

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر - بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مطبوعة علمية بعنوان

محاضرات في مقياس عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري

ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر
التخصص: قانون الأسرة

إعداد الدكتورة: مدور جميلة

سنوات التدريس بالمطبوعة:

2020 - 2017

مقدمة:

يرتبط أفراد المجتمع الإنساني بروابط وعلاقات قوامها تبادل المصالح والمنافع، كما يرتبطون فيما بينهم بروابط أخرى تغلب عليها المشاعر والعواطف، وتدفع بعضهم لتقديم العون والمساعدة دون طلب الحصول على مقابل، وهذا ما يعرف بالتبرع، والأصل فيه أن يقدم من الغني للفقير، ومن القادر للعاجز، عطايا عليهما ورأفة بهما، أو تعبدا وتقربا إلى الله عز وجل، أو إيمانا بمعتقدات معينة، أو إرضاء للضمير واستجلابا للراحة النفسية، أو طلبا للسمعة والمكانة الاجتماعية، وغير ذلك من الدوافع الشخصية.

وينصب التبرع عادة على قيمة مالية معينة، سواء كانت في شكل نقود أو عروض مختلفة أو عقارات أو غير ذلك، وقد يتعلق التبرع ببذل جهد معين وتقديم عمل فيه منفعة للغير وما يتطلبه من وقت وتضحية براحة المتبرع أو بعض مصالحه، وقد ينصب التبرع على شيء غير مالي من حيث الأصل، ولكن يحتاج إليه، كالتبرع بالدم والأعضاء البشرية على فرض صحة التبرع بها. وعليه، فإن التبرع قد يرد على الملكية، وذلك بالنزول عنها بدون مقابل، وقد يرد على منفعة شيء لمدة معينة، وقد يكون موضوعها عملا يتبرع به.

وقد يقدم التبرع لبعض الأفراد أو لفئة معينة في المجتمع، وقد يقدم لمؤسسة خيرية أو أي جهة تمثل المنفعة العامة، وذلك إما في صيغة عقد أو تصرف بالإرادة المنفردة.

وحرصا على ترسيخ قيم التعاون والتراحم والتكافل الاجتماعي اهتم المشرع الجزائري بأنواع التبرعات، فحدد مفاهيمها ونظم أحكامها في كل من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بعدة قوانين آخرها القانون رقم 07-05، والقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، بالإضافة إلى تشريعات أخرى خاصة منها: القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، والقانون رقم 90-21 المتضمن التوجيه العقاري، وكذلك الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق.

وإدراكا من المشرع لتأثير العامل الديني التعبدية في تقديم التبرعات، اختار أن يكون الإطار التنظيمي القانوني لها منسجما مع أحكام الشريعة الإسلامية، ونظرا للارتباط الوثيق بين أنواع من التبرعات ومسائل الأحوال الشخصية، اختار أن يكون موضع التنظيم القانوني لكل من عقد الهبة والوصية والوقف هو قانون الأسرة رغم كونها من الحقوق العينية التي يختص بتنظيمها، من حيث الأصل، القانون المدني، وهي موضوع هذه المحاضرات، وقد تقرر تدريسها لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص أحوال شخصية.

وتتجلى أهمية تدريس التبرعات الواردة في قانون الأسرة في أن طلبة الحقوق، قسم الأحوال الشخصية، يتعرفون على أهم التصرفات القانونية التي تجرى بقصد التبرع، وهي: عقد الهبة، الوصية

والوقف، وأهم ما يجمع أو يميز بينها أو غيرها من التصرفات القانونية الأخرى، خاصة وأنها تصرفات يكثر إجراؤها بين الناس، وقد تثار بشأنها نزاعات، ومن الأهمية بمكان الوقوف على كيفية تنظيم المشرع لها ومعرفة أحكامها.

ويقتضي النظر في أحكام هذه التبرعات ومعالجة المسائل المرتبطة بها اتباع الخطة التالية:

مقدمة

مبحث تمهيدي: مفهوم التبرع وأنواعه

الفصل الأول: التبرعات التي تنشأ بالعقد (عقد الهبة)

المبحث الأول: ماهية عقد الهبة

المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة

الفصل الثاني: التبرعات التي تنشأ بالإرادة المنفردة (الوصية والوقف)

المبحث الأول: الوصية

المبحث الثاني: الوقف

خاتمة

مبحث تمهيدي:

مفهوم التبرع وأنواعه.

قبل التفصيل في أنواع وأحكام التبرعات الواردة في قانون الأسرة، يجب التمهيد للموضوع ببحث مفهوم التبرع مع ذكر أنواعه، وذلك في المطلبين التاليين: المطلب الأول: مفهوم التبرع، المطلب الثاني: أنواع التبرع.

المطلب الأول: مفهوم التبرع.

يتضح مفهوم التبرع من خلال التعريف به وحصر مقوماته واستقراء الأوجه التي تميزه عما يقابله، وهو المعاوضة، وذلك من خلال الفروع التالية: الفرع الأول: تعريف التبرع، الفرع الثاني: مقومات التبرع، الفرع الثالث: تمييز التبرع عن المعاوضة.

الفرع الأول: تعريف التبرع.

يعرف التبرع لغة واصطلاحاً كالتالي:

أولاً: تعريف التبرع لغة.

التبرع في اللغة من تبرع بالعتاء، أي أعطى من غير سؤال، وتفضل بما لا يجب عليه، يقال: فعلت كذا متبرعاً، أي متطوعاً.¹

ثانياً: تعريف التبرع اصطلاحاً.

التبرع في الاصطلاح القانوني هو تصرف قانوني، موضوعه تقديم أداء مالي بدون مقابل، فهو في مقابل المعاوضة، وقد يقع التبرع في صيغة عقد، وذلك بتوافق الإيجاب والقبول واقترانهما، وقد يتم بالإرادة المنفردة.²

الفرع الثاني: مقومات التبرع.

انطلاقاً من التعريف يتضح أن التبرع يقوم على عنصرين أساسيين، هما:

أولاً: العنصر المادي.

يتمثل العنصر المادي للتبرع في الأداء المالي الذي يلتزم به المتبرع، ويشمل كل ما له قيمة مالية، سواء كان تملكاً لعين أو نزولاً عن منفعة أو حق، أو قياماً بعمل.

1- ابن منظور، لسان العرب، دار الجيل، بيروت، 1408هـ/1988م، 1/196؛

محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، 5/273؛

الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، 1/907.

2- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2012/2013، ص.16.

ثانياً: العنصر المعنوي.

يتمثل العنصر المعنوي للتبرع في وجود النية والقصد لتقديم الأداء المالي مجاناً من طرف المتبرع دون انتظار المقابل.

الفرع الثالث: تمييز التبرع عن المعاوضة.

يتميز بين التبرعات والمعاوضات من عدة أوجه، أذكر منها ما يلي:

1- أهم شيء يميز بين التبرعات والمعاوضات هو الغرض المقصود في كل منها، ويتحدد هذا الغرض بوجود العوض في المعاوضات وعدم وجوده في التبرعات، حيث يراد بالتبرع التقرب إلى الله عز وجل، أو أي معتقد آخر يؤمن به المتبرع، والإحسان إلى المتبرع له (السبب) وترسيخ قيم التعاون والتراحم والتكافل الاجتماعي... إلخ، أما المعاوضة فيراد منها الحصول على مقابل معادل في قيمته المالية لما تم تقديمه.

وفي حال تقديم أحد المتعاقدين لمقابل أقل من قيمة ما حصل عليه، فإن العقد قد يعد تبرعاً أو معاوضة، وذلك بحسب توافر نية التبرع والعلم بفارق القيمة بين ما قدمه وما حصل عليه، لأنه لو كان جاهلاً بذلك أو متوهماً لكان في حكم المغبون أو من عيبت إرادته، ولم يكن متبرعاً.

2- قد يقع التبرع في صيغة عقد، وذلك بتوافق الإيجاب والقبول واقترانهما، وقد يتم بالإرادة المنفردة، خلافاً للمعاوضات، فإنها لا تتم إلا في صورة عقد مع تبادل العوضين.

3- يكون المتبرع له دائماً محل اعتبار، ولذلك يعتبر الغلط فيه أمراً جوهرياً، حيث يؤثر في الإرادة ويجعلها معيبة، ومن أجل ذلك يحق للمتبرع طلب إبطال العقد، أما المتصرف له على وجه المعاوضة فلا يكون محل اعتبار عادة، ولذلك فإن الغلط فيه لا يعيب الإرادة، ولا يكون للمتعاقد الذي وقع في غلط طلب إبطال العقد إلا إذا تبين أن المتعاقد الآخر محل اعتبار، كما في شركات الأشخاص وبعض صور الإيجار.¹

4- يلتزم المعاوض بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، أما المتبرع فلا يلتزم بذلك من حيث الأصل، إلا في حال تعمد الإضرار بالمتبرع له، بإخفاء سبب الاستحقاق أو قيامه بإخفاء العيب بقصد الإضرار.²

5- تشترط الأهلية الكاملة في المتبرع، ويكتفى بشرط التمييز في المتبرع له لاعتبار التصرف نهائياً، أما المعاوضات فيقبل فيها بأهلية التمييز مع اعتبار التصرف قابلاً للإبطال، ولا يعد نهائياً إلا إذا صدر عن شخص كامل الأهلية.³

1- صبري السعدي، م س، ص.68؛ خالد سماحي، م س، ص.31.

1- صبري السعدي، م س، ص.68.

2- أحمد شوقي، م س، ص.25.

6- تتفاوت درجة مسؤولية المتصرف بحسب كونه معاوضاً أو متبرعاً أو متبرعاً له، حيث أن مسؤولية المعاوض تكون أشد من مسؤولية المتبرع، إلا أن مسؤولية المعاوض أخف من مسؤولية المتبرع له، وبناء عليه، فإن مسؤولية البائع في ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية أشد من مسؤولية الواهب، ومسؤولية المستعير في المحافظة على الشيء المعار أشد من مسؤولية المستأجر في المحافظة على العين المؤجرة.¹

7- تقبل دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، وهي المعروفة بالدعوى البوليصية، دون شرط إثبات الضرر في حال التبرع، في حين يشترط إثباته في المعاوضات.²

8- يعتبر التبرع في مرض الموت وصية، حيث نصت المادة 776 ق.م. على أن "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."
ولا يعتبر التصرف في مرض الموت معاوضة إلا إذا تبين وجود عوض حقيقي، فإن كانت المعاوضة بيعاً، فإن حكمه يختلف بحسب من يكون المشتري، فإن كان وارثاً، فالبيع غير نافذ في حق بقية الورثة إلا إذا أقره، فإن لم يكن وارثاً، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال، وهو ما قضت به المادة 408 ق.م.

المطلب الثاني: أنواع التبرعات.

تتنوع التبرعات أنواعاً عديدة، وذلك من حيث موضوع التبرع ومن حيث المصدر المنشئ له: فقد يكون موضوع التبرع نقل الملكية، ويختلف نوع التصرف في هذه الحالة بحسب الكيفية التي يتم بها، والوقت الذي يرتبط به، والأثر الذي يترتب بالنسبة للمتصرف له، فقد يكون هبة وما في معناها، أو قرضاً، أو وصية أو وقفاً،³ وقد يكون موضوع التبرع النزول عن حق الانتفاع، فيكون التصرف عبارة عن عارية أو عمري، وقد يكون موضوع التبرع عملاً يقوم به المتبرع بدون مقابل، كعقد الوديعة والوكالة والكفالة بغير أجر...إلخ.

كما تتنوع التبرعات من حيث المصدر المنشئ لها، فقد يقدم التبرع بمقتضى عقد أو بناء على الإرادة المنفردة؛ وهو التصنيف الذي سنتطرق له بشيء من التفصيل في الفرعين التاليين: الفرع الأول: التبرع بمقتضى عقد، الفرع الثاني: التبرع بمقتضى التصرف بالإرادة المنفردة.

3- أحمد شوقي، م س ، ص 24.

4- المرجع نفسه.

1- موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، 1403هـ/1983م، 246/6.

الفرع الأول: التبرع بمقتضى عقد.

إذا كان التبرع لشخص معين أو أشخاص محددين على سبيل الحصر مع نفاذ التصرف في حياة المتصرف، فإن ذلك لا يكون إلا في صيغة عقد، وذلك بالاتفاق بين المتبرع والمتبرع له، تفادياً للمن والأذى الذي يمكن أن يلحق المتبرع له من قبل المتبرع، وتتنوع الاتفاقات المتعلقة بالتبرع بحسب موضوعها، كما تتميز ببعض الخصائص التي تجمع بينها، وفيما يلي تحديد المقصود بعقد التبرع وبيان أقسامه مع ذكر أهم الخصائص التي تجمع بينها:

أولاً: تعريف عقد التبرع.

عقد التبرع لفظ مركب من كلمتين هما: العقد والتبرع، فيعرف العقد بأنه: "اتفاق (أو توافق) إرادتين، وهما الإيجاب والقبول على إحداث أثر قانوني، بإنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه".¹ ويتم الاتفاق على إنشاء التزام بالتبرع بتعبير المتبرع عن إرادته بالنزول عن ملكية شيء أو منفعته أو تقديم عمل لشخص أو أشخاص معينين دون الحصول على مقابل مع قبول هؤلاء بذلك، ومثال الاتفاق على التبرع بالملكية عقد الهبة، ومثال الاتفاق على التبرع بالمنفعة عقد العارية (الإعارة)، أما الاتفاق على التبرع بالعمل فمثاله عقد الوديعة بغير أجر.

وبالنسبة لتعريف التبرع فقد تقدم بأنه إعطاء بدون مقابل.

وعليه يعرف عقد التبرع بأنه: "العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا لما أعطاه مع توافر نية التبرع"،² أي أن أحد المتعاقدين يثرى على حساب الآخر مع وجود نية التبرع والتصدق لدى من تم الإثراء على حسابه، بتقديم شيء لآخر دون الحصول على مقابل، كعقد الهبة وعقد القرض الحسن وعقد الوديعة بغير أجر، وقد ورد هذا التعريف في سياق التمييز بين التبرعات والمعاضات.

ثانياً: تقسيم عقود التبرع.

تقسم عقود التبرع بحسب موضوعها إلى ثلاثة أنواع، فيما يقسمها آخرون إلى نوعين وهما عقد هبة وعقود تفضل:

1- تقسيم عقود التبرع بحسب موضوعها: تقسم عقود التبرع بحسب موضوعها، إلى عقود

واردة على الملكية وعقود واردة على المنفعة، وعقود واردة على العمل، وهي كالتالي:

أ- عقود التبرع الواردة على الملكية: وهي العقود التي يراد منها نقل ملكية شيء من ذمة إلى

ذمة تبرعاً، وتشمل الهبة والهدية والصدقة والعطية، وهي بمعان متقاربة في الفقه الإسلامي، وكلها

2- صبري السعدي، م س، ص.38.

3- محمد صبري السعدي، م س، 65/1؛ أحمد شوقي، م س، 2002، ص.23.

تمليك في الحياة بغير عوض،¹ ويميز بينها من جهة أن من أعطى شيئاً لإنسان تودداً إليه ومحبة له فهو هدية، ومن أعطاه لمحتاج بقصد التقرب إلى الله عز وجل فهو صدقة، وكلاهما هبة وعطية.²

ب- عقود التبرع الواردة على منفعة شيء: وفيها يقدم المتبرع شيئاً لآخر من أجل استيفاء منفعته مدة معينة بدون عوض، كما في عقد الإعارة وعقد القرض.³

ج- عقود التبرع الواردة على العمل: وفيها يقدم المتبرع عملاً معيناً لمصلحة المتبرع له دون أن يحصل على أجر، ومن أمثلتها عقد الوديعة وعقد الوكالة وعقد الكفالة على أن تكون كلها بغير أجر.

