

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الرجوع في التصرفات التبرعية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذة:

أ.د. تشوار جيلالي

إعداد الطالبة:

عين السبع فايزة

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. حميدو زكية : أستاذة ، جامعة تلمسان ، رئيسا

أ.د. تشوار جيلالي : أستاذ ، جامعة تلمسان ، مقرا

د. بن صغير مراد ، أستاذ محاضرا "أ" ، جامعة تلمسان ، مناقشا

السنة الجامعية : 2015/2014

مقدمة

الحمد لله الذي تفرّد عن الخلق بوصف الغنيّ المغني ، ثمّ خصّ بعض عباده بالحسنى ، فأفاض عليهم من نعمه وفضله ، إذ يقول عزّ وجلّ في سورة آل عمران : " قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعْزِزُ مَنْ تَشَاءُ وَتُذَلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (26) تُولِجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ وَتُولِجُ النَّهَارَ فِي اللَّيْلِ وَتُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَتَرْزُقُ مَنْ تَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ (27)" ،

و الحمد لله إذ أمرهم بالزكاة ، و حثهم على الإنفاق و التصدق ، فيتحقق بذلك معنى التآزر و التكافل بين الناس .

و الصلاة و السلام على سيدنا محمد ، الذي قال : " كلّ امرئ في ظلّ صدقته حتى يقضى بين الناس"¹ ، و بعد ؛ فإنه لم يكن أفراد المجتمع الإنساني في حين من أحيان التاريخ سواسية في الغنى و الفقر و الكفاءات و المؤهلات ، بحيث نجم عن هذا التفاوت المقاييس التفاضليّة و الفروق التمييزيّة ، حتّى اختلّت كفة العدالة الإجتماعية في أحيان كثيرة ، إذ حرم كثير من الناس الاستفادة من التسهيلات الأساسية التي حظي بها البعض الآخر من تعليم و غذاء و سكن و دواء ، و اضطر المعوزون و البائسون إلى حياة بلا كرامة ، حيث الأرامل ليس لهن ما يسدّدن به جوع أبنائهن إلاّ بعد أن يمددن أيديهن و يتسولن ، و حيث نرى المريض لا يجد الدواء و يشتد عليه المرض حتّى يصير الداء عضالاً يعجز الأطباء عن علاجه و يلقي المريض مصرعه بعد معاناة شديدة ، و لا يستطيع المدين دفع ما عليه من مستحقّات .

هذا و لا ينحصر داء العوز و الفقر على مستوى الأفراد ، بل نراه ممتدّاً يثقل كاهل دول بل أمم بأكملها، فلا تكون فيها حضارة و لا عمران ، بحيث يسود التخلف الذي يؤدي إلى خلل في المفاهيم التي تحكم الحياة السياسية ، فتتخبّط السياسات ، و يتفشّى الفساد ، و تسود القيم السلبية في التعامل بين الأفراد و الجماعات .

من أجل محاربة هذه الآفة وضعت كلّ القوانين الوضعيّة حلولاً و آليات من شأنها تسهيل العمل التبرعي، و تأطير الفئات الضعيفة في المجتمع حتى تنخرط هي الأخرى في منظومة البناء ، و من هذه الآليات

¹ حديث عن النبي محمد صلى الله عليه و سلم ، ورد ذكره عند أبي حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، المجلد الأول ، دار البيان العربي ، الطبعة الأولى، 2005 ، ص.277.

تقنين العقود و التصرفات التي يباشرها الأفراد و يكون هدفها التفضّل و التبرّع ، و وضع ضمانات للمتبرعين و للمستفيدين من هذه التبرّعات .

هذا و إنّ التصرفات التبرّعية قد نظّمها المشرّع الجزائري ضمن قانون الأسرة ، بعد أحكام الميراث في الكتاب الرابع تحت عنوان التبرّعات " الوصية — الهبة — الوقف " ، و لعلّ السبب من معالجتها ضمن قانون الأسرة هو مدى حاجة أفراد المجتمع إلى التكافل و صلة الأرحام عن طريق الهبات و الوصايا و الحبوس .

و من المفيد التمييز بين تصرفات التفضّل و تصرفات التبرّع ، إذ نجد الفرق بينهما جليا في نقل الملكية ، بحيث أن تصرفات التفضّل لا تخلو من الجانب التبرّعي ، و لكنها لا تنقل الملكية على خلاف الثانية¹.

هذا و إنّ التصرف في نظر القانون هو عبارة عن اتجاه الإرادة لترتيب أثرها ، هذه الإرادة التي عبّرت عنها المادة 106 من القانون المدني بأنّ " العقد شريعة المتعاقدين " ، أي أنّ الإلتزامات الناتجة عن هذه الإرادة هي واجبة التنفيذ و التحقيق ، و هذا مظهر من مظاهر مبدأ القوّة الملزمة ، بحيث أنّ الآثار الناتجة عن التزام الإرادة ينبغي لها ان تنفّذ ، و بالتالي إن نشأ هذا التصرف صحيحا، فقد خلصت قوّته الملزمة ، و وجب تنفيذه ؛ و هذا هو الأصل العام .

و مع ذلك فإنّ هذه الإرادة رخص لها القانون أن ترجع فيما التزمت به ، في حدود معلومة مضبوطة حماية لمصلحة أكبر و أعمّ ، و هذا هو محلّ دراستنا في هذه المذكرة . إذ أنّ خطورة التصرفات التبرّعية دفعت المشرّع إلى الإحتياط لها بشكل خاص ، بحيث جعل للهبة الطابع الإحتفائي ، هذا إضافة للشروط الشكلية عند انعقادها ، ثمّ بعد ذلك كلّه منح المشرّع الجزائري و قبله التشريع الإسلامي حقّ الرجوع للواهب عند ظروف خاصّة ، روعيت فيها مسائل مهمة جعلت الرجوع عن الهبة فيها ، وضا أكثر عدلا و انصافا .

و كما هو معلوم أنّه لا يحلّ تفضيل الآباء لبعض أبنائهم في العطايا و الهبات ، لما في ذلك من زرع التشاحن و البغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة¹ ، و لعلّ بعض الأبناء قد يستفرد بالأب أو بالأم ، و يبقى مصرا

¹ لمزيد من التوسّع راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص.136.

على انتزاع ما يمكن انتزاعه بكل الطرق المتاحة حتى ينال مطلبه ، ثم يبقى الأب بعد ذلك يلوم نفسه على ظلم أولاده الآخرين ، إذ يجد نفسه قد فضّل هذا الإبن الأناني الجشع ، و استبعد الأبناء الآخرين من عطفه و إكرامه.

و حيث أنّ هذه الحالات كثيرة ، بحيث لا يكاد يخلو منها بيت ، لهذا السبب شرّع لنا الرسول الكريم نبينا محمد — صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ — الرجوع في هبات الأصول . هذه من بين المسائل التي جعل المشرع الرجوع حلاً مناسباً لها ، و من بين المسائل أيضاً مسألة التبرّع بكل المال و الممتلكات ، إذ أنّ القانون لا يمنع هذا التبرع ، و لم يضع نصاً للهبة مثلاً كما فعل المشرع الفرنسي ، لكن و بالرجوع إلى فقهاء القانون الإسلامي نجد أنّ الجمهور يجيزون التبرّع بكل المال ، إلاّ الإمام محمد بن الحسن من محققي المدرسة الحنفية ، إذ يرى هذا الأخير خلاف ذلك ، و لو كان في وجوه البر ، بل و عدّ ذلك من أعمال السفهاء الذين يجب الحجر عليهم².

هذه بعض الإشكالات التي تطرحها الهبة ، أمّا عن تصرف الوصية فنجد أنّ الوصية وجدت لصالح الفرد و الأسرة ، بحيث شرّعت بنص القرآن ، و تنقسم إلى وصية واجبة ، و وصية جائزة ، أمّا الوصية الواجبة فهي ما تسمى في القانون الجزائري بالتّزويل ، و هو مستبعد من الدّراسة في هذه المذكرة ، هذا و إنّ الوصية التي نعتني بدراستها هنا هي الوصية الجائزة .

و لما كان من حكمة المشرع وضع الوصية كحلّ يتدارك به الموصي ما فاته من عمل البرّ في حياته ، فيستدرك ذلك عن طريق هذه الفرصة الأخيرة ، بحيث يلحقه العمل الصالح و هو قد انتهى أجله .

هذا من جهة و من جهة ثانية قد يكون الموصي أباً يتكفّل بطفل يتيم ، و من تمام شفقتة به و إحسانه إليه ، فإنّه يدع له وصية لا تتجاوز ثلث ملكيته عموماً ، كي يجد هذا الطفل ما يعول به نفسه بعد وفاة كافله .

¹ على أنّ التّفصيل في أحيان كثيرة قد يكون مربراً و مشروعاً ، كما يرى الإمام أحمد بأن التّفصيل محرم إلاّ إن كان هناك داع ، فلا مانع منه ، راجع السيد سابق ، فقه السنة ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1981 ، ص.393 مع هامشها ؛ ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الأول ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص.1339.

² السيد سابق ، المرجع السابق ، ص.392 .

هذا و كما هو معلوم أنّ دوام الحال من الحال ، فإنّ الموصي قد يكون مصرّاً على وصيّته و مع ذلك قد يطول به العمر ، أو تتحوّجه الظروف إلى نقض وصيّته و الرجوع عنها .

من هنا تتضح جليّة أهميّة الدراسة هذه ، و مع ذلك فإنّ الصّدقة هي أصل عظيم من أصول ديننا بصفتنا مسلمين ، إذ أنّ النبيّ محمد — صلى الله عليه و سلّم — يحثنا على الصّدقة بشكل ملفت و في كل مناسبة ، حيث أنّه يخاطب التجار الذين هدفهم الأوّل هو تحصيل الرّبح بأكبر شكل ممكن قائلاً : " يا معشر التجار إنّ بيعكم هذا يحضره اللغو و الكذب ، فشوّبوه بالصّدقة"¹ ، أي اخلطوه بها ، و عليه فإنّ الرجوع هو استثناء ضيق جداً ، شرع لمصلحة ملحة ، فلا ينبغي التوسّع في تفسيره ، و استعماله في غير موضعه .

من هنا تظهر أهميّة دراسة الرجوع في التصرفات التبرّعية ، خصوصاً و أنّ مسألة الرجوع قلّ ما تحاط بالدراسة و البحث .

مواجهة لهذا النقص ، رأينا أنّ نحاول دراسة الرجوع في التصرفات التبرّعية ، و نحن نحاول ذلك نستسمح القارئ عن كل ما يرد من أخطاء وقعنا فيها على إثر الدراسة .

في بحثنا هذا نحاول دراسة وجهة نظر المشرّع الجزائريّ ، و سنقارنه بتحفظ مع القوانين الأخرى ، و كذا مع أحكام الشريعة الإسلاميّة ، على اعتبار أنّ المادة 222 من قانون الأسرة ، تحيلنا في كلّ مرّة إلى القانون الإسلاميّ ، سداً للنقص التشريعيّ الوارد على قانون الأسرة .

هذا و كما هو معلوم أنّ المعاملات بين الأفراد هي في حركة دائبة حثيثة ، ينبغي عدم التسبّب في تعطيلها ، و منه فإنّ أعمال حقّ الرجوع في التصرفات التبرّعية ، قد يتولّد عنه إشكالات جمّة ؛ أوّلاً قد يطرح إشكالات في تنفيذ الرجوع ذاته ، أهو ممكن أم لا ؟

كما قد يطرح اشكالات من حيث آثاره على المتبرّع ، و المستفيد ، و الغير ؟

للإجابة على هاتين الإشكاليتين الرئيسيتين ، نقسم الدراسة على فصلين :

نعالج في الفصل الأوّل الرجوع عن الهبة ، و في الفصل الثاني الرجوع عن تصرفي الوصيّة و الوقف .

¹ وهبة الزحيلي ، المعاملات المائيّة المعاصرة ، دار الفكر ، 2002 ، ص. 140.

الفصل الأول

الرجوع في الهبة

الهبة عقد من عقود التبرّع ، إذ هي سبب من أسباب نقل الملكية من ذمة إلى أخرى ، بحيث ترتب التزامات كبيرة على عاتق الواهب ، أحاطها المشرع بعناية شديدة لما لها من آثار مفقورة لذمة الواهب .

و الهبة إن تمّت صحيحة مستوفية لشروطها و أركانها فإنّها ملزمة ، مرتبة لآثارها ، مفقورة لذمة ، مثرية لذمة أخرى ، غير قابلة للرجوع ، إلا استثناء .

دراسة هذا الموضوع تستلزم التطرق لماهية الهبة ، و يكون ذلك عن طريق تحليل تعريفات الهبة ، و من ثم تحليل طبيعتها القانونية ، و كذا بسط خصائصها ، كل هذا من أجل دخول منطقي إلى تمحيص ماهية الرجوع ، و كفياته ، و شروطه ، و موانعه ثم آثاره من بعد ذلك .

و عليه نقسم هذا الفصل لمبحثين: نعالج في المبحث الأول ماهية الهبة ، لندرس في المبحث الثاني الرجوع في الهبة.

المبحث الأوّل

ماهية الهبة

الهبة من عقود التبرّع ، ملزمة لجانب واحد ، و هي من العقود الملزمة فور إبرامها ، بحيث لا يجوز للملتزم فيها التخلّص من التزامه حفاظا على المراكز القانونية المكتسبة . و الرجوع عنها هو استثناء على القوة الملزمة الناشئة بموجبه ، فما هي حالة تطبيق هذا الإستثناء ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي البحث أولاً عن ماهية الهبة .

و البحث عن ماهية الهبة يقتضي تعريفها ، و تحليل خصائصها ، و هذا ما سندرسه في المطلبين التاليين، حيث نتولى تعريفها في المطلب الأول، ثم ندرج بعد ذلك إلى حصر خصائصها في المطلب الثاني .

المطلب الأول

تعريف الهبة

تعريف الهبة يقتضي البحث عن معانيها في اللغة ، و في الإصطلاح القانوني ، و عليه نبدأ أولاً بتعريفات اللغويين للهبة ، ثم نحلل تعريفات رجال القانون للهبة .

الفرع الأول

التعريف اللغوي للهبة

للحبة تعريفات كثيرة إذ يعرفها البعض بأنها إيصال النفع إلى الغير¹، و يعرفها البعض الآخر بأنها العطية الخالية من الأعواض و الأغراض²، فمن ذلك قوله تعالى: " يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور"³، و الحبة إذا كثرت يسمى صاحبها وهّاباً و هو من أبنية المبالغة، إذ يقال: رجل وهّاب و وهّابة، بمعنى كثير الحبة، و قد جاء في المنجد وهب و هباً و هبة المال لفلان، أي أعطاه إياه بلا عوض، و اتّهب اتّهابا الحبة: قبلها
و الحبة جمعها هبات⁴.

و هي مأخوذة من هبوب الرّيح أي مرورها، و تطلق الحبة و يراد بها التبرّع و التّفصّل على الغير⁵.

الفرع الثاني

التعريف الإصطلاحي للهبة

نبدأ بتحليل التعريف الوارد في نصوص قانون الأسرة الجزائري، و مقارنته بالتعريفات التي أوردتها القوانين العربية، ثم نورد تعريفها في النصوص الأصلية للقانون الإسلامي، و النصوص الاحتياطية.

¹ فاسم بن عبد الله القونوي الرّومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطّبعة الأولى، 2004، ص.70.

² لسان العرب، مادة وهب، المجلد السادس، دار المعارف، الإسكندرية، ص.4929.

³ القرآن الكريم، سورة الشورى، الآية 49.

⁴ المنجد في اللغة و الأعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة الأربعون 2003، الصفحة 920.

⁵ مقتطف من عند أحمد محمد عسّاف، الأحكام الفقهيّة في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثّاني، دار إحياء العلوم، بيروت، 1988، الصّفحة 265.

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري¹ على ما يلي : الهبة تمليك بلا عوض .

و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط².

هذا النص يتوافق في المعنى مع نص المادة 486 من القانون المدني المصري ، و كذا مع فحوى نص المادة 454 من القانون المدني السوري ؛ غير أن المادة 524 من القانون المدني الكويتي نصّت على أن الهبة : " عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض " ؛ حيث أضافت هذه المادة ذكر خصيصة لصيقة بالهبة ، بينما أهملتها النصوص المذكورة أعلاه ؛ هذه الخصيصة هي التي تميّز الهبة عمّا يشابهها من التصرفات التبرّعية ، و أخصّ بالذكر : عقد الوصية الذي يتراخى أثره إلى حين وفاة الموصي ، على العكس من عقد الهبة الذي ينتج أثره في الحين .

