

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

جامعة أبو بكر بلقايد
تلمسان

النظرية العامة لعقود التبرعات

دراسة مقارنة

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور
محمد رايس

إعداد الباحث
خالد سماحي

السادة أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د رايس محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د داودي عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا
أ.د ميكالي هوارى	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا
أ.د كيجل كمال	أستاذ محاضر	جامعة أدرار	مناقشا
أ.د رياحي أحمد	أستاذ محاضر	جامعة شلف	مناقشا

السنة الجامعية 2013/2012

سِرِّ الدِّينِ الْحَقِّ الْحَمِيدِ

شكر وتقدير

نتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ الدكتور محمد راييس
الذي قبل وتكرم بالإشراف على الرسالة، وعلى كل ما قدمه
لنا من توجيهات ونصائح، طيلة خمس سنوات، أثمرت بهذا
العطاء، برعايته المستمرة للبحث، وملاحظاته القيية.

كما نشكر السادة أعضاء اللجنة على قبولهم وتفضلهم بمناقشة
هاته الرسالة، ورغبتهم في إبداء نصائحهم من أجل تسديدها.

وأخيرا نتقدم بالشكر للقائين على جامعة تلسان التي آوتنا
كباحثين، وبالأخص كلية الحقوق والعلوم السياسية، التي تشرفنا
بالانتساب إليها.

إِلْمَاء

إِلَى الْعِلْمَاءِ ... فِي كُلِّ وَقْتٍ

وَرِيَّةِ الْأَنْبِيَاءِ

فَالْغَايَةَ وَالْأَحْمَدَةَ ... وَالطَّرِيقَ وَالْأَحْمَدَةَ ..

و.. الْمَعَانَاةُ وَالْأَحْمَدَةَ ...

".. قال ﷺ : "إن اليد العليا خير من اليد السفلى"...

وتفسيره ..

إذا كان تركيز مجتمع على الواجبات أكثر من الحقوق، يستطيع استثمار فائض إنتاجه في العمليات والميزانيات المقبلة، فهو مجتمع متقدم ونام."

مالك بن نبي

المسلم في عالم الاقتصاد ص88

مُعْرَمَةٌ

مقدمة:

لاشك أن النظرية العامة في العقد تبلغ من الأهمية المدى الكبير، حيث اهتم بها العلماء والباحثون، وسعوا دوماً إلى تطويرها، وإكمال النقص فيها، لأنها تهدي الباحث إلى معرفة جامعة، وإدراك تصوري كلي للقواعد الكلية التي تحكم العقد الذي يكون محله الحقوق المالية في مجال القانون الخاص.

فيوجد في إطارها بيان للعقد: كيف ينشأ ويقوم، وما يتطلب تكوينه من عناصر وشروط، ثم ما يترتب بعد قيامه من آثار وأحكام والتزامات تخص أطرافه، فجمعت كل ما يخص العقد من أركان وشروط وأحكام.

لكن للعقد أنواع، وكل نوع يضم مجموعة من العقود لها ما يميزها عن غيرها من العقود الأخرى بخصائص وأحكام؛ ومن هاته الأنواع عقود التبرعات مثل عقد الهبة والوصية والوقف والحوالة بدون أجر، والوكالة بدون أجر، والعارية، والقرض بدون أجر وغيرها.. وتقابلها عقود المعاوضات مثل البيع والإيجار وغيرها.

ولما تتميز به عقود التبرع من أحكام كثيرة، تختص بها عن سائر العقود الأخرى المقابلة لها وهي عقود المعاوضات، استحققت الاهتمام، والحاجة إلى جمع أحكامها في موضع واحد، يكون كالباب المستقل الذي يضم كل شروط وأركان وأحكام هذا الصنف من العقود الذي تنتشر وتتشتت أحكامه بين القانون المدني وقانون الأسرة، وقوانين خاصة، وما يتعلق بها من قضاء وفقه، وبالتالي الخروج بنظرية واحدة خاصة بعقود التبرعات تميزها عن سائر أنواع العقود الأخرى التي هي عقود المعاوضات.

فلجميع ما ذكر وغيره كانت الحاجة أكيدة للخروج بنظرية مستقلة في التبرع، وهناك دواع ملحة لجمع ما ذكر مما يخص عقود التبرعات أو تصرفاتها عموماً، سواء من حيث تكوينها، أو أحكامها، تحت مظلة واحدة تكون كالباب والنظرية الجامعة لهذا النوع من العقود.

وإذا أردنا أن نحصي المبررات لوضع النظرية المذكورة فيمكن أن نعدد بعضها: فما هو موجود من قواعد نظرية العقد الحالية أحكامه عامة، فالالاقتصار عليه لا يفي بمتطلبات البحث المتعمق لمعرفة أحكام الأنواع الخاصة من العقود، كعقود التبرع محل الدراسة، فافتضى الأمر تعميق البحث في تخصيص كل صنف بنظرية خاصة به.

وعقود التبرعات نوع تجمع خصائص معينة؛ فبالتحقيق نجد أن هاته العقود التي يطلق عليها مصطلح "عقود التبرعات" تجمعها خصائص معينة سواء في إنشائها وتكوين أركانها أو في أحكامها

وأوصافها وانقضائها، كالأهلية الخاصة بها والشكل الذي يستلزمها إن كان حيازة أو غيرها، وإمكان الرجوع فيها، وغير ذلك. فلزم أن تضم الأحكام المذكورة تحت مظلة واحدة يسهل الرجوع إليها.

ونجد أن تشريعات التبرعات مشتتة بين قانون الأسرة والقانون المدني والقوانين الخاصة، ومن التمثيل لأنواع هاته العقود نجد أن بعضها تشريعاته في قانون الأسرة مثل الهبة والوصية والوقف، وأخرى في القانون المدني مثل الوكالة والوديعة والكفالة وغيرها من العقود إذا لم تكن بعوض، والبعض الآخر له قانون خاص كالوقف. فكان لابد من دراسة تمعن النظر في مختلف هاته التشريعات، وتستخرج الرابطة الجامع بينها، والقواعد والضوابط التي تحكمها، وهو ما يعمق البحث والتدقيق.

وتوجد تبرعات ينشئها أصحابها بلفظ الهبة مثلا، ولكن في الحقيقة ليست هبة في الاصطلاح القانوني والشرعي، وإنما أنواع من التبرعات أخرى لها أحكام مغايرة عن أحكام الهبة، كمن يقول: أهب هذا المال صدقة أو أرصده للمنفعة العامة، وما شابه، فيأخذ قانونا أحكام الصدقة أو الوقف وليس أحكام الهبة وإن عبر صاحب التبرع بألفاظ الهبة، وكثيرا ما يقع هذا الخلط.

ولو استقرنا الدراسات السابقة في عقود التبرع لوجدنا أنها تناولته كعقود مسماة وأهملت جانب النظرية الجامع، وبقيت العقود غير المسماة منها أحكامها مهملة فقها وتشريعا؛ فكان لابد من نظرية في تصرفات التبرع تتناول تلك التصرفات بمجملها، سواء سماها القانون ووضع لها تشريعات خاصة بها، أو لم يسمها ولم يتناولها بنصوص، لتتوزل التصرف التبرعي غير المسمى على القواعد العامة في النظرية العامة الخاصة به.

ولو رجعنا إلى الفقه الإسلامي لوجدنا أنه يميز بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات، ففي مراجع الفقه الإسلامي، وقواعد المعاملات المالية فيه، ومسائله المجموعة في المؤلفات الخاصة به، ومدونات الوقائع والقضايا المسماة عندهم بالنوازل، فكثيرا ما يتردد في تلك المظان، وخاصة الفقه المالكي منه القواعد التالية: "يتشدد في باب المعاوضات أكثر من باب التطوعات والتبرعات". "يسمح في باب القرض ما لا يسمح في باب المبادلة". "لا تمنع الجهالة في أبواب التبرعات". "يتسامح في التبرعات عن سائر المعاملات"... وأمثالها.

فنريد أن نعرف من خلال هذه الدراسة ماذا يقابل ذلك في القانون من تعامل خاص يفرق بين البابين المذكورين.

وبعض التصرفات يكون مترددا بين التبرع والمعاوضة، أو يكون متاخلا فيه المعاوضة بالتبرع؛ وهو كثير ومن أمثلته: البيع بالمحاباة والصلح والوكالة والوديعة، وفي القانون لابد من تمييز

المعاوضة عن التبرع لأن لكل حكمه الخاص به، فحيث ترجح جانب يطبق الأحكام الخاصة به، فكان لابد من تكييف العقد أولاً، ولا يكون ذلك إلا بالفصل بين ما هو معاوضة، وبين ما هو تبرع، وهذا يكون بناء على التمييز الدقيق بين الجانبين، ومعرفة خصائص كل على حدة.

إن أهمية تصرفات التبرع تكمن في كونها تصرفات ذات خطورة، فغني عن البيان أن التبرع هو في النهاية تضحية بالمال أو بالجهد بدون مقابل من الطرف الآخر أي المتبرع له، وهو أمر ذو خطورة، لذلك تسارعت التشريعات إلى وضع الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف، وإلجأه بضوابط قانونية إن كان قد تسرع في ذلك، بالتشديد على استجلاء وإفصاح رضائه وأهليته الكاملة، وعزمه الأكيد الذي لا يخالجه أي شك، بل وحماية الغير من هذا التصرف التبرعي إذ قد يعود بالضرر عليه، من الدائنين مثلاً، أو الأقارب المستحقين للنفقة أو للميراث، فاستدعى الأمر الانتباه إلى ضوابط مثل هذا التصرف والشروط الخاصة به، التي لا يشاركه في تلك الأوصاف أي تصرف آخر.

لذا فلا يقل التبرع أهمية عن التعاضد في الاهتمام التشريعي والتنظيمي والفقهية، بل قد يزيد لما ذكر؛ ولأن الحماية في المعاوضات موجودة عند الناس بالفطرة والطبيعة، وأيضاً أساساً في ضرورة تقابل الالتزامات، والتوازن بينها، عكس التبرع الذي يكثر فيه الاستغلال.

ولا ينبغي إهمال الأهمية الاجتماعية والتنموية لعقود التبرع، فقد انتهت الدول المتحضرة أخيراً إلى الأهمية التنموية بل والاجتماعية لتصرفات التبرع من الأفراد والمؤسسات في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، للتخفيف من الأعباء على الدولة ومرافقها، التي أصبحت مثل تلك الهموم تثقل كاهلها عبر الزمن، وانتهت الدراسات الغربية الحديثة أن مسؤوليات الدولة لوحدها لن تفلح في توفير كل الحاجات وعلاج كل النقائص لرعاياها، لذلك استدركت بضرورة التشجيع على العمل التطوعي والبذل المالي والفعل الخيري، من أجل الإسناد في تلك المهمات، وهو ما يقتضي وضع النظم والتشريعات المتجددة لتنظيم مثل تلك الأعمال، حتى يكون الناس على وعي مما يقدمون عليه، بل ويشجعهم على تلك التطوعات عندما يرون سبلها القانونية والتنظيمية سالكة ومضبوطة ومحمية.

وهناك تصرفات بالتبرع تستجد وتستحدث بصور مختلفة في واقعنا المعاصر، مثل التبرع بالأعضاء أو بمنافعها، ومثل صور جديدة للتبرع بدأ يعرفها الغرب كمسألة (La fiducie) بالفرنسية، أو (Trust) بالإنجليزية، وهي تصرف أشبه بالوقف (الحبس) عندنا وغيرها، فلا بد من تحديد معالم نظرية واضحة في التبرع، لتكون المرجع والفصل في تكييف تلك المسائل.

وتكتسي التبرعات أهمية في كونها ليست قسيما للعقود فقط، بل وللمصادر الإرادية للالتزام عموما، وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى النظر والتحقيق فيه أيضا. فإذا استطاعت إثبات أن المصادر الإرادية للالتزام إما معاوضة أو تبرع، على غرار تقسيمها التقليدي في كونها إما عقدا أو تصرفا بالإرادة المنفردة؛ فهذا بدون شك له أهميته القصوى، لأنه يجعل للتصرف التبرعي أهمية وبروزا ليس على مستوى نظرية العقد فقط بل على مستوى نظرية الالتزام ومصادره أيضا، وهذا فيه ما لا يخفى من الفوائد.

. فمما تقدم تبرز إشكالية البحث التي تتمحور في طرح التساؤل حول ما هو متوفر من قواعد وأحكام في مختلف تصرفات التبرع المسماة؟، وهل يمكن تأليف منها نظرية جامعة، وقواعد عامة لأي تصرف تبرعي كان؟، وما هي الصور المعاصرة والمستحدثة لتصرفات التبرع؟

. ولهذا الغرض سيكون المنهج المتبع في هذه الدراسة، المنهج الاستقرائي الذي يتتبع أحكام وقواعد هذا النوع من التصرفات سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة أو في الفقه الإسلامي. وأيضا سيتم اعتماد المنهج المقارن وذلك من أجل المقابلة والموازنة بين مختلف التشريعات سواء كانت عربية أو غربية في الموضوع محل الدراسة، كما نعتمد أخيرا المنهج التركيبي، وذلك بجمع أشنات أحكام وقواعد تصرفات التبرع للوصول إلى بناء نظرية موحدة جامعة.

. وهناك عدة دراسات علمية سابقة تناولت عقود التبرع من جوانب مختلفة، ولا شك أن البحث قد استفاد منها، وحاول استثمار النتائج العلمي لأصحابها، وبعد البحث والنقضي نجد أن تصنيفها كما يلي في النقاط الآتية:

1 . بعضها تناولت تصرفا تبرعيا واحدا منها بالبحث والدراسة:

يعني تتناول تصرفا واحدا مسمى من التبرعات، فتفصل في أحكامه المختلفة، بدء بتكوينه وأركانه وانتهاء بانقضائه، مع ما يستتبع ذلك من أحكامه وآثاره.⁽¹⁾

(1) ككتاب: عقد الهبة للدكتور محمد تقيّة، وأصله رسالة دكتوراه، والعنوان الكامل: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، 2003، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر. وغيرها من الرسائل الجامعية التي تناولت أحد عقود التبرع المسماة المختلفة فمنها التي كتبت في الهبة أو الكفالة أو القرض أو الوكالة وغيرها (انظر بعضها في قائمة مراجع هذا البحث). ومن الكتب المؤلفة نجد كتاب: عقد تبرع الأشخاص للجهات الحكومية، للدكتور داود الباز، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، وإن كان في القانون الإداري.

2 . وبعضها الآخر تناول مجموعة من التصرفات المسماة منها:

يعني تناول أكثر من تبرع مسمى، وأبرز من كتب في هذا الجانب الأستاذ أحمد إبراهيم بك في كتابه "التزام التبرعات" الذي نشره مقالات في مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، في سنة 1932، وقد شرحها كلا على حده. وهناك عناوين متعددة في نفس الموضوع وباسم "عقود التبرع" سواء كانت كتبا في القانون أو رسائل أكاديمية، تناولت عقود التبرع كعقود مسماة أيضا عقدا عقدا، فيمكن أن يستفاد منها من هذا الجانب⁽¹⁾.

3 . وبعضها تناول جانبا من أحكام عقود التبرعات لكن ليس كقاعدة عامة:

فلم يتناول كل ما يتعلق بالتبرعات، بل اقتصر أمره على البحث والتعمق في جانب منها، وجزئية وفصل الكلام فيها⁽²⁾.

4 . وبعضها تناول جانبا من أحكام عقود التبرعات وتناوله كنظرية عامة:

هناك بعض الدراسات وإن كانت معدودة تناولت جزئية في عقود التبرعات، وتناولتها على سبيل

(1) مثل رسالة الدكتوراه "عقود التبرعات المقتضية للتملك في الفقه الإسلامي"، د. أحمد طه عباس حسن، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، 1978، تكلم على مجموعة من عقود التبرع، وهي: الهبة . العمري والرقبي . الصدقة . النذر . الوصية .

وكذلك الكتب التالية:

. عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، د. شهبون عبد الكريم، مطبعة النجاح الجديدة، 1992، الدار البيضاء، المغرب .

. التجكاني محمد الحبيب، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1983 .

. عقود التبرعات (الهبة . الوصية . الوقف)، حمدي باشا عمر، ط 2004، دار هومه، الجزائر .

(2) مثل رسالة الدكتوراه "نظرية الضمان في عقود التبرعات"، د. علي علي غازي تفاحة، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، 2001، تكلم على جانب مهم من عقود التبرع، وهو جانب الضمان في خصوص تلك العقود، وهو مصطلح في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المسؤولية العقدية، وتبعية الهلاك إذا هلك محل العقد. فتكلم عن تبعية هلاك محل العقد في العقود التالية: الهبة . القرض . العارية . الوديعة . الوصية والوقف .

وكذلك رسالة: أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية، محمود طهماز، رسالة ماجستير، 1411 هـ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة .

النظرية والقاعدة العامة، وهذه بدون شك لها فائدتها في إثراء النظرية العامة لعقود التبرع⁽¹⁾. ويجدر بنا هنا أن نذكر مؤلفا قديما ومهما في التبرعات، وهو كتاب "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" للحطاب المالكي⁽²⁾، والمقصود بالالتزام في عنوان كتابه التزام التبرع خاصة، كما سيأتي تحرير لهذا المصطلح، وتكمن أهميته في ندورة التأليف استقلالا في مثل هذا الموضوع⁽³⁾. والكتاب حاول فيه صاحبه أن يجمع مسائل التزام التبرع، وما ذكر في شأنه الفقهاء من المذهب المالكي، وركز كثيرا في كتابه على مسائل تعليق التزام التبرع وإنشاء الشروط، وذكر في آخر كتابه مسائل إسقاط الحق سواء قبل وجوبه أو بعد وجوبه.

5. نقص الساحة العلمية في العقود لدراسة نلم أحكام التبرعات بقواعد جامعة:

المنتبع للدراسات في العقود يلمس نقص المكتبة العلمية لبحوث تستقرئ وتخرج بالقواعد التي تجمع العقود المذكورة سواء كانت مسماة أو غير مسماة تحت مظلة حكمية واحدة، سواء كان الأمر شاملا كل ما يخص العقد أو التصرف، أم مقتصر على جزئية منه، وهو ما سعى إليه هذا البحث، فقلما توجد دراسة تتناول عقود التبرع كنظرية جامعة لأحكامها، ولا لجانب منها، وإن حمل العنوان اسم "النظرية" أو عبارة "عقود التبرعات"، وهو ما يوجي إلى التقييد والتتظير كما هو ظاهر.

(1) هناك دراسات في المغرب تتناول جانبا من التبرعات بالدراسة كنظرية جامعة، وأخص بالذكر الدراسات التي تناولت ركنا في إنشاء التبرعات وهو عنصر الشكل لقيام التبرع، مثل الدراسات التالية:

1. الحوز في التبرعات على ضوء الاتجاه الأخير للمجلس الأعلى (المغربي)، عبد الفتاح بلا، مجلة المحامي، 2000، العدد: 35، ص 127-138.

2. تعليق على قرار بغرف مجتمعة للمجلس الأعلى حول الحوز القانوني في التبرعات، عبد السلام بن زروع، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، المغرب، العدد 12 سبتمبر 2005، ص 189-205.

3. الحياة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى (المغربي) في التوفيق بينهما، الأجرأوي محمد، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، 2000، ص 13-29 وغيرها.

(2) من العلماء المتأخرين المشهورين في المذهب والفقه المالكي، ت954هـ/1547م، وله شرح على مختصر خليل الفقهي (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل).

(3) قد اختصر هذا الكتاب واستدرك عليه الشيخ محمد العاقب بن مايايبي الموريتاني توفي سنة 1909م في كتابه "فض الختام على ما في الحطاب من الوعد والالتزام"، مخطوط لم ينشر، يملك الباحث نسخة منه، مكتبة نواكشوط، موريتانيا.

. ومادام الكلام حول الدراسات السابقة في التبرعات، فلا بد من تخصيص كلمة عن الدراسات الغربية، وحاولت تسليط الضوء عليها وذلك بتصنيفها إلى مجموعات، كل مجموعة تضم دراسات تتمحور حول موضوع معين من موضوعات التبرعات، بدون زعم ولا قصد استيعابها كلها، ولكن المقصود الوصول إلى فكرة ولو تقريبية إلى ما وصل إليه الغرب في دراساتهم حول الموضوع محل الدراسة.

وفي رأبي لا يمكن الاستغناء عن الدراسات الغربية في الموضوع محل الدراسة، فلا بد من استثمار ما توصلوا إليه من أفكار وما طوروه من نظم وتشريعات.

فمن الأمثلة على هذه الدراسات المجموعات التالية، ونمثل لبعض المؤلفات فيها في الهامش:

. دراسات في العطايا (Les libéralités):

وهناك دراسات كثيرة في موضوع الهبات بين الأحياء (Des dons entre vifs)⁽¹⁾، وكذلك الهبات اليدوية (Les dons manuels)⁽²⁾ ويقصدون هبة المنقول كما سيأتي، أو تكون مقرونة بدراسة الوصايا أيضا وهو ما ينحصر في اسم العطايا عندهم (Les libéralités) فتكون بالعناوين الآتية:

الهبات والوصايا (Les dons et les testaments) أو (Les dons et les legs)⁽³⁾
أو العطايا (Les libéralités)⁽⁴⁾.

. دراسات تتناول جزئية معينة من عناصر عقد التبرع:

وهناك دراسات أخرى قيمة تتناول عنصرا معينا من عناصر التبرع، كأحد أركانه مثلا، كالأهلية في التبرع سواء للقيام بالتصرف التبرعي أو لقبوله⁽⁵⁾؛ أو السبب في التبرع⁽⁶⁾.

(1) Raymond T. Troplong , donations entre vifs , tome 1, edition Nabu press, paris, 2010.

(2) Nathalie Peterka; Les dons manuels, edition LGDJ / Montchrestien, juillet 2001.

(3) Thodore R. Tissier, Traite Theorique Et Pratique Des Dons Et Legs, edition Nabu press, paris, 2010.

(4) Philippe Malaurie; Les successions, les libéralités, 4^e edition, Editon Defrénois, paris, 2010.

(5) - Paul Collin, De la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, Typographie D'August Marc, 1861, Paris.

- Bernard Péchaud, Capacité des personnes morales étrangères de recevoir en France à titre gratuit, Doctorat, faculté de droit, 1900, Paris.

(6) Ernest Tarbouriech, De la cause dans les libéralités, V. Giard &.. éditeurs, 1894, Paris.

أو يكون ذلك العنصر أحد أحكام التبرع، كإنهاء عقد الهبة مثلا.

التبرع إلى المؤسسات والشخصيات المعنوية:

كالدراسات التي تبحث في التبرعات إلى الشركات المدنية والتجارية مثلا⁽¹⁾، والدراسات في التبرع إلى الشخصيات المعنوية⁽²⁾ عموما. أيضا تناولوا بالدراسة التبرع إلى الجهات الحكومية المختلفة⁽³⁾، والموضوع سيخرج من القانون المدني إلى القانون الإداري، وهو ما يسمى بعقد المعاونة كما سيأتي.

الهبات في عقد الزواج وبين الزوجين:

أيضا هناك دراسات تتناول الهبات التي تتم في عقد الزواج، وكثير هي الدراسات بعنوان الهبة بين الزوجين (Donation entre époux)⁽⁴⁾، أو تبحث في العطايا غير المباشرة بين الزوجين. ولهم دراسات حول مسائل معاصرة في التبرع كموضوع التبرع بأعضاء الجسم⁽⁵⁾.

التشريعات التبرعية (التشريعات للأعمال الخيرية):

هناك مؤلفات تهتم بالتشريعات التبرعية، فتضم كل ما يختص بأعمال التبرع من قوانين وتشريعات، وكذلك ما يختص بتسيير المؤسسات التبرعية⁽⁶⁾.

دراسات حول استحداث مؤسسة تشابه الوقف (La fiducie=Trust):

التصرف المذكور يشبه الوقف عندنا كثيرا، وقد ظهر قبل بضع قرون في إنجلترا وأمريكا وكندا ويسمى (Trust) ومعناها الثقة، ولم يعتمد في فرنسا إلا في سنة 2007 واصطلحوا عليه ب (La fiducie)، وسيأتي تفصيل الكلام فيه، فقد اهتموا بهذا التصرف، ولذلك كثرت الدراسات فيه⁽⁷⁾.

(1) Alain Garay et Daniel Guizard; Les Dons manuels aux associations : Régime juridique et fiscal, Juris associations editions, paris, 2002.

(2) Charles Brissonnet; Dons et legs aux établissements religieux (en droit romain et en droit français), edition Nabus press, Paris, 2010.

(3) Henri Couturier, des libéralités faites aux sections de communes, Berger Levrau éditeurs, Paris, 1898.

(4) Christel Rieubernet; Les donations entre époux. Étude critique, Editon Defrénois, paris 2002.

(5) - Valérie Gateau; Pour une philosophie du don d'organes, Editon Vrin, paris, 2009.

- Marie Jo Thiel; Donner, recevoir un organe, Edition Presses Universitaires de Strasbourg - P.U.S, 2009.

(6) Report on the law of charities v1& v2, Ontario law reform commission, Canada, (1996).

(7) - Beaulne Jacques, droit des fiducies, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1998.

- Cédric Bernat, La fiducie en droit français, 2010. voir:

<http://cedricbernat.wordpress.com/2010/08/31/la-fiducie-en-droit-francais>

دراساتهم عن أعمال التطوع في الشريعة والنظم الإسلامية وخاصة الأوقاف:

هناك دراسات غربية كثيرة تهتم بأعمال التطوع عامة في النظم الإسلامية⁽¹⁾، وكذلك دراسات متعددة مهتمة بنظام الأوقاف خاصة.

وقد عالج هذا البحث ما سبق ذكره من عناصر في بابين، الباب الأول في إنشاء عقود التبرعات، فتناول الفصل الأول منه البحث في ماهيتها من مفهوم وأنواع وكيف تناولها التشريع، واختص الفصل الثاني في البحث عن أركان عقد التبرع والعناصر التي هي ضرورية في تكوينه؛ أما الفصل الأخير منه فتناول صور انتهاء التصرف التبرعي، والتعليق فيه.

أما الباب الثاني فاختص حول البحث في أحكام عقود التبرع، فتناول الفصل الأول منه آثار هذه العقود من التزامات تقع على أطرافه، وحكم الرجوع فيه؛ وتناول الفصل الثاني منه البحث في دعوى التبرع والاختلاف فيه وأحكامهما، أما الفصل الثالث فقد تناول الكلام عن عقود التبرعات المسماة في كل من القانون المدني وقانون الأسرة والفقهاء الإسلامي، استقراء وتعريفًا لبعضها.

- Lexique de droit des fiducies (common law), gouvernement du Canada.

(1) Marca Carbellira Ana, Pauverete et fondation pieuse dans la grenade nasride: aspects sociaux et juridiques, arabica, juillet 2005, n°52.

الباب الأول

إِنْشَاء التَّجَرُّمَاتِ

لمسنا أهمية معرفة القواعد الخاصة بهذا النوع من التصرفات، وهو التبرع، عقدا كان أو تصرفا بالإرادة المنفردة، وعليه فلا بد من السعي في تلمس ما أمكن من ملامح هاته القواعد. والبداية المنطقية أن تكون في معرفة مفهوم التبرع أولا، وهي بالطبع منطلق الإحاطة العلمية بماهية هذا التصرف، فيذكر حده الذي يفصله عن سائر الماهيات الأخرى، ثم يذكر خصائصه المميزة له، وبعد ذلك يذكر التمييز بينه وبين التصرفات المشابهة له، والتي يمكن أن تلتبس به... كل هذا يدخل في المعرفة العامة بالتبرع.

ثم إن التبرع قد يكون عقدا، وذلك إذا كان الرضاء فيه يستلزم الإيجاب والقبول من طرفين. وقد ينشأ من إرادة واحدة، إذا اكتفي لقيام الرضاء إيجاب المتبرع وحده، وليس في ذلك اختلاف يذكر سوى في أحكام القبول كما هو معروف، لذلك اكتفينا بمصطلح (العقد) في أغلب المواضع، لأن أحكام العقد تتضمن أحكام التصرف بالإرادة المنفردة وليس العكس، وكلما كان التبرع هو تصرفا بالإرادة الواحدة فقط يجري التنبية على ذلك في موضعه.

وهناك مسألة تتعلق بمفهوم التبرع تعرضنا لها، وهي إمكانية تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرع، ومدى نجاعة هذا التقسيم، وإمكانيته في حسم الجدل الفقهي حول التقسيم الكلاسيكي لها إلى عقد وتصرف بالإرادة المنفردة، نظرا للخلاف الواسع والعميق حول صلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام.

والتصرف التبرعي كأى تصرف لابد لإنشائه وقيامه من أركان وعناصر، هي الرضاء والمحل والسبب، ويضاف إليها الشكل هنا، لأنه من مميزات التبرع، وسنجد أن هذه الأركان كلها لها وضع خاص في هذا التصرف محل الدراسة لا تشبه وضعها في التصرفات الأخرى التي هي المعاوضة، فلم يشتهر إلا مصطلح واحد خاص بالتبرع هو في الأهلية فيقال "أهلية التبرع"، وسيبرز من خلال هذه الدراسة أن ذلك ينسحب على جميع الأركان الأخرى ولا يقتصر الأمر على الأهلية كما هو شائع، فنقول الرضاء التبرعي، والمحل التبرعي، والسبب التبرعي، والشكل التبرعي، وهكذا في عيوب الرضاء، وفي غيرها، وهو ما يؤكد أن التبرع باب مستقل يستحق نظرية خاصة به.

ثم يحسن في هذا الباب الأول الذي خصصناه للكلام عن إنشاء التبرع أن نتكلم عن التنظيم التشريعي للتبرع، سواء في القانون الجزائري، أو في القوانين العربية، أو في القوانين الغربية، أو في الشريعة الإسلامية، ونتعرض للنقاش الدائر عند أهل القانون العرب في أحقية أي قسم من أقسام القانون بتنظيم قواعد التبرعات ما إذا كان القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية.

وفي الأخير إن الالتزام بالتبرع قد يكون في حالته البسيطة والعادية، لكن يحصل أن يتم تعليق هذا التبرع على شرط يستثني المتبرع ترتيب التزامه عليه بأن لا يقوم به إلا إذا تحقق، أو يحينه إلى مدة لا بد أن تتقضي لكي يقوم بتنفيذ تبرعه، فلا بد إذن من معرفة شروط كل ذلك وأحكامه، وما ينتج عنه من آثار، وهل يخرج عن دائرة التبرع، ومما يفارق ذلك عما هو معروف في عقود المعاوضات، ومن فرق في ذلك، وما هي مقاصده في ذلك؟.

ولذلك سيتكون هذا الباب من فصول ثلاثة، نتكلم في أولها عن ماهية عقود التبرع؛ ونتطرق في الفصل الثاني إلى أركان عقود التبرع وعناصره التي ينشأ منها، ونعرج في فصل ثالث للكلام عن طرق انتهاء التبرع وكيفية التعليق فيه.

الفصل الأول

مافية التبرع

التبرع عمل قانوني فلا بد من معرفة مفهومه أولاً، وتمييزه عن غيره. ثم إن هذا التصرف قد يتكيف على أنه عقد إذا نشأ إثر التقاء إرادتين فأكثر، أو تصرف بالإرادة المنفردة إذا كان يكفي لقيامه صدوره عن إرادة المتبرع لوحدها، فكان لا بد من معرفة كل.

وللتبرع خصائص ومميزات، يفترق بها عن غيره، يحسن الإمام بها. وكذلك له أنواع وتقسيمات، محل ذكرها هنا زيادة في معرفة كنه التبرعات.

ويتصل بمعرفة المفهوم معرفة المصطلحات الدالة عليه، لأنها العنوان والمفتاح، والتبرع له مصطلحاته الدالة عليه سواء في القانون، أو في الفقه الإسلامي، فلا بد من معرفتها، وتمييزها، وبعضها مثار إشكال، فلا بد من تحريره.

كما ينبغي معرفة موقع التبرع في كل من القانون والشريعة الإسلامية، وكيف تناول القانون هذا التصرف بالتشريع والتنظيم، وتعيين مختلف القوانين المنظمة له، ومعرفة المواضع من التقنين التي تناولته إذا كان ذلك في أكثر من موضع كما هو حاصل.

ولاشك أن الشريعة الإسلامية أعلنت من شأن نظام التبرع، وأولته العناية إرشادا وترغيبا، وتنظيما وتشريعا، ولا أدل على ذلك النصوص التشريعية العديدة في ذلك، والثروة الفقهية الضخمة التي تناولته، ومدونات الوقائع التي حوت القضايا والمسائل العديدة التي نزلت في التبرع وكيف تصدى لها الفقهاء والقضاة والمحكمون؛ فكان لا بد من الاستفادة من كل ذلك.

لذلك سيتناول هذا الفصل بالبحث أربعة أمور، فنبين مفهوم التبرع وتمييزه عن التصرفات الأخرى في مبحث أول، وبعده نعرض أنواع عقود التبرع، وعلاقته بالمصادر الإرادية للالتزام في مبحث ثان؛ ثم يأتي الكلام عن تنظيم عقود التبرع في القانون، وفي الشريعة الإسلامية، في المبحث الثالث، وأخيرا نختم الفصل بالمبحث التالي وهو اعتبار التبرعات من المسائل المالية أو من الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: مفهوم التبرع وتمييزه عن التصرفات الأخرى

تخصيص التبرع بالدراسة يستدعي معرفة مفهومه أولاً، ثم تكييفه القانوني، وموضع تناوله في القانون؛ فإذا تبين ذلك احتاج أن يميز التبرع عن باقي الأنواع التي تدخل في جنسه، سواء كانت هذه الأنواع مفارقة أي مغايرة له، وهي هنا المعاوضات التي تقابل التبرع، أو كانت هذه الأنواع مشابهة له كعقد الهبة مثلاً الذي يعتبر نوعاً خاصاً من التبرع، ولكنه أكثر التباساً به.

إثر ذلك فلا شك أن تصرفات التبرع وهي مجموعة لها مجالها الخاص تتوفر على مصطلحات خاصة بها، أو أكثر تداولاً في بابها، فيحسن أن نتعرف على هذه المصطلحات، سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي.

ويتضح مفهوم التبرع أكثر جلاءً عندما يذكر ما يتميز به من خصائص ومميزات، تجعله بارزاً عن سائر الأعمال القانونية الأخرى.

لذلك كان هذا المبحث مشتملاً على مطالب أربعة، يتناول في أولها مفهوم التبرع، ويعرج في مطلب ثانٍ على مقومات التبرع التي يرتكز عليها في تكوينه، ثم نخصص مطلباً ثالثاً لتحرير المصطلحات الخاصة بالتصرف التبرعي، وأما المطلب الأخير في خصائص التبرعات، وما تتميز به عن التصرفات الأخرى، والمقصود المعاوضات والهبة والتصرف بالإرادة المنفردة.

المطلب الأول: مفهوم التبرع

التبرع في اللغة من تبرّع بالعتاء، أي تفضّل بما لا يجب عليه. وفعله متبرّعا، أي متطوعا.⁽¹⁾ فالتبرعات جمع تبرع، وهو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو تفعله بدون أن تطلب عليه عوضا⁽²⁾.

أما في القانون فالتبرع عمل قانوني، مضمونه تقديم التزام بدون انتظار مقابل له، وقد يكون عقدا، يستدعي اتفاق إرادتين فأكثر لإنشائه، وقد يقتصر قيامه على صدور إرادة منفردة من المتبرع كما سيأتي.

وسنتناول في هذا المطلب مفهوم التبرع في مختلف التشريعات، فنبدأ بمفهوم التبرع في القانون الجزائري، ثم في القوانين العربية، وأخيرا في القوانين الغربية.

الفرع الأول: مفهوم التبرع في القانون الجزائري

لم يعرف القانون الجزائري التبرع، فلم يورد قانون الأسرة الجزائري تعريفا لعقد التبرع مع أنه عنون بـ"كتاب التبرعات" عندما ذكر أحكام ثلاثة عقود مشهورة فيه وهي الوصية والهبة والوقف. لكن عرّف القانون المدني الجزائري عقد المعاوضة الذي يقابل عقد التبرع، وبضدها تتميز الأشياء؛ ففي المادة 58 منه نص على ما يلي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما".

ويبدو شبه مطابق لتعريف القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

وقد انتقد هذا التعريف الأستاذ السنهوري⁽⁴⁾ ورأى أنه معيب لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط2، 1987، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص907.

(2) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية 1932، العدد 05، ص605.

(3) في المادة 1106 منه، حيث ذكر بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو بفعله، ونصها كما يلي:
Art 1106: Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

(4) انظر السنهوري، نظرية العقد، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. ص134 وما بعدها.
والأدق في نظر الأستاذ السنهوري: "...أن يعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع. وبالنسبة للمشتري لأنه

الملزم للجانبين؛ ويبدو لي التعريف الصحيح في نظر السنهاوري هو ما جاء به القانون المدني الكندي للكيبك الذي عرف عقد المعاوضة في المادة 1/1381 القانون المدني للكيبك بما يلي: "عقد المعاوضة هو العقد الذي يستفيد فيه كل طرف مقابلا متبادلا لالتزامه"⁽¹⁾

فنخلص إلى أن القانون الجزائري لم يعرف عقد التبرع، ولم يتناوله كتصرف مستقل، بل أورد أحكاما مختلفة لأنواع من التبرع وأورد تعريفا لبعضها كعقد الهبة مثلا، أو للعقد المسمى الذي يعرض له وصف التبرع (كعقد الوكالة مثلا) في مواضع مختلفة من القانون المدني وقانون الأسرة.

الفرع الثاني: مفهوم التبرع في القوانين العربية

كذلك القوانين العربية لم تنص على تعريف للتبرع، ولم تتناوله كتصرف مستقل، وإن تناولته كما سبق ذكره مع القانون الجزائري كوصف يعرض لبعض العقود، فنترتب عليه أحكام معينة ينص عليها في مواضعها، وسيأتي تفصيلها.

كما تطرقت القوانين العربية على جزئيات في التبرع، من مثل الإشارة في نصوصها إلى أحكام التصرفات المنضوية تحت التبرع، وربما عرفت ذلك النوع من عقود التبرع كما فعلت مع الهبة وغيرها، دون تناول لأحكام عامة وقواعد كلية في هذا النوع من العقود.

ويفسر سبب عدم إيراد القوانين العربية لتعريف خاص بالتبرع تأثرها بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يأت بتعريف للتبرع. لكن القانون المدني الفرنسي بالمقابل أورد تعريفا لعقد التفضل (Contrat de bienfaisance)، واستدرك في تعديل له سنة 2006 فأورد تعريفا للعطية (Libéralité)، وهما قسمان للتبرع، كما سيأتي.

ويتميز القانون المدني اليمني بأن عبر بمصطلح (التبرع) وخصه بأحكام، فقد جاء في إحدى مواد، في المادة 210 القانون المدني اليمني: "التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع

= يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن. والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل، وبالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد. وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة في مقابل الدين الذي له، وهو بالنسبة للكفيل يكون متبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد التزم دون مقابل. ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر." انظر السنهاوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 135.

(1) Art 1381/1 C.c.Q: Le contrat à titre onéreux est celui par lequel chaque partie retire un avantage en échange de son obligation (C.c.Q = code civil du Québec)

له العين المتبرع بها قبضاً تاماً، وعقد التبرع بشرط العوض لا يتم إلاً بقبض العوض". ونص في المادة 168 أحوال شخصية يمّني: "الهبة هي عقد تبرعي يملك به مال أو تباح به منفعة حال الحياة".

الفرع الثالث: مفهوم التبرع في القوانين الغربية

نتناول هنا تعريف التبرع في القوانين الغربية وذلك بما ورد في القانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، والقانون المدني لمنطقة الكيبك (كندا)، وما يتميز به الأخير هو أنه تعرض بالنص لتعريف عقد التبرع.

أولاً - مفهوم التبرع في القانون الفرنسي:

كما سبق بيانه فإن القانون الفرنسي لم يعرف عقد التبرع، لكنه عرف عقدين يعتبران مكونين وقسيمين لعقد التبرع، وهما: العطايا، وعقد التفضل؛ بحيث إن العطايا عندهم تختص بالتبرع الذي يقتضي التمليك، وخصها في تصرفين هما الهبات بين الأحياء والوصية. وجعل عقد التفضل مختصاً بالتبرع بإسداء خدمة.

أما عقد التفضل *contrat de bienfaisance* فقد أورده منذ إصداره الأول في قانون نابليون سنة 1804م، في المادة 1105 منه بما يلي:

"عقد التفضل هو العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الآخر منفعة مجانية خالصة"⁽¹⁾

ثم عرف العطايا *libéralités* جمع عطية بتعديل المادة 893 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بإعادة صياغتها سنة 2006، وأصبح نصها كما يلي:

"العطية هي التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أو بعض أملاكه أو حقوقه لصالح شخص آخر.

لا يمكن أن تكون العطية إلا عن طريق الهبة بين الأحياء، أو بطريق الوصية"⁽²⁾

(1) نصها الأصلي كما يلي:

Art 1105: Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

(2) نصها كما يلي:

Art 893: La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament. =

ثانيا . مفهوم التبرع في القانون الكندي:

من التقنيات القليلة التي تناولت تعريف التبرع القانون المدني للكيبك Québec (كندا)، حيث عرفه في المادة 2/1381 بما يلي:

"عقد التبرع هو العقد الذي يلتزم فيه أحد أطرافه تجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يفتك أي منفعة له"⁽¹⁾

وخصصت الفقرة الأولى من المادة لتعريف عقد المعاوضة كما سبق.

وهو كما نرى تعريف صالح للتصرف التبرعي، وجامع لأفراده مانع من دخول غيره فيه. فيضم عقود التبرع سواء كانت مقتضية للتمليك كالهبة والصدقة وغيرها مما فيه نقل حق عيني أو حق متفرع عن حق الملكية، أو كان الالتزام المقدم مجرد تقديم التزام بعمل، أو امتناع عن عمل، وهو ما يدخل في أنواع أخرى من التبرع لا تقتضي التمليك كالوكالة بدون أجر وغيرها.

لكن يبقى إشكال وهو أن التعريف خاص بالتبرع الذي نشأ من عقد وهو اتفاق إرادتين، ولا يتناول التبرع الناشئ من تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية؛ لذلك كان ينبغي تعريف التصرف التبرعي acte à titre gratuit ، ليعم كل أفراد التبرع سواء كان عقدا أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

الفرع الرابع: مفهوم التبرع في الفقه الإسلامي

التبرع في الفقه الإسلامي هو أن يلزم الشخص نفسه شيئا لم يكن لازما عليه على سبيل التبرع. قال الحطاب وهو من فقهاء المذهب المالكي: الالتزام (ويقصد التزام التبرع)⁽²⁾: هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية⁽³⁾.

= وكان نصها قبل التعديل كما يلي:

Art 893: On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci après établies.

(1) نصها كما يلي:

Art 1381/2 C.c.Q: Le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans retirer d'avantage en retour.

(2) سيأتي تحرير لهذا المصطلح، انظر ص 27

(3) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، (ضمن كتاب فتح العلي المالك للشيخ عليش) ط 1958، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج1، ص218.

وهناك ملاحظتان على هذا التعريف:

1. أن الالتزام المذكور إذا كان مطلقاً أي من غير تعليق فإنه يدخل فيه كل أنواع التبرع سواء كان على شكل عقود أي باتفاق إرادتين، أم تصرفاً بالإرادة المنفردة.
 2. أنه جعل العطية *libéralité* بمعنى التبرع. وهذا إطلاق عام فيها، ولهم معنى لها خاص يقابل ما في القانون وهو التبرع المقتضي للتمليك فتكون بمعنى الهبة. وعرفوها على هذا المعنى بما يلي: "العطية تمليك ممتول من غير عوض إنشاء"⁽¹⁾. والمتمول هو الأمور المملوكة أي التي يصح تملكها وهي الحقوق المالية.⁽²⁾
- ويقول الشيخ أحمد إبراهيم: التزام التبرع هو إلزام الإنسان نفسه شيئاً من المعروف، وإيجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما بنية القربى إلى الله تعالى ويسمى "نذراً"، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو جماعة من الناس أو لما يعود نفعه على الناس.⁽³⁾
- وبناء عليه فإن إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي هو ما يقابل المعاوضة، فيعم كل أنواع التبرع سواء كان تمليكا للعين أو للمنفعة، أو تقديم خدمة، أو تنازل عن حق، أو مجرد امتناع؛ نشأ من عقد أي باتفاق إرادتين أو من خلال تصرف بالإرادة المنفردة، أي التصرف التبرعي أياً كان (*acte à titre gratuit*)، وقد ورد النص على تعريفه كما سبق بيانه.

المطلب الثاني: مقومات التبرع

لقيام التبرع لابد له من مقومين اثنين، أولهما تقديم التزام مجاناً أي بدون مقابل، وهو العنصر المادي. وثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام، أي قصده أن لا يقابل التزامه بأي عوض، وهو العنصر المعنوي. ونتناولهما في الفرعين الآتيين:

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1، 1993، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ص549.

(2) انظر الرصاع، المرجع نفسه، ص400، وفسره القرافي بقوله: المتمول ما بذل العقلاء الثمن لأجله. انظر القرافي، الذخيرة في الفقه المالكي، ط1، 1994، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج5، ص54. فهو يعني كل ما يقصد بالعوض.

(3) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، ص605.

الفرع الأول: العنصر المادي في التبرع

العنصر المادي في التبرع أن يقدم المتبرع التزاما خاليا من العوض، لكن هذا الالتزام قد يفترن بشرط يشترطه المتبرع، فلزم الكلام عن الالتزام التبرعي الخالي من أي اشتراط وهو الأصل، ثم نتطرق إلى الالتزام التبرعي المقترن بالشرط.

أولا: تقديم التزام غير مقترن بشرط

ويعني ذلك ضرورة أن يقدم المتبرع التزاما، أي يكن هذا الالتزام، سواء كان إعطاء شيء، أو القيام بأداء، أو امتناع عن عمل؛ ويكون هذا الالتزام بدون أن يستطيع الملتزم افتكاك عوض أو مقابل عنه.

فمثل إعطاء شيء بدون مقابل كنقله حق عيني، كحق الملكية، أو أي حق عيني متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الاستعمال وغيرها؛ وهذا ما ينطبق على أنواع من التبرعات كالهبة والوصية والوقف والعمرى⁽¹⁾ وغيرها، التي يختص التبرع فيها بأن يكون هناك تصرف للمتبرع في المال؛ فالتبرع في هذه الحالة من أعمال التصرف. وهو ما يطلق عليه في الفقه الغربي العطايا *Les libéralités*

ومثل الأداء بدون مقابل القيام بعمل ينعف المتبرع له بدون انتظار عوض منه، كالعارية، والوكالة بدون أجر، وكالوديعة بدون أجر، والتبرع بأداء خدمة كتقديم دروس مجانا وغيرها؛ فالالتزام في هذه الحالة يعتبر تبرعا وإن لم يكن هبة، ويصطلح عليه في الفقه الغربي بعقود التفضل *Contrat de bienfaisance* أو *Contrat à titre gracieux*

ومثل الامتناع بدون مقابل كإسقاط المتبرع لحق من حقوقه لصالح المتبرع له، مثل إسقاط حق الشفعة، فإنه في الحقيقة امتناع عن المطالبة بحقه.

ونلاحظ أن الحالة الأولى التي فيها إعطاء بدون مقابل هي التي يتحقق فيها التبرع بمعنى الهبة بمفهومها العام، التي هي افتقار من جانب المتبرع الذي هو الواهب لصالح المتبرع له الذي هو الموهوب له، وبإضافة مقومات أخرى خاصة بالهبة اصطلاحا يقتصر المعنى عليها فقط، وذلك بإضافة مقوم أن يكون هذا الإعطاء بين الأحياء فتخرج الوصية مثلا وهكذا.

ولابد أن يكون الالتزام المقدم من طرف المتبرع بدون عوض كما هو في كل أنواع التبرع وعلى

(1) العُمُرَى هي تملك منفعة دار مدة عمر المتبرع أو المتبرع له، انظر تفصيل الكلام فيها في ص 274 من هذه الدراسة.

رأسها الهبة التي عرفتها المادة 1/202 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة تمليك بلا عوض".
لكن أوردت الفقرة الثانية أنه "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف
تمامها على إنجاز الشرط"

فهل وجود مثل هذا الشرط مقترنا بالتبرع يخرج عن كونه تبرعا؟ وهي مسألة تحتاج إلى بحث
وتدقيق، ونتناولها في العنصر الآتي.

ثانيا: وجود شرط مقترن بالتبرع

تنص الفقرة الثانية من المادة 202 قانون الأسرة الجزائري أنه "يجوز للواهب أن يشترط على
الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط"، والأمر عام في كل تبرع ولا يختص
بالهبة فقط.

يتضح من مراجعة مسائل الهبة خصوصا والتبرعات عموما، أن هذا الشرط الذي يقترن بالتبرع
نوعان، أحدهما يقيد التبرع فقط بدون أن يخرج من مفهوم التبرع، والآخر يخرج من باب التبرع إلى
باب المعاوضات، وهو ما فصله فيما يلي:

1. النوع الأول من الشروط المقترنة بالتبرع وهي المقيدة له فقط:

وهو الشرط الذي يكون في مصلحة المتبرع له، كمن يتبرع لشخص بمال بشرط أن ينفقه على
أولاده، أو يسافر به ليتعلم. وكمن يتبرع لشخص أو لجهة ويشترط عليها أن تنفق ما تبرع به للمصلحة
العامة أو لجهة معينة، فالشرط معمول به، وهو كما نرى مقيد للتبرع، وأكثر ما يكون مثل هذه الشروط
في الوقف، إذ تنص المادة 218 قانون الأسرة الجزائري: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات
الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".

وهذا النوع من الشروط لا يخرج التبرع عن كونه تبرعا لأنه بمثابة التكليف، ولا يعتبر هذا
التكليف عوضا، والمتبرع لم يتجرد عن نيته في التبرع.⁽¹⁾ وهو العنصر النفسي، فمقوما التبرع
متوفران.

2. النوع الثاني وهي الشروط التي بمعنى الثواب فتخرجه عن التبرع

وهذا النوع من هذه الشروط وهو ما كان في معنى المقابل والثواب للمتبرع عن تبرعه، وهي
الشروط التي تكون في مصلحة المتبرع؛ والأمر مختلف هنا، لأن مثل هذه الشروط يجعل التصرف

(1) انظر د. جلال العدوي، مصادر الالتزام، ط 1997، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 62.

يأخذ أحكام التبرع بشرط الثواب أو هبة الثواب، فيخرج التصرف عن دائرة التبرعات إلى دائرة المعاوضات، لسبب بسيط وهو أن تقديم الالتزام عندما كان بشرط تحقيق التزام آخر، كان الالتزام الأخير بمثابة المقابل عن الالتزام المقدم، فانتهى المقوم المادي للتبرع، وأيضا فيه دلالة على عدم توفر المقوم الثاني وهو العنصر النفسي أي النية الخالصة في التبرع.

ومثاله كمن يتبرع أو يهب شيئا ويطلب المثوبة عنه كإنجاز عمل مثلا، فمثل هذا تطبق عليه أحكام التبرع بشرط الثواب أو هبة الثواب.

ولم يفصل المشرع الجزائري بين الأمرين، بينما فصل المشرع المصري في المواد 497، 498، 499 من القانون المدني المصري، وجاء فيه بأحكام اشتراط الواهب عوضا عن هبته كالوفاء له بديونه، وفي حالة اشتراطه العوض لمصلحته أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة وغير ذلك من الشروط.⁽¹⁾

إذن في نظري ليس دقيقا من فسر الفقرة الثانية من المادة 202 قانون الأسرة الجزائري وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 486 من القانون المدني المصري على أن المقصود هبة الثواب، وإنما الأدق في نظري أنها تعني أن التبرع لا يخرج عن ماهيته إذا أقدم المتبرع على اشتراط يقع على عاتق المتبرع له، بل يجوز له ذلك؛ فهي تتكلم عن تقييد للهبة.

ويمكن أن يفهم من هاته الفقرة هبة الثواب، لكن الظاهر أن المقصود الشرط المقيد للهبة، لكن في كل الأحوال لا بد من التفصيل السابق.

فيصح أن يفرض المتبرع على المتبرع له القيام بالتزام معين دون أن يتجرد من نية التبرع، ودون أن يؤثر ذلك على اعتبار العقد من عقود التبرع، كأن يشترط التزاما لمصلحة المتبرع له نفسه، بأن يهب له مبلغا من المال ويلزمه إنفاقه في القيام برحلة علمية يفيد منها، أو في الإنفاق منه على تحصيل العلم، أو في شراء عقار أو سندات مالية يدرها، أو نحو ذلك مما هو في مصلحة الموهوب له. وواضح أن هذا الالتزام إنما قرره المتبرع لمصلحة المتبرع له، فهو والتبرع معا يفيدان المتبرع له فائدة محضة.⁽²⁾

(1) انظر د. محمد تقيّة، مرجع سابق ص31.

(2) انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ط3، 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج5، ص13. و انظر أيضا جلال العدوي، مرجع سابق، ص64.

وقد يكون التبرع لشخص معنوي ويشترط المتبرع تخصيص المال المتبرع به لبناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك، وهذا أيضا في مصلحة المتبرع له إذ يعينه على تحقيق أغراضه الخيرية. وقد تكون قيمة الالتزام المفروض على المتبرع له أكبر من قيمة المال المتبرع به، كأن يهب شخص لجمعية خيرية مبلغا من المال على أن تنشئ مستشفى تزيد تكاليفه على هذا المبلغ، فيبقى مع ذلك التصرف تبرعا.⁽¹⁾

قال الأستاذ السنهوري: يسمي الفقه في بعض الأحيان الهبة المقترنة بالالتزام لمصلحة الموهوب له بالهبة المقيدة، تميزا لها عن الهبة بعوض، ويكون كل من الهبة المقيدة والهبة بعوض هبة مثقلة بأعباء أو تكاليف. ويجب التمييز بين هذه الهبة المثقلة بالأعباء والتكاليف وبين الهبة المعقدة على شرط فاسخ...⁽²⁾

الفرع الثاني: العنصر المعنوي في التبرع

لا يقوم التبرع بعنصره المادي السابق الذكر فقط، وهو تقديم التزام بدون مقابل، بل لابد أن ينضم إليه قصده التبرع بالالتزام المذكور، وهو العنصر النفسي، فإن لم ينو التبرع ويرض به، لا نكون أمام تصرف تبرعي، وهو من خصائص عقود التبرع لا يوجد في غيرها⁽³⁾، كما سيأتي. فقد يقدم الشخص التزاما بدون مقابل ولا تكون عنده نية التبرع، كأن يوفي بالالتزام طبعيا، فهو لا يتبرع وإنما يوفي ديننا وإن كان لا يجبر على الوفاء به، فيكون تصرفه هذا وفاء لا تبرعا، ولا يستطيع الرجوع فيه، حتى في الأحوال التي يستطيع الرجوع في التبرع..⁽⁴⁾ وهناك صور تلتبس بالتبرع ولكن ليست من التبرع في شيء، لعدم توفر العنصر القصدي وهو نية التبرع نذكر منها ما يلي:⁽⁵⁾

. تجهيز الأب ابنته، أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج، أو إعطاؤه مبلغا من المال ينشئ به متجرا أو نحو ذلك، ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفي الأب بالالتزام طبعيا، فهو لا يتبرع،

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص13 بتصرف.

(2) انظر المرجع نفسه، هامش ج5 ص13.

(3) جلال العدوي، مرجع سابق، ص63.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص16.

(5) انظر نفس المرجع والصفحة بتصرف.

يكون وفاؤه هذا وفاء لا تبرعا.

. عطايا المكافأة وهي العطايا المقدمة للإثابة على خدمة أو صنيع، فمن ينفح خادما له مبلغا من المال مكافأة له على إخلاصه في العمل لا يتبرع، ولكنه يفي بالتزام طبيعي، ذلك أن عطايا المكافأة أو هبات المجازات تكون معاوضة إذا كانت وفاء للتزام طبيعي.

. المكافآت السنوية التي تعطيها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم، فهذه عطايا لا تعتبر تبرعا، بل هي جزء من المرتب وإن كانت جزء غير ثابت.

. والنفحة (البقشيش) التي ينفحها العميل لخدمة المقاهي والمطاعم والفنادق وما إليها لا تعتبر تبرعا، بل هي جزء من الأجر ترتب بحكم العرف.

. وقد يعطي الشخص مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض، بل يقصد جني منفعة مادية أو أدبية، فتنتمي في هذه الحالة نية التبرع، ولا يعتبر التصرف هبة. فإذا أعطت البلدية أرضا دون مقابل لشركة لتتنشئ عليها فندقا في مصيف أو مشتى، وقد قصدت البلدية بهذه العطية رواج المصيف أو المشتى، فقد قصدت جني منفعة مادية، وانتفت عندها نية التبرع، فلا يعتبر تصرفها هبة. وإعطاء الحكومة أرضا بشرط تعميرها لا يعتبر هبة.

. ومن يعطي مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى، ويشترط أن تسمى المؤسسة باسمه، فإنه يكون قد قصد جني منفعة أدبية، ولا يعتبر تصرفه هبة.

. وإذا تبرع الوصي لمجوره بمال بعد بلوغه سن الرشد وكان ذلك حتى لا يطعن في حساب الوصاية، فإن التصرف لا يكون هبة لأنه ليس مصحوبا بنية التبرع.

فيجب إذن في التبرع أن تتمحض نية المتبرع للتبرع، دون أن يقصد وفاء بالتزام طبيعي، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع، أو إلى جني منفعة مادية أو أدبية وانتفاء فكرة التبرع مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.⁽¹⁾

وهكذا بتوفر المقومين المذكورين: تقديم الالتزام المالي دون عوض، سواء كان خاليا من أي اشتراط، أو كان مقترنا بشرط ليس في مصلحة المتبرع، وكذا توفر نية التبرع، يقوم التصرف التبرعي ويوجد، باختلاف أنواعه، لا يخرج منه شيء، سواء كان عن طريق العقد، أم عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة.

(1) المحكمة العليا في الجزائر تقابلها محكمة النقض في مصر.

المطلب الثالث: مصطلح التبرع في القانون وفي الفقه الإسلامي

للتبرع مصطلحات متعددة تدل عليه سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي، فيحسن هنا التطرق إليها قبل الخوض في تفاصيل أحكام التبرع. وتكاد تكون هذه المصطلحات متطابقة في الدلالة بين القانون والفقه الإسلامي لا تثير إشكالا بينهما، عدا مصطلح الالتزام إذا أطلق في الفقه الإسلامي فإنه يعني غير المدلول المشتهر في القانون، إذ يقصرونه على التزام التبرع خاصة، فلا بد من توضيح كل ذلك من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: تعدد مصطلحات التبرع في القانون وفي الفقه الإسلامي

هناك مصطلحات متداولة في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية تعبر وتدلل على أن التصرف تبرعي نذكر منها ما يلي: تبرع، بدون عوض، بغير أجر، بدون أجر، بدون مقابل، مجان. وهناك مصطلح آخر وهو عطية جمعها عطايا *libéralités*، وأكثر ما يستعمل في القانون المدني الفرنسي، ويقصدون به التبرع المقتضي للتمليك، ويخصونه في تصرفين فقط وهما: الهبات ما بين الأحياء، والوصايا.

ومن خلال استقراءي لكتابات الفقه الإسلامي القديمة فإن مصطلح العطية والعطايا هو أكثر شيوعا في القرون الأولى للفقه الإسلامي، ثم أصبح مصطلح التبرع والتبرعات أكثر تداولاً في القرون المتأخرة. على أن هذا المصطلح الذي هو العطية يوحي من لفظه أنه لا يقصد به إلا العمل الذي فيه إعطاء، فلا يدخل فيه التبرع الذي ليس فيه إعطاء كالتبرع بالعمل أو التبرع بالإسقاط الذي هو امتناع، فيكون التبرع أعم من العطية لأنه يشملها وغيرها.

وربما تجد بعضهم يستعمل العطية بمعنى مطابق للتبرع⁽¹⁾.

وقد يطلق على التبرع هبة بتوسع، كتقسيم أهل القانون الهبات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة⁽²⁾، فيقصدون هنا بالهبة التبرع لا محالة، لأنهم يذكرون أنواعا من التبرع ليس هبة بالمفهوم القانوني الدقيق للهبة كالاشرط لمصلحة الغير وغيرها؛ وإن كانت الهبة أخص من التبرع كما سيأتي،

(1) كالحطاب الفقيه المالكي في مستهل كتابه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"، مرجع سابق، فقد فسر الالتزام بالتبرع وبأنه بمعنى العطية.

(2) انظر التعريف بهذا التقسيم في ص 45 من هذه الدراسة.

والهبة أهم عقد تبرعي وأم الباب فيه.

الفرع الثاني: مصطلح "الالتزام" في الفقه الإسلامي

للاللتزام في القانون كما في الفقه الإسلامي، معنيان:

فيكون بمعنى التعهد l'engagement فيعود إلى فعل الشخص، ومعناه التصرف المتضمن إنشاء حق، فهو سبب للحق وبهذا المعنى جاء في القانون المدني الجزائري (الالتزام بالإرادة المنفردة). ويكون بمعنى الإلزام l'obligation ويعود إلى الأثر والحكم، أي الحكم الواجب بالشرع أو بالقانون.

ومعروف أنه إذا أطلق في القانون فإنه يقصد به المعنى الثاني؛ لكن إذا أطلق في عرف أهل الفقه الإسلامي وخاصة في كتبهم فيقصد به المعنى الأول بل معنى خاص فيه وهو التزام التبرع خاصة، فيخرج بذلك الالتزام بالمعوضة. يقول الحطاب المالكي⁽¹⁾ في تعريفه لاللتزام "وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية"⁽²⁾.

(1) وهو أحد شراح مختصر خليل المشهورين.

(2) الحطاب، مرجع سابق، ص 217.

ويقول أيضاً: مدلول الالتزام لغة: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة والنكاح وسائر العقود... وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم. انتهى كلامه.

وعلى ذلك يكون لمصطلح "الالتزام" ثلاث معان في الفقه الإسلامي، وكلها ترجع لفعل الشخص وإرادته أي كسبب منشئ: 1. الإيجاب بالإرادة المنفردة، 2. إيجاب التبرع على النفس، 3. إيجاب التبرع على النفس بلفظ الالتزام مثل: ألترم بكذا. ولم يذكر الحطاب معنى الالتزام الذي يقصد به الإلزام، لأنه في اعتقادي المعنى الأصولي وليس المعنى الفقهي، وهو الذي يطابق المصطلح القانوني، وهو الالتزام الناشئ، سواء نشأ إرادياً أم بغير الإرادة، وهو الذي يجبر على التزامه الشخص شرعاً أو قانوناً. وبهذا المعنى جاء في كتاب الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن خطاب الشارع (أن من شرط تعلق الخطاب إمكان فهمه لأنه إلزام يقتضي التزاماً) انظر الشاطبي، الموافقات، في مبحث المانع، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ج 1، ص 233.

فيبدو لي أن الأخير هو المعنى الأصولي عندهم لمعنى الالتزام وما سبق هو المعنى الفقهي له، لأن بعض المصطلحات يختلف معناها بين الفقه وأصول الفقه.

وقال الشيخ أحمد إبراهيم في مستهل كتابه الالتزامات في الشرع الإسلامي: "وتعريف (الالتزام) بالمعنى العام . وهو =

فيقصدون بالالتزام عند إطلاقه الالتزام (السبب) الذي هو من فعل الشخص وإرادته، وليس الالتزام الناشئ (الحكم) عن مصادره المجرر عليه قانونا أو شرعا.

ويزيد ابن رشد الفقيه المالكي الأمر أكثر وضوحا عندما يقول: "الحقوق الواجبة في الذمة على غير عوض فإنها تنقسم على قسمين: أحدهما أن تكون واجبة بالشرع من غير أن تلتزم... كنفقة الآباء والأبناء وما تحمله العاقلة من الدية. والثاني ألا تجب بالشرع إلا أن تلتزم... كالهبات والصدقات والنحل التي لم تتعقد عليها الأنكحة.."⁽¹⁾

بناء عليه فإن مصطلح "الالتزام" في أصول الفقه الإسلامي هو الذي يتطابق مع المصطلح القانوني، أي الالتزام (الحكم) الناشئ أي ما يكون نتيجة وأثرا لمصادر وأسباب الالتزام، و هو ما عناه الشيخ ابن رشد بالحقوق الواجبة في الذمة سواء كانت ناشئة إثر تصرف إرادي هو بعوض أم بغير عوض، أو كانت ناشئة عن تصرف لا إرادي. أما ما يتردد في الفقه الإسلامي فالمعنى الذي يرجع إلى فعل الشخص وإرادته فلا يصدق إلا على الالتزام الإرادي (السبب) سواء كان بعوض أم بدون عوض، وأكثر ما يستعمل فيما كان بغير عوض، وهو معنى التبرع، يعني الالتزام الناشئ عن التصرف التبرعي فقط.⁽²⁾

وهذه التفرقة حررتها والحمد لله بعد جهد، واستقراء طويل، وقد تعرض لها بعض أهل القانون والباحثين في الفقه الإسلامي أشرت إلى بعضهم، فلم يشفوا الغليل فيها فيما أرى، والله أعلم.

= المراد هنا . إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع ألزمه به، امثالاً وطاعة لأمر الشارع. انظر أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، القاهرة، بدون تاريخ.

فجعل للالتزام في الفقه الإسلامي معنى عام وهو ما يطابق اصطلاح أهل القانون، ومعنى خاص وهو التزام التبرع خاصة.

(1) ابن رشد، المقدمات الممهدة، ط1، 1988، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج2، ص333.

(2) للتفصيل انظر د. العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة، ص16 في محاولته التفرقة بين الإلزام والالتزام في الفقه الإسلامي. وانظر علي الخفيف في كتابه: التصرف الانفرادي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص18 وما بعدها.

المطلب الرابع: خصائص التبرعات وما يميزها عن التصرفات الأخرى

للتبرع خصائص تميزه عن سائر التصرفات فلا بد من ذكرها. وليكون مفهوم التبرع أكثر جلاء فلا بد أيضا أن نميزه عن التصرفات الأخرى المشابهة له أو التي تقابله، فلذلك سنحاول تمييز التبرع عن المعاوضات وهي تصرفات مقابلة له فبضدها تتميز الأشياء، ثم نميز التبرع عن الهبة لأن الهبة هو التصرف التبرعي المشهور بين الناس، وقد يطلق على كل تبرع هبة بتوسع وتساهل فلا بد من التمييز بين المصطلحين في القانون؛ وهناك تصرف آخر يشبه كثيرا بالتبرع، وقد وقع فيه مناقشات كبيرة بين أهل الفقه وهو التصرف بالإرادة المنفردة؛ وفي الأخير هناك تصرفات تلتبس بالتبرع وليست منه نذكر نماذج منها.

لذلك نتناول هذا المطلب في فروع خمسة، نذكر خصائصه أولا، وبعده نميز التبرعات عن المعاوضات، ثم نخرج للكلام عن تمييز التبرع عن تصرف الهبة، وتمييز التبرع عن التصرف بالإرادة المنفردة في فرعين تاليين، وفي الأخير نبين ما يلتبس بالتبرع وليس منه.

الفرع الأول: خصائص التبرعات

التبرع تصرف إرادي، أي الإرادة عنصر أساسي فيه، بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية، فلذلك يكون عقدا ويكون تصرفا بالإرادة المنفردة، أما في الفقه الإسلامي فتغلب كفة التصرف بالإرادة المنفردة أو بمعنى أدق الإيجاب.

نية التبرع من خصائص عقود التبرع فلا توجد في سواها⁽¹⁾، فلا بد من فحص نية المتصرف بالتبرع وأنه ناو بتصرفه التبرع فعلا، بخلاف سائر التصرفات الأخرى، لا استكشاف فيها عن النيات، فمن يعاوض لا يفحص عن نيته إذا أراد المعاوضة فعلا أو لا.

ومن خصائص التبرع أنه توجد التزامات من أحد طرفيه (المتبرع) لا مقابل لها في الطرف الآخر (المتبرع له).

أيضا من خصائصها وجود الحيابة فيها، فلا بد من قبض المتبرع له للتبرع أو لرقبته كي يتم التبرع، ويستطيع الاستفادة منه.

التبرع بالمنقول هو من العقود العينية *contrats réels* لاشتراط الحيابة فيها. وخلافا

(1) جلال العدوي، مرجع سابق، ص 63.

للمعاوضات نجد أن التبرع تحت عليه الشرائع والديانات السماوية.
بعض التبرعات تعتبر في الشريعة الإسلامية واجبة، أي يجبر عليها الشخص إن رفض ولو بالقوة، فهي من الإحسان الإلزامي، وهي ما يسد حاجيات وضرورات الأفراد والمجتمع، مثل حق الارتفاق، وحق الإطراق وهو إعارة الفحل كما سيأتي.

الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات

تتميز التبرعات عن المعاوضات بأوصاف وأحكام تفرق بينها:
ففي عقود التبرع لا يتطلب المشرع نفس الأهلية أو الولاية التي يتطلبها في عقود المعاوضة، كما سيأتي تفصيله. فمن حيث الأهلية يعد الصبي المميز بالنسبة لعقود التبرع كامل الأهلية إذا كان هو المتبرع له، وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية. ومن حيث الولاية لا يكون للجد أو الوصي أو القيم ولاية من تثبت لهم الولاية على ماله، بينما يكون لهم، على اختلاف بينهم، وفي حدود معينة، ولاية المعاوضة على ذلك المال.⁽¹⁾
ونجد أنه لا بحث عن التوازن بين أطراف العقد في حالة التبرع، خلافا للمعاوضات، فلا يبحث عن استغلال أو غبن يقع على الطرف الثاني للتبرع وهو المتبرع له.
كذلك طيبة النفس أي الرضاء المقصود في التبرعات أخص من طيبة النفس المقرر في المعاوضات، ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها.⁽²⁾
كما نجد أنه لا عوض عن التزامات أحد أطراف التبرع وهو المتبرع، أما في المعاوضات فمن خاصيتها وجود العوض المقدم من كل طرف فيها.

وسبب التزام أحد طرفي عقد التعاوض هو وجود التزام الطرف الآخر، فله الحق بالدفع بعدم التنفيذ، أي أن يتمتع عن تنفيذ التزام عليه لمدينه حتى يقوم الطرف الآخر الذي هو مدينه بتنفيذ التزامه. لكن لا يتصور الدفع بعدم التنفيذ في عقود التبرع لعدم وجود التزامات متقابلة.
وقد يكون التبرع تصرفا بالإرادة المنفردة، أما المعاوضة فهي عقد تبادلي يلزم فيه الطرفان، فلا

(1) جلال العدوي، مرجع سابق، ص 65.

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ط 1، 1999، دار النفائس، الأردن، ص 362.

تكون إلا عقدا.

في عقود التبرع يعد الغلط في شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال. أما في عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط في الشخص لا يعد غلطا جوهريا إلا في شركات الأشخاص والعقود الواردة على عمل يعتد فيه بالاعتبار الشخصي دون سواها من العقود التي لا يعد فيها الغلط في الشخص غلطا جوهريا إلا إذا ثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار في التعاقد⁽¹⁾. فعقود التبرع للشخص محل اعتبار في إنشائها بخلاف عقود المعاوضات⁽²⁾.

وفي التبرع لابد من ضرورة توثيقه والتشديد في ذلك بالحيازة والشهود إضافة إلى الرسمية في بعضها، أما المعاوضات فهي عقود رضائية في الأصل. ولهذا لا يعتبر انعقاد عقد التبرع إلا بعد التحويز دون عقود المعاوضات⁽³⁾.

وللتصرف التبرعي ركن شكل خاص لا يعرف في سائر العقود والتصرفات. كما نجد أن شروط المتبرع له مخففة أو منعدمة، بخلاف المعاوضات التي تشترط فيها تعيين أطراف التعاقد كلها وأن تكون لها أهلية التعاوض.

ونلاحظ أن المسؤولية العقدية للمتبرع أخف من المسؤولية العقدية للمعاوض بالاتفاق بين القانون والفقهاء الإسلامي؛ فلا ضمان على المتبرع في تبرعه باختلاف أنواعه، بخلاف المعاوض فإن شرط التعاوض أن يضمن ما يعاوض به، فلا يضمن المتبرع هلاك العين المتبرع بها أو بمنفعتها من غير خطئه، ولا يضمن استحقاقه، ولا يضمن عيوبه الخفية، وسيأتي مفصلا.

ونجد أن عقود التبرع تعتبر أعمالا مدنية فقط؛ بينما عقود المعاوضة قد تكون أعمالا مدنية أو تجارية حسب الأحوال. كما أن ديون المحاصنة لا تدخل فيها التبرعات بخلاف المعاوضات⁽⁴⁾.

ويتوسع في وسائل انعقاد التبرعات على حسب رغبة المتبرعين، فيما يشترطونه من قيود وتعليقات في تبرعاتهم ما لم يخالف مقتضى العقد كاشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة، واشتراط

(1) جلال العدوي، مرجع سابق، ص 65.

(2) Jacques Ghestin, Yves Marie Serinet; Erreur, septembre 2006 (des extraits). Dalloz.fr, p51.

(3) ابن عاشور، مرجع سابق، ص 362.

(4) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج 2، ص 333. وانظر أيضا: الرصاع، مرجع سابق، ص 418 في باب في دين المحاصنة.

المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب، وغيرها من الشروط بخلاف المعاوضات⁽¹⁾.

في الفقه الإسلامي خاصة يتسامح في باب التبرعات عن الجهل والغرر الواقعين في محل التبرع كما سيأتي تفصيله، أما باب المعاوضات فيرون أنه باب المكايسات ومؤدي للنزاع والتشاحن فلا بد من سد مثل هذه الأمور فيه⁽²⁾. وأيضاً عندهم باب المعاوضة أقوى من التبرع المحض، ولعلمهم يقصدون قوة اقتضاء اللزوم، "فأقواها البيع إذ هو معاوضة تتم بالقول وتلزم به أحكامه على التمام..."⁽³⁾، ولذلك قالوا: نهت الشريعة عن بيع التبرعات حتى تقبض⁽⁴⁾.

وفي باب فلسفة التشريع الإسلامي يقولون لابد من ترغيب وتحريض أفراد المجتمع على تصرفات التبرع، أما المعاوضات فالجيلة الخلقية والحاجة داعيان إليها.

الفرع الثالث: تمييز التبرع عن الهبة

يقترّب مفهوم التبرع من الهبة كثيراً، لأن الهبة هي التصرف التبرعي الشائع والمشتهر بين الناس، وقد يكون مدلولها اللغوي مطابقاً لمعنى التبرع فلا بد من التفريق بينهما في القانون؛ ومن هذه الفروق ما يلي:

بين التبرع والهبة عموم وخصوص مطلق، فكل هبة تبرع ولا عكس، فيخصون الهبة بالإعطاء الذي فيه تمليك أي الذي يكون فيه إفقار للمتبرع من ماله، وإثراء للجانب الآخر، أما التبرع فهو يعم كل التزام بالمجان سواء كان فيه تمليك أم كان تقديم منفعة فقط، أو كان تقديم أداء، أو مجرد امتناع عن عمل.

وفي الهبة الواهب يلتزم بإعطاء شيء، أي هو تصرف في مال له، وهذا ما يميز الهبة بوجه عام عن سائر عقود التبرع، أما في عقود التبرع الأخرى مثل العارية والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر والتبرع بأداء خدمة أو عمل آخر فالمتبرع يلتزم بعمل أو بالامتناع عن عمل، وكل هذا لا يكون هبة وإن كان تبرعاً...⁽⁵⁾

(1) انظر ابن عاشور، مرجع سابق، ص 364.

(2) انظر مثلاً: الونشريسي، المعيار، ط 1981، الرباط، المغرب، ج 9، ص 324.

(3) انظر الونشريسي، مرجع سابق، ج 9، ص 335.

(4) علي الخفيف، التصرف الانفرادي، مرجع سابق، ص 11.

(5) انظر د. محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 29؛ وانظر أيضاً: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 8.

وقد جاء في المادة 486 من القانون المدني المصري: 1 . الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. 2 . ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين.

وتوضيحا بما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي كما يلي:

. يعرف المشروع الهبة تعريفا يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات، فهي تشترك مع سائر التبرعات (كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل) في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض، وفي أنها تقترب بنية التبرع ولكنها تتفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف، فالواهب يلزم بنقل ملكية دون مقابل، ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، كما في عارية الاستعمال والوديعة، لا يكون هبة وإن كان تبرعا، ولا يكون الامتناع عن الإثراء، من باب أولى هبة، فإذا رفض الموصى له الوصية، أو رفض المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشترط لمصلحته، فلا يعتبر ذلك هبة منهما، كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة، لأنها لا تشتمل على التزام بنقل ملكية.

. ولا ينفي نية التبرع أن يشترط الواهب عوضا لهبته، والعوض هو التزام ينشئه عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة...، ويكون العوض عادة أقل من الهبة، ولا يجوز على كل حال أن يكون أكبر منها، وإلا فإن الموهوب له لا يؤدي منه إلا بقدر الموهوب.

. ويلاحظ أن الهبة عقد يتم في حال الحياة، أما الهبة لما بعد الموت، وتختلف عن الوصية في

أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة، فباطلة ويكون الموهوب لورثة الواهب.⁽¹⁾ وقد سمي قانون الأسرة الجزائري الكتاب الرابع منه "التبرعات" وهي تسمية موفقة عندما جمع العقود الثلاثة الشائعة تحت هذا الاسم وهي الوصية والهبة والوقف، وأمر التبرع لا يقتصر عليها كما سبق بيانه، وإن كان الأولى تقديم أحكام الهبة، لأنها أم الباب، وكل القوانين سارت كذلك، لكن النص الفرنسي لقانون الأسرة الجزائري سمي هذا الكتاب من القانون كما يلي: (dispositions testamentaires)، فكأنه جعل العقود الثلاثة أنواعا من التبرعات المتعلقة بالموت Des libéralités à cause de mort، فإذا كان هذا يتماشى مع القانون الفرنسي الذي يصنفها كذلك،

(1) انظر عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، ط1، 2007، الناشر: قوانين الشرق، القاهرة، ص977.

فإنه لا يتوافق مع الشريعة الإسلامية، التي جعلت تبرعا واحدا فقط من سائر التبرعات هو المتعلق بموت المتبرع، وهو الوصية أو ما له حكمها. ومن أهم الفروق بين التبرع والهبة أن أداء خدمة يمكن أن يكون محلا لعقد التبرع، ولا يمكن أن يكون محلا لعقد الهبة.⁽¹⁾

الفرع الرابع: تمييز التبرع عن التصرف بالإرادة المنفردة

أجد هذا الفرع من المباحث المعقدة، ويثير إشكالات كبيرة، يبدو لي أنه لم يفصل فيها ولم تشبع بحثا إلى الآن، لا ممن بحثها وفق القانون فقط، أو في الفقه الإسلامي فقط، أو فيهما معا؛ لأن هذه المسألة تتجاذبها في اعتقادي عدة أطراف متداخلة:

منها مسألة صلاحية التصرف بالإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام التي يختلف فيها أهل القانون اختلافا شديدا، بل حتى التشريعات المدنية العربية لم تتفق في شأنها وكل منها أخذ بمذهب، وسأذكر ملخصها بعد قليل.⁽²⁾

ومنها مسألة القبول في التبرع في الفقه الإسلامي هل هو ركن في إنشاء التبرع، أم شرط لثبوت حكمه فقط، فإذا كان الأول فالتبرع في الفقه الإسلامي يمكن أن يقع باتفاق إرادتين، أي عقدا. أما إذا كان الثاني فمعناه أن التبرع في الفقه الإسلامي هو تصرف بالإرادة المنفردة فقط، وإلى هذا ينحو

(1) انظر جوزيف سيروا، مفهوم العطية، مقالة منشورة على موقع وزارة العدل الكندية، 2011.

Joseph Sirois, Le concept de «DON», article publié sur le site du ministere de la justice canadien, 2011. voir: www.justice.gc.ca/fra/bijurilex/fisc-tax/siroi/don-gift2.html

(2) حول مسألة اختلاف أهل القانون في صلاحية التصرف بالإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام أي كمصدر من مصادر الالتزام انظر مثلا:

. لاشين الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط1، 1986، مكتبة جامعة طنطا، مصر.

. السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص38 و183، والوسيط، مرجع سابق، ج1، ص131.

. العطار عبد الناصر توفيق، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مرجع سابق، ص286.

. علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص51 وما بعدها.

وغيرها.

الشيخ علي الخفيف في كتابه التصرف الانفرادي⁽¹⁾، وقد سوى بين عقود التبرع والالتزام الانفرادي⁽²⁾، وأيضا المذهب الحنفي كما أشار السنهوري في عدة مواضع.⁽³⁾

ومنها مسألة أحكام التبرع التي لم يرد في شأنها تشريع، هل يرجع فيها إلى القواعد العامة للعقد في التقنين المدني، أم يرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي، مثل ما نصت تلك التشريعات أنه يرجع في أحكام الهبة وسائر مسائل الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص (المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري مثلا).

فقبل أن نتطرق إلى ما يميز التبرع عن التصرف بالإرادة المنفردة، لا بد أن نحدد المقصود بالتصرف بالإرادة المنفردة، وأن نعرف مدى صلاحية هذه الأخيرة وقوتها في إنشاء الالتزام، وهو ما اختلف فيه في القانون إلى مذاهب كما سيأتي.

مسألة صلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام، الكلام فيها يطول، لكن نكتفي منها ما يتعلق بهذه الدراسة فنذكر مذاهب التشريعات العربية فيها فقط، ولن نتعرض إلى التفاصيل وأدلة كل فريق، وهي خمسة مذاهب:

مذهب يجعل من الإرادة المنفردة المصدر الوحيد لجميع الالتزامات التي يكون مصدرها الإرادة حتى إنهم ليرون أن العقد ليس إلا مجموع إرادتين... الخ، وهذا الاتجاه نحت إليه النظرية الألمانية⁽⁴⁾. والظاهر أن القانون المصري يأخذ بهذا المذهب، وهناك في الفقه المصري من أكد هذا الكلام وبعضه الآخر يرى بأنه يأخذ بالمذهب الذي يجعل الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام كما سيأتي. فمن الفقه المصري من يرى أن القانون المصري يأخذ بالنظرية الفرنسية في أن لا يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ومنهم من يرى أن المشرع المصري يأخذ بها على سبيل الاستثناء فقط في كلام طويل لهم⁽⁵⁾.

(1) مثلا: علي الخفيف، التصرف الانفرادي، مرجع سابق، ص 18.

(2) مثلا في: المرجع نفسه، ص 81 و 82.

(3) عندما تناول الهبة من كتابه الوسيط، مرجع سابق، ج 5.

(4) لمعرفة النظرية الألمانية في التصرف الانفرادي وحججها انظر مثلا:

علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 56؛ والسنهوري نظرية العقد، مرجع سابق ص 185، لاشين الغياتي، مرجع سابق، ص 23. وغيرها.

(5) انظر تفصيل الخلاف الفقهي حول موضع الإرادة المنفردة بين مصادر الالتزام في القانون المصري الحالي: =

ويقابل ما سبق مذهب يجعل العقد المصدر الوحيد للالتزام ولا يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ونحت إلى ذلك النظرية الفرنسية تأثراً بالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم⁽¹⁾.

وهناك مذهب ثالث يجعل الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً للالتزام، فهذا المذهب يحل الإرادة المنفردة مكاناً ضيقاً إذ لا يعتبرها مصدراً عاماً عادياً على مثال العقد، وإنما يعتبرها مصدراً استثنائياً وذلك في الأحوال التي تقتضيها ضرورة استقرار العلاقات الاجتماعية وصلاحها، وذلك تكفل القانون ببيانه، وإذن فلا تكون مصدراً إلا في الأحوال التي نص على اعتبارها مصدراً فيها.⁽²⁾

وقد أخذت بهذا المذهب عدة تشريعات عربية منها:

القانون المدني العراقي فقد نصت المادة 1/184 منه على أنه: لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبه إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.

والقانون المدني الكويتي فقد نصت المادة 1/220 منه أن: التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاماً ولا يعدل في التزام قائم ولا يبيئه، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون.

وأيضاً القانون اللبناني ففي المادة 148 القانون المدني اللبناني: إن المشيئة الواحدة وإن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمي، هي في الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات إلزامية ما دامت لم تقتنر بمشيئة أخرى تتمثل بها مصالح مستقلة أو مخالفة. غير أنه يجوز على وجه استثنائي وفي أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد كعرض التعاقد أو التعاقد لمصلحة الغير...

ويوجد مذهب رابع يبقي على العقد باعتباره مصدراً للالتزام، يقوم إلى جانبه مصدر آخر له القوة والمكانة وهو الإرادة المنفردة، ومن ثم تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً عاماً عادياً للالتزام، وبذلك يكون كل تعبير عن الإرادة صادر من صاحبه بنية الالتزام ملزماً له، وعليه يكون للالتزام مصدران إراديان: العقد والإرادة المنفردة.⁽³⁾

= د. لاشين الغياتي، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها. ود. العطار، مرجع سابق، ص 291 هامش 1. وغيرها.

(1) انظر السنهوري نظرية العقد، مرجع سابق، ص 184.

(2) انظر علي الخفيف، التصرف الانفرادي، مرجع سابق، ص 60؛ ود. لاشين الغياتي، مرجع سابق، ص 54.

(3) انظر علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 59؛ والسنهوري نظرية العقد، مرجع سابق، ص 185. ود. لاشين الغياتي،

المرجع نفسه، ص 23، وغيرها.