2- تقسيم عقود التبرع إلى عقد هبة وعقود تفضل: يقسم البعض عقود التبرع إلى عقد هبة وعقود تفضل، ويقصد بها ما يلي:

أ - عقد الهبة: وهو العقد الذي بمقتضاه يلتزم المتبرع باعتباره أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء من ذمته إلى ذمة المتعاقد الآخر المتبرع له بعد قبوله بذلك، على أن يتم نقل الملكية في حياة المتبرع، وهو الواهب، وسيأتي التفصيل فيه لاحقاً.

ب - عقود التفضل: وهي مجموعة من العقود التي يتبرع بمقتضاها أحد المتعاقدين بتقديم عمل أو منفعة شيء لمصلحة المتعاقد الآخر بعد قبوله بذلك.⁴

فالعقود التفضل تشمل عقود التبرع الواردة على المنفعة وتلك الواردة على العمل. وبناء على هذا التوضيح يتبين أنه لا اختلاف من حيث المضمون في أنواع عقود التبرع، وأن الأمر يقتصر على كيفية تصنيفها فقط.

ثالثاً : خصائص عقود التبرع.

تتميز عقود التبرع بعدة خصائص أذكر منها ما يلي:

1- أغلب عقود التبرع عقود ملزمة لجانب واحد، وقد يكون عقد التبرع ملزماً لجانبين كعقد الهبة المقترن بتكليف أو شرط.

1- ابن قدامة، م س، 246/6.

2- المصدر نفسه، 246/6.

3- عقد القرض له طبيعة مزدوجة، فمن جهة هو عقد تبرع من حيث أن المقرض لا يحصل على شيء مقابل تقديمه لمال القرض، ومن جهة أخرى هو يشبه عقد المعاوضة من حيث أن المقرض يلتزم برد بدل القرض وليس نفس الشيء المقرض، ولكن بالتدقيق في حقيقة المعاوضة التي تشوب هذا العقد نجد أنها شكلية وليست حقيقية لكونها لا تعبر عن أي مفاضلة أو زيادة في بدل القرض عن محل القرض.

4- القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 2006، م 893؛ أحمد شوقي، م س، ص 24.

2- قد يكون عقد التبرع معاوضة بالنسبة لأحد العاقدين، كعقد الكفالة فإنه يعتبر معاوضة بالنسبة للدائن المكفول، لأنه يحصل على الكفالة نظير ما يقدمه من أداء مالي مؤجل الاستحقاق، وفي المقابل يعتبر هذا العقد تبرعا بالنسبة للكفيل طالما لم يأخذ اجرا نظير كفالته المدين.

3- قد ترد عقود التبرع على الملكية كما في الهبة، وقد ترد على المنفعة كعقد الإعارة، وقد ترد على العمل كعقد الوديعة.

4- عقود التبرع المشوبة بالغلط قابلة للإبطال، لأن الغلط في شخص المتعاقد المتبرع له غلط جوهري، يؤثر في الإرادة ويجعلها معيبة، وهو ما يعطي المتبرع الحق في طلب إبطال العقد.¹

5- مسؤولية المتبرع له أشد من مسؤولية المعاوض، لأنه يجب على المتبرع له أن يبذل العناية التي اعتادها في شؤونه الخاصة للمحافظة على الشيء المنتفع به دون أن ينزل في ذلك عن مستوى عناية الرجل العادي.²

6- عقود التبرع تعتبر تصرفات ضارة ضررا محضا بالنسبة للمتبرع لذلك يشترط فيه الأهلية الكاملة وإلا فالعقد باطل بطلانا مطلقا، وتحقق الأهلية الكاملة بحسب تقدير المشرع الجزائري ببلوغ الشخص سن التاسع عشر متمتعا بكامل قواه العقلية، دون أن يطرأ عليه أي عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، أو مانع من موانعها كالغيبية والعاهة المزدوجة والحكم بجناية.

وننبه هنا إلى أن ثمة حالة استثنائية أجاز فيها الفقه لمن ينوب القاصر أن يتبرع من مال هذا الأخير شرط الحصول على إذن المحكمة، ويتعلق الأمر بالتبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي خاصة خلال الكوارث والأزمات.³

عقود التبرع من التصرفات الضارة ضررا محضا بالنسبة للمتبرع، وفي المقابل تعتبر تصرفات نافعة نفعاً محضاً بالنسبة للمتبرع له، لذلك يصح القبول بالتبرع ممن بلغ سن التمييز وهو سن الثالثة عشر بحسب تقدير المشرع الجزائري،⁴ كما يعتد بقبول من كان في حكم المميز وهو الشخص المحجور عليه لسفه أو غفلة.

الفرع الثاني: التبرع بمقتضى التصرف بالإرادة المنفردة.

الأصل في التصرفات القانونية أنها تتم بالاتفاق بين المتصرف والمتصرف له، وقد تتم بالإرادة المنفردة، وفي ما يلي بيان لكيفية القيام بذلك والشروط والحالات التي يجب وجودها لقبول التبرع بالإرادة المنفردة، وهي كما يلي:

1- صبري السعدي، م س، ص.68؛ أحمد شوقي، م س، ص.24.

2- صبري السعدي، م س، ص.69؛ أحمد شوقي، م س، ص.24.

3- أحمد شوقي، م س، ص.25.

4- راجع: المادة 42 ق.م.

أولاً : تعريف التصرف بالإرادة المنفردة.

التصرف بالإرادة المنفردة هو أن ينشئ شخص التزاماً في ذمته، بأن يعبر عن إرادته بإيجاب أمر على نفسه، فيصبح مدينا به لمصلحة شخص آخر هو المتصرف له، أي الدائن بالحق، فهو عمل قانوني صادر من جانب واحد بقصد ترتيب آثار قانونية.¹

ويحصل التبرع بمقتضى الإرادة المنفردة بالتزام المتبرع بنقل ملكية شيء أو النزول عن منفعة لمدة معينة، أو بتقديم عمل بدون مقابل لمصلحة شخص طبيعي أو معنوي، معين أو لا، دون شرط قبول المتبرع له لانعقاد التصرف وترتيب آثاره، لأنه باشتراك القبول ينقلب التصرف إلى عقد.

ثانياً : شروط التصرف بالإرادة المنفردة.

1- وجود رضا المتبرع: بأن يعبر عن إرادته صراحة أو ضمناً، وأن يعتد بإرادته، فلا تقبل إردت من لم يكن كامل الأهلية، سواء بسبب السن أو بسبب عارض أو مانع ما، وإلا فإن أي تصرف ينسب إليه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2- صحة رضا المتبرع: لصحة رضا المتبرع يجب أن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب، وهي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

3- قد يشترط لنفذ الالتزام بالتبرع وثبوت الحق في ذمة الدائن حصول الشرط المقترن به أو الذي علق عليه، كالقيام بعمل معين في حال الوعد بجائزة، أو تحقق واقعة معينة، كالوفاة في حال الوصية.

ثالثاً: حالات كون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام.

باستقراء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية الحديثة فإن الإرادة المنفردة يمكن أن تكون مصدراً للالتزام في بعض الحالات، واستناداً إلى مفهوم العقد وما يقتضيه، فإنه يمكن إرجاع تلك الحالات إلى اثنتين، هما:

1- في حال عدم الحاجة إلى قبول المتبرع له، كما في الوصية، حيث تنشأ كتصرف قانوني بتعبير الموصي عن إرادته بنقل ملكية شيء إلى ذمة شخص آخر بعد وفاته دون شرط قبول الموصى له.

2- إذا كان التصرف لمصلحة شخص غير معين أو أشخاص غير محصورين أو كان لمصلحة جهة غير محددة إلا على سبيل الصفة، كما في الوعد بجائزة، فإنه يجوز تعليق استحقاق الجائزة على صفة معينة أو شرط ما أو عمل معين، ولا يدرى من يستوفي ذلك على سبيل التعيين ولا على سبيل الحصر إلا بعد تحقق الصفة في شخص أو أشخاص معينين، أو حصول الشرط أو إتمام

1- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995، ص24؛ محمد صبري السعدي، م س، ص398.

العمل، وكما في الوقف فإنه لا يعرف على وجه التحديد المستفيدون منه ولا عددهم بما فيه الوقف الأهلي، لأنه وإن عرف الجيل الأول من المستفيدين، فقد لا يعرف الجيل التالي والذي يليه من قبل الواقف إلا بصفتهم أنهم أقارب مثلاً أو أولاده... إلخ، وقد ينقطع الوقف الأهلي ويتحول إلى وقف خيري، فتتجلى فيه صفة عدم التعيين، ومع عدم إمكان تعيين الطرف المتصرف له يتعذر إجراء التصرف القانوني بصيغة عقد.

وبعد أن تحددت الصيغة القانونية للقيام بالتبرع، وانحصرت في شكلين، هما: العقد والإرادة المنفردة، ولما اقتصررت أنواع التبرعات في قانون الأسرة الجزائري على: الهبة، الوصية والوقف، فإنه سوف يتم بحثها انطلاقاً من تصنيفها إلى صنفين، وذلك في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: التبرعات التي تنشأ بمقتضى عقد (عقد الهبة)

الفصل الثاني: التبرعات التي تنشأ بمقتضى الإرادة المنفردة (الوصية والوقف)

الفصل الأول:

التبرعات التي تنشأ بمقتضى عقد

(عقد الهبة).

يعد عقد الهبة سببا من أسباب كسب الملكية، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في قانون الأسرة ضمن المواد : 202 - 212، ولم يتطرق له في القانون المدني كما فعل المشرع المصري مثلا، وتفسير ذلك - فيما يبدو - أنه رأى أن أحكامه تتعلق بالأحوال الشخصية أكثر من تعلقها بالمسائل المدنية، وفي تقديره أنه كان حريا به تنظيم أحكام هذا العقد بمناسبة تطرقه لأنواع العقود الواردة على الملكية، فطالما أن العقود المسماة معروفة حصرا، فإنه عند القيام بتصنيفها ينبغي التعرض لها جميعا وإلا عد العمل قاصرا وغير شامل، إضافة إلى أن الملكية حق عيني أصلي، وهو من الحقوق المالية المحضة التي يختص بتنظيمها من حيث الأصل القانون المدني. وسيتم بحث عقد الهبة في هذا الفصل بتحديد ماهيته وبيان آثاره التي تترتب عنه، وذلك في المبحثين التاليين: المبحث الأول: ماهية عقد الهبة. المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة.

المبحث الأول: ماهية عقد الهبة.

نتعرف على ماهية عقد الهبة ببيان مفهومه، وذكر العناصر الأساسية المنشئة له، وهي أركانه التي يقوم عليها، وذلك من خلال المطلبين التاليين: المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة. المطلب الثاني: أركان عقد الهبة.

المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة.

يتحدد مفهوم عقد الهبة انطلاقا من تعريفه وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية، وذلك ضمن الفروع التالية: الفرع الأول: تعريف عقد الهبة، الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة، الفرع الثالث: تمييز عقد الهبة عن غيره من العقود وسائر التصرفات القانونية.

الفرع الأول: تعريف عقد الهبة.

يتم تعريف عقد الهبة بالرجوع إلى أصل لفظ الهبة في الاستعمال اللغوي، ثم تعريفها في الاصطلاح الشرعي والقانوني، وذلك كما يلي:

أولا: تعريف الهبة لغة. الهبة في اللغة هي: العطية الخالية عن العوض والغرض، يقال: وهبت له هبة وموهبة ووهبا ووهبا، إذا أعطيته، وكل ما وهب لك فهو موهوب، والاتهاب: قبول الهبة،

والاستيهاب: سؤالها، وفي أسماء الله الحسنى: الوهاب، وهو المنعم على عباده، ويدل على البذل الشامل والعطاء الدائم.¹

ثانيا: تعريف الهبة في الاصطلاح الشرعي.

تعرف الهبة في الاصطلاح الشرعي بأنها: "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"،² وقيل هي: تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض.³

ثالثا: تعريف الهبة في الاصطلاح القانوني.

الهبة من عقود التبرع التي يراد منها تقديم شيء بدون مقابل، وهي من التصرفات الناقلة للملكية، بحيث يتم النزول عن ملكية شيء بلا عوض، ولأن التبرع يتم في حياة الواهب، وتفاديا للمن والأذى الذي قد يلحق الموهوب له من الواهب نفسه، يثبت حق القبول أو الرفض للموهوب له، ولذلك فإن الهبة لا تنشأ كتصرف قانوني إلا في صيغة عقد، بالاتفاق بين الواهب والموهوب له، ولا تقوم بالإرادة المنفردة للواهب، وقد عرفها المشرع في المادة 202 ق. أ. بأنها "تمليك بغير عوض"، دون النص على أن ذلك يجري بصيغة العقد، ودون النص على شرط نقل الملكية في حياة الواهب، فجاء التعريف ناقصا.

وعرفها المشرع الفرنسي في المادة 894 ق.م. بأنها: "تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها"، ولم يصرح التعريف باشتراط أن يكون التصرف في إطار عقد، ولكن فيه إشارة إلى شرط قبول الموهوب له. كما عرفها المشرع المصري في المادة 486 ق.م. بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض".⁴

فالهبة تصرف قانوني لا يتم إلا في شكل عقد من الطرفين، أي إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، يتصرف بمقتضاه الواهب في مال معين يملكه، قد يكون منقولاً أو عقاراً، بنقل ملكيته من ذمته إلى ذمة الموهوب له بدون مقابل، على أن يكون ذلك في حياته.

الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة.

انطلاقاً من التعريف يمكن استخلاص خصائص الهبة في ما يلي:

1- ابن منظور، م س، 990/6؛ الفيروز آبادي، م س، 138/1؛ الزبيدي، م س، 507/1-508.

2- ابن عابدين، م س، 530/4.

3- ابن قدامة، م س، 649/5.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 3/5.

- 1- الهبة عقد، فلا تتم كتصرف قانوني يرتب آثاره بنقل ملكية شيء من ذمة إلى أخرى إلا في شكل عقد بين المتبرع، وهو الواهب الذي يعبر عن إرادته بالإيجاب، والمتبرع له، وهو الموهوب له الذي يعبر عن إرادته بالقبول.
- 2- الهبة عقد تملك، فهي تصرف وارد على الملكية، وذلك بنقل ملكية شيء من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، ويمثل هذا الشيء العنصر المادي في الهبة.
- 3- تعد الهبة من التبرعات التي يراد بها تقديم أو إعطاء شيء تطوعا دون شرط الحصول على عوض، أي بنية التبرع، وهذه النية تمثل العنصر المعنوي.¹
- 4- تعتبر الهبة عقدا ملزما لجانب واحد وهو الواهب، وذلك من حيث الأصل، وقد تكون ملزمة لجانبين إذا اقترنت بشرط أو بتكليف يلتزم به الموهوب له.²
- 5- الهبة عقد منجز وغير مضاف، حيث يرتب أثره في حياة المتبرع، لذلك فإنه لا بد فيه من إيجاب من المتبرع وقبول من المتبرع له.³
- 6- عقد الهبة إما عيني أو شكلي،⁴ فهو عقد عيني إذا ورد على منقول، لاشتراط الحيابة بمقتضى المادة 206 ق.أ. ويكون عقدا شكليا إذا كان محله عقارا، لاشتراط إفراغه في عقد رسمي بمقتضى المادتين 206 ق.أ و 324 مكرر 1 ق.م. وسيأتي التفصيل في هذه المسألة لاحقا، وذلك ضمن أركان عقد الهبة.

