat de don transfert de propriété, qui est détenu conformément à la volonté du donateur et don qui lui est offert, et c'est un contrat nécessaire qui ne peut être retourné que dans le cas où le donateur serre son cadeau qu'il a donné à son enfant.

Le testament est un acte volontaire de transfert de propriété unilatéral, créé par la seule volonté du testateur, l'entrée en vigueur est reportée jusqu'à la mort du testateur, et en attendant cela, il est donc permis de le restituer.

Le Waqf est une disposition volontaire et unilatérale qui subjugue la propriété, qui est réalisée à la volonté de la dotation individuelle. lorsqu'il est élevé correctement, il établit une personnalité morale qui a une responsabilité financière indépendante, et c'est un comportement nécessaire et permanent qui ne peut être retourné.

