

الشكر والتقدير

"كن عالما ... فان لم تستطع فكن متعلما ، فان لم تستطع فأحب العلماء فان لم تستطع فلا تبغضهم".

نحمد الله و نشكره على نعمته التي من بها علينا فهو العلي القدير .
كما نشكره على توفيقنا من أجل انجاز هذا البحث المتواضع
كما لا يسعنا أن نخص بأسمى عبارات الشكر و التقدير
الاستاذ " يحيى راجح " و الذي تكرم بالإشراف على هذه
المذكرة وما قدمه لنا من نصح و معرفة طيلة انجاز هذا البحث
كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون
لانجاز هذا البحث ، كما لا ننسى بالشكر و العرفان أساتذة
وموظفي ادارة المركز الجامعي بتيسمسيلت لاسيما معهد
العلوم القانونية .

و في الأخير لا يسعنا أن ندعو الله عز وجل أن يرزقنا السداد
و الرشاد و العفاف و الغنى .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع :
إلى من لم يبخل علي يوماً بحبه وحنانه و نصائحه السديدة
و دعواته الدائمة ، مثلي الأعلى في الحياة و قدوتي
"أبي" العزيز أدامه الله تاجاً على رأسي و أطال عمره.

إلى من يعجز اللسان عن وصفها: الحنان ميزتها، التضحية خصلتها،
الحب زادها و "الأم" إسمها إليها يعود الفضل في كل ما وصلت إليه
حفظها الله و أنار بها حياتنا دوماً.
إلى زوجتي وملاذي وسندي في الدنيا رعاها الله لي ...
إلى ابني العزيز نسأل الله أن يجعله ذرية صالحة ويقرب به عيني والديه ...
إلى كل من ساهم في انجاز هذا العمل المتواضع ...
إلى زملائي معهد العلوم القانونية و الادارية ...
إلى كل من أحمل لهم في قلبي المودة و الحب و الإحترام .
إلى كل من يكن لي الحب و المودة.

قائمة الاختصارات

- أ.ج.ق : الاجتهاد القضائي.....
- ج.ج.ج : جزء.....
- ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- س. : سنة
- ص. : صفحة.....
- ع. : العدد.....
- غ.اج : الغرفة الاجتماعية
- غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.....
- غ.أ.ش.مو : غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.....
- غ.ت.ب : الغرفة التجارية والبحرية
- غ.ع : : الغرفة العقارية.....
- غ.ق.خ : : الغرفة القضاء الخاص
- غ.م. : : الغرفة المدنية
- غ.مج : : الغرفة المجتمعة
- ق : قانون.....
- ق.أ : قانون الأسرة
- ق.إ.م.إ : : قانون الاجراءات المدنية والإدارية

قائمة الاختصارات

- ق.م : القانون المدني
- م.أ : المجلس الأعلى
- م.ج.ع.ق.إ.س : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية
- م.ع : محكمة عليا
- م.م.ع : مجلة المحكمة العليا
- م.ق : مجلة قضائية
- ن.ق : نشرة القضاة
- هـ : هامش

الفهرس :

مقدمه :

- 3..... الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة :
- 3..... المبحث الأول : ماهية عقد الهبة :
- 3..... المطلب الأول : مفهوم عقد الهبة :
- 3..... الفرع الأول : تعريف عقد الهبة :
- 4..... أولا : الهبة عقد بين الأحياء :
- 5..... ثانيا : الهبة تصرف في المال بلا عوض :
- 6..... ثالثا : نية التبرع :
- 7..... رابعا : الهبة عقد شكلي وعيني :
- 8..... الفرع الثاني : تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة له :
- 8..... أولا . تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد :
- 8..... 1. تمييز عقد الهبة عن الوصية :
- 8..... أ . من حيث الأركان :
- 8..... ب . من حيث الشكل :
- 9..... ج . من حيث الرجوع :
- 9..... د . من حيث التقييد :
- 9..... هـ . من حيث الأثر :

1. تمييز عقد الهبة عن الوقف : 9.....
- أ. من حيث الأركان : 10.....
- ب. من حيث القوة القانونية : 10.....
- ج. من حيث الآثار : 10.....
3. تمييز عقد الهبة عن الإباحة : 10.....
- أ. من حيث الأركان : 10.....
- ب. من حيث التمليك : 11.....
- ثانيا. تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانبين : 11.....
1. تمييز عقد الهبة عن عقد البيع : 11.....
2. تمييز عقد الهبة عن عقد العارية : 12.....
- المطلب الثاني: إنشاء عقد الهبة : 12.....
- الفرع الأول: شروط انعقاد عقد الهبة : 12.....
- أولا. التراضي في عقد الهبة : 12.....
- ثانيا. المحل في عقد الهبة : 16.....
- 1- الشيء الموهوب : 16.....
- 2- العوض في الهبة : 16.....
- ثالثا. السبب في عقد الهبة : 17.....
- رابعا. الشكل في عقد الهبة : 18.....

- 1 . شكل عقد الهبة في العقار : 20.....
- 2- شكل عقد الهبة في المنقول : 22.....
- خامسا: الحيازة في عقد الهبة : 23.....
1. الحيازة في العقار: 24.....
2. الحيازة في المنقول : 25.....
- الفرع الثاني: شروط صحة عقد الهبة : 26.....
- أولا . الأهلية في عقد الهبة : 26.....
- ثانيا . عيوب التراضي في عقد الهبة : 28.....
- المطلب الثالث . الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة : 29.....
- الفرع الأول . تعريف الرجوع في عقد الهبة : 29.....
- أولا . تعريف الرجوع لغة : 29.....
- ثانيا . تعريف الرجوع اصطلاحا : 30.....
- الفرع الثاني . الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة : 31.....
- أولا . الرجوع في الهبة فسخ لها : 31.....
- ثانيا . الرجوع في الهبة إلغاء لها : 32.....
- ثالثا . الرجوع في الهبة إقالة منها : 33.....
- المبحث الثاني: الأحكام العامة للرجوع في عقد الهبة : 34.....
- المطلب الأول . إجراءات الرجوع في عقد الهبة وحكم الرجوع فيه : 34.....

- 34..... الفرع الأول . إجراءات الرجوع في عقد الهبة :
- 35..... أولاً . الرجوع في عقد الهبة بالتراضي :
- 37..... ثانيا . الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي :
- 39..... الفرع الثاني . حكم الرجوع في عقد الهبة :
- 39..... أولاً . حكم الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :
- 43..... ثانيا . حكم الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريعات المقارنة :
- 44..... المطلب الثاني . اعدار الرجوع في عقد الهبة وموانعه و آثاره :
- 44..... الفرع الأول . اعدار الرجوع في عقد الهبة :
- 44..... أولاً . أعدار الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :
- 45..... ثانيا . أعدار الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريعات المقارنة :
- 45..... أ . في القانون المصري :
- 45..... 1 . جحود الموهوب له :
- 46..... 2- عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم :
- 48..... 3 أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة أو يكون له ولد يظنه ميتا فإذا به حيّ :
- 49..... ب . في التشريع الفرنسي :
- 49..... 1 . حالة عدم تنفيذ الموهوب له الالتزامات التي تمت الهبة على أساسها :
- 50..... 2 . حالة جحود الموهوب له :
- 52..... 3 . حالة ولادة طفل للواهب :

- 52..... الفرع الثاني . موانع الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :
- 53..... أولا : الهبة من أجل زواج الموهوب له :
- 53..... ثانيا . الهبة لضمان قرض أو قضاء دين :
- 54..... ثالثا . تصرف الموهوب له في المال الموهوب بالبيع أو التبرع أو الضياع أو تغيير طبيعته :
- 55..... رابعا . الهبة بقصد المنفعة العامة :
- 56..... الفرع الثالث . آثار الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري :
- 58..... أولا . آثار الرجوع في عقد الهبة فيما بين المتعاقدين :
- 58..... 1. اعتبار الهبة كأن لم تكن :
- 59..... 2. ردّ الشيء الموهوب إلى الواهب :
- 59..... 3. رجوع الواهب بالثمرات :
- 60..... 4. رجوع الموهوب له بالمصرفات :
- 61..... ثانيا . آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة للغير :
- 63..... الفصل الثاني : أحكام الرجوع في الوصية والوقف :
- 63..... المبحث الأول: ماهية الوصية :
- 63..... المطلب الأول: مفهوم الوصية :
- 63..... الفرع الأول: تعريف الوصية :
- 65..... الفرع الثاني: التصرفات الملحققة بالوصية :
- 65..... أولا: تصرفات المريض مرض الموت :

- 67..... ثانيا : التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة :
- 68..... 01/ أن يكون التصرف صادرا لأحد الورثة:
- 68..... 02/ أن يحتفظ المتصرف بحياة العين التي تم التصرف فيها:
- 68..... 03/ أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته:
- 69..... المطلب الثاني: إنشاء الوصية:
- 70..... الفرع الأول: ركن الوصية (الصيغة) :
- 71..... أولا: الايجاب:
- 73..... ثانيا : القبول :
- 74..... الفرع الثاني : شروط صحة الوصية:
- 74..... اولا : شروط الموصى :
- 74..... 01- سلامة العقل :
- 75..... 02- الرشد و البلوغ:
- 75..... 03- الرضا و ارادة الاختيار:
- 76..... ثانيا : شروط الموصى له :
- 76..... 01- ان يكون الموصى له معلوما:
- 77..... 02- ان يكون الموصى له موجودا:
- 78..... 03- ان يكون الموصى له اهلا للتملك:
- 78..... 04- الا يكون الموصى له جهة معصية:

- 79..... 05- الا يكون الموصى له قاتلا للموصي:
- 80..... 06- الا يكون الموصى له وارثا:
- 81..... ثالثا: شروط الموصى به :
- 82..... ا- شروط صحة الموصى به :
- 82..... 01- ان يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث و التملك:
- 83..... 02- ان يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصى له عند الوصية:
- 83..... 03- ان يكون الموصى به مالا مقوما وقابلا للتملك:
- 84..... ب - شروط نفاذ الموصى به:
- 84..... 01- الا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:
- 85..... 02- الا يكون الموصى به مستغرقا بالدين:
- 85..... رابعا: شكل الوصية:
- 88..... 01- اثبات الوصية بعقد رسمي توثيقي :
- 88..... 02- اثبات الوصية بحكم قضائي :
- 89..... المطلب الثالث : إجراءات الرجوع في الوصية وأحكامها:
- 89..... الفرع الأول : اجراءات الرجوع في الوصية :
- 89..... أولا . الرجوع الصريح في الوصية :
- 91..... ثانيا . الرجوع الضمني في الوصية :
- 93..... أ/ ما لا يعتبر رجوعا في الوصية:

1. جحود الوصية : 95.....
2. تغيير اسم الموصى به : 96.....
3. إحداث الزيادة في العين الموصى بها : 92.....
4. رد الوصية : 97.....
- الفرع الثاني : أحكام الرجوع في الوصية: 98.....
- أولاً: حكم الرجوع في الوصية في الفقه الاسلامي : 99.....
- أ/ الوصية عقد جائز يجوز للموصي أن يرجع فيه : 99.....
- ب / الوصية عقد لازم لا يجوز للموصي أن يرجع فيه : 99.....
- ثانيا: حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري: 100.....
- المبحث الثاني : احكام الرجوع في الوقف : 101.....
- المطلب الاول : ماهية الوقف : 101.....
- الفرع الاول : مفهوم الوقف : 101.....
- أولاً : التعريف اللغوي للوقف : 102.....
- ثانيا : التعريف الاصطلاحي للوقف : 102.....
- الفرع الثاني : خصائص الوقف : 102.....
- أولاً . الوقف تصرف بالارادة المنفردة : 105.....
- ثانيا . الوقف تصرف تبرعي : 105.....
- ثالثاً . الوقف اثره ابدى : 106.....
- رابعاً . الوقف مستقط لحق الرقبة عن الملكية و التداول : 107.....

109.....	خامسا . الوقف له شخصية معنوية مستقلة :.....
109.....	المطلب الثاني : أحكام الرجوع في الوقف :.....
109.....	الفرع الاول . ابطال الوقف :.....
110.....	أولا . ابطال الوقف لاختلال التصرف :.....
110.....	أ/ ابطال الوقف لاختلال شرط من شروطه الموضوعية :.....
111.....	ب / ابطال الوقف لاختلال شرط من الشروط الشكلية :.....
112.....	ثانيا . ابطال الوقف لمخالفة ارادة الواقف :.....
112.....	أ/ اشتراطات الواقف :.....
113.....	ب/ اشتراط الرجوع عن الوقف :.....
113.....	الفرع الثاني : ماهية الرجوع في تصرف الوقف :.....
113.....	أولا . موقف المشرع الجزائري من مبدأ اللزوم و التأييد :.....
113.....	أ/ مبدأ لزوم الوقف :.....
114.....	ب / مبدأ تأييد الوقف :.....
115.....	ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الرجوع في الوقف :.....
115.....	أ/ تعريف الرجوع :.....
115.....	ب/ مدى امكانية الرجوع في الوقف :.....
	خاتمة :
120.....	قائمة الإختصارات :.....

الفهرس

122.....: قاءمة المراجع

133: الفهرس

لقد نظم المشرع الجزائري العقود التبرعية في قانون شؤون الأسرة¹ في الفصل الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات " الهبة - الوصية - الوقف " ضمن المواد 184 إلى 201 منه ، كما نص القانون المدني الجزائري على أنها سبب من أسباب نقل الملكية ، لكن تنظيمها في قانون الأسرة الجزائري فقط يطرح عدة إشكالات علمية وعملية عند إبرامها و تحريرها وإثباتها وتنفيذها ، وبالرغم من أن المادة 222 من قانون الأسرة نصت أنه كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية ، إلا أن هذه التصرفات التبرعية تقتضي من الباحثين في القانون دراسات نظرية وتطبيقية حتى تنشأ صحيحة وترتب آثارها القانونية .

إن تطرقنا لموضوع العقود التبرعية في التشريع الجزائري سوف يركز أساسا على مدى إمكانية الرجوع في هذه التصرفات القانونية التي ترتب آثارا قانونية ، بالرجوع الى الأحكام والنصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري وكذا الأحكام والنصوص الواردة في القانون المدني وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية ومذاهب الفقهاء بشأن النقاط التي تطرح إشكالات قانونية ، وسوف نبين في كل تصرف من التصرفات التبرعية الأحكام القانونية ووجهة نظر المشرع الجزائري ، دون أن ننسى الاجتهادات القضائية في هذا الشأن.

و من هنا تظهر أهمية دراسة موضوع أحكام الرجوع في العقود التبرعية " الهبة - الوصية - الوقف " في القانون الجزائري خصوصا وأن مسألة الرجوع تخضع لقيود واستثناءات لما يحمله لفظ التبرع من مبادئ التكافل والتضامن والتصدق و صلة الأرحام وفقا للشريعة الإسلامية من جهة ، و من جهة أخرى خطورة التصرفات المالية التبرعية والتي يجب أن تكون وفقا لشروط وقواعد تضبطها للتقليل من المنازعات القضائية التي تطرح على العدالة .

كما أن قلة النصوص القانونية التي تنظم التصرفات التبرعية واختلاف الأحكام الفقهية من دفعنا الى اختيار الموضوع بالدراسة والتحليل كون أن جل أحكام الرجوع مستمدة من الفقه وأبحاث واجتهادات قانونية . كما نهدف من خلال دراسة الموضوع التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية والقانونية لأحكام الرجوع ، و إبراز أهم الإشكالات التي يطرحها من خلال المنازعات التي تطرح على الجهات القضائية .

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

مقدمة

من خلال دراستنا للموضوع سوف نطرح الإشكاليات الآتية :

ما المقصود بالتصرفات التبرعية و ما هي الشروط القانونية لانعقادها ؟ و هل يمكن الرجوع في العقود التبرعية من الناحية الشرعية و القانونية ؟ و ما هو التكييف القانوني للرجوع ؟ و ما هي آثاره ؟ .

و للإجابة على الإشكاليات المطروحة اعتمدنا في دراستنا على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء النصوص الشرعية و القانونية المتصلة بالموضوع ، و على المنهج التحليلي من أجل تحليل و تفصيل الآراء الفقهية و القانونية ، و على المنهج المقارن من خلال التطرق إلى المذاهب الفقهية الأربعة و النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية الحديثة .

و تجدر الإشارة إلى أننا واجهنا أثناء إعداد البحث صعوبات أهمها الفراغ القانوني الذي يجيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية و الذي زاد من صعوبة الأمر لاسيما أمام تعدد الآراء و صعوبة الترجيح بينها و التي تتطلب الدقة و التحليل من أجل اعتماد الرأي الذي يعتمد على أسس منطقية و علمية ، إضافة إلى قلة المراجع بخصوص أحكام الرجوع بالنسبة للوصية و الوقف .

و بناء على ما تقدم ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين ، نتطرق في الفصل الأول إلى أحكام الرجوع في عقد الهبة ، كمبحث أول نتطرق إلى ماهية عقد الهبة من خلال مطلبين الأول مفهوم عقد الهبة و في المطلب الثاني إنشاء عقد الهبة و كمطلب ثالث الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة ، و سنتناول في المبحث الثاني الرجوع في عقد الهبة و أحكامه ، نتناول في المطلب الأول إجراءات و أحكام الرجوع في الهبة ، و في المطلب الثاني إلى أعدار الرجوع و موانعه و آثاره ، بينما سوف نعالج في الفصل الثاني أحكام الرجوع في الوصية و الوقف ، نتطرق في المبحث الأول إلى ماهية الرجوع في الوصية ، كمطلب أول مفهوم الرجوع في الوصية ، كمطلب ثاني إنشاء الوصية و في المطلب الثالث إجراءات و أحكام الرجوع في عقد الوصية ، و سنتناول في المبحث الثاني أحكام الرجوع في الوقف كمطلب أول نتطرق إلى ماهية الوقف و في المطلب الثاني إلى أحكام الرجوع في الوقف .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة :

ان التطرق للرجوع في عقد الهبة على نحو دقيق يقتضي الوقوف على ماهية عقد الهبة، ثم بيان مفهوم الرجوع فيه وذلك وفق مبحثين :

المبحث الأول : ماهية عقد الهبة .

من أجل تحديد ماهية عقد الهبة يقتضي أن نتطرق أولاً الى مفهوم عقد الهبة في المطلب الأول ، ثم كيفية إنشاء عقد الهبة في المطلب الثاني وكمطلب ثالث الطبيعة القانونية للرجوع في الهبة .

المطلب الأول : مفهوم عقد الهبة .

إن مفهوم عقد الهبة يتضمن تعريفه كفرع أول ، ثم تمييزه عن التصرفات القانونية المشابهة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف عقد الهبة .

هنالك عدة تعريفات فقهية لعقد الهبة جاءت بها المذاهب الإسلامية الأربعة المعروفة ،

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

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

و لقد عرّف المشرع الجزائري عقد الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة رقم : 84-11 المؤرخ في : 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في : 27 فبراير 2005 بنصه على ما يلي : " الهبة تملك بلا عوض :

و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط " ¹.

¹ شيخ نسبية ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الطبعة 2012 ص 15 ، 16 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

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

و يستفاد من نص هاتين المادتين :

. من جهة أن الهبة عقد يقع بين الأحياء ، يتحقق وجوده بالإيجاب و قبول متطابقين¹ ، وبموجبه تنقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع ، فيترتب على ذلك افتقار من جانب الواهب الذي تنازل عن ماله كله أو بعضه على سبيل التقرب إلى الله عزّ وجلّ ، وإثراء من جانب الموهوب له .
وتعريف الهبة بهذا المعنى يشمل الصدقة والمهدية فكلاهما تملك للمال في الحياة دون عوض .

. ومن جهة أخرى أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام يتوقف انعقاد وتمام الهبة على إنجازه سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب نفسه أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة أجنبي أو للمنفعة العامة². وترتيباً على ما تقدم ، فإن عقد الهبة يتمتع بمجموعة من الخصائص تميزه عن التصرفات القانونية الأخرى ، وهذه الخصائص هي :

أولاً : الهبة عقد بين الأحياء :

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

1- فالهبة ليست التزاماً بالإرادة المنفردة كونها تستلزم قبول الموهوب له

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

2- أنور العمروسي / العقود الواردة في الملكية في القانون المدني : البيع ، المقايضة ، الهبة ، الشركة ، القرض والدخل الدائم الصلح ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة 2002، ص

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

و بما أن الهبة عقد بين الأحياء ، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت¹ ومن ثم لا يجوز للواهب أن يعقد هبة باءة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد وفاته ، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة.

وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998² بما يلي : " من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب ، و تأخذ حكم الوصية " ، وما قرّرتّه أيضا في قرار لاحق بتاريخ 19 أكتوبر 2005³ والذي أكدت فيه بأن : " التصرف على أساس الهبة ، المنقذ بعد وفاة المورث في تركته ، يأخذ حكم الوصية " .

مع العلم أن الهبة لما بعد الموت وإن اتحدت مع الهبة في مرض الموت في أنهما يأخذان حكم الوصية⁴ إلا أنها تختلف عنها في أن الأولى لا تنفذ إلا بعد الموت أما الثانية فتتخذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون في مرض الموت وقت أن يهب⁵ .

ثانيا : الهبة تصرف في المال بلا عوض :

اشتراط المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة " أن تكون الهبة بلا عوض " ، فالهبة افتتقار من جانب الواهب يقابله إثراء من جانب الموهوب له بحيث يترتب هذا الإثراء على حساب الافتقار ، فالإثراء هنا

1- عرف القانون الروماني الهبة لما بعد الموت أنها هبة يتجرّد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشك على الاشتباك في حرب أو مبارزة أو كأن يكون مصابا بمرض خطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله ، فإذا نجح الواهب من الموت انفسخت الهبة.

يراجع بهذا الصدد : د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية : الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ص 6 هـ 2 .

2- يراجع قرار م ع غ أ ش مو ، ملف رقم : 186058 ، الصادر بتاريخ 19/03/1998 ، منشور بالمجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1999 ، ص 119 .

3- يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم : 307934 ، الصادر بتاريخ : 19/10/2005 ، منشور ب م ق ، ع 2 ، ص 205 ، ص 195 .

4- تنص المادة 204 من قانون الأسرة على ما يلي : " الهبة في مرض الموت ، و الأمراض والحالات المخيفة ، تعتبر وصية " .

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

-يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 229397 ، الصادر بتاريخ : 24/04/2002 ، منشور ب م ق ، ع 2 ، ص 2002 ، ص 387 والذي ورد فيه : " إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعدّ مخالفة للقانون " .

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

عقد وصية " .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

يكون سببه عقد الهبة لا الإثراء بلا سبب¹ ، ومن ثم لا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في حالات الرجوع المقررة قانوناً².

و القول أن الهبة تكون دون عوض لا يحول من قيام الهبات المتبادلة ، كأن يهب شخص شيئاً لآخر ثم يهب هذا الآخر أي الموهوب له شيئاً ثان للواهب ، فتكون حينها الهبتان متبادلتين ، و تكون كل منهما بدون عوض لأن كلا من الهبتين ليست عوضاً من الهبة الأخرى بل كل واهب وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته³.

و ينطبق هذا الحكم كذلك على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة كالأفراح و حفلات الزفاف و أعياد الميلاد ، فإذا ما قدّم الصديق لصديقه هدية بسبب إحدى هذه المناسبات ، بنية التبرع اعتبر تصرفه هبة ولا تنتفي عنه هذه النية حتى لو توقع أن صديقه المهدي له سيقدم له بدوره هدية في مناسبة مقبلة⁴.

ولما كانت الهبة تصرفاً في المال بدون عوض فإنها لا تتحقق إلا إذا التزم الواهب بأن ينقل إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر متفرّع عن الملكية كحق انتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكن أو حق الارتفاق ، أو أن يلتزم الموهوب له بحق شخصي كإعطائه مبلغاً من النقود أو إبرائه من الدين⁵.

ثالثاً : نية التبرع :

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

1نظم المشرع الجزائري أحكام الإثراء بلا سبب في المادتين 141 و 142 من القانون المدني و اللتان يبين منهما أنه يجب أن يتوافر في الإثراء بلا سبب ركنا و هما : أن يترتب إثراء ينجم عنه افتقار مقابل ، و أ ، ينعدم السبب القانوني لهذا الإثراء.

ووفقاً لمقتضيات قاعدة الإثراء بلا سبب ، يجب على كل من أنرى على حساب غيره دون سبب قانوني أن يرد لمن افتقر جزاء هذا الإثراء قدر ما أثرى به وفي حدود ما لحق المفتقر من خسارة ، و يلزم المثري على حساب غيره برّد أقل القيمتين : قيمة الإثراء و قيمة الافتقار.

-يراجع بهذا الصدد: د. أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1970 ، ص 423.

Ibrahim NAJJAR : Actes à titre gratuit , Dalloz editions DELTA, 1999, v p 49 et suivant.

2يراجع نصاً المادتين 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري.

3 أ. بدران أبو العينين بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، سنة 1970 ، ص 217.

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

5 تنص المادة 205 من ق.أ على ما يلي : " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير " .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

فإذا انتفت هذه النية انتفت الهبة معها ، و مثال ذلك أن يقوم شخص بالوفاء بالتزام طبيعي نحو شخص آخر فلا يكون متبرعا و إنما موفيا لدين و إن كان غير مجبر على الوفاء به و يكون عندئذ تصرفه وفاء ولا هبة ، أو أن يقوم الأب بتجهيز ابنته العروس تحضيرا لزفافها ، أو أن تعطي الشركة لمستخدميها و عمّالها مكافآت سنوية على الجهد الذي بذلوه طوال السنة¹.

و تنتفي نية التبرع أيضا إذا أعطى شخص لآخر مالا بغير قصد التبرع محض و إنما بقصد جني منفعة مادية أو أدبية منه ، فلا يكون التصرف هبة ، كأن يعطي شخص لآخر مالا لإنشاء مدرسة شريطة أن تسمى باسمه².

و تجدر الملاحظة في هذا الصدد أن نية التبرع مسألة نفسية تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع و العبرة فيها تكون بما يقوم نفس المتبرع وقت التبرع ، فإذا قصد شخص تضحية من جانبه دون أن يقصد من وراء فعله الحصول على منفعة معينة سواء مادية كانت أو أدبية تحققت عند نية التبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة منها و اعتبر تصرفه هبة ، أما إذا قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه انتفت عنده نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة المرجوة³.

رابعاً: الهبة عقد شكلي وعيني :

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

والهبة في ذات الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد تواجده الإيجاب والقبول وتوافر الشكلية ، بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له بحيازته⁴.

هذا و يعتبر عقد الهبة الوارد على بعض المنقولات التي تشترط فيها إجراءات خاصة -بدوره- عقدا شكليا و عينيا مثله مثل العقار الموهوب لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده⁵.

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على الملكية : الهبة ، ج 5 ، المرجع السابق، ص 15،16،17.

د. كمال حمدي/ الموارث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، سنة 1998، ص 156.

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

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

5يراجع نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

و بناء على ما سبق ، خلصنا الى التعريف التالي : "أن الهبة عقد بين الأحياء ، يتصرف الواهب بمقتضاه في ماله دون عوض وبنية التبرع " .

وتبعاً لهذه الخصائص التي يتميز بها عقد الهبة فإنه يقترب بها ببعض التصرفات القانونية ، الأمر الذي يتطلب تخصيص الفرع ثاني للتطرق إلى بعض التصرفات القانونية المشابهة له .

الفرع الثاني : تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة له :

إن عقد الهبة يشبه بعض التصرفات القانونية وهذا ما يجعل الالتباس محتملاً حدوثه ، وحتى يزول هذا اللبس ، سوف نتطرق إلى أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين هذه التصرفات .

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

إن كل من الوصية والوقف والإباحة تعد تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد ، تتفق مع الهبة في صفة التبرع ولكنها تختلف عنها في نقاط عديدة ، و سوف نتطرق إلى هذا التمييز كالآتي :

1. تمييز عقد الهبة عن الوصية :

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع¹ ، وهي بهذا المعنى تعتبر تبرعاً محضاً ، ومن ثم فإن الوصية تتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع² إلا أنهما يختلفان في وجوه أهمها :

أ . من حيث الأركان :

الهبة عقد وليست تصرفاً بالإرادة المنفردة تتم بإرادتي الواهب والموهوب له وتطابقهما ، أما الوصية فليست عقداً وإنما تصرفاً بالإرادة المنفردة للموصي³ .

ب . من حيث الشكل :

الهبة عقد شكلي اشترط فيه المشرع الرسمية إذا كان محل الشيء الموهوب عقاراً والإجراءات الخاصة إذا كان منقولاً¹ ، أما الوصية فهي تصرف رضائي والكتابة المتطلبة فيها قانوناً ما هي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركناً لانعقادها² .

1يراجع نص المادة 148 من قانون الأسرة الجزائري .

2. جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الهدى للطباعة ، القاهرة ، سنة 1398هـ-1978م ، ص31

3. زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1991 ، ص33

-ويراجع بهذا الصدد أيضاً: د. عبد الوهاب البنداري ، شرح العقود المدنية: الهبة، المرجع السابق، ص19.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ج. من حيث الرجوع :

الهبة عقد تبرع لازم والرجوع فيها أمر استثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه³ ، أما الوصية فتتعدد بإرادة الموصي وحده ومن أجل ذلك يجوز لهذا الأخير أن يرجع فيها قيد حياته متى شاء بدون شرط ولا قيد⁴ .

د. من حيث التقييد :

إن الهبة في التشريع الجزائري مطلقة غير مقيدة بقدر معين⁵ يجوز فيها - شرعا وقانونا- للواهب أن يهب كل أمواله إلى الموهوب له ما لم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت⁶ ، أما الوصية فتتقيد بالثلث (3/1) من التركة دائما ولا تنفذ إلا في حدود هذه النسبة وما زاد عنها فإنه يتوقف على إجازة الورثة⁷ .

ه. من حيث الأثر :

إن الهبة تنتج آثارها في الحال بحيث لا يتراخى أثرها لحين وفاة الواهب فهي عقد تمليك في الحال ما لم تقترب بشرط أو أجل ويترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد حياة الواهب ، أما الوصية فتصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ومن ثم ينعدم أثرها في الفترة الممتدة بين صدورها عن الوصي ووفاته بحيث لا يترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي⁸ .

2. تمييز عقد الهبة عن الوقف :

الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد و التصديق المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري ، وهو بهذا التعريف يعتبر تصرفا تبرعيا ، يشترك مع عقد الهبة في صفة التبرع⁹ ، غير أنه يختلف عنه في عدة جوانب:

1يراجع نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري

2يراجع نص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري

3في تفصيل أحكام القانون الجزائري بصدده المسألة، (راجع ما سيأتي شرحه في صفحة 29 وما بعدها من هذه الدراسة)

4يراجع نص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري

5محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري: التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الجزائر، سنة 2006، ص23.

6نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

7يراجع نصا المادتين 185 و189 من قانون الأسرة الجزائري

8. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص32

-يراجع أيضا: أنور طلبة، العقود الصغيرة: الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2004، ص4، 247.

9. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2003، ص40

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

أ. من حيث الأركان :

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

ب. من حيث القوة القانونية :

الهبة عقد كسائر العقود تستمد قوتها القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفيها الواهب والموهوب له ، أما الوقف فيعتبر تصرفا صادرا من جانب واحد يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها، حيث أن إرادة الواقف تحميها الدولة وتسهر على تنفيذها وتحمي الأملاك الوقفية من التلف والضياع خاصة إذا تعلق الأمر بالأملاك الوقفية العامة¹.

ج. من حيث الآثار :

عقد الهبة تبرع محض يلزم بموجبه الواهب بإعطاء شيء للموهوب له بدون مقابل بنية التبرع فيؤدي إلى زوال ملك الواهب عن الشيء الموهوب وتمليكه للموهوب له للتصرف فيه كما يشاء ، أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تمليك الشيء الموقوف الذي يبقى على ملك الواقف فلا تنتقل ملكيته إلى الموقوف له ، وهو في الوقت ذاته لا يجوز للواقف بعد صدور الوقف عنه أن يتصرف في المال الموقوف بأيّ تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو التنازل وغيرها².

3. تمييز عقد الهبة عن الإباحة :

الإباحة إذن الانسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه باستعماله³ ، وهي بهذا المعنى تشبه الهبة في أنها تمليك للأعيان بلا عوض دنوي، غير أنها تختلف عنها في الأوجه التالية:

أ. من حيث الأركان :

الهبة عقد يتطلب الإيجاب و القبول ، أما الإباحة فتتم بمجرد الترخيص أو الإذن القولي أو العملي بالانتفاع بالشيء المباح فهي ليست عقدا¹.

1رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية والإجراءات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2004، ص39.

2يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 187 وما بعدها من هذه الدراسة.

3قال بهذا التعريف الشيخ إبراهيم بك، أشار اليه د. جمال الدين طه العاقل عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص35.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

. يشترط في عقد الهبة أن يكون كلٌّ من الموهوب له والشيء الموهوب معلوماً ومحددًا، بينما الإباحة فلا يشترط فيها التعيين والتحديد² .

ب. من حيث التملك :

بمجرد أن تنعقد الهبة صحيحة مكتملة الأركان والشروط المحددة قانوناً تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له فيصبح هذا الأخير مالكا للشيء الموهوب ومن ثمّ يجوز له أن يتصرف فيه كما يريد، أمّا الإباحة فلا يجوز فيها للمباح له التصرف في الشيء المباح كونه ليس مالكا له، ومنه لا يسوغ للمباح له أن يتصرف في الشيء المأذون في هبته أو يبعه ونحوهما.

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

إن عقد الهبة يتطابق مع كل من عقد البيع و عقد العارية في بعض الجوانب ويختلف عنهما في جوانب أخرى ، و سوف نميز جوانب الاتفاق و الاختلاف كالآتي .

1 . تمييز عقد الهبة عن عقد البيع :

يتشابه عقد الهبة مع عقد البيع في أن كلاهما من العقود الناقلة للملكية الملزم للجانبين إذا كانت الهبة بعوض ، مع تطابق الإيجاب والقبول لانعقادها ، ففي الهبة يصدر الإيجاب من الواهب ويقابله في ذلك قبول الموهوب له ، وفي عقد البيع يصدر الإيجاب من البائع ويصدر القبول من المشتري ، غير أن أوجه الإخلاف بين عقدي الهبة و البيع تكمن في :

. أن الهبة عقد من عقود التبرع ، فهي تملك بلا عوض يتجرّد بمقتضاها الواهب من ماله كله أو بعضه لمصلحة الموهوب بقصد التبرع ، أمّا البيع فهو عقد من عقود المعاوضة لأن البائع يحصل بموجبه على الثمن مقابل نقله ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي حصل بدوره على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه إلى البائع³ .
. إذا كانت الهبة بعوض فإن هذا العوض أي يعتبر مقابلا للشيء الموهوب قد يكون نقودا أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات أخرى ، أمّا في عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود⁴ .

1. جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع، ص37 .

2. د. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص43.

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

4. جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص34.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

2. تمييز عقد الهبة عن عقد العارية :

إن كل من عقد الهبة و عقد العارية يتشابهان في أنّ كليهما عقد من عقود التبرّع وأنّ المنتفع فيهما يشترى على حساب غيره بلا مقابل أصلا إلا في حالة الهبة بعوض ، وأنّ كلا منهما تصرف قانوني صادر من جانبين لا بدّ فيه من توافق إرادتين لينعقد صحيحا ، إلا أنّ هناك أوجه الاختلاف بينهما أهمها :

. الهبة تملك بلا عوض ويترتب عنها تملك الموهوب له الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، أمّا العارية فتقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل العارية دون تملكه ، فهي إذن تملك المنفعة دون عوض¹ .

. الهبة يخرج بموجبها ملك الشيء الموهوب عن المالك الواهب إلى الموهوب له على خلاف العارية التي يلتزم المستعير فيها بردّ الشيء محلّ العارية للمعي ، ومن ثمّ فإنّ الهبة تصحّ فيما يستهلك وفيما لا يستهلك ، أمّا العارية فتتطلب على مالا يستهلك فقط من الأشياء وذلك حتى يتمكّن المستعير من ردّها بعد الانتفاع بها² .
. الهبة عقد شكلي أوجب المشرع الجزائري فيها الرسمية ، أمّا العارية فعقد رضائي تتمّ بمجرد توافق إرادتي المعير والمستعير³ .

. قصد الواهب من هبته التبرع المحض غالبا بأن منح للموهوب له منافع يحرم نفسه منها، أمّا العارية فلا يقصد المعير من ورائها إفادة المستعير بحسب الأصل فغالبا ما يكون الغرض منها تحقيق مصلحة لنفسه⁴ .

المطلب الثاني: إنشاء عقد الهبة :

إن الهبة عقد شأنها شأن أيّ عقد من العقود الأخرى ، يجب أن تتوفر فيه أركان لانعقاده وشروط صحته ، و هو ما سوف نوضحه في هذا المطلب الذي تم تقسيمه إلى فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى شروط انعقاد عقد الهبة ، و في الفرع الثاني الى شروط الصحة.

1 عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية: الهبة، المرجع السابق، ص26.

2عزف المشرع الجزائري العارية في المادة 538 من ق.م.ب.أ.م.أ. "عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستهلكه بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال".

3قرار م ع غ.أ.ج، ملف رقم: 214328، الصادر بتاريخ: 2001/02/13، منشور ب.م.ق، ع1، ص2002، 191 والذي ورد فيه: "ان اثبات عقد العارية يخضع لكل وسائل الإثبات، ومنه فإن اشتراط احضاعه لشكلية غير منصوص عليها قانونا لإثباته هو حرق للقانون".

4 جمال الدين طه العافل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص33.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

الفرع الأول: شروط انعقاد عقد الهبة :

إن من بين أركان و شروط عقد الهبة ، التراضي والمحل والسبب والشكل والحيازة ، و سوف نقوم بعرض هذه العناصر كالتالي :

أولا . التراضي في عقد الهبة :

الهبة عقد يشترط لانعقاده بين المتعاقدين توافر ركن التراضي ، فإذا انعدم هذا الركن كانت الهبة باطلة.

ويقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما وانصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معيّن ألا وهو إنشاء عقد الهبة.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ركن التراضي في عقد الهبة ، فذهب بعضهم¹ إلى القول أنّ ركن التراضي في عقد الهبة يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط دون اشتراط قبول الموهوب له كركن ، وذهب آخرون² إلى أنّ كلا من الإيجاب والقبول ركنان للهبة -شأنها شأن أي عقد آخر وهما يكوّنان معا ركن التراضي - فالهبة عقد والعقد هو توافق الإيجاب مع القبول لا مجرد الإيجاب.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه قد اعتمد رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر الإيجاب والقبول ركنان من أركان الهبة³ ، فنصّ صراحة في المادة 206 من قانون الأسرة على أنه: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول...، وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

يستفاد من هذه المادة أنه لا بدّ من قبول الموهوب له للهبة حتى تنعقد ، والسبب في ذلك أن الهبة عقد وليست تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية⁴ ، فهي وإن كانت تبرعا إلا أنّها تثقل عنق الموهوب له بالجميل وتفرض

1 يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد أن الإيجاب وحده هو الذي يعد ركنا في الهبة، أما القبول فليس يركن استحسانا وإنما هو شرط لثبوت الملك لا شرطا لوجود الهبة.