الفرع الثالث: تمييز عقد الهبة عن غيره من التصرفات القانونية.

قد يحصل الاشتباه بين عقد الهبة وغيره من التصرفات الواردة على الملكية أو تلك الواردة على المنفعة في وجه من الأوجه، ولا تتضح حقيقة الهبة إلا بإزالة ذلك الاشتباه على النحو التالي:

أولا : تمييز عقد الهبة عما قد يشتبه به من التصرفات الواردة على الملكية.

1- تمييز عقد الهبة عن عقد البيع.

أهم ما يميز بين عقد الهبة وعقد البيع هو وجود العوض في عقد البيع وعدم وجوده في عقد الهبة مع شرط وجود نية التبرع، ويراعى في هذه الحالة إذا تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه فإنه ينظر إلى الأصيل إن أخذ عوضا أو لا.

وتقرر المادة 2/202 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، على أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، فلا يمنع

2- السنهوري، م س، 5/5؛ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة- الوصية- الوقف، دار هومة، الجزائر، ص.21.

1- السنهوري، م س، 20/5؛ صبري السعدي، م س، ص.66.

2- محمد يوسف عمرو، م س، ص.223.

3- السنهوري، م س، 20/5؛ شيخ نسيم، م س، ص.22.

من أن تكون الهبة بعوض شريطة أن تكون قيمة العوض أقل من قيمة الشيء الموهوب وإلا اعتبر التصرف معاوضة.¹

و يعتبر القيام بالالتزام شرطا من الشروط المقيدة للهبة، فهي بمثابة التكاليف التي لا تخرج الهبة عن كونها تبرعا طالما أنها في مصلحة الموهوب له،² على عكس فيما إذا كانت الشروط بمعنى الثواب أو المقابل للواهب عن هبته، فإنها تجعل الهبة تأخذ حكم التبرع بشرط الثواب، أي هبة الثواب، فيخرج التصرف الذي قام به الواهب من دائرة التبرعات إلى دائرة المعاوضات، وذلك بسبب أن تقديم الالتزام عندما كان بشرط تحقيق التزام آخر لمصلحة الواهب، كان الالتزام الأخير بمثابة المقابل عن الالتزام المقدم، فانتهى العنصر المادي للتبرع، وبالنتيجة انتفى العنصر المعنوي، وهو النية الخالصة في التبرع.³

إذ يصح أن تقتزن الهبة بشرط فاسخ دون أن يتجرد الواهب من نية التبرع، وجون أن يؤثر ذلك على اعتبار الهبة من عقود التبرعات، ومثالها كأن يشترط الواهب التزاما لمصلحة الموهوب له في إنفاق المال الموهوب على تحصيل العلم، أو شراء عقار أو سندات مالية يدخرها الموهوب له، فالالتزام إنما تقرر لمصلحة الموهوب له، وله فيه فائدة محضة،⁴ ومع ذلك يجب التمييز بين الهبة المقيدة والهبة بعوض، وبين الهبة المعلقة على شرط فاسخ.

كما يميز بين عقدي البيع والهبة من جهة أنه في عقد البيع إذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه يكون للمتعاقد الآخر إمكانية إجباره على تنفيذ التزامه بطريق الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ، كما هو الحال في جميع عقود المعاوضات، بينما لا يملك ذلك في عقد الهبة وسائر عقود التبرع.

2- تمييز عقد الهبة عن الوصية: تتميز الهبة عن الوصية موضوعا وشكلا؛

أ - من حيث الموضوع: ما يجمع بين الهبة والوصية هو كونهما تمليكاً بغير عوض، ولكن يختلفان في كون الهبة تمليكاً بغير عوض في حياة الواهب، بينما الوصية تملك بغير عوض بعد وفاة الموصي.⁵

كما أن الوصية مقيدة بثلاث التركة، وما زاد عن ذلك فيتوقف على إجازة الورثة،⁶ بينما الهبة غير مقدره بقدر معين، فوفقا للمادة 205 ق.أ. يجوز للواهب أن يهب جميع ممتلكاته أو جزءا منها، ما

4- السنهوري، م س، 14/5.

5- جلال العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1997، ص.62.

1- خالد سماحي، م س، ص ص.22-23.

2- محمد بن أحمد تقيّة، م س، ص.31.

3- شيخ نسيمية، م س، ص.18.

4- سيأتي التفصيل في هذه الأحكام في موضوع الوصية.

لم تقع في مرض الموت والأمراض المخيفة، فتتخذ في حدود ثلث التركة، طبقا لما جاء في المادة 204 ق.أ.

ومرض الموت في الفقه الإسلامي هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء حوائجه، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة.¹

ب- من حيث الشكل: لا تتعد الهبة كتصرف قانوني إلا في صورة عقد، أي باجتماع إرادتين؛ إرادة الواهب بالإيجاب وإرادة الموهوب له بالقبول، وفي المقابل فإن الوصية تصرف بإرادة منفردة، حيث تتعد بمجرد التزام الموصي بتقديم الوصية.

والسبب في اشتراط أن تكون الهبة في صيغة عقد في حين يكتفى في الوصية بالإرادة المنفردة للموصي دون شرط قبول الموصى له، باعتباره متبرعا له مثل الموهوب له، هو أن التبرع في الهبة يكون في حياة المتبرع، وهو ما يجعل احتمالات المن والأذى من المتبرع تجاه المتبرع له قائمة، فكان من الحكمة أن يعطى المتبرع له تقدير احتمالات ذلك، واتخاذ القرار بقبول التبرع أو رفضه، ومن ثم تحمل نتائج اختياره، أما التبرع عن طريق الوصية فليست فيه هذه المحاذير، لأن الملكية المتبرع بها لا تنتقل إلى المتبرع له إلا بوفاة المتبرع، فلا حاجة لقبوله أو حتى علمه بها.

ثانيا: تمييز عقد الهبة عما قد يشتبه به من التصرفات الواردة على المنفعة.

التبرع بالمنفعة للغير قد يكون لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الحصر، ويكون ذلك في صيغة، ومثاله الإعارة، وقد يكون التبرع لأشخاص غير معينين على سبيل الحصر، فالتصرف في هذه الحالة يكون بالإرادة المنفردة، ومثاله الوقف.

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة.

تنص المادة 206 على ما يلي: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، (مع) مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

فمن خلال هذا النص - رغم ركاكته - يتضح أن المشرع يعتبر الهبة عقدا، ولذلك فإنها كسائر العقود لا تتعد إلا باستيفاء الأركان التالية، وهي: التراضي، المحل والسبب، ولا يستمر هذا العقد في ترتيب آثاره إلا بتوافر شروط الصحة، وهي شروط صحة هذه الأركان.

كما يتضح من خلال النص أن المشرع يعتبر عقد الهبة إما عقدا شكليا أو عينيا، وذلك بحسب طبيعة موضوعه.

5- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.221.

وفيما يلي بيان لهذه الأركان وما يتعلق بها من شروط وفقا لما تقتضيه القواعد العامة في نظرية العقد، وذلك ضمن الفروع التالية: الفرع الأول: ركن التراضي. الفرع الثاني: ركن المحل. الفرع الثالث: ركن السبب. الفرع الرابع: ركن الشكلية أو الحيابة.

الفرع الأول: ركن التراضي.

يعتبر التراضي الركن الأساسي في أي عقد، وهو يعبر عن رضا طرفي العقد، في صورة إيجاب وقبول، وبما أن موضوع الهبة هو التبرع بالملكية في حياة الواهب، فإنه روعي فيها إرادة الطرفين، أي إرادة الواهب المعبر عنها في صيغة إيجاب، وإرادة الموهوب له المعبر عنها في صيغة قبول، لأنه وكما سبقت الإشارة إليه يحق للمتبرع له أن يدفع عن نفسه كل ما من شأنه أن يضر به ولو كان ضررا معنويا، حيث احتمالات المن والأذى من قبل المتبرع واردة، لأن دوافع التبرع كثيرة ومتنوعة وتختلف من شخص لآخر، وإن كان الأصل فيها التعبد والتقرب إلى الله عز وجل، فإنه قد تكون غير ذلك، كأن تكون مثلا الرغبة في إحراج المتبرع له مستقبلا، بطلب خدمة معينة منه كان يعلم أنه قد لا يليها له، وعلى العموم، فإن المتبرع له يكون أكثر دراية بالاعتبارات الشخصية التي قد تدفع المتبرع للتبرع له شخصيا دون غيره، ومن ثم يعود القرار إليه هو بقبول أو رفض التبرع.

وسنتناول ركن التراضي في عقد الهبة، كما في غيره من العقود، من حيث الوجود ومن حيث

الصحة:

أولاً: وجود التراضي.

يوجد التراضي كركن في عقد الهبة بوجود إرادة طرفي العقد وتوافقهما واقترانهما، ولذلك سنتحدث عن وجود هاتين الإرادتين وعن كيفية اقترانهما:

1- وجود الإرادتين: وهما إرادة الواهب وهي الإيجاب وإرادة الموهوب له وهي القبول؛

فالإيجاب هو التعبير البات الصادر من المتعاقد الذي أثبت في ذمته التزاما بتمليك شخص شيئاً معيناً بدون مقابل، ولم يذكر المشرع اشتراط لفظ معين والظاهر أنه يقبل أي لفظ يفهم منه التبرع بملكية شيء في الحياة، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء يقبلون بلفظ الهبة والعطية والتمليك ونحوها، وأنها تصح بكل قول أو فعل يدل على التملك بغير عوض.¹

والقبول هو التعبير البات الصادر من المتعاقد الآخر الموجب له بالموافقة على هذا التبرع.

ولا يتصور أن يصدر القبول إذا كان الموجه له الإيجاب شخصاً غير معين بذاته، أو جهة غير محددة بذاتها، ولا يكفي التعيين بالصفة، ولذلك يمتنع في هاتين الحالتين إجراء التصرف في صيغة

1- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، لبنان، ط3، 1412هـ/1991م، 365/5؛ ابن قدامة، م س، 252/6.

عقد، بل يكون عن طريق الإرادة المنفردة، فالالتزام بهبة مال لمن تتوافر فيه صفة معينة أو لمن يقوم بعمل معين دون تعيين للطرف المستفيد قد يكون وقفاً أو وعداً بجائزة...

وهذا التعبير البات؛ سواء بالإيجاب أو القبول قد يكون باللفظ أو بالكتابة - العادية أو الإلكترونية، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، وقد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف معين لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، كاستعمال الشيء الموهوب أو التصرف فيه، وهو ما قضت به المادة 60 ق.م. كقاعدة عامة.

وبهذا الصدد يثار التساؤل عما إن كان السكوت من أشكال التعبير عن الإرادة، والجواب عن ذلك أن السكوت بوجه عام يعتبر موقفاً سلبياً، ولذلك قيل: "لا يوجه لساكت قول"، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 68 ق.م. نجد أنها أوردت بعض الحالات التي يمكن اعتبار السكوت فيها قبولاً ومنها السكوت عن الإيجاب الذي يكون لمصلحة من وجه إليه، ولما كان الأصل في الإيجاب الصادر من الواهب لمصلحة من وجه إليه، فإن سكوت هذا الأخير يعد قبولاً ما لم يعبر عن رفضه، حيث أن السكوت في معرض الحاجة بيان.

و بحسب المادة 61 ق.م. التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، فإن الإيجاب يصبح ملزماً في حق الواهب بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه، وهو الموهوب له، فيمتنع عليه الرجوع في الهبة.

ولأن الإرادة تستقل عن شخص صاحبها، فإنه إذا مات الواهب أو فقد أهليته بعد أن عبر عن إرادته بتقديم الهبة لشخص أو أشخاص معينين، فإن إرادته هذه تظل صالحة ليقترن بها القبول، ومتى صدر انعقد العقد، وأصبح لزاماً على الخلف العام، وهو الورثة والموصى له بجزء شائع من التركة، أو النائب القانوني، وهو الولي أو الوصي أو القيم، تنفيذ العقد متى طلب منهم الموهوب له ذلك، وهو ما يستفاد من نص المادة 62 ق.م.

وفي المقابل، إذا مات الموجب له أو فقد أهليته، وهو هنا الموهوب له، فهناك احتمالان: **الاحتمال الأول:** أن يتوفى أو يفقد أهليته قبل علمه بالهبة، ففي هذه الحالة ليس هناك قبول، مما يحول دون اكتمال ركن التراضي.

الاحتمال الثاني: أن يتوفى أو يفقد أهليته بعد علمه بالهبة، وفي هذه الحالة، قد يصدر منه القبول قبل الوفاة أو فقدان الأهلية، فيكتمل ركن التراضي بمجرد وصول القبول إلى علم الواهب، وقد يرفض الهبة أو لا يصدر منه شيء، مما يعني عدم وجود الإرادة الثانية، فيسقط الإيجاب وتبطل الهبة، وهذا ما يستفاد من نص المادة 62 ق.م.

وينبغي أن يتضمن الإيجاب العنصر المادي للهبة أي مورد الهبة ومحلها بتعيينه بذاته ، وأنه يراد بمقتضى الهبة تملك ذلك الشيء بغير عوض ، وأن ذلك التملك يكون في حياة الواهب.

وبالإضافة للعنصر المادي، ينبغي أن يتضمن الإيجاب كذلك العنصر المعنوي، وهو نية التبرع، المعبر عنها بما يدل على إرادة الموجب الحقيقية من أنه يريد تقديم الهبة. ويشترط في القبول بالهبة كما في بقية العقود أن يصدر قبل انقضاء مجلس العقد وسقوط الإيجاب.¹

ولكي يعتد بإرادة الطرفين، يشترط في الإيجاب المراد منه تقديم الهبة أن يصدر من كامل الأهلية، وهو بحسب نص المادة 40 من القانون المدني كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وسن الرشد بحسب نفس المادة تسعة عشر كاملة، ولا يكفي سن التمييز لتقديم الهبة خاصة أو التبرع عموماً ببلوغ الواهب أو المتبرع سن الثالثة عشر سنة بحسب تقدير المشرع في المادة 42 ق.م. لأنه وكما سبق القول يعتبر التبرع، ومنه تقديم الهبة، من التصرفات الضارة ضرراً محضاً.

وبناء عليه، لا يقبل تقديم الهبة ممن لم يبلغ سن الرشد، ولا من المجنون والمعتوه،² لأنهما بمنزلة الصغير الذي لا إرادة له، كما لا تقبل الهبة من السفیه وذی الغفلة بعد الحجر عليهما، لأنهما بمنزلة المميز.

كما لا يعتد بالإيجاب المتضمن تقديم هبة إذا صدر في مرض الموت، حيث يعتبر بمثابة الوصية، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 204 ق.أ.

وبالنسبة لقبول الهبة - والتبرع إجمالاً - فإنه خلافاً للإيجاب، يعتبر من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، ولذلك فإنه يعتد بقبول المميز ومن في حكمه وهو السفیه وذی الغفلة، حيث تعتبر أهليتهم في هذه الحالة كاملة، ولا يحق لمن ينوبهم قانوناً سواء كان ولياً أو وصياً أو قیماً أن يطعن في العقد الذي حصلوا بمقتضاه على الهبة.

وبحسب المادة 209 ق.أ. "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً"، لأن الجنين باعتباره إنساناً حياً تثبت له أهلية الوجوب، ولكنها تقتصر على تقرير حقه في التمتع بالحقوق، ومنها حق التملك، فيتملك الشيء الموهوب شرط أن يولد حياً، ويتولى قبول الهبة وليه، فإن ولد ميتاً لم تنتقل إليه الملكية، وإذا ولد حياً ثم مات أصبح المال الموهوب تركة.

