

جامعة ابن خلدون - تيارت - (ملحقة السوق)
كلية الحقوق و العلوم السياسية
مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
الشعبة : حقوق
التخصص : القانون العقاري
بعنوان :

الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري
"الهبة الوصية الوقف" نموذجا

تحت إشراف الدكتورة

بن بعلاش خاليدة

من إعداد الطالبين :

* بلفضل نزيهة

* يحيواوي فريحة

لجنة المناقشة

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر "أ"	د. حمر العين عبد القادر
مشرفا مقرا	أستاذة محاضرة "ب"	د. بن علاش خاليدة
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر مساعد "أ"	د. بلخيز عبد الله

تاريخ المناقشة 2019_05_30

شكر و عرفان

* بعد شكر الله سبحانه و تعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث . نتقدم بجزيل
الشكر إلى الوالدين العزيزين الذين أمانونا و شجعونا على
الإستمرار في مسيرة العلم.

* كما نتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفتنا بإشرافها على مذكرة بحثنا
الدكتورة " بن وعلاش خليفة " التي لن تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائه الحقها بصبرها
الكبير علينا، و لتوجهاتها العلمية التي لا تقدر بثمن.
* كما نتوجه بالشكر الجزيل لكل من الأستاذتين المحترميتين " فاطمة " و
الأستاذة " حافة خيرة "

* وقبل أن نمضي نقدم الشكر و التقدير إلى الذين حملوا أقدس
رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة
إلى جميع أساتذة الحقوق بجامعة ابن خلدون (تيارت).

* كما نتوجه بشكر

إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد

الإهداء

• أهدي هذا العمل برا ووفاء وحباً :

- __ إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها من علمتني و غانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه و
عندما تكسوني المصوم أسبح في بحر حنانها ليخففني من آلامي " أمي " ميمونة ".
__ إلى من جرع كأس فارخا ليقتيني قطرة حب إلى من كلت أنامله ليقدّم لنا لحظة سعادة إلى من صد
الأشواق عن دربي ليمهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير " والدي العزيز " ماعد "
__ إلى من شاركني حلو الحياة و مرها زوجي " سعيد ناصر "
__ إلى أمز ما أملك أبنائي " إيناس ، مروة، محمد، يوسف "
__ إلى صاحبة القلب الطيب و النوايا الصادقة إلى من رافقتني منذ أن حملنا حقائب صغيرة و نحن في طريقنا
إلى المدرسة، أختي " فاطمة ".
__ إلى من أرى التفاؤل بعينه و السعادة في ضمته إلى شعلة الذكاء و النور إلى الوجه المفعم بالبراءة و
لمحبتك لأزهرت أيامي " أخي جمال ".
__ إلى من به أكبر و عليه أعتد إلى شمعة تنير ظلمة حياتي أخي " منبر ".
__ إلى من بوجوده اكتسب قوة و محبة لا حدود لها: أختاتي " فائزة، طليحة، سامية، أسماء ".
__ إلى العزيزة " صلاح خان ".
__ إلى صديقتي " تيطواين باتور ".

بلفضل نزيهة

الإهداء

❖ أهدي هذا العمل برا و وفاء و حبا :

✓ إلى الوالدة محنوان الحنان و الرحمة في أسمى معانيها " يمينة "

✓ إلى أبي قدوتي و نبراسي في الحياة " فيلاي "

✓ إلى من شاركني طلو العيش و مره زوجي العزيز " محمد القادر "

✓ إلى إبني الغالي " سهيب "

✓ إلى كل من علمني حرفا من الابتدائي إلى يومنا هذا

مقدمة

إن أفراد المجتمع الإنساني لم يكونوا في حين من أحيان التاريخ سواسية في الغنى و الفقر و الكفاءات و المؤهلات مما يترتب على هذا التفاوت المقاييس التفاضلية و الظروف التمييزية حتى اختلت هيئة العدالة الاجتماعية في أحيان كثيرة.

فحرم الكثير من الناس الاستفادة من التسهيلات الأساسية التي حظي بها البعض الآخر من تعليم و غذاء و سكن و دواء، و اضطر المعوزون و البائسون إلى الحياة بلا كرامة، حيث نجد الأرامل ليس لهم ما يسد به جوع أبناءهن إلا بعد أن يمدن أيدهن و يتسولن و في بعض الأحيان ينحرفن للأسف، كما نرى المريض لا يجد الدواء و يشتد عليه المرض حتى يصير الداء عضالا يعجز الأطباء عن علاجه، و من ثم يلقي المريض مصرعه بعد معاناة شديدة.

و من اجل محاربة هذه الآفة وضعت مختلف التشريعات حلول و آليات من شأنها تسهيل العمل التبرعي، و تأطير الفئات الضعيفة في المجتمع حتى تنخرط في منظومة البناء، و من بين هذه الآليات التصرفات التي يباشرها الأفراد و يكون هدفها التفضل و التبرع.

فقد نظم المشرع الجزائري التصرفات التبرعية ضمن قانون الأسرة⁽¹⁾ تحت عنوان " الوصية، الهبة، الوقف"، إذ أن تنظيمها ضمن هذا القانون سببه مدى حاجة أفراد المجتمع إلى التكافل و صلة الأرحام عن طريق الهبات و الوصايا و الحبوس.

إن أهمية التصرفات التبرعية تكمن في كونها تصرفات ذات خطورة، فالتبرع في النهاية هو تضحية بالمال بدون مقابل، و هو أمر ذو خطورة لذلك تسارعت التشريعات إلى وضع الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف، لذلك تم وضع ضوابط و شروط خاصة في التصرف التبرعي لا يشاركه تصرف آخر في تلك الضوابط أو الشروط.

(1) القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، سنة 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، جريدة رسمية عدد 15، سنة 2005.

فالسبب في اختيار هذا الموضوع هو دفع عجلة التحسيس و التشجيع على التبرع عن طريق تبيان قيمته الدينية و الدنيوية، ذلك أن التبرع طاعة لله و له أثر كبير في القضاء على الفقر، و إن كان موضوع دراستنا هو الرجوع في التبرع ذلك انه لا ينبغي تبيان مضمون الرجوع في التبرعات و إجراءاته دون تبيان ماهية التبرعات من هبة و وصية و وقف .

فالتصرف التبرعي في نظر القانون هو عبارة عن اتجاه الإرادة لترتيب أثرها، إذ أن هذه الإرادة عبرت عنها المادة 106 من القانون المدني على أن " العقد شريعة المتعاقدين"⁽¹⁾، فالأصل أن الإلتزمات الناشئة عن الإرادة هي واجبة التنفيذ أي إذا نشأ التصرف صحيحا فقد خلصت له قوته الملزمة و وجب تنفيذه.

فمضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هو أنه يجوز للأطراف المتعاقدة إن شاء ما شاءوا من العقود في حدود النظام العام و الآداب العامة .

غير أن هذه القاعدة ورد عنها عدة استثناءات منها ما يتعلق بسلطة القاضي و منها ما يتعلق بإرادة الأطراف، فبالنسبة لسلطة القاضي فإنه يجوز له تعديل العقد أو نقضه أي إلغائه في مواطن معينة سواء في مرحلة تكوين العقد لاسيما إذا شاب أحد المتعاقدين في رضاه عيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال، أو في مرحلة تنفيذ العقد لاسيما إذا تعلق الأمر بظروف الطارئة، إذ يجوز للقاضي أن يأمر إما بزيادة التزام الدائن أو الإنقاص من التزامات المدين حسب الأحوال.

و لكن الاستثناء الذي يهمنا في موضوع دراستنا هو الإستثناء الذي يتعلق بإرادة الأطراف المتعاقدة، إذ يجوز لهذه الإرادة أن ترجع فيما التزمت فيه، في حدود معلومة حدد المشرع الجزائري ضوابطها لاسيما إذا تعلق الأمر بالهبة، حيث نجد المشرع الجزائري حذا حذو الشريعة الإسلامية و منح للواهب الحق في الرجوع في هبته في ظروف خاصة روعيت فيها مسائل مهمة جعلت الرجوع في الهبة وضعاً أكثر عدلاً و إنصافاً.

(1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 ، المنضمين القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، سنة 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 ، جريدة رسمية عدد 31 سنة 2007 .

هذا و قد وضعت الوصية كحل يتدارك به الموصي ما فاته من عمل البر في حياته، فيستدرك ذلك عن طريق هذه الفرصة الأخيرة بحيث يلحقه العمل الصالح و قد انتهى أجله، و لكن قد يطول عمر الموصي أو توجهه الظروف إلى نقض وصيته و الرجوع عنها.

و للأمانة العلمية تجدر الإشارة انه هناك عدة دراسات سابقة تناولت عقود التبرعات من جوانب مختلفة أهمها رسالة الدكتور خالد سماحي⁽¹⁾، تحت عنوان " النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة" التي عالجت عقود التبرع المنصوص عليها في قانون الأسرة لاسيما الوصية و الهبة و الوقف و كذا عقود التبرع المنصوص عليها في القانون المدني كالوكالة و الوديعة و الكفالة و غيرها من العقود التي تتم بدون مقابل، و هذا هو وجه الاختلاف بين هذه الرسالة و موضوع دراستنا هاته المقصورة على تناول الأحكام العامة لتصرفات التبرعية المسماة المنصوص عليها في قانون الأسرة و مدى الرجوع عن هاته التصرفات التبرعية.

و تبعا لما تقدم سنحاول معالجة الإشكالية التالية: ما مدى إمكانية الرجوع في التصرفات التبرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نتبع المنهج التحليلي و ذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة و قانون الأوقاف و القانون المدني و غيرها من القوانين و المراسيم.

و بناء على ذلك سنتطرق في هاته المذكرة إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول إلى دراسة ماهية التصرفات التبرعية، أما الفصل الثاني سنتطرق فيه إلى مدى جواز الرجوع في التصرفات التبرعية.

هذا و سنقسم الفصل الأول إلى ثلاثة مباحث سنتحدث في المبحث الأول عن الهبة بحيث سنبين الطبيعة القانونية للهبة و تمييزها عن غيرها من التصرفات التبرعية و كذا التطرق إلى أركان الهبة و شروطها، بينما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن تصرف الوصية بحيث سنقوم بتحديد معنى الوصية و ذلك بتعريفها و ذكر أهم خصائصها و تمييزها عن غيرها من التصرفات التبرعية ، كما انه ستطرق إلى أركان الوصية و شروطها، أما المبحث الثالث سنتحدث فيه عن تصرف الوقف بحيث سنبين مفهومه و ذلك بتعريفه و تمييزه عن بعض التصرفات التبرعية و ذكر أنواعه، كما سنبين في هذا المطلب شروط تكوين الوقف و ذلك بذكر أركانه و شروطه.

(1) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، تخصص القانون الخاص، سنة 2013.

و بخصوص الفصل الثاني هو الآخر سنقوم بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث سنبين في المبحث الأول الرجوع في الهبة و ذلك بتطرق إلى مفهوم الرجوع و ذكر الحالات التي يجوز فيها الرجوع و سنبين أيضا كيفية الرجوع في الهبة و أهم الآثار المترتبة على هذا الرجوع، بينما المبحث الثاني سنبين فيه كيفية الرجوع في تصرف الوصية و إجراءاته و فضلا عن ذلك ستطرق إلى شروط الرجوع في تصرف الوصية و أهم الآثار المترتبة عليه، أما المبحث الثالث سنبين فيه مدى الرجوع في تصرف الوقف.

الفصل الأول ماهية التصرفات التبرعية

إن المشرع الجزائري نظم التصرفات التبرعية ضمن قانون الأسرة في الكتاب الرابع تحت عنوان " الوصية، الهبة، الوقف"، و لعل السبب من معالجتها ضمن قانون الأسرة هو مدى حاجة أفراد المجتمع إلى التكافل و صلة الأرحام عن طريق الهبات و الوصايا و الحبوس.

فالمشرع الجزائري أعطى لعقد الهبة اهتماما كبيرا و خصص له جزءا مهما في القانون رقم 84_11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، حيث أفرد له أحكاما خاصة به من المادة 202 إلى المادة 213 منه، أما فيما يتعلق بالإجراءات و الشكليات التي أوجبها المشرع الجزائري لانعقاد أو نفاذ عقد الهبة نجدها في الأمر رقم 70_91 المتعلق بالتوثيق المعدل و المتمم⁽¹⁾، و كذا الأمر 75_58 المتضمن القانون المدني⁽²⁾

و قد تناول المشرع الجزائري موضوع الوصية في قانون الأسرة من المادة 184 إلى المادة 201 منه، و زاد الرصيد في معرفة الوصية باللجوء إلى القانون المدني الذي يبين في أغلب الأوقات انتقال الملكية بعد وفاة الموصي.

هذا و سارت الجزائر على نهج غيرها من الدول الإسلامية، إذ أنها اهتمت بالوقف و الملكية الوقفية فأعطتها المكانة اللائقة بها، فاعترفت بها كإطار قانوني للتنازل عن الملكية الوقفية و هو ما كرسه دستور 1989 حيث تنص المادة 49 منه على أن " الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها و يحمي القانون تخصيصها"، هذا و صدر قانون الأوقاف رقم 91_10⁽³⁾، الذي جاء بغية ترتيب كافة الأحكام العامة للملكية الوقفية و صياغتها في مواد قانونية.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، سنتطرق في المبحث الأول إلى عقد الهبة، أما المبحث الثاني سنتناول فيه تصرف الوصية، بينما المبحث الثالث سنتحدث فيه عن تصرف الوقف.

(1) الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق ، جريدة رسمية رقم 10 لسنة 1970 ، المعدل و المتمم بالقانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، جريدة رسمية رقم 14 ، سنة 2006 .

(2) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 ، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، سنة 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 ، جريدة رسمية عدد 31 سنة 2007 .

(3) قانون الأوقاف رقم 91_10 الصادر بتاريخ 27_04_1991، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 08_05_1991.

المبحث الأول: عقد الهبة

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط" ، و نص أيضا المادة 206 من نفس القانون على انه " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة".

و منه يتبين أن الهبة من العقود التبرعية، فالقول أنها عقدا ذلك أن المشرع اشترط لانعقادها الإيجاب و القبول، و القول أنها تصرفا تبرعيا ذلك أنها تتم بلا عوض و إن كان يجوز للواهب أن يشترط التزاما على الموهوب له لأنه لا بد من توافر نية التبرع.

و طالما أن المشرع الجزائري اشترط لانعقادها الإيجاب و القبول، فإنها تتشابه مع العقود المماثلة لها الصادرة عن جانبين كالبيع و الإيجار، و بما أن الهبة تعد تبرعا فهي تتشابه مع بعض التصرفات التبرعية الأخرى كالوصية و الوقف و الصدقة.

ولأن الهبة تعتبر عقدا، فإنه يشترط توافر الأركان العامة للعقد من رضا و محل و سبب، هذا و الأصل في العقود الرضائية إذ يكفي لانعقاد العقد تطابق الإيجاب مع القبول، غير انه قد ينص المشرع الجزائري على شكلية معينة .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الهبة و ذلك بتعريفها و تمييزها عن العقود و التصرفات المماثلة لها، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن أركان العامة و الخاصة لعقد الهبة.

المطلب الأول: مفهوم الهبة

تعددت التعاريف لعقد الهبة بين الفقهاء و بين التشريعات الوضعية ، و المتفق عليه أن الهبة من التصرفات التبرعية ، فإذا كان المقصود بالمعنى يقودنا إلى اعتبار كل هبة تبرعا ، فلا يمكن اعتبار كل تبرع هبة ، و هذا ما سيتم توضيحه من خلال التعريف بعقد الهبة ، و من ثمة تحديد الخصائص التي يتمتع بها، و حتى يكون مفهومه أكثر جلاء لا بد من تمييزه عن التصرفات المشابهة له أو التي تقابله .

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد معنى الهبة و ذلك بتعريفها و ذكر أهم خصائصها، أما الفرع الثاني سنميز فيه الهبة عن العقود المماثلة لها كالبيع و الإيجار و فضلا عن ذلك سنميزها عن بعض التصرفات التبرعية أحادية الجانب

الفرع الأول: تعريف الهبة و خصائصها

في هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الفقه الإسلامي للهبة و موقف المشرع الجزائري (أولا)، هذا و سنبين في هذا الفرع أهم خصائص عقد الهبة (ثانيا).

أولا: تعريف الهبة

لقد أعطى الفقه الإسلامي للهبة عدة تعريفات، فالمالكية يعرفونها على أنها تمليك من له التبرع ذاتيا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه ، و منه فالمراد بمصطلح "تمليك" هو نقل الملكية، و المراد بمصطلح " من له التبرع " هو أن يكون كامل الأهلية، أما المقصود من مصطلح " الأهل " هو أهلية الموهوب، و المقصود بالصيغة هو وجوب إتباع إجراء شكلي من أجل صحة الهبة ⁽¹⁾.

و فقهاء الحنفية يعرفونها على أنها تمليك العين بلا شرط العوض في الحال، فالمقصود بمصطلح " تمليك " هو نقل الملكية، و المقصود بالعين، هو محل الهبة أي الشيء الموهوب، أما قولهم " بلا عوض " المراد منه أن تتوافر وجود نية التبرع ⁽²⁾

⁽¹⁾ محمد بن عبد الله الباقي أزرقاوي، شرح زرقاوي على مختصر سيدي خليل، الجزء 07، دار الفكر، بيروت، لبنان، صفحة 94.

⁽²⁾ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى، سنة 2005 صفحة 212.

هذا و يعرفونها فقهاء الشافعية على أنها تمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا، و منه فالشافعية أضافوا على تعريف فقهاء الحنفية شرطا آخر هو أن تكون الهبة منجزة في حياة الموهوب له غير مؤجلة، و هذا ما يميز الهبة عن الوصية⁽¹⁾

و قد عرفها أيضا فقهاء الحنابلة على أنها "تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا لا يتعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ هبة و تمليك و نحوها"⁽²⁾ و منه فهذا التعريف ضبط الهبة أكثر من التعريفات السابقة، إذ أورد أن الهبة عقد ينقل الملكية من ذمة إلى أخرى و ذكر شرط الحياة أو التسليم كون هذا العقد يتم حال حياة الواهب دون أن يضاف إلى أجل.

أما المشرع الجزائري نص في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط" ، و نص أيضا في المادة 206 من نفس القانون على انه " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحياة".

و من و من خلال استقراء هاتين المادتين يتبين أن الهبة من التصرفات القانونية الناقلة لملكية الشيء بلا عوض، و تتم بإرادتين إرادة الواهب و إرادة الموهوب له، و يتبين أيضا أن الهبة تؤدي إلى افتقار ذمة الواهب و اغتناء ذمة الموهوب له، هذا و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام دون أن يتجرد من نية التبرع.

ثانيا: خصائص عقد الهبة

إن عقد الهبة يتميز بعدة خصائص سنبينها في الأتي:

01 _ الهبة عقد ما بين الأحياء : طالما أن عقد الهبة يتم بتطابق الإيجاب مع القبول لكل من الواهب و الموهوب له، فهي عقد ما بين الأحياء تتم في حال حياة الواهب و الموهوب له.

02 _ الهبة عقد ملزم لجانب واحد: الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشيء، غير أنه إذا اشترط الواهب عوض عن الهبة فتكون الهبة ملزمة لجانبين.

(1) محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 08، دار الوفاء، سنة 2008، صفحة 261.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، الطبعة الرابعة، سنة 1997، صفحة 398.

03 _ عقد الهبة تملك بلا عوض: حتى يقوم عقد الهبة فلا بد من توافر عنصرين، الأول هو تقديم التزام بدون مقابل، و الثاني هو نية التبرع بهذا الالتزام⁽¹⁾، غير أن المادة 202 من قانون الأسرة السالف الذكر نصت على أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالالتزام معين سواء لمصلحته الشخصية أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، شريطة أن تكون قيمة العوض أقل من قيمة الشيء الموهوب و إلا أعتبر التصرف معاوضة.

04 _ الهبة عقد تبرعي: إن جوهر عقد الهبة هو نية التبرع، و التي يمكن استنباطها عن طريق معيارين، الأول شخصي و هو وجود فكرة القيام بالتبرع من جانب واحد و نية قبول الهبة من جانب الموهوب له و إن كان البعض يكتفي بقيام نية التبرع في جانب الواهب، أما المعيار الثاني هو موضوعي و هو انتقال قيمة ما من الواهب إلى الموهوب له دون انتظار أي منفعة وراء ذلك⁽²⁾

و منه فالهبة تتحقق طالما كان هناك افتقار من جانب الواهب و إثراء لذمة الموهوب له، كما أن الهبة لا تتحقق إذا تخلفت نية التبرع وفقا للمعيارين الشخصي و الموضوعي، إذ الملاحظ هنا هو أن نية التبرع هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

05 _ الهبة عقد عيني: حتى يتم عقد الهبة لا يكفي التقاء الإرادتين فقط، بل ينبغي أن يقوم الواهب ببعث الشيء الموهوب إلى الموهوب له الذي يقوم هو الآخر بقبضه، و بالتالي حيازته⁽³⁾

و منه فعقد الهبة لا يتم و ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلا بالقبض، و القبض المعتبر هو القبض بإذن الواهب و بإرادته و رضاه، و عليه إذا مات الواهب أو الموهوب له بين العقد و القبض فإن الهبة تصبح كأنها لم تكن، أما إذا كانت الحيازة عند الموهوب له قبل انعقاد الهبة فإن الموهوب له يعتبر حائزا⁽⁴⁾

هذا و قد تكون الحيازة عن طريق الموهوب له مباشرة، و قد تكون عن طريق وكيله، حيث جاء في نص المادة 210 من قانون الأسرة السالف الذكر على انه " إذا كان الموهوب له قاصرا فإن وليه هو من ينوب عنه "

06 _ الهبة عقد شكلي: لقد اوجب المشرع الجزائري إفراغ عقد الهبة في قالب رسمي و إلا كانت باطلة، حيث نص في المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر على أن " ... و تتم الحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات، فإذا احتل احد القيود السابقة بطلت الهبة "

(1) خالد سماحي، المرجع السابق، صفحة 202.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 566.

(3) المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) المادة 207 من قانون الأسرة الجزائري.

و في هذا الصدد نشير أن المشرع الجزائري استثنى الحيازة و التسليم إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً⁽¹⁾

و العلة من فرض الشكلية في الهبة هو أن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل، و هذا ضاراً به و بورثته من بعده، فالتصرف خطير نبه إله المشرع الجزائري عن طريق اقتضاء الرسمية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف في ما إذا كان قد يمضي فيه أو ينثني عنه⁽²⁾

07 _ الهبة عقد احتفائي: استقر العرف التوثيقي المورث عن الحقبة الاستعمارية على أن العقود الإحتفائية تشمل كل من عقد الهبة و عقد الرجوع في الهبة و عقد الوصية و عقد الرجوع في الوصية ، و عقد الزواج و كذا العقود المرتبطة بهذه العقود كالوكالات الخاصة بها⁽³⁾

فالإحتفائية هي عبارة عن كفيات و أشكال ترافق أنواعاً معينة من العقود بغية إضفاء صبغة من الأهمية البالغة عليها ، مما يخص المتعاقد الذي يقدم على إبرام إحدى هذه العقود من التهور.

⁽¹⁾ المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الهبة و الشركة، دار احياء التراث العربي، 1952، صفحة 20.

⁽³⁾ لقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 931 "على أن العقود الإحتفائية هي عقد الزواج و عقد الهبة و عقد الرهن العقاري و عقد إبراء الدين".

الفرع الثاني: تمييز الهبة عن العقود المماثلة لها

تشابه الهبة مع بعض التصرفات القانونية الأخرى، إذ أنها تتميز عن التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوصية و الوقف و الصدقة، كما أنها تتميز أيضا عن التصرفات الصادرة من جانبين كالبيع و العارية و الإيجار. و عليه سنميز في هذا الفرع بين الهبة و التصرفات الحادية الجانب (أولا) ن ثم نميزها عن التصرفات الصادرة من جانبين (ثانيا).

أولا: الهبة و التصرفات أحادية الجانب:

في هذا الصدد سنبين أوجه الاختلاف بين الهبة و الوصية، و بين الهبة و الصدقة، و بين الهبة و الوقف.

01 _ الهبة و الوصية: إن عقد الهبة يستلزم توافق الإرادتين من قبل الواهب و الموهوب له، بينما الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي، كما أن الهبة هي تملك في الحال بينما الوصية هي تملك مضاف ما بعد موت الموصي، و فضلا عن ذلك فالهبة تجوز أن ترد على كل مال الواهب بخلاف الوصية التي لا تجوز إلا في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

و من حيث الرجوع في الهبة فهو أمر استثنائي، إذ لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالات معينة نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة السالف الذكر⁽¹⁾، بينما الوصية يجوز الرجوع فيها بدون قيد، هذا و تجوز الهبة للوارث بخلاف الوصية التي لا تجوز للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي⁽²⁾

02 _ الهبة و الصدقة: إن كل من الهبة و الصدقة من أعمال التبرع المندوبة في شرع الله، إذ أنها تملك بلا عوض في حياة المتبرع، غير أنهما يختلفان في كون الهبة تجوز للمحتاج و غير المحتاج بهدف تقوية المحبة و تأليف القلوب إلا أن الصدقة تكون للمحتاج تقريبا من الله عز و جل و طمعا في ثواب الآخرة. هذا و يجوز الرجوع في الهبة استثناء وفقا للقانون، بخلاف الصدقة التي لا يجوز الرجوع فيها بتاتا.

03 _ الهبة و الوقف: تشابه الهبة مع الوقف في أن كل من الواهب و الواقف يخرج ماله من ملكه ليدخل في ذمة الموهوب له أو حبس العين على ملك الواقف، غير أن في الهبة يتم نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، بينما الوقف لا ينقل الملكية إلى الموقوف عليه، بل ينقل المنفعة فقط بحيث لا يجوز تملك الرقبة في الوقف⁽³⁾

(1) المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري

(2) المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري .

(3) محمد بن أحمد تقية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، سنة 2003 . ، صفحة 41.

و بما أن الهبة عقد فهي تستلزم تطابق الإرادتين، بخلاف الوقف الذي يكفي لإنشائه إرادة الواقف فقط، كما ان الهبة تستمد قوتها القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفيها الواهب و الموهوب له، بينما الوقف يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها كون إرادة الواقف تميمها الدولة .

04 _ الهبة و الإباحة: يقصد بالإباحة في هذا الصدد أن يأذن شخص لأخر أن يستهلك أو ينتفع بماله، إذ أنها تشبه الهبة في كونها تملك بلا عوض، غير أن الهبة هي عقد يتطلب توافق الإرادتين بينما الإباحة هي ترخيص بموجبها يتم الإذن القولي أو العملي بالانتفاع بالشيء المباح أو استعماله. هذا و يشترط في عقد الهبة أن يكون الموهوب و الموهوب له معلومين و محددين عكس الإباحة التي لا يشتر فيها ذلك .

