



جامعة ابن خلدون - تيارت-  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق  
ملحقة السوقر



## الموضوع:

# أحكام التصرفات التبرعية في العقار

مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: القانون العقاري

إشراف الدكتور:  
-خالد سماحي

من إعداد الطالب:  
-بن عودة عمر

## لجنة المناقشة

رئيسا	أستاذ محاضر "أ"	د.بوغرارة الصالح
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر "أ"	د.خالد سماحي
مناقشا	أستاذ مساعد "أ"	د.زياني أحمد

السنة الجامعية: 2018/2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كلمة شكر

نحمد الله ونشكره على إعصائه لنا الصبر والإقامة على إتمام هذا العمل المتواضع، وعملاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافُوهُ فَإِنَّمَا لَمْ تَجِدْ مَا تُكَافُوهُ فَلَا تَعْمُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنْكُمْ كَافَتُمُوهُ".

فالشكر كل الشكر للدكتور المشرف: " خالد سماحة" الذي تفضل علي بجهده ووقته، وأمدني بغير علمه وصالح توجيهاته ونصحه. فلا أستطيع أن نقدر شيء أروع ولا أجمل من كلمة شكر واعتراف وثناء، تخرج من صميم قلوبنا بكل صدق وإخلاص. وإلى كل أساتذة العقوق

والشكر الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة  
كما نتقدم بالشكر إلى كل من  
من علمنا حرفاً لهو مشوارنا الدراسي  
ونشكر في الأخير كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد  
لإتمام هذا العمل الذي يربحون الله وفضله العظيم

# إِهْدَاء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله  
اللهم لا اله الا انت

أهدي ثمرة هذا العمل إلى ... من ناضل لأجل أن اتم دراستي  
إلى أغلى ما في الوجود ... إلى الوالدين الكريمين  
إلى الوالد المرحوم ...

إلى الوالدة بركة الله في عمرها و حفظها الله  
إلى زوجتي و ابنتي الغالية نور سين باسمير. وأخي نور الدين  
أهدي هذا العمل إلى كل أفراد العائلة ... إلى كل الأهل والأحباب  
إلى كل الأساتذة في حياتي الدراسية  
إلى كل هؤلاء أهدى هذا العمل المتواضع  
وإلى من جمعني بهم صلة الرحم والصداقة ولم أت على شكرهم  
وإلى كل من ساندني وشجعني من قريب أو بعيد

بن عويضة عمر

مُقَدِّمَةٌ

مقدمة:

إن عقود التبرع بدأت بها الشريعة الإسلامية قبل كل التشريعات القانونية وورد ذلك في النصوص القانونية والأحاديث منها قوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم: { قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى } سورة البقرة، الآية 215، وقوله تعالى: { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ } سورة النساء، الآية 180، وكذا في الحديث النبوي: "تهادوا تحابوا" وكذا العقود التبرعية على أنواعها منها ما هو ناقل للملكية ومنها ما هو على غير ذلك وقد أعدها الفقه الهبة والوصية والوقف والعارية والوديعة إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم كل هذه التبرعات ضمن القانون أين اكتفى بتنظيم الوصية والهبة والوقف وذلك كونها تبرعات مالية يريد التصرف فيها على حق الرقابة خلافاً لباقي التبرعات الأخرى التي لا تمس حق الرقابة خلال تصرفها وتظهر الطبيعة القانونية للوصية والهبة والوقف من خلال تصنيفها إذ تكيف على أنها تصرفات بذل وعطاء بحيث تتم بدون مقابل في الأصل والطرف المستفيد لا يتحمل فيها التزاماً.

التبرعات القانونية بحسب أحكام القانون تنقسم إلى عقد مجسد في الهبة والتصرف بالإرادة المنفردة مجسدة في الوصية والوقف، وكذا المقصد من هذه التبرعات يجب أن يرد على كل ما هو مشروع وصالح للتداول وقد تكون إما عقارات أو منقولات أو ذهب أو مال.

ونسلط الضوء في بحثنا هذا على العقار حيث عرفته المادة 683 من قانون المدني: "هو كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول" غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص.

ولخصوصية العقار والحقوق العينية التي تقع عليه والإجراءات الصعبة والشكلية في المحررات الرسمية في التبرعات التي تقع على العقار يجب تحديد الملكية العقارية ذلك في نص المادة 27 من القانون رقم 25/90 أن الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقاً لطبيعتها أو غرضها، إذن فإن الملكية العقارية حسب المادة هي السلطة المباشرة التي يستطيع بموجبها أن يستغله وأن يشغله ويتصرف فيه أو التبرع به وفقاً للطبيعة والغرض المخصص له وهذا ما أكدته المادة 674 من القانون المدني "بأن الملكية هي حق التصرف في الأشياء يشترط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين وأنظمة".

وكذا أيضا المقصد من التبرع أن يكون في نية البر والاحسان والصدقة والإنفاق لغرض الأجر وبالتالي فإن الملكية العقارية وحدها تخول للمتبرع في مجال عقود الهبة والوقف والوصية بالتبرع بالعقار وذلك بإجراءات قانونية وشكلية حددها المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة كالوصية. وفي الأخير يتم طرح الإشكالات والتساؤلات التالية:

- ماهي عقود التبرعات وأحكامها في التشريع والفقهاء وهل ألم بها المشرع الجزائري في العقار؟
- بما تتميز عقود التبرعات في العقار عن باقي العقود وكيف يتم الرجوع فيها؟
- وماهي الآثار المترتبة عليها؟
- ماهي الإجراءات الخاصة في الشكلية في العقار في العقود التبرعية؟

وللإجابة على هذه التساؤلات قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاث فصول كل تصرف تبرعي في فصل على حدى بحيث تم تقسيم الفصل إلى مبحثين المبحث الأول من كل فصل تم التعرض إلى ماهية التصرفات التبرعية وأركانها وشروط صحتها في العقار أما المبحث الثاني من كل فصل عرضنا فيه أحكام التصرفات التبرعية في العقار والتي هي الهبة والوصية والوقف في العقار.

### أهداف البحث:

إن هدفنا من دراسة هذا الموضوع بالذات والذي هو العقود التبرعية في العقار وأحكامها لما له من أهمية بالغة من جانب العلاقات والروابط الإنسانية، فهي مظهر من مظاهر البر والإحسان لأن جل المعاملات الباقية بين الأفراد تكون بعوض إلا هاته العقود التي تكون بدون التزام مقابل تقوي المحبة بين الأفراد وريح الأجر عند الله.

وفيما يخص تطبيق هذه العقود في عدة مجالات اخترنا منها العقار ذلك لأنه من أهم المواضيع القانونية الذي يستوجب الوقوف عندها ما له من إجراءات معقدة وقيمة مالية باهظة وما يعود به من فائدة كبيرة أو ضرر كبير على المتعاقدين.

### أسباب اختيار الموضوع:

لأهميته في الحياة العملية وارتباطه بأغلى شيء وهو العقار وكذا الإجراءات المعقدة والصعبة التي يخضع لها العقار باختلافه عن باقي المواضيع.

أهميته من ناحية الأجر والثواب، لأن جل التبرعات تكون بدون مقابل نتيحتها الثواب عند الله فقط.

### الصعوبات والمعوقات:

نقص المراجع في الموضوع خاصة من الجانب العقاري وذلك لأنه موضوع جديد وليس له قانون موحد يشمل كل التصرفات التبرعية في العقار.

وكذلك ضيق وقت إعداد البحث وذلك لطول الموضوع من الناحية الشرعية والقانونية.

### تقسيم البحث:

في دراستنا لهذا الموضوع تم تقسيمه إلى ثلاثة فصول وكل فصل إلى مبحثين، الفصل الأول تناولنا فيه الهبة وأحكامها في العقار الذي بدوره قسمناه إلى مبحثين، الأول ماهية عقد الهبة في العقار والثاني أحكام الهبة في العقار، أما الفصل الثاني الوصية وأحكامها في العقار والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول ماهية الوصية في العقار والثاني أحكام الوصية في العقار، وفي الفصل الثالث تطرقنا إلى الوقف وأحكامه في العقار وقسمنا هذا الأخير إلى مبحثين المبحث الأول ماهية الوقف في العقار والمبحث الثاني أحكام الوقف في العقار.

إِلْفَضِكُ الْإِلْفَاؤُنْ

الهبة وأحكامها في العقار

### المبحث الأول: ماهية عقد الهبة في العقار

يبرز للهبة وجودها بمجرد استيفائها لكافة أركانها لتكون تامة بها، فيما تبرز لها بعد تحقق شروط صحتها فنفادها بكافة الآثار الناتجة عنها، وعلى اعتبار ان الهبة من العقود الفورية فإن آثارها تنشأ بمبادرة صاحب المُلْك في وهب ملكه وقت حياته لتكون صورة لعقود المنتجة لآثارها حال حياة المتصرف. إلا أن الولوج في بيان تلك الآثار الناتجة عن عقد الهبة يقتضي بداية تناول هذا العقد من حيث مفهومه، ثم من حيث أحكامه<sup>1</sup>.

#### المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة وتمييزه عن باقي التصرفات المشابهة له

قد تدنو من عقد الهبة بالشبه بعض التصرفات التي يصعب تمييزه عنها فيختلط بها، ما يستوجب تمييزه عنها وهو ما يستوجب أصالة تعريف عقد العبة. والهبة كتصرف، وباعتباره عقدا لا بد له من أركان يقوم بها تماما، وشروط يبدو باستفائها صحيحا.

#### الفرع الأول: تعريف عقد الهبة وانواعه

عقد الهبة كتصرف ناشئ في الأصل عن تصرف بالوهب لا بد من بيان معناه ونواه، وعقد الهبة كتصرف ناشئ في الأصل أيضا عن تبرع لا بد من تمييزه عن غيره من التبرعات الأخرى. الفقرة الأولى: تعريف عقد الهبة

لا يمكن استكمال تعريف عقد الهبة بصفته العقدية هذه، إلا من خلال بيان أنواعه التي يتنوع بها.

#### أولا: تعريف الهبة

حتى يتسنى تعريف الهبة تعريفا كاملا يتوجب تناولها لغة ثم اصطلاحا بما في التعريف الاصطلاحي من تعريف فقهي وقانوني متى كان ذو محل.

<sup>1</sup> - يستشف من مصطلح الأحكام: مدى تحويل المقنن للأطراف القيام بالتصرف من عدمه في مفهوم أول، ونتيجة تخلف أركانه وشروطه أو توفرها جميعا من بطلان وقام وصحة أو عدم نفاذ في مفهوم ثان وفي مفهوم ثالث، التزامات أطراف العلاقة العقدية فضلا على القواعد والمبادئ الخاصة المرتبطة بعقد الهبة والتي أوردها المقنن في مجموع القواعد القانونية التي من خلالها نظم عقد الهبة، وهذا المفهوم الأخير هو مناط التعرض ضمن هذا المطلب.

أ- تعريف الهبة لغة:

تعرف الهبة عند اللغويين بأنها: "العطية الخالية عن الأعيان والأغراض"<sup>1</sup>، وهي أيضا:  
"التفضيل على الغير ولو بغير مال"<sup>2</sup>.

وللهبة أيضا أسماء كثيرة منها: التملك للموهوب والجعل له والعطاء إليه والإهداء له وإطعامه والمنحة إليه والنحل له<sup>3</sup>، قال تعالى: "وَأَثْوَا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"<sup>4</sup>.

ب- تعريف الهبة اصطلاحا:

لقد جاء للهبة في الشريعة تعاريف اختلفت باختلاف المذاهب، فالهبة عند المالكية:

"تمليك ذات من غير عوض، مقصود به وجه من أعطيت إليه"<sup>5</sup>، وهي لدى سائر المذاهب الأخرى: "تمليك في الحياة بغير عوض"<sup>6</sup>

فيما تطرق المشرع الجزائري للهبة ضمن المواد 202 إلى 212 من الفصل الثاني للكاتب الرابع المصنف تحت عنوان التبرعات من قانون الأسرة<sup>7</sup>، وتناول في نص المادة المتصدرة للمواد ذات الصلة<sup>8</sup> لتعريف الهبة كعقد من عقود التبرع إذ جاء فيها أن: "الهبة تمليك بلا عوض".

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب، الخامس عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، سنة 1994، ص 441.

<sup>2</sup> - الإمام عبد الرحمن الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، تقسيم: د. محمد بكر إسماعيل، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنة 1999، ص 230.

<sup>3</sup> - الامام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، سنة 2000، ص 163.

<sup>4</sup> - سورة النساء، من الآية 04.

<sup>5</sup> - د. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص 247.

<sup>6</sup> - الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، بشرح الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، الجزء السادس، بدون طبعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1983، صفحة 273، و أيضا: الشيخ محمد بن محمد الشريبي الشافعي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بتصحيح وعناية الشيخ علي عاشور:

الجزء الرابع، بدون عدد طبعة، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، صفحة 62.

<sup>7</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

<sup>8</sup> - نص المادة 202 من قانون الأسرة.

وعقد الهبة قائم على عناصر<sup>1</sup> جمعها المقنن الفرنسي في تعريفه ضمن نص المادة 894 من قانونه المدني الفرنسي<sup>2</sup> والذي جاء فيه أن: "الهبة بين أحياء عقد بمقتضاه يغتم الواهب حالياً نهائياً الشيء الموهوب، للموهوب له الذي يقبله"<sup>3</sup>، فيما أغفل المشرع الجزائري في تعريفه للهبة تلك العنصر الضرورية لبيان معنى الهبة، والتي تحمل في كون الهبة عقد بمقتضاه يقوم المالك فيه:

- بنقل ملكية الشيء الذي يملك

- أن حياته تبرعا منه لغيره الحي

- دون مقابل مرجو منه.

### ثانياً: أنواع الهبة

دافعان يشكلان تقسيمان، فإما أن لا يكون للواهب سبيل إلا أن يجعل بينه وبين الموهوب له وسيطاً لينال الموهوب له هبته فيجعل من هبته غير مباشرة عوض أن تكون مباشرة وإما أن يقصد الواهب التهرب من أعباء الرسمية بما فيها من طول إجراءات و باهظ تكاليف فيستر تصرفه ويبرزه في تصرف سائر عوض الهبة المكشوفة.

#### أ- الهبة المباشرة وغير المباشرة

عقد الهبة مباشر وغير مباشر كما تدل عليهما التسمية<sup>4</sup>، فيعتبر مباشراً كل تصرف مفضي إلى الهبة الهبة على النحو الذي يكون المتصرف فيه هو المالك للمال الممنوح للممنوح له، والممنوح له هو المستفيد من ذلك المال بحيث تنقلب ملكية المحل إليه فتمتلى به ذمته المالية، فالتصرف هبة مباشرة والطرفين واهب وموهوب له.

<sup>1</sup> - وهي التي ألمها الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في الوسيط ضمن أربعة من العناصر: أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 05 إلى 19

<sup>2</sup> - Sylvie dibos-lacroux : successions, le guide pratique, 9eme édition, PRAT, édition, France, France, 2008, p 27

<sup>3</sup> - وقد جاء في المادة 894 من القانون المدني الفرنسي ما يلي

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'accepta

<sup>4</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المجلد الخامس، ج2، ب ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة طباعة، ص 79-80

أما إذا لم يكن المتصرف بالتبرع هو المالك لمحل المنح أو العطاء أو التملك مثلاً أو لم يكن المتصرف إليه هو المتصرف له بحيث يقوم مقام النائب فالتصرف هبة غير مباشرة، فكلما تدخل وسيط أو نائب في إبرام التصرف لمصلحة الغير انقلب التصرف من مباشر إلى غير مباشر والهبة من هبة مباشرة إلى هبة غير مباشرة.

### ب- الهبة المستترة والمكشوفة:

يعتبر شكل التصرف القانوني محل اعتبار في تصنيف الهبة من مستترة إلى مكشوفة، فإن كان الشكل شكل هبة تامة خضع لكافة أحكامها الشكلية والموضوعية بما فيها الكتابة الرسمية، متى كانت ذات محل يكون التصرف بذلك هبة مكشوفة.

أما إذا لم يظهر التصرف القانوني في شكل هبة رغم أن موضوعه هبة، صار موضوع الهبة مستترا تحت شكل خلاف المرفوض سواء كان بيعاً أو غيره<sup>1</sup>، فيكون التصرف بذلك هبة مستترة، وهو ما يثير الكثير من التزاعات<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن سائر التصرفات المشابهة له

يتفق عقد الهبة مع بعض التصرفات من حيث كونها جميعها تبرعية إذ تشكل كلها تنازلاً عن الملكية لفائدة الغير دون عوض، ومن حيث كون جملها تصرفات ملزمة لطرف واحد كقاعدة فلا يلتزم الطرف المتبرع له فيها بأي التزام<sup>3</sup> عدا استمتاعه بمحل التعاقد استمتاعاً خالصاً.

وان من أهم تلك التصرفات التبرعية: الوصية، الوقف، فضلاً عن الهبة، هي العقود التبرعية التي حصرها المقتن في قانون الأسرة في فصل واحد ثم أورد نظام المواريث في فصل على حدة، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أغفل بعضاً من العقود التي يصح أن تندرج ضمن الفصل المخصص لعقود التبرع كما هو حال عقد العارية والوديعة بغير اجر والوكالة بغير أجر والوكالة بغير أجر أيضاً<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ومن بين التصرفات الساترة للهبة: حوالة الحق التي يدرج فيها الخيل مقابلاً صورياً يزعمه، الإقرار بالدين في الحين الذي لا يكون للدين سنداً، الإيرادات مدى الحياة مع زعم مقابلاً صورياً، أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 87-88

<sup>2</sup> - Aouore boucher, l'alea dan=ns le droit des contrats, mémoire de recherche, master 2, droit prive, panthéon-assas, université paris2, 2009-2010, p 26

<sup>3</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 20

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 09

فلفظ التملك إنما هو لتمييز الهبة عن العارية، حيث أن الهبة تملك للموهوب له دون مقابل كما هو الحال في العارية، غير أن هذه الأخيرة لا يقصد منها التملك، والمال لأجل إخراج غير المقذور على تسليمه كالحمل، وغير الواجب لأجل إخراج الديون والنفقات، وفي الحياة لأجل إخراج الوصية، أما بلا عوض فواضح أنه لإخراج عقود المعاوضة برمتها<sup>1</sup>

وكما أن الهبة بصفتها صرفاً تختلف عن سائر التصرفات المبنية، فإنها تختلف بصفتها عقداً عن سائر العقود المشابهة، فاختلاف عقد الهبة عن عقد الوصية مثلاً يظهر في مسألة الإلزام العقدي المباشر للهبة التي تقوم ملزمة حال حياة المتصرف في حين لا يقوم للوصية أثر إلا بعد وفاة المتصرف، فضلاً على كون الأخيرة أي الوصية الأصل فيها إمكانية الرجوع ما دام المتصرف على قيد الحياة، والعكس هو حال الهبة التي لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالات مستثناة عن القاعدة العامة، لا سيما وأن الهبة ليست مقدرة بقدر أو محددة بحد، في حين أن الوصية لا تصح للوارث وأنها لا تصح فيما تجاوز منها ثلث تركة المالك أن كانت لغير وارث، ففيه مخالفة لإحكام الهبة التي تجوز للوارث وما لها حد<sup>2</sup>

ويختلف عقد الهبة أيضاً عن عقد الوقف لا سيما في أهم نقطة فاصلة بينهما والتي مفادها أن الهبة تنقل ملكية محل الهبة من الواهب إلى الموهوب له بما في ذلك الرقبة، في حين يجبس الواقف لنفسه المنفعة ولسلفه من بعد دون الملكية، فهو يحجر التملك عن نقل ملكة رقبة المال الموقوف بعد ذلك، في حين يبقى الانتفاع للواقف ولورثته في الحال أن أفضى تصرفه إلى ذلك<sup>3</sup>

لا يكون بالإمكان متى أفضى على تصرف من التصرفات طبيعة العقد إلا أن ينشأ بتوفر أركان محددة له، ليتم بها كيانه القانوني، كما يصح بتوفر مجموعة من الشروط المحددة كي يصدر معافى من أي علة تعييه وتجعله غير صحيح

### المطلب الثاني: الأركان الخاصة لصحة عقد الهبة في العقار.

لا تقوم العقود تامة البتة إلا إذا توفرت فيها جميع أركانها، والتي لا تعدو أن تتجسد في ثلاثة أصلية تم كل العقود الرئائية، ورابعة تختص بها جل العقود الرسمية لا سيما التي ارتبطت بمحل ذو قيمة،

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2002، ص 3983

<sup>2</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني

للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 38 وما يليها

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 40-41

وخامسة لا يختص بها في القانون الجزائري إلا هبة، دون غيرها من العقود وهي العينية، أو ركن القبض في عقد الهبة.

## الفرع الأول: أركان الهبة والشكلية في العقار

### 1- ركن التراضي في عقد الهبة:

يبرز التراضي<sup>1</sup> خاصة في تطابق الإيجاب القبول، والهبة بصفتها عقدا تبرعيا محضا لا يتشترط فيه القبول كقاعدة، غير أن المشرع الجزائري اشترطه لقيام الهبة.

فقد جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... ما يعني أن الهبة لا تقوم تامة إلا بركن التراضي المفضي إلى تطابق قبول الموهوب له بإيجاب الواهب تطابقا تاما، وأن الهبة تأسيسا على ذلك لا تقوم إلا على إيجاب وقبول<sup>2</sup>

ولقد صرحت المحكمة العليا بذلك المعنى أين قضت في قرار لها بأنه: من المقرر شرعا وقانونا أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة<sup>3</sup>

فلا بد إذن أن يكون الإيجاب صادر عن الواهب بكافة العبارات الباتة والصريحة والمفضية للهبة أو للوعد به، التي تظهر بجلاء أن الإيجاب الصادر عن المتصرف لا يراد به هبته، كأن يقول الواهب للموهوب له وهبت لك هذا أو نخلته لك أو ملكتك إياه بدون مقابل، أو جعلته لك<sup>4</sup> أو أعدك بأن أهب لك هذا أو بأن أنحل لك هذا في حالة الوعد بالهبة، أو بان أملك إياه أو بأني سأجعله لك جعلا.

ويقابل الإيجاب إلزاما قبول الموهوب له الذي يجب أن يكون مطابقا لإيجاب الواهب مطابقة تامة، إذ لو عدل فيه لصار إيجابا جديدا بالوهب<sup>5</sup>، ولا إيجاب مقابل في الهبة إلا إذا كانت الهبة المقصودة بعوض واستثناء قد يصح ذلك.

<sup>1</sup> وتجدر الملاحظة ضمن هذا الصدد إلى أن جانبا من لفته قد ميز بين الرضا والتراضي إذا اعتبر الرضا صادر عن إرادة واحدة وأما التراضي فصادر عن إرادتين عقديتين، د. علي فيلاي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون عدد طبعة، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997، ص 68

<sup>2</sup> د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 58

<sup>3</sup> - غرفة الأحوال الشخصية، تحت رقم 40651، بتاريخ 1986/02/24، أنظر: د. العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 593

<sup>4</sup> د. كمال حمدي: الموارث والهبة والوصية، بدون عدد طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، ص 158.

<sup>5</sup> لما فيه من تطبيق للقواعد العامة من القانون المدني الجزائري وفق ما هو وارد في نص المادة 66 منه والتي جاء فيها: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"

ولا يشترط في القبول أن يتم من قبل الموهوب له بصفة حتمية وإنما يصح له أن ينيب من يقبل عنه أو أن يوكل وكيلا يقبل عنه الهبة الموجهة له، غير أنه يشترط إبرام التوكيل أو الإنابة في نفس الإجراء الشكلي الواجب لعقد الهبة<sup>1</sup>.

## 2- ركن القبض في عقد الهبة:

ورد التصريح بركنية القبض في قانون الأسرة ضمن نص المادة 206 منه، لا سيما الفقرة الثانية من المادة، أين ربط تخلفه من بين الأركان الأخرى ببطلان العقد، والقبض في عقد الهبة كما هو عليه في سائر العقود الأخرى إلا أن طبيعته القانونية مختلفة عن القبض فيها، إذ الهبة هي العقد العيني الوحيد في القانون الجزائري.<sup>2</sup>

والقبض على تقسيمات: فإما أن يكون حقيقا أو حكما وإما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، ولكل هذه التقسيمات تعرض المشرع الجزائري حينما تناول الحقيقي بالإلزام به وأضمر له في المنقولات البسيطة، فيما أضمر للحكمي حينما ألزم القبض على كل منقول دون تمييز بين منقول مادي أو معنوي، ولا يمكن أن يتحقق القبض الحقيقي كما هو ظاهر لحقوق المؤلف مثلا، إذ لا يتناسب مع طبيعتها القانونية، وإنما يصلح لها القبض الحكمي لا المادي، إلا أن تكون مفرغة أو مجسدة في جسم مادي كحال الأفكار في الكتب أو البرامج في الأقراص المضغوطة<sup>3</sup>.

ولقد قررت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه: من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة، اعتبر حائزا، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك<sup>4</sup>.

## 3- الشكلية في العقار:

جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة: "تتعقد الهبة بـ...، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات..."، وهو النص الذي يفرض بالإلزام أطراف عقد الهبة لا سيما الواهب منهما، بأعمال أحكام نص المادة المذكور لما فيه من إلزام وموافقة لقواعد الشهر الخاصة، أين ورد ضمن نص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري: "كل حق للمليكة وكل

<sup>1</sup> - د. محمد حسنين: الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، 1987، ص 552 وما يليها.

<sup>2</sup> - عبد العزيز محمودي: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، بدون عدد طبعة، قصر الكتاب، البلدية، 2006، ص 52.

<sup>3</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 227.

<sup>4</sup> - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 211664، بتاريخ 1995/06/07، المجلة القضائية، عدد 1، 1995، ص 111.

حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...<sup>1</sup>

وتمثل الرسمية إحدى الأركان القانونية اللازمة في عقد الهبة أو الوعد به<sup>2</sup>. بموجب نص المادة من قانون الأسرة المذكور أعلاه والقواعد العامة المنظمة للوعد بالتعاقد ذات الصلة من القانون المدني<sup>3</sup>، ومعلوم أن تختلف الركن هذا كغيره من الأركان يؤدي لا محالة إلى بطلان العقد برمته بطلانا مطلقا إعمالا لنص المادة من القانون المدني.

وإلى ذات المنحى نحت المحكمة العليا في عديد من قراراتها أين اعتبرت الرسمية في هبة العقار ركنا من أركانها وبدونها تبطل: "من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية، يجب أن تحرر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنص المادة 206 من قانون الأسرة أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، إذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية"<sup>4</sup>.

ولانتشار صور أخرى في تحرير عقود الهبة، تجب الإشارة إلى أن الشكلية الرسمية في هبة العقار وما قام مقامه من المحال الواردة في القواعد العامة لا تعدو أن تبرز في محرر الموثق وبمنه كافة البيانات المحددة لمحل الهبة والأطراف وشروطهما إذا وجدت<sup>5</sup>.

والمحرر الذي يورد فيه عقد الهبة أو الوعد به، عادة ما ينفرد وخلاف العادة يزدوج لا سيما في حالة افتراق الإيجاب والقبول من حيث الزمان أو المكان<sup>6</sup>، ففي هذه الحالة يبرز عقد الهبة في محررين اثنين يحمل كل منهما إرادة طرف من الطرفين أو الأطراف متى تعددوا.

<sup>1</sup> - المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق: 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس للسجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، 975، ص 1207.

<sup>2</sup> - جاء في نص المادة 490 من القانون المدني المصري: "الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بروقة رسمية" نقلا عن موقع

[www.kotobarabia.com](http://www.kotobarabia.com)

<sup>3</sup> - ذلك ان المقتن الجزائري لم يتطرق للوعد بالهبة كما فعل المقتن المصري في نص المادة 490 من قانونه المدني، وخلال تحلف النص في القانون الوطني يمكن تطبيق القواعد العامة من القانون المدني لا سيما نصي المادتين 71 و 72 من القانون المدني.

<sup>4</sup> - غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف، رقم 103656، بتاريخ 09-11-1994، المجلة القضائية، عدد 51، سنة 1994، ص 67

<sup>5</sup> - ناهيك عن سائر الإجراءات القانونية والشروط، التي يتوجب على الموثق استحضارها وتوفيرها للقول بصحة إبرام عقد الهبة صحيحا تما، أنظر:

قانون رقم 02/06 الصادر بتاريخ: 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 14 سنة 2006، ص 15 وما يليها

<sup>6</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 51

هذا ولقد وافق المشرع الجزائري الأحكام الشرعية في اعتبار حيازة المال الموهوب من شروط تمام الهبة إلا أنه جعل من الرسمية مغنية عنها لا سيما إن كان للواهب على الموهوب له ولاية أو كانت الموهوب لها زوجة كما هو وارد في المادة 208 من قانون الأسرة<sup>1</sup>

#### 4- ركنا المحل والسبب في عقد الهبة:

على اعتبار عقد الهبة من العقود الناقلة للملكية فإن توفر محل قانوني يعامل معاملة الركن أمر لازم وعلى اعتباره من عقود التبرع فإن توفر نية التبرع ضروري لتعامل معاملة الركن فيه أيضا.

#### أ- المحل في عقد الهبة في العقار:

نصت عليه المواد 92 إلى 95 من القانون المدني

والمحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب وينطبق على المحل في عقد الهبة ما ينطبق على محل العقد بوجه عام وبالعودة للمادة 205 من قانون الأسرة فإنه يجوز للواهب بأن يهب كل ممتلكاته فالمحل في عقد الهبة قد يكون إما منقولاً وإما عقاراً وقد يكون العقار أراضي أو بنايات أو غيرها.

ويستخلص من المواد من 92 إلى 95 المتعلقة بالمحل بأن المحل يجب:

- أن يكون المحل موجودا.
- أن يكون المحل معيناً.
- أن يكون المحل مشروعاً.
- أن يكون المحل مملوكاً للواهب.

وهذا ما سنتطرق له بالشرح كما يلي:

#### أولاً: أن يكون المحل موجوداً:

بعبارة أخرى أن يكون الشيء الموهوب وقت إبرام العقد موجوداً إذ لا يصح أن يكون فيها المحل شيئاً مستقبلاً.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - الصفحة 20 من هذه الرسالة، لما في النص من دلالة إلى أن الحيازة شرط تمام وأن شروط التمام الأخرى المحسدة في الكتابة للعقار والإجراءات

الإرادية للمنقول غنية عنه، وتفرض فيه الإتيان

<sup>2</sup> - فريد هلال، فريد هلال، الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود و مسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق

2010-2011، ص40.

ويعرف الرزاق السنهوري الوجود بقوله: " والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك " <sup>1</sup>، هذا ما ينطبق على الشيء الذي يكون موجودا ثم تعرض للإتلاف أو الهلاك قبل نشوء الالتزام ففي هذه الحالة لا يقوم الالتزام حتى ولو كان موجودا قبل ذلك، أما ما يتعرض للإتلاف أو الهلاك بعد الالتزام فالالتزام في هذه الحالة قد قام بالفعل وقت ما كان المحل موجودا، وقد يقع الالتزام على شيء موجود كما قد يقع على شيء قابل الوجود وهو ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني بقولها يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد ما يمنع هبة المال المستقبل ما يحيلنا للمادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا هي الأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية وعليه في الهبة فالشيء الموهوب يجب أن يكون موجودا وقت إبرام العقد.