2- توافق الإرادتين واقترانهما: لا يمكن الحديث عن وجود ركن التراضي بمجرد أن يعبر كلا المتعاقدين عن إرادتهما في إبرام العقد، بل لابد من توافق هاتين الإرادتين، وهما هنا إرادة الواهب وإرادة الموهوب له بأن تتطابقاً وتتجهان إلى إحداث نفس الأثر القانوني للهبة، وهو تملك

1- النووي، م س، 366/5.

1- المعتوه من العته، وهو نوع من الجنون الهادي. راجع: صبري السعدي، م س، 162/1.

شيء معين للموهوب له بدون عوض، وأن يكون ذلك التملك في حياة الواهب، لأنه إن قصدا تأخير التملك إلى ما بعد وفاته بطل التصرف بصفته هبة وتحول إلى وصية، وعندئذ تطبق عليه أحكامها. وبعد أن تتوافق الإرادتان وتتطابقان لابد من اقترانهما واجتماعهما، ويحصل ذلك وفقا لنظرية العلم المفترض التي أخذ بها المشرع الجزائري بوصول القبول إلى علم الموجب له وهو هنا الموهوب له، فإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل وصول القبول إليه بطلت الهبة، وتحول التصرف إلى وصية، وهذا ما لم يحدد ميعادا للقبول، فإن حدد ميعادا للقبول ثم توفي أو فقد أهليته، وأتى القبول أثناء الميعاد فإن إيجابه لا يسقط ويكون صالحا لأن يقترن به القبول حيث يقوم الورثة أو من ينوبه مقامه في العلم به.

وبوصول القبول واقترانه بالإيجاب ينشأ ركن التراضي، لكن ذلك لا يعني انعقاد العقد، بل لابد من استيفاء بقية الأركان الأخرى.

ثانيا: صحة التراضي

لكي يستقر عقد الهبة ويستمر في ترتيب آثاره، والمتمثلة خاصة في تملك الموهوب له الشيء الموهوب وممارسة حقوق الملكية عليه لابد أن يكون التراضي صحيحا، ويشترط لصحة التراضي في عقد الهبة خاصة وعقود التبرع عموما سلامة الإرادة وخلوها من العيوب المنصوص عليها في المواد: 81-90 ق.م. وهي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

1- الغلط: وهم ينفذ في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، وتحت تأثير هذا الوهم يقدم على إبرام عقد معين، مما يجعل إرادته معيبة، ولأن الأصل في العقود التراضي، فإنه من حق المتعاقد الذي عيبت إرادته بسبب الغلط، وهو هنا المتبرع والمتبرع له أن يطلب إبطال العقد، وهذا ما قرره المادة 81 ق.م.ج. ولكن بشرط أن يكون الغلط جوهريا، بأن يبلغ حدا من الجسامة، وهو الذي يدفعه نحو التعاقد، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام عقد الهبة لو لم يقع في هذا الغلط، وهو ما أوضحته المادة 1/82 ق.م.ج.

ويقع الغلط في ذات الشيء الموهوب، أو في صفة من صفاته أو في مقداره، وقد يقع الغلط في ذات المتعاقد، وهو الواهب أو الموهوب له، أو في صفة من صفاته، كأن يعتقد الواهب أن الموهوب له مهدد بالإفلاس، ثم يتبين له أنه ليس كذلك، أو يعتقد الموهوب له بأن الواهب يريد مساعدته، ثم يتبين له أن له مآرب أخرى.

وقد يكون الغلط في القانون، كأن يتنازل أحد الورثة عن نصيبه في الميراث لقلته، ثم يتبين أنه أكثر مما اعتقد.

2- التدليس: وهو إيقاع الغير في الغلط، ويشترط فيه للطعن بسببه في عقد الهبة ما يشترط في الغلط، إضافة إلى وجود سوء النية لدى المتعاقد الآخر، أو القيام ببعض الحيل والتصرفات التي توقع الطرف الآخر في الغلط.

3- الإكراه: هو ضغط يقع على المتعاقد، يولد في نفسه شعورا بالألم أو الخوف من خطر يوشك أن يقع عليه، فيدفعه ذلك الشعور إلى إبرام العقد، ما كان ليبرمه لولا شعوره بالخوف، وفي عقد الهبة فإن المتعاقد الذي يتصور وقوعه تحت الإكراه هو الواهب، وغالبا ما تكون الزوجة، أو المرؤوس من طرف رئيسه.¹

4- الاستغلال: يحصل الاستغلال عندما يقوم شخص بانتهاز حالة الضعف التي يكون عليها شخص آخر من أجل الاستفادة منه، والمقصود بحالة الضعف في مفهوم المشرع الجزائري ما قد يعتري شخصا ما من طيش بين أو هوى جامح، ويندفع تحت تأثيرهما إلى إبرام عقد يلحق به غبنا، بحيث أنه لولا تلك الحالة ما رضي المتعاقد بإبرام العقد بتلك الصفة، فيكون له أن يتمسك ببطلان العقد بسبب ذلك.

ويتحقق الاستغلال في عقد الهبة بالنسبة للواهب دون الموهوب له، كحال الشاب الذي يرث ثروة، فيقوم بهبتها أو هبة جزء كبير منها لكل من يحاول التقرب منه دون تمييز منه بين الأصدقاء الحقيقيين والمزيفين، أو الشيخ الذي يهب زوجته الصغيرة أمواله أو جزءا منها بإيعاز منها وتحت تأثير ولعه الشديد بها.

فإن شاب العقد عيب من هذه العيوب كان العقد قابلا للإبطال، وبالتالي يحق للمتعاقد الذي عيبت إرادته أن يتمسك بالبطلان إذا أثبت وجود العيب وأثبت علاقة المتعاقد الآخر بالعيب، ويكون له رفع دعوى طلب إبطال العقد خلال خمس سنوات من تاريخ العلم بالغلط أو التدليس أو زوال الإكراه. ويكون لمن وقع ضحية استغلال أن يرفع دعوى إبطال الهبة أو إنقاصها خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، عملا بالمادة 3/90، وتعتبر مدة سقوط، فلا تخضع للوقف ولا للانقطاع. وفي مطلق الأحوال يسقط هذا الحق إذا انقضت عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد، وهو ما قضت به المادة 101 ق.م.

الفرع الثاني: ركن المحل (المعقود عليه).

المحل في عقد الهبة هو محل التزام الواهب، ويعبر عنه في الفقه الإسلامي بالمعقود عليه، وهو الشيء الموهوب، وقد يكون منقولا أو عقارا، والمنقول قد يكون معينا بالذات، وهو الشيء المشار إليه بذاته أو المعروف بالنسبة للموهوب له برؤية سابقة، وقد يكون معينا بالنوع، وهو الموصوف الذي يتعرف عليه ببيان جنسه ونوعه ومقداره ومجمل الأوصاف التي تبعد عنه الجهالة. نص المشرع في المادة 205 ق.أ. على أنه يجوز للواهب أن يهب جميع ممتلكاته أو جزءا منها؛ عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، وعلى هذا جرى الاتفاق بين فقهاء الشريعة.²

1- حمدي باشا، م س، ص 29.

1- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار القلم، بيروت، ط1، 1408ه/1988م، 330/2.

وصحة هبة المعين بالنوع مسألة فيها نظر لتتأني ذلك مع شرط القبض تحت طائلة البطلان بنص المادة 206 ق.أ. وكذلك الأمر في حال كون محل الهبة ديناً لدى الغير.

وقد يكون المال الموهوب حصة مشاعة، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء،¹ واختاره المشرع بالإشارة إليه في المادة 208 ق.أ. والمادة 714 ق.م.

وبناء عليه، فإنه يجوز هبة جميع الحقوق العينية المتعلقة بالملكية؛ الأصلية منها والتبعية، فأى مال مملوك للواهب، مفرزاً أو شائعاً، أو أي مال مرهون له، أو له فيه حق تخصيص أو امتياز يجوز له هبته.

الفرع الثالث: السبب.

السبب هو الغرض والهدف والغاية التي يريدها المتعاقد أو المتصرف من وراء قيامه بإبرام العقد أو إجراء التصرف، وذلك قد يكون ظاهراً ومعروفاً، وقد يكون خفياً وغامضاً، لذلك يميز فقهاء القانون بين سبب الالتزام وسبب العقد.

فسبب الالتزام عندهم هو الغرض والهدف الظاهر والمباشر الذي التزم لأجله المدين بأداء معين، ويعرف من طبيعة العقد (التصرف).

أما سبب العقد فإنه الغرض والهدف الذاتي، الخفي وغير المباشر الذي لأجله التزم المتعاقد بإبرام العقد (أو التصرف)، ولا يكفي لمعرفته تحديد طبيعة العقد أو التصرف لأنه متعلق بشخص المتعاقد أو المتصرف وبما قد يضمه من نوايا، وقد يكون سبب العقد هو الدافع الحقيقي لإبرام العقد أو إجراء التصرف.

ويتضح الفرق أكثر بين نوعي السبب في عقود المعاوضات، حيث أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو الحصول على محل التزام المتعاقد الآخر وهو نفسه في جميع عقود المعاوضات، أما سبب العقد فيختلف من متعاقد لآخر، فقد يكون التخلص من شيء والحصول على قيمته بدلاً عنه، وقد يكون الحاجة إلى قيمة أو خدمة معينة ما كان ليحصل عليها لولا تقديم العوض....

أما في عقود التبرع ومنها عقد الهبة، فإن سبب الالتزام يتحد مع سبب العقد، فنجد سبب التزام الواهب بتقديم المال الموهوب هو نية التبرع، وهو نفسه سبب العقد لدى المتبرع والمتبرع له.

وكقاعدة عامة يفترض مشروعية سبب العقد، ولكن إذا تبين خلاف ذلك كان التصرف باطلاً، كما لو كان الغرض الإضرار بالغير، كالدائنين أو الورثة أو الأقارب المستحقين للنفقة.

2- ابن رشد، م س، 332/2؛ ابن قدامة، م س، 253/6.

الفرع الرابع: الشكلية والحيازة مع مراعاة الإجراءات الإدارية عند الاقتضاء.

بالنظر إلى عقد الهبة، فإنه قد يكون عقدا شكليا وقد يكون عقدا عينيا، وذلك يتوقف على طبيعة المحل الذي يرد عليه العقد، فقد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً، وقد يتطلب المشرع القيام ببعض الإجراءات الإدارية في بعض المنقولات:

أولاً: الشكلية في هبة العقار.

يقصد بالشكلية اشتراط استيفاء العقد لشكل معين، وذلك بمراعاة أحكام قانون التوثيق في هبة العقار، وذلك بإفراغ العقد في وثيقة رسمية.

وإضافة صفة الرسمية على عقد الهبة أو أي محرر آخر بشكل عام إنما هو من اختصاص موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، حيث يثبت فيه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، وهو نص المادة 324 ق.م. وفي إطار المعاملات التي تجري بين الناس، فإن الشخص المخول بتوثيق العقود وإضفاء الصبغة الرسمية عليها إنما هو الموثق، الذي يتمتع بصفة الضبطية القضائية.

وكون ذلك ركناً يستفاد من تقرير الأثر المترتب في حال عدم الالتزام بالشرط وهو بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، فقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول و تتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"، وتبعاً لذلك وجب إخضاع الهبة لشكل رسمي تحت طائلة البطلان، فلا يكفي لانعقادها وجود وصحة التراضي بين الواهب و الموهوب له، بل وجب إفراغ رضاها في شكل معين من قبل الأشخاص المؤهلين في تحرير العقود الرسمية المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم.

فبسبب خطورة عقد الهبة باعتباره عقد تملك بدون عوض، اشترط فيه المشرع تحت طائلة البطلان إفراغه في وثيقة رسمية في حال كون المحل المتبرع به عقاراً، وذلك بمراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، فإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

كما أن هبة العقار مشمولة بعموم نص المادة 324 مكرر 1 ق.م. وهو كالتالي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...".

ورغم أن المادة نص في عقد البيع، إلا أن الحكم يتناول أيضاً عقد الهبة، لأنه من العقود الناقلة للملكية، كما أن الهدف مشترك، وهو حفظ الملكية العقارية لصاحبها وإضفاء الحجية المطلقة عليها.

كذلك فإن هبة العقار مشمولة بأحكام قانون التوثيق، وخاصة المادة 12 منه، وهي ذاتها المادة

324 مكرر 1. وعليه فإن العقد العرفي للهبة باطل.

ثانيا: الحيابة في هبة المنقول.

يقصد بالحيابة وضع الشيء الموهوب بين يدي الموهوب له بتمكينه من وضع يده عليه والتصرف فيه كيفما شاء،¹ والقاعدة العامة في هبة المنقولات هو اشتراط الحيابة في هبة المنقولات، إلا أن هناك بعض الحالات الخاصة يستغنى فيها عن شرط الحيابة، وفي ما يلي بيان لقاعدة الحيابة في هبة المنقولات والحالات المستثناة منها:

1- شرط الحيابة في هبة المنقول: تدل المادة 206 ق.أ. على أن المشرع الجزائري يعتبر

الحيابة ركنا في هبة المنقول، إذ أنه قرر بطلانها في حال تخلفها.

ومعنى كون الهبة عقدا عينيا أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكلية، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقارا أو منقولا أو حق عيني عقاري آخر كحق الانتفاع مثلا، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب.

2- حالات الاستغناء عن الحيابة: نصت المادة 208 من قانون الأسرة على ما يلي:

"إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة"، وهو ما يعني أن الحيابة كشرط لانعقاد الهبة يستغنى عنها في حالات معينة، وتوضيح هذه الحالات يقتضي التمييز بين العقارات والمنقولات:

أ- حالات الاستغناء عن الحيابة في العقار: وهي إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، فإن إجراءات توثيق عقد الهبة تغني عن الحيابة.

ب- حالات الاستغناء عن الحيابة في هبة المنقول: وهي إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، فإن الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة، فلو كان الشيء الموهوب سيارة مثلا، فإن الإجراءات الإدارية المتمثلة في استخراج البطاقة الرمادية تغني عن الحيابة.

ثالثا: مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة في هبة بعض المنقولات.

أوجب المشرع الجزائري القيام ببعض الإجراءات الإدارية في حال هبة بعض المنقولات نظرا لأهميتها، وجعل هذا الشرط تحت طائلة البطلان، ما يدل على أنه شرط لانعقاد العقد، ومن هذه المنقولات السيارات، حيث اشترط لنقل ملكيتها استخراج البطاقة الرمادية، وكذلك أسهم الشركات...ومنها أيضا هبة الأموال النقدية في حال فتح حساب خاص بالموهوب له...إلخ.

1- حمدي باشا عمر، م س، ص 8.

المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة.

المقصود بأحكام عقد الهبة النظر في الآثار التي يربتها وبحث مسألة الرجوع في الهبة، وسيتم التطرق لذلك في المطالبين التاليين: المطالب الأول: آثار عقد الهبة. المطالب الثاني: الرجوع في الهبة.

المطلب الأول: آثار عقد الهبة.