ثانيا _ الهبة و التصرفات الصادرة من جانبيين:

في هذا الصدد سنبين أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بين الهبة و البيع، و بين الهبة و الإيجار، و بين الهبة و العارية.

01 _ الهبة و البيع: يتشابه البيع مع الهبة في كونها عقدا يتطلب تطابق الإرادتين، كما أنها ينقلان الملكية، و فضلا عن ذلك فهما عقدان ملزمان لجانبيين و ذلك إذا كانت الهبة بعوض، غير أنهما يختلفان في كون الهبة هي تملك بلا عوض أما عقد البيع فهو من عقود المعاوضة ذلك أن البائع ملزم بنقل الملكية و المشتري ملزم بدفع الثمن⁽¹⁾

02 _ الهبة و الإيجار : الهبة هي تملك بلا عوض بقصد التبرع، بينما عقد الإيجار ينشئ إلتزامات شخصية من الجانبين هذا و يعد عقد الإيجار من عقود المعاوضة بينما عقد الهبة يتم بلا عوض إلا إذا اشترط الواهب التزاما على الموهوب له.

و فضلا عن ذلك فالهبة تختلف عن الإيجار كونها تتطلب الرسمية، بينما عقد الإيجار هو عقد رضائي لا يتطلب انعقاده شكلية معينة⁽²⁾

⁽¹⁾ شيخ نسيم، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة، بدون ذكر سنة النشر، صفحة 30.

⁽²⁾ محمد تقي، المرجع السابق، صفحة 43.

03 _ الهبة و العارية: قد يلتبس عقد الهبة بعقد العارية كونهما من عقود التبرع و ان المنتفع فيهما يثرى على حساب غيره بلا مقابل، كما أنها من التصرفات التي تصدر من جانبيين.

غير أن الهبة تختلف عن العارية كونها تمليك بلا عوض فالموهوب له يتملك الشيء الموهوب أو المنفعة أو غير ذلك، إلا أن العارية تقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل العارية دون تملكه.

و فضلا عن ذلك فالمشرع الجزائري اوجب الرسمية في عقد الهبة، بخلاف العارية إذ يكفي لانعقادها التراضي، أي تطابق الإرادتين.

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة و شروطها

إن المشرع الجزائري صنف عقد الهبة ضمن التصرفات القانونية التي تنعقد بتطابق الإيجاب و القبول، فعقد الهبة يتم إبرامه بين شخص الذي يقوم بالتصرف القانوني و الذي يسمى الواهب، و بين شخص آخر يتلقى الشيء الموهوب و الذي يسمى بالموهوب له، و هذا الخير قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا. ولأن عقد الهبة كسائر العقود فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تعتبر المرجع العام لتحديد أركان العقد العامة و الخاصة على حد سواء.

الفرع الأول: الأركان الموضوعية لعقد الهبة

بما أن الهبة هي عقد، فإنه يجب أن تتوفر فيها أركان العقد من رضا و محل و سبب، فيشترط في الرضا أن يكون موجودا و صحيحا، و يشترط في المحل أن يكون موجودا و معينا أو قابل لتعيين و قابل لتعامل فيه، و يشترط في السبب أن يكون مشروعاً.

و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى وجود التراضي و صحته (أولاً)، ثم نبين الشروط الواجب توافرها في الشيء الموهوب (ثانياً)، و بعد ذلك نبين السبب في عقد الهبة (ثالثاً).

أولاً : التراضي في عقد الهبة

إن التراضي في عقد الهبة هو تطابق الإيجاب و القبول كتعبير عن إرادة طرفي عقد الهبة أي إرادة الواهب و إرادة الموهوب له، إذ يشترط في التراضي أن يكون موجودا و صحيحاً.

01 _ وجود التراضي : يقصد بوجود التراضي تطابق الإيجاب و القبول من قبل الواهب و الموهوب له، فالإيجاب هو العرض الصادر من الواهب لإبرام الهبة، بحيث إذا اقترن به قبول من الموهوب له أو من ينوب عنه ينعقد عقد الهبة.

و طبقا للقواعد العامة فالتعبير عن الإرادة يكون إما صراحة أو ضمنا، هذا و لا يعتبر السكوت تعبير عن الإرادة إلا في حالات معينة⁽¹⁾، غير انه إذا تعلق المر بعقد الهبة فإن التعبير عن الإرادة يكون صريحا و ليس ضمنيا ذلك ان المشرع الجزائري اشترط إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي، و بالتالي خروج إرادة الطرفي إلى حيز الوجود في صورة التعبير بالكتابة التي تعد صورة من صور التعبير عن الإرادة صراحة .

و التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من صدر منه⁽²⁾، فإذا صدر الإيجاب و كان غير ملزم فإنه يجوز للواهب الرجوع عن إيجابه شريطة ان يصل الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، فمتى إقترن قبول الموهوب له مع إيجاب الواهب تمت الهبة، طبعا مع ضرورة استثناء الشروط القانونية الأخرى.

و في حالة وفاة الواهب أو فقدته لأهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له، فإن إيجابه لا ينتج أثره القانوني، و بالتالي لا ينعقد عقد الهبة، بينما إذا وصل إيجاب الواهب إلى علم الموهوب له ثم توفي الواهب أو فقد لأهليته فإن تعبيره ينتج أثره القانوني و ينعقد العقد⁽³⁾

أما إذا توفي الموهوب له أو فقد أهليته فإنه يجب التمييز بين حالتين، حالة وفاته أو فقدته للأهلية قبل صدور القبول منه و حالة وفاته أو فقدته لأهلية بعد صدور القبول منه، ففي الحالة الأولى فإن تعبيره لا ينتج أثره ذلك أن العبرة بوصول التعبير بعلم من وجه إليه، أما الحالة الثانية فتعبيره عن الإرادة ينتج أثره لأن تعبيره وصل إلى علم الواهب بالرغم من وفاته أو فقدته للأهلية، و بالتالي ينعقد عقد الهبة .

و الجدير بالذكر انه يجوز إبرام الوعد بالهبة، و ذلك قياسا على المادة 71 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، إذ في هذه الحالة يجب تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الهبة المراد إبرامه و يجب تحديد المدة التي ينبغي فيها إبرام عقد الهبة، و فضلا عن ذلك يجب أن يكون الوعد بالهبة في ورقة رسمية ذلك أن الهبة من العقود الشكلية التي تتطلب الرسمية⁽⁵⁾، و على العموم يشترط في عقد الوعد ما يشترط في العقد النهائي.

(1) المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

(2) المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 62 من القانون المدني الجزائري.

(4) المادة 71 من القانون المدني الجزائري

(5) المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

و يترتب على انعقاد الوعد بالهبة آثار قانونية، إذ لا بد التمييز بين مرحلتين، مرحلة ظهور رغبة الوعود له في إبرام العقد النهائي و المرحلة التي تلي ظهور الرغبة، ففي الأولى فالموعد له لا يكسب إلا حقا شخصيا فالواعد وحده ملزما التزاما شخصيا و هو الالتزام بإبرام عقد الهبة و في المقابل لا يلتزم الموعد له بشيء، أما المرحلة التي تلي ظهور الرغبة فإنه يحق للموعد له أن يطالب بتنفيذ العقد أي إبرام عقد الهبة، فإذا تعنت الواعد فإنه يجوز للموعد له أي الموهوب له طلب استصدار حكم نهائي يقوم مقام العقد⁽¹⁾ و بالتالي تنتقل الملكية للموهوب له.

02 _ صحة التراضي: يشترط في الرضا أن يكون صحيحا أي أن يكون من صدر التعبير منه متمتعا بالأهلية القانونية، و أن يكون رضائه غير مشوب بعيب من عيوب الأفراد كالغلط و التدليس و الاستغلال و الإكراه هذا و نصت المادة 85 من قانون الأسرة السالف الذكر على الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب و الموهوب له⁽²⁾

أ _ أهلية الواهب: بما أن عقد الهبة بالنسبة لواهب يعد تصرفا ضارا به ضررا محضا ذلك انه يؤدي إلى الإنقاص من ذمته المالية، فإنه يشترط فيه أهلية التبرع، بحيث يجب أن تكون أهليته كاملة و صحيحة غير معيبة، حيث تنص المادة 203 من قانون الأسرة السالف الذكر على أن " يكون سليم العقل بالغا سن الرشد و غير محجور عليه ".

و منه يجب على الموثق عند إبرام عقد الهبة أن يتأكد من آو ضاع الواهب في ما إذا كان في حالة جنون أو عته أو سفه أو غفلة، إذ لا بد أن يكون الواهب متمتعا بكامل قواه العقلية بالغا سن الرشد الذي هو 19 سنة غير محجور عليه، فالصبي غير المميز و المجنون و المعتوه يعتبر في نظر القانون عديمي الأهلية، و بالتالي لا يجوز له إبرام عقد الهبة⁽³⁾

أما الصبي المميز و السفه و ذو الغفلة فيعتبر في نظر القانون ناقص الأهلية، غدا لا يجوز له إبرام عقد الهبة لأن التصرف هذا ضارا به ضررا محضا، ولأن أيضا الهبة تشترط بلوغ سن الرشد الذي هو 19 سنة كاملة، أما إذا بلغ 19 سنة و اعتراه عارض من عوارض الأهلية أيضا تقع الهبة باطلة و لا تلحقها الإجازة⁽⁴⁾

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، صفحة 42.

(2) المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، صفحة 97.

(4) المادتين 83 و 85 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا و يجب أيضا على الموثق أن يرفض تحرير عقد الهبة إذا اجتمع في الواهب عاهتين كان يكون أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، إلا إذا كان برفقة مساعد قضائي و بيده نسخة من الحكم القضائي يقضي بتعين مساعد قضائي لذو العاهتين.

أما إذا كان الواهب مريضا مرضا يغلب معه الهلاك كالأمرض المزمنة أو الذهاب إلى الحرب، غذ في هذه الحالة الهبة تأخذ حكم الوصية، بحيث لا تنعقد إلا في حدود ثلث المال⁽¹⁾

فإذا تم الإثبات من رف الورثة بأن مورثهم أي الواهب تصرف و هو حال الموت، فإن الهبة تسري عليها أحكام الوصية، و لكن مع ذلك يجب التفرقة بين حالات ثلاث، حالة الأولى إذا كان الموهوب له وارثا فلا تنفذ الهبة لن الهبة هنا تتحول إلى وصية و لا وصية لوارث⁽²⁾، أما الحالة الثانية إذا كان الموهوب له ليس من الورثة فالهبة هنا تنفذ في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، أما الحالة الثالثة إذا كان الشيء الموهوب لا يزيد عن ثلث التركة و كانت الهبة موجهة لغير وارث صحت الهبة و بالتالي تنفذ في مواجهة الورثة.

ب _ أهلية الموهوب له: بما أن الهبة بالنسبة على الموهوب له تعد تصرفا نفعا له نفعا محضا فإن المشرع الجزائري خفف من أهليته، إذ يجوز للنائب القانوني للموهوب له⁽³⁾، أن يتلقى الهبات الموجهة لمن هم تحت ولايته كعديم الأهلية و ناقصها، أما إذا كان الموهوب له بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، فيجوز له قبول الهبة بنفسه أو من ينوب عليه بموجب وكالة خاصة⁽⁴⁾

هذا و قد أجازت المادة 209 من قانون الأسرة السالف الذكر الهبة لحمل شريطة ولادته حيا، فإذا ولد ميتا بقي المال في ملك الواهب، أما إذا ولد حيا ثم مات كان المال الموهوب لورثته، فالهبة الموجهة للجنين يتولاها عنه وليه الشرعي، غذ يتعين على الموثق في هذه الحالة ذكر هوية الولي الشرعي للجنين مع الاسترشاد بشهادة طبية تثبت حمل الأم.

(1) المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) إن الولاية من السبل التي عمدتها المشرع الجزائري لحماية القصر وصيانة أموالهم بوصفها نيابة إلزامية أصلية قد منحها الشرع والمشرع لولي اكتملت به الشروط اللازمة على ابنه القاصر وكان هذا الأخير حسب الأمر 05-02 المعدل والمتمم للأمر 84-11 بالمادة 87 منه قد كتيه كونه الأب كما تحل الأم محله في حالات معينة.

(4) المادة 574 من القانون المدني الجزائري.

و الجدير بالذكر انه يجب أن تكون إرادة أطراف عقد الهبة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الاستغلال و الإكراه.

ثانيا: المحل

إن محل العقد بوجه عام هو الالتزام الذي يترتب عليه إما إعطاء شيء أو قيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽¹⁾، و منه فإذا كانت الهبة بلا عوض فإن محل الالتزام هو الشيء الموهوب فقط، أما إذا كانت الهبة بعوض فمحل الالتزام يكون مزدوجا يشمل الشيء الموهوب و المقابل الذي يلتزم به الموهوب له.

01 _ الشيء الموهوب: يقصد بالشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب إلى الموهوب له سواء كان عقارا أو منقولاً أو حق انتفاع أو دين، حيث يجوز للواهب أن يهب كل ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع و حقوق دائنيه⁽²⁾

02 _ العوض: يقصد بالعوض في الهبة هو التزام الموهوب له الذي اشترطه الواهب مقابل الهبة، إذ يجوز أن يكون هذا المقابل التزام بإعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل

و يشترط في محل عقد الهبة ما يشترط في سائر العقود، إذ لا بد أن يكون الشيء الموهوب موجودا أثناء التعاقد ذلك أن عقد الهبة من العقود الفورية التي تتم بالحيازة، كما يجب أيضا أن يكون المحل معيناً أو قابل للتعيين بحيث يتعين تحديده تحديدا نافيا للجهالة.

و فضلا عن ذلك فإنه يشترط في محل عقد الهبة أن يكون قبلا للتعامل فيه، فلا يجوز أن يكون هبة المخدرات مثلا.

هذا و لا يجوز للواهب أن يهب مال مملوك للغير⁽³⁾، أما فيما يتعلق بهبة المال المشاع فإنه يجوز ذلك لأن كل شريك في الشيوع يملك حصته في الشيوع ملكا تاما و له أن يتصرف فيها شريطة عدم إلحاق الضرر بسائر الشركاء.

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007. صفحة 127.

(2) لحسين بن شيخ أيت ملويا، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008، صفحة 156.

(3) المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثا: السبب

إن عقد الهبة كسائر العقود يشترط فيه ركن السبب، إذ هذا الأخير هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فيجب أن يكون مشروعاً أي ألا يخالف النظام العام و الآداب العامة، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع و لم يكن المتعاقد الآخر على علم به و لا باستطاعته أن يعلم، فإنه لا بطل العقد بحيث في هذه الحالة يأخذ بالإرادة الظاهرة و ليس الإرادة الباطنة⁽¹⁾

و السبب في عقد الهبة هو نية التبرع التي يشترط فيها ان تكون مشروعة غير مخالفة لنظام العام و الآداب العامة، تحت طائلة بطلان عقد الهبة⁽²⁾

الفرع الثاني: الأركان الخاصة لعقد الهبة

اشترط المشرط الجزائري في نص المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر توافر ركنين الشكلية و حيازة الشيء الموهوب في عقد الهبة.

أولاً: الشكلية

الأصل في العقود الرضائية، و استثناءاً قد يشترط المشرع شكلية معينة، فالشكلية في عقد الهبة هي الرسمية و ذلك بإتباع الإجراءات القانونية لاسيما فيما يتعلق بالتسجيل و الشهر .

و بالرجوع إلى القانون رقم 02_06 المتضمن مهنة التوثيق⁽³⁾، نجد أن المشرع الجزائري اوجب بعض الشكليات بمناسبة تحرير عقد الهبة، حيث نصت المادة 26 منه على انه " يجب تحرير عقد الهبة باللغة العربية في نص واحد.

و واضح تسهل قراءته بدون اختصار أو بياض أو نقصن مع كتابة المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف مع كتابة التواريخ الأخرى بالأرقام ."

(1) علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة التاسعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2015 . صفحة 75.

(2) المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

(3) القانون رقم 02_06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 20_02_2006، الجريدة الرسمية العدد 14، سنة 2006.

كما نصت أيضا المادة 29 من القانون المذكور أعلاه على وجوب أن يتضمن العقد اسم و لقب الموثق و اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم، و اسم و لقب و صفة و موطن و مكان و تاريخ ولادة الشهود عند الاقتضاء، و اسم و لقب المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك، و مكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرمت فيه الهبة، و التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية و التشريعية المعمول بها، و في الأخير توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء.

هذا و يجب أن يشتمل عقد الهبة إذا كان الموهوب عقارا على تعيين و أصل الملكية، كما يجب تبيان العوض أو الإلتزمات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب⁽¹⁾

و الجدير بالذكر أنه إذا تم تحرير عقد الهبة في شكل عرفي فإن مصيره البطلان، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا على انه " ... يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان ... " ⁽²⁾، و هذا ما تأكده المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن " الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات ... "

ثانيا: حيازة الشيء الموهوب

لقد جعل المشرع الجزائري من عقد الهبة عقدا عينيا ، و المقصود بالعينية وجوب حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو ممن يمثله قانونا كركن من أركان عقد الهبة، إذ تتم حيازة الشيء الموهوب بالتسليم الفعلي من الواهب و تمكين الموهوب له من حيازته و الانتفاع به دون عائق لذلك كان لزاما تحديد معنى الحيازة و ذلك بتعريفها و ذكر أنواعها و الاستثناءات من وجوب الحيازة.

01 _ تعريف الحيازة: يقصد بحيازة الشيء الموهوب في مفهوم نص المادة 206 من قانون الأسرة السالف

الذكر أنها السيطرة المادية و المعنوية على الشيء الموهوب، و لا يتحقق ذلك إلا بالتسليم الفعلي⁽³⁾

(1) محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، العدد 20 سنة 1987، صفحة 543.

(2) قرار قضائي رقم 389338 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21_11_2007ن مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008.

(3) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2009، صفحة 08.

هذا و يجب عدم الخلط بين مفهوم الحيازة في القانون المدني التي يترتب عليها اكتساب الملكية عن طريق التقادم و مفهوم الحيازة كركن في عقد الهبة، فالأولى تدخل ضمن أسباب اكتساب الملكية، أما الثانية تدخل ضمن أركان الهبة .

02 _ أنواع الحيازة: طبقا للمادتين 207 و 210 من قانون الأسرة الجزائري، فالحيازة تنقسم إلى حيازة فعلية و حيازة حكمية.

أ _ الحيازة الفعلية: يقصد بالحيازة الفعلية هي وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له فإذا كان دار يسكنها و يجب عليه أن يخرج منها و يسلمها للموهوب له حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ... يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم يتم فيها الحيازة و التي هي شرط لتتمام العقد " (1)

ب _ الحيازة الحكمية: يقصد بها وضع الشيء الموهوب تحت حيازة الموهوب له على سبيل الإيجار أو العارية، كأن يكون الموهوب له مستأجرا قبل الهبة، و بالتالي فالموهوب له في هذه الحالة لا يحتاج إلى السيطرة المادية على الشيء الموهوب، بل يحتاج إلى اتفاق بينه و بين الواهب عن طريق عقد الهبة، و هذا تطبيقا للمادة 207 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا و يجب على الموثق التأكد من حيازة الشيء الموهوب و أن يبين ذلك في العقد، و في حالة نزاع حول عدم الحيازة فغنه يجوز إثباتها بكافة الطرق، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ... و على القاضي القيام بفتح تحقيق بدعوى الخصوم للتأكد من واقعة الحيازة ... " (2)

و الجدير بالذكر انه إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه لأي سبب، فإن نائبه القانوني هو الذي يتولى الحيازة عنه كولييه أو وصيه أو القيم عليه (3)

03 _ الاستثناءات الواردة عن وجوب حيازة الشيء الموهوب: تنص المادة 208 من قانون الأسرة السالف الذكر على انه " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"، و منه يتبين أن التوثيق و الإجراءات الإدارية تقوم مقام الحيازة في الحالات الآتية:

(1) القرار القضائي الصادر عن المحكمة العاللي رقم 25554 بتاريخ 11_01_1982ن نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، صفحة 67.

(2) القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا، تحت الرقم 40457 بتاريخ 21_04_1986، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1989، صفحة 72.

(3) المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري.

أ _ الهبة الواقعة بين الولي و ممن ينوب عنه: إذا كان الواهب ولي الموهوب له، فإن إجراءات التوثيق المتطلبية في العقار و الحقوق العينية العقارية و كذا الإجراءات المتطلبية في المنقول، فكلها تغني عن الحيازة، و عليه فلا مجال للحديث عن توافر ركن الحيازة في الهبة، و بالتالي فلا مجال للمطالبة ببطاقتها لانعدام هذا الركن أي لانعدام الحيازة.

غير انه إذا كان الموهوب له بالغاً سن الرشد وقت إبرام العقد أو كانت ولاية الولي منتهية وفقاً للحالات المنصوص عليها في المادة 91 من قانون الأسرة السالف الذكر⁽¹⁾، فإن أحكام المادة 206 من نفس القانون تسري في مواجهة الهبة، إذ يشترط فيها توافر ركن الحيازة الفعلية أو الحكمية في الموهوب له، و بالتالي يسقط الاستثناء الوارد في نص المادة 208 من نفس القانون.

ب _ الهبة الواقعة بين الزوجين: تعد هبة الزوج لزوجته أو العكس استثناءً على نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي تتطلب الحيازة، و عليه و حتى يقوم التوثيق و الإجراءات الإدارية مقام الحيازة يجب أن تتم الحيازة حال قيام العلاقة الزوجية.

ج _ الهبة الواقعة على العقار المشاع: غن الشيوع صورة من صور الملكية، بحيث يكون الشيء مشاعاً لعدة أشخاص دون تعيين نصيب كل منهم، فكل شريك في الشيوع له الحق في المال المشاع أي له الحق في حصة المشاعة، فالمالك في الشيوع له حق التصرف و الاستغلال و الاستعمال.

و لكن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز هبة المال المشاع، غير انه و بالرجوع إلى نص المادة 208 من قانون الأسرة السالف الذكر يتبين لنا ضمناً جواز هبة المال المشاع، و عليه فإذا وهب المالك في الشيوع حصته الشائعة كلياً أو جزئياً فإن الحصة المشاعة تنتقل إلى الموهوب له، و يصبح هذا الأخير خلفاً خاصاً للواهب و يحل محله في الحصة المشاعة، و بالتالي فمتى تمت هبة المال المشاع أصبحت الحيازة غير مستوجبة إذ لا يترتب عن عدم توافرها بطلان عقد الهبة⁽²⁾

(1) المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) علماني محمد، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البلدة، السنة الدراسية 2002/2001. صفحة 125.

و في ختام هذا المبحث نخلص أن الهبة تعد من التصرفات القانونية الناقلة للملكية بلا عوض، فالطبيعة القانونية للهبة أنها عقداً ذلك أن المشرع الجزائري اشترط لانعقادها الإيجاب و القبول من الواهب و الموهوب له.

و طالما أن الهبة عقداً، فإنه لا بد من توافر أركان العقد العامة من رضا و محل و سبب، و كذا توافر شكلية معينة، فإذا كان الشيء الموهوب عقار فيجب إجراءات التسجيل و الشهر، أما إذا كان منقولاً فيجب نقل حيازة الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له.

غير انه هناك حالات لا يجب فيها الحيازة إذ يكفي التوثيق و الإجراءات الإدارية لاسيما حالة الهبة الواقعة بين الزوجين و الهبة الواقعة بين الولي و ممن ينوب عنه و الهبة الواقعة على العقار المشاع.

المبحث الثاني: تصرف الوصية

إن المشرع الجزائري تناول موضوع الوصية في قانون الأسرة الجزائري من المادة 184 إلى المادة 201، و زاد الرصيد في معرفة الوصية باللجوء إلى القانون المدني الذي يبين انتقال الملكية بعد وفاة الموصي.

فالوصية تعتبر من رموز التضامن و التكافل الاجتماعي أساسها قائم على العدل و الرحمة و المساواة، إذ أنها تعد من أعمال التبرع الناقلة للملكية غير أن نفاذها يكون بعد وفاة الموصي⁽¹⁾

و حتى تكون الوصية صحيحة منتجة لأثارها فيجب توافر أركان أربعة، و هي الموصي و الموصى له و الموصى به و الصيغة، إذ لا بد من توافر شروط معينة في كل ركن من هذه الأركان.

و بما أن الوصية تصرفاً قانونياً ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، فإنه يمكن إثباتها بكافة الطرق كالكتابة و شهادة الشهود، غير أن المشرع الجزائري نص على طريقتين لإثبات الوصية سيتم التحدث عنهما في المطلب الثاني من هذا المبحث، فإذا أثبت صاحب المصلحة الوصية إذ في الغالب يكون الموصى له، فإنه يحق له تنفيذها.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الوصية و ذلك بتعريفها و ذكر أهم خصائصها و تمييزها عن بعض التصرفات التبرعية الأخرى و كذا التطرق إلى أركانها، أما المطلب الثاني سنتحدث عن كيفية إثبات و شهر و تنفيذ الوصية.

(1) فرحات صحراوي، الوصية بين الفقه و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة بسكرة، سنة 2015_2014، صفحة 58.

المطلب الأول: مفهوم الوصية و أركانها

إن الوصية بما أنها من أعمال التبرع فهي تتشابه مع بعض التصرفات التبرعية كالهبة و الميراث و الوقف، غير أنها تتميز بجملة من الخصائص، هذا و حتى تكون الوصية صحيحة منتجة لأثارها لابد أن تشتمل على أركان هي الموصي و الموصى له و الموصى به و كذا الصيغة، إذ يجب توافر شروط معينة في كل ركن من هذه الأركان.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الوصية و ذلك بتعريفها و ذكر أهم خصائصها و تمييزها عن التصرفات التبرعية المشابهة لها، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن أركان الوصية و الشروط التي ينبغي توافرها في كل ركن.

الفرع الأول: مفهوم الوصية

إن تحديد معنى الوصية يقتضي التطرق إلى تعريفها فقها و قانونا (أولا)، ثم نبين أهم الخصائص التي تتميز بها الوصية (ثانيا)، و يقتضي أيضا تمييزها عن بعض التصرفات التبرعية المشابهة لها بغية إزالة أي لبس (ثالثا)

أولا: تعريف الوصية

إن فقهاء الشريعة الإسلامية أعطوا للوصية عدة تعريفات ، فالحنفية يعرفونها على أنها تملك مضاف ما بعد الموت على سبيل التبرع، أما المالكية يعرفونها على أنها هبة الشخص لماله لشخص آخر بعد موته سواء صرح بالفظ الوصية أو لم يصرح، بينما الشافعية عرفوا الوصية على أنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت و لو تقديرا، أما الحنابلة يرون أن الوصية هي تبرع بالمال بعد الموت⁽¹⁾

و قد عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أنها " تملك مضاف ما بعد الموت بطريق التبرع"، و منه فالمقصود بكلمة "تمليك" هو أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا أو بالدفع كزراعة الأرض، و المقصود بعبارة " مضاف ما بعد الموت " هو أن التصرف الذي قام به الموصي لا يرتب آثاره إلى بعد موته⁽²⁾

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1997، صفحة 12.
(2) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة و الوصية و الوقف، دار هومة، الجزائر، سنة 2012، صفحة 120.