-لتفاصيل أكثر، يراجع: د. محمود علي أحمد، بحث في الهبة والشفعة والغصب والصيد في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1398هـ - 1978م، ص7.

ويراجع: أ. أحمد إبراهيم بك، أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، مطبعة العلوم، مصر، 1358هـ - 1939م، ص6.

2 هو قول جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وشافعية وزفر من الحنفية.

-يراجع د. عبد الزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، سنة 1998، ص43.

3يراجع قرار م.ع، ملف رقم: 40651، الصادر بتاريخ 1986/02/24، غير منشور، أشرت اليه سابقا في ص6 هـ1 من هذه الدراسة، والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول...".

4الوصية تصرف صادر من حاب واحد، يعدّ إيجاب الموصي فيها الركن الوحيد لانعقادها دون الحاجة إلى قبول الموصي له بخلاف الهبة.

-لتفاصيل أكثر، يراجع مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2008، ص124.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

عليه واجبات أدبية نحو الواهب وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا ما استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها كما أنّ ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها¹.

وتجدر الإشارة هنا أنّه تطبّق القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بوجه عام على ركن التراضي في عقد الهبة لعدم معالجته بنصّ خاص في قانون الأسرة²، فيجب إذاً أن يصدر إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة لا لبس فيها يقابله قبول من الموهوب له.

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

وقد يتصل الإيجاب بقرينة كذكر الوقت³ أو الشرط⁴.

أو المنفعة⁵ فلا تكون الهبة عندئذ إلاّ بالنية⁶.

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

والقبول في عقد الهبة يتم إمّا باللفظ الصريح الذي يدلّ عليه كقول الموهوب له: "قبلت" أو "أخذت" أو "رضيت" أو يتم بصدور تصرف من الموهوب له يدلّ عليه كقبضه الشيء الموهوب، أو يتمّ بالإشارة في حالة عدم القدرة على النطق وعلى الكتابة بشرط أن تكون الإشارة مفهومة دالّة على القبول⁷، كما يعتبر سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب قبولاً إذا تمخّضت الهبة لمنفعته ما لم تكن بعوض⁸.

1. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية: الهبة، ج5، المرجع السابق، بند 16، ص29.

2. يراجع نصّ المادة 59 وما بعدها من ق.م.

3. اقتراح الإيجاب بالوقت يطلق عليه عبارة: القرينة الوقتية، ومثالها أن يقول الواهب: "جعلت هذه الدار لك عمري" أو "هي لك قيد حياتك"، فالهبة هنا تكون صحيحة لكن يبطل التوقيت، وعليه تنتقل ملكية الدار الموهوبة للموهوب له في حياته ثمّ لورثته بعد وفاته.

4. القرينة المشروطة مثالها ان يقول الواهب: "وهبتك سيارتي على أن تبيعها لفلان"، فالهبة هنا تكون صحيحة والشرط باطل.

5. القرينة منفعة كأن يقول الواهب: "داري لك سكني" أو "هبة سكني"، فقوله كذلك يعني به تمليك المنفعة. وتمليك المنفعة بغير عوض يقصد به معنى العارية.

6. بدران وأولعينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص221.

7. يراجع نصّ المادة 60 من القانون المدني.

8. يراجع نصّ المادة 68 من القانون المدني.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

هذا ويشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب حتى تنعقد الهبة، فإذا انعدم هذا التوافق والتطابق بأن أعطى الواهب على سبيل الهبة مثلا وقبل الطرف الآخر على سبيل آخر غير الهبة كالعارية مثلا لم تنعقد الهبة، فتطابق القبول مع الإيجاب أمر وجوبي لا يعدل منه أو يقيد منه أو يزيد عليه وإلا اعتبر إيجابا جديدا¹.

ويجوز أن تنعقد الهبة بين غائبين، فتتم في الزمان والمكان الذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس².

ولا يكون لقبول الموهوب له للهبة أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب فإذا رجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه لم تنعقد الهبة بشرط أن يكون وصول الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القبول لم يقتزن بالإيجاب³، وعليه يحق رجوع الواهب عن إيجابه مادام قبول الموهوب له لم يتم بعد.

وإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل وصول إيجابه إلى علم الموهوب له لم تنعقد الهبة لعدم اقتزان الإيجاب والقبول⁴.

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته فنكون أمام حالتين:

في حالة ما إذا مات قبل أن يصدر عنه القبول فإن الهبة لا تنعقد لأن الإيجاب لم يلاق شخصا يقبله، فالهبة أمر خاص بشخص الموهوب له فلا يحل ورثته محله في القبول، وفي حالة ما إذا مات بعد أن صدر القبول منه ولكن قبل وصوله إلى علم الواهب فإن القبول هنا يبقى قائما وينتج أثره إذا ما اتصل بعلم الواهب فتنعقد عندئذ الهبة.

ويجوز قانونا صدور القبول من غير شخص الموهوب له، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا صدر القبول من نائبه دون إغفال القواعد القانونية العامة المقررة في الوكالة والنيابة في القانون المدني الجزائري⁵.

وخلاصة على ما تقدم أنّ الهبة عقد ينشأ بإيجاب وقبول متطابقين فإن تخلف أحدهما كان عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا.

1يراجع نص المادة 66 من القانون المدني

2يراجع نص المادة 67 من القانون المدني

3يراجع نص المادة 61 من القانون المدني

4. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص36.

5يراجع نصّ المواد 74 و571 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ثانيا. المحل في عقد الهبة :

الهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها إلى الموهوب له دون مقابل ، ومن ثمّ تكون الهبة أصلا ملزمة لجانب واحد وهو الواهب بحيث يكون محل التزامه فيها هو الشيء الموهوب ، غير أنّه يجوز طبقا للمادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى على الموهوب له فتصبح الهبة عقدا ملزما للجانبين ويكون محل التزام الموهوب له فيها هو العوض المشترط. إذن الهبة يكون لها دائما محلّ يتمثل في الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل ثان وهو العوض ، وهذا ما سوف نتطرق إليه:

1- الشيء الموهوب :

الشيء الموهوب هو ما تقع عليه هبة من الواهب إلى الموهوب له ويسري عليه في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام، ومن ثمّ يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود مستقبلا¹، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين² بأن يكون معلوما علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة للمتعاقدين، وبأن يكون صالحا للتعامل فيه بالألّا يكون مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة³، وأن يكون مملوكا للواهب⁴ فلا يجوز له هبة ما ليس ملكا له⁵.

2- العوض في الهبة :

للهبة محل دائم هو الشيء الموهوب لكن قد يكون لها محلّ آخر وفقا لمقتضيات المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة هو العوض. فقد تقتزن الهبة بمقابل أو بشروط أو التزامات تفرض على الموهوب له فتكون الهبة عندئذ ملزمة للجانبين ، بحيث تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب.

1الملاحظ أن المشرع الجزائري على غرار المذهب المالكي وخلافا للرأي أكثر المذاهب الفقهية والتشريعات الوضعية اعتبر هبة الأموال المستقبلة جائزة لأنه لم يأتي بنص قانوني يبطلها لا في القانون المدني ولا

في قانون الأسرة مما يتعيّن معه جوازها وصحتها إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 92 مدين جزائري والتي تنص على ما يلي: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

2تنص المادة 94 من ق.م على ما يلي: "إذا لم يكن محل التزام معين بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والإكثار باطلا

3ويراجع بهذا الصدد: قرار م.ع.م.ع.م. رقم: 39360، الصادر بتاريخ 13/01/1986، غير منشور، أشار اليه حدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة

والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2004، ص 19 هـ 1، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا تجوز هبة الأموال المحيصة لأنها تتناق مع التأيد وأحكام الحبس...".

4تنص المادة 205 من ق.أ.ج.ع.م على ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينيا لدى الغير".

5يراجع قرار م.ع.غ.م.م.ع.م. رقم: 324515، الصادر بتاريخ 18/01/2006، منشور ب م م ع، ع، 1، ص 2006، ص 220 والذي جاء فيه بأنه: "كان يتعيّن على القضاة أن يصرحوا بإبطال

عقد الهبة فيما يملكه المطعون ضده في الشبوع مع الواهب، ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في هذه القطع، ممّا يعرض قرارهم للنقض".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وقد تتعدّد صور المقابل في الهبة¹، فتكون الشروط والالتزامات التي يفرضها الواهب على الموهوب له في عقد الهبة تصبّ في مصلحة هذا الأخير كأن يهب الواهب مالا للموهوب له ويشترط عليه في المقابل أن يشتري به دارا أو أي شيء آخر ينتفع به.

وقد تكون هذه الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له تصبّ في مصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفّي ديونه فيلزم الموهوب له عندئذ بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة في وقت الهبة. وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ومثال ذلك أن يهب الواهب مالا للجمعية الخيرية ويشترط عليها أن تقوم بتشديد مستشفى أو ملجأ أو غير ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.

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

وأيا كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل في عقد الهبة فإنّ محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، فيجب إذا أن يكون هذا المال موجودا إذا كان متعلقا بشيء معيّن بالذات أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل، ويجب أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين، وأن يكون صالحا للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كما يجب أن تكون القيمة المادّية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب فإذا تعادلت أو تفارقت قيمة المقابل مع قيمة الشيء الموهوب فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعا وأصبحت عقد معوضة لا تبرعا².

ثالثا. السبب في عقد الهبة :

تسري نظرية السبب في القانون المدني على عقد الهبة كما تسري على غيره من العقود. ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث لا التقليدي³ أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل، لأنّ السبب حسب النظرية التقليدية يقصد به التبرع وفي الهبة تكون هذه النية موجودة حتما في جانب الواهب بمجرد التراضي.

1.د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة، ج5، المرجع السابق، ص130، 131.

2.د. كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، المرجع السابق، ص166.

3.اختلف الفقه والقضاء في تحديد معنى السبب، فنتج عن ذلك الاختلاف في قيام نظريتين: نظرية تقليدية وأخرى حديثة.

والسبب بمقتضى النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء تعاقد، فهو اذن الدافع الى الالتزام لا الى العقد، ومن ثمّ يكون سبب التزام احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر.

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

-يراجع بهذا الصدد: د. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص174.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وعليه وصف هذه النيّة بأنها السبب في عقد الهبة لا يقدم شيئاً¹ ، وحتى يكون عقد الهبة صحيحاً يجب أن يكون باعث الواهب على التعاقد مشروعاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة² ، فإذا كان الباعث الذي دفع الواهب على إبرام عقد الهبة غير مشروع كانت الهبة باطلة كأن يهب شخص لآخر شيئاً بشرط أن يقتل الموهوب له خصم الواهب، أو أن يكون باعث الواهب على الهبة إقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب لها، في حين أنّه إذا كان الباعث هو تعويض العشيقّة عن الضرر الذي لحقها جرّاء المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فإن الهبة تنعقد صحيحة عندئذ لمشروعية السبب الباعث.

هذا ويفترض أن يكون الباعث الدافع للواهب على إبرام عقد الهبة مشروعاً إلى أن يثبت العكس³ . وقد تقتزن الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلّقتة ويشترط عليها عدم الزواج بغيره فهذا الشرط يعتبر غير مشروع لمخالفته القانون والنظام العام، وعليه إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على إبرام الواهب هبته ألغى الشرط وبطلت الهبة أمّا إذا لم يكن هو الباعث الدافع على التبرع ألغى الشرط وصحّت الهبة.

كما قد تقتزن الهبة بشرط غير ممكن أي مستحيل كأن يهب شخص لآخر منزلاً ويشترط عليه أن يقمّ مقابلاً للهبة إيراداً لشخص ثالث مدى الحياة فتبيّن هذا الأخير متوفى قبل صدور الهبة، حينئذ تكون الهبة صحيحة إذا لم يكن هذا الشرط المستحيل هو الباعث الدافع لإبرام عقد الهبة فإن كان كذلك يبطل الشرط وتبطل الهبة. والملاحظ أن العبرة في عدم مشروعية الشرط تكون م يوم صدور الهبة، ومن ثمّ إذا كانت الهبة مشروعة وقت إبرام العقد اعتبرت صحيحة وإن أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك⁴ .

لا يكفي لانعقاد الهبة صحيحة أن تتوافر فيها الأركان الثلاثة الأساسية من رضا ومحل وسبب بل يستلزم القانون ركناً رابعاً وهو ركن الشكل، وهذا ما سأتناوله في الجزء الرابع من هذا الفرع.

رابعاً. الشكل في عقد الهبة :

تسري أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، وهذا يجزّي إلى طرح تساؤل يتعلق بماهية الشكل في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالهبة؟
بتقصي آراء المذاهب الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفاً رضائياً ولا يشترطون إفراغها في شكل معيّن ، فالهبة سواء وردت على عقار أو منقول تنعقد بمجرد تبادل الرضا بين الواهب

1 لتفاصيل أكثر يراجع: الحامي مويرس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، سنة 2001، ص254 وما بعدها.

2 يراجع نص المادة 97 من ق.م.

3 تنص المادة 98 من ق.م على ما يلي: "كل التزام مفترض أنّ له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورة السبب فعلى من يدّعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت من يدّعيه".

4 حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص24.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

والموهوب له دون الحاجة لإفراغها في ورقة رسمية، ومن ثمّ تخلف الشكل في عقد الهبة -بموجبهم- لا يترتب عليه البطلان¹، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ذلك أن صورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض².

و بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتبين أنّه استقرّ على اعتماد الرضائية في الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة إذ أنّه لم يشترط شكلا معيناً سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول، فلم يقضي إذن ببطلان الهبة إذا تخلف الشكل الرسمي فيها³، غير أنه اشترط حيازة الشيء الموهوب من أجل تمام عقد الهبة فصورة الشكلية في الهبة تنحصر في القبض⁴.

هذا، ويسري قانون الأسرة الجزائري على الهبات المبرمة بعد تاريخ صدوره، فما هو الوقف الذي تبناه القانون الجزائري من شكل الهبة؟

إنّ تناول أحكام الشكل الواجب توافره في عقد الهبة في القانون الجزائري يقتضي التمييز بين ما إذا كان محل الهبة عقاراً أو منقولاً، و سوف نتطرق أولاً إلى الشكلية في هبة العقار، و الشكلية في هبة المنقول ثانياً.

1. جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص18.

-يراجع أيضاً: أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، الجزء1، مطبعة النهضة، مصر، ص58.

2.يراجع ما سيأتي شرحه بهذا الصدد في الصفحة 34 من هذه الدراسة.

3.يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 58700، الصادر بتاريخ: 1990/02/19، منشور ب م ق، ع 4 لسنة 1991، ص113 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الواهب وهب لزوجته قطعة أرض وأشهد على هبته، فإنّ القرار المطعون فيه باعتداده على أقوال الشهود والوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون".

-ونفس الحكم تضمنه قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 47072، الصادر بتاريخ: 1988/03/14، منشور ب م ق، ع 1، ص1991، ص41 والذي جاء فيه أنّ: "الهبة تصحح شرعاً بالقول، و كتابتها إنما هي للتوثيق فقط".

-وذات المعنى يؤكد قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 40651 الصادر بتاريخ: 1986/02/24، غير منشور، أشار إليه: بلحاج العري في كتابه: قانون الأسرة: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص199 والذي قضى بما يلي: "من المقرر قانوناً وشرعاً أنّ الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول..."

4.يراجع قرار المجلس الأعلى للغة المدنية، الصادر بتاريخ 1969/04/09، منشور بمجموعة الأحكام (المجموعة الأولى)، الجزء الأول، ص195 والذي جاء فيه أنّ: القاعدة لصحة الهبة أن يليها فوراً تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو لهم".

-ويراجع كذلك قرار م أ غ ق، الصادر بتاريخ: 1971/12/15، منشور ب ن ق، ع 4، ص1974، ص64 والذي ورد فيه: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز".

-وكذا قرار م ع غ أ ش، ملف رقم 47072، الصادر بتاريخ 1988/03/14، منشور ب م ق، ع 1، ص1991، ص39، والذي قضى بما يلي: "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ الواهب

وهب أملاكه للطاعنين في سنة 1930 ووقع حيازتهم لها وقتذاك، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف فيه القاضي برفض دعوى المطعون ضده الرامية إلى إبطال الهبة ومن جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية".

1. شكل عقد الهبة في العقار :

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد المشرع نصّ في المادة 206 منه على ما يلي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة "

يستفاد من نصّ هذه المادة أنّ الهبة التي يكون محلها عقارا تنعقد بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له وتتمّ بالحيازة مع مراعاة أحكام التوثيق، ومن ثمّ فإنّ قانون الأسرة الجزائري أحال إلى قانون التوثيق فيما يتعلق بالشكل الواجب توافره في الهبة الواردة على عقار، وبهذا الصدد إذن يجب الرجوع إلى أحكام الأمر 91/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق¹ والذي كان ساري المفعول آنذاك- والذي نص في المادة 12 منه على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كلّ عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان ، أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق الذي حرّر العقد".

ولقد كرّست المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988² ما جاء في المادة 12 السالفة الذكر بتأكيدا على وجوب إفراغ عقد الهبة في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

والواضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري اشترط إفراغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي يجب أن تحرر الهبة التي ترد على عقار في الشكل الرسمي وإلاّ كانت باطلة³.

إذن الهبة الواردة على عقار في ظلّ قانون الأسرة الجزائري ليست عقدا رضائيا وإنما عقدا شكليا يتعيّن إفراغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا.

1 تم نشره في ج ر ج ج، العدد 107، السنة 7، الصادرة بتاريخ: 1970/12/25 القانون رقم

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

3يراجع قرار م ع، ملف رقم: 45371، الصادر بتاريخ 1987/04/20، غير منشور، أشار اليه حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 13 والذي

جاء فيه: من المقرّر قانونا بأن العقد العربي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ولعلّ السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اعتبار الهبة الواردة على عقار عقدا شكليا في ظلّ قانون الأسرة الجزائري هو أنه عقد خطير لا يقع إلا نادرا ولدوافع قوية ويترتب عنه تجريد الواهب من ماله دون مقابل ، فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبير قبل إبرامه الهبة، وتعيينه الشكلية في ذلك إذ الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة وما تستدعيه من علانية وما تستلزمه من جهد ووقت نافعة لحماية الواهب وأسرته ولحماية الموهوب له نفسه¹.

هذا ويقصد بالشكلية وجوب إفراغ عقد الهبة الوارد على عقار في الشكل الرسمي على يد موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة فيقوم بتلقي إيجاب الواهب وقبول الموهوب له بشأن المال الموهوب طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه².

وعليه يتعيّن على الواهب والموهوب له أن يتقدما إلى أي مكتب توثيق³ من أجل أن يقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة المراد إبرامه وتسجيله لدى مصلحة التسجيل⁴ وشهره بالمحافظة العقارية كي تنقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له والاحتجاج به تجاه الغير⁵.

على أنه يجب على الموثق أن يحرّر عقد الهبة بحضور شاهدين ، تحت طائلة البطلان⁶ ، لأن الهبة - باتفاق الفقهاء - عقد احتفائي⁷.

1 تتجلى فائدة الشكلية بالنسبة للواهب في أنها تعطيه الوقت الكافي للتفكير والتدبير قبل إبرام عقد الهبة ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالاته التي قد تكون عارضة فقط، أما بالنسبة لأسرة الواهب فإنّ في إجراءات الورقة الرسمية وعلانيتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم، فيبصرونه بنتائج عمله، أما بالنسبة إلى الموهوب له نفسه، فالورقة الرسمية تقيده للدفاع عن حقه إذا ما أراد الواهب الرجوع في هبته وانكارها عليه.

2 يراجع نصّ المادة 324 من ق.م.

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

4 يراجع نص المادة 40 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في: 2006/02/20 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق.

5 يراجع نص المادة 793 من القانون المدني والمادة 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، والمنشور ب ج ر ج ع، ع92، س12، الصادرة بتاريخ 1975/11/18.

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

6 يراجع نص المادة 324 مكرر3 من القانون المدني الصادرة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

- ويراجع في هذا الصدد: قرار م ع غ م، ملف رقم: 389338، الصادر بتاريخ: 2007/11/21، منشور ب م م ع، ع2، س2008، ص159 والذي قضى فيه بأنه: " يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين".

7 حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص15

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

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ويجوز أن تنعقد الهبة الواردة على عقار بواسطة وكيل ينوب عن الواهب لكن لتنعقد صحيحة لا بدّ من أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في عقد الهبة وأن تكون الوكالة خاصة¹.

وخلاصة لما تقدم يعتبر الشكل الرسمي في عقد الهبة الوارد على عقار ركنا يترتب على تخلفه بطلان الهبة بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة²، وبالنتيجة يبقى العقار الموهوب مملوكا للواهب يستطيع أن يتصرّف فيه كيفما يشاء.

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

2- شكل عقد الهبة في المنقول :

اشترط المشرع الجزائري الشكلية في عقد هبة العقار مع وجوب إفراغ عقد الهبة في الشكل الرسمي عن طريق توثيقه ، لكن ما هو الشكل الواجب توافره في هبة المنقول في قانون الأسرة الجزائري؟

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة المذكورة آنفا أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ومراعاة الإجراءات الخاصة بالمنقولات.

يستفاد من هذه المادة أنه لا يشترط إفراغ الهبة الواردة على منقول في الشكل الرسمي—مثلما درج العمل به في العقار— بل يكفي أن تفرغ الهبة في شكل عربي مع وجوب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بملكية بعض المنقولات ، فإذا انصبت الهبة على سيارة أو جرّار مثلا وجب استخراج البطاقة الرمادية لهما باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه.

وتطبّق القواعد العامة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات على الهبات التي يكون محلها شيئا منقولا فإذا كان المنقول معيّنا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا عن طريق إفرازه وتسليمه للموهوب له³.

1يراجع نص المادتين 572 و574 من القانون المدني .

-ولتفاصيل أكثر: يراجع د. أكثم أمين الحولي، العقود المدنية: الصلح والهبة والوكالة، الطبعة الأولى، مطبعة النهضة، القاهرة، سنة 1957، ص163.

2يراجع نص المادة 206 م ق.أ، والمادتين 102 و324 مكرر1 من القانون المدني .

-ولقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار الشكل ركنا في عقد الهبة الوارد على عقار، ومن أجل ذلك يراجع قرار م ع، ملف رقم: 103656، الصادر بتاريخ 1994/11/09، منشور ب ن ق، ع 51،

ص 67 والذي ورد فيه: " من المقرّر قانونا أن العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية، يجب أن تحزّر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنص المادة 206 من قانون الأسرة أنّ الهبة تنعقد

بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات، لذى فإن الهبة الواردة في الشكل العربي تعد باطلة لعدم استيفائها للشروط الجوهرية".

3تنص المادة 01/166 من القانون المدني على ما يلي: " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق بإفراز هذا الشيء".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

والأصل في عقد الهبة الوارد على منقول أنه عقد رضائي ينعقد بتبادل إيجاب الواهب وقبول الموهوب له ويتم بالحيازة إذا كان المنقول عاديا وباستيفاء الإجراءات الإدارية التي تتطلبها القانون لنقل ملكية بعض المنقولات إذا كان المنقول محل الهبة ذا طبيعة خاصة¹.

هذا ويترتب على عدم مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات أو عيبتها بطلان الهبة بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة، وبالنتيجة يبقى المنقول محل الهبة مملوكا للواهب يستطيع التصرف فيه كما يشاء.

خامسا: الحيازة في عقد الهبة :

يقصد بالحيازة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق ولا تتم الحيازة بهذا المعنى إلاّ بسليم المال إلى الموهوب له. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا لانعقاد الهبة أن تفرغ في شكل معين لكنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمامها فصورة الشكلية عندهم كانت تنحصر في القبض ، فماذا يقصد بالقبض في عقد الهبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟

لقد تعددت آراء الفقهاء حول مسألة القبض في عقد الهبة ، فاعتبره البعض² شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان الهبة ومن ثمّ عدم انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، واعتبره البعض³ شرط تمام لا يترتب على تخلفه بطلان الهبة، فالهبة تنعقد صحيحة بمجرد الإيجاب والقبول والقبض ما هو إلاّ التزام من التزامات العقد ، واتجه آخرون⁴ إلى أنّ القبض لا يعتبر شرط لزوم ولا شرط صحة لأنّ الهبة عقد لازم بمجرد انعقاده لا يشترط لصحته قبض الموهوب له للشيء الموهوب.

لكن ما هو موقف المشرع الجزائري من المسألة ؟

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع نصّ صراحة في المادة 206 في فقرتها الأولى أنه: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم بالحيازة ، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في

1 إن الإجراءات الخاصة التي تتطلبها نقل ملكية بعض المنقولات ما هي إلا إجراءات إدارية لا تنفي صفة الرضائية على عقد الهبة، وهذا ما كرسه القضاء الجزائري، وبهذا الصدد يراجع قرار م ع ، ملف

رقم: 83033، الصادر بتاريخ 1986/10/12 والذي أشار اليه حمدي باشاعمر في كتابه: عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص19 والذي جاء فيه: "حيث أنّ عقد بيع سيارة

هو مجرد عقد رضائي أما إجراء نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد إجراء إداري".

2 يمثل هذا الرأي الحنفية والشافعية والحنابلة في المكمل والموزون.

3 يمثل هذا الرأي المالكية.

4 يمثل هذا الرأي الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه وأبو ثور والظاهرية.

-لتفاصيل أكثر يراجع: حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبع في 2005، ص733.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

المنقولات " ، الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع الجزائري اعتبر الحيابة ركنا في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو على منقول.

و سوف نفصل ذلك كالآتي :

1. الحيابة في العقار

لقد اشترط المشرع الجزائري لتمام انعقاد الهبة الواردة على عقار توافر الحيابة والرسمية معا فلا يغني أحدهما عن الآخر كأصل عام.

وتتم الحيابة في الهبة إما فعليا¹ وإما حكما².

فتكون الحيابة فعليا بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله³ بحيث يتمكن من حيابته على النحو الذي يتفق مع الشيء الموهوب، فإذا كان العقار الموهوب منزلا يسكنه الواهب ويجب عليه أن يخليه ويخرج منه أثاثه ومتاعه الموجود فيه وأن يسلم مفاتيحه إلى الموهوب له⁴، وإذا كان أرضا زراعية وجب على الواهب إخلاؤها وتمكين الموهوب له استغلالها من دون أيّ تعرّض.

وقد تكون الحيابة حكمية كما إذا كان العقار الموهوب في حيابة الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة على أساس الإيجار أو العارية أو غيرها ثم صدرت الهبة فيكون الموهوب له عندئذ حائزا فعلا للعقار الموهوب وقت تمام الهبة ولا يحتاج إذن إلى حيابة مادية جديدة وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على بقاء العقار الموهوب له في حيابته بصفته مالكا له وليس بصفته مستأجرا أو مستعيرا فتتغير نيّة الموهوب في حيابته للشيء الموهوب وإن كانت الحيابة المادية باقية كما كانت، أما إذا كان العقار بيد الغير وجب إخبار الموهوب له بالهبة ليعتبر حائزا⁵.

1 يقصد بالحيابة الفعلية وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيابته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام الواهب قد أعلمه بذلك، وعليه ينطوي

التسليم الفعلي على عنصرين: وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الواهب، وإعلام الواهب الموهوب له بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه.

2 يقصد بالحيابة الحكمية أن يكون الشيء الموهوب موجودا في حيابة الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة فلا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد حتى تتم الهبة، وإنما إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الشيء الموهوب في حيابته بصفته مالكا له بالهبة.

3 نصّ المشرع الجزائري في المادة 210 من قانون الاسرة على ما يلي: " يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله.

وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه، يتولى الحيابة من ينوب عنه قانونا".

-لتفاصيل أكثر، يراجع د. محمد حسنين، (عقد الهبة في التشريع الجزائري)، المجلد الجزائري للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، سنة 1987، ص514.

4 قرار م ع غ أش، ملف رقم: 25554، الصادر بتاريخ 1982/01/11، منشور ب نق، عدد خاص لسنة 1982، ص225 والذي قرر بأنه: " يجب نقض القرار الذي صحح عقد هبة لم تتم

الحيابة فيه، هذه الحيابة التي هي شرط تمام العقد".

5 تنص المادة 207 من قانون الاسرة على ما يلي: " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة، وإذا كان بيد الغير وجب اخباره بما ليعتبر حائزا".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

والحيازة بهذا المعنى لا تغني عن الرسمية إذ لا بدّ من اجتماع الرسمية والحيازة معا لتتمام عقد الهبة، فانتفاء ركن الحيازة في الهبة يترتب عليه البطلان¹.

هذا ولقد أورد المشرع الجزائري استثناء في المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري مؤداه أنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة حالة ما إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مشاعا².

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدّد للحيازة في عقد الهبة مدّة معينة³ خلافا لما هو وارد في القواعد العامة المنظمة للحيازة في القانون المدني⁴.

2. الحيازة في المنقول :

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

وتتمّ الحيازة في هبة المنقول - مثلما هو عليه الحال في هبة العقار - عن طريق التسليم الفعلي أو الحكمي⁵، وهي بهذا المعنى لا تغني عن الإجراءات الخاصة الواجبة لنقل ملكية بعض المنقولات، فانتفاء ركن الحيازة في مثل هذه المنقولات يترتب عنه بطلان الهبة واعتبارها كأن لم تكن.

1يراجع هنا الصدد قرار م ع، ملف رقم 50651، الصادر بتاريخ: 1986/02/24، غير منشور، أشار اليه حمدي باشا عمر في كتابه: عقود التبرعات، المرجع السابق، ص9 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا في احكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطا لصحة عقد الهبة، وتأسيسا على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة الى الموهوب له دون التأكيد من وقوع الحيازة الفعلية".

-يراجع أيضا قرار م ع غ أش ملف رقم 40457، الصادر بتاريخ 1986/04/21، منشور ب م ق، ع 2 س 1989 ص 72 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطا لصحة الهبة".

2قرار م ع غ ش، ملف رقم 58700، الصادر بتاريخ 1990/02/19، منشور ب م ق، ع 4 س 1991 ص 113

3يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم 121664، الصادر بتاريخ 1995/06/07، منشور ب م ق، ع 1 س 1995 ص 111 والذي قضى بما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة اعتبر حائزا وإذا كان بيد الغير وجب اخباره بذلك. من ثمّ فإن قانون الأسرة لم يحدّد للحيازة مدة معينة، وأنّ قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا باعتبار أن الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة...".

4يراجع نص المادة 827 وما يليها من م.

5أحيل إلى ما سبق شرحه في الحيازة في العقار، ص 35 و 36 من هذه الدراسة.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

غير أن المشرع الجزائري أجاز استثناء الاستغناء عن ركن الحيابة في عقد الهبة الوارد على منقول متى كان الواهب وليّ الموهوب له أو وجه أو إذا كان المنقول مشاعاً¹.

الفرع الثاني: شروط صحة عقد الهبة :

بعدما تم التطرق في الفرع الأول إلى الأركان التي يجب توافرها في عقد الهبة سوق نتناول في الفرع الثاني شروط صحة عقد الهبة ، لاسيما الأهلية أي أن يكون الرضا خاليا من أي عيب سواء كان غلطاً أو تدليسا أو إكراها أو استغلالاً حتى يرتب عقد الهبة آثاره القانونية .

أولاً . الأهلية في عقد الهبة :

يشدّد القانون الجزائري في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً ويخفف من أهلية الموهوب له لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

فبالنسبة لأهلية الواهب ، يشترط المشرع الجزائري في المادة 203 من قانون الأسرة² أن يكون الواهب حائزاً أهلية التبرع ، وذلك بأن يكون سليم العقل أي متمتعاً بكلّ قواه العقلية ، وإن يكون بالغاً سنّ الرشد القانوني أي تسع عشر (19) سنة كاملة ، وأن يكون غير محجور عليه السفه³ أو غفلة⁴ .

وترتيباً على ذلك فإن الهبة الصادرة عن عديم الأهلية⁵ وناقصها⁶ تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كونها صدرت ممن ليس أهلاً لأن يهب .

هذا وتعتبر الهبة الصادرة عن الوليّ أو الوصيّ أو القيمّ الذي ينوب عن عديم الأهلية و ناقصها باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنها تصنف ضمن التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالواهب ولأنها تخرج عن دائرة التصرفات التي يمكن استئذان القاضي بشأنها⁷ ، كما يجب ألا يكون الواهب في مرض الموت⁸ .

1 قرار م ع ملف رقم 81196، الصادر بتاريخ 1992/02/18، غير منشور، أشار اليه محمد بن أحمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص226 هـ1 والذي ورد فيه ما يلي: " إن إقامة الموهوب لهم في الأملاك الموهوبة وقت الهبة وكونهم أبناء قصراً وزوجة للواهب يقوم مقام الحيابة الفعلية زيادة عن اتخاذ سائر الإجراءات الرسمية والإدارية المطلوبة قانوناً".

2تنص المادة 203 من ق.أ على ما يلي: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً 19 سنة كاملة، وغير محجور عليه".

3السفه مرض يحمل المصاب به على تبذير ماله في غير ما يقضي به العقل والنشر.

4الغفلة نقص في الملكات النفسية تحمل الشخص على سوء التقدير، فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح والخاسر منها ، فيغيب في معاملاته غيباً فاحشاً.

5عدم الأهلية طبقاً للمادة 42 من ق.م هو كل شخص صغير في السن غير مميز لم يبلغ 13 سنة، أو معتوه، أو مجنون.

6ناقص الأهلية حسب المادة 43 من ق.م هو كل شخص بلغ سن التمييز أي 13 سنة كاملة ولم يبلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، أو هو كل شخص بلغ سن الرشد لكنه كان سفياً أو ذا غفلة.

7يراجع نص المواد 83 88 89 من ق.أ.ج.

8مرض الموت هو المرض الأخير الذي يصيب الشخص إذا كان خطيراً ويجزّ إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ولا مصابا بمرض مخيف ولا متواجدا في حالة مخيفة كأن يكون في معركة حربية¹ ، فإذا صدرت عنه الهبة في هذه الحالات، اعتبرت وصية تنطبق عليها أحكامها طبقا لمقتضيات المادة 204 من قانون الأسرة والتي جاء نصّها كالآتي: " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية "

ولقد استقر القضاء الجزائري على هذا الموقف بإقراره اعتبار الهبة الصادرة عن الوهاب في مرض الموت أو الحالات المخيفة وصية² على أن يقع عبئ إثبات المرض على من يدعي ذلك³ عن طريق تقديم خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية⁴.

أما بالنسبة لأهلية الموهوب له فلم يشترط المشرع الجزائري أن يكون أهلا للتبرع إذ يستنتج ضمنا من المادة 210 من قانون الأسرة⁵ أنه يكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز لقبول الهبة كونه يقوم بعمل نافع نفعا محضاً. هذا ولقد أجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين بشرط ولادته حياً فنصّ في المادة 209 من قانون الأسرة على ما يلي: " تصحّ الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً"، وفي هذه الحالة يتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهو الأب إذا كانت الهبة صادرة من أجنبي والأم إذا كانت الهبة من الأب⁶.

وترتباً على ذلك ، إذا كان الموهوب له عديم التمييز لم يجز له قبول الهبة بنفسه بل عن طريق ممثله القانوني الذي ينوب عنه (وليّة أو وصيّة أو القيمّ عليه)، أما إذا كان ناقص الأهلية جاز له أن يقبل الهبة بنفسه دون اشتراط إذن وليّة أو وصيّة أو القيمّ عليه أو إذن القاضي مادامت الهبة نافعة له نفعا محضاً، فإن اقترنت بشروط

-يراجع بهذا الصدد: قرار م ع غ أ ش، ملف رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09، منشور ب م ق، ع3، س1989 ص51.

1-الحسين بن الشيخ آث ملويا/المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق ص736.

2-قرار م ع غ ع، ملف رقم 229397 الصادر بتاريخ 2002/04/24، منشور ب م ق، ع2 س2002 ص387 والقاضي بما يلي: إنّ القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعدّ مخالفة للقانون".

-وذات المعنى يؤكد قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم 256869، الصادر بتاريخ 2001/02/21، منشور ب م ق، ع2 س2002 ص428 والذي يقضي بما يلي: " تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الوهاب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة. وأن ابطال الهبة المخيرة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه المادتين 203 و204 من قانون الأسرة".

3-قرار م ع غ أ ش مو، ملف رقم 318410، الصادر بتاريخ 2005/06/15 منشور ب ن ق، ع59 ص231 والذي جاء فيه: " متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية".

4-يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم 273529 الصادر بتاريخ 2002/02/13، منشور ب م ق، ع2 س2003 ص289 والذي جاء فيه: " يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني (هبة) بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود".

5-تنص المادة 210 من ق.أ على ما يلي: " يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله. وإذا كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحياة من ينوب عنه قانوناً".

6-حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة الوصية الوقف، المرجع السابق ص27.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

أو التزامات بأن كانت هبة بعوض فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وبالتالي تتوقف على إقرار الولي أو الوصي¹.

ثانيا . عيوب التراضي في عقد الهبة :

من أجل صحة عقد الهبة يشترط أن يصدر التصرف من ذي أهلية وإرادة سليمة خالية من أي عيب ، فإذا شاب رضا الواهب أو الموهوب له عيب من عيوب الإرادة كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب.

وتنحصر عيوب الرضا في عقد الهبة - كما سبق الإشارة إلى ذلك- في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

أما الغلط² الذي يعيب إرادة الواهب ويؤدي إلى إبطال الهبة فيجب أن يكون جوهريا³ سواء وقع في الشيء الموهوب كأن يهب شخص لآخر قطعة أرضية على أساس أنها زراعية ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء، أو أن يقع في شخص الموهوب له كأن يهب الواهب لآخر معتقدا أنه محمد فإذا هو أحمد ، أو أن يقع الغلط في قيمة الشيء الموهوب ، أو في الباعث الدافع على التعاقد⁴.

وأما التدليس⁵ الذي يفسد إرادة الواهب ويترتب عنه إبطال الهبة فيجب أن يتم من الموهوب له نفسه أو باشتراكه مع أجنبي، وأن يكون هو الدافع لإبرام عقد الهبة كأن يكتنم الموهوب له عن الواهب أمورا لو علمها هذا الأخير لما اندفع إلى إبرام الهبة.

وأما الإكراه⁶ المعيب للإرادة في عقد الهبة فأكثر ما يكون عن طريق النفوذ الأدبي فيقع غالبا من الزوج على زوجته أو من الأب على ابنه أو من الرئيس على مرؤوسه.

1يراجع نصّ المادة 83 من قانون الأسرة.

2الغلط وهو يقوم في ذهن الشخص بحمله على اعتقاد غير الواقع.

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

3قرار م ع غ م ملف رقم 406468 الصادر بتاريخ 2008/04/23 منشور ب م ق، ع 1 ص 2008 ص113

4يراجع نص المواد 81 82 83 84 85 مدني جزائري.

5التدليس هو استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع المتعاقد الآخر في غلط بحمله على التعاقد

-نظّم المشرع الجزائري أحكامه في المادتين 86 و87 من ق.م.