### ثانيا: أن يكون المحل معيناً

تعيين محل الالتزام أمر لا بد من توافره، أو هو تفرضه طبيعة الأشياء وهذا الشرط واجب توافره في محل الالتزام أيا كانت صورته. <sup>2</sup>

فلا بد أن يكون العقار محل الهبة معيناً، بحيث ينفي هذا التعيين الجهل بموقع العقار مع تعيين حدوده ومساحته كما بالإمكان الاستعانة بمن له الخبرة وذلك للقيام بمهمة تعيين العقار تعييناً صحيحاً ودقيقاً، ويجب على محرر العقد أب يبرز في عقد الهبة هذه الحدود والمساحة وذلك لكي يكون لكلا طرفي العقد وخاصة الموهوب له الاحتجاج به في مواجهة الغير حماية للملكية وبما أن عقد الهبة في العقار يجب أن تخضع للإجراءات الرسمية فالموثق هو من يقوم في هذه الحالة بطلب من الأطراف بتعيين العقار محل الهبة وإلا عين خبيراً وأسند له مهمة تعيين موقع العقار.

إلا أنه وفي بعض الأحيان لا يمكن تعيين العقار محل الهبة ولكنه يكون قابلاً للتعيين في المستقبل كهبة العقار المشاع بحيث يكون بإمكان كل شريك في الشيوع أن يتصرف في حقه وهبته وبالتالي يمكن للواهب أن يهب حصته على مال في الشيوع لأحد ورثته مثلاً، هنا نعتبرها تنازلاً عن حقه له فبالرغم

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 376.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994، ص 144.

من أن العقار محل الهبة غير معين ولكنه قابل للتعيين بعد نصيب الوارث من الإرث وهذا نستنتجه من خلال قراءتنا للمواد 29 - 23 - 24 من القانون المدني الجزائري.

### ثالثا : أن يكون المحل مشروعا

أي أن يكون المحل الهبة مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة فالهبة التي يكون محل التزامها مخالفا للنظام والآداب العامة تكون باطلة وكمن يهب لشخص بناءة ويشترط عليه في المقابل أن يخصصها للقمار أو الدعارة.

كما لا يمكن هبة المال العام لأنه لا يصح التعامل فيه لطبيعته وهي أنه مخصص لخدمة المنفعة العامة فالعقارات المملوكة ملكية خاصة يمكن أن تكون محلا للهبة خلافا للعقارات التابعة للأموال العمومية والعقارات الموقوفة والموهوبة وذلك لخروج الملكية من يد الواهب وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار 39360 المؤرخ في 13/01/1986 بقولها " من المقرر شرعا وقانونا بأنه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة لأنها تتنافى مع التأييد وأحكام الحبس".

### رابعا: أن يكون المحل ملكا للواهب

وهذا ما نستنتجه من مصطلح " ممتلكاته " الوارد في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري بقولها كل ممتلكاته أو جزئها هذا ما يدل على وجوب ملكية الواهب للموهوب إلا أنه وفي بعض الحالات قد يطلب الواهب من الموثق أن يبرم له عقد هبة بشرط الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياته فالهبة في هذه الحالة تعد باطلة لأنها تتنافى مع شرط من شروط الهبة وهو الحيازة والذي سنتطرق له لاحقا.

وعليه فإن الهبة لا يمكن أن تقع إلا على الملكية الخاصة لفرد وما يمنع أن يتصرف الشخص في ملك غيره وهو ما يسمى بهبة ملك الغير، بالرجوع للشريعة الإسلامية نجد بأن كلا من المذهب المالكي قد منع هبة ملك الغير وقالوا ببطلانها إلا برضاه.<sup>1</sup>

### ب- السبب في عقد الهبة في العقار

السبب وفقا للنظرية التقليدية هو الدافع المباشر الذي يجعل الواهب يقوم بالهبة وهو نية التبرع وهو الركن الأساسي لصحة الهبة.

<sup>1</sup> - علي أبي الحسن، وجماعة من العلماء، فتاوى على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، سنة 1991، ص 386.

أما السبب بمعناه الحديث: الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله بدون مقابل ويجب أن يكون هذا الدافع مشروعاً وإلا اعتبرت الهبة باطلة، كأن يكون الدفع هو استدامة العلاقة غير شرعية بين الواهب والموهوب له.<sup>1</sup>

في حين أن الهبة التي تهب للخليلة كتعويض عن الضرر الذي لحق بها من جراء العلاقة غير الشرعية وبعد انقطاع العلاقة تعتبر صحيحة لكون أن السبب فيها شريف ومشروع وبالتالي تكون الهبة صحيحة لصحة الباعث عكس الباعث في المثال الأول فهو غير شريف وغير مشروع وبالتالي تكون الهبة باطلة. فالنظرية الحديثة كانت أوسع وأشمل من النظرية التقليدية من حيث السبب وتعمقت أكثر في سبب التبرع.

كما أن الهبة قد تقترن بشرط وهذا ما تم الإشارة إليه سابقاً ولكن في بعض الأحيان قد يكون هذا الشرط غير المشروع هو سبب الهبة فلهبة في هذه الحالة تكون باطلة، أما إذا لم يكن الشرط هو سبب قيام الواهب بالهبة ففي هذه الحالة يسقط الشرط وتصح الهبة.

### الفرع الثاني: شروط عقد الهبة

#### أولاً: أهلية المتصرف في عقد الهبة:

تختلف أهلية المتصرف والمتصرف له في عقد الهبة اختلافاً متبايناً لاختلاف محل تصرفهما، فالواهب لا يتصرف إلا إذا كانت أهليته في أكمل درجاتها والموهوب له يكفيها أقلها على الإطلاق.

#### أ- أهلية الواهب:

عنى المقنن بأهلية الواهب في عقد الهبة عناية بالغة ولم يعتبرها ذات أثر ما لم تبلغ أهلية التبرع، والتي لا تقوم كاملة إلا إذا بلغ صاحبها سن الرشد، الذي حدده المشرع الجزائري ببلوغ الشخص تسع عشرة سنة كاملة كما جاء في نص المادة 203 من قانون الأسرة<sup>2</sup>

ورغم أن النص 203 لم يأت فيه سوى اشتراط تخلف الحجر على الواهب إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار كافة الموانع مشترطة للاعتداد بهبة الشخص الراشد، إذ أورد الحجر على سبيل المثال فقط، فضلاً على اشتراط تخلف عوارض الأهلية التي تمثل السبب المباشر للحجر على الشخص في إدارة أمواله،

<sup>1</sup> - نورة منصور. هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 24.

<sup>2</sup> - نص المادة 203 ورد فيها: يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة سنة وغير محجور عليه"

كحالة الجنون التي تفق صاحبها كل مقدرة على التفكير والتدبير وتدير الأمور على قدرها، فالرشد الخالص اذن هو المخول الأوحد للتبرع<sup>1</sup>

وتصرفات السفیه وذو الغفلة صحيحة ما بلغا سن الرشد ولم يحجر عليهما، غير أن التبرع باطل ما كان تصرف أحدهما ناشئا عن تواطأ واستغلال من لدن المتبرع له<sup>2</sup> بأن تكون حالة السفه والغفلة بادية على المتبرع كما تقضي به المادة 107 من قانون الأسرة، ومن باب أولى فإن تصرفات السفیه وصاحب الغفلة باطلة متى تم التصرف من أحدهما بعد صدور الحكم بالحجر عليهما<sup>3</sup>

وعلى نفس الأساس أي نقصان الأهلية تعد تبرعات الصبي المميز باطلة بالإطلاق ولا تلحقها الإجازة لأنها ضارة به ضررا محضا<sup>4</sup> إعمالا لنص المادة 83 من قانون الأسرة، والأولى أن هبة عديم التمييز لا تصح مهما كانت الأحوال وتعد باطلة بطلانا مطلقا ولا تسقط بالتقادم ولا تجاز بالإجازة<sup>5</sup>

كما أن لصاحب العاهتي أحكام مقاربة إذ يجوز للمحكمة، بعد طلب صاحب المصلحة، أن تعين له مساعدا يساعده على إبرام التصرفات، ويكون باطلا كل وهب أبرمه من غير المساعد بعد تعيينه، إلا إذا كان ذلك بإذن من المحكمة أو بتعيين مساعدا آخر<sup>6</sup>

وللزوجة أن زواجها أن تهب كل مالها أو جزء منه دون النظر في إذن زوجها<sup>7</sup>، إلا إذا رأيا في اشتراك تملكهما لبعض المال بدا، ففي هذه الحالة فقط لم يصح للزوجة أن تهب من مالها ذاك كله أو جزئه إلا بإجازة الزوج<sup>8</sup>.

ومن العوارض التي تحول دون تمام عقد الهبة بالصفة التي تم إبرامه عليها، حال تخلل إرادة الواهب المرض المفضي إلى الوفاة، فتصرف المريض لا تتم على نفس الصورة التي أبرمت عليها لاسيما إذا تمت

<sup>1</sup> - د. محمد حسنين: عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، سنة 1987، ص 536

<sup>2</sup> - نص المادة 2/115 من القانون المدني المصري، وليس في القانون الجزائري نص مئيل

<sup>3</sup> - د. محمد حسنين: المرجع السابق، ص 535

<sup>4</sup> - د. كمال حمدي: المرجع السابق، ص 164

<sup>5</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 97

<sup>6</sup> - نفس المرجع، ص 101

<sup>7</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: (دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن)، المرجع السابق، ص

101.

<sup>8</sup> - ورد في المادة 2/37 من قانون الأسرة: "غير انه يجوز للزوجين إن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

لوارث، بحيث تقوم مقام الوصية<sup>1</sup> ولا تكون تبعا لذلك جائزة على الإطلاق، ما يؤدي إلى عدم نفاذها<sup>2</sup> نفاذها<sup>2</sup> إعمالا لمقتضيات المادة 204 من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

أما إذا تصرف المريض أثناء مرض موته بجهة كل ماله لغير وارث، فإن الهبة تنقلب وصية متى أثبتت الورثة بان التصرف كان حقيقة أثناء مرض الموت<sup>4</sup>، ويلزم نتيجة لذلك الموهوب لهم برد ثلثي محل الهبة للورثة أصحاب الحق فيها، إعمالا أيضا لنص المادة 204 من قانون الأسرة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء مفاده أنه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"<sup>5</sup>

أما إذا لم يتم التصرف في مرض موت الواهب، فإن الهبة تكون صحيحة لخروجها عن نطاق التحايل على قواعد الإرث ولعدم مساسها بالنظام العام<sup>6</sup>

**ب- أهلية الموهوب له:** تدور أهلية الموهوب له بين انعدامها وتامها بدءا بكونه جنينا في بطن أمه وانتهاء برشده دون عارض، ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لكل تلك الحالات في عقد الهبة على تفصيلها، غير أنه نوه للرشد بعد أن صرح لصحة الهبة المشروطة للحمل<sup>7</sup>.

نصت المادة 209 من قانون الأسرة على صحة الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا<sup>8</sup>، إلا أن هذا مخالف لقاعدة الإيجاب والقبول الملزمة في عقد الهبة من قانون الأسرة<sup>9</sup>

<sup>1</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ملف رقم 197335، بتاريخ 1998/06/16، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية" المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1998، ص 281

<sup>2</sup> - د. محمد حسنين: المرجع السابق، ص 535

<sup>3</sup> - مع ملاحظة أن القانون المصري يجعل من الهبة أثناء مرض الموت جائزة في حدود الثلث للورثة كما هي جائزة لغير الورثة، أنظر في ذلك: د. عبد الرزاق احمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 127.

<sup>4</sup> - وقد اعتمدت المحاكم مثل هذا الحكم عملا بمقتضيات نص المادة 204 من قانون الأسرة في أحكامها التي منها ما قضت به محكمة الحراش، القسم المدني، تحت رقم 4540، بتاريخ 2009/10/15، جاء في المنطوق: "الحكم باعتبار الهبة وصية طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة وجعل نصيب المدعي عليهما في حدود ثلث الهبة وتوقيف الباقي على إجازة الورثة".

<sup>5</sup> - غرفة الأحوال الشخصية والميراث، رقم 219901، بتاريخ 1999/03/16، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 287

<sup>6</sup> - د. عبد الرزاق احمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 100 هامش 1

<sup>7</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 99

<sup>8</sup> - وذلك أحذا برأي الإمام مالك الذي جاء بتفصيل مفاده أن المال الموهوب للحمل يبقى موقوفا على ولادته حيا فإن تم انتقلت ملكية المال إليه وقبل عنه واز وليه فإن ات بعد ذلك انتقل المال لورثته أما إذا لم يولد حيا منذ حمله لم تصح الهبة وبقي المال لصاحبه الواهب يتصرف فيه كيفما يشاء: د. محمد حسنين: المرجع السابق، ص 543

<sup>9</sup> - نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري

إلا أن الوارد في النص القانوني حكم ملزم وان تأكد شرط الحياة للحمل، فغن النص يعمل والخلاف يرفع، لا سيما إذا تم تدقيق النظر في المادة 2/210 من نفس القانون، إذ يتيح مضمونها لنائب القاصر القانوني أي كانت صفته ولي قيم أو وصي، إن يجوز محل الهبة، وبالنتيجة فهو يقبل عنه بالضرورة، إذ القبول يسبق الحيابة عادة، ولو تأخر القبول كان الحوز قائما مقامه.

ويقوم مقام الحمل الذي تأكدت حياته، كل موهب له عديم التمييز، إذ يصح بنفس نص المادة المشار إليها أعلاه قبول النائب القانوني عن القاصر والمحجور عليه الهبة الموجهة إليهما والى كل من قام مقامهما، كما تتم الحيابة عوضا عنهم أيضا صحيحة من قبل نائبيهم القانوني، وبعد صدور حكم المحكمة ذلك أن التصرف لم يضح نافعاً للموهوب له نفعاً للموهوب له نفعاً محضاً، بل صار دائراً بين النفع والضرر وهو ما قد يصيب ماله بأضرار جسام، لا سيما إن كانت الهبة بعوض<sup>1</sup>

وإذا كان الموهوب له صبيا مميزا أو سفيها أو صاحب غفلة صح القبول منه، وعقد العقد وأنتج أثره دون حاجة للنظر في قبول الولي والوصي والقيم، متى كان العقد خليا من الشروط المقابلة أو ما يسمى بالبعوض في عقد الهبة، إذ مناط الأهلية المعتد بها لقبول الهبة وحيابة محلها التمييز، أما أن توفر هذا الأخير أي الشرط صار قبول الولي أو من قام مقامه شرط تمام لا شرط صحة لانعقاد عقد الهبة صحيحا بحميه آثاره، فضلا عن حكم المحكمة<sup>2</sup>

أما إذا كان الموهوب له راشدا لا يشوب رشده عارض ولا يعيب إرادته عيب، كان القبول منه وحده صحيحا وحيابة عليه ملزمة لتمام عقد الهبة المبرم معه، فإن كان غائبا صح منه توكيل وكيل<sup>3</sup> يقبل عنه إبرام العقد وحيابة محله عنه ولصالحه، عملا بمقتضيات نص المادة 1/210 من نفس القانون والتي جاء فيها: "يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله".

### ثانيا: خلو إرادة المتصرف من عيوب الإرادة في عقد الهبة

تثير مسألة خلو إرادة المتصرف في عقد الهبة من العيوب نظرا واختلافا، ولو كان طفيفا مقارنة بتأثيرها أو عموميتها على أطراف التعاقد، خاصة فيما يتعلق بعقود المعاوضة، فتظهر نتيجة لذلك في عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة، وهي قاصرة على عيب الغلط والاستغلال وعيب التدليس والإكراه.

<sup>1</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 105

<sup>3</sup> - د. محمد حسنين: المرجع السابق، ص 533

إن حدث ووقع الواهب غالطا في شخص الموهوب له صح له بعد اكتشافه غلظه أن يدفع بالإبطال، ولأن الغلط في عقد الهبة معتبر بشدة على غارا سائر عقود التبرع الأخرى نظرا لان المتبرع له ذو اعتبار جوهري وشديد في التصرف<sup>1</sup> فإن الاستجابة للدعوى الإبطال يجب أن تكون أولى مقارنة باستجابة القضاء للدعوى نفسها في عقود المعاوضة.

ثم إن للغلط في الباعث كما هو الحال للغلط في شخص المتعاقد الاعتبار الأمثل في عقود التبرع لا سيما الهبة منها، إذ يؤثر تأثيرا جوهريا في صحة الهبة أو عليها، ما يؤدي بالضرورة إلى إمكانية إبطالها بعد دفع الطرف المضار من الهبة ذات الباعث الغالط.

وإذا كان الغلط في الشيء الموهوب أو قيمته، فلا خلاف من حيث استجابة القضاء لدعوى الإبطال، نظرا لان الشيء الموهوب أو قيمته ليسا محل اعتبار في عقود التبرع بصفة عامة أو بالأحرى ليس بمنص التفرقة، فالواهب ما اكتشف الغلط الجوهري في الشيء الموهوب أو قيمته كان له أن يدفع بالإبطال لذات السبب، وعلى المحكمة أن تستجيب لدفعه متى وفر الأدلة على ادعائه، دون النظر في إمكانية وقوع الموهوب له في الغلط من عدمه<sup>2</sup>

ويمثل الغلط في القانون الصورة المقابلة للغلط في الوقائع والظروف المحيطة بالهبة، على اعتبار أن الغلط في القانون يؤدي بشرط إقامة الدليل إلى إبطال الهبة<sup>3</sup> اعملا للقواعد العامة والمواد ذات الصلة من القانون المدني.

## 2- عيب الاستغلال في الهبة:

والاستغلال من أكثر الصور التي تعيب إرادة الواهب في عقود الهبات<sup>4</sup>، والموهوب له يستغل في الواهب حالة نفسية منجليه في الميل أو الهوى<sup>5</sup>، فيباشر الواهب الهبات دون تمعن ولا تبصر في الأمور، وإذا أكد الواهب حالته التي كان عليها ان تصرفه بالوهب، جاز له المطالبة بالإبطال تأسيسا عليها<sup>6</sup>

<sup>1</sup>- د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشرعية الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 130.  
<sup>2</sup>- وبالرغم من أن المقتن الجزائري لم يدرج لمثل هذا نصا ولم يبين له حكما إلا أن الاطلاع على القوانين المقارنة يفسح المجال لإيجاد مثل هذا الحكم المنصوص عليه صراحة في المادة 2/147 من القانون المدني الكويتي والتي جاء فيها: "على أنه، في التبرعات، يجوز طلب الإبطال، دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله"، عن موقع [www.lawyerscastle.com](http://www.lawyerscastle.com)

<sup>3</sup>- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 109.

<sup>4</sup>- د. علي فيلاي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد علي فيلاي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون عدد طبعة، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997، المرجع السابق، ص 151 وما يليها

<sup>5</sup>- د. كمال حمدي: المرجع السابق، ص 165

<sup>6</sup>- ولقد ورد في المادة 1/160 من القانون المدني الكويتي: "في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال يكون للقاضي، بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو أن ينقص قدر المال المتبرع به وفقا لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية"

ولقد أورد بعض الفقهاء أمثلة على الهبات المعيبة بعبء الاستغلال وأدرجوا منها زواج امرأة ثرية طاعنة في السن من شاب في مقتبل العمر يبتز مالها عن طريق الهبات المستمرة<sup>1</sup>

ويتجسد أثر الاستغلال في الإبطال كقاعدة، متى كان التأثير في نفس الواهب بالجلي الجوهري وللقاضي حينها الفصل بالإبطال تأسيسا عليه، أما إذا وجد القاضي في الاستغلال قلة بحيث لم يكن الاستغلال لوحده مؤديا إلى الهبة أو على الأقل لم يكن مؤديا إلى تلك النسبة من الهبة، قضى بإنقاص الهبة إلى القدر الذي يزيل معه الاستغلال بالنسبة التي توفر فيها أو بها.

### 3- عيب التدليس في الهبة:

رغم أن المشرع الجزائري لم ينظم للتدليس في الهبة أحكاما ولم يسن له قواعد إلا أنها تبقى من أهم المبطلات أو المقيّمات للإبطال في مجال الهبات وتؤثر بجد في العطايا متى تحققت وتوفرت لها عناصر قيامها وتأثيرها<sup>2</sup>

والتدليس محل اعتبار أشد في عقد الهبة مقارنة بعقود المعاوضة لطابع التبرع الذي يطبع الهبة ضمن عقود التبرع المعلومة الأخرى، وإثباته لا يقتضي توفير كافة عناصره بل يكفي مجرد الكتمان أو مجرد الكذب<sup>3</sup>، فأبي منهما أثبت أدى إلى قيام حق الواهب في المطالبة بإبطال الهبة ولو لم يكن يملك فيها حق الرجوع، لقيامها على الغش من لدن الموهوب له أو من قام به لفائدته والغش يفسد كل شيء.

ومن ثم فإن أحقية المطالبة بإبطال الهبة تأسيسا على توفر التدليس في الهبة يقتضي إثبات مجرد كذبة أو كتمان لحقيقة تؤثر بجد في نفس الواهب لإقدامه حينها على الوهب وتؤدي تبعا إلى استحقاق المطالبة بالإبطال من قبله بعد إقامة الدليل على توفر التدليس.

### 4- عيب الإكراه في الهبة:

على غرار كافة عيوب الإرادة الآخر فإن المشرع الجزائري لم ينظم في عقد الهبة أحكام خاصة به، وهو ما يحتم إعمال الأحكام الشرعية، التي فيها أن الإكراه من أكثر صور عيوب الإرادة انتشارا في عقد الهبة<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 139

<sup>2</sup> - لقد تعرض له القانون المدني الكويتي ضمن نص المادة 1/154 والتي جاء نصها: "استثناء مما تقتضي به المادة السابقة، يجوز في عقود التبرع، طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضا نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الخيل منه"

<sup>3</sup> - د. كمال حمدي: المرجع السابق، ص 165

<sup>4</sup> - الإمام عبد الرحمن الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، تقديم: د. محمد بكر إسماعيل، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر

والتوزيع، مصر، سنة 1999، ص 252

وانه يستوي الإكراه بالتدليس في الهبة وفي غيرها من العقود في عدم اشتراط علم الموهوب له بالتدليس لما توفرت نفس الأسباب ونفس النتائج المتمثلة في أن كلا من الإكراه والتدليس عاملان ماديان ليسا خفيان كالغلط.

إلا أن للإكراه في عقود الهبات صبغة خاصة مؤداها كثيرا ما تبرز في الإكراه المعنوي الذي لا يعدو أن يتجلى في التسلط<sup>1</sup>، الاستهواء والاستغواء، وهي كلها صور مؤدية إلى نفس الغرض وهو الإكراه المعنوي الذي يؤدي إلى نفس النتيجة المتمثلة في الهبة غير الصحيحة من حيث المبنى الإرادي لها<sup>2</sup> والنتيجة من وقوع الإكراه في الهبة قابلية العقد للإبطال ولو لم يكن يملك الواهب المكره حق الرجوع هبته تلك لأن الإكراه يعدم الإرادة ولا هبة من دون إرادة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د. كما حمدي: المرجع السابق، ص 165

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 111

<sup>3</sup> - نص المادة 157 من القانون المدني الكويتي: والتي جاء فيها: "يجوز في التبرعات، طلب الإبطال، إذا كان الرضا بما قد جاء نتيجة الإكراه، دون اعتبار لمن صدر منه الإكراه".

## المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة في العقار

بعد التعرف على عقد الهبة في العقار وأركانها وشروط صحتها وجب التطرق في المبحث الثاني عن أحكام الهبة وذلك بتبيان كيفية تطبيقها على العقار.

### المطلب الأول: تسجيل وشهر عقد الهبة في العقار

مؤداه منه أن هذه الإجراءات بالغة الأهمية لنفاذها وتمكين الشخص الموهوب له بالتمتع بالعقار محل العقد على وجه صحيح، والتصرف فيه.

### الفرع الأول: تسجيل عقد الهبة في العقار

بعد أن يقوم الموثق بتحرير عقد الهبة التي يكون محلها عقارا يقوم بتسجيله على مستوى مفتشية التسجيل والطابع التابعة لمديرية الضرائب وذلك من أجل تحصيل ودفع الرسوم والتي يتطلبها تسجيل هذا العقد وتختلف الرسوم من عقد لآخر فمنها ما تكون ( الرسوم ) ثابتة ومنها من تكون نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد وهذا ما نصت عليه المادة 02 من قانون التسجيل وتحدد المادة التي تليها كيفية الرسوم على العقود فالرسم النسبي أو التصاعدي حسب المادة 04 من نفس القانون يطبق على العقود الناقلة للملكية وبالرجوع إلى طبيعة عقد الهبة في العقار فهو من العقود الناقلة للملكية مجانا فتحكمها قواعد المادة 231 من قانون التسجيل الحالي المتعلقة بنقل الملكية مجانا فتتص على أن الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى وبين الأزواج، تستفيد من الإعفاء من رسم التسجيل.

إلا أن هذه الرسوم تزيد وقد تنقص فكان التسجيل لسنة 1976 لا يعفي الهبات الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى وبين الأزواج من رسوم التسجيل فكانت تنص المادة 2/231 منه على: " غير أنه يحصل على الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول والفروع والأزواج رسم قدره 3% "

وتنص المادة 58 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل على وجوب تسجيل عقود الموثقين في أجل شهر واحد من تاريخ تحريرها ويتعلق الأمر بالعقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حق انتفاع<sup>1</sup> تحت طائلة العقوبات التأديبية التي تطبقها عليهم السلطات المختصة كما يكون على الموثق تسجيل العقود التي يجرها لدي مصلحة التسجيل والطابع التابع لها إقليميا وهذا بنص المادة 75 من

<sup>1</sup> - الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 والمتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 81 المؤرخة في 1977/12/18.

قانون التسجيل التي نصت صراحة على أنه لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم.

ويمكن تجسيد وظيفة التسجيل فيما يلي:

- تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.
- إثبات العقود العرفية، فالعقود العرفية التي يحررها الأطراف فيما بينهم دون تدخل من الضابط العمومي لا يمكن لها أي حجية على الغير في تاريخه ما لم يكن له تاريخ ثابت أي من يوم تسجيله.
- ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عمومي.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: شهر عقد الهبة في العقار

لقد اعتمدت أغلب التشريعات في العالم على نظام الشهر العقاري فهو يعتبر من أهم الأسباب التي تدعم الملكية العقارية، بحيث يكون حجة لصاحبه في مواجهة الغير، فمن خلال عملية الشهر يعلم المتعاقد الغير بالوضع القانوني للعقار المشهر، إذن فالشهر العقاري هو مجموعة الإجراءات والقواعد التي تحدد هوية العقار وشهره<sup>2</sup> ويعرفه مجيد خلفوني على أنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإرادة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها.<sup>3</sup>

وتنقسم أنظمة الشهر إلى قسمين هما الشهر الشخصي والشهر العيني وسنوضح كلا منها باختصار مع تبيان موقف المشرع الجزائري منها:

- الشهر الشخصي: وهو أول نظام أتبع في العصر الحديث ويعتمد هذا النوع على إعلان التصرفات بأسماء الأشخاص القائمين عليها بحيث لا يمكننا من خلاله معرفة الوضعية القانونية لعقار ما من غير أن نعرف صاحبه.

<sup>1</sup> - نورة منصور، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> - رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، (رسالة ماجستير) تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق 2009/2008، ص 08.

<sup>3</sup> - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 13.

ويتم ذلك بسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات إلى المكلف بالشهر.<sup>1</sup>

وسجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها.<sup>2</sup>

- الشهر العيني: فهو شهر التصرفات العقارية بالمحل ذاته، أي يشهر العقار ويكون لكل عقار بطاقة خاصة به ضمن السجل العقاري وتحتوي على وصف العقار مع تحديد موقعه ومساحته.

وأما بالنسبة للمشرع الجزائري فبعد الاستقلال كان قد أخذ بالقانون الفرنسي وذلك لصعوبة استحداث قوانين جديدة وبقي العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي وبالتالي بقي نظام الشهر الشخصي مطبقا في الجزائر.<sup>3</sup>

وباستحداث الأمر 75/74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي<sup>4</sup> نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني.

إلا أن المادة 27 من الأمر 75/74 قد جعلت من نظام الشهر الشخصي كوسيلة علاجية في حال عدم وجود مسح أراضي في أي بلدية.

مما سبق فإن الأهمية البالغة للشهر العقاري تتمحور حول إبلاغ وإعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار محل الإشهار ويعتبر الإجراء العقاري إجباريا في العقود الناقلة للملكية<sup>5</sup>، ويتولى المحافظ العقاري قبل شهر عقد الهبة مما يلي:

- وجود الوثائق المتطلبة قانونا ولاسيما العقد التوثيقي للهبة.

- التأكد من أن الواهب لديه سند ملكية تشهر بالمحافظة العقارية، تطبيقا لقاعدة الأثر النسبي طبقا لما جاءت به النصوص التشريعية المنظمة لأحكام الشهر العقاري.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - رويصات مسعود، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 62-63.

<sup>3</sup> - جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 46.

<sup>4</sup> - الأمر 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري معدل بالقانون 09/79 المؤرخ في 1979/12/31 المتضمن قانون المالية 1980.

<sup>5</sup> - نورة منصوري، المرجع السابق، ص 63.

<sup>6</sup> - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

- تقديم دفتر العقاري موضوع الهبة، إن كان هذا العقار من العقارات المشمولة بعملية المسح العام.
- تقديم أداة من أدوات التعمير إلزاميا إن كان هذا العقار موضوع الهبة عقارا حضاريا صالحا للبناء.

### الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالشكلية

مما سبق فقد رأينا الأهمية البالغة للرسمية وما يتبعها من إجراءات التسجيل والشهر و سنين في هذا الفرع الجزاء المترتب على الإخلال بالشكلية، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة.

فوجب الشكلية وإفراغ عقد الهبة في شكل رسمي خاصة إذا كان عقارا ليس بالأمر الهين إذ أن الإخلال به يؤدي به حتما إلى البطلان المطلق<sup>1</sup>

وبالرجوع للمادة 206 نت قانون الأسرة الجزائري فإن النص صريح في الفقرة الثانية من المادة المذكورة وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلب الهبة.

والقيود لمذكورة فيما يخص الكل هي الحيازة وأحكام قانون التوثيق في العقارات ...

ففي العقار يحتل شكل التبرع إذا لم يقم المتبرع له بمجوزته، وتوثيقه في ورقة رسمية. أو لم يتم شهره في المحافظة العقارية أو وثقت وكان العقد باطلا لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية.<sup>2</sup>

ويجوز للواهب أن يرفع دعوى بطلان كما بإمكانه أيضا أن يدفع به في حال قام الموهوب له برفع دعوى ضده، بالإضافة إلى هذا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان من ورثة أو خلف خاص.

وفي حال انقضاء دعوى البطلان بالتقادم للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار، لأن التقادم البسيط ولو كان حسن نية لا يترتب عليه ملكية العقار الموهوب ولا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم لأن الهبة الباطلة لا تصلح سببا صحيحا.

<sup>1</sup> - فريد هلال، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> - نورة منصور، المرجع السابق، ص 76.

### المطلب الثاني: كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار

لقد قسم أغلب شراح القانون المدني كفيات الرجوع في الهبة إلى قسمين هما الرجوع بالتراضي والرجوع بالتقاضي وهذا ما سنبينه في هذا المطلب.

#### الفرع الأول: الرجوع بالتراضي في هبة العقار

فإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يشكل إقالة من الهبة والتقاليل هو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين، ويعتبر التقايل عقدا يتم بإيجاب وقبول جديدين<sup>1</sup>، شأن العقود الأخرى ولا تتميز الهبة في ذلك عن باقي العقود.

فكما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان لإحداث آثار قانونية فكذلك قد ينقضي بإيجاب وقبول متطابقين، وإذا كان العقد الذي حصلت الإقالة منه كليا كالهبة والرهن الرسمي، فتمت بالإقالة بنفس الشكل الذي نشأ هذا العقد<sup>2</sup>

ويلاحظ أن التراضي 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 أو لم يوجد<sup>3</sup>.