يعرف عن عقد الهبة أنه ثنائي الانعقاد أحادي الأثر، أما كونه ثنائي الانعقاد فقد تقدم تبرير ذلك، وتبين كيف أن الهبة لا تصح أن تتم بإرادة الواهب وحده، وأنه لا بد من أن يقبلها الموهوب له. أما كون العقد أحادي الأثر، فالمقصود بذلك أنه عقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب، وأعتقد أن العبارة ليست دقيقة، لأن الأثر المترتب عن أي عقد بما في ذلك عقد الهبة لا يقتصر على الالتزام فقط، بل يشمل أيضا الحق وإن لم يكن ذلك بشكل تبادلي، كما أن الاعتقاد بأن عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد غير صحيح إلا إذا كان القصد التركيز على الالتزام الرئيسي، وهو تقديم الهبة من جانب الواهب، أما في حال التطرق لجميع الالتزامات التي يربتها العقد، فسنجد أن هناك التزامات تترتب في ذمة كل من الواهب والموهوب له، وسنتعرف عليها في الفرعين التاليين: الفرع الأول: التزامات الواهب. الفرع الثاني: التزامات الموهوب له.

الفرع الأول: التزامات الواهب.

أولاً: التزام الواهب بنقل الملكية.

يرى المشرع الجزائري وكثير من التشريعات المدنية أن انتقال الملكية يتوقف على طبيعة الشيء محل التمليك؛ فإن كان منقولاً معيناً بالذات، فإن الملكية تنتقل فور انعقاد العقد، وهو ما نص عليه في المادة 165 ق.م.ج. وإن كان الشيء منقولاً معيناً بالنوع، وهو المثلي، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالفرز، وهو ما جاء في المادة 166 ق.م.ج. وإن كان محل انتقال الملكية عقاراً فلا بد من شهر العقد، حيث نص المشرع في المادة 793 ق.م.ج. على أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

ثانياً: التزام الواهب بتسليم الهبة.

يحصل التسليم بوضع الشيء محل الهبة تحت تصرف الموهوب له بحيث يمكنه أخذه واستعماله والتصرف فيه، ويجري ذلك - كما أسلفت - في صورتَي التسليم الفعلي أو التسليم الحكمي. ويشمل التسليم ملحقات الشيء الموهوب، وهي كل ما ثبت فيه واتصل به اتصال قرار، بحيث

يؤدي فصله عنه إلى تلفه، وما أعد لاستعماله بصفة دائمة، وكذلك ما جرى العرف على أنه من توابع الشيء ولو لم يذكر في العقد، وذلك قياساً على المبيع.¹

ثالثاً: التزام الواهب بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية.

الأصل في التبرع أنه غير لازم، فلا يجبر عليه أحد، ولكن إذا التزم به أحدهم فإنه يتعين عليه تنفيذ ما التزم به، وبناء عليه، فإن من التزم بتقديم الهبة فإنه يصبح واجبا عليه تقديمها، ويلتزم بعدم تعرضه الشخصي، فيمتنع عليه الرجوع فيها خاصة إذا كانت للمنفعة العامة وهو ما نص عليه المشرع في المادة 212 من قانون الأسرة، واستثنى في المادة 211 من نفس القانون الأبوين، حيث أجاز لهما الرجوع فيما يهبانه لولدهما مهما كانت سنه، ولكن بقيود معينة سنأتي على ذكرها لاحقاً.

أما استحقاق الشيء الصادر من الغير، فيلتزم الواهب بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، إذا كان الحق الذي يدعيه الغير سابقاً لعقد الهبة، أو كان تالياً له ولكنه بفعل الواهب نفسه وتعمد إخفاء حق الغير، كإخفاء مستند أو طمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق مثلاً، لأن مثل هذا التعرض بمنزلة الرجوع في الهبة أو في جزء منها، وهو ما قد يتسبب بالضرر للموهوب له، ويحول دون تمتعه بالشيء الموهوب، مما يعني تعطيل آثار الهبة.²

وإذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بالتزام فإنه يجب على الواهب إذا استحق الشيء الموهوب تعويض الموهوب له عما تحمله من خسارة بسبب الاستحقاق، كما يكون للموهوب له أن يتحلل من جميع الشروط والالتزامات التي فرضت عليه بمقتضى الهبة المستحقة، والحلول محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى.

وإذا ظهر في الشيء الموهوب عيب خفي، فإنه يجب على الواهب تعويض الضرر الذي سببه العيب، إذا تعمد إخفاءه، كمن يهب حيواناً مصاباً بمرض معد، فإنه يلتزم بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي لحق بماشيئته بسبب ذلك المرض، إذا كان يعلم بالمرض.

وفي الهبة بعوض، فإنه فضلاً عن التعويض عن الضرر، يلتزم الواهب بالتعويض عن نقصان قيمة الشيء الموهوب في حدود مقدار العوض الذي حصل عليه لأن الهبة بعوض بمنزلة البيع، فتعطي نفس الأحكام.

الفرع الثاني: التزامات الموهوب له.

الأصل في الهبة أنها عقد ملزم لجانب واحد، وهو الواهب المتبرع، ولكن قد تكون هبة بعوض أو هبة مقترنة بشرط، وقد يتطلب تنفيذ العقد تحمل الموهوب له بعض النفقات المتعلقة بالعقد أو بالشيء الموهوب، وفي هذه الحالات يتحمل الموهوب له الالتزامات التالية:

1- راجع: محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 223.

2- محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 266.

أولاً: التزام الموهوب له بأداء العوض واستيفاء شرط الهبة في حال وجوده.

نصت المادة 2/202 ق.أ. المعدل والمتمم على أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 486 ق.م. المصري بأنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على المتبرع له القيام بالتزام معين، وهذا الشرط قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما أن هذا الشرط قد يكون لمصلحة الموهوب له كاشتراط أن ينفق المال الموهوب على تحصيل العلم أو شراء عقار، أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة.

ثانياً: التزام الموهوب له بنفقات الهبة.

قياساً على القواعد العامة يلتزم الموهوب له بنفقات الهبة، وتشمل نفقات الشيء الموهوب وبنفقات العقد؛

وتتمثل نفقات الشيء الموهوب في النفقات اللازمة لبقيائه وحفظه وحراسته ونقله...إلخ، وهي واجبة على المالك، وهو الواهب قبل انتقال الملكية والموهوب له بعد انتقالها، ولحظة انتقال الملكية أرى أنها تتحدد بلحظة انعقاد العقد، أي كان موضوعها، خلافاً لموقف المشرع الجزائري وكثير من التشريعات المدنية كما أسلفت القول.

أما نفقات العقد فتتمثل في النفقات اللازمة لإتمام العقد، كمصاريف التوثيق، وفي اعتقادي أن هذه المصاريف يجب أن يتحملها في الأصل طرفاً العقد بما أن العقد وليد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ويجوز الاتفاق على أن يتحملها أحدهما، ويعتبر الشرط عندئذ عنصراً من عناصر الإيجاب أو القبول.

ثالثاً: التزام الموهوب له بتسليم الشيء الموهوب.

يقع تسليم الشيء الموهوب فعلاً أو حكماً كما في تسليمه، وينبغي أن يلتزم بذلك الموهوب له حتى تبرأ ذمة الواهب بما أنه لا يجوز له الرجوع في الهبة.

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة.

يتم التطرق في هذا المطلب لحكم الرجوع في الهبة، وذلك بالتعرض لحالات الجواز والمنع، وعلى القول بالجواز، نتعرف على الآثار المترتبة عن ذلك، وهذا من خلال الفرعين التاليين: الفرع الأول: حكم الرجوع في الهبة. الفرع الثاني: آثار الرجوع في الهبة.

الفرع الأول: حكم الرجوع في الهبة.

القاعدة العامة المقررة في العقود هي أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ومنها اللجوء إلى القضاء، وعليه فإنه لا يمكن للواهب استرجاع ما وهبه إلا بالتراضي مع الموهوب له، أو بالتقاضي، ويرد على هذه القاعدة استثناء واحد، وهو جواز الرجوع في الهبة عندما يتعلق الأمر بهبة أحد الوالدين لولدهما، ولكن في إطار قيود معينة، وفي ما يلي بيان للحالات التي يجوز فيها الرجوع في الهبة، وتلك التي لا يجوز فيها ذلك:

أولاً: امتناع الرجوع في الهبة بغير التراضي أو التقاضي.

الغالب أن الرجوع في الهبة يكون من طرف الواهب إلا أنه من الممكن أن يكون من الموهوب له، كأن يتبين له سوء نية الواهب، أو أن يسيء التصرف تجاهه، أو غير ذلك من الأسباب.

1- الرجوع في الهبة بالتراضي: يمكن للواهب الرجوع في الهبة بالاتفاق مع الموهوب له، وهو ما يعبر عنه بالإقالة، فكما رتبنا عقد الهبة باتفاقهما، يجوز لهما الاتفاق على نقضه وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل العقد، وبمقتضى ذلك يكون على الموهوب له رد ما أخذه للواهب.

2- الرجوع في الهبة بالتقاضي: إذا تعذر على الواهب استرجاع ما وهبه بالاتفاق مع الموهوب له، فإن القاعدة العامة تقضي من حيث الأصل أنه له أن يسلك طريق القضاء، ويرفع دعوى فسخ عقد الهبة، إلا أن المشرع أغلق هذا الباب بمنعه الرجوع في الهبة ما لم يكن الواهب أباً أو أما أو من في حكمهما.

ثانياً: رجوع أحد الوالدين في ما وهباه لولدهما.

أجاز المشرع للوالدين حق الرجوع في الهبة لولدهما استثناء من الأصل العام الذي يقضي بعدم الجواز، إلا أن هذا الاستثناء مقيد بعدة شروط، إن تحققت امتنع الرجوع، وفيما يلي توضيح هذه الحالات التي يمتنع فيها على الوالدين الرجوع في الهبة كما ذكرها المشرع:

1- أن تكون الهبة من أجل زواج الموهوب له: إذا قدمت الهبة من طرف الوالدين أو أحدهما لولدهما بهدف مساعدته وتمكينه من الزواج، تعذر الرجوع فيها إن صرفت من أجل تحقيق هذا الغرض.

2- أن تكون الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: ما كان القرض ليمنح ولا للقرض أن يقضى لولا وجود الهبة، وإذا تعذر الرجوع في القرض أو الوفاء بالدين تعذر الرجوع في الهبة.

3- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب: يكون التصرف في الشيء الموهوب باستهلاكه أو استعماله أو بالنزول عن منفعته للغير بمقابل، وهو الإيجار أو بدون مقابل، وهو الإعارة، وقد يكون التصرف في ملكية الشيء، بمقابل، وذلك بالبيع والشركة ونحوهما أو بدون مقابل بهبته أو قرضه أو وقفه ونحو ذلك، وفي جميع هذه الحالات يمتنع على المتصرف الرجوع في تصرفاته، فيمتنع تبعاً لذلك الرجوع في المال محل التصرف، وهو هنا الشيء الموهوب.

ومن قبيل التصرف في الشيء ضياعه، بالفقد أو التلف، وهو كاستهلاك الشيء.

4- تغيير طبيعة الشيء الموهوب: يمكن للموهوب له أن يحدث تغييرات في الشيء الموهوب، بإصلاحه وصيانته وتحسين مظهره ونحو ذلك، كأن يقوم بترميم المنزل، أو إصلاح عطب بالسيارة، أو بناء أرض...إلخ.

والناظر في هذه الحالات يجد أنه يتعذر عملياً الرجوع فيها، ومن ثم يتعذر على الموهوب له رد الهبة التي صرفت فيها.

الفرع الثاني: آثار الرجوع في الهبة.

إذا تقرر الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي وتم فسخ العقد، ترتبت عن ذلك آثار بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، وفي ما يلي تحديد طبيعة هذه الآثار:

أولاً: آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين.

يترتب عن فسخ عقد الهبة بسبب الرجوع فيها أن يعاد المتعاقدان، وهما الواهب والموهوب له، إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، بأن يرد الموهوب له ما أخذه من الواهب بمقتضى عقد الهبة، ويرد هذا الأخير ما حصل عليه من ثواب عنها أو ثمار أو مصروفات بعد أن تقرر الفسخ، وفي ما يلي بيان أحكام الرد:

1- رد الشيء الموهوب للواهب: ينبغي أن يرد الشيء الموهوب بالحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فإن هلك أو تغير، فهنا نميز بين أن يحصل ذلك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي، فإن كان بفعل الموهوب له وجب عليه تعويض الواهب بقيمته، وإن كان الهالك لسبب أجنبي، فالتبعة تقع على الواهب ما لم يماطل أو يقصر الموهوب له في إرجاعه إليه.¹

2- رد الواهب ما أخذه بسبب الهبة: إذا رد الشيء الموهوب تعين على الواهب أن يرد ما أخذه من ثواب عن هبته، فإن كان شيئاً وقد هلك أو منفعة استفادها أو عملاً، وجب عليه تعويض الموهوب له بقيمة عادلة، كما يتعين عليه رد ثمار الشيء الموهوب التي حصل عليها بعد الرجوع في الهبة دون ما حصل عليه قبل ذلك، ورد جميع المصروفات الضرورية التي تحملها الموهوب له في سبيل المحافظة على الشيء الموهوب، وكذلك المصروفات النافعة التي أنفقت من أجل الزيادة في قيمته أو منفعته، أما المصروفات الكمالية التي أنفقت من أجل تجميل الشيء الموهوب، فلا يلزم بردها إلا إذا أمكن فصلها عن الشيء دون ضرر.

ثانياً: آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير.

قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بالنزول عن منفعته أو ملكيته للغير، وقد يرتب عليه حقا من الحقوق العينية التبعية قبل الرجوع في الهبة، وقد يحدث ذلك قبل الرجوع فيها أو بعده.

1- التصرف في الشيء الموهوب قبل الرجوع في الهبة: إذا تصرف الموهوب له في ملكية الشيء الموهوب ببيعه أو هبته وقفه أو بقرضه أو الاشتراك فيه وغير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، قبل الرجوع في الهبة، كانت الهبة لازمة، وامتنع على الواهب الأول الرجوع فيها. أما إذا تصرف الموهوب له في منفعة الشيء الموهوب، بعوض أو بدونه، فذلك لا يحول دون رجوع الواهب الأول، ولكن بعد استيفاء الغير للمنفعة المتفق عليها، وإذا رتب على الشيء الموهوب

1- حمدي باشا، م س، ص ص.38.

حق ارتفاق أو حقا من الحقوق العينية التبعية كالرهن، كان للواهب استرداد ما وهبه ولكن يكون متقلا بالالتزام الذي رتبته الموهوب له للغير.

2- التصرف في الشيء الموهوب بعد الرجوع في الهبة: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بعد الرجوع في الهبة، فالتصرف لا يكون نافذا، ولكن ينبغي التنبية إلى أنه في حال كون الشيء الموهوب عقارا يجب شهر دعوى الرجوع في الهبة عملا بنص المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ونصها كالتالي: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهارة مسبقا، أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقا للقانون"، وذلك من أجل المحافظة على حقوق الواهب المدعي في حال صدور الحكم لصالحه بإقرار حقه في الرجوع واسترداد العين الموهوبة خالية من أي التزام يكون الموهوب له قد رتبته للغير.¹

1- المرجع نفسه، ص ص.40-41.

الفصل الثاني:

التبرعات التي تنشأ بالإرادة المنفردة

(الوصية والوقف).

من التبرعات التي تنشأ بالإرادة المنفردة، والتي أوردها قانون الأسرة: الوصية والوقف، وفي ما يلي بيان المقصود بكل منهما، وما يتعلق بهما من أحكام، وذلك ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الوصية

المبحث الثاني: الوقف

المبحث الأول: الوصية.

يتم بحث موضوع الوصية بالتعرف على ماهيتها والتطرق لأحكامها، وذلك من خلال المطلبين التاليين: المطلب الأول: ماهية الوصية، المطلب الثاني: أحكام الوصية.

المطلب الأول: ماهية الوصية.