6الإكراه ضغط يقع على الشخص فيؤثر في نفسه رهبة تدفعه على التعاقد

-نظم المشرع أحكامه في المادتين 88 و89 من القانون المدني.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وأما الاستغلال¹ فيعتبر من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة لأنه كثيرا ما يستغل الموهوب له طيشا بيّنا²

أو هوى جامحا¹ في جانب الواهب فيعيب إرادته كأن تستغل فتاة شابة دلالها على زوجها الهرم وتحمله بذلك على أن يهبها ماله بغية التودّد إليها نظرا للهوى الجامح الذي ربّته دلال زوجته في نفسه.

المطلب الثالث . الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة :

سوف نتطرق في هذا المطلب لتعريف الرجوع في عقد الهبة في الفرع الأول ، و إلى الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف الرجوع في عقد الهبة

سوف نتناول في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي للرجوع.

أولا . تعريف الرجوع لغة :

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على عدّة معان منها : الانصراف، والرد ، والعود ، والترك³.

فيأتي الرجوع بمعنى الانصراف إذ يقال: رجع، يرجع، رجعا، ورجوعا إذا انصرف، جاء في القرآن الكريم: " إنَّ إلى ربِّك الرجعى"⁴.

ويأتي بمعنى الرّد إذ يقال: راجع الشيء ورجع إليه إذا رده.

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

ويأتي الرجوع أيضا بمعنى الترك فيقال: رجع عن الشيء أي تركه.

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

2 الطيش البين هو قصور في شخصية الفرد، يحول بينه وبين حسن تقدير الأمور، فيدفع إلى التسرع والخفة الزائدة.

3 نايف محمد العمري، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير تحت إشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم: قسم الشريعة الإسلامية، سنة 1422 هـ - 2001 م، ص2.

4 سورة العلق الآية8.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

والملاحظ أنّ هذه المعاني المذكورة وإن كانت متقاربة إلى حد كبير إلا أن المعنى الأقرب للرجوع هو الرّد ، إذ أنّ الرّاجع عن عقده يعود برجوعه هذا إلى ما كانت عليه الحال قبل العقد.

ثانيا . تعريف الرجوع اصطلاحا :

لقد وردت عدة تعريفات فقهية لتحديد معنى الرجوع سوف نذكر بعضها منها :

يعرّفه البعض بأنه : " فسخ العقد بعد تمامه"¹ ، ويعرّفه البعض الآخر بأنه: " ردّ العقد القابل للإبطال لذلك والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة"².

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

و يرى البعض أن الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية إرجاعها واستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة.

و نرجح في هذا الصدد التعريف الأخير الذي هو الأقرب إلى الصواب ، ذلك أنّه يشمل الرجوع بالتراضي بين الواهب والموهوب له وكذا الرجوع بالتقاضي الذي بقيده الفقه والقضاء بشروط معيّنة⁴.

والرجوع في عقد الهبة يتم إمّا باللفظ الصريح الذي يدلّ عليه كقول الواهب: "عدت في الهبة" أو "أبطلتها" أو "رجعت فيما وهبت" ، أو يتمّ بصدور تصرف من الواهب يدلّ عليه كبيع الشيء الموهوب أو هبته أو وقفه.

1 جاء بهذا التعريف الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني من الحنفية في كتابه المعنون ب: بدائع الصنائع، أشار إليه: نايف محمد العمري، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص4.

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

3 قال بهذا التعريف د. محمد حسام محمود لطفى في النظرية العامة للالتزام، أشار إليه د. مصطفى أحمد عبد الجواد في كتابه: أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000-2001 ص30 هـ1.

-وفي نفس المعنى، جاء د. إسماعيل عبد النبي بتعريف للرجوع في عقد الهبة أتد فيه التعريف السابق بقوله: "الرجوع هو نقض العقد القابل للإبطال لذلك بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشروط مخصوصة:" الرجوع هو نقض العقد القابل للإبطال لذلك بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشروط مخصوصة. أشار إليه جهاد سالم جريد الشرفات، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، تحت إشراف د. رحيل غرابية، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية 1420هـ-1999م ص8.

4.جال الدين طه العاقل، (الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي)، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول السنة السادسة، الإمارات العربية المتحدة، يناير 1998 ص15.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

الفرع الثاني . الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة :

سوف نتطرق إلى الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة ، هل هو فسخ له أم إلغاء لها أم إقالة منها من أجل إعطائه التكييف القانوني الأصح .

أولا . الرجوع في الهبة فسخ لها :

ذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار الرجوع في عقد الهبة سواء أكان بالتراضي بين الواهب والموهوب له أو بالتقاضي فسخا له، ودليلهم على ذلك أنّ الواهب يستوفي حق نفسه بالفسخ، فإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الشيء الموهوب إلى ملك الواهب¹.

ومن ثمّ فإنّ الأثر المترتب عن الرجوع والفسخ إذا ما تقرّر واحد هو اعتبار الهبة كأن لم تكن².

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

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

. أنّ الفسخ جزاء أساسه خطأ المدين والمتمثل في إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد³ أمّا الرجوع فليس جزاء موقعا على الموهوب له وإتّما هو حق قرره الشارع للواهب لاعتبارات خاصة وله أن يمارسه حتى لو لم يرتكب الموهوب له أدنى خطأ أو تقصير تجاه الواهب⁴، وبالتالي فإنّ الغاية من الرجوع تختلف عن الغاية من الفسخ. أنّ القانون يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة الفسخ القضائي، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته التي تعنت عن القيام بها قبل النطق بفسخ العقد⁵ أو أن يرفض دعوى الفسخ ما لم

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

-يراجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5 المرجع السابق ص186.

2 قرار م ع غ م، ملف رقم 257742، الصادر بتاريخ 2002/02/06، منشور ب م ق، ع 1 س 2003، ص193 والذي يقضي بأن الحكم بفسخ العقد يترتب عنه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

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

4يراجع ما سيتم شرحه في الصفحة 78 من هذه الدراسة.

5يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم 212782، الصادر بتاريخ 2000/01/12، منشور ب م ق، ع 1 س 2001 ص114 والذي يقضي بأن: " قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها محتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

يوجد اتفاق مسبق بين طرفي العقد عليه¹، في حين أنّ القاضي لا يتمتع بذات السلطة التقديرية عند الرجوع في الهبة حيث يجب عليه أن يحكم به متى توافرت شروطه وانتفت موانعه.

. أنّه يجوز للمدين الذي لم ينفذ التزاماته التعاقدية أن يتفادى الحكم بالفسخ إذا أبدى حسن نيّته وقام بتنفيذ هذه الالتزامات بعكس الرجوع الذي لا يمكن فيه للموهوب له أن يتوقى الحكم به في الهبة حتى لو أبدى استعداده أمام القاضي بالإفناق على الواهب أو تقديم مساعدة مالية له أو غيرها من أجل سدّ حاجياته. أنّ حق الواهب في الرجوع يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه مسبقاً في عقد الهبة وإنّ نصّ عليه في العقد كان عديم الأثر، أما الفسخ فلا يتعلق بالنظام العام ومن ثمّ يجوز للمتعاقدین الاتفاق عليه مسبقاً في العقد².

. أنّ الحكم بفسخ العقد بسبب تعتّم المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يترتب عنه انتهاء وجوده القانوني في المستقبل وزوال آثاره في الماضي بأثر رجعي³ بالإضافة إلى حقّ الدائن في المطالبة بالتعويض عمّا لحقه من ضرر⁴، بخلاف الحكم بالرجوع الذي يترتب عنه استرداد الشيء الموهوب فقط دون المطالبة بالتعويض عمّا قد يلحقه من ضرر بسبب جحود الموهوب له.

يتبيّن لنا ممّا تقدم أنّ الرجوع في الهبة وإن كان يتشابه مع الفسخ في بعض النقاط سيما إذا كانت الهبة بعوض إلّا أنه يمكن تكييفه على أساس أنّه فسخ وذلك لاختلاف نظاميهما القانونين. إلّا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الفسخ والرجوع في عقد الهبة.

ثانياً. الرجوع في الهبة إلغاء لها :

الإلغاء تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عنه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نصّ القانون أو للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نصّ القانون أو اتفاق المتعاقدین⁵ وهو بذلك يشبه الرجوع في عدّة نقاط أهمّها:

. أنّ كلا منهما يعتبر استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
. أنّ سبب كل منهما لاحق على وجود العقد بحيث يفترض فيها وجود تصرف قانوني صحيح مستكمل لكل شروط الانعقاد ثمّ يقوم أحد المتعاقدین بحلّ الرابطة التعاقدية دون اشتراط موافقة الطرف الآخر على ذلك.

1يراجع نص المادة 2/119 من ق.م.

2يراجع نص المادة 120 من ق.م.

3. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة 1950 ص189.

4يراجع نصّا المادتين 1/119 و122 من ق.م.ج.

5. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص40.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

. أن كليهما حقّ لمن تقرّر له، ومن ثمّ لا تترتب أيّة مسؤولية على ممارسته إلاّ إذا تعسّف من تقرّر له الرجوع أو الإلغاء في استعمال هذا الحق أو نصّ القانون على خلاف ذلك.
. أن الحق في الرجوع مثل الحق في الإلغاء يعتبر حقا شخصيا ينصرف استعماله لمن تقرّر له قانونا دون سواه.
. أن كلا منهما متعلق بالنظام العام فلا يجوز إذن التنازل عنه مسبقا.
وعلى الرغم من تشابه الرجوع والإلغاء في عدّة نقاط إلاّ أن هناك فارقا جوهريا بينهما يتمثل في الأثر المترتب عنهما، ذلك أنّ الرجوع له أثر رجعي يترتب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام عقد الهبة أمّا الإلغاء فيقتصر أثره على المستقبل فقط.

ولقد عارض البعض وجود اختلاف بين الرجوع والإلغاء لأنّ فكرة الأثر الرجعي التي قامت عليها التفرقة لا تقوم على أساس سليم كونها ترجع إلى طبيعة العقد ذاته لا إلى إضفاء الوصف الشرعي أو القانوني عليه وإلى أنّ الإلغاء تمّ بأثر رجعي أحيانا كما في حالة عزل الموكل للوكيل وعلم الوكيل بهذا العزل وتعامله رغم ذلك مع الغير حسن النية الذي لا يعلم بانتهاء عقد الوكالة حيث يتخلّف عن الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية.

غير أن هذا التبرير تعرّض بدوره إلى النقد من بعض الفقهاء كونه غير سديد فمثال الوكالة أعلاه ليس به أيّ أثر رجعي لأنّ تصرف الوكيل وإن أنتج بعض آثار الوكالة الحقيقية إلاّ أنه لا يؤسس إلى فكرة الأثر الرجعي بل يستند على مبدأ حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل الظاهر معتقد أن الوكالة لا تزال قائمة¹.
و عليه فإن الرجوع في عقد الهبة وإن تشابه مع الإلغاء في عدّة نقاط إلاّ أنه يختلف عنه ولا يمكن تكييفه على أساس أنّه إلغاء وذلك لتباين النظام القانوني لهما².

ثالثا. الرجوع في الهبة إقالة منها :

يقصد بالإقالة أو التقايي لغة الرفع أو الإزالة فيقال مثلا أقال الله عثرتك بمعنى أزالتها عنك، وفي ذلك يقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: " من أقال نادما أقال الله عثرته يوم القيامة"³، أمّا التقايي اصطلاحا فهو: " اتفاق يردّ على العقد بعد أن يكون قد تمّ تكوينه تكوينا صحيحا يهدف من ورائه إلى حلّ الرابطة التعاقدية"⁴.

1. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص43.

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

يراجع في هذا الصدد: قرار م ع غ أش مو، ملف رقم 197336، الصادر بتاريخ 1998/06/16، منشور ب ا ج ق غ أش عدد خاص لسنة 2001 ص284.

3. رواه ابن ماجه وابن داود.

4. بليور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986 ص125.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

والتقاضي بهذا المعنى يعتبر سببا من أسباب انحلال العقد تمّ بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي¹ ، فقد يريد أحد المتعاقدين الرجوع في العقد لكن ذلك لا يسوغ له بإرادته المنفردة إذا كان العقد المراد إنهاؤه عقدا صحيحا لازما فيلجأ على المتعاقد الآخر ليتفق معه على نقض العقد وإنهائه، فإذا قبل المتعاقد الآخر ذلك تمّت الإقالة واعتبر العقد المبرم بينهما كأن لم يكن. والأصل أنّ التقابل لا يكون له أثر رجعي فيقتصر على المستقبل فقط -دون المساس بحقوق الغير حسن النية- ما لم يتفق المتعاقدان على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد² . بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الهبة وكيفية إنشائه و الطبيعة القانونية له في ، سوف نخص بالدراسة في المبحث الثاني إلى أحكام الرجوع في عقد الهبة و أعداره و موانعه و آثاره .

المبحث الثاني: الأحكام العامة للرجوع في عقد الهبة :

سوف نتناول في هذا المبحث إجراءات الرجوع في عقد الهبة و حكم الرجوع فيه كمطلب أول ، و أعدار الرجوع في عقد الهبة و موانعه و آثاره في المطلب الثاني .

المطلب الأول . إجراءات الرجوع في عقد الهبة وحكم الرجوع فيه :

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى إجراءات الرجوع في عقد الهبة سواء بالتراضي أو بالتقاضي في الفرع الأول ، ثمّ إلى حكم هذا الرجوع في الفرع الثاني .

الفرع الأول . إجراءات الرجوع في عقد الهبة :

الرجوع في الهبة حقّ شخصي مقرر للواهب³ ومن ثمّ يثور التساؤل عن كيفية ممارسة هذا الحق من طرف الواهب .

يرى الفقهاء ومعظم التشريعات العربية أنّ الرجوع في عقد الهبة يتمّ بإحدى الطريقتين : إمّا بالتراضي بحيث يتفق الطرفان على إنهاء عقد الهبة المبرم بينهما وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ودون اللجوء إلى القضاء أو بالتقاضي .

1 وذلك استنادا إلى نص المادة 106 مدي جزائري التي اعتبرت العقد شرعة المتعاقدين وتطلبت لنقضه أو تعديله ضرورة اتفاق طرفيه على ذلك.

2. د. حبار محمد، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور علي سليمان، جامعة بن عكنون -الجزائر،

1977-1978 ص 115 و 116.

3 قرار م ع غ أش مو، ملف رقم 367996، الصادر بتاريخ 2006/06/14، منشور ب م ع ، ع 1 س 2007 ص 479 والذي أكد بأن حق الرجوع في الهبة حق شخصي مقرر للأبوين فقط فلا

ينتقل لورثتهما بالميراث، ومن ثمّ لا يجوز للورثة بعد وفاة الواهب ممارسة هذا الحق.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

أولاً . الرجوع في عقد الهبة بالتراضي :

الهبة عقد كسائر العقود ، يجوز لطرفيه الاتفاق على الرجوع فيه وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فإن تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع اعتبر هذا الاتفاق إقالة من الهبة تتم بإيجاب وقبول جديدين ، فقد يندم الواهب على هبته لأي سبب من الأسباب وقد يكون مخطأً في هبته ويريد الرجوع فيها ومن أجل ذلك يرجع إلى الموهوب له ليتراضى معه على الرجوع فإن قبل هذا الأخير طلب الرجوع فكأنما أقاله من خطئه¹ .

ويشترط لصحة الرجوع في الهبة بالتراضي أن يتم بإيجاب وقبول متطابقين وصادرين عن متعاقدين يتمتعان بأهلية التصرف ، وأن تكون إرادتهما سليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني .
على أنه يجوز أن تتم الإقالة بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين متى اتفقا على ذلك مسبقاً في عقد الهبة .
غير أن مشكلة هامة تثور في هذا الصدد تتمثل فيما يجب أن تشترط الرسمية في الرجوع عن الهبة بالتراضي كما تشترط في عقد الهبة ذاته؟ .

للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى رأيين ، فذهب الرأي الأول إلى عدم اشتراط الرسمية في الرجوع عن الهبة كونه عقداً رضائياً ، في حين ذهب الرأي الثاني إلى القبول بأن الرجوع في الهبة بالتراضي يجب أن يتم بنفس الشكل الذي انعقدت به الهبة أي أنه يجب إفراغه في الشكل الرسمي² .
و الأصح في نظرنا ما أخذ به أنصار الاتجاه الثاني وما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي الجزائري أنه يجب أن يتم الرجوع في عقد الهبة في الشكل الرسمي³ ، ذلك أنّ اشتراط الرسمية فيه يمكن أسرة الواهب والموهوب له والغير من العلم بالرجوع وبأنّ الشيء الموهوب قد عاد إلى ملك الواهب مرةً أخرى وبالتالي التصرف على هذا الأساس .

فإذا كان الموهوب عقاراً مثلاً تعيّن على الواهب والموهوب له - في حالة التراضي بينهما على الرجوع في الهبة المبرمة بينهما - الانتقال إلى مكتب التوثيق للتصريح عن رغبتهما في إعادة الأحوال إلى ما كانت عليه من قبل التعاقد وذلك حتى تنتقل ملكية العقار من جديد إلى الواهب مع تسجيل وشهر إرادتهما في المحافظة العقارية . وبناءً عليه إذا اكتفى الواهب والموهوب له بالرجوع بالتراضي بينهما شفاهة أو في ورقة عرفية دون إفراغ ذلك الرجوع في عقد رسمي مثبت له لا يكون للرجوع عندئذ أي أثر قانوني، وبالنتيجة يبقى الموهوب له مالكا

1. جمال الدين طه العاقل/الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، للمقال السابق 30.

2. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق، ص 24، 25.

3. يراجع قرار م ع غ أ ش ومو، ملف رقم 249828، الصادر بتاريخ 2000/10/17، غير منشور.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

للعقار محلّ عقد الهبة قانونا فيجوز لدائنيه -إن وجدوا- توقيع الحجز عليه في حالة تقاعس الموهوب له عن سداد ديونه وذلك من أجل استيفاء حقوقهم، كما يدخل هذا العقار في تركة الموهوب له وينتقل إلى ورثته بمجرد وفاته¹.

ويتربّط على الرجوع في الهبة بالتراضي انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن، فيسترجع الواهب الشيء الموهوب ويسترد الموهوب له العوض الذي دفعه إلى الواهب إذا كانت الهبة التي تمّ الرجوع فيها بعوض. وتحدّر الإشارة إلى أنّ الرجوع في الهبة بالتراضي بين الواهب والموهوب له يتمّ في جميع الحالات سواء كان للواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يكن سواء وجد مانع من الرجوع في الهبة أو لم يوجد. هذا وإنّ المشرع الجزائري لم ينص على حالة الرجوع في الهبة بالتراضي بين المتعاقدين، غير أنّ هذا الإغفال لا يمنع من إعمال القواعد العامة في العقود بوجه عام والتي تجيز لطرفي العقد نقضه وإنهاءه بالاتفاق طبقا للمادة 106 مدني جزائري والتي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون".

فإذا قبل الموهوب له إرجاع ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب يتعيّن عليه إعادة المال المنقول إلى هذا الأخير ليضع حينئذ حدّا لعقد الهبة المبرم بينهما بدعوى أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتمّ بالحيازة. أمّا إذا تعلق الأمر بعقار تعيّن على الأبوين مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا والمتعلقة بالشهر العقاري حتى يتم إعادة نقل الملكية العقارية الموهوبة من الموهوب له إليهما فإذا لم يتبعا هذه الإجراءات -مثلا سبق بيانه- بقي ولدهما متمتعا بمركزه القانوني كموهوب له فيبقى مالكا للعقار الموهوب، ومن ثمّ يجوز له أن يتصرف فيه كيفما يشاء عن طريق بيعه أو هبته أو رهنه ونحوها.

ونخلص ممّا سبق أن الرجوع في الهبة بالتراضي لا يكفي لقيامه مجرد الادعاء الشفوي بوجوده أو بمجرد تقديم ورقة مكتوبة عرفية تفيد ذلك وإتّما يقتضي الأمر إفراغ إرادة كل من الواهب والموهوب له في قالب رسمي ووجوب إخضاعها للشهر العقاري حتى يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد استنادا إلى القواعد القانونية العامة المقرّرة في هذا المجال.

1- والملاحظ هنا أنه لا يجوز لورثة الواهب طلب الرجوع في الهبة التي أبرمها مورثهم بدعوى أن هذا الأخير قد تراضى مع الموهوب له في الرجوع قبل وفاته لكنه لم يثبت هذا الرجوع في شكل رسمي، فإذا

رفعوا الدعوى فإنه لا يمكن للقضاء الاستجابة لطلبهم لأنّ الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب ولا ينتقل إلى ورثته بالميراث اللهم إذا تعلق الأمر باختلال شرط من شروط صحة الهبة أو ركن من

أركانها، وفي هذه الحالة تكون أمام إبطال الهبة وليس الرجوع فيها، وبين الحكمين آثار قانونية مختلفة.

- يراجع مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق ص131.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ثانيا . الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي :

إنّ ما استقرت عليه غالبية الفقه والتشريعات العربية هو جواز لجوء الواهب إلى القضاء بالمطالبة بالرجوع في عقد الهبة المبرم بينه وبين الموهوب له من أجل استصدار حكم قضائي يخوّله استرجاع الشيء الموهوب من الموهوب له متى رفض هذا الأخير الرجوع عن الهبة بالتراضي .
غير أنّ حق الواهب في الرجوع في الهبة بالتقاضي يرد عليه بعض القيود:
. أنه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بغير التراضي مع الموهوب له إذا كانت الهبة لازمة¹ بأن قام فيها مانع من موانع الرجوع في الهبة.

. أنّه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بإرادته المنفردة وبغير التراضي مع الموهوب له ما لم يكن له عذر مبرر مقبول قضاءً يميز له الرجوع حتى وإن كانت الهبة التي يريد الرجوع فيها غير لازمة² ولا يقوم فيها أيّ مانع من موانع الرجوع.

. أنّه لا يترك للواهب وحده تقدير العذر المقبول للرجوع في الهبة بل يجب أن يراقبه فيه القضاء، فإذا رأى القضاء أن العذر الذي قدّمه الواهب للرجوع في هبته مقبولاً أقرّه عليه وقضى بإنهاء الهبة وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة³.

. هذا ولقد نصّت معظم التشريعات العربية على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي في قوانينها⁴ وحوّلت الواهب ممارسة هذا الحق إذا رفض الموهوب له الرجوع بالتراضي شريطة أن يستند في ذلك إلى عذر مقبول وأن لا يوجد مانع من موانع الرجوع ، على أنّ السبب في إدراج هاذين الشرطين هو منع الواهب من التعسف في استعماله حقه في الرجوع من أجل إلحاق الضرر بالموهوب له⁵.

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

2العقد الغير لازم هو ذلك العقد الذي يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه، بمعنى أنّ له أن يستبدّ بإخائه بإرادته المنفردة.

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

يراجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي تقع على الملكية: الهبة، ج5 المرجع السابق ص185.

ويراجع كذلك: د. بدران أبو العنين بدران/ الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق ص247

4ينص المشرع المصري في المادة 2/500 مدني على حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي بقوله: " فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز له أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند إلى عذر

مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع". وتقابل هذه المادة في التشريعات العربية المواد: 2/468 مدني سوري 489 مدني لبي، 2/576 مدني أردني، 422 مدني سوداني، 2/620 مدني عراقي، 2/537

مدني كويتي، 6/646 ب معاملات مدنية إماراتي.

⁵ شيخ نسبيمة ، المرجع السابق ، ص 77 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وترفع دعوى الرجوع من الواهب أو ممن يمثله قانونا ضد الموهوب له عن طريق إتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي أمام القضاء¹.

وإذا استصدر الواهب حكما قضائيا يقضي بالرجوع في هبته فإن هذا الحكم يجب إخضاعه إلى الإشهار العقاري والتأشير به على هامش البطاقة العقارية المعدّة للعقار الموهوب حتى يكون له أثر فيما بين المتعاقدين ويكون حجة على الغير².

وجدير بالملاحظة في هذا الصدد أنّ المشرع الجزائري لم ينص على الرجوع في الهبة بالتقاضي صراحة في قانون الأسرة إلا أنّ ذلك يستفاد ضمنا من نصّ المادة 211 منه التي تخوّل للأبوين ممارسة هذا الحق استثناء بشروط مثلما سوف يتم التطرق إليه و بالتفصيل في هذا البحث³.

غير أنّه بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري تبين لنا أنّه لم يستقر على اتجاه معيّن -حول الطريقة التي يجب على الواهب أن يسلكها لممارسة حقه في الرجوع إذا ما أراد ذلك- إلى حين صدور قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ : 23 فبراير 2009 ، ففي القرار الصادر مثلا عن المحكمة العليا بتاريخ : 17 أكتوبر 2000⁴ قضى القضاة بصحة الرجوع الذي تمّ عن طريق عقد توثيقي مشيرين في ذلك إلى أنّ المادة 211 من قانون الأسرة لا تشترط على الأبوين أية طريقة يتعيّن عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما فالتراجع في الهبة بعقد توثيقي كاف لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي.

وترتبا على ذلك يمكن القول بأنّ القضاء الجزائري -في القضية المذكورة- أجاز للوالد الواهب ممارسة حقه في الرجوع فيما وهب لولده بأية طريقة يراها دونما تقييده بكيفية معيّنة للرجوع.

غير أننا نلاحظ أن القضاء الجزائري سلك منحى مخالفا في قرار لاحق له صدر عنه بتاريخ 13 أبريل 2005⁵ قضى فيه بما يلي: "التراجع عن عقد الهبة الرسمي أمام الموثق وليس أمام القضاء حرق لأحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون التوثيق".

1يراجع نص المادة 14 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 والذي تم نشره في ج ر ج ، ع 21 س 45 الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

2يراجع نصّ المواد 15 و16 من الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ويراجع أيضا نصّ المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في: 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

3راجع الصفحة 97 من هذه الدراسة.

4 قرارم غ غ أش ومو، ملف رقم 249828 الصادر بتاريخ 17/10/2000 غير منشور، أشرت إليه سابقا في ص75 من هذه الدراسة.

ونفس المعنى تضمنه قرارم غ غ أش مو ملف رقم 169391 الصادر بتاريخ 30/09/1997 منشور بأج ق غ أش عدد خاص س 2001 ص 274 والذي جاء فيه أن التراجع في الهبة يجوز أمام الموثق وليس أمام القضاة فقط.

5 قرارم غ غ ت ب ملف رقم 342915 الصادر بتاريخ 13/04/2005 منشور ب م م ع ، ع 1 س 2005 ص 179.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

إذن يبدو لنا جليا أنّ قضاة المحكمة العليا بقضائهم هذا تراجعوا عن قضائهم السابق حين قرروا بأن الرجوع في الهبة لا يكون إلا أمام الجهة القضائية المختصة وأنّ العقد التوثيقي المثبت للرجوع في الهبة لا أثر له. وأمام هذا التباين بين الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا حول كيفية رجوع الوالد الواهب في هبته لولده صدر قرار عن المحكمة العليا في غرفة المحكمة بتاريخ 23 فبراير 2009¹ كرس ما جاء به القرار الأول الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بحيث أطلق حقّ الواهب في الرجوع وترك له أن يختار الطريقة التي يراها هو في الرجوع في هبته سواء تم الرجوع عن طريق اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي بالرجوع على أساس أنّ المادة 211 من قانون الأسرة تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد للإجراء الواجب إتباعه من جانب الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في هبته لولده ، ويكفي لصحة هذا الرجوع -باعتباره من الأعمال الإدارية- مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب.

وخلاصة ما تقدّم أن القضاء الجزائري كرس للواهب حق الرجوع في الهبة إمّا عن طريق القضاء أو عن طريق عقد توثيقي ، ويبقى للموهوب له في هذه الحالة الأخيرة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطال عقد الرجوع في الهبة حال قيام أحد الموانع المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 المشار إليها أعلاه.

الفرع الثاني . حكم الرجوع في عقد الهبة :

لقد اختلفت آراء الفقهاء والتشريعات الوضعية حول مسألة الرجوع في عقد الهبة بين مجيز لهذا التصرف ومانع له ولكلّ مبرراته وأسانيده.

أولا . حكم الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :

يتعيّن قبل التعرض لحكم الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري أن أنوّه إلى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية² هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، وبما أنّ عقد الهبة يندرج ضمن أحكام هذا القانون فإنّه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة المبرمة قبل صدوره.³ هذا ولقد نظّم المشرع الجزائري عقد الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة⁴ وبذلك اتّخذ منهجا مخالفا لمسلك أغلب التشريعات الوضعية العربية والأجنبية -على حدّ سواء- التي نصّت على أحكام عقد الهبة في قوانينها المدنية باعتباره عقدا ناقلا للملكية.

1 قرار م ع غ م ج م ل ف رقم 444499 الصادر بتاريخ 2009/02/23، م ب م م ع، ع 1 س 2009 ص 107.

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

3 الملاحظ أن أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على الهبة عند عدم وجود نص خاص في قانون الأسرة يحل المسألة وهذا وفقا لمقتضيات المادة 222 من ق.أ والمادة 1/2 من ق.م.

4 القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 منشور ب ج ر، ع 24،

س 21 الصادرة بتاريخ 12/06/1984.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وإذا كان مركز الهبة الطبيعي في النظام القانوني هو بين العقود المسماة وفي القانون المدني- لأنّ الهبة عقد مالي كسائر العقود- إلا أنّ السبب الذي جعل المشرع الجزائري يضعها ضمن أحكام قانون الأسرة هو حرصه الشديد على أنّ تستمد الهبة أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعاً لكلّ موضوعات قانون الأسرة من زواج وطلاق وميراث ووصية ووقف ونحوها¹.

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

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

ولا شك أنّ نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقاً².

هذا ويستفاد من نص المادة 211 من قانون الأسرة المنوّه عنها أعلاه أنّ المشرع أجاز استثناء للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه ولأبويّ سبب كان ما لم يوجد مانع منه.

ولعلّ السبب في إدراج المشرع الجزائري لهذا الاستثناء الرّامي إلى حقّ الأبوين في الرجوع فيما وهباه لولدهما هو حمايتهما وتوفير ضمانات لهما من الأضرار التي قد تلحق بهما بفعل تبذير أولادهما الموهوب لهم لأموالهما وكذا لتغيّر الظروف والأوضاع التي تتمّ فيها إبرام الهبة³، فقد تعكس أحوال الأب بعد ذلك من اليسر إلى العسر فيصبح عاجزاً عن توفير أسباب العيش له ولأبنائه بما في ذلك الأب الموهوب له، وقد يضطر الوهاب إلى الرجوع في هبته بداعي العدل والمساواة بين أولاده⁴.

1 يلاحظ بمراجعة أحكام القضاء الجزائري التي تفصل في قضايا الرجوع في عقد الهبة أنّها تفصل فيها أحياناً من قبل غرفة الأحوال الشخصية وأحياناً أخرى من طرف الغرفة المدنية.

قرار م ع غ م، ملف رقم 330258 الصادر بتاريخ 2005/05/18 منشور ب م م ع، ع، 2، س 2005 ص 377.

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

ثابتاً في -قضية الحال- أنّ علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوّة بل علاقة أخوّة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شؤهوا قرارهم بمخالفة

القانون في المادة 211 من ق.أ. مما يعرض قرارهم للنقض".

3يراجع أ. لعموم مصطفى، (عقد الهبة) مجلة الموثق العدد 8 سنة 1999 ص 21.

14. البشير جيري، (الرجوع عن الهبة) مجلة الموثق العدد 9 سنة 2003 ص 41.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ويلاحظ في هذا الصدد أن القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد حول مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم ، فاعتبر في بعض أحكامه أنّ الجدّ والجدّة يأخذان حكم الأبوين ومن ثمّ يجوز لهما الرجوع في هبتهم لأحفادهما مؤسّسين قضاءهم على نصّ المادة 211 من قانون الأسرة المذكورة آنفاً¹، وانتهج في البعض الآخر من أحكامه منحى مخالفاً حيث اعتبر أن الرجوع في الهبة مقرر للأبوين فقط دون سواهما².

وأمام هذا الاختلاف أرى تماشياً مع ما استقرّ عليه القضاء أخيراً أن الرجوع في الهبة مقررّ للأبوين فقط ذلك أنّ نصّ المادة 211 المنوّه عنها أعلاه صريح وواضح لا يحتاج إلى تفسير أو اجتهاد إذ أنّه لا اجتهاد مع النص ، وأنّ لفظ الأبوين الوارد به يشمل الأب والأمّ وفقط دون سائر الأصول فلا يمكن اعتبار الجدّين بمثابة الأبوين ومن ثمّ لا يجوز لهما الرجوع فيما وهباه لأحفادهما.

ولقد كترس المشرع الجزائري قاعدة لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها إذا كانت بقصد المنفعة في المادة 212 من قانون الأسرة والتي جاء نصّها كالآتي: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"³.

وإن كان نص هذه المادة يمنع الواهب من الرجوع في هبته إذا كانت بقصد المنفعة العامة إلا أنّه لا يحول دون طلب فسخها باللجوء إلى القضاء إذا اشترط الواهب على الموهوب له القيام بعمل يهدف إلى المنفعة العامة ولو لم ينفذ هذا الأخير الشرط فنكون أمام هبة بعوض قابلة للفسخ بسبب عدم تنفيذ الموهوب له العوض المشترط في الهبة⁴، ومثال ذلك أن يهب الشخص مبلغاً من المال لجمعية خيرية من أجل بناء ملجأ إلا أنّ هذه الأخيرة تمتنع عن تشييد الملجأ فيجوز للواهب عندئذ طلب فسخ عقد الهبة طبقاً للقواعد العامة على أن

1 إرجاع قرار م ع غ أ ش ملف رقم 252350 الصادر بتاريخ 2001/02/21 م ب م ق ، ع 1 س 2002 ص 308 والذي قضى فيه بما يلي: "إنّ الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل أيّ مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة".

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

وفي نفس المعنى إرجاع قرار م ع غ أ ش ملف رقم 564007 الصادر بتاريخ 2010/05/13 غير منشور، والذي يقضي بما يلي: "الرجوع في الهبة يكون للأولاد فقط وذلك طبقاً للمادة 211 من قانون الأسرة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إبطال عقد الهبة الذي أبرمه لفائدة حفيده المطعون ضده معللاً ذلك برجوعه عن الهبة، بقضائهم كما فعلوا طبقاً للقانون، وعليه يتعيّن رفض الطعن".

3 ولقد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف، ومن أجل ذلك إرجاع قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 116191 الصادر بتاريخ 1997/01/19 منشور ب ن ق ، ع 56 ص 74 والذي جاء فيه: "ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن لم تشغل لما وهبت من أجله لأنّ الهبة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكاً للبلدية".

4 الحسين بن الشيخ آت ملوياً، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق ص 743.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

يخضع تقدير الفسخ من عدمه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا على حكمه مسببا تسببيا كافيا¹.

وانطلاقا من نصّ المادتين 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري المتضمن أحكام الرجوع في الهبة يمكننا استخلاص النتائج التالية:

. أنّ المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء إذ لم يجز للواهب الرجوع في هبته إلا في حالة هبة الوالد لولده ، وهو بذلك جعل الرجوع في عقد الهبة أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه².

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

. أنّه لم يقيّد رجوع الأبوين لولدهما بوجود عذر مسوغ مبرّر قضاء.

. أنّه حوّل للوالدين دون سواهما ممارسة حق الرجوع في الهبة لولدهما صغيرا كان أو كبيرا، سفيها أو رشيدا، بالغا أو قاصرا، تمت حيازته للشيء الموهوب أو لم تتم³.

. أنّه لم يميّز في الرجوع بين ما إذا كان محل الهبة عقارا أو منقولا ، فأجاز للأبوين الرجوع في كليهما.

. أنّه لم يتطرّق إلى مسألة الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي مثلما فعلت ذلك باقي التشريعات الوضعية.

. أنّه لم يشترط على الأبوين أية طريقة يتعيّن عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما، ومن ثمّ يجوز لهما الرجوع في الهبة بإتباع طريق العقد التوثيقي أو عن طريق استصدار حكم قضائي بالرجوع⁴.

. أنّ إدراجه لنص المادة 212 من قانون الأسرة والتي جاء فيها أنّ الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها في غير محلّه لأنّه قد يستفاد من هذا النصّ -بمفهوم المخالفة- أنّه يجوز الرجوع في الهبة ما لم تكن بقصد المنفعة العامة وهذا ما لا يتماشى والمبدأ العام المعتمد في قانون الأسرة الجزائري والقاضي بعدم الرجوع في الهبة مطلقا.

1. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق ص519.

2.يراجع قرار م ع، ملف رقم 328682 الصادر بتاريخ 2006/02/15، م ب م ع، س2006، ع1 ص237.

3.يؤخذ على مشرّعنا أنّه أجاز للوالد الرجوع في هبته لابنه مطلقا ما لم توجد حالة الولد حالة من حالات المنع المذكورة في المادة 211 من ق.أ دون الأخذ بعين الاعتبار حالة الولد الموهوب له الذي يرجع عليه، خلافا لما ذهب إليه -وعن صواب- بعض مناهب الشريعة الإسلامية بما فيها المذهب المالكي الذي راعى حالة الابن الموهوب له في تقرير الرجوع من عدمه فمنع رجوع الأم على ابنتها الموهوب له إذا لم يكن له أب أو كان صغيرا وإن كان له أب.

4.قرار م ع في غرفته المجتمعة، ملف رقم 444499 للمؤرخ في 2009/02/23، م ب م ع، ع1، س2009 ص107 والذي قضى فيه بأنّه: "يكفي لصحة الرجوع باعتباره من الأعمال الإدارية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب".

يراجع ما سبق شرحه في صفحة 57 و58 من هذه الدراسة.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ثانيا . حكم الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريعات المقارنة :

استمدت معظم التشريعات العربية الأحكام الموضوعية لعقد الهبة بما فيها حكم الرجوع فيه من الفقه الإسلامي. وباعتبار أنّ هذه المسألة كانت محلّ خلاف بين الفقهاء كما سبق بيانه فقد اختلفت التشريعات العربية بشأنه تبعا لذلك.

فأخذ البعض بمذهب جمهور الفقهاء ومن ثمّ القول بمنع الرجوع في الهبة كأصل عام ما لم تكن الهبة من الوالد لولده، وأخذ البعض الآخر بالجمع بمذهب الحنفية وبالتالي القول بحق الواهب في الرجوع في هبته مطلقا ما لم يوجد مانع من مواعنه، وفضّل البعض الآخر الجمع بين مذهبي الجمهور والأحناف.

ولبيان هذا الاختلاف ، سوف نتعرض بالدراسة أحكام الرجوع في الهبة في أهم التشريعات العربية والأجنبية في كل من مصر وفرنسا.

بالرجوع إلى التقنين المدني المصري نجده أجاز الرجوع في الهبة مطلقا ما لم يقم مانع من مواع الرجوع وكان للواهب عذر مقبول¹، فنصّ في المادة 500 مدني على ما يلي: "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".

وبقراءة نصّ هذه المادة يتّضح لنا أن المشرع المصري نصّ صراحة على الرجوع في الهبة بنوعيه ، فأجاز للواهب أن يتراضى مع الموهوب له من أجل الرجوع في هبته² كما أجاز له - في حالة عدم الاتفاق على الرجوع بالتراضي - أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالرجوع بالتقاضي في الهبة متى كان له عذر مبرر مسوغ قضاء، ولم يوجد مانع من مواع الرجوع المحددة في القانون على سبيل الحصر³.