ويقول مصطفى عبد الجواد الحجازي اشترط الرسمية في الإقالة من هبة العقار حتى يتمكن لأسرة الواهب والغير العلم برجوع المال الموهوب على ملك الواهب<sup>4</sup>.

وتعتبر هذه الحالة الوحيدة (التقايل) التي يسوغ فيها للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة بالتراضي بين الطرفين<sup>5</sup>.

أما عقد الرجوع في الهبة<sup>6</sup> من جانب واحد التي تحرر من قبل الموثقين استنادا إلى المذكرة الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الوطنية بتاريخ 1994/02/14 تحت رقم 626 والتي اعتبرت الرجوع في

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا: عقود التبرعات (الهبة، الوقف الوصية)، بدون عدد الطبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2004. حمدي باشا، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> - ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002/2001، ص 2.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح لقانون المدني (باقي العقود....)، المرجع السابق، ص 176.

<sup>4</sup> - ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 23.

<sup>5</sup> - عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 31.

<sup>6</sup> - نموذج عقد الرجوع في الهبة (ملحق 2).

الهبة هو حق مقرر على وجه الاستثناء للوالدين فقط، دون الرجوع للقضاء إذ يكفي التصريح بذلك أمام الموثق بإرادة منفردة إذا التمس أحد الوالدين من الموثق ذلك.<sup>1</sup>

ويقول حمدي باشا في هذا شأن بأن هذه المذكورة قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه ودليلنا على ذلك:

أن تأسيس المذكورة حق الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة بحجة استرجاع الواهب لأملكه يتم بنفس الإجراءات الشكلية التي تم بها التصرف يعد غير سديد.

لأن الهبة تتعقد بتطابق إرادتين ولا تتعقد بالإرادة المنفردة حتى يتم الرجوع فيها بإرادة منفردة ومن ثم فلا يجوز الرجوع فيها إلا بتوافق الإرادتين وإيجاب وقبول جديدين حتى يمكن للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة.

كما أن ما ذهبت إليه هذه المذكورة لا ينطبق على الهبة وإنما ينطبق على الوصية التي تعتبر تصرف قانوني صادر من جانب واحد مضاف إلى ما بعد الموت، لأن الركن الوحيد في الوصية هو الإيجاب الذي بصدوره ترم الوصية.

بحيث يمكن للموصي الالتجاء للموثق للرجوع في الوصية وذلك من دون الحاجة إلى موافقة الموصى له ودون الرجوع إلى القضاء وهذا ما نستنتجه من نص المادة 191 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

والرجوع في الهبة هو حالة استثنائية.

والمنطق في الحالات الاستثنائية يقضي أن يلتجأ الواهب إلى القضاء لاسترداد العين الموهوبة لأن مراقبة توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة من صلاحيات الهيئة القضائية التي تقوم ببسط رقابتها على الملف وهذا معنى الرجوع في الهبة في العقار بالتقاضي.

وهو موضوع العنصر التالي:

### الفرع الثاني: الرجوع بالتقاضي في الهبة في العقار.

ترفع دعوى الرجوع في الهبة إلى القاضي لفسخ عقد الهبة وجعل الهبة كأن لم تكن ويكون ذلك بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، أما إذا لم يتفق أحد الوالدين الواهب لابنه والابن الموهوب له

<sup>1</sup> - نورة منصور، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوقف الوصية)، المرجع السابق، ص 32.

وبما أن للوالدين على سبيل الحصر حق الرجوع في الهبة وهذا ما نلاحظه من خلال المادة 211 وما كرسته المحكمة العليا عندما اعتبرت أن المقصود بكلمة الأبوين الواردة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجددة إذ لا يحق لهذين الأخيرين الرجوع عن هبتهما لحفيدهما، وذلك عندما فصلت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2010/07/15 في الملف رقم 544347 وذلك بقبولها الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا.<sup>1</sup>

وأكدت المحكمة العليا هذا المبدأ عندما نقضت القرار المطعون في بتاريخ 2007/03/21<sup>2</sup> الذي قضى بجواز رجوع الجددة عن هبتها لحفيدها معتبرا الجددة بمثابة الأم.

إلا أن المادة 211 من قانون الأسرة التي أقرت هذا الحق قد قيدته أيضا بحيث لا يمكن للوالدين الرجوع في هبتهما لابنهما إذا ما اقترنت بأحد الأسباب التالية:

- إذا كانت من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت لضمان قرض أو دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه....
- كما أن الهبة بقصد المصلحة العامة لا رجوع فيها.

لذا سنتناول هذه القيود كمايلي:

#### موانع الرجوع في عقد الهبة في العقار:

إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له:

**1-** فإذا كانت الهبة قصد بها زواج الابن فإن الرجوع فيها يكون ممنوعا منذ صدورها لأن الأصل فيها هو مساعدة الولد على الصلاح فلا مجال فيها للرجوع خاصة وأن تكاليف الزواج بالنسبة للولد ستكون باهظة.

**2-** إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين:

كما يمتنع على الوالدين الرجوع في الهبة لابنهما إذا كان عليه دين أو اقترض قرضا وكان غير قادر على تسديد ما عليه إلا عن طريق هبة من أحد الوالدين ففي هذه الحالة لا يكون للوالدين حق الرجوع في هذه الهبة إلا عن طريق التراضي مه الموهوب له.

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا، العدد 1 سنة 2007، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 367996، بتاريخ 2006/06/14، ص 479.

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا، العدد 2 سنة 2006، الغرفة المدنية، ملف رقم 328682، بتاريخ 2006/02/15، ص 237.

### 3- إذا تصرف الموهوب له في الهبة أو ضاع منه أو غير في طبيعته:

فإذا تصرف الموهوب له في الهبة بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة فهذا التصرف يمنع الوالدين من الرجوع في هبتهما ويعتبر هذا الشرط بمثابة حماية لحقوق الغير حسن النية وذلك حتى يكون في مأمّن من الرجوع في الهبة ويشترط في هذه الحالة أن يكون التصرف كاملاً وقبل إبداء الرغبة في الرجوع.

أما إذا ضاع الشيء الموهوب أو هلك كأن يتهدم المتزل مثلاً فالعقار الموهوب قد خرج من يد الموهوب له وبالتالي لا يمكن له رده.

أما إذا قام الموهوب له بإدخال تغييرات على العقار الموهوب من شأنها أن تغير من طبيعته كأن يحول الأرض الزراعية إلى أرض صالحة للبناء وبناء منزل فوقها فهذا يمنع الواهب من استرداد هبته وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 153622 الصادر بتاريخ 1998/03/11 بقولها "حيث المستأنف عليهما أدخلا على المال الموهوب أعمالاً غيرت من طبيعتها وهي بناء ساكن... وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى قد وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة وإبطال عقد الرجوع في الهبة ما يتعين على المجلس تأييده في جميع تراتيبه.<sup>1</sup>

هذا وقد سبب قضاة الاستئناف قرارهم تسبباً صحيحاً وكافياً كما أنهم طبقوا المادة تطبيقاً سليماً.

### 4- الرجوع بقصد المنفعة العامة:

هذه الحالة من الحالات العامة التي لا يمكن الرجوع عن الهبة فيها سواء بالنسبة للوالدين أو بالنسبة للغير فإذا كان القصد من الهبة هو تحقيق منفعة للمجتمع كمن يهب عقاراً لبناء مسجد أو دار للأيتام أو غيرها فلا يمكن الرجوع في هبته في هذه الحالة وهو ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 116191<sup>2</sup> بقولها من المقرر أن الهبة للمنفعة العامة لا رجوع فيها.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف كورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/11، المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 72.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 116191، الصادر بتاريخ 1997/01/19، العدد 2، ص 114.

وأن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرًا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكًا للبلدية ولم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز الرجوع فيها.

مما سبق وبعدما عرضنا ما يمنع الوالدين من الرجوع في الهبة لولدهما فإن الموثق لا يمكنه من التحقق في الأسباب ولا يترك له التقدير كما لا يترك للواهب بل يراقبه في القضاء<sup>1</sup>، ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى إلى المحكمة ويشترط لصحة الدعوى أن تتوفر في المتقاضي شروط رفع الدعوى الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي باختصار الصفة والمصلحة والأهلية.

<sup>1</sup> - محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2009، ص 289.

# الفصل الثاني

الوصية وأحكامها في العقار

### المبحث الأول: ماهية الوصية في العقار

تعتبر الوصية من التصرفات التبرعية وهي على ذلك يمتد منها أثرها إلى ما بعد وفاة المتصرف فيها، فلا يكون أثرها حالي بل يمتد إلى ما بعد مدة مشروطة لاشتراط المتصرف فيها وإنما لطبيعة المعاملة نفسها، ولهذا التصرف أركان يقوم عليها وشروط يصح بها كما للتصرف بالايضاء أحكام تنشأ عنه.

#### المطلب الأول: تعريف الوصية وتمييزها عن التصرفات التي تشبهها

إن التعرض لتعريف الوصية لا بد أن يتم بالنظر في فحوى المصطلح لغة فاصطلاحاً ، ثم ان تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات التي تشابهها يقتضي تفريقاً عنها فيما هي تفترق عنها لطبيعتها الخاصة.

#### الفرع الأول: تعريف الوصية وبيان أنواعها

تعرف الوصية بخصائصها التي تختص بها عن غيرها من التصرفات القانونية الأخرى لا بما منها ما كان تبرعياً، ولاتحادها مع التبرعات في هذه الخاصية فبكون تمييزها عنها أولى من تمييزها عن كل التصرفات القانونية.

#### أولاً: تعريف الوصية

إن تعريف أي عقد من العقود أو تصرف من التصرفات يلزم النظر في تعريفه الاصطلاحي

أ- تعريف الوصية لغة:

تعرف الوصية لغة بأنها ايضاء فوصى الرجل أي عهد إليه، والوصية من الله إنما هي الفرض المحكم علينا، قال تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ " <sup>1</sup> أي فرضه عليكم، قال الأصمعي: "وصى الشيء يصي إذا اتصل"، وان من أسماء الايضاء الوصاية والوصاة والوصية، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت <sup>2</sup>

وللوصية في الشرع أسانيد كثيرة أهمها من كتاب الله قوله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " <sup>3</sup>، ومن

<sup>1</sup> - سورة الأنعام، الآية 151

<sup>2</sup> - محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري: ، المجلد الخامس عشر، ص 394

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 180

الحديث ما أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"<sup>1</sup>

### ب- تعرف الوصية اصطلاحاً:

الوصية في الاصطلاح: تعهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت"<sup>2</sup>، أضاف لها الإمام بن حجر: "وقد يصحبه التبرع"<sup>3</sup> وهي أيضا: "أمر بالتبرع بالمال بعد الموت"<sup>4</sup>، وهي: "تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع"<sup>5</sup>

وبعد أن عد المشرع الجزائري الوصية سببا من أسباب كسب الملكية في القانون المدني<sup>6</sup>، اختار أن يوافق تلك التعريفات الفقهية<sup>7</sup>، فعرفها ضمن المادة 184 من قانون الأسرة على أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ولم يكتف بذلك وإنما بين للوصية مقومات لا تفتأ أن تقوم عليها، وهي التي لا تعدو أن تبرز في:

- نية التنازل عن الملك للغير

- نية التنازل عن الملك تبرعا

- الحفاظ على منفعة الشيء مدى الحياة

وعلى تلك المقومات صرح المشرع الجزائري ضمن نص المادة 777 من القانون المدني التي جاء فيها: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

<sup>1</sup> - الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، بدون عدد طبعة، دار المعارف، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 355.

<sup>2</sup> - الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني: المجلد الثالث، الجزء السادس، نيل الأوطار شرح ملتقى الأخبار من أحاديث سير الأخبار دار الجيل بيروت، لبنان، 1255هـ، المرجع السابق، ص 142

<sup>3</sup> - الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: المرجع السابق، ص 355

<sup>4</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 414

<sup>5</sup> - د. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994، ص 230.

<sup>6</sup> - المواد من 775 إلى 777 من القانون المدني الجزائري

<sup>7</sup> - بل نقلها نقلا حرفيا عن بعض تلك التعريفات، انظر: الإمام محمد أمين بن عبد العزيز بن عبادين: رد المحتار على الدر المختار، الجزء الخامس،

الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، سنة 1325هـ، ص 427

ثانيا: بيان أنواع الوصية:

كما أن لجل التصرفات أنواع تبرز فيها وتنقسم عليها فإن للوصية نوعان تظهر فيهما، إذ كما قد تكون الوصية اختيارية كذلك تكون واجبة أو لازمة.

أ- الوصية الاختيارية:

تعرف بالاختيارية وهي المستحبة أو المندوب إليها شرعا<sup>1</sup> لأن ليس على المالك ما يلزمه بإيجابها أو القيام بها، وإنما الدافع إليها مجرد تحفيز معنوي مشروع، عدا ذلك فإن أي تصرف بالايضاء يتم على غير تلك الطريقة لا يعتبر صحيحا، لأنها لا تنشأ إلا عن طريق العقد الذي يبرمه صاحب الملك بإرادته التبرعية الحرة.

وتأخذ الوصية الجائزة حكمها الشرعي بحسب مصرفها، إذ يشترط لها أن تصرف لعمل من أعمال البر والإحسان، كأن يكون غرض الموصى منها نقل بعض من ملكيته للمساجد أو بيوت الأيتام أو لأحد الأقارب الذين لا نصيب لهم في الميراث مع حاجتهم للتملك أو خلافها من أعمال البر الصرفة.

ولقد أولى المشرع الجزائري هذا النوع ن الوصايا الأهمية البالغة حينما نص على تسميته ضمن العقود المسماة الناقلة للملكية في القانون المدني، فضلا على تخصيصه بتنظيم لأحكام في ظل النصوص القانونية التي خص بها الوصية خلال تعرضه لها في مواد قانون الأسرة، أين خصها بمجموعة من النصوص القانونية من 184 إلى 201 من قانون الأسرة.

ب- الوصية الواجبة:

تسمى بالوصية الواجبة لوجوبها من تركة المتوفى المالية، ولأجله فهي تسبق من حيث الترتيب الوصية الاختيارية وقسمة التركة لأنها من ذمة المتوفى ألزم من الميراث، أين اعتبرها المشرع الجزائري من الحقوق المتعلقة بالتركة واعتبرها نظاما خاصا أطلق عليه مصطلح التزويل<sup>2</sup>

ولقد أفتى بوجوبها بعضا من أهل العلم كطاووس بن كيسان والحسن البصري وابن حزم الظاهري، وقد ثبت أن طلحة والزبير كنا يشددان في الوصية وجوبا لغير ذي ميراث قريب<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د. مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار الوراق، الرياض، السعودية،

سنة 2001، ص 60، العربي بلحاج، الميراث والوصية، الجزء الثاني، ص 238

<sup>2</sup> - صالح جيجيك: التزويل في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 1997، ص 42.

<sup>3</sup> - د. أحمد دغميش: التزويل في قانون الأسرة الجزائري، بدون عدد طبعة، دار هومة، الجزائر 2009، ص 71 وما يليها.

وتماشيا مع تلك الآراء أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الوصايا وتناوله في نص المادة 169 من قانون الأسرة، فيما أورد له شروطه في المواد من 170 إلى 172 من قانون الأسرة.

وعلى ذلك يتبين أن المشرع الجزائري قد أورد تنظيم التزويل ضمن الأحكام التي من خلالها نظم المواريث فأخرجه من الوصية وأدرجه ضمن المواريث، بأن اعتبره منها

### الفرع الثاني: تمييز الوصية عن التصرفات المشابهة لها

بحكم تصنيف الوصية ضمن التصرفات التبرعية، فإنها قد تدنو بالشبه من بعض التصرفات التبرعية الأخرى لا سيما ما تناولها المقنن في قانون الأسرة بالتنظيم وبيان أحكامها، خاصة الهبة والوقف منها<sup>1</sup> فالوصية كالهبة تماما من حيث إبرامها بنية التبرع، إلا أنهما يختلفان في القانون الجزائري من أوجه عديدة تعتبر أهمها اختلافهما من حيث لزوم الهبة إلا استثناء، في الحين الذي لا تلزم فيه الوصية كأصل، إذ يؤجل لزومها إلى ما بعد وفاة الموصي<sup>2</sup> وهو ثاني معيار يفرق به بين الوصية والهبة لا تنتج آثارها بين الأحياء<sup>3</sup>

ثم إن الوصية في القانون الجزائري هي من التصرفات القانونية الناتجة عن إرادة منفردة، عكس الهبة التي تعتبر من العقود التي يلزمها قبول المتصرف معه لتنشئ وتكون ذات وجود قانوني وأثر.<sup>4</sup>

والوصية محددة في التصرف بها في حدود ثلث التركة التي يتركها الميت، وليس على الهبة قيد مثيل إذ يحق للواهب أن يهب كل ممتلكاته عينيا كانت أو منفعة أو دينيا لدى الغير<sup>5</sup> على ما هو وارد ضمن نص المادة 205 من قانون الأسرة.

وان الوصية كالهبة أيضا من حيث إبرامهما بنية التبرع، ورغم عدم اختلافهما من حيث إنهما تصرفان قانونيان لا ينشأن إلا عن إرادة المتصرف فيهما المنفردة إلا أنهما يختلفان في القانون الجزائري في لزم الوقف مقابل عدم لزوم الوصية، فضلا على أن الهبة من العقود العينية والوصية ليست إلا عقد رضائي.

<sup>1</sup> - محمد زهدود: الوصية في القانون المدني الجزائري، بدون عدد طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991، ص 45 وما يليها.

<sup>2</sup> - د. العربي بلحاج: شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 153

<sup>3</sup> - sylvie dibos-lacroux,op,cit,p27

<sup>4</sup> - محمد زهدود: المرجع السابق، ص 32-33

<sup>5</sup> - نفس المرجع، ص 53

وأن الوصية ناقلة للملكية على عكس التصرف الوقفي الذي لا ينقل الملكية وإنما يحبس حق الرقبة في الحين الذي لا يقع التصرف بخصوصه إلا على حق الانتفاع ولا يكون الانتفاع كما هو عليه الحكم في القواعد العامة وإنما هو انتفاع ذو طبيعة خاصة.<sup>1</sup>

هذا ولا يحد الوقف حد معين يمتنع الواقف عن تعديده في الوقف، إلا أن تم خلال مرض موت الواقف<sup>2</sup>، عكس ما هو عليه الحال في الصوية إذ لا تصح لغير وارث إلا في حدود ثلث التركة في الحين الذي لا تنفذ مطلقاً للوارث إلا أن أجازها سائر الورثة.

وكما تدنو الوصية بالشبهه مع التبرعات الأخرى التي تم تنظيم أحكامها ضمن نصوص قانون الأسرة، فإنها تدنو بنظام الإرث من حيث كونها من التصرفات المؤجلة إلى ما بعد موت المتصرف فيها، وهو ما يميز نظام الإرث بحيث لا ينشأ ولا تسري له آثاره إلا بعد وفاة المالك للمال، مما يستدعي تمييزها عنه تفادياً لكل لبس قد يقع أو خلط قد يشوبها فيدرجها ضمنه.

### المطلب الثاني: أركان الوصية وشروطها في العقار

لا يعتمد التصرف القانوني ولو كان ناتجاً عن إرادة منفردة إلا إذا وفرت له كامل أركانه ولا يصح إلا إذا تحققت له كامل شروط صحته، والوصية من تلك التصرفات فلا تنشأ إلا بتوفر أركانها ولا تصح إلا يتحقق شروطها.

### الفرع الأول: أركان الوصية والشكلية في العقار

رغم أن الوصية من التصرفات الناشئة عن رضا إلا أن نفاذها يستوجب تراضياً من لدن كلا طرفيها فضل عن شكلية معتبرة قانوناً ومعبرة عن النية.

#### أولاً- ركن التراضي في الوصية:

يلزم لركن التراضي في الوصية توفر إيجاب وقبول، هذا الأخير قد يتوفر في ركن التراضي في الوصية كما قد يتخلف، وذلك ما يؤدي إلى الكلام عن مكانته القانونية في الوصية ثم الكلام عن الصيغة التي تتم بها الوصية

<sup>1</sup> - منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 43 ما يليها

<sup>2</sup> - عبد العزيز محمودي: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، بدون طبعة، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، سنة 2006، ص

ولأجله يتضح من تصفح كامل مواد قانون الأسرة الجزائري بأن التصرف بالايضاء ينشأ عن إرادة وحيدة وهي إرادة الموصي، ولا ينشأ بها لازماً إلا أن تم تحقق شرط وفاة الموصي ولحقه قبول الوصية من دن الموصى له أو قبلها خلفه عنه، وهو الحكم الذي يتأكد بالرجوع إلى نص المادة 201 من قانون الأسرة<sup>1</sup> أين جعل وفاة الموصى له قبل وفاة الموصي مبطل للوصية، وكذلك لو ردها أي أنه لم يقبلها، فعدم القبول يؤول إلى البطلان.

فالوصية إذن من التصرفات القانونية غير اللازمة، ولما كان تخلف القبول يؤدي إلى البطلان صار القبول ركناً أو مقوماً من مقومات صيغة الوصية، لا سيما إن كان الموصى له محدد<sup>2</sup>

### • صيغة التراضي في الوصية:

لا يتم التراضي في عقد الوصية إلا إذا توفر له التعبير عن الإرادة بالايضاء المثلثة للإيجاب في الوصية، والقبول المطابق لها بالشروط التي حددت لغرضه، متى كان الموصى له محدد في المحرر بالايضاء. ولا يتم الإيجاب والقبول بالوصية إلا عن طريق التعبير عن الإرادة سواء كان ذلك باللفظ أو الكتابة والإشارة فضلاً على اتخاذ الموقف الذي لا يدع مجالاً للشك والتعبير الضمني أيضاً بما فيه من سكوت، لما هو وارد في طرق التعبير عن الرجوع ضمن نص المادة 192 من قانون الأسرة.

وكذلك القبول فإنه لا يشترط له لفظ معين إذ يكفي أي لفظ أو تصرف لإثبات قبول الوصية الموجبة إليه، بل أكثر من ذلك فإن الموصى إليه يكفي أن يسكت ليعتبر قابلاً للوصية، في حين يصح لكليهما أن يشير بأي إشارة يستشف منها إرادتهما المؤدية إلى إبرام الوصية إيجاباً أو قبولاً<sup>3</sup>

وعلى أساسه فإن المشرع الجزائري في المواد التي نظم من خلالها أحكام صيغة الوصية اعتمد على التعبير الصريح والضمني بحيث أقرهما كسبل تعبير عن الإرادة صالحان لإنتاج الآثار القانونية من الوصية بصلاحيتهما في إنشائها وهو ما نص عليه في المادة 197 من قانون الأسرة<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - والتي جاء فيها: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها"

<sup>2</sup> - د. العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 154

<sup>3</sup> - د. الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى دار الخلدونية،

القبة، الجزائر، 2008، المرجع السابق، ص 11

<sup>4</sup> - والتي جاء نصها كالاتي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"

ثم إن الرجوع إلى النصوص القانونية الأخرى لا سيما 191 و 192 من قانون الأسرة يثبت اعتبار المقنن وسائل التعبير عن الإرادة جميعها من كتابة ولفظ وإشارة واتخاذ سواء في إبرام الوصية أو في قبولها أو في الرجوع عنها

### ثانيا- الشكلية لإثبات الوصية في العقار:

تقتضي القواعد العامة في القانون والمبادئ الشرعية بعدم الاعتداد بالتصرفات أيا كانت ما لم يثبتها صاحبها بما يتناسب وطبيعة التصرف فيها وطبيعة محلها وما هو مشروط لإثباتها<sup>1</sup> ولقد أثبت الفقهاء بأن أقوى الوصايا إثباتا هي تلك التي يكتبها الموصي بيده ويمضي عليها ثم يشهد عليها شاهدي عدل ليصح نفاذها في حالة تحقق وفاته.

وعليه تتعدد وسائل الإثبات في الوصية إلى ثلاث درجات: أولها وأقواها من حيث الإثبات بها على الإطلاق تحرير الوصية على يد الموثق المختص أصلا بتحرير العقود، ثم تأتي الثانية والمتمثلة في الوصية المكتوبة المقبولة في القضاء للكشف عنها والمشهود عليها، ثم تأتي الثالثة والتي تنشأ بغير وسيلة الكتابة ويكون فيها للقضاء دور أهم<sup>2</sup>

### 1- الوصية الرسمية في العقار:

استنادا على ما سبق يتبين بأن الشكل المطلوب في إقامة الوصية لا يتجسد بالضرورة في الكتابة الرسمية لأن النصوص القانونية ذات الصلة كلها لا سيما المادة 191 من قانون الأسرة لا تلزم الموصي ولا الموصى إليه بأن يفرغا تصرف الايصاء في محرر رسمي.

بيد أن ارتباط الوصية في كثير من الأحوال بالعقارات والحقوق العينية يشكل لبسا، فهل يلزم ارتباط الوصية بالعقارات إفراغ الوصية في شكل رسمي؟ وهل يؤدي تخلف الكتابة الرسمية في الوصايا المبرمة على عقارات إلى بطلانها مطلقا؟

ولا سبيل للاستناد على النصوص من القواعد العامة في القانون المدني لا سيما المادة 324 مكر 1 منه والتي تجعل من الشكل الرسمي في الوصية بالعقار وسائر الحقوق العينية والحقوق العقارية الأخرى ركنا لا بد من توفره فيها حتى تنشأ تامة، وتختلفها يتخلف كل أثر للوصية.

<sup>1</sup> - يحي بكوش: الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكاتب، الجزائر، سنة 1987، ص 23

<sup>2</sup> - د. العربي بلحاج: الميراث والوصية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 244

ذلك أن الخاص يقيد العام، والرجوع إلى نصوص قانون الأسرة يلزم أعمالها نظرا لأن وسائل الإنشاء الواردة في نص المادة 192 من قانون الأسرة بمفهوم المخالفة، يجعل من القواعد الخاصة ملزمة من حيث تنفيذها على أحكام الوصية<sup>1</sup>

ولم تشترط المحكمة العليا في قرار لها مشهور شهر الوصية على ما للشهر من دور في تمام الشكل الرسمي، أين جاء فه: "تنتج الوصية، حتى ولو كانت غير مشهورة، أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له"<sup>2</sup>

## 2- تملك الموصي محل الوصية:

جاء ضمن نص المادة 184 من قانون الأسرة بيان بأن الوصية عقد من عقود التملك وبه يتأكد ان تملك الموصي محل الايضاء لازم للتصرف فيه عن طريق الايضاء، ولقد فتح المقنن الباب واسعا أمام الموصي في أن يوصي كل مال يدخل في ملكه وقت الايضاء أو بعده في حدود وفاته<sup>3</sup>

وفي الأحوال التي يكون فيها المحل محدد لا بد له أن يكون وقت الايضاء مملوكا للموصي ويستمر إلى وقت نفاذها بعد القبول متى كان لذلك محل، أن الوصية عقد غير لازم وحتى يلزم يجب تحقق شرط التملك وقت القبول بعد الوفاة<sup>4</sup>

ونهاية يتأكد أن الموصي لا بد له من تملك المال الذي يريد أن يوصي به بحيث يكون المحل من المحال التي تصلح لأن تكون من الأشياء المملوكة<sup>5</sup>، وهو ما يخلف على مظهرين، إذ لو كانت الوصية بمعين لزم تملكه للمال وقت الايضاء، أما إن كان المحل جزء شائع فإنه متملك افتراضا وتتم الوصية به وتصح، فيما تبطل إذا تصرف الموصي ايضاء في ملك غيره.

<sup>1</sup> - فضلا على المبدأ القانونية المفضي إلى أن لكل تقنين مصادره فكما للتقنين المدني مصادره فكذلك لقانون الأسرة مصادره أيضا وهو الشريعة الإسلامية، لما هو وارد ضمن نص المادة 222 منه

<sup>2</sup> - غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 413209 بتاريخ 2008/1/16، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2008، عن موقع:

[www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

<sup>3</sup> - المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>4</sup> - د. العربي بلحاج: الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 101

<sup>5</sup> - محمد زهدود: المرجع السابق، ص 74-75

### 3- مشروعية محل الوصية:

يجب حتى يكون محل الوصية مشروعاً أن يكون مسموحاً التعامل به قانوناً وجائز التعامل به شرعاً بحيث يتحقق فيه بداية شرط التملك والتمليك، ولقد نظم المشرع الجزائري مشروعية محل الوصية في بعض نصوص قانون الأسرة، وأولى الاختصاص فيها لقاضي الموضوع العادي<sup>1</sup>

ومن أهم معايير المشروعية المعلومة من الوصية بالضرورة نسبتها التي اشترط لها المشرع الجزائري تأسيلاً بالمذاهب الفقهية عدم تجاوزها ثلث مال الموصي حتى تصح منه، فحتى تكون الوصية مشروعاً إذن لا بد أن لا يتجاوز محلها ثلث الذمة المالية للموصي وعليه أكد المشرع الجزائري ضمن نص المادة 185 من قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود ثلث مال التركة..."

أما إذا تجاوزت الوصية ثلث التركة فلا تكون مشروعاً، إذ لا تكون منتجة لأثرها القانوني ما لم يجزها جميع الورثة أصحاب الحقوق في التركة<sup>2</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 185 من قانون الأسرة<sup>3</sup>، ومنه يتبين أن محل الوصية متى تجاوز الثلث فإنها تتوقف على إجازة الورثة وإلا عدت بلا أثر، وعليه أكدت المحكمة العليا في قرار لها، جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"<sup>4</sup>

وتأكد عدم مشروعية المال في الفقه الشرعي إذا كان المال نفسه وهو الذي يمثل ركن المحل في الوصية خمراً أو لحم خنزير أو وصية بمعصية أو لجهتها، أي لجهة معصية، كدور القمار والخمارات، والوصية لأجل قتل نفس أو حت لبناء مسج في أرض موقوفة، فكل هذه وغيرها من المحال غير المشروع في الوصايا<sup>5</sup>، ولا يصح الايحاء بها شرعاً، وقانوناً لمخالفتها النظام العام والآداب العامة.

<sup>1</sup> - قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 3358، تاريخ 2001/12/23، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، سنة 2003، ص 159، والذي جاء فيه: "ومن جهة أخرى فإن دفع المعارضة بانعدام صفة التقاضي بالنسبة للمستأنف عليها اعتماداً على أن الوصية مشبوه فيها، فإن هذه الوسيلة مرفوضة قانوناً لأن النظر في مشروعية الوصية يدخل ضمن اختصاصات الجهات القضائية العادية وليس من اختصاص القاضي الإداري، ومن ثم يتعين هذه الوسيلة كسابقتها"

<sup>2</sup> - وبذلك قال جميع الفقهاء على أن ما فاق الثلث من التركة ولم يجزه الورثة لم يقم له أثر بحيث اعتبر التصرف فيما زاد عن الثلث باطلاً أنظر: الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 427

<sup>3</sup> - التي جاء فيها: "...وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

<sup>4</sup> - غرفة الأحوال الشخصية، ملق رقم 166090، بتاريخ 1997/07/29، المحلة القضائية، عدد خاص، سنة 1998، ص 298

<sup>5</sup> - نفس المرجع، ص 322

ومن خصوصية مشروعية المال الموصى به أن لا يكون مستغرقا بدين بحيث لا يستوفي الموصى له شيء من الوصية على اعتبار أن الديون تسبق استحقاق الوصايا في تزيل التركة عن الأموال التي تخرج من الإرث، ولا تنفذ الوصية متى كانت مستغرقة بالدين إلا في حالتين:

- أن يبرئ الدائنون الموصي فتنفذ الوصية

- أن يقر الدائنون نفاذ الوصية قبل الوفاء بديونهم

ومن كله يتبين إن جزاء تخلف مشروعية ملح الوصية يؤول بالوصية الى بطلانها شرعا فقانونا، طالما أن ليس في قانون الأسرة ما يبين حكما مخالفا.