أما المذهب الخامس في هذه المسألة يعتبر التصرف بالإرادة المنفردة منتجا لآثار قانونية، ممكن أن تكون التزاما ويمكن أن تكون هذه الآثار القانونية ليست التزاما، وعليه فليس كل تصرف بالإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

وهو أعدل المذاهب في رأبي وقد أخذ به التقنين المدني الليبي، حيث تنص م165 القانون المدني ليبي في أحكام الإرادة المنفردة: 1- إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام سرى عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون. 2- وتسري بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونياً يرتب آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام.⁽¹⁾

أما القانون الجزائري فيبدو لي متردد، فهو قبل تعديل 2005 للقانون المدني، ذكر نموذجين للتصرف بالإرادة المنفردة، الوعد بالجائزة والاشتراط لمصلحة الغير، ولم يحصر عددا مثل ما فعلت بعض التشريعات. كذلك لم يذكر أي علاقة بين الإرادة المنفردة ونشأة الالتزام مثل ما فعلت تشريعات أخرى، ثم بعد تعديلات 2005 للقانون المدني، استحدث فصلا سماه (الالتزام بالإرادة المنفردة) أورد فيه المادة التالية:

المادة 123 مكرر: يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول. فهذه المادة الجديدة تتحدث عن إنشاء الإرادة المنفردة للتصرف القانوني مطلقا، وتحاشت الدخول في التفاصيل التي اختلفت في شأنها التشريعات حول هذا الموضوع. مع أن النص الفرنسي للمادة يتحدث عن تصرف خاص وهو التصرف المنشئ للالتزام أي الالتزام بالإرادة المنفردة وهو أخص من التصرف بالإرادة المنفردة، فيبدو لي أن الترجمة غير دقيقة سواء كان الأصل بالعربية أم بالفرنسية⁽²⁾؛ فالتصرف عمل قانوني عام قد يكون فيه التزام وقد لا يكون. ثم ذكر في المادة التي تليها (المادة 123 مكرر 1) التصرف بالإرادة المنفردة من خلال وعد

(1) هذا المذهب استخلصته من خلال استقرائي للتشريعات المدنية العربية، ولم أجده مذكورا في أي مرجع.

(2) النص باللغة الفرنسية كما يلي:

Art. 123bis: On peut s'engager par sa volonté unilatérale tant que le tiers n'est point obligé.

L'engagement par volonté unilatérale est soumis aux dispositions régissant le contrat à l'exception de celle relatives à l'acceptation.

الجمهور بجائزة، وذلك كنموذج وليس على سبيل الحصر كما نصت التشريعات العربية الأخرى. بعد هذه الإطلالة الضرورية على المذاهب القانونية في الأخذ بالتصرف بالإرادة المنفردة ومدى صلاحيتها لنشأة الالتزام، نستطيع أن نباشر الآن تمييز التبرع عن التصرف بالإرادة وذلك أخذا بالمذهب المرجح، وهو أنها يجوز أن تكون منشئة للتصرف مطلقا، سواء كان منشئا للالتزام أم لم يكن، يعني يمكن أن تكون مصدرا للالتزام ويمكن أن لا تكون كذلك، وذلك كما يلي:

فبين التبرع والتصرف بالإرادة المنفردة عموم وخصوص من وجه، فالتصرف بالإرادة المنفردة قد يكون تبرعا كالوصية وقد لا يكون تبرعا كالإجازة، والقبول فقط. والتبرع قد يكون بالإرادة الواحدة كما مثل، وقد يكون عن طريق التعاقد كالهبة إلى معين. "العمل أو التصرف القانوني التبرعي قد يكون عقدا صادرا من جانبين كالهبة، أو إرادة منفردة صادرة من جانب واحد كالوصية والإبراء من الدين، ويكون العمل تبرعا إذا كان المتصرف لم يأخذ مقابلا لما أعطى".⁽¹⁾

وبالاستقراء نجد أن التبرع عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة مجاله في الفقه الإسلامي أوسع من القانون. ويوجد من مذاهب الفقه الإسلامي من يجعلهما متطابقين.⁽²⁾

كما أن التبرع دوما سبب ومصدر منشئ للالتزام، أما التصرف بالإرادة المنفردة وفق أرجح المذاهب التي رأيناها قد يكون مصدرا منشئا للالتزام، وقد لا يكون عندما ينشئ أثارا قانونية أخرى غير نشأة الالتزام.

وهذه التفرقة الأخيرة تقودنا إلى موضوع أراه مهما جدا وهو الموازنة بين المعاوضات والتبرع كمصدرين إراديين للالتزام في مقابل المصدرين التقليديين: العقد والتصرف بالإرادة المنفردة. وهو ما سنتطرق إليه هذه الدراسة من خلال مباحث وفصول عرض نظرية التبرع، وأيضا نجعله من نتائجها وثمراتها، في خلاصة الباب الثاني والدراسة قاطبة.

الفرع الخامس: ما يلتبس بالتبرع وليس منه

مثنا عندما تكلمنا عن مقومات التبرع لبعض التصرفات بأنها ليست تبرعات لعدم توفر مقومات

(1) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 139 بتاريخ 1981/12/07، راجع عمار نصار، مرجع سابق، ص726.

(2) انظر علي الخفيف، التصرف الانفرادي، مرجع سابق، ص81 و82.

التبرع فيها، أو أحدها، ونزيد الأمر هنا أكثر وضوحا بذكر بعض نماذج من التصرفات قد تلتبس بالتبرع، وليست من التبرع في شيء، لعدم توفر مقومات التبرع فيها؛ فنذكر منها:
أبرز نموذج عن ذلك ويستشهد به في القانون وهو الوفاء بالالتزام الطبيعي فليس من التبرع. فقد جاء في المادة 202 من القانون المدني المصري أنه لا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا.

ويوضحه ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي: "ويشترط لصحة الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار وأن يكون حاصلًا على بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي، لا يكفل القانون جزاء... فإذا تحقق هذا الشرط كان لأداء الدين حكم الوفاء لا حكم التبرع. ويتفرع على ذلك نتائج أربع: أولاها: امتناع المطالبة برد ما دفع فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعا يجوز الرجوع فيه، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحو نية التبرع عليه. والثانية: عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي، وعلى خلاف التبرعات فيغلب فيه اشتراط ذلك. والثالثة: الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام دون اشتراط أهلية التبرع. والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعا وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصة وتصرفات المريض مرض الموت"⁽¹⁾.

أما في شأن المادة 202 من القانون المدني المصري: "الالتزام الطبيعي يصلح سببا للالتزام مدني" فقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي له: تعرض المادة لأثر آخر من آثار الالتزام الطبيعي، فتقرر صلاحيته لأن يكون سببا للالتزام مدني عند اعتراف المدين به، وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأي في هذا الخلاف، والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا، بل هو إنشاء للالتزام مدني يقوم الالتزام منه مقام السبب، وما دام الاعتراف بالالتزام الطبيعي لا يعتبر من قبيل التبرعات فهو لا يخضع لأحكامها من حيث الشكل أو الموضوع شأنه شأن الوفاء من هذا الوجه"⁽²⁾.

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص509.

(2) المرجع نفسه. وانظر المادة 1235 من القانون المدني فرنسي، ونصها كما يلي:

Art. 1235: Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

مثال آخر وهو هبة الأدنى إلى الأعلى، جعلوها من القرائن التي تدل على أن المقصود هبة الثواب وليس الهبة الخالصة، وسيأتي في موضعه عند الكلام على التبرع بشرط العوض⁽¹⁾.
أيضاً صاحب العمل الاحترافي إذا لم يذكر أجراً على عمله، فلا يحمل على التبرع، فقد جاء في المادة 903 القانون المدني العراقي: 1 . يفرض في أداء الخدمة، أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس مما جرت العادة بالتبرع به أو عملاً داخلياً في مهنة من أداها. 2 . وإذا لم ينص العقد على مقدار الأجر قدر بأجر المثل.
وفقرتها الأولى مطابقة للمادة 681 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 626 من القانون المدني البحريني.

وفي الفقه الإسلامي: كل من تبرع من الأجراء والصناع بعمله من غير موافقة عليه بأجرة معلومة، فلا يحمل على التبرع وإنما يحمل محمل هبة الثواب، وإلا بطل وفسد.⁽²⁾

(1) انظر ص 296 من هذه الدراسة.

(2) قاله القاضي ابن مناصف المالكي، انظر ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986، القاهرة، ج2، ص203.

المبحث الثاني: أنواع التبرعات وعلاقتها بالمصادر الإرادية للالتزام

التبرع كتصرف تتعدد أنواعه، ولهذا تعددت تقسيماته، على حسب المعيار المتخذ في هذا التقسيم أو ذلك، فيقسمونه إلى هبات وتفضل، باعتبار نقل الملكية فيه من عدمها، أو تقديم المنافع دون نقل ملكية الرقبة، ويقسمونه إلى هبات مباشرة وغير مباشرة باعتبار آخر وهو إذا كان هناك نقل للحق العيني أو ترتيب للالتزام على المتبرع مباشرة إلى الواهب إلى غير ذلك، ويقسمونه أيضا إلى تبرع محض وهو إذا كان خالصا من أي مثوبة مرجوة، وغير محض إذا كان غير ذلك، وهناك تقسيمات أخرى نتطرق إليها.

وأضفت إلى ذلك تقسيما آخر وهو ما إذا كان التصرف موضوعا بالأصالة للتبرع كالهبة والإبراء فنطلق عليه التبرع الحقيقي، ومن التصرفات ما يقع تبرعا ويقع أيضا على وجه المعاوضة، لذلك احتيج إلى بيان وجه ذلك، فيكون هو التبرع الإضافي.

وهناك مسألة مهمة هنا وهي علاقة التبرع بالمصادر الإرادية للالتزام، فقد سبق أن رأينا أنه ينشأ عن طريق العقد، وعن طريق الإرادة المنفردة، لكن بالاستقراء نجد أن التصرفات المنشئة للالتزام إما أن تكون معاوضة وإما أن تكون تبرعا، فإذا كان كذلك فما وزن تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات؟

لذلك احتاج هذا المبحث إلى تفصيل للكلام عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعداد تصرفات التبرع

المطلب الثاني: تقسيمات التبرعات

المطلب الثالث: علاقة التبرع بالمصادر الإرادية للالتزام

المطلب الأول: تعداد تصرفات التبرع

نعرض أولاً ما ورد في الفقه الإسلامي في تعداد تصرفات التبرع لأنه الأقدم مما بين أيدينا في هذا الشأن، ولأنهم أثروا باب التبرعات بأنواع كثيرة من التصرفات.

ورد في كتب الفقه الإسلامي أن "عقود التبرعات: النحلة، والهبة، والصدقة، والحبس، والعريّة وهي هبة الثمرة، والمنحة وهي هبة لبن الشاة، والهدية، والإسكان وهو هبة منافع الدار مدة من الزمان كسنة، والعمرى وهي تملك المنفعة مدة عمره، والعارية وهي تملك منافع الدابة ونحوها بغير عوض، والإرفاق وهو إعطاء منافع العقار للجار ليغرز في جداره خشبة مثلاً أو طريق أو فضل ماء ليسقي زرعه، والعدة وهي إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل، والإخدام وهو إعطاء منفعة خادم غلاماً كان أو جارية، والصلة وهو معروف بين الأقارب، والحباء العطاء الذي يعطيه الزوج لولي الزوجة عند العقد أو قبله. فهذه كلها من أنواع العطية وكلها تفتقر إلى حيازة ما عدا النحلة...".
وفي موضع آخر من نفس المرجع "عقود التبرعات: الصدقة والهبة والحبس والعمرى والإرفاق والصلة ومنه إقطاع الإمام والإخدام والإسكان والنحلة والعارية والهدية والمنحة والعريّة والاعتلال والعطية والحباء والرهن وهو آكدها".⁽¹⁾

قال الحطاب: فصل في الالتزام الذي ليس بمعلق، وهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء، فدخل في ذلك الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمرى، والعريّة، والمنحة، والإرفاق، والإخدام، والإسكان والنذر إذا كان غير معلق، والضمان والالتزام بالمعنى الأخص أعني بلفظ الالتزام. والفرق بين هذه الحقائق إنما هو بأمور اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كل باب. فخصوا الصدقة، والهبة بتمليك الرقاب وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة، والثانية فيما كان لقصد ثواب من المعطي أو الوجه المعطى لصداقة أو قرابة، ونحو ذلك. وخصوا الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة فإن كان ذلك على التأييد فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حياة المعطي فهو العمرى، وإن كان محدوداً بمدة أو غير محدود فهو العارية فإن كان ذلك في عقار أطلق عليه الإسكان وإن كان ذلك في ثمرة أطلق عليه العريّة، وإن كان في غلة حيوان أطلق عليه المنحة، وإن كان في خدمة عبد أطلق عليه الإخدام، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق

(1) انظر التوزري عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، 1339هـ، المطبعة التونسية، تونس، ج2، ص59.

عليه الإرفاق، وخصوصاً الضمان بالتزام الدين لمن هو له، أو التزام إحضار من هو عليه لمن هو له. وخصوصاً النذر المطلق بالتزام طاعة الله تعالى بنية القربى، والالتزام الأخص بما كان بلفظ الالتزام كما تقدم، وتخرج العدة لأنه لا التزام فيها وسيأتي الكلام على ما يقضي به منها، وما لا يقضي إن شاء الله تعالى، وهذا القسم يقضي به على الملتزم ما لم يفسد أو يموت أو يمرض مرض الموت إن كان الملتزم له بفتح الزاي معيناً، ولا أعلم في القضاء به خلافاً إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول... (1)

قال أحمد إبراهيم: وله صور شتى من هبة ووصية ووقف وإعارة والتزام دين على مدين لدائنه وإسقاط حق أو ملك وإبراء من دين وما إلى ذلك (2).

إذن هذه أنواع من التبرعات في الفقه الإسلامي، ولا أظن أنهم يقصدون حصرها وإنما ذكر الشائع فيها، فيضاف إليها تصرفات أخرى نصوا على أنها من التبرع في مواضعها ولم يذكرها في النصوص المذكورة، مثل الوكالة بدون أجر، والوديعة بدون أجر وغيرهما.

ويلاحظ أن المقصود بمصطلح العقد في قولهم عقود التبرعات في الفقه الإسلامي، هو ما يتناول العقد الذي هو اتفاق إرادتين، والتصرف بالإرادة المنفردة، فمعنى العقد عندهم الإيجاب سواء انضم إليه قبول أو لا.

وإذا رجعنا إلى القانون المعاصر نجد أصنافاً من التبرعات ظهرت حديثاً، كالتبرع بالحقوق المعنوية، والأسهم والسندات، والتبرع بالأعضاء سواء في الحياة أو بعد الممات، وبمنافع الأعضاء كتبرع المرأة برحمها لتنمية جنين امرأة أخرى، وهي مسألة لم تفصل فيها كثير من التشريعات.

وفي الغرب استحدثوا العقد التطوعي الجمعي *Le contrat de volontariat associatif* وهو تصرف تبرعي، جعلوا لأطرافه وضعاً قانونياً خاصاً، وسيأتي تعريف به، وأيضاً استحدثوا في فرنسا سنة 2007 مؤسسة تبرعية تشبه الوقف عندنا سموها (La fiducie)، وإن كانت معروفة في القانون الأنجلوسكسوني قبل قرون ويسمونها (Trust) وسيأتي التعريف بها وتكييفها القانوني والشرعي.

(1) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 218.

(2) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، ص 605.

المطلب الثاني: تقسيمات التبرعات

تبعاً لكثرة صور التبرع، تعددت تقسيماته وتنوعت، وذلك باعتبارات مختلفة، وإن جمع بينها مفهوم التبرع، وهو تقديم التزام مجاناً أي بدون مقابل فإنها تختلف بحسب المعيار المتخذ، فإذا كانت العبرة أن يكون الالتزام المقدم هو تملك فما كان كذلك فهو هبة وإلا فتفضل. وإذا كانت العبرة في الشروط الشكلية اللازم توافرها في الهبة فتقسم إلى هبات مباشرة، وهبات غير مباشرة وهي التي لا تستلزم تلك الشروط، وهكذا، لذلك نتناول هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل

الفرع الثاني: تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة

الفرع الثالث: تقسيم التبرعات إلى تبرع محض وغير محض، وإلى تبرع حقيقي وإضافي

الفرع الرابع: تقسيمات أخرى للتبرع

الفرع الأول: تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل

تنقسم عقود التبرع *contrats à titre gratuit* أو تصرفات التبرع *actes à titre gratuit*

في القانون الفرنسي إلى قسمين:

الهبات (*actes de libéralités*) وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله، كعقد الهبة ينقص

من مال الواهب بقدر ما وهب. ومعناها: أعمال التبرع التي يلتزم فيها المتبرع بإعطاء.

وعقود التفضل *contrats à titre gracieux, actes de bienfaisance* أو عقود التبرع

بالخدمات *contrat de services gratuits* ومعناها: إذا كان المتبرع يلزم بتقديم منفعة أو خدمة أي

يلزم بعمل أو بالامتناع عن عمل⁽¹⁾.

فعقود التفضل هي عقود التبرع التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم

دخول عوض في ذمة هذا المتبرع مقابل ما يؤديه من خدمة للطرف الآخر. ولهذا يمكن القول بأن

التبرع في عقود التفضل يؤدي إلى افتقار افتقارا سلبيا، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارية والقرض

بدون فائدة والوديعة بدون أجر.

وأما عقود الهبات فهي تلك التي لا يترتب عليها مجرد عدم دخول عوض في ذمة المتبرع وإنما

(1) السنهاوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص126، الوسيط له أيضا، مرجع سابق، ج5، ص9.

خروج مال من ذمته ينتقل إلى الطرف الآخر⁽¹⁾ كالهبة مثلا والوصية أيضا. ويطلق على عقود التفضل بالفرنسية أيضا (Les contrats désintéressés)، ويقابلها الهبات (Les contrats intéressés)⁽²⁾، أي تصرفات تبرعية ذات اعتبار وغير ذات اعتبار. وتكمن أهمية هذا التقسيم أيضا، في أنه "يرى البعض اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون التبرعات، أما هذه فيكفي فيها أهلية التصرف"⁽³⁾

الفرع الثاني: تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة

يقسم أهل القانون أيضا التبرعات تقسيما آخر، وهو تقسيمها إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة.

ويقصدون بالهبة المباشرة التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للمتبرع له. وهذا النوع من التبرع (الهبة المباشرة) هو وحده الذي يجب إفرغه في الشكل الواجب قانونا في الهبة.

أمثلة على الهبة المباشرة:

. أن يعطي شخص لآخر دارا أو سيارة بدون مقابل على سبيل التبرع، فيكون قد نقل له حقا عينيا هو حق الملكية على الدار أو على السيارة.

. أن يلتزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع.

أما الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من المتبرع.

أمثلة على الهبة غير المباشرة:

. النزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة.

. النزول عن حق شخصي. أي الإبراء. يعتبر هبة غير مباشرة.

(1) د. جلال العدوي، مرجع سابق، ص64.

(2) Merisescu Anica; Actes juridiques à titre gratuit formes des libéralités (critères concernant leur différenciation par rapport au autres actes, revue: acta universitatis danubius juridica, n°1/2009, Roumanie.

(3) السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، هامش ص126.

. الاشرط لمصلحة الغير يعتبر هبة غير مباشرة

. قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة.

ففي كل هذه الأمثلة يكسب المتبرع له الحق المتبرع به ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.⁽¹⁾ وفائدة التقسيم أنه يساعد في التمييز لنا بين التبرع الذي يفنر إلى الشكلية والعينية (الحيازة) وهو ما سموه بالهبة المباشرة المكشوفة، وبين التبرع الذي لا يحتاج إلى الشكلية وهو الهبة غير المباشرة، بالإضافة إلى الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر فلا تحتاج إلى الشكلية وإنما تأخذ شكل العقد الذي يسترها.

الفرع الثالث: تقسيم التبرعات إلى تبرع محض وغير محض، وإلى تبرع حقيقي وإضافي

أيضا يقسم أهل الفقه الإسلامي التبرع إلى تبرع محض وغير محض نذكره هنا، وهناك تقسيم آخر يمكن أن نذكره وهو تقسيم التبرع إلى تبرع حقيقي وتبرع إضافي.

أولاً: تقسيم التبرعات إلى تبرع محض وتبرع غير محض

يندرج تحت التبرع ثلاثة أنواع:

. تبرع محض مقصود قصداً أولاً ظاهراً، كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة.

. تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء، كالقرض، والكفالة في بعض صورها على قول..، والهبة

بشرط العوض على قول.

. تبرع ضمن عقد معاوضة، كالمحابة في البيع والشراء، وكالزيادة على المهر⁽²⁾.

وكذلك يقسمون: التبرع باعتبار ركنه وشروطه ومحلّه إلى:

. منجز: مثل: والله علي أن أتصدق بكذا، ووهبت لفلان كذا، ووقفت أرضي الفلانية.

ومعلق، مثل: إن شفى الله مريضى فعلى أن أتصدق بكذا، وإن ملكت الأرض الفلانية فهي وقف

لله تعالى، وقولك لامرأة: إن تزوجتني التزمت بالإنفاق على أبيتك وأمك مدى حياتهما.

. مؤبد، مثل: وقفت أرضي هذه على الفقراء والمساكين أبداً.

(1) انظر تفصيل الكلام عن هذا التقسيم ومما اختلف فيه، في السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص78 إلى

.84

(2) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، ص605.

ومؤقت، مثل: وقفت أرضي هذه على جهة كذا ثلاث سنين (مثلا)، أو وقفها على فلان فقط.
مطلق: وذلك بأن تكون الصيغة خالية من كل قيد، مثل: وهبت لك كذا وأوصيت لفلان بكذا.
ومقيد، وذلك بأن يكون الإيجاب مقترنا بشرط، مثل وهبت لك هذه الفرس على شرط ألا تباعها لفلان.

. نافذ، وهو ما صدر من مالك ذي أهلية تامة وانتقت عنه الموانع الأخرى من مرض وحجر الخ. وموقوف، وهو ما صدر من غير مالك أو من مالك ذي أهلية تامة لكن وجد مانع من النفاذ.
وصحيح، وهو ما استوفى كل أركانه وشروطه. وباطل، وهو ما صدر من غير ذي أهلية تامة، أو كان محل التبرع غير قابل له.

ثانيا: تقسيم التبرعات إلى تبرع حقيقي، وتبرع إضافي

باستقراء أنواع التبرعات المختلفة وجدت أنه يمكن تقسيمها أيضا إلى:
التبرع الحقيقي: وهو ما كان من التبرع بالأصالة مثل الهبة والإبراء،
التبرع الإضافي: وهو التصرف الذي يكون تبرعا بالإضافة إلى هذا الوصف، كالوكالة والوديعة لا بد من البيان أنها على سبيل التبرع أو ما يدل على ذلك كالقول أنها بلا أجر أو بدون عوض.
فمن العقود ما لا يمكن أن يكون إلا من عقود التبرع كما هو الشأن في عقد العارية وعقد الهبة التي لا يؤثر على اعتبارها من عقود التبرع أن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بتكليف معين ما دام الواهب لم يتجرد من نية التبرع، وما دام ذلك التكليف لا يعد عوضا عن المال الموهوب. بينما من العقود ما يمكن أن يكون من عقود التبرع أو ويمكن أن يقع معاوضة أيضا، وذلك حسب اتفاق الطرفين، كما هو الشأن في عقد الوديعة. فحيث لا يتفق الطرفان على أن تكون الوديعة بأجر فإن عقد الوديعة يكون من عقود التبرع كما هو الأصل فيه. أما من حيث يتفق المتعاقدان على أن تكون الوديعة بأجر فإن عقد الوديعة يكون من عقود المعاوضة على خلاف الأصل فيه.⁽¹⁾

الفرع الرابع: تقسيمات أخرى للتبرع

وأیضا يمكن تصنيف تصرفات التبرع إلى مجموعات، كل مجموعة تجمعها خصائص معينة،
فهناك:

(1) جلال العدوي، مرجع سابق، ج1، ص62.

. تبرع تملك: والمقصود التبرعات المقتضية للملك كالهبة، والرقي، والصدقة...
. تبرع إسقاط: أي التبرعات التي تتضمن إسقاط حق كالتنازل عن الحق، والتنازل عن الضمان،
وعن حق الشفعة، والإبراء، والصلح...، ومنهم من يعتبر الوقف إسقاط منفعة.
. التبرع بمنافع ذات: والمقصود التبرع بمنافع الشيء كالوقف، والعارية، والإباحة، العمري،
الإسكان، الرقي...
. تبرع بمنافع عمل كالوكالة، والوديعة، وأداء خدمة...
. تبرع بين الزوجين أو مقترن بزواج: والمقصود التبرعات التي ينعقد عليها الزواج، أو ما يتبرع
به الزوجان إلى بعضهما البعض، وهذا النوع من التبرع تجمع خصائص معينة، وله أحكام تخصه.
. تبرع ابتداء معاوضة انتهاء كالقرض، والكفالة، والتبرع بشرط العوض...
. تبرع مضاف إلى ما بعد الموت أو ما في حكمه كالوصية، وما له حكم الوصية.
. تبرع بنية الرقي: أي التبرعات المقصود بها ثواب الآخرة والتقرب إلى الله بصالح الأعمال
كالصدقة، والنذر، والالتزام، والتبئيل...
. ما يلتبس بالتبرع وليس منه: والمقصود تصرفات يشتبه كونها تبرعا وليست كذلك وسبق بيانها
كالمكافأة التشجيعية، وأداء خدمة...
. عقود تكون معاوضة وتكون تبرعا: كالإقالة والحوالة والكفالة والقرض...
. تبرع بأعضاء البدن أو منافعها: ولها أحكامها الخاصة بها.
وغيرها.

المطلب الثالث: علاقة التبرع بالمصادر الإرادية للالتزام

نتناول في هذا المطلب موضوع علاقة التبرع بالمصادر الإرادية للالتزام، وإمكانية تقسيم هذه
الأخيرة إلى معاوضات وتبرعات، فنحتاج أن نعرف أولا أن التصرف التبرعي يمكن أن ينشأ من أي
المصدرين الإراديين للالتزام، سواء بالعقد أو بالإرادة المنفردة، ثم نخرج للكلام على موضوع هام وهو
مدى إمكانية تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات على غرار تقسيمها المعهود في
القانون إلى عقود وتصرفات بالإرادة المنفردة، وأثر هذا التقسيم ومدى نجاعته، لذلك تطلب تقسيم هذا
المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التبرع ينشأ بالعقد وبالإرادة المنفردة

الفرع الثاني: تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات وأثره

الفرع الأول: التبرع ينشأ بالعقد وبالإرادة المنفردة

سبق ذكر أن التبرع يمكن أن ينشأ عن طريق العقد وذلك باتفاق إرادتين عليه، كالتبرع إلى معين مثلا، ويمكن أن ينشأ بالإرادة المنفردة كالتبرع إلى جهات البر، والتبرع بالوصية.
"العمل أو التصرف القانوني التبرعي قد يكون عقدا صادرا من جانبين كالهبة، أو إرادة منفردة صادرة من جانب واحد كالوصية والإبراء من الدين، ويكون العمل تبرعا إذا كان المتصرف لم يأخذ مقابلا لما أعطى"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات وأثره

سيبين من خلال هذه الدراسة أن الالتزامات تنشأ وتطرد يعني تزيد وتختلف باعتبار وجود المعاوضة في التصرف من عدمها (أي التبرع)، كما في الوكالة بأجر وبدون أجر، والهبة بشرط الثواب، والوديعة بأجر وبغير أجر، فالعوضية وعدمها هي سبب الالتزام، وليس مطلق التصرف عقدا كان أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

إذن فما المانع من تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات؟

وإذا وزنا بين التقسيم المذكور والتقسيم التقليدي سنجد فيما يبدو لي أن تقسيم المصادر الإرادية إلى معاوضات وتبرعات هو التقسيم الحقيقي الجامع المانع، ويسهل العملية بدون أن يثير أي إشكال.
ويبدو لي أن الأخذ بتقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرع بغض النظر إن كانت ناشئة عن طريق اتفاق إرادتين (العقد) أم كانت ناشئة عن طريق الإرادة المنفردة، له ما يبرره، وأنفع وأجدي سواء للتشريع أو للقضاء أو للفقهاء، ويمكن إيراد فوائد التقسيم المذكور في النقاط التالية، فإن تقسيم أسباب الالتزام الإرادي إلى معاوضات وتبرعات:

يحسم الجدل والخلاف القائم حول التصرف بالإرادة المنفردة، وما كثر في شأن صلاحيتها لإنشاء الالتزام من كلام.

. إنه يتجاوز نظرية "العقد" إلى نظرتي "المعاوضة" و"التبرع"، وأحكامهما الموضوعية هي المنتجة

(1) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 139 بتاريخ 1981/12/07، عمار نصار، مرجع سابق، ص726.

للآثار القانونية...

. هناك بالاتفاق تصرفات بالإرادة المنفردة ينتج عنها آثار قانونية غير الالتزام، إذن فالتقسيم التقليدي هو معيب لأنه غير مانع.
. الأخذ بالتقسيم المذكور يسهل مهمة التشريع، ويسهل مهمة القضاء، ويسهل مهمة الفقه، ويسهل مهمة التعليم والتدريس، لما ذكر ولأنه واضح لا لبس فيه.
. الأخذ بالتقسيم المذكور عملي أكثر، ومتداول بين الناس في يومياتهم، فلا أحد من غير المختصين يعرف شيئاً اسمه التصرف بالإرادة المنفردة، بخلاف لو قلنا له التبرع مثلاً.

المبحث الثالث: تنظيم تصرفات التبرع

نظمت مختلف التشريعات أحكام أنواع عدة من تصرفات التبرعات في تقنيناتها المختلفة، وقد اتفقت في أمور واختلفت في أخرى، سواء فيما يخص الأحكام أو ما يخص طريقة تناول تنظيم تلك التصرفات.

ونحن نستعرض كل ما يخص التبرعات من أحكام وتشريعات كان لابد أن نلقي بنظرة ولو إجمالية على طريقة تنظيم التشريعات المختلفة للتبرعات.

وللشريعة الإسلامية خصائصها في تنظيم التبرعات، وغاياتها في تشريعها، ولا شك أن التشريعات العربية المختلفة قد تأثرت بها كثيرا في هذا الباب.

ونبدأ بالتشريع الوطني فنتكلم عن القانون المدني، ونتكلم عن قانون الأسرة، والقوانين الخاصة والمقصود قانون الوقف، في كيفية تناولها لتنظيم التبرعات. ثم نتطرق للتشريعات العربية في نفس الموضوع، وأخيرا نختم بالتشريعات الغربية.

وعليه يكون هذا المبحث متناولا للمطالب الآتية:

المطلب الأول: تنظيم تصرفات التبرع في التشريع الجزائري

المطلب الثاني: تنظيم تصرفات التبرع في التشريعات العربية

المطلب الثالث: تنظيم تصرفات التبرع في التشريعات الغربية

المطلب الرابع: تنظيم تصرفات التبرع في الشريعة الإسلامية ومقاصدها فيه

المطلب الأول: تنظيم تصرفات التبرع في القانون الجزائري

نظم التشريع الجزائري تصرفات التبرع في القانون المدني وفي قانون الأسرة، وفي القوانين الخاصة وهي قانون واحد وهو قانون الوقف.

وسنجد أن التشريع الجزائري لم يخرج فيما يخص التبرعات عن قرناؤه في البلدان العربية، إذا استثنينا التشريع المغربي الذي لم ينظم تشريعيا أهم عقد تبرعي وهو عقد الهبة، وترك الأمر للقضاء يجتهد في أحكامها بالعودة إلى الفقه الإسلامي والفقه المالكي على الخصوص المعتمد عندهم. ويلاحظ أن التشريع الجزائري لم يتبع أغلب التشريعات العربية في تنظيمها لأهم عقد تبرعي وهو عقد الهبة في القانون المدني، بل فضل جعل أحكامها في قانون الأسرة، كما فعل التشريع التونسي، فهل لهذا من آثار وتداعيات؟

إذن نفرّد لكل من القوانين المذكورة فرعا نتكلم عليه، فتكون كما يلي:

الفرع الأول: تنظيم التبرع في القانون المدني الجزائري

الفرع الثاني: تنظيم في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الثالث: تنظيم التبرع في القوانين الجزائرية الخاصة مثل قانون الوقف

الفرع الأول: تنظيم التبرع في القانون المدني الجزائري

أهم عقود التبرع وأشهرها والشائعة بين الناس هي الهبة والوقف والوصية والصدقة. الثلاثة الأولى نظم قانون الأسرة الجزائري أحكامها، وسيأتي الكلام عليه، أما الصدقة فلم ينظمها التشريع الجزائري، وإن ورد لفظها في تعريف الوقف وسيأتي التعليق عليه، بل ولم تنظم التشريعات العربية الصدقة إلا التشريع اليمني.

إذن لم ينظم القانون المدني الجزائري أحكام عقد الهبة كما فعلت جل القوانين العربية، وكذلك لم ينظم أحكام الوقف كما فعلت الكثير من القوانين العربية، وأحال أحكامهما إلى ما ورد في قانون الأسرة، وما لم ينص عليه يرجع فيه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، هكذا بإطلاق.

وقد جاء القانون المدني الجزائري على ذكر الهبة والوقف من خلال تعديله بالقانون 05-10 في

المادة 16 منه الفقرة 2⁽¹⁾.

أما الوصية فقد ذكرها في أربعة مواد: المادة 16 السابقة الفقرة 1 في أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". والمادة 775 عندما أحالت على قانون الأحوال الشخصية فيما يخص أحكام الوصية. والمادة 776 عندما ألحقت تصرفات المريض مرض الموت التي يقصد بها التبرع بالوصية. والمادة 777 التي قضت بأن الشخص إذا تصرف لأحد ورثته بشيء واستثنى لنفسه حيازته والانتفاع به.. على أن هذا التصرف يكيف على أنه وصية. والمادة 844 التي تتكلم عن حق الانتفاع في أنه يجوز الوصية به للأحياء وللجمل المستكن. وفي كل هذا سار فيه القانون المدني الجزائري وفق القانون المدني المصري.

هذا عن أهم عقود التبرع وموقعها من التقنين المدني الجزائري، أما سائر عقود التبرع الأخرى فلم يختلف فيها القانون المدني الجزائري عن القانون المدني المصري والقوانين العربية فذكر أحكاما مختلفة للتصرف التبرعي في أبواب ومواضع مختلفة منه عندما يعرض وصف التبرع لعقد من العقود، كالوكالة⁽²⁾ والوديعة⁽³⁾ والحوالة⁽⁴⁾ مثلا، دون تخصيص التصرف التبرعي كتصرف مستقل بتعريف وأحكام وقواعد عامة، وهو ما لم تفعله كذلك سائر القوانين العربية، لكنه عرف التعاوض كما سبق ذكره، الذي هو بطبيعة الحال يقابل التبرع.

وإضافة لما ذكر نسجل هنا ملاحظتين:

الأولى اعتماد القانون المدني الجزائري للتصرف بالإرادة المنفردة كمصدر أساسي للالتزام وخاصة في تعديله بالقانون 05-10 حيث عنون ب"الالتزام بالإرادة المنفردة"، وسبق الكلام حول هذا الموضوع، وهذا ما لم يتبع فيه القانون المصري في عدم اعتداده بالإرادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزام، أو في جعله لها مصدرا استثنائيا على حد تأويل بعض الفقه.

أما الثانية شذو المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عندما خالف كل التشريعات العربية والغربية في عدم تفرقة بين الوكالة التبرعية والوكالة بأجر في التخفيف من المسؤولية العقدية من

(1) ونصها كما يلي: "يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

(2) بالنسبة للوكالة التبرعية انظر المادة 581 من القانون المدني الجزائري.

(3) بالنسبة للوديعة التبرعية انظر المواد: 592، 595، 596.

(4) بالنسبة للحوالة التبرعية انظر المواد: 244، 247.

عدمه، وقد نبه عليه البعض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تنظيم التبرع في قانون الأسرة الجزائري

سبق ذكر أن قانون الأسرة الجزائري نظم أحكام ثلاثة عقود تبرع مهمة وهي: الهبة والوقف والوصية، تحت عنوان كتاب "التبرعات" وفق الترتيب التالي: الوصية ثم الهبة ثم الوقف. وهو ترتيب غريب وخاصة بالرجوع إلى النص الفرنسي للقانون فنجد أن عنوان الكتاب كما يلي: (des dispositions testamentaires) أي تصرفات إيصائية، فعقد الهبة والوقف في الشريعة الإسلامية مستقلان كل الاستقلال عن الوصية ولا علاقة لهما بالتبرعات المتصلة بالموت، حتى يكون العنوان كذلك، أو يكون الترتيب كذلك. فالتصرف التبرعي الوحيد المتعلق بالموت هو الوصية أو ما يأخذ حكمها فقط، والهبة هي أم الباب في التبرعات وليست الوصية، بل كل التبرعات تعتبر هبة بالمفهوم الواسع للهبة كما سبق ذكره.

والملاحظة الجلية التي تبدو لأول وهلة أن المشرع الجزائري في أحكام هاته التصرفات كان مستقلا في اختياراته الحكيمة عن القانون المصري، حيث وافق فيها المذهب المالكي الذي يدين به الشعب الجزائري منذ القرن الثاني الهجري وكذلك شعوب المغرب العربي الكبير، وخالف فيها القانون المدني المصري الذي اتبع في أغلبها المذهب الحنفي وخاصة فيما يخص عقد الهبة.

يقول الدكتور تقيّة: أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما "استمد أغلب أحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي وجمهور الفقهاء، وتعتمد أن يأتي بالمبادئ العامة من الفقه المالكي وأهم الأحكام التفصيلية منه بدون أن يتوسع فيها، بما أحال فيما يلي منها على القانون المدني باعتباره الشريعة الأم، ما لم يتعارض مع الأحكام الموضوعية في الشريعة الإسلامية، وذلك بمقتضى م121 كما أحال فيما لم ينص عليه على أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى م222 قانون الأسرة الجزائري. وهكذا يتبين أن موقف المشرع الجزائري من الهبة كان موقف انتماء وسند وأخذ من الفقه الإسلامي الذي سبق أن اعتمد القضاء في فصله في مسائل الهبة على مبادئه واستند في أحكامه على قواعده مقتفيا ما استقر

(1) نبه عليه د. علي علي سليمان في كتابيه: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص44. والنظرية العامة للالتزام له أيضا، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر. ص19.

عليه العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله" (1)

لكن الدكتور في موضع آخر من كتابه في خاتمته رأى عدم توسع قانون الأسرة الجزائري الذي أشار إليه بعين الانتقاد فقال: "إن المشرع الجزائري أغفل آثار الهبة ولم ينص عليها باعتبار أنه اكتفى باشتراط الرسمية والعينية، ومع ذلك فإنه كان ينبغي له أن ينص على تلك الآثار" (2) وهذه الآثار متعددة كالتزامات الواهب والموهوب له، والكلام في المسؤولية العقدية للواهب، وحكم ضمانه للاستحقاق وللعيوب الخفية.

الفرع الثالث: التبرع في القوانين الجزائرية الخاصة مثل قانون الوقف

تميز الوقف عن سائر التبرعات بالاهتمام التشريعي عن طريق إصدار قانون خاص ينظمه، ومع خطورة التصرف الوقفي، والعدد الهائل للأموال الوقفية التي كانت في الجزائر (تقدر بحوالي 2600 ملك وقفي أثناء دخول المستعمر الفرنسي) (3) فلم يصدر قانون الوقف في الجزائر إلا سنة 1991م، ولحقته تعديلات من خلال قوانين لاحقة.

فإذا أردنا أن نعدد تلك القوانين فنذكر ما يلي:

. مرسوم 64-283 المؤرخ في 17/09/1964 يتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة يشتمل على 11 مادة. وهذا المرسوم لم يتم العمل به لأنه جمد فور صدوره. (4)
. قانون الأوقاف وصدر بمقتضى قانون 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

يشتمل على 50 مادة، وقد عدلت بعض موادها بقوانين لاحقة.

. قانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001 المتعلق بتعديل قانون الأوقاف

. قانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 يعدل ويتمم القانون 91-10 المؤرخ في

1991/04/27 (قانون الأوقاف).

(1) د. تقيّة، مرجع سابق، ص 48.

(2) د. تقيّة، مرجع سابق، ص 307.

(3) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة . الوقف . الوصية)، ط 2004، دار هومه، الجزائر. ص 94.

(4) المرجع نفسه، هامش ص 114.

المطلب الثاني: تنظيم تصرفات التبرع في التشريعات العربية

أغلب التشريعات العربية تناولت تنظيم أحكام الهبة في القانون المدني اقتفاء بالقانون المصري⁽¹⁾ كالقانون العراقي والكويتي والأردني والقطري والإماراتي والليبي والسوري والسوداني واللبناني والبحريني، وبعضها تناولها في قانون الأحوال الشخصية كما فعل القانون الجزائري والتونسي واليمني.

فالقانون الأردني مثلا نظم أحكام عقد الهبة في القانون المدني ضمن عقود التمليكات (المواد 557-581)، وفيها التزامات الواهب والموهوب له والرجوع فيها، وتكلم عن إيجار الوقف ضمن عقود المنفعة. والقانون العراقي نظم أحكام الهبة ومعها الصدقة في القانون المدني (المواد 601-625) وفيها التزامات الواهب والموهوب له والرجوع فيها.

ويتميز قانون الأحوال الشخصية اليمني في تنظيمه لأحكام التبرع بنية القرى متناولا نموذجين من التبرعات هما الصدقة والنذر.

وانفرد التشريع المغربي في عدم تنظيمه لأحكام الهبة أصلا، تاركا القضاء فيها يرجع إلى المشهور في المذهب المالكي المعتمد عندهم.⁽²⁾ ويلاحظ تأثر القانون المصري في أحكام الهبة بالمذهب الحنفي، وكذلك من وافقه كالقانون العراقي والسوري والليبي.

بعض التشريعات العربية نظمت الوقف في القانون المدني، وذكر القانون المصري منها أحكام إيجار الوقف في القانون المدني، وأغلب هذه التشريعات جعلت للوقف قانونا خاصا، وهذا لمكانته من جملة التبرعات، وخطورة هذا التصرف، ولأنه يقع في الغالب على العقار.

أما في شأن العقود التي يمكن أن تكون على سبيل التبرع مثل: القرض والعارية والوكالة والوديعة والحوالة والصلح وغيرها من كل تعامل يمكن أن يتم فيه تقديم مال أو منفعة أو خدمة بدون مقابل، فهذه نظم أحكامها القانون المدني في كل القوانين العربية، وتكاد تتفق في شأن أحكامها.

ويلاحظ بجلاء كما سيأتي تأثر أغلب التشريعات العربية في أحكام تصرفات التبرع المشهورة

(1) انظر د. تقيّة، مرجع سابق، ص 48.

(2) انظر ذ. عبد العزيز توفيق، عقود التبرع بين قواعد الفقه الإسلامي ونظام الرسوم العقارية، مجلة المحاكم المغربية، ع98، 2005، ص ص 61-72.

كالهبة والوقف والوصية بالمذهب الفقهي المتبع في البلاد، وهذا لما بين المدارس الفقهية من الرؤية المختلفة في شأن إنشاء التبرعات وأحكامها، وخاصة بين مذهب المالكية والجمهور، كما سنبينه في موضعه.

فيظهر بوضوح تأثر التشريع المصري بالمذهب الحنفي في شأن أحكام الهبة، كما يظهر بوضوح أيضا تأثر التشريع الجزائري بالمذهب المالكي، كما سيأتي.

المطلب الثالث: تنظيم تصرفات التبرع في التشريعات الغربية

نتناول في هذا المطلب كيفية تنظيم أحكام التبرعات في التشريعات الغربية، بأخذ بعض النماذج عنها، وذلك بالتطرق إلى التشريعين الفرنسي والكندي في هذا الشأن، ثم نبين مدى اهتمام الغرب عموما بهذا النوع من التصرف؛ فيكون هذا المطلب متناولا في فرع أولي تنظيم التبرعات في التشريع الفرنسي، ثم في فرع ثان تنظيم التبرعات في التشريعات الكندي والمقصود الخاص بمنطقة الكيبك، وفي فرع أخير التفات الغرب إلى أعمال التبرعات ونظام الأوقاف.

الفرع الأول: تنظيم التبرع في التشريع الفرنسي

يميز القانون الفرنسي كما سبق بيانه بين نوعي التبرع، التبرع المقتضي للتمليك ويسميه العطايا (Des libéralités)، والتبرع غير المقتضي للتمليك، ويسميه عقود التفضل (Les contrats de bienfaisances). أما هذه الأخيرة فنجدها في مواضعها من التقنين المدني الفرنسي، أغلبها في باب العقود المسماة منه، كعقد العارية والوكالة والوديعة... الخ.

أما النوع الأول من التبرع وهو العطايا فقد تناوله التقنين المدني الفرنسي في ثلاثة مواضع منه، كلها في الكتاب الثالث منه (طرق اكتساب الملكية).

الموضع الأول في فصل (التقسيم) من باب الميراث، والموضع الثاني هو الباب الثاني كاملا من نفس الكتاب المذكور ووضع تحت اسم (العطايا) وتناول الهبات بين الأحياء والوصايا؛ والموضع الثالث تناول استحداث مؤسسة في التبرع تعتبر جديدة على صعيد التشريع الفرنسي سنة 2007⁽¹⁾، وهي مؤسسة شبيهة بالوقف عندنا، وأطلقوا عليها اسم (La fiducie)، وأصلها في القانون

(1) استحدثت بموجب قانون 2007-211 المؤرخ في 2007/02/19.

الأنجلوسكسوني، وهو تصرف معروف قديماً في إنجلترا وانتقل إلى أمريكا ثم كندا، ويسمونه (Trust)، ومعناها (الثقة)، كأن من يقوم بهذا التصرف فهو يستأمن أمواله عند ثقة شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، من أجل التصرف في أمواله وفق ما اشترطه ولو بعد مماته؛ وقد تناولها الباب الرابع عشر من نفس الكتاب السابق أي (طرق اكتساب الملكية)، بين عقدي الوكالة والصلح.

وتفصيل هاته المواضيع كما يلي:

. الموضوع الأول هو القسم الثاني من الفصل الثامن (التقسيم) من الكتاب الثالث (طرق اكتساب

الملكية)، الباب الأول (الميراث)، بعنوان العطايا وقسمة الميراث Du rapport des libéralités (م843 . م863).

. الموضوع الثاني الباب الثاني (العطايا) من الكتاب المذكور يعني المواد من 893 إلى

1099⁽¹⁾.

(1) ويتكون من الفصول وأقسامها التالية:

الفصل الأول: أحكام عامة (م893 . م900-8)

الفصل الثاني: في أهلية التبرع وقبوله عن طريق الهبات بين الأحياء وعن طريق الوصية (م901 . م911)

الفصل الثالث: حفظ الميراث بتحديد مقدار العطايا وإنقاصها (م912 . م930-5)

الفصل الرابع: الهبات بين الأحياء (م931 . م966)

القسم الأول: شكل الهبة بين الأحياء (م931 . م952)

القسم الثاني: استثناءات على قاعدة الرجوع في الهبات بين الأحياء (م953 . م966)

الفصل الخامس: أحكام الوصية Des dispositions testamentaires (م967 . م1047)

القسم 1: قواعد عامة في شكل الوصية (م967 . م980). القسم 2: قواعد خاصة في شكل بعض الوصايا (م981 .

م1001). القسم 3: نظام الورثة والوصايا عامة (م1002 . م1002-1). القسم 4: الوصية عامة (م1003 .

م1009). القسم 5: الوصايا العامة (م1010 . م1013). القسم 6: الوصايا الخاصة (م1014 . م1024)

القسم 7: المكلفون بتنفيذ الوصية (م1025 . م1034). القسم 8: الرجوع في الوصية وبطلانها (م1035 . م1047)

الفصل السادس: العطايا المتدرجة والمتبقية Des libéralités graduelles et résiduelles (م1048 . م1061)

القسم 1: العطايا المتدرجة (م1048 . م1056). القسم 2: العطايا المتبقية (م1057 . م1061)

الفصل السابع: عطايا تقسيم Des libéralités-partages (م1075 . م1080)

القسم 1: أحكام عامة (م1075 . م1075-5). القسم 2: هبات التقسيم (م1076 . م1078-10)

الفقرة 1: هبات تقسيم للورثة المعينين (م1076 . م1078-3). الفقرة 2: هبات تقسيم لفروع من درجات مختلفة =

. الموضوع الثالث: الباب الرابع عشر العقد شبيه بالوقف La fiducie من الكتاب الثالث (طرق اكتساب الملكية) بين عقدي (الوكالة) و(الصلح) في المواد (2011 إلى 2030)، استحدثت بموجب قانون 2007-211 المؤرخ في 2007/02/19، وكما سبق ذكره هذا التصرف تقليد من فرنسا للبلدان الأنجلو أمريكية التي سبق لها أن عرفتة باسم (Trust)، وحاصله: جواز تصرف الشخص بنقل أملاكه إلى شخص طبيعي أو معنوي (Trustee) للقيام بمهام إدارة تلك الأموال ليس لصالح الناظر المذكور وإنما لمنتفعين يعينهم صاحب الأموال في العقد. وهذا التصرف لم يسبق أن عرفه القانون الفرنسي، ولا يزال الجدل الفقهي قائما في فرنسا الآن حوله، إن كانت النصوص التشريعية المستحدثة في التقنين المدني الفرنسي حافظت على طبيعة هذا التصرف كما هو أصل وضعه أو لا (1).

وهناك مواد أخرى متفرقة تحدثت عن علاقة الهبة بالزوجية كأثر التفرقة بين الزوجين على أحكام الهبة المادة 265، واشترط إذن أحد الزوجين في تبرع الآخر المادتان 274 و1422.

بعد هذا العرض لطريقة تناول التقنين المدني الفرنسي لأحكام تصرفات التبرع، في مختلف المواضيع من نصوصه نسجل الملاحظات الآتية على تنظيم التشريع الفرنسي لتصرفات التبرع:

. البيان والتفصيل وعدم الإجمال، وهذا يسهل مهمة القضاء ولننظر عدد المواد، وتقسيمات فصولها المختلفة.

. كثرة القيود والتشديدات على تصرف الشخص بالهبات، وهذا من أجل حماية تكون لصالح الورثة والعائلة، كاشتراط المشرع للرسمية في إنشائها، وفسخها أو إنقاصها لمصلحة الورثة إذا تجاوزت القدر المسموح به، ومن تلك القيود أيضا إجازة الرجوع في الهبة استثناء إذا رزق الواهب بعد الهبة بولد ولم يكن له ولد وقت إبرامها أو ظهر من الموهوب له عقوق للواهب وجهود إحسانه وتكرمه (2).

. في القانون الفرنسي تتصل الهبة اتصالا وثيقا بالميراث إلى حد أنه يتقرر على الموهوب له حقان، حق الرجوع (droit de rapport) إذا كانت الهبة لوارث فيجب على الموهوب له الوارث أن

= (م1078-4 . م1078-10) . القسم 3: وصية تقسيم (م1079 . م1080)

الفصل الثامن: الهبات المنعقد عليها الزواج لصالح الزوجين ولأولادهما (م1081 . م1090)

الفصل التاسع: التبرع بين الزوجين في عقد الزواج، وبعده (م1091 . م1099-1)

(1) Cédric Bernat, La fiducie en droit français, 2010.

<http://cedricbernat.wordpress.com/2010/08/31/la-fiducie-en-droit-francais>

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص22.

يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه، وحق الإنقاص (droit de réduction) إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية. فالهبة والوصية في القانون الفرنسي متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث. أما في الشريعة الإسلامية، وقد سار عليها التقنين المدني المصري فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت...⁽¹⁾

نصت المادة 894 من التقنين المدني الفرنسي على أن "الهبة ما بين الأحياء تصرف (acte) ولم يقل النص إن الهبة عقد (contrat)⁽²⁾، حيث تنص على أن: "الهبة تصرف يتخلى به الواهب حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها"⁽³⁾

. نلاحظ حالة التجدد في التشريع الفرنسي لتصرفات التبرع المستجدة كتنظيم التصرف الشبيه بالوقف (La fiducie) سنة 2007، وأيضاً عقود أخرى مثل العقد التطوعي الجمعي Le contrat de volontariat associatif ، ووضعوا لأطرافه وضعاً قانونياً خاصاً، بحيث أصبح المتطوع له وضع بين المتبرع الخالص والعامل الأجير.

أما تفصيلات أحكام التبرع في التشريع الفرنسي فسنتناولها حسب مواضعها المختلفة من هذه الدراسة إن شاء الله.

الفرع الثاني: تنظيم التبرعات في التشريع الكندي

أيضاً نظم القانون المدني الكندي لمنطقة الكيبك مختلف أنواع التصرفات التبرعية، وخاصة المشهورة منها، وهي الهبات والوصايا، والمؤسسة الشبيهة بالوقف.

فتناول الهبة بالتنظيم في المواد (1806 إلى 1841)، وخص الهبة في العلاقة الزوجية بأحكام فنظم أحكام الهبة في عقد الزواج وبين الزوجين في المواد (385، 386، 415، 418، 438، 439، 450). ونص على أثر التفريق بين الزوجين على أحكام الهبة في المواد (510، 519، 520، 521-19). واشترط إذن أحد الزوجين لتبرع الآخر في المادة 462 منه.

(1) د. تقيّة، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها.

(2) د. تقيّة، المرجع نفسه، ص 62. والسنيهوري، الوسيط، مرجع سابق، هامش ج 5، ص 29.

(3) Art894: La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.

ونظم أحكام الوصية بالتفصيل في المواد (703 إلى 775). وذكر علاقة الهبة بالميراث في المواد (613، 617، 618) وعلاقتها بالوصايا في المواد (867 إلى 878).

أما المؤسسة الشبيهة بالوقف *La fiducie* فقد كان أكثر تفصيلا وبيانا لها من التشريع الفرنسي، لكونه أسبق منه في الأخذ بها، وتأثره بالقانون الأنجلوسكسوني، ونظمها في المواد (1260 إلى 1298).

وتميز القانون الكندي بتنظيم التبرع بأعضاء الجسم، وأكد أنه يجب أن يكون مجانا في المادة 25، وكذلك تحدث عن النقل المجاني للأشخاص وللأشياء في المادتين 2032 و2048، أما سائر عقود التفضل فلا خصوصية فيه عن التشريعات المدنية الأخرى.

الفرع الثالث: التفتات الغرب إلى أعمال التبرعات ونظام الأوقاف

يبدو أن الغرب أصبح في العقود المتأخرة يعنى كثيرا بتصرفات التبرع، ولا أدل على ذلك كثرة الدراسات في مختلف التخصصات التي تبرز أهمية هذا التصرف وتعلي من شأنه في حل المشاكل الاجتماعية، وتخفيف أعباء الدولة التي أصبحت ترهقها مثل تلك المشاكل.

في فروع القانون المختلفة تجد الدراسات متنوعة حول التصرف التبرعي، ولو أخذنا تاريخ النظم القانونية مثلا، لا نستطيع أن نحصي المقالات العلمية والدراسات الغربية التي أقيمت في شأن الأوقاف والأحباس عند المسلمين لكثرتها⁽¹⁾. وهناك الكثير من المؤلفات والرسائل العلمية في الدكتوراه من كليات الحقوق الفرنسية حول موضوع الأحباس (*habous*) سبق الإشارة إلى بعضها في مستهل هذه الدراسة؛ وأيضا هناك دراسات تتناول أعمال التبرع والتطوعات عموما.⁽²⁾

(1) انظر المجلة الأمريكية في تاريخ النظم القانونية التالية *Islamic law and society* فقد ورد في عدة أعداد منها دراسات عن أعمال التطوع ونظام الأوقاف في الفقه الإسلامي، وعلى سبيل المثال عدد جوان 2000.

(2) كالدراسة التالية: ماركا كارباليرا أنا، الفقر والمؤسسات الخيرية في غرناطة الناصرية، المظاهر الاجتماعية والقضائية، مجلة أرابيكا، عدد جويلية 2005، رقم 52.

Marca Carbellira Ana, Pauvereté et fondation pieuse dans la grenade nasride: aspects sociaux et juridiques.

المطلب الرابع: تنظيم تصرفات التبرع في الشريعة الإسلامية ومقاصدها فيه

اعتماد الشريعة الإسلامية على الوازع الديني في إسناد الوازع السلطاني، جعل للنظم القانونية فيها طريقة خاصة في معالجة وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع؛ ففي موضوعنا لا تتفك الشريعة تدعو الناس وتحثهم على القيام بأعمال التطوعات والتبرعات بكل أساليب الترغيب، ومن مقاصدها كما سبق ذكره تكثير مثل هذه الأعمال، وهذا مما لا شك يستدعي قواعد نظامية جمة لضبطها وحسن سيرها، وهو ما عكسه كثرة الوقائع والقضايا التي محلها التبرعات، وهو ما نقلته لنا مختلف المدونات في الفقه والفتوى والقضاء.

فسيضمن هذا المطلب حكم التبرع في الشريعة الإسلامية، وكيفية تنظيمها له، والغايات التشريعية لأحكام والقواعد الموضوعية فيها لهذا الشأن. وهذا ما يتناول في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم التبرع في الشريعة الإسلامية وخصائص تنظيمه فيها

الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الإسلامية في تنظيمها للتبرع

الفرع الأول: حكم التبرع في الشريعة الإسلامية وخصائص تنظيمه فيها

التبرع في الشريعة الإسلامية بمختلف أصنافه مطلوب ومندوب إليه، فتستحبه الشريعة، وتحث عليه بمختلف النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي لا تكاد تحصى كثرة في الحث على النوافل وأعمال الخيرات. بل في بعض نصوصها ما يجعل هذا التبرع على سبيل الإيجاب والإلزام إذا لم يبادر إليه طواعية وكان مما لا بد منه لسد حاجيات وضرورات معينة في المجتمع.

والنص التالي من السنة النبوية ما يدل على أن التبرع قد يصل إلى حد إلزام الناس عليه: ففي صحيح مسلم عن أبي سعيد قال: بينما نحن في سفر مع رسول الله ﷺ؛ إذ جاء رجل على راحلة له . قال . فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا . فقال رسول ﷺ : " من كان معه فضل ظهر، فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان معه فضل من زاد، فليعد به على من لا زاد له" . قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر؛ حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل.

وهناك من استدل بهذا الحديث على أن لولي الأمر أن يجعل التبرع واجبا عند الحاجة، ومثله النهي الوارد في السنة النبوية عن ادخار لحوم الأضاحي والنهي عن كراء الأرض⁽¹⁾.

(1) انظر ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ط1، 1951، مكتبة السنة المحمدية، مصر، ص176-177.

وفي باب حقوق الارتفاق وردت نصوص تدل على أن مالك مثل هذه الحقوق إن أبى تقديمها لمن يحتاجها يجبر عليها ولو بالقوة، ومن النصوص التي نهت عن الامتناع عن تقديمها قوله ﷺ : "لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره"، ويصطلح على مثل هذا بالإحسان الإلزامي.⁽¹⁾

وعليه فإن التبرعات يختص تنظيمها في الشريعة الإسلامية بخصائص لا توجد في غيرها:

- 1 . مرغب فيها دينيا وقد يصل إلى حد الإلزام كما سبق ذكره
- 2 . قد يقترن التبرع بالقربى وهو قصد التقرب إلى الله والثواب في الآخرة، فوقع تنظيمه على هذا الأساس أيضا في شكل الصدقة والنذر وغيرها.
- 3 . التشجيع والتنظيم للتبرعات المقصود بها التملك والإغناء وإقامة المصالح العامة المهمة في المجتمع، وأكثر ما يمثل هذا النوع من التبرع الأوقاف.

الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الإسلامية في تنظيمها للتبرع

لشريعة الإسلامية مقاصد وغايات في الحث على أعمال التبرعات، والإكثار منها، فمن الناحية المادية سد الحاجيات سواء للفقراء والمساكين أو غيرهم من المحتاجين، كأهل العلم والمرضى والمنقطعة بهم السبيل .. الخ. ومن الناحية المعنوية أعمال التبرع علاج لمرض الأنانية في المجتمع، وتقوية صلات المحبة بين الأقارب وكامل أفراد المجتمع، فقد ورد في الفقه الإسلامي أن الحكمة من مشروعية الهبة والصدقة ومختلف أنواع التبرعات كالعارية وغيرها: تزكية النفس وتطهيرها من داء البخل واستجلاب المحبة⁽²⁾.

وللشريعة الإسلامية مقاصد في أحكام التبرعات عدها بعضهم في أربع⁽³⁾:

المقصد الأول: التكثر منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وقد دلت الأدلة الكثيرة من الشريعة على الترغيب فيها نذكر واحدا منها وهو قول النبي ﷺ : "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، ولد صالح يدعو له".

ولو عدنا إلى كتب النوازل في الفقه الإسلامي، وهي موسوعات يدونون فيها القضايا التي

(1) انظر التجكاني، مرجع سابق، ص 58.

(2) ابن راشد القفصي، لب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الشروط والموانع والأسباب ، ط1، 2003، ص 299.

(3) انظر ابن عاشور، مرجع سابق، ص 360.

تعرض على القضاة والمحكمين والمفتين مثل موسوعة المعيار للونشريسي (ت914هـ/1508م)، لوقفنا على حجم قضايا التبرعات وبالأخص الأوقاف أو ما يعرف في المغرب العربي بالأحباس، فتأخذا حيزا كبيرا من تلك المدونات (مجلدان في موسوعة المعيار للونشريسي من بين 12 مجلدا)، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية التبرعات عموما والأوقاف خصوصا في حياة المسلمين، وسد مصالحهم الحاجية، وإقامة نظام مرافقهم الاجتماعية.

المقصد الثاني: أنه يتشدد في رضاء المتبرع ويتأكد منه حتى لا يتضرر الناس من جراء إحسانهم، فينفرون من فعل المعروف ويحذرون منه، وهذه الحالة تقتضي التأمل والعزم دون التردد إلى وقت المضيق كحصول المرض المهلك. ويتحقق حصول مهلة النظر بأحد أمرين: هما التحويز والإشهاد. وقد كان الحوز في التبرعات ناظرا إلى هذا المقصد، بحيث لا يعتبر انعقاد عقد التبرع إلا بعد التحويز دون عقود المعاوضات، ولذلك كان حدوث مرض الموت قبل تحويز العطية مفيتا لها وناقلا إياها إلى حكم الوصية...

المقصد الثالث: التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين فيما يقيدونه بها ويعلقونه من شروط، وقد تبين ترغيب الشريعة فيها في المقصد الأول، ففي التوسع في كفيات انعقادها خدمة للمقصد الأول. ولذلك أعملت شروط المتبرعين في مصارف المتبرعين: من تعميم، وتخصيص، وتأجيل، وتأبيد، وسائر الشروط ما لم تكن منافية لمقصد أعلى، وهذا في المذهب المالكي خاصة كما سيأتي الذي يتسامح ويتساهل في شأن الشروط في الحبس والهبة والصدقة ويمضيها، مثل اشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة، وكذلك مسألة اشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب، وهذا بخلاف المعاوضات.

المقصد الرابع: أن لا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير، من حق وارث أو دائن، ولهذا نهي عن الوصية لوارث، ومنع المريض مرضا مخوفا من التبرع...⁽¹⁾

(1) انظر ابن عاشور، مرجع سابق، ص360-365.

المبحث الرابع: اعتبار التبرعات من مسائل الأحوال الشخصية أو من المسائل المالية

باستقراء النصوص المنظمة لتصرفات التبرع نجدها تتوزع بين القانون المدني وقانون الأسرة، وكما رأينا في مبحث سابق اختلاف التشريعات العربية في تنظيم أحكام بعض تصرفات التبرع، فبينما اختارت بعضها تصنيفها ضمن القانون المدني، ارتأت أخرى تنظيمها ضمن الأحوال الشخصية، كعقدي الهبة والوقف مثلا.

فتطلب الأمر ضرورة أن نعرف أولا المعيار الذي على أساسه يعتبر أهل القانون مسألة ما أنها تتعلق بالأحوال الشخصية أو تتعلق بالأحوال العينية، ثم يتأتى لنا النقاش حول اختلاف القوانين العربية في تصنيف أحكام تصرفات التبرع في القانون المدني أي بجعلها من المسائل المالية أو في قانون الأحوال الشخصية.

وعليه لابد من تناول المطالب التالية:

المطلب الأول: معيار ما يدخل في مسائل الأحوال الشخصية وما هو من المسائل المالية
المطلب الثاني: حجج من يرى التبرعات من المسائل المالية أو من الأحوال الشخصية
المطلب الثالث: الثمرة من الخلاف في جعل التبرعات من مسائل الأحوال الشخصية أو من

المسائل المالية

المطلب الأول: معيار ما يدخل في مسائل الأحوال الشخصية أو المسائل المالية

لم تكن كلمة الأحوال الشخصية التي يراد بها مجموعة الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره والتي تربطه بعائلته معروفة عند الفقهاء المسلمين القدامى؛ وإنما هي اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو كونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية. وأحوال عينية: وهي تتعلق بالعلاقات المالية.⁽¹⁾

وقد جاء في قضاء محكمة النقض المصرية المؤرخ في 1934/06/21 رقم 200 بأن الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية . وكلها من عقود التبرعات . تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة. فآلجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينياً ذا تأثير في تقرير حكمها. على أن أية جهة⁽²⁾

وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية تتناول مجموعات ثلاث:

1 . المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

2 . المسائل المتعلقة بالأسرة .

3 . المسائل المتعلقة بالوصايا والمواريث⁽³⁾

فلاحظ أن التبرعات يعدونها من المسائل المالية وليس من الأحوال الشخصية، اللهم إلا الوصايا في جانبها المتعلق بالميراث. ولعل هذا ما جعل القانون المصري يتراجع عن اعتبار الهبة من

(1) د. محمد مصطفى شلبي . أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، 1983، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ص28.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، هامش ج5، ص23.

(3) د. حسن كيرة، أصول القانون للدكتور ص322 (نقلا عن د. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص29)

موضوعات الأحوال الشخصية، ونظم أحكامها في التقنين المدني الجديد.⁽¹⁾

المطلب الثاني: تنظيم التبرعات في القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية

أغلب التشريعات العربية نظمت أحكام الهبة في القانون المدني فضلا عن سائر التبرعات الأخرى عدا الوقف والوصية كالتشريع المصري والسوري والأردني والعراقي والكويتي. أما الجزائري والتونسي واليميني فنظموا أحكامها في الأحوال الشخصية. ومع ما ذكر في المطلب الأول فهناك من يرى أن التبرعات موقعها في قانون الأسرة فنذكر حججه في ذلك، من خلال تناول الرأيين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: رأي من عدّ التبرعات من الأحوال الشخصية

هناك من يرى أن التبرعات وعلى رأسها الهبة محلها في قوانين الأحوال الشخصية، أو قانون الأسرة عندنا، وحججهم في ذلك ما يلي:

1 . السبب الدافع لوضع الهبة في قانون الأسرة هو الحرص الشديد على أن تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة من زواج وطلاق ونسب وميراث ووصية ووقف.⁽²⁾

2 . قانون الأسرة لا يعتبر قانونا خاصا، والقانون المدني قانونا عاما ، إنما هو قانون مكمل للقانون المدني، بدليل أن كلا منهما أحال على الآخر في العديد من المواد. فقانون الأسرة لا يعتبر قانونا خاصا بالنسبة إلى القانون المدني ولا يلغي أحكامه.⁽³⁾

3 . عقود التبرع تتعلق بالجانب الديني، لأن سببها في الغالب كسب رضى الله وثوابه، فيترك تنظيمها لقواعد الفقه الإسلامي التي نظمت هذه العقود والتي أفاضت في تنظيمها وتفصيل جزئياتها⁽⁴⁾. فهناك إذن من ينظر إلى عنصر الدين في تصرفات التبرع، معتقدا أنها لا تخلو من ذلك، ومحل مثل هذه التصرفات تنظيمها في قانون الأحوال الشخصية؛ فتأثر أحكام قانون الأسرة بالفقه الإسلامي "جعل المشرع يعتبرها من مسائل الأسرة من بين التبرعات التي تجري في أغلبها بين أفراد

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص22 وما بعدها.

(2) د. تقيّة، مرجع سابق، ص52.

(3) المرجع نفسه ص54.

(4) ذ. عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص ص 61-72.

الأسرة باعتبار أن لها ارتباطا وثيقا وعرفيا بالتدين وما يتطلب ذلك من التمسك الشديد بمبادئ الشريعة الإسلامية وتعاليمها السمحة...⁽¹⁾

4 . تأصيل أحكام الهبة وانتمائها إلى الأدلة الشرعية التي استمدت منها وهي الكتاب والسنة والإجماع والمعقول...⁽²⁾

الفرع الثاني: حجج من يرى التبرعات من المسائل المالية وموضعها في القانون المدني

ويرى فريق آخر ويظهر أنه الغالب أن محل تصرفات التبرع أن تعتبر من المسائل المالية فيختص القانون المدني بتنظيم أحكامها، وحججه في ذلك:

- 1 . لأنه الموضع الطبيعي لها، "... كان الأولى نقل الهبة من هذا الموضع إلى موضعها الطبيعي بين العقود المسماة، فتلي البيع والمقايضة، وأن تنظم تنظيمًا شاملاً من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع... وهذا هو ما فعله التقنين المدني الجديد"⁽³⁾
- 2 . الهبة عقد مالي كسائر العقود، فينبغي أن يستوفى التقنين المدني أحكامها جميعاً وأن يضعها في مكانها بين العقود الأخرى، لا كما فعل التقنين السابق...⁽⁴⁾

المطلب الثالث: الثمرة من الخلاف في القانون المنظم للتبرعات

لاشك أن هناك آثار ونتائج من جراء الفصل في اختيار تنظيم مسائل التبرعات إن في أبواب المسائل المالية أي في القانون المدني، أو اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية؛ فإن وضع عقد الهبة (مثلاً) في طائفة الأحوال الشخصية في قانون الأسرة تترتب عليه آثار غير الآثار التي تترتب على عقد الهبة الذي وضع في باب العقود المالية كالقانون المصري والقوانين التي حذت حذوه. وهذه الآثار التي تترتب على اختلاف الوضع في القانونين هي الفرق من ناحية القانون الدولي الخاص. فطائفة العقود المالية تخضع لقانون الإرادة، وبالتالي فإذا كان عقد الهبة دولياً أي إذا كان به عنصر أجنبي بأن كان الواهب والموهوب له مختلفين جنسية. أو كان المال الموهوب في دولة غير

(1) د. تقيّة، مرجع سابق، ص 9.

(2) المرجع نفسه ص 10.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 24.

(4) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (انظر المرجع نفسه، هامش ج 5، ص 23).

دولة الواهب، أو كان سبب الهبة فعلا ضارا أو نافعا وقع في الخارج. فإن للواهب أن يختار قانونا أجنبيا يطبق على العقد. أما طبقا للقانون الجزائري الذي أدخل الهبة في طائفة الأحوال الشخصية، فإن عقد الهبة يخضع لقانون جنسية الواهب، ولا يجوز له أن يختار قانونا أجنبيا، وهذا فرق هام يؤخذ بعين الاعتبار⁽¹⁾

وقد زاد المشرع الجزائري هذا الأمر تأكيدا عندما أضاف إلى الوصية الهبة والوقف في أنه يسري قانون جنسية المتصرف بها في تعديله للمادة 16 من القانون المدني الجزائري بإضافة فقرة ثانية خاصة بهما، وأصبح نصها كما يلي:

المادة 16 بعد التعديل بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005

يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما.

ويكون قد وافق القانون الكويتي قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي قانون رقم 5 لسنة 1961، في المادة 49 في أنه "يسري على الهبات قانون جنسية الواهب وقت الهبة، أما أحكام المقدار الذي يجوز التبرع به والمقدار الذي يجب إبقاؤه للورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت.

يخضع شكل الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة أو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة.

ولي ملاحظات على اعتبار التبرعات من مسائل الأحوال الشخصية:

1. ليس صحيحا أن الدين عنصرا في مثل هذه التصرفات اللهم إلا إذا اقترنت بنية القربى، فينقلب التبرع عندئذ إلى تبرع بنية القربى كالصدقة مثلا، وله أحكامه وقواعده الخاصة به. حتى إن الوقف الذي ورد في تعريفه في قانون الأسرة الجزائري لفظ التصدق، ليس صحيحا اعتباره تبرعا بنية القربى على الإطلاق إذا لم يقترن به ما يفيد ذلك، فقد جاء في المذهب المالكي أن الوقف من التبرعات لا من الصدقات. قال خليل: وإن لم تظهر قربى، قال شارحه الخرشى: يعني أن الوقف يصح وإن لم تظهر فيه قربى، لأن الوقف من باب العطايات والهبات لا من باب الصدقات ولهذا

(1) د. نقيه، مرجع سابق، ص 307.

يصح الوقف على الغني والفقير فهو مبالغة في صح، وعبر بقربى دون طاعة، لأن القربى لا يشترط فيها نية بخلاف الطاعة وكلاهما لابد فيه من معرفة المتقرب إليه... الخ⁽¹⁾. وكذلك قال في موضع آخر: أن الوقف من التبرعات لا من الصدقات . الصواب الأول وهو أن الوقف من باب التبرعات لا من باب الصدقات كما نص عليه في التوضيح وارتضاه بعض شيوخنا وبعض المحققين⁽²⁾.

2 . ثم إن التبرع إذا دخل فيه عنصر الدين، يعني القربى خرج من كونه التزاما مدنيا إلى اقتضاره على الالتزام الطبيعي، لأن الصحيح في الفقه الإسلامي أن التبرع المتقرب به لا يقضى به⁽³⁾.

3 . ممكن اعتبار بعض التبرعات من مسائل الأحوال الشخصية، كالتبرع الذي ينعقد عليه الزواج، أو التبرع بين الزوجين، أو التبرع المتصل بالموت وهو الوصايا وما له حكمها، والتبرعات بنية القربى كالصدقات والذخر ... أما غير هذه فتبقى التبرعات على أصلها في أنها من المسائل المالية الخالصة.

4 . إبقاء التبرعات على أصلها ضمن التصرفات والعقود المالية المسماة له آثار عملية وعلمية، ويزيد من الاهتمام بها.

(1) الخرشي، شرح مختصر خليل، ط2، 1900، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ج7 ص80.

(2) المرجع نفسه.

(3) محمد العاقب بن ماياي، فض الختام عما في الخطاب من الوعد والالتزام (كتاب في الفقه المالكي في عقود التبرع وهو مخطوط لم ينشر)، مكتبة المخطوطات، نواكشوط، موريتانيا.

الفصل الثاني

أركان التبرع

بعد الوقوف على مفهوم التبرع، يأتي الكلام على كيفية قيام التصرف التبرعي؛ والتبرع كسائر التصرفات الإرادية لابد فيه من العناصر الأساسية المكونة له المعروفة وهي: التراضي والمحل والسبب، وإذا كان عقداً لابد من تطابق الإيجاب والقبول؛ لكن يضاف إلى ذلك أمور تجعل من التبرع له القواعد الخاصة به، واستحق بها تخصيصه بنظرية كما هو شأن هذه الدراسة، فله قواعد خاصة في نشأته.

وفي الفقه الإسلامي فقد صرحوا أن القاعدة العامة في أحكام التبرع هي أحكام الهبة إلا ما اختلف منها بشيء، ويؤكد ذلك قول الفقيه الحطاب: وأركان الالتزام (أي بالتبرع) أربعة كأركان الهبة: الملتزم (أي المتبرع) والملتزم له (أي المتبرع له) والملتزم به (أي المتبرع به) فيشترط في كل ركن منها ما يشترط في الهبة كما تدل على ذلك مسائلهم⁽¹⁾.

فسوف نرى أنه لا يكفي في التبرع التراضي العادي، الذي يتناول في النظرية العامة للعقد، بل للتبرع تراضي خاص، أكثر تأكيداً وتوثيقاً، وهناك تشديد في شروطه.

كذلك خلافاً للمعاوضات فإن لأطراف التبرع خصوصية واعتبار شخصي، فتعيين المتبرع أمر مهم في العملية التبرعية، وهناك أصناف من المتبرعين، ولكل صنف منهم له أحكامه الخاصة به. ونفس الكلام بالنسبة للمتبرع له، فله وضعه الخاص في مثل هذه التصرفات، يختلف جذرياً عن الوضع في المعاوضات، فقد يقع أن يكون المتبرع له عديم التمييز أو حملاً أو لم يوجد أصلاً أو ميتاً، وليس آدمياً، وغيرها، وخلافاً للمتبرع فهناك تساهل في تعيين المتبرع له. وبالنسبة لركن محل التبرع أيضاً له وضعه الخاص، وشروطه التي تختلف عنه في المعاوضات.

وأهم خصوصية في أركان عقود التبرع هو لزوم ركن الشكلية فيها، من ضرورة حيافة المتبرع له للمتبرع به لتمام التبرع، وهنا تثور مسائل في كيفية هذه الحيافة وهل تغني عنها بدائل كالرسمية، وما يستتبع ذلك من بحث.

لهذا وغيره تناول هذا الفصل بالبحث العناصر الخمسة الآتية:

المبحث الأول: الرضاء

المبحث الثاني: عيوب رضاء المتبرع

(1) الحطاب، مرجع سابق، ص 217.

المبحث الثالث: المحل في التبرع
المبحث الرابع: السبب في التبرع
المبحث الخامس: الشكل في التبرع

المبحث الأول: الرضاء

التبرع كسائر التصرفات الإرادية أبرز ركن في تكوينه هو وجود الرضاء من المتبرع، وإذا كان عقدا فلا بد من اتفاق إرادتين عليه من خلال إيجاب من المتبرع وقبول من المتبرع له. ويتصل بالبحث في الرضاء الكلام في أهم ما فيه وهو أهلية التبرع، وهي غير أهلية المعاوضة والتصرف أو التعاقد لأنها أشد منها في الشروط.

ولأن التبرع عمل قانوني خطير، فهو بذل وتضحية بالمال بدون مقابل، فقد شددت التشريعات في شروط أهلية التبرع، ووضعت الحماية الكافية للمتبرع، نتج عن ذلك وجود أصناف عديدة من المتبرعين لكل منها أوضاع قانونية خاصة بها، فلزم الأمر تعدادها، وبيان ما يخصها من أحكام ولو إجمالاً.

وبالنسبة للطرف الثاني في التبرع وهو المتبرع له، فليس مثل المعاوض له وضع وحيد، اللهم إلا إذا كان ذا اعتبار شخصي، وهو قليل، ولكنه هنا حاله حال المتبرع أيضاً متعدد، ولكل منه وضعه الخاص، فاحتاج الأمر إحصاءه وبيان ما يختص به من أحكام.

وتبعاً لما ذكر من خطورة عمل التبرع، فإن بعض الأعمال التبرعية لأن أطرافها تربطهم علاقة مخصوصة، وضع القانون لها شروطاً زائدة، وهذا حتى لا ينحرف التبرع عن مقصده وغرضه الشرعي الموضوع له.

و بعد دراسة ركن الرضاء، وشروط انعقاده صحيحاً، وما يتعلق بأطرافه، يحسن الكلام بعده في عوارض هذا الركن المهم من خلل فيعيبه، وبيان ما يختلف في كل ذلك عن أحكام النظرية العامة في العقد.

وعليه كان هذا المبحث من المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في التبرع

المطلب الثاني: أهلية التبرع وخصوصيات المتبرعين

المطلب الثالث: أنواع المتبرع لهم وما لهم من خصوصية

المطلب الرابع: شروط أخرى لتبرعات أطرافها تربطهم علاقة خاصة

المطلب الخامس: عيوب الرضاء في التبرع

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في التبرع

إذا كان التبرع تصرفا بالإرادة المنفردة يعني لا يحتاج لقيامه القبول من الطرف الآخر، فيكفي فيه الإيجاب وحده؛ وإذا كان يتم عن طريق التعاقد، أي يلزم لقيامه قبول الطرف الآخر، فلا بد من تطابق الإيجاب والقبول في التبرع كما في الهبة إلى معين مثلا.

فقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري:

"تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة 1/487⁽¹⁾. وتطبق القواعد العامة في نظرية العقد على التصرف التبرعي في أحكام الإيجاب وأحكام القبول وتطابقهما سواء كان التبرع عقدا، أو كان تصرفا بالإرادة المنفردة فيكتفى بأحكام الإيجاب.

ولذلك نتناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الإيجاب في التبرع وأكد منه في المعاوضات

الفرع الثاني: القبول في التبرع

الفرع الأول: الإيجاب في التبرع وأكد منه في المعاوضات

وهذا مما يختلف فيه التبرع عن المعاوضة، ففي المعاوضة إذا توافرت عناصر الإيجاب وهي أن يكون باتا، وكاملا فإنه يصبح قائما، وملزما لصاحبه؛ لكن يتطلب التصرف التبرعي زيادة في الوثوق من هذا الإيجاب، من جهة بأن يصدر من طرف شخص له أهلية أشد من أهلية التعاوض وهي أهلية التبرع وسيأتي الكلام عليها، ومن جهة أخرى أن يكون خاليا من الموانع التي تمنعه من التبرع كأن يكون مريضا مرض الموت، أو يكون مدينا دينا يمنعه من التصرف بالتبرع مثلا، ومعنى ذلك أن المتصرف بالتبرع حتى ولو كانت له أهلية التبرع فيقبل التبرع منه في أحوال ولا يقبل منه ذلك في أحوال أخرى.

ويزاد من توثيق ذلك الإيجاب أيضا تارة بالإشهاد عليه، وتارة بأفعال من المتبرع لا تدع مجالا

(1) ونصها كما يلي: "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه".

لشك بأنه موجب لتبرعه لا يخالجه شك في ذلك، كما أوجبوا على من أراد أن يتبرع بسكناه وقفا بضرورة أن يمضي عام على عدم عود الواقف في وقفه بالسكنى أو الغلة أو ركوب الدابة ونحو ذلك. يقول الشيخ ابن عاشور⁽¹⁾: طيب النفس (أي الرضاء) المقصود في التبرعات أخص من طيب النفس (أي الرضاء) المقرر في المعاوضات؛ ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها.⁽²⁾ وأما صيغة هذا الإيجاب فكل ما يدل على إرادة التبرع، قال الحطاب: وأما الركن الرابع وهي الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة أو نحوها تدل على إلزام الشخص نفسه ما التزمه⁽³⁾ (أي بالتبرع).

الفرع الثاني: القبول في التبرع

نتناول أحكام قبول التبرع في هذا الفرع من خلال تناول العناصر الآتية:

أولا . اشتراط القبول في التبرع

ثانيا . لا يشترط قبول المتبرع له إلا إذا كان معيناً رشيداً

ثالثاً . القبول في التبرع يكون بكل الطرق ولو بالسكوت المحض وعدم الرد

رابعاً . تبرعات لا تحتاج إلى قبول

خامساً . أهلية قبول التبرع

أولاً . اشتراط القبول في التبرع

إذا كان المتبرع له معيناً ورشيداً فيشترط قبوله بالاتفاق، لأن أحداً لا يدخل شيئاً في ملك غيره

إلا بإذنه، وهذا ما صرحوا به في عقد الهبة مثلاً.

وجاء في المادة 487 القانون المدني المصري: 1 . لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو

نائبه. 2 . فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة، وقبض الشيء

الموهوب.

(1) من علماء الفقه الإسلامي المعاصرين توفي سنة 1973م.

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص362.

(3) الحطاب، مرجع سابق، ص217.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: لا بد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت، ولكن القبول على أية صورة كانت ضروري، لأن الهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين، ويقبل الهبة الموهوب له أو نائبه (كولي أو وصي أو قيم، المادة 48 من مرشد الحيران)، ويجوز للصبي نفسه إذا كان مميزاً أن يقبل الهبة لأنها نافعة له نفعاً محضاً، ومن ينوب عن الموهوب له في القبول ينوب عنه في القبض، وإذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل الإيجاب، فالشريعة الإسلامية على أن الإيجاب يسقط (المادة 83 من مرشد الحيران)، ولكن التقنين الحالي يبيح القبول للورثة أو لنائب الموهوب له خلافاً للأصل الذي جرى عليه من أن الإيجاب يسقط بالموت أو بفقد الأهلية، أما المشروع فإن هذا الحكم يجري فيه على أصل من أصوله⁽¹⁾

ثانياً . لا يشترط قبول المتبرع له إلا إذا كان معيناً رشيداً

وفي الفقه الإسلامي التنصيص على أن القبول لا يشترط إلا في المتبرع له المعين الرشيد، وأما غير الرشيد فيقبل عنه ووليّه أو من في حكمه، وإذا كان غير معين فيصح التبرع من غير قبول، أي ينشأ عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة، فقالوا: "لا يشترط في صحته قبول مستحقه إذ لو كان شرطاً لما صح على الفقراء ونحوهم ولتعدّره من المساجد والمقابر والطرق ونحوها، إلا المعين الرشيد فإنه يشترط قبوله حقيقة كأن يقول قبلت أو رضيت ونحوهما كالإشارة المفهومة أو حكماً كما لو قبضه من يد المحبس وصار يتصرف فيه فإنه يجزئ عن اللفظ اتفاقاً ولو لقادر عليه، لأن القبض الإنشائي يستلزم القبول عرفاً بخلاف ما إذا كان المحبس تحت يد المحبس عليه كما لو كان عنده بكرة أو وديعة ونحوهما من كل عقد لا تبرع فيه فإنه لا بد من القبول حقيقة في جميع التبرعات... وإن كان المعين غير رشيد فإن وليّه يقبله له، فإن لم يكن له ولي أقام الحاكم من يقبل له⁽²⁾."

ثالثاً . القبول في التبرع يكون بكل الطرق ولو بالسكوت المحض وعدم الرد

يعني بخلاف المعاوضات التي لا يترتب فيها على السكوت المحض غير الملابس على أي آثار قانونية، فإن السكوت المحض يعتد به في قبول التبرع. قال التسولي الفقيه المالكي: يشترط قبول المحبس عليه حقيقة أو حكماً كما لو قبضه وصار يتصرف فيه لأن ذلك أقوى في الدلالة على الرضا من التصريح به فإذا سقط لفظ القبول من الوثيقة فإن ذلك لا يضر حيث وجد القبض المذكور،

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص 979.

(2) التوزري، مرجع سابق، ج 4، ص 8.

فالقَبْضُ يَسْتَلْزِمُ القَبُولَ والقَبُولَ لا يَسْتَلْزِمُ القَبْضَ، ولذا إذا لم يقبض الحبس حتى مات المحبس أو المحبس عليه المعين له بخصوصه فإنه يبطل ولو تضمن الرسم القبول⁽¹⁾.

أما في التشريع الفرنسي فقد اعتبر القانون الفرنسي في المادة 1/932 مدني فرنسي⁽²⁾ أنه لا بد من أن يكون القبول صريحا، وهو ينطوي على ضرب من الشكلية، خاصة وأن الهبة في فرنسا هي عقد رسمي، واعتبر الفقه الفرنسي أنه لا يوجد عبارة معينة للقبول، فيمكن الاستعاضة عنها بكل تعبير يساوي هذه العبارة، إنما يجب أن تفيد القبول⁽³⁾؛ لكن في القانون الجزائري وكذلك لقانون المصري فلا نص على وجوب أن يكون القبول صريحا، فيصح أن يكون ضمنيا، بل إن مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب، إذا تمحضت الهبة لمنفعته يعتبر قبولا...⁽⁴⁾

رابعا . تبرعات لا تحتاج إلى قبول

سبق الإشارة إلى أن القبول لا يشترط إلا إذا كان المتبرع له معينا ورشيدا، ومعناه أن ما كان من سائر التبرعات الأخرى فإنه يتم بإرادة المتبرع وحدها، كأن يتبرع لغير معين، أو لجهات البر، أو ما كان فيه إسقاط محض لمعين، كالإبراء إذا اعتبر إسقاطا محضا؛ وبالتالي فلا حاجة في نشأة التبرع إلى وجود قبول من طرف المتبرع له.