1المقابل المادة 500 مدني مصري في التشريعات العربية المواد 468 مدني سوري، 489 مدني لبي، 620 مدني عراقي، 429 مدني سوداني، 576 مدني أردني، 646 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

2 لم يشترط القانون المدني المصري لحصول الرجوع بالتراضي في الهبة أن يكون للواهب عذر مبرر، وأن يعدم المانع من الرجوع.

يراجع بهذا الصدد: نقض مدني، طعن رقم 1296 الصادر بتاريخ 1995/12/26، أشار إليه: المستشار معوض عبد التواب/ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني: أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، العقود المسماة: البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1998 ص732، 733 والذي قضى فيه بأن: "تراضي الواهب مع الموهوب له على الرجوع في الهبة إقالة منها، تتم بإيجاب وقبول جديدين، ويترب عنها اعتبار الهبة كأن لم تكن طبقا للمادتين 1/500 و1/503 مدني".

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

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

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وعلى خلاف معظم التشريعات الوضعية العربية أعطى القانون الفرنسي عقد الهبة قوة في الإلزام بحيث قرّر أنّ الأصل فيه عدم الرجوع مثلما تقضي بذلك المادة 894 مدني فرنسي والتي جاء نصّها كالآتي: " الهبة عقد، به يتجرد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله".
غير أن المشرع الفرنسي وإن منع الرجوع في الهبة باعتبارها عقدا لازما كقاعدة عامة إلا أنه أقرّ استثناء بحق الواهب في الرجوع عن هبته رضاء مع الموهوب له أو قضاء ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، وهذه الموانع تتمثل في:

- حالة عدم تنفيذ الشروط والتكاليف التي تمّت الهبة على أساسها.
 - حالة جحود الموهوب له.
 - حالة ميلاد ولد للواهب.
 - حالة الهبة التي تتم بين الزوجين أثناء الزواج ما لم يولد للواهب طفل.
- وتسري أحكام الرجوع هذه على جميع أنواع الهبات سواء كانت ظاهرة أو مستترة، أو يدوية أو متبادلة.

المطلب الثاني . أعدار الرجوع في عقد الهبة وموانعه و آثاره :

لقد اختلفت آراء الفقهاء والتشريعات الوضعية حول مسألة أعدار الرجوع في الهبة ، فمنهم من ذهب إلى وجوب توافرها لإمكانية الرجوع ومنهم من لم يقرّ الرجوع بأية أعدار ولكلّ مذهب مبرراته وأسانيده.

الفرع الأول . أعدار الرجوع في عقد الهبة :

سنتناول من خلال هذا الفرع إلى :

أولا . أعدار الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري يتبيّن لنا أنّ المشرع لم يقيّد - على غرار رأي جمهور الفقهاء - حقّ الرجوع في الهبة المقرّر للأبوين دون سواهما - بوجود توافر عذر مقبول، فأجاز لهما ممارسة حق الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنّه، صغيرا أو كبيرا، إلا إذا وجد مانع من الموانع الثلاثة المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة¹.

ولعلّ السبب في عدم اشتراط المشرع الجزائري توافر أعدار لرجوع الوالد الواهب في هبته لولده يعود إلى أنّ الأب لا يتّهم في رجوعه لشفقته على ابنه فهو لا يرجع إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو، ومن ثمّ لا يعقل أن يطلب منه تبرير رجوعه عن هبته بتقديم عذر مقبول.

وترتيبا على ذلك فإنّه متى عرض على القاضي الجزائري نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده وجب عليه أولا أن ينظر في مدى توافر إحدى حالات المنع المذكورة على سبيل الحصر في المادة المنوّه عنها أعلاه فإذا

1 شيخ نسيمية ، المرجع السابق ، ص 111 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وجد المانع حكم للموهوب له وقضى بعدم الرجوع أما إذا انتفى المانع وجب عليه الاستجابة لطلب الواهب دون اشتراط السبب المقبول من عدمه¹، ومن ثمّ القضاء بالرجوع وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

ثانيا . أعدار الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريعات المقارنة :

أ . في القانون المصري :

لقد تطرق المشرع المصري إلى أعدار الرجوع في الهبة التي نصّ عليها المشرع المصري على سبيل المثال لا الحصر وذلك فيما يلي :

1 . جحود الموهوب له :

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

ولما كانت الهبة تبرعا من الواهب إلى الموهوب له فإنّ الجزاء الذي ينتظره الأول من الثاني هو الاعتراف بالجميل، فإذا جحد الموهوب له جميل الواهب لم يكن مستحقا للهبة وكان الواهب معذورا إذا ما أراد الرجوع فيها².

والملاحظ أنّ التشريع المصري وضع معيارا مرنا ولم يحدّد صور الجحود صراحة وإتّما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعرض عليه النزاع وهو بذلك يختلف عن مسلك بعض التشريعات الغربية التي حدّدت صور الجحود صراحة في نصوصها القانونية³.

ويعتبر جحودا كبيرا من الموهوب له أن يعتدي هذا على حياة الواهب أو على حياة أحد من أقاربه أو أن يسيء إلى الواهب أو إلى أحد أقاربه لإساءة بالغة بسبّ أو قذف أو اعتداء على المال أو العرض أو غير ذلك من ضروب الإساءة.

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

1 تراجع قرار م ع غ م، ملف رقم 177428، الصادر بتاريخ 1999/03/17، منشور ب م ق، ع 2 ص 2000 ص 81.

2. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة ج 5 ص 200.

3 شيخ نسيمه، المرجع السابق، ص 112 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

هذا ولا يشترط في الإساءة أن تكون جريمة يعاقب عليها القانون بل يكفي أن تكون الإساءة بالغة لتعتبر جحودا كبيرا من الموهوب له يبرّر الرجوع في الهبة، فقد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر إساءة بالغة للواهب ولا تبرّر الرجوع كأن يتسبّب الموهوب له في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه خطأ من غير عمد أو أن يكون قتله أو إحداثه جرحا بالواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه في الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه¹.

وفي جميع الأحوال يشترط أن تصدر هذه الأعمال من جانب الموهوب له وهو في كامل قواه العقلية وإلا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة لعدم قيام العذر المقبول، فإن كان مجنوناً أو فاقداً لوعيه أو صغيراً دون سنّ التمييز وقت إتيان الإساءة البالغة ضد الواهب أو أحد أقاربه لم يقم مانع الجحود ومن ثمّ لم يجز للواهب أن يرجع في هبته².

ومتى تحققت حالات الجحود يكون القاضي الموضوع سلطة البتّ فيما إذا كان العمل الصادر من الموهوب له يشكل إساءة بالغة للواهب أو أحد أقاربه، فإذا رأى أنّ فعل الموهوب له يعتبر حقاً جحوداً كبيراً قضى للواهب بالرجوع ولا رقابة على قضائه من طرف محكمة النقض إذا استند في حكمه إلى أسباب سائغة تبرره³ ويقع عبئ إثبات واقعة الجحود في هذه الحالات على الواهب، أمّا إذا رأى عكس ذلك قضى لصالح الموهوب له.

وتخضع دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود للقواعد العامة في التقادم في القانون المدني المصري، فتتقادم بمضيّ خمسة عشرة سنة من وقت قيام العذر⁴.

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

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

1 يشترط لحالة الدفاع الشرعي شرطان:

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

شرط التناسب: أي أن يكون فعل الدفاع متناسباً مع فعل الاعتداء من حيث القوة أو الجسامه.

2. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص 88 هـ.أ.

3 في هذا المعنى يراجع: نقض مدني، الصادر بتاريخ 1979/03/13، أشار إليه د. مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص 88 هـ.أ.

وذا المعنى يؤكد: Cass.Civ 13/12/1965,Bull.Civ.I.N700 ? P536

4. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة ج 5 المرجع السابق ص 254، 255.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

فقد تسوء حالة الواهب المالية بعد الهبة إما لسبب لا يتصل بالهبة وإما لأنّ الهبة ذاتها قد كانت على غير ما توقع الواهب سببا في هذا الارتباك المالي، وعلى أية حال فإنّ عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة له أو لغيره ممن تجب عليه نفقتهم يعتبر عذرا مبرّرا للرجوع في عقد الهبة. وبذلك يكون للواهب حقّ الرجوع في حالتين:

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

إذا تدهورت حالة الواهب المالية بعد إبرام عقد الهبة بأن أصبح غير قادر عن تلبية حاجياته بما يتفق ومكانته الاجتماعية جاز له الرجوع في هبته للموهوب له وليس شرطا لقيام هذا العذر المبرّر أن يصبح الواهب فقيرا فقرا مدقعا بل يكفي أن يصبح في مركز اجتماعي لا يسمح له أن يعيش الحياة العادية التي تتفق ومكانته الاجتماعية قبل إبرام الهبة¹.

على أن تحديد المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب ليس بالأمر السهل لأنها تختلف من حالة إلى أخرى وفقا للظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع أو وفقا لتبذير الواهب أو إسرافه وسوء تصرفه، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كان الضيق المالي الذي وقع فيه الواهب يكفي أن يكون عذرا يميز الرجوع في الهبة أم لا؟ هذا ولقد وفق المشرع المصري عندما لم يحدّد المقصود من المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب وهو بذلك وضع معيارا مرنا يسترشد به القاضي ويسهّل من عمله فيجعل لكلّ حالة معروضة عليه ما يلائمها من حكم تبعا لظروف كلّ واهب قبل وبعد الهبة.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أنّه يجب أن يستند هذا العذر على سبب معقول كأن يقلّ دخل الواهب من تجارته أو وظيفته مثلا فإن كان فقره ناجما عن إسرافه وتبذيره فيما لا يفيد كشراب الخمر أو لعب القمار امتنع عليه الرجوع لانتهاء العذر المسوغ ويبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير سبب العجز².

والملاحظ أنّ هذا العذر المبرر للرجوع يتحقق حتى لو أبدى الموهوب له استعدادا للإنفاق على الواهب أو تقديم مساعدة مالية له اللهم إلا إذا قبل الواهب هذه المساعدة من الموهوب له بأن نزل عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر³.

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

إذا أصبح الواهب بعد إبرامه الهبة عاجزا عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم شرعا وقانونا كزوجة وأولاده وأقاربه لسوء حالته المادية إما بسبب الهبة ذاتها أو بسبب آخر يتصل بها قام عذر الواهب في الرجوع في الهبة.

1 أنور العموسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني: الهبة، المرجع السابق ص353.

2. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص92 هـ1.

3. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الهبة ج5 المرجع السابق ص203.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ولقد انتقد بعض الفقه هذه التشريعات في ذكرها لهذه الحالة باعتبار أنه لا يوجد داع من النص عليها كونها تندرج ضمن الحالة الأولى، في حين يرى البعض الآخر أنّ النصّ عليها في محله وذلك لإبعاد كلّ غموض قد يثار وأنّ الالتزام بالنفاق على الأقارب يختلف باختلاف الحالات وباختلاف عدد الأقارب فقد يكون الواهب قادرا على الإنفاق على نفسه وتوفير كلّ أسباب المعيشة اللائقة به دون قدرته على ذلك تجاه أقاربه.

ويجوز كذلك في هذه الحالة أن يرجع الواهب في هبته حتى لو أبدى الموهوب له استعدادا للإنفاق على من تجب على الواهب نفقتهم أو قدّم له مساعدة مالية تعنيه على هذا الإنفاق ما لم يقبل الواهب ذلك ونزل بالتالي عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر.

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذه الحالة والقول إذا ما كان الضيق المالي الذي ألمّ بالواهب يكفي عذرا للرجوع في الهبة أم لا؟ ولا رقابة من محكمة النقض على قضائه متى كان حكم القاضي مبنيًا على أسباب سائغة تبرّره، مع العلم أنّ عبئ إثبات العجز يقع على عاتق الواهب.

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

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

وترتبيا على ذلك، يكون للواهب حقّ الرجوع في هبته في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى . أن يرزق الواهب ولدا :

قد يهب الواهب ماله مدفوعا عند إبرام عقد الهبة بأنّ ليس له ولد ذكرا كان أو أنثى يترك له هذا المال الموهوب فيؤثر الموهوب له على ورثته الآخرين إن وجدوا، ومن ثمّ إذا رزق الواهب بعد إبرامه الهبة ولدا جاز له الرجوع وفي هذا حماية لأموال الولد المزداد.

وكي يتحقق هذا العذر، يجب:

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

ويأخذ الجنين حكم الولد إذا ولد حيّا، فيعتبر عذرا مبررا للرجوع بشرط ألا يكون الواهب وقت إبرامه عقد الهبة يعلم بوجوده أو كان يظنّ أنّ زوجته عاقر.

. أن يبقى الولد المزداد حيّا إلى وقت الرجوع في الهبة فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في هبته زال العذر المبرر للرجوع وامتنع على الواهب الرجوع¹.

¹ شيخ نسبية ، المرجع السابق ، ص 119 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

. أن يرزق الواهب الولد حال حياته، فإذا رزق به بعد وفاته سقط حق ورثته في الرجوع. والملاحظ أنّه متى أثبت الواهب قيام هذا العذر وجب على القاضي الاستجابة لطلبه والقضاء له بالرجوع في الهبة لأنّ سلطته - وعلى خلاف العذرين السابقين - مقيّدة.

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

إذا كان للواهب ولد ولكنه كان يظنه ميتا وقت إبرام عقد الهبة فقام بهبة ماله على هذا الأساس عدّ ذلك عذرا مبرّرا للرجوع يجوز بموجبه للواهب استرداد ما وهبه إلى الموهوب له¹ ، وعليه إذا كان للواهب ولد غائب² أو مفقود³ و حكم بموته قضائيا ثمّ ظهر أنّه حي يرزق فإنّ هذا يعدّ عذرا مسوغا للرجوع في الهبة. هذا ولا يتمتع القاضي في هذه الحالة أيضا بأية سلطة تقديرية فمتى قدّم الواهب الدليل على ظهور ابنه حيا بعد أن كان يظنه ميتا وقت إبرامه عقد الهبة حكم له القاضي بالرجوع.

ومّا تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنّه لا يشترط لقيام هذا العذر المبرّر للرجوع أن تكون حياته قد تأكّدت وعلى الواهب عبئ إثبات ذلك.

وخلاصة ما تقدّم وفقا لما قرره التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه (سوريا وليبيا) أنّه إذا كان للواهب عذر من الأعدار المنوّه عنها سابقا أو كان له عذر آخر بم يتم النصّ عليه في القانون واقتنع به القاضي وجب أن يحكم بالرجوع في عقد الهبة وبالنتيجة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

ب . في التشريع الفرنسي :

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

- 1 - حالة عدم تنفيذ الشروط التي تمّت الهبة على أساسها.
- 2 - حالة جحود الموهوب له .
- 3 - حالة ولادة طفل للواهب " الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع الفرنسي أورد حالات رجوع الواهب في هبته على سبيل الحصر لا المثال، وهذا ما سأوضحه فيما يلي:
- 4 - حالة عدم تنفيذ الموهوب له الالتزامات التي تمت الهبة على أساسها¹:

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

2 الغائب هو كلّ شخص منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير .

3المفقود هو كل شخص غاب عن موطنه الأصلي وانقطعت اخباره بحيث لا يعرف ما إذا حيا أو ميتا. فإذا طال غيابه أجاز المشرع لذوي الشأن أن يطلبوا من المحكمة استصدار حكم قضائي يقضي

باعتباره ميتا وذلك لرفع الحرج والضرر عنهم، فإن حكم القاضي بموته انتهت شخصيته القانونية ووزعت أمواله إن وجدت على ورثته، كما يجوز لزوجته بعد أن تكمل عدّة الوفاة أن تتزوج بغيره.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

يعدّ من الأعدار المقبولة لرجوع الواهب في هبته أنّ يخلّ الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف المفروضة عليه بموجب عقد الهبة المبرم بينهما سواء كانت الهبة لمصلحة الواهب أو الغير كأن يتخلف الموهوب له مثلا عن تنفيذ التزامه المنصوص عليه في عقد الهبة والمتمثل في أداء ديون الواهب.

غير أنّه في بعض الأحيان يكون الموهوب له ملزما بأداء ديون الواهب ولو لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني في عقد الهبة بينه وبين الموهوب له يفيد ذلك وهذا باعتباره واضع اليد على الأموال الموهوبة إذا كان في عدم تنفيذ هذه الديون فقدان للشيء الموهوب مثلما لو كان محلّ الهبة عقارا مؤتمنا عليه².

هذا ويتعيّن على الواهب اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم قضائي بالرجوع في الهبة استنادا على هذا العذر إذ لا يتقرر له ذلك تلقائيا وفقا لمقتضيات المادة 956 مدني فرنسي³.

2. حالة جحود الموهوب له :

قيّد المشرع الفرنسي معنى الجحود تقييدا ضيقا وحصره في ثلاثة أعمال نصّت عليها المادة 955 مدني وهي كالاتي:

- أن يعتدي الموهوب له على حياة الواهب.
 - أن يسيء معاملة الواهب إساءة جسيمة أو يرتكب نحوه إهانة جسيمة أو قذفا خطيرا.
 - أن يرفض الإنفاق على الواهب.
- فإذا ما قبل الموهوب له في الحالة الأخيرة النفقة على الواهب امتنع هذا الأخير الرجوع في الهبة.
- والأصل أنّ للواهب دون غيره رفع دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود إلا أنّ القضاء الفرنسي أعطى - في بعض أحكامه - لدائن الواهب الحق في رفع هذه الدعوى⁴.

ولقد تعرّض موقف القضاء حول هذه المسألة للنقد من قبل بعض الفقهاء على اعتبار أنّ دعوى الرجوع من الدعاوي الشخصية التي تتصل بشخص الواهب ومسّه معنويا فيمنع إذن على الغير التمسك بها.

1. شيخ نسيمة ، المرجع السابق ، ص 122 .

2. ضريفي الصادق ، الرجوع في عقد الهبة ، المرجع السابق ص70

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

4. T.Civ.Arras : 11/12/1935,D.P 1937.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

كما لا يجوز لورثة الواهب رفع دعوى الرجوع على الموهوب له بسبب الجحود إلا إذا كان الواهب قد رفع هذه الدعوى قبل وفاته على أنه يجب أن ترفع دعوى الرجوع خلال سنة واحدة من وقت وقوع الفعل الذي يشكل جحودا من جانب الموهوب له أو من وقت علم الواهب بهذا الفعل¹.

هذا وإن الرجوع في الهبة بسبب الجحود ليس من شأنه أن يؤثر على التصرفات التي قام بها الموهوب له أو على الرهون الرسمية أو على التكاليف العينية على الشيء الموهوب بشرط أن تكون هذه التصرفات سابقة على قيد ملخص طلب الرجوع الذي يكون قد وضع على هامش تسجيل عقد الهبة إذا كان محلها عقارا أو أن تكون هذه التصرفات سابقة على طلب البطلان إذا كان محل الهبة منقولا².

ويجوز للواهب أن يتنازل عن حقه في رفع دعوى الرجوع بسبب الجحود بعد قيام العذر³ أما إذا تمسك بهذه الدعوى فإن المحكمة لا تقضي له بالرجوع للجحود مباشرة بل يرجع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يقرّر ما إذا كانت أفعال الموهوب له تشكل جحودا موجبا للرجوع في الهبة أولا⁴؟

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

1L'article 957 : (La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit par imputer par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

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

Flour.J et Sauleau.H : droit civil, libéralités, Paris 1982 n° 181 p116.

Cass.Civ : 22/11/1977, D78, IR ? P241.

2 يراجع نصّ المادة 958 مدني فرنسي.

3 قبل قيام عذر الجحود لا يجوز للواهب أن ينزل عن حقه في الرجوع في الهبة لأن دعوى الرجوع في الهبة للجحود تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يستطيع الواهب التنازل عن التماسك بما قبل قيام الواقعة التي تشكل الجحود.

Cass.Civ : 22/11/1977-Bull.Civ.I-N431, D78-I.R.-241-Obs.Martin

4Cass.Civ : 13/12/1965-précité.

3. حالة ولادة طفل للواهب¹ :

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

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

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

وخلاصة لما تقدّم حول مسألة اشتراط العذر في الواهب لممارسة حقه في الرجوع في هبته من عدمه أرى أنّ الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري مشايعة للرأي الفقهي الغالب هو الأقرب للصواب والذي مفاده جواز رجوع الأبوين دون سواهما في هبتهما لولدهما متى أراد ذلك لأيّ عذر يقدرانه بنفسيهما دون رقابة من طرف القاضي وما لم يوجد مانع من موانع الرجوع.

الفرع الثاني . موانع الرجوع في عقد الهبة وفقا للتشريع الجزائري :

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نصّ على موانع الرجوع في الهبة في المادتين 211 و 212 منه ، فنصّ في المادة 211 على ما يلي: "للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- إذن كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

1. شيخ نسيم ، المرجع السابق ، ص 125 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"، ونصّ في المادة 212 من نفس القانون المذكور على ما يلي: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها". يستفاد من نصّ هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري قيّد في المادة الأولى استعمال الوالدين لحق الرجوع في الهبة وحصره في ثلاث موانع، ومنع الواهب من حق الرجوع في هبته إذا كانت بقصد المنفعة العامة في المادة الثانية. و سوف نحلل هذه الموانع تباعا في أربعة أجزاء.

أولا : الهبة من أجل زواج الموهوب له :

لقد استمد المشرع الجزائري هذا المانع من المذهب المالكي الذي أجاز للوالد الواهب الرجوع فيما وهبه لولده إذا تعلق بالهبة برغبة لغير الولد بأنّ زوجه بسبب يسره بالهبة، فإذا وهب الأب ابنه مالا بغية مساعدته على الزواج فإنّ حق الواهب في الرجوع عن هبته واسترجاع المال الموهوب من ابنه الموهوب له يسقط حتى ولو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب.

وتعتبر الهبة من أجل زواج الموهوب له مانعا من الرجوع في الهبة منذ صدورها ذلك أنّ غرض الأب منها قد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج، ومن ثمّ لا مجال لرجوعه فيما وهب لولده بعد أن تحقق غرضه من الهبة. وعليه متى أبرمت الهبة من أجل زواج الولد الموهوب له وقعت لازمة منذ صدورها، ومن ثمّ يمتنع على الواهب الرجوع فيها اللهم إلا إذا وقع الرجوع بالتراضي بينه وبين ابنه الموهوب له. هذا وإنّ العبرة في قيام هذا المانع تكون بنية الواهب وقت إبرامه عقد الهبة، فإن كان ما قدّمه الأب لابنه على سبيل العارية مثلا كان له أن يرجع فيما أعطى.

ثانيا . الهبة لضمان قرض أو قضاء دين :

إذا وهب الأب لابنه مالا من أجل ضمان قرض اقترضه هذا الأخير أو من أجل قضاء دين بأن كان الولد لدينا امتنع على الأب الواهب استرجاع المال الموهوب عن طريق الرجوع في هبته لولده. ويرر هذا المنع من الرجوع بأنّ المال الموهوب أصبح ضامنا للقرض المترتب في ذمة الموهوب له أو للوفاء بدين عليه، وبأنّ الواهب أصبح بمثابة الكفيل الضامن لهذا القرض أو الدين الذي أبرمت الهبة من أجله. هذا وتكون الهبة لضمان قرض أو قضاء دين لازمة منذ صدورها وذلك لتحقيق غرض الواهب منها وهو تسديد الدين أو ضمان القرض، ومن ثمّ لا يجوز له الرجوع فيها ما لم يتراضى مع الموهوب له¹.

¹ شيخ نسيمية ، المرجع السابق ، ص 146 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ويقع عبئ إثبات هذا المانع على الموهوب له، فإذا ما رجع الواهب في هبته لابنه بموجب عقد توثيقي جاز للموهوب له أن يرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة يطالب فيها بإلغاء عقد الرجوع في الهبة يشترط أن يقدم الدليل على وجود الدين أو القرض الذي يدعيه وقت تحرير عقد الهبة، وأن هذا الدين هو الذي من أجله أبرمت الهبة، فإذا ما تمكن من إثبات ذلك وجب على القضاة الاستجابة لطلبه والقضاء بإلغاء عقد الرجوع في الهبة لقيام المانع من الرجوع طبقا للمادة 211 الفقرة الثانية من قانون الأسرة، أما إذا لم يتمكن الموهوب له من إثبات المانع فإن القضاء يكون لصالح الواهب وبالنتيجة يردّ الموهوب له الشيء الموهوب إلى الواهب فإذا لم يكن قد سلمه بعد فإن كان قد ردّه للواهب لا يجوز له استرداده.

ثالثا . تصرف الموهوب له في المال الموهوب بالبيع أو التبرع أو الضياع¹ أو تغيير طبيعته:

يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 212 من قانون الأسرة أنّ المشرع الجزائري نصّ على عدّة حالات لا تحوّل الواهب حقّ الرجوع فيها وهب لابنه.

فإذا خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بأن باعه أو وهبه لشخص آخر امتنع على الواهب الرجوع في هبته² ما لم يزل هذا المانع بعودة الشيء الموهوب إلى ملك الموهوب له كما لو فسخ عقد البيع الذي أبرمه هذا الأخير لفائدة الغير أو رجع في هبته فزوال سبب المنع يعيد للواهب الوالد حق الرجوع في هبته.

كما يمتنع على الواهب الرجوع في هبته إذا خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بسبب ضياعه سواء كان الضياع بفعله أو بسبب أجنبي عنه وذلك لأنّ الموهوب له لا يضمن الضياع كونه مالكا للشيء الموهوب ولأنّ رجوع الواهب أصبح مستحيلا لانعدام المحل موضوع الهبة الذي ضاع³.

ويمنع أيضا على الواهب الرجوع فيما وهب لابنه إذا ما غيّر هذا الأخير من طبيعة الشيء الموهوب بأن أحدث فيه تعديلات، ومثال ذلك أنّ يُلْهون الشيء الموهوب أرضا عارية فشيّد عليها الموهوب له بنايات ففي هذه الحالة يعدّ التغيير مانعا من الرجوع في الهبة⁴.

1 يقصد بالضياع هلاك الشيء الموهوب في يد الواهب مثلما هو منصوص عليه في الترجمة الفرنسية لنص المادة 3/211 من ق.أ.ج.

2 قرار م ع غ أش، ملف رقم 330258 الصادر بتاريخ 2005/05/18 منشور ب م م ع، ع 2 ص 377 والذي يقضي بما يلي: "لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أنّ الولد الموهوب له تصرف في الشقة التي وهبها له والده بأن وهبها بدوره لزوجته قبل رفع دعوى الرجوع من قبل الواهب، ومن ثمّ لا يسوغ للأب الرجوع عن هبته طبقا للمادة 3/211 من قانون الأسرة".

3 شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 149.

4 قرار م ع، ملف رقم 153622 الصادر بتاريخ 1998/03/11، منشور م ق، ع 2 ص 72 والذي جاء فيه: "حيث إن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب (الأرض) أعمالا غيّرت في طبيعتها وهي بناء مساكن".

وحيث إنّ المادة 211 من ق.أ. تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من الحق في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب من طبيعته مما يسقط حق الواهب في الرجوع عن الهبة، وبالتالي فإنّ محكمة الدرجة الأولى وفقّت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة وإبطال عقد الرجوع فيها، ممّا يتعيّن على المجلس تأييده على تراتيبه...".

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ مجرد الادعاء من جانب الموهوب له بخروج الشيء الموهوب عن ملكه لتوافر حالة من حالات المادة 211 من قانون الأسرة المذكورة آنفاً غير كاف لمنع الوالد الواهب من ممارسة حقه في الرجوع بحيث أنّه يجب على الابن الموهوب له أن يثبت ذلك فعلاً.

فإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو هبة ونحوها وجب عليه أن يقدم عقداً صحيحاً يفيد أنّه باع الشيء الموهوب أو وهبه للغير وأن يكون تاريخ التصرف سابقاً لتاريخ رفع دعوى الرجوع أو تاريخ العقد التوثيقي المثبت للرجوع في الهبة حتى لا يعتبر سيّء النية وأنّ تصرفه في الموهوب له كان بغرض إفشال دعوى الرجوع وتهرب الشيء الموهوب فقط عن الواهب.

أما إذا ضاع الموهوب من الموهوب له أو هلك فعلى هذا الأخير أن يثبت ذلك أيضاً عن طريق إثبات الواقعة المادّية التي أدّت إلى الضياع أو الهلاك بجميع وسائل الإثبات.

وإذا خرج الشيء الموهوب عن الموهوب له بسبب أنّه غير من طبيعته وجب عليه أن يثبت وقوع ذلك التغيير فعلاً.

ولقد أكّد القضاء الجزائري على هذا الموقف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 21 سبتمبر 2005¹ بما يلي: "إنّ تناقض قضاة الموضوع في قولهم تارة أن العقار الموهوب وقعت فيه إضافات وتوسعات، وتارة أخرى أنّ المطعون ضدهما لم يقدم ما يفيد أنّهما أنجزا بناءً طابقين بالعقار موضوع النزاع بينهما، كان أولى بهم التأكيد من وقوع تغيير من عدمه، يعدّ قصوراً في التسبب يستحق النقض".

رابعا. الهبة بقصد المنفعة العامة :

يستفاد من نصّ المادة 212 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه أنّ الهبة المبرمة من أجل تحقيق منفعة عامة للمجتمع تعتبر هبة لازمة يتمتع على الواهب الرجوع فيها. فإذا وهب شخص قطعة أرضية للبلدية من أجل انجاز مدرسة أو مستشفى أو مسجد أو نحو ذلك من أعمال البر امتنع الواهب على الرجوع في هبته واسترجاع الأرض لأن الغرض من الهبة قد تحقق سواء أنجزت البلدية هذه المشاريع أم لم تنجزها.

ولقد أكّد القضاء الجزائري على هذا المانع بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 جانفي 1997² بما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّ الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة وأنّ غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرًا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأنّ قطعة الأرض ستكون ملكاً للبلدية ولم يذكر بأنّها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها".

1 قرار م ع غ م، ملف رقم 311085 الصادر بتاريخ 2005/09/21 منشور ب د ق، ع 59 ص 180.

2 قرار م ع، ملف رقم 116197 الصادر بتاريخ 1997/01/19 منشور ب د م ق، ع 2 ص 197 ص 114.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ومّا يجدر التنويه إليه بهذا الصدد أنّ منع المشرع الجزائري الواهب من الرجوع في هبته بقصد المنفعة العامة طبقاً للمادة 212 من القانون السالف الذكر لا يحول دون ممارسة الواهب دعوى فسخ عقد الهبة على أساس إخلال الموهوب له بالالتزامات المترتبة في ذمته بموجب عقد الهبة، فإذا وهب الواهب مثلاً مبلغاً من المال إلى جمعية خيرية من أجل تشييد مدرسة فلم تقم هذه الأخيرة بتنفيذ هذا المشروع جاز للواهب طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الموهوب لها التزاماتها على اعتبار أنّها هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط¹ ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في إقرار الفسخ من عدمه دون رقابة من المحكمة العليا على حكمه طبقاً للقواعد العامة المقررة في الفسخ².

الفرع الثالث . آثار الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري :

لقد اعتبر المشرع الجزائري الهبة عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام، غير أنّه أقرّ استثناءاً للوالدين - دون سواهما - حق الرجوع فيها وهباً ولولدهما ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع. و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير المتعامل معهما رغم أهمية هذه المسألة ومالها من تأثير على حقوق الواهب والموهوب له والغير بخلاف أغلب التشريعات المقارنة الأخرى التي عاجلت آثار الرجوع في عقد الهبة بنصوص قانونية خاصة.

ولعلّ السبب في سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة هو أنّه اعتبر الرجوع حالة استثنائية مخوّلة للأبوين فقط بإرادتهما المنفردة ودون التوقف على رضا الموهوب له وحتى من دون اللجوء إلى القضاء.

وفي غياب نصوص خاصة تنظم آثار الرجوع في عقد الهبة تجدر الإشارة إلى أنّه إذا طرح على القاضي جزائري نزاع حول مسألة الرجوع في عقد الهبة والآثار التي تترتب عنه وجب عليه أن يفصل في النزاع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقاً لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة³، أو عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة عن فسخ العقود أو إبطالها⁴.

1. د. محمد بن أحمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 259.

2. يراجع نصّ المادة 119 وما يليها من ق.م.

3. تنص المادة 222 من ق.أ.ج.ع على ما يلي: "كلّ ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

. ولقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد هذا الموقف في كل ما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري

يراجع بهذا الصدد قرار الم ع غ أش مو، ملف رقم 123051 الصادر بتاريخ 1995/07/25 منشور ب م ق، ع 1 ص 1996 ص 113 والذي جاء فيه بأنّه: "من المقرر قانوناً أن رجع القاضي إلى

أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة...".

4. يراجع نصّ المادة 103 من ق.م.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

وعلى أية حال يترتب على الرجوع في عقد الهبة اعتبار الهبة كأن لم تكن، فيكون للرجوع حينئذ أثر رجعي يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة، ومن ثم يجب على الموهوب له أن يرجع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولاً إلى الواهب جبراً عليه وحتى بغير رضاه ومن غير اللجوء إلى القضاء لأنّه مثلما سبق بيانه فيما تقدّم يجوز للوالد الواهب أن يمارس حقه في الرجوع بمجرد التصريح بهذا الرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادته المنفردة ذلك أنّه يتعين إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به¹، وبالمقابل فإنّه لا يبقى أمام الولد الموهوب له الذي فقد الشيء الموهوب سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه عن طريق إثبات قيام مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري كما لو تمت الهبة من أجل زواجه أو لضمان قرض أو قضاء دين مترتب في ذمته أو إذا قد تصرف في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو هلك أو أدخل عليه ما غير من طبيعته.

أمّا إذا تعنت الموهوب له عن ردّ الشيء الموهوب إلى الواهب جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة الشيء الموهوب والتعويض إذا اقتضى الحال ذلك وفقاً للإجراءات العامة في رفع الدعوى.

غير أنّ السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو أنّه ما الحكم لو هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد تمام الرجوع في الهبة من جانب الواهب بموجب عقد توثيقي أو حكم قضائي؟

للإجابة على هذا السؤال يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا وقع هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بفعله بعد تمام الرجوع في الهبة وجب على هذا الأخير تعويض الواهب لأنّه ضامن لهذا الهلاك.

الحالة الثانية: إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي وقع الهلاك على الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم، فإن أعذره وقع الهلاك في هذه الحالة على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة².

كما أنّ الرجوع في عقد الهبة من جانب الواهب يجب ألا يمس بحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له حول الشيء الموهوب بموجب تصرف نهائي ببيع أو هبة أو وقف أو إبراء ونحوها من التصرفات الناقلة والمسقطّة للملكية بقي حقه محفوظاً ولم يسقط عنه، وبالمقابل لم يجز للواهب استرداد الشيء الموهوب وذلك لأن الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلاً طبقاً للمادة 211 من قانون الأسرة لقيام المانع منه، أما إذا ترتب حق الغير على الشيء الموهوب بموجب تصرف نهائي كحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن وغيرها فتسري عليه القواعد العامة في القانون المدني بوجه عام.

¹ يجوز للواهب أن يرجع في هبته لولده إما عن طريق تحرير عقد رجوع في الهبة توثيقي أمام الموثق بإرادته المنفردة أو عن طريق اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي يقر له بالرجوع.

وبهذا الصدد يراجع ما سبق شرحه في صفحة 77 من هذه الدراسة.

² يراجع نص المادة 369 من ق.م.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

و للإشارة و بخلاف التشريع الجزائري نجد معظم التشريعات العربية تنصّ على آثار الرجوع في عقد الهبة في قوانينها.

و سنكتفي بالدراسة آثار الرجوع في عقد الهبة في التشريع المصري كون أغلب التشريعات في البلاد العربية تنفق وأحكامه.

تنصّ المادة 503 مدني مصري¹ على ما يلي: " يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أنّ تعتبر الهبة كأن لم تكن.

ولا يردّ الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أمّا المصروفات النافعة فلا يجوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب"، وتنصّ المادة 504 مدني² على ما يلي: " إذا تولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي، كان مسؤولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال.

أمّا إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم، فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب أجنبي".

ومراجعة نصّ هاتين المادتين يتضح جلياً أنّ آثار الرجوع في الهبة تنحصر على علاقة المتعاقدين فيما بينهما دون أن تطرق إلى تنظيم هذه الآثار بالنسبة إلى الغير، وبناء عليه اتجه فقهاء القانون إلى توضيح هذه الآثار على ضوء القواعد القانونية العامة.

إنّ تناول آثار الرجوع في عقد الهبة يستدعي بيانها فيما بين المتعاقدين أولاً، ثمّ بالنسبة إلى الغير ثانياً. وأعرض ذلك فيما يلي:

أولاً. آثار الرجوع في عقد الهبة فيما بين المتعاقدين :

يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء بالتراضي أو بالتقاضي بعض الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الواهب والموهوب له سأبيّنها تباعاً.

1. اعتبار الهبة كأن لم تكن :

يترتب على رجوع الواهب في هبته سواء كان ذلك بالتراضي أو بالتقاضي أنّ تعتبر الهبة كأن لم تكن بمعنى أنّ الرجوع في عقد الهبة يتمّ بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، ومن ثمّ رجوع هذين الأخيرين إل الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة.

1تطابق هذه المادة: المادة 471 مدني سوري، والمادة 492 مدني ليبي.

2تطابق هذه المادة: المادة 472 مدني سوري، والمادة 493 مدني ليبي.

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ويترتب على ذلك أنّ الواهب لا يلتزم بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب إذا لم يكن قد سلمه بعد كما يستطيع أن يستردّه إذا كان قد سلمه.

وعليه إلى أن تفسخ الهبة لا يجوز للواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب قبل الفسخ إذا كان لم يسلمه ولا أنّ يستردّه إذا كان قد سلمه، فإذا استردّه قبل أن سلمه بغير التراضي أو التقاضي عدّ غاصبا وكانت يده يد ضمان، ويترتب على ذلك أنّ الشيء إذا هلك بعد استرداده- بفعل الواهب أو بسبب استعمال الشيء الموهوب أو بسبب أجنبي عنه - كان الواهب ضامنا له ووجب عليه تعويض الموهوب له ولا يجوز في هذه الحالة للواهب أن يدفع مسؤوليته بالضمان عن الهلاك حتى لو أراد الرجوع في هبته وكان له عذر مقبول لذلك لأنّ الرجوع في الهبة يمتنع على الواهب في هذه الحالة لقيام المانع وهو هلاك الشيء الموهوب.

2. ردّ الشيء الموهوب إلى الواهب :

إذا رجع الواهب في هبته بطريق التراضي مع الموهوب له أو بالتقاضي التزم الموهوب له بردّ الشيء الموهوب إلى الواهب إذا كان هذا الأخير قد سلمه له، أمّا إذا لم يكن قد سلمه له فلا يلتزم الواهب بتسليم الشيء الموهوب أصلا.

غير أنّه إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد أن تمّ الرجوع في الهبة فإنّ هلك بفعل الموهوب له أو باستهلاكه إياه كان ضامنا لهذا الهلاك ووجب عليه تعويض الواهب، أمّا إذا هلك بسبب أجنبي فإنّ الهلاك يكون على الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الشيء بعد الإعدار، فالهلاك في هذه الحالة يكون على الموهوب له طبقا للقواعد العامة. هذا ويقع عبء إثبات الهلاك الذي يمنع الواهب من الرجوع على الموهوب له¹.