و عليه و من خلال هذا التعريف يتبين أن المشرع الجزائري حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط، ولكن الوصية قد تكون بالمال أو بالمنفعة، و قد تشمل الوصية الإسقاطات لتكاليف معينة كالإبراء من الدين أو تأجيله، وفضلا عن ذلك فالوصية تشمل أي جهة من الجهات إذ تصح للمساجد و المستشفيات⁽¹⁾

و الأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت، و الموت يزيل الملك، فالمشرع الجزائري رغم ذلك أجاز الوصية ذلك أنها قد تحقق المصلحة الخاصة و قد تحقق المصلحة العامة، فالأولى تتعلق بالموصي ذاته إذ يمكن له تدارك ما فاته من أعمال الخير، أما الثانية فتحقق مصلحة المجتمع ذلك انه من باب أولى الإنفاق على وجوه الخير العامة كالمساجد و المستشفيات و المدارس⁽²⁾

ثانيا: خصائص الوصية

تتميز الوصية بعدة خصائص سنبينها في الأتي:

01_ الوصية تصرف تبرعي: إن الوصية تعد من أعمال التبرع، ذلك أن المشرع الجزائري نص في المادة 184 على أن " الوصية تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع"، إذ يمكن الاستعانة في هذا الصدد بمعيارين، معيار شخصي و الآخر موضوعي، فالأول يتمثل في وجود نية التبرع من طرف الموصي، أما المعيار الثاني فلا يتحقق إلا بوفاة الموصي، حيث يخرج من ذمة هذا الأخير قيمة ما لتدخل في ذمة الموصى له.

02_ الوصية تصرف بالإرادة المنفردة: إن الموصي لا يحتاج في إنشاء الوصية إلى قبول الموصى له، ذلك أن قبول الموصى له شرط لنفاذ الوصية و ليس شرط لانعقادها.

03_ الوصية تصرف مؤجل النفاذ: إن الوصية تصرف موقوف التنفيذ إلى حين وفاة الموصي، إذ هذا الأخير يبقى مالكا للشيء و الذي يلزم ورثته من بعد وفاته بنقل ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له الذي لا يكتسب هذا الحق إلا بتحقيق واقعة الوفاة.

04_ الوصية تصرف ناقل للملكية: بموجب الوصية تنتقل ملكية الشيء الموصى به من الموصي إلى الموصى له الذي يسعى إلى تنفيذ الوصية عن طريق سند، إذ الغالب يطلق على هذا السند تسمية الشهادة التوثيقية لنقل الملكية.

(1) الشيخ نسيم، المرجع السابق، صفحة 181.

(2) محمد كمال الدين إمام، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، صفحة 34.

ثالثاً: تمييز الوصية عما يشابهها من تصرفات

إن الوصية كونها تصرف تبرعي، فهي تتشابه مع بعض التصرفات التبرعية الأخرى، إذ في هذا الصدد سنميز بين الوصية والهبة، ثم نميز بين الوصية والميراث، وأخيراً نميز بين الوصية والوقف.

01_ الوصية والهبة: بما أن الهبة عقد فإنه يشترط لانعقاده الإيجاب والقبول، بينما الوصية تنعقد بمجرد

الإيجاب و ما القبول إلا شرط للنفاد⁽¹⁾

و فضلاً عن ذلك فلا يشترط لصحة الوصية القبض، بل يكفي القبول أو عدم الرد، بخلاف الهبة إذ يجب على الموهوب له أن يقبض الشيء الموهوب.

02_ الوصية والميراث: تتشابه الوصية مع الميراث من حيث سبب الملكية المتمثل في الاستخلاف، إذ أن

الوارث يخلف مورثه فيما تركه خلفه من ميراث، و الموصى له يخلف الموصي فيما أوصى له من وصية، كما أن كلا من الوصية والميراث تنتقل بموجبهما الملكية وقت نفاذ هذا الانتقال أي من وقت حدوث واقعة الوفاة.

و لكن تختلف الوصية عن الميراث في أن الملكية في الميراث تنتقل من المورث إلى الوارث بشكل إجباري على خلاف الوصية إذ أن الملكية تنتقل بشكل اختياري من الموصي إلى الموصى له، كما أن الملكية في الميراث تقررت بإرادة المشرع فلا دخل للمورث بذلك، إذ لا يستطيع حرمان أحد الورثة من الإرث، بخلاف الوصية حيث الملكية فيها لا تنتقل إلى بقبول الموصى له فإن لم يقبلها هذا الأخير عادت إلى ورثة الموصي⁽²⁾

03_ الوصية والوقف: إن تصرف الوصية محدد بالثلث فلا يسري ما فوق الثلث في حق الورثة إلا من أجازته

فيسري عليه وحده دون الباقي من الورثة، في حين أن الوقف ليس له نصاب محدد، كما ان الوصية تصرف ناقل للملكية، أما الوقف فهو تصرف مسقط للملكية بحيث يخرج من ذمة الواقف إلى غير المالك و تتشكل الشخصية المعنوية لمؤسسة الوقف بمجرد إنشائه⁽³⁾

هذا و يعتبر تصرف الوقف واجب النفاذ فوراً، على عكس تصرف الوصية التي يتأخر نفاذها حتى حدوث واقعة الوفاة أي حتى يتوفى الموصي.

(1) إن قبول الموصى له شرط لنفاذ الوصية و ليس شرط لانعقادها.

(2) محمد يوسف عمرو، الميراث و الهبة دراسة مقارنة، دار الحامد لنشر و التوزيع، سنة 2008، صفحة 28.

(3) و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، سنة 1997، صفحة 317.

الفرع الثاني: أركان الوصية و شروطها

إن الوصية حتى تكون صحيحة فلا بد من توافر شروط معينة تتعلق بالموصي و الموصى له و الموصي به، و هذه هي الأركان المادية للوصية، هذا و يوجد ركن رابع في الوصية ألا و هو صيغة الوصية و هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى الشروط التي ينبغي توافرها في أطراف الوصية (أولا)، ثم سنبين شروط محل الوصية أي الموصى به (ثانيا)، و أخيرا سنتحدث عن شروط صيغة الوصية (ثالثا).

أولا: الموصي و الموصى له

01_ الموصي: إن الموصي هو الشخص الذي يتبرع بماله أو شيء عيني أو بالمنافع، إذ يشترط فيه الآتي:
أ_ أهلية التبرع: بما أن الوصية تنقص من الذمة المالية للموصي، فإنه يشترط فيه أهلية التبرع، إذ لا بد أن يكون عاقلا بالغاً مميزاً، حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة السالف الذكر على أنه " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقل".

ب_ رضا الموصي: حتى تصح الوصية يجب أن تكون إرادة الموصي خالية من عيوب الإرادة⁽¹⁾، التي تؤدي إلى بطلان الوصية، فمن المتفق عليه في الفقه و القضاء و القانون الوضعي الطبيعي انه من كان مكرهاً أو مخطئاً أو سكراناً فلا تصح وصيته لأنها تضر بالورثة⁽²⁾، و ذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي " لا ضرر و لا ضرار". هذا و لا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي مسلماً، إذ الوصية تصح مع اختلاف الدين، و فضلاً عن ذلك فوصية المرتد جائزة⁽³⁾

(1) إن عيوب الإرادة وفقاً للقانون المدني الجزائري هي الغلط و التدليس و الاستغلال و الإكراه.

(2) زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الرازي، طبعة 1991، صفحة 71.

(3) أحمد عمرو أبو بكر، الوصية و أحكامها، المطبعة العربية، طبعة 1986، صفحة 19.

02_ الموصى له: إن الموصى له هو من صدرت الوصية لصالحه، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و يشترط في الموصى له الآتي:

أ_ أن يكون موجودا: إن المشرع الجزائري يرى أن الوصية حتى تنعقد صحيحة و تكون نافذة، يجب أن يكون الموصى له موجودا قبل صدور الوصية سواء كان موجودا حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه⁽¹⁾، شريطة أن يولد حيا، أي إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة⁽²⁾

وقد سوى المشرع الجزائري فيما يتعلق باستحقاق الوصية للحمل بين الذكر و الأنثى، حيث نصت المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " ... و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس ".

ب_ ألا يكون قاتلا للموصي: نص المشرع الجزائري في المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"، و منه فالعبرة بالقتل العمد فإذا قام الموصى له بقتل الموصي بالخطأ فإنه يستحق الوصية، و نفس الحكم إذا تعلق الأمر بالدفاع الشرعي⁽³⁾

ج_ أن يكون الموصى له معلوما:

أما المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون الموصى له معلوما، إذ انه ترك تقدير ذلك للقاضي بحيث هذا الخير له سلطة تقديرية في ما إذا كان الموصى له معلوما أو مجهولا⁽⁴⁾

د_ ألا يكون الموصى له جهة معصية: أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، نجد انه اعتبر ان الجهة الموصى لها قد تكون غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية كان يوصي شخص لعشيقته بهدف البقاء معه على تلك العلاقة المحرمة، إذ في هذه الحالة لا تصح الوصية، و ذلك من خلال استقراء المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾

(1) المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري .

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، صفحة 204.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، صفحة 53

(4) شيخ نسيم، المرجع السابق، صفحة 203.

(5) المرجع نفسه، صفحة 207.

هـ _ ألا يكون الموصى له وارثا للموصي: إن المشرع الجزائري نص في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على أن " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".

ثانيا: الموصى به:

هناك نوعان من الشروط تتعلق بالشيء الموصى به، إذ لا بد من توافر شروط صحة و شروط نفاذ.

أ _ شروط الصحة المتعلقة بالشيء الموصى به:

فالمشرع الجزائري نص على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري على " أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكيته قبل موته عينا أو منفعة".

و منه فكل ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة، فإنه يصح أن يكون محلا للوصية، فتصح الوصية بكل ما يدخل في ملك الموصي حتى الموال و الحقوق القابلة للتداول و الانتقال كالوصية بأسهم أو حصة الشريك الموصي.

و عليه يصح أن يكون محلا للوصية العقارات و المنقولات و كذا الحقوق العينية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة أو المنافع المؤقتة أو المؤبدة كسكن دار أو زراعة الأرض أو الإبراء من الدين و غيرها .

ب _ شروط النفاذ المتعلقة بالشيء الموصى به: حتى تكون الوصية نافذة فيجب ألا يزيد الشيء الموصى به عن ثلث التركة، إذ نص المشرع الجزائري في المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أن " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

هذا و يشترط ألا يكون الموصي مدينا بدين مستغرقا لكل تركته، و ذلك حماية لحقوق الدائنين لأن الدين مقدم عن الوصية، و عبرة تكون بوقت الوفاة و ليس وقت الانعقاد، فلو أوصى رجل غير مدين بمبلغ من تركته ثم أصبح مدينا عند موته تتوقف الوصية على إذن الدائنين و العكس بالعكس⁽¹⁾

(1) أحمد الجحي الكردي، المرجع السابق، صفحة 174.

و فضلا عن ذلك فيشترط أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت إبرام الوصية، و هذا ما نصت عليه المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا كان محل الوصية شيء معين وبالذات فيجب أن يكون ملك الموصي وقت إنشاء الوصية، أما إذا كان غير معين بالذات كمن يوصي بشيء شائع فيشترط وجوده عند الوفاة و ليس وقت إنشاء الوصية.

هذا و لا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به شيء مستحيل التحقق أو غير موجود كمن يوصي بشيء ليس له وجود في الحقيقة (1)

ثالثا : صيغة الوصية

يقصد بالصيغة تصرف الشخص المعبر عن إرادته، فهي توجد في أشكال مختلفة فنجدها مرة منجزة و أخرى مضافة أو معلقة، فيصد بالصيغة المنجزة هي التصرف الدال على وجود التصرف في الحال، بينما الصيغة المضافة فهي الدالة على وجود التصرف في الحال و تأجيل حكمه إلى المستقبل، حيث أقر المشرع الجزائري أن الوصية تملك مضاف ما بعد الموت أي تملك مضاف إلى اجل مستقبلي (2)

أما الصيغة المعلقة يقصد بها أن تكون صيغة التصرف معلقة على شرط سيوجد في المستقبل، كأن يقول الموصي إن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي (3)

و الأصل في الصيغة هو توافق الإرادتين الإيجاب و القبول، غير أن هناك خلاف فقهي، إذ الحنفية يرون أن أركان الوصية هو الإيجاب فقط، فحسبهم الوصية تنشأ بالإرادة المنفردة، و لكن هذا الرأي لم يأخذ بالصفة الشرعية لطبيعة الوصية بحيث لا يمكن تملك الشخص جبرا (4)

و الشافعية يرون أن ركن الوصية هو الإيجاب، فالقبول عندهم هو شرط لزوم صحة الوصية، اما المالكية يرون أن الوصية هي إيجاب الموصي و قبول الموصى لمن و هو شرط لصحة الوصية على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي (5)

و قد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية، إذ أنه نص في المادة 197 من قانون الأسرة نعلى أنه " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، كما نصت المادة 198 من نفس القانون على أنه "إذا مات الوصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"، و عليه فالمقصود بالإيجاب في نطاق الوصية هو كل لفظ أو إشارة أو كتابة تدل على قصد تملك بعد الموت.

(1) شيخ نسيم، المرجع السابق، صفحة 215.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، طبعة 1982، صفحة 58.

(3) محمد أمين بن عابدين، حاشية در المختار على در المختار، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1992، صفحة 648.

(4) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 65.

(5) دلاندة يوف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية و الموارث، دار هومة، الجزائر، سنة 2003،

المطلب الثاني: إثبات الوصية و شهرها

الأصل في العقود و التصرفات العامة هو الرضائية، و الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات كالكتابة و شهادة الشهود.

هذا و يجب شهر الوصية إذا كان محلها عقارا أو حق عيني متعلقة به، ذلك أن المشرع الجزائري أخضع التصرفات الواردة على عقار للشهر بغية إضفاء الثقة في المعاملات العقارية.

فإذا أثبت صاحب المصلحة إذ في الغالب هو الموصى له الوصية بالطرق التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، فإنه له الحق في تنفيذها ما لم يوجد مبطل لها.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى إثبات الوصية و شهرها، اما الفرع الثاني سنتناول فيه كيفية تنفيذ الوصية.

الفرع الأول: إثبات الوصية

حثت الشريعة الإسلامية على كتابة الوصية للاحتياط و تيسيرا للإثبات، حيث قال الرسول عليه أفضل الصلاة و السلام " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده"⁽¹⁾، فمن خلال استقراء المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أما الموثق و تحرير عقد بذلك و هذا هو الأصل، غير انه في حالة وجود مانع قاهر فإن الوصية تثبت بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية.

أولا: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

الأصل في الوصية أنها تثبت بموجب عقد تصريحي يجر من قبل الموثق⁽²⁾، إذ يتعين على الموثق عند تحريره هذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات و الشروط الواجب توافرها قانونا.

(1) رواه مسلم في صحيح كتاب الوصايا، رقم الحديث 1249.

(2) المادة 191 الفقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث يتم تحرير العقد بحضور شاهدي عدل و شاهد التعريف عند الاقتضاء مراعاة لما نصت عليه المادتين 324 مكرر 02 و 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري

كما يجب على الموثق الإشارة في العقد إلى صفة الموصي و الموصى له و الموصى به، و إزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية و اختلاطها بما يماثلها من عقود أو تصرفات.

هذا و إذا حررت الوصية عن طريق وكالة أي بحضور وكيل الوصي فيجب أن تتوافر في الموكل الشروط القانونية في العقود كالسن و البلوغ و الأهلية لإنشاء عقد الوصية.

و يسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشيه الضرائب برسم ثابت، و تسلم نسخة منها للموصي و للموصى له إذا كان موجودا، حيث نصت المادة 64 من قانون التسجيل، على أن " الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلزمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب ورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

ثانيا: إثبات الوصية بموجب حكم قضائي

إن إثبات الوصية بموجب حكم قضائي هو استثناء عن الأصل الذي يقضي بإثباتها بموجب عقد توثيقي، ففي حالة وجود مانع قاهر خارج عن إرادة الموصي كالوفاة أو نحوها. فإنه يجوز للموصى له باعتباره صاحب المصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها إثبات الوصية بحكم.

و يحق للموصى له أن يستعين في ذلك بالشهود لإثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي، فإذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية و صار هذا الحكم نهائيا أشار به على هامش أصل الملكية⁽¹⁾ و يجب على القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوى التأكد من مدى توافر و جدية المانع القاهر، فإذا ثبت ذلك حكم له بالتبثيت و إلا رفضت الدعوى، ذلك أن القاضي لا يلجأ إلى الاستثناء إلا إذا تعذر العمل بالأصل، و هذا ما أكدته الغرفة الوطنية للموثقين⁽²⁾

⁽¹⁾ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية الوقف)، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2004، صفحة 60.

⁽²⁾ علاوة بوتغرار، مقال بعنوان " الوصية تطرح نقائص"، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 2001، صفحة 09

و فضلا عن ذلك جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا على أنه " من المقرر قانونا أن تثبت الوصية بتصريح من الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم تصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾

و الجدير بالذكر أن المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري قد حددت ضابط الإسناد في حالة تنازع القوانين من حيث المكان بشأن الوصية، إذ نصت على أنه " يسرى على الميراث و الوصية و سائر التبرعات التي تنفذ بعد الموت قانون المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن " القضاء بما يخال نصت المادة 16 المذكورة أعلاه يعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس بإعتمادة على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون المالك أو الوصي باعتباره جزائريا مسلما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون و خرق أحكام الشريعة الإسلامية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، ذلك انه يسرى على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيضاء أو القانون الذي تمت فيه الوصية⁽²⁾

الفرع الثاني: شهر الوصية

إن قيد لوصية هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تامين المعاملات العقارية، لذلك عملت جل التشريعات بالإضافة إلى اشتراط الرسمية كركن في العقود إلى فرض القيد إما لإنشاء الحقوق أو للاحتجاج بها في مواجهة الغير.

و بالرغم من عد وجود نص خاص في القانون الجزائري يقضي بشهر الوصية، إلا أنه و بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بانتقال الملكية العقارية نجدتها تقر بذلك.

حيث نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم 160350 صادر بتاريخ 23_12_1997.

(2) المجلة القضائية، العدد الثاني، ملف رقم 63219، قرار صادر بتاريخ 17_10_1990، صفحة 76.

و هذا المبدأ أكدته المادة 16 من الأمر رقم 74_75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾، إذ نصت على أن العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى ما بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

كما أن المادة 15 من المر المذكور أعلاه نصت على أن " كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

و عليه طالما القيد هو الذي ينقل الملكية، فغن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد كالرجوع بآثار القيد إلى تاريخ العقد أو سحبه إلى الماضي، ذلك أن العبرة بالقيد و ليس بتاريخ انعقاد العقد.

غير أن الوصية و باعتبارها تصرف مضاف ما بعد الموت، فإن المادة 15 من الأمر رقم 74_75 السالف الذكر قد أوردت استثناء فيما يخص أثر القيد، حيث نصت على أن " نقل الملكية عن طريق الوفاة تنتقل الحقوق للورثة الموصى لهم دون الحاجة إلى إجراء شكلي "

و بالرغم ذلك نجد المشرع الجزائري اشترط على الموصى له قيد حقه، و ذلك باستصدار شهادة رسمية موثقة تسمى الشهادة التوثيقية تثبت انتقال هذا الحق ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية، و تكون هذه الشهادة باسم جميع الموصى لهم.

هذا و تجدر الإشارة على انه إذا صدر التصرف القانوني من المورث في مرض الموت، فإن التصرف يأخذ حكم الوصية، حيث يجوز للورثة أن يثبتوا أن التصرف قد تم حال مرض الموت بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبتوا ذلك قامت قرينة بسيطة مفادها أن التصرف هو على سبيل التبرع، و بالتالي تسري عليه أحكام الوصية⁽²⁾

(1) الأمر 75 - 74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975" المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92.

(2) لعروم مصطفى، مجلة المؤثق، المرجع السابق، صفحة 20.

و في ختام هذا المبحث نخلص بأن الوصية هي تصرف بالإرادة المنفردة للموصي، إذ أنها تمليك مضاف ما بعد الموت، فالوصية تنقل ملكية الشيء الموصى به من الموصي إلى الموصى له، غير أنها لا تنتج آثارها هذا فورا، ذلك أنها مؤجلة النفاذ إلى حين وفاة الموصي.

و حتى تكون الوصية صحيحة فلا بد من توافر شروط معينة في الموصي و الموصى له و الموصى به، كل ذلك تحت طائلة عدم النفاذ.

و الأصل في الوصية أنها تثبت بموجب تصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك، غير أنه في حالة وجود مانع قاهر فإنه يجوز إثباتها بحكم يؤشر على هامش أصل الملكية، فإذا أثبت الموصى له الوصية فإنه يحق له تنفيذها.

المبحث الثالث: تصرف الوقف

يعتبر الوقف وسيلة من الوسائل الهامة لضمان استقلالية أداء مؤسسات هامة، و لقد أظهر التاريخ الإسلامي علاقة الوقف بمجالات شتى في حياة المجتمع، فمن نعم الله عز و جل علينا سنة الوقف، فالوقف كان و مزال يميز حضارتنا على الحضارة الغربية، و الجزائر كباقي دول العالم الإسلامي لقد اهتمت بالوقف منذ انصهارها في البوتقة العربية الإسلامية،

و قد تعددت تعاريف الوقف من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا المشرع الجزائري الذي نجده أعطى للوقف أكثر من تعريف في أكثر من قانون، و بما أن الوقف هو تصرف تبرعي فإنه يتشابه مع العديد من التصرفات التبرعية الأخرى سواء المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري كالوصية أو الهبة أو التصرفات التبرعية الشرعية الأخرى كالصدقة و الحبس.

و الوقف له خصوصية في إنشائه و المحافظة عليه و ذلك حسب نوعه، إذ يوجد عدة معايير لتقسيمه كمعيار الغرض من الوقف و معيار الشيء الموقوف في ما إذا كان عقارا أو منقولا أو منفعة، و كذا معيار نوع الانتفاع في ما إذا كان الوقف مباشرا أو استثماري.

و طالما الوقف هو تصرف تبرعي ينقص من الذمة المالية للواقف، فلا بد من توافر شروط حتى يكون الوقف صحيحا و نافذا لاسيما الشروط المتعلقة بالمال الموقوف و الواقف و الموقوف عليه، و لكن هذا الأمر يقتضي أولا التطرق إلى الطبيعة القانونية للوقف.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الوقف و ذلك بتعريفه و تميزه عما يشابهه و كذا تبيان أنواعه، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن وسائل تكوين الوقف و ذلك بتبيان الطبيعة القانونية لتصرف و الوقف و كذا التطرق إلى أركانه

المطلب الأول: مفهوم الوقف

إن الوقف هو نظام أستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن تحديد المعنى الشامل للوقف لا يتحقق إلا بتعريفه فقها و قانونا، هذا و يتشابه الوقف من حيث اللفظ مع بعض التصرفات الشرعية التبرعية كالصدقة و الحبس، كما يتشابه أيضا في استمداد أحكامه مع العديد من التصرفات التبرعية التي أكدت عليها أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري كالوصية و الهبة.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الوقف، أما الفرع الثاني سنميز فيه الوقف عن بعض التصرفات التبرعية المشابهة له بغية إزالة الغموض و اللبس.

الفرع الأول: تعريف الوقف و تميزه عما يشابهه

إن فقه الشريعة الإسلامية و كذا المشرع الجزائري أعطوا للوقف عدة تعريفات (أولا)، و بما أن الوقف يتشابه مع بعض التصرفات التبرعية، فإنه ينبغي إزالة البس و ذلك بتميزه عما يشابهه من تصرفات تبرعية (ثانيا).

أولا: تعريف الوقف

إن الوقف له عدة تعريفات، ففقهاء الحنفية يعرفونه على أنه حبس العين على حكم ملك الواقف و التصديق بالمنفعة، أي أن ملكية العين الموقوفة تبقى في يد الواقف و تسجيل منفعتها على جهة من جهات البر⁽¹⁾، أما فقهاء المالكية يعرفونه بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملكي معطيه و لو تقديرا، فالوقف عندهم يسقط منفعة الوقف لمصلحة الموقوف عليهم، و يقع حق التصرف في الملكية⁽²⁾

و فقهاء الحنابلة يعرفونه على انه تحبب الأصل و تسجيل المنفعة، حيث يظهر فيه القدرة المشتركة بين صبيغ تعريف الوقف المتعددة، و هو أن الوقف محبوس عينه و مسبل ثمرته و نفعه لمن عين الواقف ابتغاء مرضاة الله أو نفع من يريد منفعته من قريب أو بعيد⁽³⁾، أما الشافعية فيعرفونه على أنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح، فالوقف عندهم هو ما يؤدي إلى منع التصرف في رقبة العين الموقوفة بخروجها عن ملك واقفها⁽⁴⁾.

(1) السرخسي شمس الدين، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1989، صفحة 27.

(2) الطربلسي برهان الدين، الإسعاف في أحكام الوقف، طبعة 02، مطبعة هندية، مصر، سنة 1902، صفحة 05.

(3) الحداد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري، دبي، سنة 2009، صفحة 16.

(4) القالوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، شرح مناهج الطالبين، الجزء 03، مطبعة مصطفى البابي الحنفي و أولاده مصر 1956، صفحة

أما المشرع الجزائري فأعطى للوقف أكثر من تعريف و في أكثر من قانون، فتارة يعطي له معنى التصرف المنشأ و طورا يعطي له معنى محل التصرف أي المال الموقوف، و أحيانا يعطي له معنى الملك المستقل المتمتع بالشخصية المعنوية.

و منه و طبقا للمادة 213 من قانون الأسرة نجد المشرع عرف الوقف على أنه " حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق"، و عرفه في المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 91_10 على أنه " حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير"

و عرفه أيضا في قانون التوجيه العقاري⁽¹⁾ في المادة 31 منه على أن " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاته أحد الموصيين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"، و منه فالوقف حسب هذا التعريف يقتصر على العقار دون أن يمتد ليشمل المنقول.

و من خلال هذه التعريفات نستنتج أن المشرع الجزائري أكد خاصية تأييد الوقف في مختلف التعريفات، فيبطل الوقف قانونا إذا كان مؤقتا، و إن الوقف يتمثل في العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان و المال و جعله مختصا به، فهو التمكن من الانتفاع، و هذا التمكن لا يجوز إلا بسلطان من الشارع الذي يثبت الملك للأشخاص و يقرر لهم أسبابه⁽²⁾، و بالتالي فالوقف يرد على المال يحبس أصله و تسجيل منفعته.

ثانيا: تميز الوقف عما يشابهه من تصرفات تبرعية

إن الوقف يتشابه من حيث اللفظ مع بعض التصرفات التبرعية كالصدقة و الحبس، كما يتشابه مع العديد من أحكام الشريعة الإسلامية كالوصية و الهبة.