خامسا . أهلية قبول التبرع

يجب أن يتوافر في الموهوب له أهلية القبول، كما سبق الإشارة إليه من كونه رشيدا وإلا قبلها عنه وليه، وأن يكون معينا وإلا قبلها عنه القائم على تلك الجهة، كما سيأتي بيانه عند الكلام على أصناف المتبرع لهم وما لهم من خصوصية في الفرع الآتي.

وفي القانون المصري النص في الفقرة 1 من المادة 487 من القانون المدني على أنه "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه" فقد دلت على أنه يجب أن يكون للموهوب له أهلية القبول سواء بنفسه أو بنائب عنه، فإذا لم توجد للموهوب له الشخصية سواء كانت شخصية طبيعية أو

(1) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص225. وانظر تتمته ففيها حكم سكوت المتبرع له.

(2) Art 932/1: La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

(3) نادر شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، 2002، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ج1، ص232.

(4) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص30.

اعتبارية فإن الهبة لا تتم لأن الإيجاب الصادر من الواهب لم يلاق شخصا يقبله"⁽¹⁾
وقد أحسن المشرع الفرنسي صنعا عندما خص فصلا كاملا في التقنين المدني الفرنسي من باب
العطايا للكلام على أهلية التبرع وأهلية قبوله:

(De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament)

في إحدى عشر مادة، المواد من 901 إلى 911.

ولفت انتباهنا عند مطالعة هذه المواد الخاصة بأحكام أهلية التبرع وأهلية قبوله المادة 910
المطولة في أحكام قبول الشخصيات المعنوية للتبرعات والوصايا كالمستشفيات والمرافق العامة
والجمعيات وغيرها من المؤسسات...

وكذلك المادة 911 التي تقضي بأن: كل تبرع لصالح شخص طبيعي، ليس أهلا لقبول التبرع
لمانع قانوني، فهو باطل، حتى لو كان هذا التبرع مستترا تحت عقد معاوضة، أو يكون باسم شخص
يعتبر وسيطا، سواء كان طبيعيا أو معنويا. وقضت في فقرتها الثانية أنه يعتبر وسيطا حتى يثبت
العكس كل من الأب والأم، والأولاد وإن نزلوا، وكذلك الزوج.⁽²⁾

المطلب الثاني: أهلية التبرع وخصوصية المتبرعين

التبرع وهو التصرف الخطير في ماله، لأنه تضحية بالمال أو بالجهد بدون مقابل، لما كان
كذلك نجد مختلف التشريعات تتشدد في أهلية المقدم على مثل هذا العمل، وتعامله في هذا الموضوع
غير معاملة المعاوض، لذلك ترتب عليه النظر بدقة في شخص المتبرع وتعيينه، فاختلقت أحكام أهلية
التبرع من شخص لآخر حسب فئته، فتعددت لذلك أصناف المتبرعين وخصوصياتهم كما سوف نرى
في هذا المطلب.

فنتكلم في هذا المطلب الخاص بأهلية التبرع من خلال تناول العنصرين التاليين:

الفرع الأول: اشتراط أهلية التبرع وموانعه

(1) قرار محكمة النقض المصري رقم 1364 بتاريخ 1998/04/29، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 980.

(2) Art 911: Toute libéralité au profit d'une personne physique, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales.

Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable.

الفرع الثاني: المتبرعون وما لهم من خصوصية

الفرع الأول: اشتراط أهلية التبرع وموانعه

تتفق التشريعات على ضرورة توافر الأهلية الكاملة وهي سن الرشد لمن يريد التبرع، كما يلزم أن تكون هذه الأهلية خالية من العوارض المانعة من التبرع وهي عدم المرض المؤدي للموت وعدم إحاطة الدين بالمال وهو ما نتكلم عنه في العنصرين الآتيين:

أولا . اشتراط أهلية التبرع

إذا كان الشخص بالغاً رشيداً، فهو أهل لكي يتبرع أياً كان هذا التبرع، وقد تناولت المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري أهلية التبرع فنصت أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

قال الحطاب: الأول وهو الملتزم فيشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع، وهو المكلف الذي لا حجر عليه بوجه وليس بمكره، فلا يلزم التزام المحجور عليه كالسفيه، والمأذون له في التجارة، والمكاتب، والمعتق بعضه ومن أحاط الدين بماله، والمكره والزوجة، والمريض فيما زاد على الثلث. نعم سيأتي في الباب الثالث أن من أنواع الالتزام ما يكون من باب المعاوضة فيشترط فيه أي في الملتزم أهلية المعاوضة فقط، وذلك الرشد وعدم الإكراه.⁽¹⁾

بناء عليه فإن أهلية التبرع أن يكون الشخص بالغاً رشيداً أي ذو أهلية كاملة، ولا بد أن يكون خالياً من الموانع التي تمنعه من التبرع أو تحد من تبرعه. ف"القانون يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع وهي أقوى من أهلية التصرف، لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً. وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز، لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً"⁽²⁾

إلا أنه توجد هنا ملاحظة، وهي هل هذه الأهلية مطلوبة في كل تبرع ولو لم يقتض تملك أي عقود التفضل، أم أن هذا التشدد في الأهلية خاص في مثل الهبات من كل تبرع فيه نقل للملكية؟ يذكر السنهوري أن البعض يرى اشتراط أهلية التبرع المذكورة فقط في الهبات دون سائر

(1) الحطاب، مرجع سابق، ص 217.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 97.

التبرعات الأخرى أي عقود التفضل، أما هذه فيكفي فيها أهلية التصرف⁽¹⁾، وذكر عندما شرح عقد العارية أنه تكفي فيها أهلية الإدارة⁽²⁾.

ثانيا . موانع التبرع

يتصل بأهلية التبرع أن لا يوجد أحد موانع التبرع حتى يصح التبرع وهي أمران:

1 . المرض؛ ففي الفقه الإسلامي قاعدة وهي "لا بد من ذكر الصحة أي صحة العاقد في النكاح والهبات والصدقات والأحباس وكل ما ليس فيه عوض"⁽³⁾، والمقصود مرض الموت وما في حكمه، من كل ما فيه هلاك الشخص ويتصل بموته.

2 . إحاطة الدين بالمال، وسيأتي الكلام عليه عند تناول تبرع المدين والمعسر والمفلس.

الفرع الثاني: المتبرعون وما لهم من خصوصية

بخلاف عقود المعاوضات التي لا يلتفت فيها إلى شخص أطراف التبرع، ولا كلام في هذا الشأن إلا ما يخص أهلية المتعاضدين للتعاقد، اللهم إلا إذا كان نوع التعاقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، فإن عقود التبرع لخطورتها وعدم وجود العوض في التعاقد، فإنه يتوقف فيها كثيرا عند أشخاص أطراف التبرع حسب نوعه، ولكل أحكامه الخاصة.

ونخص هذا الفرع للكلام على أصناف المتبرعين، والفرع اللاحق في الكلام على أصناف المتبرع لهم.

أما أصناف المتبرعين فتنعدد وهناك أحكام خاصة لكل نوع منها، وقد استقرت وأرتبت من المجموعات التالية، فننتاول أحكام كل منها على حدة:

أولا . عديم الأهلية وناقص الأهلية

ثانيا . المدين والمعسر والمفلس

ثالثا . المرأة والزوجة

رابعا . المريض مرض الموت ومن في حكمه

(1) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، هامش ص136.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج6، ص1517.

(3) التسولي، مرجع سابق، ج2، ص224.

خامسا . المحجور عليه والوكيل
سادسا . النائب عن القاصر وعن المحجور عليه وعن الشخص المعنوي
سابعا . الشريك ومنه عامل القراض
ثامنا . الفضولي وغير المسلم
تاسعا . الشخص المعنوي والجهات الحكومية

وتفصيل الكلام في هذه الفئات كما يلي:

أولا . تبرع عديم الأهلية وناقص الأهلية

الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه كل هؤلاء عديمو التمييز، وبالتالي هم عديمو الإرادة، لأن مبنى الإرادة على العقل والتمييز، وهؤلاء هم فاقدوهما، وبالتالي لا إرادة لهم، وعليه فهم عديمو الأهلية لإبرام أي عقد، لأن الإرادة أو الرضاء أساس العقود والتصرفات.
فقد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"
وأیضا المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري التي اعتبرت جميع تصرفات من لم يبلغ سن التمييز باطلة.

وتقابلها المادة 110 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وفيما يخص المجنون والمعتوه فقد نصت المادة 114 من القانون المدني المصري أنه "1 . يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. 2 . أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

إلا أن المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري لم تحسم أمر تصرفات المجنون والمعتوه كما فعل القانون المدني الجزائري، بل زادت الأمر لبسا حين جمعت بينهما والسفيه الذي هو في الحقيقة ناقص الأهلية، فقد نصت أنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

(1) ونصها واضح في أنه "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

وأحالت المادة 79 من القانون المدني الجزائري على قانون الأسرة فيما يخص قواعد الأهلية فنصت أنه "تسري على القصر والمحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

إذن اللبس واقع بين القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة الجزائري فيما يخص قواعد الأهلية وأحكامها.⁽¹⁾

وإذا اكتفينا بنص المادتين 42 من القانون المدني الجزائري و82 من قانون الأسرة الجزائري فإن حكم المجنون والمعتوه كحكم الصبي غير المميز، كل هؤلاء فاقدو التمييز، وتصرفاتهم تقع باطلة. مع الإشارة إلى أن سن التمييز في الجزائر هي ثلاث عشرة سنة، أما سائر البلدان العربية فتتفق على أن سن التمييز هو سبع سنوات موافقين بذلك الفقه الإسلامي.

والمجنون هو من فقد العقل كلياً، سواء في كل الوقت فهو الجنون المطبق، أو كان في وقت دون وقت فهو الجنون غير المطبق. أما المعتوه فهو من لم يفقد العقد كلياً، لكن عقله متأثر إلى درجة يفقد فيها التمييز، لذلك أعطوه نفس حكم المجنون.

بناء عليه فإن كل تبرع يقع من هؤلاء الثلاثة: الصبي غير المميز، المجنون والمعتوه، فهو باطل، لأن القاعدة أن كل تصرفاتهم باطلة.

أما ناقص الأهلية والمقصود بهم الصبي المميز، والسفيه وذو الغفلة، فتبرعات ناقص الأهلية أيضاً باطلة، والسبب أنها ضارة بالنسبة إليه ضرراً محضاً، فهي تفقر جانبه، سواء كان ناقص الأهلية صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة، إلا ما سوف يأتي عن وصية السفيه وذو الغفلة ووقفهما، فلم حكم مستثنى من المنع كما سيأتي تفصيله.

أما فيما يخص الصبي المميز فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري أن "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

ويلحق بالصبي المميز السفيه وذو الغفلة فكلهم ناقصو الأهلية بنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري؛ فكل هؤلاء إذا أقدموا على التبرع يكون باطلاً، لأن تصرفهم هذا ضاراً بهم ضرراً

(1) انظر فيما يخص هذا اللبس والاعتراض أيضاً د. محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها.

محضا.

ويقابل ما ذكر في شأن الصبي المميز المادة 111 من القانون المدني المصري الفقرة 1 "إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً".

وما ذكر موافق لما عليه الفقه الإسلامي، ففي كتاب المقدمات لابن رشد: "لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ اللحم من الرجال والمحيض من النساء لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية... (1)

وذكروا أيضاً أن الصبي إذا تصرف في ماله بهبة أو صدقة أو عتق ثم رشد، وذلك المال باق بيده فإنه لا يلزمه شيء، وسواء ردّ ذلك أبوه أو وليّه، أو لم يرده. وحكم السفية حكم الصبي.

وقد استثنى تبرع السفية وذي الغفلة من المنع إذا كان وصية أو وقفاً في الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية التي أخذت بذلك، إلا أن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الوصية والوقف لم ينص على أي استثناء فيما يخص أهلية من يباشر هذين التصرفين، كما فعل مثلاً التقنين المدني المصري في المادة 116 من القانون المدني المصري الفقرة 1 الذي نص أنه يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً، متى أذنته المحكمة بذلك.

وهذا ما يوافق الفقه الإسلامي بما فيه الفقه المالكي، الذي اعتبر تبرع السفية وذي الغفلة على سبيل الوصية أو الوقف ليس ضاراً بهما، بل هو في مصلحتهما، لأنه سيؤول إلى حفظ مالهما. ففي الوصية فالأمر ظاهر لأنه له أن يرجع عنها، ولأن تنفيذ الوصية إنما يكون بعد موته فلا ضير عليه في ذلك، بل ثواب وصيته عائد إليه.

فوصية الصبي المميز والسفية جائزة على مذهب مالك، وإن كانت في سبيل الخير فهي جائزة بالاتفاق⁽²⁾. أما سائر التبرعات فلا يملكها ولو بإذن القيم أو المحكمة، وخاصة ما كان منها إقفار لهما كالهبة.

ثانياً - تبرع المدين والمعسر والمفلس

إذا كان الشخص مديناً ولم يحط الدين بماله، أي لم يعسر، ولا كان مطلوباً من طرف دائنيه،

(1) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص343.

(2) أحمد إبراهيم، مرجع سابق، فقرة 88.

فلا يوجد ما يمنعه من التبرع، لا في القانون ولا في الفقه الإسلامي، وفي هذا ألف الشيخ ابن حجر الهيتمي من علماء الشافعية رسالته سماها "قرة العين في بيان أن التبرع لا يبطله الدين"⁽¹⁾، قال ابن رشد: الهبة والصدقة جائزة للمدين حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله⁽²⁾.

وذكر أهل الفقه الإسلامي أنه إذا تبرع المدين لدائنه قبل أداء الدين فإن تبرعه هذا لا يلزمه، وعبارتهم: كل مديان ترتب عليه دين من بيع أو نكاح أو غيره؛ فتبرع لصاحب دينه بشيء قبل أداء الدين فلا يلزمه ما تبرع به؛ لأنه من باب هدية المديان⁽³⁾.

أيضا أثاروا في مؤلفاتهم وخاصة مدونات النوازل مسألة شائكة وهي "تبرعات مستغرقي الذمة"⁽⁴⁾ يعني هل هي مقبولة أو لا؟؛ والمقصود بمستغرقي الذمة من كانت أمواله غير مشروعة، كسبها عن طريق السرقة والغصب وقطع الطريق وما شابه.

أما إذا أعسر المدين وأحاط الدين بماله فإنه يمنع من التبرع فقط، لكن إذا طلبه الدائنون فإنه يمنع من التبرع والمعاوضة أي يمنع من التصرف مطلقا، وهو ما يفهم من المادة 195 من القانون المدني الجزائري في أنه لا يمنع من التعاوض إذا كان بثمن المثل. وتقابلها المادة 258 من القانون المدني المصري لكن صياغتها أوضح وتتص على أنه: 1. يجوز للمدين أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع. 2. فإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل.

وتتص المادة التي قبلها 257 من القانون المدني المصري: متى سجلت دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "يتفرع على قيام حالة الإعسار عدم

(1) جاءت ضمن فتاواه، وتوجد مخطوطة في مكتبة جامعة الملك سعود بالرياض.

(2) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص313.

(3) ابن غازي المكناسي، الكليات الفقهية، تحقيق جلال الجهاني، بدون تاريخ أو نشر، ص33. وانظر هدية المديان

في المازري، شرح التلقين، ط1، 2008، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج4، ص402.

(4) انظر مثلا موسوعة المعيار للونشريسي، مرجع سابق.

نفاذ أي تصرف قانوني للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، وكذلك يكون الحكم في كل وفاء يقوم به المدين، وفي هذا تطبيق عملي لأحكام الدعوى البوليسية في كنف نظام الإعسار القانوني، وهو بعد تطبيق تصيب من ورائه شروط هذه الدعوى قسطا ملحوظا من التيسير، ذلك أن مشقة إقامة الدليل على الإعسار والتواطؤ تسقط على عاتق الدائنين، إذ المدين بحكم الحال معسر عالم بحقيقة حاله، ولا يرد على هذه القاعدة إلا إعسار واحد، يعرض في النادر حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين، من جراء عدم تسجيل حكم إشهار الإعسار في قلم كتاب المحكمة، بسبب تغيير المدين لمحله غشا، على أن هذا الاستثناء قاصر على المعاوضات، أما ما يصدر عن المدين من التبرعات في حالة الإعسار فلا ينفذ في حق دائنيه، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية (المادة 317 الفقرة 2 من المشروع) طبقا للقواعد العامة في الدعوى البوليسية، وذلك في غير إخلال بالعقوبة المقررة بمقتضى المادة 348 من المشروع⁽¹⁾.

وتقابلها المادة 371 من القانون المدني الأردني أنه "إذا طلب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم. ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون".

وما تقدم مطابق لما في الفقه الإسلامي حيث جاء في تحفة الحكام المتن المالكي المشهور في القضاء: **وَمَنْ بِمَالِهِ أَحَاطَ الدَّيْنُ لَا ❀ يَمْضِي لَهُ تَبْرَعٌ إِنْ فَعَلَا** وأما إذا قام الغرماء فإنه يمنع من المعاوضة أيضا يعني إذا حجر عليه⁽²⁾.

وفصلوا هذه المسألة فقالوا: تبطل الصدقة إذا كان المتصدق عليه دين محيط بماله لحق الغرماء فيه ولهم إجازة ما تصدق به ورده، فإذا زادت قيمة الصدقة عن الدين وطلب الغرماء دينهم بيعت، وما فضل عن الدين يكون للمتصدق، هذا إذا تحققت سببية الدين على الصدقة، أما إذا تحققت سببية الصدقة على الدين صحت إن حيزت قبل حصول الدين أو جهل الحال: هل تقدمت الحيازة عليه أو تأخرت وسواء كان المتصدق عليه صغيرا أو كبيرا، وإن جهل السابق منهما هل الصدقة أو الدين، فإن حازها الرشيد أو أجنبي للمحجور أو حازها المحجور لنفسه حوزا تاما صحت، وإن حازها الأب له

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص 627.

(2) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج 2، ص 313.

بطلت.⁽¹⁾

وذكروا مسألة أخرى هامة وهي ما إذا تبرع المدين الذي أحاط الدين بماله، ورد ذلك الغرماء لأجل الدين، ثم زال عنه الدين، والمال باق بيده فإنه يلزمه ما فعل، لأن رد الغرماء إنما هو رد إيقاف⁽²⁾.

وإذا حكم بإفلاس المدين فإنه يمنع من التبرع من باب أولى، وهو ما نص عليه القانون التونسي فقد ورد في المادة 552 من القانون المدني تونسي أنه لا يجوز للمفلس أن يتبرع.

ثالثا . تبرع المرأة والزوجة

هناك رأي في الفقه الإسلامي يضيق على تصرفات النساء بقصد توفير حماية لهن ويجعل أن الأصل في تصرفات النساء أنها محمولة على السفه حتى يتبين الرشد .. والمتزوجة بعد سنة من زواجها..⁽³⁾

أما فيما يخص تبرع الزوجة فلم تقيد القوانين العربية تبرع الزوجة ف"للزوجة البالغة الرشيدة في حالة صحتها أن تهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء، دون إذن زوجها"⁽⁴⁾

لكن خلافا للجمهور⁽⁵⁾ فالأمر في المذهب المالكي مختلف حيث يعتبرون الزوجة غير راشدة إلا بعد مرور سنة من زواجها، ذكر ذلك المازري وهو من أشهر علماء المالكية ومجتهديها⁽⁶⁾.

ويقيدون ما زاد في تبرع الزوجة عن الثلث بإذن زوجها فإن أبي فإنه يرد؛ أي لها أن تتبرع بأكثر من الثلث لكن يبقى الخيار لزوجها في إبطاله، واختلفوا هل يرد الزائد عن الثلث فقط، أو له أن يرده كاملا.

ويرون الحكمة في حجب الزوج زوجته في ثلث مالها لحقه في التجميل بمالها والتمتع

(1) التوزري، مرجع سابق، ج4، ص28.

(2) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص343.

(3) انظر الونشريسي، مرجع سابق، ج9، ص523. وهو هنا للمازري وهو فقيه مالكي مشهور.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص101.

(5) انظر تفصيل هذه المسألة مثلا في: عمر بكازي، أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتفتين، مجلة الشريعة، أكادير، المغرب، ع2، 2003، ص ص 29-41.

(6) انظر الونشريسي، مرجع سابق، ج9، ص523.

بشورتها...⁽¹⁾ يعني يرون أن للزوج حقا في مال زوجته فلا تستطيع أن تخرج عنه كلية بإرادتها. وفرق بعضهم بين تمكين الزوج من رد الجميع إن تبرعت بزائد وعدم تمكين الوارث منه إن تبرع المريض بزائد بإمكان تدارك الزوجة التبرع بثلاثها بخلاف الميت وبين تمكينه هنا منه وعدم تمكينه في دعوى الأب بعد السنة إعارتها وصدقته ففي ثلاثها بقوة شبهة الأب.

قال القرطبي في المفهم: وهبتها لثمن الجارية من غير إذنه دليل على جواز هبة المرأة بعض مالها بغير إذن الزوج، لكن إن أجازها الزوج جاز، وإن منعه؛ فإن كان الثلث فدون لم يكن له المنع، وإن كان أكثر كان له منع الزائد على الثلث على ما تقدم؛ هذا إذا وهبته لأجنبي؛ فإن وهبته لزوجها، فلا يفرق بين ثلث ولا غيره؛ لأنّها إذا طابت نفسها بذلك جاز. ولأن الفرق بين الثلث وغيره إنما كان لحق الزوج؛ لثلاثت ففوت عليه ما له فيه من حق التجميل، ولئلا يمنعها أيضا من إعطاء ما طابت به نفسها، فينفذ عطاؤها في الثلث، ويرد فيما زاد عليه. وقيل: يرد في الجميع، وهو المشهور⁽²⁾.

ويرى الشيخ ابن عاشور⁽³⁾ وهو من علماء جامع الزيتونة بتونس المعاصرين أن كل من يطلق تبرع الزوجة أو يقيده ينظر إلى المصلحة في ذلك، ومقصد حماية حقوقها، فقال: وقول من منع المرأة من التبرع بما زاد على ثلاثها ألا بإذن زوجها قد سلبها حق المماثلة للرجل، وقول من جعلها كالرجل في تبرعها بما لها قد أثبت لها حق المماثلة للرجل، وقول من جعل للمرأة حق الخيار في فراق زوجها إذا كانت به عاهة قد جعل لها حق المماثلة وقول من لم يجعل لها ذلك قد سلبها هذا الحق. وكل ينظر إلى أن ذلك من المعروف أو من المنكر. وهذا الشأن في كل ما أجمع عليه المسلمون من حقوق الصنفين، وما اختلفوا فيه من تسوية بين الرجل والمرأة، أو من تفرقة، كل ذلك منظور فيه إلى تحقيق قوله تعالى (بالمعروف) قطعاً أو ظناً فكونوا من ذلك بمحل التيقظ، وحذوا بالمعنى دون التلفظ⁽⁴⁾.

وفي التشريع الفرنسي والكندي لا تبرع لأحد الزوجين إلا بإذن الآخر، ففي القانون المدني

(1) انظر القرطبي، المفهم شرح صحيح مسلم، ط1، 1996، دار ابن كثير، دمشق، ج5، ص523.

وانظر الوئشريسى، مرجع سابق ج7، ص448، مسألة في رد الزوج تبرع زوجته بأكثر من الثلث.

(2) القرطبي، المفهم في شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج5، ص523.

(3) فقيه تونسي مشهور توفي سنة 1973.

(4) ابن عاشور، تفسير التحرير والتتوير، 1984، الدار التونسية للنشر، تونس، ج2، ص400.

الفرنسي لا تجوز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج⁽¹⁾. وكذلك لا يمكن للزوج أن يتبرع إلا بإذن زوجته، وهو ما قرره المادة 1422 من التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾ ومنعت أيضا أن يضع أحد الزوجين أملاكه رهنا في دين الغير بدون رضا الزوج الآخر.

وكذلك في القانون الكندي⁽³⁾ في المادة 462 من التقنين المدني الكندي منطقة الكيبك. وفصلت في الأمر بأنه مسموح لأحد الزوجين بدون إذن الآخر أن يتبرع بما يسمح به عادة، كالأشياء التافهة وقليلة القيمة وما يتعارف عليه من الهدايا. وإذا لم يمكن لأحد الزوجين تحصيل إذن الزوج الآخر لسبب من الأسباب، أو كان رفضه غير مبرر يمكنه اللجوء إلى المحكمة لاستصدار إذن منها لتبرعه. ومثل ما رأينا في مسألة المدين إذا تبرع، ورد ذلك غراموه، فقد بحث في الفقه المالكي مسألة الزوجة إذا تصدقت أو أعتقت أو وهبت ما يزيد على الثلث فردّ الزوج ذلك، وبقي المال في يدها حتى مات الزوج، أو طلقها، فاختلف هل يلزمها ذلك، أم لا؟ أما الهبة والصدقة فقال ابن رشد في المقدمات: المعلوم من قولهم أن ذلك لا يلزمها...⁽⁴⁾

ومنهم من رأى أنه يمكن أن تتنازل عن حق شفعتها بدون إذنه لأنه ليس من باب التبرع؛ فقالوا: ولذات الزوج تسليم شفعتها لأنه من باب الشراء يعني المعاوضات لا من باب التبرع⁽⁵⁾.

رابعاً - تبرع المريض مرض الموت ومن في حكمه

وليس المقصود كل مريض، وإنما المريض مرض الموت، وهو المرض الذي يخشى منه الهلاك

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، هامش ج5، ص101.

(2) Art 1422: Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté.

Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers.

(3) Art 462 C.c.Q: Un époux ne peut cependant, sans le consentement de son conjoint, disposer de ses acquêts entre vifs à titre gratuit, si ce n'est de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage.

Toutefois, il peut être autorisé par le tribunal à passer seul un tel acte, si le consentement ne peut être obtenu pour quelque cause que ce soit ou si le refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

(4) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص343.

(5) القرافي، مرجع سابق، ج7، ص115.

ويتصل بالموت.

وتوافق القوانين العربية أحكام الشريعة الإسلامية في أن تصرفات المريض مرض الموت أيا كانت تسميتها إذا قصد بها التبرع تنقلب وصية، أي ينبغي ألا تتجاوز ثلث ماله، فما زاد عن ثلث ماله، يرد إلى ورثته.

فقد نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري أن "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا".

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه. وهي مطابقة للمادة 916 من القانون المدني المصري. ويصطلح عليها البعض بالوصية المستترة.

وكذلك نصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري في خصوص التبرع إذا كان هبة، أن "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

والنص في القانون المدني عام في كل تبرع، وليس مقتصرًا على الهبة، بل يشمل كل تصرف، ولو لم يسم تبرعا، كأن يكون معاوضة قد وقع فيها محاباة من المريض مرض الموت.

وفد فصل القانون المدني العراقي أحكام تصرفات المريض مرض الموت، مستلهما لما هو في الشريعة الإسلامية، المواد من 1109 إلى 1112.

فقد جاء عنهم: "من تصدق وهو مريض واستمر على مرضه الذي لا يقدر معه على التصرف بأن يكون ملازما للفرش إلى أن مات، فإن الصدقة تبطل لحق الورثة في المال وتصير وصية تخرج من الثلث بعد أن كانت صدقة تخرج من رأس المال وتجري عليها أحكام الوصايا، فإن كانت بالثلث فأقل لغير وارث نفذت بلا شرط الحوز وإن كانت بأكثر من الثلث أو لوارث توقف لزومها على إجازة الورثة، فإن صح من مرضه ذلك صحة ظاهرة لزمته وصحت بشرط الحوز"⁽¹⁾.

(1) التوزري، مرجع سابق، ج4، ص28. وانظر التسولي، مرجع سابق ج2، ص232.

وجعلوها قاعدة: كل تبرع في المرض المخوف فهو محسوب في الثلث وإن كان منجزاً⁽¹⁾.
بناء عليه فإن تصرفات المريض مرض الموت إذا كانت ضارة بالورثة وبالداثنين، تعتبر وصية مضافة إلى ما بعد الموت، وذلك إذا توفر فيها شرطان⁽²⁾:

الشرط الأول . لابد أن يكون التصرف صادرا في مرض الموت والمقصود ليس أن يكون التصرف تبرعا، بل يعم كل تصرف كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، فإذا وهب عينا، أو أقر بدين عليه، أو أبرأ مدينا له، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة، ما لم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك.
وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويدخل في ذلك البيينة والقرائن لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية. فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من الأدلة...
الشرط الثاني . نية التبرع في التصرف

لابد أن يكون التصرف الذي صدر من المورث في مرض موته أن يكون قد قصد به التبرع، فإن كان التصرف معاوضة لا محاباة فيها فإنه ينفذ وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية.
وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت، وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف. ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع. فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع، ويندر أن يكون في تصرفه والموت مائل أمام عينيه قد قصد المعاوضة. على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث. فإذا أثبت ذلك، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي يسري عليها أحكام الوصية.

واعتبر القانون الكندي في المادة 1820 القانون المدني⁽³⁾ أن الهبة في مرض الموت باطلة.

(1) القرافي، مرجع سابق، ج6، ص478.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص221 وما بعدها.

(3) Art 1820 C.c.Q: La donation faite durant la maladie réputée mortelle du donateur, =

واستثنت في فقرتها الثانية من البطلان إذا تعافى المتبرع، وترك المتبرع له يحوز التبرع لمدة 3 سنوات بدون تعرض.

أما تبرع من في حكم المريض مرض الموت فقد ألحقت بعض القوانين العربية حالات أخرى بالمريض مرض الموت فأعطت لها نفس الحكم، وسماها قانون الأسرة الجزائري الحالات المخيفة في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، ومثله الإماراتي في المادة 597 القانون المدني والمادة 174 من قانون الأحوال الشخصية، واليميني في قانون الأحوال الشخصية، موافقين بذلك الفقه الإسلامي. لانطباق نفس العلة عليها.

قال ابن حارث الخشني، وهو من العلماء المتقدمين في المذهب المالكي: "وكل من حضر الزحف أو حُبس للقتل أو قُرب للقصاص أو لضرب مخوف، فحكمه في أفعاله حكم المريض، وأما المجذوم المفلوج فما كان من ذلك قد ألزمهم الفراش وأقعدهم فأحكامهم أحكام المريض. والمرأة الحامل حكمها حكم الصحيح ما لم تنتقل، فإذا أتقلت فحكمها حكم المريض"⁽¹⁾.

وفي فقه توثيق العقود في الفقه الإسلامي، عندهم جملة من العقود يجب على الموثق فيها ذكر الصحة، فقد بوب الونشريسي في مؤلف له خاص بالموثقين باب العقود التي يجب فيها ذكر الصحة والتي لا يجب فيها ذكرها، جاء فيه: "اعلم أن الصحة لا بد من ذكرها في عقود النكاح، والطلاق، والهيئات، والأحباس، وفي كل ما ليس فيه عوض، وكذا في المعاوضات إن حابى لأن المريض محجور عليه فيما عدا ثلثه، ونكاحه مفسوخ صح أو لم يصح... وحكم حاضر الزحف، والمحجور في قود، والمقر بالحد يخاف عليه الموت منه، وراكب البحر، والحامل بعد ستة أشهر، حكم المريض. وحكم أهل البلايا المزمنة كالجدام، والفالج، والمقعد، والسل حكم الأصحاء إلا من بلغت حاله مبلغ الاضطجاع وخيف عليه، وعلى الشاهد أن يحصن لشهادته بالتبني عن الزمانة، وعلى المرض، وذكر الشاهد حال الصحة مسقط دعوى ضدها، دون الصحة مرئية..."⁽²⁾

= suivie ou non de son décès, est nulle comme faite à cause de mort si aucune circonstance n'aide à la valider

Néanmoins, si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession paisible pendant trois ans, le vice disparaît.

(1) انظر عزيزة عكوش، القواعد والضوابط المستخلصة من كتاب أصول الفتيا للخشني، رسالة ماجستير، 2001، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ص 309.

(2) الونشريسي، المنهج الفائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، بدون تاريخ أو نشر، ص 148.

خامسا . تبرع المحجور عليه والوكيل

نصت المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري أنه "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدوره".
والنص واضح في بطلان تصرفات المحجور عليه، سواء بالمعاوضة أو بالتبرع وهو من باب أولى.

وفي الفقه الإسلامي ورد توسع وتفصيل في هذه المسألة كما يلي: أنه يصح تبرعه لكن يكون موقوفا غير نافذ، إلا أن يتبرع بمال مأمون من التغير كالعقار أي الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، فلا يوقف وينفذ الآن، بشرط أن لا يتجاوز الثلث، فيأخذه المتبرع له ولا ينتظر به موت المتبرع فإن حمل بعضه نفذ عاجلا فإن مات المتبرع فلا يمضي غير ما نفذ وإن صح من مرضه صحة بينة نفذ باقيه. فإن مات من وقف تبرعه من مال غير مأمون فهو راجع لما قبل الاستثناء فيخرج تبرعه من الثلث معتبرا يوم التنفيذ إن وسعه أو ما يسعه الثلث منه لأنه معروف صنعه حال مرضه؛ وإلا أي وإن لم يمت بأن صح من مرضه صحة بينة مضى تبرعه كله ولو زاد على الثلث وليس له رجوع فيه لأنه بطله ولم يجعله وصية وليست من التبرع الذي فيه التفصيل لأنها توقف ولو كان له مال مأمون له الرجوع فيها⁽¹⁾.

أما فيما يخص تبرع الوكيل فإن القوانين تتفق على أن الوكيل ليس من حقه أن يتبرع بمال موكله من غير إذنه، ولا ينفذ التفويض العام في مثل هذا التصرف بالوكالة العامة، بل لابد من إذن خاص أي وكالة خاصة في التصرف التبرعي، وزادوا ذلك تأكيدا بأن يعين الموكل لوكيله المال الخاص الذي يرغب في التبرع به، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 574 القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:

"لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم و توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات..."

وتقابلها المادة 702 من القانون المدني المصري "1 . لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس

(1) انظر عليش، منح الجليل على مختصر خليل، 1989، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج6، ص131.

من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء..."

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "...4. أما إذا كان العمل تبرعا كالهبة والعارية، فلا تكفي الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذي يرد عليه العمل القانوني، وإذا صح أن يوكل شخص آخر في بيع ماله دون أن يعين المال الذي يباع فلا يجوز ذلك في التوكيل في الهبة بل يجب أن يعين التوكيل الخاص المال الذي يوهب، ولا يجوز للتوكيل هبة غير هذا المال، وذلك لخطورة أعمال التبرعات..."⁽¹⁾.

وهذا الحكم مطابق لما في الفقه الإسلامي ف"الوكيل المفوض ممنوع من التبرع فأحرى غيره"⁽²⁾

سادسا . تبرع النائب عن القاصر وعن المحجور عليه وعن الشخص المعنوي

لم ينص القانون الجزائري على حكم تبرعات النائب عن القاصر والمحجور عليه كالولي والوصي وغيرهما، وقد نص على معاوضاتهما في المواد 88، 89، 90 من قانون الأسرة الجزائري. أما القوانين العربية فقد تراوحت بين المنع المطلق، وبين التقييد الكبير بأن يكون بإذن المحكمة ولمصلحة القاصر وفي أمور محدودة كما يلي:

من التشريعات العربية المانعة لتبرع النائب عن القاصر مطلقا القانون السوري والمغربي والصومالي؛ فقد جاء في المادة 180 من قانون الأحوال الشخصية السوري: تبرع الوصي من مال القاصر باطل. وجاء في المادة 84 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي: حظر التبرع بأموال القاصر. لا يصح التبرع بمال القاصر أو بمنافعه، وإذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه باطلاً وموجباً لضمانه ومسئوليته.

ونص القانون المغربي على المنع المطلق ولو بإذن فقد جاء في م 12 القانون المدني مغربي: التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم. ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة، حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون، ولا على إقرار لدى محكمة يتعلق بأمور لم تصدر عن النائب

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص1447.

(2) الحطاب، شرح مختصر خليل، ط1، 1995، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج7، ص177.

نفسه.

ومن التشريعات العربية التي فصلت في الأمر بأن قيده: القانون المصري والكويتي واليمني؛ فحسب القانون المصري لا يجوز للوصي التنازل عن حقوق القاصر المشمول بوصايته دون إذن من المحكمة، وإذا فعل يكون متجاوزاً حدود نيابته ولا تتصرف آثاره إلى القاصر⁽¹⁾.

وسواء كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه، أي سواء كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو القيم لا يملك أحد منهم أن يهب مال المحجور ولو بإذن المحكمة. ويستثنى من ذلك أمران: (1) ما نصت عليه المادة 5 والمادة 38 من قانون الولاية على المال من أنه ليس للولي أو للوصي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة. (2) ما نصت عليه المادة 39 من قانون الولاية على المال من أن الوصي أو القيم تجوز له مباشرة التصرفات الآتية بإذن المحكمة: التنازل عن الحقوق والدعاوى، وقبول الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، والتنازل عن التأمينات وإضعافها⁽²⁾.

وجاء في القضاء المصري: لا يستطيع الوصي على القصر النزول عن التمسك بالتقادم إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية⁽³⁾.

ونفس التفصيل جاء في القانون الكويتي في المادة 133 من القانون المدني الكويتي أنه:

1. لا يجوز للولي التبرع بمال الصغير. 2. ومع ذلك، إذا كان في مال الصغير سعة، فإنه يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير بما لا يبهظه، إذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني وبشرط إذن المحكمة.

(1) انظر قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1644 بتاريخ 1995/03/22 وفيها: "المقرر. في قضاء هذه المحكمة. أن نيابة الوصي عن القاصر هي نيابة قانونية ينبغي أن يباشرها. وفقاً للمادة 118 من القانون المدني. في الحدود التي رسمها القانون، وكان نص المادة 39 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على أنه "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة... ثالث عشر: التنازل عن الحقوق، مؤداه أن الوصي إذا تنازل عن حقوق القاصر المشمول بوصايته دون إذن من المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته ولا تتصرف آثاره إلى القاصر...". عمار نصار، مرجع سابق، ص 215.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 99.

(3) قرار محكمة النقض المصرية رقم 261 بتاريخ 1978/01/10، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 834.

وكذلك القانون اليمني في المادة 283 من قانون الأحوال الشخصية اليمني أنه لا يصح للوصي التبرع من مال القاصر إلا فيما جرى به العرف من رد تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت ونحو ذلك بما لا يجحف.

وفي الأخير نشير إلى أن التشريع المغربي زاد مسألة وهي أن النائب عن القاصر لا يستطيع قبول أو رفض تبرع إذا كان متقلاً، فقد جاء في المادة 271 من قانون الأسرة المغربي أنه لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: ... قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛

قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

ونفس الحكم ينسحب على القيم فلا يستطيع أن يقوم بالتبرع، فإذا كان البالغ الرشيد محكوماً عليه بعقوبة جنائية، تولى القيم إدارة ماله، أما أعمال التصرف والتبرع فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة⁽¹⁾.

وفي الفقه الإسلامي مثل هؤلاء لا يملكون التبرع فقالوا "من الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي والوكيل"⁽²⁾.

سابعا - تبرع الشريك وعامل القراض

نصت بعض القوانين العربية على أن الشريك ليس من حقه أن يقوم بالتبرع من أموال الشركة إلا بإذن خاص، مثل القانون المغربي في المادة 1019 القانون المدني المغربي التي نصت أنه: لا يجوز للشريك في شركة المفاوضة، بغير إذن خاص في عقد الشركة أو في عقد لاحق: أ. التفويت على سبيل التبرع، مع استثناء التبرعات البسيطة التي يسمح بها العرف؛ ب. كفالة الغير؛ ج. إجراء عارية الاستعمال أو الاستهلاك على سبيل التبرع؛ د. التعاقد على إجراء تحكيم؛ هـ. بيع المحل أو الأصل التجاري أو براءة الاختراع التي تكون محلاً للشركة؛ و. التنازل عن الضمانات، ما لم يكن في مقابل استيفاء الدين.

وقضت المادة 1029 من القانون المدني المغربي أنه يلزم إجماع الشركاء لإجراء التبرع بأموال

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص101.

(2) انظر أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، 1985، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج4 ص275.

الشركة. وتقابلها 1293 القانون المدني التونسي.

كما نصت المادة 1286 من القانون المدني التونسي أنه ليس للشريك المفوض ما يأتي إلا إذا كان له إذن خاص نص عليه برسم الشركة أو برسم بعده: أولاً: التبرع من مال الشركة إلا ما اعتيد من الإحسان اليسير. ثانياً: الكفالة عن الغير في حق الشركة. ثالثاً: الإعارة مجاناً بقسميها إعارة الانتفاع وإعارة الاستهلاك،...

أما فيما يخص تبرع عامل القراض فقد خص القانون التونسي بالذكر عامل القراض في تبرعه من خلال المادة 1202 من القانون المدني التونسي التي تنص على أن: العامل لا يملك التبرع إلا بالإذن الصريح وله الإسقاط ونحوه مما يغتفر في عرف التجارة.

ثامناً - تبرع الفضولي وغير المسلم

من شروط المتبرع أن يكون مالكا للمتبرع به، لكن إن تبرع شخص بملك غيره فما الحكم؟ لم ينص القانون الجزائري على حكم ذلك، أما القانون المصري فنص على أنه تسري عليه أحكام بيع ملك الغير أي أنه متوقف على إجازة المالك الحقيقي فقد قضت المادة 491 القانون المدني المصري: إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات، غير مملوك للواهب، سرت عليها، أحكام المادتين 466 و467.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: ... أما الواهب شيئاً، فيجب أن يكون مالكا للموهوب، وأن يكون أهلاً للتبرع، فالصغير والمحجور عليه لا يجوز لهما أن يهبا من مالهما، وغير المالك لا يجوز له أن يهب مال غيره.. وحكم هبة ملك الغير كحكم بيع ملك الغير، وترد إجازة الموهوب له لتصحيح البطلان، كما يرد إقرار المالك الحقيقي لتصحيح البطلان...⁽¹⁾.

أما فيما يخص تبرع غير المسلم فلا يشترط أن يكون الواهب والموهوب له متحدين في الدين، فالهبة تكون من المشترك وإليه، وبالأحرى تجوز الهبة من أهل الكتاب وإليهم:

سئل الإمام مالك: رأيت إذا وهب المسلم للمشرك هبة، أهما بمنزلة المسلمين بالهبة؟ قال: نعم...⁽²⁾.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 984.

(2) مدونة الإمام مالك ج 6 ص 122، نقلا عن د. التجكاني، مرجع سابق، ص 17.

تاسعا . تبرع الشخص المعنوي والجهات الحكومية

سبق التمثيل للشخص المعنوي بالشركة، فقد نص القانونان المغربي والتونسي بأنه لا يجوز لأحد أفراد الشركة أن يتبرع بدون إذن، واشتروطوا في ذلك الإذن بالتبرع أن يكون إجماع الشركاء في المواد 1019، 1029 من القانون المدني مغربي، والمواد 1286، 1293 من القانون المدني تونسي.

أما تبرع الجهات الحكومية فإذا قامت الدولة بالتبرع فينطبق على التصرف حينئذ وصف العقد الإداري⁽¹⁾. ونخرج بذلك من نطاق القانون المدني إلى نطاق القانون الإداري، ولهم تفصيلات في ذلك، فإذا كان التبرع لشخص عام فيصطلحون عليه بعقد المعاونة سواء كان التبرع من شخص خاص أو عام، فتعريف هذا العقد في فقه القانون العام الفرنسي بأنه: العقد الذي بموجبه يتطوع شخص خاص أو عام بتقديم إعانة نقدية أو عينية لشخص عام من أجل تنفيذ مشروع عام أو تعضيد سير مرفق عام.⁽²⁾

وورد في الفقه الإسلامي تعبير "إقطاع الإمام" أي ما يقتطعه الإمام من الأراضي أو من أموال الدولة يتبرع بها لصالح بعض الرعية، ويمثلون به للتصرف التبرعي، وجعلوا له أحكاما خاصة، من بينها أنه لا يشترط فيه الحيابة كما يشترطونها في سائر التبرعات.

المطلب الثالث: المتبرع لهم وما لهم من خصوصية

الطرف الثاني في التبرع هو المتبرع له، وكما مر فإنه يشترط قبوله إذا كان معينا، ومعناه أن يكون أهلا للقبول، وقد يكون غير معين، وقد ينوب عنه غيره فله أحوال متعددة. قال الحطاب: وأما الركن الثاني وهو الملتمزم له (أي المتبرع له) فهو من يصح أن يملك أو يملك الناس الانتفاع به كالمساجد والقناطر⁽³⁾.

(1) د. داود الباز، عقد تبرع الأشخاص للجهات الحكومية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص44. فقد نقل تعريف محكمة القضاء الإداري للعقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره... الخ"

(2) د. داود الباز، مرجع سابق، ص75. ونقل النص الفرنسي كما يلي:

(L'offre de concours est un contrat par lequel une personne privée ou publique s'engage à fournir une prestation en argent ou en nature à une collectivité publique en vue de la réalisation d'un travail public ou de l'organisation d'un service public)

(3) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص217.

ونستوضح مسألة المتبرع له من خلال تناول الأمور التالية:

الفرع الأول: مدى التسامح في الغرر والجهل الواقعين في تعيين المتبرع له

الفرع الثاني: التبرع لغير معين التزام طبيعي لا مدني

الفرع الثالث: أنواع المتبرع لهم وما يختص بهم من أحكام

الفرع الأول: مدى التسامح في الغرر والجهل الواقعين في تعيين المتبرع له

تختلف القوانين في شأن اشتراط وجود المتبرع له وتعيينه، فبعضها تتشدد في ذلك فتشترط وجود المتبرع له وقت التبرع كالقانون المصري ومن وافقه كالقانون العراقي اللذان يمنعان الهبة للحمل، إلا أنهم يستثنون الوصية والوقف له من منع التبرع له، لكن تجد هذه القوانين تجيز الاشتراط لمصلحة الغير ولو كان على سبيل التبرع لصالح شخص لم يوجد، وهذا يبدو لي متعارض. وتخفف قوانين أخرى في هذا الأمر كالقانون الجزائري الذي يجيز الهبة للحمل المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري كما سيأتي، وسكت عن الهبة لمن سيوجد.

والفقه المالكي أكثر المتوسعين كما سيأتي، فإنه لا يمنع التبرع لمن هو على خطر الوجود بل يجيزون التبرع حتى للمعدوم، والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية التي استقرتها، وخاصة في الفقه المالكي منه: عدم التشدد في أوصاف المتبرع له بل التساهل الكبير في ذلك فيجوز التبرع لأي طرف أو جهة ولو كان ميتا أو معدوما أو مجهولا أو غير معين، ما لم تكن هناك مفسدة كتفضيل بعض الأبناء على بعض أو حرمان الإناث كما في بعض العادات.

ويبدو لي أن سبب الخلاف هو أن الهبة تعتبر عقدا يفتقر إلى إيجاب وقبول عند الجمهور، ومن تأثر به من القوانين العربية، فلذلك يشترطون وجود الطرف المتبرع له وأيضا توفر تمييزه. أما عند المالكية فالهبة تصرف بالإرادة المنفردة وليست عقدا، وهذا بناء على مذهبهم أنها لازمة بالقول، فلا تحتاج إلى قبول في إنشائها، وإنما في لزومها ونفاذها فقط.

أما القانون الجزائري فتوسط بين الأمرين، فهو أقر بأن الهبة عقد كسائر القوانين العربية، لا بد من انعقادها من توفر الإيجاب والقبول كما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، لكن بالمقابل توسع في شأن الموهوب له، فجعل إمكانية الهبة للحمل.

وإذا بحثنا عن الحكمة في التسامح في الغرر والجهالة الواقعين في عقود التبرع نجد أن في الفقه المالكي خصوصا يتسامح في الغرر والجهالة سواء كانت واقعة في تعيين المتبرع له، أو في محل

التبرع كما سيأتي، أو في تعليق التبرع، وهذا ما يمنعونه في المعاوضات، والحكمة عندهم في التفريق بين البابين هو عدم تضرر أحد والتشجيع على تصرفات التبرع، فيذكر مثلا ابن العربي الفقيه المالكي المشهور أن: "الحكمة فيه أن العقد إذا تضمن العوض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر في حصول الفائدة التي بذل المرء فيها ماله، فإذا لم يتحقق حصول تلك الفائدة كان من أكل المال بالباطل. وأما الثاني وهو العقد المطلق المجرد من العوض كالوصية والهبة والنذر فإنه يرد على الحمل، لأن الغرر فيه منتف إذ هو تبرع مجرد، فإن اتفق فيها ونعمت، وإن تعذر لم يستضر أحد"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التبرع لغير معين التزام طبيعي لا مدني

في التبرع لغير معين فإنه يستفيد الشخص من التبرع بغير عقد، كالتبرع وقفا على غير معينين أو إباحة⁽²⁾، لكن يكون التزام المتبرع حينئذ التزاما طبيعيا ولا يكون التزاما مدنيا لعدم توفر عنصر المسؤولية فيه؛ أي كما يعبر عنه في الفقه الإسلامي هو لازم ديانة لا قضاء. قال الحطاب: وإن كان الملتزم له (المتبرع له) غير معين كالمساكين والفقراء ونحو ذلك فالمشهور من المذهب أن يؤمر بالوفاء بما التزمه ولا يقضى به. قال في المدونة في كتاب الهبات: ومن قال داري صدقة على المسكين أو رجل في يمين فحنث لم يقض عليه بشيء، وإن قال ذلك في غير يمين فليقض عليه إن كان لرجل بعينه... وهكذا حكم النذر المطلق فإن كان لمعين قضي به، وإن كان لغير معين لم يقض به على المشهور⁽³⁾.

الفرع الثالث: خصوصيات المتبرع لهم

كما رأينا في أصناف المتبرعين فإن للمتبرع لهم أيضا خصوصيات في عملية التبرع نتناولها إجمالاً بعد تعدادهم أولاً، وهم كما يلي:
أولاً. الحمل وعديم التمييز وناقص الأهلية
ثانياً. غير المعين والمجهول والمعدوم

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 217.

(2) انظر معنى الإباحة في أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، 1936، دار الأنصار، مصر، ص 12.

(3) الحطاب، نفس المرجع، ص 250 و 251.

ثالثا . الميت والمفقود وغير المسلم

رابعا . المرافق العامة والجهات الحكومية والشخص المعنوي

خامسا . غير الأدمي

سادسا . التبرع في الاشتراط لمصلحة الغير

وتفصيل الكلام فيهم كما يلي:

أولا . التبرع للحمل ولعديم التمييز ولناقص الأهلية

في القانون الجزائري يجوز التبرع للحمل، خلافا لكثير من القوانين، وما أخذ به القانون الجزائري هو الذي يوافق المذهب المالكي الذي يجيز التبرع للجنين أيا كان هذا التبرع. فقد نصت المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري أنه "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا" فإذا جوزت الهبة، فمن باب أولى تجوز سائر التبرعات، لأن الهبة أشد خطرا منها كما هو معلوم، كما أن القوانين وفاقا للمذاهب الفقهية الأخرى تجيز فقط الوصية والوقف له.

فتجوز الوصية للحمل بالإجماع، ولم تجز الهبة له عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك، وحبثهم أن الهبة تحتاج إلى قبول وقبض ولا ولاية على أحد على الحمل، فيقبل ويقبض بالنيابة عنه، وأما الوصية فإنها جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، والحمل يرث فتصح الوصية له، بل الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين وللعبد بخلاف الميراث، فإذا كان الحمل يرث فالوصية له أولى. وأما مالك فقد مضى على أصله من أن كل ذلك من فعل المعروف، وأن الهبة تلزم بالإيجاب..⁽¹⁾.

قال الحطاب: الملتزم له من يصح أن يملك فيصح الالتزام للحمل ولمن سيوجد كما تصح الصدقة عليه، فمن التزم لحمل بشيء لزمه ذلك ووقف ذلك الشيء، فإن ولد حيا وعاش كان ذلك له، وإن استهل صارخا ومات كان لورثته، وإن خرج ميتا وانفث الحمل بقي الشيء على ملك صاحبه⁽²⁾. وفي القانون المصري الهبة للجنين باطلة، فيجب أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة، فلا يكفي أن يكون موجودا حكما كالجنين في بطن أمه. فالهبة للحمل المستكن باطلة، لأن الهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه، وهذا بخلاف الوصية والوقف، فيتمان بإرادة

(1) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 91.

(2) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 248.

منفردة، ويصحان للحمل المستكن⁽¹⁾.

ومثله القانون العراقي أيضا فقد اشترط وجود الموهوب، ففي المادة 1/609 من القانون المدني عراقي: يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب.

أما إذا كان المتبرع له عديم التمييز بأن كان صبياً لم يبلغ سن التمييز أو كان مجنوناً أو كان معنوياً، فليس أهلاً للقبول، ولا لأي تصرف، ولكن إذا احتاج التبرع إلى قبول فيقبل عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، وإذا كان التبرع لا يتم إلا بالقبض قبضها عنه، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة⁽²⁾.

وقد نص على هذا القانون العراقي حيث جاء في المادة 605 من القانون المدني العراقي أنه إذا وهب شيء لصبي غير مميز قام مقامه وليه أو من هو في حجره.

وسبق الإشارة أن هذه التبرعات إذا كانت مثقلة بحقوق فقد نصت بعض التشريعات أن مثل الوصي لا يقبلها إلا بعد إذن من المحكمة كما نص على ذلك التشريع المغربي، فقد نصت المادة 271 من قانون الأسرة المغربي أنه لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

... قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛

قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً.

وتقابلها المادتان 205 و 225 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. حيث تنص المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنه: "تحمل تصرفات الأب على السداد وخصوصاً في الحالات الآتية: ... 3 - قبول التبرعات المشروعة لمصلحة ولده، إذا كانت خالية من التزامات ضارة.

وتنص المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنه: لا يجوز للوصي القيام بالأعمال التالية إلا بإذن من المحكمة ... 7 - قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

وكذلك السوري

وإذا كان المتبرع له قادراً على التمييز، بأن كان صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة وسائر التبرعات، وجاز له أن يقبلها وحده، وأن يقبضها، دون إذن الولي أو

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص102.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص103.

الوصي أو القيم ودون إذن المحكمة، لأنها نافعة له نفعاً محضاً. فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة.

وهذا ما نصت عليه المادة 487 القانون المدني المصري على ما يأتي: 1. لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه. 2. فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب⁽¹⁾.

وتقابلها المادة 5 من القانون المدني المغربي التي تنص أنه: "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو أن يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف". وزاد القانون المغربي فنص على أنه إذا تبرع على المحجور، يصح أن يشترط المتبرع أن يدير هو بنفسه المال المتبرع به فنصت المادة 239 من قانون الأسرة المغربي: "لألم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول".

ثانياً . التبرع لغير المعين وللمجهول وللمعدوم

التبرع لغير معين، يكون عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة، لأنه لا يحتاج إلى قبول من طرف المتبرع لهم، لأنه سيكون هناك مستفيدون من التبرع ينتفعون به بدون الدخول في أي عقد مع المتبرع، ومثل هذا الالتزام كما سبق الإشارة إليه هو التزام طبيعي لا مدني، لذلك قالوا في الفقه الإسلامي: لا يقضى بالتبرع إذا كان لغير معين، فهو واجب ديانة لا قضاء.

أما فيما يخص المجهول فإنه يشترط في المتبرع له أن يكون معيناً بالشخص، كأن يقول أتبرع لفلان ويذكره باسمه، أو بالنوع كأن يقول أتبرع لطلبة العلم بجهة كذا⁽²⁾. لكن في المذهب المالكي جريا على قاعدتهم في التبرعات من جواز الجهالة والغرر فيها فإنه يجوز عندهم التبرع للمجهول سواء كانت الجهالة في عينه أو في وصفه، فلا يضر هذا عندم.

أما المعدوم فيقصد به من سيوجد في المستقبل وبأعقاب الشخص من نسله. وقد سكت المشرع الجزائري عن حكم مثل هذا التبرع في حين صرحت قوانين أخرى بالمنع كالقانون المصري والعراقي،

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص105.

(2) انظر علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، 2005، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص268.

ولعلمهم متبعون في ذلك للمذهب الحنفي الذي يمنع التبرع للمعدوم، أما المذهب المالكي فقد نصوا فيه على جواز التبرع للمعدوم ولمن سيوجد، قال في تحفة الحكام:

وللكبار والصغار يعقد # وللجنين ولمن سيوجد

قال الخطاب: ومن التزم (بالتبرع) لمن سيوجد بشيء صح الالتزام إذا وجد الملتزم له والملتزم (بالتبرع) حياً لم يفسد، وكان الشيء الملتزم به بيده لم يفوته كما لو قال شخص إن ظهر لفلان ولد فهذه الدار له، أو هذا الثوب ونحو ذلك فإن أراد الملتزم تفويته ببيع أو غيره قبل وجود الملتزم له فالظاهر من قول مالك أن ذلك له... (1).

ثالثاً . التبرع للميت وللمفقود ولغير المسلم

منعت المذاهب الفقهية التبرع للميت، بدعوى أن التبرع تمليك، والميت ليس أهلاً لذلك، وخالفهم المالكية وفقاً لقاعدتهم، فجوزوا التبرع للميت، ولو علم المتبرع بموته حين التبرع، ويصرف الشيء المتبرع به في وفاء ديون الميت (2)، ويؤيد مذهب الإمام مالك قصة المدين الذي أباى النبي ﷺ أن يصلي عليه صلاة الجنازة عليه، فتبرع أحد الصحابة بقضاء دينه، فوافق حينئذ بالصلاة عليه.

ويجوز التبرع للمفقود وفقاً للمذهب المالكي خلافاً للمذاهب الأخرى، ويفهم الجواز أيضاً في القانون الجزائري حيث تنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

أما غير المسلم فيصح التبرع عليه، جاء في شرح البيت التالي من تحفة الحكام:

وللكبار والصغار يعقد # وللجنين ولمن سيوجد

يعني أنه يجوز الحبس على الإنسان مسلماً كان أو كافراً غير حربي كبيراً كان أو صغيراً غنياً كان أو فقيراً وعلى الجنين في بطن أمه وعلى من ليس بموجود أصلاً كمن يولد لزيد وزيد صغير فإنه يصح ويوقف لزومه والغلة إلى أن يولد فيعطاه ويلزم، فإن أيس من الحمل أو مات في بطن أمه أو نزل ميتاً بطل الحبس ورد لصاحبه ملكاً... ويجوز الحبس على أعقاب الأعمام... (3).

(1) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق ص 249.

(2) انظر أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 89.

(3) التوزري، مرجع سابق، ج 4، ص 6.

ولا خلاف بين العلماء في جواز التبرع للمخالف في الدين⁽¹⁾.

رابعاً - التبرع للمرافق العامة وللجهات الحكومية وللشخص المعنوي

نصت المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها وهو نموذج بارز للتبرع من أجل المنفعة العامة كالتبرع بإقامة الجسور، والطرقات، والمستشفيات... وغيرها، وسموه في الفقه الإسلامي "ما يجوز صرف الغلة فيه". وفي المادة 179 من قانون الأحوال الشخصية اليمني: "تصح الهبة للمساجد وجهات البر وغيرها، ويقبل عنها من له الولاية عليها".

وأكثر ما يكون مثل هذا التبرع عن طريق الوقف.

وقد يكون التبرع السابق بالتعاقد مع جهة حكومية، وهو ما يجعل العقد ضمن إطار العقود الإدارية فيحكمها القانون الإداري، وهو ما يسمى عندهم بعقد المعاونة، ولا يخضع لأحكام القانون المدني.⁽²⁾ فيتفق عقد المعاونة مع عقد الهبة من حيث العناصر الأساسية لتكوينه التي تتطلب توافق إرادتين بإيجاب وقبول متقابلين متطابقين للدخول في رابطة عقدية تقوم على التراضي بين طرفين، ويفترقان في أن عقد المعاونة أحد طرفيه هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وكذلك لا يخضع عقد المعاونة لقواعد التبرع في القانون المدني كالرسمية التي تشترط في الهبة العقارية...⁽³⁾.

أما بالنسبة للتبرع للشخص المعنوي فقد تميز القانون المدني الفرنسي بأن تكفل في إحدى مواده، بتنظيم أحكام التبرع إلى الشخصيات المعنوية، بمختلف أصنافها، مؤسسات صحية أو جمعيات اجتماعية أو دينية، وحتى تبرعات إلى دول أجنبية...، وهي المادة 910 القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾

(1) أحمد إبراهيم، نفس المرجع، فقرة 99.

(2) د. داود الباز، مرجع سابق، ص 105.

(3) انظر تفصيل ذلك في المرجع نفسه، ص 129.

(4) Art 910: Les dispositions entre vifs ou par testament au profit des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux ou d'établissements d'utilité publique n'ont leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par arrêté du représentant de l'Etat dans le département. Toutefois, les dispositions entre vifs ou par testament au profit des fondations, des congrégations et des associations ayant la capacité à recevoir des libéralités et dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, des établissements publics du culte et des associations inscrites de droit local, à l'exception des associations ou fondations dont les activités ou celles de leurs dirigeants sont visées à l'article 1er de la loi n 504-2001 °du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, sont acceptées librement par celles-ci. =

نقلها بطولها في الهامش. وتشتراط أهلية القبول للتبرع في هاته الشخصية المعنوية.

خامسا . التبرع في الاشرط لمصلحة الغير :

قضت المادة 116 من القانون المدني الجزائري بجواز الاشرط لمصلحة الغير، وقضت في فقرتها الثانية أنه يترتب على هذا الاشرط أن يكسب الغير وهو المنتفع حقا مباشرا من قبل المتعهد. فإن كان قد كسب الغير أي المنتفع هذا الحق بدون أي مقابل يقدمه للمشرط، فنكون أمام تبرع، ويكون المشرط متبرعا للمنتفع، وهو ما يحدث غالبا؛ والتبرع في هذه الحالة يتم بالاشترط لمصلحة المنتفع في أي شكل كان، وليس من الضروري عمل عقد رسمي، لأن الهبة هنا غير مباشرة⁽¹⁾. وإذا تثبت حق المنتفع بصدور إقراره، فالمنتفع يعتبر موهوبا له. والعلاقة فيما بينه وبين المشرط تخضع لأحكام الهبة لا من حيث الشكل بل من حيث الموضوع. فيجب توافر أهلية التبرع في المشرط... وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد، فإذا صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية، كذلك في الدعوى البولصية لا يشترط أن يكون المنتفع سيء النية لأنه موهوب له⁽²⁾.

لكن جاء في المادة 156 من القانون المدني المصري أنه يجوز في الاشرط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة. وكما مر معنا فإن القانون المصري فإنه يمنع الهبة للحمل اتباعا للمذهب الحنفي، ومن باب أولى لو كان المتبرع له سيوجد في المستقبل، وهو هنا ينص على جواز الاشرط لشخص سيوجد في المستقبل، ولعله هنا يوافق القانون الفرنسي، لكن القانون الفرنسي يجيز الهبة للحمل، موافقا بذلك المذهب المالكي، فالقول بأن أحكام الاشرط لمصلحة الغير إذا كانت تبرعا تأخذ أحكام الهبة من

= Si le représentant de l'Etat dans le département constate que l'organisme légataire ou donataire ne satisfait pas aux conditions légales exigées pour avoir la capacité juridique à recevoir des libéralités ou qu'il n'est pas apte à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire, il peut former opposition à la libéralité, dans des conditions précisées par décret, la privant ainsi d'effet. Les libéralités consenties à des Etats étrangers ou à des établissements étrangers habilités par leur droit national à recevoir des libéralités sont acceptées librement par ces Etats ou par ces établissements, sauf opposition formée par l'autorité compétente, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

(1) انظر السنهاوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص922.

(2) نفس المرجع والصفحة.

حيث الموضوع، لا يستقيم على إطلاقه بالنسبة للقانون المصري.
ولا يثور هذا الإشكال مع القانون الجزائري الذي يوافق المذهب المالكي في جواز الهبة للحمل
بل وللشخص المستقبلي، وقد نص في المادة 118 من القانون المدني الجزائري على جواز الاشتراط
لصالح شخص مستقبلي أو جهة مستقبلية.

سادسا . التبرع لغير الآدمي

يجوز التبرع لغير الآدميين كالحيوانات "كما لو قال أوصيت بكذا من مالي لينفق على دواب
فلان، أو لينفق منه على فرس فلان كل شهر بمقدار كذا، أو لما في بطن دابة فلان لينفق عليها جاز
كل ذلك، إذا قبل المالك الوصية"⁽¹⁾، وعلى قول أبي حنيفة التبرع باطل لأن تلك الأشياء ليست من
أهل الملك.⁽²⁾

المطلب الرابع: شروط أخرى في تبرعات أطرافها تربطهم علاقة خاصة

رأينا في المطلبين السابقين على التوالي الخصوصية في المتبرعين، ثم الخصوصية في المتبرع
لهم، ونخصص هذا المطلب في الكلام على حكم التبرع إذا كانت الخصوصية في الجهتين معا:
المتبرعين والمتبرع لهم، أي الخصوصية في العلاقة التي تربط طرفي التبرع. فإذا كان كذلك فمثل هذه
التبرعات لها شروط زائدة وذلك لخصوص العلاقة بين أطرافها فنتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تبرع الآباء إلى أبنائهم

الفرع الثاني: تبرع المورث إلى ورثته

الفرع الثالث: التبرع في الزواج وبين الزوجين

الفرع الرابع: تبرع النساء بميراثهن إلى الإخوة الذكور

الفرع الخامس: الهدايا إلى الموظفين

الفرع الأول: تبرع الآباء إلى أبنائهم

إذا تبرع الآباء لأبنائهم، فطبقا للمادة 208 من قانون الأسرة الجزائري يغني التوثيق والإجراءات

(1) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 115.

(2) المرجع نفسه، فقرة 115.

الإدارية عن ركن الحيازة الذي اشترطته المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت المادة 208 أنه "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة.

وهو عام في كل ولي تبرع إلى من هو تحت ولايته".

وهو ما جاء في القانون العراقي أيضاً حيث قضت المادة 604 من القانون المدني العراقي أنه: "يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وليه أو من هو في حجره بمجرد إيجاب الواهب، ما دام المال في يده أو كان في وديعة أو عارية عند غيره، ولا يحتاج إلى القبض".

ويدخل هنا مسألة إعطاء بعض الأبناء دون بعض⁽¹⁾، وقد ورد النهي عنها في الشريعة الإسلامية. ومسألة إخراج البنات من التحبيس⁽²⁾، يعني أن يوقف على أبنائه الذكور فقط، وقد قال الإمام مالك ببطلانه لأنه من فعل الجاهلية⁽³⁾.

الفرع الثاني: تبرع المورث إلى ورثته

إذا تبرع المورث إلى أحد ورثته على سبيل الوصية، فلا يجوز له ذلك إلا إذا أجازته الورثة، لنص الحديث (لا وصية لوارث).

وإذا تصرف المورث لأحد ورثته بشيء ولم يسلمه له بل احتفظ به، واحتفظ بحق الانتفاع فاعتبر القانون الجزائري مثل هذا التصرف كيف على أساس الوصية. فقد نصت المادة 777 من القانون المدني الجزائري أنه "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

وهي مطابقة للقانون المدني المصري.

(1) المازري، المعلم شرح صحيح مسلم، 1988، الدار التونسية للنشر، تونس، ج2، ص350. وانظر الوتشرسي، مرجع سابق، ج7، ص282.

(2) المازري، نفس المرجع والصفحة.

(3) انظر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص365.

الفرع الثالث: التبرع في الزواج وبين الزوجين

أما التبرع بين الزوجين فقد سبق الإشارة إلى أن المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بأن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة في حالة كان المتبرع زوج المتبرع له. ولم يفصل القانون الجزائري في التبرعات بين الزوجين، تاركا مجال ذلك إلى اجتهاد القضاء، ولو رجعنا إلى الفقه الإسلامي، والمالكي منه على وجه الخصوص، لوجدنا تفصيلا يذكرونه.

أولا يفرقون بين التبرعات التي ينعقد عليها الزواج، أي تشتت في عقد الزواج، فهذه حكمها حكم الصداق. وبين التبرعات التي لا تشتت في عقد الزواج، كالهدايا التي تكون بين الزوجين قبل وبعد البناء، وتفصيلها كما تذكره أحد مراجع الفقه كما يلي:

"إن ما يرسله الزوج لزوجته من الثياب والحلي وغيرها قبل البناء ثم يقع الفراق بينهما فيريد الزوج أخذه من يدها فهل له ذلك أم لا؟. ففيه تفصيل، وهو: إن يكن سمي ما أرسله إليها هدية فلا يجوز له ارتجاعه من يدها إلا أن يقع فسخ النكاح بينهما قبل البناء فله استرجاع ما بقي بيدها دون ما ضاع منه فلا تطالب به، وحاصله..:

. أن من أهدى هدية قبل البناء وطلق قبله أو بعده فلا رجوع له مطلقا، وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره، ولا خلاف في ذلك. وإن طلق عليه لعدم الإنفاق فكذلك على الراجح.

. وإن فسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها على الراجح. وإن فسخ بعد البناء فقد فانت كالطلاق.

. وإن كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيها، وإن لم يطل فله أخذ هديته.

وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشتت ولا جرى عرف بها. فإن اشترطت كانت كالصداق في جميع الأحوال. وإن جرى بها عرف فقيل يقضى بها كذلك فتتصف بالطلاق قبل الموت وتكمل به، وقيل تبطل بالموت والطلاق، وقيل لا يقضى بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط...

. وإن سمي ذلك هبة ثواب لتعطيه شيئا في مقابلته وخالفته في ذلك رجع أمرهما للعرف، فمن شهد له العرف حكم له القاضي به، فإن لم يكن عرف فهو محمول على الهبة التي لغير ثواب لقصد المكارمة"⁽¹⁾.

وعلى عكس التشريعات العربية فإن التشريعات الغربية تهتم بتفصيل وتنظيم أحكام التبرع بين الزوجين، وتتعدد دراساتهم الأكاديمية في ذلك، وذكرنا بعضها⁽²⁾.

(1) انظر فصل "فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق" من التوريزي، مرجع سابق، ج2، ص70 وما بعدها.

(2) انظر مقدمة الدراسة ص8.

ونكاد لا نجد دراسات عربية تهتم بهذه المسألة⁽¹⁾.

ونظم التشريع الفرنسي أحكام التبرع الذي ينعقد عليه الزواج، وبين الزوجين في حياتهما وأثره بعد الطلاق، كل ذلك في فصلين الثامن والتاسع من باب العطايا المواد (من 1081 إلى 1099-1). وكذلك فعل التشريع الكندي في مجموعة من المواد فخص الهبة في العلاقة الزوجية بأحكام فنظم أحكام الهبة في عقد الزواج وبين الزوجين في المواد (385، 386، 415، 418، 438، 439، 450). ونص على أثر التفرقة بين الزوجين على أحكام الهبة في المواد (510، 519، 520، 521-19).

الفرع الرابع: تبرع النساء بميراثهن إلى الإخوة الذكور

يتصل بهذا المطلب الخاص بأحكام خاصة لتبرعات أطرافها تربطهم علاقة خاصة مسألة أخذت بال فقهاء الإسلام في مرحلة زمنية معينة من تاريخ النظم الإسلامية، ولعلها لا زالت مستمرة إلى أيامنا هذه، وهي حرمان الإناث من الإرث في بعض العادات والتقاليد بدعوى أنهم وهبن حقوقهن إلى أخواتهن الذكور، وكان هذا الأمر في بعض عادات المغرب العربي، والجزائر منه، وهناك دلائل على استمراره إلى الآن.

لذلك تصدى علماء الفقه الإسلامي إلى حماية حقوق تلك النساء بإصدار حكم يبطل كل تبرع مزعوم منهن لصالح أخواتهن الذكور يتنازلن بموجبه عن حقهن في الميراث، وتسمى هذه المسألة في مدونات الفقه والنوازل بهبة بنات القبائل⁽²⁾. وقالوا: كل من كان عادتهم عدم توريث الإناث وأنهن يمنعن من حقوقهن ما كانت، فهبتهن لمن كانت له عليهن سلطة كالإخوة غير لازمة لحملهن على عدم الطوع، فلهن أو لورثتهن بعد موتهن الرجوع فيها كما في المعيار والدر النثير وغيرهما وبه الفتوى⁽³⁾.

(1) نشير إلى المادة التالية 46 الواردة في قانون الأسرة القطري: "الزوج ملزم بإعداد مسكن الزوجية، فإن أعدت الزوجة شيئاً منه كان ملكاً لها.

وللزوجة الرجوع على زوجها بما ساهمت به في بناء مسكن الزوجية، لا يعتبر ذلك تبرعاً منها إلا بقرار صريح. وللزوج الانتفاع بالجهاز المملوك للزوجة ما دامت الزوجية قائمة، فإن أتلفه متعمداً ضمن".

(2) انظر الونشريسي، مرجع سابق، ج9، ص153، وانظر التسولي، مرجع سابق، ج2، ص246.

(3) التوزري، مرجع سابق، ج4، ص32.

الفرع الخامس: الهدايا إلى الموظفين

أيضا يدخل في المطلب المذكور لو تقدم شخص لأحد الموظفين أثناء تأديته لوظيفته تبرعا على سبيل الهدية مثلا. فلم يتناول التشريع المدني العربي هذه المسألة بتاتا، وتناولها التشريع الغربي. فقد جاء في المادة 909 من القانون المدني فرنسي⁽¹⁾ بمنع مثل هذه الهدايا للعاملين في القطاع الطبي أثناء تأديتهم لوظيفتهم... وكذلك تناولها التشريع الكندي في المادة 1817 من القانون المدني للكيبك⁽²⁾ فممنع الهدايا المقدمة لكل من يقدم خدمة عامة صحية أو اجتماعية. وتناولها الفقه الإسلامي تحت مسمى الهدايا إلى العمال.

(1) Art 909: Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

Sont exceptées:

°1 Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

°2 Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.

(2) Art 1817 C.c.Q: La donation faite au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux qui n'est ni le conjoint ni un proche parent du donateur est nulle si elle est faite au temps où le donateur y est soigné ou y reçoit des services.

La donation faite à un membre de la famille d'accueil à l'époque où le donateur y demeure est également nulle.

المطلب الخامس: عيوب الرضاء في التبرع

الرضاء ركن أساسي في تصرفات التبرع، فيعيبه ما يعيب الرضاء في سائر التصرفات، وهو عيوب الإرادة الأربعة المعروفة في القواعد العامة في العقد التي هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإذا لحق أي من هذه العيوب إرادة المتبرع كان تصرفه قابلا للإبطال لمصلحة من شرع الإبطال لصالحه.

ولم يستثن القانون الجزائري تصرفات التبرع بأي أحكام خاصة في عيوب الرضاء غير ما نص عليه في القواعد العامة للعقد في المواد الخاصة بالعيوب المذكورة في التقنين المدني الجزائري من المادة 81 إلى 91؛ غير ما نص عليه في المادة 3/90 من نفس القانون حول عيب الاستغلال، فخص عقود المعاوضة بإمكانية التوقي من الإبطال بتعديل الالتزامات، ومفهومه أن عقود التبرع لا يمكن توقي الإبطال فيها إذا طلبه من وقع في الاستغلال بتعديل الالتزامات، وسيأتي هذا في موضعه. وقد تعاملت بعض التقنيات العربية مع تصرفات التبرع بوضع خاص فيما يخص عيوب الرضاء إذا عرضت على إرادة المتبرع، وهو ما وجب على هذه الدراسة الالتفات إليه، فيلاحظ أنه في تصرفات التبرع قد خففت تلك القوانين من شروط العيوب المذكورة، مما يجعلها أكثر عرضة لها مما لو كان التصرف معاوضة، مما يتيح حماية أوسع لصاحب إرادة التبرع.

ولا شك أن هذا كان تأثرا مما ورد في الفقه الإسلامي من تفرقة بينة بين تصرفات التبرع والمعاوضة من حيث إنشاء التصرف، وأبرز ما في الإنشاء إرادة المتبرع التي يقوم عليها تكوين التبرع، فلزم بحث موضوع عيوب الرضاء في الفقه الإسلامي.

فنذكر فيما يلي العيوب الأربعة وما تختص به من أحكام في باب التبرعات، دون تعرض لما هو معروف في النظرية العامة للعقد، وذلك وفق فروع أربعم نتناول فيها كل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال إذا تعيبت إرادة المتبرع بها وفق الترتيب المذكور.

الفرع الأول: الغلط في التبرع

بخلاف المعاوضات التي يمكن أن يقع الغلط فيها من أحد طرفي العقد، فإنه في التبرعات أكثر ما يقع الغلط من المتبرع، لأنه هو الملتزم أما المتبرع له فلا يلتزم بشيء في الغالب، فلا كلام على الغلط من جهته.

ووفق ما هو معروف في القواعد العامة فلا بد أن يكون الغلط جوهريا حتى يكون مؤثرا في العقد،

يعني لولاه لما أقدم الشخص على التصرف؛ ومثل الغلط الجوهري في الشيء أن يتبرع شخص لآخر أرضا زراعية ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض بناء.

ويظهر من نصوص القانون المدني الجزائري وكذلك القانون المدني المصري أنه يجب أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر بمعنى أن يكون عالما به أو من المفروض أن يكون عالما به، فقد نصت المادة 2/82 من القانون المدني الجزائري أنه "يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية". فعبرة "يراهما المتعاقدان..." توحى إلى أنه يجب أن يشترك المتعاقدان في هذا الغلط دون أن تفريق بين التصرف إذا كان تبرعا أو كان معاوضة.

لكن قوانين أخرى فرقت بين التعاوض والتبرع في خصوص هذا الأمر، فاكتفت في خصوص تصرفات التبرع بوقوع الغلط من أحد المتعاقدين من دون مشاركة المتعاقد الآخر فيه، وهذا ما نص عليه القانون الكويتي ومن وافقه كالقانون البحريني، حيث جاء في المادة 2/147 من القانون المدني الكويتي "على أنه في التبرعات يجوز طلب الإبطال دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله"

و المادة 85 من القانون المدني البحريني مطابقة لها.

وكذلك مثله الغلط في شخص المتبرع له يعتبر دائما غلطا جوهريا يجعل العقد قابلا للإبطال⁽¹⁾، بخلاف الغلط في شخص المعاوض في الأغلب ليس غلطا جوهريا يقتضي ما ذكر، إلا في القليل المتمثل في العقود ذات الاعتبار الشخصي كالتعاقد مع طبيب جراح أو مع فنان...
فالشخص المتبرع له عنصر جوهري في العقد، سواء بعينه إذا كان التبرع لمعين، أو بصفته، إذا كان التبرع لجهة أو لفئة معينة كالطلاب مثلا.

الفرع الثاني: التدليس في التبرع

أيضا في عيب التدليس لم يفرق القانون الجزائري حسب المادة 87 من القانون المدني الجزائري ولا المصري حسب المادة 126 من القانون المدني المصري بين تصرفات التبرع والمعاوضة غير ما قرراه في القواعد العامة من وجوب أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر لكي يكون بالإمكان طلب إبطال

(1) انظر د. تقيّة، مرجع سابق، ص130. وانظر:

Jacques Ghestin, Yves Marie Serinet; op. cit, p51.

العقد.

لكن التقنين المدني الكويتي ومن وافقه كالبحريني أيضا فرقا هنا، فخففا من شروط وقوع هذا العيب، مما يتيح المجال الأوسع له، فيترتب على ذلك نطاق أوسع لحماية طرف العقد المضحي بماله وهو المتبرع؛ فقد جاء في المادة 154 من القانون المدني الكويتي أنه "استثناء مما تقضي به المادة السابقة، يجوز في عقود التبرع طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه".

و المادة 92 من القانون المدني البحريني مطابقة لها.

إذن لم يشترط التقنين المدني الكويتي ومن وافقه كالبحريني كما فعلت القوانين الأخرى في عقود التبرع أن يكون التدليس متصلا بالطرف الآخر كما هو مقرر في القواعد العامة التي لم تفرق في هذا الأمر بين تصرفات التبرع والمعاوضة، بمعنى أن يصدر التدليس من الطرف الآخر أو يكون عالما به أو من المفروض أن يكون عالما به؛ بل اكتفى فقط بوقوع التدليس من أحد المتعاقدين، وهو الطرف المتبرع له في الأعم الأغلب، وضحية التدليس هنا هو المتبرع في الغالب.

الفرع الثالث: الإكراه في التبرع

أيضا في خصوص الإكراه من العيوب التي تفسد الإرادة فتجعل العقد قابلا للإبطال لم يفرق القانون المدني الجزائري ولا المصري بين التصرف إذا كان تبرعا أو معاوضة، غير ما قرراه في القواعد العامة التي لم تفرق بين التصرفين من أن الإكراه يجب أن يكون متصلا بالطرف الآخر، أي أن يكون صادرا منه أو كان يعلم به أو كان من المفروض أن يكون عالما به، وهو ما قررته المادة 89 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ والمادة 128 القانون المدني المصري.

لكن لم يشترط التقنين المدني الكويتي ومن وافقه كالبحريني في عقود التبرع خاصة أن يكون الإكراه متصلا بالمتعاقدين الآخر لكي يتاح طلب إبطال العقد، واكتفيا بوقوع الإكراه على أحد المتعاقدين وهو هنا المتبرع في الأعم الأغلب لكي يكون العقد قابلا للإبطال، بغض النظر عن صدر منه الإكراه. فقد نصت المادة 158 من القانون المدني الكويتي أنه "يجوز في التبرعات طلب الإبطال إذا

(1) ونصها كما يلي: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقدين المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقدين الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الإكراه، دون اعتبار لمن صدر الإكراه عنه".
والمادة 3/95 من القانون المدني البحريني مطابقة لها.

وفي رأبي أن ما جنح إليه القانون المدني الكويتي ومن وافقه كالبحريني من التفرة بين تصرفات التبرع والمعاوضة في عيبي التدليس والإكراه هو القوي والراجح، لأنه يتيح حماية أوسع للطرف المتبرع وهو القاعدة.

الفرع الرابع: الاستغلال في التبرع

عقود التبرع هي المجال الأوسع للاستغلال، فكثيرا ما يستغل فيها الطيش البين أو الهوى الجامح، الضعف الذي يقع فيه الناس، وبديهي أن المستغل هنا غالبا ما يكون الطرف المتبرع. وسبق أن ذكرنا أن هذا هو الموضوع الوحيد الذي فرق فيه القانون الجزائري بين تصرفات التبرع وتصرفات المعاوضة في موضوع عيوب الرضاء إذا لحقت إرادة المتبرع، حيث نصت المادة 3/90 القانون المدني الجزائري أنه "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن". وهي مطابقة للمادة 3/129 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

بمعنى أنه إذا كان العقد تبرعا، ووقع أحد أطرافه في استغلال دفعه إلى هذا التعاقد، وهو غالبا ما يكون المتبرع، ويندر أن يكون المتبرع له. لا يخرج حكم الاستغلال هنا عن حكم عيوب الإرادة الثلاثة في القواعد العامة من أن العقد يكون قابلا للإبطال فقط، دون إمكانية توقي هذا الإبطال، الذي خصه القانون بعيب الاستغلال، وفي عقود المعاوضات فقط.

ونص المادة 125 في القانون المدني عراقي أنه "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه".

أما القانون البحريني فللقاضي إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات لكن ليس له زيادة الالتزامات

(1) ونص الفقرة 3 كما يلي: "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

كما عليه الحال في المعاوضات، ففي المادة 96/ب من القانون المدني البحريني أنه "في عقود التبرع تقتصر سلطة القاضي في دعوى الاستغلال على إبطال العقد، أو انقاص قدر المال المتبرع به، وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية".

وهو مطابق لما جاء في التقنين المدني الكويتي في المادة 160 من القانون المدني الكويتي أنه "في عقود التبرع التي تجئ وليدة الاستغلال يكون للقاضي بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو أن ينقص قدر المال المتبرع به وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية".

ونخلص إلى أن القانون الجزائري اتبع القانون المصري في عدم تفرقة بين التبرعات والمعاوضات في موضوع عيوب الرضاء الثلاثة وهي الغلط والإكراه والاستغلال؛ غير ما جاء في القواعد العامة للعقد في القانون المدني.

وفرق في ذلك القانون الكويتي ومن وافقه، فعممو التفرقة بين تصرفات التبرع والمعاوضة إذا أصيب رضاء المتبرع بأحد العيوب الأربعة، فشددوا في أمر التصرف إذا كان تبرعاً، ولم يخصصوا الأمر في عيب الاستغلال فقط كما فعل القانون المدني المصري ومن وافقه كالقانون المدني الجزائري؛ ويترب عليه حماية أوسع إذا أصيب رضاء المتبرع بأحد العيوب لخصوص هذا التصرف، وهو تفصيل مهم ومرجح فيما يبدو لي، وموافق لقواعد الشريعة الإسلامية، في فصلها بين بابي المعاوضات والتبرعات، والتشديد في حماية رضاء المتبرع.

أما في عيب الاستغلال فتتفق القوانين على التفرقة بين المعاوضات والتبرعات، وتوفير حماية أكبر، إذا كان التصرف تبرعياً، وإن اختلفت الطريقة في ذلك كما سبق بيانه.

المبحث الثاني: محل التبرع

التبرع ككل عقد لا بد أن يتوفر فيه على محل يقع عليه التعاقد أو التصرف. وللمحل في التبرع وضع خاص، بحيث إن المتبرع يقدمه بدون أن ينتظر عوضا من الطرف الآخر، لذلك لا بد من معرفة إذا كان القانون قد شمل محل التبرع بنفس شروط المحل المعروفة في النظرية العامة للعقد من ضرورة أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ومن أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ومن أن يكون مشروعاً، وأن يكون مملوكاً لصاحبه وغيرها من الشروط.

أما في الشريعة الإسلامية وخاصة المذهب المالكي ومن وافقه فيميزون بين شروط المحل بين إذا كان العقد معاوضة أو تبرعا تبعا لتفرقتهم بين البابين، إنشاء ومقاصد، فلا تسري عندهم ولا تتسحب نفس شروط المحل.