3. رجوع الواهب بالثمرات :

تبقى ثمرات الشيء الموهوب ملكا للموهوب له إلى يوم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي لأنّ الموهوب له يعتبر إلى هذا اليوم حسن النية فله إذن أن يجني ثمرات ملكه، ومن ثمّ فإنّه لا يسأل عن ردّها إلى الواهب. أمّا من يوم التراضي على الرجوع في الهبة أو من يوم رفع دعوى الرجوع أمام القضاء لعذر مقبول فإنّ الموهوب له يصبح سيّء النية ومن ثمّ ليس له أن يملك الثمار، وعليه يجب أن يردها إلى الواهب من ذلك الوقت².

1 تقض مدني، طعن رقم 49 لسنة 43 ق، الصادر بتاريخ 1979/03/13، أشار إليه: معوض عبد التواب/ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج 2 المرجع السابق ص 735 والذي جاء

فيه أنّ: "دفع الموهوب له بملاك المال الموهوب بما يمتنع عنه رجوع الواهب عن الهبة، يقع عبء إثباته على الموهوب له".

² شيخ نسيمية ، المرجع السابق ، 166 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

ولقد تعرّض هذا الرأي الذي يعتبر الموهوب له سيء النية من يوم رفع دعوى الرجوع إلى النقد من قبل بعض الفقه¹ كونه غير صائب ولا يقوم على أساس صحيح لأنّ القاضي المعروض عليه النزاع قد يحكم للواهب إذا كان له عذر مقبول وقد يحكم برفض دعواه إذا لم يكن له عذر مبرر أو وجد مانع من موانع الرجوع، ولهذا السبب كان من الأجدر اعتبار الموهوب له حسن النية حتى صدور الحكم بالرجوع وبالتالي احتفاظ هذا الأخير بالثمرات حتى يتمّ الحكم بالرجوع، بمعنى أن يكون ردّ الثمار من تاريخ الحكم لا من يوم رفع الدعوى.

4. رجوع الموهوب له بالمصرفات :

إذا كان الرجوع في عقد الهبة يرتب التزامات على عاتق الموهوب له فإنّه يمنحه بالمقابل بعض الحقوق بحيث يجوز للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقه من مصرفات على الشيء الموهوب قبل الرجوع من جانب الواهب على النحو التالي:

إذا كانت المصرفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب ضرورية² كترميم جدار يهدّد بأختيار البيت الموهوب فإنّ من حق الموهوب له أن يرجع على الواهب بكلّ المصاريف التي أنفقها. أما إذا كانت المصرفات نافعة³ كحفر بئر في الأرض الفلاحية محلّ الهبة أو إدخال الكهرباء إلى المنزل الموهوب رجع الموهوب له على الواهب بأقلّ القيمتين: قيمة المصرفات التي أنفقها أو قيمة ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصاريف.

وقد تكون هذه المصرفات كمالية⁴ كتزيين أو تحميل الشيء الموهوب أو إضافة ديكورات عليه وحكمها أن يتحملها الموهوب له دون أن يكون له الحق في الرجوع على الواهب بقيمتها ولكنّه يجوز له أن ينزع ما استحدثه في الشيء الموهوب على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ما لم يختار الواهب استبقائها ودفع قيمتها طبقاً للقواعد العامة⁵.

وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقرير ما يراه مناسباً بالنسبة إلى هذه المصاريف وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. ويجوز للموهوب له إعمالاً للقواعد العامة أن يجبس الشيء الموهوب وذلك بأن يمتنع عن تسليمه للواهب حتى يستوفي ما أنفقه من مصرفات ضرورية أو نافعة⁶.

1يراجع بهذا الصدد: د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، المرجع السابق ص171.

2يقصد بالمصرفات الضرورية تلك المصاريف التي ينفقها الشخص للمحافظة على الشيء الموهوب وصيانته لمنع هلاكه أو تلفه.

3المصرفات النافعة هي مصاريف مفيدة للشيء الموهوب إلا أنّها ليست ضرورية لأنّها غير لازمة للمحافظة على الشيء، ويتّرب على إنفاقها تحسين الشيء بالزيادة في قيمته أو في منفعه.

4المصرفات الكمالية هي التي تنفق لمجرد تزيين الشيء وتحميله على نحو يزيد من تمتع الحائز لها كعمل زخارف أو ديكورات بالمنزل الموهوب.

5لتفاسي أكثر يراجع د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 111.

6يراجع نص المادة 246 من القانون المدني المصري.

ثانيا . آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة للغير :

لم يتطرق المشرع المصري والتشريعات العربية التي حذت حذوه لتنظيم آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة إلى الغير بنص قانوني خاص، ومن أجل ذلك يتعيّن إعمال القواعد القانونية العامة في هذا الشأن. وأمام عدم ورود نصّ يبيّن آثار الرجوع بالنسبة إلى الغير، عمد الفقه إلى سدّ الفراغ التشريعي ببيان هذه الآثار وانقسم في ذلك إلى رأيين ، فذهب جانب منه إلى اعتبار أنّ الرجوع في الهبة يؤدي إلى سقوط الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب بحسن نيّة قبل الرجوع وذلك طبقا لمبدأ الأثر الرجعي للرجوع¹.

غير أنّ هذا الرأي تعرّض للنقد باعتبار أنّ الأخذ به يشكّل خطورة كبيرة على حقوق الغير حسن النية وأنّه يهدّد استقرار المعاملات، فضلا عن أنّه قد يؤدي إلى إحجام الغير على التعامل مع الموهوب له بشأن المال الموهوب وهذا من شأنه أن ينعكس سلبا عليه.

وإزاء هذا النقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأنّ الرجوع في عقد الهبة من جانب الواهب يجب ألاّ يخلّ بحقوق الغير حسن النية، وفي هذا يجب أنّ نفرّق بين حالتين:

الحالة الأولى . تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا :

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ببيع أو هبة أو وقف أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية أو المسقطه لها أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع فيها سواء كان محلها عقارا أو منقولا، وبالتالي يبقى حق الغير المتصرف له محظوظا ومحميا وعليه لا يصح القول في هذه الحالة أنّ الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي بل الأصح أن يقال أنّ الرجوع في الهبة ممتنع أصلا.

الحالة الثانية . ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا :

كما قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا فإنّه قد يقتصر تصرفه على ترتيب حق عيني فقط عليه كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الرهن.

وإذا ربّب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا فإنّه ولعدم ورود النص تطبّق القواعد القانونية العامة²،

ومن ثمّ إذا كان الشيء الموهوب عقارا وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة فلا يسري حق الغير بالنسبة إلى الواهب وعلى هذا الغير أن يرجع على الموهوب له بالتعويض، أمّا إذا كان حق الغير قد حفظ قانونا قبل التسجيل، فإذا كان الغير حسن النية أي كان لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة سرى حقه بالنسبة إلى الواهب، أمّا إذا

1. جمال الدين طه العاقل، (الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي)، المرجع السابق، ص 70

2 شيخ نسيمه ، المرجع السابق ، ص 171 .

الفصل الأول : أحكام الرجوع في عقد الهبة

كان سيء النية يعلم بوجود العذر المبّرر للرجوع ومع ذلك تعاقد مع الموهوب له فإنّ حقه لا يسري بالنسبة إلى الواهب الذي يستردّ العقار خالياً من حقوق الغير.

أمّا إذا كان الشيء الموهوب منقولاً ورجع الواهب في الهبة بالتراضي من الموهوب له فإنّ الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر على حقوق الغير بحيث لا يستردّ الواهب المنقول الموهوب إلا مثقلاً بهذه الحقوق، أمّا إذا كان الرجوع بالتقاضي فإنّ فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعي حتى بالنسبة إلى الغير، فيستردّ الواهب المنقول خالياً من الحق العيني المترتب للغير ما لم يكن الغير قد حاز حقه العيني وهو حسن النية ففي هذه الحالة تكون الحيابة في المنقول سنداً لحق الغير، ومن ثمّ لا يستطيع الواهب أن يستردّ المنقول إلا مثقلاً بهذا الحق العيني الذي ترتّب للغير.¹

1. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص212.

الفصل الثاني : أحكام الرجوع في الوصية والوقف .

البحث في الرجوع في الوصية يقتضي منا التعرض لموضوعه على نحو دقيق وذلك بتناول ماهية الوصية ، ثم بيان أحكام الرجوع فيها ، و هذا ما سنحاول تحليله تبعا في مبحثين :

المبحث الأول: ماهية الوصية:

إن تناول ماهية الوصية يستلزم منا تعريف الوصية في مطلب أول ثم بيان كيفية إنشائها في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم الوصية:

لتحديد مفهوم الوصية لا بد من التعرض بداية لتعريفها في فرع أول، ثم تحديد التصرفات الملحقة بها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الوصية:

هناك تعريفات فقهية لا حصر لها قدمت لتحديد معنى الوصية نكتفي بسرد بعضها.

يعرفها الحنفية بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة " .

ويعرفها المالكية بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده " .

ويعرفها الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت " .

ويعرفها الحنابلة بأنها: " التبرع بالمال بعد الموت " .

و الظاهر من هذه التعريفات كلها أنها اعتبرت الوصية تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد تنفذ بعد موت الموصي .

فإذا كانت هذه هي التعريفات التي أوردتها المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية، فما هو التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للوصية؟

نص المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على انه: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة به " .

الأمر الذي يستفاد منه إن المشرع لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني وإنما في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري¹ نجد إن مشرنا عالج أحكام الوصية² ووضح شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 إلى 210 منه .

فعرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، ونص في المادة 190 على انه : " للموصي إن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

و المقصود بكلمة " تمليك " الواردة في النص إن الوصية قد تكون بالأعيان سواء كانت منقولا أو عقارا ، أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض .

و المواد بعبارة " مضاف إلى ما بعد الموت " إن اثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته ، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة³ .

أما المقصود بكلمة " التبرع " فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته .

وقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد بنص المادة 184 المذكورة أعلاه ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995⁴ .

بما يلي: " من المقرر قانونا إن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و الملاحظ إن التعريف الذي جاء به المشرع و أيده القضاء يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ذلك إن الوصية تشمل التمليك بالمال و المنفعة و تشمل الإسقاطات لتكاليف معينة⁵ كالإبراء من

1 القانون رقم : 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة و الذي تم تعديله بموجب الامر رقم 02/05

المؤرخ في 2005/02/27 ، منشور ب ج ر ج ج ، ع 15 ، س 42 الصادرة في 2005/02/27 .

2 الملاحظ ان هناك ثلاثة حالات تقضي الى كسب الملكية و تندرج في مفهوم الوصية وهي : الوصية الواجبة وهي ما اطلق عليها المشرع الجزائري مصطلح التنزيل و نظم احكامه في المواد 169 الى 172 من ق ا .

3يراجع صفحة 24 من هذه الدراسة

4قرار م ع غ ا ش و مو ، ملف رقم 116375 ، الصادر بتاريخ 1995/05/02 ، م ب م ق ، ع 1 ، س 1996 ، ص 108 .

5مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني / الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركة ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، سنة 1977

م ، 1978م ، ص 195 .- الامام محمد ابو زهرة / شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية) ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1409

1988م ، ص 11 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الدين أو تأجيله أو الكفالة¹ كما تشمل جهة من الجهات² كالوصية للمساجد و المستشفيات و الملاجئ و نحوها وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط .

ووفقا لما سبق إبداءه من ملاحظتنا فإننا نرى مع الدكتور علي علي سليمان³ أنه يمكن تعريف الوصية كالاتي : " الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت " ذلك إن تعريفها بهذا المعنى جامع مانع يشمل ما إذا كان الموصي به مالا أو منفعة أو إسقاطا فيه ، و يشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك ، فضلا عن كونه يخرج التبرعات التي تتم حال الحياة .

لقد حاولنا في الفرع السابق أن نعرف الوصية و سنحاول في هذا الفرع التعرض للتصرفات الملحقة بها .

الفرع الثاني: التصرفات الملحقة بالوصية:

أحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمهما وهما: تصرفات المريض مرض الموت و التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة، و سنعرض فيما يلي حكم هذين التصرفين تباعا .

أولا: تصرفات المريض مرض الموت :

يجدر بنا قبل التعرض لحكم تصرفات المريض مرض الموت أن نعرف بدائقي على ضوء رأي الفقهاء المسلمين و اجتهاد المحكمة العليا مرض الموت بأنه : ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه و يغلب فيه الموت عادة و ينتهي بالموت فعلا⁴ نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف " .

يستفاد من نص هذه المادة إن المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أي كانت التسمية التي تعطى له تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و أعطاه حكم الوصية ، فالظاهر من هذه المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية و ليس بظاهر العقد أو شكله ، على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع ، ومن ثم إذا تصرف الشخص في ماله وهو في مرض الموت لم ينفذ تصرفه في حق

1د بدران ابو العنين - بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها ، المرجع السابق ، ص 130 .

2- د حسن صبحي احمد ، مذاكرة في الوصية و الوقف ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، س 1970 ، ص 10 .

3تعريف علي علسليمان ، اشار اليه د ، زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 35 .

4 انبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت : الوصية ، البيع ، الهبة ، الوقف ، الكفالة ، الإبراء ، الاقرار ، الخلع ، الطلاق ، دار الهدى للطباعة و

النشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2008 ، ص 8 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ورثته إلا باعتباره وصية في حدود ثلث التركة إذا كان التصرف لصالح الغير ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث ، أما إذا كان التصرف لصالح احد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين ¹ .

و تسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت هذا الأخير بداهة ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف لان حق الوارث لا يظهر في الوجود و لا يكون له اثر إلا بعد وفاة المورث ، كما وان المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه فعلا ² .

هذا و ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 776 مدني على ما يلي : "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " ، الأمر الذي يستخلص منه عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن ³ .

على أن إثبات الورثة لواقعة مرض الموت يعتبر قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس بحيث يجوز للمتصرف له أن يضحدها و ذلك بان يثبت أن التصرف الذي نشأ بينه و بين مورثهم معاوضة بلأن قدم الدليل على انه دفع مقابلا لما أعطاه إياه المريض ، فيكون عندئذ التصرف نافذا في حق الورثة شريطة إن يكون المقابل معادلا لقيمة محل التصرف ⁴ .

وبناء عليه إذا صدر التصرف عن الشخص في مرض الموت و اثبت ورثته واقعة المرض و لم يتمكن المتصرف له من إقامة الدليل على إن التصرف الظاهر هو حقيقة معاوضة ترتب على ذلك إن التصرف يكون تبرعا و يأخذ حكم الوصية ⁵ ، والجدير بالملاحظة في هذا الصدد إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت ⁶ بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص وهو في مرض الموت سواء

1 كالباع والهبة و الاقرار و البراء و غير ذلك كم التصرفات .

2- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : اسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الاصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق) ، ج 9 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1968 ، ص 221.

3 مرض الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الاثبات ، فثبت بالشهادات الطبية غير المشكوك في صحتها وسلامتها ، و بشهادة الشهود ، وبتقصي حالة المريض في ايامه الاخيرة ، و بالخبرة الفنية .

4 نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت ، نفس المرجع السابق ، ص 89.

5 يراجع نص المادة 3/776 من ق م ، في اطار ماقتضت به المادتان 204 و 215 من ق ا ، يراجع قرار م ع غ اش ، ملف رقم : 96675 ، الصادر بتاريخ : 1993/11/23 / م بالاج ق ل غ اش ، عدد خاص ، ص 302.

6 علاوة بوتغرار ، التصرفات الملحقه بالوصية في التشريع الجزائري : دراسة نظرية و تطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية ، تحت اشراف الدكتور نواصر العايش ، جامعة بن عكنون - الجزائر ، كلية الحقوق و العلوم الادارية ، 2000-2001 ص 52 ومابعدها .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

كان ذلك تبرعا أو معاوضة ، فاعتبر مثلا الهبة الصادرة من المريض وهو في مرض الموت أو في حالة مخفية وصية تسري عليها أحكامها طبقا كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف المادة 215 من قانون الأسرة ، و اعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية ، مثلما نصت على ذلك المادة 408 من القانون المدني¹ بحيث متى اثبت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع سارت أحكام الوصية لا أحكام عقد البيع ، ومن ثم لم يكن البيع ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة إذا كان المتصرف له احد الورثة ، أما إذا تم البيع للغير فانه يعتبر غير مصادق عليه ، ومن اجل ذلك يكون قابلا للأبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية و كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع².

كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف المادة 215 من قانون الأسرة ، و اعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية ، مثلما نصت على ذلك المادة 408 من القانون المدني³ بحيث متى اثبت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع سارت أحكام الوصية لا أحكام عقد البيع ، ومن ثم لم يكن البيع ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة إذا كان المتصرف له احد الورثة ، إما إذا تم البيع للغير فانه يعتبر غير مصادق عليه ، ومن اجل ذلك يكون قابلا للأبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية و كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع⁴.

ثانيا : التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة :

نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني على ما يلي : " يعتبر التصرف وصية ، وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقهم ما حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك " .

1 قرار م ع غ ا ش مو ، ملف رقم : 197335 ، الصادر بتاريخ 1998/06/16 ، م بالاج ق ل غ ا ش ، عددخاص ، ص 281 ، و الذي قضت فيه بمايلي : " من المقرر قانونا ان الهبة في مرض الموت و الامراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية " .

- ونفس القرار كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر عن غ ا ش مو ، ملف رقم : 219901 ، الصادر بتاريخ 1999/03/16 ، و المشور بالاج ق غ ا ش ، عدد خاص ، ص 2001 ، ص 287 .

2 قرار م ع غ ا ش مو ، ملف رقم : 197335 ، الصادر بتاريخ 1998/06/16 ، م بالاج ق ل غ ا ش ، عددخاص ، ص 281 ، و الذي قضت فيه بمايلي : " من المقرر قانونا ان الهبة في مرض الموت و الامراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية " .

- ونفس القرار كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر عن غ ا ش مو ، ملف رقم : 219901 ، الصادر بتاريخ 1999/03/16 ، و المشور بالاج ق غ ا ش ، عدد خاص ، ص 2001 ، ص 287 .

3 تنص المادة 408 من ق.م على مايلي : " اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا اقره باقي الورثة .

اما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للأبطال .

- يراجع بهذا الصدد : قرار م ع غ ا ش مو ، ملف رقم : 52156 ، الصادر بتاريخ 1990/07/09 ، م ق ، ع 4 ، س 1991 ، ص 68 .

4- تنص المادة 209 من ق ا على مايلي : " لا تسري احكام المادة 408 على الغير حسن النية اذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

بقراءة هذه المادة يتضح لنا انه إذا عمد المتصرف في حالة صحته لا في مرضه إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة أو غيرها اعتبر تصرفه وصية متى كان للوارث و احتفظ بموجبه لنفسه بجائزة الشيء المتصرف فيه من جهة ، و الانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى¹.

وستناول بشيء من التفصيل كل واحد من هذه الشروط فيما يلي :

01/ أن يكون التصرف صادرا لأحد الورثة:

يجب أن يتم التصرف من المورث إلى احد ورثته كي يأخذ حكم الوصية و العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف ، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف ولو لم يكن وارثا وقت التصرف ولا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة ولو كان وارثا وقت التصرف².

يقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه الظاهر بأنه وقع في صورة بيع منجز وان حقيقته وصية و بأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه بجميع طرق الإثبات، و للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في ذلك.

02/ أن يحتفظ المتصرف بجائزة العين التي تم التصرف فيها³:

يكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف، وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن كان يقام الدليل على ان المتصرف كان يستعمل الشيء بنفسه أو انه كان يقوم بتأجيريه باسمه .

03/ أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته:

يجب إن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع¹ بالعين المتصرف فيها لوارثه مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كان يقتصر التصرف على ملكية الرقبة أو حقا شخصيا كما لو استأجر

1 قرار م ع ، ملف رقم 59240 ، الصادر بتاريخ 1990/03/05 ، منشور ب م ق ، ع 3 ، ص 1992 ، ص 57 والذي جاء فيه انه : " من المقرر قانونا انه يعتبر التصرف وصية و تجري عليه

احكامها اذا تصرف شخص لاحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ... "

2- عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الثالثة ، مطبعة البابي الحلبي واولاده ، مصر 1967 ، ص 825 .

3 الحيازة وضع مادي بموجبه يسيطر الشخص على شيء او حق من الحقوق سيطرة فعلية بقصد الظهور عليه بمظهر المالك او صاحب الحق العيني سواء كان

هذا الشخص هو صاحب الحق او لم يكن كذلك ، على انه تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة اعمال تتفق ومضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك بنفسه و

الحيازة - بهذا المعنى - تعتبر سببا من اسباب كسب الملكية ، تختلف عن الحيازة المذكورة في المادة 777 من ق م كونها تعتبر قرينة بموجبها يأخذ التصرف

حكم الوصية ، ومن ثم حتى ولو تصرف المالك في الشيء الا انه يظل مملوكا له وذلك اعمالا باحكام الوصية .- يراجع محمودي عبد العزيز / رد التحايل على

احكام الميراث ، المرجع السابق ، ص 106-107 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

العين من المتصرف له ، فإذا توافرت هذه الشروط جميعها قامت قرينة قانونية بسيطة على إن التصرف وصية مستترة².

فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطى لهذا التصرف، غير انه يجوز للوارث المتصرف له ان يثبت عكس هذه القرينة بان يثبت مثلا إن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن ، أو إن يثبت إن حياة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عارية أو غيرها .

وعلى أي حال فان الفصل في مدى اعتبار التصرف وصية مستترة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وقناعته وفق ما يقدم من أدلة و دفعوع.

المطلب الثاني: إنشاء الوصية:

اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركنا³ في الوصية و ما يعتبر من شروطها⁴ تبعا لاختلافهم في مدى إمكان قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه ، فذهب البعض⁵ إلى إن الصيغة وحدها ركن في الوصية لا تنعقد الا به وان انقسموا حول ما اذا كان الإيجاب وحده هو الممثل لركن الصيغة ، او ان الصيغة تتمثل في الإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له⁶ ، وذهب البعض الآخر⁷ الى ان للوصية أركاناً أربعة وهي الصيغة و الموصي و الموصى له و الموصى به ، وعلى اية حال فان الصيغة هي الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده يعتبر الوصية تصرف صادرا بالإرادة المنفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط و توافر شروط صحتها المتمثلة في الموصي و الموصى به و الشكل و هذا ما سنتناوله بالتحليل في الفرعين التاليين .

1 الانتفاع حق عيني يخول لصاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير ، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله و الالتزام بالمحافظة عليه ، وهو حق مؤقت محدد بجائزة المنتفع ، ومن ثم يختلف عن الانتفاع

المذكور في المادة 777 ق م و الذي يشترط فيه ان يكون لحساب التصرف نفسه لا لغيره و ان يستند الى مركز قانوني اذ لا يكفي مجرد الانتفاع الفعلي بالشيء .

2يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم : 74249 ، الصادر بتاريخ 1991/05/28 ، منشور ب م ق ، ع 2 ، س 1993 ، ص 28.

3ركن الشيء هو ماتوقف عليه وجود ذلك الشيء وكان جزء منه

4الشرط هو ماتوقف وجود الركن عليه

5 يمثل هذا الرأي المذهب الحنفي .

6- محمد جعفر شمس الدين ، الوصية و احكامها في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) ، الطبعة الثالثة ، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت - لبنان ،

2005 ، ص 37.

7- محمد جعفر شمس الدين ، الوصية و احكامها في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) ، الطبعة الثالثة ، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت - لبنان ،

2005 ، ص 37.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الفرع الأول: ركن الوصية (الصيغة) :

يتعين قبل التعرض لركن الصيغة في الوصية في التشريع الجزائري ان ننوه إلى ان الفقه قد انقسم حول هذه المسألة فذهب جانب منه الى القول ان ركن الصيغة في الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن¹ ، وذهب جانب آخر منه الى ان صيغة الوصية لا تتحقق الا بالإيجاب و القبول معا .

وبمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده قد اخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية² واعتبر الإيجاب وحده محققا للوصية ، إما القبول الذي يصدر عن الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية و ثبوت ملكية الموصى به ، وان هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها ما يمثلها قانونا ، فنص صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على إن : " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " .

ونص في المادة 197 على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة او ضمنا بعد وفاة الموصي " .

بقراءة نصي هاتين المادتين يتبين لنا أن إيجاب الموصى هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة الى قبول الموصي له لان الوصية تصرف صادر من جانب واحد وليست عقدا كالهبة³ ، غير انه وان كانت تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنها لا تثبت للموصي له بمجرد وفاة الموصي بل لا بد أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة⁴ ، فإذا قبلها ألزمت ومن ثم كان الموصى به ملكا له وان ردها بطلت .

وخلاصة ما تقدم ان القبول شرط لثبوت الملك في الوصية وانه مرتبط بالإيجاب الذي هو ركن الصيغة وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي :

1 من بين الفقهاء المحدثين الذين تبينوا هذا الرأي :- الامام محمد ابو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية ، المرجع السابق ص 12 .

- د- وهبة الزحيلي ، الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، دمشق - سوريا ، 1993 ، ص 13 .

2- من بين الفقهاء المحدثين الذين ايدوا هذا الرأي :

- د - محمد جعفر شمس الدين ، الوصية و احكامها في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 40 .

- د- بدران ابو العيين بدران ، الميراث و الوصية و الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون ، المرجع السابق ، ص 132 .

3 انظر ص 32 من هذه الدراسة .

4 الملاحظ ان القبول المتطلب هنا للزوم الوصية يقع من الموصى له اذا كان معينا ، فاذا كان غير معين كان الوصية لجهة من الجهات كفقراء المدينة او طلاب الجامعة ونحوهما فان القبول في هذه

الحالة يصدر عن الممثل القانوني لهذه الجهة ان وجد ، فان لم يكن لها ممثل قانوني الزمت الوصية بمجرد موت الموصي بدون توقف على القبول .

- يراجع د - احمد فراج حسين / احكام الوصاية و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 26 .

أولاً: الإيجاب :

بينت فيما سبق أن الوصية تصرف تبرعي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي استلزم المشرع الجزائري لانعقادها توافر ركن الإيجاب ، فإذا انتفى كانت الوصية باطلة .

و يعرف الإيجاب في العقود بوجه عام بأنه التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طالما صادفه قبول¹ ، وتجر الإشارة في هذا الصدد انه تطبق القواعد العامة² المقرر في الالتزام بالإرادة المنفردة بوجه عام على ركن الإيجاب في الوصية لعدم معالجته بنص خاص في قانون الأسرة ، فيجب إذن أن يصدر الإيجاب من الموصي بنية تبرع واضحة لا لبس فيها وان يفيد انتقال الملك الى الموصى له بعد وفاته .

و يتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد التملك بعد الموت³ .

فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي إذ لا يشترط فيه ألفاظ معينة⁴ ، فيتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الشخص : " أو صيت لفلان بكذا " ، او يتم بكل لفظ غير صريح في الدلالة لكن يفهم منه إرادة الوصية ضمناً⁵ كقول الشخص : أعطوا أو هبوا أو امنحوا كذا لفلان بعد موتي " .

و ينعقد الإيجاب أيضا بالكتابة حتى ولو كان الموصي قادراً على التعبير عن إرادته بالكلام⁶ .

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة الدالة على قصد الموصي إذا ما كان هذا الأخير عاجزاً عن النطق وغير قادر على الكتابة⁷ ، فإذا كان الموصي من أصحاب العاهات إن كان أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم فإنه يخضع إلى حكم نص المادة 80 من القانون المدني⁸ التي تفيد انه إذا استحال على ذي العاهتين التعبير عن إرادته تعين له المحكمة وصياً قضاياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ، فإذا عين لذي العاهتين مساعد قضاي فان الوصية الصادرة في غياب هذا الأخير بعد قرار المساعدة تكون قابلة للأبطال .

1-د- انور سلطان / الموجز في مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 69 .

2-تنص المادة 123 مكرر من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 على مايلي : " يجوز ان يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير .

ويصري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الاحكام باستثناء احكام القبول " .

3- زهور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 65

4-محمد زكريا البرديسي ، الوصية ، المرجع السابق ، ص 13 .

5-يراجع نص المادة 2/60 من ق م .

6-يراجع نص المادة 1/60 من ق م .

7- د - زهود محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 65 .

8-يراجع نص المادة 80 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

أما إذا لم يستحل عليه بسبب تلك العاهتين التعبير عن إرادته باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا فيمكنه أن يبرم الوصية بشرط أن يدون الموثق في العقد المثبت للوصية حسب الحالة الموانع الموجودة و طريقة التعبير عن الإرادة و المترجم للإشارات و اللغة الخاصة إن اقتضى الأمر ذلك¹.

وإذا كان الموصي مبتور اليدين جاز للموثق تحرير العقد المثبت للوصية بشرط أن يوضح فيه المانع القاهر اللاحق بالموصي ، و يعتبر العقد صحيحا حينئذ بعد أن يمضي عليه الموثق والشهود فقط.

هذا و قد يقترن الإيجاب بالشرط² كما لو أوصى الشخص بثالث ماله للفقراء بشرط أن يصرف هذا المال في كسوتهم أو أن يوصي شخص بداره للأخر على أن يقوم هذا الأخر بإسكان قريب الموصي معه في الدار .

و إذا كان الأصل في صيغ التصرفات عموما أن تكون منجزة³ إلا أن الوصية تخرج عن هذه القاعدة لان طبيعتها تأبى التنجيز .

فالوصية لا تكون إلا مضافة⁴ إلى اجل لأنها تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، بيد انه لا يوجد مانع يحظر تعليقها على شرط⁵ مادامت لا تفيد التملك إلا بعد الموت ، فإذا تحقق الشرط عدت الوصية قائمة لكنها تبقى تبقى مضافة إلى اجل تحقق وفاة الموصي ، ومثال ذلك ان يقول الشخص : " إذا نجحت في الامتحان ووهب لي والدي البيت الذي اشترطه على نفسه فإنني أوصي به لفقراء مدينتي ليكون مأوى لهم " .

فالوصية هنا معلقة على شرط واقف وهو تحقق النجاح فإذا نجح الولد وأعطى الوالد ابنه المنزل الذي وعده به فان الابن يصبح مالكا له بأثر رجعي ، فتكون الوصية عندئذ صحيحة كونها صدرت على شيء يملكه الموصي ولكنها تبقى رغم ذلك مضافة إلى اجل وهو موت الموصي لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت⁶ .

1-حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات : الهبة ، الوصية ، الوقف ، المرجع السابق ، ص 51.

2-تنص المادة 199 من ق ا على مايلى : " اذا علققت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد ايجاز الشرط و اذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية و بطل الشرط " .

3-الصيغة المنجزة هي ماتدل على انشاء العقد و ترتب آثاره في الحال ، كالبيع و الشراء و غيرها من العقود التي تثبت الملك في الحال .

4- الصيغة المضافة الى المستقبل هي ما تدل على انشاء العقد ، ولكن تؤخر آثاره الى المستقبل كان يؤجر شخص لآخر داره و يحدد لانقضاء المستاجر بالعين المؤجرة تاريخا معنا لاحقا لتاريخ العقد . .

5-د- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 66 - 67 .

6يعرف القبول بانه تعبير بالموافقة على الايجاب و به يتم ابرام العقد ، يشترط فيه ان يكون باتا و متطابقا مع الايجاب تطابقا تاما .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ثانيا : القبول¹ :

بيننا فيما سبق أن الوصية تنعقد بالإيجاب الصادر من الموصي، لكنه يتوقف نفاذها على موته و على قبول الموصى له .

و القبول في الوصية يتم إما باللفظ الصريح كان يقول الموصى له: " قبلت الوصية أو رضيت بها " ، او يتم بالفعل الذي يدل عليه كان يتصرف الموصى له في الشيء الموصى به تصرفا يدل على الرضا و قبول الوصية كما لو كان الموصى به سيارة فيركبها الموصى له أو يؤجرها .

ولا يشترط أن يصدر القبول من شخص كامل الأهلية بل يجوز لمن كان ناقص الأهلية ان يقبل الوصية بنفسه لأنه إنما يقوم بتصرف نافع له نفعاً محضاً يعود عليه بالمصلحة² ، أما إذا كان الموصى له عديم الأهلية بان كان صبياً غير مميز أو محجوراً عليه لعته أو جنون وجب أن يصدر القبول أو الرد ممن له الولاية على ماله وليا كان أو وصياً أو قيماً³.

هذا ويجب أن يقع القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي مصرأ على وصيته⁴ فلا عبرة بالقبول الصادر أثناء حياة الموصي لان آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة ولان الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيه متى شاء كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

على انه لا يشترط قبول الموصى له لكامل الشيء الموصى به فله ان يقبل بعضا منه و يرفض البعض الآخر فيرده مالم يشترط الموصي في وصيته عدم تجزئة الموصى به حصانا مثلا فلا بد أن يكون الموصى به كاملا وإلا بطلت الوصية⁵.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد انه اذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي وقبل أن يصدر منه قبول أو رد للوصية فان هذا الحق ينتقل الى ورثته باعتبارهم خلفا عاما يرث جميع الحقوق التي كان يملكها مورثهم مثلما تنص على

1-راجع د -عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 111 ، ص 217 .

2-دبلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، ج 2 ، الميراث و الوصية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2004 ، ص 280

3-راجع نصوص المادتين 81 و 83 من ق ا

4-الملاحظ ان المشرع الجزائري لم يشترط قبول الوصية فوراً بعد موت الموصي بل اجاز التراخي فيه الى حين تقسيم التركة ، وذلك حتى يستوفي الورثة نصيبهم من تركة مورثهم ، لان الوصية مسبقة في الاستحقاق على التركة .

- في تحليل مفصل لمسألة وقت القبول ، راجع : د - كمال حمدي ، الميراث و الهبة و الوصية ، المرجع السابق ص 194 ، و راجع ايضا : د - محمود حسن / احكام الوصية بين الشريعة و

القانون ، مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الكويت ص 67 .

5-د- محمد مصطفى شليبي ، احكام الوصايا و الاوقاف ، المرجع السابق ، ص 24 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ذلك المادة 198 من قانون الأسرة¹، أما إذا مات الموصى له قبل القبول او الرد وقبل موت الموصي فان الوصية تعتبر باطلة طبقا للمادة 201 من قانون الأسرة، وهذا وإذا تعدد الموصى لهم في الوصية فيقبل البعض دون البعض الآخر فمن المفروض أن الوصية تنفذ في حق من قبل فقط .

الفرع الثاني : شروط صحة الوصية:

الوصية تصرف بالإرادة المنفردة لا يكفي لانعقاده صحيحا توافر ركن الإيجاب بل لا بد من توافر بعض الشروط ليتحقق وجود الوصية و نفاذها ، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالموصي ومنها ما يتعلق بالموصي له ومنها ما يتعلق بالشيء الموصى به ، وسنحاول أن نحلل هذه الشروط تباعا في ثلاثة أجزاء .

أولا : شروط الموصي :

الموصي هو من انشأ الوصية بارادته المنفردة و يشترط فيه أن يكون عاقلا ، بالغاً سن الرشد القانوني ، يملك إرادة الاختيار في إبرامه الوصية .

01-سلامة العقل²: نص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة على أنه : " يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل ... " ، وعليه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلا³ فلا تصح إذن الوصية المبرمة من طرف شخص لا عقل له كالمجنون⁴ و المعتوه⁵ .

و الصغير غير المميز⁶ لانعدام إرادتهم ولعدم إدراكهم و تمييزهم لمنافع و أضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها⁷ ، وترتيباً على ذلك متى ابرم المجنون أو المعتوه أو الصبي وصية كانت باطلة بطلانا مطلقا ، ولم يترتب عنها أي اثر قانوني بحيث يبقى الموصى به بعد وفاة الموصي في ملك الورثة باعتباره جزء من التركة ولا

1تنص المادة 198 من ق ا على مايلي : " اذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول او الرد ."

2اجمع الفقه و القانون على اشتراط ان يكون الموصي سليم العقل حتى تنعقد وصيته صحيحة .

3يراجع قرار م ع ، ملف رقم 41111 ، الصادر بتاريخ 1986/05/05 ، غير منشور ، اشار اليه . - حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 207 ، و الذي جاء فيه انه : " من المقرر شرعا وقانونا بانه يشترط في الواهب ان يكون سليم العقل ..."

4المجنون مرض يصيب الشخص فيؤدي الى زوال العقل ، وقد يبقى هذا المرض مرافقا للمريض طيلة حياته ويسمى حينئذ جنونا مطلقا ، وقد يبين المريض فترة من الزمن ويفيق اخرى ويسمى جنونا متقطعا .

5العتة مرض عقلي يصيب الشخص بسبب تقدمه في السن او مرضه لكنه لا يرقى لدرجة الجنون . ، و المعتوه هو من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، وفاسد التدبير ، الا انه لا يضرب و لا يشتم .

6الصغير غير مميز هو من لم يبلغ 13 سنة طبقا للمادة 2/42 من ق م .

7يراجع نص المادة 1/42 من ق م .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ينتقل إلى الموصى له ، هذا وان العبرة في قيام هذا الشرط تكون بوقت إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي¹ . فإذا ما ابرم الشخص وصية وهو في كامل قواه العقلية بقيت الوصية التي أنشأها صحيحة و نفذت في جانب الموصى له حتى وان أصيب الموصي بعد صدور الوصية بعارض من عوارض الأهلية و توفي على تلك الحال .

02- الرشد و البلوغ²:

يقصد بالرشد كمال العقل وتمام الإدراك ، ومنه متى كان الشخص رشيدا غير محجور عليه لسفه³ أو غفلة⁴ صحت كل تصرفاته سواء كانت تبرعا كالوصية أو معاوضة فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد ، ولقد حدد القانون الجزائري سن الرشد القانوني بتسعة عشر سنة في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني .

و البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية ، ومن ثم لا تصح الوصية من صبي غير مميز لان الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة و التمييز ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة باشرطه أن يكون الموصي بالغاً من العمر تسعة عشرة سنة على الأقل⁵ .

03- الرضا و إرادة الاختيار:

الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً صادراً بالإرادة المنفردة من جانب الموصي يجب أن يتوافر فيها عنصر الاختيار الحقيقي مثلها مثل عقود المعاوضة ، وعليه حتى تكون الوصية صحيحة يجب أن تكون إرادة الموصي أثناء صدور الإيجاب منه خالية من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط أو التدليس أو الإكراه وإلا وقعت الوصية باطلة لانعدام عنصر الاختيار و الحرية .

إذن الاختيار ورضا الموصي بالايضاء يعتبر شرطاً آخر لصحة الوصية الى جانب توافر شرطي العقل و البلوغ ، ومن ثم فان انعدام الرضا يبطلها⁶ ، فلا تصح وصية المكره¹ لفقدان الرضا ولا وصية المخطئ² لغياب الاختيار ولا

1- د - زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و التشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 70 .

2- لقد اختلف الفقهاء في اشتراط البلوغ لصحة الوصية ، فذهب المالكية و الحنابلة الى ان البلوغ ليس شرطاً لصحة الوصية و اعتبروا وصية المميز صحيحة اذا كانت في وجوه الخير ، بينما ذهب

الحنفية و الشافعية الى ان البلوغ شرط لصحة الوصية ، ومن ثم لا تصح وصية الصبي ولو كان عاقلاً مميّزاً .