على أن نص المادة 504 من قانون الموجبات و العقود اللبناني جاء ترجمة حرفية لنص المادة 894 من القانون المدني الفرنسي ، حيث ورد نص المادة 504 كما يلي : " الهبة تصرف بين الأحياء ، بمقتضاه يتفرّغ المرء لشخص آخر عن كلّ أمواله أو عن بعضها بلا مقابل" ، أما نص المادة 894 من القانون المدني الفرنسي فهي كما يلي : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qu'il accepte . » مع ملاحظة أن نص القانون الفرنسي أضاف شرط القبول من الموهوب له ، هذا المعنى الذي سقط من نص القانون اللبناني ، و عليه فقد تفوّق المشرّع الفرنسي في حصر تعريف الهبة بمعناها الدقيق في هذا النصّ .

¹ قانون 84 \ 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02 \ 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² و كأن المشرّع الجزائري اقتبس الفقرة الأولى أي عبارة " الهبة تمليك بلا عوض " من عند الإمام ابن تيمية ، أنظر محمد رواس قلعه جي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، الجزء الثاني ، دار النفائس ، الطبعة الثالثة ، 2007 ، ص.1289.

أما من الناحية الشرعية ورد في القرآن ثمانية و تسعون نصاً¹ عن فضل التصدق ، نقطف قوله تعالى : "مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ " ، و قد فسّر الرّازي² هذه الآية بأنّ الله يجازي القليل بالكثير ، ثم ضرب لذلك الكثير مثلاً ، و هو أنّ من بذر حبةً أخرجت سبع سنابل ، في كلّ سنبله مائة حبة ، فصارت الواحدة سبعمائة ، و هذا تشبيهه فيه الكثير من المجاز ، الذي يدلّ على أنّ الله واسع القدرة على المجازة على الجود فوق ما يقدره العقل . أما من السنة الشريفة فعن أبي هريرة رضي الله عنه ، يقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " تهادوا تحابوا"³ ، و قوله أيضاً عليه الصلاة و السلام : "من جاءه من أخيه معروف من غير إشراف¹ ولا مسألة ،

¹ سبع و خمسون آية في معنى الإنفاق و هي على التوالي : الآية 3 من سورة البقرة ، و الآية 110 من سورة البقرة ، و الآية 177 من سورة البقرة ، و الآية 195 من سورة البقرة ، الآية 215 من سورة البقرة ، الآية 219 من سورة البقرة، الآية 245 من سورة البقرة، و الآية 254 من ذات السورة ، و كذا الآية 261 ، و الآية 262 ، و الآية 265 ، و الآية 267 ، و الآية 271 ، و الآية 272 ، و الآية 274 في سورة آل عمران الآيتين 92 و 134 ؛ و من سورة النساء الآية 39 ؛ و من سورة الأنفال الآيتين 3 و 60 ، و من سورة التوبة الآيات 53 ، 54 ، و الآية 60 ، و الآية 99 ، و الآية 103 ، و الآية 104 ؛ و من سورة يوسف الآية 88 ، و من سورة الرعد الآية 66 ، و من سورة إبراهيم الآية 31 ؛ و من سورة التحلّل الآية 75 ؛ و من سورة الحجّ الآية 35 ؛ و من سورة التور الآية 22 ؛ و من سورة الفرقان الآية 67 ؛ و من سورة القصص الآية 54 ، و من سورة الروم الآية 39 ؛ و من سورة السجدة الآية 16 ؛ و من سورة الأحزاب الآية 35 ؛ و من سورة سبأ الآية 39 ؛

و من سورة فاطر الآيتين 29 و 30 ؛ و من سورة يس الآية 47 ؛ و من سورة الشورى الآية 38 ؛ و من سورة محمد الآيتين 37 و 38 ؛ و من سورة الحديد الآيات 7 و 10 و 11 و 18 ؛ و من سورة المجادلة الآية 12 ؛ و من سورة المنافقون الآية 10 ؛ و من سورة التغابن الآية 17 ؛ و من سورة الطلاق الآيتين 6 و 7 ؛ و من سورة المزمل الآية 20 ؛ و من سورة الأعلى الآية 14 ؛ و من سورة الليل الآيتين 5 و 18 .

خمس و ثلاثون آية في ذمّ البخل و هي على التوالي : من سورة آل عمران الآية 180 ؛ و من سورة النساء الآية 37 ؛ و من سورة التوبة الآيات 34

و 35 و 67 ؛ و من سورة الاسراء الآيتين 29 و 100 ؛ سورة الفرقان الآية 67 ؛ و من سورة الأحزاب الآيتين 18 و 19 ؛ و من سورة فاطر الآية 32 ؛ و من سورة محمد 37 و 38 ؛ و من سورة ق الآية 25، و من سورة النجم الآيات 34 ، 35 ، و 44 ؛ و من سورة الحديد الآية 24، و من سورة الحشر الآية 9 ، و من سورة المنافقون الآية 7 ، و من سورة التغابن الآية 12 .

آيين في ذمّ منع الزكاة و هما كما يلي الآية 6 و 7 من سورة فصلت .

أربع آيات في ذمّ منع الخير و هي الآيتين 12 و 24 من سورة القلم ؛ و الآية 21 من سورة المعارج ؛ و الآية 18 من سورة الفجر .

² محمد الرّازي فخر الدين ، التفسير الكبير ، المجلد الرابع ، الجزء السابع ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، سنة 1981 ، ص. 47 ، 48 ، 49 .

³ أخرجه البخاري و البيهقي و الحاكم و القضاعي ورد ذلك عند السيد سابق ، فقه السنّة ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1981 ، ص. 1076 ؛ أحمد محمد عساف ، المرجع السابق ، ص. 276 .

فليقبله ولا يرده ، فإنّما هو رزق ساقه الله إليه " رواه أحمد² ، و عن أنس قال : قال رسول الله صلّى الله عليه و سلّم : "لو أهدي إليّ كراع لقبلت ، و لو دعيت إليه لأجبت"³ و عن عائشة قالت : قلت يا رسول الله ، إنّ لي جارين، فألى أيهما أهدي؟ ، قال : "إلى أقربهما منك باباً"⁴ ، و عن أبي هريرة : قال النبيّ صلّى الله عليه و سلّم : "تهادوا ، فإنّ الهدية تذهب وحر الصدّ"⁵.

و إلى جانب ذلك فقد إنعقد الإجماع على استحباب الهبة ، و هي للأقارب أفضل ، لأنّ فيها صلة للرحم، و توطيدا للمودّة و الألفة .

و للدّخول إلى معرفة تفاصيل اجتهاد المدارس الكبرى التي تستنبط أحكامها من خلال قراءتها المختلفة للتّصوص الأصليّة ، نبدأ من مدرسة الفقه المالكي، حيث عرّف فقهاؤها الهبة بأنّها : "تمليك من له التبرّع ذاتا ، تنقل شرعا ، بلا عوض ، لأهل بصيغة ، أو ما يدل عليه"⁶.

أمّا عن قولهم "تمليك" ، فالمراد منه ، نقل الملكية ؛ و أمّا عن قولهم "من له التبرّع" فإنّ المراد منه ، كامل الأهليّة ، و أمّا عن قولهم "تنقل شرعا" ، فالمراد منه صلاحية محل الهبة للتّعامل فيه ؛ و أمّا عن قولهم "لأهل" ،

¹الإشراف هو التّطعّ و الإنتظار مقابل عوض آخر.

²رواه أحمد ورد ذكره عند السيد سابق ، المرجع السابق ، ص. 1076 .

³رواه أحمد و الترمذي و ورد ذكره عند السيد سابق ، المرجع السابق ، ص. 1076 .

⁴رواه أحمد و البخاري و ورد ذكره عند السيد سابق ، المرجع السابق ، ص. 1077 .

⁵رواه الترمذي و ورد ذكره عند السيد سابق ، المرجع السابق ، ص. 1077 .

⁶محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، الجزء السّابع ، دار الفكر ، بيروت ، بدون ذكر السنّة ، ص. 94 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة الدنيّة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص.213 .

فالمراد منه أهلية الموهوب له ، و أمّا عن قولهم "بصيغة" فالمراد منه ، هو وجوب إتباع إجراء شكلي ، من أجل صحّة الهبة¹.

و أمّا فقهاء الأحناف فقد عرفوها ، بأنّها : "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"².

أمّا عن قولهم "تمليك" ، فالمراد منه : نقل الملكية ؛ و أمّا عن قولهم "العين" ، فالمراد منه محل الهبة ، و أمّا عن قولهم "بلا عوض" ، فالمراد منه هو وجود نيّة التبرّع .

غير أنّ فقهاء الشافعية فقد عرفوا الهبة بأنّها "تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوّعا"³.

من خلال هذا التعريف نلاحظ أنّ فقهاء الشافعية قد أضافوا على تعريف الحنفية شرطا آخر ، هو أن تكون الهبة منجزة في حياة الموهوب له ، غير مؤجلة ، و هذا هو ما يميّز الهبة عن الوصية.

كما عرفها فقهاء الحنابلة بأنّها "تمليك جائز التصرف ، مالا معلوما أو مجهولا تعذر⁴ علمه ، موجودا مقدورا على تسليمه ، غير واجب ، في الحياة ، بلا عوض ، بما يعدّ هبة عرفا من لفظ هبة و تمليك و نحوهما"⁵.

¹ في قراءة للفقهاء المالكي ابن جزى الغرناطي ، فإنه يقسم الهبات إلى ثلاثة أقسام : أولا هبة لوجه الله تعالى و هي الصدقة فلا رجوع فيها أصلا ، و لا اعتصارا ، و لا ينبغي للواهب ارتجاعها لا بشراء و لا بغيره ، إلا إن رجعت إليه بميراث ، ثانيا هبة التودّد و الحبة فلا رجوع فيها إلا ما وهب الوالد لولده ، صغيرا كان أو كبيرا ، فله أن يعتصره ، و ذلك أن يرجع فيه حتى و لو قبضه الولد ، ثالثا هبة الثواب و حكمها حكم البيع ، راجع محمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، 2002 ، ص.385 .

² عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ص. 212.

³ محمد بن ادريس الشافعيّ ، الأمّ ، الجزء الثامن ، دار الوفاء ، سنة 2008 ، ص. 261 ؛ محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 2006 ، ص.708.

⁴ و المقصود به المال الشائع .

⁵ مقتبس من عند وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، الطبعة الرابعة ، سنة 1997 ، ص.3981 ؛ عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص.214 ؛ ابن قدامة المقدسي ، المعني ، بيت الأفكار الدولية ، الجزء الأول ، سنة 2004 ، ص.1333.

من خلال قراءة تعريف الحنابلة نلاحظ أنّ عبارة " تملك " هي لاستبعاد عقد العارية الذي لا تنقل به الملكيّة، و عبارة " مال " هي لإخراج ما لا يتقوم في نظر الشرع الإسلامي ، و عبارة " غير واجب " لاستبعاد تسديد الحسابات من التزامات و ديون ، و عبارة " في الحياة " لإخراج الوصيّة ، و عبارة " بلا عوض " لاستبعاد عقود المعاوضات.

و عليه فإننا نلاحظ أنّ هذا التعريف ضبط الهبة أكثر من التعريفات السابقة ، إذ أورد أنّ الهبة عقد ينقل الملكيّة من ذمّة إلى أخرى ، و ذكر شرط الحيّزة أو التسليم ، إضافة إلى كون هذا العقد يتمّ حال حياة الواهب ، دون أن يضاف إلى أجل.

بعد أن فرغنا من سرد تعريفات القوانين الوضعيّة ، و كذا تعريفات القانون الإسلامي بمصادره الأصليّة و الإحتياطية نأتي تباعا بسرد بعض تعريفات جمعناها عن فقهاء القانون المعاصرين إذ عرفها الفقيه وهبة الزحيلي بأنّها " عقد يفيد التملك بلا عوض ، حال الحياة تطوّعا " ¹ .

و قد عرّفت بأنّها " تملك المال في الحياة مجّانا " ² ،

و عرّفت كذلك بأنّها " عقد موضوعه تملك الإنسان ماله لغيره ، في الحياة بلا عوض " ³ ، و قد جاء في تعريف آخر بأنّها "عقد يتصرّف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " ⁴ .

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 3981.

² كمال حمدي ، الموارث و الهبة و الوصيّة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1998 ، ص. 154 .

³ أحمد محمد عسّاف ، المرجع السابق ، ص. 265 .

⁴ بدران أبو العينين بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، ب.ذ.س ، ص. 214 .

الفرع الثالث

التمييز بين الهبة و مشتبهاتها

تتداخل الهبة مع كثير من المصطلحات التي تؤدّي المعنى ذاته ، أو تبعد عنه إلى معنى آخر ، و لبيان المتشابه من هذه الألفاظ ، نبدأ بتحديد مفهوم لفظ الصدقة و الهدية و العطيّة و الإباحة و الإبراء و العمرى و الرقى و الوصية و الوقف و العارية.

الصدقة هي الهبة إذا كانت تهدف إلى التقرب لله عزّ و جلّ، أمّا الهدية فهي الهبة إن حملت إلى مكان الموهوب له إعظاما و تودّدا ، غير أنّ العطيّة هي مصطلح يطلق على الهبة في مرض الموت ، أمّا الإبراء فهو هبة الدّين ، و أمّا المنحة فهي الهبة تماما.

و إذا كانت الإباحة هي الإحلال ، إذ يقال : أجتك الشّيء أي أحلته لك و أذنت لك فيه بالأخذ و التّرك ، فإنّها مع ذلك تختلف عن الهبة فيما يلي :

أوّلا : أنّ الهبة تتوقّف على الإيجاب و القبول ، بخلاف الإباحة التي لا تستلزم سوى الإذن من المالك.

ثانيا : يحق للموهوب له أن يتصرّف في الشّيء الموهوب بكلّ أنواع التّصرّفات بخلاف المباح له ، فلا يحقّ له أن يتصرّف إلّا في حدود ما أبيح له.

ثالثا : أنّ الهبة لا تكون إلّا ذاتا ، بخلاف المباح الذي قد يكون منفعة كما يكون ذاتا.

و أمّا من الجانب التاريخي ، فقد كانت العرب قبل الإسلام تستعمل هذين اللفظين في مفهوم الهبة ، إذ يقولون : "أعمرتك هذه الدّار" ، أي جعلتها لك عمرك ، و اللفظ الثّاني قولهم : "أرقتك هذه الدّار" ، بمعنى أنّك إن

متّ قبلي عادت إليّ ، و إن متّ قبلك إستقرّت لك" ؛ و هي من المراقبة ، لأنّ كلّ طرف يرقب موت الآخر¹.

ثمّ ورد بعد ذلك نصّين تشريعيين في السنّة عن العمرى و الرّقبي ، إذ قال النبيّ محمد صلّى الله عليه و سلّم : "أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فإنّ من أعمار شيئا ، فإنّه لمن أعمارّه" ؛ و قال في الحديث الثّاني: "من أعمار شيئا فهو لمعمره حياته و مماته ، و لا ترقبوا ، فمن أرقب شيئا فهو في سبيله".

في تفسير هذين النصّين ، جاءت المدارس الأربعة² بالإجتهادات التّالية:

إتفق الأحناف و المالكيّة على إجازة العمرى و منع الرّقبي ، ذلك أنّ العمرى اعتبرها الحنفية هبة ، و اعتبروا شرط الوقت فيها شرطا فاسدا ، و بما أنّ الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف عقود المعاوضات الماليّة ، فإنّ العمرى هي هبة ؛ اما المالكيّة فقد اجازوا العمرى على اعتبار أنّها حق انتفاع يدوم مدى حياة المعمر له، ثمّ يرجع حقّ الإنتفاع بعدئذ ليلتحق بحقّ الرّقبة عند المعمر.

أمّا الرّقبي فقد كيّفها الحنفية عارية ، ذلك لأنّ اعتبارها هبة لا يمكن ، إذ أنّ هذا التصرف علّقه الموجب على خطر الوجود و خطر العدم ؛ هذا و الأصل أنّ التصرفات الناقلة للملكيّة لا تحتلّ التعليق بالخطر الإحتمالي المتردّد بين الوجود و عدمه ، فلم تصحّ هبة ، و صحّت عارية ، لأنّ الموجب قد دفع للطرف الآخر الشّيء محل الرّقبي لينتفع به. أمّا المالكيّة فقد أبطلوا الرّقبي دون البحث في إعادة تكييفها .

هذا عن الأحناف و المالكيّة ، أمّا فقهاء الشافعية و الحنابلة و معهم الفقيه أبو يوسف ، فقد أجازوا العمرى و الرّقبي ، على اعتبار أنّهما شكلين فاسدين من الهبة يفتقران إلى الإيجاب و القبول و القبض ، يمكن تصحيحهما .

¹ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، 2002 ، ص.389.

² محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص.389 ؛ وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء الرابع ، دار الفكر دمشق ، 2010 ، ص.680.

المطلب الثاني

خصائص الهبة

أهم خصيصة لعقد الهبة ، هو أنه عقد تبرّعيّ ، هذا إضافة إلى كونه لا يتمّ إلاّ بالحيازة ، و بالتالي فهو عقد عينيّ ، إذ لا تكفي الرضائية لتمامه ؛ و كذا هو عقد شكلي مفرط في الشكلية ، نظرا لخطورة التبرّع الذي يفقر ذمة الواهب دونما الحصول على مقابل.