وينبغي على ما ذكر تنوع محل التبرع وتعددته، ولكل منه التعامل الخاص به، فاستدعى الأمر أن نعرف كيف تعامل القانون والفقهاء الإسلامي مع كل محل خاص، وما وضع في شأنه من أحكام.

وعليه كان هذا المبحث من المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مدى التخفيف من شروط محل التبرع والغاية من ذلك

المطلب الثاني: أنواع المحل المتبرع به وأحكامها الخاصة

المطلب الأول: مدى التخفيف من شروط محل التبرع والغاية من ذلك

لا يظهر أي تفريق في القانون من حيث شروط محل التصرف بين كونه معاوضة أو تبرعا، إلا في اختلاف طفيف في موضع أو موضعين، فقواعد النظرية العامة في شروط المحل تتسحب على التصرف مهما كان. وبالمقارنة في هذا الشأن بأحكام الشريعة الإسلامية فنجد الفرق بينا وواضحا من حيث شروط المحل بين أن يكون معاوضة أو تبرعا؛ فنتكلم في هذا الموضوع من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مدى الاختلاف في شروط محل العقد بين التبرع والمعاوضة في القانون
الفرع الثاني: تخفيف الشريعة الإسلامية في شروط المحل المتبرع به والحكمة من ذلك

الفرع الأول: مدى الاختلاف في شروط محل العقد بين التبرع والمعاوضة في القانون

لم يخص القانون الجزائري محل التبرع بأي شروط مخصوصة، سواء في أحكام الهبة أو غيرها من تصرفات التبرع، بمعنى أن القواعد العامة في محل العقد، التي قررها في النظرية العامة، تسري على المحل في التبرع، بدون أي استثناء أو خصوصية: من أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، ومعينا أو قابلا للتعيين، ومملوكا لصاحبه، ومما يصح التعامل فيه.

غير أن القانون المصري ومن وافقه يبدون تشددا أكثر، فيضيّقون في موضوع محل التبرع حين يمنعون هبة الأموال المستقبلية مثلا حيث تنص المادة 429 من القانون المدني المصري أنه "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلّة".

ووافق القانون المدني السوري في المادة 460، والقانون المدني العراقي في المادة 1/609، والقانون المدني اللبناني في المادة 513؛ والقانون المدني الليبي في المادة 481 غير أن هذا الأخير استثنى منها هبة الثمار التي لم تجن بعد.

ويبدو واضحا تأثر هذه القوانين بمذاهب الفقه الإسلامي التي تمنع التبرع بالأموال المستقبلية.⁽¹⁾ والمال المستقبل هو المال غير الموجود وقت التبرع، ومن ثم لا يصح وفق القوانين المذكورة التبرع بمنزل لم يتم بناؤه مثلا أو ربح أسهم أو سندات لم تحل، أو التبرع بمحصولات لم تثبت فيما عدا

(1) انظر أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 27، وذكر اشتراط كون الشيء الموهوب موجودا وقت العقد، وقال إنه مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد.

القانون الليبي الذي استثنى هذه الأخيرة فقط كما ذكرنا.

والتبرع بالمال المستقبل عندهم باطل بطلانا مطلقا، لا تلحقه الإجازة، ولا يرد عليه التقادم، ويجوز لكل مصلحة أن يتمسك بالبطلان، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

ويعلون ذلك إلى ما ينطوي عليه التبرع بالمال المستقبل من خطر، فإن الواهب يندفع إلى التبرع بالمال المستقبل أكثر مما يندفع إلى التبرع بمال حاضر، فأراد التشريع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال تبرعه هذا⁽¹⁾.

والقانون الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يذكر استثناء في شروط محل التبرع لا تضييقا ولا توسعا. وإن كان الفقه المالكي كما سيأتي تفصيله الذي يتأثر به القانون الجزائري والمغربي وغيرها من بلدان المغرب العربي وخاصة في أحكام الأسرة، يتوسع ويتساهل كثيرا في شروط محل التبرع فيخفف منها كثيرا مميذا بذلك ما يقابلها من شروط في باب المعاوضات.

فليس صحيحا أن يجري الإطلاق أن الشريعة الإسلامية تمنع التبرع بالأموال المستقبلية مثلا في حين أن مذاهب الفقه الأربعة المشهورة مختلفة في مثل هذا الموضوع، وخاصة المذهب المالكي الذي له تعامل خاص في موضوع نظام التبرعات وأحكامه يخالف في كثير من التفاصيل سائر المذاهب الأخرى، فلا ينبغي لإخواننا المشاركة من أهل القانون التعاقل عن هذا، فيطلقون حكما على أنه في الشريعة الإسلامية في حين أنه خاص بالمذهب الحنفي في الواقع، وهذا يتكرر كثيرا في مراجعهم⁽²⁾.

ولو عدنا إلى الموضوع فلم يمنع القانون الجزائري التبرع بالأموال المستقبلية، ولم يستثن التبرع أو الهبة مما ورد في المادة 92 من القانون المدني الجزائري من جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا..

وقد منع القانون الفرنسي التبرع بالأموال المستقبلية في المادة 943 من القانون المدني

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص117. وذكر في الهامش أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية في مبدئها العام الذي يقضي بعدم جواز التعامل في المعدوم، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجاز التعامل في الشيء المستقبل لإزالة العوائق عن التعامل العادي.

(2) بدون ذكر الأمثلة فكثيرا ما يعمم إخواننا المشاركة المؤلفين في الشريعة أو في القانون المقارن بالشريعة حكما على أنه في الشريعة، وفي حقيقة الأمر لا ينطبق إلا على مذهب فقهي واحد أو اثنين، وفي الغالب ما يكون المذهب الحنفي الذي يدين به غالبية أهل المشرق، وكثيرا ما يغفل المذهب المالكي الذي تدينه شعوب البلدان المغاربية.

الفرنسي⁽¹⁾، وإن كان الفقه الفرنسي يتوسع في معنى المال الحاضر، فيعتبر التبرع بمحصولات لم تنبت، أو منزل لم يتم بناؤه وغيرها تبرعا بمال حاضر، لأن المال المتبرع به وإن كان لم يوجد إلا أن المتبرع يملكه بمجرد وجوده فهو على حكم ملكه⁽²⁾.

الفرع الثاني: تخفيف الشريعة الإسلامية في شروط المحل المتبرع به والغاية من ذلك

يبدو واضحا وجليا بمراجعة مسائل الفقه الإسلامي في موضوع التبرعات، التعامل الخاص مع محل العقد هنا، غير التعامل لو كان التصرف معاوضة. ومحل الاختلاف هو التخفيف من شروط محل التصرف إذا كان تبرعا عنه إذا كان معاوضة، وأكبر المذاهب توسعة في ذلك هو المذهب المالكي، وعليه نتكلم أولا على محل هذا التخفيف، ثم نسجل الغاية منه.

أولا - تخفيف الشريعة الإسلامية من شروط المحل المتبرع به

قال الحطاب المالكي: "وأما الركن الثالث وهو الملتزم به . أي المتبرع به . فهو كل ما فيه منفعة وسواء كان فيه غرر أم لا إلا ما كان من باب المعاوضة فيشترط فيه انتفاء الغرر"⁽³⁾. والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية التي استقرتها وخاصة في مذهب المالكية عدم التشدد بل التساهل الكبير في المحل المتبرع به خلافا لباب المعاوضات.

قال ابن رشد: وتجاوز الهبة والصدقة على مذهب مالك . وإن كانت مجهولة أو مشاعة غير مقسومة، كانت مما ينقسم أو مما لا ينقسم؛ خلاف أهل العراق⁽⁴⁾ في قولهم إن الهبة والصدقة لا تلزمان بالقول ولا تجبان إلا بالقبض، وأن تكون مقسومة مفروزة معلومة غير مجهولة... والصواب ما ذهب إليه مالك . رحمه الله . أن هبة الغرر والمجهول جائزة كميراث لا يعلم كميته، والعبد الآبق، والبعير الشارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها، لأنها إنما نهينا عن بيع الغرر، والهبة إنما هي على وجه المعروف والتبرر، لا يقصد بها تقامرا ولا تغابنا؛ وقد أجمع أهل العلم أن من أوصى بجزء من ماله

(1) Art 943 : La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens presents du donateur, si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، هامش ج5، ص117.

(3) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص217.

(4) يقصد الأحناف، وربما الشافعية معهم أيضا.

الثالث فدونه . وهو لا يعرف مبلغه من الوزن والقدر، أنه جائز ماض...⁽¹⁾ . ثم استدل بنصوص من السنة النبوية تبرع فيها النبي ﷺ بما لا تعلم كميته، كتبرعه على سبيل الصدقة بنفقة نسائه ومؤونة عامله وهو شيء يزيد وينقص ولا تعلم حقيقته..

ورد في قواعد الفقه المالكي "كل عقد وضع للمعاوضة وبني على المكايسة فالأصل امتناع الغرر فيه إلا ما استثناه الدليل كجهالة أساس الدار، وقطن الحبة، وما لا تتفك عنه البياعات في الغالب، وكل عقد وضع للمعروف وأسس على الإحسان فالأصل أن لا يمتنع الغرر فيه"⁽²⁾.

ثانيا . الغاية من تخفيف شروط محل التبرع

يرى من خفف شروط محل التبرع إلى أقصى حد من أهل مذاهب الفقه الإسلامي وفاقا لما يروونه لقواعد الشريعة، وهم المالكية ومن وافقهم، أن في ذلك مبررات من بينها أن الغرر المنهي عنه هو في محل المعاوضات خاصة، لأنها هي التي يتغابن فيها الناس، والغرر فيها يقود إلى التقامر وهو ممنوع لما يؤول فيه الأمر إلى النزاع والتشاحن. وليس من ذلك شيء في التبرعات لأن مبناها على البر والإحسان والمعروف، فلا ينبغي الجمع بينهما. وكذلك عدم وجود أي متضرر من وجود الغرر والجهالة في التبرع بخلاف المعاوضة.

كما أن مقصودهم الحث على التبرع والإكثار منه، وفتح باب الإرفاق بين الناس تماشيا مع تعاليم الشريعة الإسلامية؛ ولهذا قالوا: "أرسل من يدك بالغرر ولا تأخذ به" ومعناه: أرسل من يدك بالغرر من غير عوض ولا تأخذ به بعوض فكأنهم قالوا ولا تعاوض به"⁽³⁾.

وذكروا إحدى عشرة مسألة يجوز الجهل فيها الحمالة والهبة والوصية والبراءة من المجهول والصلح يعني: إذا لم يعرفا قدر الحق المصالح فيه، والخلع والصداق والقراض والمساقاة والمغارسة والصدقة⁽⁴⁾. وسبق أن ذكرنا القواعد التي تتردد كثيرا في الفقه الإسلامي من مثل "يتشدد في باب المعاوضات أكثر من باب التطوعات والتبرعات". "يسمح في باب القرض ما لا يسمح في باب المبادلة". "لا تمنع الجهالة في أبواب التبرعات". "يتشدد في المعاوضات أكثر من التطوعات والتبرعات". "يتسامح في التبرعات عن سائر المعاملات"... وأمثالها.

(1) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ص412.

(2) انظر المقرئ، الكليات الفقهية، تحقيق محمد أبو الأجنان، 1997، الدار العربية للكتاب، تونس، هامش ص146.

(3) انظر التسولي، مرجع سابق، ج2، ص250.

(4) انظر نفس المرجع والصفحة.

المطلب الثاني: أنواع المحل المتبرع به وأحكامها الخاصة

تفصيلا لأحكام المحل المتبرع به، فإنه يتنوع ويتعدد كثيرا، ففتبني عن كل نوع محل أحكام تخصه، نتطرق في هذا المطلب لمختلف ما جاء من أحكام خاصة في محلات معينة يتبرع بها، وذلك من خلال تصنيفها إلى مجموعات، فنخصها بالكلام من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: التبرع بالمجهول وبما فيه غرر وبالأموال المستقبلية

الفرع الثاني: التبرع بال عقار وبحق الارتفاق وبالمشاع غير المقسوم

الفرع الثالث: التبرع بالمرهون وبالعمل وبالمنفعة

الفرع الرابع: التبرع بالدين وبسداد دين

الفرع الخامس: التبرع بملك الغير وبكل المال

الفرع السادس: التبرع بأعضاء الإنسان وبمنافعها.

الفرع الأول: التبرع بالمجهول وبما فيه غرر وبالأموال المستقبلية

الذي يظهر أن التبرع بالمجهول جائز في القانون الجزائري وفاقا للمذهب المالكي الذي يجيز ذلك، فقد ورد في المادة 196 قانون الأسرة الجزائري ما يفهم منه جواز الوصية بالمجهول، فقد نصت "الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له، وتعتبر عمري".

أما في المذهب المالكي فقد نقلنا النصوص التي تبين مذهبهم في جواز الجهالة والغرر في التبرعات⁽¹⁾.

ولزيادة التأكيد يقول أحد فقهاءهم وهو القرطبي: "...وهذا الحديث كله يدلُّ على جواز هبة المجهول؛ فإن الثمرة مجهولة. ولا وجه لمنع ذلك؛ إذ لا يؤدي إلى فساد في عوض، ولا إلى غرر في عقد؛ لأن هذه الهبة إن قصد بها الأجر؛ فهو حاصل بحسب نيّة الواهب، وصل الموهوب لتلك الهبة أو لا. وإن أراد المحبّة والتودد؛ فإن حصلت الهبة للموهوب حصل ذلك المقصود، وإلا فقد علم الموهوبُ له اعتناء الواهب به، وإرادة إيصال الخير له"⁽²⁾.

(1) انظر أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 27. فقال: هبة المجهول عند مالك وأصحابه جائزة، وانظر الفقرة 116 عند كلامه عن الوصية بالمعدوم وبالمجهول.

(2) القرطبي، مرجع سابق، ص 591.

أما فيما يخص التبرع بما فيه غرر، فإنهم يعرفون الغرر بأنه: ما تردد بين السلامة والعطب أو ما في معنى ذلك⁽¹⁾؛ كالبيع الشارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها،

وفي المذهب المالكي قاعدة وهي: "كل ما لم يتمحض للمعاوضة فالغرر فيه جائز على قدر ما فيه من معنى العطية"، وإلا لم يجز، وقالوا: أرسل من يدك بالغرر، ولا تأخذ به⁽²⁾.

بل يجوز الغرر عند المالكية في الرهن والتبرعات والخلع والصلح؛ وقد جمعها بعضهم في بيت:
رَهْنٌ وَصُلْحٌ هِبَةٌ مَعَ خُلْعٍ & سَاعٌ بِهَا الْغَرُّ لَا كَالْبَيْعِ

وفيما يخص التبرع بالأموال المستقبلية فإنه يجوز هبة الأموال المستقبلية في القانون الجزائري، موافقا بذلك المذهب المالكي، ومنعها القانون المصري موافقا بذلك القانون الفرنسي فقد نصت المادة 492 من القانون المدني المصري أنه "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة"؛ وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "... أما المحل فيجب أن يستوفي الشروط العامة، وقد نص المشروع على بطلان هبة الأموال المستقبلية بطلانا مطلقا تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾.

وعليه فإن نص المادة 492 من القانون المدني المصري استثناء من الأصل العام الوارد في المادة 131 منه الذي يجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا؛ وجا في القضاء المصري: "إذا أجازت المادة 131 من القانون المدني أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا إلا أن المشرع لاعتبارات خاصة قد حرم ضروبا من التعامل في الشيء المستقبل الذي لم يتحقق وجوده تضمنها نص المادة 492 من القانون المدني، ورتب على ذلك بطلانها بما نص عليه فيها من أنه تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة، وجعل هذا البطلان متعلقا بالنظام العام لا تلحقه الإجازة، والمرجع في ذلك هو ما تنطوي عليه هبة هذا النوع من الأموال من خطر إذ يندفع الواهب إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال تحقق وجوده، مما حدا بالمشرع إلى حمايته من هذا الاندفاع بإبطال هبته، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون سالف الذكر باعتبار ذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تستلزم لصحة الهبة أن يكون الشيء الموهوب موجودا وقد العقد، ومن ثم تعتبر هبة المعدم غير صحيحة، ومثل المعدم ما هو في حكمه ومنها الأموال المستقبلية فتقع الهبة الواردة

(1) المازري، المعلم في شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج2، ص243.

(2) المقري، الكليات الفقهية، مرجع سابق، ص127.

(3) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص984.

عليها باطللة بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة..."⁽¹⁾

ويبني القانون المصري منعه هبة المعدوم استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

قلت: ويظهر أن الأمر يقتصر على مذهب الفقه الحنفي أو الجمهور على الأكثر، وليس كل مذاهب الفقه الإسلامي لأن المذهب المالكي يجيز ذلك.

الفرع الثاني: التبرع بال عقار وبحق الارتفاق وبالمشاع غير المقسوم:

إذا كان محل التبرع عقارا فبالإضافة إلى أركان التبرع الأخرى، ففي خصوص الهبة لا بد من الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية والتسجيل وإلا كان التبرع باطلا، حيث نصت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

لكن في القانون المصري ومن وافقه تعني الرسمية عن الحيازة، أما القانون الجزائري وفاقا للشريعة الإسلامية لم يسقط ركن الحيازة ولو توفرت الرسمية، وسيأتي تفصيل الكلام حول هذه المسألة عند الكلام على ركن الشكل في التبرعات، وبعضهم رجح إغناء الرسمية عن الحيازة ظنا أن المقصود من الحيازة التوثيق، والصحيح أن لها مقاصد أخرى غير التوثيق، لذلك فلن تستطيع الرسمية أن تحل محلها، وبه تظهر صوابية ما هو مثبت في القانون الجزائري من اشتراط الحيازة والرسمية معا في تبرع العقارات، وسيأتي تفصيل المسألة والنقاش فيها⁽³⁾.

لكن بالنسبة للتبرعات الأخرى بالعقار غير الهبة، فإذا لم تكن مقتضية للتملك، فلا تشترط الرسمية، ولا الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري، حسب نص المادتين 165 و793 التي اشترطت ذلك في الالتزام الناقل للملكية والحقوق العينية الأخرى إذا كان في العقار.

أما إذا كان التبرع بالعقار ناقلا للملكية في غير تصرف الهبة، كالوصية والوقف، فلم ينص القانون المدني، ولا قانون الأسرة، ولا قانون الوقف، ولا قانون الشهر العقاري، باشتراط أن تراعى

(1) قرار محكمة النقض المصري 4257 بتاريخ 1993/12/29، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص984.

(2) نفس المرجع والصفحة.

(3) انظر المبحث الرابع من هذا الفصل.

إجراءات الشهر التسجيل والشهر العقاري، لأن النصوص الواردة فيها في هذا الشأن، يفهم منها أنها تقصر مجال تطبيقها على العقود، بينما لا نجد نصا في ذلك، ما يخص التصرفات الناشئة عن إرادة منفردة كالوصية والوقف، فتبقى على أصلها حتى يرد فيها نص خاص.⁽¹⁾

وورد في الفقه الإسلامي تشددا أكثر إذا كان محل التبرع عقارا وذلك أن تكون الحيابة فيه بإخلائه سنة كاملة إن تبرع به لوحده⁽²⁾.

أما التبرع بحق الارتفاق فإن أهل القانون يوردون أهل الارتفاق وأحكامه في سياق الكلام عن الحقوق العينية، بصفتها حقوق متجزئة ومتفرعة عن حق الملكية، وأورد القانون المدني الجزائري أحكامها في الكتاب الثالث منه "الحقوق العينية الأصلية" الباب الثاني منه "تجزئة حق الملكية" بعد تخصيصه الباب الأول للكلام عن حق الملكية، فأورد في الفصل الأول من الباب الثاني المذكور حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن، وخصص الفصل الثاني منه لحق الارتفاق. والحقوق العينية الأصلية بما فيها المتجزئة عنها ومنه حق الارتفاق يمكن أن تكون محلا للتصرف بالتعاوض أو بالتبرع، فالحقوق العينية هي حقوق مالية.

بالمقابل في الفقه الإسلامي يورد الفقهاء الارتفاق أحيانا على أساس أنه موضوع في الأصل للتبرع، لذلك يلحقونه بباب التبرعات، ويتكلمون على أحكامه هناك. وعند الأحناف على أنه باق على أصله في التبرع ولا يجوز بيعه، كما حصروه في الارتفاقات الأربعة المشهورة وهي: حق الشرب وحق المرور وحق السيل وحق المجرى. فعندهم لا يجوز التصرف في حقوق الارتفاق⁽³⁾.

أما الملكية فحقوق الارتفاق ليست محصورة في عدد عندهم، ويجوزون التصرف فيها بالعوض أو بالتبرع. وانظر تفصيل الكلام عن حقوق الارتفاق كمحل للتبرع عند الكلام في فصل عقود التبرع المسماة في القانون وفي الفقه الإسلامي.⁽⁴⁾

وأما فيما يخص هبة المشاع في القانون الجزائري فقد نصت المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة.

(1) انظر تفصيل ذلك في حمدي باشا، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

(2) انظر الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج9، ص159، 160، 164.

(3) أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، ص23.

(4) انظر المبحث السادس من الفصل الثالث للباب الثاني من هذه الدراسة.

ومعناه جواز هبة المشاع في القانون الجزائري، ولم ينص التقنين المدني المصري على شيء في ذلك، بما معناه البقاء على أصله في القواعد العامة، وهذه تجيز هبة المشاع، ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية له: "ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية".

وما ذكر من الشريعة الإسلامية ليس إلا المذهب الحنفي الذي لا يجيز هبة المشاع⁽¹⁾، والذي يأخذ عنه كثيرا القانون المصري، أما المذهب المالكي فيجيز هبة المشاع على قاعدته في التبرعات والتسامح فيها، وقد ذكرنا نص ابن رشد في ذلك⁽²⁾.

الفرع الثالث: التبرع بالمرهون وبالعمل وبالمنفعة

نص القانون المدني الجزائري على مسألة محل ذكرها هنا، وهي إذا كان الرهن عند الدائن وأراد أن ينتفع به، فلا يستطيع أن يشترط ذلك تبرعا له بدون أي مقابل. فقد نصت المادة 1/956 من القانون المدني الجزائري أنه ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل. وعليه فإن النص واضح في القانون الجزائري أنه لا يمكن أن يكون المرهون محلا للتبرع من طرف المدين إلى دائئه.

وأما فيما يخص موضوع التبرع بالعمل فإنه يمكن أن يكون محل التبرع عملا يؤديه المتبرع مثل الوكالة بدون أجر، والوديعة بدون أجر، وسبق أن مثل هذه التبرعات تسمى في الفقه الغربي "عقود التفضل"، وبعضهم يرى أن يشترط فيها أهلية التصرف فقط وليس أهلية التبرع، وسيأتي الكلام على أصناف التبرعات بالعمل عند تعداد عقود التبرعات المسماة وموضعها في القانون.

وكذلك يجوز التبرع بمنفعة الشيء وهذا ما بيّنته المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾ سواء كان هذا الشيء جمادا، أو حيوانا، فيتبرع بمنفعة استعماله أو ركوبه، وهو ما يتخذ صورا في التصرفات كعقد العارية، والعمري وهي إعاره سكنى مدة حياة الشخص، وغيرها.

وقضت المادة 844 من القانون المدني الجزائري بجواز الوصية بحق الانتفاع للأشخاص

(1) فعند الحنفية هبة ما يقسم من المشاع لا تجوز مطلقا، وهبة ما لا يقسم من المشاع تجوز مطلقا، انظر محمود أفندي حمزة، الفرائد البهية في القواعد الفقهية، مطبعة أفندي خالد، دمشق، 1298هـ، ص 203.

(2) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ص 412.

(3) ونصها كما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

موجودين على قيد الحياة وللحمل المستكن.

أما القانون العراقي فقد عمم جواز التبرع في حق الانتفاع، فنصت المادة 1253 القانون المدني عراقي: "1. للمنتفع أن يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً، ما لم يكن في السند الذي أنشأ هذا الحق أحكام تخالف ذلك. 2. ويبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع، ويسقط لا بموت من تلقى المنفعة منه".

وجاء في الفقه الإسلامي ذكر منفعة مخصوصة للحيوان يتبرع بها للحاجة وقد يصل الأمر إلى حد الإلزام بالتبرع بها وهي إطراق الحيوان أو ما يسمى بإعارة الفحل.

والفحل هو الحيوان الذكر، المستعمل لإحبال المواشي الإناث في موسم الضراب، قصد الحصول على الإنسال، ولتنمية الثروة الحيوانية للفرد، وللجماعة. فإذا كان لمالك مواش فحول فائضة عن حاجة مواشيه للإطراق، وليس للآخر أو للآخرين فحول لهذه المهمة، فيجب على مالك الفحول أن يسمح باختلاط المواشي حتى يتم ضراب الفحول في الإناث، ويتمكن من لا فحل لهم من الإنجاب، واستدرار اللبن.⁽¹⁾ ويسمون هذا الحق بحق الإطراق أو حق الإحبال. ويستدلون على ذلك بنصوص منها أنه سئل الرسول ﷺ: فما حق الإبل؟ قال: تعطي الكريمة، وتمنح الغزيرة، وتفقر الظهر، وتطرق الفحل، وتسقى اللبن" وقاسوا على الإبل ما سواه من المواشي⁽²⁾.

الفرع الرابع: التبرع بالدين وبسداد دين

يمكن أن يكون محل التبرع ديناً يحوله أحد الأشخاص إلى غيره، وهو ما أشارت إليه المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري التي تكلمت عن محل الهبة ويمكن أن يكون ديناً فنصت أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة، أو ديناً لدى الغير".

وإذا كان محل التبرع سداد دين شخصي فقد سبق الكلام عنها⁽³⁾ وأنها ليست من التبرع وإنما الوفاء بالتزام طبيعي، ونصت عليها المادة 202 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 282 من القانون المدني الكويتي: لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً، ولا يعتبر

(1) انظر التجكاني، مرجع سابق، ص 58.

(2) نفس المرجع والصفحة.

(3) انظر ص 38 من هذه الدراسة.

متبرعاً بما أداه.

أما إذا سدد دين غيره بأمره من غير اشتراط الرجوع إليه، فهوم متبرع بحسب القانون الأردني فقد نصت المادة 295 من القانون المدني الأردني: من تبرع من ماله لحساب غيره بأمره فلا يرجع على الأمر إلا إذا اشترط الرجوع إليه.

الفرع الخامس: التبرع بملك الغير وبكل المال

نص القانون الجزائري في التبرع على سبيل الوقف أن يكون الوقف مملوكاً للواقف في المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري، فهذا ما ورد في خصوص شرط أن يكون المتبرع به مملوكاً للمتبرع، ولم يورد في خصوص هذا الشرط ضمن أحكام الهيئة، فضلاً عن حكم التبرع بملك الغير. أما في القانون المصري فقد نصت المادة 491 من القانون المدني المصري أنه "إذا وردت الهيئة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب، سرت عليها أحكام المادتين 466 و467". والمادتان المذكورتان تقضيان بأن للمتعاقد الآخر حق إبطال العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للمالك الحقيقي. ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حيث نصت: "... أما الواهب شيئاً، فيجب أن يكون مالكا للموهوب، وأن يكون أهلاً للتبرع، فالصغير والمحجور عليه لا يجوز لهما أن يهباً من مالهما، وغير المالك لا يجوز له أن يهب مال غيره.. وحكم هبة ملك الغير كحكم بيع ملك الغير، وترد إجازة الموهوب له لتصحيح البطلان، كما يرد إقرار المالك الحقيقي لتصحيح البطلان...⁽¹⁾.

أما في الفقه الإسلامي فالمذهب على طريقتيه في التوسع في شأن انعقاد تصرفات التبرع أكثر من غيره من المذاهب الفقهية الأخرى؛ فلا يشترط عند مالك أن يكون المتبرع به مملوكاً للمتبرع وقت التبرع بخلاف غيره، فيشترطون أن يكون المتبرع به مملوكاً للمتبرع ملكاً باتاً في الحال، فإن لم يكن كذلك كان التبرع باطلاً⁽²⁾.

أما مسألة التبرع بكل المال فيجوز في القانون الجزائري التبرع بكل المال، فقد نصت المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجوز للواهب أن يهب جميع ممتلكاته أو جزء منها عينا أو

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص984.

(2) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 174.

منفعة، أو دينا لدى الغير.

غير أنه في الفقه الإسلامي لخطورة هذا التصرف وعواقبه الكبيرة بالنسبة للمتبرع ولمن هم في قرابته يشترط الفقه الإسلامي في المقدم على مثل هذا التبرع أن يخرج منه صاحبه جميع شواغله تأكيدا لتبرعه هذا.

الفرع السادس: التبرع بأعضاء الإنسان وبمنافعها

باب التبرع بأعضاء البدن في نظري مفارق لباب التبرع المالي ومختلف عنه كلياً، فلا تسري عليه قواعده وضوابطه، لذلك تنظمه أغلب التشريعات في قوانين خاصة به، وقد تناولت بعض التشريعات القواعد العامة فيه في القانون المدني مثل القانون المدني الكندي الذي نظم أحكام نقل الأعضاء البدنية، وقضت م25 منه أنه يجب أن يكون على سبيل التبرع فقط⁽¹⁾. فلافتراق التبرع بالأعضاء عن التبرع المالي يبدو لي أنه يحكم بقواعد خاصة به ولا يمكن أن تسري عليه القواعد العامة، لذلك لا يمكن أن ينضوي تحت النظرية العامة للتبرعات محل البحث. وقد تطور هذا النوع من التصرف في السنوات الأخيرة من التبرع بالدم إلى التبرع بالأعضاء الأخرى كالكلية والقرنية، والتبرع بالأعضاء بعد الموت، وأثيرت في الشرع والقانون مسائل من هذا النوع كالتبرع بمنافع الرحم لتنمية الجنين، أو تأجيله لأجل ذلك وغيرها.

(1) Art 25 C.c.Q: L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé. L'expérimentation ne peut donner lieu à aucune contrepartie financière hormis le versement d'une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies.

المبحث الثالث: السبب في التبرع

بعد توفر الركنين السابقين في التبرع وهما الرضاء والمحل يأتي الكلام على الركن الثالث، وهو الذي يجب أن يتوفر أيضا في كل تصرف منشئ للالتزام، والمقصود السبب. وللسبب في التبرع أيضا كلام ووضع خاص كما مر معنا في الركنين السابقين. وعليه سوف نتطرق لمبحث السبب في التبرع، وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: ركنية السبب أكثر حضورا في التبرع

المطلب الثاني: الفرق بين سبب التبرع ونية التبرع

المطلب الثالث: تطبيقات على السبب في التبرع

المطلب الرابع: اختلاف آثار التبرع إذا كان السبب فيها القربى

المطلب الأول: ركنية السبب أكثر حضورا في التبرع

نتناول هذا المطلب من خلال تناول الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: السبب في التبرعات غيره في المعاوضات

الفرع الثاني: سبب التبرع في الفقه الفرنسي

الفرع الثالث: سبب التبرع في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: السبب في التبرعات غيره في المعاوضات

التبرع سواء كان عن طريق العقد أم بالتصرف بالإرادة المنفردة، لا بد في تكوينه من توفر عنصر السبب الذي يجب أن يتوفر في كل تصرف إرادي منشئ للالتزام، والمقصود بالسبب هنا الباعث الدافع على التبرع، فيشترط فيه ما يشترط في السبب في النظرية العامة للعقد، بأن يكون موجودا، ومشروعا.

فإذا لم يكن موجودا فلسنا بصدد تصرف نحكم عليه بأنه تبرع، وبالتالي تترتب عليه آثار التبرع وأحكامه. وإذا كان السبب موجودا ولكن غير مشروع، كان التبرع باطلا، كأن يتبرع شخص لخليته من أجل علاقات غير شرعية بينهما.

ويلاحظ أن ركن السبب في التبرع أكثر حضورا منه في المعاوضات، ففي المعاوضات لأن التزامات أحد أطرافه هي سبب التزامات الطرف الآخر⁽¹⁾ لا يبحث في السبب كثيرا غير وجود العوض أو الالتزام المقابل.

أما في التبرع فالأمر مختلف، لأنه لا بد من التفطيش عن السبب فيه، ويتنوع السبب فيه، ويتنوع تختلف الآثار القانونية:

فمن تبرع للتودد، غير من تبرع للصلة والقرابة، غير من تبرع للقربى، غير من تبرع للمنفعة العامة، غير من تبرع للثواب... غير من قدم التزاما ولم يذكر عوضا، فيستتبط السبب من ظروف الحال والقرائن.

فلكل من الصور المختلفة للأحوال المذكورة للسبب حكمه الخاص به، أما في المعاوضات فالأمر متحد⁽²⁾، وهو أن من عاوض سببه الدافع له العوض المقابل لا غير، فالكلام فيه محدود.

(1) E. Tarbouriech, De la cause dans les libéralités, V. Giard &.. éditeurs, 1894, Paris, p7.

(2) انظر د. جلال العدوي، مرجع سابق، ج1، ص143.

الفرع الثاني: سبب التبرع في الفقه الفرنسي

كان هناك نقاش في الفقه الفرنسي حول السبب في التبرع استمر لزمان، فقد كانت النظرية التقليدية للسبب تطابق بين السبب ونية التبرع، وسيأتي الكلام على التفريق بينهما، ثم انتهى القضاء الفرنسي إلى جعل الدافع إلى التبرع هو السبب⁽¹⁾.

بل إن البعض من الفقه الغربي أنكر وجود السبب في المعاوضات كعنصر في العقد منفصل عن المحل⁽²⁾.

ويتفقون أن البحث في السبب في تصرفات التبرع دقيق وصعب⁽³⁾، ولا يمكن تطبيق نفس أحكام السبب على البابين المعاوضات والتبرع، ولا بد من تحديد معيار في السبب يفرق بينهما⁽⁴⁾.

ويكمن الفرق أن السبب في المعاوضات بارز وظاهر في رغبة المعاوض لاكتساب المقابل في معاوضته، في حين إن السبب أقل ظهوراً في التبرعات، ويصعب الكشف عنه⁽⁵⁾. ويرى أ. تريورياس E. Tarbouriech أن المواد 1108، 1131 و1133 التي سيقى في التقنين المدني الفرنسي في أحكام السبب تنطبق على التبرعات أكثر منها على المعاوضات⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: سبب التبرع في الفقه الإسلامي

يفصل أهل الفقه الإسلامي في موضوع سبب التصرف إذا كان تبرعاً، ويجعلون له أوضاعاً مختلفة، ولكل وضع الحكم الخاص به؛ يقول ابن رشد وهو من فقهاء المالكية: "الهبّة لا تخلو من أربعة أوجه: أحدها: أن يقصد بها وجه الله. والثاني: أن يقصد بها وجوه الناس. والثالث: أن يقصد بها وجه الموهوب له. والرابع: أن يريد بها وجه الله ووجه الموهوب له:

فأما إذا قصد بهبته وجه الله تعالى وعلم بذلك بإقراره على نفسه، أو تبين ذلك من قصده، مثل أن يهب الغني والفقير، أو يهب لصلة رحم محتاجة، وما أشبه ذلك؛ فحكمها حكم الصدقة لا ثواب

(1) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص573.

(2) E. Tarbouriech, op. cit, p7.

(3) Ibid, p8.

(4) Ibid, p11- 12 – 17.

(5) Ibid, p19.

(6) Ibid, p20.

فيها ولا اعتصار ولا رجوع؛ وكذلك إذا قصد بهبته وجوه الناس إلا أنه لا أجر له في هبته...
وأما إذا أراد بهبته وجه الله تعالى ووجه الموهوب له. وذلك مثل أن يهب هبة على غير وجه
صدقة ولا صلة رحم، فيقول فيه: لله أو لوجه الله، فلا ثواب له فيها ولا اعتصار إلا أن يشترط ذلك؛
وقيل: إن له الاعتصار دون شرط إذا كانت الهبة لمن يصح منه الاعتصار.

وأما إذا قصد بها وجه الموهوب له، وتلك مثل أن يهب هبة مرسلة على غير وجه صدقة ولا
صلة رحم، فإنها تنقسم على خمسة أقسام: أحدها: أن يريد بها وجه الموهوب له لمحبهته إياه ومودته
له. والثاني: أن يريد بها وجهه ليستجر مودته ومحبهته. والثالث: أن يريد بها وجهه ليتأكد ما بينهما من
المودة والمحبة. والرابع: أن يريد بها التودد والمكافأة. والخامس: أن لا يتبين أن كان قصد بها مجرد
التودد إلى الموهوب له دون المكافآت أو قصد بها الوجهين جميعا.

فأما إذا أراد بهبته وجه الموهوب له لمحبهته إياه ومودته له وعلم ذلك بإقراره به على نفسه، أو
تبين ذلك من قصده. مثل أن يهب الوالد لولده، أو يهب الرجل الهبة للعالم، أو للرجل الصالح، وما
أشبه ذلك مما يعلم بالعرف الجاري أنه إنما وهب لمحبهته فيه، أو لمكانه من العلم والخير والصلاح، أو
أراد بها وجه الموهوب له ليستجر بذلك مودته ومحبهته وعلم ذلك بإقراره به على نفسه أو تبين ذلك من
قصده مثل أن يقدم الرجل من سفره فيهدي له جاره الشيء يتحفه به مثل الفاكهة وما أشبه ذلك، أو
يقدم الرجل من سفره فيهدي لجيرانه وإخوانه مما جلبه من تحف البلاد التي قدم منها، وما أشبه ذلك
مما يعلم بالعرف الجاري فيه أن أحدا لا يريد بذلك ثوابا، وإنما يفعله للتودد والتحبب كالسلطان يهب
لبعض رعيته؛ فهذان الوجهان لا ثواب فيهما إلا أن يشترط الثواب، فإن لم يشترطه وادعى أنه أراد له لم
يصدق، وإن ادعى أنه اشترطه على الموهوب له، كان له أن يحلفه، فإن نكل عن اليمين حلف هو
واستحق العوض.

وأما إذا أراد بهبته وجه الموهوب له ليتأكد ما بينهما من المودة والمحبة وأقر بذلك على نفسه
أيضا أو علم ذلك من قصده مثل أن يهب أحد الزوجين لصاحبه، أو الولد لوالده، فيعلم بالعرف
الجاري أن القصد بذلك تأكيد التودد لما بينهما مما يقتضي حاجتهما إلى التودد، فهذا الوجه اختلف فيه
إن ادعى الواهب أنه أراد بذلك الثواب⁽¹⁾.

ويقول في شأن الكافأة أنها على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يصدق إلا أن يظهر من صورة

(1) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص450.

الحال ما يدل على صدقه، وهذا نص قوله في المدونة. والثاني: أنه لا يصدق ولا يكون له الثواب أن يشترطه وهو ظاهر قول ربيعة في المدونة، وقول مالك الذي يتلوه لقول سحنون، وقال مالك والليث مثله.

والثالث: أنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على مصدقه وهذا القول حكاه عبد الوهاب في المعونة.

فإذا قصد في هذا الوجه على مذهب من يصدق فيه، فإنما يصدق باليمين، فإن نكل عن اليمين، لم يكن له ثواب ولم يحلف الموهوب له؛ ولو ادعى أنه اشترط الثواب على هذا القول ونكل عن اليمين، لرجعت اليمين على الموهوب له! فإن حلف برئ وإن نكل لزمه الثواب وأما على القول الذي لا يصدق فيه ولا يكون له الثواب إلا أن يشترطه، فإن ادعى الشرط ولم تكن له بينة، حلف الموهوب له وسقط عنه الثواب؛ فإن نكل حلف الواهب واستحق الثواب؛ وأما على القول الذي لا يصدق فيه ولا يكون له الثواب إلا أن يظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه، فيتخرج إيجاب اليمين عليه إن ظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه على قولين⁽¹⁾.

ويواصل الكلام في أقسام الهبة فيبين حكم القسم الرابع والخامس منها حسب تقسيمه السابق الذكر بقوله "أما القسم الرابع وهو أن يريد بهبته التودد والمكافأة، ويظهر ذلك من قصده وفعله، مثل أن يهب الفقير للغني هبة مبتدأة على غير سبب، فيدل ذلك من فعله على أنه أراد به الثواب من عنده، فهذا له الثواب إن ادعاه دون يمين.

وأما القسم الخامس: وهو الأبين إن كان أراد بهبته مجرد التودد دون المكافأة، أو قصد الوجهين جميعاً، وذلك مثل هبة النظراء والأكفاء من أهل الوفر والغناء. بعضهم لبعض. كانوا أجنبيين أو أقرباء؛ فهذا الوجه قال فيه في المدونة: إن القول قول الواهب، ولم يبين إن كان بيمين أو بغير يمين، واختلف الشيوخ في تأويل ذلك، فمنهم من قال: معناه بيمين، ومنهم من قال: بغير يمين، والذي أقول به: أن ذلك يقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها أن يقول: أردت ذلك ولم أشرطه.

والثاني أن يقول: اشترطت ذلك على الموهوب له فيقول الموهوب له: لم يشترط علي شيئاً.

والثالث أن يقول الواهب: اشترطت عليك الثواب، ويقول الموهوب له: بل بينت وذكرت أنه لا

(1) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ص 452.

ثواب لك علي.

فأما إذا قال: أردت ذلك، ولم أشرطه فيجزي ذلك على الاختلاف في يمين التهمة: هل تتعلق دون تحقيق الدعوى أم لا؟.

وأما إذا قال: اشترطت ذلك على الموهوب له، وقال الموهوب له: لم تشترط علي شيئاً، فلا يلزمه اليمين على القول الذي يوجب عليه اليمين في التهمة إلا بعد أن يحلف الموهوب له أنه ما اشترط عليه الثواب، فإن نكل عن اليمين لم يلزم الواهب يمين، وكان له الثواب دون أن يحلف، وأما على القول الذي لا يوجب عليه يميناً في التهمة، فلا يحلف بوجه.

وأما إن قال: اشترطت عليك الثواب، وقال الموهوب له: بل بينت ألا ثواب لك علي فيها، فالقول قول الواهب مع يمينه أنه عليه الثواب، فإن نكل كان القول قول الموهوب له أن بين له أن لا ثواب عليه، فإن نكل عن اليمين كان للواهب الثواب دون يمين، على حكم المدعي والمدعى عليه، وبالله التوفيق لا شريك له .

وأما الوجه الثاني من تقاسيم الهبة للثواب وهو أن يشترط الثواب ولا يسميه، فقيل: إنه كالهبة التي يرى أنه أراد بها الثواب، وقيل: إن ذلك غرر لا يجوز لأنه قد باع منه السلعة بقيمتها. قاله ابن الماجشون، والأول قول أصبغ، وهو مذهب ابن القاسم.

وأما الوجه الثالث: وهو أن يشترط الثواب ويسميه، فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيوع ويحرمه ما يحرم البيوع، وبالله تعالى التوفيق⁽¹⁾.

فالتفصيلات التي ذكرها ابن رشد في هذا النص المطول حول السبب في التبرع تبين أن السبب في التبرع أكثر حضوراً عنه في المعاوضات، بل وأحكامه في التبرع فيها تفصيل كبير ومعقد، وقد يخرج نوع السبب في التبرع من كونه تبرعاً محضاً إلى ما يشبهه المعاوضات وهو التبرع بالثواب.

المطلب الثاني: الفرق بين سبب التبرع ونية التبرع

السبب في التزام المتبرع طبقاً للنظرية العامة هو نية التبرع، وهذا لا يكفي في تصرف خطير مثل التبرع الذي هو تضحية بالمال بدون مقابل، فهناك فرق بين نية التبرع وسبب التبرع، ونية التبرع تدخل في الرضاء ومتضمنة فيه، فالمتبرع لا يتوفر في إرادته على عنصر الرضاء بالتصرف التبرعي

(1) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص452 و453.

إلا إذا كان ينوي التبرع، يعني رضي أن يدخل في تصرف بدون عوض. أما سبب التبرع فهو الدافع الباعث له على التبرع، فهو في نيته التبرع قد تختلف دوافعه في هذا التبرع من دوافع مشروعة إلى غير مشروعة وهكذا⁽¹⁾.

ونية التبرع مسألة نفسية ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في استخلاصها، كل هذا مما بينته محكمة النقض المصرية في قرارها التالي: "نية التبرع مسألة نفسية وتعرفها من شئون محكمة الموضوع. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر نية التبرع لدى المورث وقت التصرف من إرادته الهبة أي التصرف بدون عوض، وأثبت الحكم أن الثمن المسمى في العقد صوري لم يقصد المورث المتصرف قبض شيء منه، فإن الحكم يكون بذلك قد دلل على أن المورث لم يقصد من التصرف تحقيق أية منفعة له وإنما مجرد تضحية من جانبه لأجل الموهوب له، وهو ما يكفي للتدليل على توافر نية التبرع ولا على الحكم إن هو استخلص هذه النية أيضا من رضاء المتصرف بالهبة، لأن نية التبرع تختلط في الواقع بركن الرضاء في الهبة، فالواهب عندما يرضى بالهبة، وهي تعني التصرف في مال له دون عوض، فإن رضاه هذا يكون متضمنا نية التبرع"⁽²⁾.

ومن الأمثلة للتطبيقات على هذا المبدأ الذي يضيق من مفهوم السبب في نظرية التبرع، ويجعلها أخص من نية التبرع ما يلي:⁽³⁾

. الهدايا التي تعطى بعد الخطبة تسترد إذا لم يتم الزواج، وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية، ويمكن الاستناد في ذلك إلى أن تبرع الخطيب لخطيبته كان سببه، أي الباعث عليه، هو أن الخطيبة ستصبح زوجا للخطيب، وهذا السبب لم يتم، فيسقط التزام المتبرع، ويسترد ما أعطى من هدية.
. تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه وديا في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون، أو يكون بالطلاق. وفيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر دون اتباع الإجراءات المرسومة في ذلك يكون غير مشروع. فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودّي يكون سبب تبرعه، أي الباعث عليه، غير مشروع، ويبطل التبرع.

(1) انظر في الفرق بين نية التبرع وسبب التبرع: السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 573.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 351 بتاريخ 1967/12/07، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 978.

(3) السنهوري، المرجع نفسه، ص 574، و 575.

. أيضا نجد تطبيقا واضحا لهذا المبدأ في التبرعات المقرونة بشرط، إذا كان هذا الشرط غير مشروع، فإذا كان الدافع والباعث على التصرف التبرعي هو الشرط غير المشروع، فيبطل التبرع، لأن الشرط الباطل مقصود قصدا أوليا، وإذا كان الشرط غير المشروع لم يقصد قصدا أويا وإنما قصدا تابعا، فإن الشرط يبطل ولا يبطل التبرع. وهو ما ما يقره الفقه الإسلامي، وكثير من القوانين، ويسمى الشرط الدافع، والشرط غير الدافع.

المطلب الثالث: تطبيقات على السبب في التبرع

نورد في هذا المطلب تطبيقات على التبرع، فيما إذا اختلف فيه صور السبب وما يترتب على ذلك من أحكام، فمنها ما يلي: (1)

. إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، وقعت صحيحة وألغي الشرط، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة، فتقع الهبة كلها باطلة. وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة. ومثل الهبة المقترنة بشرط غير مشروع أن يهب شخص مالا لمطلقة ويشترط عليها عدم الزواج. فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع.

. الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر، أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معا، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد، ما دام الشيء الموهوب قائما ويمكن رده بالذات. والتعليل: أن الباعث الدافع لها هو الزواج. فإذا لم يتم وفسخت الخطبة، فقد انعدم السبب، فبطلت الهبة. ومن ثم يستطيع الواهب أن يطلب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسخ الخطبة، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الموهوب قائما، كالمجوهرات والمصوغات، حتى يمكن رده بالذات. أما إذا استهلك كالحلوى والروائح، فالمفروض أن الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك وعلى ألا يسترده مهما كان مآل الخطبة، فلا يكون إتمام الزواج سببا في مثل هذه الهبات (2).

. حكم القضاء الفرنسي ببطلان وصية صدرت من الموصي وهو معتقد أنه لا يترك وارثا شرعيا،

(1) انظر أيضا أمثلة عن هذه التطبيقات في: السنهوري، المرجع نفسه، ص574.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص134 وما بعدها..

وتبين أنه كان واهما في هذا الاعتقاد⁽¹⁾.

وفي القانون الفرنسي في التبرع المقترن بشرط غير مشروع، يبطل الشرط ويبقى التبرع، وهذا ما تنص عليه المادة 900 من القانون المدني فرنسي⁽²⁾. إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب، فقد ميز في الشرط الذي يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع؛ فالثاني وحده هو الذي يطبق عليه نص المادة 900 ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائما، حتى لو علق المتبرع تبرعه على تنفيذ الشرط، فما دام الشرط لم يكن هو الدافع إلى التبرع، فإنه يبطل وحده ويبقى التبرع. أما الشرط الدافع إلى التبرع، أي الباعث على هذا التبرع، فقد اعتبره القضاء سببا لالتزام التبرع، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع فإن التبرع جميعه يكون باطلا، ولا يقتصر المر على بطلان الشرط⁽³⁾.

. سبق أن ذكرنا أن سبب التزام أحد طرفي عقد التعاوض هو وجود التزام الطرف الآخر، فيجوز له التمسك بحق الحبس، والدفع بعدم التنفيذ، أي له أن يحبس حقا مملوكا لمدينه، وله أن يمتنع عن تنفيذ التزام عليه لمدينه حتى يقوم الطرف الآخر الذي هو مدينه بتنفيذ التزامه.

المطلب الرابع: اختلاف آثار التبرع إذا كان السبب فيها القربى

إذا كان السبب في التبرع القربى، أي الباعث الدافع على التبرع ديني بحت، يعني ابتغاء الثواب

(1) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، هامش ص574.

(2) **Art 900:** Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celle qui seront contraires aux lois ou au moeurs, serot réputées non écrites.

Art 900-1: Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales.

Art 900-2: Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable.

(3) انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص576.

في الآخرة، يختلف حكم التبرع عندئذ، والتسمية المشهور أنه صدقة، وهذا ما يذكر عادة في افتراق الهبة عن الصدقة.

فإذا كان الباعث في التبرع هو القربى فهو يختص بحكمين، يفارق بها التبرع الذي ليس فيه هذا السبب⁽¹⁾:

أولها فلا يجوز له الرجوع فيه بحال.

وثانيها أنه لا يجوز له أن يملك المتبرع به في المستقبل بأي وجه.

وقد ذكرنا أن القوانين العربية لم تتعرض إلى أحكام الصدقة، فيما عدا قانون الأحوال الشخصية اليمني، وقد ورد مصطلح الصدقة في القانون الجزائري عند تعريف الوقف في قانون الأسرة. وننبه هنا إلى ما ذكرناه في موضعه من هذه الدراسة من أن الوقف لا يشترط فيه أن يكون السبب فيه القربى، أي أن لا يكون إلا على سبيل التصدق، كما توحى به المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للوقف بـ"تنصيبها أن: الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

فإذا كان المقصود بكلمة التصدق في نص المادة، هو نية القربى، فهذا تصبيق كبير في تشريع الوقف، التبرع المرصد للمصالح الخاصة والعامة، لأنه قصر إيقاعه على وجه القربى فقط، فلا يمكنه أن يوقف ماله على غير الفقراء والمحتاجين مثلاً.

لكن الراجح في المذهب المالكي أنه لا يشترط أن يكون الوقف على سبيل القربى، فيمكن أن يوقف المال على الأغنياء إذا شاء، فهذا فيه فتح لباب التبرعات عن طريق الوقف، وعدم تصبيق بقصره على صورة التصدق.

قال خليل بن إسحاق المالكي في مختصره المشهور: "وإن لم تظهر قربى"، قال شارحه الخرشي: يعني أن الوقف يصح وإن لم تظهر فيه قربى، لأن الوقف من باب العطايات والهبات لا من باب الصدقات ولهذا يصح الوقف على الغني والفقير فهو مبالغة في صح وعبر بقربى دون طاعة، لأن القربى لا يشترط فيها نية بخلاف الطاعة وكلاهما لا بد فيه من معرفة المتقرب إليه...⁽²⁾

(1) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق ج2، ص413.

(2) الخرشي، مرجع سابق، ج7، ص80.

المبحث الرابع: الشكل في التبرعات

بعد توافر الأركان الثلاثة السابقة، التي يقوم عليها كل عقد، تختص تصرفات التبرع في تكوينها بركن آخر وهو الشكل المتمثل في الحيابة والبعض يصطلح عليه بالقبض، والمقصود أن يقبض المتبرع له التبرع، ويكون تحت تصرفه؛ وفي ذلك تفصيل حول كيفية هذه الحيابة وشروطها، وفي بعض التبرعات يتطلب القانون شرطاً آخر وهو الشكلية كما في التبرع بالعمار وبعض المنقولات، وغير ذلك من تفصيلات تخص الشكل في التبرعات، لذلك اقتضى هذا المبحث التطرق إلى المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: الشكل في التبرعات والغاية من اشتراطه

المطلب الثاني: شكل التبرعات في القانون وفي الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: كيفية الحيابة في التبرعات وشروطها

المطلب الرابع: مدى كفاية الشكلية عن الحيابة المادية في التبرعات

المطلب الأول: الشكل في التبرعات والغاية من اشتراطه

نتناول هذا المطلب من خلال الكلام على الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الشكل في التبرعات هو الحيابة ويضاف إليها الشكلية في بعض التبرعات

الفرع الثاني: الغاية من اشتراط الشكل في التبرعات

الفرع الثالث: التبرعات التي لا تحتاج إلى شكل

الفرع الأول: ماهية الشكل في التبرعات

المقصود بالشكل في التبرعات هو الحيابة أي القبض ويضاف إليها الشكلية في بعض هذه التبرعات، فذلك لابد من تعريف الحيابة، وبيان حكمها في مختلف التشريعات، وكيفية هذه الحيابة.

أولاً - تعريف الحيابة

هي رفع يد المتبرع من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المتبرع عليه أو نائبه أو تخليته للناس كالأحباس..⁽¹⁾

والحيابة تكفي إذا كان المتبرع به منقولاً، ويكون التبرع بها ينطبق عليه اسم العقود العينية، لكن إذا كان المتبرع به عقاراً أو منقولاً يشترط فيه إجراءات خاصة، فلا تكفي الحيابة في القانون، بل لابد أن تتضمن إليه شكلية يتطلبها القانون. وعليه فالتبرعات إما أن تكون عينية فقط، أو تكون عينية وشكلية معاً، مع وجود اختلاف بين القوانين في إغناء الشكلية عن العينية أو لا كما سيأتي.

ثانياً - حكم الحيابة في التبرعات

الأصل في اشتراط الحيابة في التبرعات ما وردته عائشة الصديقة عن والدها الصديق أبي بكر (رض) أنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله لم تحزه فلما حضرته الوفاة قال لها يا بنية إن أحب الناس بعدي لأنت وإن أعز الناس علي فقرا بعدي لأنت واني قد كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي ولو كنت جدديته واحرزتيه لكان لك وإنما هو الآن مال الورثة وإنما هما أخواك وأختاك فاقتموه على كتاب الله... وغيرها من الأدلة.

لكن الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، فيعتبرون الحيابة شرط لصحة التبرعات، أما المالكية فهي عندهم شرط تمام، بمعنى شرط لثبوت التبرع ونفاذه وليست شرطاً لصحته فينقذ التبرع

(1) لتعريف الحيابة انظر الرصاع، مرجع سابق، ص 558.

بدونها، ودليل المالكية في أن التبرع يلزم بالقول، أما الحيازة فشرط تمام فقط القياس على أصل العقود في أنها تلزم بالقول أي الإيجاب والقبول، مصداقا لقوله تعالى (وأوفوا بالعقود).

الفرع الثاني: الغاية من اشتراط الشكل في التبرعات

يذكرون مبررات في اشتراط الشكل في التبرعات، سواء كان حيازة أو شكلية، وهو أنها تفيد في تأكيد رضا المتبرع، ودفع التهمة عنه وخاصة فيما يخص الورثة والدائنين⁽¹⁾؛ كما أنها تفيد في وجوب استناد الالتزام بالتبرع إلى رضا صريح وقاطع. وهي أيضا توثيق للتبرع وحماية لحقوق الغير كالورثة من أي إخراج من المورث لماله بعد وفاته وحرمان ورثته منه، قال ابن رشد: وإنما كانت الحيازة من شرط تمام الهبة والصدقة، لأنهما لو أجزا دون حيازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرج عن ورثته بعد وفاته وذلك ممنوع؛ لأن الله تعالى فرض الفرائض لأهلها، وتوعد على تعديها...⁽²⁾

أما ضرورة إخراج التبرعات من حوزة المتبرع قبل حصول المانع فهذا لنفي التهمة⁽³⁾، وفرضت الشكلية لأن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل، وهذا ضار به وبورثته من بعده، فالتصرف خطير ينبه المشرع إلى خطره عن طريق اقتضاء الرسمية فيه، حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف، وهل يمضي فيه أو ينتهي عنه⁽⁴⁾؛ قال الونشريسي: اعلم أن من الاحتياط والحزم ذكر معاينة القبض... في الرهان والأحباس والصدقات والهبات، وفي كل ما ليس فيه عوض من سائر التبرعات؛ لما يتعلق بذلك من أحكام الغرماء وحقوق الورثة... وأما حقوق الورثة، فإن الواهب إذا وهب ماله أو تصدق به في صحته وأبقاه تحت يده ينتفع به إلى أن يموت، فيأخذه الموهوب له ويحرمه من يرثه بغضا فيه، فيؤدي ذلك إلى قطع المواريث، فإذا لم يصح له غرضه في حرمان الوارث إلا بأن يخرج ماله من يده إلى يد الموهوب له، فإن نفسه لا تسمح بذلك بأن يغني غيره ويبقى فقيرا، فيؤدي ذلك إلى منعه من القصد إلى حرمان الوارث ما أوجب الشرع أن يرثه عنه. ولهذا افتقرت إلى الحيازة

(1) انظر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 365.

(2) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج 2، ص 410.

(3) انظر ابن رشد، المرجع نفسه، ص 409.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، هامش ص 20.

والقبض بمعاينة البينة، قاله المازري وابن رشد وغيرهما⁽¹⁾.

وأيضاً لأن الهبة عقد خطير لا يقع إلا نادراً ولدوافع قوية، وإذا كان البيع يأخذ البائع فيه مقابلاً لما أعطى، فإن الهبة يتجرد الواهب فيها عن ماله دون مقابل. فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر، وتعيينه الشكلية على ذلك⁽²⁾. أما اشتراط الورقة الرسمية فلما تتضمنه من إجراءات معقدة، وما تستتبعه من جهر وعلانية، وما تستلزمه من وقت وجهد، نافعة كل النفع لحماية الواهب، ولحماية أسرته، بل ولحماية الموهوب له نفسه...⁽³⁾.

الفرع الثالث: التبرعات التي لا تحتاج إلى الشكل

هناك تبرعات مستثناة فلا تحتاج إلى الحيابة، وبالاستقراء هي كما يلي:

. هبة الثواب لا تحتاج إلى حيابة، والمقصود كل تبرع بشرط الثواب.

. التبرعات التي ينعقد عليها الزواج لأنها عطية انعقد عليها النكاح فلم يفتقر إلى حيابة.⁽⁴⁾

قال في تحفة الحكام: ونحلة ليس لها افتقار & إلى حيابة وذا المختار⁽⁵⁾.

. التبرع إلى غير معين، فإن كان المحبس عليه غير معين كالمساجد لم يفتقر إلى حيابة.⁽⁶⁾

. الهبات غير المباشرة، حيث إن الهبة المباشرة هي التي يتصرف فيها الواهب في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للموهوب له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للموهوب له، وهي وحدها التي يجب إفراغها في الشكل الواجب قانوناً للهبة، أما الهبة غير المباشرة فلا يلزم أن تستوفي هذا الشكل⁽⁷⁾ كالإبراء.

. التبرع المستتر ويعني الهبة حتى لو كانت مباشرة إذا لم تكن مكشوفة وكانت تحت ستار عقد

آخر فتأخذ حكم العقد الذي يسترها ولا تحتاج إلى الشكل وهو ما أكدته المادة 1/488 من القانون

(1) الونشريسي، المنهج الفائق... بأداب الموثق وأحكام الوثائق، مرجع سابق، ص158.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص45.

(3) انظر تتمته في المرجع نفسه ص46.

(4) الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج3، ص254.

(5) انظر شروح تحفة الحكام، وقد ذكرنا بعضها، التسولي، مرجع سابق والتوزري، مرجع سابق.

(6) ابن راشد القفصي، مرجع سابق ص299.

(7) السنهوري، المرجع نفسه، ص79.

المدني المصري، وهذا في الحقيقة لا يختص بالهبة بل ينسحب على كل تبرع يفتقر إلى الشكل في إنشائه.

. تبرعات الدولة، وسبق بيان أن مثل هذه التبرعات إن حصلت فهي من العقود الإدارية، لكن نص أهل الفقه الإسلامي أن هذا النوع من التبرعات لا يحتاج إلى الحيابة لإنشائه، ويسمونه "إقطاع الإمام"، فقالوا: الإقطاع حكم من الأحكام لا يفتقر إلى حيابة.

. التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للمتبرع له: كقولك لشخص إن بنيت بيتك أو إن تزوجت فلك كذا... إلا أنهم لاحظوا في هذا كونه في معنى العوض عن تلك المنفعة فجعلوه لازما لا يفتقر إلى حيابة كما تقدم في كلام ابن رشد...⁽¹⁾

. الوصية فهي من التبرعات التي لا تحتاج إلى حيابة. أما الزائد في الوصية عن الثلث إذا أجازته الورثة فهو مختلف فيه حسب تكييفه؛ يعني إذا كيفت على أنها وصية فلا تحتاج إلى حيابة مثل الوصية فتأخذ حكمها، وإن كيفت على أنها إنشاء عطية جديدة فلا بد من الحوز فيها.

قال السنهوري: ويخلص من ذلك أن الهبة التي يجب أن تستوفي الشكلية (أو العينية في المنقول) هي الهبة المكشوفة، فتخرج إذن: 1. الهبة غير المباشرة (donation indirecte) 2. والهبة المستترة (donation déguisée)...⁽²⁾.

وإذا كانت الأحكام المتعلقة بالشكل أو بالعينية لا تسري في بعض التبرعات كالهبات غير المباشرة فإن الأحكام الموضوعية تسري، كجواز الرجوع في الهبة والظعن بالدعوى البولصية وأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من الأحكام⁽³⁾.

ومنه حسب رأبي يمكن أن نستخلص شروط افتقار التبرع إلى الحيابة في خمسة شروط، الشرط الأول أن يكون محضاً، وثانيها أن يكون فيه نقل للملكية، والثالث أن لا يكون كفالة، أو وصية أو ما في حكمها، أما الرابع فأن لا ينعقد عليه النكاح، وأخيراً الخامس أن يكون لمعين، وبغير نية القرى.

(1) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 297.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 79.

(3) المرجع نفسه، ص 85.

المطلب الثاني: شكل التبرعات في القانون وفي الفقه الإسلامي

اتفقت القوانين العربية على اشتراط الحيابة في التبرعات تبعا للفقه الإسلامي، لكن بعضها يعتبره شرط صحة، لا ينعقد التبرع بدونه، تبعا لبعض المذاهب الفقهية، وهم الجمهور: الحنفية والشافعية والحنابلة، وبعض القوانين العربية مثل القانون الجزائري والمغربي اعتبره شرط تمام تأثرا بالمذهب المالكي، بمعنى أن التبرع ينعقد بتوافر الأركان الثلاثة، ويستطيع المتبرع له إجبار المتبرع على تنفيذ التزامه بالتبرع، لكن لا يتم هذا التبرع حتى يتم حوز المتبرع له للتبرع، فإذا طرأ مانع من موانع التبرع، ولم يتم المتبرع بالحيابة بطل التبرع. قال ابن العربي المالكي: الهبة عقد لازم بالقول عندنا وبالقبض إجماع أي أن الحوز عند المالكية شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم، وقال ابن رشد: القبض شرط تمام وكمال⁽¹⁾.

وسوف نتناول الشكل في التبرعات سواء في القانون الجزائري أو في القوانين العربية، ثم القوانين الغربية، ثم نتطرق إلى الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، وكل ذلك من خلال الفروع الاربعة الآتية:

الفرع الأول: شكل التبرعات في القانون الجزائري

ورد في القانون الجزائري في شأن شكل التبرعات بعض النصوص، منه نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري أنه "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"

ونص المادة 2/306 من القانون المدني الجزائري: ولا يشترط فيه . أي الإبراء . شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

أما في شأن الوصية والوقف فلا يوجد نص خاص يشترط شكلا معيناً في إنشائها، ولو كان محل التبرع عقارا، كما سبق بيانه، إلا أن إثبات الوصية اشترط فيه القانون الشكلية طبقاً لنص المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية أنه "تثبت الوصية: 1 . بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. 2 . وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

(1) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص408.

وعليه فإن شكل التبرعات في القانون الجزائري هو كما يلي:

إذا كان التبرع هو هبة فهو ينقل حقا عينيا فالشكل فيه أن يكون بالحيازة فقط في المنقولات، أو تضاف إليها الإجراءات الرسمية في المنصوص عليه من منقول أو عقار، ولا تغني الرسمية عن الحيازة بحال. وإذا كان التبرع بمنقول لا يستدعي إجراءات خاصة كما هو غالب المنقولات فلا بد فيه من الحيازة، ولكن لا تغني عنه الرسمية كما هو الحال في التقنين المصري على سبيل المثال كما سيأتي.

أما إذا كان المنقول يقتضي إجراءات خاصة كالشكلية من رسمية أو كتابة، فلا بد من هذه الشكلية بالإضافة إلى الحيازة التي لا تفارق التبرع في الأصل استنادا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، كما إذا تبرع بسيارة أو سفينة مثلا، فهناك إجراءات خاصة بمثل هذه المنقولات، ولكن لا تغني عن الحيازة.

أما إذا كان التبرع عبارة عن إسقاط فلا يحتاج إلى شكل معين، كما هو الحال في الإبراء مثلا.

الفرع الثاني: شكل التبرعات في القوانين العربية

أما في القوانين العربية فبعضها يجعل الرسمية كافية عن الحيازة سواء في المنقول أو في العقار، خلافا للقانون الجزائري، ففي التقنين المدني المصري ما يفيد أن الهبة تتم بورقة رسمية يعني سواء كانت عقارا أو منقولا، ولم يشترط الحيازة، وذكر أنه يمكن أن تتم هبة المنقول بالحيازة فقط. فقد جاء في المادة 488 من القانون المدني المصري: "1. تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر. 2. ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية.

ولكن جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "أما هبة المنقول فعقد عيني لا شكلي، لا يتم إلا بالقبض، ولا تغني الرسمية عن القبض كما هو في التقنين الحالي. أي السابق".⁽¹⁾ لكن هذا ليس واضحا من نص المادة، ويزيد من الأمر التباسا. وقد أكد الأستاذ السنهوري أن "شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية"⁽²⁾ بل قال في موضع آخر: "وإذا وثقت هبة المنقول في ورقة

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 980.

(2) انظر السنهوري، مرجع سابق، ج 5، ص 48.

رسمية انعقدت الهبة دون حاجة إلى إجراء آخر، شأنها في ذلك شأن هبة العقار، فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض، فالقبض في هبة المنقول ليس إجراء واجبا إلى جانب الورقة الرسمية، بل هو إجراء يغني عن الرسمية، بل هو إجراء يغني عن الرسمية، فلا محل إذن للجمع بين الإجراءين، الرسمية والقبض⁽¹⁾.

ونصت المادة 489 من القانون المدني المصري أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه.

وفي القانون المغربي تراجع القضاء المغربي ممثلا في المجلس الأعلى⁽²⁾ عن اشتراط الحيابة في تبرعات العقار إذا توفرت الرسمية، وهذا في أحدث اجتهاداته سنة 1995، ورأى أن الرسمية تغني عنه كما سيأتي بسطه بعد قليل⁽³⁾.

الفرع الثالث: شكل التبرعات في القوانين الغربية

في القانون الفرنسي عند التبرع بالمنقول لابد إلى جانب الورقة الرسمية من كشف يبين المنقولات الموهوبة مع تقدير قيمتها (état estimatif)، ويوقع على هذا الكشف كل من الواهب والموهوب له، ويرفق بأصل الورقة الرسمية للهبة، وتقضي بكل ذلك المادة 948 من التقنين المدني الفرنسي⁽⁴⁾. والمقصود من هذا الإجراء هو حصر المنقولات الموهوبة، فلا يتمكن الواهب بعد الهبة من استرجاع بعض هذه المنقولات أو إتلافها أو إبدال غيرها بها من منقولات أقل قيمة. ويجب أن يكون قبضا فعليا من الجانبين، أي تسليمًا فعليا من الواهب وتسلمًا فعليا من الموهوب له، بحيث تنتقل حيابة الموهوب إلى الموهوب له حيابة كاملة تحميها دعاوى الحيابة وتقضي إلى التملك⁽⁵⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص53.

(2) يقابل المحكمة العليا عندنا في الجزائر.

(3) انظر المراجع المغربية التي سنذكرها في مسألة كفاية الرسمية عن الحيابة في تبرعات العقار في المطلب الخامس الآتي من هذا المبحث.

(4) Art 948: Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur, et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.

(5) السنهوري، المرجع نفسه، ص59.

الفرع الرابع: شكل التبرعات في الفقه الإسلامي

الحيازة شرط في التبرعات، سواء كانت شرط صحة كما هو مذهب الجمهور، أو كانت شرط تمام ونفاذ كما هو المذهب المالكي.

قال الحطاب: واعلم أن الالتزام . ويعني به التبرع . إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة ويبطل بالموت والفلس قبلها كما في سائر التبرعات⁽¹⁾. وهناك قاعدة في المذهب المالكي: كل ما قصد به المعروف ولو كان بعوض، وكل ما كان بغير عوض ولو لم يقصد به المعروف، فإن الحوز مفترض في كماله⁽²⁾.

هذه الحيازة شرط في كل التبرعات التي يحتاج فيها المتبرع له لحيازة الرقبة في انتفاعه بالتبرع باستثناء التبرع وصية أو ما في حكمها، فيخرج التبرع إذا كان إسقاطاً أو ما شابهه كما سبق ذكره. والشريعة الإسلامية لا تمنع في الرسمية التي جاء بها القانون، ويبدو لي أنه ليس دقيقاً أن "الفقهاء المسلمين لا يتطلبون لانعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية.." كما ذكره الدكتور تقيّة⁽³⁾، ولو جاء عن بعضهم فهو خطأ بين لأبد من نقضه، لأنه يخالف قواعد الفقه الإسلامي كقاعدة "تصرفات الإمام منوطة بالمصلحة"، وأصل كبير من أصول الشريعة مجمع عليه وهو أصل المصالح المرسلة، فكل ما فيه مصلحة وحفظ ورعاية للحقوق وجب الأخذ به، فكيف بتوثيق الحقوق، وهو عمل جليل سبق أن عمل به فقهاء الإسلام وخاصة في الأندلس وفي بلدان المغرب العربي، ومؤلفاتهم في فن التوثيق ومدوناتهم التي تحوي مئات الوثائق بأسماء أصحابها لا تزال شاهدة على ذلك إلى هذا اليوم. ولكن مسألة واحدة تثور هنا، وهي محل اجتهاد، وهي المسألة السابقة في مدى غنى الرسمية عن الحيازة، سواء كان ذلك في تبرع العقار أو في تبرع المنقول، وهو ما سوف نتناوله إن شاء الله في المطلب الخامس الآتي.

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 217.

(2) الولاتي، قواعد فقه المذهب المالكي، ط 2006، نواكشوط، موريتانيا، ص 127.

تتمته: أي مشروط فيه أي لا يكمل إلا به، فالأول كالهبة والصدقة والعارية والقرض والعريّة والمنحة والعمرى والسكنى والحبس والرهن المتبرع به بعد العقد، والثاني كالرهن المشروط في صلب العقد فإنه لا عوض له، وليس بمعروف، ولكنه لا بد فيه من الحوز، فهذه العقود كلها لا تتم إلا بالحوز.

(3) د. محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 37.

المطلب الثالث: كيفية الحيابة في التبرعات وشروطها

نتكلم عن نوعي الحيابة الفعلية والحكمية، ثم نتطرق إلى شروطها والإشهاد عليها، ثم جزاء الإخلال بشكل التبرع:

وذلك من خلال الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول: الحيابة الفعلية والحيابة الحكمية

حوز الشيء المتبرع به بمعاينة البينة أي بمشاهدة الشهود لها لا بالاعتراف شرط في صحة التبرع، والتحويز وهو تمكين المعطي المعطى له من العطية غير شرط في صحتها، بخلاف الرهن.. قال خليل: وحيز . أي الموهوب . وإن بلا إذن وأجبر عليه..، والحبس والهبة من باب واحد⁽¹⁾. هذا إذا كان حوز العطية ممكنا أما إذا كان غير ممكن فلا يكون شرطا في صحتها⁽²⁾.
فنتكلم إذن عن الحيابة الفعلية ثم الحيابة الحكمية.

أولا . الحيابة الفعلية

وتسمى أيضا الحيابة الحسية وهي ما كان التسليم فيها فعليا، بأن يمكن المتبرع المتبرع له من العين المتبرع بها، بكل وسائل التمكين، ويستولي عليها، بحيث تكون تحت سلطانه بحكم عقد الهبة، ويخرج من يد المتبرع إلى يد المتبرع له، بحيث يتمكن المتبرع له من التصرف فيما وقع به التبرع عليه بجميع أنواع التصرفات، دون أن يكون للمتبرع أي اعتراض عليه في ذلك⁽³⁾.

وهناك تفصيلات في الفقه الإسلامي لكيفية الحيابة، فمثلا بعض التبرعات لها شكل خاص للحيابة كما إذا تبرع بسكناه فلا بد من خروجه منها ومعاينة الشهود خلاءها منه ومن أثاره وأسبابه سنة كاملة فإن رجع إليها قبل كمال السنة واستمر فيها إلى أن مات بطل تبرعه.

وفي تبرع العقار يجب أن تعين البينة تسليمه للموهوب له من واهبه وتسلم الأول له وحوزه عنه بالدخول والخروج من المحل وفتحه وغلق أبوابه ونحو ذلك مما يسوغ للمالك فعله بشرط خلو المحل الموهوب من شواغل الواهب وأثقاله⁽⁴⁾.

(1) التوزري، مرجع سابق، ج4، ص18.

(2) المرجع نفسه ص19.

(3) د. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص168.

(4) وفي الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج9، ص159 وما بعدها، الحيابة في العقار بإخلاته سنة كاملة إن تبرع

ثانيا . الحيابة الحكمية

هناك حالات تعتبر الحيابة واقعة فيها حكما وإن لم يقع القبض فعلا وحسا كما في الصور

الآتية:

. إذا سبق وأن كان المتبرع به تحت يد المتبرع له، فقد نصت المادة 207 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا.

. إذا جد المتبرع له في طلب التبرع، فله حكم الحيابة وإن لم يقبض، يعني أن المعطى له إذا كان أهلا للقبض بأن كان رشيدا ولم يقبض ما أعطي له تفريطا منه بأن ترك قبضه اختيارا وفاته تلافى القبض بموت المعطى أو فلسه ونحوهما بطلت العطية بلا خلاف، وإن لم يفته التلافى بعدم وجود المانع فله أن يتلافاه وتصح العطية. فإن طلب غلتها حلف أنه لم يترك قبضها على وجه الترك ويرجع بها...

ومفهوم قوله "تفريط" أنه إذا لم يفرض بأن جد في طلبها ولم يتمكن منها حتى حصل مانع من الموانع المتقدمة فإن حقه لا يبطل وهو كذلك. وقوله "مطلقا" أي كان الشيء المعطى أصلا أو غيره⁽¹⁾.

. يقوم مقام الحيابة التوثيق والإجراءات الإدارية الأحوال الثلاثة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري في المادة 208 منه: إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تعني عن الحيابة.
. أن يتصرف المتبرع عليه في المتبرع به ببيعه أو إيجاره.. أو بغير ذلك مما يفيد هذا التصرف الواضح الجلي على مرأى ومسمع من المتبرع وقبل حصول المانع له⁽²⁾.

= به لوحده، وانظر أيضا ص164.

(1) انظر شرح التوزري، مرجع سابق، ج4، ص32.

(2) انظر د. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص169، وفي الهامش: قرار المجلس الأعلى المغربي رقم 284 الصادر بتاريخ 1980/04/22 الذي قضى بنقض الحكم الذي اعتمد فيما قضى به من رفض دعوى الصدقة على القول بأن رسم الصدقة خال من معاينة حيابة المتصدق عليه قبل حدوث المانع، والحالة أن الطاعن قد أدلى برسم يفيد تصرفه في المتصدق به عليه...

الفرع الثاني: شروط الحيابة والحاجة إلى توثيقها بالإشهاد عليها

يشترط في الحيابة شرطين، أولها المعاينة، والمقصود أن يتم الإشهاد عليها؛ فيشترط في الحيابة الإشهاد عليها كما سبق. جاء في المدونة للإمام مالك: "ولا يقضى بالحيابة إلا بمعاينة البينة بحوزه في حبس أو هبة أو رهن"⁽¹⁾.

ثانياً الشروط حصولها قبل حدوث المانع؛ فيشترط في الحيابة ألا يقوم أحد موانع الأربعة لها وهي⁽²⁾: 1. موت المتبرع 2. جنونه 3. مرضه مرض الموت 4. إحاطة الدين بماله أو تفليسه. ولا يشترط إذن المتبرع في الحيابة ولا علمه في المذهب المالكي خلافاً لمذاهب الفقه الأخرى وهم الجمهور الذين يشترطون ذلك⁽³⁾، وهو ما سار عليه القانون العراقي حيث نصت المادة 603 من القانون المدني العراقي أنه: 1 - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة. 2 - وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو بعده وأما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة.

الفرع الثالث: أهلية الحيابة والنيابة فيها

لابد لمن يحوز أن يكون أهلاً لذلك وإلا ناب عنه غيره، فلا بد فيمن يحوز "أن يكون رشيداً لا حجر عليه، فإن كان غير رشيد فالقبض يكون للولي وصياً كان أو غيره لا للمحجور على القول المشهور ومقابلته جواز القبض للمحجور وهو القول الراجح لأن المقصود إخراج العطية من اليد وقد خرجت"⁽⁴⁾.

ويمكن أن ينوب عن المتبرع له من يحوز عن التبرع، وقد أشارت إلى ذلك المادة 210 قانون الأسرة الجزائري: "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله.

وإذا كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانوناً".
فإذا كان المتبرع إليه ليس أهلاً في أن يقبض المتبرع به لصغر سنه أو حجر عليه فينوب عنه وليه أو وصيه أو قيمه...

(1) ابن ناجي، شرح الرسالة، 1982، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص207.

(2) انظر التوزري، مرجع سابق، ص18، ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص410.

(3) انظر تفصيل الأقوال في ذلك وأدلتهم في د. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص170 وما بعدها.

(4) التوزري، المرجع نفسه، ص19.

الفرع الرابع: جزاء الإخلال بشكل التبرع

وفق نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري فإنه إذا تخلف شكل الهبة أو اختل كانت الهبة باطلة، وهذا ما ينسحب على كل تبرع يفتقر إلى الشكل؛ فالنص واضح في الفقرة الثانية من المادة المذكورة: "وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" والقيود المذكورة فيما يخص الشكل هي الحيابة، وأحكام قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات

ففي العقار يختل شكل التبرع في العقار إذا لم يتم المتبرع له بحوزه، وتوثيقه في ورقة رسمية..، أو إذا وثق ولكن الورقة الرسمية كانت باطلة لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية. وفي المنقول يختل شكل التبرع في المنقول إذا لم يتم المتبرع له بحوزه، أو كانت يحتاج إلى إجراءات خاصة ولم يتم بها المتبرع له.

وجزاء اختلال الشكل في التبرع هو البطلان المطلق، فإذا اختل شكل التبرع في العقار أو في المنقول فإن التبرع يكون باطلا بطلانا مطلقا، ولا ينتج أثرا، فإن كان تبرعا بالمال يبقى المال ملكا للمتبرع يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد، ولا ينتقل الملك إلى المتبرع له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن يتصرف فيه⁽¹⁾.

المطلب الرابع: مدى كفاية الشكلية عن الحيابة المادية في التبرعات

هناك اتجاهان في مدى كفاية الشكلية عن الحيابة المادية في التبرعات، فيرى فريق أن الرسمية تغني عن الحيابة في التبرع، وأخذ بهذا المذهب بعض القوانين العربية وفي مقدمتهم القانون المدني المصري، والقانون المغربي في آخر اجتهاداته؛ بينما يرى فريق آخر أن الرسمية لا تغني الحيابة الواجب توافرها في التبرع، وتبنت ذلك بعض القوانين العربية، وفي مقدمتها القانون المدني الجزائري، وهذه المسألة لا زالت قيد البحث والمناقشة، فلا بد من بيانها، وبيان وأدلة كل رأي، والترجيح بينها ما أمكن. وعليه نتناول هذا المطلب من خلال التطرق إلى الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الرأي في أن الرسمية لا تغني عن الحيابة في التبرع

الفرع الثاني: الرأي في أن الرسمية تغني عن الحيابة في التبرع

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص69 بتصرف.

الفرع الثالث: الراجح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيابة في التبرع

الفرع الأول: الرأي في أن الرسمية لا تغني عن الحيابة في التبرع

وتبناه القانون الجزائري ومن وافقه، وفيه لا يغني التوثيق والإجراءات الإدارية عن الحيابة، إلا في حالة كون المتبرع ولي المتبرع له أو زوجه أو كان المتبرع به مشاعا كما قضت بذلك المادتان 206، و208 من قانون الأسرة الجزائري معا⁽¹⁾.

وأدلتهم في ذلك أنه لا يمكن بأي حال أن يكون تسجيل سند التبرع على الرسم العقاري للملك المتبرع به قائما مقام الحيابة الفعلية التي جعلها الفقه شرط صحة أو تمام في التبرعات ولا يمكن لهذا التسجيل أن يغني عنها إذا لم يثبت طبقا لما قرره الفقه في ثبوتها حسب الأصول للأسباب الآتية:

1 . الحيابة في التبرع شرط صحة أو تمام والشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من تحققه وجود ولا عدم لذاته، ومقتضى ذلك فانه يترتب على عدم تحقق الشرط انعدام الماهية واعتبارها غير موجودة.

2 . إن التسجيل حسب القواعد المقررة في قانون التحفيظ لا يساوي إلا قيمة السند المسجل ولا يضيف لمدلوله شيئا زائدا على المعنى الذي يتضمنه السند كما إن التسجيل يوصف بمختلف الأوصاف التي يوصف بها السند فيكون باطلا وصحيا وسالما ومعيبا حسب الأحوال التي تعرض لكل منهما ... والتسجيل تابع في الوصف لأساسه

3 . إن التسجيل إنما يضيف على السند صبغة الوجود القانوني ويمده بالقوة الثبوتية المستمدة من القانون فيترتب على ذلك أن السند الغير المسجل يعتبر في حكم المعدوم وإن التسجيل هو الذي ينفخ فيه الروح ويحقق وجوده القانوني... وهذه كلها اعتبارات وهمية لا يتناولها الحس بخلاف الحيابة الفعلية فإنها تصرف مادي محسوس يدرك بمعاينة الحلول والتصرف بوضع اليد وجميع التصرفات الدالة على الاختصاص بالمحوز والتصرف فيه.

فلا يمكن القول بان الاعتبارات الوهمية التي لا تدرك بالحس تعني وتقوم مقام الحيابة الفعلية

(1) وانظر قرار المحكمة العليا في الجزائر رقم 58.700 المؤرخ في 19/02/1990 المنشور بالمجلة القضائية، العدد 04، سنة 1991، ص113 (من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز)، د. حمدي باشا، مرجع سابق، ص11.

التي هي تصرف مادي يشاهد ويظهر بالحلول ويدرك بالمعاينة وبأسلوب المناطقة فان القول بان تسجيل سند التبرع بالملك المحفظ على رسمه العقاري يغني عن الحيازة الفعلية المشترطة في صحة أو تمام تبرعات يؤدي إلى القول بان التسجيل المذكور يكمل النقص بناء عليه في السند المسجل ولا قائل بذلك على الإطلاق .

وإذا سلمنا بهذا فإنه لا مانع من سريان هذه القاعدة على جميع العقود الأخرى التي تتضمن التزامات متعلقة بحقوق عينية تنشأ ناقصة أو معيبة لان ما جرى على المثل يجري على المماثل. لذلك يتعين فهم التسجيل بمفهومه الذي توخاه المشرع في كل من قانون التحفيظ العقاري والقانون المطبق على الأملاك المحفظة. واعتباره فقط مصدرا للقوة الثبوتية القانونية التي يضيفها التسجيل على السند المسجل حيث ينفخ فيه روح الوجود القانوني ويبعث فيه الاعتبار القانوني المستمد من القانون . أما الحيازة الفعلية وهي تصرف مادي وحلول يدرك بالعيان وهي خاصية مقصورة على عقود التبرع باعتبارها شرط صحة أو تمام يفتقد عند وجود التبرع أو بعد وجوده فهما مختلفان واجتماعهما ضروري فلا يغني احدهما عن الآخر وعلى هذا الاساس درج المجلس الأعلى في كثير من قراراته على اعتبار السندات المعتمدة لنقل الملكية والمشوبة بعيب موجب لبطلانها سندات باطلة على الرغم من تسجيلها على الرسوم العقارية ولم يتردد في التصريح ببطلانها....⁽¹⁾

الفرع الثاني: الرأي في أن الرسمية تغني عن الحيازة في التبرع

وتبناه القانون المصري، وأيضا القضاء المغربي ممثلا في المجلس الأعلى بعد 1995⁽²⁾ وبيرون كفاية الشكلية عن الحيازة المادية:

فيرى المجلس الأعلى المغربي أن تسجيل التبرع في الرسم العقاري يكفي وحده في اعتبار أن المتبرع عليه حاز المتبرع به ولو لم يقع إسهاد العدلين على الحيازة قبل موت المتبرع، وهذا يعني أن الحيازة القانونية . وهي تسجيل التبرع . تغني عن الحيازة الفعلية⁽³⁾.

(1) الأجرابي محمد، الحيازة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما. مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، ص ص 13-29.

(2) ذ. عبد الفتاح بلا، الحوز في التبرعات على ضوء الاتجاه الأخير للمجلس الأعلى، مجلة المحامي، مراكش، ع35، جوان 1999، ص ص 127-138.