3السفيه هو المغلوب بمواه فيعمل بخلاف موجب العقل و الشرع مع قيام العقل لديه حقيقة .

4ذو الغفلة هو من لا يهتدي الى التصرفات الراجعة فيغيب لسلامة قلبه .

5الملاحظ ان التشريعات العربية اختلفت حول اشتراط الرشد من عدمه في الموصي للقول بصحة الوصية ، غير ان المشرع المصري مثلاً اتخذ موقفاً وسطاً بموجبه قرب مسافة الخلاف بينه و بين اقوال

الفقهاء ، فاجاز وصية من بلغ 18 سنة اذا اذنته النيابة المختصة طبقاً للمادة 5 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 .

6يراجع نص المادة 79 ومايليها من م .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ولا وصية الهازل و السكران لانعدام القصد و النية³ كون الوصايا الصادرة عن هؤلاء الأشخاص تضر ورثتهم و تنافي القاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي بأنه : "لا ضرر ولا ضرار".

هذا ولا يشترط في الموصي ان يكون مسلما⁴ ذلك أن الوصية عمل من أعمال البر مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة التي جاء فيها : "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، فكما تكون الوصية قريبة يتقرب بها الإنسان إلى ربه تكون صلة يصل بها الشخص قريبا له أو صديقا عزيزا عليه ، و بالتالي فإنها تصح من المسلم و غير المسلم لمن اتحد معه في دينه و لمن خالفه مادام استوفت الوصية جميع الشروط القانونية اللازمة لانعقادها .

ثانيا : شروط الموصى له :

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح و التيسير ولهذا كانت لها صور عديدة، فتارة تكون لشخص او لأشخاص معينين بالاسم و الوصف موجودين عند صدور الوصية أو غير موجودين تارة أخرى تكون لجهة من الجهات ، وحتى تتعد الوصية صحيحة يشترط أن يتوافر في الموصى له إلى جانب الشروط الواجب توافرها في الموصي و التي سبق لنا الإشارة إليها في بحثنا هذا عدة شروط سنتناولها تبعا فيما يلي :

01- أن يكون الموصى له معلوما:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له معلوما ومعينا وقت وفاة الموصي وذلك حتى تنفذ الوصية ويسلم الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد قبول هذا الأخير للوصية.

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الموصى له معينا تعيينا يستطاع معه تنفيذ الوصية و تسليمه الشيء الموصى به ، أي ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن إزالتها فإذا كان الموصى له مجهولا كما لو أوصى الشخص لطالب من الجامعة أو محمد ولم يبين لقبه كانت الوصية باطلة لأنها تمليك و التملك للمجهول يحول دون تسلمه الموصى به فلا تصح وصيته⁵ و العلم بالموصى له يكون بذكر اسمه كفلان ابن فلان أو بالإشارة إليه كان يقول الموصي أوصيت لهذا الشخص أو لحمل هذه المرأة ، أو يكون بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره كان يقول

1المكره هو شخص يقع عليه ضغط يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد و على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا .

2المخطئ هو من يقع في غلط بحيث يتوهم الامر على غير حقيقته فيبرم على اساسه التصرف .

3 - رهبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 28.

- د- احمد محمود الشافعي ، الوصية و الوقف في الفقه الاسلامي ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 2000 ، ص 44.

4 في تفصيل هذه المسألة يراجع ، حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات : الهبة - الوصية - الوقف ، المرجع السابق ، ص 49-50.

5د- محمود حسن ، احكام الوصية بين الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 97

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الموصي أوصيت لمستشفى كذا أو لطلبة كلية الحقوق بجامعة كذا أو لفقراء قرية كذا ، ففي كل هذه الحالات يكون الموصى له معلوما ومعينا ومن ثم تكون الوصية له صحيحة هذا وان العبرة بتعيين الموصى له تكون بوقت وفاة الموصي لا بوقت إبرام الوصية لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت¹ وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان الموصى له معلوما أو لا ، و فيما إذا كانت الجهة الموصى لها مستحقة للايضاء من عدمه .

02- أن يكون الموصى له موجودا:

حتى تنعقد الوصية صحيحة وناذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه .

ويكون تعيين الموصى له مثلما سبق بيانه بالاسم أو بالإشارة أو بالوصف ، فإذا تعذر ذلك وجب وجوده وقت وفاة الموصي لأنه وقت ثبوت الوصية² ، فإذا لم يكن الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية و لا وقت وفاة الموصي كانت الوصية باطلة قانونا و شرعا باتفاق جمهور الفقهاء عدا المالكية³ وذلك كمن يوصي لمن سيولد لفلان ثم مات قبل أن يولد له ، ويعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معينا في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية حتى ولو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية ، وتعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة صحيحة وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ... " ، الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل و نفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة .

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري هذا جاء موافقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء بل خلاف و الذي أجاز بالإجماع الايضاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت إبرام الوصية وان يولد حيا وانه جاء محققا للانسجام و التوافق التام بين نصوص القانون المدني⁴ ونصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث⁵ و الوصية⁶ بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية و الشخصية .

1يراجع نص المادة 184 من ق 1

2- احمد فراج حسين ، احكام الوصايا و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، ص 74 .

3 للملكية على خلاف جمهور الفقهاء اجازوا الوصية للمعدوم المحتمل وجوده في المستقبل بعد وفاة الموصي و قالوا ببقاء الوصية قائمة ما بقي الامل في وجود الموصى له قائما و ظاهرا ، بل اكثر من

ذلك اجازوا الوصية للميت بشرط علم الموصي أثناء ابرام الوصية بموت الموصى له ، بحيث يصرف

4يراجع نص المادة 25 من ق أالمدني

5يراجع نص المادة 134 من ق 1

6يراجع نص المادة 187 من ق 1 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا ولقد سوى المشرع الجزائري فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر و الأثنى في المادة 187 بنصه على ما يلي : "...وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس " .

وقد يحصل ان يولد أحد التوائم حيا والآخر ميتا، ففي هذه الحالة تكون الوصية كلها للحى، اما إذا مات احدهما او كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيب المتوفى منهما في الوصية لورثته ميراثا.

03- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك:

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة غير أن إغفال ذكره له لا يفهم منه إجازة الوصية لمن ليس أهلا للتمليك و الاستحقاق ، ذلك انه و باتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الاستحقاق ، ومن ثم لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتمليك¹ فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته لان الموصى له ليس أهلا للملك .

04- ألا يكون الموصى له جهة معصية²:

يشترط في الموصى له ألا يكون جهة معصية أي ألا يكون جهة من الجهات المحرمة شرعا وقانونا لان الوصية شرعت أصلا لتكون في سبيل الخير و الصلاح يتدارك بها الإنسان ما فاتته في حياته من واجبات تجاه الأقارب و الفقراء و المساكين و يزيد بها من حسناته مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم و المعاصي ليست من الحسنات ، وعليه اذا كان الموصى له جهة معصية بطلت الوصية لان في تنفيذها اقرارا للمعصية³ .

وبناء عليه لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة معصية حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية للعشيقية ولدور اللهو ولأندية القمار ولجماعة الأشرار و نحوها .

هذا وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك أن يوصي شخص لعشيقته بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة به.

1- د- وهبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف ، المرجع السابق ، ص 35.

2 يقصد بالمعصية ما كان محرما في نظر الاسلام سواء اتفقت الاديان معه على تحريمها اولا كالوصية للمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين لان هذه لا تعتبر قرينة في دين المسلم ، فاذا كان الموصى غير مسلم فالشرط ان تكون الوصية غير محرمة في شريعة الموصى و الشريعة الاسلامية .

3- د- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 67 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ففي هذه الحالة تكون الوصية تمليكاً لمن أهل للتمليك و لكن الباعث عليها غير مشروع ، ومن ثم لا تصح هذه الوصية¹.

إذن حتى تنعقد الوصية صحيحة يشترط ألا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة الإسلامية وإلا يكون الباعث على إبرام الوصية منافياً لمقاصد الشارع ومخالفاً للقانون.

05- ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي :

قد يقتل الموصى له الموصي بعد الوصية أو قبلها كان يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي هذا الأخير للضارب لأي سبب و بعد إنشاء الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق².

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتبار قتل الموصى له للموصي شرطاً لصحة الوصية من عدمه بحسب اختلافهم في تحديد طبيعة القتل المانع من الوصية.

فقال الحنفية ببطان وصية الموصى له القاتل ولو أجازها الورثة سواء وقع القتل قبل صدور الوصية أو بعدها وسواء وقع القتل عمداً أو خطأ مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لقاتل "³ وقوله أيضاً : " ليس للقاتل شيء "

أما الشافعية فقالوا بجواز الوصية للقاتل حتى لو وقع القتل عدواناً، ومن ثم قتل الموصى له الموصي بعد إبرام الوصية عن عمد استحق الوصية لان هذه الأخيرة تملك يفتقر الى القبول فلم يمنع القتل منه.

في حين يرى المالكية والحنابلة أن الوصية للقاتل صحيحة بشرط ان يعلم الموصي ان الموصى له هو الذي قتله ورغم ذلك لم يغير وصيته سواء وقع القتل مباشرة⁴ أو بالتسبيب⁵.

وإذا كان هذا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط؟

بالرجوع الى القانون الجزائري⁶ نجد نص على هذا الشرط في المادة 188 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً ". ومفاد هذه المادة أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصي عمداً

1-يراجع نصا المادتين 97 و 98 من ق م .

2- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 73.

3- رواه الدار قطني و البيهقي .

4-القتل المباشر هو القتل بغير حق عمداً كان او خطأ ، وهو الموجب للقصاص و الكفارة مع الدية .

5-القتل بالتسبيب هو القتل غير المباشر الذي يكون بحق و بعذر مبرر حتى لو وقع عمداً.

6-الملاحظ ان المشرع الجزائري اخذ بالمذهب المالكي ، فاشترط قتل الموصى له للموصي عمداً مما يترتب عليه وجوب القصاص او الكفارة .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

¹ سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام و تنفيذه أو كان عالما بالقتل وتدييره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك .

أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة و نافذة في حق الموصى له.

وحتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلا وبالغا أهلا للمسؤولية الجنائية² لأنه إذا كان عديم التمييز والإدراك كان مجنوناً أو معتوها أو صبيا أو فاقدًا للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه ، فلم يعتبر إن فعله جاء لاستعجال الوصية بقتل الموصي ، و بالتالي انتفت مسؤوليته الجنائية فلم تبطل الوصية في جانبه .

06- ألا يكون الموصى له وارثا:

الوارث هو من استحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصي ولو انتفى عنه سبب الإرث وقت إبرام الوصية باتفاق الفقهاء، تكون الوصية له صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة حتى لو كانت في حدود الثلث مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث "

وبناء عليه يتضح لنا جليا انه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى لو لم تتجاوز الوصية حدود ثلث التركة³ فان أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية ونفذت في حق الوارث الموصى له وان لم يجيزوها بطلت ولم تنفذ ، أما إذا أجازها بعض الورثة و رفضها البعض الآخر صحت الوصية ونفذت في حصة من أجازها و بطلت في حق من لم يجزها⁴ ، ويشترط لصحة الإجازة⁵ أن يكون المجيز أهلا للتبرع بان كان بالغا رشيدا وعاقلا ، وان يكون عالما بما يجيزه ، وان تحصل الإجازة بعد موت الموصي لان الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا عبرة بالإجازة التي قد تحصل حال حياة الموصي لأنه يمكن للورثة الرجوع عن إجازتهم بعد وفاة مورثهم الموصي .

1القتل العمد العلوان هو القتل الذي لا يكون لصاحبه عذر مشروع و يقع بغير حق

2يراجع نص المواد 47 ، 48 ، 49 من قانون العقوبات الصادر بموجب الامر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 .

3قرار م ع غ اش ، ملف رقم 86039 ، الصادر ب1992/11/24 ، منشور ب الاج ق ل غ اش ، عدد خلاص ، ص 292 و الذي قضى فيه بما يلي : " من المقرر شرعا وقانونا انه لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة المورث ... "

4الحسين بن الشيخ اث ملويا ، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 704.

5الاجازة عمل قانوني يصدر بارادة منفردة من المجيز ، و تنصرف من بين التصرفات الضارة بالشخص ضررا محضا .

- يراجع في هذا الصدد : مجيد خلوي ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 122.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا ولقد خالف مشرعنا موقف معظم القوانين الوضعية العربية التي عممت الحكم و أجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة، فنص في المادة 189 من قانون الأسرة على ما يلي : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " وهو بذلك يكون قد اخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به .

ونرى ان هذا الاتجاه الذي تبناه القانون الجزائري سليم كونه يتماشى وبعض القواعد الفقهية المشهورة ومن ذلك قاعدة : " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح " وقاعدة : " الحكم يتبع المصلحة " وهو موقف وسط عقلائي يحقق المصلحة الراجحة بين الموصى له وباقي الورثة ، فمنع الوصية للوارث مطلقا¹ فيه نوع من الظلم تجاه بعض الحالات المشروعة كحالة ما إذا لم يرزق الموصي إلا البنات أو بولد مصاب بعاهة أو مرض مزمن فاراد والده الايضاء له لتأمين حياته ولعلاجه ، أما السماح مطلقا بالوصية لوارث² من شأنه إثارة الضغينة و الحقد بين الورثة فيما بينهم ، وعليه يعتبر الموقف الوسط الذي اتخذه مشرعنا صائبا متماشيا مع روح نظام الوصية و نظام الإرث في الشريعة الإسلامية .

ثالثا: شروط الموصى به :

بعدها انتهينا من سرد الشروط القانونية الواجب توافرها في الموصي و الموصى له لصحة الوصية، سنتناول في هذا الجزء جملة من الشروط الأخرى الواجب توافرها في الشيء الموصى به حتى تتعقد الوصية صحيحة و نافذة.

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه و تتحقق مقاصدها به حيال الموصى له ، فهو المال الذي يتبرع به الموصي الى غيره ، وهو كل ما يقبل النقل بشروط معينة ، قد يكون مالا حقيقة كالأعيان³ أو حكما كالمنافع⁴ أو حقا من الحقوق⁵ .

وحتى تصح الوصية يشترط في الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح ان يكون محلا للتعاقد، وان يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي، وان يكون مالا متقوما وقابلا للتملك، غير مستغرق بالدين وألا يزيد عن ثلث التركة.

1 اخذ بهذا الموقف المشرع المغربي .

2- اجذ بهذا الاتجاه المشرع المصري .

3 تكون الوصية بالأعيان كما اذا اوصى رجل بداره او بقطعة ارض يملكها.

4 المراد بالمنافع ثمرات الاعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ماهي مهيأة له خلقا او صنعا و مثالها الثمرات المتولدة عن ثمار الاشجار و المحاصيل الزراعية و الاجرة التي تعطى في مقابل الانتفاع

بالعين و استعمالها و غيرها

5 الحقوق كان يوصي الشخص لآخر بحق الارتفاق و المرور و الاجبار .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و الملاحظ أن هذه الشروط بعضها للصحة¹ و البعض الآخر للنفاز²، وهذا ما سنتعرض إليه فيما يأتي بشيء من التفصيل .

أ- شروط صحة الوصى به :

يشترط لصحة الوصية في الوصى به الشروط الثلاثة الآتية:

01- أن يكون الوصى به مالا قابلا للتوارث و التملك :

لنتعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الوصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع و الهبة وغيرها حال حياة الموصي لان الوصية تملك ومالا يقبل التملك لا تنشأ به الوصية، وعليه فان ما لم يجز فيه الإرث و ما لم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به كالوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العانة الخاصة بالدولة او بالأموال المباحة غير المملوكة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون وغيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي جرى نصها كالآتي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " .

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن يكون محلا للوصية فتصح الوصية بكل ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة للتداول و الانتقال بالطرق المقررة قانونا مع استيفاء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت هذه الأموال منقولات مثلية أو قيمية أو عقارات يجوزها الموصي حقيقة أو حكما³ أو كانت حقوق مالية⁴ أو عينية⁵ كحقوق الارتفاق أو حقوقا أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة كسكنى الدار وزراعة الأرض و الإبراء من الدين و غيرها .

والملاحظ في هذا الصدد إن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت احد المتعاقدين ومع ذلك يجوز ان تكون محلا للوصية ، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 196 بنصه على ما يلي : "

1- شروط الصحة هي الشروط التي لا توجد و لا تعتبر الوصية قائمة الا بتوافرها .

2 شروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ الوصية الا بتوافرها .

3 تعتبر حيازة الموصي للمال حيازة حكمية إذا كان المال الموصى به في يد اخرى غير يد الموصي كالمال الموجود عند المستأجر او المودع او المستعير او المرتهن وغيرهم.

4الحقوق المالية هي تلك الحقوق التي تزول الى اموال عند فرزها و قبضها كحقوق الشخص في الدين الذي هو في ذمة الغير .

5الحقوق العينية ليست في ذاتها اموالا، لكنها تقوم بالمال او تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب و المجرى و المرور.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري¹ وما هذا النص الا تطبيق القواعد العامة² التي تقتضي بانتهاق حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء اجل الانتفاع المحدد ، و بالنتيجة يترتب على وفاة الموصى له المنتفع عودة حق الانتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية .

02- أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصى له عند الوصية.

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة المنوه أعلاه، فأوجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت ابرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات، وإلا فلا يشترط ذلك.

وعليه إذا كان محل الوصية شيئا معيناً بالذات كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، إذ لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو تملك الموصي السيارة في المثال السابق بعد صدور الوصية ومات الموصي على هذه الحال.

أما إذا كان الشيء الموصى به غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله، فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية.

هذا ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لانعدام المحل كمن يوصي بداره الموجودة في مدينة كذا ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار.

03- أن يكون الموصى به مالا مقوما وقابلا للتملك:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به مالا مقوما في نظر كل من الموصي و الموصى له و المال المتقوم هو ذلك المال الذي يصح أن يكون محلا للوصية بان يكون مما يباح الانتفاع به³ فالخمر و المخدرات و الخنزير و غيرها أموال غير متقومه في مفهوم الشرع الإسلامي كونها محرمة شرعا و بالتالي لا تصلح ان تكون موضوعا للوصية شرعا و بالتالي لا تصلح ان تكون موضوعا للوصية شرعا و بالتالي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية

1 يقصد بالعمري تملك مدى الحياة بغير عوض.

- يراجع - د- محمد بن احمد تقي ، دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية و القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 168 .

2نص المادة 852 من ق م على ما يلي : " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الاجل المعين ، فان لم يعين اجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، و هو ينتهي على اي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين ...".

3حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات:الهبة،الوصية ، الوقف ، المرجع السابق ، ص 55.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

شرعا بين المسلمين ، غير انه يصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لبعضهم البعض لأنها متقومه في شريعتهم¹.

ب - شروط نفاذ الموصى به: يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به :

01- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به أن يكون في حدود ثلث التركة ، فإذا أوصى الموصى بأكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة² وفقا لمقتضيات المادة 185 من قانون الأسرة و التي جاء نصها كالآتي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومازدا عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

واستنادا إلى الحديث الشريف المشهور الذب روي عن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: " الثلث و الثلث كثير "³ و لقوله عليه الصلاة والسلام ايضا : أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم "⁴ وعليه يتضح جليا من هذه الادلة القانونية والشرعية أن الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة و الأولى أن ينقص الموصى به عنه ولايزيد عليه⁵ ، فإذا تجاوز الموصى به لغير الوارث ثلث التركة كانت الوصية صحيحة لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الموصى بعد وفاته فيما يتجاوز الثلث ، فان اظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود ثلثها فقط و ليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جبرا عليهم أما إذا لم يكن للموصى ورثة و تجاوز الموصى به ثلث التركة ، صحت الوصية في حدود الثلث و لم تصح في الزيادة التي تؤول إلى الخزينة العامة لان مال الموصى في هذه الحالة يعتبر ميراثا للمسلمين ولا يحيز له منهم⁶.

1- د- احمد محمود الشافعي ، الوصية و الوقف في الفقه الاسلامي، المرجع السابق ، ص 63.

2- قرار م ع م ، الصادر بتاريخ 1968/02/28 اشار اليه : د- بلحاج العربي ، قانون الاسرة : مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1994 .

ص 190 و الذي جاء فيه ان : " موافقة الورثة ليس شرطا لصحة الوصية لغير وارث الا فيما زاد على ثلث التركة ، وان الوصية ترد الى الثلث عند انعدام الموافقة " .

- ونفس المعنى يؤكد قرار م ع ، ملف رقم : 75589 ، الصادر بتاريخ 1991/02/24 ، منشور ب م ق ، ع 2 ، س 1993 ، ص 62.

- و يراجع ايضا قرار م ع ، ملف رقم : 40651 ، الصادر بتاريخ 1986/02/24 ، غير منشور ، اشار اليه .

- د- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري : الميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 272 هـ 4

3.رواه البخاري و مسلم

4.رواه ابن ماجه و الدار قطني .

15 ، احمد ابو الفتح ، المعاملات في الشريعة الاسلامية ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 59 .

د- بلحاج العربي / الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 271

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا وإذا أجاز بعض الورثة الزيادة ورفضها البعض الآخر فإن الوصية تنفذ في حق من أجازها مادام من أهل الإجازة¹ وتبطل في حق من لم يجزها .

مع العلم أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة² وقبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم لان هذا الوقت يعتبر وقت استقرار الملك و تنفيذ الوصية بعد سداد ديون العباد وحقوقهم .

02- ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين :

يشترط لنفاذ الوصية كذلك الا يكون الموصى به مستغرقا بالدين أي ألا يكون الموصى مدينا بدين مستغرق لجميع ماله لان الديون الثابتة في ذمة الموصى مقدمة في التعلق بمال الميت عن كل حق بعد مصاريف تجهيز الميت ودفنه بالقدر المشروع ، ولان أداء الدين واجب و الوصية في غير الواجبات مندوبة او مباحة ، و الواجب مقدم على المندوب و المباح³ ومن ثم اذا كان الموصى به مستغرقا بالدين لتركة الموصى لم تنفذ الوصية رغم نشوئها صحيحة في حق الموصى له ما لم يجزها الدائنون بان ابرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه ، أو أنهم أجازوا للموصى له أن يستوفي حقه من تركة مدينهم قبل استحقاق ديونهم من التركة فان كان الدين غير مستغرق لتركة الموصى نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون .

رابعا: شكل الوصية:

يجدر بنا قبل التعرض لموقف القانون الجزائري من شكل الوصية أن أشير إلى أن الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975⁴ المتضمن القانون المدني .

ومراجعة نصوص القانون المدني يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفا رضائيا صادر من جانب واحد لا كشكل انعقاد ولا كشكل إثبات ولا كشكل متعلق بالشهر ، وإنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه بشأن هذه المسألة ، وبما أن قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فانه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من نفس القانون المذكور ، وعليه يسري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني وقبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية فما هو موقف الفقه وقانون التوثيق من الشكل في الوصية ؟ .

1 لتكون اجازة الوارث صحيحة يجب ان تقع الاجازة بعد موت الموصي لأنه وقت ثبوت الملك، وان يكون المميز اهلا للتبرع بان يكون بالغاً عاقلاً لان الاجازة تصرف ضار محض، و ان يكون المميز

علماً بما اوصى به الموصي .

2 يقصد بالتركة الاموال الخاصة بالوصايا والموارث بعد مصاريف الدفن وسداد الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3-د- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني ، الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركات، المرجع السابق، ص 283 .

4 منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 78 ، السنة 12 الصادرة بتاريخ 1975/09/30 ، (1) - يراجع نص المادة 2/1 من ق . م .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

بتقصي آراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا في العقود و في التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة

¹ وعليه يكفي لانعقاد الوصية باعتبارها تصرفا صادرا من جانب واحد توافر الإرادة الحرة لدى الموصي كون

الإيجاب هو الركن الوحيد الذي تنعقد به الوصية دون الحاجة إلى اتباع إجراءات شكلية معينة ، ومن ثم فإن

الشكل الرسمي كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالوصية إذ هي تصرف انفرادي رضائي².

أما الشكل كإثبات فإن الشريعة الإسلامية تقتضيه وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:

ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة ."

³ فكتابة الوصية أمر مطلوب تقتضيه الحياة العملية لان الكتابة تنبئ عن المقصود منها ، ولقد حث الشارع عليها

خشية تنبئ عن المقصود منها ، ولقد حث الشارع عليها خشية فوات الفرص ، فمن الحزم و الاحتياط للمسلم

أن تكون وصيته مكتوبة عنده اذا كان له شيء يريد أن يوصي به إلا انه لا يدرك متى تأتي منيته فتحول بينه وبين

ما يريد⁴ ، إذن الكتابة التي قال بها الفقهاء هي للإثبات وليس لقيام الوصية ، فاذا تخلفت يمكن إثباتها بشهادة

الشهود أو بإقرار الورثة أو بيينة واضحة .

وأما فيما يتعلق بالمادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970⁵ المتضمن تنظيم التوثيق و التي تنص

على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات او حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، فانه لا

مجال لتطبيقها على الوصية باعتبارها ليست عقدا وإنما تصرفا صادرا من جانب واحد ، وعليه لا يكون لنص المادة

12 من قانون التوثيق الساري آنذاك - سند لأعماله في الوصية إلا إذا عدل واستبدلت كلمة "التصرفات "

بكلمة " العقود " الواردة فيه حتى يصبح النص عاما وشاملا للتصرفات الصادرة من جانبين و التصرفات الصادرة

من جانب واحد⁶ .

1حبار محمد ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة) ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في

القانون الخاص ، تحت اشراف الدكتور علي سليمان ، جامعة بن عكنون - الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الادارية ، سنة 1987 ، ص 227.

2- د - احمد فراج حسين ، احكام الوصايا و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 26 .

3رواه خمسة من الصحابة وهم : ابو هريرة و ابو الدرداء وابوبكر الصديق وخالد بن عبيد ومعاذ

4د - احمد ابراهيم بك ، الهيئة و الوصية و تصرفات المريض ، المرجع السابق ، ص 64 .

5منشور ب ج ر ج ج ، ع 107 ، س 7 ، الصادرة بتاريخ 1970/12/25 .

6د- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 78 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري يتبين انه استقر على اعتماد الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة ،
اذ انه لم يشترط شكلا معيناً¹ سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولاً فلم يرتب إذن بطلان الوصية اذا تخلف
الشكل الرسمي فيها .

وخلاصة ما تقدم أن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سواء كان
الموصى به عقارا أو منقولاً، فتتم بكل عبارة دالة عليها أو كتابة عرفية أو رسمية لان الرضائية هي الأصل ولكن إذا
أراد الأفراد كتابة وصاياهم فلهم ذلك.

وهذا ويسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره، فما الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري
من شكل الوصية؟ .

بمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري ينص في المادة 191 منه على ما يلي:

تثبت الوصية إما :

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

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

يبين لنا من هذا النص أن قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية²، فاعتبر أن الوصية تثبت أصلاً
بموجب عقد رسمي يجره الموثق و استثناءاً تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

وفيما يلي سنتناول كل حالة على حدى:

1قرار م ا غ م ، الصادر بتاريخ 1969/04/30 / منشور ب مج الاحكام ، ج1 ، ص 211 و الذي جاء فيه : " ان الشريعة الاسلامية لا تشترط في الوصية ان
تكون بصيغة شكلية ، ويجوز اثباتها بسائر البيانات "

- وذات المعنى يؤكد قرار م ا غ ق خ ، الصادر بتاريخ 1971/12/15 ، منشور ب ن ق ، ع 2 ، ص 79 ، اشار اليه : د- بلحاج العربي / قانون
الاسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق ، ص 192 .

2قرار م ا غ م ، الصادر بتاريخ 1969/04/30 / منشور ب مج الاحكام ، ج1 ، ص 211 و الذي جاء فيه : " ان الشريعة الاسلامية لا تشترط في الوصية ان
تكون بصيغة شكلية ، ويجوز اثباتها بسائر البيانات "

- وذات المعنى يؤكد قرار م ا غ ق خ ، الصادر بتاريخ 1971/12/15 ، منشور ب ن ق ، ع 2 ، ص 79 ، اشار اليه : د- بلحاج العربي / قانون
الاسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق ، ص 192 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

01- إثبات الوصية بعقد رسمي توثيقي .

الأصل أن تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه ، على انه يجب أن تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الاحتفالية¹ ، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين ، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان .

ويجب عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق الإشارة بدقة لصفة الموصي و الموصى به وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود .

وإذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة ، ثم يحرر العقد بشرط ان تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه .

02- إثبات الوصية بحكم قضائي:

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 المذكورة : يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر² كان يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالايضاء للموصى له مريضا فلا يستطيع ان ينتقل الى مكتب الموثق لتحرير عقد بذلك ، أو أن يضرب الموصي مع الموثق موعدا لتحرير العقد المثبت للوصية وبحضور شاهدي عدل لكن وأثناء انتقال الموصي الى مكتب التوثيق لإمضاء العقد في الموعد المحدد صدمته سيارة فمات ، فهنا يجوز للموصى له الاستعانة بمشروع العقد بمكتب التوثيق و بالشهود و بإثبات المانع القاهر فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بحكم قضائي ، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية .

وترتبيا على ما سبق بيانه فان الوصية القولية الشفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة و نافذة

إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية³ و القاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها أما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود الوصية¹ .

1- العقود الاحتفائية هي عقود رسمية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 3 من ق م المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في

2005/06/20 المعدل و المتمم للامر 58/75 المتضمن القانون المدني ، وتعتبر الوصية عقد احتفانيا .

- لتفاصيل اكثر ، يراجع حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2002 ، ص 30 .

و علاوة بوتغرار ، (المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي و الفرنسي) ، المرجع السابق ، ص 10 .

2 تجدر الاشارة الى ان النص الفرنسي لنفس المادة يجيز اثبات الوصية بحكم قضائي

و وجود قوة قاهرة و ليس مانع قاهر مثلما هو وارد في ترجمة النص العربي هناك تناقض في المادة بين نصيها العربي و الفرنسي .

3- د- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 224 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا و من خلال نص المادة 191 المذكورة سابقا يحق لنا أن نتساءل عما اذا كانت الكتابة شرطا شكليا في الوصية أم أنها مقررة للإثبات فقط؟.

بإمعان النظر في هذه المادة ، يتبين لنا أن المشرع لم يترتب بطلان الوصية كجزاء عن عدم كتابتها في الشكل الرسمي ، ومن ثم فالكتابة في الوصية شرط للإثبات فقط سواء كان الموصى به عقارا او منقولا وليست ركنا فيها² .
والعلة في ذلك واضحة وهي أن المشرع الجزائري أراد باشتراطه للشكل الرسمي تفادي المشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير و الموصى له ، وكذا قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لوجود لها و يؤيدونها بشهادة مزورة .

نخلص إذن أن قانون الأسرة الجزائري اعتبر الوصية تصرفا رضائيا وليس شكليا، والكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة للإثبات.

المطلب الثالث : إجراءات الرجوع في الوصية وأحكامها:

سنتطرق في هذا الصدد- لمسالتين هما كيفية الرجوع في الوصية؟ وحكم الرجوع فيها ؟ وذلك في فرعين متتاليين.

ولكن يجدر بنا قبل التطرق إلى هذه الأحكام أن نتوه أنه يسري على الرجوع في الوصية ما يسري على الرجوع في الهبة فيما يخص مفهوم الرجوع وطبيعته القانونية، و بالتالي لا داعي لإعادة ذكرها في هذا الفصل لتفادي التكرار³.

الفرع الأول : إجراءات الرجوع في الوصية :

تنص المادة 192 من قانون الأسرة علي ما يلي: يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها و مؤدى هذا النص أن الوصية تصرف انفرادي غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيها إما صراحة أو ضمنا، وهذا ماستتناوله تباعا في فرعين.

أولا . الرجوع الصريح في الوصية:

يكون الرجوع في الوصية صريحا إذا أفصح الموصي قيد حياته انه رجع في وصيته¹ على انه لا يشترط في الرجوع

1- د- بن شويخ رشيد ، الوصية و الميراث في قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 70.

2- ا- شيخ سناء ، اثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الارادة المنفردة : الوصية و الوقف) ، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا ، ع 1 ، ص 2009 ، ص 97 .

3 راجع صفحة 29 وما بعدها من الدراسة.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

صيغة معينة، فقد يتحقق بكل لفظ صريح يدل على اعراض الموصي عن وصيته لغة او عرفا.²

وقد يتم الرجوع الصريح في الوصية شفاهة كقول الموصي: "رجعت في وصيتي" أي "أبطلتها" أو "ما أوصيت

به فلان فهو لورثتي" ونحوه من الألفاظ الصريحة الدالة دلالة قاطعة على إرادة الرجوع، كما قد يتم بخطاب

أو إنذار رسمي يوجه الى الموصى له يخبره فيه انه رجع في وصيته.

أما ما لا يكون صريحا من الألفاظ دالا على إرادة الموصى في الرجوع -بأنه يتحمل الرجوع وغيره- فلا يعد رجوعا و مثال ذلك أن يقول الموصي: " ندمت على وصيتي لفلان" فلا رجوع في هذه الحالة لانعدام التلازم بين لفظي الندم و الرجوع.

و لقد نص المشرع الجزائري على الرجوع الصريح كطريق يسلكه الموصي للرجوع في وصيته قيد حياته في المادة 192 من قانون الأسرة والتي جرى نصها كالآتي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة... فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها...".

و بقراءة هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري حول الموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكنه قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية و المتعلقة بشكلها.

فالرجوع الصريح في الوصية يكون بوسائل إثباتها، و من ثم فان الرجوع القولي من جانب الموصي-ولو كان بألفاظ صريحة لا تدع مجالاً للشكفي أن الموصي رجع عن وصيته-لا يعتد به لسماع الادعاء به إلا إذا تم بنفس الشكل الذي أفرغت فيه الوصية.

من ثم لا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أي أثر إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق أو عن طريق استصدار حكم قضائي من المحكمة المختصة يقضي بالرجوع في الوصية.

و ترتيبا على ذلك، متى أراد الموصي الرجوع في وصيته فله ان يتوجه الى الموثق الذي حرر له الوصية او اي موثق اخر ليلتمس منه تحرير عقد الرجوع في الوصية برادته المنفردة دون اشتراط قبول الموصى له و من دون تسبب طلبه، و يتم ذلك الرجوع بحضور شاهدي عدل و اتباع الإجراءات المقررة قانونا لذلك، فالرجوع الصريح في

1. شيخ نسيمه ، المرجع السابق ، ص 228 .

2 دلالة الرجوع عن الوصية عرفا يكون مثلا إذا ما حصلت خصومة بين الموصوالموصى له بعد إبرام الوصية فيقول الموصى لمن أوصى له: "لا أقدم لك معروفا"، فان هذا القول يعتبر رجوعا بحسب عرف الناس.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الوصية يجب ان يتم بوسائل اثباتها، على انه يترتب على هذا الرجوع الرسمي عودة الموصى به الى ملك الموصي من جديد.¹

هذا ويمكن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار الموصي هذا الطريق لان الحكم القضائي يعد من وسائل إثبات الوصية.

ولعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة في الرجوع الصريح في الوصية هو تفادي حصول الخلاف الذي قد ينشأ بعد موت الموصي بشأن التصرفات و الأفعال التي قام بها هذا الأخير قبل وفاته و التي تحمل الرجوع في الوصية من عدمه.

ثانيا . الرجوع الضمني في الوصية :

رأينا في الفرع السابق أن الرجوع في الوصية إذا كان صريحا فانه حتى يتقرر يجب أن يكون بنفس وسائل إثباتها، لكن ما الحكم إذا كان الرجوع ضمنيا؟ .

إن الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به يصدر من الموصي بعد إبرامه الوصية و يكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عنه وصيته وأعراضه عنها مثلما تقتضي ذلك أحكام المادة 192 من قانون الأسرة.

ويكون الرجوع في الوصية ضمنيا إذا قامت القرينة و العرف على اعتبار تصرف الموصى له عدولا عن وصيته أراد بموجبه -بالفعل- نقض الوصية وأبطالها، فيتم بكل تصرف صريح يخرج المال الموصى به عن ملك الموصي أو يرتب للغير حقا عليه يتنافى مع حق الموصى له، كان يقوم الموصي ببيع الشيء الموصى ب هاو هبته أو وقفه، أو يتم بكل تصرف فعلي يفيد الرجوع بان يتلف الموصي المال الموصى به أو يستهلكه فتفنى مادته، كان يكون الموصى به شاة فيذبحها الموصي أو ثوبا فيلبسه أو يمزقه².

و ترتيبا على ما تقدم، يعتبر التصرف الذي يزيل ملك المال الموصى به عن الموصي رجوعا ضمنيا في الوصية دون الحاجة إلى إثبات ذلك بقرينة تدل عليه سواء كان هذا التصرف الذي يزيل الملك عن الموصي بعبوض كالبيع او

1 مجيد خلوي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 144.

2 مجيد خلوي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 144.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

بغير عوض كالهبة، و سواء عاد ملك الموصي على الشيء الموصى به بعد ذلك أو لم يعد¹ لان ذات الأقدام على التصرف قرينة قاطعة على الرجوع ، و بالرجوع تبطل الوصية².

هذا وقد تعدد صور التصرفات التي يقدم عليها الموصي والتي تدل علي الرجوع في وصيته ضمناً، فإذا زال ملك الموصي به بعقد بيع مثلاً سوء باشر إجراءات البيع بنفسه أو بواسطة وكيله³ فان هذا البيع يدل على إرادة الموصي في الرجوع في وصيته حتى لو أبطل عقد البيع بعد ذلك لأي سبب من الأسباب وعادت الملكية، فالبيع يفيد تمليك المشتري للعين المباعة في الحال أما الوصية فتفيد تمليكها للموصى له بعد الوفاة، فهذان تملكان أحدهما ناجز والأخر مؤجل إلى ما بعد الموت، ومن ثم يتعذر التوفيق بينهما فتكون الوصية ناسخة للبيع فتبطلها.

وإذا وهب الموصي الشيء الموصى به فان هذه الهبة تعد رجوعاً عن الوصية ولو رجع الموصي في هبته وعادت إليه بذلك ملكية الشيء الموهوب.

فالتصرف الذي يخرج الشيء الموصى به عن ملك الموصي سواء تم بعوض او بغير عوض يعد قرينة في ذاته على نية الرجوع في الوصية، فلا يعود عندئذ الشيء الموصى به إلى الموصى له إلا بإيجاب جديد.

هذا و يعتبر وقف الموصي للموصى به تصرفاً دالاً على الرجوع في الوصية حتى لو كان مؤقتاً⁴ و لو كان للواقف حق الرجوع و لو كان للواقف حق الرجوع فيه لان الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية و لو رجع الموصي عن وقفه بعد ذلك لأن الوصية تبطل بالرجوع.

إذن كل فعل أو تصرف قانوني يقوم به الموصي على العين الموصى بها ولا يدل بقرينة او عرف على انه عدول عن الوصية لم يعتبر رجوعاً.

و تجدر الإشارة هنا أن الرجوع الضمني لا يحتاج في اثباته بعد وفاة الموصي إلى ما يحتاج إليه الرجوع الصريح، و ذلك لأنه يعتبر من قبيل الوقائع المادية التي يمكن للشخص ان يثبتها بكل وسائل الإثبات و لأنها واضحة جلية،

1 يقول ابن المنذر: "أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا أوصى بجماعة فباعها، أو بشيء ما فأتلفه، أو وهبه، أو تصدق به أن ذلك كله رجوع".