و بما أن الصدقة الجارية يرجى استمرار تحصيل أجزائها في حياة الواقف و بعد مماته، فإنه يظهر اختلافه عن تلك التصرفات التبرعية مما يجعله مستقلا و مختلفا في طبيعة أحكامه، لذلك يجب التمييز بين الوقف و عما يشابهه من تصرفات تبرعية سواء من حيث اللفظ أو من حيث المعنى.

(1) قانون التوجيه العقاري رقم 90_25 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1999 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1999.

(2) الإمام أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972، صفحة 71.

01_ التمييز بين الوقف و بعض التصرفات التبرعية التي تشابهه من حيث اللفظ:

أ_ التمييز بين الوقف و الصدقة: يتميز الوقف عن غيره من الصدقات في أن العطاء في الوقف يتحقق فيه معنى التكرار و الاستمرار في جلب الحسنات للواقف حتى بعد مماته، إذ الموقوف عليه يمنع من التصرف في المال الموقوف بأي شكل من أشكال التصرف الناقل للملكية، أما الصدقة فالمتصدق له حر في التصرف في المال المتصدق به عليه

ب_ التمييز بين الوقف و الحبس: إن الوقف و إن عرف بأنه حبس فهو مقيد بقطع تصرف الواقف في ربة الموقوف عليه على وجه التأييد و خروجها عن ملكه، أما الحبس فيعرف بأنه جعل المالك حق الانتفاع بملكه لآخر مع تمكنه من التصرف بربة ملكه تصرفا لا ينافي استفاء المنفعة من الحبس عليه، و يكون إما مطلقا إذا لم يتم تعيين المدة التي يجوز الرجوع فيها عنه، و إما مؤقتا إذا حددت مدته التي يجوز الرجوع فيها عنه، و ما انتهت و يرجع بعدها ملكا للمالكه أو ورثته⁽¹⁾، و منه فالمشعر الجزائري أصاب لما استعمل مصطلح الوقف، ذلك أنه يتفق مع اشتراطه التأييد للملك الوقفي.

02_ تميز الوقف عن بعض التصرفات التبرعية المذكورة في قانون الأسرة:

أ_ الوقف و الوصية: إن كل من الوقف و الوصية يتشابهان من حيث طبيعتها التبرعية، إذ أنهما يتفقان في الشروط المطلوبة في التصرفات التبرعية من أهلية التبرع و ملكية محل الوصية أو الوقف، إلا أن المتفق عليه فقها أن الوقف المضاف ما بعد الموت هو وصية محضة⁽²⁾، غير أن الوقف يتميز عن الوصية في أنه ينتج آثاره بمجرد تكوينه أما الوصية فلا تنتج آثارها إلا بعد موت الموصي.

كما أن جوهر الوصية هو نقل ملكية الشيء الموصى به بخلاف الوقف الذي هو تخصيص المنفعة لا نقل الملكية، و فضلا عن ذلك فالوقف يلزم و لا يجوز الرجوع فيه باستثناء إذا كان مضافا ما بعد الموت بحيث يجوز التراجع عنه في حياة الواقف، أما الوصية فيجوز للموصي أن يرجع فيها متى شاء⁽³⁾

(1) الجواهري حسن، وقف السندات و الصكوك و الحقوق المعنوية و المنافع، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات، سنة 2009، صفحة 03.

(2) زهدي، أحكام الوقف، المطبعة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، دار بالنسة، سنة 1992، صفحة 253.

(3) السدلان صالح بن غانم، أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما، دار بالنسة، سنة 1992، صفحة 21.

بـ **الوقف و الهبة:** استمد المشرع الجزائري حكم الوقف من حكم الهبة، إذ انه نص في المادة 215 من قانون الأسرة على انه " يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب"، غير أن الوقف لا يكون قياسا على الهبة في جميع الأحوال، فالوقف ليس فسه تملك للرقبة بل هو تخصيص لمنفعة لصالح الموقوف عليه، أما الهبة فهي تملك للموهوب له بحيث يجوز لهذا الأخير التصرف في الشيء الموهوب

كما أن الهبة هي عقد يستلزم الإيجاب و القبول، أما الوقف فهو تصرف بالإرادة المنفردة للواقف، و فضلا عن ذلك فالوقف لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا كان مضافا ما بعد الموت، اما الهبة فالأصل فيها هو جواز الرجوع فيها و استثناء لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالات محددة حصرا⁽¹⁾

الفرع الثاني: أنواع الوقف

إن الملك الوقفي تتحدد الخصوصية في إنشائه و المحافظة عليه بحسب نوعه، إذ يوجد هناك عدة معايير لتقسيمه و تصنيفه إلى أنواع مختلفة، فالوقف بحسب غرضه ينقسم إلى وقف عام و وقف خاص و وقف مشترك، و بحسب المحل قد يرد على عقار أو منقول و قد يرد على منافع أو حقوق أو خدمات، أما بحسب مضمونه فينقسم إلى ملك وقفي مباشر أو ملك وقفي غير مباشر أي استثماري.

هذا و ينقسم الوقف من حيث جهة الإدارة إلى وقف يدار بشكل نظامي و آخر يدار بشكل غير نظامي، إذ أن هذا هو المعيار الصريح الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأوقاف السالف الذكر، أما باقي المعايير فتفهم ضمنا وفقا للنصوص القانونية المتعلقة بالوقف.

أولا: أنواع الوقف بحسب غرضه

ينقسم الوقف بحسب غرضه إلى وقف عام و خاص و مشترك ، إذ ان هذا التقسيم هو حديث لم يكن معروفا في بداية الوقف و إن كان الأصل في الوقف كله خيري⁽²⁾

(1) منصور نور، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010، صفحة 50.

(2) الحجيلي عبد العزيز بن مطيع، الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الشرعية، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف، السعودية، الجامعة الإسلامية المنورة، سنة 2010، صفحة 697.

01_ الوقف العام: يقصد بالوقف العام ما وقف على وجه من أوجه الخير و البر سواء كانوا أشخاص أو جهات، حيث الهدف منه هو تحقيق مصالح عامة⁽¹⁾، و منه فالوقف من حيث أنه يرد على جهات عامة كالمدارس و المساجد و المستشفيات و المقابر، فإنه يستفيد منه المجتمع ككل.

و عليه فالغرض هو صفة الخيرية بحيث نص المشرع الجزائري في المادة 06 من قانون رقم 91_10 السالف الذكر على أن " الوقف العام هو ما يجس على جهات خيرية من وقت إنشائه و يخصص ريعه في سبيل الخيرات ..."

و بالتالي فالمشرع الجزائري أضفى صفة العمومية على الملك الوقفي و ربطها بالطابع الخيري للجهة الوقوف عليها من وقت إنشائه، و اعتبر كل ما يوقف من وقت إنشائه لجهات خيرية ملكا وقفيا عاما.

و جدير بالذكر انه قد يكون الملك الوقفي العام محمدا الجهة و قد يكون غير محدد الجهة، فالأول هو الذي يحدد مصرف ريعه، أما الثاني هو الوقف الذي لم يحدد له الواقف أو لم يعرف له وجه الخير الذي أراده الواقف، بحيث يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث و في سبيل خيرات كثيرة⁽²⁾

02_ الوقف الخاص: إن الوقف الخاص له عدة تسميات كالمملك الذري أو الملك الأهلي، إذ يشيع هذا في دول المشرق العربي، فمصطلح الذري هو مصطلح مشتق من الذرية أي الأولاد، أما مصطلح الأهلي فيدل أن الملك الوقفي غير حكومي، أما مصطلح الملك الوقفي الخاص فهو مشتق من هدفه المتمثل في تحقيق مصلحة خاصة لأشخاص معينين⁽³⁾

و منه فالوقف الذري أو الأهلي هو وقف خاص تؤول منافعه إبتداءا إلى أشخاص معينين سواء كانوا من أقارب الواقف أو غيرهم، ثم على جهة بر لا تنقطع.

03_ الملك الوقفي المشترك: إن الوقف المشترك هو ما خص الواقف جزءا من منافعه و خيراته بذريته و ترك جزءا آخر منه لوجوه الخير العامة، و يقصد به أيضا أنه ذلك الوقف الذي يتم إبتداءا على الذرية و على جهة من جهات البر في وقت واحد⁽⁴⁾

(1) منصور سليم هاني، الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، سنة 2004، صفحة 37.

(2) المادة 06 من قانون رقم 91_10 المتعلق بالأوقاف . "

(3) سراج محمد أحمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، صفحة 164.

(4) المهدي محمد عطية، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي و تطبيقاته المعاصرة، الكويت، سنة 2011، صفحة 71.

و منه طالما الوقف يصح أن يكون كله عاما فقط أو خاصا فقد، كذلك يصح أن يكون منوعا، ففي الملك الوقفي المشترك يجمع الواقف بين غرض الوقف الخير العام و الوقف الذري.

ثانيا: أنواع الملك الوقفي بحسب المحل

إن الملك الوقفي ينقسم بحسب محله أو طبيعة الموقوف إلى ثلاثة أنواع، فقد يرد الوقف على عقار أو منقول و قد يرد على منفعة

01_ الملك الوقفي الذي محله عقارا: إن الأصل في المال الوقفي باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية، هو أن يكون الملك الوقفي عقارا باعتباره كل أصل ثابت، ذلك بما يتميز به من الصلاحية للبقاء و الديمومة، و هذا يتفق مع خصوصية الملك الوقفي المتمثلة في صرف المنفعة على وجه التأييد.

و يدخل تحت كلمة العقار الأصول الثابتة من أراضي و المباني التي تستعمل لأغراض الوقفية كالمساجد و المستشفيات و المحلات التجارية و غيرها .

02_ الملك الوقفي الذي محله منقول: إن جمهور الفقهاء اتفقوا على جواز وقف المنقول، ذلك أن وقف المنقول متاح للجميع على اختلاف قدراتهم المادية، إذ أنها غير مكلفة و لا تحتاج إلى تكاليف الترميم كما هو الحال في العقار⁽¹⁾

03_ الملك الوقفي الذي محله المنافع: يقصد بوقف المنافع حسب الفائدة التي تحصل باستعمال الشيء، سواء أكان ذلك الشيء عينا أو نقدا حقا أو منفعة⁽²⁾، فإذا كان الأصل في إنشاء الملك الوقفي أن تكون الأعيان هي موضوع الوقف، فإن منافعها هي التي تسبل في وجود الخير⁽³⁾

ثالثا: أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع

ينقسم الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع إلى ملك وقفي مباشر و الأخر غير مباشر أي استثماري فالأول بوصفه رأس مال إنتاجي يقصد لذاته، و الثاني بوصفه رأس مال استثماري يقصد لإنتاج عائد إرادي صافي.

⁽¹⁾ أبو ليلى محمد احمد، أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، ندوة الوقف الإسلامي، الإمارات، سنة 1997، صفحة 16.

⁽²⁾ سانو قطب مصطفى، وقف المنافع و الحقوق و تطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، الكويت، سنة 2007، صفحة 46

⁽³⁾ الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار أحياء الكتب العربية، مصر، صفحة 76.

01_ الأملاك الوقفية المباشرة: يقصد بالأملاك الوقفية المباشرة هي تلك التي توضع للانتفاع المباشر، بحيث تقدم خدمات مباشرة للموقوف عليهم، و هي تشمل جميع الملاك الوقفية القابلة للاستعمال المباشر كالمساجد التي تستعمل فيها الصلاة و المستشفيات التي تستعمل للعلاج و المدارس التي تستعمل للدراسة⁽¹⁾

02_ الملاك الوقفية الغير المباشرة: يقصد بها تلك الملاك التي تكون الغاية منها إنتاج عائد إرادي صاف يتم صرفه على أغراض الوقف، فهي أملاك وقفية يستفاد منها و من غلتها أو إراداتها كوقف الأراضي الزراعية و صرف حاصل بيع الغلة، و كذا وقف المحلات التجارية و صرف إراداتها على أغراض تعليمية .

المطلب الثاني: تكوين الوقف

الأصل في إنشاء الملك الوقفي منذ ظهوره في الإسلام هو اتجاه إرادة من يرغب في إنشاء الملك الوقفي، لذلك اهتم المشرع بشكل خاص بتنظيم الوقف كتصرف قانوني معتبرا إياه الوسيلة الأصلية التي لا يمكن الاستغناء عنها لتكوين الملك الوقفي .

فالمشرع الجزائري لم يعدد وسائل تكوين الملك الوقفي صراحة، غير انه باستقراء النصوص القانونية المنظمة للوقف يتبين لنا أن الوقف هو تصرف تبرعي له أركانه و شروطه، و لكن الإشكال يشور حول طبيعة الوقف في ما إذا كان تصرف بالإرادة المنفردة أو تصرف بالإرادتين أي عقدا.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى طبيعة الوقف، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن أركان الوقف

الفرع الأول: طبيعة الوقف

طبقا لنص المادة 04 من القانون رقم 91_10 السالف الذكر على أن " الوقف التزام تبرع صادر عن الإرادة المنفردة" فمن خلال هذه المادة يظهر عدم وضوح موقف المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الوقف، مما قد يجعله يختلط في مفهومه مع بعض التصرفات الأخرين فالتصرف القانوني قد يتم بإرادتين فيسمى عقدا و قد يتم بإرادة واحدة فيسمى تصرف بالإرادة المنفردة.

(1) الرفاعي حسن محمد، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، سنة 2006، صفحة 32.

و في الفقه الإسلامي فإن كل تصرف شرعي يترتب عليه التزام يعتبر عقداً، إذ هذا الأخير يأخذ معنيين، معنى خاص و معنى عام، فالأول هو توافق الإرادتين، أما الثاني هو كل تصرف يترتب عليه التزام و لو بالإرادة المنفردة⁽¹⁾، لذلك يتعين التطرق إلى طبيعة الوقف من المنظور الإسلامي (أولاً)، ثم من المنظور القانوني (ثانياً).

أولاً: الخلاف الفقهي حول طبيعة تصرف الوقف

إن المذاهب الفقهية الأربع أجمعت على أن الوقف على الجهات العامة الذي يكون في أول طبقاته على جهة غير محصورة كالفقراء، أو على جهة لا يتصور منها القبول كالمسجد، هو تصرف بإرادة المنفردة فيتم إنشاؤه بمجرد الإيجاب من الواقف⁽²⁾

غير أن الخلاف الفقهي يثور في حالة الوقف على جهات خاصة، ففقهاء الشافعية يرون أن الوقف لا بد لتمامه صدور قبول مطابق للإيجاب، أما فقهاء الحنفية يرون أن الوقف هو تصرف بالإرادة المنفردة لواقف، ذلك أن القبول عندهم لا يعد شرطاً، و شرط عندهم هو عدم الرد، فإذا رد الموقوف عليه الشيء محل الوقف فإنه لا يستحق الغلة و لا يجوز له بعد ذلك أن يقبل

هذا و يرون فقهاء الحنابلة أن الوقف تصرف بالإرادة المنفردة لا يبطل برده، ذلك أن الاستحقاق عندهم لا يحتاج إلى قبول⁽³⁾، أما فقهاء المالكية يرون أن القبول ليس إلا شرطاً للاستحقاق، فإذا كانت الجهة الموقوف عليها معينة أعتبر الوقف تصرفاً بالإرادة المنفردة و لا يبطل بالرد⁽⁴⁾، أما إذا كانت الجهة الموقوف عليها معينة فإن الوقف يعتبر عقداً يبطل برد هذا المعين له⁽⁵⁾

ثانياً: الطبيعة القانونية لتصرف الوقف

إن ما ورد في نص المادة 04 من قانون الأوقاف 91_10 من اعتبار الوقف (عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة) يدل على تأثر المشرع الجزائري بالمعنى الفقهي للعقد، الذي قصده المشرع في تحديد طبيعة تصرف الوقف أنه يعتبر عقداً بالمعنى العام للعقد في الفقه الإسلامي، أي اعتباره تصرفاً يترتب عليه التزام بإرادة منفردة للواقف، ولو أن المشرع أراد أن يعتبره عقداً بالمعنى الخاص في الفقه الإسلامي لنص على أن الوقف عقد التزام تبرع يحتاج لتمامه لصدور قبول مطابق للإيجاب.

(1) لإمام أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، صفحة 212.

(2) الغزالي محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، الجزء 4، دار السلام لطباعة و النشر، سنة 1997 صفحة 245.

(3) الهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن الاقتناع، تحقيق لجنة مختصة في وزارة العدل السعودية، سنة 2007، صفحة 296.

(4) الحراشي أبي عبد الله محمد، شرح الخرشني علي مختصر خليل، الجزء 7، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الميرية، مصر، سنة 1899 صفحة 107.

(5) الكبيسي محمد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، سنة 1977، ، صفحة 176.

من جهة أخرى فقد كانت المادة 07 من قانون الأوقاف 91_10 من قانون الأوقاف تنص قبل إلغائها :
يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم .

كما نصت المادة 13 من نفس القانون قبل تعديلها: " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا. فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

حيث يفهم من النصين أن القبول ليس شرا لاستحقاق الغلة فيه، فإذا رد الموقوف عليه استحقاقه للغلة لم يبل الوقف بل يصير وقفا عاما، لأن مآل كل وقف في النهاية جهة بر عامة، وقد ساير المشرع الجزائري بهذين النصين رأي جمهور الفقهاء من اعتبار الوقف تصرفا بإرادة منفردة لا يحتاج إلى القبول لإنشائه.

و لما كنت حقيقة الملك الوقفي أنه إسقاط يحمل معنى التمليك، فإنه يترتب على اعتبار الوقف إسقاطا من جانب الواقف عدم اشتراط القبول من الموقوف عليهم مراعاة لمعنى الإسقاط يتصرف الشخص بإرادته المنفردة في ملكه بغض النظر عن موافقة الموقوف عليهم، و إن كان المقابل يمكن لهم رد منافع الوقف مراعاة لمعنى التمليك في الوقف، حيث يسقط حق الموقوف عليه برده الاستحقاق و لا يحق له قبول الاستحقاق بعد رده.

الفرع الثاني : أركان الوقف

إن الوقف باعتباره تصرفا بالإرادة المنفردة، فهو ينشأ بالإيجاب فقط من طرف الواقف بصيغة معتبرة شرعا لا يحتاج إلى قبول من طرف الموقوف عليه، و على هذا الأساس فإن الصيغة التي تعد تعبير عن إرادة الواقف هي ركنه الشرعي، هذا و لا بد من أركان أخرى حتى يكون الوقف صحيحا ألا و هي أركان الوقف المادية المتمثلة في الشرط التي ينبغي توافرها في كل من الواقف و الموقوف عليه و كذا محل الوقف.

و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى صيغة الوقف كركن شرعي للوقف (أولا)، ثم بعد ذلك نبين الأركان المادية للوقف (ثانيا)

أولاً: صيغة الوقف

تتمثل صيغة الوقف في الإيجاب الذي يصدر من الواقف سواء كان التعبير بالفظ أو الكتابة أو الإشارة طبقاً لما نصت عليه المادة 12 من قانون رقم 91_10 السالف الذكر.

و بما أن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد صيغة الوقف و لم يبين الشروط القانونية لصحتها، فإنه ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، غير أنه باستقراء نص المادة 41 من القانون رقم 91_10 السالف الذكر نجد المشرع الجزائري إشتراط إفراغ صيغة الوقف في شكل رسمي، و بالتالي لا بد ان تتوافر في صيغة الوقف شروط شرعية موضوعية و شرط قانوني شكلي⁽¹⁾

01_ الشروط الشرعية الموضوعية لصيغة الوقف: إن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لتحقيق صيغة الوقف الشرعية شروط هي الجزم و التنجيز و حلول الصيغة من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و يتنافى مع مقتضاه.

أ_ الجزم: غن المقصود بهذا الشرط هو ألا تكون الصيغة مجرد وعد بالوقف ذلك أن الوعد بالوقف لا يلزم صاحبه و لا ينشأ وقفاً، هذا و يجب أن تكون الصيغة خالية من خيار الشرط أي ألا يشترط الواقف حق إبرام أو العدول عن وقفه خلال مدة معينة، فإذا وقع هذا الشرط كان باطلاً مع بقاء الوقف صحيح

ب_ التنجيز: يقصد بالصيغة المنجزّة أن يكون الوقف نافذ في الحال، أي بما يدل على إنشاء الوقف و ترتيب آثاره في الحال، فلا تكون معلقة على شرط غير كائن أو مضافة لإلى المستقبل.

ج_ التأبيد: يقصد به عدم اقتران الصيغ بما يفيد التأقيت، لذلك فالتأبيد يتطلب أن يصف الموقوف بالدوام و البقاء، و كذلك أن يكون آخر مصارف الوقف وجه بر لا ينقطع ذلك أن العبارة " على وجه التأبيد و التصديق" التي وردت في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري لا تفهم إلا باستمرار الصدقة و دوامها.

(1) المادة 41 من القانون رقم 91_10 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم.

د_ خلو الصيغ من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و ينافي مقتضاه: استنادا إلى نص المادة 14 من القانون رقم 10_91 السالف الذكر⁽¹⁾، نستنتج انه لا يجوز مخالفة شروط الواقف إلا إذا كانت مخالفة لشرع، و منه إذا كان الشرط صحيحا أي غير مخالف لشرعية الإسلامية فإن يجب الالتزام به، أما إذا كان الشرط مخالفا لشرع فيقع باطلا مع بقاء الوقف صحيحا.

ه_ تعيين مصرف الوقف: إن المشرع الجزائري لم يشترط أن تكون جهة القف معلومة⁽²⁾، كما أن المادة 06 من القانون 10_91 المتعلق بالأوقاف تؤكد موقف المشرع الجزائري بحيث نصت على أن " الوقف العام غير محدد الجهة يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه و في سبيل الخيرات".

02_ الشرط القانوني الشكلي لصيغ الوقف: إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا في صيغة الوقف إلا ما تم تقديمه سلفا، فإذا توافرت تلك الشروط صح الوقف سواء وثق بالكتابة أو بالإشهاد، غير أن المشرع الجزائري نص في المادة 41 من القانون رقم 10_91 السالف الذكر على أنه " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ..."، ومنه حتى يكون الوقف صحيحا لابد من إفراغه في قالب رسمي، و فضلا عن ذلك يجب تسجيله لدى مصلحة السجل العقاري إذا تعلق الأمر بالعقار.

ثانيا: أركان الوقف المادية

إن الأركان المادية للوقف هي الواقف و الموقوف عليهم و الشيء محل الوقف، غذ لابد من توافر شروط معينة في كل ركن من هذه الأركان.

01_ الواقف: طبقا لنص المادة 10 من القانون رقم 10_91 السالف الذكر فإن يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، و أن يكون مما يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين، و منه فهناك شروط صحة و شروط نفاذ لابد من توافرها في شخص الواقف.

(1) نصت المادة 14 من القانون رقم 10_91 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم على أن " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها".

(2) المادة 08 من قانون 10_90 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم

أ_ شروط الصحة: تتمثل شروط صحة الوقف المتعلقة بشخص الواقف في الآتي:

_ أهلية التبرع: بما أن الوقف هو تصرف ينقص من الذمة المالية للواقف، فإنه يشترط في هذا الخير أن يكون كامل الأهلية بالغ سن الرشد طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، هذا و تنص المادة 30 من القانون رقم 91_10 السالف الذكر على أن " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميزا و لو أذن بذلك الوصي"(1) .

_ أن يكون الواقف شخصا طبيعيا: إن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون الواقف شخصا طبيعيا ، إلا انه في تعريفه للوقف اشترط توفير نية التصديق لدى الواقف باعتبار الوقف عبادة و قرية من الله عز و جل، و بالتالي لا يتصور العبادة أو القرية من الله من طرف شخص معنوي.

_ أن يكون الواقف مالكا للعين المراد وقفها: يجب أن تكون ملكية الوقف وقت إبرامه ثابتة قانونا للواقف، أي أن يكون هذا الخير مالكا للمال الموقوف ملكية تامة أو يملك التصرف في الرقبة تبرعا بوكالة خاصة من طرف الواقف و إلا فلا يستطيع الواقف أن يتبرع بما لا يملك.

ب_ شروط نفاذ الوقف: تتمثل شروط نفاذ الوقف المتعلقة بالواقف في الآتي:

_ أن يكون الواقف غير محجور عليه: مقتضى هذا الشرط أن الواقف إذا كان مدينا بدين الغير فلا يستطيع أن يبرم الوقف حماية لحقوق الدائنين، هذا و يرون جمهور الفقهاء أن الدين المستغرق للمال و الذي حل أجله بسبب للحجر، فيمنع المحجور عليه من التصرف في ماله حفاظا على حقوق الدائنين على الرغم من تمام أهليته و إدراكه(2)

_ ألا يكون الواقف مريضا مرض الموت وقت إبرام الوقف: نصت المادة 32 من القانون رقم 91_10

السالف الذكر على أنه " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت و كان الدين يستغرق جميع أملاكه"، إذ في ذا الصدد نشير أن وقف المريض مرض الموت يأخذ شكل الوصية

02_ محل الوقف: طبقا للمادة 11 من القانون رقم 91_10 فإنه يشترط في المال الموقوف أن يكون عقارا أو

منقولاً أو منفعة، و أن يكون محل الوقف معلوما محددًا مشروعًا، هذا و يصح وقف المال المشاع إذ في هذه الحالة يتعين قسمته.

(1) المادة 30 من قانون رقم 91_10 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم.

(2) صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008، صفحة 121.

و أيضا نصت المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف معيننا خاليا من النزاع و لو كان شائعا "، و من خلال هذين النصين يتبين لنا أن الوقف يكون صحيحا إذا توافرت شروطا معينة تتعلق بالمال محل الوقف.

أ_ شروط صحة الوقف المتعلقة بالمحل: تتمثل شروط صحة الوقف الخاصة بالموقوف في الآتي:
_ أن يكون المال الموقوف معلوما و محددًا وقت الوقف: يقصد بهذا الشرط أن يكون المال محل الوقف معينًا بما ينفي الجهالة عنه و النزاع فيه، فلو قال الواقف وقت إبرام الوقف جزءا من أرضي دون أن يبين المساحة و مكان وجود الأرض فإنه وقفه يكون باطلا حتى و لو عينه فيما بعد⁽¹⁾

_ أن يكون المال قابل للقسمة إذا كان مشاعا: إذا كان المال غير قابل للقسمة فلا يصح الوقف باستثناء الحصص و الأسهم في شركات الأموال لما فيها من تشجيع و توسيع لدائرة الواقفين بحسب إمكانياتهم⁽²⁾

ب_ شروط نفاذ الوقف المتعلقة بالمحل: تتمثل شروط نفاذ الوقف الخاصة بالملك الوقفي في الآتي:
_ ألا يكون المال الموقوف مرهونا: إن المشرع الجزائري لم ينظم وقف المال مرهون بنص واضح، غير أنه و بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فإنه يجوز للمدين الرهن أن يتصرف في العقار المرهون، و في هذا الصدد نشير أن فقهاء الحنفية أجازوا وقف المال المرهون ذلك أن الرهن مبدئيا لا يعني انتقال الملكية⁽³⁾

_ ألا يكون المال محل الوقف تحت يد القضاء: إذا كان المال محل الوقف محجوزا عليه، فإن الوقف لا يكون نافذا إلا إذا صدرت الإجازة من الدائنين الحاجزين، و ذلك وفقا لنصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية⁽⁴⁾

03_ الموقوف عليه: يشترط في الموقوف عليه أن يكون وجه من أوجه البر و الخير، و أن يكون ممن يصح تملكه، إذ سنقوم بتفصيل هذا على النحو الآتي:

(1) الموردي الحلوي، في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1983،، صفحة 09.