#### 4- تعيين محل الوصية:

لا يمكن الاعتداد بالمحل في الوصية إلا إذا كان معينا أو قابلا للتعيين، فلا تصح الوصية بالأموال غير المقومة، إذ يشترط للأموال أن تكون من تلك التي يحسن تقويمها أو تعيينها وتحديدتها وإلا فلا يصح التعامل بها ايضاء<sup>1</sup>.

وصلاحية محل الوصية للتقييم يختلف باختلاف ديانة الموصي والموصى إليه، فمن الأعيان المخالفة للنظام العام والآداب العامة غير المشروعة من ناحية تحديدها لا يصلح الايضاء بها بين المسلمين، وعلى خلافه فإنها تصلح بين غير المسلمين اذا لم تكن مخالفة لنظامهم العام ولا لآدابهم العامة<sup>2</sup>

وان من خصوصية محل الوصية قبوله لأن يكون مجسدا في الشيء الواحد بأن يعين الموصي للموصى له محل الوصية من بين شيئين فيوجهه لتملك أحدهما، أو أن يبقى له الخيار بين شيئين يملكهما الموصي، فيقوم الموصى له باختيار أحدهما بإرادته الحرة<sup>3</sup>

هذا ولا يعتبر في تقدير محل الوصية وقت إبرامها وإنما المعتبر وقت تحقق وفاة الموصى، لا سيما في الأحوال التي يتم الايضاء فيها بجزء أو نسبة من التركة كالثالث مثلا<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - د. مصطفى السباعي: أحكام الأهلية والوصية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 78

<sup>2</sup> - د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 127-128

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 322

<sup>4</sup> - د. كمال حمدي: المرجع السابق، ص 203

5- السبب في الوصية:

يفضي الرجوع إلى القواعد العامة من نظرية العقد إلى اعتبار أن السبب هو الغرض الالتزام وهو الهدف الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من التزامه<sup>1</sup>، وعلى هذا النحو يعتبر السبب في عقد الوصية مصرحا به ضمن النصوص القانونية التي نظم المشرع الجزائري خلالها أحكامها أين اعتبر السبب ضمن نص المادة 184 من قانون الأسرة غرض التبرع<sup>2</sup>

والتبرع عن طريق الايضاء مقصد شرعي مندوب إليه متى علم منه الثواب<sup>3</sup> ولقد أفاض الفقه الشرعي في بيان كنهه لما أقام عليه حكم الوصية برمتها فجعل منها الحرام والمستحب بحسب المقصد فيها، ولم يتوان في حصره في نية التبرع ليعرفه بها<sup>4</sup>

وقد يتحقق بعد نية التبرع التي برز في الصور الأنفة أن يتجسد السبب في الوصية ضمن شرط يشترطه الموصي على الموصى له بحيث يصبح مقصده من الوصية الشرط<sup>5</sup> وفي هكذا أحوال يكون الشرط الصحيح محل اعتبار بالالتزام من قبل الموصى له، وعليه أكد المشرع الجزائري في نص المادة 199 من قانون الأسرة<sup>6</sup>

ثم إن ليس لاختلاف الدين أثر على تحديد مفهوم للسبب أو تعريفه بحيث لا يؤثر اختلاف الدين في سبب الايضاء، فتصح الوصية ولو اختلف الدين كما جاء في نص المادة 200 من قانون الأسرة، ذلك أن العبرة بالغرض الذي من أجله أنشئت الوصية ولا عبرة حينها لديانه الموصي أمسلم كان أو غير مسلم.

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول، ص 338-339

<sup>2</sup> - جاء فيها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 317-318

<sup>4</sup> - الإمام عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 251

<sup>5</sup> - زهدود محمد: المرجع السابق، ص 60 وما بعدها

<sup>6</sup> - التي جاء فيها: "إذا علقت الوصية على شرط استحقاقها الموصى له بعد انجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط"

الفرع الثاني: شروط الوصية في العقار وإجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الوصية

أولاً: شروط الوصية

للوصية شروط تمام وصحة، ترتبط بداية بأهلية الأطراف فيها، كما ترتبط بعيوب إرادتهم

أ- أهلية الموصي:

اشترط المشرع الجزائري ضمن نص المادة 186 من قانون الأسرة في الموصي شرطان ارتبطا بالأهلية من حيث كمال العقل وبلوغ سن الرشد لديه، كما هي محددة في النص<sup>1</sup> ببلوغه تسعة عشر سنة كاملة يوم الايضاء.

وخلاف ذلك أي أن الوصية متى صدرت عن مجنون أو غير مميز<sup>2</sup>، لم يكن لها أثر اللبنة واعتبرت باطلة لعدم توفر ركن الرضا بها فيها، فالموصي أثناء إنشائه للوصية لا بد له من عقل راجح يميز به بين ما ينفعه وبين ما يضره فإن فعل وهو لا يمتلك تلك القدرة بطلت وصيته<sup>3</sup>

وكذلك لا تجوز شرعا وصية غير المسلم لاسيما إذا وصى بمحرم كالخمر مثلا، كما لا تصح وصية المرتد عند الشافعية<sup>4</sup> والمالكية<sup>5</sup> لأن لا مال له يوصي به فماله يحبس بمجرد رده فوصيته باطلة<sup>6</sup>.

ولأجله فإن وصية القاصر نافذة لما لها من أحكام خاصة لا سيما الرجوع منها، شأنها في ذلك شأن كل الوصايا التي لا تلزم إلا بعد وفاة الموصي، وليس للقاضي أن يتدخل إلا للنظر في تطبيق أحكام الوصايا العامة لا سيما عدم الايضاء بأكثر من الثلث، فإن تدخل القاضي ووجد في الوصية إجحافا بحق الورثة صح له أن يباشر سلطته بأعمال أحكام الوصية و فقط<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - المحددة والمشروطة ضمن نص المادة 186 من قانون الأسرة

<sup>2</sup> - وسن التمييز في القانون الجزائري 13 سنة كما جاء في نص المادة 1/42 من القانون المدني

<sup>3</sup> - د. العربي بلحاج: شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 165

<sup>4</sup> - الإمام عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 252

<sup>5</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 318-319

<sup>6</sup> - إلا أن تكون قرينة في الإسلام وفي ديانتها، أو قرينة في ديانتها وليست قرينة في الإسلام ففي حينها تكون صحيحة، أنظر: د. مصطفى الباعي،

أحكام الأهلية والوصية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 77

<sup>7</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 52

وبالرغم من خصوصية عدم لزوم الوصية إلا بعد وفاة الموصي، إلا أن عدم استمرار أهلية الموصي كاملة إلى حين وفاته ما لم يرجع لا يؤثر على الوصية بحيث تبقى ذات أثر ولزم بعد وفاته متى كان لذلك محل<sup>1</sup>

فضلا عن كل ما سلف فإن العارض الذي قد يؤثر على الأهلية بصورة أقل في الوصية بحيث ينقصها فقط، كالفقه والغفلة أو الحجر نتيجة لهما، فإن كل هذه العوارض لا تؤدي إلى بطلان الوصية لأنها أي الوصية من السفه وذو الغفلة تعتبر صحيحة ونافاذة<sup>2</sup>

ومنه فإن لا وصية باطلة إلا وصية عدس الأهلية كما وصية غير المسلم لشعيرة إسلامية، أما ناقصها أو كاملها فإن الوصية منهما صحيحة نافذة.

### ب- أهلية الموصى له:

أهلية الموصى إليه هي في الأصل صفة تتحقق فيه تخوله الاستمتاع من الوصية بما أوصى له به، وهي تبرز في نصوص المواد 187، 188، 189، من قانون الأسرة.

والموصى له يلزم أن يكون معلوما لأن المعين بالوصف أوسع من المعين بالتحديد، لأن الوصف أعم من التحديد أدق من الوصف كصفة الفقراء وكالتحديد بمحمد بن عبد الله، ومتى كان معينا كان وجوده مشروطا أما إذا لم يكن معينا فلا يشترط له الوجود<sup>3</sup>

ووجود الموصى له حقيقي أو حكمي، فوجوده حقيقة يتحقق بتمكن تعيينه وتحديد، وأما الحكمي فأهمه على الإطلاق الحمل الموصى إليه إذ يقوم مقام الموجود، فإن لم يتوفر وجود الموصى إليه حقيقة قام مقامه وجوده حكما<sup>4</sup>

وكما يشترط للجنين أن تتحقق فيه الحياة فكذلك يشترط للموصى له الحي وقت الايضاء أن تستمر له الحياة إلى حين تحقق وفاة الموصي، لأن وفاة الموصى إليه قبل وفاة الموصي يجرى الوصية من كل التزام بها وتعتبر لذلك باطلة لتخلف الموصى إليه بوفاة قبل وفاة الموصى<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 55

<sup>2</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 318-319

<sup>3</sup> - الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 56-57

<sup>4</sup> - د. العربي بلحاج: شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع السابق، ص 167

<sup>5</sup> - الإمام عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 257

وتبقى الوصية ذات أثر متى علم الموصي قبل وفاته وفاة الموصى إليه ولم يرجع فيها أو علم وقت ايصائه بوفاة الموصى إليه ففي هذه الحالة فقط يمكن للوصية أن تنفذ بسداد ديون الموصى له أو بإدراجها في ذمة الإرث لتقسم على ورثة الموصى له بعد وفاة الموصي<sup>1</sup>

والوصية لقاتل الموصي باطلة لما جاء في نص المادة 188 من قانون الأسرة<sup>2</sup> ولإعمال حكم القتل ل بد أن يعتبر القتل عدوان ولهذا شروطه<sup>3</sup>

- أن يكون القاتل بالغاً فإن لم يكن كذلك لا يعتبر فعله عدواناً لانعدام التمييز عنده فلا يؤخذ على فعلته ولا يمنع من الاستماع بالوصية.

- أن لا يكون في حد من حدود الله، إذ لو كان كذلك لما اعتبر القتل عدواناً كأن يقتل الموصى إليه الموصي تنفيذاً لحكم القضاء فإن هذا لا يعد من القتل العدوان.

- أن لا يوبن القتل بعدر، فإن كان سقط تكييف القتل بالعدوان كمن يفاجأ زوجته وهي تزني فيقتلها مع زانيها سقط معه المنع من الاستفادة من الايضاء.

### ثانياً: خلو إرادة المتصرف من عيوب الإرادة في الوصية:

#### أ- عيب الغلط في الوصية:

بما أن الغلط ذو التأثير في العقود هو ذلك الذي يكون بحد من الجسامة بحيث يؤثر في الوصية فقد صار لزاماً تصور تلك الحالات التي يتوفر فيها شرط الجسامة، ومن تلك الأغلاط الشائعة في عقد الوصية، الغلط في وجود ذوا حقوق في الوصية بحيث لا يعلم الموصي بأن له ورثة وكذلك الموصى إليه لا يعلم بأن للموصي ورثة فيشتركان في الغلط في الوصية، وكذلك الغلط في صفة الموصى إليه بحيث يعتبره غير وأرص فيتضح أنه وارث، والغلط بالوصية لليتيم الذي يتضح بعد الوصية أنه غير يتيم أو يوصي للأرملة التي يتضح بعد الوصية أن زوجها حي، والغلط في طبيعة الأرض فقط بحسبها الطرفان أرضاً صخرية وإذ بها ترايبية زراعية

<sup>1</sup> - وهو ما نعى إليه المالكية، أنظر: د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 319

<sup>2</sup> - وقد جاء فيها: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً" ولما فيه من موافقة للمذهب المالكي الذي أفتى فيه الإمام مالك بمنع القاتل العمد من أن يستفيد من وصية من قتله، أنظر: الإمام مالك بن أنس: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 411

<sup>3</sup> - الإمام محمد زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 57

والغلط، مهما كانت صورته التي تحققت في الوصية، إذا تأكد وقوعه وثبت تأثيره على إرادة الموصي فغن لهذا الأخير أو من قام مقامه من خلفه الحق في المطالبة بإبطال الوصية<sup>1</sup>، لا سيما في الأحوال التي لا يكتشف فيها غلط الموصي إلا بعد وفاته.

### ب- عيب الاستغلال في الوصية:

انطلاقاً من التأكيد على أن عيب الاستغلال وبالرغم من العنصر المادي فيه المفضي إلى عدم التساوي في الالتزامات بين المتعاقدين غير وارد في الوصية لخاصية التبرع فيها، إلا أن عنصره المعنوي كفيلاً بأن يجعله من أجل العيوب التي تلحق الإرادة التبرعية في التصرف بالايضاء نتيجة الحالة النفسية التي يكون عليها الموصي واستغلالها الموصى إليه بعد أن يعلمها منه<sup>2</sup>

ومن الصور التي تؤكد تأثر الحالة النفسية للموصي وبالتالي إرادته بالهوى أو الطيش، سعي المالك بالايضاء لشابه صغيرة تعد رجلاً طاعناً في السن بأن تتزوج أو أن تتزوج ابنة، أو يوصي بما لا يوصي به مثله عادة طيشاً بينا منه إسرافاً منه لماله وتبذيراً.

ولا تبرز أهمية ادعاء الاستغلال أمام القضاء والسعي إلى إبطال الوصية تأسيساً على إعادته لإرادة الموصي إلا عندما يتم هذا الدفع من قبل خلف الموصي بعد وفاته، فإن هذه الحالة تخول الخلف صاحب المصلحة أن يتقدم أمام المحكمة لادعاء الاستغلال وإثباته والمطالبة بإبطال العقد نتيجة توفره فيه.

### ج- عيب التدليس في الوصية:

يقوم التدليس في القواعد العامة على تضليل من قبل المستفيد من العقد على المالك حتى يبرم هذا الأخير عقده بإرادة معيبة قصداً من لدن المدلس أو من سعى لمصلحته<sup>3</sup>

ولأجله فإن تحقق عيب التدليس ممكن الوقوع في الوصية لأن الموصى إليه قد يستعمل طرقاً احتيالية يضيف على نفسه من خلالها صفة مثلاً يسعى الموصي إلى الايضاء لأمثالها كأن يبرز نفسه أمام الموصي فقيراً أو طالب علم أو رجل دين أو غير ذلك.

<sup>1</sup> - د. العربي بلحاج: شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 167

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 298

<sup>3</sup> - د. علي فيالي: الالتزامات، المرجع السابق، ص 124 وما يليها

ومنه فإن عيب التدليس إن نجح ذو المصلحة من خلف عام أو خاص كالدائنين مثلا في إثبات نشوء الوصية عن تدليس فإنه يصح له الادعاء قضاء ببطالان الوصية لذات السبب ولا يكون حينها للقاضي إلا أن يتمثل لحكم الظروف ويقضي ببطالان الوصية لعيب التدليس الذي نشأت به<sup>1</sup>

#### د- عيب الإكراه في الوصية:

لم يتناول المشرع الجزائري صراحة هذا العيب خلال تناوله للأحكام المنظمة للإرادة الموصية في عقد الوصية أين اكتفى في نص المادة 186 من قانون الأسرة على ذكر لزوم توفر الأهلية القانونية الشاملة لمبرم التصرف فقط.

ولأجله فإن الصور التي يمكن تصورها لإكراه الموصي على الايصاء دفعه لإبرام الوصية دون غيرها من التصرفات كأن يهدده بكشف ماضي هو يكتمه عن بعض أهله أو أن يهدده يفعل ارتكبه يعاقب عليه القانون، فهذه الصور وغيرها توقع في نفس الموصي الحالة النفسية المعيبة، إلى غيرها من الصور التي يمتلئ بها الجانب العملي بلا ريب.

ومن خصوصيات الإكراه في عقد الوصية أن الإكراه لا بد له من الاستمرار إلى حين وفاة الموصي، لأن الإكراه إذا زال قبل الوفاة للموصي أن يرجع عن الوصية، ولا يمكن الدفع بالإكراه أثناء حياته إلا من قبله ولا يكون له أثر إلا التعويض عن الضرر الناتج عن إيقاعه في الإكراه.

هذا وان الرجوع في الوصية للموصي مخول قانونا وهو له أيسر من الدفع بإبطال الوصية عن طريق الإكراه، بل يتصور الدفع بالإكراه من قبل الموصي متى انتفى عنه الإكراه وهو حي إلا إذا كان يحول دون ذلك حائل كالمرض العضال مثلا.

ثم إن لخلف الموصي بعد وفاته المطالبة بإبطال التصرف بالإكراه والقاضي متى تبين صدور الوصية عن أكره من الموصي أو من غير لزومه قضاء أن يحكم بإبطال الوصية لذات العيب.

<sup>1</sup> - ولقد جاء نص المادة 154 من القانون المدني الكويتي: "استثناء مما تقضي به المادة السابقة، يجوز في عقود التبرع، طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضا نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الخيل منه"

ثالثاً- إجراءات انتقال الوصية:

أ-تسجيل الوصية:

بما أن الوصية من السندات التي يحررها الموثق وبما أن قانون التسجيل أوجب على الموثقين تسجيل جميع السندات المحررة من طرفهم، فإنه يجب أن تسجل الوصية في مصلحة التسجيل والطابع، ذلك أن توثيقها يتم في حياة الموصي، لكن قد يتأخر تسجيلها إلى ما بعد الوفاة.

بعد التسجيل أول مرحلة من مراحل إجراءات نقل الملكية بعد ثبوت الوصية بمحرر رسمي، والتسجيل هو إجراء يتم من طرف مفتش التسجيل الذي يقوم بتسجيل جميع تصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطاءها ومنحها تاريخاً ثابتاً بعد النظر عن طبيعة محلها (عقار أو منقول)، مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل خلال الآجال القانونية، وفي حالة عدم الالتزام بالآجال المحددة للتسجيل تحدد عقوبات جبائية للمتسبب في ذلك.

يتم تسجيل الوصية على مرتين:

- **التسجيل العام:** يتم مع تسجيل التصريح بالتركة ( التصريح بالأموال التي استحقها الموصى لهم والورثة وانتقل ورثه إليهم بسبب الموت أو الوفاة)، وذلك خلال أجل سنة من وفاة الموصي أو المورث.

- **التسجيل الخاص:** هذا التسجيل خاص بالوصية فقط، ويتم خلال ثلاثة أشهر من وفاة الموصي بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصية.

مكان تعيين الوصية:

القاعدة العامة في مكان التسجيل أن يتم في مكتب التسجيل الواقع في دائرة إختصاص الموثق الذي أبرم السند، لكن المادة 80 من قانون التسجيل استثنت تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة من هذه القاعدة العامة، وأوجبت أن يتم ذلك في مكتب التسجيل التابع له محل سكن الكتوفي ( الموصي).

ب- انتقال الملكية في الوصية عن طريق الوفاة:

لقد أخذ المشرع كقاعدة عامة بمبدأ الأثر المنشئ للشهر الذي يقضي بأنه بغض النظر عن نوع التصرف القانوني الوارد عن العقار فإنه لا وجود للحقوق العينية العقارية إلا بإتمام الشهر العقاري.

يترتب عن ذلك أن الأصل أن التصرف المشهر تكون له الحجية الكاملة في إثبات الملكية فينتقل حق الملكية العقارية عن الشهر الذي يعد أساس وجود الحق وليس بناء عن التصرف القانوني ( المادة

16 من الأمر رقم 75/74 المتعلق بمسح الأراضي والسجل العقاري وكذلك المادة 793 من القانون المدني.

**استثناء:** فإن المشرع الجزائري استثنى من قاعدة الأثر المنشئ للشهر العقاري انتقال الملكية بسبب الوفاة والمتمثل في الميراث والوصية حيث تنتقل الملكية من يوم الوفاة وليس الشهر.

بما أن المشرع الجزائري لم يحدد في قانون الأسرة كيفية انتقال الملكية العقارية في الوصية، فإن ذلك يستوجب الرجوع إلى قواعد الشهر العقاري حيث تنص المادة 15 من الأمر 75/74 السالف الذكر على مايلي: " غير أن انتقال الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم الوفاة أصحاب حقوق العينية".

وبذلك جعل المشرع الجزائري انتقال الملكية عن طريق الوفاة للموصى لهم يتم بمجرد الوفاة وبالتالي لا تحتاج إلى أي إجراء شكلي ( الشهر ) ولا يلعب الشهر العقاري دوره المنشئ لحقوق، فالشهر هنا ليس أساس انتقال الملكية لأنه بوفاة الموصي تنتقل الملكية من يوم الوفاة بقوة القانون.

ولعل الحكمة من هذا الاستثناء هي تفادي تعارض أحكام الشهر مع أحكام الشريعة الإسلامية.

**ج- وجوب شهر الشهادة التوثيقية لإثبات التصرف في الملكية:** يكون على من انتقل له حق من الحقوق العينية العقارية بسبب الوفاة ( الميراث والوصية ) وجوبا أن يثبت ذلك بموجب شهادة توثيقية ( المادة 39 من المرسوم 76/63 المتعلق بالسجل العقاري ) حيث يشترط المشرع على كل وارث أو موصى له شهر حقه ( ملكيته ) كلما أراد التصرف فيه أو فيها، وذلك باستصدار شهادة توثيقية تثبت انتقال حق الملكية بسبب الوفاة ثم يتم شهرها بالسجل العقاري، فرغم أن المشرع جعل انتقال الملكية إلى الموصى له بمجرد الوفاة أي اعتبر الوفاة هي أساس وجود حق الملكية.

إلا أنه لا يستطيع التصرف في ملكيته مهما كان نوع التصرف إلا بعد شهره لشهادة توثيقية التي تثبت حق الملكية، وذلك طبقا لقاعدة الشهر المسبق المنصوص عليه في المادة 88 من المرسوم 76/63 السالف الذكر، والتي جاء فيها بأنه لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو قرار قضائي أو شهادة الانتقال عن طريق الوفاة تثبت حق التصرف أو صاحب حق آخر.

فالشهر في هذه الحالة انتقال الملكية عن طريق الوصية يعتبر شرعا للتصرف وليس شرطا لانتقال الملكية.

### المبحث الثاني: أحكام الوصية في العقار

ينتج عن التصرفات عموماً التزامات في ذمة المتصرف وأخرى في ذمة المتصرف له، بيد أن الطبيعة الخاصة للتصرف بالايضاء يجعل من الالتزامات مرتبطة بوثيقة العقار محل الايضاء بحيث تتخذ مظهر الالتزامات الناشئة عن الوصية والمتعلقة بالتنازل عن العقار أو الانتفاع به

فهذا وقد يؤدي عدم الالتزام ببعض تلك الالتزامات إلى إنتاج بعض الصور من صور انقضاء التصرف بالايضاء، فيما قد يؤدي بعض التصرفات الأخرى إلى نفس الأثر القانوني والمجسد في انقضاء التصرف، وهو ما يجعل من انقضاء التصرف نابع عن عدم التزام والتصرف ببعض الأفعال.

#### المطلب الأول: الالتزامات الناشئة عن الوصية:

حول العقار محل الايضاء تدور الالتزامات الناشئة عن الوصية، بحيث تتميز بين تلك المترتبة عن التنازل عن العقار الموصى به وبين تلك المترتبة عن الانتفاع بالعقار الموصى به.

#### الفرع الأول: التزامات التنازل عن العقار الموصى به

يلزم التنازل عن العقار الموصى به القيام ببعض الالتزامات العقدية حتى يدخل العقد محل النفاذ، وتلك الالتزامات دائرة بين تمكين الموصى إليه من الانتفاع بالعين الموصى بها إليه وبين عدم التعرض للموصى إليه في ذلك الانتفاع من العين

#### أولاً: الالتزام بنقل الملكية والتسليم في الوصية:

يقوم الالتزام بنقل الملكية عموماً وفي سائر التصرفات على المالك فقط أما في الوصية فإنه يقوم على غيره من خلفه، ولأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي فإن التسليم لا يمكن تصوره إلا من خلفه أيضاً.

#### أ- الالتزام بنقل ملكية محل الوصية:

لقد بين المشرع الجزائري في نص المادة 184 من قانون الأسرة بأن الوصية تمليك، أي أنها من العقود الناقلة للملكية، وبالرغم من أنه لم يبين مسألة الملكية كالتزام غير أنه عضد له باشتراط تملك الموصي للعقار الموصى به وهو ما يؤدي بالضرورة إلى القول بأن على الموصي أن يكون مالكا ويلتزم بنقل الملكية في التصرف بالايضاء.

ورغم أن الملكية في الوصية تنتقل بمجرد وفاة الموصي ما يعني أن لحظة انتقال المال الموصى به هي نفسها لحظة وفاة الموصي، لما جاء في نص المادة 15 من الأمر 75-74<sup>1</sup>، إلا أن ليس لأحد أن يدخل في ملك غيره ما لا يريد، فقبول الوصية بعد ذلك هو الذي يثبت الملك في ذمة الموصى له نهائياً<sup>2</sup>

ولأجله فإن على الموصى أن يبرم الوصية بالشكل المطلوب لها قانوناً<sup>3</sup> حتى يمكن القول بأن الموصي قد سعى لمباشرة إرجاء نقل الملكية منه إلى الموصى له، وما يكون على الخلف إلا إتمام الإجراء التزاماً عليهم من ذمة الموصي<sup>4</sup>

ولأن الأشكال القانونية التي تتم بواسطتها الوصية قد تتباين بين اللفظ والكتابة، فإن نقل الملكية لا يكون على الموصي إلا من باب نيته في الايضاء وسعيه نحو انجاز التصرف والإبقاء عليه وعدم الرجوع فيه طيلة حياته، فيما يقع عبئه على الخلف بعدم الاعتراض له وتيسير الإجراءات نحوه، إن تم عن طريق القضاء طبقاً لنص المادة 2/191 من قانون الأسرة، لأن تعرضهم له متى تم وفقاً للفقرة الأولى من نفس نص المادة غير متصور<sup>5</sup>

إذا كان محل الايضاء عقاراً أو حقاً عقارياً اشترط له المقتن الكتابة الرسمية الموصي نفسه، سواء تجسدت في الكتابة الرسمية أو العرفية أو غيرهما من الأشكال الشرعية القانونية التي اختارها الموصي لوصيته فيما لا تثبت الوصية قبل الغير إلا من تاريخ استيفاء الإجراءات القانونية التي تشكل في مجموعها ركن الرسمية، لا سيما الشهر منها

وذلك ما يعني على الأخص احترام نص المادة 16 من الأمر 75-74 والتي جاء فيها: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" ومن ثمة يكون لزاماً على الخلف

<sup>1</sup> - وقد جاء في نص المادة: "...غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"

<sup>2</sup> - سليمان محمدي: المرجع السابق، ص 196، الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 232

<sup>3</sup> - ص 129 وما يليها من هذه الرسالة

<sup>4</sup> - وهو من صميم تنفيذ الوصية التي عرفها الفقه بأنها: "قضاء ما خصصه الشخص من مال للغير، وذلك بإخراجه من تركته" وأسندها القانون للورثة عموماً، أنظر: نوال بن النوي: تنفيذ الوصية، تنفيذ الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010-2011، ص 487 وما يليها.

<sup>5</sup> - أين يقوم الموصى له بالسعي لشهر الوصية متى تعلقت بعقار أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب

كسب الملكية، الجزء التاسع، بدون عدد طباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص 237

بسعي من الموصى له أن يبادر شهر المحل الموصى به إليه، حتى يثبت له الظهور في مظهر المالك للمال الموصى به له<sup>1</sup>

### ب- الالتزام بتسليم محل الوصية:

يعتبر التسليم تمكين المستمتع من الوصية بمحل العقد تمكيننا لا يعكسه تصرف يؤدي إلى الإنقاص في الاستمتاع من العين الموصى بها إليه، وليس في قانون الأسرة ما ينظم أحكام تسليم محل الوصية، وهو ما لم يتم إغفاله في القواعد العامة من القانون المدني إذ ثمة ما يبين تلك الأحكام مع الاختلاف في طرق التسليم بحسب الاختلاف في المحال فيها<sup>2</sup>

قد ترد الوصية على عقار ولا تسليم للعقار إلا إذا أخلى موصي العقار للموصى إليه<sup>3</sup> وهذا الالتزام لا يتصور من قبل الموصي وإنما من قبل خلفه العام لأن التولية تقتضي إخراج الأثاث من المنزل مثلا، ثم تمكين الموصى إليه من العين وإعلامه بأن له الحق في تسلّم الشيء الموصى به إليه، فإن فعلوا فإن التسليم يكون قد تم.

فضلا عن ذلك فإن تسليم العقار قد يقتضي أيضا تسليم المفاتيح أو بعض الوثائق والمحركات كعقود الملكية، والاستئجار والرهن والتأمين متى وجدت، وهذا كله يكون على من حازه من الورثة أو غيرهم بعد وفاة الموصي<sup>4</sup>.

وقد يتم التسليم في كل الأحوال من لدن الموصي إذا كان التسليم بعد وفاته يستحق حكما، فللمالك مثلا أن يوصي بملكية محل تجاري كان قد أجره له قبل وفاته، ففي هذه الحال وأشباهها وبعد تحقق شرط الوفاة لا يتم التسليم ماديا وإنما حكما على أساس أن وضع اليد متوفر ولكن صفة الموصى إليه بعد وفاة الموصي تتغير من مستأجر إلى مالك ونيته كذلك تأسيسا على عقد الوصية المبرم من لدن الموصي.

<sup>1</sup> - وان كان بعض المؤلفين ذهبوا إلى عدم صحة أعمال نص المادة على الوصية ذلك أنهم لم يعتبروا الوصية عقدا، إلا أن المقتن الجزائري قد حل الإشكال في نصوص القانون المدني لا سيما بعد التعديل في 2005 بإدراجه لص المادة 123 مكرر التي جاء في فقرتها الثانية: "ويسري على التصرف بالإدارة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام..." أنظر: سليمان محمدي: المرجع السابق، ص 199 وما يليها، محمد هودو، المرجع السابق، ص 75

<sup>2</sup> - د. خميس خضر: عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1982، ص 164 وما يليها

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 167

<sup>4</sup> - لأن مثل هذه السندات قد تكون في محل تجاري مثلا ولا يمكن لغير من يداوم عليه أن يحصل عليها، وبافتراض أن المداوم للمحل هو شريك الموصي فلا يعتبر بحال وريثه وقد يجوز تلك السندات ويقع عليه تسليمها لمن عهد إليه بتنفيذ الوصية أو للموصى له مباشرة.

ثم إن الموصي أو خلفه متى أبرؤوا ذمتهم من التزام التسليم أو وفروا عنصر الإعلام بأن أعلموا الموصى إليه بأن الموصى به إليه تحت تصرفه يستمع متى شاء فإن المحل إذا هلك تحمل الموصى إليه تبعه هلاكه.

ولكن ليس للموصى إليه أن يرجع على الموصي، بأي شكل من الأشكال على الموصي إذا هلك المال بين يديه لعدم لزوم الوصية على الموصي، ومعلوم أن لزوم العقد هو الذي يستتبعه التزام نقل الملكية وتسليم العقار، وطالما أن العقد غير لازم في حق الموصي فليس عليه أن يعرض الموصى إليه إذا هلك بين يديه العقار ولو لم يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة عليه.

يستثنى من ذلك حالة اقتران الوصية بشرط استحقاق يلتزم به الموصى إليه، ففي هذه الحال فقط له الحق في الرجوع على الموصي أو خلفه بالمقدار الذي يوفي به قيمة الشرط الموفى من قبله.

#### ثانياً: الالتزام بالضمانات في الوصية

يلزم المبدأ القانوني العام كل من تعامل مع شخص آخر في علاقة تعاقدية ناقلاً ملكه إليه بان يلتزم بحاله بضمانات عدم التعرض والاستحقاق، ويضمن أن توفرت فيه عيوبه الخفية التي تؤثر في العين محل المعاملة، إلا أن طبيعة الوصية الخاصة كونها تبرعية أصلاً ولا تنفذ إلا بعد وفاة المالك فيما، فإن ذلك يثير استفهاما حول مدى التزام الموصي هذه الضمانات.