تفصيل هذه الخصائص يستلزم بدء الدراسة في فرعنا هذا أولا لخصيصة التبرّع و ثانيا لخصيصة العينية ، ثمّ ثالثا لخصيصة التوثيقية ، و رابعا لخصيصة الإحتفائية .

الفرع الأول

الهبة عقد تبرّعيّ

الهبة عقد تبرّعيّ إذ أنّ جوهر عقد الهبة هو نية التبرّع ، هذه التي يمكننا استنباطها بواسطة معيار شخصي و آخر موضوعي¹.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص.566.

المعيار الشخصي هو وجود فكرة القيام بالتبرع من جانب الواهب ، و نية قبول الهبة من جانب الموهوب له ، على أن البعض يكتفي بقيام نية التبرع في جانب الواهب الذي يقوم بالدور الإيجابي في عقد الهبة.

أما المعيار الموضوعي ، فهو انتقال قيمة ما ، من الواهب ، إلى الموهوب له ، دون انتظار أية منفعة وراء ذلك .

أما عن النتائج المستنبطة عن هذين المعيارين :

أولاً ، أن الهبة تتحقق طالما كان هنالك افتقار لذمة الواهب ، و إثراء لذمة الموهوب له ، بغض النظر عن طبيعة الحق المالي المنتقل من ذمة الواهب إلى الموهوب له ، إذ يمكن أن يكون حقاً عينياً ، كما يمكن أن يكون حقاً شخصياً .

ثانياً ، أن الهبة لا تتحقق إن تخلفت نية التبرع وفقاً للمعيارين الشخصي و الموضوعي ، بمعنى : إن افترضنا وجود هبة مع انتظار الواهب لمنفعة حصلت له بعد ذلك ، فإن التصرف هنا ليس بهبة بل صفقة معاوضة ، فمثلاً الوفاء بالتزام طبيعي ، حيث أن الواهب هنا لا تتوافر لديه نية التبرع ، بل هو بصدد وفاء دين اختياري عليه ؛

و إن نية التبرع هي مسألة واقع ، تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

الفرع الثاني

الهبة عقد عيني

و ذلك لأن عقد الهبة ليس عقداً رضائياً ، بمعنى أنه لا يستقل بمجرد التقاء الإرادتين ، بل ينبغي لتمامه أن يقوم الواهب ببعث الشيء الموهوب إلى الموهوب له الذي يقوم هو الآخر بقبضه ، و بالتالي حيازته ، و هذا ما كرّسته المادة 206 من قانون الأسرة.

نتيجة لهذا الاعتبار ، فإنّ عقد الهبة لا يتم ، و الملكية لا تنتقل من ذمّة إلى أخرى إلاّ بالقبض ، و القبض المعتبر هو القبض بإذن الواهب و بإرادته و رضاه ، و عليه فإن مات الواهب أو الموهوب له بين العقد و القبض أصبحت الهبة كأن لم تكن حسب حكم الفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة.

أما في الحالة التي تكون فيها الحيابة عند الموهوب له قبل انعقاد الهبة ، فإنّ الموهوب له يعتبر حائزا بموجب نص المادة 207 من قانون الأسرة ؛ على أنّه إن كان الشيء الموهوب بيد الغير ، فإنّه ينبغي على الواهب إخبار الموهوب له ، و يعدّ مجرد الإخبار بمثابة الحيابة ، حسب نص المادة 207 .

هذا و إن كان الموهوب له داخلا تحت ولاية الواهب ، أو تجمعهما علاقة زوجية ، أو كان الشيء الموهوب مشاعا ، فإنّ الشكليّة في هذه الحالات تغني عن الحيابة إعمالا لنص المادة 208 .

والحيابة إمّا مباشرة أي عن طريق الموهوب له ، و تحت يده ، أو عن طريق وكيله ، حسب ما قضت به المادة 210 ، أمّا إن كان الموهوب له قاصرا فإنّ وليّه هو من ينوب عنه بموجب الفقرة الثانية من المادة 210.

الفرع الثالث

الهبة عقد توثيقي

إذ تنصّ المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ : "الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات" . و هذا ما طبّقه القضاء في مضمون القرار الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 1994 في القضية المعروضة على المحكمة العليا ، حيث جاء فحوى القرار كما يلي : "من المقرّر قانونا أنّ العقود المتضمّنة نقل الملكية العقاريّة يجب أن تحرّر في شكل رسمي ، و إلاّ وقعت تحت طائلة البطلان ، لذا فإنّ الهبة الواردة في

الشكل العرفي تعدّ باطلّة لعدم استيفائها الشّروط الجوهرية¹. و لعلّ هذا الموقف مبرّر بضرورة ، ألا و هي تنبيه الواهب على مشروعه الخطير ، في إقدامه على نقل ملكية عقار يملكه إلى ذمة أخرى .

حيث أنّ المادة 12 من قانون التوثيق² تنصّ في فقرتها الأولى : "يجب على الموثّق أن يتأكّد من صحّة العقود الموثّقة ، و أن يقدّم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتّفاقهم مع القوانين التي تسري عليها و تضمن تنفيذها" . و بالتالي فالموثّق مضطلع بمراقبة مدى انطباق هذا الإتيافاق مع القانون ، بدءا بالتحقّق من أهلية الواهب و وجود رضائه ، ثمّ تعيين محل الهبة تعيينا دقيقا ، و إعلامه بما يقع عليه من التزامات ، و كذا إعلام الموهوب له بالإجراءات الإدارية اللاحقة للعقد التوثيقي ، وصولا إلى منحه رسما أصليا عن عقد الهبة المكتوب ، الذي يجسّد إرادة الواهب و موافقة الموهوب له.

الفرع الرابع

الهبة عقد احتفائي

جاء ذكر مصطلح الإحتفائية بالمادة 324 مكرّر 3 من القانون المدني الجزائري حيث نصّها الآتي : "يتلقّى الضابط العمومي ، تحت طائلة البطلان ، العقود الإحتفائية ، بحضور شاهدين".

نلاحظ من خلال قراءة هذا النصّ ، أنّ تخلف شهادة الشاهدين في العقود الإحتفائية ، جزاؤه البطلان ، لكن ما معنى مصطلح الإحتفائية ؟

¹ محكمة عليا ، غ.أبش ، 1994/11/09 ، ملف رقم 10365 ، مجلّة الموثّق ، 1999 ، عدد6، ص.45.
² و المشرّع الجزائري لما أشار إلى وجوب مراعاة ما قرّرته أحكام التوثيق ، إنّما يقصد بذلك محتوى نص المادة 12 من القانون رقم 70.91 المؤرّخ في 25 ديسمبر 1970 ، جريدة رسمية عدد 107 ، المعدّل و المتمّم بمقتضى القانون رقم 88.27 المؤرّخ في 12 جويلية 1988 الجريدة الرسمية عدد 28 ، ثمّ المعدّل و المتمّم بموجب القانون رقم 02.2006 المؤرّخ في 20 فبراير 2006 ، الجريدة الرسمية عدد 09 ، و كذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08.242 المؤرّخ في 03 أغسطس 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 44 .

غموض المعنى الدقيق لهذا المصطلح في المنظومة التشريعية الجزائرية يبيح لنا البحث عنه في العرف التوثيقي اللاتيني ، غير أن العرف التوثيقي الموروث عن الحقبة الإستعمارية¹ ، استقرّ على أن العقود الإحتفائية هي على سبيل التوالي : عقد الهبة ، و عقد الرجوع في الهبة ، عقد الوصية و عقد الرجوع عن الوصية _ وهذا قياسا على الهبة _ ، عقد الزواج ، و كذا العقود المرتبطة بهذه العقود كالكالات الخاصة بها .

فالاحتفائية بهذا المفهوم هي عبارة عن كميّات و أشكال ترافق أنواعا معيّنة من العقود ، بغية إضفاء صبغة من الأهمية البالغة عليها ، مما يحصّن المتعاقد الذي يقدم على إبرام إحدى هذه العقود من التهور .

هذا عن تفسير مصطلح "احتفائية" ، أما عن مصطلح "شاهدين" ، فإنه يذكّرنا بمصطلح "شاهدي العدل" في القانون الإسلامي ، و تحديدا في آية الدين ، و في نصوص أحكام الزواج ، بحيث أن وجود شاهدي العدل في عقد الزواج _ حسب القانون الاسلامي _ هو ركن ركين ، داخل في تكوين عقد الزواج؛ على خلاف الشاهدين في آية الدين ، الذين يؤدّيان دورا مهمّا في الإثبات .

المبحث الثاني

أحكام الرجوع في الهبة

بعد أن عرفنا ماهية الهبة ، و علمنا أنّها ملزمة فور إنشائها غير معلقة على شرط ، و لا مضافة لأجل ، نتطرق الى استثناء نص عليه القانون ، حيث يستطيع بموجبه الواهب أن يلغي التزامه الذي أوجبه عليه ارادته عندما أنشأ الهبة أوّل مرّة إنشاء صحيحا .

¹ القانون المدني الفرنسي يقرّر أن العقود الإحتفائية هي كما يلي :

عقد الزواج حسب نص المادة 1394 ق.م .

عقد الرهن العقّاري حسب المادة 2127 ق.م.

عقد الهبة حسب المادة 931 ق.م.

عقد إبراء الدين حسب المادة 1250 ق.م.

و عليه نبدأ الدراسة في المطلب الأول بتعليق الرجوع على صحة الهبة ، ثم المطلب الثاني بذكر حكم الرجوع في الهبة ، و تبيان اجراءات الرجوع فيها في المطلب الثالث ، ثم موانع الرجوع في الهبة مع آثار الرجوع فيها في المطلب الرابع.

المطلب الأول

تعليق الرجوع على شرط صحة الهبة

الهبة عقد مثل كل العقود ، يدخل في تركيبه الأركان الثلاثة المعتادة ، أقصد الرضا و المحلّ و السبب ، و يضيف القانون ثلاثة أركان شكلية ، ألا و هي : القبض و الحيازة فيما يخص المنقولات ، و الرسمية إذا ما تعلّق الأمر بالعقارات ، و أخيرا شهادة الشهود . و متى نشأ عقد الهبة صحيحا ، عندها نستطيع تطبيق اجراءات الرجوع على الهبة ، إذ الرجوع لا يكون في العقود الباطلة أو القابلة للإبطال.

و عليه نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول للأركان الموضوعية ، و الفرع الثاني للأركان الشكلية .

الفرع الأول

الأركان الموضوعية

الهبة عقد ، و تطبيقا للنظرية العامة للعقد ، فإن أركانها الأساسية ككل العقود ، رضا و محلّ و سبب ، بحيث يستحيل تصور وجود عقد ، دون تلاقح إرادتين حول موضوع هو المحلّ ، بدافع و باعث هو السبب.

و عليه ندرس هذه الأركان الثلاثة ، أولا الرضا ، ثانيا المحلّ ، ثالثا السبب.

أولاً . الرضا : هو الركن الركين لكل عقد ، بحيث تظهر الإرادة بشكل فعلي عندما تترتب الالتزامات في ذمة المتعاقدين كأثر ناتج عن العقد ، و الإرادة هذه لكي تنتج أثرها ، تستلزم وجود الرضا و تستلزم كذلك سلامته من كل عيب قد يشوبه . و عليه ندرس وجود الرضا ، ثم سلامته .

أ/ وجود الرضا : تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي : " تنعقد الهبة بالايجاب و القبول و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الاجراءات الخاصة في المنقولات / و إذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

الملاحظ من هذا النص ، أن الهبة عقد رضائي بين الواهب و الموهوب له ، بحيث يجب تلاقي الارادتين و تطابقهما ، و عليه فيما يخص تلاقي الارادتين تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد ، إذ يجب أن يصدر الايجاب من الواهب ، بحيث تكون نية التبرع جلية واضحة ، هذا الايجاب الذي يقبله الموهوب له ، مع اشتراط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب¹ ، و يجوز أن تنعقد الهبة بين غائبين ، فتتم في الزمان و المكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب² ، على أن الهبة التوثيقية يجب أن تتم في مجلس يحضره شاهدي عدل ، يشهدان على صدور الايجاب و القبول ، و اقتراحهما بحضور ضابط عمومي هو الموثق الذي يفرغ هذا الاتفاق — مع كل الشروط التي يراها الأطراف مناسبة — في صيغة رسمية ، و بالتالي فهذه الهبة لا يمكن أن تتم بالمراسلة.

و الجدير بالإشارة أن الهبة عقد³ فإن القبول لا بد منه ، و هذا صريح في نص المادة 206 من قانون الأسرة سالف الذكر ، و السبب في جعل الهبة عقدا ، أنها و إن كانت تبرعا إلا أنها تأسر الموهوب له بالجميل ، و تفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب ، هذا ما قد لا يختاره الموهوب له ، على أن القبول يكون إما صريحا أو ضمنيا في الهبة اليدوية ، التي لا تحتاج إلى عقد رسمي لتمامها ، كما هو الأمر في الهبة التوثيقية . و بالتالي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص.238 ؛ محمد بن أحمد تقيية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري ، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2003 ، ص. 57 .

² محمد بن أحمد تقيية ، المرجع السابق ، ص.87.

³ محمد بن أحمد تقيية ، المرجع السابق ، ص.58.

تتعقد الهبة بتطابق الإيجاب مع القبول ، و بمفهوم المخالفة لا تتعقد الهبة بانحراف القبول عن موضوع الإيجاب ، كأن يكون الإيجاب موضوعه الهبة ، و القابل يقبل الشيء الموهوب ، و في اعتقاده أنه يقبله استعارة.

و أمّا عن رجوع الواهب في إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه¹ ، فإنّ هذه حالة التي يمكن أن يتحلل فيها الواهب من إيجابه ، لأنّ العقد لم يتمّ صحيحاً ، ذلك أنّ العقد يتم عند اقتران الإيجاب القائم مع القبول ويجب أن يقبض الموهوب له هبته ، و إلّا بقيت إلتزاماً طبيعياً على عاتق الواهب ، إن شاء نفذه ، و إن لم يشأ لم ينفذه، بحيث لا يمكن إجباره .

ويطبق الحكم ذاته في حالة موت الواهب ، أو فقد أهليته ، قبل وصول الإيجاب إلى علم الموهوب له ، أو حتى قبل وصول القبول إلى علم الواهب ، لأنّ الإيجاب صحيح ، لكنّه لم يقترن بالقبول² .

و كذلك الأمر إذا مات الموهوب له ، أو فقد أهليته ، قبل أن يصدر منه القبول³ ، فإنّ الهبة لا تتم لأنّ الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله ، إذ أنّ قبول الهبة ، أمر خاص بشخص الموهوب ، لا يحلّ ورثته محلّه فيه ، أمّا إن مات الموهوب له بعد صدور القبول منه و قبل وصوله إلى علم الواهب ، فإنّ موت الموهوب له لا تمنع من الإنعقاد⁴ .

و يعتدّ كذلك بالقبول الصّادر من غير شخص الموهوب من نائبه مثلاً ، و النيابة هنا إمّا نيابة قانونيّة ، كنيابة الوليّ و الوصيّ و المقدّم ، و إمّا نيابة إتفاقيّة كنيابة الوكيل هذا و ينبغي أن يتوافر في الوكالة من أجل إبرام عقد الهبة ، كل الشّروط الشّكليّة و الكيفيّات الواجب توافرها في الهبة⁵ .

و لما كان قبول الهبة أمراً شخصياً ، خاصاً بالموهوب له فقد تقوم عنده اعتبارات تدفعه إلى رفض هذه الهبة ، فإنّه إن حدث ذلك ، فإنّه لا يجوز لدائني الموهوب له أن يستعملوا حقّه في القبول ، و كذا لا يحقّ لهم الطّعن في

¹ محمد بن أحمد تقيه ، المرجع السابق ، ص.90.

² محمد بن أحمد تقيه ، المرجع السابق ، ص.92.

³ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة الدينية ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص. 224.

⁴ محمد بن أحمد تقيه ، المرجع السابق ، ص.92.

⁵ تنص المادة 572 من القانون المدني على ما يلي : " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " .

رفضه ذلك ، بالدعوى البوليصة ، لأنّ الرّفص في هذه الحالة لا يتضمّن معنى الافتقار ، بل هو امتناع عن الإثراء¹.

أمّا عن أهليّة المتعاقدين التي يتطلّبها القانون لكلّ طرف ، و بما أنّ الهبة عقد ملزم لجانب واحد ، و هو جانب الواهب ، فإنّ القانون يتشدّد في أهليّته ، حماية له ، حيث يشترط أهليّة التبرّع ، و هي أقوى من أهليّة التصرّف ، و على العكس من ذلك نجد تخفيفا في أهليّة الموهوب له ، المستفيد من مزايا الهبة.