لتحديد ماهية الوصية لا بد من بيان مفهومها وذكر أركانها وما يشترط فيها من شروط، وبيان كيفية إثباتها وحالات بطلانها، وذلك ضمن الفروع التالية: الفرع الأول: مفهوم الوصية، الفرع الثاني: أركان الوصية وشروطها، الفرع الثالث: إثبات الوصية وحالات بطلانها. الفرع الأول: مفهوم الوصية.

يتضح مفهوم الوصية بتعريفها وتمييزها عما قد يشتهر بها من تصرفات أو وقائع، وذلك كالتالي:

أولاً: تعريف الوصية.

يتم تعريف الوصية لغة واصطلاحاً كما يلي:

1- تعريف الوصية لغة: الوصية لغة: الوصل، يقال: وصيت الشيء بالشيء، بمعنى وصلته، ووصى إلى فلان توصية وأوصى إليه إيصالاً: إذا جعله وصياً من بعده، والوصية: ما يوصى به الإنسان،¹ ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾.²

2- تعريف الوصية اصطلاحاً: عرف المشرع الوصية في المادة 184 ق.أ. بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."

1- ابن منظور، م س، 938/6؛ الزبيدي، م س، 392/10؛ الفيروز آبادي، م س، 138/1.

2- سورة النساء، الآية 12.

فالقول بأنها تمليك يشير إلى أن التصرف وارد على الملكية، دون أن يبين بأنه يتم بالإرادة المنفردة.

والقول بأن التمليك مضاف إلى ما بعد الموت، يراد به أن الملكية لا تنتقل إلى ذمة الموصى له في حياة الموصي، بل بعد وفاته، أي أن الوصية كتصرف قانوني تتم وتنشأ مستوفية أركانها وشروطها في حياة الموصي، ولكن لا تترتب آثارها ومنها انتقال الملكية إلا بعد وفاته.

فكل هبة يراد منها تأخير نقل الملكية إلى ما بعد الوفاة تعد وصية، كما يدخل في هذا التعريف كل عمل قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت إذا كان القصد منه التبرع، أي كانت التسمية التي تعطى له، وهو ما قضت به المادة 776 ق.م.ج.

ومن الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله، ثم ينتهي بوفاته.

فيعتبر من قبيل الوصية الهبة في مرض الموت والإقرار بحق في الذمة لو ارث أو لغير وارث، والإبراء من الدين، وكذلك القسمة التي يجريها المورث.

ثانياً: تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات والوقائع القانونية.

قد تشبه الوصية بالهبة أو الوقف أو الميراث، فأما الهبة فقد تقدم النظر في كيفية التمييز بينهما، ولا داعي لإعادته هنا، وأما الوقف فتتميز الوصية عنه من جهة أن الإيجاب فيها موجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين ومحصورين، يمكن الحصول منهم على القبول، ولكن لا يحتاج إليه، لأن الوصية لا تكون نافذة إلا بوفاة الموصي، وفي هذه الحالة يزول الخوف من احتمال المن والأذى، وهو سبب اشتراط القبول في التبرعات التي تترتب آثارها في حياة المتبرع، بينما الوقف يكون لأشخاص غير معينين بذواتهم وإن عينوا بصفتهم، ويتعذر في هذه الحالة الحصول منهم على القبول، وبالتالي عدم إمكانية التعاقد معهم، فيكون التصرف لمصلحتهم دون أن يكونوا طرفاً فيه.

وبالنسبة للميراث، فوجه اشتباه الوصية به أن كلاهما من أسباب انتقال ملكية مال المتوفى إلى خلفه، وأن لحظة الوفاة تمثل لحظة انقضاء ذمة المتوفى وانتقال ملكية ماله من ذمته إلى ذمة خلفه، إلا أنه يميز بينهما من جهة أن الميراث عبارة عن واقعة مادية، في حين تعد الوصية تصرفاً قانونياً ينشأ بالإرادة المنفردة للمتوفى.

الفرع الثاني: أركان الوصية.

تعد الوصية من التصرفات التي تجرى بالإرادة المنفردة، ولذلك فإنها وفقاً للقواعد العامة تتعقد برضا الموصي مع وجود المحل والسبب.

أولاً: رضا الموصي.

يوجد الرضا بالتعبير عنه بأي شكل من أشكال التعبير التي يفهم منها المقصود بها، سواء كان ذلك باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفاً أو الكتابة أو باتخاذ موقف ما، وسواء كان التعبير صريحاً أو

ضمنيا، وباعتبار الوصية تبرعا، فإنه يشترط فيمن يصدر عنه أن يكون كامل الأهلية، بأن يبلغ سن الرشد دون أن يحجر عليه لأي عارض من عوارض الأهلية، وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة. فإذا عبر الموصي عن رغبته في تمليك شخص شيئا بعد وفاته اعتبر ذلك إيجابا، والأصل فيه أن يأتي بصيغة منجزة، إلا أنه في الوصية لا يصح إلا مضافا إلى وقت وفاته، ويصح أن تأتي الوصية معلقة على شرط بحيث يتوقف عليه قيام الوصية كتصرف قانوني أو استحقاق الموصى له للموصى به بعد وفاته.¹

ويعتبر الإيجاب الصادر من الموصي غير ملزم له، حيث يجوز له الرجوع فيه وقتما شاء، حيث نصت المادة 192 ق.أ.ج على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا." وليس مطلوبا من الموصي أن يقدم تبريرا لرجوعه في وصيته، لأنه وفقا للقواعد العامة فإن التعبير عن الإرادة يرتب أثره القانوني ويصبح لازما في حق من صدر عنه في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وهو هنا الموصى له، وطالما أن القبول ليس ركنا لقيام الوصية كتصرف قانوني، فالإيجاب هنا لا يكون لازما بحال، سواء علم به الموصى له أو لم يعلم، ولذلك نجد الإجماع على عدم اشتراط علمه، ولم يقتصر الأمر على عدم اشتراط وجود القبول.

ولا خلاف في عدم اشتراط قبول الموصى له لانعقاد الوصية كتصرف قانوني، لأنها كما تقدم تصرف بالإرادة المنفردة، وعلى هذا الأساس لا يعتد بقبول الموصى له أو رفضه، بل إنه لا يشترط علمه بها، فإذا علم بها وردها بعد وفاة الموصي كان ذلك نزولا عنها، كمن ينزل عن جزء مما يملك، دون أن يؤدي إلى إبطالها، حيث أن قبول الوصية ليس ركنا لقيامها، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع في المادة 201 ق.أ. عندما ذكر بأنها تبطل بردها.

وكما تقدم، فإن الرجوع في الوصية قد يكون صريحا، وهو بحسب المادة 192 ق.أ. يكون بوسائل إثباتها، وقد يكون ضمنيا، وذلك بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها بحسب نفس المادة، كأن يتصرف في ملكية المال الموصى به، بالبيع أو الهبة أو غيرهما، أما التصرف في منفعته أو تقديمه كضمان لدين فليس فيه ما يدل على أنه رجوع في الهبة، وقد حرص المشرع على إزالة أي التباس بشأن ذلك، فأتى بالمادة 193، وصرح من خلالها بأن: "رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية."

ثانيا: المحل.

يقصد بالمحل في الوصية: المال الموصى به، والمال الذي يمكن أن يكون محلا للوصية هو الأعيان والنقود والديون والمنافع والحقوق العينية والمعنوية، مما يحوزه حقيقة أو حكما، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للموصي، وأن يكون مقداره في حدود الثلث من مجموع ما يملك، وما زاد على ذلك

1- حمدي باشا، م س، ص ص 46-47.

فإن نفاذ الوصية فيه يكون موقوفا على إجازة الورثة، ويجري تقدير الثلث وفقا للقواعد العامة وقت الوفاة لأنه الوقت الذي تنتقل فيه الملكية وتصبح الوصية نافذة.

ويشترط في المال الموصى به أن يكون مما يباح الانتفاع به شرعا وقانونا، فلا تصح الوصية بالخمير والخنزير والمخدرات والسلاح والنقود المزورة...إلخ.

وفي حال كون المال الموصى به منفعة، فإنه ينظر إلى قيمة العين الموصى بمنفعتها لمعرفة القدر الموصى به.

وتتقضي الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له، ما لم يكن هناك شرط يدل على استمرارها، وبانقضائها يؤول المال الموصى به إلى الورثة.

ثالثا: السبب.

يعرف السبب بأنه الغرض والهدف والغاية أو الدافع من القيام بتصرف ما، ويعتبر السبب ركنا في الوصية على اعتبار أنها لا تصح ولا تقوم ولا ترتب أثرها ما لم يكن الغرض منها التبرع بشيء بعد وفاة المتبرع، أي وجود نية التبرع، على أن يكون الباعث على ذلك مشروعا وغير منافع لمقاصد الشرع، وعليه لا تصح وصية الضرار التي يراد منها حرمان أحد الورثة أو بعضهم من نصيبهم الشرعي في الميراث، لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار، وصية من الله والله عليم حلِيم﴾¹، ولقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"².

كما لا تصح الوصية للمعصية، كأن يوصي بمال لشخص أو جهة يعلم أنه سيستعمله في معصية.

أن يكون الموصى له أهلا للتملك، وهو كل من له ذمة مالية، سواء كان شخصا طبيعيا، ولو كان جنينا، للاتفاق على أن له ذمة مالية تقبل ثبوت الحقوق له بشرط أن يولد حيا، فإن كان الحمل عبارة عن توأم، استحقوا المال الموصى به على الشيوع بولادتهم أحياء، ومن مات منهم بعد ولادته حيا، كان نصيبه لورثته. وإذا كانت الوصية لشخصين معينين، ولم يحدد الموصي ما يستحقه كل منهما، ثم مات أحدهما، فإنه بحسب المادة 195 ق.أ.ج. تكون الوصية كلها للحي منهما، فإن حدد نصيب كل منهما، فليس للحي منهما سوى نصيبه المحدد له، وتبطل في الباقي.

1- سورة النساء، الآية 12.

2- أبو عبد الله اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، (صحيح البخاري)، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، المطبعة السلفية، مصر، ط1، 1403هـ، 651/3.

الفرع الثالث: إثبات الوصية وحالات بطلانها

أولاً: إثبات الوصية

تثبت الوصية بحسب نص المادة 191 ق.أ.ج. بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، والمقصود بالعقد هنا الوثيقة التي يفرغ فيها التصرف، لأن الوصية كما تقدم تصرف بالإرادة المنفردة للموصي.

وفي حال وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، والمانع القاهر قد يكون وفاة الموصي نفسه قبل استكمال إجراءات إثباتها،¹ وهذا ما يتوافق مع القواعد العامة المستفادة من المادة 328 من القانون المدني الجزائري، والتي تفيد بإمكانية ثبوت الوصية بخط يد الموصي وتوقيعه، حيث يكون لها تاريخ ثابت من يوم وفاته، فتصبح حجة على الغير.

وعند تحرير الوصية يجب الإشهاد عليها بشاهدي عدل، وشاهدي تعريف عند الاقتضاء.² وفي حال ورودها على عقار تسجل بمصلحة التسجيل والطابع بمفتمشية الضرائب برسم ثابت،³ ثم تقيده في السجل العيني وتشهر لكي تصبح حجة في مواجهة الغير.

ثانياً: حالات بطلان الوصية.

قد تبطل الوصية بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، وذلك بالنظر إلى طبيعة الخلل الذي شابها، وتوضيح ذلك كالتالي:

- 1- البطلان المطلق:** تبطل الوصية بطلاناً مطلقاً إذا صدرت عن شخص لا يتمتع بالأهلية الكاملة، سواء بسبب عدم بلوغه سن الرشد أو بسبب عارض من عوارض الأهلية. كما تبطل الوصية بسبب ما يعرض لها من عوارض وهي: موت الموصي له قبل الموصي، أو قتله للموصي، أو هلاك المال الموصى به، أو رجوع الموصي في وصيته.
- 2- البطلان النسبي:** وفقاً للقواعد العامة تبطل الوصية بطلاناً نسبياً إذا شاب إرادة الموصي عيب من عيوب الإرادة، حيث يكون له التمسك بالبطلان، وهو ما يتمشى مع حق الرجوع المقرر له أصلاً، ولذلك فإنه لا حاجة له للتمسك به من الناحية العملية، إلا أن ورثته قد يكونون بحاجة للتمسك به، ولكن ليس لهم طلب إبطال التصرف برمته إذا صدر في مرض الموت.

1- حمدي باشا، م س، ص.60.

2- المرجع نفسه، ص.15.

3- المرجع نفسه، ص.60.

المطلب الثاني: أحكام الوصية.

تتمثل أحكام الوصية في شروط نفاذها والآثار التي ترتبها بعد أن تصبح نافذة وواجبة التنفيذ، وحالة امتناع الورثة عن تنفيذ الوصية الواجبة، ونطرق لها في الفروع التالية: الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية، الفرع الثاني: آثار الوصية، الفرع الثالث: امتناع الورثة عن تنفيذ الوصية الواجبة.

الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية.

لكي تصبح الوصية نافذة وواجبة التنفيذ يجب تحقق الشرطين التاليين:

أولاً: بقاء الموصى له على قيد الحياة بعد وفاة الموصي.

يشترط لنفاذ الوصية أن يظل الموصى له على قيد الحياة بعد وفاة الموصي، وهو ما أفادته المادة 201 ق.أ. وإن كان جنينا فينبغي أن يولد حيا، لأنه بولادته حيا تثبت له الشخصية القانونية وتتقرر له الذمة المالية مما يمكنه من التملك، فإن ولد توائم، فهم شركاء في الوصية بالتساوي ولو اختلف الجنس،

وهو ما قضت به المادة 187 ق.أ. فإن مات أحدهم فالوصية لمن بقي حيا.

ثانياً: ألا يكون المال الموصى به مستغرقا بالدين.

الدين مقدم على الوصية، حيث أنه واجب في ذمة المدين به، مستحق الأداء، والوصية تبرع، فإذا استغرق الدين جميع أمواله كان كمن يتبرع بمال الغير، ولذلك فإن وصية المدين لا تكون نافذة إذا استغرق الدين التركة.¹

الفرع الثاني: آثار الوصية.

بوفاة الموصي تصبح الوصية المستوفية لأركانها وشروطها نافذة وترتب آثارها، وهي: انتقال ملكية المال الموصى به، مع التزام الورثة بتسليم المال الموصى به في حدود القواعد الشرعية، وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: انتقال ملكية المال الموصى به إلى ذمة الموصي.

بوفاة الموصي تنتقل ملكية المال الموصى به، سواء كان معيناً بالذات أو بالنوع، وسواء كان مفرزاً أو مشاعاً، من ذمة الموصي المتوفى إلى ذمة الموصى له، ولا يتوقف الأمر على قبول الموصى له، حيث أنه لا عبرة بإرادته في نشوء الوصية ولا في انتقال الملكية إليه، لأنه بوفاة الموصي تنفسخ ذمته المالية، ولذلك فإن الوفاة كواقعة مادية تعتبر السبب المباشر لنقل الملكية إلى الموصى له، كما هو الحال في الميراث، إذ يملك الوارث نصيبه منه بالوفاة، فإذا أبلغ الموصى له

1- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، 427/1.

بالوصية ورفضها كان رفضه بمنزلة النزول عن الملكية، ويكون ذلك لمصلحة التركة، أما قبوله لها فهو تثبيت للوصية.¹

ثانياً: تسليم المال الموصى به.