#### أ- ضمان عدم التعرض والاستحقاق

لم يتناول المشرع الجزائري أن عرضة لأحكام الوصية في قانون الأسرة لمسألة ضمان عدم التعرض وإلا الاستحقاق، بيد أنه فعل في القواعد العامة من القانون المدني<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني يتبين أن ضمان عدم التعرض والاستحقاق هما في الأصل ضمانات يلتزم بها المتصرف للمتصرف له نتيجة ما أنفقه المتصرف له من عوض للمال محل التصرف<sup>2</sup>، وهو ما يؤدي إلى القول باستقصاء هذه الضمانات جملة وتفصيلاً من عقد الوصية كونه تصرف تبرعي.

<sup>1</sup> - المواد 371 إلى 186 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - د. حميس خضر: المرجع السابق، ص 190 وما يليها

بيد أن من الأحكام ما يعيد الوصية ويدخلها في إطار العقود التي يلزم فيها المتصرف. تمثل هذه الضمانات، وتلك الأحكام تتلخص في أن الوصية قد تقترن لنفاذها زيادة على شرط وفاة الموصي بشرط آخر يلزم به الموصي الموصى له بتنفيذه حتى يتمكن من الاستمتاع بالمال محل الايضاء.

من ناحية أخرى فإن الالتزام بالضمان إنما يتحمله خلف الموصي عنه بعد وفاته، ولا يكون تحملهم لمثل هذه الالتزامات إلا من قبيل انتقال الملكية للموصى إليه، وبصفة أجلى من باب العوض الذي قد يؤديه الموصى إليه في إطار الشروط التي اشترطها عليه الموصي وفي حدودها.

وفي حدود الشرط العوضي المنفذ أيضا يتحمل الخلف ما استحق الغير من مال موصى به من قبل سلفهم للموصى إليه، وذلك ما يتم بتعويضه عما فاته من مال موصى به إليه يغطي قيمته الشرط المنفذ<sup>1</sup>

ويعتبر كل تعديل لأحكام الضمان مسموح به هالاً أن يغش خلف الموصي في دفعهم لغيرهم مثلاً للتعرض للموصى إليه مادياً، وفي هذه الأحوال يطبق المبدأ العام المفضي إلى أن الغش يفسد كل شيء وتقوم معه المسؤولية ويسقط كل تعديل لأحكام الضمان لا سيما المنقص منها والمسقط لها.

### ب- ضمان العيوب الخفية:

لم يتعرض المشرع الجزائري ضمن تنظيمه لأحكام الوصية في قانون الأسرة للضمانات التي يلتزم بها لمصلحة الموصى إليه، إلا أنه نظم أحكام ضمان العيوب الخفية في القانون المدنى ضمن إطار تنظيمه للقواعد العامة، ولقد تعرض بعض الفقه الشرعي لمثل هذا الضمان بما يعرف عندهم بالعهد<sup>2</sup>

ومن البديهي القول بأن ضمان العيوب الخفية لا يمكن أن يتحمله الموصي كما لا يمكن أن يلتزم به لوفاته قبل دخول الوصية حيز نفاذها، مما يؤدي بالقول إلى أن ضمان العيب الخفي في الوصية لا يتحمله إلا خلف الموصي من تركته جملة.

<sup>1</sup> - وان كان المقتن الجزائري لم يصرح بمثل هذا الحكم إلا أنه أضر له في تعديل 2005 حينما عمم أحكام العقود على التصرفات القانونية ضمن نص المادة 123 مكرر فقرة ثانية وما تعلق بضمان الاستحقاق، ثم إن القانون المدنى الأردني بين حكماً مثيلاً ضمن 568 من قانونه المدنى ربطه بالهبة جاء فيها: "لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة و غير عوض ولكنه يكون مسئولاً عن كل ضرر يلحق بالموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أما إذا كانت الهبة بعوض فإنه لا يضمن الاستحقاق إلا بقدر ما آداه الموهوب له من عوض ما لم يتفق على غير ذلك".

<sup>2</sup> - ولقد انفرد الإمام مالك بالقول بالضمان للعهد، والعهد أن يكون بالمال المتصرف به عيب موجود فيه منذ أمد، ولقد أقام بعض الفقهاء الضمان على بعض عقود التبرع لا سيما ما ارتبط منها بالعوض أو الشرط، أنظر: القاضي أبو الوليد حمد بن حمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: المرجع السابق، ص 536 وما يليها

والعيب الخفي كما هو معلوم من القواعد العامة تلك العلة إلى تكون موجودة في محل التعاقد قبل إبرامه دون أن يتمكن المتصرف له من علمها وتؤثر في المحل تأثيراً بالغاً<sup>1</sup>، وكل هذه الشروط ممكنة التحقق في محل الوصية، وإذا كانت الوصية قائمة من حيث نفاذها على شرط صح الدفع بهذا الضمان.

وعليه فإن العيب المؤثر بالعين يخول الموصى إليه الرجوع على خلف الموصي بمقدار الشرط المحقق الذي التزم به الموصى إليه ولا يكون الرجوع كما سلف إلا على تركة الموصي بصفتها الذمة المالية المخلفة للموصي لا على ذمة أي من خلفه<sup>2</sup>

إلا أن العيب الخفي الذي يكون بمحل الوصية قد يحدث أن ينشر عدوى مثلاً بين مجموعة أغنام كان يملكها الموصى له ففي هذه الحال يخول الموصى إليه الرجوع على خلف الموصي من ذمته المالية التي خلفها بعده للتعويض عن الأضرار التي لقت ماله نتيجة العلة التي نتجت عن العيب الخفي الذي كان موجوداً في المال الموصى به.

#### الفرع الثاني: التزامات الانتفاع بالعقار الموصى به

حتى تدخل الوصية حيز نفاذها وتخول الموصى إليه الانتفاع بالعقار الموصى به لا بد عليه من الالتزام بقبول الوصية بيد أن تنفيذ التزام القبول قد لا يكفي وحده لتنفيذ الوصية نظراً لأن الموصي قد يقرن نفاذها بشرط يثقل به كاهل الموصى إليه ينفذه قبل نفاذها لمصلحته فيلتزم بتنفيذ الشرط حتى يتسنى له الاستمتاع من المال الموصى به.

#### أولاً: الالتزام بقبول الوصية

قد يتخذ القبول طبيعة الحق في ظاهر الحكم نظراً لتعلقه بالانتفاع المطلق بالعقار الموصى به، إلا أن الأحكام التي تنظم القبول في الوصية يحوله من حق إلى التزام مطلق نظراً إلى حكم سبل القبول وتوقيت قبوله وآثاره الناتجة عنه.

<sup>1</sup> - د. حميس خضر: المرجع السابق، ص 228 وما يليها

<sup>2</sup> - وهذا الحكم ورد بالصريح فيما تعلق منه بالهبة ضمن نص المادة 571 من القانون المدني الأردني: "لا يضمن الواهب العيب الخفي في الموهوب ولو تعمد إخفاؤه إلا إذا كانت الهبة بعوض" وقياساً عليه إذ التصرفان تبرعياً، فإن ما يصدق على الهبة يصدق على الوصية إلا من حيث فترة لزوم ونفاذ كلا التصرفين.

حتى تنفذ الوصية لا بد على الموصى له أو من قام مقامه أن يقبلها، وقبول الوصية يعد التزام يقع على الموصى له الأوحد في الوصية الصرفة الحالية من الاشتراطات، إذ للموصى له إلا أن يستمتع بالمال الموصى به له بعد دخول الوصية حيز نفعها.

ويكون القبول على نفس السبل القانونية التي تمت بها الوصية، إذ كما يتم نشوء الوصية يتم كذلك قبولها، والوصية تنشأ بالإشارة واللفظ والكتابة واتخاذ الموقف، وقبولها كذلك يصح بالإشارة واللفظ والكتابة واتخاذ الموقف واليه صرح المشرع الجزائري ضمن نص المادة 197 من قانون الأسرة<sup>1</sup> ولا يكون قبول الوصية إلا بعد وفاة الموصي لأن لا أثر لقبول الوصية إذا تم قبل وفاة الموصي وهذا ما جاء في نص المادة 197 من قانون الأسرة<sup>2</sup>

وقبول الوصية كما هو التزام انتفاع في حق الموصي، كذلك يكون في حق خلفه متى توفي هذا الأخير ولم يبد للوصية قبولا بحيث يخول ورثة الموصى له قبول الوصية عنه، كما جاء في نص المادة 198 من قانون الأسرة.

والالتزام القبول يقيم إشكالا يرتبط على الخصوص بالأجل القانوني الذي يبقى خلاله خلف الموصي ينتظرون قبول الموصى له أو خلفه، وهذا ما لم يتطرق له المشرع الجزائري في خضم تنظيمه لأحكام الوصية في قانون الأسرة.

بالرجوع إلى الأحكام الشرعية والقواعد العامة القانونية يتضح بأن الأصل في إبداء القبول مقاربه للإيجاب<sup>3</sup>، وطالما أن القبول مرتبط بالفاتة فإنه يكون مقارب له، إلا بعض الفقه اجتهد في أن جعل لهذا الإشكال حلا أين حول الورثة الحق في مطالبة الموصى له بقبول الوصية أو رفضها فإن لم يرد اعتبر ذلك منه رفضا لها<sup>4</sup>

### ثانيا: الالتزام بتنفيذ الشرط:

خلافًا لما تعرف عليه الوصية بأنها من التصرفات التبرعية الصرفة فإن المالك الموصي فيها يقرها بشرط من الشروط التي من خلالها يفقدها طابع التبرع الخالص، ويجمعها من العقود الملزمة لجانبين وعقد

<sup>1</sup> - حيث نص على: "يكون قبول الوصية صراحة او ضمنا..."

<sup>2</sup> - جاء في نص المادة: "يكون قبول الوصية... بعد وفاة الموصي"

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 321

<sup>4</sup> - نوال بن النوي: المرجع السابق، ص 80

تبادلي في حدود لشرط المشترط، فلا يكون حينها أمام الموصى له إذا أراد أن يستمتع من العقار الموصى به إليه إلا أن ينفذ الشرط المشترط عليه من قبل الموصي.

والاشتراطات في الوصية كما هو معلوم مقترنة ومقيدة<sup>1</sup>، فأما المقترنة فهي التي تمثل الباعث من الوصية وهي التي تؤثر في صحتها وبطلانها، وأما المقيدة فهي التي ينظر في مدى صحتها هي فقط فإن كانت أنجزت بعد أن أُلزمت بعد أن أُلزمت وإلا بطلت وبقيت الوصية صحيحة<sup>2</sup>

ولقد تعرض المشرع الجزائري ضمن نص المادة 199 من قانون الأسرة لإلزامية الشرط المشترط من لدن الموصي إلى الدرجة التي ربط فيها استمتاع الموصى له بالوصية بالوفاء بالشرط<sup>3</sup>

والشرط غير الصحيح بحسب نص المادة لا يكون ملزماً، وهو كل شرط لا تراعي فيه مصلحة الموصي أو الموصى له أو مصلحة للغير غير مضره بغيرهم<sup>4</sup>، ولا تراعي فيه أحكام الشريعة ومبادئها، فالعبرة إذن في اعتبار الشرط صحيحاً تحقيقه لمصلحة وعدم تنافيه مع أحكام الشرع والنظام العم والآداب.

ومن ثمة فإن الشرط المقيد أن كان صحيحاً مشروعاً غير مخالف للنظام العام وجالب لمصلحة فإن الالتزام به يبقى ذو محل وأي إخلال به يحول دون استمتاع الموصى له بالمال الموصى به إليه، وان كان غير مشروع ومخالف للنظام العام ولا يدر مصلحة لأحد عد غير صحيح وسقط كل التزام به وأبطل واستمرت الوصية صحيحة نافذة.

### المطلب الثاني: انقضاء الوصية

يتحقق انقضاء الوصية عموماً بصور تستند بعضها على مبادئ عامة وبعضها على مبادئ خاصة، فمن الخاصة أن الوصية تحول باعتبارها عقد غير لازم للموصي فيها أن يرجع أن حياته على الوصية التي أبرمها، ومن العامة أن تتخلف بعض أركانها بما فيها عدم تطابق قبولها بإيجابها الذي يفرضي إلى انقضائها.

<sup>1</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 35 وما يليها

<sup>2</sup> - ولما سلفت الإشارة للشروط المقترنة فإنه يتبقى التعرض لشروط المقيدة لا من حيث صحتها أو بطلانها وإنما من حيث قوة الالتزام بها من عدمه

<sup>3</sup> - جاء في نص المادة ما يلي: "إذا علق الوصية على شرط استحقتها الموصى له بعد انجاز الشرط وإذا كان غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط"

<sup>4</sup> - نص المادة 4 من قانون الوصية المصري التي جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة الثالثة نصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط المقترنة به، وان كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت فيه قائمة، ولا يراعي الشرط أن كان غير صحيح والت مصلحة المقصودة منه. والشرك الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيًا عنه ولا منافياً لمقاصد الشرعية".

### الفرع الأول: حق الرجوع في الوصية

الرجوع في الوصية هو حق مخول للموصي نظري سعيه لتبرعه بماله برا منه وإحسانا، فيكون في حق الرجوع فترة طويلة وفسحة كبيرة تمكن الموصي من النظر في أحقية الموصى له للمال الموصى له من عدمه، ولكن حق الرجوع لا يمكن أن يكون بطرق تلقائية لا سيما وأن المشرع الجزائري نظم أحكاما لنشأة الوصية فلا يد إذن أن تزول بما أو يرجع من خلالها الموصي عنها، وخلافا لكل المعاملات يخول الموصي الرجوع عن وصيته بسبل ضمنية توسيعا عليه في الرجوع عنها.

#### أولا: الرجوع الصريح في الوصية

صرح المشرع الجزائري بتحويل الموصي حق الرجوع عن الوصية في نص المادة 192 من قانون الأسرة، وجعل من سبله القانونية الصريحة تتلخص في طرق إثبات الوصية، وطرق إثبات الوصية التي وردت ضمن نص المادة 191 من نفس القانون لا تعدو أن تبرز في المحرر الرسمي والحكم القضائي<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى أصناف العقارات التي تصح أن تكون محالا للوصايا واختلف إجراءات إثبات الملكية فيها ونقلها، فإنه يتبين ضرورة مراعاة تلك الأحكام لا سيما ما ارتبط منها بال رسمية، لأن الوصية التي تم بعقد رسمي لا بد لاعتبار الرجوع فيها ذو أثر أن يتم بنفس الطريقة القانونية التي تم بها الايضاء<sup>2</sup> أي بتحرير محرر رديف يثبت فيه الموصي رجوعه عن الوصية ليؤثر به على هامش عقد الوصية بالرجوع لدى مصالح الشهر العقاري<sup>3</sup>.

فيما يتضح بأن إجراء الشهر لا يبرح الوصية متى ارتبط الحكم القضائي بإثبات وصية على عقار ما دام أن الحكم يشهر لزوما فكل رجوع عن الوصية لا بد له من شهره إن كانت طريقة ذل.

فالرجوع عن الوصية إذن يصح بكل ما أنشأ الوصية صراحة لينقضها صراحة مثل ما هو القول الصريح بالرجوع عن الوصية<sup>4</sup>، وما قام مقامه من كتابة وإشارة وموقف لا يدع مجالاً للشك في فهم دلالاته.

<sup>1</sup> - جاء في المادة 191 من قانون الأسرة: تثبت الوصية، بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"

<sup>2</sup> - د. الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 31

<sup>3</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، بدون عدد طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1968، ص 238-239

<sup>4</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 200

فإن كان قولاً فإن الرجوع عن الوصية يكون معتبراً إذا صرح بأي من العبارات التي تفيد الرجوع عنها كقوله رجعت عن وصيتي أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان أو هو لورثتي من بعدي، فكل هذه العبارات صالحة للرجوع عن الوصية<sup>1</sup>

بيد أن من الأقوال ما لا يعتد به في الرجوع عن الوصية رغم أنه يفيد، وذلك ما يتحقق إذا قام الموصي بنفي الوصية كذباً بأن يجحد إبرامها أصلاً وهو كاذب، إذ الكذب لا يبطل العقود<sup>2</sup>

وبافتراض أن الموصي يصرح بأن الموصية التي أوصى بها لفلان هي بينه وبين غيره مناصفة مثلاً، فإن هذا يعد رجوعاً منه على شطر وصيته، بحيث يعتبر قوله ويفرض للموصي له الغير ما أوصى له به ويسقط عن الأول للرجوع، وهو ما يبين أن الرجوع قد يكون كلياً كما قد يكون جزئياً<sup>3</sup>

والتصرف الذي يستخلص منه الرجوع عن الوصية لا بد فيه من توفر شروط لا يمكن اعتباره من دون توفرها رجوعاً ضمناً عن الوصية، وتلك الشروط تتلخص عموماً في:

– أن تنشأ الوصية تامة صحيحة

– أن يتم الرجوع من قبل الموصي أو وكيله<sup>4</sup> وقبل وفاة الموصي.

– أن يكون بفعل مهلك للعقار هلاكاً تاماً أو ناقلاً للملكية نقلاً كلياً<sup>5</sup>

ولأجله فإن الرجوع الضمني عن الوصية لا بد له من أن يتم بإهلاكه<sup>6</sup> كلياً أو تغيير طبيعته تغييراً تاماً، أو إسقاط عنه اسمه حتى لا يستوي وصفه به، فإن كل تلك الأحوال تؤدي إلى الرجوع الضمني بحسب الفقه الشرعي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> – الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 486

<sup>2</sup> – الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 204، الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة،

المرجع السابق، الجزء السادس، ص 488

<sup>3</sup> – نفس المرجع، ص 487

<sup>4</sup> – د. الرشيد بن شويخ: المرجع السابق، ص 32

<sup>5</sup> – الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 205

<sup>6</sup> – ولا يستوي الهلاك الخارج عن إرادة الموصي مع الإهلاك الذي يتم بإرادته لأن ذلك لا يصح الاعتماد عليه في القول برجوع الموصي عن وصيته وإنما هو من أسباب بطلان الوصية التي سيتم تناولها لاحقاً

<sup>7</sup> – الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 486 وما يليها

خلاصة الحكم في هذا المقام أن كل تصرف يقوم به الموصي بإرادته ويؤدي إلى خروج محل وصيته من ذمته أو يجعل من الشيء محل الايضاء غير معين ولا محدد أو يجعل من تسليم الشيء غير ممكن، يعد من قبيل الرجوع الضمني الذي أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة من قانون الأسرة.

ومع التأكيد بأنه إذا كان الرجوع الصريح يصلح مع ك الأموال المنقولة والعقارية فإن الرجوع الضمني لا يصلح إلا على الأموال العقارية والمنقولة المعينة بذاتها أما المعنية بنوعها فلا يصدق عليها هذا النوع من الرجوع لأن بعضها يقوم مقام بعض، أما إذا فرزت وقام الموصي بالتصرف بما أفرز للموصى له فإن الرجوع يرد عليها.

وما يجدر توضيحه في هذا المقال أن رهن العقار الموصى له<sup>1</sup> أو إيجاره أو التنازل عن منفعه لفترة محددة، وأن الوصية على نفس العقار الموصى به سلفاً، لا يعتبر من بيل الرجوع عن الوصايا ضمناً لأن الموصى لهم في هكذا أحوال يتزاحمون على العقار الموصى به إليهم أو يأخذ كل واحد منهم نصيبه إذا حدد الموصي لكل منهم مصيباً<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: رد الوصية وبطلانها

إن الطبيعة القانونية الخاصة للوصية تقتضي بقاء العقار الموصى به مملوكاً للموصي ويستمتع به قبل أن ينتقل للموصى إليه خلال فترة قد يقع أثناءها ما يؤدي إلى بطلان الوصية برمتها ولنفس الطبيعة الخاصة أيضا يؤدي رفض الموصى إليه أو رده للوصية إلى عدم إحداثها لأي من آثارها القانونية.

#### أ- بطلان الوصية

تعرض المشرع الجزائري ضمن نص المادة 201 من قانون الأسرة لحالات بطلان الوصية أين حصرها في حالي وفاة الموصي له قبل وفاة الموصي، ورد العقار الموصى به من قبل الموصى له، ولم يتناول غيرها من أحكام البطلان العامة من تخلف للركن والصيغة المنشأة للتصرف مع أن كل ذلك يردى إلى البطلان أيضا.

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة 193 من قانون الأسرة: "رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية"

<sup>2</sup> - سليمان محمدي: المرجع السابق، ص 219

فإذا تخلفت في الوصية الصيغة المطلوبة لإنشائها بالشروط كاملة، لا سيما الأهلية منها<sup>1</sup> كما هو مصرح به في نص المادة 186 من قانون الأسرة، أو تخلف فيها محلها أو سببها أو كان هذا لأخير غير مشروع بطلت الوصية أيضا لتخلف ركن من أركان قيامها.

وإذا توفي الموصى له قبل وفاة الموصي فلم يتحقق شرط نفاذها كانت الوصية باطلة لا أثر لها، ذلك أن وفاة الموصى له قبل وفاة الموصي يخل بحكمها وبطبيعتها الخاصة المنقضية إلى عدم نفاذ الوصية إلا إذا تحققت وفاة الموصي قبل وفاة الموصى له.

ووفاة الموصى له يستوي فيها أ تكون مادية أو حكمية، لان العبرة بتحقيق شرط الوفاة هو التأكد من وقوعه، فضل على أن ارتباط استحقاق الورثة لورثتهم باستحقاق الموصى له لما أوصي له به كفيل لتأكيد استواء الحكم عند الوفاة الحقيقية أو الحكمية.

كما يستوي لبطلان الوصية علم الموصي بوفاة الموصى له قبل وفاته هو، وعدم إقدامه على الرجوع فيها، إذ إن وفاة الموصى له قبل الموصي وعلم الموصي بها وعدم إقدامه على التصريح ببطلان الوصية يحول الوصية من الموصى له إلى ورثته إلا أن يبادر الموصي بتأكيد اعتبار شخصية الموصى له في إبرام الوصية، فعندها تبطل الوصية<sup>2</sup>

وتكون الوصية باطلة بلا أثر في أحوال أخرى كما هو حال الوصية لوارث متى لم يجزها الورثة وحالة إحاطة الدين بكامل التركة مع وجود الوصية، ففي هذه الأحوال أيضا تكون فيها الوصية باطلة<sup>3</sup>

هذا ومن باب خلف العقار الموصى به وعدم مكن تسليمه، فإن الوصية تبطل إذا هلك المال هلاكا ليا ولم سلم للموصي له سواء كان الهلاك بين يدي الموصي أو بين يدي ورثته، إلا أنه إذا كان الموصي لا يحاسب على حرصه في محافظته على العقار فإن الورثة يحاسبوا على ذلك، لا إذا أثبتوا أنهم قد كانوا حريصين على العقار فلا يتحملون تبعه الهلاك، التي يتحملها الموصى له متى تم تسليم المحل له تسليما قانونيا<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - لأن الجنون المطلق للموصي يبطل للوصية إذا أخلل فترة ايضائه واستمر إلى حين وفاته، أنظر: سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 218

<sup>2</sup> - وهي الفتوى عند المالية، أنظر: د. العربي بلحاج: شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 168-

167

<sup>3</sup> - سليمان محمدي: المرجع السابق، ص 225

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 224

وبالرجوع إلى نص المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري يتضح بأن القاتل لا ينتفع بالعقار الموصى به إليه، ومن ذات القبيل أضافت بعض الاجتهادات القضائية وإلحاقاً بحكم القتل الشروع فيه فلا يستحق الشارع في القتل المال الموصى به إليه<sup>1</sup>

### ب- رد الوصية

بعد أن تطرق المشرع الجزائري لسبل التعبير عن الإرادة في حالة القبول ضمن صياغة المادة 198 من قانون الأسرة، بين ضمن المادة 201 من نفس القانون بطلان الوصية بردها.

وقبول الوصية أوردتها من حيث التصريح في الإرادة بما سواء إذ لما صح القبول صراحة وضمناً صح الرد بنفس طرق التصريح تلك، وكما هو حال القبول يتم الرد باللفظ الصريح والكتابة والموقف الذي لا يدع شكاً في الدلالة على مدلوله.

ورد الوصية لا بد أن يتم بعد وفاة الموصي لأن ردها قبل تحقق شرط الوفاة لا يعتد له بأثر<sup>2</sup>، وهذا الشرط لم يتعرض له المشرع الجزائري ضمن الأحكام التي نظم من خلالها أحكام الوصية في قانون الأسرة.

ثم إن الرد إذا تعلق ببعض العقار الموصى به دون غيره نفذت الوصية على الجزء الذي تم قبوله فيها وبطلت في الجزء الذي تم ردها فيها، وهذا الحكم غير صالح في كل الوصايا لعدم تماثيه مع العقارات الموصى بها، فلا يصح مثل هذا الحكم إلا في الوصايا ذات الأموال القابلة للقسمة وأما غير القابلة للقسمة فإن عدم قبول بعضها يؤدي إلى ردها كاملة<sup>3</sup>

ومن الأوقات التي لا بد للرد أن يتم خلالها، قبل صدور القبول، لأنه لو تم بعده لم يكن معتبراً لأنه صار في ملك الموصى له، ولكن إذا رضي ورثة الموصي تم لهم ذلك على أساس عقد آخر لا على أساس رد الوصية<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محمد زهدود: المرجع السابق، ص 73

<sup>2</sup> - جاء هذا الحكم من الناحية القانونية في نص المادة 2/24 من قانون الوصية المصري والمادة 1043 من القانون المدني الفرنسي

<sup>3</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 22-23

<sup>4</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، المجلد السادس، ص 438

مع الإشارة إلى أن العقار الموصى به يكون ذو تأثير إذ لو قبل الموصى له المال ولم يقبض صح منه الرد متى كان المال لا يستقر ملكه إلا بالقبض، أما إذا كان المال يستقر فيه الملك ولو لم يقبضه صاحبه فإن رده عليه مردود ولا أثر له.

وكل موضع تم فيه رد الوصية وصح رجوع فيه العقار الموصى به إلى تركة الموصي وصار إرثا يقسمه ورثته بحسب أنصبتهم<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، المجلد السادس، ص 438

# الفصل الثالث

الوقف وأحكامه في العقار

لا يكون إمام المالك للمال متى قصد التبرع به، ومتى أراد دوام الأجر منه، إلا أن يسعى إلى صيغة تبرعية تحقق له ذلك، بما فيها من استمرار لعنصر التبرع أبدا بدوام صرف ريعه تصدقا لأحوج فلأحوج من الناس.

وبه لا يكون أمام المتبرع إلا أن يفرغ تصرفه في صيغة الوقف الذي يخوله كل تلك الامتيازات، بحيث يمكنه من ضمان استمرار عنصر التبرع ما دام المال باق من جهة، والتدخل بإرادته في توزيع ريع ماله الموقوف ما دام هو باق في الحياة من جهة أخرى.

### المبحث الأول: ماهية الوقف في العقار

لا يمكن الإمام بمهية الوقف في العقار إلا من حيث التطرق لمفهومه ضمن سائر التصرفات الأخرى، فالتطرق لأركانه التي يتم بها وشروطه التي يصح بها

#### المطلب الأول: مفهوم الوقف وأنواعه

نظرا للطبيعة القانونية الخاصة بالوقف فإن الباحثين في بيان مفهومه ولا في بيان أنواعه.

#### الفرع الأول: تعريف الوقف

يقتضي التعرض لمفهوم الوقف تعريفه إلا أنه لا يغني عن بيان تكييف طبيعته القانونية الخاصة.

#### أولاً: تعريف الوقف

إن التعريف بالوقف يقتضي بداية تناول تعريفه لغة واصطلاحاً ثم الوقوف على مصطلحات يختص بها دون غيره من التصرفات الأخرى عن طريق شرحها

#### - تعريف الوقف لغة واصطلاحاً

يساهم التعريف اللغوي في كل علم على تحديد التعريف الإصلاحي، وإسقاطاً عليه يتحتم التعرض لتعريف الوقف لغة ثم اصطلاحاً.

#### 1- تعريف الوقف لغة:

الوقف في اللغة من الإمساك والقصر على الشيء كأن يقال: أمسك عن الكلام أي امتنع عنه، وقصر على الشيء أي خصه به أو خصصه له، ووقف الأرض على المساكين وفي الصحاح للمساكين وقفاً حبسها ووقفت الدابة والأرض وكل شيء فأما أوقف في جميع ما تقدم من الدواب والأرضيين وغيرهما فهي لغة رديئة، قال الجوهري: وليس في الكلام أوقفت الا حرف واحد أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه أي أقلعت<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري: المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 359

## 2- تعريف الوقف اصطلاحاً:

يعرف الوقف كما قاله ابن عرفة بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده"<sup>1</sup>، ويعرف الوقف أيضاً بأنه: "تحييس الأصل وتسييل الثمرة"<sup>2</sup> وهو أيضاً: "حبس العين عن تملكها لأحد من العباد، والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر"<sup>3</sup>

والحبس من أسباب الملكية الناقصة، لأن الواقف بتصرفه يفصل بين حق الانتفاع الذي يحبسه على جهة أو جهات معينة ومحددة وبين حق الملكية الذي يخرجها تماماً عن مجال التعامل، فيحول بتصرفه دون اجتماع الحقين بيد واحدة<sup>4</sup>

وسند الوقف شرعاً من كتاب الله قوله تبارك وتعالى: "واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون"<sup>5</sup> لدخول الوقف في أفعال الخير عموماً وقوله أيضاً: "يأيتها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض"<sup>6</sup> لدخول الوقف أيضاً في عموم الصدقات وأعمال التبرع في سبيل الله.

وسند الوقف من سنة رسول الله قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا مات العبد انقطع عنه عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"<sup>7</sup>

وأما عن السند القانوني للوقف فيتجسد في المادة 213 من قانون الأسرة التي جاء فيها أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق" كما أن من ذلك أيضاً ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 3 من قانون الأوقاف العامة 91-10 المعدل والمتمم<sup>8</sup> إذ أورد في

<sup>1</sup> - الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعييني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبأسفله التاج والاكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواقف، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص 626

<sup>2</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 185

<sup>3</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 8

<sup>4</sup> - نفس المرجع ص 8، مع الملاحظة بأن الحنابلة والشافعية يجعلون من الوقف نقل المنفعة من العين للمنتفع بها المحدد في التزام مع نقل ملكية العين محل الإبرام للموقوف له أو لهم بحسب الأحوال.

<sup>5</sup> - سورة الحج، الآية 77

<sup>6</sup> - سورة البقرة، من الآية 267

<sup>7</sup> - الإمام محمد بن إسماعيل البخاري: الأدب المفرد، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2009، ص 10

<sup>8</sup> - القانون رقم 91-10 ممضى في 12 شوال 1411، جريدة رقم 21 مؤرخة في 23 شوال 1411، الصفحة 690، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001 الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 29، سنة 2001، ص 7 إلى 10، والقانون رقم 02-10 المؤرخ في

14 ديسمبر 2002، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 83، سنة 2002، ص 3-4

نص المادة منه أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير" وكلا من النصين يصلحا لأن يعتبرا تعريفا قانونيا للوقف في القانون الجزائري بالرغم من اختلافهما في بعض المصطلحات، إلا إنهما يقيمان الوقف على عناصر ثلاثة وهي:

- حبس للمال عن التملك

- التأييد

- التصدق

### ثانيا: تكييف طبيعة الوقف وتمييزه عن حق الانتفاع

على اعتبار أن الوقف من التصرفات التبرعية ويرد أحيانا محدد الوجهة ومعينها فإنه يختلط بين التصرف الملزم لإرادة واحدة والملزم لإرادتين ويدنو الوقف من باب مغاير من حق الانتفاع القانوني الذي يجدر تفرقة عنه.