2. د. حسين حامد حسان، أحكام الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص: 26.

3. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج98، المرجع السابق، ص: 210 هـ 2.

4. محمد أبو زهرة، قانون شرح الوصية، المرجع السابق، ص: 200.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

كما و أن تصرف الموصي في المال الموصبه ضمنيا غالبا ما يخرج العين عن ملك الموصي فلا تكون في ملكه وقت الوفاة، و من ثم لا يمكن تنفيذ الوصية فيها لانعدام المحل، فلا يحتاج الرجوع الضمني إذن إلى اثبات.¹

وعليه وعلى خلاف الرجوع الصريح فان الرجوع الضمني في الوصية يثبت بعد الوفاة بكل طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن لان سلوك الموصي لهذه الطريقة يعتبر بمثابة عمل لا يجري فيه التحرير والكتابة، فاذا اراد الموصي تحريره كان الرجوع صريحا.

وخلاصة لما تقدم ارى ان المشرع الجزائري على غرار جمهور الفقهاء اعتبر أن الرجوع في الوصية يكون إما بالقول أو بالفعل أو بكل تصرف يستخلص منه الرجوع أو ينبى عنه.

مع العلم أن رأي الفقهاء تنوع الرجوع في الوصية إلى صريح و ضمني يختلفون في الأفعال التي يتحقق بها الرجوع ضمنيا بين موسع² و مضيق.³

و لقد نص المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة على نوعين من التصرفات التي لا تعتبر بذاتها رجوعا عن الوصية وهي: رهن الشيء الموصى به، و التصرف في الموصى به لشخص ثان، و فيما عدا هاذين التصرفين سكت مشرعنا عن حكم باقي التصرفات الأخرى-التي قد يقوم بها الموصي- في كونها تدل على الرجوع أو عدمه و التي كانت محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، و هذا ما سأتناوله بالشرح فيما يأتي :

أ/ ما لا يعتبر رجوعا في الوصية:

سوف نتطرق الى رهن الموصي به أولا ، ثم التصرف فيه للموصى له ثانيا.

1إيراجع قرار م.ع.غ.أ.ش، 54727، الصادر بتاريخ: 1990/01/24، منشور ب.م.ق، 4، س 1991، ص: 85، والذي جاء فيه أن التراجع في الوصية بموجب الوكالة الرهنية التي وكل من

خلالها الموصي ابن عمه بيع جميع ممتلكاته العقارية.

2 للملاحظ أن المالكية على خلاف جمهور الفقهاء، مثلما سيأتي بيانه في هذا البحث اعتبرا أنه كما يجوز الوقف مؤبدا فإنه يجوز مؤقتا محمدا بمدة زمنية معينة.

3 غياطو الطاهر، الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون العقاري والزراعي، تحت إشراف

الدكتور: محمد نسيب ارزقي، جامعة البليدة، الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1999-2000، ص: 92.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

01- رهن الموصي الموصى به بعد إبرامه الوصية¹:

نص المشرع الجزائري في المادة 193 من قانون الأسرة على ما يلي: " رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية"، الأمر الذي يستفاد منه أنه إذا رهن الموصى قيد حياته الشيء الموصى به للغير فان تصرفه هذا لا يعتبر رجوعا في الوصية.

غير ان الرهن عقد خطير² قد يؤدي الى الحجز على الشيء الموصى به و بيعه بالمزاد العلني اذا عجز الموصي عن الوفاء بدينه، و يكون مصير الوصية في هذه الحالة كما لو هلك الشيء الموصى به كلية، فتبطل الوصية عندئذ لهلاك محلها الذي كانت متعلقة به.³

و ترتيبا على ذلك ارى انه ما كان على المشرع الجزائري أن يخرج رهن الموصى به من التصرفات التي يستفاد منها ضمنيا الرجوع في الوصية، ذلك ان الرهن و ان لم ينقل ملكية الشيء المرهون الى الغير الا انه يعتبر تصرفا قانونيا يدل دلالة واضح على أن الموصي أراد الرجوع فيما أوصى به.

02- تصرف الموصي في الموصى به لشخصين⁴

نص المشرع الجزائري في المادة 194 من قانون الأسرة على ما يلي: "اذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان، يكون الموصى به مشتركا بينهما"، و نص أيضا في المادة 195 على ما يلي: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما.

أما إذا حدد مما يستحق: منهما فالحي لا يستحق الا ما حدد له"

وبقراءة هاتين المادتين يستفاد أنه إذا أوصى الموصي بمال معين إلى شخص معين ثم أوصى لشخص ثان بنفس المال فلا يعد ذلك رجوعا ضمنيا عن الوصية من جانب الموصي بل يكون الموصى به مشتركا بينهما.

1 وسع فقهاء الحنفية دائرة الرجوع الضمني في الوصية فقالوا أن الرجوع يتحقق بكل تصرف ينزل ملك الموصى عن الموصى به، أو يكون استهلاكا له، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها، أو يكون خلطا للموصى به حتى يزول اسمه ومعظم صفاته سواء كان هذا التغير بفعل الموصي أو بغيره.

2 ضيق الملكية دائرة الرجوع الضمني في الوصية فقصره على فعل الموصي الذي يكون استهلاكا للموصى له أو يغيره تغييرا تاما أو تصرفه الذي يخرج عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى ولو بسبب جديد.

3 اختلف الفقهاء في اعتبار رهن الموصى به رجوعا في الوصية على قولين، فذهب الحنفية والملكية على أنه لا يعد رجوعا لأنه لا ينزل الملك وهو أشبه بالإستخدام، أما الحنابلة والشافعية فذهبوا إلى اعتباره رجوعا لأنه اشبه بالبيع وأن الوصية تنقل الملك بعد الموت، والقابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه.

4 وهذا هو نفس الموقف الذي قال به المالكية والحنفية.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد أعطى لهذا التصرف حكم التصرف بالوصية لشخصين في وقت واحد بنفس الشيء الموصى به- لاحتتمال إرادة الموصي التشريك بينهما- كما لو قال الموصي دفعة واحدة: "أوصيت لكما بكذا".

هذا وإذا أوصى الموصي لشخصين معينين دون أن يحدد النصيب الذي يستحقه كل واحد منهما أثناء إبرامه الوصية ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها و قبل وفاة الموصي كان الشيء الموصى به كله للموصى له الحي منهما، فان حدد الموصي ما يستحقه كل منهما فليس للحي أن يستحق إلا ما حدد له.

ب / ما يعتبر رجوعا في الوصية:

فيما عدا الحالتين المبينتين أعلاه والتي نص المشرع الجزائري صراحة على عدم اعتبارهما رجوعا في الوصية يعتبر كل تصرف يقوم به الموصي على الموصى به رجوعا إذا دلت القرينة و العرف على اعتباره كذلك سواء كان هذا التصرف جحودا أو تغيرا في اسم الموصى به أو زيادة في العين الموصى بها و غيرها.

1. جحود الوصية:

يقصد بجحود الوصية إنكار حصولها في الماضي كأن يقول الموصي حين تعرض عليه الوصية: " لا أعرف هذه الوصية" أو "لم أوص بشيء". فهل يعد تصرفه هذا رجوعا في الوصية أم لا؟ .

لقد اختلف الفقهاء في اعتبار الجحود رجوعا في الوصية من عدمه، فذهب فريق منهم الى اعتبار الجحود رجوعا تبطل به الوصية¹ على أساس أن الرجوع هو نفي للوصية في الحاضر و الجحود هو نفي لوجودها في الماضي و في الحاضر و في المستقبل فأولى أن يكون رجوعا، و لأن إنكار الموصي لما أوصى به فيه دلالة واضحة على عدم رضاه عن إيصال الموصى به إلى الموصى له.²

و ذهب فريق آخر إلى أن الجحود لا يعد رجوعا و ليس مبطلا من مبطلات الوصية فتبقى الوصية³ كما هي صحيحة لان حقيق الرجوع و هي إقرار بوجود الوصي في الماضي و إبطال لها في الحاضر و المستقبل تغاير حقيق الجحود التي هي نفي لوجود الوصية في الماضي فلا ينوب احدهما عن الآخر، ولان وجوب الوصية انما يكون بموت الموصي فإذا قال هذا الأخير لم أوص بشيء فهو صادق في قوله على انه لم يوجب للموصى له الوصية بعد، وبالتالي لا يكون رجوعا.

1 قد يكون الرهن رسميا إذا أنصب على عقار (يراجع نص المادة 882 وما بعدها من ق.م)، وقد يكون حيازيا متى ورد على منقول (يراجع نص المادة 948 وما بعدها من ق.م).

2 حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة-الوصية-الوقف، المرجع السابق، ص: 62.

3 اعتبر الشافعية على خلاف جمهور الوصية لأكثر من شخص بينهم وليس في ذلك رجوعا فيها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الشافعي حول هذه المسألة.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا و بإمعان النظر في الرأيين يتضح أن الصحة تكمن في جانب الرأي الأول الذي اعتبر جحود الموصي رجوعاً في وصيته و ذلك لوجهة أدلته، فالقول بأن جحود الوصية يكون رجوعاً ليس المراد منه اتحادهما في المعنى بل المراد اتحادهما في الحكم و هو إبطال الوصية و عدم ثبوت ملك الموصى به للموصى له، و أن إنكار الموصي لوجود الوصي مطلقاً دليل واضح بأن صاحبها لا يريد تنفيذها.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أنه أخذ بالرأي الثاني و إن لم ينص على ذلك صراحة بنص خاص، فلم يعتبر جحود الوصية من جانب الموصي رجوعاً فيها إلا إذا دلت القرينة أو العرف على أنه قصد به الرجوع و ما هذا إلا إعمالاً للمبدأ العام المصرح به في المادة 12 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه.

2. تغيير إسم الموصى به:

اتفق جمهور الفقهاء على أن تصرف الموصي في الشيء الموصى به تصرفاً يغير من اسمه كأن يوصي الشخص بمنطقة من القمح فيطحنها أو يقطن فيغزله يعد رجوعاً في الوصية لأنه يكون إفاء للموصى في المعنى¹ حيث تبدلت حقيقته و صارت في عرف الناس شيئاً آخر، و بهذا أخذ المشرع الجزائري.

3. إحداث زيادة في العين الموصى بها:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يعتبر رجوعاً خلط الموصى به بغيره من جنسه أو من غير جنسه على وجه يمكن تمييز الموصى به لأن تمييزه لا يمنع من تسليمه إلى الموصى له بعد وفاة الموصي لإمكانية فصله عما قد اختلط به، لكنهم اختلفوا فيما إذا كان لم يمكن تمييز الموصى به عن غيره² و مدى اعتباره رجوعاً في الوصية إلى رأيين:

الرأي الأول:

يذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى اعتبار أن أحداث الزيادة في العين الموصى بها من طرف الموصي بعد صدور الوصي رجوعاً فيها لأن العين الموصى بها اختلطت بما ليس موصى به على نحو يحول دون تسليمها بدونها لتعذر التمييز بينهما، ولأن من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل في طريق الموصى له تمنعه من استحقاقها.

¹ يمثل هذا الفريق الإمام أبو يوسف من الحنيفة والشافعية.

² أ. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص: 238.

الرأي الثاني:

يذهب المالكية إلى أن تصرف الموصي في الموصى به على نحو يغير منه فيزيد فيه لا يعتبر رجوعاً في الوصية إلا إذا وجدت قرينة تدل على إرادة الرجوع، و من ثم يكون الموصى به بزيادته للموصى له و سندهم في ذلك أن هذه التصرفات له تعدم العين الموصى بها بل هي باقية وإن اختلطت بغيرها.

ونرى تماشياً مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أن أحداث الموصي زليخة في الموصى به زيادة متصلة يقصد به الرجوع في الوصية لأن إقدام الموصي على هذا التصرف دليل على أعراضه عن تنفيذه هذه الوصية والرجوع فيها.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أنه أخذ بالرأي الثاني فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً في الوصية طالما أن المبدأ العام المنصوص عليه بشأن الرجوع يقتضي وجود قرينة خارجية أو عرف متداول بين الناس يدل على أن الموصي قصد به الرجوع.

4. رد الوصية:¹

إذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله لها و بعد وفاة الموصي فإنها تعتبر باطلة لاتفاق جمهور الفقهاء، ذلك أن لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث المفروض بمقتضى نص الشارع الحكيم.

أما إذا رد الموصى له الوصية قبل موت الموصي فيعتبر الرد كأن لم يكن و لا عبرة به عند جمهور الفقهاء²، ذلك أن الوصي لم تقع بعد و لا حق للموصى له في حيا الموصي فلا يصح اذن رده، و بالتالي يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجدداً بعد وفاة الموصي.

أما إذا رد الموصى له الوصية بعد قبوله و بعد وفاة الموصي يعتبر رجوعاً عنها و يترتب عنه بطلان الوصية، و من ثم يعود الموصى به إلى التركة فيصير ميراثاً للورثة³ و لكن شريطة قبول كل الورثة أو أحدهم لهاذا الرد سواء وقع الرد قبل قبض الشيء الموصى به مالا مثلياً أو قيمياً فالشرط عندهم هو قبول الورث للرد، و عليه إذا امتنع الورثة فإن الرد لا يجوز.

وذهب الحنابلة و الشافعية إلى أن رد الموصى له الوصية بعد قبولها اما أن يكون قبل قبض الشيء الموصى به أو بعده، فإن كان بعد القبض فإنه لا يصح إلا على أنه هبة إذا قبلها الورثة و قبضوها لأن المال الموصى به أصبح

1 شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 241.

2. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 128.

3 رمضان علي السيد الشرنباطي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005، ص: 142.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

بعد قبول الوصية و قبضها ملكا للموصى له، و من ثم يكون رده له بعد ذلك كرده لسائر ماله و هذا لا يجوز الا اذا كان بسبب ناقل للملكية كالهبة فيراعى عندئذ شروطها.¹

أما اذا وقع الرد قبل قبض الموصى له للشيء الموصى به ففيه قولان: أحدهما يرى صحة الرد لأن الملكية في الوصية لا تثبت و لا تستقر الا بالقبض و لم يحصل، و ثانيهما يرى عدم صحة الرد لأن الوصية تملك بالقبول بعد الموت ملكا تاما للموصى له قبضت أو لم تقبض.²

ولقد نص المشرع الجزائري في هذا الصدد في المادة 201 من قانون الأسرة بأن رد الموصى له للوصية يعتبر مبطلا لها شريطة أن يكون الرد بعد وفا الموصي.

هذا وقد يحدث أن يجزئ الموصى له الرد، فيقبل بعض الموصى به و يرد البعض الاخر كما لو أوصى شخص للموصى له بدار و أرض زراعية فيقبل الدار و يرد الأرض الزراعية، ففي هذه الحال تنفذ الوصي فيما قبله و تبطل فيما رده كونه أدرى بمصلحته فله كامل الحرية في قبول ما يريد و رد ما لا يرغب فيه.

و اذا تعدد الموصى لهم في الوصية الواحدة فقبل بعضهم الوصي و ردها البعض الآخر، نفذت الوصي في حق من قبلها و بطلت في حق من رفضها و ردها. على أنه اذا توفي الموصى له قبل رد الوصية انتقل حقه في الرد الى ورثته طبقا لنص المادة 198 من قانون الأسر و التي جاء فيها: " اذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

و خلاصة على ما تقدم فان القانون الجزائري خول الموصي حق الرجوع في وصيته قيد حياته متى شاء اما صراحة عن طريق الحصول على عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو باستصدار حكم قضائي بذلك، وإما ضمنا بأي تصرف يستفاد منه رغبته في الرجوع في وصيته فاذا ما تتقرر الرجوع وفق هذه الحالات بطلت الوصي ولم يترتب عنها أي أثر قانوني.

أما التصرفات التي يقوم بها الموصي وسكت المشرع عن تنظيمها فلا تعتبر رجوعا الا إذا دلت القرينة والعرف على اعتبارها كذلك وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

الفرع الثاني : أحكام الرجوع في الوصية.

سوف نعرض في هذا الفرع الثاني إلى موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في الوصي أولا، ثم موقف القانون الجزائري ثانيا.

1د. محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص: 54.

2د. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 65.

أولاً: حكم الرجوع في الوصية في الفقه الاسلامي :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي في وصيته، فمنهم من أجازوه ومنهم من منعه، وهذا ما سنحاول شرحه بشيء من التفصيل مبين مبررات ومساند كل اتجاه.

أ/ الوصية عقد جائز يجوز للموصي أن يرجع فيه :

يجوز للموصي بعد إبرامه الوصية أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه مادام حيا باتفاق الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة.

وقد استدل أنصار هذا الرأي في ذلك على الأدلة التالية:

- ما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "يغير الرجل ما شاء من وصيته"، وفي هذا الحديث دلالة واضحة أن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه متى شاء.

- أن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت تنجز بالموت فيجوز اذن للموصي الرجوع فيها قبل نفاذها كالهبة قبل القبض.¹

- أن الوصية بمنزلة الوعد، والوعد كما هو معلوم لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط و عليه يجوز للموصي أن يرجع في وصيته.

ب / الوصية عقد لازم لا يجوز للموصي أن يرجع فيه :

يرى الظاهرية أن للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به مادام حيا الوصية بالعتق فلا رجوع فيها إذا ما كانت الرقبة الموصى بها مملوكة للموصي، أما إذا لم تكن مملوكة له حين الوصية فله الرجوع في الوصية.

ولقد استدل أنصار هذا الرأي على قوله سبحانه وتعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"، فالوصية بعتق رقبة عبد الموصي إن مات تصبح عقدا لازما يجب الوفاء به، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه بخلاف سائر الوصايا التي تعتبر وعود أو الوعد لا يلزم تنفيذه، وبالتالي جاز الرجوع فيه.

ورأى تماشيا مع ما استقر عليه جمهور الفقهاء أن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة ولا يلزم إلا بموته، فالقول بلزوم الوصية رأي غير سديد قد يترتب عنه امتناع الناس عن الإيصاء.

¹ شيخ نسبية ، المرجع السابق ، ص 244 .

ثانيا: حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري:

قبل التعرض لحكم الرجوع في الوصية في التشريع الجزائري نذكر أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية و كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الوصايا المبرمة قبل تاريخ صدوره.

ولقد نظم المشرع الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة، فنص المادة 192 منه على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا.

فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

بقراءة نص المادة يظهر جليا أن المشرع الجزائري اعتبر الوصية تصرفا تبرعيا غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمنا.

وعليه متى تمت الوصية مستوفية لركنها -المتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي- ولشروط صحتها ونفاذها اعتبرت صحيحة نافذة لكنها تبقى تصرفا تبرعا لموصي يجوز له أن يرجع فيها كلها أو بعضها وبالنتيجة يعود الشيء الموصى به إلى أمواله ويصبح حقا للورثة¹.

ولعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إعتبار الرجوع عن الوصية تصرفا جائزا غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر من جانب الموصي وحده فالذي وجد منها هو الإيجاب فقط، ولأنها تصرف لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصي، ومن ثم لا يترتب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل الوفاة فيكون إذن للموصي الحرية الكاملة في الاختيار بين المضي والإصرار على إبقاء الوصية أو الرجوع فيها إذا ما رأى ذلك.

ولقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الوصية تصرفا غير لازم يجوز الرجوع فيه صراحة أو ضمنا، وللتدليل على ذلك أشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 199/01/24 والذي قضت فيه بما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

وترتبا على ما سبق يمكن استخلاص النتائج التالية:

¹ شيخ نسبية ، المرجع السابق ، ص 246 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

أن المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء وأغلب التشريعات الوضعية حين أجاز للموصي الرجوع في وصيته ما دام حيا.

أنه عمل إلى بيان كيفية الرجوع في الوصية فأعطى للموصي حق ممارسة الرجوع فيما أوصي به إما صراحة أو ضمنا.

أنه اشترط في سماع دعوى الرجوع الصريح أن يكون ثابتا بالكتابة إما عن طريق عقد توثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو عن طريق استصدار حكم قضائي في حالة وجود المانع القاهر وذلك لمنع الدعاوي الكيدية، واكتفى في الرجوع الضمني بإثباته بكافة طرق الإثبات.

أن المشرع وضع مبدأ عاما في المادة 192 من قانون الأسرة واعتبر كل فعل أو تصرف يقوم به الموصي ويستخلص منه أنه أراد الرجوع في وصيته رجوعا فيها.

المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الوقف :

يعد الوقف من التصرفات التبرعية ، و بالرجوع إلى بعض التصرفات التبرعية يمكن الرجوع فيها ، فهل يمكن أن يكون الوقف محلا للرجوع ؟ .

من أجل الإجابة عن هذا السؤال سوف نتطرق الى ماهية الوقف في المطلب الأول و مدى جواز الرجوع عن الوقف في المطلب الثاني.

المطلب الأول : ماهية الوقف :

سوف نتطرق إلى مفهوم الوقف في نظر الفقه الشرعي ثم الاصطلاح القانوني في الفرع الأول ، ثم الطبيعة القانونية للوقف في الفرع الثاني .

الفرع الأول : مفهوم الوقف :

سوف نتطرق في هذا الفرع الى تعريف الوقف لغة أولا ، ثم التعريف القانوني له ثانيا .

أولا : التعريف اللغوي للوقف :

الوقف هو الحبس و الإمساك ، وهو مصدر ثم أطلق و أريد به الاسم المفعول بمعنى الموقوف ، ووقف يقف وقفا الدار ،

حبسها في سبيل الله ، يقال " وقفها له و عليه ¹ " ووقف بالمكان : دام قائما ، ووقف الأرض و الدار : حبسهما في سبيل الله ¹ ، و الوقف سوار من عاج ، ووقف يقف ووقفا : دام قائما ، ووقف الدار : حبسها ² و هو الحبس

¹ المنجد في اللغة والاعلام ، دار المشرق بيروت ، الطبعة الاربعون 2003 ص 914

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و المنع ، تقول و قفت الدابة أو السيارة ، إذ حبستها و منعتها عن السير³ ، ويكون بمعنى الاطلاع : اذ يقال وقف على معنى كذا أي اطلع عليه⁴ .

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للوقف :

تنص المادة 3 من قانون الأوقاف⁵ على أن : الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد ، و التصديق بالمنفعة على الفقراء ، او على وجه من وجوه البر و الخير ، و تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على ان : الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق .

و من الناحية الشرعية يعتمد وجود الوقف في الفقه الإسلامي على عدة نصوص من بينها قول الله عز و جل : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " ⁶ ، و قوله سبحانه و تعالى : " يا أيها الذين امنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم ، و مما أخرجنا لكم من الأرض " ⁷ .

أما من السنة الشريفة نجد قول النبي صلى الله عليه و سلم : " إذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، او علم ينتفع به ، او ولد صالح يدعو له " ⁸ ، و أضيف الى ذلك حديث ابن عمر⁹ : " ان عمر ابن الخطاب أصاب أرضا من ارض خيبر ، فقال : يا رسول الله أصبت أرضا بخير ، و لم اصب مالا قط أنفس عندي منه فما تامرني ؟ فقال " ان شئت حبست أصلها و تصدقت بها " ، فتصدق بما عمر ، على ان لا تباع و لا توهب و لا تورث ، في الفقراء و ذوي القربى ، و الرقاب ، و الضيف ، و ابن السبيل ، لاجنح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، و يطعم غير متمول .

1 محمد هادي اللحام و محمد سعيد و زهير علوان ، القاموس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، عام 2008 ، ص 854 .

2 رمضان علي السيد الشرنياصي ، الوجيز في احكام الوصية و الوقف ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ص 150 .

3 - الشرنياصي ، المرجع السابق ، ص 150 .

4 الشرنياصي ، المرجع السابق ، ص 150 .

5- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991 ، المعدل و المتمم بالقانون 07/01 المؤرخ في 22 مايو سنة 2001 و المعدل و المتمم بالقانون

10/02 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 2002

6 سورة ال عمران ، الاية 92 .

7 سورة البقرة ، الاية 267 .

8 مقتبس عن محمد ابو زهرة ، احكام التركات و الموارث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1972 ص 9 .

9 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7603 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و أخيرا قول الصحابي جابر رضي الله عنه ¹ مابقي احد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، له مقدرة مقدره إلا وقف " .

بناء على تفسير هذه النصوص ، انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف الى ثلاث مذاهب:

المذهب الأول هو مذهب أبي حنيفة ، و تلميذه زفر ، حيث عرفا الوقف كما يلي : " حبس العين على ملك الواقف ، و التصديق بالمنفعة على جهة الخير " ² ، أما المذهب الثاني وهو مذهب الشافعية و الحنابلة و الصحابان و الجمهورية من الحنفية ³ ، عرف الوقف بأنه " حبس مال يمكن الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته من الواقف و غيره ، على وجه التأييد ، و صرف مباح موجود ، تقربا الى الله تعالى ، و بالتالي يصير حبيسا على ملك الله تعالى ⁴ ، غير أن المذهب الثالث و هو مذهب المالكية ، عرف الوقف بدوره بأنه " جعل منفعة مملوكة ، لمستحق بصيغة ، مدة ما " ، و بالنتيجة فان فقهاء المالكية يرون ان الوقف يبقى على ملك الواقف ، مع عدم قدرة هذا الأخير على التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية ، و علاوة على عدم قدرته على الرجوع فيه ⁵ .

وعليه فانه من خلال استقراء هذه التعاريف ، نلاحظ مايلي :

الملاحظة الأولى : الوقف في مفهوم المشرع الجزائري ، تبرع و هذا التبرع يكون على وجه التأييد ⁶ ، أما عن الكيفية ، فهي : بأن تحبس العين الموقوفة عن التملك ، أي انها لا تنتقل من ذمة إلى أخرى ، بأي سبب من أسباب نقل الملكية ، مع بقاء إمكانية الانتفاع بها لفائدة الفقراء ، أو في أي وجه من وجوه البر

الملاحظة الثانية : الوقف عند أبي حنيفة و زفر ، تبرع غير لازم ، بل هو جائز ¹ ، له أن يرجع فيه في أي وقت يشاء ، هذا وينتهي مفعول الوقف بموته ، و يورث عنه ، وهو بهذا الشكل شبيهه بعقد العارية ، مع ملاحظة أن هذين الفقيهين يريان أن العين الموقوفة لا تخرج من ملك الواقف .

1 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 10 .

2وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7599 .

3وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7601 ، عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الاسلامي و التشريع ، دار الهدى ، الجزائر ، طبعة 2010 ، ص 28 .

4مرجعهم في هذا حديث ابن عمر عن وقف ابيه ، و الذي يدل على منع التصرفات الناقلة للملكية ، وبالتالي منع العين الموقوفة عن ان تكون ملكا ، لكن الحديث لم يفصل في مسألة ابلولة ملكية

العين الموقوفة ، هل تبقى على ذمة الواقف مع حبسها عن الانتقال الى ذمة اخرى باي طريق من طرق نقل الملكية ، ام تخرج من ذمة الواقف ولاتدخل الى ذمة احد ؟ وقد لاحظ الاستاذ وهبة

الزحيلي ان نص الحديث لا يدل على خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، بل ان الفاظ النص صريحة بدلالاتها على قطع نقل الملكية للعين الموقوفة ، وغير صريحة في مسألة ملكيتها لمن تعود ؟

5 عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 29 .

6عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 36 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الملاحظة الثالثة : الوقف عند الجمهور : وهم الشافعية ، و الحنابلة ، و الصحابيين، و جمهور الأحناف : لازم تام لا يقبل الانفساخ ، و لا الاقالة ، و لا الرجوع ، بحيث ينقطع الحق في التصرف فيه من جديد ، و هو بذلك يخرج من ملكية الواقف ، و قد اضاف الحنابلة شرحا بخصوص ملكية العين الموقوفة ، حيث فسروا النص الاصيلي في هذا الخصوص ، بان الملكية تخرج من ذمة الواقف ، و بما أن الملك لله عز وجل².

الملاحظة الرابعة : الوقف عند المالكية لازم ، وله الرجوع أن اشترط لنفسه إمكانية ذلك ، ذلك لان تعريف المالكية لم يشترط في الوقف و صف التأييد .

الملاحظة الخامسة : الوقف عند المالكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة ، و إنما يقطع حق التصرف فيها ، و دليل المالكية في بقاء العين الموقوفة على ذمة الواقف هو قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : " ان شئت حبست أصلها ، و تصدقت بها " ، و في هذا إشارة للتصدق بالغلة ، مع بقاء ملكية الموقوف على ذمة الواقف³.

نستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري قد تبنى رأي الجمهور ، و هو الرأي الذي تبنته أغلبية القوانين و الأنظمة المعاصرة ، بعدما تبنته الأنظمة الإسلامية الماضية ، على مدى قرون ، منذ تشريعه أول مرة في حياة النبي صلى الله عليه و سلم .

و هكذا فالوقف هو تصرف تبرعي ، الهدف منه هو التقرب لله عز و جل ، مسقط لحق التصرف في ربة الشيء الموقوف على وجه التأييد ، مبيح للانتفاع به و وفقا لشروط الواقف ، بحيث يكون المصرف الأخير في منفعة عموم المسلمين .

1 لكن يلزم باحد امور ثلاثة :

1- ان يحكم به الحاكم ، بان يرفع الناظر خصومة ضد الواقف ، الذي يرجع في وقفه بعله عدم لزوم الوقف ، فيقضي الواقف باللزوم ، فيلزم .

2- أن يعلقه الواقف على موته ، فيلزم بموته كالوصية

3- ن تكون العين الموقوفة مسجدا ، بشرط ان يفرزها الواقف عن ملكه ، وياذن بالصلاة فيها ، فاذا صلى في العين الموقوفة شخص واحد

، خرجت عن ذمة الواقف ، و بالتالي يلزم ولا رجوع فيه عند ابي حنيفة .

2 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7601 .

3 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7601 .

الفرع الثاني : خصائص الوقف :

من خلال تعريف الوقف ، نستشف خصائصه ، وهي أنه تصرف يتم بإرادة منفردة ، له هدف خيري اذ لا عوض فيه ، تتصف اثاره بالأبدية ، يسقط الواقف ملكية رقبة الشيء الموقوف ، ليجعل له كيانا مستقلا بذاته ، وعليه ندرس هذه الخصائص تبعا وفق خمس نقاط متتالية .

أولا . الوقف تصرف بالإرادة المنفردة :

تنص المادة 4 من قانون الأوقاف في فقرتها الأولى على أنه : " الوقف عقد التزام تبرع صادر من إرادة منفردة ، من قراءتنا لهذا النص ، نصل إلى نتيجة مهمة ، ألا وهي أن القبول ليس داخلا في تكوين التصرف ، اذ الوقف الذي لا يقبله الموقوف عليه ليس وقفا باطلا ، بل صحيحا و ينصرف الانتفاع به الى الجهة التي تلي الموقوف عليه الذي رده ، فان لم يحدد مصرف بعده ، يعود للفائدة العامة و يصبح وقفا عاما .

و عليه فان قبول الموقوف عليه ، هو من أجل استحقاقه الانتفاع بالشيء الموقوف ليس إلا ، و أن إرادة الواقف وحدها تكفي لإنشاء الوقف ، هذا و أن مصدر هذا الموقف هو المذهب المالكي ، حيث يرى فقهاء المالكية أن القبول ليس شرطا لإنشاء الوقف و لا للزومه ، وليس شرطا لاستحقاقه أن لم يكن الموقوف عليه شخصا معيناً ، اما اذا كان شخصا معيناً ، فان القبول شرط الاستحقاق¹ .

ثانيا . الوقف تصرف تبرعي :

فلسفة الوقف متمحورة على فكرة التبرع ، اذ أن الواقف لا يقدم على الوقف ، إلا و هو يعلم أن تصرفه هذا سيسقط عنه ملكية رقبة الشيء الموقوف الى الأبد ، و بالتالي فهو ينشئ مؤسسة الوقف لا ينتظر معاوضة من أحد ، بل ينشئها ابتغاء الأجر و الثواب من الله عز وجل .

ثالثا . الوقف أثره أبدي :

تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق " ، و تنص المادة 3 من قانون الأوقاف على أن : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " ، كما تنص المادة 28 من قانون الأوقاف على أن : " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن " .

من قراءة هذه النصوص يتضح جليا ، أن الوقف من وجهة نظر المشرع الجزائري مؤبد ، و لا يكون مؤقتا بأي حال ، و لعل هذا الموقف مستقى من اجتهاد جمهور الفقه الإسلامي .

1 محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 59 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

إذ يشترط فقهاء الشافعية التأييد المطلق من غير تقييد بزمن ، وكذا فقهاء المدرسة الحنبلية و المدرسة الحنفية ، وكل تقييد بالزمن أو إضافة شرط يتنافى و صفة التأييد هذه ، يعرض التصرف برمته للبطلان¹.

أما عن الدليل فهو حديث عمر رضي الله عنه ، فقد جاءت فيه عبارة "...حبس الأصل..."

وعبارة "... لا يباع و لا يوهب و لا يورث..." ، فالعبارة الاولى تدل عرفا على التأييد ، لأنه اذا جاز رجوعه الى ملك الواقف ، لم يكن محبسا ، فالتحبيس عندهم ينافي التأييد ، فإرشاد النبي عليه الصلاة و السلام : عمر بالتحبيس ، يدل على أنه لا يمكن أن يكون ذلك التبرع - الوقف - إلا مؤبدا ، باقيا ما بقيت هذه الدنيا .

يضاف الى هذا كله ، ما تدل عليه العبارة الثانية ، "... لا يباع و لا يوهب و لا يورث..." اذ هي صريحة في التأييد ، اذ لو كان التأييد جائزا ، لجاز بيع الموقوف ، و هبته ، و ارثه .

هذا كله ، وان كل عبارات الواقفين من الصحابة و التابعين تدل على التأييد ، و ليس بما ما يشعر بالتأييد .

و الدليل الثالث : أن في الوقف إسقاط للملك ، فهو كالعنق ، و كل الإسقاطات لا تصح إلا مطلقة ، و الإطلاق يتنافى مع التأييد².

أما الملكية و بعض الأمامية هم الذين لا يشترطون التأييد في الوقف ، و لا يعتبرونه جزءا لا يتجزأ من حقيقته ، أما عن أدلتهم فإنهم يرون أن الوقف في جملة معناه صدقة ، و الصدقات كما تجوز بإنفاق الغلات مؤبدا ، تجوز كذلك مؤقتا³ ، ذلك ان حديث عمر - رضي الله عنه - جاءت فيه عبارات تدل على التأييد .

ومع ذلك فانه لاشيء يدل على عدم جواز المؤقت ، و الدليل على ذلك أن الحديث قد صدره النبي صلى الله عليه و سلم بقوله : " إن شئت..." وفيه إشارة إلى أن المرجع في الوقف يعود إلى إرادة الواقف و اختياره .

رابعاً . الوقف مسقط لحق الرقبة عن الملكية و التداول :

تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق " ، و تنص المادة 05 من قانون الأوقاف على أن : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا

1 ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الاول ، بيت الافكار الدولية ، 2004 ، ص 1322 ، تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي ، المجلد الثاني ، دار

الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 2004 ، ص 20 ، محمد بن احمد بن جزري الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، 2002 ، ص 388 ، محمد بن احمد المنهاجي ، جواهر

العقود ومعين القضاة و الموقعين و الشهود ، دار اليوسف ، بيروت ، ب ، ذ ، س ، ن ، ص 199 ، محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 70 و 71 .

2 ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 74 و 75 .

3 ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 76 و 77 ، وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و ادلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر دمشق ، 1997 ، ص 7602 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية ، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها " ، و تضيف المادة 17 من قانون الأوقاف بأنه : " اذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ، و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه " .

كما أن المادة 18 من قانون الأوقاف تبين صراحة أن في الوقف : " ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه ، و عليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين ، و حقه حق انتفاع لا حق ملكية " .

وكما أن المادة 23 من ذات القانون تأكيداً لذلك تنص على انه : " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي به بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها " .

من قراءة هذه النصوص نلاحظ أن عبارة " حبس المال عن التملك لأي شخص " في نص المادة 213 من قانون الأسرة ، يستفاد منها ان العين الموقوفة تخرج عن كونها محل تملك لأي شخص ، و تؤكد هذا المنطق ، المادة 05 من قانون الاوقاف ، إذ تنص على مايلي : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ... " و كذا المادة 17 تقرر تجرد الواقف عن ملكية العين الموقوفة ، اذ ورد نصها كما يلي : " اذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ... " ، و تضيف المادة 18 من ذات القانون ، ان خروج العين الموقوفة من ذمة الواقف ، لا يجعلها تدخل إلى ذمة الموقوف عليه ، إذ نصها الأتي : " ... و حقه حق انتفاع لاحق ملكية " .

وعليه ، فان المشرع الجزائري يخرج كل وقف عن ذمة منشئيه ، ثم لا يضيفه الى ملكية المستفيد من الوقف ، و نتيجة لذلك فان الوقف لا يمكن ان يكون محل نقل من ذمة إلى أخرى ، لا عن طريق البيع ، ولا الهبة ، ولا أي طريق آخر ناقل للملكية .

من هنا نفترض أن موقف المشرع الجزائري يجد مرجعيته في القانون الإسلامي ، تحديدا من فهم فقهاء الشافعية و الظاهرية¹ ، اذ يرون بخروج الوقف عن ملك الواقف ، الى غير مالك من العباد ، بل تكون الملكية على حكم ملك الله تعالى ، و حجتهم في هذا الرأي هو حديث عمر رضي الله عنه : " ... تصدق بأصله ، لا يباع ، ولا يوهب ، و لا يورث ... " ، و التصدق بالشيء يفترض خروج ذات الشيء من ذمة المتصدق ، و التحبيس يقتضي عدم انتقال الملكية ، لا بالبيع و لا بالهبة ولا عن طريق الميراث ، و عليه تخرج الرقبة من ذمة الواقف الى غير مالك حسب اجتهادهم .

1 محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 103 ، محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى 2006 ، ص 20 ، عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 37 ، وهبة

الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7604 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

أما عن رأي فقهاء المالكية¹ ، ويساندهم فيه بعض فقهاء الشيعة الأمامية ، بأن الملكية تبقى على ذمة الواقف ، لكنها ملكية مقيدة ، فليس للواقف بيعها و لا التصرف في ربتها ، دليلهم حديث عمر : " حبس الأصل ، و سبل الثمرة ... " ، فان تفسيرهم لعبارة حبس الأصل ، لا يقتضي اخراج ملكية العين الموقوفة من ذمة الواقف ، بل تبقى ولا تنتقل الى ذمة أخرى مادام الوقف ساريا ، و عليه فان تصرف الوقف يطال الانتفاع دون الرقبة ، مع احترام إرادة الواقف في ترتيب طبقات المنتفعين ، و مدة هذا الانتفاع ، اذ أن الوقف عند المالكية لا يكون بالضرورة مؤبدا ، بل يكون مؤقتا كذلك .

هذا و يتوسط هذين الرأيين ، رأي ثالث يتبناه فقهاء المدرسة الحنبلية² و البعض من فقهاء الأمامية ، مفاده أن تخرج العين الموقوفة عن ذمة الواقف ، و تنتقل إلى ذمة الموقوف عليه ، و لكنها ملكية مقيدة ، و لا يمكن نقلها بالبيع و الهبة ، بل سلطات الموقوف عليه محصورة في الانتفاع فقط ، ويستخلص من هذه الآراء بخصوص ملكية الوقف مايلي :

01/ تخرج الذات عن ملكية الواقف إلى غير مالك .