(3) ذ. عبد العزيز توفيق، عقود التبرع بين قواعد الفقه الإسلامي ونظام الرسوم العقارية، مجلة المحاكم المغربية، =

وقد نص القانون المصري على أن الرسمية تكفي وتغني عن الحيازة المشترطة في التبرعات فقد نصت المادة 488 من القانون المدني المصري: 1 . تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر 2 . ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري:

"1 . تتناول هذه النصوص شكل الهبة، وهنا يجب التمييز بين العقار والمنقول: (أ) فالأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية، حتى تتوافر للواهب أسباب الحرية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل، فإن لم تكتب الهبة في ورقة رسمية، كانت باطلة بطلانا مطلقا، على أنه يستثنى من ذلك: (1) الهبة المستترة... (2) والهبة غير المباشرة، كإبراء المدين من الدين والاشتراط لمصلحة الغير... (ب) أما هبة المنقول فعقد عيني لا شكلي، لا يتم إلا بالقبض، ولا تغني الرسمية عن القبض كما هو في التقنين الحالي.

2 . على أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها، كان هذا التنفيذ معتبرا، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة، لا لأن الهبة باطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة 663 من المشروع، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده."(1)

وأدلة من تبنى هذا الاتجاه ما يلي:

. بالنظر لخصوصيات نظام التحفيظ العقاري وقوة بينته، فانه لا بد للقول بصحة الحوز بالنظر إليه من أنه حوز قانوني وهو المتمثل في التقييد في السجلات.

. الحوز إنما اشترط في التبرعات كسد للذريعة فقط وهي التبرع الأجر بهذا الاشتراط، فسدا للذريعة أبطل عمر (رض) الهبة التي لم يقع معها الحوز تفاديا لكل تحايل قد يصدر من الواهب وأن هذا السبب المتمثل في سد الذريعة يتعارض ومبدأ التحفيظ العقاري والتي لا مجال معها للتحايل الذي كان سببا في اشتراط الحوز في التبرعات، فبتسجيل سند التبرع بالرسم العقاري يكتسب المتبرع عليه

= ع98، 2005، ص ص 61-72.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص980.

ملكية المال المتبرع به ولا تتحقق الذريعة التي استلزمت الحوز كشرط في صحة التبرعات⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الراجح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيابة في التبرع

وقد رجح الدكتور تقيه أن الرسمية تغني عن الحيابة⁽²⁾، لأن أغلب التشريعات عربية وأجنبية تأخذ به.

والذي يبدو لي أن الراجح هو ما أخذ به المشرع الجزائري، وهو أن الرسمية لا تغني عن الحيابة في أي تبرع، وهو الموافق للشريعة الإسلامية ومقاصدها، لأن المغزى من الحيابة ليس التوثيق فقط كما يظن الكثير، وإنما شرعت الحيابة لإسقاط التهمة عن المتبرع في تبرعه، وكشفه لتبرعه أمام الملاء والناس، وهذا ما لا يتحقق بالرسمية ويمكن أن لا يسمع بها أحد، وخاصة من المعنيين في هذا التصرف التبرعي.

قال الشيخ ابن عاشور: "إن كثيرا من الناس يجعلون الوصية والتبرع وسيلة إلى تغيير المواريث أو رزية لمال دائن، ظنا أن ذلك يحللهم من إثمها، لأنهم غيروا معروفا بمعروف، فكان من سد هذه الذريعة لزوم كون صورة التبرع بعيدة عن هذا القصد، ولم يقع الاكتفاء بالإشهاد في دفع هذه التهمة لظهور أنه غير مقنع لكثرة احتمال أن يتواطأ المتبرع والمتبرع عليه على الإشهاد، مع إبقاء الشيء المعطى في تصرف المتبرع، لحرمان الوارث والدائن، فللحوز في هذا المقصد أثر غير أثره المذكور في المقصد الثاني"⁽³⁾ أي تأكيد رضا المتبرع...

وهو موافق لما ذكره ابن رشد من ضرورة إخراج التبرعات من حوزة المتبرع قبل حصول المانع نفيا للتهمة⁽⁴⁾.

(1) انظر ذ. عبد الفتاح بلا، الحوز في التبرعات على ضوء الاتجاه الأخير للمجلس الأعلى، مجلة المحامي، مراكش، العدد 35، جوان 1999، ص ص 127-138.

(2) د. تقيه، مرجع سابق، ص 305.

(3) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 365.

(4) انظر ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج 2، ص 409.

الفصل الثالث

تعلين التبرع وادائها

من الأحكام المتصلة بالتصرف التبرعي أن يلحق المتبرع بالتزامه التبرعي وصفا يخرج من التتجيز ويجعله معلقا، إما على أمر ممكن الوقوع وهو الشرط، أو محقق الوقوع وهو الأجل، كأن يضرب لتنفيذ تبرعه أجلا، فينبغي معرفة أمر التعليق في التبرعات، والمدى الذي يستطيع فيه المتبرع تعليق تبرعه، وهل تسري القواعد العامة حول تعليق الالتزام في العقود المعروفة في النظرية العامة للعقد، أي أن الأمر في هذا الموضوع مطابق لما في المعاوضات، أو هناك اختلاف، وأمر آخر وهو ما مدى حرية المتبرع في أن يقرن تبرعه بالاشتراطات المختلفة.

ثم ننتقل في مبحث آخر للكلام كيف ينتهي التبرع بعدما عرفنا كيفية إنشائه، وفي مبحث آخر للكلام عن علاقة التبرع بغير المصادر الإرادية، والمقصود بالذكر هو الفعل النافع منها.

لذلك شمل هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: الشروط والتعليق في التبرعات في القانون وفي الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: انتهاء التبرع بالانحلال وبالانقضاء وبالرجوع

المبحث الثالث: التبرع في غير المصادر الإرادية

المبحث الأول: الشروط والتعليق في التبرعات

يحصل أن يقترن التبرع بشرط، يمليه أحد أطرافه، وغالبا ما يكون المتبرع، فما مدى الحرية في الاشتراطات في التبرع، وهل هناك ما يخالف ما هو مقرر في القواعد العامة الواردة في نظرية العقد، وسند أنه لا يوجد اختلاف كبير ما بين المذاهب والنشريات في هذا الأمر لأنها كلها تبطل الشرط غير الشرعي، وتصحح في الغالب الالتزام أو العقد، اللهم إلا إذا كان مقصودا.

أما بالنسبة لتعليق التبرعات فهناك مذهبان:

مذهب مضيق وهو مذهب الجمهور، حيث إنه لا يجوز تعليق التبرع على شرط، مذهب موسع وهو مذهب المالكية، فإنهم توسعوا في جواز تعليق التبرعات، فجازوا التعليق على أمور لا يرونها جائزة في المعاوضات، وذلك وفقا لمقاصد الشريعة كما يرونها هم. فنقدم الكلام في الشروط في التبرع لأن الكلام فيها قليل فنجعلها في مطلب، ثم نتطرق للكلام في تعليق التبرعات ونجعله في ثلاثة مطالب، حيث نبحت التعليق في القانون، وفي الفقه الإسلامي، وأخيرا في الفقه المالكي لأن لهم تعاملًا خاصا في تعليق التبرعات.

ولذلك كان هذا المبحث من المطالب التالية:

المطلب الأول: الشروط في التبرعات

المطلب الثاني: تعليق التبرعات في القانون

المطلب الثالث: تعليق التبرعات في الفقه الإسلامي

المطلب الرابع: تعليق التبرعات في الفقه المالكي

المطلب الأول: الشروط في التبرعات

نتناول هذا المطلب من خلال الكلام أولاً عن الفرق بين تعليق العقد على شرط واقتران العقد بالشرط، لأن هذا التوضيح ضروري وممهد لما بعده، وهو الكلام في أحكام الشروط المقترنة بالعقد سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي، وهو ما نعالجه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الفرق بين تعليق العقد على شرط، واقتران العقد بالشرط

الفرع الثاني: أحكام الشروط المقترنة بالتبرع

الفرع الأول: الفرق بين تعليق العقد على شرط واقتران العقد بالشرط

تعليق العقد معناه ترتيب وجوده على وجود أمر آخر، فإن كان المعلق عليه على خطر الوجود، أي يجوز أن يوجد في المستقبل، ويجوز ألا يوجد، فهو التعليق⁽¹⁾. وأما إن كان المعلق عليه أمراً محقق الوقوع في المستقبل أي الأجل، فالتعليق هنا ليس تعليقا في الحقيقة وإنما هو إضافة حكم العقد إلى المستقبل.

أما اقتران العقد بالشرط فهو أن يزداد عليه شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما، وبالجمله يشترط فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد، وقد يكون الشرط من ملائمتات العقد أو مقتضياته⁽²⁾.

الفرع الثاني: أحكام الشروط المقترنة بالتبرع

تتفق القوانين والتشريعات على عدم جواز الشرط غير الشرعي في العقد سواء كان معاوضة أو تبرعا، مع الاختلاف بينها في وصف الشرعية، وكذلك تتفق أن العقد يبطل بها إذا كان هذا الشرط غير الشرعي مؤثرا في العقد أو مقصود من أطرافه، وخاصة في موضوعنا من المتبرع، فيكون سبب تبرعه هو ذلك الشرط غير الشرعي.

فهناك من يقسم الشروط المقترنة بالعقد "إلى شروط جائزة وشروط غير جائزة. والشرط الجائز هو الذي يخالف النظام العام والآداب، ولا حرج للمتعاقدين فيه، وغير الجائز وهو الذي يخالف النظام

(1) أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد: 01، 1934، ص 663.

(2) المرجع نفسه ص 667.

العام والآداب. وأثر الشرط غير الجائز في التبرعات هو أن يكون باطلاً ويبقى عقد التبرع صحيحاً إلا إذا كان الشرط هو السبب الدافع للتبرع، فإذا اشترط الزوج في هبته ألا تتزوج بعد وفاته، وقع الشرط باطلاً لمخالفته القانون والنظام العام وتصح الهبة، وقد نصت على ذلك م204 القانون المدني الجزائري بقولها: لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام... الخ⁽¹⁾

أما في خصوص التبرعات، فالذي يظهر توسع المذاهب الفقهية في شأنها أكثر من المعاوضات، وأكثر المذاهب توسعاً هم المالكية؛ فيرون أيضاً أن الشروط الفاسدة وإن كانت تبطل المعاوضات فإنها لا تبطل التبرعات⁽²⁾، لأنها تصح مع أي شرط كان، وأما الشرط فإن كان من مقتضيات العقد أو ملائماً له صح هو أيضاً، وإلا بطل وحده⁽³⁾.

والمالكية يصرحون بالتفرقة بين التبرعات والمعاوضات، فيجيزون في الأول من الشروط ما لا يجوزونه في الثاني⁽⁴⁾.

وهم يقسمون الشروط المقترنة بالتبرع كما يلي:

أولها الشروط التي يبطل بها التبرع، ككل شرط مناف لمقتضى العقد.
كشروط أن لا تحاز من الواهب فإنه تقسد به الهبة⁽⁵⁾.

. إن الشروط المنافية تبطل في المعاوضات والتبرعات، وإن كانت مؤكدة لمقاصدها كالهبة والصدقة بشرط عدم الحوز، فإن الشرط باطل منهما وإن كان مؤكداً لمقصدتهما من التملك...⁽⁶⁾.
ويدخل فيه ما يخير في إسقاطه المتبرع فيصح التبرع أو التمسك به فيبطل.

(1) انظر د. تقيّة، مرجع سابق، ص190.

(2) أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مرجع سابق، ص710. والالتزام التبرعات له أيضاً، مرجع سابق، فقرة 43.

(3) أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، المرجع نفسه، ص711.

(4) جاء في كتاب المعيار للونشريسي: يجوز الاشتراط في الاعتكاف، وأما في المعاملات فيجوز في التبرعات منها كالهبة والصدقة والوصية حتى خرج منها مخرج المعروف، وأما إن كان من باب المعاوضات ما لا يجوز في المعاوضات والمكايسات. انظر الونشريسي، المعيار، مرجع سابق ج9، ص271.

(5) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص370.

(6) الونشريسي، المرجع نفسه، ص324.

وثانيها ما لا يبطل به التبرع ولا يلزم الوفاء به. ومثله:
. إن شرط المستعير على المعير نفي الضمان فيما يغاب عليه، ففيل شرطه باطل والضمان له لازم، لأنه من باب إسقاط الحق قبل وجوبه⁽¹⁾
. إذا شرط رب الوديعة على المودع أن يضمنها إذا ضاعت فشرطه باطل⁽²⁾.
وثالثها ما لا يبطل به التبرع ويلزم الوفاء به⁽³⁾.

المطلب الثاني: تعليق التبرعات في القانون

نتناول أحكام تعليق التبرعات في القانون بالرجوع إلى ما ورد في هذا الشأن في القانون الجزائري أولاً، ثم نتناول هذا الموضوع ما اختلفت فيه القوانين العربية، وأخيراً نتطرق إلى القانون الغربي وذلك بتناول تعليق التبرعات في القانونين الفرنسي والكندي، وعليه يشتمل هذا المطلب الفروع الثلاثة الآتية الآتية:

الفرع الأول: تعليق التبرعات في القانون الجزائري

الفرع الثاني: تعليق التبرعات في القوانين العربية

الفرع الثالث: تعليق التبرعات في القانون الفرنسي والكندي

الفرع الأول: تعليق التبرعات في القانون الجزائري

تعليق التبرع كتعليق أي التزام من حيث المعنى، وقد تناولت المواد 203 إلى 212 من القانون المدني الجزائري أحكام تعليق الالتزام سواء كان على شرط أو على أجل.
فإن علق المتبرع وجود تبرعه على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، فيكون قد علق تبرعه على شرط واقف. وإذا علق زوال تبرعه على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، فيكون قد علق تبرعه على شرط فاسخ.

وإذا علق نفاذ أو انقضاء تبرعه على أمر محقق الوقوع، فيكون قد علق تبرعه على أجل معين.

(1) انظر الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص366.

(2) المرجع نفسه، ص368.

(3) المرجع نفسه، ص370.

وإذا علق الالتزام على شرط، فيفرق بين إذا كان هذا الشرط إرادي بمعنى عائد إلى إرادة طرفي الالتزام، أو إذا كان غير إرادي ويسمونه "احتمالي" إذا كان حادثا لا يتوقف على إرادة طرفي الالتزام، وهناك قسم ثالث وهو ما كان مختلطا بين الإرادي والاحتمالي⁽¹⁾.

بناء عليه فإنه في القانون الجزائري الأحكام العامة المتعلقة بالشروط تنطبق وتسري على التبرعات كما تنطبق على سائر العقود بدون وجود أي استثناء أو تخصيص⁽²⁾.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تماما على إنجاز هذا الشرط".

فهذه المادة سوغت للواهب أن يشترط على الموهوب له أي شرط يراه، سواء كان مفيدا له أو للموهوب له، أو لهما معا، أو للغير، ويلزم بمقتضاه القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز هذا الشرط، وهذا ما يمكن أن يسمى بالهبة المعلقة على شرط⁽³⁾.

وسبق مناقشة هذه الفقرة من المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري، ومفهوم الشرط الذي تقصده، إذا كان شرطا بمعنى المقابل، أو مجرد تقييد للهبة، أي بمعنى التكليف.

فقد اعتبر بعض الفقهاء أن التبرع المعلق على شرط يختلف عن التبرع المقيد بتكليف، إذ يفهم من كلمة تكليف كل تصرف مجاني يتعلق صراحة أو ضمنا بمنعة للمتبرع أو للغير، ولا فرق بين أن يكون التكليف متعلقا باستعمال أو تخصيص الأموال أو بعمل يقوم به المتبرع له، وإذا كان استعمال الأموال المتبرع بها قد وضع لمصلحة المتبرع له، ولا يرتب أي التزام قانوني، فإنها تعتبر نصيحة أكثر منها تكليفا، إلا إذا تبين من الظروف والوقائع بأن المتبرع أراد أن يجعل من التكليف إلزاميا على المتبرع له⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعليق التبرع في القوانين العربية

أيضا مثل القانون الجزائري، فلا يظهر في القوانين العربية تعامل مخصوص في شأن تعليق التبرعات غير ما قرره هاته القوانين في النظرية العامة للعقد عند الكلام عن تعليق الالتزام، وهذا ما

(1) نادر عبد العزيز شافي، مرجع سابق، ج1، ص92.

(2) د. تقيّة، مرجع سابق، ص194.

(3) المرجع نفسه، ص190.

(4) انظر نادر عبد العزيز شافي، المرجع نفسه، ص94.

أكده القضاء المصري الذي جاء فيه ما يفيد ذلك، حيث نص أن "الالتزام في عقد الهبة . شأنه شأن سائر العقود . قد يكون معلقا على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول وإنما يكفي تحقق الشرط، كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل، ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بينهما، بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب⁽¹⁾ .

الفرع الثالث: تعليق التبرع في القانون الفرنسي والكندي

خص التشريع الفرنسي تعليق الالتزام بالتبرع بأحكام خاصة⁽²⁾ غير ما هو مقرر في القواعد العامة للعقد في تعليق الالتزامات، فقد نصت المادة 944 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ على أن الهبة التي تعقد بشروط يوكل تنفيذها لإرادة الواهب وحده تكون باطلة.

وهذه المادة تسري على كل الهبات، حتى المستترة وغير المباشرة، وتطبق على كل الشروط الإرادية، لا الإرادية المحضة فقط "إذا أردت" بل وأيضا على الشروط الإرادية البسيطة "إذا أقت بسفر معين، إذا احترفت صناعة معينة، إذا أقت بمدينة معينة" سواء أكان الشرط إيجابيا "إذا أقت بهذا السفر"، أم يلبيا "إذا لم أقم في تلك المدينة". وتكون الهبة باطلة إذا كان الشرط فاسخا، فلا يجوز اشتراط أن الهبة تفسخ إذا تزوج الواهب.

ومما تقدم يرى أن المادة 944 من القانون المدني فرنسي تخالف قواعد القانون العامة فيما يأتي:

- 1 . بمقتضى القواعد العامة الشرط الإرادي المحض هو وحده الممنوع، أما الشرط الإرادي البسيط فجاز بحسب المادة 1174 ولكن المادة 944 تمنع النوعين.
- 2 . لا يشمل المنع الشرط الفاسخ فيجوز لأحد العاقدين أن يحتفظ بحق فسخ العقد خلال مدة

(1) قرار محكمة النقض المصرية رقم 351 بتاريخ 1978/03/16، انظر عمار نصار، ص 987.

(2) لأخذ فكرة عن الفرق بين التعليق في التبرعات والمعاضات في القانون الفرنسي انظر مثلا البحث التالي:

Jus Romanum, théorie des obligations et des libéralités conditionnelles, faculté de droit de Toulouse, 1855.

(3) Art 944: Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

معينة بحسب مشيئته، ولكن بناء على المادة 944 إذا كانت الشرط الفاسخ إراديا فإنه يكون كالشرط الواقف، غير جائز.

3. بناء على القواعد العامة تعتبر الشروط غير الجائزة غير موجودة ويبقى التبرع صحيحا بدونها، ولكن بناء على المادة 944 يترتب على وجود الشرط الإرادي بطلان الهبة نفسها...
المادتان 944، 1174 تتفقان على أن الشرط الإرادي يبطل الالتزام ولا تعارض بينهما..،
والمقصود في كل المواد هو الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة المشتري وحده أو ما يسمى بالفرنسية
La condition potestative⁽¹⁾.

وفي القانون الكندي أيضا النص في المادة 1822 من القانون المدني الكندي أنه إذا اشترط المتبرع بهبته الرجوع فيها بموافقة هو فقط يجعل الهبة باطلة.

المطلب الثالث: تعليق التبرعات في الفقه الإسلامي

أيضا يوجد هنا مذهبان في مدى جواز التعليق في التبرعات

مذهب مضيق وهم الجمهور: فالحنفية مثلا يرون أنه لا يصح التعليق في التبرعات⁽²⁾، فلا يصح عندهم مثلا: وهبت لك داري إن نجحت في الامتحان. فيشترطون في كل ما يقتضي تمليكا من العقود سواء كان من المعاوضات أو التبرعات أن يكون منجزا، فلا يصح تعليقه ولا إضافته إلى المستقبل⁽³⁾.

المذهب الثاني وهو مذهب المالكية فقد سبق أن ذكرنا أن مذهبهم التوسع في وسائل انعقاد التبرعات حسب رغبة المتبرعين، وذلك لخدمة مقصد شرعي وهو تكثيرها من أجل المصالح العامة والخاصة وقالوا: "ولأجل هذا المعنى أباحت الشريعة تعليق العطية على حصول موت المعطي بالوصية..، مع أن ذلك مناف لأصل التصرف في المال، لأن المرء إنما يتصرف في ماله مدة حياته. ولذلك أعملت شروط المتبرعين في مصارف تبرعاتهم: من تعميم، وتخصيص، وتأجيل، وتأبيد، وسائر الشروط ما لم تكن منافية لمقصد أعلى.." ⁽⁴⁾

(1) انظر د. تقيّة، مرجع سابق، ص 190.

(2) أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مرجع سابق، ص 669.

(3) انظر أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، ص 257.

(4) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 364.

المطلب الرابع: تعليق التبرعات في الفقه المالكي

وقد ذكر المالكية تفصيلا مهما لتعليق التبرعات، نخصص له هذا المطلب، وذلك أنهم يقسمونها على حسب المعلق عليه، قال الحطاب: ينقسم الالتزام . أي التبرع . إلى أربعة أقسام، لأنه: إما معلق، أو غير معلق. والمعلق إما معلق على فعل الملتزم . أي المتبرع . أو على فعل الملتزم له . المتبرع له . أو على غير ذلك⁽¹⁾.

فنخصص لكل حالة فرعا كما يلي:

الفرع الأول: التبرع المعلق على فعل المتبرع

الفرع الثاني: التبرع المعلق على فعل المتبرع له

الفرع الثالث: التبرع المعلق على غير فعل المتبرع والمتبرع له

الفرع الأول: التبرع المعلق على فعل المتبرع

وهو نوعان

النوع الأول: القصد من الالتزام الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه: كقوله لزوجته إن تزوجت عليك فلك ألف دينار.

النوع الثاني: وإما أن يكون القصد حصول ذلك الفعل، ويكون الشيء الذي التزمه شكرا لله على حصوله كقوله: إن قدمت من هذا السفر فلفلان علي ألف درهم أو إن أتممت هذه الدار أو هذا الكتاب فعلي كذا، وهذا الثاني من باب النذور⁽²⁾.

. وإن كان القصد بالتزامه الذي علقه على فعله القربى فهي لازمة ويقضى بها إن كانت لمعين ولا يقضى بها إن كانت لغير معين. وإن كانت على وجه اليمين أنه لا يقضى به سواء كان الملتزم له معينا أم لا⁽³⁾.

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص218.

(2) المرجع نفسه ص258 وما بعدها.

(3) المرجع نفسه ص218.

الفرع الثاني: التبرع المعلق على فعل المتبرع له

وهو على سبعة أنواع:⁽¹⁾

لأن ذلك الفعل إما أن يكون اختياريا أو غير اختياري، والاختياري إما أن يكون واجبا أو حراما أو جائزا. والجائز إما أن يكون لا منفعة فيه أو فيه منفعة. والذي فيه منفعة لا يخلو إما أن تكون المنفعة فيه للمتبرع أو للمتبرع له أو لغيرهما.

النوع الأول: التبرع المعلق على الفعل الذي ليس باختيارى

النوع الثاني: التبرع المعلق على الفعل الواجب على المتبرع له

النوع الثالث: التبرع المعلق على فعل محظور على المتبرع له

النوع الرابع: التبرع المعلق على فعل الجائز الذي لا منفعة فيه لأحد

النوع الخامس: التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للمتبرع

النوع السادس: التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للمتبرع له

النوع السابع: التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة لغير المتبرع والمتبرع له

أولا - التبرع المعلق على الفعل الذي ليس باختيارى

كقوله لزوجته: إن ولدت غلاما فلك كذا وكذا. وحكمه إذا وجد المعلق عليه حكم الالتزام المطلق

في الزوم والقضاء به.. ما لم يفسأ أو يمت

ثانيا - التبرع المعلق على الفعل الواجب على المتبرع له

كقولك: إن جننتى ببيعيرى الشارد أو بمتاعى الضائع فلك عندي كذا وكذا، وكان المتاع عنده أو

يعلم مكانه. فإن ذلك غير لازم على المتبرع ولا يحكم عليه به، ورد ذلك واجب عليه، وكذلك الإعلام

بموضعه ولا يجوز أن يؤخذ على ذلك شيئا، إذ ذلك من باب الجعل (الوعد بالجائزة للجمهور)، وقد

قالوا إن من شرط الجعل ألا يكون الفعل مما يلزم المجعول له عمله...

. من قال لكافر إن أسلمت فلك عندي كذا فإنه لازم له ويحكم به عليه، واختلفوا هل ذلك من

باب العطية فيفتقر إلى الحيابة أو من باب المعاوضة فلا يفتقر إلى حيابة...

قال الخطاب: ولعلمهم إنما حكموا في هذه المسألة بلزوم الالتزام لأن الملتزم لما كان يعلم بوجوب

ذلك الفعل على الملتزم له حمل على أنه أراد الترغيب في الاتيان بذلك الفعل، ولعلمهم إنما قالوا لا

(1) الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 268 وما بعدها.

يفتقر إلى حيازة في أحد القولين لأنهم لاحظوا في هذه المسألة أنه لما كان الكافر لا يجبر على الإسلام وأقره الشارع على دينه صار ذلك شبيها بالفعل الجائز.⁽¹⁾

ثالثا . التبرع المعلق على فعل محظور على المتبرع له

كقوله: إن قتلت فلانا أو تناولت المخدرات فلك كذا وكذا. وحكمه أن ذلك غير لازم.

رابعا . التبرع المعلق على فعل الجائز الذي لا منفعة فيه لأحد

كقوله: إن صعدت هذا الجبل فلك كذا، وهو أيضا من باب الجعل (الوعد بالجائزة).

خامسا . التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للمتبرع

وهو على أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء المتبرع له للمتبرع أو لغيره شيئا وتمليكه إياه، نحو: إن أعطيتني دارك أو فرسك فقد التزمت لك بكذا أو فلك علي كذا أو فلك عندي كذا الشيء الذي يسميه أو فقد أسقطت عنك الدين الذي لي عليك. أو إن أعطيت ذلك لفلان أو إن أسقطت الدين الذي لك على فلان فلك عبدي الفلاني أو داري أو نحو ذلك.

فهذا من باب هبة الثواب، وصرحوا بأنه إذا سمى فيها الثواب أنها جائزة وأنها حينئذ بيع من البيوع فيشترط في كل من الملتزم به والملتزم عليه ما يشترط في الثمن والمثمن من انتفاء الجهل والغرر إلا ما يجوز في هبة الثواب.

. إذا قال إن أعطيتني سلعتك فلك علي أن أرضيك فذلك جائز لأنه يجوز في هبة الثواب اشتراط الثواب دون تعيينه كقوله أهبك هذا علي أن تثيبني فإن أعطاه ما رضي به فلا إشكال وإن قال لا أرضى بهذا فالظاهر أنه ينظر في ذلك الشيء الذي أعطاه فإن كان دون قيمة سلعته فلا يلزمه قبوله وإن كان قدر قيمة سلعته أو أكثر مما يقول الناس أن فيه إرضاء له فيلزمه قبوله.⁽²⁾

. إذا قال له إن بعنتي سلعتك بكذا فلك عندي كذا وكذا أو فقد التزمت لك كذا وكذا ، فالشيء الملتزم به داخل في جملة الثمن فيشترط فيه ما يشترط في الثمن، وكذلك إن قال إن اشتريت مني سلعة بكذا فلك عندي كذا، فالشيء الملتزم به داخل في جملة المبيع فيشترط فيه شروطه.⁽³⁾

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص272.

(2) المرجع نفسه، ص275.

(3) المرجع نفسه، ص276.

الوجه الثاني: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء المتبرع للمتبرع له منفعة شيء من دار أو دابة أو غير ذلك. نحو: إن أسكنتني دارك سنة أو سنين مسماة أو أسكنت فلانا فيها سنة أو سنين مسماة فلك كذا وكذا أو إن أعطيتني ثوبك ألبسه مدة معينة أو إن حملتني على دابتك إلى موضع كذا فلك كذا:

فهذا من باب الإجارة فيشترط فيه شروط الإجارة، وهي أن تكون المدة معلومة والمنفعة معلومة، والشيء المتبرع به مما يصح أن يكون أجرة.

فلا يجوز إن أسكنتني دارك مدة حياتي أو حياتك أو حياة زيد أو إلى أن يقدم فلان وقدمه غير معلوم فلك عندي كذا وكذا. أو إن أسكنتني دارك فلك بغيري الشارد ونحو ذلك. ويجوز أن يقول أسكنتك داري على أن أسكن دارك لا أسكنتك داري بعشرة دنانير في كل سنة على أن أسكن دارك بعشرة دنانير أو بخمسة في كل سنة حتى يبين مدة السنين.

الوجه الثالث: أن يكون الفعل المعلق عليه عملا يعمله المتبرع له للمتبرع أو لغيره نحو إن جئتي بغيري الشارد أو إن حفرت لي بئرا في أرضي أو إن جئت بغير فلان فلك كذا وكذا.

فهذا من باب الجعل . أي الوعد بالجائزة . فيشترط فيه أن لا يحصل فيه منفعة للملتزم أو لمن اشترط العمل له إلا بتمام العمل وأن لا يضرب في ذلك أجل وأن يكون الشيء الملتزم معلوما مما يجوز كونه جعلًا وغير ذلك من شروط الجعل.

الوجه الرابع: أن يكون الفعل المعلق عليه أن يترك المتبرع له حقا من حقوقه لأجل ما تبرع له المتبرع. نحو قول الشخص للحاضنة: إن أسقطت حقاك من الحضانة فلك كذا وكذا، وكمسألة إعطاء الزوجة زوجها شيئا على ألا يتزوج عليها.

وهذا يشبه أن يكون من باب الجعل . الوعد بالجائزة . كما تقدم.

. الالتزام هنا مخالف لغيره في أن لا يبطل بالموت والفسل لأنه معاوضة

سادسا . التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للمتبرع له

كقولك لشخص: إن بنيت بيتك أو إن تزوجت فلك كذا.

وحكمه: حكم التبرع المعلق على فعل غير المتبرع والمتبرع له، فهو لازم إذا وقع المعلق عليه، إلا أنهم لا حظوا في هذا كونه في معنى العوض عن تلك المنفعة فجعلوه لازما لا يفتقر إلى حيازة.

سابعا . التبرع المعلق على الفعل الذي فيه منفعة لغير المتبرع والمتبرع له

كقولك: إن وهبت كذا لفلان فلك عندي كذا وكذا. أو إن أسكنت فلان دارك فلك عندي كذا أو إن جئت لفلان ببيعته فلك عندي كذا، وهو كالنوع الخامس فهو إما من باب هبة الثواب أو من باب الإجارة أو من باب الجعل . أي الوعد بالجائزة . فيشترط في كل نوع شروطه .
من هذا الباب ما إذا بذل شخص لرجل مالا على أن يطلق ذلك الرجل زوجته أو التزم له بمال إن فعل ذلك فإنه يلزمه بذل المال ويقع الطلاق بائنا...⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التبرع المعلق على غير فعل المتبرع والمتبرع له

وحكمه حكم التبرع المطلق فيقضى به إذا وجد المعلق عليه إن كان المتبرع له معيناً، وإن لم يكن معيناً فلا يقضى به، وفروعه كثيرة وأكثر مسائله من باب النذر المعلق وباب الضمان . أي الكفالة . .

نحو: إن شفاني الله من مرضي فلك ألف درهم يقضى بذلك على قائله.
وفي كتاب الكفالة من المدونة ومن قال لرجل إن لم يوفك فلان حقك فهو علي ولم يضرب لذلك أجلا تلومه لذلك السلطان بقدر ما يرى ثم ألزمه المال إلا أن يكون الغريم حاضرا مليا.
ومنه الأجل؛ من ذلك إذا قال الشخص إذا جاء الوقت الفلاني فلك عندي كذا وكذا فإنه يلزمه إذا جاء الوقت وهو صحيح غير مفلس⁽²⁾؛ فالمتبرع إذا علق التبرع على أجل معين كقوله بعد سنة أو شهر أو عشر سنين، وكان الشيء الذي التزم إعطائه معيناً كالدابة والثوب فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه، وهذا بخلاف إذا علق التبرع على أجل مجهول كقوله: إن جاء أبي أو فلان الغائب فإنه لا يمنع من البيع⁽³⁾.

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص301.

(2) المرجع نفسه، ص302.

(3) المرجع نفسه، ص303.

المبحث الثاني: انتهاء التبوع بالانحلال وبانقضاء وبالرجوع

ينتهي التبوع كسائر العقود إما بالانحلال كالبطالان والفسخ والإلغاء، ويختص التصرف التبوعي بصورة لا توجد ضمن صور انتهاء التصرف إذا كان معاوضة، وهي الرجوع، وهو طريق خاص من طرق انقضاء التبوع، فنتكلم على كل منها في مطلب خاص بها كما يلي:

المطلب الأول: بطلان التبوع

المطلب الثاني: فسخ التبوع

المطلب الثالث: إلغاء التبوع

المطلب الرابع: الرجوع في التبوع

المطلب الأول: بطلان التبرع

بطلان العقد قد يكون كلياً بحيث يكون العقد كأن لم يكن، وله آثاره كما هو معروف، وقد يكون نسبياً، أي متردداً بين الصحة والبطلان، والتبرع يلحقه الحكمان البطلان المطلق والبطلان النسبي فنتكلم عن نوعي البطلان في التبرع من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: البطلان المطلق في التبرع

الفرع الثاني: البطلان النسبي في التبرع

الفرع الأول: البطلان المطلق في التبرع

يكون التبرع باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف فيه ركن من أركان تكوينه التي سبق تفصيلها، وهي الرضاء والمحل والسبب، والشكل الواجب، سواء كان حيازة فقط وهو تسليم المحل في العقد التبرعي العيني، أو ما يضاف معها من رسمية كما في تبرع العقار مثلاً، أو رسمية فقط كما في القوانين التي تكتفي به كما سبق بيانه⁽¹⁾.

لكن الحيازة في التبرعات يختلف حكمها فهي عند الجمهور تعتبر شرط انعقاد فلا ينعقد التبرع بدونها، فتخلفها يجعل التبرع باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما في مذهب مالك والقوانين التي تأخذ به فالحيازة شرط نفاذ بمعنى أن تخلفها يجعل العقد قابلاً للإبطال فقط، فهو بطلان نسبي فقط، وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيمكن أن يصح التصرف التبرعي عندهم بأن يجد أي يسارع المتبرع له في طلب التبرع حتى ولو لم يحزه فعلياً، ولو قام أحد الموانع الأربعة، كما سبق بيانه.

كذلك يبطل التبرع إذا لم تتوفر الشروط التي يجب توافرها في كل ركن ومثل الشروط توفر أهلية التبرع لصحة الرضاء، وشروط الحيازة من شهادة عليها، وعدم قيام ما يمنعها.

ويتصل بهذا الموضوع أنه في الفقه الإسلامي هناك أحوال يبطل فيها التبرع ولو توفرت فيه كل الأركان، كحالة اجتماع عقود المعاوضة والتبرع، فقالوا مثلاً في البيع إذا اجتمع مع القرض: "وأما بيع وسلف فإنما نهى عنه لتضاد الهدفين فإن البيع مبني على المشاحة والمغابنة والسلف مبني على المعروف والمكارمة. وكل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً، فاتخذوا هذا أصلاً⁽²⁾.

(1) انظر المبحث الرابع من الفصل الثاني للباب الأول من هذه الدراسة.

(2) ابن العربي المالكي، القبس شرح الموطأ، ط1، 1992، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص798. وقالوا=

الفرع الثاني: البطلان النسبي في التبرع

معنى العقد الذي يوصف بالبطلان النسبي العقد القابل للإبطال، بمعنى المتردد بين الصحة والبطلان، فيمكن أن يلحقه التصحيح، وسبق أن مثلنا أن تخلف الحياة في التبرعات حسب المذهب المالكي لا تجعل التبرع باطلا بطلانا مطلقا وإنما يمكن أن يوصف بالبطلان النسبي، لأنه متردد بين الصحة والبطلان، فله وجود قانوني وتترتب عليه آثار قانونية بدليل يمكن للمتبرع إجبار المتبرع على تنفيذ تبرعه، لكن إذا لم يجد المتبرع له في ذلك أو حياة تبرعه وقام أحد موانع التبرع الأربعة فإن التبرع يبطل بطلانا مطلقا، ويعود كأنه لم يكن.

وعليه يبدو لي أن البطلان النسبي في التبرعات أوسع منه في المعاوضات، لأن المتبرع ما دام لم يقبض التبرع فهو معرض دائما للبطلان إذا قام أحد الموانع الأربعة للتبرع.

المطلب الثاني: فسخ التبرع

يتصور الفسخ في التبرعات كما إذا علق المتبرع تبرعه على شرط فاسخ، وسبق البيان أنه يجوز تعليق التبرع على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام. ومثال الشرط الفاسخ أن يهب الواهب مبلغا يقدر بكذا على أن يرد الموهوب له المبلغ إذا مات الواهب، فالعقد في هذا المثال موجود وتترتب عليه كل آثاره ولكن إذا تحقق الشرط فسخ العقد واعتبر كأن لم يكن⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 2/202 من قانون الأسرة الجزائري أنه: يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط.

ومعناه إذا دخل الواهب في التبرع ثم تبين له أن الموهوب له لم يقم بتنفيذ التزامه، يمكن له أن

=أيضا: "إن مجرد البيع إذا وقع على شروطه الشرعية جائز بالإجماع، والسلف إذا انفرد أيضا ولم يقصد المسلف منفعة نفسه، بل الرفق بالمسلف والإحسان إليه جائز بالإجماع، وإذا اجتمعا ووقعا في بيع بشرط سلف فإن الشرط ورد بمنع ذلك، وما ذلك إلا لكون السلف إذا قارن البيع تخوف منه أن يكون سلفا بزيادة، فقد يزيد في قيمة السلعة والمراد في الباطن أن تكون تلك الزيادة على القيمة عوض السلف، والسلف بزيادة محرم اتفاقا. فهذا مفردان يجوزان، وهو البيع أو السلف، فإذا اقترنا مُنعا حماية للذريعة كما بيناه" المازري، شرح التلقين، مرجع سابق، ج4، ص319. وانظر توجيه آخر للمنع في ج4، ص376.

(1) د. نقيه، مرجع سابق، ص191.

يفسخ تبرعه بسبب عدم التزام الطرف الثاني وهو المتبرع له.

وإذا فسخ التبرع فإنه ينحل لا من وقت الفسخ فحسب، بل من وقت نشوء التبرع، أي أن الفسخ له أثر رجعي، فيعتبر التبرع كأن لم يكن، ويسقط أثره حتى في الماضي، لا فيما بين أطراف التبرع فحسب، بل بالنسبة إلى الغير أيضا.

المطلب الثالث: إلغاء التبرع

يجوز في العقود المستمرة التي يبقى تنفيذها مدة من الزمن أن يستقل أحد المتعاقدين فيها بإلغائها قبل انتهاء الفترة، فتتقضي بالإلغاء دون أن يكون لذلك أثر رجعي⁽¹⁾، ولم يفرقوا بين معاوضات وتبرعات، ومن الأمثلة على عقود التبرع التي ينطبق عليها هذا المعنى عارية الاستعمال والإيراد المؤبد والوكالة والوديعة وكل منافع الأبدان إذا كانت بغير أجر، ويطلق عليها العقود غير اللازمة.

فمثلا في عارية الاستعمال يجوز في القانون الفرنسي إلغاء عارية الاستعمال قبل انتهاء مدتها، إذا جدت له حاجة ملحة في الشيء المعار، فإذا لم يقبل المستعير رد الشيء رفع المعير الأمر إلى القضاء، وللقاضي بعد تقدير حاجة المعير أن يحكم بإلغاء العارية ورد الشيء، وهو ما تقضي به المادة 1889 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

أما في القانون الجزائري فقد جاء في المادة 547 من القانون المدني الجزائري أنه "يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:

. إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة،

. إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه،

. إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير.

وهي مطابقة للمادة 644 من القانون المدني المصري.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "بما أن المعير متبرع، فإذا عرضت بعد عقد العارية حاجة إلى الشيء المعار عاجلة ولم تكن متوقعة وقت العقد، فله أن يطلب إلغاء العقد

(1) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص724.

(2) المرجع نفسه.

ويسترد العارية إن كان قد سلمها أو يمتنع عن تسليمها إن لم يكن قد فعل، وذلك لأنه أولى من المستعير بالانتفاع بماله، ويكون للقاضي في هذه الحالة تقدير كون حاجة المعير إلى الشيء المعار عاجلة وغير متوقعة... فإذا وجد القاضي أن المعير مقصر في عقد العارية دون تبصر بحاجته إلى الشيء المعار، أو أن إلغاء العارية يلحق بالمستعير ضررا يفوق ما يصيب المعير من ضرر، جاز له أن يرفض إلغاء العارية.

كذلك إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه، جاز للمعير أن يطلب إلغاء العارية جزاء إخلال المعير بالتزاماته.

وإذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية، جاز كذلك للمعير أن يطلب إلغاء العقد فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل، ويسترد الشيء إن كان قد سلمه دون الآن يعلم بالإعسار، وكذلك إذا كان الإعسار سابقا على العقد ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم، أما إن سلمه بعد العلم بالإعسار فلا يجوز له الإلغاء⁽¹⁾.

وأیضا يجوز الإلغاء في عقد الوكالة لأنها عقد غير لازم، فيجوز للوكيل أن يتحى عن الوكالة قبل انتهائها، بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق، وأن لا يكون هناك حق متعلق بالغير، ويجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة...⁽²⁾.

ونصت المادتان 587 و588 من القانون المدني الجزائري على انتهاء الوكالة عن طريق إلغائها من أحد أطرافها، ونصتا على جواز إلغائها من أحد أطرافها بشرط أن لا يسبب ضررا إلى الطرف الآخر وإلا لزمه التعويض، لكن كل هذا إذا كانت الوكالة بأجر، ومفهومه أنه إذا كانت الوكالة تبرعية فلها إلغاؤها في كل الأحوال.

وتقابلها المادتان 715 و716 من القانون المدني المصري.

وكذلك في الوديعة يجوز للمودع حتى إذا حدد مدة الوديعة أن يلغي العقد قبل انقضاء هذه المدة، وأن يسترد الشيء المودع عند أول طلب يحصل منه.

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص1362.

(2) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص725.

المطلب الرابع: الرجوع في التبرع

ينقضي التبرع بالرجوع، وهذا طريق من طرق انقضاء التصرفات والعقود خاص بالتبرعات فقط، ومعنى الرجوع في التبرع أنه يفسح ويكون له أثر رجعي.

لكن الرجوع في التبرع، وهو حكم من أحكامه نتناوله في الباب الثاني . إن شاء الله . ويكون في الوصية بالاتفاق، ويكون في الهبة كما في المذهب الحنفي فالأصل عندهم جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع، وكذا القوانين الذي اتبعته في هذا كالقانون المصري ومن وافقه، وعندهم الرجوع لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي.⁽¹⁾

فتنص المادة 500 من القانون المدني المصري أنه:

- 1 . يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.
- 2 . فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبولاً ولم يوجد مانع من الرجوع.

وبينت المادة الموالية 501 مما يعتبر بالأخص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة بقولها:

يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة.

أ. أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.

ب . أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

ج . أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي .

ثم حصرت المادة التي بعدها 502 ما هو مانع للقيام بالرجوع في الهبة، إذ نصت:

يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

أ . إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

ب . إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.

(1) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص723.

ج . إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

د . إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للأخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

هـ . إذا كانت الهبة الذي رحم محرم .

و . إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان لهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا

يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء ، جاز الرجوع في الباقي .

ز . إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

ح . إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

وهو مقارب لما في الفقه الحنفي .

أما التكييف القانوني للرجوع، فإنه يعتبر فسخا للهبة له أثر رجعي، وبفسخ الهبة تعتبر كأن لم تكن، ولا تعتبر ملكية الشيء الموهوب قد انتقلت من الموهوب له إلى الواهب. وهذا ما نصت عليه المادة 503 من القانون المدني المصري بقولها:

1 . يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

2 . ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى،

وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب .

أما في المذهب المالكي ومن وافقه من القوانين كالقانون الجزائري وغيره، فلا يجوز الرجوع في الهبة مطلقا وإنما هذا خاصا بهبة الوالدين إلى أولادهما وبشروط، وهو ما سيمونه بالاعتصار، أي إرجاع الهبة قهرا .

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على حكم الرجوع في الهبة في موضعين، في المادة 211 منه حيث

نصت الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها للوالدين الرجوع في هبتهما لأولادهما بقولها:

للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدتهما مهما كانت سنه إلا في

الحالات التالية:

1 . إذا كانت الهبة من أجل زواج لموهوب له .

2 . إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين .

3 . إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل

عليه ما غير طبيعته.

أما الموضوع الثاني فهو المادة الموالية 211 بنصها أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها؛ وهو تأكيد للمادة السابقة.

أما في القانون الفرنسي فإن الرجوع في الهبة لا يجوز إلا لمسوغ، ولا يعتبر فسخا بل إلغاء ليس له أثر رجعي. فقد أجاز القانون الفرنسي للواهب أن يرجع في هبته لأسباب حدّدها، وهو يقصد في بعض الأحوال عقوبة الموهوب له لنكرانه الجميل كما في المادة 955 من القانون المدني الفرنسي، وفي أحوال أخرى الواهب وورثته إذا جدّ له عقب بعد صدور الهبة كما في المادة 960 من القانون المدني الفرنسي، أو إذا أراد الورثة إنقاص الهبة إلى الحد الجائز كما في المادة 920 من القانون المدني الفرنسي...⁽¹⁾

الذي يهمننا في هذه المسألة أن الرجوع يعتبر طريقا من طرق انحلال التبرع وهو خاص بهذا التصرف، لا يماثله في ذلك أي تصرف آخر.

(1) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 723.

المبحث الثالث: التبرع في غير المصادر الإرادية

تكملة لدائرة الكلام على إنشاء التبرع، ننتقل في آخر مبحث من هذا الباب الأول باب إنشاء التبرع، لبحت التبرع في غير المصادر الإرادية، وبعد البحث والتقصي وجدت أن هناك علاقة بين التبرع والمصدرين الرابع والخامس من مصادر الالتزام الذين هما الفعل النافع والقانون، فأردت أن أثبت ذلك في هذا المبحث، حتى لا يشرد منا أي أمر يتعلق بموضوع النظرية العامة للتبرع، فنتناول كل منها في مطلب كما يلي:

المطلب الأول: علاقة التبرع بالفعل النافع

المطلب الثاني: علاقة التبرع بالقانون

المطلب الأول: علاقة التبرع بالفعل النافع

قد يشتهب التبرع الذي ينشأ بتصرف إرادي، بالفعل النافع الذي هو واقعة قانونية غير إرادية، وذلك لأن في كلا الواقعتين جانب قد أفقر، وجانب آخر قد أثرى، ووجود علاقة سببية بين الإفقار والإثراء. لكن عملية الإثراء في واقعة التبرع تكون مقصودة من صاحبها إلى من يريد إثراءه، لذلك يلتفت فيها إلى الرضاء وشروطه، بينما الإثراء في واقعة الفعل النافع غير مقصود إطلاقاً كما في (دفع غير المستحق) مثلاً، أو أن هذا الإثراء مقصود لكن غير مقصود به التبرع كما في (الفضالة) مثلاً، لذلك ففي هذين المثالين يستحقان التعويض.

وأمر آخر وهو أن ما وضعه أهل القانون من شروط لاستحقاق التعويض في الفعل النافع، مفهومه إذا تخلف أحد الشروط يكون المفقر في حكم المتبرع وإن لم يقصد التبرع. ففي نموذج الفضالة مثلاً كتطبيق لقاعدة الإثراء بلا سبب نصت المادة 324 من القانون المدني اليمني بما يلي:

"الفضولي مسئول عن خطئه ومتبرع بما عمل أو أنفق إلا أن يجيزه من له العمل أو ينص القانون على حقه".

فقد نصت هذه المادة صراحة على أن الفضالة إذا لم تتوفر شروطها في استحقاق التعويض فهي في حكم التبرع، ولو لم يقصده صاحبها.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري:

"والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً على عمله، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من العيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل"⁽¹⁾.

إذن توفر قصد التبرع، وهو العنصر المعنوي الذي فصلنا الكلام فيه في الفصل الثاني، وقلنا إنه رضاء خاص، يتشدد فيه في باب التبرع استثناء من نظرية القواعد العامة في العقد، هو الذي يميز ويفرق بين تصرفات الشخص الفضولي الذي يستحق التعويض، وبين غيره ممن يعد متبرعاً بعمله ولا

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، هامس1429.

يستحق التعويض.

وفي الفقه الإسلامي قاعدة وهي: من أنفق ما ليس واجبا عليه بلا إذن فهو متبرع ولها فروع نذكر منها ما يلي:

1 . إذا أنفق الراهن أو المرتهن على الرهن ما ليس واجبا عليه بدون إذن الآخر أو أمر القاضي فهو متبرع⁽¹⁾.

2 . الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومثونة تكون نفقتها على صاحبها فإن كان غائبا يرفع المستودع الأمر إلى القاضي والحاكم يأمره بإجراء النفع والأصلح في حق صاحب الوديعة فإن كان يمكن إيجارها آجرها بأمر القاضي وأنفق عليها من أجرتها أو باعها بثمن مثلها... وإذا أنفق عليها بدون إذن القاضي فهو متبرع فليس له مطالبة صاحبه بما أنفقه عليها⁽²⁾.

3 . لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن القاضي، ولم يكن مضطرا فهو متبرع، وإذا كان مضطرا فليس بمتبرع⁽³⁾.

4 . لو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه يكون متبرعا لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة، ولو أن زرعا كان بين اثنين، فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعا⁽⁴⁾.
ويصطلح أهل الفقه الإسلامي ما نحن فيه من وجود التبرع في المصادر غير الإرادية ب"التبرع بغير عقد ولا شرط".

5 . ويبدو لي أنه يصلح أيضا تطبيق هنا، وهو ما إذا تجاوز النائب القانوني لصلاحياته، فإنه يتحملها وحده، ولا يستطيع أن يرجع بها على الأصل، طبقا للقواعد العامة، فإذا تجاوز الوكيل الصلاحيات التي خولها له الوكيل، وعادت بالنفع على الأخير، فإنه متبرع بها عليه، فيتحمل مسؤولية أفعاله.

(1) أحمد إبراهيم، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص160.

(2) المرجع نفسه، ص239.

(3) انظر السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج1، ص59.

(4) نفس المرجع والصفحة.

هذا ويرى الأستاذ السنهوري: "إن الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام" إلا في حدود ضيقة جدا، ويبدو لي أن الواقع غير ذلك، ويحتاج ما ذهب إليه الأستاذ إلى إعادة نظر ومناقشة.

المطلب الثاني: علاقة التبرع بالقانون

يكون القانون مصدرا مباشرا للتبرع إذا تصور وجود نص قانوني يلزم به، فمثلا إذا وجد نص قانوني يلزم الشخص بالتبرع بالدم، إذا احتيج إلى فصيلة دمه ولم يوجد عند غيره، فيجبر على ذلك، فيكون هذا النص القانوني سببا لهذا الالتزام بالتبرع.

وفي الشريعة الإسلامية توجد أحوال يلزم بها الشخص على التبرع ويسميه البعض "الإحسان الإلزامي"⁽¹⁾ كما في الإعارة فيرون أنه في أحوال تكون واجبة، ومن صورها إعارة منافع بعض العقارات أي حق الارتفاق.

حتى إن المالكية أكثر ما يتكلمون عن حق الارتفاق في باب التبرعات، لأنهم يرون وجوب تسهيله لمن يستحقه دون عوض، ولو جبرا، إلا أنه يوجد قول ثان في المذهب يتفق على وجوب تقديم حق الارتفاق ولو بالجبر عليه، لكن يكون من حقه أن يأخذ العوض عليه، إذا لم يرد أن يتبرع به.

فالإرفاق عندهم هو إعارة بعض منافع العقار بصفة مؤقتة أو دائمة، ومن أمثلته، السماح للجار أن يغرز خشبة أو خشبات في جدار جاره من أجل التسقيف، والسماح للجار بالمرور الشخصي، وبالمسيل لماء المطر، أو لماء الرحاضة، على سطح الأرض أو بباطنها.

وتتصل هذه المنافع بعلاقات الجوار في السكنى، أو في الأعمال الفلاحية، وهي علاقات تنبني في الإسلام على التعاون والأخوة، ولذلك فرض فيها الإسلام واجبات، وحماها بواسطة القوة العمومية، عندما تكون هذه الواجبات نافعة للأطراف أو لأحدهما، دون أن تضر بالآخر.

ويتصل بما ذكر إعارة الفحل ويسمونه "حق الإطراق" وهو إعارة الحيوان الذكر لمن لا يملكه من أجل إحبال المواشي الإناث... وغيرها لسد حاجات المحتاج في المجتمع المتكافل.

وقد يلحق بهذا الباب وهو التبرع الإلزامي، أي التبرع الذي ينشأ بإلزام القانون ما ذكره علماء الفقه الإسلامي في مسألة إذا احتاج الحاكم إلى المال، وزادت حاجيات الدولة، ولم يوجد في بيت المال، فهل يجوز أن يلزم الأغنياء بدفع مستحقات تكون واجبة عليهم حتى يكتفي بيت المال؟

وهي مسألة ذكرها الشاطبي المالكي في كتابه الاعتصام⁽²⁾، وأوردها على سبيل المصالح

(1) انظر الحبيب التجكاني، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، مرجع سابق، ص55.

(2) انظر الشاطبي، الاعتصام، 2003، دار الحديث، القاهرة، ص369.

المرسلة، وهي مصدر تشريعي في الفقه الإسلامي، إذا كانت هناك مصلحة عامة يجب أن تحفظ، ولم يوجد نص شرعي مخصوص في شأنها، وتتبعها فوجدت أنه نقلها عن أبي حامد الغزالي الشافعي⁽¹⁾، وهو نقلها عن شيخه الجويني الشافعي في كتابه الغياثي⁽²⁾، وقد تكلم عنها بإسهاب، وانتصر لها بالأدلة، في أنه يجب على الدولة إذا افتقرت إلى المال في الوفاء بضروريات وحاجيات الرعية، أن تلجأ إلى جملتهم أو إلى الميسورين منهم، لإلزامهم بمعونات يقدمونها للدولة لتوفير والحفاظ على تلك المصالح الضرورية والحاجية العامة.

(1) في كتابه شفاء الغليل.

(2) الجويني، الغياثي، ط2، 1401هـ، بدون دار نشر، ص251 إلى ص290.

الباب الثاني

أحكام التبرعات

عرفنا في الباب الأول من هذه الدراسة ماهية التبرع وكيفية إنشائه، وما يخص كل ذلك، وبقي أن نتعرف في هذا الباب اللاحق على ما يترتب عن قيام التبرع من آثار وأحكام، وهو موضع الدراسة هنا.

لذلك سيكون الكلام عن الآثار القانونية من قيام التبرع، وهي الالتزامات التي تقع على أطرافه: التزامات تقع على عاتق المتبرع وأخرى على عاتق المتبرع له، لكن لا بد من التعرف على مدى هذه الالتزامات وخاصة بالنسبة للمتبرع وهل تصل إلى المدى الذي يعرف في المعاوضات؟ سوف نجد أن التزامات المتبرع هي أخف بكثير من التزامات المعاوض، وفي ذلك مقاصد علينا طلبها، فيقع عليه تسليم التبرع أو القيام به، لكن ليس عليه أن يضمن استحقاق التبرع والعيوب الخفية فيه إلا استثناء وذلك إذا كان هو مصدر الضرر أو على علم به فيكون قاصدا للضرر وهو يناقض قصد التبرع الذي من المفروض أن قام عليه تبرعه.

وأیضا نتعرف على مدى المسؤولية العقدية للمتبرع، وكذا للمتبرع له، والوقوف على الفوارق بينها وبين ما هو عليه الأمر في المعاوضات، ونحاول تلمس الغايات في ذلك. وهناك أثر آخر خاص في التصرف محل الدراسة لا يوجد في غيره، وهو إمكانية الرجوع فيه من طرف صاحبه، ولا شك أن هذا الحكم غريب في التصرفات، فكان لا بد من معرفة شروطه وأحكامه. ويحصل أن يقع نزاع محل الدعوى فيه التبرع، فهل من شروط خاصة في قيام هذه الدعوى، وأيضا إذا اعترض الدائنون على تصرفات مدينهم بالدعوى البولصية أو الصورية، فما هي الخصوصية في مثل هذا التصرف.

ويكون من الملائم أن نذكر في ختام هذا الباب الأول بل وهذه الدراسة كل ما سمي من تصرفات التبرع سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي، لأن ذلك بلا شك سيساعد على رسم السكة التي تريدها هذه الدراسة وهي تعبيد الطريق لنظام تشريعي في التبرع.

وعليه كان لا بد من تناول الفصول التالية في هذا الباب الثاني:

الفصل الأول: آثار التبرع

الفصل الثاني: الدعوى في التبرع والاختلاف فيه

الفصل الثالث: عقود التبرع المسماة في القانون وفي الفقه الإسلامي

الفصل الأول

آثار التبصر عام

إذا قام التبرع ونشأ مكتمل الأركان التي سبق تفصيلها وبيان أحكامها، فلا بد أن تترتب على ذلك آثاره القانونية، وعلى نفس المنوال الذي لمسناه في الباب الأول لزم الوقوف عند الخصوصية في العقود محل الدراسة، والمقصود هنا معرفة خصوصية آثار هذه العقود.

فلاشك أن هناك التزامات للمتبرع يختلف شأنها عن التزامات المتبرع له، فلا بد من معرفة مدى هذه الالتزامات، وما الذي تختلف عنه في عقود المعاوضات.

والى أي حد يكون ضمانه، سواء كان التزام بضمان الاستحقاق، أو التزام بضمان العيوب الخفية؟

ثم نريد معرفة مدى المسؤولية العقدية للمتبرع، وما الذي يختلف فيها عن المسؤولية العقدية للمعاوض.

وهناك بلا شك التزامات تقع على عاتق المتبرع له، وما مداها، وهل هناك توازن بينها وبين التزامات المتبرع كما هو الشأن بين المتعاضدين.

وأخيرا نتكلم على حكم خاص بالتبرعات وهو إمكانية الرجوع فيها بشروط.

لذلك تطرق هذا الفصل إلى المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: التزامات المتبرع ونفي الضمان عنه

المبحث الثاني: التزامات المتبرع وضمانه في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع

المبحث الرابع: التزامات المتبرع له ومسئوليته العقدية

المبحث الخامس: الرجوع في التبرعات وأحكامه

المبحث الأول: التزامات المتبرع ونفي الضمان عنه

يقع على عاتق المتبرع إذا قام تبرعه أن ينقل ملكية الشيء المتبرع به، وذلك في التبرعات المقتضية للتملك، وأن يقوم بتسليمه الشيء محل التبرع، سواء تبرع به كلية أو تبرع فقط بمنافعه، فيسلمه العين المتبرع بمنافعها، ثم إذا ردت له هاته العين وكان قد أنفق عليها المتبرع له نفقات تستحق الرجوع فيها فيجب عليه رد هذه النفقات.

أما فيما يخص ضمان المتبرع فسوف نرى أن الأصل هو عدم ضمان المتبرع في شتى أنواع الضمان، لأن سبب الضمان وجود العوض، وهو غير موجود في التبرعات.

وعليه نتناول هذا المبحث من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية والتسليم

المطلب الثاني: الالتزام برد نفقات الشيء المتبرع بمنافعه

المطلب الثالث: الأصل عدم ضمان المتبرع

المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية والتسليم

نتناول في هذا المطلب التزام المتبرع بنقل ملكية الشيء المتبرع به، وتسليمه له تبعا لذلك، من أجل تملكه أو الانتفاع بربقته فقط، ثم نتناول جزاء الإخلال بهذه الالتزامات، وهذا كله نرتب الكلام فيه من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية في التبرع المقتضي للتملك

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم وجزاء الإخلال به

الفرع الثالث: تبعة هلاك الشيء المتبرع به

الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية في التبرع المقتضي للتملك

الالتزام بنقل الملكية في التبرع يخص نوع التبرعات التي تقتضي التملك وعلى رأسها عقد الهبة، ولم يذكر قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام عقد الهبة شيئا من التزامات الواهب والموهوب له كما فعلت قوانين أخرى مثل القانون المدني المصري ومن تبعه في ذلك⁽¹⁾، لكن أورد أحكام تبرعات أخرى غير مقتضية للتملك كالعارية مثلا⁽²⁾.

فإذا كان التبرع يقتضي نقل الملكية كالهبة مثلا يقع على عاتق المتبرع التزام بنقل الملكية، وأحكام الالتزام بنقل الملكية في التبرع لا تخرج عن القواعد العامة المقررة في عقد البيع من التزام للبائع بنقل الملكية. فإذا كان المتبرع به عقارا سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل في خصوص التبرع الناشئ عن عقد، وهو ما نتناوله نصوص القانون الجزائري، أما إذا كان التبرع ناشئا عن إرادة منفردة كما في الوصية أو الوقف، فلا نتناوله تلك النصوص، التي نصت على العقد، ولم تعمم بذكر التصرف، الذي يعم العقد والتصرف بالإرادة المنفردة.

وإذا كان المتبرع به منقولا فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقي الكامل، فإن كان المنقول موجودا في حيازة المتبرع له وقت التبرع، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة إلى قبض جديد كما مر معنا في ركن الشكل.

(1) تناول القانون المدني المصري التزامات الواهب والموهوب له تحت عنوان "آثار الهبة" بدء من المادة 493.

(2) تناول القانون المدني الجزائري "التزامات المعير" و "التزامات المستعير" تحت هذين العنوانين على التوالي كما يلي: في المواد من 539 إلى 541، ومن 542 إلى 545.

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم

التزام المتبرع بالتسليم قد يكون في التبرع المقتضي للتمليك، وقد يكون في التبرع بمنافع الشيء؛ وعلى هذا وجب التفصيل في الجزئيات التالية:

أولا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع المقتضي للتمليك

ثانيا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع بمنافعه

ثالثا . جزاء الإخلال بالتزام المتبرع بتسليم الشيء المتبرع برقبته أو بمنافعه فقط

أولا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع المقتضي للتمليك

يقع على المتبرع إذا كان نوع تبرعه من التبرع المقتضي للتمليك كما في الهبة أن يسلم الشيء المتبرع به إلى المتبرع له، وتسري أحكام التسليم في البيع على أحكام التسليم في التبرع.

وعلى هذا نصت المادة 493 من القانون المدني المصري أنه "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم

الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه "1 . يلتزم الواهب

كما يلتزم البائع بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب. 2 . أما الالتزام بنقل

الملكية فينفذ بالتسجيل إذا كان الموهوب عقارا كما في البيع، وتسليم العقار ليس ضروريا في نقل

الملكية، وينفذ في المنقول بالقبض الحقيقي الكامل، وقد سبق أن هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض، ولكن

القبض الواجب لتمام الهبة قد يكون حكما، أما القبض الواجب لنقل الملكية فلا بد أن يكون حقيقيا،

ويعتبر القبض حقيقيا إذا كان المنقول موجودا في حيازة الموهوب له وقت الهبة، ويتفق الواهب معه

على أن يضع يده على الموهوب باعتباره مالكا له دون حاجة لقبض جديد. أما إذا كان العكس، وكان

الموهوب في يد الواهب وانفق مع الموهوب له أن يبقى في يده على سبيل العارية أو الإيجار مثلا،

فهذا القبض الحكمي، وإن كانت تتم به الهبة لا ينقل الملكية..."⁽¹⁾.

فإذن يترتب على التبرع المقتضي للتمليك التزام يقع على عاتق المتبرع بأن يسلم المتبرع به إلى

الشخص المتبرع له، أما فيما يخص أحكام هذا التسليم فإنه يسري على الالتزام بالتسليم في التبرع ما

يسري على الالتزام بالتسليم في البيع المقرر في القواعد العامة.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 985.

ثانيا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع بمنافعه

أما إذا كان التبرع بمنافع الشيء فقط كالعارية مثلا، أيضا نفس أحكام التسليم الواردة في القواعد العامة تسري هنا، كالالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري أو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر .

فقد نصت المادة 539 من القانون المدني الجزائري أنه "يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية". وهي مطابقة للمادة 636 من القانون المدني المصري .

ويختلف الشأن في تبعة هلاك المتبرع به عنه في المعاوضة، وسيأتي الكلام عليه بعد قليل .

ثالثا . جزاء الإخلال بالتزام المتبرع بتسليم الشيء المتبرع برقبته أو بمنافعه فقط

إذا أخل المتبرع بالتزامه في تسليم الشيء المتبرع برقبته أو بمنافعه فقط، فإن المتبرع له يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، فيجبره على التسليم، وذلك ما لم يكن للمتبرع حق الرجوع في تبرعه واستعمل هذا الحق . أما فسخ التبرع لعدم التسليم، فلا مصلحة للمتبرع له في المطالبة به، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضه التبرع عليه كعوض أو شرط⁽¹⁾ . وفي الفقه المالكي يجبر المتبرع على التسليم إن هو امتنع⁽²⁾ .

الفرع الثالث: تبعة هلاك المتبرع به

إذا هلك المتبرع به قبل التسليم بسبب أجنبي، فإنه يهلك على المتبرع له لا على المتبرع، بخلاف البيع . ذلك أن التبرع يكون عادة عقدا ملزما لجانب واحد هو المتبرع، فإذا انفسخت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على المتبرع له يتحلل منه، فيكون هو الذي تحمل تبعة الهلاك كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة لجانب واحد . ولكن إذا كانت الهبة بعوض، أو فرض على المتبرع له التزام أو شرط، فإنه يتحلل منه بانفساخ التبرع لاستحالة تنفيذه، وفقا للقواعد العامة⁽³⁾ .

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص154 بتصرف .

(2) انظر مثلا: التوزري، مرجع سابق، ج4، ص29 . وابن ناجي التتوخي المالكي، مرجع سابق، ج2، ص240 . قال ابن ناجي: "والمذهب أن الصدقة والحبس لازمان بالقول ويجبر على التحويز إن هو امتنع، وكذلك في الهبة على المشهور" .

(3) انظر السنهوري، نفس المرجع والصفحة بتصرف، وقد كان كلامه عن الهبة .

على أنه إذا هلك المتبرع به قبل التسليم وكان ذلك بخطأ المتبرع، فإن كان الخطأ يسيراً بقيت تبعة الهلاك على المتبرع له، ولم يكن المتبرع مسئولاً عن التقصير اليسير. أما إذا تسبب المتبرع في هلاك التبرع بفعله العمد أو بخطئه الجسيم، وذلك وفقاً لما قرره المادة 469 من القانون المدني المصري فهي تنص على أنه "لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم". وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي في هذا الصدد: "وإذا هلك الموهوب له قبل التسليم لسبب أجنبي، فالهلاك على الموهوب له، لأنه لم يدفع مقابلاً حتى يسترده كما في البيع. وإذا كان الهلاك بخطأ الواهب، كان مسئولاً عن تعويض الموهوب له تعويضاً عادلاً. والخطأ الذي يسأل عنه الواهب لا يكون إلا العمد أو الخطأ الجسيم... لأنه متبرع"⁽¹⁾.

يعني إذا أتلف المتبرع المتبرع به كله أو بعضه، وكان متعمداً في إتلافه أو كان الإتلاف بسبب خطئه الجسيم، فإنه يلتزم حسب القانون المصري بتعويض عادل. هذا إذا هلك المتبرع به قبل التسليم في التبرع المقتضي للتملك. أما إذا هلك الشيء عند التبرع بمنافعه كعقد العارية مثلاً فإن تبعة الهلاك تكون على مالك هذا الشيء أي المتبرع سواء قبل التسليم أو بعده إذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وهو مماثل للحكم في الإيجار إذا هلك العين المؤجرة بسبب أجنبي قبل التسليم أو بعده. أما إذا كان هلاك الشيء بسبب خطأ من المتبرع له فإن يتحمل هذا الهلاك ويكون مسئولاً عنه. وفي حالة الوديعة فقد نص القانون المدني الكندي لمنطقة الكيبك في المادة 2289 أنه إذا كان عقد الوديعة تبرعياً وهلك الوديعة في يد المودع لديه فإنه لا يتحمل إلا الهلاك الذي يكون بسبب خطئه، وفي حالة كانت الوديعة بأجر فإن المودع لديه يتحمل هلاك الوديعة إلا إذا أثبت أن هلاكها راجع إلى القوة القاهرة⁽²⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص154.

(2) Art 2289 C.c.Q: Le dépositaire est tenu, si le dépôt est à titre gratuit, de la perte du bien déposé qui survient par sa faute; si le dépôt est à titre onéreux ou s'il a été exigé par le dépositaire, celui-ci est tenu de la perte du bien, à moins qu'il ne prouve la force majeure.

المطلب الثاني: الالتزام برد نفقات الشيء المتبرع بمنافعه

يتصور مثل هذا الالتزام في التبرعات بمنافع الشيء وليس في التبرعات المقتضية للتملك، فإن المتبرع يسلم العين المراد الانتفاع بها إلى المتبرع له، ويحصل أن ينفق المتبرع له على هذه العين من أجل المحافظة عليها، فمن حقه أن يعود بهذه النفقات على المتبرع وتكون التزاما على عاتقه.

وأبرز نموذج للتبرع الذي يترتب عنه مثل هذا الالتزام عقد العارية، فمن الالتزامات التي تكون على المعير وهو المتبرع هنا أن يرد النفقات التي صرفها المستعير من أجل المحافظة على العين المعارة، وأيضا ينطبق هذا الأمر على التبرعات المماثلة كالعمري⁽¹⁾ أو الإسكان وهما التبرع بمنافع السكنى لمدة محددة أو غير محددة، وغيرها.

وقد جاء في المادة 540 من القانون المدني الجزائري أنه "إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية فالمعير ملزم برد ما أنفقه المستعير من مصاريف. أما المصاريف النافعة فتجري عليها الأحكام الخاصة بالمصاريف التي ينفقها حائز الشيء وهو سيئ النية".

وهي مطابقة للمادة 637 من القانون المدني المصري.

وجاء توضيحا لما في هذه المادة في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد: "لما كانت ملكية العارية وثمارها للمعير، وجب عليه أن يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة على الشيء، فإذا اضطر المستعير إلى القيام بهذه النفقات كي يحفظ الشيء إلى أن يرده، وجب على المعير أن يرد إليه هذه النفقات ما لم يكن المستعير قد تسبب بخطئه في حدوث ما أوجب ضرورة هذه النفقات. أما إذا صرف المستعير على الشيء مصروفات نافعة، فإنه لا يستحق ردها كاملة كما هو شأنه في المصروفات الضرورية، وإنما يسري عليه في ذلك حكم حائز الشيء سيئ النية ..، وذلك لأنه يعلم أنه ليس مالكا للشيء، وأنه لا يجوز له أن يقوم بالمصروفات التي ليست إلا نافعة دون أن يعرض نفسه لتحمل تبعه ذلك"⁽²⁾.

وسيأتي أن مصروفات الاستعمال والصيانة التي ينفقها المستعير لا يستطيع استردادها ولا تكون التزاما على المعير، وتقع التزاما على عاتق المستعير لا المعير كما نصت المادة 543 من القانون

(1) وهو التبرع بمنافع سكنى مدة عمر المتبرع أو المتبرع له، تناولته المادة 196 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 1359.

المدني الجزائري وهي مطابقة للمادة 640 من القانون المدني المصري ومنه نعلم أن المصروفات التي يقوم المستعير بإنفاقها أنواع، فمنها ما يمكن استرداده ويقع التزاما على عاتق المعير وهو المتبرع هنا، ومنه ما لا يمكن استرداده بحال. فما يمكن استرداده ويقع التزاما على عاتق المعير أي المتبرع النفقات الضرورية فقط وهي التي ينفقها المستعير للمحافظة على الشيء المعار. أما المصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار الاستعمال المعتاد، وكذلك مصروفات صيانة الشيء الصيانة المعتادة، فهذه كلها يتحملها المستعير أي المتبرع له وفقا لأحكام المادة 543 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 640 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وبناء عليه نخلص إلى نتيجة مهمة جدا في آثار التبرع وتحديد الالتزامات التي تقع على كل من المتبرع والمتبرع له في التبرع بمنافع الشيء؛ وهي أنه إذا كان التبرع بمنافع الشيء فإنه يقع على المتبرع التزام برد المصروفات الضرورية فقط التي أنفقها المتبرع له لحفظ الشيء المتبرع بمنافعه من الهلاك. أما المصروفات النافعة التي تتفق على العين المتبرع بمنافعها من أجل الاستعمال المعتاد أو الصيانة المعتادة فيتحملها المتبرع له وحده ولا يمكن بحال أن تكون التزاما يتحمله المتبرع.

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج6، ص1527.

المطلب الثالث: الأصل عدم ضمان المتبرع

وهذا أصل مهم جدا وقاعدة نقررها في آثار التبرع، وقد استخلصتها من خلال استقراء ما هو مبثوث في القانون وكذا الفقه الإسلامي في شأن مسائل التبرع وأحكامه، فبخلاف عقود المعاوضات التي يترتب عليها التزام بضمان استحقاق المعاوض عليه، وضمان عيوبه الخفية، فإن الأصل في التبرعات أنه لا ضمان على المتبرع في كل ذلك، وهذا ما نبهته في المطلبين الآتيين:

الفرع الأول: الأصل عدم ضمان المتبرع للاستحقاق

الفرع الثاني: الأصل عدم ضمان المتبرع للعيوب الخفية

الفرع الأول: الأصل عدم ضمان المتبرع للاستحقاق

لا يضمن المتبرع استحقاق الشيء محل التبرع سواء كان تبرعه مقتضيا للتملك إلى المتبرع له، أو كان يتبرع بمنافع الشيء وحده، أي المنافع فقط دون الرقبة. وقد سبق ذكر أن القانون الجزائري خلافا لكثير من القوانين العربية لم يتعرض إلى مثل هذه الآثار في عقد الهبة، لكن ذكر مثلا ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في عقد العارية مثلا مما ينسحب على جميع عقود التبرع. فقد نصت المادة 1/541 من القانون المدني الجزائري أنه "لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب نزع اليد". وهي مطابقة للمادة 1/638 من القانون المدني المصري.

أما في موضوع ضمان الاستحقاق في الهبة فقد جاء في المادة 614 من القانون المدني العراقي أنه "1 - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره. 2 - وإذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

أما المادة 615 من القانون المدني العراقي فقضت أنه "إذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له فلا يرجع على الواهب بما ضمن إلا بالقدر الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقاً للأحكام السابقة".

ونصت المادة 494 من القانون المدني المصري أنه "1 . لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب

له تعويضا عدلا عما أصابه من الضرر. وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق على غيره. 2. وإذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنه⁽¹⁾ "... يضمن الواهب استحقاق الموهوب، ولكن ضمانه أخف من ضمان البائع، فهو لا يضمن إلا في حالتين:

أ. إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق، ولا يكفي في ذلك أن يقرر للموهوب له أنه يملك الموهوب، بل يجب أن يتعد إخفاء سبب الاستحقاق كأن يخفي مستندا تثبت حق الغير أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب. ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش، سواء كان متوقعا أو غير متوقع.

ب. إذا كانت الهبة بعوض، فإن الواهب يكون ضامنا للاستحقاق ولو كان يجهل سببه، ولكنه لا يكون مسئولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، أما إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يكون مسئولا كل الضرر الذي أصاب الموهوب له كما تقدم، ولو جاوز العوض، ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان أو تخفيفه أو تشديده، ولكن لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء نيته، وإذا استحق الموهوب وكان للواهب حقوق قبل المستحق، كما إذا كان قد باع الموهوب قبل الهبة لم يقبض ثمنه فإن الموهوب له يحل محل الواهب في هذه الحقوق.

ويرى الأستاذ السنهوري أنه "حتى في هذه الحالة لا يزال يدخل في الاعتبار أن الواهب متبرع، فلا يعامل طبقا للقواعد العامة بحيث يكون مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعمده إخفاء سبب الاستحقاق، بل يقتصر القاضي على أن يقدر للموهوب له تعويضا عادلا يحدد بحسب الظروف، ويعوضه بوجه خاص عما تحمل من خسارة بسبب الاستحقاق..."⁽²⁾.

وفي ضمان الاستحقاق في الحوالة التبرعية نصت المادة 244 من القانون المدني الجزائري أنه "إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق".

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 985.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 159.

وهي مطابقة للمادة 308 من القانون المدني المصري.

ويوضحه ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في شأنها أنه " .. يراعى من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن ضمان الاستحقاق يقع باطلا، إذا كان هذا الاستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه . المادة 438 . وليس هذا الحكم سوى مجرد تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام. ويتفرع على هذه القواعد ذاتها أن المحيل يسقط عنه الضمان إذا كانت الحوالة بغير عوض، ما لم يتفق على خلاف ذلك . المادة 435 الفقرة 2 . بيد أنه يسأل في هذه الحالة عن فعله الشخصي . المادة 438 .⁽¹⁾

بناء على ما تقدم من نصوص وشواهد فنخلص إلى أن الأصل أنه لا ضمان للاستحقاق للعين المتبرع بها تمليكاً أو منفعة يقع على المتبرع، ويستثنى من ذلك أحوال ثلاثة:

أولها أن يكون هناك اتفاق خاص بين المتبرع والمتبرع له يقضى بضمان الاستحقاق فيعمل به .
وثانيها أن يكون للمتبرع يد أي أن يكون هو المتسبب للاستحقاق المذكور .
وثالثاً أن يتعمد المتبرع إخفاء سبب استحقاق العين المتبرع بها عن المتبرع له فيعتبر غشاً منه .

الفرع الثاني: الأصل عدم ضمان المتبرع للعيوب الخفية

أيضاً لا يضمن المتبرع العيوب الخفية مهما يكن تبرعه، سواء كان تبرعه مقتضياً للتمليك كالهبة، أو يكون تبرعاً بمنافع الشيء كالعارية مثلاً، ولم ينص القانون الجزائري على شيء حول هذا الالتزام في أحكام الهبة التي تناولها قانون الأسرة الجزائري، كما فعلت قوانين عربية أخرى، لكن ورد ذكر حكم ضمان العيوب الخفية في عقود تبرع أخرى كعقد العارية مثلاً، وهي من عقود التبرع بالمنافع، وينسحب هذا الحكم فيها على جميع تصرفات التبرع.

فقد نصت المادة 2/541 من القانون المدني الجزائري أنه "لا ضمان عليه . أي المعير . كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه".

وهي مطابقة للمادة 2/638 من القانون المدني المصري.

وفي خصوص عدم ضمان الواهب للعيوب الخفية في الموهوب له فقد نصت المادة 495 من

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 674.

القانون المدني المصري التي لا يوجد ما يقابلها في القانون الجزائري بما يلي: " 1 . لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب له من العيب. 2 . على أنه إذا تعدد إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء الموهوب له من العيوب كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب. ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا التعويض".

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الموضوع أنه "...لا يضمن الواهب العيب إلا في أحوال ثلاثة:
أ . إذا تعدد إخفاءه.

ب . إذا ضمن صراحة خلو الموهوب من العيوب، وفي الحالتين يلزمه تعويض الموهوب له عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب

ج . إذا كانت الهبة بعوض ولم يتعد العيب ولم يضمن خلو الموهوب من العيوب، فإنه يضمن في هذه الحالة بقدر ما أداه الموهوب له من العوض، أما إذا تعدد الإخفاء أو ضمن الخلو من العيوب، فإنه يضمن كل الضرر حتى لو جاوز العوض⁽¹⁾.

ويفسره السنهوري بأن الأصل هو عدم ضمان المعير لاستحقاق الشيء المعار وعدم ضمانه لما يوجد فيه من عيوب خفية. فالعارية عقد تبرع، والمفروض أن المعير إنما التزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار لا بتمكينه من هذا الانتفاع، وهذا بخلاف الإيجار، إذ العقد معاوضة فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. ولهذا رأينا المعير يسلم الشيء المعار بالحالة التي هو عليها وقت انعقاد العارية، ونراه هنا لا يضمن استحقاق الشيء المعار ولا ينطوي عليه من عيوب خفية. أما المؤجر فقد رأيناه يسلم العين في حالة صالحة للانتفاع بها، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية.

والعارية في ذلك كالهبة، وكلاهما عقد تبرع. فإن الواهب لا يضمن الاستحقاق ولا العيوب الخفية، إلا إذا وجد اتفاق على الضمان أو تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب أو كانت الهبة بعوض⁽²⁾.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 986.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 6، ص 1532.

وما ذكر أورده القانون التونسي في المادة 342 من القانون المدني التونسي أنه "إذا أدى المدين لدائنه شيئاً أو ديناً له على الغير أو حقاً مجرداً فعليه ما على البائع من ضمان العيوب الخفية وعدم كفاية الحجة.

وهذا الحكم لا يجري على ما كان من قبيل التبرعات ونحوها مما ليس فيه عوض".
وأيضاً القانون المغربي في المادة 322 من القانون المدني المغربي أن "المدين الذي يؤدي، على سبيل الوفاء، لدائنه شيئاً أو ديناً له على آخر أو حقاً معنوياً يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة. ولا تطبق هذه القاعدة على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض".

إذن القاعدة المقررة في آثار التبرع أن المتبرع لا يضمن للمتبرع له أي عيوب خفية يمكن أن يجدها في العين المتبرع بها، سواء تبرع برقبته كلية أو بمنافعها فقط، وهذا أصل عام يخالف ما هو مقرر في النظرية العامة لقواعد عقد البيع والمعاوضات عموماً من أن الأصل أنه يقع على عاتق البائع التزام بضمان العيوب الخفية.

المبحث الثاني: التزامات المتبرع وضمانه في الفقه الإسلامي

لما كان كثير من أحكام التبرعات في القانون يرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي، وخاصة أحكام التبرعات المشهورة والشائعة وهي الهبة والوقف والوصية، وجب الرجوع إلى ما نظمه الفقهاء من أحكام في هذا الشأن، وخاصة المذهب المالكي الذي يستند إليه القانون الجزائري في هذا الشأن، فنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: التزام المتبرع بالتسليم في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: تبعة الهلاك في التبرع في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: سقوط الضمان عن المتبرع في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التزام المتبرع بالتسليم في الفقه الإسلامي

عند جمهور أهل الفقه الإسلامي من الحنفية والشافعية والحنابلة القبض شرط في صحة الهبة وأنه إذا لم يقبض الموهوب له الهبة لم يلزم الواهب بشيء، فلا كلام على التسليم عندهم، لأن التبرع لم ينعقد بعد⁽¹⁾.

ففي هذه المذاهب الفقهية لا يتصور أن يكون التسليم التزاما يقع على عاتق المتبرع عندهم، لأن التبرع عندهم من غير قبض المتبرع به لا يقوم ولا ينشأ، فلا تترتب عنه آثاره؛ فالقبض عندهم شرط في انعقاد التبرع.

أما في المذهب المالكي، فالمتبرع يلزم عندهم بالقول كما سبق بيانه، وأما قبض العين المتبرع بها كلية أو المتبرع بمنافعها فقط فهو شرط تمام فقط، أي شرط لثبوت حكم التبرع وليس لانعقاده، لذلك نصوا على أن المتبرع يجبر على تسليم العين المتبرع بها أو بمنافعها، ومعناه أن تسليمها التزام يقع على عاتق المتبرع، ولهم تفصيل في هذا الشأن كما يلي:
فالمتبرع له أنواع⁽²⁾:

فهو قد يكون معينا أي محددًا ومشخصًا مثل زيد أو عمرو، وقد يكون غير معين، بمعنى ليس محددًا بعينه وشخصه مثل فئة الطلاب أو المرضى أو العجزة، وقد يكون غير معين أيضا لكن انتقل إليه التبرع من معين.

ففي الحالة الأولى أي التي يكون فيها المتبرع له معينا، والثالثة أي التي يكون فيها غير معين لكن انتقل له الحق من معين يقع على المتبرع التزام بالتسليم، ويجبر عليه إن رفض، فيجبر الواهب قضائيا على تمكين الموهوب له من الحوز.

على أنه يستحق المتبرع له التبرع إن جد في طلبه، ولو لم يتسلمه، أي لم يمكنه حوز التبرع، أو تحويزه من المتبرع، ولو قام أحد الموانع الأربعة التي فصلنا الكلام فيها في الباب الأول.

أما في الحالة الثانية وهي إذا كان المتبرع له غير معين، فلا يكون المتبرع له ملزما بالتسليم، لأن الالتزام حينئذ يكون طبيعيا، وليس التزاما مدنيا لعدم توفر عنصر المسؤولية فيه.

فمثلا إن كان الموهوب له معينا بالوصف كالفقراء أو طلبة كلية كذا، أو المرضى، فلا يجبر

(1) انظر ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط2، 1983، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، ج2، 402.

(2) انظر تفصيل ذلك في: التوزري، مرجع سابق، ج4، ص29.

الواهب على التمكين، ولكن يؤمر أدبيا.

وإذا كان التبرع معلقا على فعل شيء وحصل المعلق عليه كذلك يجبر المتبرع على تنفيذ تبرعه،
وتسليم المتبرع به، وأما إذا لم يحصل المعلق عليه فلا تبرع.

المطلب الثاني: تبعة الهلاك في التبرع

في الفقه الإسلامي قاعدة وهي أن التبرعات تلحق عقود الأمانات في عدم وجوب الضمان إلا إذا حصل تعدد، ويقصدون بمصطلح الضمان هنا تبعة الهلاك، أي أن التبرعات لا يتحمل فيها المتبرع تبعة الهلاك كما هو في عقود الأمانات من مثل عقد الوديعة مثلاً.

وجاء عنهم أن "البيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد... والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة"⁽¹⁾ يعني إذا تلف المال في يد المتبرع بدون تعدد منه؛ ونصوا على أن "من المسائل التي لا ضمان فيها في الفقه الإسلامي ما طريقه الأمانة مثل الوديعة"⁽²⁾.