#### أ- تكييف طبيعة الوقف:

اختلف الفقه في إثبات الصفة العقدية<sup>1</sup> للوقف من عدمها، إذ منهم من اعتبره عقدا ومنهم من لم يعتبره إلا التزاما ناشئا عن إرادة منفردة، وذلك ما يفضي إلى الوقوف على اللحظة التي ينشأ فيها الوقف كتصرف قانوني لمعرفة طبيعته باعتباره تصرفا تبرعيا.

جمهور الفقهاء على أن الوقف الذي يحدد فيه الواقف جهة وقفه، يلزم فيه القبول من قبل من هو محدد له الوقف، فإما أن يقبل وإما أن لا يقبل، وفي هذه الحالة ينتقل الوقف على من هو محدد بعده كموقوف له، وهكذا حتى تنتهي الجهات المحددة في الوقف كموقوف لهم من قبل الواقف، فإن انتهت كلها دون قبول، رجع الوقف إلى الفقراء<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مع الأخذ بعين الاعتبار بأن مصطلح العقدية يطلق بمعنيين: الأول ذاك المعنى المتداول، والذي لا يقصد منه إلا تطابق إرادتين في تصرف ما، وهو المعنى الضيق، والثاني وهو المعنى الواسع لمصطلح لعقد، وهو ما يقصد منه كل تصرف بإرادة، سواء تطابقت فيه إرادتين أو لم تتطابق ولو تم

بإرادة منفردة، أنظر: الإمام محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1917، ص 51

<sup>2</sup> - د. عيسى زكي: موجز أحكام الوقف، الطبعة الثانية، العامة للأوقاف، لدولة الكويت، الكويت، سنة 1995، ص 9، د. وهبة الزحيلي:

الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 336

ورغم أن المشرع الجزائري لم يبين للمسألة حكمها إلا أن نصا المادتين 1 من قانون 02-10 من قانون الأوقاف<sup>1</sup> المعدل والمتمم و 222 من قانون الأسرة<sup>2</sup> تحيلان إلى الحكم الشرعي المبين أعلاه في إعماله ونفاذه من حيث العمل به والاعتماد عليه.

### ب- تمييز الوقف عن حق الانتفاع:

يعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية وينشأ كما تنص عليه المادة 844 من القانون المدني بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون، في الحين الذي لا ينشأ الوقف إلا بالتصرف.

وحق الانتفاع هو من الحقوق العينية، أما الوقف فهو من الحقوق الشخصية<sup>3</sup> نظرا لأن طبيعة الوقف تحول استحقاق الربح مباشرة، وإنما عن طريق الناظر إذ هو الذي يتدخل بسلطته في إدارة الوقف وتوزيع الحصص ويسأل مسؤولية مدنية وجنائية<sup>4</sup> إذا ارتكب نتيجة تأدية مهامه المناطة به مخالفة للقواعد القانونية أو شروط الواقف.

ولا يجوز نتيجة لما سلف بيانه متابعة المستفيدين في الوقف وإنما يتم متابعة الشخصية المعنوية للوقف عكس المتفعين الذين لا يصح متابعتهم قضائيا، إذ من مقومات الشخصية المعنوية الحق في التقاضي.

والمنتفع يرهن محل انتفاعه وله أن يهبه أو أن يؤجره لغيره أو أن يتنازل عنه، وأما الموقوف عليه فليس له أن يفعل ذلك كله بحيث ليس له أن يرهن ما يستحق من الوقف كما ليس له أن يتنازل عنه وان يهبه غيره، إلا أن يتنازل عن الربح بعد أن يستوفيه ويخرج من الوقف ليصير له لكا خالصا يستعمله أنى أراد وكيفما شاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - إذ جاء في الفقرة الثانية من نص المادة: يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية الممهول بها"

<sup>2</sup> - التي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

<sup>3</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 296، بالرغم من أنه قد تم الوقوف على رأي مخالف مفاده أن الوقف هو من الحقوق العينية غير أن موقفه هذا مؤسس على نص مادة لقانون دولته الداخلي ولا يعتبر ذاك النص معيارا يقاس عليه، أنظر: د. جاسم علي سالم الشامسي، مسائل قانونية في أحكام الوقف مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، المنعقدة بين 6 و 8 ديسمبر 1997، الطبعة الأولى، طبع على ذمة الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 1997، ص 9

<sup>4</sup> - القاضي حسن أحمد الحمادي: المسؤولية الجنائية لإدارة الواقف في قانون العقوبات الاتحادي، مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، المنعقدة بين 6 و 8 ديسمبر 1997، الطبعة الأولى، طبع على ذمة الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 1997، ص 4

<sup>5</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 296 وما يليها

لا ينتقل حق الانتفاع إلى الورثة، في الحين الذي ينتقل فيه أوقف بشرط الواقف للورثة لا بصفتهم ورثة ولكن بصفتهم موقوفا عليهم<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: أنواع الوقف

يتخذ الوقف عموما مظهرين يظهر من خلالهما، فكما يظهر في وقف خاص في أحوال يظهر أيضا في وقف عام في أحوال أخرى.

### أولاً: الوقف الخاص

يعرف الوقف الخاص على مفاهيم اتفق أصحابها كلهم على أن يكون فيها الوقف موجهها لخاص أو بالأحرى لذرية الواقف أو أهله، فسمي على ذلك بالوقف الأهلي أو الوقف الذري فضلا على تسميته بالوقف الخاص لدى البعض<sup>2</sup>

ولقد عرف المشرع الجزائري قبل إلغاء المواد القانونية المتعلقة بالوقف الخاص تعريفا له ضمن المواد التي نظم من خلالها الأوقاف<sup>3</sup> فقد جاء في نص المادة 2/6 ما يلي: "الوقف الخاص وهو ما يحسبه الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم" وبذلك يكون المشرع الجزائري في نص المادة تلك قد صرح ولاعتبار الوقف خاصا أن يوجه لشخص طبيعي مهما كانت درجة قرابته من الواقف ومهما كان جنسه ذكرا كان أو أنثى، فيما أضمر لمسألة الوقف على الشخص الطبيعي بداية حينما جعل من مآل الوقف الخاص إلى جهة خيرية.

ولكن المشرع الجزائري عدل بتعديله لقانون الأوقاف عن تعريف الوقف الخاص ضمن عدله عن بيان كافة أحكامه في إطار قانون الأوقاف العامة ليسند على القواعد العامة<sup>4</sup> في تنظيم الوقف الخاص كما تنص عليه المادة الثانية من قانون الأوقاف العامة.

<sup>1</sup> - زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 296 وما يليها

<sup>2</sup> - منذر عبد الكريم القضاة: أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010، ص 56-57

<sup>3</sup> - قانون 10-91 مع الإشارة إلى أن نص المادة المذكور أعلاه عدل بموجب نص المادة 3 من القانون رقم 10-02 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف.

<sup>4</sup> - وبالاستناد على نص المادة المشار إليها أعلاه يتبين أن القواعد العامة للوقف أو التشريع الساري مجسد في الأحكام المنظمة للوقف في قانون الأسرة، فيموجب تعديل قانون الأوقاف وتخصيصه بتنظيم الأوقاف العامة أحيل تنظيم الأوقاف الخاصة على أحكام قانون الأسرة

ومنه يمكن القول بأن الوقف الخاص هو ذلك الوقف الذي يسبل الوقف ثمرة ملكه فيه لشخص طبيعي ابتداءً، مع حبس العين عن التملك مطلقاً على الشخص الخاص كما على الشخص العام، أو بالأحرى على الشخصين الطبيعي والمعنوي.

### ثانياً: الوقف العام

بمفهوم مخالفة تعريف الوقف الخاص يمكن تعريف الوقف العام بأنه ما لم يكن ذرياً ولا أهلياً فلا يسمى بالوقف الذري ولا بالأهلي بحيث يوجه لمنفعة عامة أو غير أهل الوقف، فيسمى لأجله لا لوقف الخيري على تسميته بالوقف العام<sup>1</sup>

وقد عرف هذا النوع من الوقف على أساس بداية وجهته من لدن بعض الفقهاء فاعتبروه: "ما صرف فيه الربيع من أول الأمر إلى جهة خيرية"<sup>2</sup> فالوقف الخيري عندهم يقوم به الاعتداد كلما صرف ريع مالك واقف إلى جهة خيرية كأول موقوف عليه.

وعلى نفس الأساس أيضاً جاء المشرع الجزائري في مادته السادسة من قانون الأوقاف العامة بتعريف للوقف العام على أن: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات...".

فأما الوقف العام المحدد بحسب صياغة المادة: "وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفاً عاماً محدد الجهة، ولا يصح صفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ"، فهو ما حدد الواقف فيه جهة الخير التي يوقف عليها بداية في الوقف، وأما الوقف العام غير المحدد فهو: "توقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراه الواقف فيسمى وقفاً عاماً غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات"، ما يعني أن الوقف العام غير محدد الجهة الموقوف عليها هو ما لم تحدد فيه تلك الجهة بداية في الوقف.

خلاصة، يعتبر الوقف العام كل وقف تم التصرف فيه نحو شخص عام ولمصلحة عامة، قد يكون محددًا متى حدد فيه الواقف وجهته منذ أن أنشأه، كما قد لا يكون محددًا متى لم يحدد فيه الواقف وجهته منذ أن أنشأه.

<sup>1</sup> - منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 56-55

<sup>2</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 13

### المطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه في العقار

إن الوقف باعتباره تصرف قانوني تلزمه بعض الأركان التي يعتبر بتوفرها جميعا ذو وجود قانوني ، كما تلزمه بعض الشروط التي يعتبر بتوفرها جميعا نافذا على صحة

#### الفرع الأول: أركان الوقف في العقار

لا تعدو أركان الوقف بحسب ما جاء به المشرع الجزائري في بيانه لأركان الوقف ضمن المواد من قانون الأسرة وقانون الأوقاف العامة تلك الأركان المرتبطة أساسا بأطرافه والصيغة التي يعقدان بها الوقف، وكذا محله وسببه كأركان عامة ترتبط بها كافة العقود القانونية وجودا وعدما

#### أولاً- الواقف:

هو الشخص المعني يجب أن يكون أهلا للتبرع إذ اعتبر وقف الصبي صحيح البتة سواء كان ذلك الصبي مميزا أو غير مميز<sup>1</sup>، ولم يصرح بصحة الوقف الناشئ عن الصبي ولو تم بإجازة الوصي، وفيه بيان على أن الوقف المباشر من المالك الذي لم يبلغ سن التمييز باطل.

والوصي هنا حاله أشبه بحال الولي والقيم، لأن إجازتهم لا تجعل من التصرف الباطل صحيحا نظرا لطبيعة التصرف ذاته، والوقف من التبرعات، ومعلوم أن التبرعات تقتضي عموما أهلية خاصة بها، ولا يصح لغير المالك التصرف فيها، ومن ثمة يكون كل تصرف يقوم به نائب الصبي أو من قام مقامه من ناقصي الأهلية باطل بطلانا مطلقا ولا مجال لإجازته ليضحي صحيحا، ولو أدن بذلك القاضي<sup>2</sup> وألحق المشرع الجزائري بتلك الأحكام حكم الجنون والسفه والعتة<sup>3</sup>، فضلا على الحجر<sup>4</sup>، ولم يقر صحتها بل سار إلى بطلانها بالإطلاق<sup>5</sup> في المواد 31 و 2/10 من نفس القانون، مستثنيا حالة الجنون

<sup>1</sup> - ولقد أكد على ذلك جمع ممن كتب في الوقف:، أنظر: د. أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الشافعي، بدون عدد طبعة، دار

الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر ، سنة 1994، ص 310، د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 26

<sup>2</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 27

<sup>3</sup> - وقد جاء في نص المادة 80 من القانون المدني ما يلي: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال، كل تصرف عين من أجله مساعدا قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تقييد قرار المساعدة"

<sup>4</sup> - وبالرغم من أن المقتن الجزائري لم يذكر حالة ذي الغفلة إلا أنه تطبق عليه نفس أحكام السفه لأن حكمهما في التبرعات والمبادلات سواء

<sup>5</sup> - موافقة بذلك للقواعد العامة القاضية ببطلان تصرف المحجور عليه والتي جاء فيها لا سيما المادة 77 من قانون الأسرة: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"

والمادة 1/40 ن القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد وتمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

المتقطع التي أقر صحة الوقف فيها متى كان الواقف مباشرا وقفه في حالة إفاقة، على أن يكون ذلك مؤكداً بدليل<sup>1</sup>

عل المقنن بعدها إلى حالة من حالات الموانع وهي حالة المديونية، فمتى كا الواقف مدينا ووقف كامل ماله واقترن ذلك بمرض موته قام لدائنيه الحق بصريح نص المادة 32 من قانون الأوقاف أن يطالبوا بإبطال الوقف تأسيسا على تلك الأوجه.

زيادة عليه فإن المقنن صرح بالإحالة على مقتضيات نص المادة 204 بالمادة 215 من قانون الأسرة والتي تحول الوقف متى تم في مرض الموت إلى وصية، فإن كل وقف مهما كان يتحول حكمه إلى حكم الوصية إذا كان خلال مرض الموت، وعلى ذلك يصح إبطاله على أساس الوقف وتحويل أحكامه من أحكام الوقف إلى أحكام الوصية<sup>2</sup>، بحيث لا يسري الوقف أن تم في مرض الموت إلا على ثلث مال الواقف فقط، ولا يتعداه إلا بإجازة الورثة، أو الدائنين الذين خولهم القانون المطالبة بإبطال الوقف كما هو وارد في المادة 32 من قانون الأوقاف العامة.

ولقد أكدت المحكمة العليا مثل هذا الحكم في قرار لها جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية"<sup>3</sup>

وهو الذي يعمده الفقه الشرعي<sup>4</sup> خاصة في حالة الوقف على الأعيان أين يكون الوقف على غير وارض، ففي هذه الحالة إذا لم يتجاوز الوقف ثلث المال كان الوقف صحيحا.

### ثانيا- الموقوف له:

وفقا للمادة 13 من قانون أوقاف لا تشترط الأهلية الكاملة، وإنما يصح أن يكون الموقوف له غير راشد إذ أهليته ليست مناط نظر بالغ على اعتباره مستفيدا من التصرف ومغتني منه لا مفتقر، فهو أي التصرف نافع له نفعاً محضاً، وعلى أساسه يصح أن يكون الموقوف له صبيا مميزا فهذا يصح منه القبول بالرغم من عدم بلوغه سن الرشد كاملة نظرا لتحقق المصلحة المطلقة له في الوقف له<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 31 من قانون الأوقاف العامة على: "...أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتما عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

<sup>2</sup> - وبه فإن إحكام الوقف تتحول إلى أحكام الوصية لا سيما من حيث نفاذه على اعتبار أنه لو كان لوارث لم يصح إلا بإجازة باقي الورثة ولو كان لغير وارث لم يسر إلا في حدود الثلث وما زاد عليه فإنه يخضع بدوره لإجازة الورثة، محمودي عبد العزيز: المرجع السابق، ص 55-56

<sup>3</sup> - غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23، المحلة القضائية، عدد خاص، سنة 1993، ص 320

<sup>4</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، مجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 337

<sup>5</sup> - نص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري

أما إذا كان التصرف لصبي غير مميز فإنه يقتضي أن يتولى القبول عنه نائبه القانوني، فالوقف لعديم التمييز يصح سواء كان الموقوف له قاصر أو محجور عليه، ولكن لا بد أن يتولى القبول عن غير المميز وليه<sup>1</sup>

وبالرغم من اشتراط القبول في الوقف الخاص في المبادئ الشرعية كما تم بيانه، إلا أن الوقف على الجنين في بطن أمه صحيح قانونا وجائز شرعا لأن المشرع الجزائي لم يفصل في المسألة على عين التحديد ضمن قواعد خاصة، بيد أن الفقه المالكي يجيز التعامل للغاب والمعدوم<sup>2</sup>، ويشترط لصحة الوقف على الجنين في بطن أمه أن يستهل بعده صارخا، لتقبل عنه أمه أو وليه الشرعي.

وان كان الموقوف له غائبا صح منه توكيله لغيره ليقبل عنه ويجوز، إلا أن ذلك لا يعني انه يصح الوقف على المعدوم الذي لا يرجي له وجود كالميت مثلا لأن الوقف عليه لا يصح مطلقا<sup>3</sup> وبصفة أولى يصح الوقف على الراشد الذي يملك الأهلية للتصرفات القانونية كاملة، لا سيما أن لم يشب رشده عارض ولم يعب إرادته عيب، كما هو حال الواقف الذي خوله المقنن أن يقف على نفسه بداية كما هو وارد في نص المادة 214 من قانون الأسرة.

ويبق أن شرط البر والخيرية مفترض في الموقوف له، فإن كان من أوجه البر صح عليه الوقف وان كان خلاف ذلك لم يصح عليه الوقف، سواء كان الوقف من مسلم إليه أو من غير مسلم، إذ الوقف على الكنائس لا يصح من المسلم كما لا يصح من غير المسلم في ديار الإسلام<sup>4</sup> وكما لا يصح الوقف أيضا على غير أوجه البر والخير، فكذلك لا يصح على الأغنياء لعدم قرينة البر والتصدق فيهم<sup>5</sup> إلا إذا كان الوقف عاما كآبار السقي والمقابر والمساجد وإنما يعمرها الغني والفقير على السواء والوقف عندها وبها جائز شرعا مسموح قانونا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 336

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 332 وما يليها

<sup>3</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 44

<sup>4</sup> - الإمام محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 197، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ود. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 334 وما يليها، د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 41

<sup>5</sup> - والوقف عند المالكية جائز حتى على الأغنياء لأن الوقف عندهم من الإحسان، انظر: د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء

الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 333

<sup>6</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 42

ثالثاً-صيغة الوقف والشكلية في العقار

أ- صيغة الوقف:

تتخذ الإرادة الوقفية مظهرين : أولهما موضوعي وآخرهما شكلي، فأما الموضوعي فمجسد في تطابق إرادة الواقف بإرادة الموقوف له متى كانت ذات محل، أو انفراد إرادة الواقف بالتعبير لانجاز آثار الوقف، وأما الشكلي فهو ما ارتبط بسبل التصريح بتلك الإرادة أو التراضي عبر السبل القانونية.

الإيجاب بالوقف لا بد أن يتم التصريح به عبر عبارات أجمع أهل العلم قاطبة على اعتبارها في انجاز الوقف، وهي التي تؤدي إليه، كأن يصرح الواقف بإرادته فيقول : وقفت، حبست، أو قرن لفظ الوقف بالصدقة كقول الواقف: صدقة محبسة، أو صدقة لا تباع ولا تهوب ولا تورث، أو صدقة موقوفة أو صدقة محرمة<sup>1</sup>.

ثم إن الفعل الدال على الوقف كاف لوحده لإنشاء الوقف تاما كتسبيل عقار لإقامة الصلاة فيه، ففيه قرينة على أن المالك أوقف العقار لاتخاذ مسجدا أو مصلى للصلاة فيه، والى هذا هذا الإجماع شرعا، وكذلك بإذنه لغيره بدفن ميت بالعقار ففي الفعل كناية على الوقف والفعل أدل من القول في تحقيق آثار الوقف شرعا وقانونا بالتبعية<sup>2</sup>

وبالعودة إلى قانون الأسرة لا سيما المادة 217، فإنه لا يعثر على ما ينشئ الوقف بل ما يشبهه إذ حمل سبل الإثبات دون الإنشاء وأوزعها نص المادة 191 منه المفضي إلى عدم<sup>3</sup> ثبوت الوقف إلا بتصريح الواقف لدى الموثق الذي يجرر له عقدا بذلك، أو بحكم قضائي في حالة عدم تمكن الواقف من التصريح ذلك أو عدم إدراكه له مع إرادته نحوه<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي الحنفي: المرجع السابق، ص 11

<sup>2</sup> - منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 68-69

<sup>3</sup> - جاء نص المادة 191 من قانون الأسرة بما يلي من أحكام: "ثبتت الوصية:

- بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقدا بذلك

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

<sup>4</sup> - وحالات ذلك كثيرة بالرغم من أن العثور على أمثلة من الاجتهاد القضائي كان أمرا عسيرا غير أن الواقف قد يصرح أمام أهله بالوقف ثم يتوفى ويتوفى ويريدون أن يثبتوا له ذلك فيعمدوا إلى القضاء لإثباته أو انه لا يموت ولكنه لا يتمكن من التنقل إلى الموثق لأي من الأسباب القاهرة وغيره كثير ليس المقام مقام تعداده.

وبكلمة يتضح أن المشرع الجزائري لم يعند إلى الشكلية والرسمية كركن من أركان الوقف وإنما اكتفى بالصيغة جاعلا إياها ركنا متى تخلفت بطل العقد ومتى اعتل فسد وما جعل الشكلية الرسمية إلا وسيلة إثبات لا وسيلة إنشاء.

**منجزة:** بحيث لا تكون معلقة أو مضافة إلى مستقبل.

**جازمة:** فلا ينعقد الوقف بوعد، كقوله: سأقف أرضي أو داري على الفقراء، أو أعد بأن أقف هذا العقار على مسجد كذا أو مقبرة فكل ذلك لا يصح.

**غير مشروطة:** بحيث لا تقترن بشرط يناقض مقتضى الوقف، كقوله: وقفت أرضي بشرط أن لي بيعها متى أشاء، فالشرط الذي ينافي الوقف يبطل الشرط ويبقى على العقد<sup>1</sup>

**مؤبدة:** فلا يصح أن تكون الصيغة مؤقتة<sup>2</sup>

وبذلك يكون المقتن قد أكد على تلك الشروط المعدودة في الفقه الشرعي، لا سيما ما تعلق منها بالشرط الباطل أو بتأقيت الوقف، ضمن نصوص قانونية لا سيما منها 213 و 218 من قانون الأسرة والمواد 28 و 29 من قانون الأوقاف والتي تتلخص في إبطال الوقف متى كان محددا بزمن وإبطال الشرط والإبقاء على الوقف متى كان الشرط مخالفا لأحكام الوقف<sup>3</sup>

## ب- الشكلي في العقار محل الوقف

### 1- تملك الواقف محل الوقف:

أفاض المشرع الجزائري في مسألة تملك الواقف محل الوقف سواء كان ذلك في النصوص من قانون الأسرة أو من قانون الأوقاف العامة، إذ جاء نص المادة 216 من قانون الأسرة مؤكدا على ضرورة تملك الواقف محل الوقف: "يجب أن يكون العقار المحبس مملوكا للواقف..." فيما جاء نص المادة 1/10 من قانون الأوقاف مؤكدا على نفس المبدأ القانوني: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما

<sup>1</sup> - وعليه أكد المقتن الجزائري في نص المادة 29 من قانون الأوقاف العامة والتي جاء فيها: طلا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف

<sup>2</sup> - وان كان لرأي الإجماع هذا مخالفون لا سيما المالكية منهم وبعض الشيعة من أمامية وغيرهما، أنظر: الإمام محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 80 وما يليها

<sup>3</sup> - جاء في نص المادة 28: "يبطل الوقف إذا كان مددا بزمن" وفي المادة 29: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط... فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

يأتي: أن يكون مالكا للعين مراد وقفها ملكا مطلقا" وفي هذا كفاية بيان على أن ليس لغير المالك في القانون الجزائري الحق بأن يقف المال.

ورغم عدم وجود نص قانوني صريح يفضي إلى بطلان الوقف الصادر عن غير المالك للعقار إلا أنه يمكن اعتبار كل وقف من خلاف المالك للمال باطل لما جاء في الفقه والقضاء الذي قرر بهذا الشأن: "من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا.

وحيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون"<sup>1</sup>

يؤدي كل ما سلف إلى اعتبار الوقف من لدن غير المالك باطلا بطلانا مطلقا سواء كان هذا الواقف مالك في الأصل وأحدث على ملكه بعضا من التصرفات التي قيدت يده في التصرف بملكه ووقفا، أو كان على ملك غيره كما هو حال المالك الشائع الذي يقف ما ليس له، كحالة الموصى له الذي لا يصح منه وقف ما أوصى له به قبل وفاة الموصي<sup>2</sup>

## 2- وجود محل الوقف:

لم يأت في النصوص القانونية التي نظم المقنن من خلالها أحكام الوقف تصريح بلزوم وجود محل الوقف، وبالرجوع للفقه يتبين أن المال الذي يصلح بأن يكون محلا للوقف هو كل: "ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه المعتاد"<sup>3</sup> وفي ذلك بيان بأن كل مال لا يمكن حيازته ولا الانتفاع به يخرج من دائرة الأشياء التي يجوز ادراجها ضمن المحال التي يصح التعامل بها وفقا وهي كلها محال غير موجودة.

ثم إن النظر في فحوى النصوص الخاصة لا يفضي إلى جواز التعامل وفقا بمحال غير موجودة لأن المقنن اشترط الملكية المطلقة في نص المادة 11 من قانون الأوقاف<sup>4</sup> والملكية المطلقة لا تتأتى إلا إذا كان المال الموقوف موجودا أن الإبرام، ولا يعني ذلك أن يكون الملك يحوز الواقف، ومنه فإن الوعد بالوقف أمر غير متصور قانونا ولا يمكن إعمال القواعد العامة على التصرف الوقفي للزوم وجود محل الوقف واشتراط تسليمه للموقوف له.

<sup>1</sup> - الغرفة العقارية، ملف رقم 198940 بتاريخ 2001/04/25، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004، ص 132

<sup>2</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 33

<sup>3</sup> - د. احمد فراج حسين ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 337

<sup>4</sup> - جاء في المادة 11 ما يلي: "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا ومنفعا ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محدا ومشروعاً".

ولما كان النص القانوني متخلف لا سيما ضمن النصوص التي نظم من خلالها أحكام الوقف، فغنه يتبين أن وجود محل الوقف أمر لازم، رغم أنه لا يعني حيازة الواقف للمحل بيد أنه يفضي إلى عدم منعه من إمكانية تسليمه له أثناء تمام التصرف.

### 3- تعيين محل الوقف:

تعرض المشرع الجزائري في القواعد العامة من قانون الأسرة لا سيما المادة 216 منه للتأكيد على تعيين محل الوقف تعيينا دقيقا، إذ جاء فيه: "يجب أن يكون المال المحبس...معينا..."، وهو الذي أكد عليه خلال تنظيمه لأحكام الوقف العام لا سيما نص المادة 2/11 منه أين جاء: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوما، محددًا..."

ولا ريب أن تعيين الشيء يقتضي بيان مكانه بحيث يعلم بين سائر العقارات أن كان عقارا ويميز عن سائر المنقولات أن كان منقولا، وإما تحديده فيقتضي بدوره أن يقاس عبر القياسات التي يقوم عليها<sup>1</sup>

وانه لمن المعلوم من الدين بالضرورة بأن التصرفات على المحلات يجب أن تكون معينة تعيينا كافيا نافيا لكل جهالة<sup>2</sup>، وهو الذي يؤكد عليه المقتن إعمالا للأحكام الشرعية ذات الصلة، التي تعتبر وقف المال غير المعلوم غير صحيح للجهالة<sup>3</sup>

ومن المحال الصالحة للتعامل فيها وقفا، المنافع والأعيان وكل ما كان منها شائعا لا سيما القابل للقسمة منها فضلا عن المفرز، لذلك أجاز المالكية وقف الحيوان والرفيق<sup>4</sup>، ولقد نص المقتن في المادة 2/11 من قانون الأوقاف العامة على: "يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة".

من النص القانوني يتبين أن المقتن قد أجاز وقف المال الشائع مع إلزام كل ذي مصلحة فيه أن يياشر فرز المال والفرز يقوم مقام التعيين حيث أن المال إذ لم يتحقق فيه شرط الفرز لم يتحقق فيه شرط التعيين وتعرض لأجله الوقف للبطلان.

<sup>1</sup> - د. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 71-72

<sup>2</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 191

<sup>3</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 32

<sup>4</sup> - الشيخ أحمد الدردير: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 76

### الفرع الثاني: شروط صحة الوقف

عيان يصيبان الإرادة التصرفية الوقفية دون تدخل إرادة الغير سواء كان هذا الغير متصرفاً له أو لا، وهما عيبا الغلط والاستغلال في الوقف، وكما قد يؤثر الغلط في نفس المتصرف الوقفي كذلك قد يؤثر الاستغلال في نفس المتصرف الوقفي.

#### أولاً- عيب الغلط في الوقف:

على اعتبار الوقف من عقود التبرع فإن الغلط لا يمكن تصوره في الموقوف له بالقدر الذي يمكن تصوره في إرادة الواقف، إذ هو صاحب الحق المتبرع به، وهو الذي يتأثر في التصرف الوقفي ذمته المالية افتقاراً، والعبرة بهذه الأخيرة.

ومن المعلوم قانوناً أنه لا يقع اغل طالا في شخص الموقوف له، أو في الشيء محل الوقف أو في القانون وباعت الوقف أيضاً يبقى ذو محل من التأثير بالغلط في نفس المتصرف الوقفي<sup>1</sup>

أما إذا كان الغلط في الشيء الموقوف أو في قيمته، بأن يكون الشيء الموقوف غير صالح لأن يكون محلاً للوقف شرعاً وقانوناً، فإن الغلط فيه يتيح بتور ذلك المطالبة بالإبطال على تلك الأسس وعلى اعتبار الغلط الجوهرى القائم بصدد التصرف الوقفي.

وعن القيمة فإن الواقف إن وقع ضحية غلط في قيمة الشيء الموقوف كأن يريد أن يوقف الأرض الأشسع مساحة وإذ به يغلط فيوقف الأرض الأضييق فإن له الحق بعد إثباته لذلك أن يتقدم للقضاء لإثبات الغلط أولاً وإبطال الوقف نهائياً.

والغلط في القانون بدوره قد يؤدي إلى إقامة الحق في المطالبة بالإبطال متى كان الغلط القانوني جوهرى ومؤثر في التصرف وليس للقاضي متى التجأ إليه الواقف وبعد إثبات بين يديه الغلط، إلا أن يقضي باطلا الوقف للغلط في القانون.

<sup>1</sup> - Christian LARROUMET : DROIT CIVIL, les obligations, le contrat, tome3, 3eme Edition , ECONOMICA, beyrouth, liban, 1996, p 295

ثانياً- عيب الاستغلال في الوقف:

إن الأصل في الاستغلال أن لا يكون إلا في عقود المعاوضة<sup>1</sup> بيد أنه قد يلحق عقود التبرع استثناءً فيتأثر الواقف في التصرف الوقفي بما بهم من ميل أو هوى، فيباشر تصرفه دون تمنع ولا تبصر في الأمور ويكون بتصرف وإرادته المعيبة بالميل أو الهوى قد استغل.

وبالرغم من صعوبة الوقوف على حالات صريحة للاستغلال في الوقف فإن الاستغلال، وباعتباره من عيوب الإرادة، ممكن حصوله في الرادة في أي تصرف يباشره الشخص، وعلى أساس أن الوقف من التصرفات التي يشترط لها الإرادة التبرعية وهي أعلى درجاتها على الإطلاق، فإن أقل عيب الإرادة فيها يكون ذو اعتبار وأثر.

ومتى أثبت الواقف الاستغلال بحيث أنه أراد يقف نصف مساحة أرضية مثلاً فقام بوقفها كلها أو أنه كان ينوي الوقف على قوم معينين فقام بالوقف على بعضهم دون البعض الآخر، وأقام الدليل على أن إرادته غير المعيبة كانت متجهة لخلاف ما أبرمه من تصرف<sup>2</sup> صح له الدفع بالاستغلال على المعايير السالف ذكره.