(2) الفر الشريف حمزة بن حسين، وقف الأسهم، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات العربية، سنة 2009، صفحة 06.

(3) محمد ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، صفحة 601.

(4) المواد 661، 735، 736، من القانون رقم 08_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

أ_ أن يكون الموقوف عليه جهة بر: إن شرعية الوقف مستمدة من كونه صدقة جارية، لذلك لا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها قريبة أي أهلا للتصدق، هذا و يجوز الوقف على النفس حيث نصت المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري على انه " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس طوال حياته على ان يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

و الجدير بالذكر فإن المشرع الجزائري لم يبين حكم الوقف على الذكور دون الإناث، و لكن ضرورة احترام إرادة الواقف و شروطه في نصوص قانون الأوقاف يدعو إلى الاعتقاد أن لا مانع من أن يشترط حرمان بعض الورثة من الوقف.

ب_ أن يكون الموقوف عليه ممن يصح تملكه: إذا كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا فلا وجود أي إشكال، فإن كان كامل الأهلية فيستحق الغلة بنفسه و إن كان ناقص استحق لمصلحته من ينوب عنه، فضلا عن ذلك فلا يوجد لإشكال إذا كان الموقوف عليه شخصا معنويا كالمساجد و المستشفيات و غيرها،⁽¹⁾ غير أن الإشكال يثور بالنسبة للحمل إذ أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة، و لكن حسب رأينا انه طالما تجوز الوصية و الهبة للحمل كذلك يجوز الوقف للحمل.

و في ختام هذا المبحث نخلص أن الوقف هو تصرف بالإرادة المنفردة للواقف، إذ يقصد بالوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق، فالوقف حتى يكون صحيحا و نافذا فيجب توافر أركانه المادية و المتمثلة في الواقف و الموقوف عليه و المال محل الوقف كما يجب توافر الركن الشرعي له و المتمثل في صيغة الوقف.

هذا و تتعدد أنواع الوقف فقد يكون عاما فتكون الغاية منه تحقيق المصلحة العامة و قد يكون خاصا و يكون الهدف منه تحقيق مصلحة خاصة لأشخاص معينين، كما أنه قد يرد الوقف على عقار أو منقول أو منافع، و فضلا عن ذلك فقد يقصد الوقف بصفة مباشرة و ذلك بتقديم خدمات للموقوف عليهم كالمساجد التي يستعمل فيها الصلاة، و قد يقصد الوقف لتحقيق غاية غير مباشرة كوقف الأراضي الزراعية و صرف حاصل بيع الغلة، إذ في هذه الحالة يكون الوقف استثماري.

(1) الإمام أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع سابق، صفحة 2009.

الفصل الثاني مدى
الرجوع في التصرفات
التبرعية

إن التصرف في نظر القانون هو عبارة عن اتجاه الإرادة لترتيب آثارها، و هذه الإرادة عبرت عنها المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد شريعة المتعاقدين " أي الإلتزمات الناتجة عن هذه الإرادة هي واجبة التنفيذ و التحقيق، إذ أن الآثار الناتجة عن التزام الإرادة ينبغي لها أن تنفذ، و بالتالي إذا نشأ التصرف صحيحا فيجب تنفيذه.

غير أن القانون رخص للإرادة أن ترجع فيما التزمت فيه في حدود معلومة و مضبوطة تحقيقا للمصلحة العامة و الخاصة، إذ أن خطورة التصرفات التبرعية دفعت المشرع إلى الاحتياط لها بشكل خاص.

فالمشرع الجزائري منح للواهب حق الرجوع في هبته عند ظروف خاصة روعيت فيها مسائل مهمة جعلت الرجوع في الهبة فيها وضعا أكثر عدلا و إنصافا، ذلك أن الكثير من الآباء يفضلون بعض أبناءهم عن الآخرين في الهبات و العطايا مما يترتب عليه زرع البغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة⁽¹⁾، لهذا السبب شرع لنا سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة و أزكى التسليم الرجوع في الهبة .

أما فيما يتعلق بالوصية فإنه من الحكمة وضع الوصية كحل يتدارك به الموصي ما فاته من عمل بر في حياته، فيستدرك ذلك عن طريق هذه الفرصة الأخيرة بحيث يلحقه العمل الصالح و هو قد انتهى أجله، و لكن بما أن دوام الحال من المحال فإن الموصي قد يكون مصرا على وصيته و مع ذلك قد يطول عمره أو توجهه الظروف إلى نقض وصيته و الرجوع عنها.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، سنتطرق في المبحث الأول إلى أحكام الرجوع في الهبة، ثم سنتناول في المبحث الثاني الرجوع في تصرف الوصية، أما المبحث الثالث سنتحدث فيه عن مدى الرجوع في تصرف الوقف.

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، صفحة 136.

المبحث الأول: الرجوع في عقد الهبة

إن المشرع الجزائري أعطى الحق للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه، غير أنه استثني بعض الحالات ، إذ لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة لاسيما إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له أو كانت الهبة لضمان قرض أو دين أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بالبيع أو التبرع أو ضاع منه أو دخل عليه ما غير طبيعته و هذا ما نصت عليه المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، هذا و تنص أيضا المادة 212 من نفس القانون على أن " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها " .

هذا من حيث القانون، أما من حيث الفقه الإسلامي فإنه روي عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد فيه". أخرجه أصحاب السنن الأربعة⁽¹⁾

من فهم هذا النص نلاحظ أن الأصل العام هو عدم قابلية عقد الهبة للرجوع فيه، إلا في استثناءات ضيقة، ألا وهي رجوع الأبوين، مع التأكيد على المبدأ في لزوم عقد الهبة، وعدم قابليته للرجوع.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الرجوع، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن آثار الرجوع في الهبة و موانعه

(1) السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، سنة 1981، صفحة 397.

المطلب الأول: مفهوم الرجوع

إن عقد الهبة هو عقد لا يخرج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، بمعنى أنه تام واجب التنفيذ، بمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية التي قمنا بتحليلها أعلاه، كما أن عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد، هو جانب الواهب، لكن المشرع وضع استثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث أجاز للأب وللأم- في حدود جد ضيقة- إمكانية الرجوع عن الهبة التي يهبانها إلى الأبناء مهما يكن سنهم.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد معنى الرجوع وخصائصه، أما الفرع سنتحدث فيه عن إجراءات الرجوع.

الفرع الأول: تعريف الرجوع وخصائصه

القاعدة العامة تقضي بأن عقد الهبة إذا توافرت شروطه الموضوعية و الشكلية، فإنه يكون واجب التنفيذ إذ لا يجوز الرجوع فيه، و منه يجب تحديد معنى الرجوع و ذلك بتعريفه (أولاً)، ثم تبيان أهم خصائصه (ثانياً).

أولاً: تعريف الرجوع

استعمل اللغويون مصطلح "الرجوع" للدلالة على معانٍ متقاربة منها: الرد، والعود، والنقض، والانصراف، والتكرار، والتترك، فيقال: رجع، رجعا، ومرجعاً: بمعنى انصرف⁽¹⁾

وقد جاء في القاموس المحيط، رجع يرجع رجوعاً ومرجعاً من معانيها: عود المطلق إلى مطلقته، والراجع: المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها، ورجع الله تعالى بيعته أرحبها، وسفرة مرجعة: لها ثواب وعاقبة حسنة⁽²⁾.

ويستعمل مصطلح "الرجوع" في مواد قانون الأسرة بمعنيين، فتارة يستعمل بمعنى مراجعة الزوج زوجته، وتارة يستعمل بمعنى النقض في التصرفات التبرعية. وقبل قانون الأسرة، والقوانين الوضعية الأخرى، جرى استعماله من قبل فقهاء المدارس الإسلامية الشارحة للقانون الإسلامي السماوي.

(1) ابن منظور، لسان العرب المحيط، الجزء الثاني، دار الجليل، بيروت، السنة 1988، صفحة 1129.

(2) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، الطبعة الثالثة، 2009، صفحة 720.

وقد وضع بعض الفقهاء تعريفات للرجوع منها: تعريف الدكتور فتح أكثم حمد الله تفاحة⁽¹⁾، حيث يعرفه بأنه: "رد العقد القابل لذلك، والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة"، ويعرفه الأستاذ محمود لطفي⁽²⁾ بأن: "ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً".

كما عرفه الدكتور جمال الدين طه العاقل⁽³⁾ بأنه: "عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل، بغية ارتجاعها واستردادها من الموهوب له رضاً أو قضاء وفق شروط معينة"، هذا ولم يهتم فقهاء القانون الإسلامي كثيراً بوضع تعريف للرجوع، على أننا وجدنا تعريفاً وضعه الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني وهو من فقهاء الحنفية إذ عرفه بأنه: "فسخ العقد بعد تمامه"⁽⁴⁾

هذا ولم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص تكييف الرجوع إن تم بمعية القاضي، إذ اعتبروه فسخاً⁽⁵⁾ للهبة، لكنهم اختلفوا في الرجوع في الهبة الذي يقع بعيداً عن القضاء، فقال جمهور الحنفية هو فسخ كذلك، وانفراد الإمام زفر من الحنفية بالقول بأن الرجوع هبة مبتدأة⁽⁶⁾ أن ملك الموهوب عاد بتراضيهما.

ثانياً: خصائص الرجوع

1. حق شخصي للأبوين: حق الرجوع في القانون الجزائري هو حق حصري للأب وللأم دون الأصول الآخرين كالجد والجدة⁽⁷⁾، ذلك أنه لا مجال لإعمال المادة 222 من قانون الأسرة، والرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي يمنح هذا الحق للوالد، وقد توسع فقهاء الشافعية في تفسير مصطلح "الوالد" بالأب والأم، والجد والجدة، وكل من هو أصل، بينما ورد نص المادة 211 صريحاً في لفظه "للأبوين" و منه فالجد الواهب لا يسوغ له الرجوع في هبته، وكذلك الجددة لبقى حق الرجوع فقط للواهب الأب أو الأم.

(1) هو تعريف د. فتح أكثم حمد الله تفاحة، أشار إليه: ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، تحت إشراف الدكتورة دليلة فركوس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2002/2001، صفحة 7.

(2) محمد حسام محمود لطفي، مقتبس من عند ضريفي الصادق، نفس المرجع، صفحة 8.

(3) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 63.

(4) الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب الحديث، سنة 1974، الجزء السادس، صفحة 394.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، صفحة 4012.

(6) نفس المرجع، صفحة 4012.

(7) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، صفحة 225.

2. من النظام العام: هذا الحق ليس ناتجا عن العقد كأثر من آثاره، حتى يستطيع الأطراف التنازل عنه مسبقا (1)، بل هو منحة منحها القانون للأب والأم لحماية مصلحة يراها المشرع جديرة بالحماية، هذا وقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الرجوع في الهبة حقا لا يمكن إسقاطه بالإسقاط، وهذا ما أكده مجلس قضاء تلمسان في قرار له، بحيث اعتبر أن الاتفاق المسبق في عقد الهبة على عدم قابلية الرجوع لا يؤثر في حق الأب في الرجوع (2)

3. يتم بإرادة منفردة: ومن دون قبول الموهوب له الابن أو الابنة (3)، إذ بالرجوع إلى نص المادة 211 التي شرعت الرجوع لم تشترط قبول الموهوب له، وكذلك فإن التفسير اللفظي للمادة لا يوحي بضرورة وجود إجراءات مشددة على إرادة الواهب، هذا وإن كان الرجوع بإرادة الواهب والموهوب له، فلا يسمى هذا رجوعا بل هو هبة مبتدئة، وكل تفسير موسع أو مضيق لهذا النص يجعل صاحبه يخرج عن الصواب لأن عباراته واضحة وبسيطة، ولا تستدع الجدل الدائر حوله.

الفرع الثاني: مدى جواز الرجوع في الهبة و إجراءاته

طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة المذكورة سلفا، فإن القاعدة العامة تقضي بأنه يجوز للأبوين الرجوع في الهبة لولدهما، غير أن هذه القاعدة ورد عنها استثناءات ثلاث، و بمعنى آخر فإن المشرع الجزائري يعتبر عقد الهبة عقدا لازما لا يسوغ الرجوع فيه بالإرادة المنفردة، إلا استثناء، وفي حدود ما أورده المادة 211 التي تميز للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما ماعدا الأحوال الثلاثة الحصرية التي تشكل مانعا.

و منه ففي هذا الفرع سنبين حق الأبوين في الرجوع في الهبة (أولا)، ثم سنتحدث عن أهم الإجراءات المتبعة فيما يتعلق برجوع الأبوين عن الهبة (ثانيا).

(1) محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، صفحة 275.

(2) قرار رقم 11/00075، المؤرخ في 10 فبراير 2011، غير منشور.

(3) يستعمل فقهاء الملكية مصطلحا هو أكثر دقة، بمعنى الرجوع، إذ يسمونه اعتصارا.

أولاً: رجوع الأبوين

بما أن الرجوع في الهبة أمر استثنائي، فإنه لا يجوز التوسع فيه، أو القياس عليه، فحق الرجوع في الهبة هو حق لصيق بشخصية الأبوين محول لهما دون سواهما، بحيث لا يمكن انتقاله إلى غيرهما بالميراث، كما لا يمكن نيابة أحدهما عن الآخر في ممارسته.

هذا ولم يحدد القانون سنا معينة للأبناء الموهوب لهم، كما أن حق الرجوع لم يقيد استعماله بمدة محددة، والأكد أن المشرع إذ يضع هذا الاستثناء على ثبات المراكز القانونية، فإنه يعنى بمصلحة أخرى هي أجدر بالاعتناء، ولعل هذه المصلحة هي حماية الآباء من جحود الأبناء، و الهدف من ذلك حتى لا يضيع الابن الطائش مال والديه الذين شقيا عمرا في تحصيله، ويفرط حبهما له يقدمانه هدية إليه، فيعمد هو ليشتمته ويجعله هباء منشورا.

ومع ذلك هنالك حالات يستحيل على الوالدين اعتصار⁽¹⁾ هبتهما، فتارة يكون الشيء الموهوب مما يسهل استهلاكه، فلا يقدر الوالدين على شيء، وتارة أخرى يتصرف الموهوب له في هبته بالبيع، أو بأي تصرف ينقل الملكية فينتفي الرجوع.

(1) هذا المصطلح يستعمله فقهاء المدرسة المالكية، أما عن موقف القانون الإسلامي من الرجوع فإنهم يفرقون بين الرجوع قبل القبض وبعده: وقد اختلف الفقهاء في حكم الرجوع عن الهبة قبل القبض على ثلاثة أقوال: القول الأول: يجوز الرجوع قبل القبض، وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والإمامية، والزيدية، والحنابلة في رواية لهم. القول الثاني: لا يجوز الرجوع في الهبة قبل القبض، وإليه ذهب فريق من المالكية والظاهرية. القول الثالث: إذا كان الشيء الموهوب مفزوا، جاز الرجوع قبل القبض، أما إن لم يكن كذلك، لم يجز الرجوع قبل القبض، وهذا هو مذهب الحنابلة في روايتهم الأخرى. أصل هذا الخلاف هو الإشكالية التالية: هل الهبة تلزم بالعقد، أم لا؟ أم منها ما يلزم، ومنها ما لا يلزم بالعقد؟ أما عن معنى اللزوم فهو وجوب ترتيب العقد لأحكامه منذ حين إبرامه، فمن قال بأن الهبة غير لازمة بالعقد: في الحالة هذه يجوز الرجوع قبل القبض، ومن قال بأن الهبة لازمة بالعقد، ففي هذه الحالة يمنع الرجوع قبل القبض. ومن قال بأن منها ما يلزم وما يلزم فإنهم يميزون الرجوع قبل القبض في المفز منها، ويمنعونه فيما عداه. أما عن حكم الرجوع عن الهبة بعد القبض فقد اتفق الفقهاء على أن الهبة إن تمت بالقبض، مستوفية أركانها وشروطها، ترتب حكمها، وهو انتقال ملك الشيء الموهوب له، ولكنهم اختلفوا في حكم الرجوع فيها على قولين: القول الأول: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض باستثناء الوالد فيما وهب لولده، وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والظاهرية، والإباضية.

القول الثاني: يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض، بشرط عدم وجود مانع من موانع الرجوع، وهذا مذهب الحنفية، والأمامية، والزيدية، في هذا الصدد راجع عبد الرحمان الحزيري، المرجع السابق، صفحة 222-227، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر دمشق، الطبعة الرابعة، 1997، صفحة 4004-4006، محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 221، محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، صفحة 274.

وقد صيغت المادة 212 من قانون الأسرة لتؤكد قاعدة لزوم عقد الهبة، وعدم جواز الرجوع فيه، إذ لا رجوع في الهبة التي سببها المنفعة العامة.

ويفهم من نص هذه المادة أن اعتصار الهبة التي سببها المنفعة العامة غير جائز بالإرادة المنفردة للواهب- على وجه العموم، غير أن هذا لا يمنع الوالدين من طلب فسخها عن طريق القضاء مع تقديم الدليل على اتصال ابنهما من التزامه، الذي يتمثل بالقيام بعمل يخدم المنفعة العامة، والذي جعله شرطا مقترنا مع الهبة.

وبالتالي نكون في حالة كهذه أمام هبة ثواب، تنحل بالفسخ -ككل المعاوضات- عند عدم قيام الموهوب له بالالتزام الذي رتبته على عاتقه بموجب قبوله هذه الهبة المشروطة.

وكما استمد قانون الأسرة الجزائري إمكانية الرجوع في الهبة من جمهور فقهاء القانون الإسلامي استمدت أغلب التشريعات العربية الأحكام الموضوعية لعقد الهبة- بما فيها أحكام الرجوع- منه، فقد أخذ التقنين المدني المصري بالمذهب الحنفي، حيث نص في المادة 500 منه على أنه: " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له بذلك.

فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".

ثانيا: إجراءات الرجوع عن الهبة

إن الرجوع في الهبة أمر استثنائي شبه نادر وهو حق مخول للأب أو الأم، إن رأينا أحدهما أو كلاهما أن الهبة قد تكون في غير مصلحة الولد والأسرة عموما، وكأن المشرع جعل هذا الاستثناء، حماية للوالدين، وتسهيلا لتداول الأموال عقارات أو منقولات مع توفير الضمانات الكافية للوالدين مخافة تبدل الظروف بعد إجراء هذه الهبة، هذا بالإضافة إلى نظرة الشريعة الإسلامية إلى الأبناء بأن الولد وماله لأبيه، وهذا هو اتجاه المشرع الجزائري في رؤيته لهذا الأمر.

و لأجل تحديد إجراءات الرجوع التي سنها القانون نستعين بآراء بعض الأساتذة في تفسير المادة 211 من قانون الأسرة، إذ في هذا الصدد يرى الأستاذ مصطفى لعروم⁽¹⁾ أنه من الظلم، ومن غير المنطقي أن يطلب من الأب الواهب، أو الأم الواهبة أن يلجئا إلى القضاء لاقتضاء حقهما في الرجوع الذي منحه إياهما المشرع، إذ بإمكانهما أن يطلبوا من الموثق تحرير تصرف الرجوع في الهبة والذي يقع على عاتق هذا الأخير مراقبة الشروط المحددة في نص المادة 211، فإن انتفت موانع الرجوع وجب تحرير سند الرجوع.

وهذا ما ذهبت إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 626 (2)، إذ اعتبرت أن الرجوع في الهبة حق مقرر على وجه الاستثناء لفائدة الوالدين أو أحدهما الذين أقدموا على إبرام عقد الهبة لصالح الأبناء.

و يتم ذلك دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، إذ يكفي التصريح باللجوء أمام الموثق وبالإرادة المنفردة للواهب، وهذا نص مقتبس من المذكرة: "إن الرجوع في الهبة حق مقرر للوالدين دون اللجوء للقضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق وبالإرادة المنفردة للواهب، حيث ينقضي حق الموهوب له بنفس الشكل الذي نشأ به".

(1) مصطفى لعروم، مجلة الموثق، العدد 8، 1999، صفحة 22.

(2) مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، تحت الرقم 626، المؤرخة في 14_02_1994.

المطلب الثاني: آثار الرجوع في الهبة وموانعه

يترتب على رجوع الأبوين عن الهبة آثارا على الموهوب له المعتصر منه، وكما هو معلوم فإن ممارسة هذا الاستثناء لا يكون إلا بمقتضى النصوص بحيث أن الرجوع لا يكون إلا في حالات محددة بدقة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن موانع الرجوع في الهبة.

الفرع الأول: آثار الرجوع عن الهبة

يترتب على الرجوع في الهبة البطلان وكأنها لم تكن، ومع أن النصوص الخاصة بآثار الرجوع غير موجودة إلا أننا سنحاول معالجة آثار الرجوع من خلال الاستناد إلى اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا من خلال الاستناد إلى القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد في القانون المدني.

و عليه ففي هذا الفرع سنتناول دراسة آثار الرجوع بين الواهب الراجع و المعتصر منه (أولا)، ثم بعد ذلك نتطرق إلى آثار الرجوع بالنسبة للغير (ثانيا).

أولا: آثار الرجوع بين الواهب الراجع وبين الموهوب له المعتصر منه:

تنحصر آثار الرجوع في ثلاث نقاط أساسية: أولا إلزام الموهوب له برد الشيء الموهوب، ثانيا إلزام الموهوب له برد الثمار، ثالثا رجوع الموهوب له بالمصروفات على الواهب.

01_ إلزام الموهوب له المعتصر منه برد الشيء الموهوب إلى الواهب: إن أثر الرجوع الرئيسي هو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فتكون الهبة والعدم سواء بسواء، إذ أن للرجوع أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين، ومن ثم ينتج عنه أن يلزم الموهوب له المعتصر منه بإرجاع الشيء الموهوب إلى الواهب، وذلك بتسليمه إياه، ويقوم مقام التسليم شهر سند الرجوع في المحافظة العقارية، هذا إن كان الشيء الموهوب عقارا.

أما في حالة المنقول فإن إلزام المعتصر منه بتسليم الشيء الموهوب يكون بكل الطرق المتاحة للوفاء بالالتزامات من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، وإن هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد تاريخ رفع دعوى استرداد المنقول، فإن الهلاك يقع في ضمان الموهوب له المعتصر منه وعلى مسؤوليته.

02_ إلزام الموهوب له المعتصر منه برد الثمار للواهب: تعتبر ثمار الشيء الموهوب ملكا للموهوب له إلى غاية اليوم الذي يرجع فيه الواهب عن هبته بموجب سند الرجوع، أو من يوم رفع دعوى استرداد الشيء الموهوب إن كان منقولاً، إذ جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ما مفاده أن الزيادة المنفصلة-والمقصود بها الثمار-، هي ملك للولد الموهوب له لأنها حدثت قبل الرجوع، وهذا رأي الجمهور⁽¹⁾

بمفهوم المخالفة فإن الثمار التي ينتجها الشيء الموهوب من بعد تاريخ سند الرجوع أو بعد تاريخ دعوى الاسترداد تكون من نصيب الواهب.

03_ رجوع الموهوب له على الواهب المعتصر منه بالمصروفات: يرجع الموهوب له على الواهب بالمصروفات التي صرفها على الشيء الموهوب، وذلك على أساس الإثراء بلا سبب، إذ أن الموهوب له قد صرف على الشيء الموهوب حتى زاد ذلك في قيمته، والواهب إذ يرجع الشيء في ذمته فهو بذلك يثرى على حساب الموهوب له المعتصر منه.

ثانياً: آثار الرجوع بالنسبة للغير

مبدئياً الرجوع بالنسبة للغير ليس له أثر رجعي، إذ تجب حماية الغير حسن النية، ولعل في المادة 211 من قانون الأسرة ما يشير إلى ذلك، إذ تنص في الفقرة الثالثة على ما يلي: "إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو أضع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

بناءً على هذا يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية، أو قد رتب عليه حقاً عينياً.

(1) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 226 وص 227، محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار، المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2004، صفحة 628.

01_ الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفا ناقلا للملكية: لا شك أن الرجوع ممتنع في هذه الحالة كما سيأتي لاحقا في موانع الرجوع، وهذا لحماية و الغير حسن النية، وحسن النية مفترضة قبل الرجوع، إما بعد إجراء الرجوع فلسنا بصدد مانع من موانع الرجوع، إذ أن الغير في هذه الحالة تسقط عنه حسن النية، والعبارة في العقارات بتاريخ شهر سند الرجوع بالمحافظة العقارية، أما في المنقولات فالعبارة بتاريخ رفع دعوى الاسترداد.

02_ الموهوب له يرتب لفائدة الغير حقا عينيا على الشيء الموهوب : قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأن يرتب عليه حقا عينيا، كترتيب حق انتفاع، أو حق ارتفاق، أو حق رهن، وهذا يشير تساؤلا حول تأثير الاعتصار على الغير الذي تعامل مع الموهوب له بحسن نية.

إعمالا للقواعد العامة ينبغي حماية الغير حسن النية احتراماً لاستقرار المراكز القانونية، وبالتالي فإن الحقوق العينية المترتبة للغير إن ترتبت قبل شهر سند الاعتصار في حالة العقار، أو قبل رفع دعوى الاسترداد إن كان الشيء الموهوب منقولا، في هذه الحالة فإن الشيء الموهوب ينتقل إلى الواهب محملا بهذه الحقوق، ولا مجال لتطبيق الأثر الرجعي للرجوع حماية لمصلحة الغير حسن النية.

أما إذا انتفت حسن النية بأن تمت هذه الحقوق بعد شهر سند الرجوع، أو بعد تاريخ رفع دعوى الاسترداد، فإن هذه الحقوق لا تسري على الواهب الرجوع لانتفاء حسن النية لدى الغير في هذه الحالة.

الفرع الثاني: موانع رجوع الأبوين

إن القانون الجزائري ذهب مذهب جمهور فقهاء من أن الهبة عقد لازم ابتداء، لا رجوع فيه إلا في حالة واحدة، هي رجوع الوالد فيما وهب لولده⁽¹⁾، وحتى هذا الاستثناء جاء مقيدا، هذه القيود هي التي سنسميها فيما يلي بموانع الرجوع.

و عليه سنتحدث في هذا الفرع عن الموانع المتعلقة بسبب الهبة (أولا)، ثم الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له (ثانيا)، و أخيرا الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب (ثالثا).