إذا استوفت الوصية أركانها وشروط ثبوتها تعين على الورثة تنفيذها، وذلك بتسليم المال الموصى به للموصى له، وتختلف صور التسليم بحسب طبيعته وصفته، فقد يكون عقاراً أو منقولاً أو منفعة، وقد يكون مفرزاً أو مشاعاً، والمقصود بذلك تمكين الموصى له من المال الموصى به ووضعه تحت تصرفه، ولا يجوز لهم أن يبدلوه شيئاً آخر بغير رضاه.

ويكون تنفيذ الوصية وفقاً لأحكامها الشرعية، والمقصود بذلك تنفيذها في حدود الثلث وفي حق غير الوارث، وبيان ذلك كالتالي:

1- تنفيذ الوصية في حدود الثلث: يتحدد مقدار الوصية بالثلث، فإن تجاوزته فلا يلزم الورثة بما زاد عنه، وذلك عملاً بنص المادة 185 ق.أ.ج. والأصل في ذلك الحديث الشريف الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الثلث والثلث كثير."²

وإذا أجاز به بعضهم فقط دون البقية، نفذ ما زاد عن الثلث في حق من أجاز به فقط.³ ويتعرف على مقدار الوصية بالنسبة إلى مجموع التركة بحصر مكوناتها وتقييم جميع عناصرها من الحقوق والديون والنقود والأعيان العقارية والمنقولة، وذلك بالنظر إلى قيمتها يوم وفاة الموصي لأنه اليوم الذي انتقلت فيه الملكية.

2- تنفيذ الوصية في حق غير الوارث: إذا كان الموصى له غير وارث، وكانت الوصية ثابتة ومستوفية لأركانها وشروطها التزم الورثة بتنفيذها، وليس لهم الامتناع عن ذلك، أما إذا كان الموصى له شريكاً لهم في الميراث، فليسوا ملزمين بها، بل لهم الخيار في إقرارها أو ردها، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 189 ق.أ. وفي هذه الحالة لا يستطيع الموصى له إجبارهم على قبولها وتنفيذها.

الفرع الثالث: امتناع الورثة عن تنفيذ الوصية.

إذا كانت الوصية لغير الوارث، ولم تتجاوز الثلث، وأنكرها الورثة وامتنعوا عن تنفيذها اختياريًا، فإنه يحق للموصى له أن يرفع دعوى بصفة ونفاذ الوصية، يطالب من خلالها بإجبار الورثة على الإقرار بها وتنفيذها، بتسليمه المال الموصى به، ولا تسمع هذه الدعوى إلا إذا كانت ثابتة وفقاً لما قرره المادة 191 ق.أ.ج. فإذا قضت المحكمة للموصى له بطلان الوصية بتنفذ الوصية وحملتهم المصاريف القضائية، لأن الخصومة موجهة للتركة التي يمثلها الورثة.

1- راجع: السنهوري، م س، 6/5.

2- مسلم بن الحجاج القشيري، الجامع الصحيح (صحيح مسلم)، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م، 73/3، رقم 4100.

3- الإمام مالك، الموطأ، منشورات دار الكتب، الجزائر، ص.436.

المبحث الثاني: الوقف.

الوقف من القرب التي تقدم بقصد التعبد والتقرب إلى الله عز وجل أو بقصد التودد أو السمعة الطيبة في المجتمع، كان يمثل أحد أبرز مظاهر الحضارة الإسلامية، إذ كان الممول الرئيسي لكثير من المرافق، كالتعليم والرعاية الصحية والاجتماعية ومنشآت الدفاع والأمن ومؤسسات الفكر والثقافة، ويمكن اليوم أن يكون من أنجع الوسائل لإنشاء المرافق العامة والمؤسسات العلمية والاجتماعية والدينية لأفراد المجتمع.

وقد اعترف المشرع الجزائري بالملكية الوقفية واعتبرها بنص الدستور وقرر لها الحماية القانونية، من خلال سن تشريع خاص بها ينظم أحكامها، وهو قانون الأوقاف، كما نظم أحكامها في قانون الأسرة في المواد من 213-220، واعتبرها أحد أصناف الملكية في القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، حيث نصت المادة 23 منه على أنه: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية: الأملاك الوطنية، أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة، الأملاك الوقفية" وسيتم بحث المسائل المتعلقة بالوقف ضمن المطالبين التاليين: المطالب الأول: ماهية الوقف، المطالب الثاني: آثار الوقف وكيفية إدارته واستغلاله.

المطلب الأول: ماهية الوقف.

لإدراك حقيقة الوقف يجب الوقوف على مفهومه وأركانه والتعرف على كيفية إثباته وأنواعه، وذلك من خلال الفروع التالية: الفرع الأول: مفهوم الوقف، الفرع الثاني: أركان الوقف، الفرع الثالث: إثبات الوقف، الفرع الرابع: أنواع الوقف.

الفرع الأول: مفهوم الوقف.

ضمن هذا الفرع سيتم التعريف بالوقف وذكر حكمه ودليل مشروعيته وحكمته، وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف الوقف.

للتعريف بالوقف يجب الرجوع إلى أصله اللغوي، ثم معناه في الاصطلاح الشرعي نظراً لأن أحكامه مصدرها الشريعة الإسلامية، والاصطلاح القانوني نظراً لاعتراف المشرع به واعتباره أحد أنماط الملكية، كما سيأتي بيانه:

1- تعريف الوقف لغة: الحبس، يقال: وقف الدار على المساكين، إذا حبسها،¹ قال تعالى:

﴿وَقَفَّوْهُمْ إِنَّهُمْ مَسْؤُولُونَ﴾².

1- ابن منظور، م س، 969/6، الزبيدي، م س، 269/6.

2- سورة الصافات، الآية 24.

2- تعريف الوقف في الاصطلاح الشرعي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف

بسبب الاختلاف في أحكامه، فقيل: هو: "حبس المملوك عن التملك من الغير".¹
وقيل بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود".²

3- تعريف الوقف في الاصطلاح القانوني: عرفه المشرع الجزائري في المادة 213 من

قانون الأسرة بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".
وعرفه في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، في المادة 31 بالقول أن: "الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".
وعرفه في المادة 03 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، كما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".
فالوقف هو حبس العين عن التصرف الناقل للملكية والتصدق بالمنفعة على وجه من وجوه الخير، فلا يباع أصل الوقف ولا يوهب ولا يورث، والأصل فيه ما رواه مسلم³ عن ابن عمر - رضي الله عنهما -⁴ قال: "أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها". قال: فتصدق بها عمر: أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب".⁵

3- السرخسي، م س، 27/12؛ ابن عابدين، م س، 519/6.

4- الرملي، م س، 358/5.

5- هو أبو الحسين؛ مسلم بن الحجاج، القشيري، النيسابوري، (204-261هـ)، الحافظ الحجة، العالم بالحديث والفقهاء، صاحب الجامع الصحيح، وله أيضا الأسماء والكنى، التاريخ، المفرد... .

انظر ترجمته في: ابن النديم، الفهرست، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1996م، ص.380؛

= الحافظ ابن حجر، تهذيب التهذيب، (لبنان: دار الكتب العلمية)، 114/10؛

يوسف المزني، تهذيب الكمال، (لبنان: مؤسسة الرسالة، ط1، 1413/1992)، 499/27.

1- هو أبو عبد الرحمن؛ عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي، العدوي، الصحابي الجليل، (14ق.ه-73هـ)، أسلم صغيرا، شهد الخندق وما بعدها، روى عن النبي ﷺ حتى عد من السبعة المكثرين من رواية الحديث، وهو أحد العبادلة الأربعة المعروفين بالفقهاء والفتيا وهو أحد السبعة المكثرين من رواية الحديث. انظر ترجمته في:

ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر، لبنان، 1377هـ/1958م، 142/4؛

ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجيل، لبنان، ط1، 1412هـ/1992م، 950/3.

2- مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف، م س، 76/3، رقم 4115.

ومن أمثلة الوقف: جعل غلة الأرض أو الدار (العقار) على مسجد، أو أن يخصص أرضاً لبناء مسجد عليها، أو فندقاً لعباب السبيل، أو ملجأً للمشردين، أو مقبرة....

ثانياً: مشروعية الوقف ودليله وحكمته

الوقف مشروع ومنسوب إليه باتفاق جمهور الفقهاء،¹ ومستحب في حق من كان غنياً، وداخل في عموم قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾²، وقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث؛ صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"³، حيث أن الجمهور على أن المقصود بالصدقة الجارية هو الوقف.⁴ والحكمة من مشروعيته أنه يحقق مصالح عظيمة لعامة الناس، ويؤدي إلى تفتيت الثروة بصرف مال الوقف على مختلف جهات البر.

الفرع الثاني: أركان الوقف.

نص المشرع في المادة 9 من قانون الأوقاف على أن أركان الوقف هي: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف والموقوف عليه، متبعاً منهج جمهور الفقهاء في تحديد أركان العقد، وذلك على أساس اعتبار الوقف عقداً، حيث نص في المادة 4 من قانون الأوقاف على أن: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"، وهذا الكلام لا يستقيم، فإما أنه عقد أو تصرف بالإرادة المنفردة، والصحيح أنه يعد من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة للواقف، ولذلك فإنه يقوم على الأركان التالية: رضا الواقف، محل الوقف والجهة الموقوف عليها مع وجود نية التبرع.

أولاً: رضا الواقف.

الوقف تصرف قانوني، ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف صاحب المال، دون شرط قبول الموقوف عليه، وهو تصرف رضائي في الأصل إن لم يكن محله عقاراً، وملزم في حق الواقف، حيث نصت المادة 16 من قانون الأوقاف على أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو للزوم"، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، يمكنه طلب إبطاله إذا كانت إرادته معيبة.

وباللزوم قال الشافعية والحنابلة⁵ على اعتبار أنه صدقة جارية، وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بجواز رجوع الواقف فيه.⁶

3- ابن عابدين، م س، 520/6؛

4- سورة آل عمران، الآية 22.

5- الترمذي، كتاب الوقف، باب إذا مات ابن آدم، 651/3، رقم 1376.

6- السرخسي، م س، 32/12؛ الرملي، 359/5.

1- الرملي، م س، 373/5؛ ابن قدامة، م س، 222/6.

2- ابن عابدين، م س، 520/6.

فبمقتضى الوقف يتم حبس المال الموقوف عن التملك، ويمنع إجراء أي تصرف في رقبته، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث.

وبناء على الاختلاف في القول بلزوم الوقف أو عدمه، اختلف في توقيته وتأبيده، فمن قال بلزومه اشترط تأبيده، ولتحقق هذا الشرط ينبغي أن يكون مال الوقف مما يقبل البقاء ومن قال بجواز الرجوع فيه أجاز توقيته بمدة معينة، كما أجاز تأبيده.¹

وبحسب المادة 12 من قانون الوقف يجوز أن تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، ويشترط أن تكون جازمة ومنجزة غير معلقة على شيء غير محقق، كأن يشترط وقف غلة الأرض إن كان المحصول وافراً، وأن تكون منجزة غير معلقة على وفاته وإلا فالتصرف وصية.

كما يشترط في الصيغة ألا تتضمن تحديداً لمدة الوقف في رأي أكثر الفقهاء، وألا تقترن بشرط يخل بأصل الوقف أو بحكمه (أي بمقتضاه)، وهو ما قضت به المادة 218 ق.أ. والمادة 29 من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلقاً على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

ومقتضى ذلك أن الوقف بقصد التحايل على أحكام المواريث لا يصح. وباعتبار الوقف من التصرفات التي يراد منها التبرع، فإنه يشترط في الواقف ما يشترط في المتبرع، من توافر الأهلية الكاملة وعدم الحجر عليه مع كونه مالكا لمال الوقف ملكاً تاماً،² وهو ما نصت عليه المادتان 215 و216 ق.أ.ج.

وإذا صدر الوقف من المريض مرض الموت، فإنه ينظر إليه على أنه وصية، حيث لا يلزم الورثة بما زاد عن ثلث التركة،³ أما إن صدر من المدين، فإنه ينظر إلى قيمة الدين، فإن كان مستغرقاً لجميع ماله، لم يصح وقفه إلا بإجازة الدائنين.

ثانياً: الموقوف عليهم.

اعتبر المشرع الموقوف عليهم أحد أركان الوقف، مخالفاً منهجه في العقود والتصرفات القانونية، متبعاً مسلك جمهور فقهاء الشريعة،⁴ والموقوف عليهم يمثلون الجهة التي حددها الواقف وخولها حق الانتفاع بالوقف والاستفادة من ريعه، وقد تكون عبارة عن أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية، غير محصورين، معينين بالصفة وليس بالذات، أو غير معينين، كالوقف للمنفعة العامة، ولذلك يتعذر الحصول على القبول، ويكتفى بالإيجاب لنشوء الوقف كتصرف قانوني.

3- ابن عابدين، م س، 525/6؛ الرملي، م س، 373/5؛ ابن قدامة، م س، 221/6.

4- ابن عابدين، م س، 523/6؛ ابن جزي، م س، ص. 290؛ النووي، م س، 314/5.

1- ابن عابدين، م س، 530/6.

2- ابن جزي، م س، ص. 290؛ النووي، م س، 317/5.

والأصح أن يقال الموقوف عليهم بدل الموقوف عليه، أي بصيغة الجمع، لأنه في حال المفرد يتعين بذاته، ويصبح التصرف معه لا يصح إلا في صيغة عقد طالما أن أثره ليس مضافا إلى ما بعد الموت.

كما قد يكون الموقوف عليه الواقف نفسه، ويسمى في هذه الحالة: "الوقف على النفس"، وقد أجازته الحنفية، وبحسب المادة 214 ق.أ.ج. فإنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يؤول مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة، ويكفيه البعض على أنه وصية من بعض الوجوه.¹

ويشترط في الموقوف عليه أن يكون من جهات البر، كالوقف على المساجد والمدارس والمستشفيات والملاجئ وغير ذلك، ولا يصح الوقف على أندية القمار واللهو ونحو ذلك.²

ثالثا: محل الوقف

بين المشرع في المادة 11 من قانون الأوقاف بأنه يجوز أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا،³ أو منفعة، وهو الشرط الذي أشار إليه في المادة 215 ق.أ. حيث ذكر أن محل الوقف كمحل الهبة، وبناء عليه، يجوز للواقف أن يوقف جميع ممتلكاته أو جزءا منها، عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير.

واشترط في المادة 216 ق.أ. أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف معينا، خاليا من النزاع، ولو كان مشاعا، ويستخلص من ذلك شروط الوقف التالية:

- أن يكون مملوكا للواقف، وشرط الملكية أكدته المادة 10 من قانون الأوقاف، بالنص على أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، والمراد بالملكية المطلقة الملكية التامة مع عدم المنع من التصرف، فإن وقف شخص عقارا بعد شرائه ولكن قبل قيده وشهره، كان الوقف باطلا لعدم انتقال الملكية بعد، وفي حال الحجر القانوني على المحكوم عليه بجناية يمنع هذا الأخير من مباشرة التصرفات المالية، ومنها الوقف.

- أن يكون مال الوقف معلوما ومعينا، والتعيين قد يكون بالإشارة إلى ذات الشيء، وهو المعين بالذات، أو بوصفه وتحديد مقداره، وهو المعين بالنوع، ولا يكون الوقف نافذا فيه إلا بفرزه. وفي حال كون مال الوقف مشاعا، وجبت القسمة، وذلك بنص المادة 11 من قانون الأوقاف.

- أن يكون مال الوقف خاليا من النزاع، ويعتبر هذا الشرط شرط نفاذ.