ويقوم له الحق تبع لذلك المطالبة بإنقاص قدر الاستغلال الذي وقع فيه إلى المقدار الذي لا يؤثر على تصرفه الوقفي أو الإبطال متى طالب المستغل من التصرف أمام القضاء ذلك<sup>3</sup>

ثالثاً- عيب التدليس في الوقف:

بيطل التدليس كافة التصرفات التي يتحقق فيها بكل صورته وأنواعه، بحيث يؤثر على إرادة المتصرف، إذ المبدأ من القانون المدني أن الغش مبطل لكل شيء.

والوقف باعتباره تصرفاً تبرعياً قائم على الإرادة الخيرية المحضة فإن التدليس قد يكون فيه ذو اعتبار أشد لا سيما في الأحوال التي يكون فيه الوقف وقفاً ذرياً أو أهلياً، بحيث قد يدلس الموقوف عليهم

<sup>1</sup> - ولان الغبن الذي يجسد الركن المادي للاستغلال والذي يحقق التفاوت في الالتزامات لا يمكن أن يطرأ على عقود التبرع ولا على العقود التبادلية الاحتمالية، فإن الاستغلال أوسع منه ويقع على عقود التبرع كما على عقود المعاوضة الاحتمالية، أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، المجلد الأول، الجزء الأول، ص 291

<sup>2</sup> - د. جاسم علي سالم الشامي: المرجع السابق، ص 8

<sup>3</sup> - ورد في المادة 160 من القانون المدني الكويتي: "في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال، يكون للقاضي، بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو أن ينقص قدر المال المتبرع به وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية".

الأقرباء على الواقف بأي صورة من صور التدليس بأنفسهم أو عن طريق غيهم لفائدتهم، بحيث يبدو له التصرف على غير حقيقته، وان حدث تحقق التدليس<sup>1</sup>

وقد يتحقق التدليس في الوقف بأن تحول إرادة الواقف من حل وقف إلى غيره مثلاً متى تبين للمدلس فائدة أوفر في المحل الثاني فيتم توجيه الواقف بتحويل إرادته من وقف أرض صخرية إلى أخرى ترايبية مثلاً، أو أن يتدخل الغير لدى الواقف أثناء إنشائه لوقفه ويسئ نيته حول أحد من اللذين كان يريد الوقف عليهم، أو أن يرهم الموقوف عليهم أنهم فقراء في حين أنهم أغنياء فلا يصح الوقف عند من لا يجيز الوقف على الغني<sup>2</sup> لغش والتدليس الذي وقع ضحيته الواقف.

ويبقى أن الأثر المهم هو المطالبة بالإبطال تأسيساً على الغش الذي يقع فيه الواقف نتيجة التدليس عليه والذي يكون ذو محل طالما أن تصرفه الوقفي مؤسس على التدليس الذي لولاه لما وقف ماله أو لما وقف المال الذي وقفه أو على الأقل لم يوقفه بالصورة التي وقفه عليه.

#### رابعاً- عيب الإكراه في الوقف:

قد تتأثر إرادة الواقف في التصرف الوقفي بعيب الإكراه، العيب الذي تتدخل إرادة خارجة عن إرادة المتصرف بالتأثير فيها عن طريق الإكراه وتسلط الضغط المادي أو المعنوي على الواقف ليتصرف في ماله وقفاً.

فقد يكره الواقف على الوقف<sup>3</sup> مثلاً من قبل من كفل، مخافة هذا الأخير مثلاً أن يتوفى المالك للمال ولا يرث هو منه شيئاً، فيؤثر عليه بأن يقف المالك للكافل ماله عليه وعلى ورثته اتقاء عدم حوز شيء من مالك الكافل بعد وفاته فيعمد لإكراهه على الوقف متى كسب الوسيلة لذلك.

وعليه فإذا أثبت الواقف أكرامها وقع ضحيته سواء كان مادي أو معنوي<sup>4</sup> أو كان صادراً من المستفيد أو من غيره، فإن أحقية الواقف المكروه على الوقف في المطالبة بالإبطال تكون ذات محل ولا يملك القاضي إلا أن يستجيب له متى أثبت بأن وقفه لم يأت الا نتيجة إكراه وقع ضحيته<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة من القانون المدني الكويتي: "...يجوز، في عقود التبرع، طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت منه الخيل"

<sup>2</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 42

<sup>3</sup> - د. جاسم علي سالم الشامي: المرجع السابق، ص 8

<sup>4</sup> - sophie druffin-bricca, laurence henry : droit civil, les obligation, commentaire de texte, gualino édition, paris, France , 2004, p 84-85

<sup>5</sup> - جاء ضمن نص المادة 158 من القانون المدني الكويتي: يجوز: في التبرعات، طلب الإبطال، إذا كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الإكراه، دون اعتبار لمن صدر الإكراه منه".

### المبحث الثاني: أحكام الوقف في العقار

إن من أهم أحكام وآثاره الوقف الالتزامات التي يلتزم بها كل من تصرف في الوقف سواء كان واقف متصرف، أو موقوف عليه متصرف له وفق ما يجوبه التصرف الوقفي من اشتراطات معروفة في الوقف، وكما هو حال كل التصرفات التي قد تنتهي لأسباب عديدة قد ينتهي الوقف أيضا بطرق مختلفة.

#### المطلب الأول: التزامات التصرف الوقفي في العقار

لخصوصية التصرف الوقفي تبرز التزامات الواقف بشدة مقارنة بالتزامات الموقوف عليه، كما تظهر من باب مواز سلطة الواقف المستمرة على الوقف حتى بعد خروج العقار من يده بل قد يختار أن يمدّها إلى ما بعد وفاته، وهو ما يتجسد في الاشتراطات التي يشترطها الواقف في محرر التصرف الوقفي، وكذا في تعيين المتولي وتقسيم الاستحقاقات.

#### الفرع الأول: التزامات الأطراف في التصرف الوقفي في العقار

من المتعارف عليه قانونا أن التزامات الأطراف في العقود تكون كقاعدة على كليهما متى كانت تلك العقود ملزمة للجانبين، ولكن وفي العقود الملزمة لجانب واحد يشترط تحقق التزامات الطرف المتصرف بالتبرع الوقف، وتكون التزامات الموقوف عليهم عرضا.

#### أولا-التزامات الواقف في التصرف الوقفي والشكلية في العقار

على غرار كل التصرفات الناقلة لمخالات المتصرف فيها فإنه يلتزم الواقف في التصرف الوقفي بداية بتسليم محل الوقف للموقوف له، فتمكينه منه ليتحقق له نقل محل الوقف أو بالأحرى وقف محل التصرف عليه وتمكينه من استغلاله بحيث ينتفع من الربح الذي يدره المال أو المنفعة التي يحققها منه.

#### أ- التزام الواقف بتسليم العقار:

يلتزم الواقف في التصرف الوقفي على غرار كل التصرفات الناقلة لمحل التصرف فيها من يد إلى أخرى بتسليم محل الوقف للموقوف عليه أو لمن يمثله<sup>1</sup>، إلا في الأحوال التي يكون فيها الواقف هو القيم

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد الدردير: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 77، د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 149

نفسه بحيث ينصب نفسه قيما على الوقف، وبه لا يعتبر تسليم المحل شرط لزوم، والقبض لا سيما عند المالكية<sup>1</sup> إذا تخلف بطل الوقف<sup>2</sup>

وتختلف صور القبض في الوقف بحسب اختلاف المحل فيه، إذ لو كان محل الوقف مسجدا تم تسليمه بفرزه عن غيره من العقارات وتمكين المصلين من الصلاة فيه، وإذا كان مقبرة تم تسليمها بتحقيق النية واتخاذ السور لها وتمكين بعض المسلمين من دفن موتاهم بها.<sup>3</sup>

وإن كان محل الوقف بئرا فإن تسليمها يتم بتمكين بعضهم من السياقة واستعمالها وقفا<sup>4</sup> وأن البئر الذي يقتضي صيانة مستمرة لا بد من تسليمها لمن يتولاها وإلا لم يعتد بأن بالتسليم، وكذلك الحال بالنسبة للخان المخصص لتزول الحجاج والمعتمرين، والتي قد لا ينتفع منها بعضهم إلا مرة واحدة في السنة أو في حياته كلها، فكان لزاما أن يتوفر بين يدي محل الوقف من يتولاه ويقوم بصيانته وهو القابض في هكذا أحوال، ولا يمكن اعتبار القبض قد تم ولا التسليم قد انج زالا إذا كان للمتولي.<sup>5</sup>

وحرى بالتنبيه أن التسليم للمشرف لا يعتبر ولا يعتد له بأثر لأن المشرف مجرد حافظ لا متولي فلا يعتبر قبضة منجزا لشرط التسليم ولا ناقلا محل الوقف من يد الواقف إلى يد الموقوف عليهم.<sup>6</sup>

### ب- التزام الواقف بنقل المحل:

يلتزم الواقف بنقل الشيء الموقوف الذي يتخذ صورة العقار، فضلا عن المنفعة في المذهب المالكي والقانون الجزائري استثناء منه، فأما العقار فمتفق على أنه يصلح لأن يكون محلا للوقف وأما المنقول فهو محل خلاف، والمعتمد لدى المالكية والحنبالية جوازه<sup>7</sup>، وإما وقف المنفعة فحائز شرعا ومسموح بها قانونا<sup>8</sup>

<sup>1</sup> - وهو شرط تمام عند الإمام محمد رحمة الله واشترط لصحة الحوز الفرز على خلاف صاحبه في المذهب أبو يوسف الذي لا يرى الحوز شرطا

ولا يرى له الفرز لقيامه، انظر: الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي الحنفي: المرجع السابق، ص 15-16

<sup>2</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 338

<sup>3</sup> - مع الإشارة إلى أن الحنبالية لا يعتبرون التسليم قد تم ما لم يتحقق تمكين المسلمين من دفن بعضهم في الأراضي المخصصة للمقبرة، انظر: الإمام

موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المرجع السابق، الجزء السادس، ص 191-192

<sup>4</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 149

<sup>5</sup> - الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي الحنفي، المرجع السابق، ص 16

<sup>6</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 149

<sup>7</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر: المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 332

<sup>8</sup> - المادتين 215 ثم 205 من قانون الأسرة

ويتخذ الوقف بدوره صورتا العقد والالتزام الملزم لجانب واحد وفي الأولى يشترط له القبول وفي الثانية لا يشترط القبول له، وفي كل تلك الأحوال لا بد من التثبت من نقل محل الوقف من يد الواقف إلى يد الموقوف عليهم<sup>1</sup>.

وذلك ما لا يتسنى إلا بتحقيق أدلة عملية تثبت نقل محل الوقف للموقوف عليهم كما في حال المقبرة التي يمكن فيها الواقف الموقوف عليهم دفن بعضهم، ففيه بيان على أن محل الوقف قد خرج من يد الواقف إلى الموقوف عليهم.

ولذلك يشترط بعض أهل العلم لنقل العقار الذي يكون في حيازة الواقف إلى حيازة الموقوف عليهم الحوز وهو الذي لا يتحقق في المساجد مثلا كما جاء الإمام محمد رضي الله عنه إلا بفرزه عن سائر العقارات الأخر وتمكين المسلمين من الصلاة فيه<sup>2</sup>.

والمشروع الجزائري أورد صيغة الوقف ضمن نص المادة 9 من قانون الأوقاف العامة ثم أورد صورها ضمن نص المادة 12 من نفس القانون جاعلها لا تعدو أن تبرز في اللفظ والكتابة والإشارة، وأضمر إلى أعمال أحكام الشريعة الإسلامية في حال النقص حينما أحال على نص المادة 2 من القانون<sup>3</sup>.

هذا وجاءت في نص المادة 217 من قانون الأسرة إحالة على نص المادة 191 من نفس القانون والتي جاء فيها: "تثبت الوصية:

- 1- بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقدا بذلك
- 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"

<sup>1</sup> - وذلك لا بوصفهم مالكين للمال وإنما بوصفهم منتفع منه إذ الملكية في القانون الجزائري، وفقا لنص المادة 5 من قانون الأوقاف العامة، تؤول إلى الله جل جلاله، أنظر: موسى سالمي: التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون،

فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2003، ص 12 وما بعدها

<sup>2</sup> - الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي الحنفي: المرجع السابق، ص 15 وما يليها.

<sup>3</sup> - وتنص المادة الثانية على ما يلي: "على غارا كل مواد هذا القانون، يرجع الى أحكام الشريعة الاسلامية، فير غير المنصوص عليه"

ومن ذات القبيل فقد أدرج المشرع الجزائري الإلزام بالتسجيل ضمن المادة 41 من قانون الأوقاف العامة حينما ألزم الواقف بتقييد عقد الوقف أمام موثق وبتسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري<sup>1</sup> ومنه يتضح أن المشرع الجزائري إنما اتجه هذا الاتجاه وقال بتصريح الواقف لدى الموثق الذي يحرر له عقا بذلك، أو بالحكم القضائي في حالة عدم تمكن الواقف من التصريح بغية تحقيق مسألتنا الشهر والتسجيل لأهما مناط الإعلام<sup>2</sup> وخروج الملك من يد الواقف<sup>3</sup>

وان كانت المنفعة المرتبطة بالعقار أو الحقوق العقارية الأخرى يثبت انتقال الملكية فيها بنفس الإجراءات، فإن المنقولات البسيطة لا يقتضي انتقال الملكية فيها إلا عن طريق القبض، فيه وحده يكون إثبات انتقال ملكية المال الموقوف من الواقف إلى الوقف قد تم.

### ثانيا: التزامات الموقوف عليه في التصرف الوقفي:

انطلاقا من الاختلاف في تكييف التصرف الوقفي بين العقد والتصرف بإدارة منفردة يتضح أول التزام يلتزم به الموقوف عليه متى كان ذو محل والذي يبرز في القبول، وانتهاء باحترام بعض اشتراطات الخاصة التي يدرجها الواقف في محرر الوقف، يتضح ثاني إلزاما به لموقوف عليه والذي يبرز في تنفيذ اشتراطات الواقف.

### أ- الالتزام الموقوف عليه بالقبول

الموقوف عليهم أصناف كثر، فإما أن يكونوا من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية كالأشخاص والمدرسة وغيرهما، ومن المولود والجنين، ومن الموجود والمعدوم كالابن الصليبي ونسله مهما نزل، ومن المعروف والنكرة كفلان الفقير والفقراء جميعا، ومن المعين والمجهول كتحديد شخص معين بكافة بياناته في محرر الوقف وكعدم تحديد أي من ذلك فيه، ومن المسلم والذمي، ومن القريب والبعيد كالأخ ومن لا يمت للواقف بصلة مطلقا<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 41 من قانون الأوقاف على ما يلي: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل

العقاري والملزومة بتقديم إثبات له بذلك والحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"

<sup>2</sup> - ولقد جاء في المادة 15 من الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، سنة 1975، عدد 92، سنة 1975: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية..."

<sup>3</sup> - المادة 793 من القانون المدني التي جاء فيها: "لا تنتقل... والحقوق العينية الأخرى في العقار... إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"

<sup>4</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 332-333

جل أصناف الموقوف عليهم المذكورة لا تلزم ولا تلتزم بالقبول إلا إذا كان الموقوف عليه معيناً وأهلاً للقبول<sup>1</sup> بأن يتوفر لديه<sup>2</sup> ففي هذه الحالة فقط يلزم الموقوف عليه بالقبول على قول جمهور الفقهاء<sup>3</sup> وإن تخلفت لديه الأهلية اللازمة ناب عنه وليه في القبول.

ولا يوجد في القانون الجزائري فصل في مسألة إلزام القبول في الوقف، ولم يذكر المقنن لها سنداً بل اكتفى بالحالة على النصوص التشريعية محل التطبيق. بموجب نص المادة الأولى فقرة ثانية<sup>4</sup> من قانون الأوقاف العامة وإلى مبادئ الشريعة الإسلامية. بموجب نص المادة الثانية من نفس القانون.

ثم إن الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة فإنه يبين شغور النصوص من تنظيم مثل هذا الحكم وهو ما يؤدي إلى الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بمقتضيات نص المادة 222 من نفس القانون.

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري أراد تبني الحكم الشرعي المفضي إلى وجوب القبول متى كان الوقف على معين ومحدد، ومعلوم من باب المقابلة بأن كل ما هو واجب كحكم شرعي ملزم كمعاملة تعاقدية وبالنتيجة ملزم كأثر قانوني لحكم الوجوب الشرعي.<sup>5</sup>

في الأحوال التي لا يتم فيها القبول من قبل الموقوف عليه المحدد ينتقل الوقف منه إلى الذي بعده من الموقوف عليهم المحدد والمعين في محرر الوقف ثم الذي يليه ثم الذي يليه إلى أن يصل إلى الفقراء والمساكين.<sup>6</sup>

ثم إن تحول الوقف إلى الفقراء لا يسقط الشغور القانوني بل يؤكده لا سيما بعد إصدار قانون الوقف العام أين أغفل المشرع الجزائري بيان إلزامية القبول في الوقف الخاص بفصله بين الوقف العام والخاص. بموجب القانون الصادر في 2002 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 336

<sup>2</sup> - ذلك أن الموقوف عليه لا يشترط لقبول الوقف إلا أهلية الوجوب التي توجب له كل تصرف فيه ربح خالص له، أنظر لذلك نص المادة 83 من قانون الأسرة

<sup>3</sup> - د. عيسى زكي: المرجع السابق، ص 9

<sup>4</sup> - إذ جاء في الفقرة الثانية من نص المادة: "يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

<sup>5</sup> - كما أن الحرام شرعاً ممنوع قانوناً والأمثلة على ذلك كثيرة لا سيما في قانون الأسرة على غرار الحرمات من النساء للزواج وغيرها من الأحكام الشرعية المحرمة، المنوعة قانوناً.

<sup>6</sup> - وبه أخذ جمهور الفقهاء أنظر لذلك: د. عيسى زكي: المرجع السابق، ص 9، الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على

على الطرابلسي الحنفي: المرجع السابق، ص 17

<sup>7</sup> - والقانون رقم 02-10، أنظر: ص 75 من هذه المسألة

وعليه يتأكد أن الوقف الخاص يرجع في إقامة أحكامه لا سيما لزوم القبول منها إلى أحكام قانون الأسرة المحيلة على أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، والمفتية بلزوم الوقف أن تم لمعين كشرط نفاذ في حق الموقوف عليه.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى نفس القانون يتبين طبقاً لنص المادة 13 منه بأن الموقوف عليه في الوقف العام هو دائماً شخص اعتباري وللشخص الاعتباري كما هو معلوم من يسيره فهو يقبل عنه ويديره ويسيره.

### ب- الالتزام الموقوف عليه بالاشتراطات:

تعتبر كل الاشتراطات التي يوردها الواقف في المحرر الوقفي ملزمة للموقوف عليهم ولا يملكون إلا الالتزام بها وتنفيذها والانصياع لها، هذا هو المبدأ، وفي ذلك تنفيذ للأحكام الشرعية ذات الصلة المفضية إلى أن شرط الواقف كنص الشارع<sup>2</sup>

وبذكر هذا المبدأ يتبين أن شرط الواقف، ما كان مشروعاً شرعاً ومسموح قانوناً صار في قوة النص القانوني من حيث إلزام الانصياع له وبقوة النص الشرعي ومن حيث الإذعان إليه، ولكن لو أن هذا الشرط خرج ن دائرة تلك الشروط المشروعة شرعاً وتلك المسموح بها قانوناً صار غير لازم لما نص عليه المقنن ضمن المادة 218 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف" وكذا ضمن المادة 14 من قانون الأوقاف العامة والتي ورد فيها: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها"، كما أن الشرط قد يلغى قضاءً ويبقى الوقف قائماً كما جاء في نص المادة 16 من قانون الأوقاف.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: سلطة الواقف على التصرف الوقفي

تتجسد سلطة الواقف على الوقف في إدراجه لبعض الشروط في المحرر الوقفي والتي درج العمل على الأخذ بها بحيث يخول الواقف بواسطتها لنفسه سلطة مستمرة على محل الوقف كما تتجسد سلطته أيضاً ثم في تعيين المتولي الذي يسير الوقف ويحدد الاستحقاقات فيه للموقوف عليهم.

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 336

<sup>2</sup> - وقد صرحت بعض التقنيات المقارنة بالمبدأ الشرعي ضمن صياغة قانونية كما ورد في القانون المدني الأردني لا سيما نص المادة 1241 منه والتي جاء فيها: "شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة" وأنظر: د. زهدي يكن: الوقف في لشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 53

<sup>3</sup> - وقد جاء في نص المادة 16 من قانون الأوقاف ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغى أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان الشرط منافياً لمقتضى حكم الواقف الذي هو اللزوم أو ضاراً بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه"

### أولاً: شروط الواقف واشتراطاته في المحرر الوقفي

لا تؤثر عادة إرادة المتصرف على محله إلا بما أدرج فيه من شروط قبل النفاذ، إلا أن طبيعة الوقف الخاصة تولي الواقف بما اشترط التدخل في تسيير الوقف وتقسيم ريعه بل بإحداث تغييرات جذرية في الاستحقاقات بحيث يتولى الواقف ضمن إطار سلطته المستمرة على التصرف والوقفي تسييره وإدارته وفق ما يراه، ثم إن الواقف محول بإدراج كل الاشتراطات القانونية التي يرى فيها خدمة للوقف والموقوف عليهم ولمصلحته أيضاً.

#### أ- شروط الواقف في المحرر الوقفي

شروط الواقف في المحرر الوقفي لا تعدو أن تبرز في تلك الشروط المتعارف على إدراجها في الوقف، كما هو حال الإبدال والاستبدال والزيادة والنقصان مثلاً، وهي شروط لا يختص بإدراجها واقف دون غيره لأن جل الواقفون يدرجونها في أوقافهم، وتعارف الموثقون عليها، وهي التي اصطلح على تسميتها بالشروط الوقف العشرة، وهي التي تضمن للواقف بعد إبرامه لوقفه التدخل في تعديل وقفه على الوجه الذي يحقق به أحسن تصريف لريع وقفه وأفضل سبل في تسييره، ولا يصح منه تنازع عنها وان فعل رد عليه ولم يصح منه التنازل<sup>1</sup>

ومدار هذه الشروط بين الإعطاء والحرمان، التفضيل والتخصيص، الإدخال والإخراج، الزيادة والإنقاص، الإبدال أو الاستبدال، التبديل أو التغيير، وهذه شروط يبسط بواسطتها الواقف بعضاً من نفوذه على طريقة سريان التصرف الوقفي واستمراره على النحو الذي بدأه به، وعلى وجه يعدل فيه ما بدا له فيه من نقص أو خلل<sup>2</sup>

وأما شرط التغيير والتبديل هو من الشروط المشروعة شرعاً والمسموحة قانوناً، فمفاده أن يغير العين إلى الوجه الأصح لها وأن يغير توزيع الريع إلى الوجه الأنفع للمستحقين أو أن يغير الشروط إلى الحالة الأنفع منها، وربما يتضح بأن هذا الشرط من أوفى الشروط سلطاناً لمبدأ بسط الواقف لإرادته على محل الوقف بعد إبرامه لوقفه، ولقد تعرض له المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 4 من قانون

<sup>1</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 300

<sup>2</sup> - الإمام برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي: المرجع السابق، ص 29 وما يليها، د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 56 وما يليها.

الأوقاف<sup>1</sup> حين تناول مسألة تغيير محل الوقف إلى الحالة الأحسن والأنسب والتي تمكن من استغلاله استغلالاً أمثلاً.

وحرى بالتنويه في هذا المقام بأن كل هذه الشروط والتي ييسط الوقف بها سلطان إرادته على الوقف بعد إبرامه للتصرف، يصح منه أيضاً أن يمد بسط سلطاته إلى أبعد من ذلك بحيث يمكنه إنابة متولي على الوقف<sup>2</sup> بعده يتولى تنفيذ الشروط كلها أو بعضها

### ب- اشتراطات الوقف في المحرر الوقفي:

اشتراطات الوقف التي يدرجها في محرر التصرف الوقفي دائرة قانونا بين الشروط المسموحة اللازمة وبين الممنوعة الباطلة، فيما تدور شرعا بين الجواز والكراهة والتحريم، والوقف يدرج ما شاء منها والأصل أن يعتمد الجائز منها وهو المسوح واللازم.

ولقد أولى المشرع الجزائري مسألة أعمال الشروط الوقفية الأهمية البالغة حينما نص على ضرورة الأخذ بها والاعتماد ليها في نفذ الوقف وسريانه وهو ما يتضح ضمن نص المادة 218 من قانون الأسرة وفي نص المادة 14 من قانون الأوقاف عندما أكد على أن تنفيذ تلك الشروط منوط فقط بعدم مخالفة أحكام الشرع.

ومنه يتبين أن أجلى الشروط الممنوعة قانونا تلك المرتبطة بإمكان إبطال الوقف من لدن الوقف أني أراد لنفسه ذلك، لما فيه من مخالفة أحكام نص المادة 213 من قانون الأسرة، والمادة 3 من قانون الأوقاف العامة.

ورغم ذلك فإن المحكمة العليا في إحدى قراراتها ومن قبيل إتاحة الحرية للوقف في الأخذ بأي مذاهب فقهي قررت أنه: "من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي، ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونوا قد أسأؤوا تطبيق القانون"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة: "يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الوقف..."

<sup>2</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 59 وما يليها

<sup>3</sup> - الغرفة العقارية، ملف رقم 223224، بتاريخ 2001/12/19، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، العدد 1، سنة 2004، ص 147

وهو ما يؤكد أن شرط الرجوع عن الوقف باطل في القانون الجزائري والفقهاء المالكيين، إلا أن للواقف أن يعمل الفقه الحنفي في وقفه بشرط إثباته لذلك في متن المحرر الوقفي، وله بعدها أن يشترط ما يشاء من أحكام لا سيما ما كان فيه تراجع.

ثم إن اشتراط الواقف لنفسه ببيع الوقف أو هبته، وهي من الشروط المبطلّة للوقف شرعا<sup>1</sup>، وقانوننا وقد بين المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 16 من قانون الأوقاف حينما حول القاضي إبطال كل شرط يتنافى وحكم دوام الوقف الذي منه أن يدرج الواقف شرطا يمكنه من إنهاء الوقف متى أراد هو ذلك.

ومن تلك الشروط المكروهة كما أورد أهل العلم اشتراط إخراج البنات من وقف الواقف إذا تزوجن وهو من الشروط التي لا يجوز الإقدام عليها أما إذا أوردتها الواقف وقفه نفذت، لأن شرط الواقف له قوة إلزامية ما لم يكن محرما شرعا<sup>2</sup>.

أما الشروط الجائزة في التصرفات الوقفية فهي كثيرة ومثالها: تخصيص مدرسة يصرف ريع الوقف عليها لاستمرارها في تقديم خدمة التعليم أو تخصيص الريع على إمام مسجد معين مثلا أو ناظر محدد أو على فقراء الأمة أو المساكين أو على الأقربين أو للحرم المكي أو المسجد الأقصى باعتبارهما مساجد شد الرحال أو المسجد النبوي أو خلافه من صور البر والإحسان.<sup>3</sup>

### ثانيا- تعيين الواقف للمتولي وتحديدته للاستحقاقات:

يعد تعيين الواقف للمتولي الذي يتولى تسيير شؤون الوقف من أهم الشروط التي يدرجها الواقف في الوقف، إذ بها يخول المتولي تحديد وتوزيع الاستحقاقات على الموقوف عليهم كما يحدده الواقف في المحرر الوقفي.

<sup>1</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السابق، ص 189

<sup>2</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 338، وعند بعض المالكية أن الشرط يبطل الوقف،

القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 123

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 339

أ- تعيين الواقف للمتولي في التصرف الوقفي:

المتولي هو الشخص الذي يعينه الواقف في محرره الوقفي ويمكن أن يكون هو الواقف نفسه على قول جمهور العلماء<sup>1</sup>

فإذا لم يعين الواقف ناظرا على الوقف الذي تصرفه كان على القاضي أن يعين من يقدر انه كفؤ لتسيير الوقف، إذا لم يكن وقف على معين ومحدد، لأنه إن كان كذلك صح أن يكون الموقوف عليه هو الناظر إذ يكون الأمثل لتسيير شؤونه، لا سيما إذا كان بالغاً رشيداً قادراً على أن يقوم بالمهام.<sup>2</sup>

ووفقاً لنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381<sup>3</sup> فإن المواقف إذا لم يحدد ناظراً للوقف وكان الوقف عاماً فإن الوزير المكلف بالأوقاف هو من يتدخل بتعيين ناظر للوقف عن طريق قرار يصدره وذلك بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف.

كما يكون لوزير الشؤون الدينية والأوقاف أن يتدخل أيضاً في اعتماد ناظر الوقف الخاص عند الاقتضاء استناداً إلى محرر التصرف الوقفي وإلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية.

وإعمالاً لنص المادة 17 من نفس المرسوم يشترط في ناظر الملك الوقفي أن يكون: مسلماً، جزائري الجنسية، بالغاً سن الرشد، سليم العقل والبدن، عدلاً أميناً وذو كفاءة وقدرة على حسن التصرف.

والمتولي هو القائم على حسن تسيير الوقف ومصالح الموقوف عليهم وهو الناظر الذي ينظر في كل المسائل والإشكالات الوقفية ويسر شؤونه ويعمل على تطوير الوقف وتنميته والمحافظة عليه ما دام الوقف موجوداً وما دام محله قائم ومنتج لآثاره، وهو من يتولى أيضاً صرفه أو اتخاذ كافة الإجراءات لإنهاء الوقف متى كانت ذات محل<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - وقد خالف المالكية هذا الرأي وتفردوا ببطلان الوقف متى كان الناظر الواقف عليه نفسه، أنظر: أحمد محمد سليمان الأهم: من أحكام الناظر: مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، المنعقدة بين 6 و8 ديسمبر 1997، الطبعة الأولى، طبع على ذمة الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 1997، ص 10، وأنظر: د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 339، الإمام أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 155

<sup>2</sup> - د. عجيل حاسم الشامي: مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، الطبعة الأولى، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، المنعقد في الفقرة الممتدة بين 11 و 13 أكتوبر 2003، المنظم من قبل الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2004، ص 303، 302

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي مؤرخ في 12 شعبان 1419 الموافق 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 90، سنة 1998

<sup>4</sup> - د. زهي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 72

والناظر يمثل الوقف كشخصية معنوية قضاء في كل النزاعات التي تطرح أمام القضاء بصفته مدعي أو مدعى عليه أو مدخلا في الخصام أو على أي صفة كان عليها في النزاع<sup>1</sup>

لأجله يكون على الواقف أن يحدد للناظر أجرة يأخذها من ريع الوقف ذاته، أو يحددها هو بنفسه لنفسه، بصفة لا يتضرر الوقف منها ولا يتضرر الموقوف عليهم منها<sup>2</sup>، وقد أولاه القانون لا سيما ضمن نص المادة 19 من المرسوم 381-98 هذا الحق على أن يستوفيه بحسب طبيعة المال الموقوف شهريا أو سنويا.

فضلا على أن للناظر الحق في التأمين الاجتماعي مثله مثل جميع أشخاص الوظيف العمومي الآخرين، وفقا لما هو مبين ضمن أحكام نص المادة 20 من المرسوم 381-98

### ب- تحديد الواقف للاستحقاقات في التصرف الوقفي:

يعتبر هذا الالتزام من أهم الالتزامات على الإطلاق لارتباطه بقصد الوقف من أساسه، إذ قد تؤدي تلك القسمة الضيزي إلى بطلان الوقف برمته متى ثبت بأن الواقف أراد من وقفه تعطيل حكم الله في الموارث.