و من أجل الإحاطة بأهليّة الواهب ، ندرس الحالات الثلاث الخارجة عنها ، ألا و هي : أهليّة عدم التمييز ، أهليّة المميّز غير الرّاشد ، و أهليّة المقدّم عن المحجور عليه.

1/ أهلية عدم التمييز :

فأمّا عن أهليّة عدم التمييز فإنّه غير أهل لأن يهب ، بل أكثر منه فهو ليس أهلا للتعاقد من الأساس ، إذ أنّ التعاقد يقوم على الإرادة ، و لا إرادة لعدم التمييز ، و يدخل في ذلك الصّبيّ دون سنّ التمييز ، الذي لم يبلغ بعد سنّ التمييز المحدّد بثلاثة عشر سنة² ، و المجنون ، و كذا المعتوه ، بالتالي فكلّ تصرّف صادر عن هؤلاء ، يقع باطلا بطلانا مطلقا³ و لا تلحقه الإجازة ؛ هذا و إنّ وليّ عدم التمييز هو الآخر لا يمكنه بأيّ حال هبة أموال من يتولّاهم .

2/ أهليّة المميّز غير الرّاشد :

الشخص الذي تغطّي قدراته العقليّة مجال التمييز ، من دون أن تصل مجال الرّشد ، مثاله الصّبيّ المميّز الذي هو بين الثالثة عشر و التاسعة عشر من العمر ، و كذا السّفية ، و ذو الغفلة المحجور عليهما ، فإن كل هؤلاء لا يملكون أهليّة التبرّع⁴ ، و بالتالي لا يستطيعون القيام بأيّ هبة ، و أي هبة يعقدونها تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ، لا تلحقها الإجازة ؛ هذا و إنّ وليّ القاصر ، سواء كان هذا الأخير مميّزا أم غير مميّز ، لا يجوز له بأيّ حال من الأحوال هبة أموال القاصر .

¹ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، طبعة 2010 ، ص.138 .

² راجع المادة 42 فقرة 2 ق.م.

³ راجع المادة 43 ق.م.

⁴ راجع المادة 83 ق.أ.

هذا و سواء كان الشّخص عديم التّمييز أو ناقصه ، فإنّ النائب عنه لا يجوز له أبدا هبة أمواله التي هو قائم عليه بشأها ، و لو بإذن المحكمة .

3/ أهلية التبرع عند البالغ الرّشيد :

سن الرشد كما هو معلوم تسعة عشر عاما كاملة ،من بلغها غير محجور عليه فله أهلية التبرّع ، و بالتالي له الحق في ابرام عقد الهبة ، من دون أن يكون هنالك حدّ أعلى أو أدنى للهبات الصّادرة عنه كمّا و كيفاً ، لأنّ الهبة من وجهة نظر المشرّع الجزائري ، ليس لها نصاب ، مع التذكير بالأّ تقع في مرض الموت حيث تأخذ حكم الوصيّة كما تقضي بذلك المادة 204 من قانون الأسرة و المادة 776 من القانون المدني.

4/ هبة المريض مرض الموت:

قبل التّطرّق إلى الهبات الصّادرة عن الشّخص المريض مرض موت ، نحدّد مفهوم مرض الموت .

و للإشارة لم يعرف القانون الجزائري مرض الموت ، و لم يحدّد ماهيته و شروطه ، لا في القانون المدني ، و لا في قانون الأسرة ، بينما اكتفى ببيان أحكام البيع ، عندما يكون البائع مريضا مرض موت ، و هذا في القانون المدني ، و بيّن كذلك أحكام الهبة في مرض الموت دون أن يضع تعريفا لمرض الموت ، و عليه يتوجّب علينا الرّجوع إلى القانون الإسلامي ، لتحديد ماهية مرض الموت ، و للبحث في شروطه.

لم يتّفق الفقهاء المسلمون على معيار واحد ، لتحديد ماهية مرض الموت ، إذ جاء في الفتاوى الهندية : "المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه ..."¹ ، هذا و يلحق الفقيه ابن قدامة² بحكم المريض مرض موت ، أصحّاء و لكن غلب عليهم ظنّ الهلاك ، مثل ذلك: الجنود عند قيام حرب ، المحكوم عليه بالقصاص ، ركب البحر ، الأسير ، الحامل عند الوضع.

¹ منقول من عند عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي بيروت ، ص.313.

² ابن قدامة المقدسي ، المعني ، الجزء الأول ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص.1020 .

و قد وضع الفقهاء لمرض الموت ، أربعة شروط¹ ، أولها أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه ، ثانيها أن يغلب عليه خوف الموت ، ثم ثالثها و هي أن تتحقّق واقعة الموت فعلا ، و رابعها أن يكون عالما بهذا المرض .

الشّرط الأوّل هو أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه العادية ، و ليس شرطا أن يلازم المريض الفراش ؛ أمّا عن معيار الحوائج العادية² ، فالمقصود منها وظيفته ، نشاطاته التّطوّعيّة ، أو حرفته التي اعتاد إتقانها ، و يمكننا القياس على ما سبق لنضيف ضمن هذا الإطار عاداته الضّروريّة كالخروج إلى المسجد كلّ صلاة ، و كذا ممارسة رياضته البدنية المعتادة ، هذا و يخرج عن هذا الإطار عجز الشخص عند الشّيخوخة ، فالشّيخوخة ليست مرضا مهلكا ، بل هي دور طبيعي من أدوار الحياة ، يمر عليها كلّ إنسان ، بينما مرض الموت قد يطل الشّاب كما يطل الكبير في السنّ.

و يتحقّق هذا الشّرط رغم ما يعتريه من حالات إستثنائيّة ، يخرج فيها المريض من بيته ، للتّصديق على عقد أمام الموثّق ، أو المثول أمام القضاء ، كما لا يشترط في مرض الموت أن تنقص قدراته الإدراكيّة .

أمّا عن الشّرط الثّاني و هو أن يغلب في المرض احتمال الموت ، كأن يكون هذا المرض خطيرا ينتهي عادة بالموت، و لا يشترط في المرض أن يكون خطيرا منذ البداية ، إذ قد يبدأ بسيطا ثم يتطوّر ، فتسوء حالة المريض ، و يصبح مرضا خطيرا .

و أمّا الشّرط الثّالث يقتضي أن ينتهي المرض بالموت ، لكن إن شفي من المرض ثمّ مات بعد ذلك ، بمدة يسيرة أو كثيرة ، لا يمكننا الإعتداد بهذا المرض كمرض موت .

و أخيرا فالشّرط الرّابع هو علم المريض بمرضه ، إذ أنّ العلة في إبطال التّصرّفات الواقعة في مرض الموت ، هو يأس المريض من الحياة و انقطاعه عنها ، ممّا يؤدّي به في النّهاية إلى عدم الحرص على مصالحه ، و هذا يفترض علمه بخطورة مرضه ، و خوفه من خطر الموت و من مفارقة الحياة ، و هذا ما يدفعه عادة إلى التّصرّف بشكل لم يكن يتعاطاه في حال صحّته .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.313-320 ؛ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص. 118 – 120 .

² نبيل صقر ، تصرّفات المريض مرض الموت ، دار الهدى عين مليلية ، الجزائر ، ص. 12 .

هذا عن الشروط الواجب توافرها في مرض الموت ، أما عبء الإثبات فيقع على عاتق ورثة المريض المتوفّي ، و مرض الموت هو واقعة ماديّة يجوز إثباتها بكلّ الطّرق ، ذلك أنّ مرض الموت من المسائل الفنيّة ، التي تتطلّب من قاضي الموضوع إستشارة أهل الخبرة و الإختصاص .

و أمّا عن مصير الهبة في مرض الموت فالجدير بالملاحظة حول المادتين 204 من قانون الأسرة¹ و 776 من القانون المدني² أنّ الواهب إذا تصرّف في أمواله ، بأن وهب جزءا منها أو كلّها و هو في مرض موته ، فإنّ تصرّفه هذا يعتبر وصيّة ، و عليه تكون الهبة ضمن أحد الإحتمالات التّالية :

الإحتمال الأول أنّ الهبة صادرة في مرض الموت لفائدة شخص غير وارث، و لم يتجاوز الشّيء الموهوب ثلث مجمل تركة الواهب ؛ ففي هذه الحالة يعاد تكييف هذه الهبة بأنّها وصيّة ، و هي صحيحة ، تسري آثارها فيما بين المتعاقدين ، و بالنّسبة للغير ، و لا يمكن طلب إبطالها ، إلّا بسبب آخر.

أمّا عن الاحتمال الثاني فإنّ تكون الهبة صادرة في مرض الموت لفائدة شخص غير وارث ، و قد تجاوز الشّيء الموهوب ثلث إجماليّ التّركة، ففي هذه الحالة كسابقتها ، فإنّ الهبة وصيّة مستترة ، و هي صحيحة نافذة بحدود ثلث التّركة ، موقوفة على إجازة باقي الورثة فيما تبقى منها.

¹تنصّ المادة 204 من قانون الأسرة على ما يلي :

" الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة ، تعتبر وصيّة ."

²تنصّ المادة 776 من القانون المدني على ما يلي :

" كلّ تصرّف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرّع يعتبر تبرّعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصيّة أيّا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ."

و على ورثة المتصرّف أن يثبتوا أنّ التصرّف القانوني قد صدر عن مورّثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطّرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أنّ التصرّف صدر عن مورّثهم في مرض الموت اعتبر التصرّف صادرا على سبيل التبرّع ما لم يثبت من صدر له التصرّف خلاف ذلك ، كلّ هذا ما لم توجد أحكام خاصّة تخالفه ."

و أما عن الاحتمال الثالث فهو أن تكون الهبة صادرة في مرض الموت لفائدة شخص وارث ، بقي الشيء الموهوب محدودا في إطار الثلث ، أم تجاوزه ، فالهبة وصية ، و هي موقوفة على إجازة الورثة ، كل وارث يجيزه بنسبة نصيبه في الإرث، و هذا وفقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة ، التي نصّها : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " .

هذا عن أهلية الواهب ، و أما عن أهلية الموهوب له فإنّ هذا الأخير هو المستفيد من عقد الهبة ، و بما أنّ عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد ، و حيث أنّ الموهوب له لا يتحمّل أية التزامات ، فإنّ الأهلية المفترضة هدفها هو استحقاق الشيء الموهوب ، و عليه فإنّ أهلية الوجوب كافية ، و نتيجة لذلك ، يكون الجنين أهلا للهبة ، و بالضرورة يكون كلّ شخص عديم التمييز ، أو ناقصه أهلا للهبة .

و في هذا تنص المادة 209 من قانون الأسرة على ما يلي : " تصحّ الهبة للحمل بشرط أن يولد حيّا" ، من هذا النص نلاحظ أنّ قانون الأسرة يجيز الهبة للجنين ، بحيث يوقف الشيء الموهوب ، فإن ولد الجنين حيّا ، دخل في ذمة الجنين هذا الشيء الموهوب ، و إن ولد حيّا ثمّ مات ، كان لورثته ، أمّا إن ولد ميتا يرجع الشيء الموهوب إلى ذمة الواهب ، و عليه فإنّ الهبة للجنين صحيحة ، و هي مشروطة بولادته حيّا .

و تطبيقا لذلك ينبغي لمن يعزم على إبرام عقد هبة لفائدة جنين ، تقديم الوثائق المبينة لهوية الواهب ، و تقديم أصل الملكية الذي يعتمده الواهب في إثبات ملكيته للشيء الموهوب إن كان عقارا ، أو منقولا ؛ و كذا تقديم بوليصة التأمين ضدّ الكوارث الطبيعّية ، إذا كان الشيء الموهوب له عقارا مبنيا ، و كذا وثائق هوية الشاهدين الذين لا تنعقد الهبة في غيبتهما . و بما أنّ الموهوب له هو جنين لم يولد بعد ، فإنّه ينبغي الإعتماد في هذه الحالة على شهادة طبيّة ، لإثبات وجود هذا الحمل ، و هل هو حمل منفرد ، أم حمل متعدّد ، و ينبغي كذلك تقديم وثائق هوية الوليّ الشرعيّ للحمل إن كان الأب أو الأمّ ، ثمّ يشرع في تحرير مشروع العقد ، الذي يتلوه الموثق على مسامع كلّ من الواهب و الوليّ الشرعيّ للموهوب له الذي يقبل الهبة ، بحضور الشاهدين الذين يقرّان بسلامة رضا الواهب ، و بأنّ الهبة المنعقدة تمّت وفقا للقانون ؛ ثمّ تتبّع الإجراءات الشكلية المعتادة لأيّ عقد ، من تسجيل وشهر إن كنّا بصدد عقار ، ثمّ ينتظر وضع الأم حملها فإن ولد حيّا،

حرر
الموثق
محضرا

و أرفقه بشهادة ميلاد الطفل ، و قام بإيداعه هو الآخر لدى المحافظة العقارية المختصة ؛ أمّا إن ولد ميتا، فإنّه

يجرّ محضراً بذلك ، وإرفاقه بشهادة الوفاة ، وإيداعه لدى المحافظة العقارية بغرض إلغاء إجراء الشّهر السابق

أمّا عن الموهوب له عدم التّمييز و بما أنّ الهبة تصرّف نافع نفعاً محضاً ، فالصّي غير المميّز ، أو المجنون أو المعتوه ، يستفيد من الهبة عن طريق وليّه ، أو وصيّه أو مقدّمه ، الذين يقبلون عمن يقومون عليهم بخصوص الهبات الموجهة إليهم ، وكذا يقبضونها عنهم .

هذا إن كانت الهبة غير مقترنة بشرط ، ولا محمّلة بالتزام يمكن أن يتقل كاهل الموهوب له . أما في الحالة الأخرى - أقصد هبة الثّواب - فإن القانون لم يورد نصّاً صريحاً ، وإنه قياساً على إمكانية بيع أموال القاصر عن طريق وليّه بالمزاد بعد إذن القضاء الذي يقدر مصلحة القاصر¹ ، فإنّه يمكن في حالة كهذه التماس إذن القضاء من أجل أن يقبل التائب عن عدم الإرادة الهبة الموجهة إليه والتي ستحمّله إلزاماً .

و إذا كان الموهوب له شخصاً مميّزاً دون الرّشد فإنّه تطبيقاً للقواعد العامّة في القانون المدني ، يجوز لهذا الأخير قبول الهبة ، وكذا قبضها بنفسه ، لأنّها نافعة نفعاً محضاً له ، لكن في هبة الثّواب ، يقبل عنه وليّه و يقبض عنه ، لأنّها دائرة بين النّفع والضّرر² .

و أخيراً البالغ الرّشد ، لا شكّ أنه يحق له قبول هباته ، و لو كانت هبات ثواب و يقبل عنه وكيله مع النّصّ على ذلك في عقد الهبة الرسمي ، و مع وجوب أن تكون الوكالة مفرغة في ذات الشّكل الذي تفرغ فيه الهبة .

¹ تنص المادة 88 من ق.أ.ع. ما يلي : " على الولي أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام . و عليه أن يستأذن القاضي في التصرّفات التالية :/أ/ بيع العقار و قسمته و رهنه و إجراء المصالحة ، ب/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة ، ج/ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة ، د/ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرّشد" ، و تنص المادة 89 من ق.أ.ع. ما يلي : " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة و أن يتمّ بيع العقار بالمزاد العلني" .

² المادة 83 من ق.أ.ع. : "من بلغ سنّ التمييز و لم يبلغ سنّ الرّشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرّفات نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارّة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت متردّدة بين النّفع والضّرر ، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء" .

و عليه ينبغي أن ترم الوكالة بحضور شاهدي عدل ، وتحت عناية موثّق يراعي الصّفة الإحتفائيّة فيها ،
و يحرص على ذكر مهام الوكيل بشكل دقيق ، في متن السّند المكتوب ، الذي تفرغ فيه الوكالة¹.

ب/ سلامة الرّضا عن العيوب :

عيوب الرّضا في عقد الهبة ، هي ذاتها في أي عقد آخر ، إذ أنّ ارادة المتعاقد تكون معيبة إن شاها غلط ،
أو تدليس ، أو إكراه ، أو استغلال ؛ بحيث تصبح الهبة في هذه الأحوال كلّها ، قابلة للإبطال لمصلحة صاحب
الإرادة المعيبة .

فالغلط المقصود في عقد الهبة هو الغلط الجوهرى ، مع ملاحظة أنّ معيار الغلط الجوهرى في عقد الهبة، هو أقلّ
تشدداً منه في عقود المعاوضات² ، و السّبب هو أنّ الهبة عقد تبرّعى . هذا و الغلط المعتر هو الذي يقع فيه
الواهب ، لأنّ الموهوب له لا يلتزم بشيء — باستثناء هبة الثواب — ، و الغلط يكون إمّا في الشيء الموهوب
،

و إمّا في شخص الموهوب له ، أو في القيمة ، أو في الباعث³.