⁽¹⁾ الرجوع في التشريع الجزائري حق مطلق، كما هو الحال عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث لا يستند الواهب إلى عذر لتبرير رجوعه في هبته، إذ يرى فقهاء الشريعة في هذه المسألة أن انتفاء التهمة في الوالدين، وما طبع عليه من إثارة لولده على نفسه، يفترض أنه إنما رجع لحاجة شديدة، ولمصلحة ملحة.

أولاً: الموانع المتعلقة بالسبب في عقد الهبة

طبقاً للمادتين 211 و 212 من قانون الأسرة⁽¹⁾ فإنه لا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، أو كانت كفالة عينية من الأب الواهب لأبنة الموهوب له، أو كان سبب الهبة يرمي إلى خدمة المصلحة العامة، إذ لا بد دراسة هذه الحالات تبعاً كالاتي:

01_ الهبة من أجل زواج الموهوب له: مانع الزواج مستمد من عند فقهاء المدرسة المالكية، إذ يرون امتناع الرجوع في هذه الحالة لتعلق حق الغير بالشيء الموهوب، إذ أن الهبة قد تيسر للموهوب له الزواج من شخص ما كان ليقبل ذلك لولا تلك الهبة التي جعلت ذمته موسرة.

هذا وإن فقهاء المالكية اشترطوا في هذا الشأن تحقق أربعة شروط حتى يتحقق المانع، وهذه الشروط هي: **أ_** أن يكون سبب الزواج هو يسر الموهوب له الحاصل بموجب هذه الهبة، فإن كان الموهوب له غنياً أصلاً، ولم تؤثر الهبة في نقله من حالة الإعسار إلى اليسر، ففي هذه الحالة الأخيرة لا مانع من الرجوع.

ب_ أن يكون الزواج في مصلحة الموهوب له، فإن تحقق أن الزواج لا يصب في مصلحة الموهوب له جاز للواهب في هذه الحالة الرجوع ليدراً عن ولده مفسدة جرهما عليه بهبته تلك ومصلحة الموهوب له في الزواج تستشف من ملابسات وظروف كل حالة مع مراعاة المعيار العام لتحديد المصلحة في الزواج، والذي يكون بتحقيق أهداف الزواج ومقاصده في العرف و الشرع والتي أهمها إحصان الزوجين وتكوين أسرة وإنجاب الذرية الصالحة المصلحة. وبمفهوم المخالفة فكل ما تنتفي معه مصلحة الموهوب له يزيل مانع الزواج، وبالتالي يجوز للواهب الرجوع في هبته درءاً للمفسدة عن ابنه الموهوب له، كأن يكون مثلاً طالب الزواج من الموهوب له غير كفاء له، أو أن يكون مصاباً بمرض يعطل الغاية من الزواج كالإصابة بمرض فقدان المناعة، ففي حالات كهذه يجب على نالوالد الرجوع في هبته.

(1) تنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: **أ_** إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له. **ب_** إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين. **ج_** إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو أضع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته". وتنص المادة 212 من قانون الأسرة على ما يلي: "الهبة بقصد المنفعة لا رجوع فيها".

جـ_ ينبغي أن يتوافر لدى الغير نية الزواج من أجل يسر الموهوب له بالهبة، وهذا يفترض علم الغير أولاً بالهبة التي يسرت أحوال الموهوب له المادية، وبناءاً عليه تقوم قرينة على أن الغير قد نظر إلى يسر الموهوب له بالهبة.
د_ أن يكون انعقاد الهبة سابقاً لانعقاد الزواج طبعاً، فإن كان الموهوب له متزوجاً قبل حصوله على الهبة جاز للأب الرجوع لأن الهدف من منع الرجوع هو المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع الإبن ليسره الهبة.

02_ الهبة هي كفالة عينية للموهوب له: يتمتع على الواهب في حالة هبته لولده هبة تضمن الوفاء بدينه من الرجوع في هبته للسبب ذاته الذي ذكرناه سابقاً، ذلك أن الغير قد حصل على ضمان لاستيفاء دينه الذي على عاتق الموهوب له حينئذ لا يجوز الرجوع في الهبة⁽¹⁾

ومع ذلك يشترط لتحقيق هذا المانع شروط ثلاثة وهي:

أ_ أن تكون المدائنة من أجل يسر الموهوب له بهذه الهبة، ذلك لأنه بمفهوم المخالفة، إن كان الموهوب له غنياً ومليئاً قبل الهبة وبعدها، ولم يقدم الشيء الموهوب له كضمان للحصول على قرض، أو للوفاء بالدين فلا مانع من الرجوع.

ب_ ينبغي علم الغير الدائن بالهبة المقدمة له كضمان، وكذا اتجاه نية الغير إلى التعاقد مع الموهوب له لامتلاء ذمته نتيجة لحصوله على هذه الهبة.

ج_ أن تكون الهبة سابقة على عقد القرض.

03_ الهبة موجهة للمنفعة العامة: من قراءتنا المادة 212 من قانون الأسرة يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

أ_ إن الهبة التي تكون موجهة للمنفعة العامة لا رجوع فيها كأن يهب الأب لابنه مالا من أجل القيام ببناء مستشفى، فإن فكرة المنفعة العامة هي المانع من الرجوع.

ب_ الهبة للمنفعة العامة هي هبة مقترنة بعوض: أي أنها عقد فيه التزامات متقابلة، الواهب يسلم الشيء الموهوب مقابل قيام الموهوب له بالالتزام الذي قبله.

ج_ لا يكون للرجوع محل في هذا الإطار -أقصد العقود الملزمة للجانبين-، وإنما ينحل العقد بالفسخ القضائي أو التقابل الاتفاقي، إذ أنه لا يتصور رجوع في وجود التزامات متقابلة.

د_ تطبق على هذه الحالة إجراءات الفسخ وشروطه، ذلك أن من يطلب الفسخ عليه أن يبين استعدادة لتنفيذ التزامه، وعليه تبيان عدم تنفيذ التزام الطرف المقابل وذلك بعد إعداره.

(1) المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري

ونلاحظ أن تشريع مانع المنفعة العامة مقتبس إلى حد ما من الشريعة الإسلامية مع استبدال عبارة الصدقة بعبارة المنفعة العامة، وفيما يلي نذكر موقف الشريعة من الرجوع في الصدقة.

حيث اتفق كل فقهاء المدارس على عدم جواز الرجوع في الصدقة إن انعقدت لفائدة فقير، واختلفوا في إمكانية الرجوع في الصدقة إن كان المستفيد موسراً على قولين: القول الأول: لا يجوز الرجوع في الصدقة⁽¹⁾ وإن كانت لغني وهذا مذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، والظاهرية، ووافقهم أكثر الحنفية، وأدلتهم التالية:

دليل السنة: ما روي عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه باعه برخص، فسألت عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "لا تشتريه وإن أعطاه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه"، وكذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع".

ولعل الحكمة من عدم جواز الرجوع في الصدقة أنها قرينة لوجه الله تعالى فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لغني، فالعبرة بنية التقرب إلى الله تعالى وليست بالمستفيد منها. القول الثاني: هو قول بعض الحنفية، إذ أجازوا الرجوع في الصدقة على الغني، وأما عن دليلهم فقالوا: ثواب الآخرة لا يرجح من التصديق على الأغنياء، فجاز للواهب الرجوع في صدقته

ثانياً: الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له

التصرف هو كل تعبير عن الإرادة يرمي إلى إحداث أثر قانوني ما، والتصرف الذي ترمي إليه المادة 211 هو التصرف الذي ينقل الملكية، بناء على قراءة النص فإن تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بحيث يخرج عن ملكه هو سبب مانع من الرجوع في الهبة، حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له، أما عن شروط التصرف المانع من الرجوع فهي:

الشرط الأول: أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً يزيل الملكية بأي سبب من الأسباب سواء كانت أسباباً ناقلة للملك كالبيع والهبة أو مسقطه له كالوقف لأن النص جاء فيه "بيع أو تبرع"، وهذا يفيد أن التصرفات هي البيع، والهبة، والوصية، والوقف.

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الرابع، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 698، حسن محمود بودي، موانع الرجوع في الهبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، صفحة 136.

الشرط الثاني: أن يكون تصرف الموهوب له نهائياً (1)، بمفهوم المخالفة إن لم يكن نهائياً أمكن للواهب الرجوع حسب اجتهاد الحنفية والشافعية في قول لهم، ويكون التصرف غير نهائي مثل البيع الذي انفسخ بعد انعقاده صحيحاً. على أن الشافعية في القول الأصح عندهم والحنابلة لا يرون بإمكانية رجوع الواهب حتى في هذه الحالة، وحيثهم أن مجرد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له، واستقراره في ملك الغير، فإن عودة الموهوب إلى الموهوب له بعد الفسخ لا تتيح للواهب الرجوع في هبته لأنه عاد إلى ذمته بسبب جديد وعقد جديد.

الشرط الثالث: أن يكون تصرف الموهوب له في جميع الموهوب، فإذا كان التصرف في بعض الموهوب كان من حق الواهب الرجوع في البقية، ولأن من يملك الرجوع في الكل يملك الرجوع في الجزء من باب أولى.

ثالثاً: الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب:

إن المادة 211 لم تأت على ذكر مصطلح الهلاك أو الاستهلاك بل اعتمدت مصطلح "ضاع منه" ومفهوم "أدخل عليه ما غير طبيعته".

هذين المفهومين يدخلان في نطاق الهلاك، إذ أن "الضياع" هو فوت الانتفاع بالشيء الموهوب دون تدخل لإرادة الموهوب له وكذلك "تغير طبيعة الشيء الموهوب" يفوت الانتفاع بالشيء الموهوب على الشكل الذي كان عليه سابقاً، على أن معنى الهلاك أوسع وأعمق، إذ عرفه أحد الفقهاء أنه: "تلف مال معين كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي" (2)

أما إن كان الهلاك بإرادة الموهوب له فإنه يعتبر استهلاكاً، وقد عرف بودي كلا من الهلاك والاستهلاك قائلاً (3): "خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة بفعل مادي من الإنسان".

ففي كل هذه الحالات ينتفي الرجوع لانعدام المحل ولا يضمن الموهوب له قيمة الشيء الموهوب لا كلياً ولا جزئياً لأننا بصدد عقد تبرع.

(1) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، صفحة 223.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 1998، صفحة 724.

(3) حسن محمد بودي، المرجع السابق، صفحة 111.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية، و هذا ما أكدته المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يعتبر تصرفا مضافا لما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية، حيث يتعين على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت، و لهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إلا إذا ثبت التاريخ.

و في ختام هذا المبحث نخلص أن الرجوع في عقد الهبة هو زوال العقد بإرادة الواهب في الحالات التي حددها القانون، فلأصل في الهبة أنها إذا استوفت الشروط الموضوعية و الشكلية التي تحدثنا عنها في الفصل الأول فإنها تكون واجبة التنفيذ حيث لا يجوز الرجوع فيها.

غير أن المشرع الجزائري أجاز الرجوع في الهبة استثناء، إذ انه أعطى هذا الحق للأبوين إلا أنه لا يجوز لهم ذلك في ثلاث حالات لاسيما إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له أو كانت لضمان قرض أو دين أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بالبيع أو التبرع أو ضاع منه أو دخل عبیه ما يغير طبيعته.

هذا و لا يشترط في الرجوع أن يكون أمام القضاء، إذ يجوز للواهب أن يطلب من الموثق تحرير تصرف الرجوع في الهبة، حيث يتعين على الموثق التأكد من توافر حالة من حالات التي يجوز فيها الرجوع و المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة السالف الذكر، و من ثم إذا انتفت موانع الرجوع ووجب تحرير سند الرجوع.

و بالتالي إذا تم تحرير سند الرجوع، فإنه يجب على الموهوب له أن يرد الشيء الموهوب، كما يجب عليه أيضا أن يرد ثمار الشيء الموهوب، و في المقابل يجوز للموهوب له الرجوع بالمصروفات على الواهب.

المبحث الثاني: الرجوع في تصرف الوصية

سبق أن وضحنا الفروق الجلية بين الهبة والوصية⁽¹⁾، حيث خلصنا إلى أن الوصية تصرف غير لازم في الحال، بل موقوف على وفاة الموصي مصرًا على وصيته، على خلاف الهبة التي هي عقد يوجب آثاره في الحال تحت طائلة البطلان، ومع ذلك فقد أجاز القانون رجوع الأبوين استثناءً، وعليه فمن باب أولى جواز رجوع الموصي في وصيته ما دامت موقوفة التنفيذ.

و بما أن الوصية لا تشكل التزاماً على الموصي حال حياته اتجاه الموصى له، فإنه يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته، لأنها تبرع لم يتم بعد، فالوصية بطبيعتها تصرف بالإرادة المنفردة غير نافذ في حياة الموصي، فيجوز للموصي الرجوع عن وصيته كلها أو جزء منها، و الرجوع قد يكون صراحة أو ضمناً يفهم من الظروف.

و حتى يجوز الرجوع في الوصية، فلا بد أن تكون هذه الخيرة صحيحة، و لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مستوفية على رضا صحيح و موجوداً، و محل و سبب مشروعان.

هذا و يترتب على الرجوع في تصرف الوصية عدة آثار سواء في علاقة الموصي بالموصى له، او في علاقة الموصي بالغير.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الرجوع في تصرف الوصية، أما المطلب الثاني سنتناول فيه أهم الشروط الواجب توافرها في الوصية حتى يتسنى الرجوع فيها، و كذا الآثار المترتبة على الرجوع في الوصية.

(1) يراجع التمييز بين الوصية والهبة ، صفحة 79.

المطلب الأول: مفهوم الرجوع في تصرف الوصية

لما كانت الوصية بطبيعتها تصرفاً أحادي الطرف، غير نافذ في حياة الموصي، ولا يلزم إلا بقبول الموصى له، فإنه يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته، كلها أو جزء منها، في أي وقت يشاء، ما دام لم يتعلق بها أي حق للموصى له، وعليه فإن الرجوع عنها لا يترتب عنه أي ضرر لأحد.

هذا وطالما أن الوصية لا تشكل التزاماً على الموصي حال حياته، اتجه الموصي له، أو أحد آخر سواه، فإنه يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته لأنها تبرع لم يتم بعد، وتمامها يكون بموت الموصي مصرراً عليها هذا وحيث أن الإيجاب المفرد في المعاوضات يجوز الرجوع عنه، فمن باب أولى في التبرعات، و من ثم وجب تحديد معنى الرجوع في تصرف الوصية و تبيان الإجراءات المتبعة من أجل ذلك.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الرجوع في تصرف الوصية و خصائصه، أما الفرع الثاني سنتناول فيه الإجراءات المتبعة في الرجوع عن تصرف الوصية.

الفرع الأول: تعريف الرجوع في تصرف الوصية و خصائصه

إن الوصية بطبيعتها تصرفاً أحادي الطرف، غير نافذ في حياة الموصي، إذ يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته كلها أو جزء منها في أي وقت يشاء، و منه يجب تحديد معنى الرجوع في تصرف الوصية و ذلك بتعريفه (أولاً)، ثم تبيان أهم خصائصه (ثانياً).

أولاً: تعريف الرجوع في الوصية

نصت المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها". من قراءة النص نستشف أن المشرع يريد بكلمة "الرجوع" معنى النقض، هذا وبناء على ما سبق في بحث الرجوع في الهبة، ودون الحاجة إلى إعادة ذكر المعاني اللغوية⁽¹⁾

(1) إن التعريف الذي نراه مناسباً من خلال التحليل هو الآتي: "الرجوع في الوصية هو تصرف قانوني وحيد الجانب، يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الوصية في المستقبل".

ثانيا: خصائص الرجوع في الوصية:

من قراءة التعريف نجد أن الرجوع في الوصية هو تصرف يتم بإرادة منفردة، أثره الرئيس يقطع أجل الوصية بنقضها، وعليه نستنتج أن خصائص الرجوع في الوصية ثلاثة: أولا، أنه تصرف أحادي الجانب، ثانيا أنه يقطع الأجل المضاف للوصية، ثالثا، أنه ينقض الوصية، نحللها تباعا فيما يلي:

01_ الرجوع في الوصية تصرف وحيد الجانب: إذ يكفي لنقض الوصية إرادة الموصي وحده، حيث أن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن صفة عدم نفاذ الوصية تؤدي إلى هذه النتيجة بشكل تلقائي، إذ أن إرادة الموصي ما دام الموصي حيا، هو إيجاب غير ملزم، وبالتالي فالموصي يستطيع التحلل من إيجابه في كل وقت، ما دام الأجل قائما⁽¹⁾

02_ الرجوع يقطع الأجل المضاف للوصية: إذ الوصية موقوفة التنفيذ إلى حين وفاة الموصي حيث يسعى الموصي له لتنفيذها في فريضة الموصي المتوفى، أما إن رجع الموصي في ما وصى به، فإن الموصي له لا يستطيع التمسك بإيجاب الموصي الذي رجع فيه، لأن إيجاب الموصي هو إيجاب غير ملزم.

03_ الرجوع ينقض الوصية: يحق للموصي مراجعة ما وصى به، فيلغي الوصية كليا، أو يرجع في جزء منها، ويبقى الجزء الآخر قائما، وهذا هو الرجوع الجزئي، فإن كان الرجوع كليا، فإنه لا أثر للوصية كأن لم تكن. أما إن كان الرجوع جزئيا، وتوفي الموصي مصرا على الجزء القائم من الوصية، فإن الوصية تنتج آثارها في الجزء الذي لم يرجع فيه الموصي.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة كمقارنة بالفقه العربي، المجلد الاول، دار الفكر، صفحة 40.

الفرع الثاني: إجراءات الرجوع في تصرف الوصية

طبقا للمادة 192 من قانون الأسرة السالفة الذكر، فإن الرجوع في تصرف الوصية قد يكون صريحا (أولا) و قد يكون ضمنيا (ثانيا).

أولا: الرجوع الصريح:

عند قراءة نص المادة 192 من قانون الأسرة ⁽¹⁾ نلمس مفهوم المشرع للرجوع الصريح، بأنه الرجوع الذي يكون بوسائل إثبات الوصية. هذا ووسائل إثبات الوصية حسب ما أفادت المادة 191 ق.أ، بأن تكون بتصريح أمام الموثق الذي يحرر سنداً بذلك، وفي غير تلك الحالة يثبت بحكم، كأن يكون الرجوع مكتوبا في ورقة عرفية، يدلي بها صاحب المصلحة إلى القضاء بغية استصدار حكم يثبتها.

وحيثما أن الرجوع هو تصرف قانوني وحيد الجانب، فإن كل تصرف قانوني تفترض فيه سلامة الإرادة من العيوب، كشرط لممارسة هذه الإرادة أثرها، كما يفترض وجود محل لهذه الإرادة، بحيث يكون المحل هو تصرف الوصية المراد نقضها، كما يفترض وجود سبب دفع الموصي إلى نقض وصيته.

هذا ويشترط سلامة إرادة الراجع في الوصية إذ أن الموصي قد أنشأ الوصية صحيحة تامة الأركان، ثم يتبين له أن يرجع في وصيته كلها أو جزء منها لسبب ما. فإن كان الرجوع يتم بعناية موثق، فعلى هذا الأخير التحري في سلامة الإرادة من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، بحيث يتحقق من هوية الموصي الراجع وأهليته ويأخذ بتصريحه بالرجوع، السليم من عيوب الإرادة، ليفرغه في محرر رسمي، يتم تسجيله في مصلحة التسجيل، ثم يحفظ أصله في الأرشيف عنده، ليرجع إليه أصحاب المصلحة عند الحاجة.

أما إن اختار الموصي الراجع أن يكتب تصرفه في ورقة عرفية، فعليه تدعيم هذه الورقة بشهادة شاهدين، يسهل الرجوع إلى شهادتهما فيما بعد، حيث ينبغي على ذي المصلحة القيام برفع دعوى إثبات الرجوع في الوصية، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في فحص ملابسات القضية، والحكم بتثبيت الرجوع عن الوصية، أو الحكم بما يراه مناسبا في كل حالة.

(1) تنص المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة وضمنا".

ثانياً: الرجوع الضمني:

يصح الرجوع بكل فعل يدل عليه، وتقوم القرينة أو العرف فيه على أنه أراد بالفعل نقض الوصية، أو أن يقتضي هذا الفعل من تلقاء تنفيذه نقضها، كأن يكون الموصى به حلي أذاً الموصي ولبسها، فهذه قرينة بسيطة على إرادة الرجوع.

هذا ويصح الرجوع بكل تصرف ينقل ملكية الموصى به، إذ أن بيع الشيء الموصى به، أو هبته، هما إعلان من أفعال الرجوع، بغض النظر عما إن عاد الشيء الموصى به إلى ذمة الموصي أم لم يعد، لأن العبرة هي بالتصرف ذاته، إذ أن مجرد إقدام الموصي بنقل ملكية الشيء الموصى به إلى الغير، هو قرينة قاطعة على إرادته في الرجوع عن وصيته تلك، وجب عليه إنشاءها من جديد، إن كانت نيته الداخلية تتجه إلى الإبقاء على الوصية.

ومن التصرفات التي تدل على رجوع الموصي، أن يوقف الشيء الموصى به، إذ أن الموقف هو تصرف ناقل للملكية، وعلى وجه التأييد.

وأما عبء الإثبات فهو ليس ثقيلاً، إذ أن الرجوع الضمني هو عبارة عن تصرفات وأعمال مادية تجري عليها كل وسائل الإثبات، وغالباً ما يخرج الموصي الشيء الموصى به عن ذمته، فيستحيل تنفيذ الوصية، ولا حاجة لإثبات ذلك.

هذا وقد وافق هذا النص نص المادة 18 من قانون الوصية المصري⁽¹⁾، وكذا الفقرة الرابعة من المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

وقد اتفق فقهاء القانون الإسلامي على أن الوصية عقد غير لازم⁽²⁾، وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عنها كلها أو بعضها، سواء وقع الإيضاء منه حال صحته، أو حال مرضه، ولأنها تبرع موقوف، لا ينجز إلا بالموت، فإنه يجوز الرجوع عنها قبل نفاذه⁽³⁾.

⁽¹⁾ نص المادة 18 من قانون الوصية المصري: "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة، ويعتبر رجوعاً كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به".

⁽²⁾ كل الوصايا في القانون الإسلامي غير لازمة، إلا الوصية بعقود العبد فهي لازمة، ولا يجوز الرجوع فيها.

⁽³⁾ محمد بن أحمد بن جزى الغزناطي، القوانين الفقهية، المكتبة العصرية بيروت، 2002، صفحة 421. ، محمد زيد الأيباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، صفحة 760.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن المشرع قد سكت عن إبداء رأيه في مسألة جحود الموصي لوصيته، والمراد من الجحود هو كل نفي للوصية في الماضي، والسؤال المطروح هو هل يعتبر الجحود رجوعاً ضمناً أم لا؟ وأمام سكوت نصوص قانون الأسرة عن الجحود، فإننا نرجع بموجب المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أن نجد أن الفقه الحنفي⁽¹⁾ هو الذي تصدى لهذه المسألة بالتحليل والتدقيق حيث انقسم الأحناف بين رأيين، رأي الإمام أبي يوسف ورأي الإمام محمد، أما عن رأي الإمام أبي يوسف الذي يعتبر الجحود رجوعاً، فحجته هي ما يلي:

- 1- حيث أن الجحود يدل على عدم رضا الموصي بوصيته، وليس الرجوع إلا الدافع إليه، وإذا اتحد المقصد فيهما، فلا بد أن يتحد المعنى، فيكون الجحود بمثابة الرجوع.
 - 2- وحيث أن الجحود نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر، فكان في دلالة على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع، لأن الرجوع الصحيح نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط، فكان أولى أن يكون رجوعاً لأنه أبلغ في نفي الوجود.
 - 3- هذا وإن الأشباه والنظائر تؤيد هذا المعنى، فإنكار الموكل للوكالة يعد عزلاً للوكيل، وإنكار المتبايعين للبيع يعد إقالة، فكذلك إنكار الوصية يعد رجوعاً.
- هذا عن الرأي الأول، أما الرأي الثاني وهو رأي الإمام محمد⁽²⁾، الذي لا يعتبر الجحود رجوعاً، وحجته ما يلي:
- إن حقيقة الرجوع تغاير حقيقة الجحود، إذ أن الرجوع إقرار بوجود الوصية في الماضي، مع إبطال مفعولها في الحاضر والمستقبل، أما الجحود فنفي لوجودها في الماضي، ولا يصح أن نعتبر حكم الأمرين المتغايرين في حقيقتهما حكماً واحداً.
 - وأن إنكار الوصية التي وجدت يعد كذباً، ولا يجوز أن يكون للكذب اعتبار شرعي، بل الكذب في نظر الشريعة يعد لغواً.
 - وأن الأشباه والنظائر تزكي ذلك، إذ أن إنكار الزواج لا يعد طلاقاً، والإقرار بالكاذب لا ينتج أثراً، لأن الكذب دائماً لغو.
- أما التعليق عن هذه المسألة:
- الجحود يعتبر تغييراً للحقيقة وتزويراً لها، وهو في نظر القانون الجزائري جريمة.
 - الجحود لا ينتج أثراً، لأنه مخالف للنظام العام، ولأنه لا ينبغي لأحد أن يستفيد من مخالفته القوانين والأنظمة.
 - استحالة الجحود في حالة الوصية المكتوبة كتابة رسمية.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، صفحة 209.

(2) وقد وافق هذا الرأي الفقيه ابن قدامة المقدسي، راجع ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، صفحة 1417.

أما إن رجعنا إلى تحديد الأفعال المعتبرة رجوعاً، نجد أن القانون لم ينظم الأفعال التي تعد رجوعاً ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية اجتهدوا، ووضعوا معايير وضوابط، يتم من خلالها الفصل بين ما يعد رجوعاً، وما لا يعد، وفق ما يأتي تفصيله.

فالقاعدة عند فقهاء المالكية أن التغيير الذي يمس الشيء الموصى به، من دون أن يهلكه، أو يذهب جوهره، أو يغير من حقيقته، لا يعد رجوعاً، فتحويل القمح إلى دقيق لا يعد استهلاكاً، وبالتالي لا يجوز اعتباره رجوعاً، وخياطة الثياب لا تعد استهلاكاً كذلك، والبناء على الأرض لا يعد استهلاكاً، وخلط الشيء الموصى به بغيره من أملاك الموصي، بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر لا يعد استهلاكاً، وبالرجوع إلى القاعدة، فإن التصرفات والأعمال التي لا تملك الشيء الموصى به، لا يمكن اعتبارها رجوعاً⁽¹⁾

ففقهاء هذه المدرسة لم ينظروا إلى التغييرات التي تلحق الموصى به من حيث دلالتها على الرجوع، وإنما نظروا إلى الأفعال من حيث أثرها في العين، فما دامت لم تزل حقيقة الشيء الموصى به قائمة، فإنه لا يمكن الحديث عن الرجوع.