وقسمة الواقف للوقف تقتضي البيان والتوضيح، والفهم مناط الأعمال فيها، وذلك ما يوجب التطرق لحالات القسمة التي عادة ما تكون في الوقف، وهو ما لم يحدده المشرع الجزائري بعينه إنما ضمنه في الحكم العام لأعمال الشروط الوقفية في نص المادة 218 من قانون الأسرة والمادة 14 من قانون الأوقاف حين نص فيها صراحة على أن شروط الواقف هي التي تنظم الوقف ما لم تخالف أحكام الشرع، وهو ما يلزم بالتوجه إلى أحكام الشرع.

وأحكام الشرع على أن الواقف ماله على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين، فالمال بينهم بالسوية إلا أن يكون قد فضل بعضهم على بعض ببيانه في شرطه<sup>3</sup>، بحيث يكون حق الذكر والأنثى والغائب والحاضر فيه سواء، اللهم إن كانوا غير معينين فإنه يفضل منهم ذوا الحاجة وطلبة العلم والأحوج منهم يقدم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. زهي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 15-16

<sup>2</sup> - د. عبد الله بن بية: مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، الطبعة الأولى، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، المنعقد في الفقرة الممتدة بين 11 و

13 أكتوبر 2003، المنظم من قبل الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2004، ص 283 وما يليها

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد الدردير: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 97

<sup>4</sup> - الإمام أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 125-126

وإذا وقف على القوم وأولادهم من حدث من نسلهم، كان الاستحقاق بينهم اشتراكا، وكلما حدث من نسلهم مولودا أدخل معهم شريكا وقاسمهم قسمة تساوي حتى ظلوا كان هذا المولود من البطن العاشر، ويشترط لهذا المولود حتى يقتسم أن يستهل صارخا لأنه لا يستحق القسمة وهو حمل لإمكان عدم كونه حملا<sup>1</sup>

وان كان شرطه أن وقفه على أولاده ثم على المساكين أو قال على ولد فلا ثم على المساكين، فالقسمة تكون بين من وقف عليهم أولا من أولاده أو أولاد فلان حتى ينقضوا<sup>2</sup>، ثم تنتقل القسمة إلى المساكين فلا اشتراك للمساكين مع من وقف عليهم أولا وإنما يكون الاشتراك بين من وقف عليهم أولا لوحدهم ثم بين المساكين لوحدهم.

وإذا رتب بعضا وأشرك البعض الآخر، كأن يقول وقفت على أولادي ثم على أولادهم وأولادهم وأولاد أولادهم ثم على المساكين، فهنا حوز الاستحقاق بربع الوقف أولاده أولا لوحدهم شركاء في الربع، متى انقضوا تنتقل الربع إلى البطن الثاني والثالث شركاء في الربع فإن انقضوا انتقل الربع للمساكين.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: نهاية التصرف الوقفي

بالغم من لزوم الوقف في القانون الجزائري وعند جمهور الفقهاء لا سيما المالكية منهم فإن الوقف قد يتعرض لحالات ترددي إلى نهايته، وتلك الحالات لا تعدو أن تبرز في : حالات بطلان الوقف والحرمان منه، وحالات حل الوقف وانقضائه.

#### الفرع الأول: حالات الحرمان من الوقف وبطلانه

بعد أن يحدد الواقف المستفيدين من الوقف قد يحدث أن يتصرف الموقوف له تصرفا يؤدي إلى حرمانه من الوقف، كما قد ينشأ الوقف منذ لحظة الأولى معيبا أو تطرأ عليه بعض التصرفات التي تحول دون اكتمال أنشائه فيحكم عليه بالبطلان.

<sup>1</sup> - الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 187

<sup>2</sup> - لأن الولد هو كل ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وولد الذكر دون ولد الأنثى

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 202

أ- الحرمان من الوقف:

قد تؤدي تصرفات معينة لبعض من الموقوف عليهم إلى حرمانهم من الاستحقاق الوقفي، لتنافي تلك التصرفات الصادرة ضد الواقف مع قيامه بالوقف عليهم والإحسان لهم.

وبالرجوع إلى المانع المؤبد فإنه يتبين بقراءة النص القانوني من قانون الأسرة<sup>1</sup> أن الفالت العمدة لا يحرم لوحده من استحقاق الوقف وإنما يحرم معه من علم بالقتل ولم يخبر السلطات، وذلك الذي أدى شهادة زور أمام القضاء فأثبت على الوقف جرماً لم يرتكبه، ففي هذه الحالات يحرم القاتل ومن قام مقامه ولو لم يكن فاعلاً أصلياً بأن كان شريكاً، من الانتفاع من الوقف واستحقاق الربح منه نظراً لفعله الذي يحول دونه ودون التمتع من الوقف.

ذلك أن الموقوف عليه قد يقصد قتل الواقف الذي علم أنه سيخرجه من الوقف مثلاً متى اشترط الواقف لنفسه شرط الإخراج، أو أنه سيفضل عنه غيره في الغلة، وخلافها من صور استعجال الثمرة من الموقوف والسعي لأن تكون أكثر وأكبر.

ويستوي لقيام حكم الحرمان من الاستحقاق الوقفي أكان المقتول الواقف أو الموقوف عليه الذي يسبق القاتل في درجة استحقاق الوقف أو يحول دون استيفائه لربح أوفر، فكلما كان القاتل لطرف في الوقف من أجل جلب مصلحة استحقاقية من ربح الوقف كان القتل معتداً به وقام معه حكم المنع من الوقف للقتل العمدة.<sup>2</sup>

ثم إن المحروم من الوقف يعد ميتاً إن لم يستحق نصيبه من الوقف، كما يعد قد مات بعد استحقاقه لنصيبه من الوقف عليه ويعامل معاملة الميت بحيث يسقط له حق في المطالبة بشيء من ربح الوقف، ولا يؤثر عفو سائر الموقوف عليهم أو عدم عفوهم عليه في مثل هذا الأثر إذ يبقى يعامل بنفس المعاملة، ما دام أنه قد ثبت عليه قتله للواقف عمداً عدواناً.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نص المادة 137 ن قانون الأسرة

<sup>2</sup> - علي اعتبار استواء التصرف الوقفي بالهبة من حيث كونهما تصرفان تبرعياً، فإن الموقوف عليه متى نكل للواقف جاز لهذا الأخير أن يمنعه من الوقف لا سيما إن كان الوقف بباعث توطيد العلاقة بين الواقف والموقوف عليه وللمتولي أن يقوم بنفس الفعل متى شرط الواقف ذلك في الحرر الوقفي شرطاً.

<sup>3</sup> - د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 250

ب- بطلان الوقف:

الوقف كسائر التصرفات الأخرى لا يكون منتجا لآثاره فيكون باطلا في أحوال أهمها على الإطلاق ما تعلق بوقف الصبي ووقف المريض مرض الموت، وعدم حوز محل الوقف إلى حين حدوث مانع للواقف أو حصول المانع للواقف بعد رجوع القف له خلال عام من تاريخ إنشائه للوقف، والوقف على غير تصدق أو من جهة لا يقبل عنها الوقف للقرب<sup>1</sup>، والوقف محدد المدة أيضا إجماعا، فيبطل الوقف بكل ما يخالف أحكام الشرعية الإسلامية والقواعد القانونية ذات الصلة.<sup>2</sup>

فأما بالنسبة لحالة وقف الصبي فمن المتفق عليه شرعا والمعتمد قانونا بأن تصرف الصبي الوقفي يقع باطلا<sup>3</sup>، لعدم الاعتداد بإرادته في التصرفات التبرعية لا سيما الوقف منها، لما ورد في المادة 30 من قانون الأوقاف العامة<sup>4</sup>، ويقوم مقامه المعتوه والمجنون صاحب الجنون الدائم، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح وقفه أثناء إفاقة إذا ثبت ذلك بالدليل.<sup>5</sup>

ووقف المريض مرض الموت للوارث على الأخص، لأن الوقف أثناء مرض الموت يؤول إلى وصية<sup>6</sup>، وبه قضت المحكمة العليا في قرار مشهور لها جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية"<sup>7</sup>، مع العلم أن هذا الحكم يستوي فيه الوقف لوارث ولغيره، فإن الوقف دائما ينقلب إلى وصية ولا يجاز إلى في حدود ثلثه فقط، ذلك أن كل تبرعات المريض موتا لا تصح إلا في حدود الثلث.<sup>8</sup>

ويبطل الوقف أيضا لا سيما عند جمهور العلماء بما فيهم المالكية الذين يشترطون القبض لتمام الوقف، إذا لم يتم تسليم الموقوف أو لم تتم الطالبة به حتى طرأ للواقف مانع يحول دون تمام أهليته

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 337 و338

<sup>2</sup> - وهو ما يتوافق وصياغة المادة 29 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: "كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه"

<sup>3</sup> - وهذا ما جاء في نص المادة 82 من قانون الأسرة: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر تصرفاته باطلة"

<sup>4</sup> - جاء في نص المادة 30 ما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الموصي"

<sup>5</sup> - نص المادة 31 من قانون الأوقاف التي جاء فيها ما يلي: "لا يصح وقف المحجمون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"

<sup>6</sup> - د. احمد الكبيسي: الوصايا والموارث والوقف، الجزء الثاني، ص 257

<sup>7</sup> - غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 96675، بتاريخ 1993/11/23، عدد خاص، سنة 1993، ص 302

<sup>8</sup> - الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني: المجلد الثالث، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 154

كجنونه أو مرض موته، ففي هذه الحالة يعتبر الوقف باطلا ولو تم القبض بعد ذلك، كذلك إن لم يخل الواقف المحل قبل المانع متى كان الإخلاء قائم مقام التسليم بحيث يتضمن دعوة الواقف للقبض.<sup>1</sup>

ويبطل الوقف إذا كان على معصية كأن يوقف على كنيسة أو يشترط صرف غلة الوقف على خمر أو شراء سلاح لقتال محرم أو غيرها من صور الوقف على المحرمات، فضلا على الوقف بقصد غير التبرع حيث يتم الوقف حرمانا لأصحاب الميراث من حقهم.<sup>2</sup>

ويقع وقف الكافر لجهة القرب الإسلامية كالمسجد، كما وقف المسلم لجهة غير قربي، باطل وماله يرد عليه ووقفه بلا أثر قانوني ناجم عنه.<sup>3</sup>

ولا اعتبار عند جمهور العلماء أيضا للوقف محدد المدة<sup>4</sup>، كذلك في القانون الجزائري أين يؤكد المقتن على الحكم صراحة في المادة 28 من قانون الأوقاف<sup>5</sup>، أن يقع كل وقف مخالف لشرط التأييد باطلا.

### الفرع الثاني: حالات حل الوقف وانقضائه

قد تطرأ على محل الوقف أحوال تؤدي إلى إنهاء الوقف دون أن يكون مشروطا في المحرر الوقفي، فكثرة المستحقين على العين الواحدة ذات الربيع الذي يصير في حقهم ضئيلا يؤدي بالضرورة إلى حل الوقف وخراب العين محل الوقف مؤدي بصفة أولى إلى نهاية الوقف أيضا.

#### أ- حل الوقف:

استنادا على المحرر الوقفي وشروط الواقف فيه يقوم المتولي بتوزيع الربيع والثمار على الموقوف عليهم ما استمر الوقف بين مستحقين معلومين محددتين وهو ما يتجسد على الخصوص في الوقف الذري<sup>6</sup>، ومتى طال أمد الوقف اتسع عدد المستحقين فيه وكلما اتسع عددهم قل نصيب كل واحد

<sup>1</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي اليسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 339

<sup>2</sup> - ص 94-95، من هذه الرسالة

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد الدردير: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 78

<sup>4</sup> - القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي: المرجع السابق، الجزء السادس ص 122

<sup>5</sup> - وقد جاء في نص المادة: يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".

<sup>6</sup> - أ.د. محمد رأفت عثمان: الوقف الذري أو الأهلي، المرجع السابق، ص 261

منهم، ومن الضالة إلى القلة إلى الانعدام في أحيان يصير القسط من الموقوف للموقوف عليه فيصبح وجود الوقف مثل عدمه.<sup>1</sup>

في هذه الحالة يصبح حل الوقف من الضرورة بمكان بحيث لم يعد يدر على الموقوف عليهم ريعا يعتبر فيصرف ويحل، ولا يبقى له أثره غير أن تنقلب ملكية المال الموقوف إلى المصرف الذي عينه الواقف في محرر وقفه.<sup>2</sup>

وإذا حل الوقف لضرورة ضالة الاستحقاقات أو انقراض الموقوف عليهم، ولم يعين الواقف في محرر وقفه مصرفا يصرف عليه الوقف في هكذا أحوال فإن محل الوقف يعود إلى<sup>3</sup>:

- أقرب الناس إليه إذا كان الوقف على غير محصورين لا معينين.

- فقراء أقارب الموقوف عليه إذا كانوا محصورين غير معينين.

ومن ذلك أيضا أن انتهاء المصلحة المقرر من أجلها الوقف، ومثالها أن يتم وقف عقار لجمعية معينة وتحل أو تنحل الجمعية لاستنفاد غرضها مثلا، ففي هذه الحالة ترجع ملكية الوقف إلى السلطة المكلفة بالأوقاف في لدولة ما لم يحدد الواقف في المحرر الوقفي مصرفا لها في الأحوال المثلية، كما ينص عليه المقتن بموجب المادة 37 من قانون الأوقاف.<sup>4</sup>

#### ب- انقضاء الوقف:

ينقضي الوقف لخراب العين محله وانعدام أي ريع لها يمكن ترميمها أو إقامتها به، ولا يتمكن المتولى الاستدانة للوقف ولا إيجاره بمبلغ ترميمه وإقامته، كما لا تمكن مقايضته أو استبداله بمحل غيره

<sup>1</sup> - ولقد أخذت بعض القوانين العربية المقارنة يمثل هذا الحل إلى صارت مانعة للوقف الخاص برمته، أنظر: د. احمد محمود الشافعي: احكام الموارث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، بدون عدد طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 501-502

<sup>2</sup> - منذر عبد الكريم القضاة: المرجع السابق، ص 115

<sup>3</sup> - د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 340

<sup>4</sup> - جاء في نص المادة 37 من قانون الأوقاف: تتول الأموال العقارية والمنقولة الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات إلى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي أنشئت من أجلها إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها وقفه وذلك وفق إجراءات تحدد عن طريق التنظيم"

يجل محله كعين عوضية للوقف<sup>1</sup>، أو في حالة انقراض الموقوف عليهم ففي هاتين الحالتين ينعدم القصد من الوقف ويعتبر قد خرب ويحكم عليه بالانقضاء.<sup>2</sup>

والضرر الذي يلحق بالموقوف عليهم في حالة إبقاء العين على حالتها دون ترميم ولا تعمیر بفقد وسيلة ذلك هو معيار قياس المنفعة المرجوة من الوقف فإن عدمت أو أثقلت كاهلا لموقف عليهم، ا لو بقيت العين على حالتها لحقهم ضرر وان أرادوا تعمیرها لهم ضرر، ففي مثل هذا الوضع يحكم على العين بالخراب وعلى الوقف بالانقضاء.<sup>3</sup>

ولكن ليس كل ما يخرب يحكم عليه بالانقضاء كوقف لأن المساجد ولو اختبرت أو هجرها الناس ولم تبق منها مصلحة مرجوة تدوم على حالها القدسي بحيث لا تزول عن المسجد الذي هجره الناس ولا حتى عن العقار الذي بني فوق مساحته المسجد قدسيته إذ يبقى المكان مقدسا ومعتبرا مسجدا ولو تخرب.<sup>4</sup>

وعلى ذلك فإن مسألة خراب العين الموقوفة الحكم على الوقف تأسيسا عليها بالانقراض لا يصح في المساجد وفي سائر أماكن العبادة المشروعة وأما في غيرها فإن القول بانقراض الوقف متى خرب محله صحيح والأخذ به لازم.

<sup>1</sup> - ولا بد أن يكون العوض مساوي لريع الوقف الذي كان يدخله في أحواله العادية أو أفضل لأنه لو تم تبديله بعين أخرى ريعها ضئيل فيحكم على الوقف نتيجة لها بالخراب والانقضاء، أنظر: د. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 244، سالمي موسى: المرجع السابق، ص 30 وما يليها

<sup>2</sup> - منذر عبد الكريم القضاة: المرجع السابق، ص 115

<sup>3</sup> - أ.د محمد رأفت عثمان: الوقف الذري أو الأهلي، المرجع السابق، ص 261

<sup>4</sup> - د. بدر الدين القاسمي: المرجع السابق، ص 43

حاشية

### خاتمة:

بعد تعرضنا في بحثنا هذا والمتمثل في أحكام التصرفات التبرعية في العقار سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القانونية يمكن استخلاص النتائج التالية:

- إنه وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي ينظم من خلالها المشرع هذه التبرعات إلا أنه لم ينظم عقود التبرعات في العقار والتي هي الهبة والوصية والوقف في قانون شامل ومنظم بل جعلها في وقنين مختلفة كالقانون العقاري وقانون الأسرة والقانون المدني.

- وكذا تبين أن أهم النقائص القانونية التي الوقوف عليها في مجال هذا البحث أيضا عدم وضوح رؤية المشرع لبعض النصوص لا سيما ما تعلق منها بالأشكال القانونية المعتمدة لنشوء عقود التبرع كما هو الشأن بالنسبة للوصية والوقف، أين أعطى حكما عاما في إثبات كلا التصرفين ولم يبيّن دور الرسمية بوضوح أين اعتمد المادة 191 من قانون الأسرة على إثبات التصرفين وبالإحالة عبر المادة 215 من قانون الأسرة.

- كما نستنتج أن عقود التبرعات في العقار تجتمع في انقلابها إلى وصية ما تمت خلال مرض موت المتبرع لأنها تشدد في أهلية المتبرع حيث لا تعني عناية بالغة بإرادة المتبرع له، بحيث تصح ولو كانت لجنين شرط ولادته حيا، وكذا نرى أن عقود التبرعات اختلفت في فترات نفاذها بين الهبة والوقف باعتبارهما تصرفان فوريان أما الوصية يأجل نفاذها ما بعد وفاة المتبرع وبالتالي:

- نظرا لحساسية موضوع العقار محل التبرع من حيث الاجراءات والتوثيق والعقود التي ترد عليها وكذا تسجيل وإشهار العقد الذي يكون محله عقارا هو ما تختص به هذه التبرعات عن باقي التبرعات الأخرى التي يكون محلها منقولا أو مالا وذلك لتسهيل تداول العقار وتنظيمه وحمايته في إطار القانون مؤداه منه أنه اختلال الشكلية أو التوثيق أو التسجيل أو الإشهار يحول دون المبتغى أو المقصد في هذه التبرعات في العقار وكذا تحديد القسم العقاري في الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتبرعات في العقار.

نقترح أن يقوم هذه القوانين المتعلقة بالتبرع في العقار في قانون موحد يشمل عقود التبرع وأحكامها وكل ما يتعلق بها من إجراءات وتوثيق وشكلية التي يكون محلها العقار.

# قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم:

القوانين:

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. القانون رقم 91-10 ممضى في 12 شوال 1411، جريدة رقم 21 مؤرخة في 23 شوال 1411، الصفحة 690، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001 الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 29، سنة 2001.
3. قانون 91-10 مع الإشارة إلى أن نص المادة المذكور أعلاه عدل بموجب نص المادة 3 من القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف.
4. قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يوليو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005.
5. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، المتضمن القانون المدني.
6. قانون رقم 06/02 الصادر بتاريخ: 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 14 سنة 2006.

الأوامر:

- الأمر 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري معدل بالقانون 09/79 المؤرخ في 31/12/1979 المتضمن قانون المالية 1980
- الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، سنة 1975، عدد 92، سنة 1975.

المراسيم:

1. مرسوم تنفيذي مؤرخ في 12 شعبان 1419 الموافق 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 90، سنة 1998.

البيانات القضائية:

2. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 211664، بتاريخ 1995/06/07، المجلة القضائية، عدد 1، 1995.
3. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف، رقم 103656، بتاريخ 1994-11-09، المجلة القضائية، عدد 51، سنة 1994.
4. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 197335، بتاريخ 1998/06/16.
5. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، رقم 219901، بتاريخ 1999/03/16، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001.
6. مجلة المحكمة العليا، العدد 1 سنة 2007، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 367996، بتاريخ 2006/06/14.
7. مجلة المحكمة العليا، العدد 2 سنة 2006، الغرفة المدنية، ملف رقم 328682، بتاريخ 2006/02/15.
8. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/11، المجلة القضائية، العدد 2.
9. قرار المحكمة العليا رقم 116191، الصادر بتاريخ 1997/01/19، العدد 2.
10. غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 413209 بتاريخ 2008/1/16، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2008، عن موقع: <sup>1</sup> - أنظر المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.
11. قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 3358، تاريخ 2001/12/23، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، سنة 2003.
12. غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 166090، بتاريخ 1997/07/29، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1998.
13. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1993.
14. الغرفة العقارية، ملف رقم 198940 بتاريخ 2001/04/25، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004.

15. الغرفة العقارية، ملف قم 223224، بتاريخ 2001/12/19، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، العدد 1، سنة 2004.

16. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 96675، بتاريخ 1993/11/23، عدد خاص، سنة 1993.

### الكتب:

1. أحمد دغميش، التزويل في قانون الأسرة الجزائري، بدون عدد طبعة، دار هومة، الجزائر 2009.
2. أحمد فراج حسين ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه و القانون و القضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2005.
3. أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، بدون عدد طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
4. أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الشافعي، بدون عدد طبعة، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر، سنة 1994.
5. الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، بدون عدد طبعة، دار المعارف، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة.
6. برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ على الطرابلسي الحنفي، كتاب الاسعاف في أحكام الوقف، الطبعة 2، مصر، سنة 1902.
7. جاسم علي سالم الشامسي، مسائل قانونية في أحكام الوقف مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، المنعقدة بين 6 و 8 ديسمبر 1997، الطبعة الأولى، طبع على ذمة الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 1997.
8. جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
9. حسن أحمد الحمادي، المسؤولية الجنائية لإدارة الواقف في قانون العقوبات الاتحادي، مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، المنعقدة بين 6 و 8 ديسمبر 1997، الطبعة الأولى، طبع على ذمة الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 1997.
10. خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1982.

## قائمة المصادر والمراجع

11. الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008
12. زهدي يكن: الوقف في لشريعة والقانون بدون عدد طبعة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، لبنان سنة 1888هـ.
13. سليمان محمدي، كسب الملكية بسبب الوفاة ، الميراث و الوصية، بحث في نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1988.
14. الشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، الجزء الرابع، الشرح الكبير المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1927.
15. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2002.
16. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعييني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبأسفله التاج والاكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف الواقف، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995.
17. عبد الرحمن الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، تقديم: د. محمد بكر إسماعيل، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنة 1999.
18. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، بدون عدد طباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968
19. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول، بدون عدد الطبعة. دار احياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة.
21. عبد العزيز محمودي: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، بدون عدد طبعة، قصر الكتاب، البلدية، 2006.
22. عجيل جاسم النشمي، مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، الطبعة الأولى، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، المنعقد في الفقرة الممتدة بين 11 و 13 أكتوبر 2003، المنظم من قبل الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2004.

## قائمة المصادر والمراجع

23. العربي بلحاج: أحكام المواريث في التشريع الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات والمدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2010.
24. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994.
25. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، سنة 2000.
26. علي أبي الحسن، وجماعة من العلماء، فتاوى على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، سنة 1991.
27. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
28. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون عدد طبعة، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997.
29. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة والوقف والوصية)، بدون عدد الطبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.
30. عيسى زكي، موجز أحكام الوقف، الطبعة الثانية، العامة للأوقاف، لدولة الكويت، الكويت، سنة 1995.
31. كمال حمدي: المواريث والهبة والوصية، بدون عدد طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
32. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
33. محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة و مساءلة و بيان للمصادر الفقهية الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 2001.
34. محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1917.

## قائمة المصادر والمراجع

35. محمد أمين بن عبد العزيز بن عبادين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، سنة 1325هـ.
36. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الدوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2003.
37. محمد بن إسماعيل البخاري: الأدب المفرد، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2009.
38. محمد بن علي بن محمد الشوكاني: المجلد الثالث، الجزء السادس، نيل الأوطار شرح ملتقى الأخبار من أحاديث سير الأخبار دار الجليل بيروت، لبنان، 1255هـ.
39. محمد بن محمد الشريبي الشافعي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تصحيح وعناية الشيخ علي عاشور: الجزء الرابع، بدون عدد طبعة، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة.
40. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب، الخامس عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، سنة 1994.
41. محمد زهدود: الوصية في القانون المدني الجزائري، بدون عدد طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991.
42. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2009.
43. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار الوراق، الرياض، السعودية، سنة 2001.
44. منذر عبد الكريم القضاة: أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010.
45. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، بشرح الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، الجزء السادس، بدون طبعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1983.
46. نورة منصور. هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

## قائمة المصادر والمراجع

47. أبو وليد سليمان بن خلف الباجي: شرح موطأ الإمام ، دار الهجرة ملك بن أنس، الجزء السادس، طبعة مصورة من الطبعة الأولى، مصر، سنة 1332هـ.
48. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكلم الطيب، سنة 2000.
49. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، سنة 2005.
50. يحيى بكوش، الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكاتب، الجزائر، سنة 1987.

### الرسائل والأصروحات:

1. رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، (رسالة ماجستير) تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، كلية الحقوق 2009/2008.
2. سالمى موسى، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2003.
3. ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002/2001.
4. فريد هلال، الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود و لمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2010-2011.
5. نوال بن النوي، تنفيذ الوصية، تنفيذ الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010-2011.

### المجلات:

1. محمد حسنين. عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، العدد 2، سنة 1987.
2. صالح جيبيك، التريل في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 1997.

3. بدر الدين القاسمي، أحكام الوقف الإسلامية، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني اجتهادات شرعية، 8 ماي 2005 الطبعة الأولى إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية، الكويت 2006

### المؤتمرات منتديات:

1. عبد الله بن بية، مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، الطبعة الأولى، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، المنعقد في الفقرة الممتدة بين 11 و 13 أكتوبر 2003، المنظم من قبل الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2004.

2. محمد رأفت عثمان، الوقف الذري أو الأهلي، الندوة الثالثة، من أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية المنعقدة ما بين 8-10-2005 الطبعة الأولى 2006، دولة الكويت.

### المجلات القضائية:

1. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 211664، بتاريخ 1995/06/07، المجلة القضائية، عدد 1، 1995.

2. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف، رقم 103656، بتاريخ 1994-11-09، المجلة القضائية، عدد 51، سنة 1994.

3. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 197335، بتاريخ 1998/06/16.

4. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، رقم 219901، بتاريخ 1999/03/16، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001.

5. مجلة المحكمة العليا، العدد 1 سنة 2007، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 367996، بتاريخ 2006/06/14.

6. مجلة المحكمة العليا، العدد 2 سنة 2006، الغرفة المدنية، ملف رقم 328682، بتاريخ 2006/02/15.

7. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/11، المجلة القضائية، العدد 2.

8. قرار المحكمة العليا رقم 116191، الصادر بتاريخ 1997/01/19، العدد 2.

9. غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 413209 بتاريخ 2008/1/16، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2008، عن موقع: <sup>1</sup> - أنظر المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.

## قائمة المصادر والمراجع

10. قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 3358، تاريخ 2001/12/23، مجلة مجلس الدولة، العدد3، سنة 2003.
11. غرفة الأحوال الشخصية، ملق رقم 166090، بتاريخ 1997/07/29، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1998.
12. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1993.
13. الغرفة العقارية، ملف رقم 198940 بتاريخ 2001/04/25، المجلة القضائية، العدد1، سنة 2004.
14. الغرفة العقارية، ملف رقم 223224، بتاريخ 2001/12/19، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، العدد 1، سنة 2004.
15. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 96675، بتاريخ 1993/11/23، عدد خاص، سنة 1993.

## المراجع باللغة الأجنبية:

1. Sylvie dibos-lacroux : successions, le guide pratique, 9eme édition, PRAT, édition, France, 2008.
2. Aouore boucher, l'alea dans le droit des contrats, mémoire de recherche, master 2, droit prive, panthéon-assas, université paris2, 2009-2010.
3. Christian LARROUMET : DROIT CIVIL, les obligations, le contract, tome3, 3eme Edition , ECONOMICA, beyrouth, liban, 1996.
4. Sophie druffin-bricca, laurence henry : droit civil, les obligation, commentaire de texte, gualino édition, paris, France , 2004.

## مواقع الأنترنت:

5. [www.kotobarabia.com](http://www.kotobarabia.com)
6. [www.lawyerscastle.com](http://www.lawyerscastle.com)
7. [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

# فهرس المحتويات

# فهرس المحتويات

إهداء

كلمة شكر

1 ..... مقدمة:

## الفصل الأول: الهبة وأحكامها في العقار

2 ..... المبحث الأول: ماهية عقد الهبة في العقار

2 ..... المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة وتمييزه عن باقي التصرفات المشابهة له

2 ..... الفرع الأول: تعريف عقد الهبة وانواعه

5 ..... الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن سائر التصرفات المشابهة له

6 ..... المطلب الثاني: الأركان الخاصة لصحة عقد الهبة في العقار

7 ..... الفرع الأول: أركان الهبة والشكلية في العقار

13 ..... الفرع الثاني: شروط عقد الهبة

20 ..... المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة في العقار

20 ..... المطلب الأول: تسجيل وشهر عقد الهبة في العقار

20 ..... الفرع الأول: تسجيل عقد الهبة في العقار

21 ..... الفرع الثاني: شهر عقد الهبة في العقار

23 ..... الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالشكلية

24 ..... المطلب الثاني: كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار

24 ..... الفرع الأول: الرجوع بالتراضي في هبة العقار

25 ..... الفرع الثاني: الرجوع بالتقاضي في الهبة في العقار

## الفصل الثاني: الوصية وأحكامها في العقار

30 ..... المبحث الأول: ماهية الوصية في العقار

30.....	المطلب الأول: تعريف الوصية وتمييزها عن التصرفات التي تشبهها
30.....	الفرع الأول: تعريف الوصية وبيان أنواعها
33.....	الفرع الثاني: تمييز الوصية عن التصرفات المشابهة لها
34.....	المطلب الثاني: أركان الوصية وشروطها في العقار
34.....	الفرع الأول: أركان الوصية والشكلية في العقار
41.....	الفرع الثاني: شروط الوصية في العقار وإجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الوصية
48.....	المبحث الثاني: أحكام الوصية في العقار
48.....	المطلب الأول: الالتزامات الناشئة عن الوصية
48.....	الفرع الأول: التزامات التنازل عن العقار الموصى به
53.....	الفرع الثاني: التزامات الانتفاع بالعقار الموصى به
55.....	المطلب الثاني: انقضاء الوصية
56.....	الفرع الأول: حق الرجوع في الوصية
58.....	الفرع الثاني: رد الوصية وبطلانها

## الفصل الثالث: الوقف وأحكامه في العقار

64.....	المبحث الأول: ماهية الوقف في العقار
64.....	المطلب الأول: مفهوم الوقف وأنواعه
64.....	الفرع الأول: تعريف الوقف
68.....	الفرع الثاني: أنواع الوقف
70.....	المطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه في العقار
70.....	الفرع الأول: أركان الوقف في العقار
77.....	الفرع الثاني: شروط صحة الوقف
80.....	المبحث الثاني: أحكام الوقف في العقار

80.....	المطلب الأول: التزامات التصرف الوقفي في العقار
80.....	الفرع الأول: التزامات الأطراف في التصرف الوقفي في العقار
85.....	الفرع الثاني: سلطة الواقف على التصرف الوقفي
91.....	المطلب الثاني: نهاية التصرف الوقفي
91.....	الفرع الأول: حالات الحرمان من الوقف وبطلانه
94.....	الفرع الثاني: حالات حل الوقف وانقضائه
98.....	خاتمة
100.....	قائمة المراجع