أما عن الغلط في الشيء الموهوب ، فإن الموهوب له إن كان يعلم بوجود هذا الغلط ومع ذلك كتّمه بغية
الاستفادة من سهو الواهب عن ذلك الغلط ، هنا تثبت النية السيئة للموهوب له ، وبالتالي تكون هذه الهبة
قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب.

أما عن الغلط في شخص الموهوب له ، فإنه يحق للواهب طلب إبطال عقد الهبة بخلط في شخص الموهوب له ،
لأن شخصية الموهوب له في عقد الهبة هي ذات اعتبار رئيسي في التعاقد ، بل إن الغلط في شخصية الموهوب
له، هو عيب أشد حسامة من الغلط في شخصية المشتري⁴.

¹ المادة 572 ق.م : " يجب أن يتوفر في الوكالة الشّكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محلّ الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

² محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السّابق ، ص.130.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأوّل ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، 1998 ، ص.371-378.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأوّل ، دار احياء التراث العربي بيروت ، 1952 ، ص.300.

أما عن الغلط في قيمة المال ، فهو متفرع عن الغلط في الشيء الموهوب ولكن من زاوية الكم ، إذ يهب شخص لآخر ساعة و هو يعلم أنّها ساعة ، لكن يتبين فيما بعد أنّها ساعة ثمينة ، فيها أحجار كريمة ، ما كان ليهبها لو علم ذلك ؛ هذا ، و القابلية للإبطال لا يمكن أن يتمسك بها الواهب إلا إذا أثبت سوء نية الموهوب له ، التي يمكن أن يستشفها قاضي الموضوع من الملابس و القرائن المحيطة بالتصرف¹.

أما عن الغلط في الباعث ، فهو أن يحسب الواهب بوقوع شيء ، يكون هو السبب في تصرفه بالهبة ، و لولا ذلك الظن لما قام بالهبة و في النهاية لا يتحقق الظن ؛ كأن يهب مريض أمواله ، و هو يحسب أنه ميت ، ثم يشفى من مرضه ، فيجوز له حينئذ طلب إبطال هباته ، إذا كان الموهوب له مشتركا معه في الغلط ، أو عالما به ، أو يستطيع أن يعلمه².

هذا عن الغلط ، أما عن التدليس في عقد الهبة فإنه تطبيقا للقواعد العامة يجوز طلب إبطال الهبة للتدليس ، و المنطق يفترض أن المدلس هو المستفيد من عقد الهبة ، سواء كان هو ذاته الموهوب له ، أو شخصا آخر أجنبيًا عنه .

و بما أنّ الهبة عقد تبرّعيّ ، تقع فيه الإلتزامات على جانب واحد غالبا ، فإنّ التدليس هو عيب أشدّ جسامة منه لو كان في عقد معاوضة ، على أنّه ليس من حقّ الواهب التمسك بتدليس الغير عليه إذا كان الموهوب له حسن النية³، أي لا يعلم بوجود هذا التدليس ، و لا يمكنه ذلك بأيّ حال من الأحوال .

كما أنّ الإكراه في عقد الهبة يفسد رضاء الواهب إذا ما تأثرت نفسه بنفوذ أدبيّ عليه ، يحمله على التجرّد من ماله لمصلحة الموهوب له ؛ بالنتيجة فإنّ للواهب في حالة كهذه طلب إبطال هبته⁴ .

و أخيرا فالإستغلال في عقد الهبة هو أكثر العيوب شهرة ، و هو وجه من أوجه الإكراه ، إذ أنّ إرادة الواهب تتأثر بنفوذ أدبيّ يحملها على القيام بالهبة ، و لكن هذا النفوذ على خلاف الإكراه ، لا يصدر من شخص أقوى

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.301.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.302.

³ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.134 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.330.

⁴ المادة 88 ق.م : " يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حقّ " .

من الواهب ، ولكنه نفوذ صادر من شخص يملك مفاتيح الدخول إلى نفس الواهب ، فيسيطر على إرادته من حيث لا يدري ، و يوجهها وفق مصلحته¹ .

إذا تحقّق الإستغلال بهذا المفهوم ، كان للواهب احدى دعويين ، دعوى الابطال ، أو دعوى الانقاص ، فإن اختار دعوى الابطال ، جاز للقاضي إجابته لطلبه ، و للقاضي في هذه الحالة النّظر في شروط الاستغلال ، متوفّر هذا الاستهواء الذي سيطر على إرادة الواهب فأفسد رضاه ؛ أما إن لم يقتنع قاضي الموضوع بتوافر شروط الاستغلال ، فإنّ له الصلاحيّة في إنقاص الهبة إلى الحد الذي تتحقّق معه عدالة كلّ طرف من أطراف العقد ، هذا ، و يجوز للموهوب له أن يطلب منذ البداية بإنقاص الهبة إلى حدّ ما ، فيتوقّى بذلك دعوى إبطال الهبة من الواهب .

هذا إن اختار الواهب دعوى الإبطال ؛ أما إن بدأ بدعوى الانقاص فإنّه يقيد القاضي بطلبه ذلك ، دون أن يمكنه بالوصول إلى إبطال الهبة ، و السبب كما هو معلوم في مبادئ التقاضي ، بعدم صلاحية القاضي بالتوسّع في تفسير طلبات المتقاضين ، و إجابتهم إلى طلبات لم يطلبوها² .

ثانيا. الحل في عقد الهبة :

الأصل في الهبة أنّها عقد ملزم لطرف واحد ، مما يستتبع أنّ الحلّ في عقد الهبة هو الشّيء الموهوب هذا هو الأغلب ، لكن يمكن أن نجد في هبة الثّواب ، إضافة إلى الشّيء الموهوب العوض ، و للتّفصيل ، نعالج أوّلا الشّيء الموهوب ، ثمّ نتبعه بعد ذلك ثانيا بالعوض .

أ/ الشّيء الموهوب :

يسري على الشّيء الموهوب ما يسري على محلّ كلّ عقد ، إذ ينبغي أن يكون موجودا ، معيّنا أو قابلا للتّعيين ، صالحا للتّعامل فيه ، و مملوكا للواهب .

¹ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.139 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.365 .

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.370 .

أمّا عن وجود الشّيء الموهوب ، فإنّ القواعد العامة هي السّارية¹ ، باستثناء الأموال غير الموجودة وقت الهبة ، لأنّ هبة الأموال المستقبلية باطلة ذلك أنّ المادة 206 من قانون الأسرة تشترط تسليم الشّيء الموهوب حالا ، و ذلك تحت طائلة البطالان.

أمّا عن كون الشّيء الموهوب معيّنًا ، أو قابلاً للتّعيين² ، فإنّ القواعد العامة هي السارية بشكل مطلق . كذلك الأمر بالنسبة لكون الشّيء صالحاً للتّعامل فيه ، بمعنى ألاّ يكون مخالفاً للنّظام العام ، و الآداب العامة. أمّا عن ملكيّة الواهب الشّيء الموهوب ، فندرس بصدده هبة الأموال المستقبلية ، و هبة حقّ الإنتفاع ، و هبة حقّ الرّقبة.

1/ هبة الأموال المستقبلية :

المنطق يفترض بطلان هذا النوع من الهبات ، لأنّ الهبة عقد منجز حالا ، و هذا أخذنا بفحوى نصّ المادة 222 من قانون الأسرة ، التي تحيلنا إلى الأحكام الموضوعيّة في القانون الاسلامي ، إضافة إلى نصّ المادة 206 التي تشترط الحيّزة في المنقولات ، و الرّسميّة في العقارات.

في هذا الصّدّد لا يجوز هبة الأموال المستقبلية عند أبي حنيفة و الشّافعي و أحمد³ ، أمّا عند المالكية فإنّهم يجيزون هبة المجهول و المعدوم المتوقّع الوجود⁴ .

2/ هبة حقّ الإنتفاع⁵ :

¹ المادة 93 ق.م : " إذا كان محلّ الإلتزام مستحيلاً في ذاته ، أو مخالفاً للنّظام العام أو للآداب العامة كان باطلاً بطلانا مطلقاً ".
² المادة 94 ق.م : " إذا لم يكن محلّ الإلتزام معيّنًا بذاته ، و يجب أن يكون معيّنًا بنوعه ، و مقداره و إلّا كان العقد باطلاً ".
³ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.151 ؛ وهبة الزّحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء الرابع ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الأولى 2010 ، ص.684 ؛ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء 11 دار الكتب العلميّة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص.71.

⁴ وهبة الزّحيلي ، المرجع السابق ، هامش ص.684.

⁵ يجوز هبة المنافع و هذا وارد في فقه المدرسة الشافعية ، أنظر محمد عبد السلام شاهين ، فتاوى السبكي ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص.177.

تنصّ المادة 205 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزءا منها ، عينا ، أو منفعة، أو دينا لدى الغير". بناء عليه ، أجاز المشرّع الجزائري ، هبة حقّ الانتفاع ، بطريقة مستقلة عن حقّ الرّقبة، و كذا أجاز هبة حقّ الارتفاق ، و حقّ الإستعمال ، أو حقّ السّكنى ، أو أيّ حقّ تبعيةٍ آخر ، بشكل مستقل ، أي دون حقّ الرّقبة الذي يتضمّن حقّ التّصرّف ؛ أمّا عن كيفية انتقال الملكية في هذه الحالة ، فتتمّ وفقا لصورتين، فأما عن الصّورة الأولى و هي هبة حقّ الإنتفاع بين أشخاص لا تربطهم علاقة زوجية أو علاقة ولاية ، في هذه الحالة :تتعقد هبة حقّ الإنتفاع بالإيجاب و القبول ، و تتمّ بالحيازة ، و الحيازة هي ممارسة الإنتفاع بالشيء الموهوب ، و يكون ذلك باستعماله و استغلاله . و قد أضافت المادة 207 من قانون الأسرة بأنّه " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حائزا و إذا كان بيد الغير و جب إخباره بما ليعتبر حائزا".

أمّا عن الصّورة الثانية و هي هبة حقّ الإنتفاع بين أشخاص تربطهم علاقة زوجية أو علاقة ولاية ، في هذه الحالة تعقد هبة حقّ الإنتفاع بالإيجاب و القبول ، و تتمّ بالتوثيق و الإجراءات الإدارية ، التي تعني عن الحيازة في هذه الحالة ، كما لو وهب أحد الزّوجين حقّ انتفاع للزّوج الآخر ، و يكون الشيء المنتفع به متزلا يقيم فيه الزّوج الموهوب له ، فإن الحيازة مفترضة بمجرد إنهاء عمليّة توثيق الشيء الموهوب، أو بإتمام الإجراءات الإدارية التي يفرضها القانون.

3 / هبة حقّ الرّقبة :

تنصّ المادّة 205 من قانون الأسرة على أنّه " يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزءا منها ، عينا ، أو منفعة ، أو دينا لدى الغير " ، من قراءة هذا النصّ نلاحظ أنّ محلّ الهبة قد يكون كلّ ممتلكات الواهب ، و بالتالي فليس هناك حدّ أقصى أو أدنى للهبات ؛ هذا و يمكن أن تنصبّ الهبة على شيء محدّد بذاته ، غير خارج عن التّعامل بطبيعته ، أو بحكم القانون ، و أخيرا يمكن أن يتعلّق عقد الهبة بحقّ شخصيّ كدين مستحقّ على الغير . و تنصّ المادّة 206 على ما يلي : " تعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتمّ بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التّوثيق في العقّارات ، و الإجراءات الخاصّة في المنقولات. و إذا اختلّ أحد القيود السّابقة بطلت الهبة " .

من قراءة هذا النص ، نلاحظ أن المشرّع اشترط الإيجاب و القبول ، و اعتبر هذا الشرط شرط انعقاد ، و ذكر شرط الحيابة و اعتبرها شرط تمام ، و فرق بين الشيء الموهوب المنقول ، و الشيء الموهوب العقار الذي يفترض لنقل ملكيته اجراءات خاصة.

أما بالنسبة للشيء الموهوب المنقول ، فشرط تمامه الحيابة ، أي قبضه ؛ و أما بالنسبة للعقار ، فشرط تمامه اجراءات الشهر . و أما بالنسبة للمنقول ذي الخصوصية في نقل ملكيته ، كزوارق التزهة ، و السيارات ، و أسلحة الصيد ، فإن نقل ملكيتها يفترض اجراءات إدارية خاصة ، يجب اتباعها و هي تحل محل الحيابة الحقيقية.

هذا ، و إن الملكية هي الإستيلاء على الشيء المملوك ، استيلاء يخول سلطة التصرف ، و سلطة الاستعمال ، و سلطة الاستغلال للمالك ، بحيث يحق للمالك التخلي عن سلطة من سلطاته الثلاث ، بحيث يهب سلطة التصرف عن طريق هبة رقبة الذات و يحتفظ بالعنصرين الآخرين — الاستعمال و الاستغلال — الذين يشكّلان حق الانتفاع الذي ينتهي حتما بموت المنتفع . و عليه فإن هبة حق الرقبة تتم حيابته الحكمية بموجب الإضاء أمام الموثق الذي يضمن اتباع اجراءات التوثيق كاملة .

هذا و إن المادة 793 من القانون المدني تنص على أنه " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ."

من خلال هذه المادة نلاحظ أن اجراءات الشهر هي التي لها أثر ناقل للملكية فيما يخص حق الملكية العقارية ، و كذا الحقوق العينية المتفرعة عنها . هذا و تضيف المادة 795 في فقرتها الرابعة من القانون المدني ما يلي : " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

1/ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

2/ للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .

3/ لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ."

هذه المادة تضيف فكرة و هي أنّ الرقبة يمكن أن يتصرّف فيها بنقل ملكيتها استقلالاً عن حقّ الانتفاع ،
و العكس ممكن ، و بالنتيجة فإنّ الحيازة في المنقول الذي لا يفترض اجراءات خاصّة هي حيازة حقيقية تتمّ
بالقبض "la détention". هذا و إنّ الحيازة في المنقولات التي يفترض لنقل ملكيتها اجراءات خاصة ، هي
حيازة حكمية تكون عن طريق اتباع الإجراءات الخاصة بنقل الملكية ؛ كما أنّ الحيازة في العقارات هي كذلك
حيازة حكمية مفترضة عند إتمام إجراءات التوثيق بما فيها الشّهر.

وفي هذا الصّدّد ينبغي التّفرة بين مفهومي الحيازة و الإنتفاع إذ و كما هو معلوم أنّ حقّ الإنتفاع هو حقّ
عينيّ متفرّع عن حقّ الملكية ، أمّا الحيازة فليست حقّاً بل هي الآلية التي يتمّ بواسطتها ممارسة حق الملكية، أو
الحقوق المتفرّعة عنها ؛ و الحيازة تكون إمّا حقيقية بالقبض ، أو حكمية كما هو منصوص عليه في المواد 206
و 207 و 208 من قانون الأسرة.

غير أنّ المادة 777 من القانون المدني ، جاءت ببعض التناقض حيث نصّها : " يعتبر التصرّف وصية و تجري
عليه أحكامها إذا تصرّف شخص لأحد ورثته ، و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرّف فيه ،
و الانتفاع به مدّة حياته ، ما لم يكن هنالك دليل يخالف ذلك " .

و من ثمّ ناقضت هذه المادة في حرفيتها فحوى المادة 205 من قانون الأسرة التي تجيز هبة الذات مستقلة عن
الإنتفاع ، كما تجيز هبة الإنتفاع مستقلاً عن الذات ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّ المادة 777 تعطي
انطبعا للقارئ من أوّل وهلة ، بأنّ معنى الإنتفاع مرادف لمعنى الحيازة ، على أنّ المنطق القانوني يقضي بغير
ذلك و لعلّ استعمال المادة 777 لهذين المصطلحين على أنّهما مترادفين ، هو خطأ في الصياغة.

و هذا ما أوضحته المذكورة الصّادرة عن المديرية العامّة للأموال الوطنية ، تحت رقم 4978 ، المؤرّخة في 6
أفريل 2009 ، حيث جاء في مضمونها أنّ الحيازة في هبة الرقبة يكون مفترضا بمجرد إجراءات التوثيق ،
و أعطت توصيات إلى مدراء الحفظ العقاري بقبول شهر هبات الرقبة التي ساد تفسير قائل بأنّ قانون الأسرة
يمنعها ، هذا التفسير الذي كان مبنيًا على فكرة أنّ الحيازة هي الإنتفاع ، في حين أنّ التّفحص في معنى هذين
المصطلحين ، يكشف الفرق الكبير بينهما.