إذن يفرقون في تبعة الهلاك بين المعاوضات والتبرعات، ويجعلون الشخص المعاوض في أغلب الأحيان يده يد ضمان أي يتحمل تبعة الهلاك بسبب العوضية، وهذا الأخير منتف في التبرعات، فلا يضمن أصحابها إلا إذا تسببوا في الهلاك.

والدليل على ما ذكر أنهم يرون "نيابة قبض الأمانة عن قبض التبرع"⁽³⁾ وجعلوه خاصاً بما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهبة والهدية والصدقة...⁽⁴⁾.

ففي الفقه الإسلامي وجود العوض من عدمه سبب في تبعة هلاك الشيء من عدمه، يقول ابن رشد: إن الأسباب التي تقبض بها الأعيان لاستيفاء المنافع على وجهين: أحدهما: عقد فيه بدل وهو الإجارة. والآخر: عقد لا بدل فيه وهو العارية. والإخدام والبدل مؤثر في الضمان، وسبب لتعلق ضمان البدل؛ فإذا كان المقبوض لاستيفاء المنفعة بإذن مالكة ببديل مضمون وسبب مؤثر في وجوب الضمان لا يوجب ضمان العين، فما لم يقبض ببديل أولى ألا يكون مضموناً⁽⁵⁾ لذلك قالوا في الوديعة مثلاً: "ويد المودع يد أمانة، فلا ضمان عليه إذا تلف إلا أن يقصر في

(1) ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، 1992، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص64.

(2) أبو عمران الفاسي، النظائر في الفقه المالكي، تحقيق جلال علي الجهاني، ط2، 2010، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ص59.

(3) الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989، دار القلم، دمشق، سوريا، ص307.

(4) نفس المرجع والصفحة.

(5) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص472.

الحفظ أو يتسبب في ذلك أو يباشر".⁽¹⁾، بل عمومه على أي تبرع وجعلوه قاعدة فقالوا: "التبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع له"⁽²⁾.

أما تفصيل تبعة الهلاك في العارية مثلا قال في لب اللباب: المشهور من مذهبنا أنه يضمن ما يغاب عليه إن لم تقم له بيعة دون ما لا يغاب عليه أو ما قامت بتلفه بيعة من غير ضيعة، فيقبل قوله في الرابع والحيوان ما لم يظهر كذبه⁽³⁾.

(1) ابن راشد القفصي، مرجع سابق، ص252، ثم ذكر أسباب عشرة تتضمن التسبب في التلف ص253.

(2) د. علي الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 1999، دار عالم المعرفة، ج1، ص115.

(3) ابن راشد القفصي، مرجع سابق، ص257.

المطلب الثالث: سقوط الضمان عن المتبرع

سبق ذكر القاعدة في الفقه الإسلامي أن "التبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع له"⁽¹⁾ وأن "البديل مؤثر في الضمان"⁽²⁾ يعني وجوده من عدمه، فيرون أن سبب الضمان في المعاوضات هو العوض، أما في التبرعات فلا يوجد ذلك العوض حتى يستحق المتبرع له الضمان، مهما يكن نوع هذا الضمان، سواء كان تعويضا عن هلاك العين المتبرع بها، أو كان ضمان استحقاقها، أو كان ضمان عيوبها الخفية.

ففي مسألة ضمان العيوب الخفية، لا ضمان على المتبرع فيها في الفقه الإسلامي، ونصوا أنه لا رد بالعيب في عقود التبرع؛ وهو ما يؤكد نص قول المازري التالي وهو من أشهر علماء المالكية المتقدمين.

قال المازري: العقود ثلاثة:

1. عقد معاوضة مبني على المكايسة كالبيع المحض، فهذا يثبت فيه الرد بالعيب.
2. وعقد طريقه الصلة المحضة كالهبة والصدقة، وهذا لا يتصور فيه حكم الرد بالعيب، إذ لا عوض له يرتجعه بالرد بالعيب.
3. وعقد ظاهره المكارمة وباطنه المعاوضة كالهبة المقصود بها طلب المكافأة...⁽³⁾

فقد قسم التصرفات المالية، وبين أن المعاوضات يثبت فيها حكم الرد بالعيب إن وجد، وهو ما نفاه عن التصرفات التبرعية، فلا ضمان فيها عن العيوب الخفية إن وجدت.

وقال ابن رشد: الإخدام والبديل مؤثر في الضمان، وسبب لتعلق ضمان البديل، فإذا كان المقبوض لاستيفاء المنفعة بإذن مالكة ببديل مضمون، وسبب مؤثر في وجوب الضمان، لا يوجب ضمان العين، فما لم يقبض ببديل أولى ألا يكون مضمونا.⁽⁴⁾

أيضا لا يضمن عندهم الأنواع الأخرى من الضمان كضمان الاستحقاق، بدليل أن المالكية يجيزون التصرفات التبرعية ولو كان فيها غرر أو جهالة، ومن أمثلة الغرر أن يكون ما يتبرع به، يستحقه غير المتبرع، لكن بدون أن يتعمد المتبرع ذلك، أو يخفي علمه عن المتبرع له، لأنه يصير

(1) د. علي الندوي، مرجع سابق، ج1، ص115.

(2) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص472.

(3) المازري، شرح التلقين، مرجع سابق، ج5، ص618.

(4) ابن رشد، نفس المرجع والصفحة.

حينئذ نوعاً من الغش، وقصد الإضرار الذي تترتب عنه المسؤولية التقصيرية.
فلا يمكن بناء على ما ذكر أن يطالب المتبرع له بتعويض أو بتنفيذ التبرع، إذا استحقه الغير،
لأن سبب الضمان وجود البذل، وهو لا يتوفر في التبرعات.

المبحث الثالث: تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع

نتناول في هذا المبحث المسؤولية العقدية للمتبرع، وسنجد أنها أخف فيما لو كان المتعاقد معاوضاً، فنبحث في مبحث أولي عن أسباب تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع، ثم نعرض في مطلب ثانٍ بالتمثيل لتبرعات نص القانون على أن المسؤولية العقدية فيها أخف، وهو ما ينسج لنا نظرية عامة في هذا الأمر.

وعليه نتناول هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: اتفاق القوانين على تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع

المطلب الثاني: نماذج من تبرعات يخفف فيها المسؤولية عن العقدية المتبرع

المطلب الأول: اتفاق القوانين على تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع

تتفق القوانين على أن المسؤولية العقدية للشخص المتبرع أخف بكثير من مسؤوليته العقدية لو كان معاوضا، وذلك لأنه ليس مسئولا إلا عن خطئه الجسيم أو المتعمد. ثم إن مدى هذه المسؤولية بالاستقراء لا نجده يتجاوز عنايته الشخصية ولو لم تبلغ عناية الرجل العادي، المطلوبة في المسؤولية العقدية للمعاوض ولو كانت تتجاوز عنايته الشخصية.

فلأنه متفضل بتبرعه لا يكون مسئولا إلا على أدنى العنايتين بخلاف لو كان معاوضا أو متلق للتبرع فيكون مسئولا عن أعلى العنايتين عناية الشخص المعتاد وعنايته الشخصية.

فالقوانين تميز بين العمل إذا كان بأجر أو إذا كان بغير أجر، فإن كانت بغير أجر تكون في مصلحة المتبرع له دون المتبرع بعمله، فيكون المتبرع غير مسئول إلا عن العناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هي دون عناية الشخص المعتاد.

أما إذا كانت عنايته الشخصية هي أعلى من عناية الشخص المعتاد، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد. فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معيارا شخصيا إذا كان مسئولا عن عنايته الشخصية، ويكون تارة أخرى معيارا موضوعيا إذا كان مسئولا عن عناية الشخص المعتاد. والسبب في ذلك أن المتبرع غير مأجور فيكون متفضلا، ومن ثم لا يكون مسئولا عن أكثر من عنايته الشخصية، فلا يكون مسئولا إذن إلا عن أدنى العنايتين.⁽¹⁾

فالقاعدة إذن أن الشخص إذا كان متبرعا تخف مسؤوليته العقدية إلى أقصى درجاتها، فإذا كان التزامه المتبرع به بذل عناية، فالعناية المطلوبة منه هي عنايته الشخصية فقط ولا يطالب أكثر من ذلك، فإن قصر عنها فهو مسئول، وإلا فليس مسئولا، ولو كانت عنايته الشخصية أقل من عناية الرجل العادي كما سبق ذكره.

وهناك نماذج وردت في القانون المدني ينطبق عليها ما ذكر، وأبرزها عقد الوديعة إذا كانت بغير أجر، وكذا الوكالة إن كانت بغير أجر، وسيأتي في المطلب اللاحق تفصيل الكلام في أمرهما كل على حدة.

والذي يجمعهما أنهما من أنواع التبرعات بالأعمال أي التفضل، وسوف نجد أن أغلب القوانين

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج7، ص465، الفقرة 253؛ وانظر أيضا ج7، ص704، الفقرة 356، بتصرف.

تتفق في أنه يجب التفريق بين إذا كان التصرفان بأجر، وما إذا كانا بأجر، فإذا كانا بأجر يجرون عليهما القاعدة العامة التي تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد. أما إذا كانا بغير أجر أي تبرعا وتفضلا، فتذهب تلك القوانين إلى التخفيف فيه حد العناية المطلوبة من المتفضل، فيعدلون عن المعيار المادي الذي يؤدي إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد، إلى المعيار الشخصي الذي يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية في شؤون نفسه. ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن المتفضل، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد، ولما كان المتفضل قد يكون في شأنه الخاصة أكثر حرصا من متوسط الناس، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصي وضع حد للعناية التي يصح أن يطالب بها المتفضل بناء على هذا المعيار، فتنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته في شؤون نفسه، دون أن يؤدي ذلك في أي حال إلى مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد. وفي كلتا صورتين من التبرع، فإن التزام المتبرع يعتبر التزاما بوسيلة لا التزاما بغاية، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام المتفضل ببذل العناية المطلوبة منه، حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى تحقيق الشيء المطلوب فعلا.⁽¹⁾

المطلب الثاني: نماذج من تبرعات يخفف فيها المسؤولية العقدية عن المتبرع

نخص هذا المطلب في الكلام عن نماذج وتطبيقات للقاعدة التي قررناها في المطلب السابق، ألا وهي أن الأصل هو التخفيف في المسؤولية العقدية للمتبرع، وذلك من خلال التمثيل بثلاث عقود تبرعية نص القانون فيها على مسؤولية المتبرع، وهي عقد الهبة، وعقد الوديعة بدون أجر، وكذا الوكالة بغير أجر. وعليه يتكون هذا المطلب من الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمتبرع في عقد الهبة

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للمتبرع في الوديعة

الفرع الثالث: عدم تفريق القانون الجزائي في المسؤولية العقدية بين الوكالة التبرعية والوكالة

بأجر

(1) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج5، ص250 (نقلا عن السنهاوري، الوسيط، مرجع سابق، ج7، هامش ص705، بتصرف).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمتبرع في عقد الهبة

لم ينص القانون الجزائري أيضا على أحكام المسؤولية العقدية للمتبرع إذا كان واهبا، وتناول ذلك في أحوال أخرى كما في العارية والوكالة والوديعة وغيرها كما سيأتي.

أما القانون المصري فقد تناول المسؤولية العقدية للواهب في المادة 496 من القانون المدني المصري فنص أنه "لا يكون الواهب مسئولًا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم".

والمادة 616 من القانون المدني العراقي مطابقة لها.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد أن "...مسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش، سواء كان متوقعا أو غير متوقع...⁽¹⁾".

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للمتبرع في الوديعة

تتفق مختلف القوانين أن الوديعة إذا كانت على سبيل التبرع فإن المسؤولية العقدية للمودع لديه تكون أخف ما يمكن، سواء كانت تلك التشريعات عربية أو غربية.

ففي القانون الجزائري نصت المادة 592 القانون المدني الجزائري أنه "إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله.

وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد".

وهي مطابقة للمادة 720 من القانون المدني المصري.

فالتشريعات متفقة في تخفيف المسؤولية العقدية عن المودع إذا كانت الوديعة تبرعية عما إذا كانت بأجر.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد: "وقد بين المشروع

ما يجب على الوديع من عناية في حفظ الوديعة، ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر،

وما إذا كانت الوديعة بأجر أو كانت في مصلحة الوديع وحده، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشيء،

وأجرى على النوع الثاني القاعدة العامة التي تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد. أما النوع الأول

من الوديعة فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع، فعدل عن المعيار المادي

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص986.

الذي يؤدي إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد، إلى المعيار الشخصي الذي يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية في شئون نفسه. ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد، ولما كان الوديع قد يكون في شئونه الخاصة أكثر حرصاً من متوسط الناس، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصي وضع حد للعناية التي يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا المعيار، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته في شئون نفسه، دون أن يؤدي ذلك في أي حال إلى مطالبته بعناية تفوق الرجل المعتاد...⁽¹⁾.

وهو الأمر المقرر في القانون الفرنسي، حيث نصت عليه المادتان 1927، 1928 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، فقضت المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي أن المسؤولية العقدية للمودع لديه تكون أشد إذا كانت الوديعة بأجر أو كانت في مصلحته.

وهو ما يوافق التشريع الكندي أيضاً، فتقضي المادة 2290 من القانون المدني الكندي بأن المحكمة يمكن أن تتدخل لإنقاذ أي تعويضات تنجر عن مسؤولية المودع لديه، وذلك في حالة كون الوديعة تبرعية⁽³⁾.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 1469.

(2) Art 1927: Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent

Art 1928: La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur:

1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt;

2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt;

3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire;

4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.

(3) Art 2290 C.c.Q: Le tribunal peut réduire les dommages-intérêts dus par le dépositaire, lorsque le dépôt est à titre gratuit ou que le dépositaire a reçu en dépôt des documents, espèces ou autres biens de valeur, sans que le déposant ait déclaré leur nature ou leur valeur.

الفرع الثالث: عدم تفريق القانون الجزائري في المسؤولية العقدية بين الوكالة التبرعية والوكالة

بأجر

علمنا أن المشرع الجزائري فرق بين الوديعة التبرعية والوديعة بعوض من حيث المسؤولية العقدية لكنه لم يفعل نفس الأمر مع الوكالة فيفرق بين إذا كانت بأجر أو بغير أجر كما فعلت التقنيات الأخرى.

فقد قضت المادة 576 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي"

"وهكذا لم يميز النص بين الوكيل بأجر والوكيل المتبرع، وطالب الاثنان ببذل عناية الرجل العادي Le bon père de famille مع أن من المقرر ومن المتفق عليه بالإجماع أن مسؤولية الوكيل بأجر أشد من مسؤولية الوكيل المتبرع، إذ يجب على الأول أن يبذل في تنفيذ الوكالة دائما عناية الرجل العادي ولو كان يبذل أقل منها في القيام بأعماله الخاصة، في حين أن الوكيل بدون أجر لا يطالب إلا ببذل العناية التي يبذلها في ممارسة شئونه الخاصة ولو كانت هذه العناية أقل من عناية الرجل العادي، وإذا كان يبذل هذه العناية فليس للموكل أن يطالبه بعناية الرجل العادي. ولقد تناولت التشريعات المختلفة هذا التمييز فنصت عليه المادة 1992 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، والمادة 704 القانون المدني المصري والمادة 705 من القانون المدني السوري والمادة 706 من القانون المدني الليبي..."⁽²⁾.

وهو ما ورد في القانون المدني المصري في شأن الوكالة، فقد نصت المادة 704 من القانون المدني المصري:

- 1" . إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك مزيد من عناية الرجل المعتاد .
- 2 . فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد .

(1) Art 1992: Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

(2) د. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص44.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد أنه "يجب أن يبذل الوكيل في تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية، وقد حدد المشرع هذا القدر مطبقاً في ذلك المادة 288 من المشروع، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة، فالوكيل إذا كان مأجوراً تطلب منه عناية الرجل المعتاد، أما إذا كان غير مأجور فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله في أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد، وهذه هي المعايير التي تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية..."⁽¹⁾.

(1) انظر: عمار نصار، مرجع سابق، ص1451.

المبحث الرابع: التزامات المتبرع له ومسئوليته العقدية

بعد معرفة التزامات المتبرع يبقى الكلام على التزامات المتبرع له، وهي تختلف باختلاف التصرف التبرعي، فإذا كان التبرع مقتضيا للتملك ومنجزا، فيقع على المتبرع له التزام بنفقات التبرع فقط، كمصروفات نقله أو تسليمه وتسلمه أو تسجيله وما إلى ذلك.

وإذا كان التبرع بمنافع الشيء فتتعدد التزامات المتبرع له لأنه يكون ملزما بمصروفات استعمال الشيء المتبرع بمنافعه وصيانته الصيانة المعتادة، ويكون ملزما بالمحافظة عليه، وأخيرا يكون ملزما برد الرقبة المنتفع بها كما تسلمها أولا.

وإذا كان التبرع غير منجز، أي معلق على شرط يقوم به المتبرع له، أو مقترنا أيضا بشرط مضمونه التزام يقوم به المتبرع له، يقع هذا الالتزام على عاتق المتبرع له يجب عليه القيام به.

وأخيرا نريد أن نعرف مدى المسؤولية العقدية للمتبرع له وهل تكافئ المسؤولية العقدية للمتبرع؟

وهذا ما نتناوله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الالتزام بنفقات التبرع

المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على الشيء إذا كان التبرع بمنافعه

المطلب الثالث: الالتزام برد الشيء إذا كان التبرع بمنافعه

المطلب الرابع: الالتزام بأداء الشرط أو العوض أو المقابل

المطلب الخامس: المسؤولية العقدية للمتبرع له

المطلب الأول: الالتزام بنفقات التبرع

الأصل أن تكون نفقات التبرع على المتبرع له فلا يجمع المتبرع بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمل مصروفات التبرع من مثل مصروفات العقد والتسجيل ونقل الأموال المتبرع بها ونفقات التسليم، وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 617 من القانون المدني العراقي في أن "نفقات الهبة على الموهوب له، ويدخل في ذلك مصروفات العقد والرسوم وما يصرف في تسليم الموهوب وتسلمه ونقله وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف".

وما سبق ذكره من نفقات يتصور في التبرع المقتضي للتملك كما مثل في الهبة، وأيضا يمكن أن تكون هذه النفقات في حالة التبرع بمنافع الشيء وأبرز نموذج لها هو العارية، وتكون هذه النفقات عبارة عن مصروفات الاستعمال ومصروفات الصيانة، فالذي يتحمل مثل هذه المصروفات هو المتبرع له، وتقع على عاتقه.

فقد نصت المادة 543 من القانون المدني الجزائري أنه "لا يجوز للمستعير أن يسترد المصروفات التي أنفقها لاستعمال الشيء المعار، وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية".

وهي مطابقة للمادة 640 من القانون المدني المصري.

ويوضح ما ذكر ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد: "نفقات الصيانة المعتادة واجبة على المستعير وكذلك تجب عليه النفقات اللازمة لاستعمال الشيء، فإذا أنفق على الشيء المعار ما يلزم لإعداده للاستعمال فإنه لا يرجع بهذه النفقات، إلا إذا كانت تلك النفقات غير متكافئة بحال مع استعمال العارية، وكان المستعير قد اضطر للقيام بسبب حاجته إلى الشيء المعار واعتماده على العارية دون أن يعلم بما يلزم من نفقات لإعداد الشيء للاستعمال، فله أن ينزع من الشيء المعار ما يكون قد أقامه فيه، على أن يعيده إلى حالته الأصلية."⁽²⁾

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص176؛ و د. تقيّة، مرجع سابق، ص257.

(2) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص1360.

فقد يقتضي استعمال الشيء المعار مصروفات، فهذه يتحملها المستعير، مثل ذلك أن يستعير شخص سيارة أو آلة زراعية، فمصروفات البنزين للسيارة ومصروفات تشغيل الآلة الزراعية تكون كلها على المستعير،.. كذلك يتحمل المستعير مصروفات الصيانة المعتادة، فتشحيم السيارة وتزييتها عليه، وكذلك مؤونة الدواب والمواشي، وأعمال الصيانة اللازمة للآلات الزراعية، وما إلى ذلك...⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم نقرر أصلا عاما مهما في آثار التبرع، وقاعدة في التزامات أطراف التبرع تختلف كلياً عن القواعد المعروفة في النظرية العامة في العقد، وأحكام البيع والمعاوضات، فنخلص إلى أن النفقات التي تخدم المتبرع له بتسهيل وصول التبرع إليه واستفادته منه فهذه تقع على عاتق المتبرع له، ويتحملها هو فقط، وأما ما كان من المصروفات الضرورية من أجل الحفاظ على العين المتبرع بمنافعها فهذه يستطيع أن يرجع بها المتبرع له على المتبرع.

المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على الشيء إذا كان التبرع بمنافعها

نتكلم في هذا المطلب أولاً عن الالتزام الذي يقع على عاتق المتبرع له بالمحافظة على الشيء المتبرع له بمنافعها كما في العارية مثلاً، ثم نتطرق إلى مسألة متصلة وهي تبعة هلاك الشيء المتبرع به على من تقع.

وعليه يشتمل هذا المطلب تناول الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التزام المتبرع له بالمحافظة على العين المتبرع له بمنافعها

الفرع الثاني: تبعة هلاك الشيء المتبرع بمنافعها

الفرع الأول: التزام المتبرع له بالمحافظة على العين المتبرع له بمنافعها

يتصور هذا الالتزام في التبرع بمنافع الشيء ولا يكون في التبرعات المقتضية للتمليك، وأبرز نموذج له كما ذكر هو العارية، فقد نصت المادة 544 من القانون المدني الجزائري أنه "على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد.

و في كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص1539.

يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه".

وهي مطابقة للمادة 641 القانون المدني المصري.

والمعنى أنه يجب على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار عناية الرجل العادي، فإذا كانت عنايته بشئونه أعلى من عناية الرجل المعتاد، فالمطلوب حينئذ عنايته الشخصية لأنها أقوى، فهو مطلوب دوماً بأعلى العنايتين لأنه متبرع له⁽¹⁾.

بل لو كان بين أن ينقذ ماله أو أن ينقذ الشيء المعار، وجب عليه أن يقدم إنقاذ الشيء المعار، فيكون مسئولاً عن ذلك ولو كان سبب الهلاك قوة قاهرة. ف"يفهم من ذلك أن المشروع لا يكتفي في حالة القوة القاهرة والحادث المفاجئ باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية في حفظ ماله، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال المعير على إنقاذ مال نفسه"⁽²⁾.

بناءً عليه نخلص إلى أن المتبرع له بمنافع الشيء يقع عليه التزام بالمحافظة على هذا الشيء، وعليه أن يبذل في سبيل ذلك أعلى العنايتين: عناية الرجل المعتاد وعنايته الشخصية، وهذا بسبب أنه متلقي للتبرع وهو الطرف المستفيد.

الفرع الثاني: تبعة هلاك الشيء المتبرع بمنافعه

أما في حالة هلاك الشيء المتبرع بمنافعه كان الهلاك على مالكه أي المتبرع، إلا إذا كان الهلاك أو التلف بسبب خطأ من المتبرع له، كان هذا الأخير مسئولاً عن الهلاك.

وهذا ما نصت عليه المادة 2/542 من القانون المدني الجزائري: "ولا يكون مسئولاً عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية".

وهي مطابقة للمادة 2/639 من القانون المدني المصري.

ولأن قبض التبرع ينوب عن قبض الأمانة.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص1544.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، ص682 (نقلاً عن السنهوري، المرجع نفسه، ج6، ص1547).

المطلب الثالث: الالتزام برد الشيء إذا كان التبرع بمنافعه

أيضا يقع على عاتق المتبرع له التزام برد الشيء إذا كان التبرع بمنافعه، ففي العارية مثلا نصت المادة 545 من القانون المدني الجزائري أنه:

"متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهالك أو التلف.

ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وهي مطابقة للمادة 642 من القانون المدني المصري.

والالتزام المستعير برد الشيء المعار تسري عليه القواعد العامة، فيجب عليه أن يرد الشيء ذاته، لا شيئا غيره ولو كان أكبر قيمة. ويرد معه ملحقاته وتوابعه وزياداته، كما لو كان الشيء المعار ماشية فيردها مع نتاجها، ومصروفات الرد تكون عليه، لأنه هو المدين بهذا الالتزام.

ويرد الشيء المعار في الحالة التي يكون عليها وقت الرد، غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب، لم يستطع أن يتخلص من المسؤولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه، أو أثبت أن الهالك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبي. أما إذا كان الشيء قد ضاع، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية بخلاف الالتزام بالحفظ كما في الإيجار، فإن المستعير يكون مسؤولا عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه.⁽¹⁾

وهذا ما نصت عليه المادة 1/545 من القانون المدني الجزائري في شأن العارية بقولها:

"متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهالك أو التلف".

أما مسألة مكان وزمان الرد، فبالنسبة لتوقيت الرد فإنه يكون عند انتهاء الانتفاع من العين المتبرع بمنافعها، وقبل ذلك لا يجبر المتبرع له على الرد، والتبرع ينتهي بانقضاء أجله أو بسقوط الأجل أو بالفسخ.

ويقع الرد في المكان الذي تسلم فيه المتبرع له الشيء المتبرع بمنافعه، ما لم يتفق على غير

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج6، ص1549.

ذاك، وهذا ما نصت عليه المادة 2/454 من القانون المدني الجزائري في شأن العارية بقولها: "ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في هذا الصدد: "وقد أوجب المشروع في العارية أن يكون الرد في المكان الذي حصل فيه التسليم أولاً، ما لم يتفق على غير ذلك. وهذا بخلاف ما نص عليه في عقد القرض، إذ إن محل القرض يغلب فيه أن يكون نقوداً أو أشياء مثلية تنتقل ملكيتها إلى المقترض ويرد مثلها. أما في العارية فيمكن أن يكون محلها عقاراً أو منقولاً كبير الكلفة في نقله، فلا يجبر المعير على تيلمه في موطن المستعير، وإنما يكون الرد في المكان الذي حصل فيه التسليم. وهذا أيضاً باعتباره مطابقاً لنية الطرفين، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه".⁽¹⁾

المطلب الرابع: الالتزام بأداء الشرط أو العوض أو المقابل

إذا اشترط المتبرع في تبرعه شرطاً مضمونه التزام يقوم به المتبرع له أو عوض يقدمه له أو مقابل يدفعه عن تبرعه فيكون هذا التزام يقوم على عاتق المتبرع له. ففي الهبة مثلاً سبق بيان أن المادة 2/202 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بهذا حيث نصت أنه: يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط. فيجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط، ويستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له هذا الشرط، وقد يكون العوض المشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة على أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة⁽²⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 497 من القانون المدني المصري أنه "يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة".

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج6، ص1550.

(2) د. محمد تقيّة، مرجع سابق، ص254.

ويوضح ذلك ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد: " .. قد تكون الهبة بعوض، فيكون العوض التزاما في ذمة الموهوب له، وهو عادة أقل من الموهوب، فإن تبين أنه أكبر في القيمة، فلا يكون الموهوب له ملزما أن يؤدي إلا بقدر الموهوب، وقد يشترط العوض لمصلحة الواهب، كأن يهب شخص مالا لآخر ويشترط عوضا أن يرتب له إيرادا مدى الحياة لا يزيد عن ريع الموهوب، أو يشترط لمصلحة أجنبي، كما إذا كان هذا الإيراد قد رتب لمصلحة شخص غير الواهب، أو يشترط لمصلحة عامة، كما إذا اشترط الواهب أن يصرف الموهوب له ريع الموهوب أو جزء منه على جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفى..."⁽¹⁾.

المطلب الخامس: المسؤولية العقدية للمتبرع له

بالنسبة للمسؤولية العقدية للمتبرع له فقد سبق ذكر أنه مطالب في الالتزام ببذل عناية تقدر بأعلى العناية من عناية الرجل المعتاد وعنايته الشخصية، وهذا لأنه متلقي للتبرع⁽²⁾.

وبهذا نرى أنه لا توازن ولا تكافؤ بين المسؤولية العقدية لكل من المتبرع والمتبرع له، لأن المتبرع باذل لتبرعه في صالح المتبرع له، فلا يتحمل إلا الدرجة الأدنى والمخفضة من المسؤولية العقدية، أما المتبرع له فهو الطرف المستفيد من التبرع، فمسئوليته العقدية أشد لأنه متلقي للتبرع بدون أن يبذل مقابلا من جانبه، وربما تكون مسئوليته أشد من المعاوض حين فرض عليه القانون أن يحمي الشيء المتبرع بمنافعه ولو بالتضحية بماله إن اقتضى الأمر.

ومما قدمناه في آثار التبرع من أحكام في التزامات المتبرع والتزامات المتبرع له يتضح جليا افتراق أحكام عقود التبرع عن عقود المعاوضات، وأن أحكام المسؤولية العقدية في التبرع مختلفة عما هو معهود في عقود المعاوضات.

فقد رأينا مثلا أن على المستعير مطالب في بذل عنايته للمحافظة على الشيء المستعار ليس عناية الرجل العادي التي يطالب بها في المسؤولية العقدية عموما، ولكن لأنه متبرع له فهو مطالب بعنايته الشخصية في المحافظة على العين المتبرع بمنافعها إذا كانت عنايته الشخصية أعلى من عناية الرجل العادي، وهذا ما يفيد أن مسئوليته العقدية من المسؤولية العقدية التي يطالب بها كقاعدة

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 986.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 7، ص 465.

عامة، فقد نصت المادة 544 من القانون المدني الجزائري أنه "على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد.

و في كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه".

وهي مطابقة للمادة 641 القانون المدني المصري.

والمعنى أنه يجب على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار عناية الرجل العادي، فإذا كانت عنايته بشئونه أعلى من عناية الرجل المعتاد، فالمطلوب حينئذ عنايته الشخصية لأنها أقوى، فهو مطلوب دوماً بأعلى العنايتين لأنه متبرع له⁽¹⁾.

بل لو كان بين أن ينقذ ماله أو أن ينقذ الشيء المعار، وجب عليه أن يقدم إنقاذ الشيء المعار، فيكون مسئولاً عن ذلك ولو كان سبب الهلاك قوة قاهرة. ف"يفهم من ذلك أن المشروع لا يكتفي في حالة القوة القاهرة والحادث المفاجئ باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية في حفظ ماله، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال المعير على إنقاذ مال نفسه"⁽²⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص1544.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، ص682 (نقلا عن السنهوري، المرجع نفسه، ج6، ص1547).

المبحث الخامس: الرجوع في التبرعات وأحكامه

تختص تصرفات التبرع عن سائر التصرفات الأخرى بحكم يكون به فسخها وزوالها في بعض صورها، وهو إمكانية الرجوع فيها في أحوال وبشروط.

فيجوز الرجوع في الوصية بالإجماع، أما في التبرعات الأخرى فهناك مذهبان: مذهب يجعل أن الأصل لا يجوز الرجوع في التبرع إلا في تبرع الوالدين لأولادهما وهو مذهب الجمهور، وأخذ به القانون الجزائري وغيره. والمذهب الثاني يجعل الأصل جواز الرجوع في التبرع إلا لمانع وهذا خاص بالمذهب الحنفي ومن يأخذ به كالقانون المصري ومن وافقه.

فلا بد من تفصيل الكلام في هذا، ويكون ذلك من خلال تناول المطالب التالية:

المطلب الأول: الرجوع في التبرع في القانون الجزائري

المطلب الثاني: الرجوع في التبرع في القوانين العربية

المطلب الثالث: الرجوع في التبرع في القوانين الغربية

المطلب الرابع: الرجوع في التبرع في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الرجوع في التبرع في القانون الجزائري

نص القانون الجزائري على جواز الرجوع في الوصية في المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا الأمر لا خلاف فيه كما سبق ذكره.

وتناول الرجوع في الهبة في المادتين 211، و212 من قانون الأسرة الجزائري، وهو ينسحب على كل تبرع، ولا معنى لتخصيصه في الهبة، وهو ما نص عليه في الفقه الإسلامي، إلا ما ورد الاستثناء فيه.

وفي موضوع الرجوع في الهبة فقد سار القانون الجزائري وفق المذهب المالكي ومعه الجمهور في أنه لا رجوع في الهبة إلا للأبوين، وبقيد نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، وهناك قيود أخرى لم تنص عليها مستفادة من أحكام الفقه الإسلامي كما سيأتي.

فقد نصت المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري أن "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات الآتية:

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

أما المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بمنع الرجوع في حالة التبرع للصالح العام حيث نصت أن "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

فيبدو لي أنه لا جديد فيها، لأن الرجوع في الهبة ممنوع كأصل إلا ما ورد الاستثناء فيه وهو هبة الأبوين لأبنائهما فقط، اللهم إلا إذا كانت المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري أيضا تقيد للمادة 211 أي حالة أخرى يمنع فيها الأبوين من الرجوع في هبتهما لأبنائهما، وذلك إذا كانت مندرجة ضمن تبرع للصالح العام، وهو الموافق لأحكام الفقه الإسلامي بمنع رجوع الأبوين في تبرعهما لأولادهما إذا كان هذا التبرع على سبيل الوقف.

ولم يذكر القانون الأحوال الأخرى التي لا يجوز التراجع فيها عن الهبة أو التبرع عموما كالتبرع بنية القرى مثل الصدقة، وأحكام الرجوع، مما يستوجب الرجوع في أحكامها الموضوعية إلى مبادئ الشريعة أي أحكام الفقه الإسلامي وفي مقدمتها المذهب المالكي، وهو ما سنخصص له مطلباً مستقلاً كما سيأتي.

إذن الرجوع في الهبة في القانون الجزائري أمر استثنائي وليس أصلا فلا يمكن التوسع فيه، وهي حالة هبة الوالدين إلى أبنائهما، وهو ما يصطلح عليه عند المالكية بالاعتصار، والمقصود بالابن كما بينه قضاء المحكمة العليا⁽¹⁾ في الجزائر ليس الابن من الصلب فقط بل ابن الابن أيضا.

ولعل الغاية من وراء هذا الحكم في تجويز رجوع الوالدين في هبتهما لأولادهما هو حماية الوالدين وتوفير ضمانات خاصة لهم، من الأضرار التي تلحقهم من جراء تبذير أموالهم من طرف الأولاد ونظرا لتغير الظروف التي تمت فيها هذه الهبة وما يطرأ من أوضاع بعد إبرام هذا العقد⁽²⁾.

وحرية الأبوين في جواز الرجوع في هبتهما لأبنائهما ليست مطلقة بل هي مقيدة بشروط، تجعلهما يمنعان من إمكانية الرجوع في أحوال وهي ثلاثة كما نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري:

الحالة الأولى: إذا كانت هبة الأبوين من أجل زواج ابنهم الموهوب له، فهذه الحالة تعتبر مانعا للوالدين من الرجوع في هبتهما إلى ابنهما، ولا يكون لهما حق الرجوع فيها.

الحالة الثانية: الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، فإذا وهب أحد الأبوين مالا لابن بقصد تسديد دين مترتب في ذمة الابن الموهوب له، أو قام بتقديم ضمان كأن يكون رهنا رسميا أو كفالة عينية فلا يجوز للواهب الرجوع فيها.

الحالة الثالثة: التصرف في الشيء الموهوب أو التغيير في طبيعته أو ضياعه، ومثال التصرف بيع الهبة أو هبتها ثانية، وهذا لحماية الغير المتصرف إليه ليكون في مأمن. ومثال التغيير في طبيعته كأن يقوم بتشييد مبنى فوق العين الموهوبة فيمتنع الرجوع⁽³⁾. والمراد بضياع العين الموهوبة خروج

(1) قرار رقم 350 252 في 2001/02/21، المجلة القضائية 2002، ع01، ص308: "إن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه والذي لم يكن مقصودا بذاته ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة" انظر حمدي باشا، مرجع سابق، هامش ص34.

(2) انظر حمدي باشا، المرجع نفسه، ص34.

(3) وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 153.622 المؤرخ في 1998/03/11، المجلة القضائية، 1997، ع02 ص72: (حيث إن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب (الأرض) أعمالا غيرت في طبيعتها وهي بناء مساكن.

حيث إن المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من حق الرجوع في الهبة إذا أدخل تغيير على المال الموهوب من طبيعته مما سقط حق الواهب في الرجوع عن الهبة، وبالتالي فإن محكمة الدرجة

الشيء من يد صاحبه بدون اختياره، أي فقد الشيء دون قصد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الرجوع في التبرع في القوانين العربية

نتناول في هذا المطلب حكم الرجوع في التبرع في القوانين العربية، وهي مذهبان، فمنها من يجعل القاعدة جواز الرجوع في الهبة كالقانون المصري ومن وافقه، ومنها ما يمنعه إلا استثناء كما للوالدين إلى أبنائهما كما رأينا مع القانون الجزائري، وهذا ما تسير عليه بعض القوانين العربية كالمغربي واليميني ومن وافقهما.

فنتناول كل مذهب من القوانين العربية في فرع خاص به وفقا للفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القوانين التي تجيز الرجوع في الهبة

الفرع الثاني: القوانين التي تمنع الرجوع في التبرع

الفرع الأول: القوانين التي تجيز الرجوع في الهبة

سار التقنين المدني المصري ومن تبعه في ذلك كالعراقي والسوري والليبي على منوال المذهب الحنفي الذي يرجع إليه في الأحكام الموضوعية في الهبة، وهذا المذهب خلافا للجمهور الأصل فيه جواز الرجوع في التبرع إلا لمانع، وكذلك القانون التونسي يأخذ بجواز الرجوع في الهبة. ونلاحظ أن القانون الليبي سار وفق القوانين المذكورة مع أن المذهب الفقهي الذي يدين به الشعب والبلاد هو المذهب المالكي، والقوانين العربية الأخرى لها مبررها في ذلك لأن البلاد تتبع المذهب الحنفي. وسنكتفي هنا بنصوص القانون المدني المصري لأن القوانين الموافقة الأخرى لم تبعد كثير عما سطر في هذا القانون.

ونتناول هذا الفرع من خلال البحث في العناصر الآتية:

أولا . الرجوع في التبرع بالتراضي أو بالتقاضي

ثانيا . ما يعتبر عذرا مقبولا للرجوع في التبرع في القانون المصري ومن وافقه

ثالثا . موانع الرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

= الأولى قد وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة...، انظر حمدي باشا، مرجع سابق، ص36.

(1) انظر د. نقيه، مرجع سابق، ص259، و حمدي باشا، المرجع نفسه، ص34.

رابعاً . آثار الرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

أولاً . الرجوع في التبرع بالتراضي أو بالتقاضي

يجوز للمتبرع في القانون المدني المصري الرجوع في تبرعه إما بالتراضي مع المتبرع له، وإما بالتقاضي دون رضا المتبرع له.

1 . الرجوع في التبرع بالتراضي

تنص المادة 1/500 من القانون المدني المصري أنه "يجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا قبل الموهوب له ذلك".

أما تكيف هذا الرجوع فقد حكم القضاء المصري بحق الواهب في الرجوع عن الهبة ويعتبر فسخاً قضائياً للعقد يترتب عليه ما يترتب الفسخ من آثار:

"من المقرر أنه يشترط للرجوع في الهبة . على ما نصت عليه المادة 500 من القانون المدني . في حالة عدم قبول الموهوب له . أن يستند الواهب في رجوعه إلى عذر يقبله القاضي وألا يوجد مانع من موانع الرجوع، ومن ثم يكون الرجوع في الهبة لعذر لا يعدو . إذا ما قضي به . أن يكون فسخاً قضائياً للهبة يترتب ما يترتب الفسخ من آثار ومن أخصها أن يكون لطالب التأمين لمصلحة غيره . تبرعاً . حق استرداد الموهوب وهو قيمة الأقساط التي أداها للمؤمن"⁽¹⁾.

فإن كان الرجوع عن الهبة تم بالتراضي فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أي عقد آخر، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود. وتتم بإيجاب وقبول جديدين ويكون لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن"⁽²⁾.

2 . الرجوع في التبرع بالتقاضي

وتنص المادة 2/500 من القانون المدني المصري: "إذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبولاً ولم يوجد مانع من الرجوع."

و يوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المذكور: من خصائص الهبة أنه يجوز

(1) قرار محكمة النقض المصرية رقم 4345 بتاريخ 2001/04/11، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 989.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 1296 بتاريخ 1995/12/26، انظر المرجع نفسه، ص 993.

الرجوع فيها، وقد نقل المشروع أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، فالأصل أنه يجوز الرجوع في الهبة بالتراضي، أو بالتقاضي لعذر مقبول إلا إذا وجد المانع. ويتبين من ذلك أن الرجوع في الهبة ليس تحكيميا من جهة الواهب، بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له... ويعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة⁽¹⁾.

ولا داعي للتنبية أن ما أطلق من الشريعة الإسلامية ليس إلا المذهب الحنفي ويقابل مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الذين لهم مذهب مغاير في أحكام الهبة ومنها حكم الرجوع فيها.

فالنص إذن في القانون المصري ومن وافقه لا يطلق الرجوع للمتبرع في الرجوع عن تبرعه بل قيده بشروط ثلاثة:

1 . عدم وجود مانع من موانع الرجوع كما سيأتي ذكرها .

2 . ضرورة وجود عذر مقبول للرجوع .

3 . تقدير العذر المبيح للرجوع يعود إلى القضاء⁽²⁾ .

ثانيا . ما يعتبر عذرا مقبولا للرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

نصت المادة 501 من القانون المدني المصري أنه: "يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة.

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي ."

ويوضح ذلك ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المذكور: "يمنتع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول، فالهبة إذن لا تزال محتفظة بصفقتها الملزمة إلى حد كبير، وقد نقل المشروع أمثلة

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص987.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص184.

للعذر المقبول عن الشرائع الأجنبية، وذكر ثلاثة منها لا على سبيل الحصر. فمن الأعدار المقبولة: (أ) أن يصدر من الموهوب له ما يدل على جحود كبير نحو الواهب أو أحد من أقاربه، كأن يرتكب جريمة لا عذر له فيها ضد أحد من هؤلاء، ويترك تقدير ذلك للقاضي.

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب العيش بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، فليس من الضروري أن يقع الواهب في فقر مدقع، بل يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق لمكانته، ومثل ذلك أيضا أن يصبح الواهب عاجزا عن النفقة على من تجب عليه نفقته قانونا.

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع، والمفروض في ذلك أن الواهب لم يكن لديه ولد وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها، أو كان له ولد ظنه ميتا فوهب، ثم ظهر الولد فرجع في الهبة، أما إذا كان له ولد وقت الهبة ثم رزق ولدا بعد ذلك فليس له الرجوع⁽¹⁾

ولا يجوز الرجوع في الهبة لقيام مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة 502 ولو قام لدى الواهب عذر مقبول⁽²⁾.

ثالثا . موانع الرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

عددت المادة 502 من القانون المدني المصري الأحوال التي يمنع فيها الرجوع عن الهبة:

يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

(أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على

بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.

(هـ) إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.

(و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا

يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء، جاز الرجوع في الباقي.

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص990.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 1296 بتاريخ 1995/12/26، انظر عمار نصار، المرجع نفسه، ص992.

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة.

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر.

إذا كانت الهبة لذی رحم محرم فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضي مع الموهوب له.⁽¹⁾

رابعا . آثار الرجوع عن التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

نصت المادة 503 من القانون المدني المصري أنه "1 . يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالنقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن. 2 . ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المذكور أنه: "1 . إذا تم الرجوع في الهبة، بالتراضي أو بالنقاضي، كان هذا فسخا لها وكان للفسخ أثر رجعي، فيعتبر الهبة كأن لم تكن. ونلاحظ ما يأتي: (أ) يجب على الموهوب له أن يرد الشيء الموهوب إلى الواهب، فإن هلك قبل الرد بعد إعداره بالتسليم كان مسئولا عن الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبي، على أن الموهوب يعود للواهب متقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق، ولا رجوع من الواهب على الموهوب له بسبب هذه الحقوق. (ب) يجب على الموهوب له أن يرد الثمرات من وقت التراضي، أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يسترد جميع المصروفات الضرورية وأقل القيمتين من المصروفات النافعة"⁽²⁾.

1 . آثار الرجوع في التبرع فيما بين المتعاقدين⁽³⁾

تنص المادة 503 من القانون المدني المصري: "1 . يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالنقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن. 2 . ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب.

وتنص المادة 504 من القانون المدني المصري: "1 . إذا استولي الواهب على الشيء الموهوب ،

بغير التراضي أو النقاضي ، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل

(1) قرار محكمة النقض المصرية، رقم 1296 بتاريخ 1995/12/26، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص992.

(2) انظر نفس المرجع والصفحة.

(3) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص205 وما بعدها.

الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. 2. أما إذا صدر الحكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد أعذاره بالتسليم، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي.

وعليه فإن آثار الرجوع في التبرع كما يلي:

1. اعتبار التبرع كأن لم تكن:

2. رد المتبرع به إلى المتبرع:

3. رجوع المتبرع بالثمرات:

4. رجوع المتبرع له بالمصروفات:

2. آثار الرجوع في التبرع بالنسبة إلى الغير

أما آثار هذا الرجوع بالنسبة إلى الغير فيتمثل في ثلاثة أمور وهي:

. ليس للرجوع أثر رجعي

. تصرف المتبرع له في الشيء المتبرع به تصرفاً نهائياً

. ترتيب المتبرع له على الشيء حقا عينياً

الفرع الثاني: القوانين التي تمنع الرجوع في التبرع

أخذت بعض القوانين العربية بمذهب الجمهور الذي يمنع الرجوع في الهبة، وقد سبق ذكر أن القانون الجزائري يسير في هذا المنحى وفقاً للمذهب المالكي، وأيضاً القانون المغربي الذي يأخذ، ومن بين القوانين الأخرى التي تأخذ بعدم الرجوع في الهبة القانون اليمني، ولعله تأثر بالمذهب الشافعي، وقد نص في عدة مواد على الرجوع وأحكامه نذكرها كما يلي:

فقد نصت المادة 196 من قانون الأحوال الشخصية اليمني أنه "لا يجوز الرجوع في الهبة

التبرعية إلا في الأحوال الآتية:

1. أن تكون الهبة التبرعية لغرض مصلحة ظاهر أو مضمّر تدل عليه قرائن الحال وتعذر

تحقيق الغرض.

2. أن يكون الواهب أباً أو أمّاً للموهوب له.

3. أن يكون للواهب عذر تحقق بعد الهبة بأن أصبح فقيراً عاجزاً عن الكسب ما لم يكن

الموهوب له قد قبل.

ونصت المادة التي تليها المادة 197 موانع الرجوع في الهبة، فاشتترطت شروطاً لصحة هذا الرجوع وهي:

- 1 . بقاء الموهوب له على قيد الحياة.
 - 2 . أن لا يكون قد أستهلك الموهوب في يد الموهوب له حقيقة أو حكماً كأن يكون قد تصرف به للغير فإن بقي البعض صح الرجوع فيه مع تحقق باقي الشروط.
 - 3 . أن لا يكون قد زاد الموهوب زيادة متصلة لا يتسامح بمثلها وإلا فلا رجوع إلا مع تعويض الموهوب له بقيمة الزيادة.
 - 4 . أن لا يكون قد تعلق بالمال الموهوب ضمان أو رهن بدين وإلا توقف نفوذ الرجوع على إجازة صاحب الضمان أو الرهن أو إلى الوفاء بما لهما من ضمانه أو دين.
 - 5 . إذا أمتنع الرجوع لعدم توفر هذه الشروط فإن كان للواهب ورثه غير الموهوب له ولم يعطهم ما توجبه المساواة وجب عليه التسوية بحسب الميراث فإن لم يفعلها أو تعذرت لزم احتساب ذلك المال الموهوب من ميراث الموهوب له بعد وفاة المورث"⁽¹⁾.
- واعتبرت المادة 198 أن تكييف هذا الرجوع يكون باعتباره فسخاً، ونظمت المواد من 199 إلى 202 أحكام وآثار هذا الرجوع.

(1) انظر نص المادة 197 من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

المطلب الثالث: الرجوع في التبrec في القوانين الغربية

الهيئة في القانون الفرنسي لازمة في الأصل، فإذا وقعت بين الزوجين كانت غير لازمة⁽¹⁾. ويجيز القانون الفرنسي في حدود ضيقة جدا للواهب إمكانية الرجوع (Révocation) في هبته لأسباب حددها. وهو يقصد في بعض الأحوال عقوبة الموهوب له لنكرانه الجميل، المادة 955 من القانون المدني فرنسي، وفي أحوال أخرى حماية الواهب وورثته إذا جد له عقب بعد صدور الهيئة، المادة 960 من القانون المدني فرنسي، أو إذا أراد الورثة إنقاص الهيئة إلى الحد الجائز، المادة 920 من القانون المدني فرنسي. والرجوع في الهيئة في القانون الفرنسي لا يجوز إلا لمسوغ، ولا يعتبر فسحا بل إلغاء ليس له أثر رجعي⁽²⁾.

فقد بينت المادة 955⁽³⁾ من القانون المدني الفرنسي الأحوال التي تبطل فيها الهيئة بسبب الجحود، فقد جاء فيها: "لا يصح الرجوع في الهيئة بسبب جحود الواهب إلا في الحالات الآتية:

1. إذا اعتدى الموهوب له على حياة الواهب.
2. إذا أساء الموهوب له معاملة الواهب إساءة جسيمة أو ارتكب نحوه إهانة جسيمة أو قذفا خطيرا.

3. إذا امتنع عن إعطائه نفقة.

ويلاحظ أن هذه الحالات جاءت على سبيل الحصر⁽⁴⁾.

وأشارت المادة التي تليها م956 إلى أن البطلان بسبب الجحود لا يقع بقوة القانون بل لابد من رفع دعوى به إلى القضاء، ويقدر القاضي مدى صحة الأفعال المنسوبة إلى الموهوب له وجسامتها⁽⁵⁾. وبينت م957 أن دعوى الرجوع في الهيئة للجحود تتقدم بسنة واحدة من وقت وقوع العمل الصادر من الواهب. ولم ينقل التقنين المدني المصري هذا الحكم، ومن ثم تخضع دعوى الرجوع في الهيئة في

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، هامش192.

(2) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص723.

(3) Art 955: La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants:

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur

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

3° S'il lui refuse des aliments.

(4) انظر د. تقيّة، مرجع سابق، ص282.

(5) المرجع نفسه.

مصر، أيا كان العذر في الرجوع، للقواعد العامة، فلا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام العذر. على أنه إذا مضى وقت طويل على قيام العذر للرجوع ولم يستعمل الواهب حقه، فقد يستخلص من ذلك أن الواهب نزل ضمنا عن حقه في الرجوع بعد قيام العذر، والنزول عن حق الرجوع بعد قيام العذر جائز.⁽¹⁾

والى جانب الجحود المحصور في أعمال معينة يذكر التقنين المدني الفرنسي الأعدار التي تسوغ الرجوع في الهبة على سبيل الحصر، لا على سبيل التمثيل كما فعل التقنين المدني المصري. ومن هذه الأعدار المبيحة للرجوع في الهبة أن يرزق الواهب ولدا كما في المادة 960 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها، وقد جاء فيها⁽²⁾: "إن كل الهبات التي تمت من أشخاص ليست لهم أولاد ولا ذرية على قيد الحياة وقت الهبة مهما كانت قيمة هذه الهبات، وبأية صورة جعلت، وسواء كانت متبادلة أم مثمرة، بل ولو كانت قد حصلت لصالح الزواج، إلا ما كانت من الأصول للزوجين أو من أحد الزوجين للآخر، كل هذه الهبات تبطل من نفسها بميلاد ولد شرعي للواهب، ولو كانت ولادته بعد موت الواهب، أو بالاعتراف بولد غير شرعي بزواج لاحق بشرط أن يولد بعد الهبة".

والمقصود كما هو ظاهر فكرة الحماية الواجبة للأولاد. وتبطل الهبة ولو كان ولد الواهب أو الواهبة حملا وقت الهبة، المادة 961 من القانون المدني الفرنسي.⁽³⁾

وبخلاف الرجوع بسبب الجحود فإنه في حالة إذا كان الرجوع بسبب أن الواهب قد رزق ولدا بعد الهبة، فإن الهبة في التقنين المدني الفرنسي تنتسخ من تلقاء نفسها، ويكون لانفاسخها أثر رجعي حتى بالنسبة للغير، المادة 963 من القانون المدني الفرنسي، فلا حاجة إلى حكم بالفسخ.⁽⁴⁾

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، هامش ص202.

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

(3) د. تقيّة، مرجع سابق، ص283.

(4) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج5، هامش ص204.

المطلب الرابع: الرجوع في التبرع في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا المطلب الرجوع في التبرعات وأحكامه في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال الكلام عن تعريف الرجوع، والغاية من تشريعه، وحدود هذا الرجوع، ومعرفة التبرعات التي لا يجوز الرجوع فيها، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: معنى الرجوع وما يدخله من التبرعات

الفرع الثاني: الغاية في جواز أو عدم جواز الرجوع في التبرعات

الفرع الثالث: التبرعات التي يمتنع الرجوع فيها

الفرع الرابع: مدى إمكانية الرجوع في تبرعات منافع الأعيان والأبدان

الفرع الأول: معنى الرجوع وما يدخله من التبرعات

معنى الرجوع في التبرع أن يستعيد المتبرع ما تبرع به من غير رضا المتبرع له، وعرف المالكية الاعتصار بأنه: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض، لا بطوع المعطي، وصيغته ما دل عليها لفظاً⁽¹⁾.

الرجوع في التبرعات عند الجمهور محصور في تبرع الوالدين إلى أولادهما وهو ما يصطلح عليه بالاعتصار عند المالكية، ويدخل في أنواع التبرعات كلها ولا معنى لحصره في الهبة، إلا ما يمتنع الرجوع فيه كما إذا اقترن بالقربى مثلاً وهو الصدقة.

فقالوا: الاعتصار يدخل في الهبة وغيرها من النحل دون الأحباس والصدقة ولو كانت بلفظ الهبة إذا قال الله تعالى أو لصلة الرحم، كما أن الصدقة إذا اشترط فيها الاعتصار فله شرطه، والعمرى كالحبس وقيل كالهبة..⁽²⁾.

أما عند الحنفية فالرجوع في التبرع عندهم جائز لأي متبرع إلا إذا وجد المانع من ذلك. وسيأتي تعداد التبرعات التي لا يجوز الرجوع فيها بحال سواء كانت من الوالدين إلى أبنائهم كما هو مذهب الجمهور، أو كانت عامة كما هو المذهب الحنفي.

(1) الرصاع، مرجع سابق، ص559.

(2) القرافي، مرجع سابق، ج6، ص267، وانظر تتمته ففيها تفصيل حول الرجوع والاعتصار في التبرعات.

الفرع الثاني: الغاية في جواز أو عدم جواز الرجوع في التبرعات

أما عن الحكمة في جواز الرجوع عن الوصية فقالوا:

. شرع الرجوع في الوصية ترغيبا في نقل الدنيا للآخرة حينئذ؛ فإن الموصي إذا علم أن له الرجوع لم يبق له مانع من الإيضاء لأنه إن مات لا يأسف وإن عاش لا يأسف بسبب القدرة على الرجوع، فلو منع من الرجوع امتنع من الإيضاء خشية الندم⁽¹⁾

. يجوز الرجوع فيها حتى لا ينفر الناس من الإحسان بالمال خوفا من عدم الموت فيعيش فقيرا فإذا علم أن له الرجوع أمن فكثر الوصية وجاد والهبة في الحياة بخلاف ذلك لأن المال مطلوب الحفظ فاستغنى عن الترغيب بما ذكرناه⁽²⁾

وفسر القرافي من علماء المالكية الحكمة في عدم الرجوع في التبرعات كما يلي فقال:

قاعدة العقود الناقلة للأموال ثلاثة أقسام:

منها ما شرع لدفع الحاجات وتحصيل المهمات فشرع لازما تماما بمجرد من غير اتصال قبض ولا غيره اتفاقا تحقيقا لتلك المقاصد العامة المحتاج إليها.

ومنها ما شرع معروفا عند الممات وهو الوصية فشرع الرجوع فيه ترغيبا في نقل الدنيا للآخرة حينئذ؛ فإن الموصي إذا علم أن له الرجوع لم يبق له مانع من الإيضاء لأنه إن مات لا يأسف وإن عاش لا يأسف بسبب القدرة على الرجوع، فلو منع من الرجوع امتنع من الإيضاء خشية الندم وهذا متفق عليه أيضا.

وقسم اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو الثاني؟

وهو الهبة والصدقة والهدية والعمري والعارية والوقف.

فإذا لاحظنا خلوها عن العوض والحاجات ينبغي أن تلحق بالوصية، وإن لاحظنا كونها في الحياة التي هي مظنة المكافأة بأمثالها من الهبات وأنواع الثناء والمحامد وكل ذلك من مقاصد العقلاء في الحياة فهي تقوم مقام الأعراض⁽³⁾ فينبغي أن تلحق بالبيع، أو نلاحظ تهمة إعراء المال عن الورثة مع شبهة البيع فنوجبها بالعقد ونبطلها بعدم القبض توفية بالشبهتين⁽⁴⁾.

(1) القرافي، مرجع سابق، ج6، ص231.

(2) المرجع نفسه، ص267.

(3) لعلها الأعواض

(4) القرافي، المرجع نفسه، ص231.

الفرع الثالث: ما لا يجوز الرجوع فيه من التبرعات بالاتفاق

هناك أنواع من التبرعات أو أحوال لها يمتنع الرجوع فيها فلا يجوز بالاتفاق ونعدها كما

يلي: (1)

1 . التبرع بنية القربى: ما كان من العطفية على وجه القربى فلا اعتصار فيه، وأبرز نموذج لها هو الصدقة. ف"الصدقة قربى إلى الله سبحانه ولا يحسن الرجوع فيما تقرب به إليه تعالى، والهبة ليست كذلك". (2)

2 . التبرع لصلة الرحم

3 . التبرع لتقوية العلاقة الزوجية

4 . التبرعات التي ينعقد عليها الزواج: مثل تجهيز الأب ابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج أو إعطائه مبلغاً من المال أو نحو ذلك... وخرج ذلك على أنه وفاء بالتزام طبيعي، فهو لا يتبرع، ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة (3)

5 . التبرع لمساعدة فقير أو محتاج

6 . التبرع لجهات البر والمنفعة العامة

7 . التبرع للثواب مادياً كان أو معنوياً

8 . أن يفوت التبرع أو يتغير

9 . أن يدخل المتبرع له في السبب

10 . موت أحد أطراف التبرع (4)

أما ما يجوز الرجوع فيه من التبرع للأب أو للأُم: ما يقصد به وجه المتبرع له لجلب مودته ولعلمه أو شرفه أو صلاحه أو صداقته. وهو مذهب الجمهور كما سبق بيانه.

(1) انظر موانع الرجوع في الهبة حسب المذهب المالكي وغيرهم في: د. شهبون، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

(2) المازري، المعلم، مرجع سابق، ج 2، ص 348.

(3) محمد مرسي كمال شرح القانون المدني المصري الجديد، العقود المسماة ج 2، نقلا عن (د. محمد تقيّة، مرجع سابق، ص 35)

(4) انظر موانع الرجوع في الهبة حسب المذهب الحنفي في: أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، فقرة 41، وقد عددها كما يلي: العوض . القرابة المحرمة . الزوجية . موت الواهب أو الموهوب له . هلاك الشيء الموهوب ويلحق به تغييره من حالة إلى حالة . خروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له . زيادة الموهوب زيادة متصلة .

الفرع الرابع: مدى إمكانية الرجوع في تبرعات الأعيان والأبدان

إذا كان الرجوع بمعنى الإلغاء (Résiliation) وليس الفسخ الذي يكون له أثر رجعي، فيبدو لي أنه لا إشكال في جواز الرجوع في تبرعات الأبدان كالوكالة بدون أجر والوديعة بدون أجر وأمثالهما، لأن مثل هذه العقود يجوز إلغاؤها من أحد أطرافها ولو كانت على سبيل المعاوضة، فكيف إذا كانت تبرعا، لذلك يسمونها العقود الجائزة وتقابلها العقود اللازمة. فهي لا تلزم إلا بالشروع في العمل.⁽¹⁾ فلأن هذه العقود مستمرة يبقى تنفيذها فترة من الزمن يجيز القانون أن يستقل أحد المتعاقدين بإلغائها قبل انتهاء هذه الفترة، فتنقضي بالإلغاء دون أن يكون لذلك أثر رجعي. ومن هذه العقود عارية الاستعمال والإيراد المؤبد والوكالة والشركة والوديعة والإيجار غير محدد المدة والاستصناع وعقد العمل⁽²⁾.

فنص الفقهاء مثلا في الوكالة بغير أجر جواز أن يلغي أحد أطرافها العقد بشرط أن لا يضر ذلك بالغير كأن يتعلق بها حق للغير مثلا. قال ابن فرحون: وإن كانت الوكالة بغير عوض فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام. ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله إلا أن يتعلق به حق لأحد ويكون في عزله نفسه إبطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك لأنه قد تبرع بمنافعه⁽³⁾.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 357

(2) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 724.

(3) الحطاب، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5، ص 188. وقد نقل الحطاب كلام ابن فرحون المالكي من كتابه التبصرة.

الفصل الثاني

النزاع والاختلاف

في الشريعة

قد يحصل أن يقع نزاع في شأن التصرف التبرعي، سواء بين المتبرع والمتبرع له، أو من طرف ثالث يعترض على التصرف التبرعي.

إذا كان الاعتراض من طرف ثالث فلا شك أن تدخله لأجل كون مصالحه متضررة من إقدام المتبرع على تبرعه، لذلك قد يكون هذا الاعتراض من طرف الدائنين للمتبرع، أو من الورثة على مورثهم، أو من الورثة على مورثهم المريض مرض الموت، أو الزوج على زوجته.

ويكون هذا الاعتراض من هؤلاء بالطعن في التصرف التبرعي، من خلال رفع دعاوى في هذا الشأن من بينها: الدعوى البولصية، إذا كان القصد وقف نفاذ التصرف التبرعي، ودعوى الصورية إذا كان قصد هؤلاء أن المتبرع يتحايل بتغليف تبرعه في صورة معاوضة، من أجل إغفال المعنيين بتصرفه.

وعليه يتناول هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: الدعوى البولصية إذا كان التصرف تبرعياً

المبحث الثاني: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعياً

المبحث الثالث: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعياً في الفقه الإسلامي

المبحث الرابع: الاختلاف في التبرع

المبحث الأول: الدعوى البولصية إذا كان التصرف تبرعيا

نتناول هنا البحث في شروط الدعوى البولصية ومدى التفرقة الكائنة فيها بين المعاوضات والتبرعات، والغاية من وراء هذه التفرقة إن وجدت؛ ثم آثار هذه الدعوى إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا.

وعليه نتناول هذا المبحث في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: التخفيف من شروط الدعوى البولصية إذا كان التصرف تبرعا

المطلب الثاني: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في شروط الدعوى البولصية

المطلب الثالث: آثار الدعوى البولصية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعيا

المطلب الأول: التخفيف من شروط الدعوى البولصية إذا كان التصرف المطعون فيه

تبرعا

وضع القانون بين يدي الغرماء وسائل لحماية حقوقهم من أي تصرف للمدين، يكون مآله التأثير في الضمان العام بما يعود بالضرر عليهم، ومن أهم تلك الوسائل الدعوى البولصية أي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه، ومما لا شك فيه أن تصرف الدائن بالتبرع لهو أشد ضررا عليهم لأنه مفقر لجانبه ونقص لذمته المالية بدون أي طمع في إثرائها، وهذا فيه ما فيه من الإضرار عليه.

لذلك اتفقت أغلب التشريعات على الصرامة تجاه الدائن إذا أقدم على مثل هذا التصرف مبتغيا الإضرار بدائنيه، وسهلت عليهم رفع دعواهم بتسهيل خاص في شروطها، وذلك أنها لم تشترط غش المدين لأجل رفع هذه الدعوى وهو الشرط المقرر إذا كان التصرف معاوضة.

والغش هو العامل النفسي الذي يدفع المدين إلى إجراء التصرف المفقر الضار بدائنيه، ويختلف هذا الغش عن التدليس المعيب للرضا في أنه لا تصحبه طرق احتيالية، وأنه لا يوجه إلى المتعاقد الآخر بل إلى الغير، وهو الدائن هنا، وأن الجزاء عليه هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائن وليس إبطال العقد، ويحددون المقصود بالغش أنه مجرد علم المدين بما في تصرفه من ضرر للدائن⁽¹⁾.

أما تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة⁽²⁾.

ومن بين التشريعات التي أسقطت شرط غش المدين من شروط الدعوى البولصية إذا كان التصرف المعترض عليه تبرعا القانون الجزائري والمصري وغيرهما...

فقد نصت المادة 192 من القانون المدني الجزائري أنه "إذا كان التصرف المدين بعوض، فإنه

لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره.

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة

عسر.

(1) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، 1974، دار النهضة العربية، بيروت، ص134.

(2) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 2136 المؤرخ في 1984/05/05، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص598.

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية.

إذا كان المتبرع له حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا إذا كان المحال إليه والمتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض وكذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض وعلم المحال إليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له".

وهي مطابقة للمادة 238 من القانون المدني المصري مع اختلاف طفيف في الألفاظ.

فالبين من نص المادة أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة وجب أن يكون منطويا على غش من المدين، ويراد بالغش الإضرار بحقوق الدائن، وعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه التصرف بالمعاوضة كان يعلم أن هذال التصرف يسبب إعساره أو يزيد في إعساره، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضا. وهذا الغش المذكور لا يشترط إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا.

إن فالدائن إذا صدر منه تبرع، كهبة مثلا، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أي علمه بإعساره، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين، بل يكفي للنجاح في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم.

ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي التبرع قائما، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزى للدائن الطعن في التبرع، والفرق واضح بين من يتوقى ضررا وبين من يبتغي نفعاً، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية.

أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له. إذ المشتري إنما يتوقى ضررا كالدائن، فقد دفع مقابلا للمدين، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن ما دام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن.⁽¹⁾

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص1039.

فقد قصد المشرع هنا أن يفرق في الحكم بين تصرفات المدين في أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع، فإنه بدأ بذكر التصرفات بعوض واشترط لإبطالها أن تكون قد صدرت بقصد إضرار الضرر بالدائن أي بطريق الغش (en fraude de ses droits)، ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفياً في إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها، وهذه واضحة كذلك في أن الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن...⁽¹⁾.

وقد فرق المشرع الجزائري تبعاً للمشرع المصري من حيث اشتراط الغش بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات، فشرط الغش على أعمال المعاوضات كالبيع. وطبيعي أنه إذا تطلبنا لعدم نفاذ مثل هذه التصرفات الغش من جانب المدين، أن نتطلب كذلك ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية الغش من جانب المتصرف إليه... أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.⁽²⁾

ويتحصل مما سبق أنهم يشترطون لرفع الدعوى البولصية شرطين إضافيين إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة، وهما:

1 . غش المدين

2 . حسن نية المتصرف إليه

وهو ما نصت عليه صراحة المادة 233/ب من القانون المدني البحريني أنه إذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإنه لا يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين، ولا حسن نية المتصرف إليه. أما في القانون الفرنسي وتبعه في ذلك القانون اللبناني، فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البولصية، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً؛ ولكن إذا كان التصرف معاوضة اشترط أيضاً الغش في جانب من صدر له التصرف. أما إذا كان التصرف تبرعاً، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع، ويكفي غش المدين⁽³⁾.

(1) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 87 بتاريخ 1937/05/27، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 597.

(2) انظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها.

(3) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 1040. و د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 137.

يعني بالنسبة للقانون الفرنسي ومن تبعه في هذا الموضوع فإنه أسقط شرطا واحدا في الدعوى البولصية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا، وهو الشرط الثاني، المتضمن اشتراط غش المتصرف إليه.

وإذا كان من تلقى الحق عن المدين قد تصرف فيه بدوره إلى غيره، كأن يبيع المدين عينا ثم يبيعهام يبيعهام المشتري إلى مشتر ثان أو يهبها إلى لشخص آخر، أو يهب المدين عينا ويهبها الموهوب له لموهوب له ثان أو يبيعهام لمشتري. ففي هذه الأحوال لا تتج الدعوى البولصية إلا إذا توافر الغش في جانب المدين وخلف المدين وخلف الخلف تبعا لما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا.

فإذا تبرع المدين لخلفه وتبرع الخلف كذلك لخلف الخلف فلا يشترط الغش إلا في جانب المدين في القانون الفرنسي، وأما في القانون الجزائري والمصري فلا يشترط الغش في جانب أحد. وإذا باع المدين لخلفه وباعها الخلف لخلف الخلف فإنه يشترط في كل تلك القوانين أن يثبت الغش في جانب المدين والخلف وخلف الخلف.

أما إذا باع المدين العين لخلفه ووهبها الخلف لخلف الخلف، فإنه يشترط الغش في جانب المدين والخلف دون خلف الخلف في القوانين المذكورة. وبقي أن يهب المدين العين للخلف ويبيعهام الخلف لخلف الخلف، وفي هذه الحالة يشترط الغش في جانب المدين وخلف الخلف دون الخلف في القانون الفرنسي، ولا يشترط الغش إلا في جانب خلف الخلف في القوانين الجزائري والمصري.⁽¹⁾

ومن هنا تبرز الأهمية الكبيرة في التمييز بين المعاوضات والتبرعات في شأن الدعوى البولصية، إذ أو كان التصرف المطعون فيه معاوضة فلا بد من إثبات غش المدين وخلف المدين وخلفه وهكذا، أما لو كان تبرعا فلا ضرورة لإثبات شيء من ذلك، إلا الغش في جانب المدين وحده في القانون الفرنسي. ومن ذلك يجب تحديد ما إذا كان التصرف تبرعا أو معاوضة حتى يجرى على كل حالة ما يقتضيه من الحكم، وما علينا إلا تطبيق قواعد التمييز بين المعاوضات والتبرعات المعروفة في النظرية العامة للعقد.⁽²⁾

(1) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 807.

(2) انظر المرجع نفسه، هامش ص 808.

المطلب الثاني: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في شروط الدعوى

البولصية

نتناول هذا المطلب في فرعين، الأول نتحدث فيه عن العلة وراء التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في شروط الدعوى البولصية، وفي فرع ثانٍ نتناول التمييز بين المعاوضات والتبرعات في هذا الأمر.

وعليه يتضمن هذا المطلب الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية

الفرع الثاني: التمييز بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية

الفرع الأول: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية

وعلة هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات، أنه في المعاوضة يكون التفاضل بين حق الدائن وحق المعاوض، وكلاهما ترتب حقه بمقابل. ولذلك تطلب المشرع لعدم نفاذ التصرف غش المدين وعلم من صدر له التصرف بهذا الغش، فإن ثبت حسن نية المتصرف إليه فلا موجب لتفضيل الدائن عليه.

أما في التبرعات فالتفاضل يكون بين الدائن والمتبرع إليه، وهو شخص تلقى الحق بدون مقابل؛ وإذا كان من مقتضى العدالة أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، وجب تفضيل الدائن وعدم نفاذ التصرف في حقه، ولو كان المتبرع إليه حسن النية، ولو كان المدين لم يرتكب غشا⁽¹⁾.

فإذا صدر من المدين تبرع فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أي علمه بإعساره، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين، بل يكفي للنجاح في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم.

ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائما، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع، والفرق

(1) د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 135.

واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغي نفعا، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية. ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية وفقا للقواعد العامة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: التمييز بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية

تبين لنا مما سبق وجوب التمييز بين المعاوضات والتبرعات للطعن في التصرف بالدعوى البولصية، دعوى عدم نفاذ التصرف، لأنه يترتب على ذلك اشتراط توفر الغش والتواطؤ في التصرف المطهون فيه أو عدم اشتراطه، فقد قدمنا أنه في التبرعات لا يشترط الغش في جانب من تبرع له المدين، فقد يكون المتبرع له مثلا حسن النية، لا علم له بإعسار المتبرع، ومع ذلك فللدائن أن يطعن في التبرع.

ومع وضوح القواعد والمعايير التي نقوم بالتمييز بين المعاوضات والتبرعات، المشهورة والمعروفة في النظرية العامة للعقد، إلا أنه قد تعرض بعض التصرفات يدق فيها التمييز بين المعاوضات والتبرعات لكي يتناولها اشتراط الغش في الدعوى البولصية من عدمه كما في بعض الصور، ومن أمثلة ذلك ما يلي:⁽²⁾

(1) عقود المعاوضة إذا انطوت على غبن فاحش، كما لو باع المدين عينا بربع ثمنها، قد تبدو أنها من قبيل التبرع. ولكن الصحيح أنها عقود معاوضة، ويشترط فيها الغش، ما لم يكن الثمن تافها غير جدي فيكون العقد تبرعا لا يشترط فيه الغش.
أما إذا كان الثمن جديا ولكن انطوى على غبن فاحش، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته على قرينة الغش.

(2) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعا، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة.

(3) هناك عقود تكون تبرعا من ناحية أحد المتعاقدين، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر. مثل ذلك الكفالة، شخصية كانت أو عينية، فهي تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضا لا من

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص1039.

(2) انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص1044. ونظرية العقد له أيضا، مرجع سابق، هامش ص808.

المدين ولا من الدائن. وهي معاوضة من جهة الدائن، والعبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة، فإذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للطعن في عقد الكفالة . وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصي وينتقص من حقوق الكفيل العيني . وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن.

(4) هناك عقود ليست تبرعات خالصة، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة. مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافا بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire)، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية.

على أنه لو فرض أن المدين كان مدفوعا في هبته، إلى جانب الاعتراف بالجميل، بنية الإضرار بدائنيه فبالغ في قيمة الهبة، فإنه يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البولصية، ولكن يشترط هنا إثبات الغش.

ومثله أيضا هنا الهبة بعوض، فإنه يجب اعتبار العقد معاوضة، لا سيما إذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية إثبات الغش.

ويمثل الأستاذ السنهوري هنا أيضا بعقد المهر إذا وقعت المبالغة فيه، فيذكر أن القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات الغش في جانب المدين الذي قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين، أما الفقه الفرنسي فيعتبره تبرعا يكفي فيه في القانون الفرنسي إثبات غش المدين الذي قدم المهر، ويقول أنه في الشريعة الإسلامية يعتبر المهر مبلغا من المال يعطيه الزوج لزوجته، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع، ولذلك يسقط نصف المهر بالدخول. ومن هنا يرى اعتبار المهر معاوضة، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن.

أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فيرى اعتبارها من قبيل التبرعات، فلا يشترط فيها إثبات الغش. وأما ما يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعي، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوت المعونة الحد المألوف، وزاد الجهاز على جهاز المثل.⁽¹⁾

(1) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص1044. ونظرية العقد له أيضا، مرجع سابق، هامش ص808 و909.

المطلب الثالث: آثار الدعوى البولصية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعيا

تكيف الدعوى البولصية في طبيعتها في أنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، فهي لا تمس صحة التصرف المطعون فيه، وإنما الحكم الذي يصدر في الدعوى لا يبطل التصرف، ويقرر عدم نفاذ تصرف المدين في حقه.

فإذا كان تصرف المدين بمعاوضة أو بتبرع كما في موضوعنا اعتبر الشيء محل المعاوضة أو التبرع لا يزال في ضمان الدائن ولم يخرج منه، وإذا كان تصرف المدين إبراء لذمة مدين له وهو نوع من التبرعات، فإن الدين يظل باقيا في ذمة مدين المدين بالنسبة للدائن، ويستطيع الأخير أن يوقع حجز مما للمدين لدى الغير.⁽¹⁾

وخلافا لكيفية إنشاء الدعوى البولصية التي رأينا فيها اختلافا في شروط إنشائها تبعا لكون التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا، فإن آثارها واحدة سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا، فتطبق القواعد العامة في آثار هذه الدعوى.

ففي حكم التصرف المطعون فيه فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولكن يبقى قائما "نافذ الأثر فيما بين الطرفين. فإذا كان بيعا مثلا بقي الشيء المبيع ملكا للمشتري، وبقي المشتري ملتزما بدفع الثمن، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات في جانب كل من المتعاقدين.

وإذا كان التصرف وقفا صدر إضرار بالدائنين بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفي منها الدائن حقه، فإذا بيعت لوفاء هذا الحق وبقي من ثمنها شيء بعد هذا الوفاء كان الباقي من الثمن وقفا، واشترت به عين أخرى تحل محل الأولى دون حاجة لوقفها من جديد، وبقي المستحقون في الوقف كما هم كذلك، وكذلك شروط الوقف ونظارته لا تتغير"⁽²⁾.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: فإذا كان الوفاء حاصلًا قبل حلول الأجل فهو والمتبرع بمنزلة سواء، أما إذا كان حاصلًا عند حلول الأجل، فيشترط توافر التواطؤ بين الدائن والمدين، ويراعى من ناحية أخرى أن المدين إذا كفل لأحد دائنيه دون حق سببا سببا من أسباب التقدم على الباقيين بأن رهن مالا رهنا رسميا أو رهن حيازة فتصرفه على هذا الوجه يكون قابلا للطعن، وقد يكون مثل هذا التصرف من قبيل المعاوضات أو التبرعات تبعا لما إذا كان الدائن قد أدى مقابلا

(1) انظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص140.

(2) السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص824.

لاستجازه أو تم ذلك دون مقابل، ويجب في الحالة الأولى توافر التواطؤ بين المدين والدائن.⁽¹⁾ كذلك لم يفرق القانون في مدة سقوط وتقدم الدعوى البولصية بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا أو معاوضة، فهو في كليهما واحد، حيث نصت المادة 197 من القانون المدني الجزائري أنه:

"تسقط بالتقدم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه."

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 600.

المبحث الثاني: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعا

نتناول في هذا المبحث دعوى الصورية إذا كان تصرف المدين المطعون فيه تبرعا وذلك من خلال التمهيد ببيان مفهوم دعوى الصورية أولا، ثم نتطرق إلى أحكام دعوى الصورية إذا رفعت احتجاجا على التصرف التبرعي، ونتناول في هذا المبحث أحكام هذه الدعوى في القانون، على أن نفرد المبحث التالي في بحث هذه المسألة في الفقه الإسلامي، لوجد بعض الاختلافات والاصطلاحات الخاصة بهم.

وعليه نتناول هذا المبحث من خلال التطرق إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم دعوى الصورية

المطلب الثاني: أحكام الصورية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا

المطلب الأول: مفهوم دعوى الصورية

قد يلجأ المدين في سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفا صوريا بالمعاوضة مثلا، والتصرف الصوري لا وجود له في الحقيقة لأن المدين المعاوض لم يتخل عن ملكية الشيء المعاوض فيه. فيكون للمتعاقدين موقفان، موقف ظاهر وموقف مستتر. ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي، ويسمى عادة بورقة الضد (-contre lettre)، لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفا صوريا.

وإذا لم يكن من شأن التصرف الصوري خروج الشيء المعاوض فيه من ملك المدين، فإن افتقاره المترتب على هذا التصرف ليس إلا افتقارا ظاهريا، وسبيل الدائن لإثبات هذا الافتقار هو دعوى الصورية.

ودعوى الصورية وإن كانت تتفق مع الدعوى البولصية في الغرض، وهو المحافظة على الضمان العام، إلا أنها تختلف عنها كما هو معلوم في وجوه، ومحل تفصيل الكلام ما هو مقرر في النظرية العامة.

فالصورية إذن لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

- (1) أن يوجد عقدان (أو موقفان) اتحد فيهما الطرفان والموضوع.
- (2) أن يختلف العقدان من حيث الماهية والشروط.
- (3) أن يكونا متعاضرين، أي يكونا قد صدرا في وقت واحد.
- (4) أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستترا سريريا، وهو العقد الحقيقي.⁽¹⁾

وتناول القانون المدني الجزائري أحكام دعوى الصورية في المادتين 198 و199، وتناولها القانون المدني المصري في المادتين 244 و245.

فتنص المادة 198 من القانون المدني الجزائري أنه:

"إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري."

والملاحظ أن أكثر صور الصورية عمليا تكون في عقود الهبات عندما يستترها أصحابها تحت

(1) انظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص148. والسنيهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص828، و829.

ستار عقد آخر، هو عقد معاوضة، تهربا من اعتراض أي صاحب حق عليها. والقاعدة العامة أن الصورية ليست سببا لبطلان التصرف وأنه يجب الاعتداد فقط بالإرادة الجدية الحقيقية للمتعاقدين، سواء في ذلك كانت الصورية مطلقة أم كانت نسبية. فإذا كانت الصورية مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني، لأن التصرف الصوري ليس إلا تصرفا ظاهريا، كما أنه لا يخفي في نفس الوقت تصرفا حقيقيا. وإذا كانت الصورية نسبية وجب استبعاد التصرف الظاهر وإعمال التصرف الحقيقي، بشرط أن يكون مستكملا لأركانه ولشروط صحته.

وعلى ذلك إذا كان العقد هبة في صورة بيع، وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، أما ركن الشكل وهو الرسمية أو القبض إذا كان الموهوب منقولاً حسب المادة 488 من القانون المدني المصري فلا داعي له، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة بل مستترة، كل ذلك مع وجوب استكمال العقد الساتر. وهو البيع. لأركانه وشروطه، وعلى ذلك إذا أبرأ البائع الظاهر المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد، فإن التصرف لا يعتبر بيعا ساترا لهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تتعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل.

وإذا كان التصرف وصية في صورة بيع، وجب إعمال أحكام الوصية دون البيع. وإذا كان التصرف بيعا في صورة هبة بغية حرمان الشفيع من طلب الشفعة، كان للأخير إثبات صورية التصرف فيثبت حقه في الشفعة... (1)

(1) د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 155.

المطلب الثاني: أحكام الصورية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا

القاعدة العامة أن الصورية ليست سببا لبطلان التصرف، وأنه يجب الاعتداد فقط بالإرادة الجدية الحقيقة للمتعاقدين، سواء في ذلك كانت الصورية مطلقة . وهي التي يكون فيها التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، كما أن الاتفاق المستتر لا يتضمن تصرفا آخر يختلف عن التصرف الظاهر . ، أو كانت الصورية نسبية وهي التي توجد فيها علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين ويقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها كطبيعة العلاقة أو بعض شروطها وأركانها.

فإذا كانت الصورية مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني، لأن التصرف الصوري ليس إلا تصرفا ظاهريا، كما أنه لا يخفي في نفس الوقت تصرفا حقيقيا .

وإذا كانت الصورية نسبية وجب اسبعاد التصرف الظاهر وإعمال التصرف الحقيقي، بشرط أن يكون مستكملا لأركانه وشروط صحته.

وعلى ذلك إذا العقد هبة في صورة بيع، وجب أن تتوفر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، أما ركن الشكل وهو الرسمية أو القبض إذا كان الموهوب منقولاً كما في المادة 488 من القانون المدني المصري، فلا داعي له، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة بل مستترة. كل ذلك مع ملاحظة وجوب استكمال العقد الساتر . وهو البيع . لأركانه وشروطه، وعلى ذلك إذا أبرأ البائع الظاهر المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد، فإن التصرف لا يعتبر بيعا ساترا للهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تتعد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل.

وإذا كان التصرف وصية في صورة بيع، وجب إعمال أحكام الوصية دون البيع. وإذا كان التصرف بيعا في صورة هبة بغية حرمان الشفيع من طلب الشفعة، كان للأخير إثبات صورية التصرف فيثبت حقه في الشفعة.⁽¹⁾

وهذا ما تنص عليه المادة 199 القانون المدني الجزائري أنه إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي.

وعليه فإذا كان التصرف المطعون فيه بدعوى الصورية تبرعا مستترا ب معاوضة، فالعقد الصوري بالنسبة للمتعاقدين والورثة لا وجود له، والعقد الحقيقي الذي هو التبرع هنا هو الذي يسري في حقهم بقدر ما تتوافر فيه شروط الصحة. فعقد الهبة المستتر في صورة بيع مثلا يجب أن يصدر من ذي

(1) انظر د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص152 وما بعدها.

أهلية للهبة وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها، فإذا توافر ذلك أجري على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع، وتعتبر تبرعا لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية. أما من حيث الشكل فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورة. فالهبة في صورة بيع لا يشترط فيها عقد رسمي، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعا في شكله.⁽¹⁾

وقد سبق بيان أن القانون المصري يجيز صراحة أن تتعد الهبة تحت ستار آخر فقد نصت المادة 1/488 من القانون المدني المصري أنه تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

فتجيز هذه المادة حصول الهبة تحت ستار عقد آخر، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد السائر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون، فتخضع في شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذي يسترها، فإذا كانت الهبة مستترة في صورة عقد بيع فإنها تصح متى كان العقد جامعا في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، أي مذكورا فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، وحيث لا دليل يكشف عن حقيقة اتجاه نية المتصرف إلى التبرع، طالما توافر الشكل الظاهري.⁽²⁾

وينص المادة فإن العقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي، والعبرة بينهما بهذا العقد وحده، وإذا أراد أي من الطرفين أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر، أو ينفي الثابت بهذا العقد، يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر وفقا للقواعد العامة في الإثبات في المواد المدنية.⁽³⁾

وبالنسبة لتقادم دعوى الصورية، فإنه من المتفق عليه أنها لا تسقط بالتقادم، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا، سواء في العلاقة بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، لأن المقصود منها هو تقرير حقيقة الواقع، وهو أن العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له.

غير أن عدم تقادم دعوى الصورية لا يحول دون انعدام فائدتها إذا كان للمدعى عليه التمسك بالتقادم المكسب أو بالتقادم المسقط، فمثلا إذا كان المقصود من رفع دعوى الصورية هو الوصول إلى

(1) انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 835.

(2) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 988.

(3) المرجع نفسه، ص 610.

الحكم ببطان العقد المستتر، فإنه يجوز للمدعى عليه أن يدفع بتقادم دعوى البطلان، وبذلك تنعدم كل فائدة مرجوة من الطعن بالدعوى الصورية.⁽¹⁾

(1) انظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص 165.