هذا وإن المذهب المالكي لا يوسع من نطاق الرجوع، فلا يعتبر كل شيء دالاً عليه، لأن المنطق عند فقهاء المذهب أن الرجوع في العطايا لا يجوز، إلا في حالات استثنائية، بحيث أنهم لم يميزوا الرجوع في الوصية إلا لأنها بطبيعتها لا تنفذ إلا بعد الوفاة، فهي عقد لازم بموجب الوفاة، لا قبل حدوثها.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، صفحة 7490.

المطلب الثاني: شروط الرجوع في تصرف الوصية و أهم الآثار المترتبة عليه

إن الوصية لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا كانت صحيحة، و تكون صحيحة إذا كان الرضا سليما و المحل و السبب مشروعان، هذا و يترتب على الرجوع في الوصية عدة آثار سواء فيما يتعلق بعلاقة الموصي الراجع والموصى له الرجوع ضده، أو العلاقة بين الموصي الراجع و الغير.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى شروط الرجوع في تصرف الوصية، اما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن الآثار المترتبة على الرجوع.

الفرع الأول: شروط الرجوع في تصرف الوصية

إن الرجوع في الوصية لا يجوز إلا إذا كانت الوصية صحيحة، إذ لا بد أن تكون صادرة عن ذي أهلية (أولا)، تنصب على محل (ثانيا)، و يكون من وراء كل ذلك سببا مشروعاً (ثالثاً)، مع بعض الخصوصيات التي تنفرد بها الوصية على خلاف العقود الأخرى.

أولاً: أن يكون الرضا موجوداً و صحيحاً

بما أن الوصية من التصرفات المضرة بالموصي ضرراً محضاً باعتبارها تبرعاً، فإنها لا تصح إلا إذا كان الموصي كامل الأهلية بالغ سن الرشد عاقلاً مختاراً⁽¹⁾، هذا و في غياب نصوص خاصة في قانون الأسرة تتعلق بوجود الرضا و سلامته كان لزاماً الرجوع إلى القواعد العامة طبقاً للمواد من 59 إلى 91 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾

فغياب الرضا يجعل التصرف معدوماً منذ البداية، كأن يساق شخص مجنون إلى مكتب التوثيق لإبرام وصية، إذ يجب على الموثق في هذه الحالة استجواب كل من يقدم على الإمضاء و التحاور معه بشكل يستجيب مع قناعة الموثق، بأن الموصي يتمتع بقواه الإدراكية المعتادة.

(1) نصت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على أقل".

(2) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم .

و منه فالوصية لا تصح من ناقص الأهلية أو عديمها، فلا يوصي القاصر و لا المجنون و لا المعتوه و لا المحجور عليه، و فضلا عن ذلك فلا تصح الوصية إذ كانت إرادة الموصي مشوبة بعيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الاستغلال و الإكراه.

هذا و يوجد حالات خاصة لا بد من التفصيل فيها لاسيما وصية المرتد و وصية المختلف في الدين و وصية المدین، كما أن قبول الوصية له تكييف خاص، إذ نكتفي في هذا الصدد بدراسة الوصية مع اختلاف الدين، ثم دراسة القبول في الوصية .

01_ الوصية مع اختلاف الدين: إن القانون لا يشترط لصحة الوصية إتحاد الدين، أما الشريعة الإسلامية فهناك من يميزها كالجُمهور⁽¹⁾، و هناك من وضع لها تقسيمات كفقهاء الحنفية، إذ يرون أن الوصية التي تعد قرابة في شريعة الموصي غير المسلم و كذا في شريعة الموصى له المسلم هي وصية صحيحة، أما الوصية التي تعد محرمة في نظر الشريعة الإسلامية و في دين الموصى له، كأن يوصي الموصي غير المسلم بمبلغ من المال لجعله للنائحات فهذه وصية باطلة، أما بخصوص الوصية التي تعد قرابة في دين الموصى له المسلم و هي غير مشروعة في دين الموصي غير المسلم فإنها تعد باطلة⁽²⁾

هذا و تصح وصية المرتد في غير المحرم شرعا عند المالكية و الشافعية و الحنابلة، ذلك ان وصية الكافر للمسلم صحيحة، لكنها موقوفة كبقية تصرفاته من معاوضات و تبرعات، فإن عاد إلى الإسلام نفذت، و إن مات أو قتل لردته بطلت تغليضا عليه بالعقوبة⁽³⁾

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، صفحة 747.

(2) مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، سنة 1977، صفحة 209.

(3) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، صفحة 234.

02_ القبول في الوصية: إن قبول الوصية قد يكونا صريحا وذلك بطرق التعبير الصريح عن الإرادة، و قد يكون ضمنيا كان يتقدم الموصى له إلى ورثة الموصي بسند الوصي⁽¹⁾، كما أن قبول الوصية له توقيت خاص، و هو وقت وفاة الموصي⁽²⁾، و بالتالي إذا رجع الموصي في وصيته فلا مجال للقبول، و فضلا عن ذلك فالحق في القبول يورث إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي و لم يتسنى له إبداء رأيه بالقبول، حينئذ يحل ورثة الموصى له محل مورثهم في القبول⁽³⁾

ثانيا : أن يكون المحل مشروعاً

إن محل الالتزام عموما هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، فقد يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل او الامتناع عن عمل، أما محل الالتزام في الوصية هو نقل ملكية الشيء الموصى به من ذمة الموصي إلى ذمة الموصى له، وذلك عند حلول اجل المحدد بوفاة الموصي.

فالأصل أن نصاب الوصية فهو الثلث، إذ لا بد ألا يزيد الشيء الموصى به عن الثلث، غير انه يجوز أن يزيد على الثلث إذا أجازها الورثة، فإن أجازوا ما زاد عن النصاب نفذت الوصية، أما إذا ردوا الزيادة بطلت الوصية⁽⁴⁾ و في حالة عدم وجود ورثة للموصي يجيزوا ما فاق النصاب، لأنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث يرون الحنفية أنه يجوز أن تتجاوز الوصية الثلث حتى و لو كان الشيء الموصى به جميع أملاك الموصي، لأن المنع كان لحق الورثة، أما فقهاء الجمهور لا يجزون الوصية التي تتجاوز الثلث، ذلك ان الزائد عن الثلث هو حق للمسلمين، و بالتالي لا تنفذ الوصية .

ثالثا: أن يكون السبب مشروعاً

إن السبب في تصرف الوصية هو نية التبرع من وراء تبرعه، فإذا كان الموصي يقصد من وراء تبرع الإضرار بالورثة عن طريق إنقاص حصتهم من الميراث، فإن الوصية تكون باطلة بطلانا مطلقا، و ذلك راجع لعدم مشروعية السبب⁽⁵⁾، و منه سندرس مشروعية السبب في الوصية، من خلال دراسة وصية الضرار، و الوصية لجهة معصية .

(1) تنص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على أن " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنيا بعد وفاة الوصي " .

(2) تنص المادة 201 من قانون الأسرة على أن " تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي أو بردها " .

(3) تنص المادة 198 من قانون الأسرة على انه " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " .

(4) تنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على انه " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد عن الثلث على الثلث يتوقف على إجازة الورثة " .

(5) إن السبب هو الباعث، إذ انه شيء خارجي عن التصرف القانوني، و هو شيء ذاتي خاص بالملتزم، كما انه شيء متغير .

01_ وصية الضرار: إن وصية الضرار هي التي يراد منها إلحاق الضرر بشخص كأن يوصي الموصي بثالث ماله، و نيته ليس التبرع و الإحسان إلى الآخرين، و لكن هدفها هو الإضرار بالورثة، غد في هذه الحالة تكون الوصية باطلة قانونا و شرعا لمخافتها النص الشرعي القائل " لا ضرر و لا ضرار"⁽¹⁾

02_ الوصية لجهة معصية: إن الوصية لجهة معصية هي باطلة بطلانا مطلقا و ذلك لعدم مشروعية السبب، كالوصية ببيع السلاح لأهل الحرب و الوصية بكتابة كتب السحر و الشعوذة و العلوم الضارة، و الوصية ببناء القباب على المقابر، و الوصية بمبلغ من المال يعطى للنائحات ينحن على موت الموصين فهذا كله غير مشروع في الشريعة الإسلامي.

الفرع الثاني: آثار الرجوع في تصرف الوصية

للإحاطة بجميع آثار الرجوع التي قد تترتب، نبدأ بدراسة آثار الرجوع فيما بين الموصي الراجع والموصى له الرجوع ضده أولا، ثم نعود فندرس آثار الرجوع بين الموصي الراجع والغير ثانيا فيما يلي:

أولا: آثار الرجوع فيما بين الموصي الراجع والموصى له المرجوع ضده

نفرق بين الرجوع الكلي والرجوع الجزئي، إذ يمكن أن يرجع الموصي في جزء من وصيته، كأن يصاب العوز والحاجة، فيأخذ جزءا من الشيء الذي كان قد رصده للوصية، فيستهلكه ويدع الجزء الآخر، فيكون هذا الرجوع جزئيا، أو قد يرجع في وصيته بكاملها، فيكون رجوعا كليا.

حيث أنه في حالة الرجوع الكلي، فإن الوصية تعد لاغية في الحاضر والاستقبال، كأن لم تكن، أما في حالة الرجوع الجزئي، فإن الوصية تبقى منتجة لآثارها في الجزء الذي لم يمسه الرجوع، وبالمقابل فإنه لا أثر ينتج عن الوصية في الجزء الذي حل فيه الرجوع.

هذا إن كان الشيء الموصى به مفرزا مقسوما، أما إن كانت الوصية نسبة مشاعة في كامل التركة، في هذه الحالة يكون الرجوع عن الوصية بتصريح أمام الموثق، يفرغه في ورقة رسمية للاحتجاج بها فيما بعد، وكل تصرف بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر، لا يعد رجوعا عن الوصية بالمعنى الجمل، بل هو رجوع بمقدار الشيء الذي خرج عن ذمة الموصي.

(1) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك المجلد الرابع، دار البصائر الجزائر، سنة 2006، صفحة 93.

ثانيا: آثار الرجوع فيما بين الموصي الراجع والغير:

إن الوصية تصرف موقوف التنفيذ، مضاف إلى أجل وفاة الموصي، فهو تصرف لم ينتج أثرا بعد والموصي على قيد الحياة، وعليه وبما أن الموصي الراجع لم ينتج أثرا من خلال وصيته لا فيما بينه وبين الموصى له، ولا فيما بينه وبين الغير من باب أولى.

في جميع الأحوال و وفقا للقواعد العامة فإن الوصية لا تصرف بأي حال إلى الغير، إلا بعد بدء تنفيذها بوفاة الموصي⁽¹⁾

و في ختام هذا المبحث نخلص أن الرجوع في تصريفي الوصية هو تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الموصي، فقد يكون الرجوع بموجب سند صادر من الموثق بناء على تصريح يدلي به الموصي، و قد يكون الرجوع بكل فعل يدل عليه.

و لأن الوصية تنقص من الذمة المالية للموصي، فإن المشرع الجزائري اشترط الأهلية كاملة، كما اشترط أن يكون الشيء الموصى به مشروعاً، و فضلا عن ذلك لابد من توافر نية التبرع، إذ كل هذا تحت طائلة البطلان.

و الرجوع في تصرف الوصية قد يكون كلياً او جزئياً، فإذا كان كلياً فإن الوصية تعتبر كأن لم تكن، أما إذا كان الرجوع جزئياً فإن الوصية تبقى منتجة لأثارها في الجزء الذي لم يلتمسه الرجوع.

(1) المادة 113 من قانون المدني الجزائري التي تص على أن : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

المبحث الثالث: الرجوع في تصرف الوقف

إن المشرع الجزائري نص في المادة 15 من القانون رقم 91_10 المتعلق بالأوقاف على انه " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشرط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف "

و من خلال استقراء هذه المادة فإنه لا يمكن إسقاط مصطلح " التراجع " على مصطلح " الرجوع "، ذلك أن الرجوع هنا يكون في بع الشروط التي وضعها الواقف.

و تنص المادة 28 من القانون رقم 91_10 على أن " الوقف يبطل إذا كان محددًا بزمن "، و منه يجوز تصور إبطال الوقف لاسيما حالة تخلف الشروط الموضوعية أو الشكلية، هذا و قد نصت المادة 29 من قانون الأوقاف على انه " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف ".

و فضلا عن ذلك تنص المادة 19 من نفس القانون على انه " يجوز للموقوف عليهم في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة و لا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف "، و منه يمكن تصور الرجوع في الوقف عن طريق إسقاطه من طرف الموقوف عليه.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبين في المطلب الأول مدى إمكانية الرجوع في الوقف عن طريق إبطاله، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن الرجوع في الوقف عن طريق التنازل عن المنفعة.

المطلب الأول: الرجوع في الوقف عن طريق إبطاله

الأصل أنه يجوز للواقف أن يضع شروطا لوقفه، و لكن إذا كانت هذه الشروط منافية لمقتضى الوقف الذي هو اللزوم، فإن مصيرها هو الإلغاء من طرف القاضي، كما انه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط التي اشترطها في وقفه.

هذا و يجوز إبطال الوقف إذا احتلت أحد الشروط الموضوعية أو الشكلية للوقف، و فضلا عن ذلك فإنه يجوز إبطال الوقف في حالة مخالفة إرادة الواقف أي مخالفة الشروط التي وضعها الواقف في وقفه.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى مدى إمكانية الرجوع في الوقف، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن أسباب بطلان الوقف.

الفرع الأول: مدى إمكانية تصور الرجوع في الوقف

حتى يتسنى لنا معرفة مدى إمكانية الرجوع في تصرف الوقف، نبدأ بفحص نصوص التشريع الجزائري في مسألتين هامتين هما: لزوم الوقف وتأييد الوقف (أولا)، ، لنصل في النهاية إلى تحليل تصور المشرع الجزائري للرجوع في الوقف (ثالثا).

أولا_ مبدأي اللزوم والتأييد:

إن تصور الرجوع في تصرف الوقف وفقا لنصوص القانون الجزائري، يقتضي تمهيدا دراسة أمرين لا بد من دراستهما هما مبدأي لزوم الوقف، وتأييد الوقف، نحللها تباعا.

01_ مبدأ لزوم الوقف: تنص المادة 16 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى العقد الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه".

والواقع عند بحثنا عن ماهية لزوم في الوقف، وجدنا أصله في مدارس الفقه الإسلامي، بحيث أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة. فعند المالكية الوقف يلزم⁽¹⁾، ولا يتوقف على حكم الحاكم، حتى قبل القبض، وحتى لو قال الواقف: "ولي الخيار"، فإن الرجوع غير ممكن، حاله حال الإعارة اللازمة، إلا إذا اشترط لنفسه الرجوع. وأما محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة فإنهم يرون أن الوقف لا يفسخ ولا يستقال عنه، ويخرج عن تصرف الواقف، ولا يملك الرجوع عنه، ويزول ملكه عن العين الموقوفة⁽²⁾

غير أن القاضي أبا يوسف يرى أن الوقف مسقط للملكية، فتمامه بمجرد التلفظ، كما هو الحال في باقي التصرفات المسقطة، من قبيل العتق وكذا الطلاق، وهذا هو مذهب الأغلبية من الأحناف⁽³⁾ في حين أن الأصل العام عند الإمام أبي حنيفة أن عقد الوقف جائز، وبمفهوم المخالفة فهو غير لازم، وبالتالي يجوز الرجوع عنه، وهو بمنزلة الإعارة غير اللازمة، فللواقف أن يرجع في وقفه متى شاء، ويبطل بموته، ويورث عنه.

من هذه الآراء نلاحظ أن معنى اللزوم في القانون الإسلامي قريب جدا من مبدأ القوة الملزمة للعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومقارنتها مع أحكام المادة 16 نلاحظ أن رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة مقتبس من فقه الجمهور، مخالفا بذلك مذهب مدرسة الأحناف التي ترى الوقف غير لازم، وعليه وبالنتيجة فإن تصرف الوقف هو تصرف لازم مطلقا.

02_ مبدأ تأييد الوقف: تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد. والتصدق". و تنص المادة 3 من قانون 91_10 المتعلق بالأوقاف على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". كما تنص المادة 28 من قانون 91_10 على ما يلي: "يبطل الوقف إذا كان محمدا بزمن".

ما هو واضح من النصوص، أن المشرع الجزائري ذهب مذهب من قالوا بتأييد الوقف، تحت طائلة البطلان على اعتبار أن التأييد هو مقتضى الوقف.

(1) محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، صفحة 386.

(2) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، صفحة 1313

(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، صفحة 63

وللمزيد من التحليل، نرجع إلى فكرة تأييد الوقف، حيث أصولها في القانون الإسلامي، ولكن مع هذه التفرقة بين الآراء:

حيث نجد الفقه المؤيد لفكرة التأييد وهم المالكية وبعض الإمامية حيث لا يفتون بوجوب التأييد، بل يجيزون الوقف مؤقتاً، كما يجيزونه مؤبداً، مستدلين على رأيهم بأن مغزى الوقف هو الصدقة، والصدقات كما تجوز بإتفاق الغلات مؤبداً، تجوز مؤقتاً⁽¹⁾

أما الفقه المؤيد لفكرة التأييد وهم جمهور الفقهاء، يفتي بالتأييد الشافعية والحنابلة والظاهرية وأغلب الحنفية على رأسهم الإمام محمد بن الحسن، والقاضي أبو يوسف، بحيث يعتبرون التأييد داخلاً في مقتضاه، مستدلين بعبارات حديث عمر، منها عبارة "حبس الأصل"، وعبارة "لا يباع ولا يوهب ولا يورث"، بحيث أن عبارة "حبس الأصل" تدل على تأييده، لأنه إذا جاز رجوعه إلى ملك الوقف لم يكن محبساً، فالتحبيس ينافي التأييد.

أما عبارة لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهي صريحة في التأييد. وعبارة "حبس ما دامت السماوات والأرض" صريحة في التأييد هي الأخرى⁽²⁾، وعلى الرغم من أنها من كلمات عمر - رضي الله عنه -، إلا أنها ذات اعتبار ذلك لأنها من فهمه، إضافة إلى أن إقرار النبي له، دليل على صحة فهمه بأن التأييد جزء من مفهوم الوقف لا ينفصل عنه⁽³⁾ إضافة لكل هذا فإن عبارات الواقفين من الصحابة والتابعين تدل على التأييد⁽⁴⁾

ثانياً: تحليل تصور الرجوع في الوقف

أتت المادة 15 من قانون 91_10 بمصطلح التراجع حيث نصها كما يلي: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

(1) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، صفحة 1312

(2) محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، صفحة 388

(3) محمد أبو الزهرة، المرجع السابق، صفحة 72.

(4) قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إني حبست أصلها، وجعلت ثمرتها صدقة، لذى القربى، واليتامى، والمساكين، وابن السبيل، والمقيم عليها، أن يأكل ويؤكل صديقاً، لا جناح، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ما قامت السماوات والأرض، جعل ذلك إلى ابنته حفصة، فإن ماتت فإلى ذي الرأس من أهلها" هذا النص مقتبس من عند سعد المرصفي، أحاديث الوقف الإسلامي، دار اليقين المنصورة، الطبعة الأولى، 2005، ص 177، هذا مثال عن أوقاف الصحابة وغيره الكثير.

من قراءة هذه المادة لا يمكن أن نسقطها على الرجوع في تصرف الوقف، ولكن الرجوع يكون في بعض الشروط التي وضعها الواقف نفسه، مع الأخذ بعين الاعتبار المادة 28 من قانون 10_91 التي تنص على أن الوقف يبطل إذا كان محددًا بزمن. وعليه فإن المقصود من مصطلح "التراجع" الوارد ذكره في هذه المادة ليس هو الرجوع محل بحثنا هذا، وإنما المقصود منه هو تعديل الواقف للوقف، ويكون ذلك بإزالة بعض الشروط التي كان قد اشترطها سابقًا.

هذا، ومع أن المشرع الجزائري لم يصرح بجواز الرجوع من عدمه، فإنه بناءً على المادة 222 من قانون الأسرة وكذا المادة 2 من قانون 10/91 اللتان تحيلنا إلى أحكام القانون الإسلامي، يمكننا أن نستشف موقفه، مع الاسترشاد برؤيته للوقف من خلال النصوص الصريحة الواردة في قانون الأسرة أو القانون 10_91 المعدل والمتمم بالقانون 10/02.

وبالرجوع إلى موقف القانون الإسلامي من الرجوع في الوقف، نجد آراء الفقهاء تباينت فمنهم من يجيز الرجوع ومنهم من يرويه متناقضًا مع فلسفة الوقف وفحواه كما يلي بيانه:

فالملكية لا يشترطون التأييد في الوقف، بل يجيزون الوقف مؤقتًا، كما يجيزونه مؤبدًا، ويجيزون الوقف بشرط البيع عند الاحتياج، كما يجيزه بشرط العودة للواقف أو لوارثه بعد موت الموقوف، وعليه ومن تحليل وجهة نظرهم هذه، نستنتج أنهم يجيزون الرجوع في الوقف⁽¹⁾ كما أن فقهاء الشيعة الإمامية هم الآخرين لا يشترطون التأييد في الوقف، ولا يرونه من مقتضياته، وعليه أستنتج أن الرجوع في الوقف وفق منطقهم جائز. وكما أن الإمام أبا حنيفة يرى أن أثر الوقف هو التبرع بالربع، وهو غير لازم، وتظل العين الموقوفة على ملك الواقف، فيجوز له التصرف بها كما يشاء، وبهذا نعتبر أن الإمام يجيز الرجوع عن الوقف

هذا عن المدارس الفقهية التي تجيز فكرة الرجوع، على خلاف أغلبية فقهاء المدرسة الحنفية الذين يرون أنه إذا تم الوقف خرج عن ملكية الواقف، وصار حبيسا على ملك الله تعالى، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه، بدليل انتقاله عنه بشرط الواقف إلى مستفيد آخر، وعليه لم يجز بيعه ولا تملكه، وبالتالي فهم لا يجيزون الرجوع في الوقف.

ويؤيدهم في هذا الرأي فقهاء المدرسة الشافعية إذ يرون أن ملك الرقبة ينتقل إلى الله تعالى، بحيث ينفك عن اختصاص الآدميين، فليس في ذمة الواقف، ولا في ذمة الموقوف عليه، أما المنافع فتترتب للموقوف عليه حسب الشروط التي يضعها الواقف.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، صفحة 7617.

ونتيجة له فهم كجمهور الحنفية لا يجيزون الرجوع. وكذلك هو رأي فقهاء المدرسة الحنبلية في الصحيح من مذهبهم، أنه يزول ملك الواقف، لأن الوقف من إسقاطات الملك كالعق، وبالتالي يزول حق التصرف في الرقبة، وهذا وفقا لخبر "حبس الأصل وسبل الثمرة"، فالمراد حسب فهمتهم أن يكون الموقوف محبوسا لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث.

هذا إضافة إلى أنهم يشترطون التأيد المطلق، فقد جاء في المعنى: "وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه، أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف. لا نعلم فيه خلافا، لأنه يناهى مقتضى الوقف". هذا ويؤيدهم في منع الرجوع فقهاء المدرسة الظاهرية إذ يرون لزوم التأيد كأكثر الفقهاء، ولقد جاء في المحلى لابن حزم: "من حبس وشرط أن يباع إن احتيج إليه، صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى، وبطل الشرط لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى، وهما فعلا متغايران إلا أن يقول لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع، فهذا لم يحبس شيئا، لأنه حبس لم ينعقد إلا على شرط باطل فلم ينعقد".

الفرع الثاني: إبطال الوقف للاختلال أحد أركانه أو لمخالفة إرادة الواقف

إن تصرف الوقف يكون باطلا بطلانا مطلقا عند انعدام احد أركانه، و يكون باطلا بطلانا نسبيا إذ توافرت الشروط القابلة للإبطال و تمسك بها من تقرر لمصلحته، هذا و يوجد سبب آخر للبطلان تصرف الوقف، ألا و هو بطلان الوقف لمخالفة إرادة الواقف.

و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى إبطال الوقف لاختلال التصرف (أولا)، ثم نتطرق إلى إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف (ثانيا).

أولا: إبطال الوقف لاختلال التصرف في غالب يكون الوقف باطلا بسبب اختلال احد الشروط الموضوعية أو الشكلية

01_ إبطال الوقف لاختلال الشروط الموضوعية: إن المادة 10 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف تنص على أنه " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا و أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين "

كما تنص المادة 11 من القانون المذكور أعلاه على أنه " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة، و يجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا، و يصح المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة "

و فضلا عن ذلك تنص المادة 13 من القانون ذاته على أن " الموقوف عليه في مفهوم هذا هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

و منه و عملا بهذه النصوص يتبين لنا أن الواقف يقوم بالوقف و هو اهل للتصرفات القانونية، مالكا للشي المراد وقفه، و يكون الشيء الموقوف عقارا او منقولا أو منفعة، كما يجب أن يكون الشيء الموقوف معلوما محددًا مشروعًا، اما إذا كان المال مشاعا فيجوز وقفه ، إذ لا بد في هذا الحالة القيام بإجراءات القسمة.

و عليه فالمشرع الجزائري لأم يتطرق إلى الشروط الموضوعية بالتفصيل المطلوب، غير يمكن اللجوء إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، إذ أن الرجوع إلى فقه المعاملات لن يعيدنا كثيرا عن أحكام النظرية العامة للعقد.

هذا و تجدر الإشارة و حسب رأينا ان وقف حق الانتفاع بالشيء غير ممكن من الناحية المنطقية، إذ ان وقف المنافع تخرج من فلسفة الوقف و روحه، ذلك أن الانتفاع بالشيء هو حق أقصى مدته حياة المنتفع، مما يجعل صفة الأبدية في الوقف أمرا محلا للنظر، فقد يرى البعض أن المشرع الجزائري قد تعمد جعل المنفعة مما يمكن وقفه على أساس المذهب الحنفي، إذ هذا الصواب بعينه ذلك أن لا يعقل أن المشرع اخذ بمبدأ أبدية الوقف صراحة ثم يستثني منه المنافع ضمنا⁽¹⁾

02_ إبطال الوقف لاختلال الشروط الشكلية: تنص المادة 41 من قانون الأوقاف على أنه " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

و من خلال إستقراء هذه المادة فإنه يجب على الواقف أن يسجل سند الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري، إذ المقصود بهذه الأخيرة هي المحافظة العقارية الداخل في دائرة اختصاصها الإقليمي العقار محل الوقف، و التسجيل في حذه الحالة هو الشهر.

و لكن ما يعاب على هذه المادة انها أفلت المنقول من المعادلة، لذلك لابد الرجوع إلى نص المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بمسألة الإثبات، و بالتالي فإن وقف المنقول لا يستلزم أي شرط شكلي فيما عدا الصيغة.

ثانيا: إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف

إن إشتراطات الواقف هي كل ما يمليه الواقف في سند الوقف، و هو تعبير عن إرادة الواقف في سبب الوقف و في الكيفية التي ينشأ بها، و في المستفدي من مؤسسة الوقف التي أنشأها، فإن اشتراط الواقف كإثبات معينة، فإنه يجب الوفاء بها و إلا بطل الوقف.

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة، سنة 2012، صفحة 306.