ب/ العوض في عقد الهبة :

تنص المادة 202 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على ما يأتي : "و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام ، يتوقف تمامها على إنجاز الشرط". نستشف من هذا النص ، أن الهبة قد تقتصر بشروط و التزامات أو عوض يقدمه الموهوب له ، فتكون الهبة عندئذ عقدا ملزما لجانبين و هذا ما يسمّى في الفقه الاسلامي هبة الثواب ، و قد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهبة الثواب ، حيث اعتبرها الإمام الشافعي و الفقيه زفر معاوضة¹ ، أمّا الإمام أحمد بن حنبل فقد فصل بين أن يكون الثواب المشترط معلوما و بين أن يكون مجهولا ، فإن كان معلوما فإنها معاوضة تأخذ حكم البيع ، أمّا ان اشترط الواهب ثوابا مجهولا فإن الهبة لا تصحّ بل تبطل و يرد الموهوب له الشّيء الموهوب إلى الواهب مع الثمار المتصلة و المنفصلة ، و إن تلفت ردّ قيمتها² ، أمّا الإمامين مالك و أبو حنيفة فقد أجازوا هبة الثواب ، على اعتبار أن العوض ليس مجهولا بل هو ثواب المثل³ .

هذا و إنّ العوض قد يكون التزاما بالاعطاء ، أو التزاما بعمل ، أو التزاما بالامتناع عن عمل ، و أيّا كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل ، فإنّ محلّه يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة المفترضة في المحل ، إذ ينبغي أن يكون موجودا إذا كان الأمر متعلّقا بشيء معيّن بالذات ، أو ممكنا إذا كان الإلتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، و يجب أن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين ، و يجب أن يكون صالحا للتعامل فيه ، لا مخالفا للنظام العام و الآداب العامة .

ثالثا. السبب في عقد الهبة :

نظرية السبب تسري في عقد الهبة كغيرها من العقود ، و السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على الهبة ، هذا و ينبغي أن يكون السبب مشروعاً ، إذ أن عدم مشروعية السبب يجعل الهبة باطلة بطلانا مطلقا .

¹ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.167.

² ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1336.

³ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.166 .

أمّا بشأن الشروط غير المشروعة في الهبة ، ففي هذه الحالة تصح الهبة و يبطل الشرط ، إلاّ إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة ، حينها يبطلان معاً¹ ، خاصّة إذا كان هذا الشرط يتنافى و مقتضيات الهبة ، و مثال ذلك شرط عدم التصرف في الشّيء الموهوب.

و الشائع في هدايا الخطبة ، هو إتمام تلك العلاقة إلى الزواج ، فإن لم يتم و فسخت الخطبة فقد انعدم السبب ، فالهبة باطلة ، و من ثمّ فالأصل أنّ الواهب يطلب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسخ الهبة لكن و مع وجود النصوص الخاصّة المنظّمة لهذا الشأن ، حسب ما تقضي به المادّة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الرابعة و الخامسة ، حيث أنّ الخاطب لا يستردّ شيئاً ممّا أهدى مخطوبته ، إن كان العدول منه ، أمّا إن كان العدول من المخطوبة ، فقد وجب عليها ردّ ما لم يستهلك ، أو قيمته².

الفرع الثاني

الأركان الشكليّة

¹ مثل الهبة المقترنة بشرط غير مشروع ، كمثال الهبة المقترنة بشرط مستحيل ، سواء بسواء.

² الغوثي بن ملحّة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 2008 ، ص.23.

لما كانت الهبة من عقود التبرّع ، بحيث يتنازل الواهب بموجها عن حق من حقوقه إلى شخص الموهوب ، ولما كان هذا العمل ضاراً ضرراً محضاً لذمة الواهب ، و حماية من المشرّع للواهب ، فقد أحاط الهبة بشروط شكلية غاية في التعقيد ، كل هذا من أجل تنبيه الواهب على خطورة ما يقوم به .

و مما اشترطه القانون كشرط شكلية ، فإنه جعل الهبة لا تتم إلا بالحيازة فيما يخص المنقولات ، أما العقارات فقد اشترط المشرّع لتمامها اجراءات التوثيق .

أولاً . الحيازة في المنقولات :

تنص المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم بالحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة. "

فالمقصود بعبارة الحيازة ، هو تمكين الموهوب له ، و إعطائه السلطة المادية على الشيء الموهوب ، ذلك أن هذه السلطة هي التي تخوّل الموهوب له استعمال الشيء الموهوب و إستغلاله بشكل فعلي ، وهي عنوان الملكية و مظهرها ، حيث إن التمتع بحق الإنتفاع لا يتم إلا بالحيازة المادية.

و عليه و اعتماداً على المادة 206 من قانون الأسرة ، فإن هبة بدون حيازة هي هبة غير تامة¹، و الحيازة تكون إما مادية أو حكمية ، إذ تكون مادية بالقبض في المنقولات عموماً ، و كذا تكون مادية عند هبة الحقوق العينية التبعية المتفرعة عن الملكية ، كالإنتفاع مثلاً ، إذ أن هبة حق الإنتفاع يجب أن تكون الحيازة فيها مادية ، بأن يمكن الموهوب له من الاستعمال و الاستغلال حالاً ، دون الإضافة إلى أجل، و تكون حكمية في المنقولات الخاصة ، التي يشترط القانون لانقائها شروطاً و اجراءات إدارية مخصوصة ؛ هذا

¹ في القانون الإسلامي ، يستعمل الفقهاء مصطلح " القبض " و يقصدون به الحيازة ، و قد ذهب الجمهور منهم أن القبض شرط لزوم ، إذ أن الهبة غير المقبوضة هي هبة جائزة غير لازمة يمكن للملتزم فيها و هو الواهب التّنصّل عن التزامه و جعلها لاغية بإرادته المنفردة ، أما الذين لا يرون القبض شرط لزوم بل شرط صحّة ، فهم فقهاء الملكية و الظاهرية إذ تلزم الهبة عندهم بمجرد العقد ، راجع وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997 ، ص.4004 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص. 216-219 .

و تكون حكمية في حالة نقل ملكية العقارات ، بحيث أن حيازتها هي اجراءات التوثيق بما فيها التسجيل و الشهر ؛ و تكون حيازة حكمية إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة ، و إذا كان بيد الغير ، فإن مجرد إخبار الموهوب له يعتبر بمثابة حيازة له.

وفي هذا الصدد تمّ الحسم في هذه المسألة ، بمقتضى قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في السابع من شهر جوان خمسة و تسعون و تسعمائة و ألف ، الذي جاء كما يلي : " من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة ، اعتبر حائزا ، و إذا كان بيد الغير و جب إخباره بذلك ، و من ثمّ فإنّ قانون الأسرة لم يحدّد للحيازة مدّة معينة ، و أنّ قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة ، باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل ، وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة ممّا يتعيّن رفض الطعن الحالي " ¹.

هذا و إنّ الحيازة تكون مباشرة ، أو بواسطة وكيل الموهوب له ، أو وليّه ، أو مقدّمه ، أو كافله ، و هذا ما قضت به المادة 210 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه : " يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، و إذا كان قاصرا ، أو محجورا عليه ، يتولّى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

ثانيا . اجراءات التوثيق فيما يخص العقارات :

تنص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه " إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه ، أو كان الموهوب مشاعا ، فإنّ التوثيق و الإجراءات الادارية تعني عن الحيازة "

المقصود بالإجراءات التوثيقية ، هو عملية إفراغ اتفاق الهبة المبرم بين الطرفين في قالب رسمي ، تحفه صفة الإحتفائية كما هو العرف التوثيقي السائد ؛ أمّا الإجراءات الإدارية ، فمثالها ما يجري أمام الإدارات من شطب البطاقة الرمادية للسيارات ، و تسجيل إسم المالك الجديد ، هذا و إنّ التصرف في الملكية يعتبر حقّا مطلقا للمالك ، و من ثمّ لا يجوز للموثق الدخول في تفاصيل الأمور ، و إنّما يبقى ملازما لصلاحيّاته ، و اختصاصاته ، لأنّ الذهاب إلى أبعد من ذلك ، يعدّ تجاوزا لحدوده، و هذا ما أشار إليه القرار² الصادر عن

¹ انظر ، محكمة عليا ، غ.أ.ش ، 7 جوان 1995 ، ملف رقم 121664 ، مقتبس عن مجلّة الموثق ، العدد 8 ، ص. 19 .

² انظر ، محكمة عليا ، غ.أ.ش ، 14 مارس 1988 ، ملف رقم 47072 ، مقتبس عن مجلّة الموثق ، العدد 8 ، ص. 18 .

المحكمة العليا ، بتاريخ الرابع عشر من شهر مارس ، ثمان وثمانين و تسعمائة و ألف ، الذي جاء كما يلي : " من المقررّ شرعا أنّ التدخّل في إرادة الواهب أو المحبّس فيما وهبه أو حبّسه ، أو على من وهب أو حبّس ، هو تدخّل يتجاوز حدود و صلاحيّات القاضي ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعدّ مخالفا للقواعد الشرعيّة ...".

كما تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتمّ بالحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصّة في المنقولات" ، كما تنص المادة 12 من قانون التوثيق بأنّه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسميّ فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقاريّة أو محلات تجاريّة ، أو صناعيّة ، أو كلّ عنصر من عناصرها ، أو التخلّي عن أسهم في شركة ، أو جزء منها ، أو عقود إيجار زراعيّة ، أو تجاريّة ، أو عقود تسيير المحلات التجاريّة ، أو المؤسسات الصناعيّة .

يجب تحت طائلة البطلان أن تحرّر هذه العقود في شكل رسميّ مع دفع الثمن إلى الموثق "

هذه المادة حذفت من قانون التوثيق ، وحوّلت إلى الأمر رقم 75 — 58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمّم بموجب القانون رقم 88 — 14 ، المؤرّخ في 3 ماي 1988 في المواد 324 مكرّر و ما يليها .

القصد من الرّسميّة في هبة العقارات ، هو تحرير سند توثيقي ، أمّا عن احترام الإجراءات الشكليّة فإنّ القصد من الإجراءات الشكليّة هو الاحكام العامّة ، التي جاءت بها المواد 324 مكرّر و ما يليها . إضافة إلى إتباع إجراءات التسجيل ، وكذا إجراءات الشهر العقاري ، حتّى تنتج الملكيّة أثرها بين المتعاقدين و اتّجاه الغير .

و هذا ما نصّت عليه المادة 793 من القانون المدني ، حيث نصّها التّالي : " لا تنقل الملكيّة و الحقوق العينيّة الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حقّ الغير إلّا إذا روعيت الإجراءات التي ينصّ عليها القانون و بالأخصّ القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

و عليه فمسألة العقار لا تثير إشكالات ، لأنّ النصّ صريح حاسم في نقل ملكيّة العقارات ، الإشكال هو في مسألة هبة المنقولات بين الزوجين ، وكذا بين الاولياء و من هم في ولايتهم ، لأنّ الحيازة في المنقولات هي سند ملكيتها ، و بما أنّ الحيازة في هذه الأحوال هي حيازة حكميّة بموجب المادة 208 ، من أجل هذا نصّت المادة على ضرورة التوثيق و الإجراءات الإدارية ، حسما لكلّ نزاع يثور في المستقبل.

و هذا ما يؤكّده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه : " من المقرّر قانونا أنّه يستوجب تسجيل العقود المنظّمة للهبة لدى موثّق رسميّ تحت طائلة البطلان ، لأهميّة مثل هذه العقود ، لتكون حجّة بين أطرافه و إزاء الغير ، و لما ثبت أنّ قضاء المجلس — في قضية الحال — قضا بصحّة العقد العرفيّ الواقع سنة 1957 ، فإنّهم بذلك تجاهلوا تطبيق القانون المدني القديم الساري العمل به ، و لم يأخذوا في الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرّفه ... " ¹.

المطلب الثاني

حكم الرجوع عن الهبة

تنصّ المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ : " للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلاّ في الحالات التالية :

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له .
 2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين .
 3. إذا تصرّف الموهوب له في الشّيء الموهوب ببيع ، أو تبرّع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته .
- و تنصّ المادة 212 من قانون الأسرة : " الهبة بقصد المنفعة العامّة لا رجوع فيها " .

¹ أنظر ، محكمة عليا ، غ.أ.ش ، 7 جوان 1995 ، ملف رقم 121664 ، مقتبس عن مجلّة الموثّق ، العدد 8 ، ص. 19.

هذا من حيث القانون ، أمّا من حيث الفقه الإسلامي فإنّه روي عن ابن عمر و ابن عباس عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ قال : " لا يَحِلُّ لرجل أن يعطي عطيةً، أو يهب هبة ثمّ يرجع فيها إلاّ الوالد فيما يعطي ولده، و مثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء ، ثمّ عاد فيه ". أخرجه أصحاب السنن الأربعة¹.

من فهم هذا النصّ نلاحظ أنّ الأصل العام هو عدم قابليّة عقد الهبة للرجوع فيه ، إلاّ في استثناءات ضيقة ، ألا وهي رجوع الأبوين ، مع التأكيد على المبدأ في لزوم عقد الهبة ، و عدم قابليته للرجوع. و عليه نقسم الدّراسة في هذا المطلب إلى فرعين ، نعالج بالفرع الأوّل ، تكييف الطبيعة القانونيّة للرجوع مع دراسة خصائصه ، ثمّ في الفرع الثاني نعالج مسألة رجوع الأبوين ، شروطه.

الفرع الأوّل

الطبيعة القانونيّة للرجوع و خصائصه

السؤال الذي يطرح نفسه علينا ، كيف تتمّ ممارسة حقّ الرجوع ؟ و هل يكون بإرادة منفردة ؟ أم ينبغي أن تلتقي فيه إرادة الواهب مع الموهوب له ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة ، و جب التذكير ببعض المبادئ ، ذلك أنّ عقد الهبة هو عقد لا يخرج عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد ، بمعنى أنّه تام و واجب التنفيذ ، بمجرد توافر الشّروط الموضوعيّة و الشكليّة ، التي قمنا بتحليلها أعلاه ، كما أنّ عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الواهب ، لكن المشرّع الحكيم وضع استثناء على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ، بحيث أجاز للأب ، و للأمّ ، — في حدود جدّ ضيقة — إمكانية الرجوع عن الهبة التي يهبها إلى الأبناء ، مهما يكن سنّهم .

و لكن قبل الإجابة عن هذا السؤال ، نعرّف الرجوع أولاً ، ثمّ نضع تحديداً لمعناه ، عن طريق التفرقة عمّا يشابهه كما يأتي :

¹ السيد سابق ، المرجع السابق ، ص.397.

أولاً . تعريف الرجوع :

استعمل اللغويون مصطلح " الرجوع " للدلالة على معانٍ متقاربة ، منها : الرد ، و العود ، و التّقص ، و الإنصراف ، و التّكرار ، و التّرك ، فيقال : رجع ، يرجع ، رجعا ، و مرجعا : بمعنى انصرف¹ .

و قد جاء في القاموس المحيط ، رجع يرجع رجوعا و مرجعا من معانيها : عود المطلق إلى مطلقته ، و الرّاجع : المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها ، و رجّع الله تعالى بيعته أربحها ، و سفرة مرجعة : لها ثواب و عاقبة حسنة² .

و يستعمل مصطلح " الرجوع " في مواد قانون الأسرة . بمعنيين ، فتارة يستعمل بمعنى مراجعة الزوج زوجته ، و تارة يستعمل بمعنى التّقص في التّصرفات التّبرّعية . و قبل قانون الأسرة ، و القوانين الوضعيّة الأخرى ، جرى استعماله من قبل فقهاء المدارس الإسلاميّة الشارحة للقانون الإسلامي السّماوي .

و قد وضع بعض الفقهاء تعريفات للرجوع ، منها : تعريف الدكتور فتح أكثم حمد الله تفاحة³ ، حيث يعرفه بأنّه : " ردّ العقد القابل لذلك ، و العودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة " ، ويعرفه الأستاذ محمود لطفي⁴ بأنّ : " ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحدّدة قانونا " .

¹ ابن منظور ، لسان العرب المحيط ، الجزء الثاني ، دار الجيل ، بيروت ، السّنة 1988 ، ص.1129 .

² مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروزابادي ، القاموس المحيط ، مؤسّسة الرّسالة ناشرون دمشق ، الطّبعة الثالثة ، 2009 ، ص.720 .

³ هو تعريف د. فتح أكثم حمد الله تفاحة ، أشار إليه : ضريفي الصّادق ، الرجوع في عقد الهبة ، بحث مقدّم لنيل شهادة ماجستير ، فرع العقود و المسؤوليّة ، تحت إشراف الدكتور دليّة فرкос ، جامعة الجزائر ، كليّة الحقوق ، سنة 2002/2001 ، ص.7 .

⁴ هو تعريف د. محمد حسام محمود لطفي مقتبس من عند ضريفي الصّادق ، نفس المرجع ، ص.8 .

كما عرفه الدكتور جمال الدين طه العاقل¹ بأنه : " عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل ، بغية ارتجاعها و استردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء ، وفق شروط معينة " ، هذا و لم يهتم فقهاء القانون الإسلامي كثيرا بوضع تعريف للرجوع ، على أننا وجدنا تعريفا وضعه الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني و هو من فقهاء الحنفية إذ عرفه بأنه : " فسخ العقد بعد تمامه "² .