02/ تبقى الذات على ملكية الواقف .

03/ تخرج الذات عن ملكية الواقف إلى ذمة الموقوف عليه .

ونتيجة لذلك فانه و مهما كان إسناد ملكية رقبة الذات الموقوفة ، فان الحكم المتفق عليه هو أن ملكية الرقبة لا يمكن تداولها بأي شكل من أشكال التداول .

خامسا . الوقف له شخصية معنوية مستقلة :

تنص المادة الخامسة من قانون الوقف رقم 91-10 المعدل والمتمم على أن : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية ، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها " .

من هذا النص ، يتضح جليا أن المشرع الجزائري يعترف بالشخصية المعنوية للوقف ، فالوقف من وجهة نظره مؤسسة مستقلة ينشئها الواقف بإرادته ، هذه الأخيرة التي يسهر القانون على احترامها من خلال تنفيذ شروط الواقف ، التي وضعها عند الإنشاء أول مرة ، ولعل مرجعية اعتبار الوقف مؤسسة خاصة ، يعود إلى اجتهاد المدرسة المالكية في تفسير نصوص الشريعة الإسلامية ، إذ أن فقهاء المالكية يوجبون الزكاة على الواقف³ ، وفي

1 محمد بن احمد بن حنبل ، المرجع السابق ، ص 388 ، محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 99 .

2 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1313 ، محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 103 .

3 عبد الرزاق بن عمار بن ضياف ، المرجع السابق ، ص 45 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا تأكيد لمعنى الذمة المالية المستقلة للوقف ، و أكثر منه فإنهم جعلوا لناظر الوقف إن يبيع ، أراضي الوقف ، و أن يشتري لها ما تحتاج من الإرث ، و تكون هذه المشتريات ملكا للوقف لا للمستحقين ، على خلاف جمهور الفقهاء الذين لا يقرون الذمة المالية للوقف

المطلب الثاني : أحكام الرجوع في الوقف :

يقصد بالرجوع في الوقف إمكانية نقضه أو التصرف فيه أو انتقاله للورثة ، و قد اختلف الفقهاء بين مجيز للرجوع و مانع له أحكام الرجوع في تصرف الوقف ، لكن قبل سوف نتناول بالدراسة مسألة شبيهة بالرجوع ، ألا وهي حالات إبطال الوقف ، لذا سوف نتطرق في الفرع الأول إلى إبطال الوقف ، و في الفرع الثاني إلى ماهية الرجوع في الوقف .

الفرع الاول . ابطال الوقف :

تسري قواعد البطلان العامة على تصرف الوقف ، فيكون باطلا بطلانا مطلقا عند انعدام أحد أركانه ، و يكون باطلا بطلانا نسبيا ، إن توفرت شروط القابلية للإبطال و تمسك بها من تقررت لمصلحته .

و إضافة ذلك هناك سبب آخر سبب للبطلان وهو بطلان الوقف لمخالفة إرادة الواقف ، و عليه سوف نتطرق إلى إبطال الوقف لاختلال التصرف أولا ، ثم إلى إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف ثانيا .

أولا . إبطال الوقف لاختلال التصرف :

يكون إبطال الوقف عادة لاختلال شرط من شروطه الموضوعية ، أو شرط من الشروط الشكلية .

أ/ إبطال الوقف لاختلال شرط من شروطه الموضوعية :

تنص المادة 10 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف على أنه : يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

01/ أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا .

02/ أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله ، غير محجور عليه لسفه أو دين .

وتنص المادة 11 من القانون ذاته على أنه : " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة

ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و يصح وقف المشاع ، وفي هذه الحالة تتعين القسمة و تنص المادة 13 من نفس القانون على مايلي : الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية .

من قراءة هذه المواد نستشف أن الواقف يقوم بالوقف و هو أهل للتصرفات القانونية ، مالكا للشيء المراد وقفه ، و يكون الشيء الموقوف عقارا أو منقولاً أو منفعة ، كما يجب أن يكون الشيء الموقوف معلوما محددًا مشروعًا ، فان كان مشاعا يجوز وقفه ، و ينبغي القيام بإجراءات القسمة .

من هنا نلاحظ أن القانون لم يذكر الشروط الموضوعية بالتفصيل المطلوب ، ولكن و بما أن القانون يحيلنا عادة الى الشريعة الإسلامية ، فان الرجوع الى فقه المعاملات ، لم يبعدها كثيرا من أحكام النظرية العامة للعقد¹ .

مع تحفظ بسيط على نص المادة 11 من قانون 10-91 التي تقتضي بأن محل الوقف قد يكون عقارا أو منقولاً ، و قد يكون منفعة .

أن يكون الشيء الموقوف عقارا ، أمر معقول لان الحديث الذي شرع الوقف عبارته تقول : " حبس الأصل و سبل الثمرة " ، بمعنى حبس رقبة الشيء فلا يتداولها أحد ، ولا تبقى في ذمة أحد ، و سبل الثمرة ، هي عبارة تدل على أن الواقف يتصدق بالثمرة ، و المراد بالثمرة هو المفهوم الموسع للكلمة ، أي الانتفاع بالشيء .

و كذلك الأمر يكون أن كان الشيء الموقوف منقولاً ، إذ يحبس الواقف ذات المنقول ، مع ترك الانتفاع بها الى الموقوف عليه .

لكن في حالة أن يكون الشيء الموقوف منفعة ، فان تطبيق مفهوم التحبيس و التصديق غير ممكن من الناحية المنطقية و العملية ، إذ المنفعة هي الشق الثاني من الملكية ، فكما هو معلوم أن ملكية الشيء يتفرع عنه حقان ، هما حق الرقبة ، و حق الانتفاع ، فان الواقف عندما يقدم على وقف شيء ما ، فانه يحبس رقبته عن كل أشكال التملك و التداول ، و يتصدق بالمنفعة ، و العلة من وراء الوقف هو أن تظل صدقة الوقف جارية لاتنقطع أبدا ، فكيف يمكن توقيف و تحبيس المنفعة بالشيء دون رقبته ، إذ أن الانتفاع بالشيء هو سلطة استعمال الشيء و استغلاله .

¹ شيخ نسبية ، المرجع السابق ، ص 316 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

لذا فان وقف حق الانتفاع بالشيء ، غير ممكن من الناحية المنطقية ، بل و أكثر من ذلك فانه بوقف المنافع نخرج من فلسفة الوقف وروحه ، إذ أن الانتفاع بالشيء هو حق أقصى مدة له هو حياة المنتفع ، ليلتحق بحق الرقبة بعد موت المنتفع ، مما يجعل صفة الأبدية في الوقف أمرا محل نظر ، و يصبح أمام حالة من حالات الاستعارة .

قد يقول قائل أن المشرع الجزائري قد تعمد جعل المنفعة مما يمكن وقفه ¹ ، على أساس مذهب الإمام أبي حنيفة - رحمه الله- وهذا رأي يجانب الصواب ، إذ كيف يعقل أن يأخذ المشرع بمبدأ أبدية الوقف صراحة ، ثم يستثني منه المنافع ضمنيا ؟ .

لكن المشرع الجزائري حينما عدل القانون 91-10 بموجب القانون 02-10 ، وضع قيودا على الشخص الموقوف عليه ، بحيث لا يمكن الوقف على الأشخاص الطبيعيين ، و ذلك حسب ما تقتضي به المادة 13 من قانون الوقف المعدلة ، و هذا إضافة إلى أن الواقف لا يمكنه الاستفادة من ريع الوقف ، حسب ماتقتضي به المادة 06 مكرر .

ب / ابطال الوقف لاختلال شرط من الشروط الشكلية :

تنص المادة 41 من قانون الوقف على أنه : " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه الى السلطة المكلفة بالأوقاف " .

من هذه المادة نستشف أولا انها قاعدة امرة ، اذ تبتدئ بعبارة " يجب " ، ثانيا الزام الواقف بتسجيل سند الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، هذه الأخيرة الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و احالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، المقصود من المصلحة المكلفة بالسجل العقاري ، هي المحافظة العقارية الداخلة في اختصاصها الإقليمي العقار محل الوقف ، و التسجيل في هذه الحالة هو الشهر .

و الجدير بالملاحظة أن هذه المادة أغفلت المنقول ، و عليه نرجع الى المادة 217 من قانون الأسرة و المتعلقة بمسالة الإثبات ، و من ثم فان وقف المنقول لا يستلزم أي شرط شكلي فيما عدا الصيغة .

ثانيا . ابطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف :

يبطل الوقف بخرق قانونه الأساسي الذي يثبت اشتراطات الواقف ، و عليه نقسم الدراسة في هذا المطلب فرعين ، ندرس في الفرع الأول اشتراطات الواقف و في الفرع الثاني ندرس اشتراط الرجوع عن الوقف .

1 شيخ نسيم ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة ، 2012 ، ص 306.

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

أ/ اشتراطات الواقف :

من دراسة النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن¹ نستشف أن اشتراطات الواقف هي كل ما يمليه الواقف في سند الوقف ، و هو تعبير عن إرادة الواقف ، في سبب الوقف ، و في الكيفية التي ينشأ بها ، وفي المستفيدين من مؤسسة الوقف التي أنشأها ، فان اشتراط الواقف كصفات معينة ، فانه يجب الوفاء بها و إلا بطل الوقف هذا و أن شروط الواقف لا يمكن حصرها ، إلا انه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول شروط باطلة ، و القسم الثاني شروط فاسدة ، و القسم الثالث شروط صحيحة ، أما عن النوع الأول ، فهي الشروط التي تتعارض مع فلسفة الوقف و مقتضياته ، و تتنافى مع حكمه الذي هو اللزوم ، فيترتب عنه بطلان الوقف مع الشرط² ، و من تلك الشروط ما يتنافى التأييد³ ، فتلك إذن شروط باطلة ، و أما عن القسم الثاني ، فهي الشروط التي لا تؤثر في سند الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه ، أو يكون هذا الشرط فيه مخالفة شرعية ، فان هذا النوع من الشروط حكمه البطلان مع بقاء الوقف قائما ، و أما عن شروط القسم الثالث ، فهي الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات الوقف و لا مع روحه و معناه ، هذا و تتطابق مع أحكام القوانين و الأنظمة ، و لا تعطل الانتفاع بالوقف ، و لا بمصالح الموقوف عليهم ، فهي شروط يجب تنفيذها⁴ ، و إلا كان الوقف باطلا .

ب/ اشتراط الرجوع عن الوقف :

تنص المادة 218 من قانون الأسرة على انه : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتنافى و مقتضيات الوقف شرعا ، و إلا بطل الشرط و بقي الوقف " .

1 تنص المادة 218 من قانون الأسرة على انه : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتنافى و مقتضيات الوقف شرعا ، و إلا بطل الشرط و بقي الوقف " .

تنص المادة 14 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على مايلي : " اشتراطات الوقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها "

تنص المادة 15 التي تليها من ذات القانون على مايلي : " يجوز للواقف ان يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف .

تنص المادة 16 من القانون ذاته : " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه اذا كان منافيا لمقتضى العقد الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه " .

تنص المادة 27 من قانون الوقف على مايلي : " كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل ، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه "

تنص المادة 28 من قانون الأوقاف على مايلي : " يبطل الوقف اذا كان محمدا بزمن " .

المادة 29 من قانون الوقف : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف "

2 ابن قدامي المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1315 .

3 ابن قدامي المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1325 ، وهبة الزحيلي المرجع السابق ، ص 7629 .

4 محمد ابن احمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص 389 ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7630 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

و تنص المادة 28 من قانون الأوقاف على مايلي : " يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن " .

من تحليل ما سبق ، نستطيع القول بان اشتراط الواقف الرجوع يدخل ضمن الشروط الباطلة ، اذ أن اشتراط الرجوع يخل بمقتضى الوقف ، الا و هو اللزوم ، و يخل بمبدأ التأييد ، فان و ضع هذا الشرط فان الوقف باطل و كذا الشرط .

الفرع الثاني : ماهية الرجوع في تصرف الوقف :

لمعرفة مدى إمكانية الرجوع في تصرف الوقف ، نبدأ بفحص نصوص التشريع الجزائري في مسألتين هامتين هما : لزوم الوقف ، و تأييد الوقف ، لنصل في النهاية إلى تحليل تصور المشرع الجزائري للرجوع في الوقف .

أولا . موقف المشرع الجزائري من مبدأ اللزوم و التأييد :

أ/ مبدأ لزوم الوقف :

تنص المادة 16 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على مايلي : " 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 " .

مبدأ اللزوم متأصل في مدارس الفقه الإسلامي ، بحيث أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة ، فعند المالكية الوقف يلزم¹ ، ولا يتوقف على حكم الحاكم ، حتى قبل القبض ، وحتى ولو قال الواقف : " ولي الخيار " فان الرجوع غير ممكن ، حاله حال الإعارة اللازمة ، إلا إذا اشترط لنفسه الرجوع ، و أما محمد بن الحسن و الشافعية و الحنابلة فإنهم يرون أن الوقف لا يفسخ ولا يستقال عنه ، ويخرج عن تصرف الواقف ، ولا يملك الرجوع عنه ، و يزول ملكه عن العين الموقوفة² ، 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 الاغلبية من الأحناف³ في حين أن الأصل العام عند الإمام أبي حنيفة أن عقد الوقف جائز ، وبمفهوم المخالفة فهو غير لازم ، و بالتالي يجوز الرجوع عنه ، و هو بمثابة الإعارة غير اللازمة ، فللواقف أن يرجع في وقفه متى شاء ، ويبطل بموته ، و يورث عنه⁴ .

1 محمد ابن احمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص 389 ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7602 .

2 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1313 ، محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ص 59 ، وهبة الزحيلي المرجع السابق ، ص 7601 .

3 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1312 ، محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ص 63 ، وهبة الزحيلي المرجع السابق ، ص 7604 .

4 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1312 ، وهبة الزحيلي المرجع السابق ، ص 7599 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

من هذه الآراء نلاحظ أن معنى اللزوم في القانون الإسلامي قريب جدا من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و هذا من جهة ، و بمقارنتها مع أحكام المادة 16 يلاحظ ان رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة مقتبس من فقه الجمهور ، مخالفا بذلك مدرسة الأحناف التي ترى الوقف غير لازم ، وعليه و بالنتيجة فان تصرف الوقف هو تصرف لازم مطلقا .

ب / مبدأ تأييد الوقف :

تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق " .

وتنص المادة 3 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أن : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء او على وجه البر و الخير " كما تنص المادة 28 من قانون 10/91 على مايلي : " يبطل الوقف اذا كان محمدا بزمن "

لذا فان المشرع الجزائري يكرس مبدأ تأييد الوقف تحت طائلة البطلان على اعتبار أن التأييد هو مقتضى الوقف .

و مسألة تأييد الوقف تستمد أصولها من القانون الإسلامي ، و لكل رأيه :

بحيث نجد الفقه المؤيد لفكرة التأقيت و هم المالكية و بعض الأمامية حيث لا يفتون ، بوجوب التأييد ، بل يجيزون الوقف مؤقتا ، كما يجيزونه مؤبدا ، مستدلين على رأيهم بأن مغزى الوقف هو الصدقة ، و الصدقات كما تجوز بإنفاق الغلات مؤبدا ، تجوز مؤقتا¹ .

أما الفقه المؤيد لفكرة التأييد وهم جمهور الفقهاء ، الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و اغلب الحنفية على رأسهم الإمام محمد بن الحسن و القاضي أبو يوسف ، بحيث يعتبرون التأييد داخلا في مقتضاه ، مستدلين بعبارة حديث عمر ، منها عبارة " حبس الأصل " ، و عبارة " لا يباع و لا يوهب و لا يورث " ، بحيث أن عبارة " حبس الأصل " تدل عرفا على تأييده ، لأنه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف لم يكن محبسا ، فالتحبيس ينافي التأقيت ، أما عبارة لا يباع و لا يوهب و لا يورث فهي صريحة في التأييد ، و عبارة " حبس مادامت السماوات و الأرض " صريحة في التأييد هي الأخرى ، و على 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 عنه² .

1 محمد ابن احمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص 388 ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7617 ، محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 73

2 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 73 ، ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 1313 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

إضافة لكل هذا فان عبارات الواقفين من الصحابة و التابعين تدل على التأيد¹.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الرجوع في الوقف :

قبل أن نكتشف تصور المشرع الجزائري لمسألة الرجوع في الوقف ، نتوقف قليلا لنعيد تعريف الرجوع عموما ، ثم نحاول إسقاطه على الوقف و فق النصوص .

أ/ تعريف الرجوع :

سبق و أن تم تعريف الرجوع في الهبة بأنه تصرف قانوني وحيد الجانب يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الهبة في الحال و الاستقبال ، و قلنا بأن الرجوع في الوصية تصرف قانوني وحيد الجانب يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الوصية في المستقبل .

هذا وأن الرجوع هي حالة لا تعتري كل التصرفات القانونية ، ان توفرت شروط تحقيقها ، كما هو في البطلان و الفسخ ، بل الرجوع مفهوم خاص لا يجوز أن يعتدى عقودا و تصرفات يعينها القانون بشكل محصور و دقيق . كما تم التطرق الى مسألة الرجوع و الفسخ ، و بين الرجوع و الإلغاء و الطبيعة القانونية للرجوع ، على أنه ممكنة وضعها المشرع لتقرير و حماية مصلحة جديدة بالحماية ، ويكون ذلك في حدود ضيقة ، احتراماً لاستقرار المراكز القانونية .

ب/ مدى إمكانية الرجوع في الوقف :

لقد نصت المادة 15 من القانون 10/91 على أنه: " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " .

من قراءة هذه المادة لا يمكن أن نسقطها على الرجوع في تصرف الوقف ، ولكن الرجوع يكون في بعض الشروط التي وضعها الواقف لنفسه ، مع الأخذ بعين الاعتبار المادة 28 من القانون 10/91 التي تنص على : أن الوقف يبطل إذا كان محددًا بزمن ، وعليه فان 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 سابقا ، مع اعتبار التحفظات الواردة في القانون 10/02 المعدل و المتمم للقانون 10/91 .

كما أنه تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يصرح بجواز الرجوع من عدمه ، لكنه و بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة و المادة 02 من القانون 10/91 و اللتان تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فانه يمكن أن

1 قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " إني حبست أصلها أوجعلت ثمرتها صدقة ، لذى القري ، واليتامى ، والمسكين ، وابن السبيل و المقيم عليها ، ان يأكل ويؤكل صديقا ، لا جناح لا

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

نستشف موقفه ، مع الاسترشاد برؤيته للوقف من خلال النصوص الصريحة الواردة في قانون الأسرة أو القانون 10/91 المعدل و المتمم بالقانون 10/02 .

و بالرجوع إلى موقف القانون الإسلامي من الرجوع في الوقف ، نجد آراء الفقهاء تباينت فمنهم من يجيز الرجوع و منهم من يروونه متناقضا مع فلسفة الوقف و فحواه كما يلي بيانه :

فالمالكية لا يشترطون التأيد في الوقف ، بل يجيزون الوقف مؤقتا ، كما يجيزونه مؤبدا ، 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 الوقف¹ كما أن فقهاء الشيعة الأمامية هم الآخريين لا يشترطون التأيد في الوقف ، ولا يروونه من مقتضياته ، وعليه نستنتج أن الرجوع في الوقف وفق منطقهم جائز² .

كما أن الإمام أبي حنيفة يرى أن اثر الوقف هو التبرع بالربيع ، وهو غير لازم ، وتظل العين الموقوفة على ملك الواقف ، فيجوز له التصرف بما كما يشاء ، وبهذا نعتبر أن الإمام يجيز الرجوع عن الوقف³ .

هذا عن المدارس الفقهية التي تجيز فكرة الرجوع ، على خلاف أغلبية فقهاء المدرسة الحنفية الذين يرون أنه اذا 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 ، و بالتالي فهم يجيزون الرجوع في الوقف⁴ ، و يؤيدهم في هذا الرأي فقهاء المدرسة الشافعية اذ يرون أن ملك الرقبة ينتقل الى 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 ، و نتيجة له فهم كجمهور الحنفية لا يجيزون الرجوع⁵ ، و كذلك هو رأي فقهاء المدرسة الحنبلية في الصحيح من مذهبهم ، أنه يزول ملك الواقف ، لأن الوقف من إسقاطات الملك كالعق ، و بالتالي يزول حق التصرف في الرقبة ، وهذا وفقا لخبر " حبس الأصل و سبل الثمرة " فالمراد حسب فهمهم أن يكون الموقوف محبوسا لا يباع ، و لا يوهب ، و لا يورث⁶ .

1 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 72 ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 7617 .

2 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 72 .

3 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 7616 .

4 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 7616 .

5 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 7617 .

6 وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 7617 .

الفصل الثاني : الرجوع في الوصية والوقف

هذا إضافة إلى أنهم يشترطون التأييد المطلق ، فقد جاء في المغني : " و أن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه ، أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف ، لا نعلم فيه خلافا ، لأنه ينافي مقتضى الوقف " ¹ .

هذا ويؤيدهم في منع الرجوع فقهاء المدرسة الظاهرية إذ يرون لزوم التأييد كأكثر الفقهاء ، ولقد جاء في المحلى لابن حزم ² : " من حبس وشرط أن يباع إن احتيج إليه ، صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى ، و بطل الشرط لأنه شرط أن يباع ، فهذا لم يحبس شيئا ، لأنه حبس لم ينعقد إلا على شرط باطل فلم ينعقد " .

يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري تبني مذهب الجمهور في لزوم الوقف تحقيقا لاستمرار المنفعة و دوام البر العام المقصود شرعا من تشريع الوقف ، و عليه لا يجوز التصرف في العين المحبسة بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها و ليس للمحبس إلا حق الانتفاع به و عليه لا يمكن الرجوع عن الوقف كونه يتنافى مع شرطي اللزوم و التأييد .

1 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، 1315 .

2 ورد ذكره عند محمد أبي زهرة ، المرجع السابق ص 72 .

خاتمة

خاتمة

في ختام دراستنا وما استطعنا جمعه من معلومات المتعلقة بإجراءات الرجوع في الهبة والوصية والوقف ، ومحاوله منا الإجابة على ما طرحناه في الإشكالية و بجراحة مختلف الجوانب المتعلقة بها توصلنا إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات نراها ضرورية على النحو التالي:

- أن الهبة تصرف ناقل للملكية حال الحياة بغير عوض مهما كانت تسميتها ، أما عن أحكامها فقد اقتبسها قانون الأسرة من اجتهاد جمهور الفقهاء ، و اعتبرها المشرع الجزائري عقد عيني شكلي .
- أما عن الرجوع فهو تصرف وحيد لصيق بشخصية الواهب ، ولا ينتقل إلى الغير بالميراث ، وهو من النظام العام كما أن القانون الجزائري منح الأبوين سلطة الرجوع في الهبة إلا في حالات استثنائية ، وهو غير محدد بمهله ولا يجوز التوسع في تفسيره ولا القياس عليه ويكون بغض النظر عن سن الأبناء .
- الرجوع ينتفي في المنفعة العامة ، وعندما يكون سبب الهبة هو زواج الموهوب له ، وينتهي كذلك عندما يتصرف الموهوب له في محل الهبة بتصرف ناقل للملكية وعند هلاك محل الهبة وعندما تتغير طبيعة الشيء الموهوب بفعل الموهوب له وعليه فإن حق الرجوع في الهبة حق ضعيف ويشكل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وليس لحق الرجوع أثر رجعي في مواجهة الغير حسن النية .
- أما عن الوصية فهي تصرف تبرعي ناقل للملكية ينتج آثاره عند وفاة الموصي مؤكداً على وصيته والتي اقتبسها المشرع الجزائري من فقه جمهور فقهاء القانون الإسلامي .
- وقد خلصنا من خلال دراستنا أن الرجوع في الوصية ممكن مادام الموصي على قيد الحياة ، ويكون بالشكل الذي نشأت به ويسمى رجوعاً صريحاً في هذه الحالة ، كما يكون ضمناً ان مارس الموصي إحدى السلطات التي منحها إياه حق الملكية ، هذا وان حق الرجوع بالوصية حق مطلق و هو تصرف وحيد الجانب .
- وبالنسبة للوقف فهو تصرف تبرعي الهدف منه هو التقرب لله عز وجل فهو مسقط لحق التصرف في ربة الشيء الموقوف ، وعليه فهو تصرف مسقط للملكية يكتسب الشخصية المعنوية من يوم إنشائه وله ذمة مالية مستقلة .

خاتمة

- ومع ذلك فالوقف يبطل إذا شابه سبب من أسباب البطلان كاختلال في الشروط الموضوعية أو في حالة مخالفة شرط من الشروط المشروعة التي وضعها الواقف ، وتكون آثارها أبدية و المشرع الجزائري شدد على حماية الأوقاف و استرجاعها ولا محل للرجوع فيها .
- وبناء على ما سبق تنتهي إلى أن الرجوع هو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقود والاستثناء لا يمكن التوسع فيه ، كما نخلص إلى بعض الاقتراحات الآتية :
- سن قانون خاص يحتوي على التصرفات المالية الناقلة للملكية سواء كانت بعوض أو بدون عوض أو اخراجها الى القانون المدني على غرار ما ذهبت اليه العديد من التشريعات العربية.
- إدراج مواد قانونية صريحة بخصوص إمكانية الرجوع في العقود التبرعية من عدمه .
- اعتماد مذهب فقهي يرجع اليه عند غياب النص القانوني توحيدا للاجتهاد القضائي .
- التفصيل في إجراءات الرجوع في العقود التبرعية .

مقدمة

الفصل الأول

أحكام الرجوع
في عقد الطهية

الفصل الثاني

أحكام الرجوع
في الوصية والوقف

خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

قائمة الاختصارات

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا : المراجع باللغة العربية

1/ المراجع العامة :

- احمد فراج حسين ، المدخل للفقہ الاسلامي ، تاريخ الفقہ الاسلامي ، الملكية ونظرية العقد ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، سنة 2001.
- احمد ابو الفتح ، المعاملات في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، الجزء الاول ، مطبعة النهضة ، مصر ، بدون سنة الطبع .
- انور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 1970.
- بلحاج العربي ، قانون الاسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 1994.
- بلعبيور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1986.
- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء احداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبع في 2005.
- عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر و الدوري التنفيذ ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، القاهرة ، سنة 1950.
- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، سنة 1952 .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، اسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق) ، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1968.
- مصادر الحق في الفقہ الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقہ الغربي ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 1998.

قائمة المراجع

- عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده ، مصر ، سنة 1967.
- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 2005.
- عمر عبد الله ، احكام الموارث في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الرابعة ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1385 هـ - 1966 م .
- لحسين بن الشيخ اث ملويا ، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ، الجزء الاول ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبع سنة 2005.
- محمد بن احمد تقيه ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1984.
- موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة) ، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2001.
- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و ادلته ، الجزء الخامس ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، بدون سنة الطبع .
- ب/ المراجع الخاصة :
- احمد ابراهيم ، احكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض ، مطبعة العلوم ، القاهرة ، 1358 هـ - 1939 م
- احمد فراج حسين ، احكام الوصايا و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، سنة 1989.
- احكام الوصاية و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة 2003.
- احمد فراج حسين و محمد كمال الدين امام ، نظام الارث و الوصايا و الاوقاف في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2002.

قائمة المراجع

- احمد محمود الشافعي ، الوصية و الوقف في الفقه الاسلامي ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت سنة 2000.
- ادمون كسبار ، الوصايا و الهبات و الارث ، مطبعة الجهاد ، بيروت سنة 1959.
- اكثم امين الخولي ، العقود المدنية ، الصلح و الهبة و الوكالة ، الطبعة الاولى ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، سنة 1957.
- انور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، البيع ، المقايضة ، الهبة ، الشركة ، القرض و الدخل الدائم ، الصلح ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة 2002.
- انور طلبة ، العقود الصغيرة ، الهبة و الوصية ، المكتب الجامعي الحديث ، بدون مكان النشر ، سنة 2004.
- بدران ابو العينين بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، سنة 1970.
- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 2004.
- بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الاسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، سنة 2008.
- جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني ، دار الهدى للطباعة ، القاهرة ، سنة 1398 هـ - 1978 م .
- حسن صبحي احمد ، مذكرة في الوصية و الوقف ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية سنة 1970.
- حسن محمد بودى ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة 2004.
- حسين حامد حسان ، احكام الوصية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1973.
- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبع في 2004.

قائمة المراجع

- رمضان علي السيد الشرنباصي ، الوجيز في احكام الوصية و الوقف ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2005.
- رمول خالد ، الاطار القانوني و التنظيمي لاملاك الوقف في الجزائر ، دراسة مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية مدعمة باحدث النصوص القانونية و الاجراءات القضائية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبع في 2004.
- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية الوطنية للكتاب ، اجزائر سنة 1991.
- زهدي يكن ، احكام الوقف ، الطبعة الاولى ، المطبعة العصرية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة الطبع .
- الوقف في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان 1388 هـ .
- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة الطبع .
- عبد المجيد عبد الحميد الذيباني ، احكام الموارث و التركات و الوصية في الشريعة الاسلامية (مع قانون الوصية الجديد رقم 94/17) ، الطبعة الاولى ، الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، سنة 1995.
- عبد الوهاب البنداري ، شرح العقود المدنية ، الهبة (دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية) ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1968.
- كمال حمدي ، الموارث و الهبة و الوصية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 1998.
- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية ، الطبعة الاولى ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2008.
- محمد ابو زهرة ، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1409 هـ - 1988 م .
- محاضرات في الوقف ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1971.

قائمة المراجع

- محمد بن احمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية و القانون المقارن ، الطبعة الاولى ، الديوان الوطني للاشغال التربوية ، الجزائر ، سنة 2003.
- محمد جعفر شمس الدين ، الوصية و احكامها في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة) ، الطبعة الثالثة ، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت - لبنان ، 1426 هـ - 2005 م .
- محمد زكريا البرديسي ، الوصية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1971 .
- محمد كمال الدين امام ، الوصايا و الاوقاف في الشريعة الاسلامية ، دراسة فقهية و تشريعية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 2002.
- محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دراسة قانونية مدعمة بالاحكام الفقهية و القرارات القضائية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2006.
- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني ، الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركات ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، 1398 هـ - 1978 م .
- معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، اوصاف الالتزام ، انتقال الالتزام ، انقضاء الالتزام ، العقود المسماة ، البيع ، المقايضة ، الهبة ، الشركة ، القرض ، الصلح ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 1998.
- نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت ، الوصية ، البيع ، الهبة ، الوقف ، الكفالة ، الابراء ، الاقرار ، الخلع ، الطلاق ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2008.
- وليد رمضان عبد التواب ، الوقف شرعا و قانونا ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار شادي للموسوعات القانونية ، القاهرة ، سنة 2008.
- هبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، سنة 1414 هـ - 1993 م .

قائمة المراجع

المقالات :

- البشير جبيري ، الرجوع عن الهبة ، مجلة الموثق ، العدد التاسع ، سنة 2003
- الغوتي بن ملحمة ، الطبيعة القانونية للحبس ، تعليق على قرار الغرفة العقارية ، القسم الثالث ، ملف رقم 215924 ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الاول ، سنة 2004.
- مكانة الوقف في القانون العقاري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، رقم 02 ، الجزء 42 ، سنة 2000.
- بوتارت فايزة ، تعليق على القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية ، القسم الثالث ، ملف رقم 204958 الصادر بتاريخ 2001/01/31 الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الاول ، سنة 2004.
- بوحلاسة عمر ، الوقف في القانون الجزائري ، مجلة الموثق ، العدد التاسع ، سنة 2000.
- جمال الدين طه العاقل ، الرجوع في الهبة بين الفقه الاسلامي و بين القانون المدني و قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، مجلة الامن و القانون ، كلية شرطة دبي ، العدد الاول ، السنة السادسة ، الامارات العربية المتحدة ، يناير 1998 .
- زواوي فريدة ، نظرات في قانون الاوقاف الجزء الاول ، م ج ع ق اس ، العدد الاول ، سنة 2009.
- شريف بن عقون ، الوقف في التشريعات الجزائرية ، مجلة الموثق ، العدد السابع ، سنة 2002.
- شيخ سناء ، اثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الارادة المنفردة ، الوصية و الوقف ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول ، سنة 2009.
- عابدين مصطفى ، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الاسلامية و اجتهاد المحكمة العليا ، نشرة القضاة ، العدد 59 ، سنة 2006.
- علاوة بونغرار ، المادة 324 مكرر بنصيحها العربي و الفرنسي ، مجلة الموثق ، العدد الثالث ، سنة 2001.
- لعروم مصطفى ، عقد الهبة ، مجلة الموثق ، العدد الثامن ، سنة 1999.
- محمد بن احمد تقيية ، الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الاسلامي ، مجلة الموثق ، العدد الثالث ، جوان 1998.

قائمة المراجع

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

- محمد عبد الرزاق السيد ابراهيم الطبطبائي ، اركان الوقف في الفقه الاسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، مجلة اوقاف ، العدد الخامس ، السنة الثالثة ، سنة 2003.

الرسائل :

- انس عبد الواحد صالح الجابر ، احكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية مقارنة) بحيث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و اصوله ، تحت اشراف الدكتور محمد حسن ابو يحيى ، الجامعة الاردنية ، كلية الدراسات العليا ، نيسان 2007.

- براهيمى نادية المولودة اركام ، الوقف وعلاقته بنظام الاموال في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص عقود و مسؤولية ، تحت اشراف الدكتور الغوتي بن ملححة ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، سنة 1995.

- علاوة بو تغرار ، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري ، دراسة نظرية و تطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية ، تحت اشراف الدكتور نواصر العايش ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، كلية الحقوق و العلوم الادارية 2000-2001.

- غياطو الطاهر ، الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص القانون العقاري و الزراعي ، تحت اشراف الدكتور محمد نسيب ارزقي ، جامعة البليدة ، الجزائر ، كلية الحقوق 1999 - 2000.

- نايف محمد العجمي ، الرجوع و اثره في العقود في الفقه الاسلامي ، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير ، تحت اشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن ، جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة الاسلامية سنة 1422 هـ * - 2001 م .

النصوص القانونية :

القوانين :

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 ، يتضمن قانون الاسرة (ج ر ج ج ، العدد 24 السنة 21 الصادر في 12 يونيو 1984).

قائمة المراجع

- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق ل 03 مايو سنة 1988 ، يعدل ويتمم الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني (ج ر ج ج ، العدد 18 السنة 25 الصادرة في 04 مايو 1988) .
- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 ابريل سنة 1991 ، يتعلق بالاوقاف (ج ر ج ج ، العدد 21 ، السنة 28 الصادرة في 08 مايو سنة 1991)
- القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو سنة 2001 ، يعدل و يتمم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 ابريل سنة 1991 ، و المتعلق بالاوقاف (ج ر ج ج ، العدد 29 ، السنة 38 الصادرة في 23 مايو سنة 2001) .
- القانون رقم 10/02 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق ل 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتمم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 ابريل سنة 1991 ، و المتعلق بالاوقاف المعدل و المتمم (ج ر ج ج ، العدد 21 ، السنة 45 ، الصادرة في 23 ابريل 2002) .
- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الاولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 ، يعدل و يتمم الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 ، و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم (ج ر ج ج ، العدد 44 ، سنة 42 ، الصادرة في 26 يونيو 2005) .
- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 ، يتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج ر ج ج ، العدد 14 ، السنة 43 ، الصادرة في 08 مارس 2006) .
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية (ج ر ج ج ، العدد 21 ، السنة 45 ، الصادرة في 23 ابريل سنة 2008) .

الاورام :

- الامر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية (ج ر ج ج ، العدد 47 ، السنة 03 ، الصادرة في 09 يونيو 1966) .
- الامر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون العقوبات (ج ر ج ج ، العدد 49 ، السنة 03 ، الصادرة في 11 يونيو سنة 1966) .

قائمة المراجع

- الامر رقم 91/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق ل 15 ديسمبر سنة 1970 ، يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج ، العدد 107 ، السنة 07 ، الصادرة في 25 ديسمبر 1970) .
- الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني (ج ر ج ج ، العدد 78 ، السنة 12 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975) .
- الامر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975 ، يتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تاسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 92 ، السنة 12 ، الصادرة في 18 نوفمبر 1975) .
- الامر رقم 105/76 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 09 ديسمبر سنة 1976 ، يتضمن قانون التسجيل (ج ر ج ج ، العدد 81 ، السنة 14 ، الصادرة في 10 ديسمبر 1977)
- الامر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 ، يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الاسرة (ج ر ج ج ، العدد 15 ، السنة 42 ، الصادرة في 27 فبراير 2005)

المراسيم :

- مرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 24 ربيع الاول عام 1396 الموافق ل 25 مارس 1976 ، يتعلق بتاسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 30 ، السنة 13 الصادرة في 13 ابريل 1976) .
- مرسوم تنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق ل 01 ديسمبر 1998 ، يحدد شروط الاملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفييات ذلك (ج ر ج ج ، العدد 90 ، السنة 35 الصادرة في 02 ديسمبر 1998) .
- مرسوم تنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق ل 26 اكتوبر سنة 2000 ، يتضمن احداث الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي و شروط وكفييات اصدارها و تسليمها (ج ر ج ج ، العدد 64 ، السنة 37 الصادرة في 31 اكتوبر 2000) .

القرارات :

- قرار مؤرخ في 02 ربيع الاول عام 1422 الموافق ل 26 مايو 2001 ، يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي (ج ر ج ج ، العدد 31 السنة 38 الصادرة في 06 يونيو 2001) .

قائمة المراجع

- قرار مؤرخ في 14 ربيع الاول عام 1422 الموافق ل 06 يونيو سنة 2001 ، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي (ج ر ج ج ، العدد 32 ، السنة 38 الصادرة في 10 يونيو 2001)

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية:

- A- OUVRAGES GENERAUX :

- G.H.BOUDQUET : precis de droit musulman principalement malékite et Algérien, 2 eme édition revue ,augmentée et mise au courant de la jurisprudence,la maison des livres,alger.

- G.H.BOUDQUET :Précis élémentaire de droit musulman (malékite et Algérien) conforme au programme du certificat de législation Algérienne, librairie orientaliste Paul GEUTHNER,Paris1935.

-O.HOUDAS ,F.MARTEL:traité de droit musulman ,la TOHFAT D'IBN ACEM,commentaire juridique et notes philologiques Gavauet SAINT-DAGER,éditeur,Alger1882.

- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges : Traité pratique de Droit civil Francais , Français , tome X , contrats civil , paris 1956.

- Raymond CHARELES : Le droit musulman , Collection Que sais je ? 5ème édition , presses universitaires de France , Paris 1956.

- B - OUVRAGES SPECIAUX ; Benoit ADDA et Elias CHALIOUNGHY : le droit musulman , le wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanafite , imprimerie Farag Haim MIZRAHI , Alexandrie 1893.

- C - RECUEILS : Cheikh Mohamed EL Bachir ETTOUATI :

قائمة المراجع

Traduit et annoté par Jules ABRIBAT , Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'acte notaries judiciaires et extrajudiciaires , imprimerie française , B.BORREL , Tunis 1896.