و إشتراطات الواقف لا يمكن حصرها، فهناك شروط تتعارض مع فلسفة الوقف و مقتضياته و تتنافى مع حكمه الذي هو اللزوم، فيترب عنه بطلان الوقف مع الشرط، و هناك شروط تتنافى مع خاصة الوقف المتمثلة في التأيد إذ أنها هي الأخرى تكون باطلة⁽¹⁾

و هناك شروط لا تؤثر في سند الوقف و لا تتنافى مع مقاصده و روحه و معناه، و لكنها مع ذلك تخل بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليهم إذ ان هذا النوع من الشروط حكمها البطلان مع بقاء الوقف قائما منتجا لأثاره⁽²⁾

أما إذا اشترط الواقف الرجوع في وقفه، فإن هذا الشرط يدخل ضمن الشروط الباطلة، ذلك انه يخل بمقتضى الوقف الذي هو اللزوم و يخل بمبدأ التأيد، فإن وضع هذا الشرط بطل الوقف و بطل الشرط⁽³⁾

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، صفحة 7630.

(2) محمد بن احمد الغرناطي، المرجع السابق، صفحة 389.

(3) المادة 218 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: الرجوع في الوقف عن طريق إسقاط الاستحقاق

إن المقرر قانوناً أنه كل ما يتعلق بتنظيم الوقف هو شأن الواقف الذي يعبر عن إرادته في إنشاء الوقف و تسيره، فالأصل أنه لا يجوز إسقاط الاستحقاق لا شرعاً ولا قانوناً فالوقف هنا كالإرث، غير أنه يجوز للموقوف عليه أن يسقط استحقاقه في الوقف كأن يتنازل عن حقه في المنفعة.

و منه فمسألة إسقاط الاستحقاق تقتضي أولاً التطرق إلى مضمون الاستحقاق، و ذلك بتحديد معنى الاستحقاق و تبيان شروطه القانونية.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول مضمون الاستحقاق، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن الحالات التي يجوز فيها إسقاط الاستحقاق

الفرع الأول: مضمون الاستحقاق

إن الوقف يترتب عليه آثاراً هامة أهمها استحقاق الموقوف عليهم غلة الوقف، أو ما اشترطه الواقف لصالح الموقوف عليهم، فالاستحقاق يثب للموقوف عليهم بموجب بند يشترطه الواقف في وقفه، و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد معنى الاستحقاق (أولاً)، ثم نبين شروط هذا الاستحقاق (ثانياً).

أولاً: المقصود بالاستحقاق

إن المقصود بالاستحقاق: هو الاستفادة من غلته⁽¹⁾، وهو النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف⁽²⁾، و على هذا فإن المستحق هو المرتزق الفعلي الذي ثبت له حق المال الموقوف، و يراد بالمستحق الشخص الذي ثبت له في حق الموقوف و هو عادة الموقوف عليه الذي نص عليه الواقف في وقفه.

(1) أحمد علي الخطيب "الوقف و الوصايا"، الطبعة الثانية، جامعة بغداد، سنة 1979، صفحة 127.

(2) أحمد جمال الدين "الوقف مصطلحاته و قواعده" مطبعة الرابطة بغداد 1955 صفحة 114.

والذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا و عليه فالمستحق يتلقى حقه في الوقف بحكم خاص أي يشترط في العقد لأن أحكام الشريعة الإسلامية يقضي بعدم تطبيق أحكام الميراث على الوقف طبيعة المال الموقوف. فهذا الأخير ينتقل بموجب عقد و يجب أن توافر فيه شروط و أركان ليكون صحيحا لأنه يصنف ضمن التصرفات الإدارية القانونية أما انتقال المال في الميراث فيكون بعد واقعة مادية و هي وفاة و ينتقل المال بشكل إلى الورثة بغض النظر عن إرادة المورث.

ثانيا: شروط الاستحقاق

يثبت الاستحقاق في غلة الوقف للموقوف عليهم بنص في عقد الوقف يشترطه الشخص الواقف، مثل ذلك أن يقف الشخص منزلا يشترط كتاب وقفه أن تصرف غلته إلى المسجد الحرام. فإن الوقف يعتبر صحيحا و يتبع شرطه، و بالتالي لا يجوز مخالفة شرط الواقف كأن تصرف إلى جهة أخرى لم يقصدها الشخص الواقف. ذلك أن شرط الواقف كنص الشارع⁽¹⁾

و الجدير بالذكر أنه لا يوجد مانع شرعي يمنع المستحق من التنازل عن حقه في غلة الوقف لمدة معينة لشخص ما يحل محله في جميع الحقوق التي كانت له في الوقف، على أساس أن الاستحقاق في الوقف من الحقوق العادية التي لا يجوز التنازل عنها لآخر و ليس في الشرع ما يمنع المستحق من التنازل عن حقه في ريع الوقف⁽²⁾

و يجوز التنازل عن ريع الوقف و لكن بشرطين، الأول أن يتم التنازل لجهة ما من نوع جهة الخير الموقوف عليها، أما الشرط الثاني هو الموافقة الصريحة للسلطة الوصية المكلفة بالأوقاف.

و قد سبق القول أن الوقف هو الذي يحدد أصحاب الاستحقاق لكن هذا التحديد لا يكون على شكل معين لذا وجب التمييز فرضين هما :

إذا كان التحديد بالاسم فإن الاستحقاق يثبت للمسمى بشرط وجوده و قبوله، هذا بالنسبة للشخص الطبيعي أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما لا يخالف الشريعة الإسلامية و هذا ما قرره المادة 13 بقولها "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية."

⁽¹⁾ أحمد علي الخطيب، المرجع سابق، صفحة 129.

⁽²⁾ زهدي يكن، قانون الوقف الذري و مصادره الشرعية"، دار الثقافة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، سنة 1964. صفحة 212

أما إذا كان التحديد بوصف إذ في هذا الفرض يجب التمييز بين حالتين، الأولى إذا كانت الأوصاف مما لا يمكن زوالها كالأعمى أو الخرس، فيجب أن يكون الموقوف عليهم موجودين وقت الوقف، لا وقت وجود الغلة و إلا صرفت الغلة إلى الجهة التي عينها الواقف، من بعدهم، على أساس أن الموقوف عليهم الموصفون بهذه الأوصاف كالمعنيين بالاسم تماما.

أما الحالة الثانية فتتعلق بتعيين الواقف للموقوف عليهم بأوصاف مما يمكن أن تزول كالمرض الذي يمكن الشفاء منه، أو الشيء كالأطفال الأيتام، فهنا لا يكونون بمنزلة المعنيين بالاسم و عليه يقرر الفقهاء أن العبرة بتحقيق الوصف وقت تحصيل الغلة لا يوم الوقف⁽¹⁾.

هذا و يرجع في مسألة تحديد المستحقين بالوصف و بالألفاظ إلى ما قرره الشريعة الإسلامية و لم يتناوله القانون بالتدقيق على أساس المادة 02 من قانون الوقف.

1_ الوجود وقت الاستحقاق : لأنه لا يمكن تصور التصديق بمنفعة الموقوف على معدوم، فإن لم يتحقق الوجود انتقل الحق إلى من عينه الواقف من بعده و هو ما قرره المادة 13 من قانون الأوقاف السابق الذكر.

2_ القبول: ليس شرطاً في صحة الوقف ولا ولكنه شرط الاستحقاق فإن وجد الشخص المعين في نص صيغة الوقف، ورفض الغلة، فإنها تصرف على من عينه الموقوف من بعده طبقاً لنص المادة 13 من قانون الوقف الفقرة الثانية

3_ أن لا يكون المستحق مما تنفذ في حقه إحدى الشروط العشرة: التي تمنع عنه الاستحقاق مؤقتاً أو دائماً كشرط الحرمان، و شرط الإخراج، على أساس أن شرط الواقف كنص الشارع و على أساس اشتراطات الواقف التي تنظم الوقف مادامت لا تعارض الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 14 من قانون الأوقاف.

(1) أبو زهرة، المرجع السابق، صفحة 302.

4_ دفع مصاريف العمارة و صيانة الوقف، و دفع الديون على المستحق في الغلة لأن هذه الأموال تقدم على الأموال المستحقة وفي هذا الصدد تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98 /381⁽¹⁾ المتعلق بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها، التي تتحدث عن وظيفة الناظر: " الشهر على أداء حقوق عليهم مع مراعاة شروط الوقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي و حمايته و خدمة المثبته قانونا. " فعلى هذا الأساس تكون الأولوية للملك الوقفي من حيث الصيانة و العمارة قبل حقوق المستحقين ولا يمكن لأصحاب الاستحقاق الاحتجاج على ذلك⁽²⁾.

5_ حلول زمان الاستحقاق: حيث لا يستطيع المستحق مطالبة الناظر بنصيبه في الربع قبل زمن الاستحقاق و لا إتلاف مبالغ فيه على الحساب بعد تحديد الغلة.

6_ إن الاستحقاق يفيد ترتيب حق الموقوف عليه بشروط الذي له أن يخرج أو يحرم من يشاء، و لا يثبت هذا الحق، إلا لمن كان موجودا و قابلا لغة الوقف بعد خصم نفقاته و حلول زمن الاستحقاق.

(¹) المرسوم التنفيذي رقم 98_381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق 01 ديسمبر سنة 1998 يحدد شروط إدارة الملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها، الجريدة الرسمية العدد 38 سنة 2000.

(²) قنفود رمضان، نظام الوقف في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة دحلب سعد، البليدة، سنة 2001،، صفحة

الفرع الثاني: إسقاط الإستحقاق في الوقف

كل ما يتعلق بتنظيم الوقف هو شأن الواقف الذي يعبر عن إرادته الحرة في إنشاء الوقف و كذا تسييره، فمن جوانب هذا التسيير مسألة توزيع الغلة و ثبوت نصيب كل معين في الوقف، و منه فإن ثبوت النصيب في الغلة لشخص ما لا يعتبر من الموقوف عليه أمر ينافي إرادة الواقف و تنفيذها⁽¹⁾

و عليه فإن إسقاط الاستحقاق في الوقف سواء كان كلياً أو جزئياً يعوض بدونه أمر لا يجوز شرعاً و قانوناً، فالوقف هنا كالإرث لا يسقط بالإسقاط كما لو قال المستحق قد أسقطت حقي لفلان فإن قوله هذا باطلاً، ذلك أن المستحق إنما يستحق الغلة بشرط الواقف و ليس بإرادته.

و فضلاً عن ذلك فالمستحق ليس له ان ينشئ الاستحقاق في الوقف لشخص آخر لأن ذلك يدخل في إرادة الواقف وحده و ليس للموقوف عليهم التصرف بإسقاطه أو تحويله إلى أطراف آخرين.

و لكن لا مانع أن يتنازل عن نصيبه في الربيع لمدة معينة على أساس انه لم يتنازل عن مركزه كمستحق، بل أن محل التنازل هنا هو النصيب من الغلة الذي هو موضوع انتفاع المستحق من الوقف، و بالتالي يجوز له وقف القواعد العامة أن يتنازل عنه و يتصرف فيه بل و حتى أن يكون محل ضمان الدائنين⁽²⁾

هذا و قد أشارت المادة 19 من قانون الأوقاف السالف الذكر إلى مسألة التنازل في المنفعة، حيث نصت على انه " يجوز للموقوف عليهم في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة و لا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف " .

و القانون بتقريره لهذا الحكم وافق على ما قرره الفقه بهذا الشأن لأن نصيب كل مستحق يخضع لنص الواقف و اشتراطاته و ليس للقواعد الشرعية المعروفة في الميراث، و النصيب الذي يثبت لطل مستحق يمكن أن يكون محل للتنازل و التصرف فيه دون أن يكون التصرف في الاستحقاق الثابت له بالنص.

(1) المادة 05 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم

(2) المادة 21 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

و تبعا لما تقدم نخلص أنه التراجع و ليس لرجوع في الوقف عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف، غير أنه يمكن تصور الرجوع في الوقف و ذلك عن طريق إبطاله لاسيما حالة تخل أحد أركانه أو مخالفة إرادة الواقف إذا كانت في حدود ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأوقاف رقم 91_10.

كما انه يمكن تصور الرجوع في الوقف عن طريق إسقاط الاستحقاق من طرف الموقوف عليه، و لكن الإسقاط هنا يتعلق بالمنفعة فقط، حيث يجوز للموقوف عليه التنازل عن حقه في المنفعة لصالح الغير.

خاتمة

من خلال ما سبق إستخلصنا النتائج التالية:

__ إن التصرفات التبرعية التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة هي الهبة و الوصية و الوقف، إذ أنها تختلف عن بعضها البعض سواء من حيث الطبيعة القانونية او من حيث الانعقاد أو من حيث الآثار.

__ اعتبر المشرع الجزائري الهبة أنها عقدا ذلك انه اشترط لانعقادها تطابق الإيجاب مع القبول، و بالتالي لا بد من توافر الأركان العامة للعقد من رضا و محل و سبب، و كذا توافر شكلية معينة بحيث إذا كان الشيء الموهوب عقارا فيجب إتباع إجراءات التسجيل و الشهر، أما إذا كان منقولاً فيجب الحيابة، بينما الهبة الواقعة بين الزوجين أو بين الولي و من ينوب عنه أو كان الموهوب له عقار مشاع فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تقوم مقام الحيابة.

__ تعد الوصية تصرف بالإرادة المنفردة للموصي، و ذلك بنقل ملكية الشيء الموصى به من الموصي إلى الموصى له، غير أنها لا تنتج آثارها فوراً لأنها تصرف مضاف ما بعد الموت.

__ إن المشرع الجزائري لم يكن واضحاً في تحديد الطبيعة القانونية للوقف، و برغم من ذلك يصح القول أن الوقف يعتبر تصرفاً بالإرادة المنفردة للواقف، ذلك أن المشرع الجزائري نص في المادة 04 من قانون رقم 91_10 المتعلق بالأوقاف على أن " الوقف التزام تبرع صادر عن الإرادة المنفردة ".

__ الرجوع في التصرفات التبرعية يختلف حسب نوع التبرع في ما إذا كان هبة أو وصية مع بعض الخصوصية لتصرف الوقف، فالرجوع في الهبة يقصد به فسخ العقد بعد تمامه بالإرادة المنفردة للواهب، بينما الرجوع في الوصية فيقصد به نقض الوصية بالإرادة المنفردة للموصي، أما بالنسبة للوقف فإنه يمكن تصور الرجوع فيه عن طريق إبطاله أو إسقاط الاستحقاق.

__ يجوز الرجوع في الهبة استثناءً إذ انه هذا الحق مخول للآوين، و لكن هذا الحق قيده المشرع الجزائري إذ لا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت من أجل زواج الموهوب له أو كانت الهبة لضمان قرض أو دين أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب أو ضاع منه، هذا و لا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت موجه لصالح العام.

— بما أن الوصية لا تشكل التزاما على الموصي حال حياته اتجاه الموصى له، فإنه يجوز للموصي الرجوع في وصيته لأن تمامها يكون بموت الموصي، و لأن الوصية تصرف وحيد الجانب فإنه يكفي لنقضها إرادة الموصي وحده، و بالتالي لا يجوز للموصى له أن يتمسك بإيجاب الموصي الذي رجع في وصيته.

— لا يجوز للواقف الرجوع في وقفه لأن الرجوع يتنافى مع مقتضى الوقف الذي هو الزوم، و يتنافى أيضا مع مبدأ تأييد الوقف، غير أنه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف.

و لكن يجوز تصور الرجوع في الوقف عن طريق إبطاله لاسيما إذا كان الوقف محدد بزمن، كما أنه يجوز تصور الرجوع في الوقف عن طريق إسقاط الاستحقاق كأن يتنازل الموقوف عليه عن المنفعة لصالح الغير شريطة أن يكون الوقف خاصا و ليس عاما.

و تبعا لما تقدم و إثراء لهذا البحث نقترح الآتي:

— يجذب أن يراجع المشرع الجزائري نص المادة 211 من قانون الأسرة ليدخل ضمن الرجوع في الهبة الجد و الجدة، إذ أنها في حكم الوالدين خاصة في غياب الأبوين لسبب من الأسباب، حيث نقترح أن يستبدل مصطلح " الأبوين " بمصطلح " الأصول "

— يحسن أن يقوم المشرع الجزائري بإضافة مادة قانونية في قانون الأسرة تتعلق بتنفيذ الوصية، و لتكن صياغتها كالأتي " لا يجوز تنفيذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولاً أو عقاراً و تقييمها بتقرير خيرة رضائية أو قضائية في حالة النزاع "

— هذا و يوجد إشكال يتعلق بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، إذ أن هذه المادة تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية دون أن تبين صراحة المذهب الواجب إتباعه، حيث هذا الأمر يصعب الأمور على القضاة، بخلاف التشريعات العربية الأخرى كالتشريع المصري الذي تبني صراحة المذهب الحنفي و التشريع المغربي الذي تبني صراحة المذهب المالكي، و للأمانة العلمية هذا ليس اقتراحا منا بل تأكيدا و تنبيهها لما تطرق إليه الدكتور المحترم خالد سماحي في رسالته.

قائمة

المصادر و المراجع

أولاً: قائمة المصادر

القرآن الكريم

السنة

ثانياً: قائمة المراجع

1 - الكتب

1 4 - الكتب العامة

- دسوقي شمس الدين محمد عرفة " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، الجزء الرابع، دار أحياء الكتب العربية، مصر، دون سنة النشر.
- حراشي أبي عبد الله محمد " شرح الخرشبي علي مختصر خليل"، الجزء 7، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الميرية، مصر، سنة 1899.
- عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، سنة 1952.
- قالوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، "شرح مناهج الطالبين"، الجزء 03، مطبعة مصطفى البابي الحنفي و أولادهن مصر 1956.
- إمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السادس، دار الكتاب الحديث، سنة 1974.
- سيد سابق "فقه السنة"، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، سنة 1981.
- مارودي الحلوي " في الفقه الشافعي"، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1983.
- شمس الدين الشرخسي " المبسوط"، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- ابن منظور المقدسي " لسان العرب، مادة وهب" المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1990.
- محمد بن عابدين " حشية المختار على دار المختار"، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1992.
- وهيبه الزحيلي " الفقه الإسلامي و أدلته"، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، سنة 1997.
- غزالي محمد بن محمد " الوسيط في المذهب"، الجزء 4، دار السلام لطباعة و النشر، سنة 1997.
- عبد الرزاق السنهوري " نظرية العقد"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، سنة 1998.

- احمد فراج حسين، "نظام الإرث في الفقه الإسلامي"، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002.
- محمد ابن أحمد ابن حزبي الغرناطي "القوانين الفقهية"، المكتبة العصرية، سنة 2002.
- دلاندة يوسف "قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا"، الأحوال الشخصية و الموارث، دار هومة، الجزائر، سنة 2003.
- حسن محمود بودي "موانع الرجوع في الهبة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- محمد بن علي الشوكاني "السييل الجرار، المتدفق على حدائق الأزهار"، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2004.
- عبد الرحمان الجزيري "الفقه على المذاهب الأربعة"، الجزء الثالث، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى سنة 2005.
- محمد بن عبد الباقي الزرقاني "شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك"، المجلد الرابع ، دار البصائر الجزائر، سنة 2006.
- محمد زيد الأبياني "شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.
- محمد زيد الأبياني "شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، 2006.
- بلحاج العربي "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2007 .
- هوتي منصور بن يونس "كشاف القناع عن الاقتناع"، تحقيق لجنة مختصة في وزارة العدل السعودية، سنة 2007.
- لحسين بن شيخ أيت ملويا "قانون الأسرة"، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.
- محمد ابن إدريس الشافعي، "الأم"، الجزء 08، دار الوفاء، سنة 2008.
- صقر نبيل "تصرفات المريض مرض الموت"، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.
- مجد الدين الغيروزابادي "القاموس المحيط"، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- وهبة الزحيلي "موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة"، الجزء الرابع، دار الفكر، دمشق 2010.
- علي علي سليمان "النظرية العامة للالتزام"، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة التاسعة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2015 .

- الطرابلسي برهان الدين إبراهيم " الإسعاف في أحكام الأوقاف "، الطبعة الثانية، مطبعة هندية، مصر سنة 1902.
- الإمام أبو زهرة" محاضرات في الوقف"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972.
- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني " الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات " الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، سنة 1977.
- الكبيسي محمد عبد الله " أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية"، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد العراق، سنة 1977.
- أحمد علي الخطيب " الوقف و الوصايا "، الطبعة الثانية، جامعة بغداد، سنة 1979.
- محمد مصطفى شلبي " أحكم الوصايا و الأوقاف"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، دار الفكر بيروت، لبنان، طبعة 1982.
- أحمد عمرو أبو بكر" الوصية و أحكامها" ، المطبعة العربية، طبعة 1986.
- الإمام أبو زهرة" شرح قانون الوصية "، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1988.
- زهدور محمد" الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية"، المؤسسة الوطنية للكتاب الرازين طبعة 1991.
- السدلان صالح بن غانم " أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما" ، دار بالنسبة، سنة 1992.
- زهدي، "أحكام الوقف"، المطبعة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، سنة 1992.
- سراج محمد أحمد " أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون"، دار المطبوعة الجامعية الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
- محمد كمال الدين إمام " الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2002.
- شيخ نسيمة " أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري"، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.
- احمد فراج حسين " أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، سنة 2003.
- محمد بن أحمد تقية " دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن" ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، سنة 2003 .

- حسن محمد بودي " موانع الرجوع في الهبة في القه الإسلامي و القانون الوضعي "، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2004.
- منصور سليم هاني " الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر"، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت لبنان، سنة 2004.
- محمد يوسف عمرو " الميراث و الهبة، دراسة مقارنة"، دار الحامد لنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
- الحداد احمد بن عبد العزيز " من فقه الوقف"، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري، دبي، سنة 2009.
- حمدي باشا عمر " عقود التبرعات"، دار هومة، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- منصور نورة " هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010.
- المهدي محمد عطية " نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي و تطبيقاته المعاصرة"، الكويت سنة 2011.

2 - الرسائل والمذكرات الجامعية

2 1 - الرسائل الجامعية

- خالد سماحي " النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص، سنة 2013.

2 2 - المذكرات الجامعية

- علماني محمد " عقد الهبة في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سعد دحلب، البليدة، السنة الدراسية 2002/2001.
- قنفود رمضان " نظام الوقف في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير، جامعة دحلب سعد، البليدة، سنة 2001.
- ضريفي الصادق " الرجوع في عقد الهبة"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2002/2001.
- فرحات صحراوي " الوصية بين الفقه و القانون"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة بسكرة، سنة 2014/2015.

3 - المقالات

- محمد حسنين، "عقد الهبة في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، العدد 20 سنة 1987.

- علاوة بوتغرار، " الوصية تطرح نقائص"، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 2001.

4 _ المؤتمرات

- أبو ليلى محمد احمد " أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف"، ندوة الوقف الإسلامي، الإمارات سنة 1997.

- الرفاعي حسن محمد " وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي"، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثا ني للأوقاف، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، سنة 2006.

- سانو قطب مصطفى " وقف المنافع و الحقوق و تطبيقاته المعاصرة"، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، الكويت، سنة 2007.

- الجواهري حسن " وقف السندات و الصكوك و الحقوق المعنوية و المنافع"، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات، سنة 2009.

- الفر الشريف حمزة بن حسين " وقف الأسهم" مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات العربية سنة 2009.

- الحجيلي عبد العزيز بن مطيع ، الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الشرعية"، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف، السعودية، الجامعة الإسلامية المنورة، سنة 2010.

5 - النصوص القانونية

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 22 يونيو 2005 .

- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1991 المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية العدد 29 لسنة 2001، و القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 .

- القانون رقم 08_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق ، جريدة رسمية رقم 10 لسنة 1970 المعدل و المتمم بالقانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، جريدة رسمية رقم 14 سنة 2006 .

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم .

6- المراسيم التنفيذية

__ المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق 01 ديسمبر سنة 1998 يحدد شروط إدارة الملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها، الجريدة الرسمية العدد 38 سنة 2000.

الفهرس

01	مقدمة
05	الفصل الأول: ماهية التصرفات التبرعية
07	المبحث الأول: عقد الهبة
08	المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة
08	الفرع الأول: تعريف الهبة و خصائصها
12	الفرع الثاني: تميز الهبة عن العقود المماثلة لها
15	المطلب الثاني: أركان عقد الهبة وشروطها
15	الفرع الأول: الأركان الموضوعية لعقد الهبة
20	الفرع الثاني: الأركان الخاصة لعقد الهبة
25	المبحث الثاني : تصرف الوصية
26	المطلب الأول: مفهوم الوصية و أركانها
26	الفرع الأول: تعريف الوصية و خصائصها
29	الفرع الثاني: أركان الوصية و شروطها
33	المطلب الثاني: إثبات الوصية و شهرها
33	الفرع الأول: إثبات الوصية
36	الفرع الثاني: شهر الوصية
38	المبحث الثالث: تصرف الوقف
39	المطلب الأول: مفهوم الوقف
39	الفرع الأول: تعريف الوقف و تميزه عما يشابهه
42	الفرع الثاني: أنواع الوقف
46	المطلب الثاني: تكوين الوقف
46	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للوقف
49	الفرع الثاني: أركان الوقف
56	الفصل الثاني: مدى جواز الرجوع في التصرفات التبرعية
56	المبحث الأول: الرجوع في الهبة
57	المطلب الأول: مفهوم الرجوع في الهبة
57	الفرع الأول: تعريف الرجوع و خصائصه

59	الفرع الثاني: مدى جواز الرجوع في الهبة و إجراءاته.....
63	المطلب الثاني: آثار الرجوع في الهبة و موانعه.....
63	الفرع الأول: آثار الرجوع في الهبة.....
65	الفرع الثاني: موانع الرجوع في الهبة.....
71	المبحث الثاني: الرجوع في الوصية.....
72	المطلب الأول: مفهوم الرجوع في تصرف الوصية.....
72	الفرع الأول: تعريف الرجوع في تصرف الوصية.....
74	الفرع الثاني: إجراءات الرجوع في تصرف الوصية.....
78	المطلب الثاني: شروط الرجوع في تصرف الوصية و آثاره.....
78	الفرع الأول: شروط الرجوع في تصرف الوصية.....
81	الفرع الثاني: آثار الرجوع في تصرف الوصية.....
83	المبحث الثالث: الرجوع في تصرف الوقف.....
84	المطلب الأول: الرجوع في الوقف عن طريق إبطاله.....
84	الفرع الأول: مدى إمكانية تصور الرجوع في الوقف.....
89	الفرع الثاني: إبطال الوقف لاختلال أحد أركانه أو لمخالفة إرادة الواقف.....
92	المطلب الثاني: الرجوع في الوقف عن طريق إسقاط الاستحقاق.....
92	الفرع الأول: مضمون الاستحقاق.....
96	الفرع الثاني: إسقاط الاستحقاق في الوقف.....
99	خاتمة.....
102	قائمة المصادر و المراجع.....
108	الفهرس.....