هذا و لم يختلف فقهاء القانون الإسلامي بخصوص تكييف الرجوع إن تم بمعية القاضي ، إذ اعتبروه فسحا³ للهبة ، لكنهم اختلفوا في الرجوع في الهبة الذي يقع بعيدا عن القضاء ، فقال جمهور الحنفية هو فسخ كذلك ، و انفرد الإمام زفر من الحنفية بالقول بأن الرجوع هبة مبتدأة⁴ ، لأن ملك الموهوب عاد بتراضيها .

ثانيا . خصائص الرجوع :

1. حقّ شخصي للأبوين : حق الرجوع في القانون الجزائري هو حق حصري للأب و للأم ، دون الأصول الآخرين كالجدة و الجدة⁵ ، ذلك أنه لا مجال لإعمال المادة 222 من قانون الأسرة، و الرجوع إلى أحكام القانون الإسلامي ، الذي يمنح هذا الحق للوالد ، و قد توسع فقهاء الشافعية في تفسير مصطلح " الوالد " بالأب ، و الأم ، و الجدّ و الجدة ، و كلّ من هو أصل ، بينما ورد نص المادة 211 صريحا في لفظه " للأبوين " و كذا في ترجمة هذه العبارة في النص الفرنسي الرسمي للمادة بالعبارة " père et mère " .

بناء على ما سبق فإنّ الجدّ الواهب لا يسوغ له الرجوع في هبته ، و كذلك الجدة ، ليبقى حقّ الرجوع فقط للواهب الأب أو الأم .

¹ هذا التعريف ورد عند أ. شيخ نسيمية ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة ، بدون ذكر السنة ، ص. 63.

² الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب الحديث ، سنة 1974 ، الجزء السادس ، ص.394.

³ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.4012.

⁴ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.4012.

⁵ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، هامش ص.225.

2. من النظام العام : هذا الحق ليس ناتجا عن العقد كآثر من آثاره، حتى يستطيع الأطراف التنازل عنه مسبقا¹، بل هو منحة منحها القانون للأب و الأم ، لحماية مصلحة يراها المشرع جديرة بالحماية ؛ هذا وقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الرجوع في الهبة حقا لا يمكن إسقاطه بالإسقاط ، و هذا ما أكدته مجلس قضاء تلمسان في قرار له ، بحيث اعتبر أن الإتفاق المسبق في عقد الهبة على عدم قابلية الرجوع لا يؤثر في حق الأب في الرجوع² .

3. يتم بإرادة منفردة : و من دون قبول الموهوب له الإبن أو الإبنة³، إذ بالرجوع إلى نص المادة 211 التي شرعت الرجوع ، لم تشترط قبول الموهوب له ، و كذلك فإن التفسير اللفظي للمادة لا يوحي بضرورة وجود إجراءات مشددة على إرادة الواهب ، هذا و إن كان الرجوع بإرادة الواهب والموهوب له ، فلا يسمى هذا رجوعا ، بل هو هبة مبتدأة ، وكل تفسير موسّع أو مضيق لهذا النص يجعل صاحبه يخرج عن الصواب ، لأن عباراته واضحة و بسيطة ، و لا تستدع الجدل الدائر حوله.

ثالثا. التفرقة بين الرجوع و ما يشابهه من تصرفات :

يختلط مفهوم الرجوع مع عدّة معان ، إذ نجد الفارق بين الرجوع والفسخ رفيعا ، إلى درجة يتداخل فيها المعنيان كثيرا ، و هذا ما يحدث أيضا مع تصرف آخر ، و هو الإلغاء ؛ وعليه ندرس أوجه المطابقة ، و أوجه التباين بين تصرف الرجوع ، و بين الفسخ ، والإلغاء ، كما يأتي :

أ/التفرقة بين الرجوع و الفسخ :

يختلف الرجوع عن الفسخ من عدّة وجوه ، أهمها :

¹ محمد يوسف عمرو ، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمّان ، 2008 ، ص. 275؛ محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، 2006 ، ص. 730.
² قرار رقم 11/00075 ، المؤرخ في 10 فبراير 2011 ، غير منشور.
³ يستعمل فقهاء المالكية مصطلحا هو أكثر دقة ، بمعنى الرجوع ، إذ يسمونه إعتصارا.

1/ من حيث المحل : فإنَّ محلَّ الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانبين¹ ، أمّا الرجوع فمحلّه العقود الملزمة لجانب واحد ، إذ لا يعقل أن يدفع بالفسخ في عقد ملزم لجانب واحد ، كما لا يعقل أن يرجع أحد الطرفين في عقد ملزم لجانبين ، إذ أن الرجوع يكون في التصرفات الملزمة لجانب واحد.

2/ من حيث الغاية : فإنَّ غاية الفسخ هو توقيع الجزاء على أحد طرفي العلاقة العقدية ، الذي أحلَّ بالتزامه اتجاه الطرف الآخر الذي قام بكل التزاماته ، فلهذا الأخير أن يطالب بفسخ العلاقة العقدية ، مع إمكانية حصوله على تعويضات تجبر الأضرار اللاحقة به جرّاء هذا الإخلال ؛ بينما الرجوع لا يعقل أن يكون جزاء موقعا على الموهوب له ، إذ أن الموهوب له ليس عليه أيّ التزام ، وإتّما هو مكنة أعطائها المشرّع الحكيم للواهب ، في إطار محدود ، لغايات إعتبرها المشرّع جديرة بالحماية ، فرجوع الوالدين في هبة وهبها أحدهما ، أو كلاهما لإبنتهما ، ليس إلّا في مصلحة هذا الإبن ، و مصلحة الأسرة ، هذا الرجوع الذي ترك لتقدير الأبوين ، لكمال شفقتهم و رحمتهم ومعرفتهم بابنتهما .

3/ و من حيث النتيجة : فإنَّ أثر الفسخ هو انتهاء العقد في المستقبل ، و محوه تماما من الماضي ، و إرجاع الحالات إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، و تقرير تعويضات يدفعها الطرف المقصّر ، إلى الطرف المتضرر من مخالفة الإلتزامات ؛ بينما الرجوع ينتج أثره في الماضي و الحاضر و المستقبل ، دونما إمكانية الحصول على تعويضات لفائدة الواهب.

4/ من حيث الصفة : فإنَّ الرجوع من النظام العام ، إذ لا يجوز الإثفاق على استبعاده ، و إن تنازل الواهب عن حقه في الرجوع ، فإنَّ هذا التنازل لا يعتدّ به ، و أمكنه الرجوع بالرغم من ذلك كلّه ، بينما الحقّ في المطالبة بالفسخ ، ليس من النظام العام ، إذ لو إتفق أطراف العلاقة العقدية التنازل عن الدفع بالفسخ ، يسري هذا الإثفاق بينهما تبعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و لا يمكن نقض العقد إلّا بأسباب البطلان النسبي و المطلق.

5/ يتمّ الرجوع بإرادة الأب الواهب ، أو الأم الواهبة ، دون الحاجة إلى قبول الإبن ، بينما الفسخ يكون بإتفاق كلّ أطراف العقد ، هذا الإثفاق هو الذي يقضي بانحلاله ، و للأطراف الزيادة في الإثفاق بوضع

¹ لمزيد من التوسّع حول نظرية الفسخ أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار احياء التراث العربي ، 1952 ، ص.698 و ما يليها .

شروط و أحوال معيّنة عند إنهاء مفعول العقد المحلّ . هذا وإن لم يتفق الأطراف على كميّات إنهاء العقد المراد حلّه ، فإنه يكون الحديث عن دعوى الفسخ ، التي ترفع أمام القضاء ، و للقاضي أوسع السلطات في إرجاء أطراف العقد ، من أجل تنفيذ الإلتزامات المتخلفة ، و له كذلك رفض دعوى الفسخ لعدم التأسيس ، كما له الحكم بالفسخ ، و توقيع تعويضات على الأطراف المخالفين لمضمون العقد المحلّ .

بذلك نكون قد وقفنا على التباين بين النظام القانوني لكلّ من تصرّف الرجوع ، و بين الفسخ ، و يبقى أن نبحت عن الاختلافات التي قد تكون بين الرجوع و الإلغاء في ما يلي هذا الفرع .

ب/التفرقة بين الرجوع و الإلغاء :

الإلغاء¹ هو تصرّف قانوني من جانب واحد ، يترتب عليه بالنسبة للمستقبل، إنهاء العقد ، بناء على نصّ القانون² ، و ترجمة الإلغاء بالفرنسيّة هي : " résiliation " ، أمّا الرجوع فهو " révocation " ، و هما معنيان مختلفان ، رغم نقاط التشابه الكثيرة بينهما ، إذ أن كلا النظامين استثناء على مبدأ القوّة الملزمة للعقد . هذا ، و إنّ كلاّ منهما يرد على العقود التامة الصّحيحة ، و أنّ كليهما متعلّق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنهما مسبقا .

أمّا عن وجه الاختلاف فهو متعلّق بالأثر : إذ يسري الإلغاء بأثر فوريّ و لا يمتدّ أثره إلى الماضي ، على خلاف الرجوع الذي يسري بأثر رجعي ، فترجع المراكز القانونيّة إلى سابق عهدها .

مما سبق نستشفّ معنى الرجوع في الهبة بأنّه " تصرّف قانوني يتم بإرادة منفردة لسبب من الأسباب ، يكون موجبا لزوال آثار عقد الهبة " .

¹ راجع زوال العقد عند عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.689 .
² تنص المادّة 586 من القانون المدني على ما يلي : " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكّل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعيّن للوكالة ، و تنتهي أيضا بموت الموكّل أو الوكيل . كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل ، أو بعدوله . "

الفرع الثاني

رجوع الأبوين

تنص المادة 211 من قانون الأسرة على أن " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلا في الحالات التالية :

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
2. إذا كانت الهبة من أجل ضمان قرض أو قضاء دين.
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع ، أو تبرّع ، أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

و تنص المادة 212 من قانون الأسرة على أن " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها " .

تضمّنت هاتان المادتان أحكام الرجوع ، و من تحليلهما يتّضح لنا أنّ المشرّع الجزائريّ ، يعتبر عقد الهبة عقدا لازما ، لا يسوغ الرجوع فيه بالإرادة المنفردة ، إلاّ استثناء ، و في حدود ما أورده المادة 211 ، التي تجيز للأبوين حق الرجوع في الهبة ، لولدهما مهما كانت سنه ، ما عدا الأحوال الثلاثة الحصريّة ، التي تشكّل مانعا، و عليه يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : الرجوع في الهبة أمر استثنائي ، و لا يجوز التوسّع فيه ، أو القياس عليه .

الملاحظة الثانية : حق الرجوع في الهبة هو حق لصيق بشخصيّة الأبوين ، مخوّل لهما دون سواهما ، بحيث لا يمكن انتقاله إلى غيرهما بالميراث ، كما لا يمكن نيابة أحدهما عن الآخر في ممارسته .

الملاحظة الثالثة : لم يحدّد القانون سنّا معيّنة للأبناء الموهوب لهم ، كما أنّ حق الرجوع لم يقيد استعماله بمدة محدّدة .

الملاحظة الرابعة : الرجوع يشمل العقارات ، و كذا المنقولات ، سواء بسواء.

و الأكد أن المررع إذ يضع هذا الإستثناء على ثبات المراكز القانونفة ، فإنه فعنف بمصلحة أخرى ، هف أجدر بالعناية ، و لعل هذه المصلحة هف حمافة الآباء من جعود الأبناء، و لئلا فضع الابن الطائش ، مال والدفه ، الذفن شقفا عمرا فف فحفصفه ، و بفرف فبهما له فقدمانه هدففة فلفه ، فععمد هو لفششفه و ففعله هباء منشورا.

و مع ذلك ، هنالك حالات فسشفل على الوالدفن اعفنصار¹ هفبهما ، ففارة فكون الشفء الموهوب مماف فسهل اسشفلاكه ، فلا فقدر الوالدفن على شفء ، و فارة أخرى ففصرف الموهوب له فف هفبه بالففع ، أو بأف فصرف فنفل الملكفة ، ففنفف الرجع .

¹ هذا المصطلح فسشفله فقهاء المدرسة المالكة ، أما عن موقف القانون الإسلامف من الرجوع فأنهم ففرقون بفن الرجوع قبل القبض و بعده : و قد اختلف الفقهاء فف حكم الرجوع عن الهبة قبل القبض على ثلاثة أقوال :
القول الأول : ففوز الرجوع قبل القبض ، و فلى هذا ذهب الحنففة ، و الشاففة ، و الإمامفة ، و الزفدفة ، و الحنابلة فف رواية لهم .
القول الثاني : لا ففوز الرجوع فف الهبة قبل القبض ، و فلفه ذهب فرفق من المالكة و الظاهرفة .
القول الثالث : إذا كان الشفء الموهوب مفرفا ، جاز الرجوع قبل القبض ، أما إن لم فكن كذلك ، لم ففوز الرجوع قبل القبض ، و هذا هو منهب الحنابلة فف روافبهم الأخرى .

أصل هذا الخلاف هو الإسكالففة الفالفة : هل الهبة فلزم بالعقد ، أم لا ؟ أم منها ما فلز ، و منها ما لا فلز بالعقد ؟

أما عن معنف اللزوم فهو وجوب فرفب العقد لأحكامه منذ ففن إبرامه ، فمن قال بأن الهبة ففر لازمة بالعقد : فف الحالة هذه ففوز الرجوع قبل القبض ؛ و من قال بأن الهبة لازمة بالعقد ، ففف هذه الحالة ففزع الرجوع قبل القبض.

و من قال بأن منها ما فلز و ما لا فلز ، فأنهم ففوزون الرجوع قبل القبض فف المفرف منها ، و ففنعونه ففما عداه.

أما عن حكم الرجوع عن الهبة بعد القبض فقد أففق الفقهاء على أن الهبة إن فمف بالقبض ، مسفوففة أركاها و شروفها ، فرفب حكمها ، وهو انفقال ملك الشفء الموهوب من الواهب فلى الموهوب له ، و لكنهم اختلفوا فف حكم الرجوع ففها على قولفن :

القول الأول : لا ففوز الرجوع فف الهبة بعد القبض باستثناء الوالد ففما وهب لولده ، و فلى هذا ذهب الجمهور من المالكة ، و الشاففة ، و الحنابلة ، و الظاهرفة ، و الإباضفة .

القول الثاني : ففوز الرجوع فف الهبة بعد القبض ، بشرف عدم وجود مانع من موانع الرجوع ، و هذا مذهب الحنففة ، و الإمامفة ، و الزفدفة ، فف هذا الصدد راجع عبء الرحمان الفزرفف ، المرجع السابق ، ص. 222-227 ؛ وهبة الزحفلف ، الفقه الإسلامف و أدلته ، الفزة الخامس ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997 ، ص. 4004-4006 ؛ محمد بن أحمد فقففة ، المرجع السابق ، ص. 221 ؛ محمد فوسف عمرو ، المرفا و الهبة ، دار الحامد للنشر و الفوزفع عمان ، 2008 ، ص. 274.

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

و يفهم من نص هذه المادة ، أنّ اعتصار الهبة التي سببها المنفعة العامة ، غير جائز بالإرادة المنفردة للواهب — على وجه العموم — ، غير أنّ هذا لا يمنع الوالدين من طلب فسخها عن طريق القضاء ، مع تقديم الدليل على تنصّل إبنهما من التزامه ، الذي يتمثل بالقيام بعمل يخدم المنفعة العامة ، و الذي جعله شرطا مقترنا مع الهبة . و بالتالي نكون في حالة كهذه أمام هبة ثواب ، تنحلّ بالفسخ — ككلّ المعاوضات — عند عدم قيام الموهوب له بالالتزام الذي رتبّه على عاتقه ، بموجب قبوله هذه الهبة المشروطة.

و كما استمدّ قانون الأسرة الجزائري ، إمكانية الرجوع في الهبة ، من جمهور فقهاء القانون الإسلامي ، استمدّت أغلب التشريعات العربيّة، الأحكام الموضوعيّة لعقد الهبة — بما فيها أحكام الرجوع — منه ، فقد أخذ التّقنين المدني المصري بالمدّ الهبة الحنفيّ ، حيث نصّ في المادة 500 منه على أنّه : " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .

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

من تحليل هذه المادة ، يمكننا تسطير الملاحظات التالية :

1. موقف المشرّع المصري مستوحى من فقه المدرسة الحنفيّة¹ ، هذا وإن كان الرجوع جائزا عندهم ، إلاّ أنّه قبيح و مستهجن ، ينافي مكارم الأخلاق ، و فيه تغرير للموهوب له ، و إنّما أجاز للواهب الرجوع ، لأنّه قد يرمي من هبته إلى غرض دنيويّ ، فعند عدم تحقّق ذلك الغرض ، جاز له الرجوع ،

¹ ذهب الأحناف و كذا الزيدية إلى القول بأنّ الهبة عقد جائز في الاصل ، و من ثمة يجوز الرجوع فيه ، إلاّ إن وجد مانع من الموانع ، إذ ورد في المبسوط للسرّحسيّ ما يلي :

"إذا وهب الأجنبيّ شيئا فله أن يرجع في الهبة عندنا ، ما لم يعوّض منها في الحكم ، و إن كان لا يستحبّ ذلك بطريق الديانة " . هذا الكلام ورد عند شمس الدين السرّحسيّ ، المبسوط ، الجزء 11 دار الكتب العلميّة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1993 ، الصّفحة 53.