3- حمدي باشا، م س، ص 80؛ محمد طرفاني، قراءة في قانون الأوقاف الجزائري، محاضرة أقيمت على قضاة التكوين المتخصص في مادة القانون العقاري بالمعهد الوطني للقضاء، يوم 2001/01/30.

4- ابن جزى، م س، ص 290؛ حمدي باشا، م س، ص 78-79.

6- راجع: ابن عابدين، م س، 555/6؛ ابن جزى، م س، ص 290؛

الزملي، م س، 362/5، ابن قدامة، م س، 237/6.

- أن يكون محل الوقف مشروعاً، وهو ما أكدته المادة 11 من قانون الأوقاف، لأن المقصود من الوقف التبرع والتقرب إلى الله عز وجل، فقد جاء في حديث: "إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً".
رابعاً: سبب الوقف.

لنشوء الوقف كالالتزام في ذمة الواقف، يجب أن تتصرف إرادته عند التعبير عنها إلى نية التبرع بمال الوقف على الجهة التي عينها، على أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وأن يكون هذا التبرع على وجه التأييد.

الفرع الثاني: إثبات الوقف.

نص المشرع في المادة 217 ق.أ. على أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية، أي بتصريح أمام الموثق، أو بناء على حكم في حال وجود مانع قاهر، ويؤشر به على هامش أصل الملكية إن كان الوقف عقاراً.

وإذا كان محل الوقف منقولاً أو منفعة، فإنه يثبت بجميع طرق الإثبات، وهو ما قضت به المادة 35 من قانون الأوقاف.

وتطبيقاً لأحكام المادة 8 من قانون الأوقاف، صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26/10/2000، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، وبمقتضى ذلك يتم الإشهاد على الوقف وقيده في سجل خاص لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً.¹

الفرع الثالث: أنواع الوقف.

يتنوع الوقف من حيث الجهة الموقوف عليها إلى وقف عام ووقف خاص وقف على النفس؛
أولاً: الوقف العام.

وهو المعروف في الفقه الإسلامي بالوقف الخيري،² وهو الأصل، حيث يتقرر الوقف من وقت إنشائه لجهة من جهات البر، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخير، وهو بحسب المادة 6 من قانون الأوقاف قسماً: قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه البر إلا إذا استنفذ، وقسم لا يعرف وجه الخير الذي أراده الواقف، فيسمى وقفاً عاماً غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم ومختلف سبل الخير.

ثانياً: الوقف الخاص.

ويعرف أيضاً بالوقف الأهلي أو الذري، وذلك نسبة إلى الذرية، وهو ما يحبسها الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، وإذا انقطع الموقوف عليهم فإن الوقف يؤول إلى

1- حمدي باشا، م س، ص ص. 86-87.

1- ابن جزري، م س، ص. 291؛ النووي، م س، 319/5.

الجهة التي يعينها الواقف أو جهة من جهات البر، وكذلك إذا تنازل الموقوف عليه عن حقه في المنفعة.¹

وصحة الوقف الخاص لا تناقض ما تقدم من أن الموقوف عليهم غير معينين بالذات وغير محصورين، لأنه لئن تعين ابتداءً، فإن حكم الوقف التأييد وانتقال منفعة الشيء الموقوف إلى عقب الموقوف عليه، درجة بعد درجة، وإذا انقطعوا انتقل إلى جهة من جهات الوقف العام.

ثالثاً: الوقف على النفس.

بحسب المادة 214 ق.أ. يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة،²

المطلب الثاني: آثار الوقف وكيفية إدارته واستغلاله.

يتضمن هذا المطلب فرعين، يخصص الفرع الأول لآثار الوقف، أما الفرع الثاني فيخصص لكيفية إدارة الوقف واستغلاله، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: آثار الوقف.

إذا استوفى الوقف أركانه وشروطه ترتبت عنه الآثار التالية:

أولاً: اكتساب الوقف الشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

أول أثر يترتب عن الوقف هو قيام كيان قانوني مستقل متمثلاً في الشخصية الاعتبارية للوقف، وتبعاً لقيامه يكتسب ذمة مالية مستقلة خاصة به، تمثل مجموع القيمة المالية للوقف وما يطرأ عليها من تغيير نتيجة لما تكتسبه من حقوق مالية والتزامات طويلة مدة بقاء الوقف، ولذلك يمكن اعتباره مؤسسة مالية.

جاء في المادة 5 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف بأن: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها."

ويتفق نص هذه المادة مع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة بإخراج الوقف من ملكية الواقف وعدم دخولها إلى ملكية الموقوف عليه، واعتبار حقه في الوقف قاصراً على المنفعة فقط.³

ثانياً: انتقال ملكية مال الوقف.

بنشوء الوقف ككيان قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، تنتقل ملكية مال الوقف من ذمة الواقف إلى الذمة المالية للوقف، حابساً ملكية مال الوقف عن التملك من قبل الواقف أو خلفه، أو

2- ابن جزري، م س، ص. 291؛ النووي، م س، 317/5؛ ابن قدامة، م س، 189/6؛ حمدي باشا، م س، ص. 82.

3- راجع: ابن عابدين، م س، 189/6؛ النووي، م س، 318/5؛ ابن قدامة، م س، 193/6؛

وانظر: شريف بن عقون، الوقف في التشريعات الجزائرية، مجلة الموثق، الجزائر، ع7، 2002، ص. 47.

1- ابن قدامة، م س، 187/6.

من قبل الموقوف عليه، وهو ما يتوافق مع تعريف المشرع له بأنه حبس المال عن التملك من قبل الغير.

ثالثا: حق الموقوف عليه في استيفاء منفعة الوقف.

نص المشرع في المادة 17 من قانون الأوقاف على أنه: "إذا صح الوقف زالت ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه." ويستفاد من نص المادة أنه بانتقال ملكية المال الموقوف إلى الذمة المالية لمؤسسة الوقف، لا يثبت للموقوف عليه سوى حق الانتفاع، وله في سبيل ذلك استغلاله استغلالا غير متلف للعين، وله أن يشارك به غيره، ولا يكون له حق التصرف في رقبته لا بالبيع ولا بالهبة، كما أنه لا يورث ولا يوصى به، وهو ما أكدت عليه المادة 23 من قانون الأوقاف حيث نصت على ما يلي: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها."

الفرع الثاني: إدارة الأملاك الوقفية.

أولا: تطور إدارة الأملاك الوقفية.

مرت إدارة الأملاك الوقفية في الجزائر بعدة مراحل مختلفة، أهمها ما شهدته في العهد العثماني من تطور جعلها تبدو كظاهرة اجتماعية، ثم انحسار هذا الدور خلال الفترة الاستعمارية بمحاولات الطمس والتغيب، وصولا إلى محاولات الاسترجاع والإحياء بعد الاستقلال إلى يومنا هذا، وهذا ما سيتم توضيحه في ما يلي:

1- إدارة الأملاك الوقفية في العهد العثماني: في فترة حكم الأتراك التي امتدت لأكثر من أربعة قرون انتشرت الأوقاف وامتدت لتشمل أراض واسعة، وتوعدت بين المزارع والسواقي والمساجد والزوايا والفنادق...، وقد توزعت هذه الأوقاف على مجموعة من المؤسسات منها على سبيل المثال: مؤسسة أوقاف الحرمين الشريفين، مؤسسة أوقاف الجامع الأعظم، أوقاف مؤسسة سبيل الخيرات وأوقاف أهل الأندلس.

اهتم الأتراك بإدارة الأملاك الوقفية وتنظيمها، حيث شكلوا جهازا مختصا بذلك مؤلفا من المجلس العلمي والناظر الذي تولى حفظ ومراقبة الأوقاف وجمع المداخل العينية والنقدية والإشراف على أوجه الإنفاق وتطبيق قرارات المجلس، وذلك بالاستعانة بمجموعة من الأعوان والموظفين.

2- وضعية الأوقاف خلال الفترة الاستعمارية: باحتلال فرنسا للجزائر سعت إلى الاستحواذ على الثروات العقارية بمختلف أصنافها، ومنها أملاك الوقف، وكانت البداية بإصدار عدد من القرارات والمراسيم بهدف إلغاء صفة الحصانة عن الوقف، منها: القرار الصادر في 1830/12/08 والقرار الصادر في 1844/10/01 الذي أخضع أراضي الوقف لجميع المعاملات العقارية، فاسحا المجال أمام

المعمرين للاستيلاء عليها، وفي 1858/10/30 صدر مرسوم آخر سمح بمقتضاه لليهود بامتلاكها أيضا.

وبصدور قانون 1873/07/26 تمت تصفية أملاك الوقف بإخضاع الملكية العقارية بكل أصنافها للقانون الفرنسي.

3- وضعية الأوقاف وتنظيمها القانوني بعد الاستقلال: غداة استقلال الجزائر أصبحت الملكية العقارية تتنوع بين ملكية الدولة وملكية المعمرين وملكية تابعة لبعض الجزائريين وأملاك مشاعة، وهي المعروفة بأراضي العرش، وكان معظم هذه الملكية يفتقد إلى السندات المثبتة لها.

وبسبب الفراغ القانوني الذي عرفته الجزائر غداة الاستقلال تم تمديد العمل بالقانون الفرنسي فيما لا يعارض السيادة الوطنية، وذلك بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31، وأدى ذلك إلى إدماج أملاك الوقف ضمن أملاك الدولة.

ورغم صدور المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن نظام الأملاك الحبسية إلا أن ذلك لم يؤد إلى استرجاع تلك الأملاك، وازدادت الأوضاع سوءا بصدور قانون 01/81 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة دون استثناء الأملاك من البيع.

ولاحقا حاول المشرع تدارك الأخطاء السابقة وإسباغ الحماية القانونية على الوقف بتخصيصه فصلا خاصا له ضمن قانون الأسرة رقم 84-11 وتقرير هذه الحماية في دستوري 89 و96.

وبدأت الأوقاف تسترجع مكانتها كصنف من أصناف الملكية العقارية من خلال قانون التوجيه العقاري رقم 90-25، ولم تخص بتنظيم قانوني مستقل إلا في 1991/04/27، بصدور قانون الأوقاف رقم 91-10، وبعد عدة سنوات من ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، وأسند مهمة ذلك إلى لجنة الأوقاف التي تحدث لدى وزير الشؤون الدينية، ويتم إنشاؤها بقرار منه.

أما على المستوى المحلي، فيتولى تسيير الأوقاف وحمايتها نظارة الشؤون الدينية، وذلك تحت مراقبة ومتابعة وكيل الأوقاف.

وبسبب الاعتداءات المتكررة على الملكية الوقفية، سواء أثناء الفترة الاستعمارية أو غداة الاستقلال، وإيماننا بدورها الاجتماعي والتنموي، أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف سلسلة من المذكرات والمناشير بهدف البحث عنها واسترجاعها.

أما عن الطرق العملية التي يجب اتباعها في عملية البحث عن الأوقاف، فتتمثل أولا في الرجوع إلى الأرشيف، بما فيه الأرشيف التركي والفرنسي فضلا عن الأرشيف الوطني، ثم الاتصال بمصالح أملاك الدولة والمحافظات العقارية والجماعات المحلية، بما فيها البلديات والولايات، وكذلك الاتصال بالجهات القضائية والموثقين، مع التنسيق بين الوزارات ذات الصلة كوزارات الشؤون الدينية، العدل، السكن والفلاحة...إلخ.

ثانيا: الطرق الحديثة لإدارة الأملاك الوقفية واستغلالها.

1- الطرق الحديثة لإدارة الأملاك الوقفية: تتمثل الطرق الحديثة لإدارة الأوقاف في تعيين

ناظر يديرها من قبل الوزارة المكلفة بها، وفق شروط معينة، وتعين له المهام التي يقوم بها وما له من حقوق، وبيان ذلك كالتالي:

أ- تعيين ناظر الوقف: تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98-381 على أن ناظر الوقف

يعين بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف من بين:

- الواقف أو من نص عليه في وثيقة الوقف.
- الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين على سبيل الحصر وكانوا راشدين.
- ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين وغير راشدين.
- أحد الأشخاص من أهل الخير والصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين وغير راشد ولا ولي له.

ويشترط فيمن يعين ناظرا من بين هؤلاء أن يكون مسلما وبالغا سن الرشد، وأن يكون سليم العقل والبدن، وعدلا أميناً، وذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف وإدارة المال الوقفي واستغلاله، كما يشترط أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية.

ب- تحديد مهام ناظر الوقف: بحسب المرسوم التنفيذي 98-381 المذكور أعلاه يباشر ناظر

الوقف المهام الآتية:

- السهر على رعاية العين الموقوفة والقيام بكل ما يلزم للمحافظة عليها ودفع الضرر عنها.
- صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء.
- استصلاح الأراضي الزراعية الوقفية وزراعتها.
- تحصيل عائدات الملك الوقفي وأداء حقوق الموقوف عليه مع التقيد بشروط الواقف.

ج- حقوق ناظر الوقف: بمقتضى المادة 18 من المرسوم التنفيذي 98-381 منح المشرع

ناظر الوقف الحق في مقابل شهري أو سنوي، يحدد من ريع الوقف الذي يتولى تسييره، وعند الاقتضاء يحدد الوقف بناء على ما ورد في وثيقة الوقف أو بتحديد من الوزير المعني.

د- حالات انتهاء مهام ناظر الوقف: بحسب المادة 21 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه

تنتهي مهام ناظر الوقف إما بالإعفاء أو بالإسقاط، وذلك بموجب قرار من الوزير في الحالات التالية: المرض وعدم الكفاءة والأمانة والاستقالة أو إذا ثبت تعاطيه أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر، أو إذا قام برهن الملك الوقفي كله أو جزء منه، أو باع مستغلاته بغير إذن السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم، أو إذا ادعى ملكيته، الإضرار بشؤون الملك الوقفي وإهمال مصلحة الموقوف عليهم، ارتكاب جنائية أو جنحة.

2- استغلال الأملاك الوقفية: يمكن للوقف أن يحل بعض المشكلات الاقتصادية والاجتماعية، كالفقر والمرض والامية، ويسهم في حل قضايا الإسكان وتوفير الأبنية التجارية، كما يمكن أن يلعب دورا في تنمية المشروعات الزراعية وتأجير قطع الأراضي، فإذا كان الملك الوقفي بناء أو أرض بياض أو أرضا زراعية أو مشجرة، فإنه يمكن استغلالها والانتفاع بريعتها عن طريق الإيجار لمدة معينة.

ويخضع إبرام عقد الإيجار بشكل عام لإجراء أساسي، بأن يتم عن طريق المزاد، تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية وبمشاركة مجلس سبل الخيرات، على أساس دفتر شروط نموذجي يضعه الوزير، ويمكن تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم، بترخيص من الوزير، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف.

الخاتمة:

تناولت هذه المطبوعة مقياس "عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري"، وتطرقت في البداية لتعريف التبرع وأنواعه من حيث الموضوع ومن حيث الشكل الذي يتم به التصرف، وتبين أنه إما أن يكون عقدا أو تصرفا بالإرادة المنفردة.

وباستقراء أنواع التبرعات الواردة في قانون الأسرة تبين أن التبرع بطريق العقد يقتصر على عقد الهبة فقط، وأن التبرع بالإرادة المنفردة يشتمل على الوصية والوقف، ومن هنا يتضح أن التسمية الدقيقة للمقياس هي: "التبرعات في قانون الأسرة الجزائري"، وجرى تناول كل صنف في فصل خاص، حيث خصص الفصل الأول للتبرعات التي تنشأ بصيغة العقد، أما الفصل الثاني فقد خصص للتبرعات التي تنشأ بالإرادة المنفردة.