المبحث الثالث: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعياً في الفقه الإسلامي

لدى الفقه الإسلامي مصطلح خاص إذا كان التبرع مستترا تحت ستار عقد آخر، يعني معاوضة، فيسمونه التوليج، وهو حيلة قانونية يلجأ إليها المتبرع لستر تبرعه. فننتاول في مطلب أولي مفهوم التوليج في الفقه الإسلامي، وما هو إلا مصطلح مرادف للتبرع المستتر، ثم نبين أحكامه في الفقه الإسلامي في مطلب آخر. وعليه يتناول هذا المبحث الكلام في المطلبين الآتيين:
المطلب الأول: مفهوم التوليج أو التبرعات المستترة
المطلب الثاني: أحكام التبرعات المستترة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم التوليج أو التبرعات المستترة

نتناول هذا المطلب من خلال الكلام على مفهوم التبرعات المستترة في الفقه الإسلامي أو ما يصطلحون عليه بالتوليج، ثم نورد صوراً يعدونها عندهم توليجاً، لذلك يتضمن هذا المطلب الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم التوليج في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: صور من التوليج

الفرع الأول: مفهوم التوليج في الفقه الإسلامي

التوليج في اللغة هو الإدخال، وفي العرف هو التبرع في صورة معاوضة أو بيع طلباً لتفادي الحيازة أو دفع اللوم من الغير.

قال القرافي: التوليج المحاباة من الولج لأنه يدخل في ملك الآخر ما ليس له أو من الأولج وهي ما يستتر به من الشعاب والكهوف ونحوها فهو يستتر بظاهر إلى باطن له.⁽¹⁾

قال الداودي المالكي: التوليج في اصطلاحهم عبارة عن تبرع مغلف، يتستر فيه المتبرع وراء شكل صوري من المعاوضة مع المتبرع عليه أو الإقرار له بالدين، فراراً مما يلحقه من لوم من قبل من يتضرر بتبرعه، وحفظاً لماء الوجه أو من الحيازة في حياته التي لا يريد لها ولا يحتملها".

وقيل: التوليج الهبة بصورة البيع تحيلاً على إسقاط الحيازة، وقد يطلق على ما فيه ثمن تافه.⁽²⁾ ويقول التاودي: "...ذلك أن الرجل يريد أن يعطي ملكاً في المرض أو في الصحة على أن لا يحاز إلا بعد موته، وذلك مما يبطل العطية، أو يعطي بعض أولاده فيخشى اللوم من غيره، فيشهد في جميع ذلك أنه باعه بكذا، وقبض الثمن معاينة أو بالاعتراف".

وقالوا أيضاً: التوليج فهو الهبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز في البيع والافتقار إليه في الهبة أو لغير ذلك من الأغراض هذا هو الغالب في الاستعمال وقد يطلق أحدهما على الآخر بجامع أن الزائد في المحاباة على القيمة توليج.⁽³⁾

(1) القرافي، مرجع سابق، ج8، ص218.

(2) شرح التاودي على تحفة الحكام بهامش شرح التسولي. انظر التسولي، مرجع سابق، ج2، ص21.

(3) ميارة الفاسي، شرح تحفة الحكام، دار الفكر، بدون تاريخ، ج2، ص30 و388.

فيظهر من ذلك أن الذي يدفع المتبرع إلى اللجوء إلى عقد البيع أو المعاوضة لستر التبرع أحد أمرين:

أولهما: أن يكون في حالة مرض يخشى الوفاة عليه، ومن المعلوم أن مرحلة مرض الموت تبطل فيها التصرفات المجرة من المريض إلى أحد ورثته إذا لم يجزها باقي الورثة، أو تنصر في الثلث إذا تمت لأجنبي.

وثانيهما: أن المتبرع يكون في حاجة إلى العين المتبرع بها فيفضل الاستمرار في حيازتها ويخاف من عدم تمام التبرع لأن من شروطه الحوز، فيضطر إلى اللجوء إلى ستر هذا التبرع بعقد البيع الذي لا يعتبر الحوز من شروط تمامه.

فالتوليج بهذا المعنى يقترب من المحاباة، لكن الملاحظ أن لفظ المحاباة يستعمل في الحالة التي يباع فيها الشيء بأقل من قيمته بكثير قصد نفع المشتري، أو يشتري بأكثر من قيمته قصد نفع البائع، فما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء، فهو تبرع للمشتري يجري عليه حكمه ولو ذكر بالعقد غير ذلك.⁽¹⁾

الفرع الثاني: صور من التوليج

وقد أورد علماء الفقه الإسلامي صورا عدوها تهمة بالتوليج وأعطوا لها حكم التبرع المستتر منها ما يلي:⁽²⁾

. من أشهد وهو صحيح أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من مال ابنه في زعمه ، وأشهد أنه إنما يكرها ويغتلها له وباسمه ثم يموت على ذلك وهو صغير في حجره ولا يعلم لابنه مال من وجه من الوجوه فهو توليج وهي ميراث بين الورثة.

(1) عبد السلام بن زروع، تعليق على قرار المجلس الأعلى حول الحوز القانوني في التبرعات، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، المغرب، العدد 12، 2005، ص ص 189-205.

(2) انظر ابن فرحون، مرجع سابق، ص 444.

. ومن أشهد في صحته أي بعث منزلي هذا من امرأتي أو ابني بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم تنزل الدار بيد البائع إلى أن مات. قالوا: لا يجوز هذا وليس هذا بيعا، وإنما هو تولى وخديعة ووصية لوارث.

. وقالوا في الأب يبيع من بعض ولده ملكا ثم يقوم أخوته بعد موت أبيهم يدعون أنه تولى من أبيهم، إن كتب في الوثيقة قبض الثمن بالمعينة فلا يمين على الابن، وإلا ففي اليمين ثلاثة أقوال: ثالثها إن أثبتوا ميل أبيهم إليه دونهم، حلف، وإلا فلا.

. إقراره بدين لوارث في الصحة جائز وإنما يتهم في إقراره في المرض إلا في الزوجة إذا كان الذي بينه وبينها متفاقما، وأما إقراره في الصحة لوارث فرواية أصبغ جوازه كما في المدونة. قالوا إلا أن يقر لولد له رضيع ولا يعرف بكسب ولا فائدة من ميراث دخل عليه صار إلى أبيه أو بسبب أو هبة من أحد فهو حينئذ تولى وهدر.

. كذلك يرون أن قضاء المدين لبعض غرمائه دون بعض في مرضه، أن ذلك لا يجوز، إذا كان الدين يغرثق ماله؛ لأن ذلك على وجه التولى.

. وكذلك إن أقر لكبير من المال بما لا يشبه ولا يثبت أسباب شيء من هذه الوجوه فإنه يبطل كله ويكون تولى.

المطلب الثاني: أحكام التبرعات المستترة في الفقه الإسلامي

أما الكيفية التي يثبت بها التولى لكي تتم إزالة أحكام عقد البيع وتحل محلها أحكام التبرع هو إثبات التولى.

ويكون إثبات التولى بأن يتناول الادعاء بالتولى نفي الأتمية عن البائع أو محاباته للمشتري قصد إثبات عقد التبرع الذي يحمله البيع، ويقع الإثبات على عاتق مدعي التولى لأنه يدعي خلاف الأصل...⁽¹⁾

ومن وسائل إثبات التولى ثلاثة أمور:⁽²⁾

(1) عبد السلام بن زروع، مرجع سابق، ص 204.

(2) انظر جعيط عبد العزيز، الطرق المرضية في الإجراءات الشرعية، ط2، مكتبة الاستقامة، تونس، ص 101.

الأول: إقرار المشتري أن الشراء لا أصل له، وإنما هو عطية، ولا يعتبر إقرار البائع، وبعد منه ندماً.

الثاني: البينة الشاهدة أن ما عقده سمعة وتوليح، لا حقيقة له: إذا كان الشاهد عالماً، فإن كان غير عالم لزم التفسير، بأن يقول الشاهد: توسطنا العقد بين المتبايعين، واتفقا على أن البيع الذي عقده في الظاهر، إنما هو سمعة لا حقيقة له. سواء أكان توسطهما العقد بإشهاد، أو بدونه، أو يقول الشهود أقر بذلك عندنا المشتري، أو يقولوا أشهدنا بذلك فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين. فإن وقعت الشهادة بالتوليح مجملة، لم تقبل من غير أهل العلم.

الثالث: توارد القرائن وقوة المخايل.

فهذه الثلاثة الإقرار والإشهاد واليمين والقرائن التي يثبت بها التوليح، بالشهود يشهدون، وإما بالإقرار من المشتري بعد البيع أنه إنما كان صورة، أو الإشهاد عليهم به في وقت الانعقاد. قال ابن سلمون: وكيفية ثبوت التوليح أن يقول الشهود: توسطنا العقد واتفقا جميعاً على أن ما عقده جميعاً من البيع والتصيير سمعة لا حقيقة له، أو يقولوا: أقر لنا بذلك المشتري بعد البيع اهـ. زاد الشارح: أن يقولوا أشهدنا فلاناً وفلاناً على شهادتهما بأحد هذين الوجهين.

فإن لم يثبت التوليح فإن لم يكن ميل فلا يمين، ومع ثبوت ميل بائع لمن منه اشترى يحلف المشتري في دفع الثمن أنه دفعه وأنه اشترى شراء صحيحاً، ويثبت البيع. وظاهره المصنف أنه يحلف على دفع الثمن عاينته البينة أو لا.

وإذا ثبت في بيع التوليح أو المحاباة، أن المشتري حاز المبيع في صحة البائع على وجه الحياة، فليل يصح ذلك له، ويجري مجرى الهبات، وهو الراجح، وقيل يبطل ذلك، لأنه يخرج مخرج الهبة، فلا بد من إزالة أحكام هذا العقد، ليطبق على التصرف القواعد الفقهية الخاصة بعقود التبرع.

والتوليح ينقسم إلى معلوم ومظنون وموهوم، فالمعلوم يوجب نقض البيع، والمظنون يوجب اليمين، إلا أن يقوى جداً فيصير كالمعلوم، والموهوم لا يوجب شيئاً.

والمعلوم هو ما ثبت بإقرار المشتري، أو البينة كما تقدم، ويردّ فيه البيع، إن لم يقبض المشتري المبيع قبل حصول مانع، من موت أو تفليس، فإن قبضه المشتري، قبل حصول المانع، فلا توليح على الراجح، فجميع صور التوليح مقيدة بما إذا لم يحصل قبض قبل حصول المانع.

والمظنون ما اجتمع فيه أمران ميل البائع للمشتري، وعدم معاينة قبض الثمن. وحمه توجه اليمين على المشتري: أنه ابتاع بيعاً صحيحاً، ودفع الثمن، إن جرى له نزاع له من بقية الورثة.

واليمين هنا يمين تهمة لا تتقلب، فإن نكل عن اليمين بطل البيع بمجرد نكوله، فإذا وجدت تهمة الميل، مع معاينة البينة لقبض الثمن، فلا يمين على الرجح عندهم.⁽¹⁾

(1) انظر جعيط عبد العزيز، مرجع سابق، ص 102.

المبحث الرابع: الاختلاف في التبرع

نتناول في هذا المبحث الكلام في الاختلاف عند دعوى التبرع، فهل الأصل يقف مع مدعي التبرع أو المدعى عليه بالتبرع، ثم نبحت في وجود خصوصية من عدمها في التعامل مع مدعي التبرع، أو أنه لا خلاف في هذه المسألة بين المعاوزات والتبرعات.

لذلك تطلب هذا المبحث التطرق إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عند الاختلاف فالأصل عدم التبرع

المطلب الثاني: اليمين الحاسمة لا توجه إلى المدعى عليه بالتبرع

المطلب الأول: عند الاختلاف فالأصل عدم التبرع

إذا وقع خلاف بين صاحب خدمة أو حرفة وشخص حول التبرع من عدمه في خدمته أو عمله فإن الأصل الذي يرجع إليه ويكون هو المعيار هو عدم التبرع، وهذا ما نصت عليه المادة 681 من القانون المدني المصري أنه يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به أو عملا داخلا في مهنة من أداه.

وكذلك ما جاء في القانون المدني المغربي "ظهير الالتزامات والعقود" في المادة 732 منه بالتصحيح على أنه:

يعتبر الاتفاق على الأجر أو الراتب موجودا ولو لم يصرح به:

أولا : إذا كانت الخدمات أو الصنعة مما لم تجر العادة على أدائه مجانا؛

ثانيا : إذا كان الشخص بأدائه الخدمات أو الصنعة قد باشر مهنته؛

ثالثا : إذا تعلق الأمر بصفقة تجارية أو بعمل أداه التاجر في مباشرته تجارته.

وقضت المادة التي تليها أن المحكمة تحدد أجر الخدمة وفق العرف، فقد نصت المادة 733

أنه:

"إذا لم يحدد الاتفاق أجر الخدمات أو الصنعة، تولت المحكمة تحديده وفق العرف. وإذا وجدت تعريفة أو أسعار محددة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضياها."

وهو ما ذهب إليه القانون اللبناني حيث جاء في نص المادة 631 من قانون الموجبات اللبناني

أنه:

"يقدر اشتراط الاجر او البديل في الاحوال الاتية: ما لم يقد دليل على العكس.

أولا . عند إتمام عمل ليس من المعتاد اجراؤه بلا مقابل .

ثانيا . إذا كان العمل داخلا في مهنة من يقوم به . ثالثا - إذا كان العمل تجاريا او قام به تاجر

في اثناء ممارسة تجارته."

وهو موافق لما في الفقه الإسلامي، قال القاضي ابن مناصف: وعلى مثل هذا يجري الأمر

عندي في كل من تبرع من الأجراء والصناع بعمله من غير موافقة عليه بأجرة معلومة، فيحمل محمل

هبة الثواب، وإلا بطل وفسد.⁽¹⁾

(1) ابن فرحون، مرجع سابق، ج2، ص203، وانظر الولاتي، مرجع سابق، في شرحه للبيت التالي: =

وذكروا قاعدة أن:

كل من ادعى عن غيره مالا أو قام عنه بعمل شأنه أن يؤديه أو يعمل رجوع عليه بذلك المال وأجرة ذلك العمل سواء كان واجبا على المدفوع عنه كالدين أو غير واجب كغسل الثوب خلافا للأئمة فإنهم جعلوه متبرعا، لنا أن لسان الحال قائم مقام لسان المقال وهو موجود ها هنا فثبت الإذن وقد تقدم بسط هذه القاعدة في غير هذا الموضع فعليها يخرج الرجوع بالنفقة⁽¹⁾.

وقد خصص قانون الأحوال الشخصية اليمني فصلا كاملا من باب الهبة للكلام عن الاختلاف بين الواهب والموهوب له، فنصت المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية اليمني أنه إذا اختلف الواهب والموهوب له تتبع الأحكام الآتية:

أولا: القول لمن يدعى صحة الهبة له ولوارثه، إلا في حالتين:

1. أن يدعى الواهب فسادها لصغر أو أنه كان لا يعلم بلوغه وقت تمام الهبة لو تصادقا على وقت متقدم تمت فيه الهبة.

2. أن يدعى الواهب فسادها لزوال عقله وكانت ظواهر الحال تغلب ذلك ، فالقول في هاتين الحالتين للواهب.

ثانيا: القول للموهوب له في نفي شرط العوض مطلقاً.

ثالثا: القول للموهوب له في نفي إرادة الواهب العوض في الموهوب .

رابعا: القول للموهوب له في أن ثمرة الموهوب حصلت بعد نفوذ الهبة إلا لقرينه قاضية فيكون القول للموهوب له.

خامسا: القول للموهوب له في أنه قبل الهبة.

ونصت المادة التي تليها المادة 226 من قانون الأحوال الشخصية اليمني أنه من كان القول قوله فاليمين عليه والبينة على الآخر.

= والأصل في الكرى لدى الحُدَّاقِ ❁ ضمائه في حالة الإطلاق

(1) القرافي، مرجع سابق، ج8، ص134.

المطلب الثاني: اليمين الحاسمة لا توجه إلى المدعى عليه بالتبرع

قد يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، فلا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه، هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم، فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلب إليه حلفها لحسم النزاع، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام.⁽¹⁾

وقد أورد القانون المدني الجزائري أحكام اليمين الحاسمة في باب الإثبات منه، في المواد 343 إلى 347.

حيث نصت المادة 343 القانون المدني الجزائري أنه:

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين.

وبالتالي لم يفرق القانون في توجيه اليمين الحاسمة بين دعوى التبرع ودعوى غيرها من المعاضات.

لكن التفرقة بين الأمرين موجودة في الفقه الإسلامي، فهذه اليمين لا توجه إلى المدعى عليه بالتبرع، يعني الذي ينكر أنه تبرع.

فاستثنوا من دعاوى المال دعوى التبرع بجميع أنواعه وأنها لا توجب يمينا، وذلك أن يدعي إنسان على آخر أنه وهبه شيئا مثلا وأنكر مالك ذلك الشيء دعواه فلا يمين في ذلك⁽²⁾.

واستثنوا حالة واحدة في دعوى التبرع، وجوزوا فيها توجيه اليمين إلى المدعى عليه بالتبرع، وذلك إذا كان المدعى فيه أي العين المتبرع بها موجودا تحت يد المدعي⁽³⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص516.

(2) التوزري، مرجع سابق، ج1، ص147.

وقد جاء في منظومة تحفة الحكام في القضاء المالكي:

وَلْيُمِينِ أَيْمًا إِعْمَالِ ❀ فِيمَا يَكُونُ مِنْ دَعَاوَى الْمَالِ
إِلَّا بِمَا عُدَّ مِنَ التَّبَرُّعِ ❀ مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ عِنْدَ الْمُدْعِي

(3) نفس المرجع والصفحة.

أما العلة في عدم توجيه اليمين على المدعى عليه بالتبرع فهي أن الحقوق اللازمة لا تجب اليمين بدعواها إلا بسبب قوي، فكيف بالهبة لأنها ضعيفة لافتقارها إلى الحيابة واختلاف الناس في لزومها بالقول⁽¹⁾.

ومن أمثلة دعوى التبرع أيضا:

دعوى الكفالة⁽²⁾، ودعوى العفو⁽³⁾ ودعوى الإقالة وما شابه.

بناء على ما تقدم فإن من يدعي تبرعا لا يقضى له باليمين على المدعى عليه إلا في حالة واحدة وهي إذا كان المدعى فيه تحت يده، بخلاف المعاوضات فإذا أنكر المدعى عليه، فإن المدعي يستطيع أن يطلب يمينه.

وعليه نخلص بالنتائج التالية في هذا المبحث الذي خصصناه للكلام عن الاختلاف في التبرع: أولها أنه إذا وقع اختلاف بين طرفين أمام القضاء يدعي أحدهما أن الآخر تبرع له، ولا بينة يمكن الاستناد إليها من أي الطرفين، فإن الأصل الذي يرجع إليه ويكون هو الحكم في هذه المسألة أن القاعدة والأصل عدم التبرع، فالمدعى عليه ذمته بريئة وخالية من التبرع، ومن يدعي ويزعم التبرع هو الذي يكون مطالبا بالدليل والإثبات.

وهذه المسألة يتفق فيها القانون مع الفقه الإسلامي، في أن الأصل عدم التبرع.

وثانيها أن اليمين الحاسمة التي يمكن أن يوجهها القضاء إلى أحد الخصمين في النزاع بطلب من أحدهما عندما يعوزه الدليل وسائر وسائل الإثبات، لا يسمح بها في دعوى التبرع، وهذا حسب الفقه الإسلامي.

أي أن الذي يدعي أن شخصا آخر تبرع له إذا أعوزه الدليل على مدعاه لا يمكن أن يطلب من القاضي أن يوجه إلى ذلك الشخص بأن يحلف أنه ما تبرع له، لكي يحسم النزاع، لأن مثل هذه اليمين

(1) ابن راشد القفصي، مرجع سابق، ص 303.

(2) الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج 5، ص 109.

وجاء فيه: المشهور أن دعوى الضمان لا تتوجه فيها اليمين على المنكر لأن ذلك من دعوى المعروف والتبرع كدعوى الهبة والإقالة ونحوهما.

(3) ميارة الفاسي، مرجع سابق، ج 2، ص 292.

ويرى الشيخ ميارة الفاسي خلاف ذلك حيث يرى توجيه اليمين في دعوى العفو، وعلل ذلك حيث قال: وأجيب.. بأن توجه اليمين احتياطاً إذ قد يكون الولي عفا ثم بدا له، وأراد أن يقتصر فاحتيط باليمين لعظم أمن النفس...

لا يسمح بها في دعوى التبرع؛ أما في القانون فلا يوجد من فرق في ذلك، فيمكن أن توجه اليمين الحاسمة في الدعاوى المالية، وإن كانت التصرف محل الدعوى تبرعا.

الفصل الثالث

التبرع خارج المساءة

في القانون و في الفقه الإسلامي

كثير هي التبرعات التي سماها القانون، ووضع لها أحكامها الخاصة بها، وسبقه في ذلك الفقه الإسلامي؛ وإن معرفة ما هو مسمى من تلك العقود واستقراء وتتبع أحكامها يساعدنا في استنتاج قواعد غير المسمى منها.

وللوصول إلى معرفة ما ذكر اقتضى الأمر استقراء كل ما تناوله القانون من قواعد منظمة للتصرف محل الدراسة، سواء كان القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية، وهما المظانان الأساسيان لقوانين التبرع، أو ما يوضع من قوانين خاصة كقانون الوقف وغيره. وكذلك استقراء الفقه الإسلامي، وما يوبه أهل الفقه الإسلامي في هذا الشأن.

وفي كل هذا بلا ريب فوائد كثيرة تجتني، ليس أقلها أن نعرف أحكام التبرع مهما يكن هذا التبرع مسمى أو غير مسمى، والاطلاع على الثروة القانونية والفقهية الضخمة لمثل هذا النوع من التصرف ومعرفة مظان كل ذلك.

ولهذا اشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: التبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: التبرعات المسماة في القانون المدني الجزائري

المبحث الثالث: التبرعات المسماة في قوانين الأحوال الشخصية العربية

المبحث الرابع: التبرعات المسماة في القوانين المدنية العربية

المبحث الخامس: التبرعات المسماة في القوانين الغربية

المبحث السادس: التبرعات المسماة في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: التبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري

صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 بعد حوالي العقد من صدور القانون المدني الجزائري، وقد نص فيه على أحكام تصرفات التبرع المشهورة: الهبة والوقف والوصية، في الكتاب الرابع منه، المسمى بكتاب "التبرعات"، وقد ذكرها وفق الترتيب التالي: الوصية أولاً ثم الهبة ثم الوقف. وهناك نوع من التبرع ذكر اسمه في كتاب التبرعات هذا دون تفصيل أحكامه، وإنما جاء ذكره في سياق إيراد أحكام الوصية، وهو "العمري" وهي التبرع بمنافع سكنى أو عقار مدة عمر المتبرع أو المتبرع له.

وأيضاً يوجد تصرفان آخران يدخلان في التبرع نص على اسمهما ونظم أحكامها قانون الأسرة الجزائري ليس في كتاب التبرعات المذكور وإنما في الكتاب الأول والثاني، وهما "الحضانة" في الكتاب الأول: الزواج وانحلاله، الفصل الثاني آثار الزواج من الباب الثاني، و"كفالة ولد قاصر" في الفصل السادس من الكتاب الثاني: النيابة الشرعية.

لذلك سوف يتناول هذا المبحث المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: كتاب التبرعات من قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني: ما نظمه قانون الأسرة الجزائري في غير كتاب التبرعات منه

المطلب الأول: كتاب التبرعات من قانون الأسرة الجزائري

تناول قانون الأسرة الجزائري بالتنظيم ثلاث عقود في الكتاب الرابع والأخير منه سماه "كتاب التبرعات"، وهي الوصية والهبة والوقف بهذا الترتيب.

وقد سبق ذكر في هذه الدراسة أن تسمية الكتاب بالتبرعات كانت موفقة جدا عندما جمع عقود التبرع الثلاثة الشائعة تحت هذا الاسم وهي الهبة والوقف والوصية، لكن أمر التبرع لا يقتصر عليها كما سبق بيانه، وإن كان الأولى تقديم أحكام الهبة في الترتيب، لأنها أم الباطن، وكل القوانين سارت كذلك، وزاد الأمر غموضا النص الفرنسي لقانون الأسرة الجزائري الذي سمي هذا الكتاب من القانون كما يلي: (dispositions testamentaires)، ومعناها أحكام متعلقة بالوصية، فكأنه جعل العقود الثلاثة أنواعا من التبرعات المتعلقة بالموت Des libéralités à cause de mort، فإذا كان هذا يتماشى مع القانون الفرنسي الذي يصنفها كذلك في التقنين المدني الفرنسي، فإنه لا يتوافق مع الشريعة الإسلامية، التي جعلت تبرعا واحدا فقط من سائر التبرعات هو المتعلق بموت المتبرع، وهو الوصية أو ما له حكمها.

فأول عقد تبرع سماه قانون الأسرة ونظم أحكامه هو الهبة، وإن كان ترتيبها حسب المواد كان الثاني بعد عقد الوصية؛ والهبة هي التملك بدون مقابل، وسبق أن ذكرنا الفرق بينها وبين التبرع، وتعتبر النوع الأهم منه وأم الباطن فيه⁽¹⁾، وقد عرفتها المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الأولى الهبة بما يلي: "الهبة تملك بلا عوض".

وقد ذكر القانون الجزائري بعض أحكام الهبة في المواد 202 إلى 212، ولم يذكر البعض الآخر كالتزامات الواهب والموهوب له كما فعل مثلا القانون المدني المصري، وعليه لزم الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الذي يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في ذلك القانون، كما ذكر قانون الأسرة الجزائري نوعا مهما في الهبة وهو الهبة للمنفعة العامة.

وإذا قارنا الأمر بالقوانين العربية فقد امتاز القانون المصري بأنه نظم أحكام الهبة في القانون المدني، ورغم أهميته والحاجة الماسة إليه فإن المشرع المغربي لم ينظم أحكامه⁽²⁾.

(1) انظر ص من هذه الدراسة.

(2) عبد الله الشراوي، عقد الهبة بين الخضوع والإعفاء من الضريبة على الدخل المترتبة على الأرباح العقارية،

وأحكام الهبة والصدقة سواء إلا في وجهين، أحدهما: أن الهبة تعتصر دون الصدقة، والثاني: أن الهبة يجوز للواهب شراؤها وقبولها بهبة بخلاف الصدقة فإنه يكره فيها ذلك⁽¹⁾. فاعتصار الوالدين الهبة مستثنى من قاعدة الأصل في العقود للزوم بالقول.

ومن أنواع الهبة هبة الدين وتناولته المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري عندما تكلمت عن محل الهبة وذكرت أنه يمكن أن يكون ديناً.

ونصت المادة 607 من القانون المدني العراقي على ما يلي: 1. إذا وهب الدائن الدين للمدين أو ابرأ ذمته منه ولم يرده المدين، تتم الهبة ويسقط الدين في الحال. 2. وإذا وهب الدائن الدين لغير المدين، فلا تتم الهبة إلا إذا قبضه بإذن الواهب.

وثاني عقد نظمه قانون الأسرة هو عقد الوقف، وجاء ترتيبه في تنظيم المواد الثالث بعد الهبة والوصية، وللوقف اصطلاحات أخرى مثل: الحبس والتحبيس والتسبيل فكلها بمعنى واحد.

ويعرف أهل الفقه الإسلامي الوقف بأنه جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس⁽²⁾، وعرفه ابن عرفة المالكي بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً⁽³⁾ وقال بعضهم الصدقة الجارية هي الحبس⁽⁴⁾.

وتناول القانون الجزائري الوقف في قانون الأسرة في المواد 213 إلى 220، وتناوله أيضاً قانون خاص في شأنه، وهو القانون 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، من 50 مادة.

وقد نصت المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"؛ ونص المادة يوحى أنه جعل الوقف من الصدقات، غير أن المادة 215 منه ذكرت أنه تطبق أحكام الهبة على الواقف والموقوف له، ومعلوم أن الهبة تفترق عن الصدقة في أمور، منها عدم جواز الرجوع في الصدقة، وفي الفقه المالكي أن الوقف من باب العطايات والهبات لا

=جريدة العلم المغربية، ليوم 2009/09/23 بصفحة المجتمع والقانون.

(1) التسولي، مرجع سابق، ج2، ص240.

(2) د. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص20.

(3) الرصاع، مرجع سابق، ص539.

(4) القرطبي، مرجع سابق، ج4، ص599.

من باب الصدقات ولهذا يصح الوقف على الغني والفقير⁽¹⁾.

وبالمقارنة بالتشريعات العربية فإن قلة من القوانين العربية ذكرت أحكامه في القانون المدني مثل القانون الأردني والموريتاني والإماراتي، وأغلبها ذكرته مع أحكام الأسرة، على أنه من الأحوال الشخصية؛ إلا أن بعضها خصت أحكام إجارة الوقف بالذكر في القانون المدني مثل المصري والسوري والبحريني والكويتي واليميني والقطري.

ويجوز تحبيس الحيوان وأي شيء آخر لأن المسلمين على شروطهم في أعطياتهم⁽²⁾؛ ويجوز عند مالك توقيت الوقف بخلاف غيره⁽³⁾، وغيرها من تفصيلات أحكام الوقف، التي لا تتسع لها هذه الدراسة التي خصت للكلام والبحث عن النظرية العامة في مثل هذه العقود الهامة.

أما العقد التبرعي الثالث والأخير الذي تناوله قانون الأسرة بالتنظيم في كتاب التبرعات هو الوصية وأوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في المواد 184 إلى 201؛ وعرفها في المادة 184 بأنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

وتفارق الوصية التبرعات في أنها تقع محسوبة من الثلث، ويجوز الوصية بالمنافع كذلك⁽⁴⁾، وإذا كانت الوصية لمعين فيشترط قبوله بعد موت الموصي. قال خليل: وقبول المعين شرط بعد الموت، فالملك له بعد الموت.

وللوصية أحكام خاصة بها، فهي مستثناة من قاعدة الأصل في العقود اللزوم بالقول، كما أنه لا يشترط الحيابة فيها، لكن الوصية بزيادة على الثلث فإنها تفتقر إلى الحيابة.

وتوجد بعض التصرفات يعطى لها حكم الوصية، وهي حالتان: الأولى تصرفات المريض مرض الموت إذا قصد بها التبرع، والثانية ماعده القانون وصية في المادة 777 من القانون المدني الجزائري. أما تصرفات المريض مرض الموت أو من في حكمه قاصدا بها التبرع فسبق تفصيلها عند الكلام على أهل التبرع⁽⁵⁾؛ فكل من يتربح موته بسبب ظاهر قوي فتبرعه يختص بالثلث، وبالعكس إلا ذات

(1) الخرشى، مرجع سابق، ج7، ص80.

(2) الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج4، ص601.

(3) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، الفقرتان 149 . 150.

(4) انظر أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، ص13.

(5) انظر ص 89 من هذه الدراسة.

زوج⁽¹⁾.

أما الحالة الثانية في التصرف الذي يعطى له حكم الوصية فهي التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياسة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته؛ نص عليها القانون المدني الجزائري في المادة 777 منه أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك.

وهي مطابقة للمادة 916 من القانون المدني المصري.

وهذه إحدى صور الرقبي التي يجيزها المالكية ويعطون لها حكم الوصية.

فتصرف المورث هنا لم يصدر في مرض موته، بل صدر وهو في صحته، ولكن المورث لم يطلق التصرف بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين: حياسة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته. فإذا باع المورث مثلا دارا لأحد ورثته، واحتفظ بحيازته للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته، اقترب هذا التصرف كثيرا من الوصية⁽²⁾.

المطلب الثاني: ما نظمه قانون الأسرة الجزائري في غير كتاب التبرعات منه

أما عقود التبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري في غير ما نظمه في كتاب التبرعات منه الكتاب الرابع والأخير، فهي ثلاثة عقود، العمرى والحضانة وكفالة ولد قاصر.

أما العمرى فهي في اللغة مأخوذة من العمر⁽³⁾.

وفي الاصطلاح: هي هبة منافع الأصول من الأشجار والرباع والعقار أو غيرها كالحلي والسلاح والأواني طول حياة المَعْمَر⁽⁴⁾ أو مدة معلومة كعام أو أكثر، فإذا مات المَعْمَر أو انقضى الأجل رجعت الرقبة للمالك أو لورثته يوم الموت لا يوم المرجع⁽⁵⁾. وخصها البعض بالأصول أي

(1) المقري، مرجع سابق، ص372.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9، ص225.

(3) قال في القاموس المحيط: "العُمْرَى: ما يُجعل لك طول عمرك أو عمره"؛ انظر الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص571.

(4) بضم الميم الأولى وسكون العين وفتح الميم الثانية اسم مفعول من أَعْمَر.

(5) انظر التوزري، مرجع سابق، ج4، ص36.

العقارات لكثرتها فيها حتى كادت لا تعرف في غيرها.

إذن هي نوع من هبات منافع الذات، ولتسميتها في الفقه الإسلامي، وتفصيل أحكامها فيه، استحقت الذكر. هذا تعريفها في الفقه المالكي ومن يتأثر به كقوانين المغرب العربي، أما في مذاهب الفقه الإسلامي الأخرى فهي تمليك العين مدة العمر، فلا بد إذن من تحرير مصطلح "العمري" أولاً قبل بيان ما يصدق عليه من أحكام⁽¹⁾.

وهناك مصطلح آخر يرافق العمري وهو مصطلح "السكنى" أو "الإسكان"، ولها نفس معنى العمري لكنها تختص بمنافع الدار، كأن يقول له: هذه الدار لك سكنى، فإن مات رجعت إلى صاحبها⁽²⁾.

أما العمري في التشريع الجزائري فلم يخصها بأي أحكام باعتبار أنها من هبة المنافع، يطبق عليها الأحكام العامة الواردة في الهبة، فإن لم يوجد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، لكن ورد ذكرها في المادة 196 منه ضمن أحكام الوصية التي تنص على أن: "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي وفاة الموصى له وتعتبر عمري"، فكيفت الوصية بالمنافع غير المؤقتة على أنها تأخذ حكم العمري.

وبالمقارنة مع التشريعات العربية فقد تناولها قانون الأحوال الشخصية اليمني في الفصل الرابع من الباب الثاني للكتاب الثاني، العمري مع الرقبى؛ لكن تعريفها فيه يدل على أنها يمكن أن تكون تمليك عين أو إباحة منفعة خلافاً للتعريف الخاص بها في الفقه المالكي السابق الذكر، فقد عرفت المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية اليمني بما يلي: "العمري تمليك عين أو إباحة منفعة لشخص بغير عوض وهي إما مؤبدة أو مؤقتة أو مطلقة ولا يشترط فيها اللفظ فنتم بما يدل على المعنى". وذكرت المادة 221 منه أن "العمري المطلقة تقع على سبيل التأبيد"، يعني المطلقة من التأقيت، وذكرت المادة 222 منه أن "العمري المؤبدة تعتبر هبة وتأخذ أحكام الهبة وشروطها". أما ما هو مؤقت منها فذكرته المادة 223 منه بأن "العمري المؤقتة بمدة غير العمر تعتبر عارية وتأخذ حكم العارية وشروطها لا المقيدة بالعمر كأعمرتك أو أرقبتك الدار عمرك أو ما عشت فحكمها موروثة

(1) لبيان أقوال الفقه الإسلامي في مفهوم "العمري" وأدلتهم انظر القرطبي، مرجع سابق، باب العمري في ج4، ص592.

(2) التجكاني، مرجع سابق، ص67.

كالمطلقة".

ومن الأحكام الخاصة بالعمري⁽¹⁾ أنها مندوبة لأنها إحسان، فإن كانت في مقابل عوض، كانت إجارة فاسدة، لأن مدة عمر من قيدت بعمره مجهولة. كما أن أحكام العمري هي أحكام الهبة، ولها نفس الأركان والشروط، إلا أن العمري كما في الفقه المالكي هي هبة منافع، في العقار وما يتصل به خاصة، ومدتها أطول. وحيث كانت العمري من أنواع العطية فإنها لا تتم إلا بالحوز قبل حصول المانع، وحوزها متوقف على حوز أصلها،... فإن لم يحصل حوز حتى حصل مانع من الموانع المتقدمة، ولم يجد في طلبها بطلت إلا لابنه المحجور عليه فلا تبطل لأنه يقبض له كما مر. ويجوز للمعمر بالفتح بيع العمري من المعمر بالكسر أو لوارثه ولا يجوز ذلك لغيره للجهل بمدة الحياة، أما إذا كانت مقيدة بمدة معلومة فله عقد الكراء فيها مع كل أحد لانتفاء الجهالة⁽²⁾.

وسبق أن ذكرنا المواد التي ذكرت أحكامها في قانون الأحوال الشخصية اليمني. وفي مدونات النوازل والقضايا في الفقه الإسلامي وقائع كثيرة لمثل هذا النوع من التبرعات، وتفصيل عميق، يستفاد منه⁽³⁾.

أما الحضانة فتناول المشرع الجزائري أحكامها في المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري، وفي الأصل هي تصرف تبرعي قال الحطاب: الحضانة تبرع⁽⁴⁾، لكنها تكون على سبيل العوض كما في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

وجاء في المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يوضح هذا فنصت: "إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين امساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع". وجاء في المادة 66 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي: "إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة من الأقارب المتساوين في الدرجة، اختار القاضي من بينهم الأصلح للولد، وعند التساوي يُقدّم المتبرع.

(1) لتفصيل أحكام العمري في الفقه الإسلامي انظر المطولات الفقهية في باب العمري، أو الكتب الحديثة التالية: أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، الفقرة 42؛ د. شهبون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 221؛ التجكاني، مرجع سابق، ص 64، وغيرها.

(2) التوزري، مرجع سابق، ج 4، ص 36.

(3) كموسوعة المعيار للونشريسي ت 914/هـ 1508م، مرجع سابق، وقبله نوازل البرزلي، ونوازل مازونة، وغيرها.

(4) الحطاب، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 6، ص 82.

التصرف الثالث التبوعي الذي نلفيه في قانون الأسرة الجزائري منظمًا في غير كتاب التبرعات منه هو كفالة ولد قاصر، فقد قضت المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري أن: الكفالة التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي. فواضح من نص المادة أن كفالة ولد قاصر هو من التبرعات. وفي الفقه المالكي: من وجد لقيطًا فأنفق عليه فأتى رجل فأقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق إن كان الأب موسرًا حين النفقة لأنه ممن تلزمه نفقته، هذا إن تعمد الأب طرحه وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه، فإن كان قد ضل أو هرب منه فيعتبر الملتقط متبرعا ولا يرجع على الأب⁽¹⁾.

(1) الخطاب، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، 194.

المبحث الثاني: التبرعات المسماة في القانون المدني الجزائري

نظم القانون المدني الجزائري تصرفات وعقود عدة تدخل ضمن التبرعات على غرار القوانين العربية الأخرى، مع شيء من الاختلاف اليسير في تفصيلات الأحكام، سيذكر في موضعه، مع وجود الاتفاق في تسميتها وتنظيمها.

لذلك سيتناول هذا المبحث ذكر مجمل عقود التبرع المسماة التي شملها القانون المدني الجزائري بتنظيم أحكامها، وكيفية ذلك مع ذكر أي اختلاف في ذلك مع القانون المقارن من القوانين العربية، أو مع الفقه الإسلامي.

وبالطبع سوف لن نتناول هنا الهبة وهي أم باب التبرعات التي سبق الكلام عليها في المبحث السابق، وفق الترتيب الذي اخترناه، وقد فضلت تشريعات عربية عدة تناول أحكامها في إطار القانون المدني كما سبق بيانه.

وقد رتبنا هذه التصرفات المسماة وفق أصناف، ولهذا سنتناول هذا المبحث وفق المطالب

التالية:

المطلب الأول: ما فيه تبرع المنافع

المطلب الثاني: ما فيه إسقاط الحق

المطلب الثالث: ما فيه تبرع للغير

المطلب الرابع: تبرعات أخرى مسماة في القانون المدني الجزائري

المطلب الأول: ما فيه تبرع المنافع

والمقصود تلك التصرفات التي لا يتم التنازل فيها عن أي حق مالي، وإنما يقوم فيها المتبرع بإبداء منفعة، كأن يقدم شيئاً على سبيل الإعارة فينتقه به شخص ثم يرجعه له، أو يقوم هو شخصياً بعمل يسدي به خدمة مجانية للغير، فنحن نلاحظ هنا أن الشخص لم يفقر بمعنى لم تنقص ذمته المالية لكن تبرع بشيء آخر وهو منفعة شيء يملكه أو بتقديم خدمة للغير، وهذا ما ينطبق على أربعة عقود وردت أحكامها في القانون المدني الجزائري، وهي العارية والوديعة والوكالة وأداء خدمة.

وبعض اتلعقود المذكورة الأصل فيه أن يكون تبرعاً، وإذا أريد أن تكون معاوضة فلا بد من الدلالة على ذلك، تصريحاً أو ضمناً، كالوكالة والوديعة، هكذا نصت أكثر القوانين، ولطرد أي لبس لا بد من إضافة عبارة: بدون أجر، أو بدون مقابل، أو مجاناً، للدلالة على أنها تبرع.

أما الإعارة فقد نصت على تعريفها المادة 538 من القانون المدني الجزائري فذكرت أن "العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال". ومعناها أنها من عقود التبرع.

والعارية في القانون المدني المصري الجديد عقد رضائي بعدما كانت عينية في القانون القديم، وذلك تمثيلاً مع التطور الحديث وطبقاً لما أخذ به في عقد القرض⁽¹⁾.

وقد صرح القانون المغربي والإماراتي على وجوب توفر أهلية التبرع في المعير، فقد جاء في المادة 853 من القانون المدني الإماراتي أنه يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للتبرع عليه بالعارية. ونصت المادة 831 من القانون المدني المغربي أنه يلزم لإعارة الشيء، توفر أهلية التصرف فيه على سبيل التبرع. وليس للأوصياء والمقدمين ومن يتولون إدارة أموال الغير أن يعيروا الأشياء التي يكلفون بإدارتها.

وكما رأينا في آثار التبرع فإنه في الأصل لا ضمان استحقاق على المعير وكذلك لا ضمان عيوب خفية، وهذا ما نصت عليه المادة 541 من القانون المدني الجزائري: "لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب نزع اليد.

ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 1358.

الشيء منه، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه كذلك". ويقابلها المادة 638 من القانون المدني مصري.

أما فيما يخص العقد الثاني الذي هو الوديعة في القانون المدني الجزائري فالأصل فيها أنها تبرع، فقد نصت المادة 596 من القانون المدني الجزائري أن الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

وفرقت المادة 592 من القانون المدني الجزائري بين الوديعة إذا كانت بأجر أو بغير أجر في المسؤولية العقدية.

ومما يتعلق بموضوعنا فقد نصت المادة 855 من القانون المدني الأردني أنه "1. إذا أنفق المودع لديه على الوديعة بغير إذن المودع أو المحكمة كان متبرعا. 2. إلا انه يجوز للمودع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع".

ونصت المادة 595 من القانون المدني الجزائري أنه إذا تبرع وارث المودع الوديعة بحسن نية، يلتزم بقيمتها وقت التبرع. وهنا مشكل في الصياغة العربية لنص المادة في حين أن صياغتها بالفرنسية واضح جدا. وتقابلها المادة 723 من القانون المدني المصري التي جاء فيها ".وأما اذا تصرف فيه تبرعا فانه يلتزم بقيمته وقت التبرع".

وفي خصوص العقد الثالث الذي هو الوكالة قضت المادة 581 القانون المدني الجزائري أن الأصل ففي الوكالة أنها عقد تبرع؛ وتقابلها المادة 709 من القانون المدني المصري "1- الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا في حالة الوكيل...".

ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته، كما هو الأمر بالنسبة للمحامي..."⁽¹⁾.

ونجد أن القانون المدني الكندي قد تعامل جيدا مع حكم الوكالة فجعلها في الأصل تبرعية إذا

(1) عمار نصار، مرجع سابق، ص1457.

كانت بين الأشخاص العاديين، وجعلها في الأصل غير تبرعية أي بعوض في الوكالة الاحترافية⁽¹⁾. أما تبرعات الوكيل فلا بد فيها من إذن خاص وتعيين المتبرع به، فقد نصت المادة 574 القانون المدني الجزائري أنه يشترط في الأعمال التبرعية للوكيل إضافة إلى وكالة خاصة تعيين محل العمل فيها على وجه التخصيص.

ونجد أيضا في القانون المدني الكندي للكيبك تفصيل مهم في التفريق بين الوكالة التبرعية والوكالة بأجر حيث إن قانون الإجراءات المدنية الكندي للكيبك ألزم إذا وكل شخص طبيعي أحد مقربيه كزوج أو أحد الوالدين أو صديق... أمام المحاكم المدنية في الديون الصغيرة، لا بد أن تكون هذه الوكالة بدون أجر أي تبرعية. بخلاف الدولة والأشخاص المعنوية والشركات والجمعيات فلا يمكنهم ذلك⁽²⁾.

التصرف الرابع والأخير الذي نظمه القانون المدني الجزائري في باب التبرع بالمنافع فهو أداء خدمة، وفي الفقه الإسلامي هناك مصطلح مرادف له وهو الإخدام (services). فمن كانت عادته أداء خدمة أو حرفة ولم ينفق على المقابل سلفا فلا يحمل على التبرع وإنما له أجره المثل، هذا ما قضى القانون والفقه الإسلامي كما يلي:

فقد قضت المادة 681 من القانون المدني المصري أنه يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به أو عملا داخلا في مهنة من أداها. وكذلك المادة 903 من القانون المدني العراقي: "1. يفرض في أداء الخدمة، أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملا ليس مما جرت العادة بالتبرع به أو عملا داخلا في مهنة من أداها. 2. وإذا لم ينص العقد على مقدار الأجر قدر بأجر المثل".

(1) Art C.c.Q: Le mandat est à titre gratuit ou à titre onéreux. Le mandat conclu entre deux personnes physiques est présumé à titre gratuit, mais le mandat professionnel est présumé à titre onéreux.

(2) Art 959 C.p.c.Q: Les personnes physiques doivent agir elles-mêmes; elles peuvent cependant donner mandat à leur conjoint, à un parent, un allié ou un ami de les représenter. Ce mandat doit être donné à titre gratuit, au moyen d'un écrit qui indique les raisons pour lesquelles la personne est empêchée d'agir elle-même et qui porte la signature de celle-ci.

L'Etat, les personnes morales, les sociétés ou associations ne peuvent être représentés que par un dirigeant ou une autre personne à leur seul service et liée à eux par contrat de travail.

المطلب الثاني: ما فيه إسقاط حق

هناك تبرعات سماها القانون المدني الجزائري تجمعها صفة معينه وهي إسقاط حق مالي وهو نوع من تصرفات الإنسان في حقه، مضمونه أن يتنازل فيه الشخص عن حقه ويزيله، دون أن ينتقل هذا الحق إلى شخص آخر أو جهة أخرى فيزول الحق بذلك وتنتهي المطالبة به، وذلك كالإبراء عن الدين وإسقاط حق الشفعة والخيار، فهو "إزالة الحق لا إلى مستحق"⁽¹⁾ ومثالها أيضا إسقاط حق النفقة. فهو إذن أعم من الإبراء إذ كل إبراء إسقاط ولا عكس⁽²⁾. ونمثل له أيضا بالتنازل عن الضمان في المعاوضات كالبيع وغيره، وأيضا الصلح.

وإسقاط الحق ينشأ بإرادة واحدة، ولا بد فيه من أهلية التبرع، ولا يحتاج إلى الشكلية؛ وقد تناولت القوانين العربية إسقاط الحق في مواضع مختلفة فمثلا عند الكلام عن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان أو إسقاطه في عقود المعاوضات كعقد البيع وغيره كما سيأتي، وفي الصلح كما سيأتي أيضا، وتناولته أيضا في مسألة التنازل عن التقادم قبل ثبوته، التي تدرج تحت مسألة جواز إسقاط الحق قبل وجوبه⁽³⁾.

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد جاء في المادة 322 من القانون المدني الجزائري أنه: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه... وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه..."

وهي مطابقة للمادة 388 من القانون المدني المصري⁽⁴⁾، ويوضحه ما جاء في قرار محكمة

(1) انظر محمود طهماز، أسباب سقوط الحق في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير ص53، وقد نقل عن: د. عبد الرحمن محمد عبد القادر، نظرية إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية، والموسوعة الفقهية الكويتية.

(2) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، ص241.

(3) نفس المرجع والصفحة، وقد أورد الحطاب المالكي بحثا مهما حول مسائل سقوط الحق قبل وجوبه في كتابه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"، انظر الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص306.

(4) جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "... فلا يجوز إذن قصر مدة التقادم أو إبطالها أو التنازل عن أي تقادم قبل ثبوت الحق فيه، بيد أنه يجوز التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ... ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الإفكار، ويتفرع على ذلك توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل، وجوزا طعن لدائنين على هذا التنازل بطريق الدعوى البوليصية، دون أن تكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذي وقع التنازل لمصلحته فضلا عن غش المدين". انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص832.

النقض المصرية رقم 1704 بتاريخ 1994/02/17 " ... إن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأي شرط شكلي... "(1).

وقد نص التشريع المغربي على ضرورة أهلية التبرع فيمن يقدم على التنازل عن حق التقادم فقد جاء في المادة 373 القانون المدني المغربي أنه لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله. و من ليست له أهلية التبرع ليس له ترك الحق بناء عليه من التقادم. ويقابلها المادة 386 من القانون المدني التونسي، والمادة 371 من القانون المدني الموريتاني.

ولإسقاط الحق في الفقه الإسلامي قواعد منها أنه من أسقط حقا من حقوقه لزمه الإسقاط إذا كان أهلا للتبرع به؛ وكان ذلك بعد وجوب الحق له. وليس للمسقط حقا الرجوع فيه إلا إذا كان هناك عذر قوي... وإسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع لا يلزم. وإذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل، لزمها الإسقاط. وإذا أسقطت المرأة حقا في الحضانة، فإن كان الإسقاط بعد وجوب الحضانة لها، لزمها الإسقاط، وإلا لم يلزم. وإذا أسقطت الزوجة حقا في الحضانة حال العصمة لزمها الإسقاط. وإذا خالغ الزوج زوجته على إسقاط حضانتها وهي حامل لزمها الإسقاط... (2).

التصرف الآخر الذي يدخل في التبرعات التي فيها إسقاط حق وورد تنظيمه في القانون المدني الجزائري هو إسقاط الضمان، وقد تناول القانون المدني الجزائري مسألة الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط في عدة عقود معاوضات وخاصة عقد البيع منها، فمثلا نصت المادة 377 من القانون المدني الجزائري الفقرة 1 الواردة في أحكام عقد البيع أنه "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه أو يسقطاه". والمقصود ضمان الاستحقاق، وفي شأن ضمان العيوب الخفية فقد ذكرت المادة 384 من القانون المدني الجزائري أنه "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقط هذا الضمان...".

فلم يشترط القانون المدني أي أهلية خاصة للتصرف في هذا الضمان مع أنه يمكن أن يكون فيه

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 833.

(2) انظر جعيط عبد العزيز، مرجع سابق، المواد من 198 إلى 208. يذكر أهل الفقه الإسلامي العتق من جملة التبرعات، وهو تحرير العبيد من الرق، وقد حضت عليه الشريعة الإسلامية، والعتق نوع من الإسقاط، فأهله أهل التبرع، أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، الفقرة 63.

إسقاط الذي لا يقابله شيء، ولعل مرد الأمر أن القانون جعل ذلك مما يدخل في المساومة التي هي من خاصية المعاوضات، وليس من التبرع في شيء، فلا يستحق الأمر سوى أهلية التصرف في التعاوض.

وفي الفقه الإسلامي ما يفيد أن إسقاط الضمان من التبرع، فقد نصوا أنه من المعروف، وهو من مرادفات التبرع عندهم⁽¹⁾، ويرى بعضهم أن إسقاط الضمان لا يجوز أخذ المقابل عنه لأن "إسقاط الضمان ليس متمولا يتصرف فيه بعوض، فحينئذ يكون أخذ عوضه من باب أكل أموال الناس بالباطل"⁽²⁾، لكن الذي يبدو أنهم يقصدون بالضمان هنا تبعة هلاك الشيء.

التصرف الآخر الذي يدخل في التبرع كإسقاط حق هو الصلح وذلك إذا كان يتضمن التنازل عن جزء من المدعى فيكون فيه تبرع. فقد نصت المادة 460 من القانون المدني الجزائري أنه يشترط فيمن يصلح أن يكون أهلا للتصرف بعوض... لكن المادة 648 من القانون المدني الأردني اشترطت أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق ونصها: "1 . يشترط فيمن يعقد صلحا ان يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح. 2 . وتشترط أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق".

ونصت المادة 671 من القانون المدني اليمني أنه لا يصح الصلح ممن لا يملك التبرع كالصبي المأذون له وولي الصغير وناظر الوقف ومن اليهم الا في حالتين: 1 . إذا كان مدعيا لمن يمثله وكان المدعى عليه منكرا ولا بينة للمدعي فله أن يتصالح على بعض الحق ولا تبرأ ذمة الغريم من الباقي. 2 . إذا كان من يمثله مدعى عليه ولدى المدعي بينة وحكم بثبوت الحق فيصلح عنه بما أمكنه.

وهو المقرر في الفقه الإسلامي، قال خليل في مختصره: الصلح على غير المدعى بيع، أو إجارة وعلى بعضه هبة.

أما التصرف الأخير مما فيه إسقاط سماه القانون المدني الجزائري فهو الإبراء؛ وهو نزول الدائن

(1) انظر مثلا: المازري، شرح التلقين، مرجع سابق، ج8، ص411، وكذلك ابن ناجي فقد جاء في شرحه على الرسالة: "وإسقاط الضمان معروف.. بخلاف ما أصله المكايسة كالرهن...". ابن ناجي التنوخي، شرح الرسالة، مرجع سابق، ج2، ص208.

(2) العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 1992، دار الفكر، بيروت، ج2، ص214.

عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي حتما⁽¹⁾.

وقد نص القانون الجزائري أنه تبرع وتسري عليه أحكامه، فقد نصت المادة 306 من القانون المدني الجزائري أنه "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع. ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان". وتقابلها المادة 372 مدني مصري، و 447 مدني أردني و 339 مدني لبناني.

ويختص الإبراء كتصرف تبرعي بأنه ينشأ بإرادة منفردة ولكن لا يتم إلا بوصوله إلى علم المدين ويرتد برده، فقد جاء في المادة 305 من القانون المدني الجزائري أنه ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين. وتقابلها المادة 371 من القانون المدني المصري؛ وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه: يتم الإبراء في أحكام المشروع بإرادة منفردة، وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية، ويستكمل حكمه متى وصل إلى علم المدين ولم يعترض عليه⁽²⁾.

وما ذكر هو ما جاء في مجلة الأحكام العدلية التي وضعت وفق المذهب الحنفي ولا ينسحب هذا على كل مذاهب الفقه الإسلامي، فإن الراجح عند المالكية أن الإبراء كتبرع بالدين على المدين هو تمليك، يدخل مبلغا جديدا ضمن ثروة المدين، ومن ذلك فهو عقد يحتاج إلى الإيجاب من طرف الدائن، وإلى القبول من طرف المدين، لأن الإنسان لا يملك رغم أنه. ورتبوا بناء عليه: أن الدائن إذا توفي قبل أن يقبل المدين لا يتم إبراء، ويرجع مبلغ الدين إلى الورثة⁽³⁾. وجاء فيه أيضا: يعتبر الإبراء فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية كالأهلية والدعوى البوليصية تبرعا. أما من حيث الشكل فلا يشترط فيه وضع خاص، حتى لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شروط شكلية معينة⁽⁴⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج3، ص962.

(2) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص762. وانظر المادة 353 من التقنين المدني التونسي.

(3) التجكاني، مرجع سابق، ص40.

(4) انظر عمار نصار، المرجع نفسه، ص726.

المطلب الثالث: ما فيه تبرع للغير

المقصود بالغير هنا طرف ثالث غير المتعاقد معه، فيدخل الاشتراط لمصلحة الغير والحوالة التبرعية والكفالة والتأمين.

وقد سبق الكلام على التبرع في الاشتراط لمصلحة الغير، ويلاحظ في الاشتراط لمصلحة الغير أن المنتفع الذي هو المتبرع له ليس طرفا في العقد. ونضيف هنا ما نصت عليه المادة 229 من القانون المدني اللبناني: إن التعاقد لمصلحة الغير لا يستوجب سوى الانطباق على قواعد الصيغ المطلوبة لصحة الاتفاق الذي أدمج فيه، فهو إذا لا يخضع لصيغ الهبة بين الأحياء وإن يكن تبرعا محضا للشخص الثالث المستفيد.

أما الحوالة فيمكن أن تكون الحوالة على سبيل المعاوضة، كما يمكن أن تكون تبرعا فقد نصت المادة 244 من القانون المدني الجزائري على أحكام الحوالة إذا كانت بعوض، وإذا كانت بدون عوض أي التبرعية⁽¹⁾.

وفي المادة 247: يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية أو بغير ضمان. وفي شأن الكفالة فقد نظم القانون المدني الجزائري أحكامها في المواد 644 إلى 673، لكن لم ينص على أنها تكون على سبيل التبرع، وورد في بعض القوانين العربية التصريح بأنها في الأصل تبرعية ففي المادة 1035 من القانون المدني اليمني: الأصل في الكفالة التبرع ويصح أن تكون بأجر بحسب العرف، وفي المادة 952 من القانون المدني الأردني أنه يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع.

ويطلق عليها في الفقه الإسلامي أيضا الضمان؛ ويشترط في الضامن أي الكفيل أن يكون ممن له التبرع في المال⁽²⁾، ولا حجر عليه لأحد، وكذلك من حجر عليه في الزائد على ثلثه كالمريض والزوجة، فإنه يصح ضمانه فيما لم يحجر عليه فيه وهو مقدار ثلثه فأقل. لا يصح ضمان المحجور مطلقا، ولا ضمان المريض أو الزوجة في الزائد على ثلثهما. وإذا كانت الكفالة تبرعية فإنها لا تحتاج إلى حيازة.

(1) انظر تفصيل مسألة الحوالة بيع أو معروف، وما يترتب على ذلك، في المازري، شرح التلقين، مرجع سابق، ج7، ص30 . 26.

(2) قال في تحفة الحكام وهي منظومة فقهية مشهورة في القضاء المالكي في شأن الضمان ويقصدون به الكفالة: وصح من أهل التبرعات # وثلث من يمنع كالزوجات.

أما التصرف الأخير هنا مما يكون تبرعا للغير وورد تنظيمه في القانون المدني الجزائري هو عقد التأمين، ومعروف أنه يمكن أن يكون عقد التأمين على سبيل التبرع من المؤمن لصالح الغير المنتفع.

المطلب الرابع: تبرعات أخرى مسماة في القانون المدني الجزائري

هناك تبرعات أخرى سماها القانون المدني الجزائري ولا تنتظم فيما ورد ذكره في المطالب الثلاثة السالفة كالقرض، والمرتب مدى الحياة، وعقد الاستهلاك.

أما القرض فإذا كان بين الأفراد ففي القانون الجزائري هو دائما تبرع؛ فقد نصت المادة 454 القانون المدني الجزائري أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.

فإذا كان القرض من غير فائدة فهو تبرع، وقد نصت المادة 540 من القانون المدني المصري أنه إذا استحق الشيء، فإن كان القرض بأجر، سرت أحكام البيع، وإلا فأحكام العارية.

وبوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: ويلتزم المقرض أيضا بضمان الاستحقاق، والمفروض في هذا الضمان أن القرض لم يرد على نقود لأن النقود لا تستحق، فإذا ورد على مثلي غير النقود، وفرز وسلم للمقترض، ثم استحق، فإن كان القرض بأجر اتبعت أحكام البيع وإلا فأحكام عارية الاستعمال، وهذه تقضي بالأضمان إلا أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق... (1).

ونصت المادة 541 من القانون المدني المصري أنه: 1. إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استبقاء الشيء، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيبا.

2. أما إذا كان القرض بأجر وأ كان بغير أجر ولكن المقرض قد تعمد إخفاء العيب، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب، وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب."

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: ويلتزم المقرض أخيرا بضمان العيب، فإذا ظهر في الشيء عيب خفي، كنفذ زائف، فإن كان القرض بغير فائدة ولم يتعمد المقرض إخفاء الزيف، فلا يستطيع المقرض أن يطلب استبدال سليم بمعيب، ولكنه لا يلتزم أن يرد إلا قيمة

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص1036.

الشيء معيباً أو الشيء المعيب نفسه، أما إذا كان القرض بفائدة أو تعتمد المقرض إخفاء العيب فللمقترض أن يطلب إصلاحه إذا كان هذا ممكناً، وإلا كان له أن يطلب استبدال السليم بالمعيب⁽¹⁾.

أما المرتب مدى الحياة فيمكن أن يكون على سبيل المعاوضة ويمكن أن يكون تبرعاً كما بينت ذلك المادة 613 القانون المدني الجزائري أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض. ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية. وتقابلها المادة 741 من القانون المدني المصري

أما المادة 615 من القانون المدني الجزائري فتناولت الشكل الذي يأخذه عقد المرتب مدى الحياة، فإذا كان تبرعياً فيأخذ شكل عقود التبرع. وتقابلها المادة 743 من القانون المدني المصري. وقضت المادة 616 من القانون المدني الجزائري أنه لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز على المرتب إلا إذا كان قد قرر على سبيل التبرع.

أما عقد الاستهلاك فقد ورد تنظيمه في قانون خاص⁽²⁾، ويخضع فيما عداه للقواعد العامة في القانون المدني، فهو يمكن أن يكون على صورة المعاوضة، ويمكن أن يكون على سبيل التبرع، لأن المادة الثالثة من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، عرفت المستهلك كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

ومما يتعلق بموضوعنا فيما ورد من أحكام في خصوص هذا العقد أن المادة 13 من هذا القانون منعت التنازل عن حق الضمان والخدمة ما بعد البيع، وهذا استثناء من القواعد العامة الواردة في هذا الشأن في القانون المدني الجزائري. ولم تفصل مواد هذا القانون في حكم الضمان والمسئولية العقدية إذا كان عقد الاستهلاك مجاناً، هل هو مطابق لعقد الاستهلاك بمقابل؟، الأمر يحتاج إلى نظر وبحث.

(1) نفس المرجع والصفحة.

(2) القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25 فبراير لسنة 2009.

المبحث الثالث: التبرعات المسماة في قوانين الأحوال الشخصية العربية

هناك تبرعات نظم أحكامها قانون الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية، ولم يرد لها ذكر في قانون الأسرة الجزائري، ولا القوانين التي تم تناولها في المباحث السابقة، فمحل ذكرها هنا. والمقصود هو التبرعات التالية: التبرع بنية القرى كالصدقة، والنذر..، والوصاية واللقطة والهدية والرقبى. والملاحظ أنه لم ينظم أحكامها إلا قانون الأحوال الشخصية اليمني من بين القوانين العربية، هذا إذا استثنينا الوقف الذي يفهم من نص قانون الأسرة الجزائري أنه يعامله كالصدقة، وفي ذلك نظر كما سبق بيانه.

لذلك سيكون هذا المبحث استكشاف لما تناوله قانون الأحوال الشخصية اليمني بخصوص التبرعات المذكورة، وكيفية تنظيمه لها، مع مقارنة ذلك مع القوانين العربية الأخرى، ومقابلته أيضا مع الفقه الإسلامي وخاصة الفقه المالكي منه، الذي تتأثر به تشريعات المغرب العربي، وهو غير المذهب الفقهي الإسلامي الذي تأخذ به التشريعات اليمنية.

وعليه سوف يتناول هذا المبحث المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التبرع بنية القرى

المطلب الثاني: التبرعات الأخرى في قوانين الأحوال الشخصية العربية

المطلب الأول: التبرع بنية القربى

تناولنا في ركن السبب أنه يمكن أن يكون قصد المتبرع بتبرعه القربى إلى الله أو ثواب الآخرة، وأبرز نموذج لهذا هو الصدقة، فعندئذ تختلف أحكامها عن الهبة وخاصة في أمرين وهما أنه: لا يشترط الحيابة فيها، ولا رجوع فيها، فالعطايا المتقرب بها تلزم بالعقد⁽¹⁾. وقالوا: ما كان من العطية على وجه القربى فلا اعتصار فيه⁽²⁾.

والصدقة اسم مصدر لتصدق، ومصدره التصدق وهي العطية لثواب الآخرة أو له مع وجه المعطي عند الأكثر. ولم ينص القانون الجزائري على أحكام الصدقة، إلا ما ورد من لفظ التصدق في تعريف الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق. وسبق ذكر أن الأصح أن الوقف من التبرعات لا من الصدقات"⁽³⁾.

أما القانون المدني العراقي فعنون للصدقة مع الهبة، وعرفها في المادة 601 الفقرة 2: "والصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص". وذكر من موانع الرجوع في الهبة أن تكون صدقة كما في المادة 623.

وتفترق الهبة عن الصدقة في أمرين، أحدها أن الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر، والثاني أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع والهبة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها ببيع ولا هبة إلا أن تكون الصدقة على الابن ففيها روايات...⁽⁴⁾ أي أن الهبة يجوز للواهب شراؤها وقبولها بهبة بخلاف الصدقة فإنه يكره فيها ذلك⁽⁵⁾.

وتجمع القوانين العربية على أن من موانع الرجوع في الهبة⁽⁶⁾: إذا كانت الهبة صدقة أو لجهة

(1) ابن العربي، المسالك شرح موطأ مالك، مرجع سابق، 455/5

(2) نفس المرجع والصفحة

(3) انظر الخرخشي، مرجع سابق، ج7، ص80.

(4) ابن رشد، المقدمات، مرجع سابق، ج2، ص414، و التوزري، مرجع سابق ج4، ص27.

(5) التسولي، مرجع سابق، ج2، ص240. وانظر باب "العمل فيمن أعطى شيئاً في سبيل الله" في ابن العربي، المسالك شرح موطأ مالك، المرجع نفسه، ج5، ص51.

(6) المادة 502 من القانون المدني المصري، والمادة 470 من القانون المدني السوري، والمادة 579 من القانون المدني الأردني، والمادة 491 من القانون المدني الليبي، و المادة 649 من القانون المدني الإماراتي، والمادة 243=

من جهات البر.

وخص قانون الأحوال الشخصية اليمني أحكام الصدقة بفصل وتكلم عنها في مشتبهات الهبة بعد الهدية في الفصل الثاني، فنصت المادة 206 منه أن: الصدقة كالهبة إلا أنها لا تقتضي العوض ويقوم فيها القبض مقام القبول ويمتنع فيها الرجوع بعد القبول أو القبض. ونصت المادة التي تليها 207 أنه: تصح الصدقة لقضاء دين على الميت أو بكفنه ويقبض الدائن الدين والمجهز الكفن.

أما فيما يخص التصرف الثاني الذي يدخل في التبرع بنية القربى فهو النذر، وقد انفرد قانون الأحوال الشخصية اليمني بذكر أحكام النذر في الفصل الثالث بعد الصدقة، فعرفته المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية اليمني كما يلي: النذر هو إيجاب مكلف مختار على نفسه بلفظه أو ما في معناه بمال أو فعل أو ترك يلزمه الوفاء به دون توقف على قبول، ويصح بكل لفظ يدل عليه أو بالكناية أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة من الأخرس ويقع مطلقاً أو مقيداً بشرط أو مضافاً إلى أجل. ومثلت المادة 301 من القانون المدني اليمني للالتزام بالإرادة المنفردة بالنذر والوعد بالجائزة. وذكرت المواد 209، 210، 211 شروط النذر، بينما نصت المواد 212 إلى 219 أحكام النذر.

أما حكم النذر في الفقه المالكي التي ترجع إليه بعض التشريعات العربية في الأحكام الموضوعية للهبة خصوصاً وللتبرعات عموماً فعند المالكية يقضى بالنذر إذا كان لمعين، أي لا يكون التزاماً مدنياً إلا إذا كان النذر لمعين⁽¹⁾؛ وبعض فقهاء المالكية رد هذا الكلام، ورأوا أن الأصح عدم القضاء بالنذر لأنه يفتقر إلى نية، ومتى قضي عليه بغير اختياره لم تصح منه نية فلم يكن منه وفاء، وعند هؤلاء التبرع بنية القربى لا يقضى به مطلقاً سواء كان لمعين أو لغير معين، فهو عندهم التزام طبيعى فقط⁽²⁾.

=من القانون المدني السوداني.

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ج2، ص251.

(2) محمد العاقب بن مايابي، مرجع سابق، ص6 و7.

المطلب الثاني: التبرعات الأخرى في قوانين الأحوال الشخصية العربية

والمقصود كما سبق ذكره أربعة عقود وهي الوصاية واللقطة والهدية والرقبى. وقد تناول القانون الجزائري أحكام الوصاية في المواد 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري، ولم ينص على أحكام لها إذا كانت بأجر أو بغير أجر أي تبرعية. وقد نصت على ذلك المادة 280 من قانون الأحوال الشخصية اليمني بما يلي: تكون الوصاية تبرعا بغير أجر إلا إذا نص الموصي أو طلب الموصى. وإذا طلب الوصي أجرا قدره له القاضي بأجر المثل ويسرى الأجر من تاريخ الطلب.

أما اللقطة⁽¹⁾ فيتناولونها في باب التبرعات، من حيث الإنفاق الذي يمكن أن ينفقه الملتقط على اللقطة هل يرجع به على رب اللقطة فلا يكون متبرعا وهذا في أحوال، أو لا يمكن أن يعوض عما أنفقه فيكون في حكم المتبرع، وهذا في أحوال أخرى.

فقد نصت المادة 1238 من القانون المدني اليمني أن: الملتقط متبرع بما أنفقه على اللقطة إلا إذا أمره القاضي بالإنفاق فيكون له الرجوع بما أنفق وله حبس اللقطة حتى يأخذ النفقة، فإن تلفت بعد الحبس سقطت النفقة وإذا كان لللقطة أجر أجراها الملتقط بإذن القاضي للإنفاق عليها من الأجرة، ويجوز للقاضي أن يأمره ببيعها وحفظ ثمنها تبعاً للمصلحة.

وذكرها المقري التلمساني في باب العطايا والمرافق من كلياته فقال: كل مال معصوم معرض للضياع فهو لقطة إن أخذ وإلا فلا يلتقط⁽²⁾.

أما الهدية فيعرفونها بأنها هبة خالصة لوجه المعطى ف"المقصود في الهدايا التودد"⁽³⁾. وقد خص قانون الأحوال الشخصية اليمني فصلا في الهدية، فنصت المادة 203 أن الهدية هبة فيما ينقل تتم بالقبض وبكفي أن يحملها إلى المهدي إليه مميز. ونصت المادة 204 منه أنه تحرم الهدية إذا وقعت في مقابل واجب أو محذور مشروط أو مضمّر ويعاقب الطرفان بحسب القانون. وقضت المادة 205 أن الجهاز للعروس يأخذ حكم العرف وهو ما يقدمه العريس أو غيره للعروسة.

وتتناول قوانين عربية أخرى خصوص الهدية في الخطبة كقانون الأسرة القطري، والقانون المدني

(1) عرفها ابن عرفة المالكي بقوله: "مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما"، انظر التعريف وشرحه في الرصاع، مرجع سابق، ص 562.

(2) المقري، مرجع سابق، ص 181، الكلية رقم 434، وقبلها ذكر القاعدة التالية "كل ما لا ملك لأحد عليه مما تمس الحاجة في العمارة إليه فهو حريمها".

(3) العبارة لابن رشد، انظر الونشريسي، المعيار، مرجع سابق، ج 11، ص 111.

العراقي، فقد نصت المادة 612 القانون المدني العراقي أن الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معا، يجب أن يردهما الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائما وممكننا رده بالذات.

وتكلم أهل الفقه الإسلامي كثيرا على هدية المديان⁽¹⁾، وعن "ما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق"⁽²⁾. أما الرقبي فهي تملك العين في الحال واشترط استردادها بعد موته، فهي على هذا التفسير كالعمرى تماما عند من فسر العمرى بذلك وهم الجمهور ومن تأثر بذلك من القوانين العربية، وقيل إنها تملك مضاف إلى زمان في المستقبل وليست تملك في الحال، وهي بهذا المعنى باطلة عند الجمهور، لأن التملك لا تجوز إضافته إلى الزمان المستقبل، لكنها على هذه الصورة الأخيرة تصح على قول مالك وتخرج على أنها وصية.

وهناك معنى آخر للرقبة وهي ممنوعة عند المالكية وصورتها أن يقول شخص لآخر: داري لك إن مت أنا قبلك تضمها إلى دارك، ودارك لي إن مت أنت قبلي أضمها إلى داري، فيكون هذا العقد نوعا من المخاطرة، لأنه لا يدرى من يموت منهما أولا، وفيه خروج عن قصد التبرع⁽³⁾.

أما في التشريعات العربية فقد نص قانون الأحوال الشخصية اليمني عليها في المادة 224 بما

(1) المازري، شرح التلقين، مرجع سابق، ج4، ص402؛ وانظر التجكاني، مرجع سابق، في الكلام عن الهدية.

(2) انظر تحفة الحكام وشروحها في فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق.

(3) انظر أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، الفقرة 43.

وأورد السنهوري أنه "قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث، فهو اتفاق باطل. أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها، فلا وجود له فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعا. قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1934/06/14 رقم 199. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم بأن الرقبي باطلة بتاريخ 1931/03/25، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية، وهذا هو مذهب مالك بتاريخ 1935/03/05". انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج8، هامش ص8.

قلت: الذي في مذهب مالك في الصورة المذكورة الرقبي باطلة، أما ما يمكن حمله على الوصية هو إذا ما كانت الرقبي من أحدهما فقط.

يلي: "الرقبى كالعمرى مطلقة أو مؤبدة أو مقيدة تأخذ أحكامها المبينة في المواد السابقة". فجعل أحكام الرقبى والعمرى واحدة.

وقد ورد في القضاء المصري أنه "يجوز للواهب أن ينقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له في الحال مع احتفاظه بالحق في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته دون أن ينتفي وصف الهبة عن التصرف⁽¹⁾؛ وهذا ما يصدق على معنى الرقبى عند الجمهور.

(1) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 1459 بتاريخ 1983/01/04، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص978.

المبحث الرابع: التبرعات المسماة في القوانين المدنية العربية

هناك مجموعة من عقود التبرع نظمت أحكامها التشريعات المدنية العربية، ولم يتناولها التشريع الجزائري، فينبغي معرفتها، وخاصة نحن نتناول النظرية الجامعة في التبرعات، فلا يليق أن تترك هذه الدراسة شاردة ولا واردة مما يتعلق بالتبرع على الأقل مما سماه التشريع العربي.

والأمر يتعلق بالعقود التالية الهبة المستترة، ومر أن يصطلح عليها في الفقه الإسلامي بالتوليغ، ويدخل في التبرع المستتر المحاباة، والتبرع بشرط العوض وقضاء دين الغير والمكافأة التشجيعية والدخل الدائم

وكما سارت عليه المباحث السابقة نذكر وجه الإضافة فيه إلى التبرع، ومقارنة ذلك بالقانون الجزائري، وما جاء في خصوصه في الفقه الإسلامي وأي اختلاف إن وجد.

لذلك سيشمل هذا المبحث الكلام على العقود المذكورة من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: التبرع بشرط العوض والوعد بالتبرع

المطلب الثاني: التبرع المستتر

المطلب الثالث: المكافأة التشجيعية والدخل الدائم

المطلب الأول: التبرع بشرط العوض والوعد بالتبرع

نتناول في هذا المطلب ما سمته القوانين المدنية العربية في شأن التبرعات ما لم يتناوله التشريع الجزائري، وذلك بتناول التصرفين التاليين وهما التبرع بشرط العوض، والوعد بالتبرع، وذلك بتخصيص فرع لكل منها كما يلي:

الفرع الأول: التبرع بشرط العوض

الفرع الثاني: الوعد بالتبرع

الفرع الأول: التبرع بشرط العوض

إذا كان التبرع بشرط العوض، فهو ليس تبرعا محضا، فلذلك يخرج التصرف عندئذ من باب التبرعات، وتطبق عليه أحكام المعاوضات. فتسري القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين على عقد الهبة إذا كانت الهبة بعوض⁽¹⁾ مثلا.

فالهبة بعوض تخضع لقواعد الهبة الشكلية والموضوعية، ومن ثم تسري عليها الرسمية أو العينية وأحكام الضمان المخففة وأحكام الرجوع في الهبة، فضلا عن الفسخ لعدم أداء العوض. ولكن عند تحديد قيمة الهبة يجب إنقاص قيمة العوض من قيمة المال الموهوب، فإذا كانت الهبة بعوض صادرة في مرض الموت اعتبرت قيمة الهبة التي يجب ألا تتجاوز ثلث التركة هي الفرق بين قيمة المال الموهوب وقيمة العوض.

وإذا كانت قيمة العوض أكبر من قيمة الموهوب أو تعادلها، كان العقد معاوضة لا تبرعا. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الذي يلتزم بموجبه شخص بنقل حق عيني أو بعمل شيء إلى هيئة من الهيئات العامة، مقابل قيام تلك الهيئة بعمل للمصلحة العامة، هو عقد معاوضة لا تشترط فيه الرسمية، ولا تطبق عليه أحكام الهبة⁽²⁾.

وقد تناول القانون المدني المصري أحكام الهبة بعوض، وأعطاه القانون المدني اليمني تسمية

(1) "مفاد المادتين 486، 497 من القانون المدني أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له استخدام المال الموهوب في أغراض معينة، فإذا أخل بهذا الالتزام جاز للواهب . تطبيقا للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين . المطالبة بفسخ العقد لأن الهبة بعوض . وأيا كان المقابل . عقد ملزم للجانبين" قرار محكمة النقض المصرية رقم 979 بتاريخ 19/06/1990، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 832.

(2) انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، هامش ص 132.

جيدة وهي التبرع بشرط العوض في المادة 210 "... وعقد التبرع بشرط العوض لا يتم إلا بقبض العوض".

ويكون العوض المشترط التزاما يقع على الموهوب له فقد نصت المادة 497 من القانون المدني المصري: يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة.

ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "... قد تكون الهيئة بعوض، فيكون العوض التزاما في ذمة الموهوب له، وهو عادة أقل من الموهوب، فإن تبين أنه أكبر في القيمة، فلا يكون الموهوب له ملزما أن يؤدي إلا بقدر قيمة الموهوب. وقد يشترط العوض لمصلحة الواهب، كأن يهب شخص مالا لآخر ويشترط عوضا أن يرتب له إيرادا مدى الحياة لا يزيد عن ريع الموهوب، أو يشترط لمصلحة أجنبي، كما إذا كان هذا الإيراد قد رتب لمصلحة شخص غير الواهب وهذه صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير، أو يشترط لمصلحة عامة، كما إذا اشترط الواهب أن يصرف الموهوب له ريع الموهوب أو جزءا منه على جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفى..."⁽¹⁾

أما في الفقه الإسلامي فيعرفون التبرع بشرط العوض بأنه عطية قصد بها عوض مالي. وأن هبة الثواب في الحقيقة بيع من البيوع⁽²⁾.

وأما في حكمها فقال القرطبي: "... وما حكاها مالك من أن هبة الثواب مجتمع عليها عندهم، وكيف لا تجوز وهي معاوضة تشبه البيع في جميع وجوهه، إلا وجها واحدا وهي: أن العوض فيها غير معلوم حالة العقد. وإنما سامح الشرع في هذا القدر؛ لأنهما دخلا في ذلك على وجه المكارمة، لا المشاحة، فعفا عن تعيين العوض فيه، كما فعل في نكاح التفويض⁽³⁾. ولذلك فما لا يجوز بيعه فلا

(1) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 986.

وجاء في القضاء المصري أيضا: "المقرر أنه إذا كانت الهيئة مشروطة للمساهمة في خدمة عامة فإن الرسمية لا تكون لازمة لانعقادها و أن الهيئات التي يشترط فيها مقابل لا تعتبر من قبيل التبرعات المحضة التي يجب أن توثق في عقد رسمي" الطعن رقم 1528، جلسة 1984/02/21.

(2) التوزري، مرجع سابق، ج 4، ص 27.

(3) القرطبي، مرجع سابق، ج 4، ص 582، وانظر ص 581.

يجوز هبته للثواب.⁽¹⁾

ويستدل بالقرائن لتمييز التبرع المحض من التبرع بشرط العوض، فمثلا "هبة الأدنى للأعلى موضوعة للعوض والأعلى للأدنى للتبرع بشهادة العرف"⁽²⁾.

الفرع الثاني: الوعد بالتبرع

تناول القانون المدني المصري نموذج بارز من الوعد بالتبرع وهو الوعد بالهبة فقد نصت المادة 490 من القانون المدني المصري أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية.

ويوضحه ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري:

"... والوعد بالهبة إذا كان منصبا على عقار وجب أن يكون بورقة رسمية... أما إذا انصب على منقول كما في الاكتتابات العامة فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرفية، ويجوز الرجوع في الوعد على النحو الذي يجوز فيه الرجوع في الهبة"⁽³⁾.

أما في الفقه الإسلامي فقال الحطاب: وأما العدة فليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئا الآن وإنما هي إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل ولا خلاف في استحباب الوفاء بالوعد... واختلف في وجوب القضاء بها على أربعة أقوال⁽⁴⁾:

أولها يقضى بها مطلق، وثانيها لا يقضى بها مطلقا، وثالثها يقضى بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء، كقولك: أريد أن أتزوج أو أن أشتري كذا أو أن أقضي غرمائي فأسلفني كذا... فقال نعم.. فإن ذلك يلزمه. أما الرابع فيقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو الراجح عندهم.

(1) ابن العربي، مرجع سابق، ج6، ص451.

(2) القرافي، مرجع سابق، ج6، ص272.

(3) انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص983.

(4) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ج1، ص254. والولاتي، مرجع سابق، ص130. وانظر أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مرجع سابق، ص6.

قال المقري التلمساني في كلياته رقم 431: كل وعد لم يدخل الموعود في عهدة ولا علق بما يدخل في التصرف في المال فإنه لا يقضى به، وإلا قضى. انظر المقري، مرجع سابق، ص181.

وقد يدق التمييز بين أن يكون التصرف تبرعا أو مجرد وعد بالتبرع، قال الحطاب: الفرق بين ما يدل على الالتزام أي بالتبرع وما يدل على العدة فالمرجع فيه إنما هو إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال فحيث دل الكلام على الالتزام، أو على العدة حمل على ذلك ولهذا قال الشيخ خليل في مختصره في باب الخلع، وألزمت البيونة إذا قال أن أعطيتني ألفاً فارتك أو قال أفارقك أن فهم الالتزام أو الوعد إن ورطها فالشرط فالشرط في قوله إن ورطها راجع إلى الوعد. قال في التوضيح كما لو باعت قماشها، أو كسرت حليها والله تعالى أعلم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التبرع المستتر

يمكن أن يكون التبرع المستتر من خلال تبرع حقيقي في صورة وشكل معاوضة، أو يكون محاباة في المعاوضات، فنتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التبرع في صورة معاوضة

الفرع الثاني: المحاباة في المعاوضات

الفرع الأول: التبرع في صورة معاوضة

تناول القانون المدني المصري التبرع المستتر من خلال التصرف بتبرع في صورة معاوضة، وذلك بتناول نموذج عن ذلك وهو الهبة المستترة في المادة 488 منه.

وسبق الكلام عن هذا التصرف وأحكامه بالتفصيل عند تناول أحكام النزاع في التبرع، إذا اعترض على التبرع بدعوى الصورية⁽²⁾.

ويسمى التحايل بإخراج التبرع في صورة معاوضة في الفقه الإسلامي توليحا.

قال التسولي: التوليح والمحاباة متباينان، لأن التوليح هو العطية في صورة البيع، والمحاباة هي البيع بأقل من القيمة أو بأكثر⁽³⁾.

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ج1، ص257.

(2) انظر ص 250 من هذه الدراسة.

(3) انظر التسولي، مرجع سابق، ج2، ص82.

الفرع الثاني: المحاباة في المعاوضات

المحاباة هي تبرع ضمن عقد معاوضة، فإذا باع شخص عقارا قيمته ألف بمبلغ ثمانمائة كان في هذا محاباة للمشتري بمائتين، وإذا باعه بألف وخمسمائة كان في هذا محاباة للبائع بخمسمائة⁽¹⁾. ولهذا عرفوها ب: أن يبيع بأقل من الثمن بكثير بقصد نفع المشتري أو يشتري بأكثر من ذلك بقصد نفع البائع⁽²⁾، ولها حكم التبرع، وإن كانت معاوضة، لأن الفارق المحابي به تبرع. ولا تختص المحاباة بالبيع، بل تدخل المعاوضات كلها، لذلك اعتمدنا في هذه الدراسة مصطلح "المحاباة في المعاوضات"

وتناولت المادة 1109 من القانون المدني العراقي محاباة المريض مرض الموت فنصت أن: "1. كل تصرف ناقل للمكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية اياً كانت التسمية التي تعطى له. 2. ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان او غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت. ونصت المادة 211 من قانون الأسرة القطري أنه تسري أحكام الوصية على كل تصرف يصدر في مرض الموت بقصد التبرع، أو المحاباة، أياً كانت التسمية التي تعطى له. وهي مطابقة للمادة 244 من قانون الحوال الشخصية الإماراتي. وحكم المحاباة في الفقه الإسلامي حكم العطية⁽³⁾.

(1) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، الفقرة 72.

(2) شرح التاودي على تحفة الحكام بهامش شرح التسولي. انظر التسولي، مرجع سابق، ج2، ص82.

(3) مسألتان من معيار الونشريسي فيمن باع بالمحاباة وعليه دين:

1. سئل أبو سعيد ابن لب عن باع أملاكاً له وليس له خلفها وتم البيع بينهما وقبض الثمن وأنفقته وبعد ذلك قامت زوجة البائع بدين لها عليه من نفقة وغيرها وتاريخ رسم الدين مقدم على تاريخ رسم البيع فهل لها فسخ البيع لتأخذ دينها في المبيع أو يمضي البيع وتتبع زوجها بالدين مهما وجدت له مالاً؟ بينوا لنا الحكم مأجورين مشكورين. فأجاب: وقفت على السؤال المكتتب والحكم في ذلك أن البيع نافذ ولا مقال فيه للزوجة ولا لغيرها من أهل الديون ويتبعون بديونهم ذمته إلا أن يثبت أن البيع كان لمحاباة في بعض الثمن على القيمة وقت البيع حتى يدخل مدخل الهبات فإن لأهل الديون السابقة فيه متكلماً لأجل المحاباة إذا لم يكن له وقت البيع ما تقع فيه المحاباة من المال والسلام عليكم. (انظر الونشريسي، مرجع سابق، ج5، ص234)

2. وسئل الأستاذ أبو سعيد ابن لب عن رجل باع أصل ملك كان له لم يكن له غيره وقبض ثمنه وتصرف فيه، ثم =

المطلب الثالث: المكافأة التشجيعية والدخل الدائم

نتناول في هذا المطلب ما ورد في القوانين المدنية العربية في شأن تصرفين، وهما المكافأة التشجيعية والدخل الدائم في فرعين اثنين كما يلي:

الفرع الأول: المكافأة التشجيعية

الفرع الثاني: الدخل الدائم

الفرع الأول: المكافأة التشجيعية

فصل القانون المدني المصري في المكافأة التشجيعية التي تعطى للعامل في أنها لا تعد من قبيل التبرعات، فلا تعتبر المكافأة التي تصرف للعامل جزاء أمانته جزءاً من الأجر إلا إذا كانت مقررة في عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها، وعلى هذا جاء تأكيد القضاء المصري بأن "الأصل في المكافأة التشجيعية التي تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته والمنصوص عليها من المادة 683 من القانون المدني والمادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 أن تكون تبرعاً من قبل صاحب العمل، لا يلزم بأدائها، ولا تعتبر جزءاً من الأجر إلا إذا كانت مقررة في عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر"⁽¹⁾.

فتنتفي نية التبرع في عطايا المكافأة أو هبات المجازات لأنها معاوضة إذا كانت وفاء بالتزام طبيعي، وتنتفي نية التبرع في المكافآت السنوية التي تمنحها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم، فهذه عطايا لا تعتبر هبة فهي جزء من المرتب غير ثابت⁽²⁾.

وقد سبق في هذه الدراسة أن ذكرنا أمثلة لما يلتبس بالتبرع وليس منه، وذكرنا من بين الأمثلة

=قامت زوجته بعد ذلك تطلبه بدين لها عليه قديم ، هل يفسخ البيع أم لا؟

فأجاب: الحكم في ذلك أن البيع نافذ ولا مقال فيه للزوجة ولا لغيرها من أهل الديون، ويتبعون بديونهم ذمته، إلا إن ثبت أن البيع كان بمحاباة كثيرة بنقص الثمن عن القيمة وقت البيع حتى يدخل مذخل الهبات، فإن لأهل الديون السالفة متكلماً فيه لأجل المحاباة إذا لم يكن له وقت البيع ما تسع فيه المحاباة من المال . (انظر الوئشريس، مرجع سابق، ج10، ص433).

(1) قرار محكمة النقض المصرية رقم 107 بتاريخ 1979/06/02، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص1392.

(2) د. محمد تقي، مرجع سابق، ص36.

الفرع الثاني: الدخل الدائم

مثل ما رأينا مع المرتب الدائم مدى الحياة، أيضا الدخل الدائم يمكن أن يكون معاوضة ويمكن أن يكون على سبيل التبرع وهو ما نص عليه القانون المدني المصري.

فقد نصت المادة 545 القانون المدني المصري أنه "1 . يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من النقود أو مقدار معيناً من أشياء مثلية أخرى، ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية.

2 . فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، أتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسري على القرض ذي الفائدة".

(1) في المطلب الخامس من المبحث الأول للفصل الأول من الباب الأول.

المبحث الخامس: التبرعات المسماة في القوانين الغربية

هناك أصناف أخرى من تبرعات خصصتها القوانين الغربية بالتنظيم غير ما سبق ذكره في المباحث السابقة، من ذلك المؤسسة الشبيهة بالوقف عندنا والتي تسمى (La fiducie) في القانون الفرنسي، ومعروفة في القانون الأنجلوسكسوني ب(Trust)، وأيضا الهدية إلى الموظفين أثناء تأديتهم لعملهم، والنقل المجاني للأشخاص وللأشياء، والعقد التطوعي الجماعي، فنستعرض ذلك في مطلبين الآتيين كما يلي:

المطلب الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie، والهدايا إلى الموظفين

المطلب الثاني: النقل المجاني والعقد التطوعي الجماعي Le contrat de volontariat associatif

المطلب الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie، والهدايا إلى الموظفين

نتناول في هذا المطلب بالبحث تصرفين تبرعين مهمين تناولهما التشريع الغربي، ولا يوجدان في التشريع العربي، أولهما تصرف يشبه الوقف عندنا يعرف في التشريع الفرنسي باسم La fiducie، وفي الإنجليزية باسم "Trust" لذلك جعلت تسميته المؤسسة الشبيهة بالوقف. أما التصرف الثاني فهو ما يقدم كهدية للموظفين أثناء تأديتهم لخدمتهم، وهو تصرف جدير بالالتفات والدراسة؛ فننتاول كلا التصرفين من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie

الفرع الثاني: الهدية إلى الموظفين

الفرع الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie

هذا النوع من التصرف جديد على القانون الفرنسي فلم ينظم في فرنسا إلا سنة 2007، بمقتضى قانون 2007-211 واصطلحوا على تسميته بـ"La fiducie"، ولكنه معروف في الدول الأخرى التي تعتمد القانون الأنجلوسكسوني كإنجلترا وأمريكا، وسبق تشريعه فيها قبل عشرات العقود، ويعرف عندهم باسم "Trust".

وصورة هذا التصرف أن يدفع شخص أمواله إلى جهة لتديرها له وتكون أرباحها لصالح أشخاص يعينهم هو في عقد أو لأعقابه أو لجهة من جهات البر⁽¹⁾. وطبعا سوف يكون هذا الشخص أو الجهة التي يدفع إليه الأموال ممن يستأمنهم صاحب المال ويضع فيهم كل ثقته، ولذلك سموها في الإنجليزية باسم "Trust" التي ترجمتها ومعناها الثقة، ومن هنا جاءت التسمية، وبالرجوع إلى تطبيقات هذا التصرف عندهم وجدت أن الصليب الأحمر مثلا يعتبر من بين الجهات في كندا التي يمكن أن

(1) www.dictionnaire-juridique.com/definition/fiducie.php

Le contrat de fiducie permet au ou, aux titulaires d'un droit, d'un bien ou d'un patrimoine, dits " les constituants", de transférer à une ou d'autres personnes dits le ou les "fiduciaires", la propriété de tout ou partie de ses droits du ou des constituants à un ou plusieurs "bénéficiaires", pour réaliser un objet conventionnellement défini. L'article 2012 et s. nouveaux du code civil résultant de l'Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, précise que si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.

تكون الطرف الذي يدير هذه الأموال⁽¹⁾. فللشبه الكبير بينه وبين تصرف الوقف عندنا جعلت تسميته المؤسسة الشبيهة بالوقف، لأن الشخص صاحب الأموال في كلا التصرفين يقوم بوقف أمواله ورصد منافعها لصالح جهات معينة، وهذا ما يميز الأموال الوقفية.

لكن يظهر أن القانون الفرنسي قد قيد هذا التصرف بما جعله مباحا لما عليه الأمر في البلدان الأخرى كإنجلترا وأمريكا⁽²⁾.

وقد نظم القانون المدني الفرنسي أحكام هذا التصرف حديثا في المواد 2011 إلى 2030. بينما نظم أحكامه القانون المدني الكندي للكيبك في المواد 1260 إلى 1298.

الفرع الثاني: الهدية إلى الموظفين

تناولت تصرف الهدية إلى الموظفين المادة 909 القانون المدني فرنسي⁽³⁾، لكن المنع فيها متوجه إلى الموظفين في القطاع الصحي والصيدلاني ومن ينوب نيابة قانونية لحماية البالغين والأشخاص المعنوية، فمنعت استفادتهم من أي تبرع من هؤلاء سواء كان تبرعا بين الأحياء أو كان

(1) انظر الموقع الرسمي للصليب الأحمر الكندي في الرابط التالي:

www.redcross.ca/article.asp?id=15896&tid=016

(2) Cédric Bernat, La fiducie en droit français

<http://cedricbernat.wordpress.com/2010/08/31/la-fiducie-en-droit-francais>

(3) Art 909 C.c.F: Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité

Sont exceptées:

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.

متعلقا بالموت كالوصية.

وتناولته أيضا المادة 1817 من القانون المدني الكندي للكيبك⁽¹⁾؛ فمنعت التبرع إلى المالك، والمديرين، وكل من يعمل في المؤسسات الصحية أو مؤسسات الخدمات الاجتماعية الذي لا يكون من أقرباء المتبرع، فالتبرع باطل في حالة كونه أثناء الاستشفاء أو تلقي الخدمة.

Le contrat de العقد التطوعي الجماعي النقل المجاني المطلب الثاني: volontariat associatif

ينظم التصرف المعروف بفرنسا بالعقد التطوعي الجماعي Le contrat de volontariat associatif القانون رقم 586-2006 المؤرخ في 2006/05/23 المتعلق بالتطوع الجماعي والتعهد بالتعليم.

وحاصل هذا القانون أنه جعل المتبرع بمثل هذه الأعمال له وضع قانوني خاص به، يكون ما بين العامل الأجير (salarie) والمتبرع المحض (Bénévole)، فتكون له حقوق معروف بها. وبالنسبة للتبرع بالنقل المجاني سواء للأشخاص أو للأشياء فقد تناوله القانون المدني الكندي، فقد نصت المادة 2032 من القانون المدني الكندي للكيبك⁽²⁾ على أحكام هذا التصرف بالنقل المجاني للأشخاص وللأشياء.

ومن بين ما جعلته من أحكام خاصة بهذا التصرف أنها خففت المسؤولية العقدية عن ناقل الأشخاص أو الأشياء مجانا، فلا يمكن أيطالب بنفس المسؤولية التي يطالب بها من قام بهذا التصرف بعوض.

(1) Art 1817 C.c.Q: La donation faite au propriétaire à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux qui n'est ni le conjoint ni un proche parent du donateur est nulle si elle est faite au temps où le donateur y est soigné ou y reçoit des services.

La donation faite à un membre de la famille d'accueil à l'époque où le donateur y demeure est également nulle.

(2) Art 1817 C.c.Q: Sauf s'il est effectué par un transporteur qui offre ses services au public dans le cours des activités de son entreprise, le transport à titre gratuit d'une personne ou d'un bien n'est pas régi par les règles du présent chapitre et celui qui offre le transport n'est tenu, en ces cas, que d'une obligation de prudence et de diligence.

المبحث السادس: التبرعات المسماة في الفقه الإسلامي

بعد ذكر ما تناولته مختلف التشريعات العربية والغربية من تنظيم لتصرفات التبرع سواء كان ذلك بالأصالة أو على وجه تضاف فيه إلى التبرع، نخص المبحث الحالي بذكر تصرفات التبرع التي قد سميت في الفقه الإسلامي، وذكرت أحكامها فيه، ولم يرد لها تشريع خاص في القوانين العربية. والتصرفات المقصودة متعددة لزم تصنيفها، فنتناول دراستها وفق المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: الإعارة الواجبة

المطلب الثاني: الإباحة

المطلب الثالث: التبرعات في الزواج

المطلب الأول: الإعارة الواجبة

في الفقه الإسلامي بعض التبرعات مندوب إليها على سبيل الإحسان والتفضل لكن إن اقتضت الضرورة أو الحاجة تصبح لازمة وواجبة، وذلك مثل إعارة حق الارتفاق، والمساعدة في إخصاب إناث الحيوان لمن ليس له الذكور وهو المسمى بحق الإطراق، وإعطاء ثمرة الشجر ويسمونها العرية، أو منفعة الدابة وتسمى المنحة؛ فنتناول التصرفات المذكورة من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: حق الإرفاق

الفرع الثاني: العرية والمنحة

الفرع الثالث: حق الإحبال

الفرع الأول: حق الإرفاق

ذكرنا الإرفاق هنا، وإن كان يمكن أن يعطى بمقابل، تماشياً مع الأصل فيه بأنه من التبرعات في الفقه الإسلامي، لذلك يصنفونه معها.

وذكر القانون المدني الجزائري أحكام حق الارتفاق عند ذكر الحقوق المتجزئة عن حق الملكية في الكتاب الثالث منه الخاص بالحقوق العينية الأصلية، وأورد تعريفه في المادة 867 من القانون المدني الجزائري حيث تنص أن "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال"؛ ، فهو إعطاء منافع العقار ويسمى أيضا الإرفاق، ويعرف أيضا بأنه "حق مقرر لعقار على عقار آخر ليس لمالك العقار الأول"، ويعرف أيضا بأنه: إعارة بعض منافع العقار بصفة مؤقتة أو دائمة⁽¹⁾.

وأمثلته كثيرة كحق الشرب وحق المسيل، وحق المرور، أو موضعا من جداره يغرز فيه خشبة يدعم بها حائطه، ونحو ذلك من المرافق والمنافع.

وهو من أنواع الهبة في الفقه الإسلامي.

وهذا التصرف مندوب إليه في الشريعة الإسلامية للتكافل الاجتماعي ولذلك سمي إرفاق وارتفاقا، وقد يكون واجبا، يجبر عليه من يرفضه.

(1) التجكاني، مرجع سابق، ص 58.

وفي الفقه المالكي يجوز العوض عن حق الإرفاق⁽¹⁾، وعند الأحناف لا يجوز بيع حق الشرب وإيجاره ويستدلون بأنه ليس بمال متقوم⁽²⁾.

وحقوق الارتفاق محصورة عند الأحناف في حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور، أما عند المالكية فليست محصورة فيضاف إلى الأربع كل ما يحتاجه الناس من ارتفاقات كحق التعلي وحق الجوار وعدم البناء على أحد العقارين إلا على بعد معين من العقار الآخر أو عدم رفع البناء المجاور إلى ما يزيد على مقدار مقرر وهو محصور في حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور⁽³⁾.
وحق الارتفاق في القوانين العربية هو من الحقوق المالية، وبالتحديد هو حق عيني أصلي، ومتجزئ عن حق الملكية لذلك يكون محلاً للبيع والتعاوض، ولا يذكر في القانون أنه على سبيل التبرع.

الفرع الثاني: العرية والمنحة

العرية جمعها العرايا، وهي هبة الثمرة أي أن يهب له تمر نخلة أو ثمر شجرة للانتفاع بها دون أصلها.

وحكمها أنها جائزة عند مالك في كل ما يبس ويدخر، وعند الشافعي هي جائزة في التمر والعنب فقط...

وقد استعمل المسلمون الأوائل هذه الوسيلة للتخفيف من حاجات من لا نخل لهم، فقد استعملها الأنصار مع المهاجرين غداة الهجرة، فأعزى الأنصار للمهاجرين أشجار من النخيل، ظلت بيد

(1) وسئل الشيخ الدردير المالكي عن رجل له أرض بينها وبين البحر أرض لآخر فطلب الأول من الثاني إجراء الماء في قناة من أرض الثاني لأرض الأول فهل يجبر الثاني على ذلك، وإذا مكنه من ذلك مدة عشر سنين مجاناً وأراد منعه إلا بعوض فهل يجاب إلى ذلك؟:

فأجاب بقوله: يجبر رب الأرض على إجراء القناة في أرضه لأرض الآخر بأجرة المثل، وأما مدة عشر سنين التي مضت فهي محمولة على التبرع، وله طلب الأجرة بعد ذلك. انظر عليش، فتح العلي المالكي، مرجع سابق، ج2، ص148.

(2) أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، ص24، وانظر علي الخفيف، بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، ط1، 2010، دار الفكر العربي، ص196، وذكر الشيخ علي الخفيف هنا معلومة مهمة في تاريخ النظم مهمة وهي أن هذا الاصطلاح "حقوق الارتفاق" أول من أطلقه المالكية، وعنهم أخذ.

(3) انظر علي الخفيف، بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، المرجع نفسه، ص196.

المهاجرين حتى فتح خيبر السنة السابعة للهجرة حيث حصل من لم يكن له نخيل من المهاجرين على كفايته من نخيل خيبر. (1)

وتبطل العرية بما تبطل به سائر التبرعات، وهو وجود المانع قبل حوزها بعد ظهور الثمرة على أصلها، بأن مات معريها أو فلس أو مرض أو جن واتصل مرضه أو جنونه بموته، لأنها عطية لا تتم إلا بالحوز كسائر العطايا. وذكروا أن الحوز هنا لا يفيد إلا بعد ظهور الثمرة (2).

وقال ابن رشد: الفرق بين العرايا والهبات: إن العرية تقصد بها الموساة بالثمن لا نفس المعري فلا تجب للمعري إلا بالطيب فإن قبضها قبل ذلك وجب عليه سقيها وزكاتها والهبة يقصد بها عين الموهوب له فخرجت عن ملك الواهب ووجبت للموهوب له بالقبض... (3).

أما المنحة فمفهومها في الفقه الإسلامي أنها هبة غلة الحيوان كالركوب والحمل واللبن والصوف وغير ذلك.

ولا فرق في جوازها بين كونها طول حياة الممنوح أو توقيتها بأجل محدود من المعطي، ولا بد فيها من الحوز على قاعدة التبرعات (4).

ومن أحكام المنحة أنه في حالة الضرورة أو الحاجة الملحة تكون واجبة، وفي غير ذلك تكون مندوبة من نطاق التبرع، أو الإحسان الاختياري.

ولا يخفى ما للمنحة من دور اجتماعي، بتوطيد العلاقات، ودور اقتصادي مهم، بتوفير الكفاية للمحتاجين، وخاصة في البوادي (5).

الفرع الثالث: حق الإحبال

حق الإحبال أو حق الإطراق ويسمى أيضا إعارة الفحل، والفحل هو الحيوان الذكر المستعمل لإحبال المواشي الإناث في موسم الضراب قصد الحصول على الإنسال، ولتنمية الثروات الحيوانية

(1) د. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 247.

(2) قال المازري: العرية أصل قائم بنفسه أجزى للمرفق ورفع الضرر فلا يقاس عليه غيره، انظر المازري، المعلم في

شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 2، ص 348.

(3) القرافي، مرجع سابق، ج 5، ص 210.

(4) التوزري، مرجع سابق، ج 4، ص 37.

(5) التجكاني، مرجع سابق، ص 62.

للفرد وللجماعة.

فإذا كان لمالك مواش فحول فائضة عن حاجة مواشيه للإطراق، وليس للآخر أو للآخرين فحول لهذه المهمة، فيجب على مالك الفحول أن يسمح باختلاط المواشي حتى يتم ضراب الفحول في الإناث، ويتمكن من لا فحل لهم من الإنجاب، واستدرار اللبن.⁽¹⁾ فهو إذن من التبرع الواجب والإحسان الإلزامي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الإباحة

الإباحة وتسمى أيضا التحليل هو أن يأذن لغيره بالانتفاع بماله أو بتملكه، لا على وجه التعاقد، وقد يكون الإذن عاما أو خاصا، ولا يشترط أن يكون المأذون له بذلك معلوما للإذن بشخصه أو باسمه. مثاله الضيافة العامة والخاصة، ونثر النقود في العرس ونحوه ليأخذها من تصل يده إليها، ومن ذلك ما لو ألقى الإنسان شيئا من ماله أو سيبه وقال من أراد أن يأخذه فليأخذه⁽²⁾ فهي حق انتفاع يستفيد منه المباح له لوحده.

وللأذن أن يرجع عن إذنه، ويبطل ما أذن به، لأن هذا الإذن من قبيل الإباحة، وهي تبرع غير لازم.

ومثالها أيضا: من يبيع أرضه ترعى فيها غنم غيره.

وقد نص القانون المدني اليمني أن الإعارة إباحة انتفاع، فقد نصت المادة 965 من القانون المدني اليمني أن "العارية هي إباحة المعير منفعة مملوكة له إلى مستعير لها بلا عوض مدة من الزمن أو لعمل معين".

وإباحة شخص ماله لغيره تتم بصورتين، أولها إباحة الاستهلاك، وهذه تتضمن إذن المالك لغيره من الأفراد أو الجماعات أن يأكلوا أو ينالوا من ماله، بقصد استهلاكه بصفة نهائية. كالدعوة إلى الوليمة والضيافة.

والصورة الثانية إباحة الانتفاع، وهذه يهب فيها المالك منفعة ماله لآخر، لمدة محدودة يحتفظ فيها بملكية رقبة المال، كأن يأذن شخص لآخر ركوب سيارته، أو يأذن له بقطف ثمار بستانه مادام

(1) التجكاني، مرجع سابق، ص58.

(2) أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، هامش ص12.

موسم القطف، وكأن يضيف شحص آخر بقصد توفير المبيت. وتدخل هذه الصورة في العواري.⁽¹⁾ ومن آثار الإباحة أن ينتج عن الإباحة كعقد يتراخى فيه القبول عن الإيجاب أحيانا إذن بالأكل أو بالتناول للانتفاع، ولا ينتج عنها ملكية الشيء المباح، فهذا يبقى على ملك صاحبه، حتى لحظة الأكل أو التناول، ولذلك لا يجوز للمباح له أن يتصرف في المال المباح له بالتبرعات، كالهبة والصدقة، ولا بالمعاوضات كالبيع.

إلا أنه عند تمام الأكل أو التناول لا يجوز للمالك أن يطالب المباح له بقيمة المأكل أو المنتفع به، لأنه بتناول المأكل أو باستيفاء المنفعة يدخل موضوع الإباحة في ملكية المباح له، وتبيح الإباحة نافذة.

وجاء في المادة 875 من مجلة الأحكام العدلية: إذا أباح أحد لآخر شيئاً من مطعماته، فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك، كالبيه والهبة، ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء، وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته.⁽²⁾

المطلب الثالث: التبرعات في الزواج

اهتم الفقه الإسلامي بمسألة مهمة جدا وهي التبرعات التي تقع خلال الزواج، سواء قبله كما في هدايا الخطبة، أو أثناءه كما في التبرعات التي ينعقد عليها الزواج، أو خلال الحياة الزوجية كما في التبرعات بين الزوجين، أو بعده كما في الخلع الذي جعلوه في حكم التبرعات.

ولهم اصطلاحات في ذلك فيطلقون تسمية "المتاع والإمتاع" الهبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية. و"الحباء" على العطاء الذي يعطيه الزوج لولي الزوجة عند العقد أو قبله. و"النحلة" على الهبة للأولاد بمناسبة الزواج فهي ما يعطيه أحد الوالدين لولده من المال في عقد نكاحه

ومن بين أحكام هذا النوع من التبرعات أنه لا يشترط الحيابة في التبرع الذي ينعقد عليه النكاح أي النحلة كما هو شأن سائر التبرعات والهبات.⁽³⁾

أما في هدايا الخطبة فالقضاء المصري قرر أنها تأخذ أحكام القواعد العامة في الهبة:

(1) التجكاني، مرجع سابق، ص35.

(2) انظر التجكاني، المرجع نفسه، ص36.

(3) انظر شروح تحفة الحكام في القضاء عند قول الناظم: "ونحلة ليس لها افتقار . إلى حيابة وذا المختار". مثلا

ميارة الفاسي، مرجع سابق، ج1، ص180.

تسري أحكام الرجوع في الهبة على حق الخاطب في استرداد الهدايا التي قدمها لمخطوبته: المقرر . في قضاء هذه المحكمة . أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج، وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر . ومنها الشبكة . إبان فترة الخطبة، لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروط صحته، إذ يتم الزواج صحيحا بدونها، ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج ذلك عن نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود، واستمد أحكامها الموضوعية من أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإن حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني في المادة 500 وما بعدها⁽¹⁾.

وتقدير العذر الذي يستند إليه الواهب في الرجوع عن الهبة يرجع لسلطة القاضي التقديرية: "إذا كان يشترط للرجوع في الهبة . في حالة عدم قبول الموهوب له . أن يستند الواهب إلى عذر يقبله القاضي، وألا يوجد مانع من موانع الرجوع، وهذا العذر الذي يبيح للواهب الرجوع في الهبة من المسائل التقديرية التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع ما دامت قد أوردت في حكمها الأسباب السائغة التي تكفي لحمل قضائها سواء في قبول العذر أو عدم قبوله، لما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة . 500 من القانون المدني . وانتهت إلى أحقية المطعون ضده في استرداد الشبكة التي قدمها لمخطوبته لما رأته . في حدود سلطتها التقديرية . وللأسباب السائغة التي أوردتها من أن العدول عن الخطبة كان بسبب إعراض الخطيبة وأبيها دون مسوغ عن السير في إتمام الزواج ومن توافر العذر المقبول الذي يببر رجوع المطعون ضده في هبته، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب يكون على غير أساس"⁽²⁾.

وفصلوا أيضا أثر الطلاق على التبرعات بين الزوجين كما سبق ذكره⁽³⁾ كما يلي:

"إن ما يرسله الزوج لزوجته من الثياب والحلي وغيرها قبل البناء ثم يقع الفراق بينهما فيريد

(1) قرار محكمة النقض المصرية رقم 302 بتاريخ 1963/10/24، انظر عمار نصار، مرجع سابق، ص 987.

(2) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1997/07/08، انظر المرجع نفسه، ص 988.

(3) انظر ص 109 من هذه الدراسة.

الزوج أخذه من يدها فهل له ذلك أم لا؟. ففيه تفصيل، وهو: إن يكن سمي ما أرسله إليها هدية فلا يجوز له ارتجاعه من يدها إلا أن يقع فسخ النكاح بينهما قبل البناء فله استرجاع ما بقي بيدها دون ما ضاع منه فلا تطالب به، وحاصله...:

. أن من أهدى هدية قبل البناء وطلق قبله أو بعده فلا رجوع له مطلقاً، وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره، ولا خلاف في ذلك. وإن طلق عليه لعدم الإنفاق فكذلك على الراجح.

. وإن فسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها على الراجح. وإن فسخ بعد البناء فقد فانت كالطلاق.

. وإن كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيها، وإن لم يطل فله أخذ هديته.

وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف بها. فإن اشترطت كانت كالصداق في جميع الأحوال. وإن جرى بها عرف فقيل يقضى بها كذلك فتنتصف بالطلاق قبل الموت وتكمل به، وقيل تبطل بالموت والطلاق، وقيل لا يقضى بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط...

. وإن سمي ذلك هبة ثواب لتعطيه شيئاً في مقابله وخالفته في ذلك رجع أمرهما للعرف، فمن شهد له العرف حكم له القاضي به، فإن لم يكن عرف فهو محمول على الهبة التي لغير ثواب لقصد المكارمة⁽¹⁾.

والخلع أيضاً أعطوه حكم التبرع، فأعطوا ما تعاوض به الزوجة مقابل العصمة حكم التبرع، فاشتروا أن تكون لديها أهلية التبرع، لكي تباشر مثل هذا النوع من التصرف⁽²⁾.

(1) انظر فصل "فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق" من شرح التوزري على تحفة الحكام. التوزري، مرجع سابق، ج2، ص70 وما بعدها.

(2) هذا وهناك صور أخرى أعطوا لها في الفقه الإسلامي حكم التبرع فجعلوا مما يلتحق به أيضاً ما يؤديه المدعى عليه إلى المدعي في الصلح عن إنكار، وكذا ما يؤديه المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بناء على القول بأن النكول بذل..، ومنها أيضاً الإقرار الذي تدل القرائن على أنه إنشاء أحمد إبراهيم، أصول الفقه، ط1، 2001، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ص122.

خاتمة

رأينا في الباب الأول الذي خصصناه لدراسة كيفية نشوء التبرع وقيامه أن مفهوم التبرع يقوم على تقديم التزام بدون مقابل بقصد التبرع؛ وله خصائص تميزه عن التصرفات الأخرى وخاصة عن المعاوضات وهي التصرفات المقابلة له، وعن أهم تصرف تبرعي وهو الهبة، ثم ميزناه عن التصرف بالإرادة المنفردة ومدى التداخل الكبير بينهما، ومدى صلاحية أن تكون التبرعات مع المعاوضات قسيما للمصادر الإرادية.

. التبرع قد ينشأ من العقد أو من التصرف بالإرادة المنفردة: ينشأ التبرع بإرادتين كما إذا تبرع شخص إلى معين فيشترط قبوله، وقد ينشأ عن طريق الإرادة المنفردة وذلك كما إذا تبرع إلى غير معين.

. اختلاف التشريعات في تنظيم التبرعات: فبعضها يفضل تنظيم التبرعات المشهورة في تقنين الأحوال الشخصية وله حجته في ذلك، وبعضها الآخر يرى مكانها الطبيعي في التقنين المدني. وتختلف أحكامها في التشريعات العربية تبعا للمذهب الفقهي المتبع، . الاعتبار الشخصي لأطراف التبرع، المتبرع والمتبرع له: وأحيانا يكون الاعتبار إضافة لذلك لخصوص العملية كما في تبرع المورث لورثته...

. طلب أهلية التعاقد الكاملة في المتبرع حماية لحقوقه: ناقص الأهلية والسفيه فضلا عن عديمي

الأهلية

. منع أو تقييد تصرفات أصناف من المتبرعين حماية لحقوق غيرهم: كالدائن والزوجة والمريض مرض الموت والنائب القانوني أو الاتفاقي وغيرهم.

. التشدد في شروط رضاء المتبرع حماية له: من أن يكون قد تعجل في تبرعه، ولذلك اشترطت

في أهليته أعلى درجاتها، واشترطت الحيابة والإشهاد عليها

. حماية أوسع للمتعاقدين المتبرعين من عيوب الرضاء: بدليل عدم اشتراط بعض التشريعات في

التصرف التبرعي اتصال العيب الرضائي بالطرف الآخر مما يتيح فرص أكبر لإنقاص الإرادة في حالة التبرع، ويترتب عنه حماية أوسع للمتبرع.

. منع أو تقييد النائب من التصرف التبرعي لخطورة أعمال التبرع: فمنعت النيابة فيها إلا

بتفويض خاص وتعيين للمال المتبرع به إذا كان الموكل أهلا لذلك، وإلا بإذن خاص من القضاء في

حدود ضيقة جدا يرجح بأنها تعوج بالمصلحة على صاحبها.

انظر مثلا الوكيل فلا بد له من وكالة خاصة وتعيين المال محل التبرع

. التساهل في الغرر والجهل الواقعين في محل التبرع وتعيين المتبرع له:

فالقاعدة الفقهية أنه: يتسامح في باب التبرعات

. التخفيف من شروط محل التبرع: لم تنص القوانين صراحة على تفرقة بين شروط محل العقد إذا كان تبرعا أو معاوضة، أما في الفقه الإسلامي فقد نصت مذاهب على التخفيف في شروط المحل، وخاصة المذهب المالكي منها.

. ضرورة توثيق التبرع باشتراط الشكل حماية للمتبرع وتأكيدا لرضائه: خلافا لعقود المعاوضات التي هي رضائية في الأصل، ولا اشتراط للشكل فيها إلا فيما يخص مجموعة منها، تشمل تعاملات ذات شأن كالتعامل في العقار مثلا، فإن أغلب عقود التبرع لا بد من توافر الشكل . اشتراط الشكل في عقود التبرع: من حيازة في المنقول، ورسمية في العقار وما شابه معها، زيادة في توثيق الرضاء ونفيا للتهمة وحماية لحقوق الغير من أي إضرار، لكن اختلفت القوانين العربية في هذا الشأن فمنها ما يجعل الرسمية إن وجدت تغني عن الحيازة، ومنها ما لا تكتفي بذلك، وتشتراط الحيازة إلى جانب الرسمية، لأنها خاصية التبرعات.

. عدم التضييق على اشتراطات المتبرع وتقييداته في تبرعه تسهيفا في انعقادها: فتتفق القوانين على أن باب الاشتراطات في التبرعات أوسع منه في المعاوضات، لكن هذا التوسع في حدود في بعض القوانين، ومداه أوسع في تشريعات أخرى وخاصة التي تستند إلى الفقه المالكي الذي يعد المذهب الأكثر توسيعا وإطلاقا لاشتراطات المتبرع وتعليقاته.

ورأينا في الباب الثاني الذي خصصناه في أحكام التبرع وآثاره أن:

تسليم العين المتبرع بها أو بمنافعها التزام على المتبرع، فهو واجب عليه، بينما بخلاف المعاوضات فإن نفقات هذا الالتزام تقع على المتبرع له كنفقات التسليم والتسلم والتسجيل وغيرها . أما تبعة هلاك العين المتبرع بها أو بمنافعها لا يتحملها المتبرع، فبخلاف المعاوضات فإن المتبرع لا يتحمل في كل الأحوال تبعة هلاك ما تبرع به، إلا إذا تعمد هلاكها، لأن ذلك إضرارا يخالف القصد التبرعي.

ورأينا التخفيف من مسئولية العقدية للمتبرع، فتجمع القوانين على أن مسئولية المتبرع العقدية أخف كثيرا لو كان معاوضا، وهذا ما هو مثبت في الفقه الإسلامي.

وهو منصوص عليه في محله في مختلف التشريعات المدنية عندما تتناول مثل العقود التالية العارية والوكالة والوديعة وغيرها من كل عمل إذا كان تبرعا من غير أجر. واستثنوا إذا كان الضرر

بسبب خطئه جسيم منه أو كان قد تعمد ذلك.

كما أن الأصل عدم ضمان المتبرع لاستحقاق التبرع، فأیضا نصوا في تلك المظان على نفي الضمان عن المتبرع، إذا استحققت العين المتبرع بها، أو المتبرع بمنافعها، اللهم إلا إذا كان يعلم بسبب هذا الاستحقاق أو كانت له يد فيه، وهو ما يتنافى مع مقوم التبرع الذي هو قصد التبرع، فهو في هذه الحالة يقصد الإضرار لا التبرع فيكون ضامنا.

والأصل عدم ضمان المتبرع للعيوب الخفية في التبرع، فأیضا بخلاف المعاوضات فلا يضمن المتبرع العيوب الخفية إن وجدت فيما تبرع به، لأنه مجرد متبرع، لكن إن كان يعلم بهذه العيوب فهو ضامن لها، لأن ذلك يعدد إضرار يتنافى وقصد التبرع. ونص على ذلك القانون في عقد القرض والعارية وغيرها.

وهناك حكم يتفرد به التصرف التبرعي وهو رجوع المتبرع في تبرعه، فهو حكم خاص بتصرف التبرعات يكون به زوال التصرف وفسخه أو مجرد إلغائه، وهذا الحكم في بعض القوانين يدخل التبرعات كلها، وفي قوانين أخرى خاص لا يجوز إلا في تبرعات الأبوين إلى أبنائهما.

كما تقرر مختلف التشريعات حماية أشد للدائن من أي تصرفات تبرعية للمدين، ولهذا أسقطت التشريعات بعض شروط الدعوى التي يمكن أن يطعن بها في التصرف التبرعي فخفت منها، كإسقاط شرطي غش المدين وشرط غش المتصرف إليه في الطعن في تصرف المدين التبرعي بالدعوى البولصية.

وكذلك نظمت مختلف التشريعات أحكام دعوى الصورية، التي يعترض بها كثيرا على التبرعات التي يسترها أصحابها في ثوب المعاوضات، ويكثر النزاع أما القضاء من هذا النوع. وفي النزاع أيضا في دعوى التبرع اختص الفقه الإسلامي بإمكانية توجيه اليمين الحاسمة في دعوى المعاوضات ومنع توجيهها إلى المدعى عليه بالتبرع. ولم يفرق القانون بين الأمرين.

كما لا حظنا أنه يوجد كثير من عقود تبرع مسماة في القانون وفي الفقه الإسلامي، وقد تم استعراض في آخر فصل العشرات من عقود التبرعات المسماة في مختلف القوانين العربية وكذا الغربية، وأیضا في الفقه الإسلامي، والفائدة تكمن في ملاحظة القواعد العامة لنظرية التبرعات فيها.

وبذلك حاولت في هذه الدراسة تفصيل الإجمال الكائن في الأحكام العامة لنظرية العقد، وجعلتها شطرين أساسيين، عقود معاوضات ولها أحكامها الخاصة، ونظريتها المستقلة، وعقود تبرعات كذلك. وهذا التفصيل يزيد من الالتفات والاهتمام بنظام التبرعات الذي هو في أمس الحاجة إلى ذلك.

فإذا كانت فصول هذه الرسالة ومباحثها قد أفلحت في رسم معالم النظرية العلمية المرجوة في تصرفات التبرعات، ولو بملامح تقريبية وبمخطط أولي، فهو المبتغى وما كان مرجوا، وفي كل الأحوال هي عمل حاول فيه الباحث أن يثير هذه المسألة، مذكرا بها أهل البحث والنظر ومساهما معهم، كي يأتوا بما هو أعمق وأحسن وأشمل في هذا المضمار.

ولعلنا في ختام هذا العمل، الذي يرمي من خلال مباحثه إلى تسطير نظرية تجمع قواعد تصرفات التبرع وما يخصه من أحكام، نريد معرفة سبل مساهمة التشريع والفقهاء في إرجاع دور تصرفات التبرع الاجتماعي، وهو الباكورة المرجوة والثمرة العملية من فصول هذه الدراسة.

والأمر يتعلق بجانبين: الجانب الأكاديمي، والجانب التشريعي:

فمن ناحية الدراسات العلمية فلا بد من دراسات أكثر تخصصا وأكثر عمقا في موضوع التبرع، كتخصيص أصناف في تصرفات التبرع بدراسات جامعة تنظيرية ونمثلة بالمواضيع التالية: التبرع للمنفعة العامة، والتبرع بين الزوجين: لحل مثلا مشاكل مساهمات الزوجة لزوجها سواء بالمال أو بالجهد البدني، والتبرع بين الأقارب، والتبرع إلى الجهات الحكومية، والتبرعات المقتضية للتمليك، والتبرع بمنافع الأعيان، والتبرع بمنافع الأبدان أي الأعمال والخدمات، والتبرع بالحقوق المعنوي وغيره، والتبرع بالعقار والسكنى.

أما من حيث التشريع، فيلاحظ ما يلي:

. إن تناول القانون الجزائري أحكام التبرعات المشهورة في مواد معدودة من قانون الأسرة الجزائري، وإحالة أحكام ما لم ينص عليه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، دون تحديد مذهب فقهي معين، يصعب المهمة على القضاء، للاختلاف البين في الكثير من أحكام التبرع بين قواعد الفقه المالكي ومن وافقه، والاتجاه الفقهي الآخر المقابل له، وقد حسمت بعض التشريعات العربية أمرها في الرجوع إلى مذهب فقهي واضح، كالتشريع المغربي الذي يتبنى المذهب المالكي في مثل هذه الأحكام، والتشريع المصري ومن تبعه الذي يوافق المذهب الحنفي في غالب ما وضعه في هذا الشأن، وإن كان استقراء اجتهادات القضاء الجزائري يدل على تأثره بالمذهب المالكي دون أن يصرح بذلك.

. بعد بيان الوحدة الموضوعية لتصرفات التبرع ووحدة أحكامها من خلال النظرية محل الدراسة والبناء، فلم يبق مجال في شأن مثل هذه التصرفات بتفرقة ما يدخل منها في القانون المدني وما يدخل في الأحوال الشخصية، فالتصرف التبرعي واحد وله أحكام واحدة عامة، أما يختص به أنواعها فتفصيلات،

.تشريع صارم لحماية الأوقاف وإرجاع دورها ومكانتها، وكذا كل تبرع مرصد للمصالح العامة.
. تخفيف القيود التشريعية والرسوم عن أعمال التبرع، تشجيعا على الإقدام عليها والإكثار منها.
. ضم أحكام الهبة والعقود الأخرى إلى القانون المدني كما فعلت بعض القوانين العربية، لزيادة الاهتمام بمثل هذه العقود، ولأنه الموضع الطبيعي لها في كونها من المسائل المالية ولا ارتباط أو تأثير لها بالزواج وبالأحوال الشخصية، اللهم إلا تصرفات معدودة وفي صور خاصة منها فقط كالتبرعات المتعلقة بالموت، أو التبرعات في عقد الزواج كما مر معنا، فهذه يمكن ضمها إلى مواد قانون الأسرة، ويبقى الأصل في شأن التبرعات أنها من المسائل المالية المحضة.

ملحقه

بمصطلحات قانون التبرعات

في هذا الملحق مسرد لأهم المصطلحات الخاصة بباب التبرعات وتعريف لها

(أ)

الإباحة: أو التحليل وهو أن يأذن لغيره بالانتفاع بماله أو بتملكه، لا على وجه التعاقد، وقد يكون

الإذن عاما أو خاصا

الإرادة المنفردة:

الإعارة: انظر العارية.

الإمتاع: انظر المتاع.

أجر: أي المقابل والعوض، فيقال: الوكالة بدون أجر أي بدون مقابل.

الإحسان: انظر التفضل.

(ب)

البر: عقود البر من مرادفات عقود التبرع.

الإبراء: هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل.

(ت)

التبرع: هو التصرف الذي يلتزم فيه أحد أطرافه تجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يفتك أي منفعة له.

التبرع الحقيقي: هو ما كان من التبرع بالأصالة مثل الهبة والإبراء.

التبرع الإضافي: هو التصرف الذي يكون تبرعا بالإضافة إلى هذا الوصف، كالوكالة والوديعة لابد من البيان أنها على سبيل التبرع.

التبرع المحض: هو التبرع المقصود قصدا أوليا ظاهرا، كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة.

التبرع بنية القربى: أي يكون الباعث الدافع على التبرع ديني بحت، يعني ابتغاء الثواب في الآخرة.

التبرع بشرط العوض: تقديم تبرع مقترن بالتزام يقع على المتبرع له.

التبرع المستتر: هو تبرع حقيقي في صورة وشكل معاوضة، أو يكون محاباة في المعاوضات.

التبرع المعلق على شرط: ترتيب وجود التبرع على وجود أمر آخر.

التبرع المقترن بالشرط: أن يزداد على التبرع شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما.

(ح)

الحباء: العطاء الذي يعطيه الزوج لولي الزوجة عند العقد أو قبله.

الحبس: من مصطلحات الوقف.

الحيازة - الحوز: هي رفع يد المتبرع من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المتبرع عليه أو نائبه أو تخليته للناس كالأحباس.

التحويز: هو تمكين المعطي المعطى له من العطية.

التحليل: انظر الإباحة.

المحاباة: أن يبيع بأقل من الثمن بكثير بقصد نفع المشتري أو يشتري بأكثر من ذلك بقصد نفع البائع، ولها حكم التبرع، وإن كانت معاوضة، لأن الفارق المحابي به تبرع. ولا تختص بالبيع، بل تدخل المعاوضات كلها، لذلك اعتمدنا في الدراسة مصطلح "المحاباة في المعاوضات".

(خ)

الخدمة - الإخدام: هو التبرع بمنفعة خدمائية.

(ر)

الرقبى: قيل هي تملك العين في الحال واشترط استردادها بعد موته، وقيل إنها تملك مضاف إلى زمان في المستقبل وليست تملك في الحال.
الإرفاق - الارتفاق: هو إعطاء منافع العقار.

(س)

الإسقاط: هو أن يتنازل الشخص عن حقه ويزيله دون أن ينتقل هذا الحق إلى شخص آخر أو جهة أخرى فيزول الحق بذلك وتنتهي المطالبة به.

السكنى - الإسكان: هو هبة منافع الدار مدة من الزمان كسنة.

السلف: انظر القرض

السبيل: مصطلح في الفقه الإسلامي والمقصود به التبرع بنية القربى.

(ص)

الصدقة: هي التبرع بنية القربى، أي لثواب الآخرة.

(ط)

التطوع: من مرادفات التبرع

(ع)

العطية: جمعها عطايا *libéralités* وهي إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء.

المعروف: من مرادفات التبرع في الفقه الإسلامي.

الوعد . العدة: هي إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل.

العارية . الإعارة:

العرية: هو التبرع بإعطاء ثمرة الشجر

العمري: هي تملك المنفعة بدون عوض مدة عمره وتكون في العقار.

الاعتصار: مصطلح عند المالكية وهي الرجوع في التبرع وهي خاصة بهبة الوالد لولده.

المعاونة: هو عقد التبرع للأشخاص للجهات الحكومية.

العوض: انظر الأجر

(ف)

التفضل: معناه الإحسان، ويطلق في القانون في تقسيم التبرعات إلى (هبات) وهي ما كان فيها تملك، و(تفضل) وهو ما لم يكن فيها ذلك.

(ق)

القرض: السلف

(ك)

الكفالة: هناك كفالتان:

كفالة ولد قاصر وهي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه. وكفالة دين أي ضمانه.

المكايسة: من خصائص المعاوضات التي تميزها عن التبرعات ومعناها المشاحة وتقابلها المكارمة.

(ل)

الالتزام: إذا أطلق في الفقه الإسلامي فالمقصود به: التزام التبرع أي إيجاب المرء على نفسه التبرع.

قال الحطاب: مدلول الالتزام.. في عرف الفقهاء: هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية.

(م)

المتاع: أو الإمتاع وهو الهبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية.

المنحة: التبرع بمنافع الدابة.

مجان: من المصطلحات الدالة على التبرع.

مقابل: يقال: التصرف كذا "بلا مقابل" أي هو تبرع.

(ن)

النحلة: هي ما يعطيه أحد الوالدين لولده من المال بمناسبة زواجه وفي عقد نكاحه.

النذر: التزام التبرع بنية القرى.

المنافع: يمكن أن تكون محلا للتبرع

(هـ)

الهبة: هي التملك بدون عوض.

الهبة المباشرة: التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للمتبرع له.

الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له الحق المتبرع به ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.

الهبة المستترة: نوع من التبرع المستتر بإجراء تملك بدون عوض تحت ستار عقد آخر كالمعاوضات.

الهدية: هبة خالصة لوجه المعطى.

(و)

الوقف: حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد

الوصية: تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع

الوصية المستترة:

التوليج: مصطلح في الفقه الإسلامي يقصدون به الهبة المستترة.

Contrats de bienfaisance: عقود التفضل

Contrat à titre gracieux : عقود التفضل

Contrats à titre gratuit : عقود التبرع

Contrat désintéressé : عقود غير ذات اعتبار، وهو مصطلح في القانون الفرنسي المقصود به

عقود التفضل، ويقابلها عقود ذات اعتبار Les contrats intéressés وهي التبرعات المقتضية

للتملك كالهبة.

Contrat de services gratuits : عقود التبرع بالخدمات.

Libéralités : العطايا، فتهم الهبات والوصايا.

Legs : الوصايا

Don – donation : الهبة

Don manuel : هبة يدوية

Donation indirecte : هبة غير مباشرة

Donation déguisée : الهبة المستترة

Donations – partages : مصطلح في القانون المدني الفرنسي والمقصود به عطايا المورث إلى

ورثته وذلك بتقسيم أملاكه عليهم أو على أعقابهم، انظر المادة 1078-4 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها.

Donation onéreuse : التبرع بشرط العوض

Donation rémunératoire : التبرع اعترافا بجميل أسداه المتبرع له

Libéralités graduelles et résiduelles : العطايا المتدرجة والمتبقية، انظر اقانون المدني الفرنسي.

Mutations à titre gratuit : نقل مجاني

la fiducie = Trust : تصرف تبرعي عند الغرب شبيه بالوقف، وصورته أن يدفع شخص أمواله إلى جهة لتديرها له وتكون أرباحها لصالح أشخاص يعينهم هو في عقد أو لأعقابهم أو لجهة من جهات البر.

une fiducie de bienfaisance = charitable trust : تصرف شبيه بالوقف محله تفضل

Testament : الوصية

اسرارِ چھپے

قائمة المراجع مرتبة وفق ثمانية أقسام:

- أولاً: المراجع الخاصة . كتب القانون
- ثانياً: المراجع العامة . كتب القانون
- ثالثاً: المراجع الخاصة . كتب الفقه الإسلامي
- رابعاً: المراجع العامة . كتب الفقه الإسلامي
- خامساً: الرسائل الجامعية
- سادساً: المقالات
- سابعاً: التشريعات والقوانين والاجتهادات القضائية
- ثامناً: المراجع الأجنبية

أولاً: المراجع الخاصة . كتب القانون

- 1 . حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهبة . الوصية . الوقف"، ط 2004، دار هومه، الجزائر .
- 2 . د . داود الباز، عقد تبرع الأشخاص للجهات الحكومية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 3 . د . شهبون عبد الكريم، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، 1992، الدار البيضاء.
- 4 . علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، بحث مقارن، محاضرات على طلبية قسم الدراسات القانونية، 2009، دار الفكر العربي.
- 5 . د . لاشين الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القانون والوقف الإسلامي، ط1، 1986، مكتبة جامعة طنطا، مصر .
- 6 . د . محمد تقيّة،
 . دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، 2003، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر .
 . الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، 1984، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر .

8. نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، 2 جزء، 2002، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.

ثانياً: المراجع العامة . كتب القانون

9. د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، 1974، دار النهضة العربية، بيروت.
10. د. جلال العدوي، مصادر الالتزام، 1997، منشأة المعارف، الإسكندرية.
11. د. السنهوري عبد الرزاق:
 - . الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ط3، 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
 - . مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
 - . نظرية العقد، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
14. د. العطار عبد الناصر توفيق، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول في مصادر الالتزام (العقود والعهود)، مطبعة السعادة.
15. عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، ط1، 2007، الناشر: قوانين الشرق، القاهرة.
16. د. علي علي سليمان،
 - . النظرية العامة للالتزام، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية.
 - . ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر..
18. د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط4، 1983، الدار الجامعية، بيروت.
19. د. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، 2005، مطبعة دار الكتاب، دمشق.

ثالثا: المراجع الخاصة . كتب الفقه الإسلامي

- 20 . الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، (ضمن كتاب فتح العلي المالك للشيخ عlish) ط1958، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- 21 . الهيثمي ابن حجر، قرّة العين في أن التبرع لا يبطله الدين، كتاب مخطوط غير منشور، جامعة الملك سعود، الرياض.
- 22 . محمد العاقب بن مايابي، فض الختام على ما في الحطاب من الوعد والالتزام، كتاب مخطوط غير منشور، مكتبة نواكشوط، موريتانيا.

رابعا: المراجع العامة . كتب الفقه الإسلامي

- 23 . أبو عمران الفاسي، النظائر في الفقه المالكي، تحقيق جلال علي الجهاني، ط2، 2010، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.
- 24 . أحمد إبراهيم إبراهيم، الالتزام في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، القاهرة، بدون تاريخ.
- المعاملات الشرعية المالية، 1936، دار الأنصار، مصر.
- أصول الفقه، ط1، 2001، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
- 27 . أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، 1985، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 28 . ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ط1، 1951، مكتبة السنة المحمدية، مصر.
- 29 . ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، 1992، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 30 . ابن راشد القفصي، لب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الشروط والموانع والأسباب، ط1، 2003.
- 31 . ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط2، 1983، دار الكتب الإسلامية، القاهرة.
- 32 . ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدة، ط1، 1988، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

- 33 . ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، "وثائق ابن سلمون"، ط1، 2011، دار الآفاق العربية، القاهرة.
- 34 . ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة، ط1، 1999، دار النفائس، الأردن.
- 35 . ابن العربي المالكي، القبس شرح الموطأ، ط1، 1992، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 36 . ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986، القاهرة.
- 37 . ابن ناجي التنوخي، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 1982، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 38 . التاودي والتسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، الشرحان في طبعة واحدة، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 39 . التوزري عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، 1339هـ، المطبعة التونسية، تونس.
- 40 . جعيط عبد العزيز، الطرق المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط2، مكتبة الاستقامة، تونس.
- 41 . الجويني، الغياثي، ط2، 1401هـ، بدون دار نشر.
- 42 . الحطاب، شرح مختصر خليل، ط1، 1995، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 43 . الخرخشي، شرح مختصر خليل، ط2، 1900، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر.
- 44 . الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1، 1993، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- 45 . الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989، دار القلم، دمشق، سوريا.
- 46 . الشاطبي، الاعتصام، 2003، دار الحديث، القاهرة.
- 47 . عليش، منح الجليل على مختصر خليل، 1989، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 48 . د. علي الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 1999، دار عالم المعرفة.
- 49 . علي الخفيف،
بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، ط1، 2010، دار الفكر العربي.
أحكام المعاملات الشرعية، 2005، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

- 51 . القرافي، **الذخيرة في الفقه المالكي**، ط1، 1994، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 52 . القرطبي، أحمد بن عمر، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، تحقيق: مجموعة، ط1، 1996، دار ابن كثير، دمشق.
- 53 . المازري،
المعلم في شرح صحيح مسلم، 1988، الدار التونسية للنشر، تونس.
شرح التلقين، ط1، 2008، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- 55 . محمود أفندي حمزة، **الفرائد البهية في القواعد الفقهية**، على مذهب الحنفية، مطبعة أفندي خالد، دمشق، 1298 هـ .
- 56 . مصطفى أحمد الزرقا، **مدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، ط1، 1999، دار القلم، دمشق.
- 57 . المقري أحمد التلمساني، **الكليات الفقهية**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط1997، الدار العربية للكتاب.
- 58 . ميارة الفاسي، **شرح تحفة الحكام**، دار الفكر، بدون تاريخ.
- 59 . الولاتي الشنقيطي، **قواعد الفقه المالكي**، المسمى بدليل الماهر الناصح، ط2006.
- 60 . الونشريسي أحمد بن يحيى،
المعيار، ط1981، الرباط، المغرب.
المنهج الفائق.. بآداب الموثق وأحكام الوثائق، بدون تاريخ أو نشر.

خامسا: الرسائل الجامعية

- 62 . الأحباس ودورها في المجتمع الأندلسي ما بين القرن 4-9هـ/10-15م، ماجستير، عبد القادر ربوح، 2006، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر
- 63 . أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية، محمود طهماز، رسالة ماجستير، 1411 هـ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.
- 64 . الإمام أبو الحسن اللخمي المالكي واختياراته الفقهية في قسم التبرعات، عبد القادر قطشة، ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005.

- 65 . عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، ماجستير، سعاد أبو مشايخ، 2006، جامعة النجاح، فلسطين.
- 66 . عقود التبرعات المقتضية للتمليك في الفقه الإسلامي، أحمد طه عباس حسن، دكتوراه، 1978، كلية الشريعة والقانون بدمهور، جامعة الأزهر، مصر.
- 67 . القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب أصول الفتيا لابن حارث الخشني، عزيزة عكوش، رسالة ماجستير، 2001، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر.
- 68 . نظرية الضمان في عقود التبرعات، دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، علي غازي تقاحة، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.
- 69 . الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، خير عبد الراضي خليل، ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، 1981.
- 70 . الوكالة في الفقه الإسلامي، محمد بن علي السبيهي، ماجستير، 1972، المعهد العالي للقضاء، الرياض، المملكة العربية السعودية.

سادسا: المقالات

- 71 . الأجرابي محمد، الحياة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى المغربي في التوفيق بينهما، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، 2000، ص13-29.
- 72 . أحمد إبراهيم إبراهيم، . التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية 1932، العدد 5، ص605-642. السنة الثالثة 1933: ص51-73، ص224-245، ص497-555، ص647-708، ص961-1016.
- . الأهلية وعوارضها والولاية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الأولى، العدد 3، 1931.
- . العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد: 01، 1934، ص ص 641-722.

75. عبد الفتاح بلا، الحوز في التبرعات على ضوء الاتجاه الأخير للمجلس الأعلى، مجلة المحامي، 2000، العدد 35، ص 127-138.
76. عبد السلام بن زروع، تعليق على قرار بغرف مجتمعة للمجلس الأعلى حول الحوز القانوني في التبرعات، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، المغرب، العدد 12 سبتمبر 2005، ص 189-205.
77. عبد العزيز توفيق، عقود التبرع بين قواعد الفقه الإسلامي ونظام الرسوم العقارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 98، ص 61-72.
78. عبد الله الشراوي، عقد الهبة بين الخضوع والإعفاء من الضريبة على الدخل المترتبة على الأرباح العقارية، جريدة العلم المغربية، ليوم 2009/09/23 بصفحة المجتمع والقانون.
79. عمر بكاري، أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة، أكادير، ع 2، 2003، ص 29-41.
80. د. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 02، 1987، ص 552.
81. د. محمدي فريدة، التبرعات للمرأة ونظام المواريث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 40، رقم 01، السنة 2002، ص 122-130.
82. يعيد عريف، إشكالية الاندماج بين التبرعات الإحسانية والبرامج التنموية، مجلة الكرامة، المغرب، العدد 09، ص 45-50.
83. يوسف نواصة، العينية في عقود التبرعات: الهبة نموذجاً، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة شلف، العدد 06، 2011.

سابعاً: التشريعات والقوانين والاجتهادات القضائية

- 1 . التشريعات العربية في القانون المدني
- 2 . التشريعات العربية في الأحوال الشخصية
- 3 . القانون المدني الفرنسي
- 4 . القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.
- 5 . القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير لسنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- 6 . القانون الفرنسي رقم 2007-211 المؤرخ في 19/02/2007 المنشئ لما يشبه الوقف "La fiducie".
- 7 . القانون المدني الكندي
- 8 . قانون الإجراءات المدنية الكندي
- 9 . الاجتهاد القضائي الجزائري: (قرارات المحكمة العليا)، المجلة القضائية.
- 10 . مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، ط1، 2007، الناشر: قوانين الشرق، القاهرة.
- 11 . الاجتهاد القضائي المصري، عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، ط1، 2007، الناشر: قوانين الشرق، القاهرة.
- 12 . الاجتهاد القضائي المغربي: (قرارات المجلس الأعلى)
- 13 . مجلة الأحكام العدلية
- 14 . كتاب الأحكام الشرعية لأحكام الأحوال الشخصية لقدري باشا، بدون تاريخ.
- 15 . قانون نابوليون 1804، القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

ثامناً: المراجع الأجنبية

Ouvrages généraux:

- Aubry (C.) et Rau (C.),
Cours de droit civil français, Librairie technique, 7^{ème} édition, 1975.
- Bar (S.) et Alter (C.),
Les effets du contrat, édition Kluwer, Belgique, 2006.
- Benchabane (H.)

L'alea dans le droit des contrats, office des publications universitaires, Alger, 1992.

- **Brahinsky (C.R.)**

L'essentiel du droit des contrats, Gualino éditeur, 2000.

- **Cabrillac (R.),**

Introduction général au droit, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999.

- **Didier (L.) et Benoit (M.),**

Droit des obligations, les éditions Thémis, Montréal, Canada, 2005.

- **Flour (J.) et Aubert (J.L.),**

Les obligations, Arman Colin, édition Dalloz, Paris, 1999.

- **Gauthier (D.),**

Morale et contrat.: Recherche sur les fondements de la morale, Editions Mardaga, 2000.

- **Henri Mazeaud (H.) et Chabas (F.)..**

Leçons de droit civil, Edition Montchrestien, 1980.

- **Malinvaud (P.),**

Droit des obligations, édition Litec, 1990.

- **Maistre du Chambon (P.),**

Droit des Obligations: Régime Général, Presses universitaires de Grenoble, 2005

- **Marie (D.) et Etienne (M.),**

Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil (ouvrage collectif), édition La Charte, Bruxelles, 2004.

- **Montanier (J.C.)**

Le Contrat, Presses Universitaires de Grenoble, PUG, 1 janv. 2005.

- **Pelletier (C.)**

La Caducité Des Actes Juridiques en Droit Privé Français, Editions L'Harmattan, Paris, 2004.

Ouvrages spéciaux:

- **Beaulne (J.),**

droit des fiducies, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1998.

- **Brissonnet (C.),**

Dons et legs aux établissements religieux (en droit romain et en droit français), edition Nabus press, Paris, 2010.

- **Collin (P.),**

De la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, Typographie D'August Marc, 1861, Paris.

- **Couturier (H.),**
Des libéralités faites aux sections de communes, Berger Levrau éditeurs, Paris, 1898.
- **Desquiron (M.A.T.),**
Traité des testaments, des donations entre vifs et de toutes autres dispositions à titre gratuit, librairie Clament, Paris, 1810.
- **Garay (A.) et Guizard (D.),**
Les Dons manuels aux associations: Régime juridique et fiscal, Juris associations éditions, Paris, 2002.
- **gouvernement du Canada.**
Lexique de droit des fiducies (common law),
- **Marie Jo Thiel,**
Donner, recevoir un organe, Edition Presses Universitaires de Strasbourg - P.U.S, 2009.
- **Malaurie (p.),**
Les successions, les libéralités, 4^e édition, Editon Defrénois, Paris, 2010.
- **Ontario law reform commission,**
Report on the law of charities v1 & v2, Canada, (1996).
- **Rieubernet (C.),**
Les donations entre époux. Étude critique, Editon Defrénois, Paris 2002.
- **Peterka (N.),**
Les dons manuels, édition Editeur : LGDJ / Montchrestien, juillet 2001.
- **Tarbouriech (E.),**
De la cause dans les libéralités, V. Giard &.. éditeurs, 1894, Paris.
- **Thodore (T.),**
Traite Theorique Et Pratique Des Dons Et Legs, édition Nabu press, Paris, 2010.
- **Troplong (R.),**
donations entre vifs , tome 1, Edition Nabu press, Paris, 2010.
- **Valérie (G),**
Pour une philosophie du don d'organes, édition Vrin, Paris, 2009.

Thèses :

- **Delecourt (B.),**

Les contrats civils appliqués aux actions, L'université Lille2 – Droit et Santé, 04 octobre 2010.

- **Péchaud (P.),**

Capacité des personnes morales étrangères de recevoir en France à titre gratuit, Doctorat, faculté de droit, Paris, 1900.

- **Tarchichi-Abou Chahine (M),**

Les garanties fiduciaires, Université d'Auvergne, Clermont ferrand 1, France, 2009.

– **Terras (J),**

Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie, (doctorat en droit), Lyon, Imp. du Salut public, 1899.

Articles, sites internet:

- **Bernat (C.),**

La fiducie en droit français,

<http://cedricbernat.wordpress.com/2010/08/31/la-fiducie-en-droit-francais>

- **Hoss (P.) et Santer (P.),**

Le contrat fiduciaire en droit Luxembourgeois

www.ehp.lu/uploads/media/Contratfiduciairedroitluxembourgeois.pdf

- **Ghestin (J.) et Serinet (Y.M.),**

Erreur, septembre 2006 (des extraits), Dalloz.fr.

- **Grimaldi (M.),**

L'introduction de la fiducie en droit français, revue de droit Henri Capitant, France, n°2, 1^{er} mai 2011.

- **Marca Carbellira (A.),**

Pauverete et fondation pieuse dans la grenade nasride: aspects sociaux et juridiques, arabica, juillet 2005, n°52.

- **Merisescu (A.),**

Actes juridiques à titre gratuit formes des libéralités (critères concernant leur différenciation par rapport au autres actes, revue: acta universitatis danubius juridica, n°. 1/2009, Roumanie).

– **Sirois (J),**

Le concept de «Don», article publié sur le site du ministère de la justice canadien, 2011. voir: www.justice.gc.ca/fra/bijurilex/fisc-tax/siroi/don-gift2.html

الفهرست

فهرس الموضوعات

صفحة	الموضوع
01	مقدمة
10	الباب الأول: إنشاء التبرعات
13	الفصل الأول: ماهية التبرعات
15	المبحث الأول: مفهوم التبرع وتمييزه عن التصرفات الأخرى
16	المطلب الأول: مفهوم التبرع
16	الفرع الأول: مفهوم التبرع في القانون الجزائري
17	الفرع الثاني: مفهوم التبرع في القوانين العربية
18	الفرع الثالث: مفهوم التبرع في القوانين الغربية
18	أولا . مفهوم التبرع في القانون الفرنسي
19	ثانيا . مفهوم التبرع في القانون الكندي
19	الفرع الرابع: مفهوم التبرع في الفقه الإسلامي
20	المطلب الثاني: مقومات التبرع
21	الفرع الأول: العنصر المادي في التبرع
21	أولا . تقديم التزام غير مقترن بشرط
22	ثانيا . وجود شرط مقترن بالتبرع
22	1 . النوع الأول من الشروط المقترنة بالتبرع وهي المقيدة له فقط
22	2 . النوع الثاني وهي الشروط التي بمعنى الثواب فتخرجه عن التبرع
24	الفرع الثاني: العنصر المعنوي في التبرع
26	المطلب الثالث: مصطلح التبرع في القانون وفي الفقه الإسلامي
26	الفرع الأول: تعدد مصطلحات التبرع في القانون وفي الفقه الإسلامي
27	الفرع الثاني: مصطلح الالتزام في الفقه الإسلامي
29	المطلب الرابع: خصائص التبرعات وما يميزها عن التصرفات الأخرى
29	الفرع الأول: خصائص التبرعات

30	الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات
32	الفرع الثالث: تمييز التبرع عن الهبة
34	الفرع الرابع: تمييز التبرع عن التصرف بالإرادة المنفردة
38	الفرع الخامس: ما يلتبس بالتبرع وليس منه
41	المبحث الثاني: أنواع التبرعات وعلاقتها بالمصادر الإرادية للالتزام
42	المطلب الأول: تعداد تصرفات التبرع
44	المطلب الثاني: تقسيمات التبرعات
44	الفرع الأول: تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل
45	الفرع الثاني: تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة
46	الفرع الثالث: تقسيم التبرع إلى محض وغير محض وحقيقي وإضافي
46	أولاً - تقسيم التبرعات إلى تبرع محض وتبرع غير محض
47	ثانياً - تقسيم التبرعات إلى تبرع حقيقي وتبرع إضافي
47	الفرع الرابع: تقسيمات أخرى للتبرع
48	المطلب الثالث: علاقة التبرع بالمصادر الإرادية للالتزام
49	الفرع الأول: التبرع ينشأ بالعقد وبالإرادة المنفردة
49	الفرع الثاني: تقسيم المصادر الإرادية للالتزام إلى معاوضات وتبرعات وأثره
51	المبحث الثالث: تنظيم تصرفات التبرع
52	المطلب الأول: تنظيم تصرفات التبرع في القانون الجزائري
52	الفرع الأول: تنظيم تصرفات التبرع في القانون المدني الجزائري
54	الفرع الثاني: تنظيم التبرع في قانون الأسرة الجزائري
55	الفرع الثالث: التبرع في القوانين الجزائرية الخاصة مثل قانون الوقف
56	المطلب الثاني: تنظيم التبرعات في التشريعات العربية
57	المطلب الثالث: تنظيم تصرفات التبرع في التشريعات الغربية
57	الفرع الأول: تنظيم التبرع في التشريع الفرنسي
60	الفرع الثاني: تنظيم التبرعات في التشريع الكندي
61	الفرع الثالث: التفات الغرب إلى أعمال التبرعات ونظام الأوقاف
62	المطلب الرابع: تنظيم التبرع في الشريعة الإسلامية ومقاصدها فيه

62	الفرع الأول: حكم التبرع في الشريعة الإسلامية وخصائص تنظيمه فيها
63	الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الإسلامية في تنظيمها للتبرع
65	المبحث الرابع: اعتبار التبرعات من الأحوال الشخصية أو من المسائل المالية
66	المطلب الأول: معيار ما يدخل في مسائل الأحوال الشخصية أو المسائل المالية
67	المطلب الثاني: تنظيم التبرعات في القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية
67	الفرع الأول: رأي من عد التبرعات من الأحوال الشخصية
68	الفرع الثاني: حجج من يرى التبرعات من المسائل المالية
68	المطلب الثالث: الثمرة من الخلاف في القانون المنظم للتبرعات
71	الفصل الثاني: أركان التبرع
74	المبحث الأول: الرضاء
75	المطلب الأول: الإيجاب والقبول في التبرع
75	الفرع الأول: الإيجاب في التبرع أوكد منه في المعاوضات
76	الفرع الثاني: القبول في التبرع
76	أولا . اشتراط القبول في التبرع
77	ثانيا . لا يشترط قبول المتبرع له إلا إذا كان معينا رشيدا
77	ثالثا . القبول في التبرع يكون بكل الطرق ولو بالسكوت المحض
78	رابعا . تبرعات لا تحتاج إلى قبول
78	خامسا . أهلية قبول التبرع
79	المطلب الثاني: أهلية التبرع وخصوصية المتبرعين
80	الفرع الأول: اشتراط أهلية التبرع وموانعه
80	أولا . اشتراط أهلية التبرع
81	ثانيا . موانع التبرع
81	الفرع الثاني: المتبرعون وما لهم من خصوصية
82	أولا . تبرع عديم الأهلية وناقصها
84	ثانيا . تبرع المدين والمعسر والمفلس
87	ثالثا . تبرع المرأة والزوجة
89	رابعا . تبرع المريض مرض الموت ومن في حكمه

93	خامسا . تبرع المحجور عليه والوكيل
94	سادسا . تبرع النائب عن القاصر وعن المحجور عليه وعن الشخص المعنوي
96	سابعا . تبرك الشريك وعامل القراض
97	ثامنا . تبرع الفضولي وغير المسلم
98	تاسعا . تبرع الشخص المعنوي والجهات الحكومية
98	المطلب الثالث: المتبرع لهم وما لهم من خصوصية
99	الفرع الأول: مدى التسامح في الغرر والجهل الواقعين في تعيين المتبرع له
100	الفرع الثاني: التبرع لغير معين التزام طبيعي لا مدني
100	الفرع الثالث: خصوصيات المتبرع لهم
101	أولا . التبرع للحمل ولعديم التمييز ولناقص الأهلية
103	ثانيا . التبرع لغير المعين وللمجهول وللمعدوم
104	ثالثا . التبرع للميت وللمفقود ولغير المسلم
105	رابعا . التبرع للمرافق العامة وللجهات الحكومية وللشخص المعنوي
106	خامسا . التبرع في الاشتراط لمصلحة الغير
107	سادسا . التبرع لغير الآدمي
107	المطلب الرابع: شروط أخرى في تبرعات أطرافها تربطهم علاقة خاصة
107	الفرع الأول: تبرع الآباء إلى أبنائهم
108	الفرع الثاني: تبرع المورث إلى مورثه
109	الفرع الثالث: التبرع في الزواج وبين الزوجين
110	الفرع الرابع: تبرع النساء بميراثهن إلى الإخوة الذكور
111	الفرع الخامس: الهدايا إلى الموظفين
112	المطلب الخامس: عيوب الرضاء في التبرع
112	الفرع الأول: الغلط في التبرع
113	الفرع الثاني: التدليس في التبرع
114	الفرع الثالث: الإكراه في التبرع
115	الفرع الرابع: الاستغلال في التبرع
117	المبحث الثاني: محل التبرع

118	المطلب الأول: مدى التخفيف من شروط محل التبرع والغاية من ذلك
118	الفرع الأول: مدى الاختلاف في شروط محل العقد بين التبرع والمعاوضة
120	الفرع الثاني: تخفيف الشريعة الإسلامية في شروط المحل المتبرع به
120	أولا . تخفيف الشريعة الإسلامية من شروط المحل المتبرع به
121	ثانيا . الغاية من تخفيف شروط محل التبرع
122	المطلب الثاني: أنواع المحل المتبرع به وأحكامها الخاصة
122	الفرع الأول: التبرع بالمجهول وبما فيه غرر وبالأموال المستقبلية
124	الفرع الثاني: التبرع بالعمارة وبحق الارتفاق وبالمشاع غير المقسوم
126	الفرع الثالث: التبرع بالمرهون وبالعمل وبالمنفعة
127	الفرع الرابع: التبرع بالدين وبسداد دين
128	الفرع الخامس: التبرع بملك الغير وبكل المال
129	الفرع السادس: التبرع بأعضاء الإنسان وبمنافعها
130	المبحث الثالث: السبب في التبرع
131	المطلب الأول: ركنية السبب أكثر حضورا في التبرع
131	الفرع الأول: السبب في التبرعات غيره في المعاوضات
132	الفرع الثاني: سبب التبرع في الفقه الفرنسي
132	الفرع الثالث: سبب التبرع في الفقه الإسلامي
135	المطلب الثاني: الفرق بين سبب التبرع ونية التبرع
137	المطلب الثالث: تطبيقات على السبب في التبرع
138	المطلب الرابع: اختلاف آثار التبرع إذا كان السبب فيها القربى
140	المبحث الرابع: الشكل في التبرعات
141	المطلب الأول: الشكل في التبرعات والغاية من اشتراطه
141	الفرع الأول: الشكل في التبرعات هو الحيابة ويضاف إليها الشكلية في بعض التبرعات
141	أولا . تعريف الحيابة
141	ثانيا . حكم الحيابة في التبرعات
142	الفرع الثاني: الغاية من اشتراط الشكل في التبرعات

143	الفرع الثالث: التبرعات التي لا تحتاج إلى شكل
145	المطلب الثاني: شكل التبرعات في القانون وفي الفقه الإسلامي
145	الفرع الأول: شكل التبرعات في القانون الجزائري
146	الفرع الثاني: شكل التبرعات في القوانين العربية
147	الفرع الثالث: شكل التبرعات في القوانين الغربية
148	الفرع الرابع: شكل التبرعات في الفقه الإسلامي
149	المطلب الثالث: كيفية الحيابة في التبرعات وشروطها
149	الفرع الأول: الحيابة الفعلية والحيابة الحكيمة
149	أولاً . الحيابة الفعلية
150	ثانياً . الحيابة الحكيمة
151	الفرع الثاني: شروط الحيابة والحاجة إلى توثيقها بالإشهاد عليها
151	الفرع الثالث: أهلية الحيابة والنيابة فيها
152	الفرع الرابع: جزاء الإخلال بشكل التبرع
152	المطلب الرابع: مدى كفاية الشكلية عن الحيابة المادية في التبرعات
153	الفرع الأول: الرأي في أن الرسمية لا تغني عن الحيابة في التبرع
154	الفرع الثاني: الرأي في أن الرسمية تغني عن الحيابة في التبرع
156	الفرع الثالث: الراجح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيابة
157	الفصل الثالث: تعليق التبرعات وانتهائها
159	المبحث الأول: الشروط والتعليق في التبرعات في القانون وفي الفقه الإسلامي
160	المطلب الأول: الشروط في التبرعات
160	الفرع الأول: الفرق بين تعليق العقد على شرط، واقتران العقد بالشرط
160	الفرع الثاني: أحكام الشروط المقترنة بالتبرع
162	المطلب الثاني: تعليق التبرعات في القانون
162	الفرع الأول: تعليق التبرعات في القانون الجزائري
163	الفرع الثاني: تعليق التبرعات في القوانين العربية
164	الفرع الثالث: تعليق التبرعات في القانون الفرنسي والكندي
165	المطلب الثالث: تعليق التبرعات في الفقه الإسلامي

166	المطلب الرابع: تعليق التبرعات في الفقه المالكي
166	الفرع الأول: التبرع المعلق على فعل المتبرع
167	الفرع الثاني: التبرع المعلق على فعل المتبرع له
170	الفرع الثالث: التبرع المعلق على غير فعل المتبرع والمتبرع له
171	المبحث الثاني: انتهاء التبرع بالانحلال وبالانقضاء وبالرجوع
172	المطلب الأول: بطلان التبرع
172	الفرع الأول: البطلان المطلق في التبرع
173	الفرع الثاني: البطلان النسبي في التبرع
173	المطلب الثاني: فسخ التبرع
174	المطلب الثالث: إلغاء التبرع
176	المطلب الرابع: الرجوع في التبرع
179	المبحث الثالث: التبرع في غير المصادر الإرادية
180	المطلب الأول: علاقة التبرع بالفعل النافع
182	المطلب الثاني: علاقة التبرع بالقانون
184	الباب الثاني: أحكام التبرعات
186	الفصل الأول: آثار التبرع
188	المبحث الأول: التزامات المتبرع ونفي الضمان عنه
189	المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية والتسليم
189	الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية في التبرع المقتضي للتمليك
190	الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم وجزاء الإخلال به
190	أولا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع المقتضي للتمليك
191	ثانيا . الالتزام بتسليم الشيء في التبرع بمنافعه
191	ثالثا . جزاء الإخلال بالالتزام بتسليم الشيء المتبرع برقبته أو بمنافعه
191	الفرع الثالث: تبعة هلاك الشيء المتبرع به
193	المطلب الثاني: الالتزام برد نفقات الشيء المتبرع بمنافعه
195	المطلب الثالث: الأصل عدم ضمان المتبرع
195	الفرع الأول: الأصل عدم ضمان المتبرع للاستحقاق

197	الفرع الثاني: الأصل عدم ضمان المتبرع للعيوب الخفية
200	المبحث الثاني: التزامات المتبرع وضمانه في الفقه الإسلامي
201	المطلب الأول: التزام المتبرع بالتسليم في الفقه الإسلامي
203	المطلب الثاني: تبعة الهلاك في التبرع في الفقه الإسلامي
205	المطلب الثالث: سقوط الضمان عن المتبرع في الفقه الإسلامي
207	المبحث الثالث: تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع
208	المطلب الأول: اتفاق القوانين على تخفيف المسؤولية العقدية عن المتبرع
209	المطلب الثاني: نماذج من تبرعات يخفف فيها المسؤولية عن العقدية المتبرع
210	الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمتبرع في عقد الهبة
210	الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للمتبرع في الوديعة
212	الفرع الثالث: عدم تفريق القانون الجزائري في المسؤولية العقدية بين الوكالة التبرعية والوكالة بأجر
214	المبحث الرابع: التزامات المتبرع له ومسئوليته العقدية
215	المطلب الأول: الالتزام بنفقات التبرع
216	المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على الشيء إذا كان التبرع بمنافعه
216	الفرع الأول: التزام المتبرع له بالمحافظة على العين المتبرع له بمنافعها
217	الفرع الثاني: تبعة هلاك الشيء المتبرع بمنافعه
218	المطلب الثالث: الالتزام برد الشيء إذا كان التبرع بمنافعه
219	المطلب الرابع: الالتزام بأداء الشرط أو العوض أو المقابل
220	المطلب الخامس: المسؤولية العقدية للمتبرع له
222	المبحث الخامس: الرجوع في التبرعات وأحكامه
223	المطلب الأول: الرجوع في التبرع في القانون الجزائري
225	المطلب الثاني: الرجوع في التبرع في القوانين العربية
225	الفرع الأول: القوانين التي تجيز الرجوع في الهبة
226	أولا . الرجوع في التبرع بالتراضي أو بالتقاضي
227	ثانيا . ما يعتبر عذرا للرجوع في التبرع في القانون المصري ومن وافقه
228	ثالثا . موانع الرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه

229	رابعا . آثار الرجوع في التبرع في القانون المدني المصري ومن وافقه
230	الفرع الثاني: القوانين التي تمنع الرجوع في التبرع
232	المطلب الثالث: الرجوع في التبرع في القوانين الغربية
234	المطلب الرابع: الرجوع في التبرع في الفقه الإسلامي
234	الفرع الأول: معنى الرجوع وما يدخله من التبرعات
235	الفرع الثاني: الغاية في جواز أو عدم جواز الرجوع في التبرعات
236	الفرع الثالث: التبرعات التي يتمتع الرجوع فيها
237	الفرع الرابع: مدى إمكانية الرجوع في تبرعات منافع الأعيان والأبدان
238	الفصل الثاني: النزاع والاختلاف في التبرعات
240	المبحث الأول: الدعوى البولصية إذا كان التصرف تبرعيا
241	المطلب الأول: التخفيف من شروط الدعوى البولصية إذا كان التصرف تبرعا
245	المطلب الثاني: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في شروط الدعوى البولصية
245	الفرع الأول: العلة في التفرقة بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية
246	الفرع الثاني: التمييز بين المعاوضات والتبرعات في الدعوى البولصية
248	المطلب الثالث: آثار الدعوى البولصية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعيا
250	المبحث الثاني: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعيا
251	المطلب الأول: مفهوم دعوى الصورية
253	المطلب الثاني: أحكام الصورية إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا
256	المبحث الثالث: دعوى الصورية إذا كان التصرف تبرعيا في الفقه الإسلامي
257	المطلب الأول: مفهوم التوليج أو التبرعات المستترة
257	الفرع الأول: مفهوم التوليج في الفقه الإسلامي
258	الفرع الثاني: صور من التوليج
259	المطلب الثاني: أحكام التبرعات المستترة في الفقه الإسلامي
262	المبحث الرابع: الاختلاف في التبرع
263	المطلب الأول: عند الاختلاف فالأصل عدم التبرع
265	المطلب الثاني: اليمين الحاسمة لا توجه إلى المدعى عليه بالتبرع

268	الفصل الثالث: التبرعات المسماة في القانون وفي الفقه الإسلامي
270	المبحث الأول: التبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري
271	المطلب الأول: كتاب التبرعات من قانون الأسرة الجزائري
274	المطلب الثاني: ما نظمه قانون الأسرة الجزائري في غير كتاب التبرعات منه
278	المبحث الثاني: التبرعات المسماة في القانون المدني الجزائري
279	المطلب الأول: ما فيه تبرع المنافع
282	المطلب الثاني: ما فيه إسقاط الحق
286	المطلب الثالث: ما فيه تبرع للغير
287	المطلب الرابع: تبرعات أخرى مسماة في القانون المدني الجزائري
289	المبحث الثالث: التبرعات المسماة في قوانين الأحوال الشخصية العربية
290	المطلب الأول: التبرع بنية القربى
292	المطلب الثاني: التبرعات الأخرى في قوانين الأحوال الشخصية العربية
295	المبحث الرابع: التبرعات المسماة في القوانين المدنية العربية
296	المطلب الأول: التبرع بشرط العوض والوعد بالتبرع
296	الفرع الأول: التبرع بشرط العوض
298	الفرع الثاني: الوعد بالتبرع
299	المطلب الثاني: التبرع المستتر
299	الفرع الأول: التبرع في صورة معاوضة
300	الفرع الثاني: المحاباة في المعاوضات
301	المطلب الثالث: المكافأة التشجيعية والدخل الدائم
301	الفرع الأول: المكافأة التشجيعية
302	الفرع الثاني: الدخل الدائم
303	المبحث الخامس: التبرعات المسماة في القوانين الغربية
304	المطلب الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie، والهدايا إلى الموظفين
304	الفرع الأول: المؤسسة الشبيهة بالوقف La fiducie
305	الفرع الثاني: الهدية إلى الموظفين
306	المطلب الثاني: النقل المجاني والعقد التطوعي الجمعي

307	المبحث السادس: التبرعات المسماة في الفقه الإسلامي
308	المطلب الأول: الإعارة الواجبة
308	الفرع الأول: حق الإرفاق
309	الفرع الثاني: العرية والمنحة
310	الفرع الثالث: حق الإحبال
311	المطلب الثاني: الإباحة
312	المطلب الثالث: التبرعات في الزواج
315	خاتمة
321	ملحق بمصطلحات قانون التبرعات
327	المراجع
339	الفهرس

ملخص:

الموضوع يبحث في شروط وأركان وأحكام لمجمل أنواع التبرعات المنتثرة أحكامها بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبيان ما تشترك في إنشائها وأحكامها، وبالتالي الخروج بنظرية واحدة خاصة بالتبرعات تميزها عن سائر التصرفات الأخرى وهي المعاوضات. لذلك تناول البحث الحاجة العلمية الملحة لوضع هذه النظرية، فبين أولاً حقيقة التبرعات وأنواعها المختلفة، عقوداً كانت أو تصرفات بإرادة منفردة، وحقيقة نوع العقود التي يختلط فيها المعاوضة بالتبرع. ثم تم بيان ما يميز العقود المذكورة عن غيرها من العقود من حيث الأركان أي التكوين والإنشاء، فبين البحث وجود اختلاف كبير فيها من حيث أطراف العقد، وفي ركن التراضي، والعيوب التي تلحق الرضاء، وأيضاً وجود اختلاف في شروط الأركان الأخرى كالمحل والسبب، وأهم ما يميز هذه العقود هو ركن الشكل الذي يلزم عقود التبرع غالباً، وليس كذلك في العقود المقابلة له وهي عقود المعاوضات. ثم تناول البحث ما يميز التبرعات في جانب الآثار والأحكام، فتكلم عن ثلاثة أمور أساسية وهي اختلاف المسؤولية العقدية فيها، والأوصاف التي تلحق الالتزام كالشروط والأجل، وفي الأخير الاختلاف والنزاع إذا وجد فيها. وختم البحث بالثمرات في تمييز مجموعة التبرعات عن غيرها، ونتائج جمع أحكامها وقواعدها في نظرية خاصة بها عن سائر التصرفات الأخرى.

كلمات مفتاحية: تبرع – هبات – تفضل – عطايا – وصية – وقف – بدون عوض – مجان – إسقاط حق – نظرية – تمليك بدون عوض – أداء بدون عوض – تبرع بعوض – تبرع بنية القربى – التبرع للمصلحة العامة – هبات غير مباشرة – حيازة التبرع – شكل التبرع – التصرف بالإرادة المنفردة

Résumé : La théorie générale des contrats à titre gratuit - Etude comparée

Les suit comprend la recherche dans les clause, les éléments et les dispositions de toute sorte d'acte à titre gratuit et ses différents genres, soient des contrats ou des dispositions ayant la volonté individuelle, et la réalité du type de l'acte dont l'échange ou le troc se confonde avec le donation.

Puis il a démontré ce qui distingue les susdits actes des autres actes de point de vue les éléments c'est – à – dire la formation et la constitution, la recherche a indiqué l'existence d'une différence dans les clauses des autres éléments comme le lieu et la cause, l'élément le plus important qui distingue ces actes c'est la forme qui nécessite les contrats à titre gratuit, ce n'est pas pareil dans les contrats à titre onéreux. contrairement concernant les échanges (au les trocs).

D'autre part, la recherche comprend ce qui distingue ces actes, il a parlé de trois affaires essentielles qui sont: La différence de la responsabilité contractuelle dans ces actes, et les descriptions qui suivent l'obligation comme la condition et la durée; et enfin la différence du conflit s'il existe dans chacun des deux actes.

La recherche est terminée par les fruits dans la distinction de l'ensemble des actes à titre gratuit par rapport aux autres actes, et les résultats du rassemblement de ses dispositions et ses règles dans une théorie qui leurs appartient séparée de tout autre acte.

Mots clé: Actes à titre gratuit – donation – bienfaisance – libéralités – donation onéreuse – la fiducie – théorie – donation indirecte – testament – legs – acte juridique unilatéral

Abstract: The general theory of contracts for free - Comparative Study

The following includes research in the clause, the elements and the provisions of any kind of free act and its various genres, therefore contracts or arrangements with the individual will, and the reality of the type of act whose exchange or barter confused with the donation.

Then he showed what distinguishes the aforesaid acts of the other acts of viewpoint elements –ie- the formation and constitution. Research has shown the existence of a difference in terms of elements such the location and the cause. The most important element that distinguishes these acts is the form which requires contracts for free; this is not the same in contracts for pecuniary interest. It is the contrary concerning the exchange.

On the other hand, the research includes what distinguishes these acts; he spoke of three critical businesses which are: The difference of contractual liability in these actions, and the descriptions that follow the requirement as a condition and duration, and finally unlike conflict exist if in each action.

The search ended with the fruit in the distinction of all acts gratuitously compared to other acts, and the results of the gathering of its provisions and rules in a separate part of their theory of any other act.

Keywords: Acts as free - charity - donations - donations expensive - trust - theory - indirect gift - will - legs - unilateral legal act