و يكون إمّا رضاء مع الموهوب له ، و إمّا قضاء ، و قد قيّد فقهاء الحنفية هذا الحقّ ، بانتفاء مانع من موانع الرجوع، و عدّدوا سبعة موانع و هي :

— زيادة الموهوب زيادة متّصلة .

— أخذ الواهب عوضاً عن هبته.

— الموهوب له ذو رحم محرم.

— علاقة الزوجية.

— خروج المال من ملك الموهوب له.

— موت أحد المتعاقدين .

— هلاك العين الموهوبة.

2. إجراءات الرجوع في التشريع المصري ، مقتبسة تماماً من عند الحنفية ، إذ كما سبق و ذكرت ، يكون الرجوع عند الحنفية : إمّا رضاء ، أو قضاء ، و هذا ما نسمّيه في المنظومة القانونية الحديثة بالفسخ .

3. اقتبس المشرّع المصري كذلك موانع الرجوع من عند القوانين الغربية .

4. يكون الرجوع أمام القضاء إن لم يتفق عليه بالتراضي ، و على طالبه تقديم الأعدار التي يقدرها القاضي تقديراً ، وفق ما تتطلبه كلّ قضية على حدا ، و القاضي يحكم به أو لا يحكم ، و لا معقب لحكمه في الموضوع و الوقائع .

و تقابل المادة 500 من القانون المصري ، المادة 480 من القانون المدني السوري ، و المادة 489 مدني ليبي، و المادة 429 مدني سوداني ، 576 مدني أردني ، 646 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ؛ كلّ هذه المواد تتشابه صياغة ، و فحوى ، إلا الأخيرة منها التي اختلفت عنها في الصياغة .

و بخلاف التشريعات سالفه الذكر ، نجد قانون الموجبات و العقود اللبناني ، يمنع الرجوع في الهبة مبدئياً ، لكن على وجه الإستثناء ، تنص المادة 524 منه على ما يلي : " كل هبة بين الأحياء ، يمنحها شخص ليس له ولد و لا عقب شرعيّ يصحّ الرجوع عنها :

أولاً : إذا رزق الواهب بعد الهبة أولادا و لو بعد وفاته ؛

ثانياً : إذا كان للواهب ولدا ظنّه ميتا وقت الهبة ثمّ ظهر أنّه لا يزال حيّاً " .

من دراسة هذا النصّ ، نلاحظ أنّ المشرّع اللبناني قد جعل المبدأ العام هو : انتفاء الرجوع في الهبة ، و الإستثناء أنّه يجوز للواهب الرجوع في حالتين حصريّتين ، حالة ميلاد أولاد للواهب حتى بعد وفاته ، و حالة ظهور ولد كان يظنّه الواهب متوفّى . من هذا نستنتج أنّ الواهب الذي يملك أولادا وقت انعقاد الهبة ، لا يمكنه أن يتدرّع بأيّ سبب من الأسباب ، حتّى و لو كان الولد الوحيد هو الموهوب له .

و نلاحظ كذلك أنّ أحكام الرجوع هذه مقتبسة من القانون الفرنسي ، مثل تقرير المشرّع اللبناني حقّ إنقاص الهبة لفائدة ورثة الواهب ، في المادتين 532 و 533 من قانون الموجبات و العقود ، هو مقتبس كذلك من القانون الفرنسي .

أمّا المشرّع الكويتيّ ، فقد استمد بعض أحكام الرجوع في الهبة من فقه المدرسة الحنفيّة ، و البعض الآخر من فقه المدرستين : المالكيّة ، و الشافعيّة حيث جاء في نص المادة 537 من القانون المدني على ما يلي :

" لا يجوز للواهب الرجوع في هبته إلاّ الأبوين فيما وهباه لولدهما .

ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء ، إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول " .

من دراسة هذه المادة يمكن إبداء الملاحظة التالية :

أنّ المشرّع الكويتيّ ميّز بين حالتين ، وهما : الهبة التي تكون من الآباء إلى الأبناء ، و غيرها من الهبات . أمّا عن الهبة الحاصلة من الآباء إلى الأبناء ، فإنّ القانون يبيح للآباء الرجوع فيها ، دون البحث عن

عذر أو مسوّغ لهذا الرجوع — و هذا مذهب الجمهور¹ من فقهاء القانون الإسلامي — ، حسب الفقرة الأولى ؛ أمّا الفقرة الثانية من هذه المادة فجاءت بحكم مقتبس من فقه المدرسة الحنفيّة ، بحيث أجازت الرجوع باتّفاق الطرفين ، أمّا عند عدم اتّفاق الطرفين على الرجوع ، فقد أجازت الرجوع بطلب من الواهب يرفعه إلى القضاء لينظر في أعداره، و كذا ليفحص عدم وجود مانع يمنع الرجوع ؛ و بالتالي فقد جمع القانون الكويتي بين اجتهاد الجمهور مع اجتهاد الحنفيّة .

أمّا المشرّع الفرنسي فقد أعطى قوّة في الإلزام لعقد الهبة ، حيث قرّر بأنّ الأصل عدم الرجوع فيه ، و قد عرّف الهبة في المادّة 897 من القانون المدني كما يلي: " الهبة بين الأحياء هو عقد به يتجرّد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال و من غير رجوع ، لمصلحة الموهوب له الذي يقبله "

من هنا نلاحظ أنّ الهبة غير قابلة للرجوع ، و لا يمكن للواهب استرداد الشيء الموهوب بعد أن يتمّ العقد، و هذا تطبيقاً للمبدأ القائل: " المنح و المنع لا يجتمعان " ، و هذا المبدأ لم ينصّ عليه المشرّع الفرنسي صراحة ، و لكن نجد له تطبيقات في المواد من 943 إلى 946 بحيث وضع القانون المدني الفرنسي إستثناءات على المبدأ الذي ذكرناه ، حيث أباح إستثناء للواهب الرجوع ، في حالة ثلاثة مذكورة على سبيل الحصر في المادة 953 مدني ، و هي :

¹ إتفق الجمهور من فقهاء القانون الإسلامي ، و هم المالكيّة و الحنابلة و الشافعيّة ، على القول بأنّ الهبة بعد قبضها و صيرورتها عقدا لازما ، لا يجوز الرجوع فيها ، و استثنوا حالة واحدة هي هبة الوالد إلى ولده ؛ أمّا عن أدلّتهم فهي :

1. ما رواه ابن عباس رضي الله عنه ، أنّ النبيّ صلّى الله عليه و سلّم قال :

" العائد في الهبة كالكلب بقيء ثم يرجع في قيئه "

2. ما روي عن ابن عمر و ابن عباس رضي الله عنهما ، أنّ النبيّ صلّى الله عليه و سلّم قال : " لا يجلّ لرجل مسلم أن يعطي العطيّة ثم يرجع فيها ، إلاّ الوالد فيما يعطي ولده.

3. كما أنّ الأصل في العقود اللّزوم ، و هذا تحقّق في الهبة بعد القبض ، و اللّزوم لا يرتفع إلاّ لعارض أو خلل ألمّ بالمعقود ، و عليه لا يمكن بأيّ حال الرجوع في عقد لازم ، إلاّ ما استثني بنصّ.

4. كما أنّ الرجوع ضد التملك ، و العقد لا يقتضي ضده ، و لا تطبّق هذه القاعدة على هبة الوالد لولده ، لأنّه في هذه الحالة لم يتمّ تملك ، لحديث : " أنت و مالك لأبيك " فالرجوع في هذه الحالة ليس رجوعاً في الحقيقة.

1. حالة عدم تنفيذ الشّروط و التّكاليف التي تمّت الهبة على أساسها.

2. حالة جحود الموهوب له.

3. حالة ميلاد ولد للواهب.

و قد جاءت المادة 955 من القانون المدني لتذكر حالات الجحود ، و هي واردة على سبيل الحصر ، و تتمثل فيما يلي :

1. إذا اعتدى الموهوب له على حياة الواهب.

2. إذا أساء الموهوب له في معاملة الواهب إساءة جسيمة وارتكب ضده جريمة ، أو أهانه إهانة بالغة.

3. إذا رفض الموهوب له الإنفاق على الواهب .

و بالرّجوع إلى تطبيقات القضاء نجد أنّ حالات الرّجوع في الهبة ، نادرا ما تحدث ، و حيث أنّ اجتهادات المحكمة العليا ، قليلا ما تنشر ، فإنّنا لم نجد الكثير من قرارات المحكمة العليا ، التي تخصّ الرّجوع في الهبة ، و مع ذلك نسرد ثمان قرارات نموذجيّة ، صادرة عن المحكمة العليا ؛ فقد أكّدت المحكمة العليا في قرار¹ لها، على صفة حقّ الرّجوع الشّخصيّة، بحيث لا يمكن استعماله من الغير ، و لا يمكن توريثه .

هذا و قد اجتهدت المحكمة العليا في وضع بعض الأسس الإجرائيّة للرّجوع ، حيث ورد في قرار² لها، أنّه يجوز إجراء تصرف الرّجوع بعناية موثّق .

¹ قرار رقم 107541 صادر بتاريخ 05 يناير 1994 ، الغرفة المدنيّة ، مقتبس من عند ضريفي الصّادق ، المرجع السابق، ص. 46.

² قرار رقم 169391 ، غرفة الأحوال الشّخصيّة ، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1997 ، مجلّة الإجتهد القضائي ، عدد خاص ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، الصّفحة 274.

و قد صدر قرار¹ للمحكمة العليا يؤكد على ضرورة احترام الشروط المقترنة بالهبة ، و الهبة المقترنة بشرط هي هبة بعوض ، و الموهوب له الذي يمتنع عن القيام بما إلتزم به ، يعطي الحقّ للواهب بطلب الفسخ أمام القضاء لعدم تنفيذ الإلتزام .

و صدر عن² المحكمة العليا قرار يؤكد على أنّ حالات موانع الرجوع ، المذكورة في القانون على سبيل الحصر ، و لا يمكن بأيّ حال من الأحوال التوسّع في تفسيرها.

و صدر قرار³ يؤكد على أنّ تصرف الولد الموهوب له في الشّيء الموهوب ، بحيث يخرج عن ملكيته ، هو مانع من موانع الرجوع.

و صدر قرار⁴ يؤكد بأنّ التّغييرات التي يجريها الموهوب له في الشّيء الموهوب ، لا تشكّل مانعا من موانع الرجوع ، إلاّ إذا تغيّرت طبيعته ، أمّا قيام الموهوب له بإدخال تحسينات و أعمال فلاحية ، فإنّ هذا لا يشكّل مانعا.

و صدر قرار⁵ يؤكد أنّ الهبة للمصلحة العامّة لا يجوز الرجوع فيها، حتّى و إن لم تخصّص الجهة العامة المستفيدة.

¹ قرار رقم 197336 ، غرفة الأحوال الشخصية ، صادر بتاريخ 16 يونيو 1998 ، مجلّة الإجتهد القضائي ، عدد خاص ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، الصّفحة 284.

² محكمة عليا ، غ.م. ، 17/03/1999 ، ملف رقم 177428 ، قرار غير منشور.

³ محكمة عليا ، غ.أ.ش. ، 15/06/1999 ، ملف رقم 223351 ، قرار غير منشور.

⁴ محكمة عليا ، غ.أ.ش. ، 16/09/1998 ، ملف رقم 170859 ، قرار غير منشور.

⁵ محكمة عليا ، غ.أ.ش. ، 17/01/1997 ، ملف رقم 116191 ، قرار غير منشور.

من خلال دراسة القرارات السابقة ، يتجلى لنا أنّ القضاء الجزائري لم تتح له الفرصة لإبداء إجتهداته في هذا الموضوع ، و لعلنا ما نزال في بداية الطريق ؛ و رغم ذلك اجتهدت المحكمة العليا بغرفها المجتمعة في قرارها المؤرخ في 23 فبراير 2009¹ ، و الذي حسمت فيه الجدل الدائر حول امكانية اجراء الرجوع بموجب عقد توثيقي .

المطلب الثالث

إجراءات الرجوع عن الهبة

كما قلنا فيما سبق أنّ الرجوع في الهبة أمر استثنائي² ، شبه نادر ، و هو حقّ محوّل للأب أو الأم ، إن رأيا أحدهما أو كلاهما أنّ الهبة قد تكون في غير مصلحة الولد و الأسرة عموما ، و كأنّ المشرّع جعل هذا الإستثناء ، حماية للوالدين ، و تسهيلا لتداول الأموال عقارات أو منقولات ، مع توفير الضمانات الكافية للوالدين ، مخافة تبدّل الظروف بعد إجراء هذه الهبة ؛ هذا بالإضافة إلى نظرة الشريعة الإسلامية إلى الأبناء ، بأنّ الولد و ماله لأبيه، و هذا هو إتجاه المشرّع الجزائري في رؤيته لهذا الأمر .

¹قرار رقم 444499 الصادر عن المحكمة العليا بغرفها المجتمعة ، 23 / 02 / 2009 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2009.
² تنص المادة 211 من قانون الأسرة على أنّه : " للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلاّ في الحالات التالية :

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
2. إذا كانت الهبة من أجل ضمان قرض أو قضاء دين.
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع ، أو تبرّع ، أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

إجراءات الرجوع : لأجل تحديد إجراءات الرجوع التي سنّها القانون ، نستعين بآراء بعض الأساتذة في تفسير المادة 211 من قانون الأسرة ، إذ في هذا الصدد يرى الأستاذ مصطفى لعروم¹ أنّه من الظلم ، و من غير المنطقيّ، أن يطلب من الأب الواهب ، أو الأمّ الواهبة ، أن يلجئا إلى القضاء لاقتضاء حقّهما في الرجوع ، الذي منحه إياهما المشرّع ، إذ بإمكانهما أن يطلبوا من الموثّق ، تحرير تصرّف الرجوع في الهبة ، و الذي يقع على عاتق هذا الأخير، مراقبة الشروط المحدّدة في نص المادة 211 ، فإن انتفت موانع الرجوع ، ووجب تحرير سند الرجوع .

وهذا ما ذهبت إليه المذكورة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 626 ، المؤرّخة في الرابع عشر فبراير سنة أربعة و تسعين و تسعمائة و ألف ، إذ اعتبرت أنّ الرجوع في الهبة حقّ مقررّ على وجه الإستثناء ، لفائدة الوالدين أو أحدهما ، الذين أقدموا على إبرام عقد الهبة لصالح الأبناء ، ويكون ذلك دونما حاجة إلى اللجوء للقضاء ، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثّق ، و بالإرادة المنفردة للواهب ، و هذا نصّ مقتبس من المذكورة : " إنّ الرجوع في الهبة حقّ مقررّ للوالدين ، دون اللجوء للقضاء ، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثّق ، و بالإرادة المنفردة للواهب ، حيث ينقضي حقّ الموهوب له بنفس الشكل الذي نشأ به".

و يرى الأستاذ حمدي باشا عمر² أنّ المذكورة المذكورة أعلاه قد جانبت الصواب ، و قدّم دليلين و هما :

1. أنّ تأسيس المذكورة حقّ الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة ، بحجّة أنّ استرجاع الواهب لأمواله ، يتمّ بنفس الإجراءات الشكلية التي تمّ بها التصرف ، يعدّ غير سديد ، لأنّ الهبة لا تتعدّد بإرادة منفردة ، حتّى يتمّ الرجوع فيها بذات الكيفية التي نشأت بها.

2. أنّ حقّ الرجوع هو حالة إستثنائية ، و المنطق يقتضي ، أن يلتجئ الواهب إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة ، لأنّ مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 و القيود الواردة فيها ، يجب التأكّد منها من قبل هيئة قضائية ، تقوم ببسط رقابتها على ملفّ الدعوى .

¹ مصطفى لعروم مجلّة الموثّق ، العدد 8 ، 1999 ، ص. 22 .

² حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2009 ، ص.32.

و لكن يرد على هذا الإتجاه بالملاحظات التالية :

1. بالنسبة لتفسيره للعبارة الواردة في المذكورة كما يلي : "إذ يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة منفردة إذا التمس منه أحد الوالدين ذلك ، حيث يتم إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به " ، و ذلك بأنّ المذكورة ترمي إلى أن يكون الرجوع بالطريقة التي نشأت بها الهبة، و قد نشأت الهبة بإرادتين ، فينبغي أن ينشأ الرجوع بإرادتين .

غير أنّ التفسير الصحيح يكون على أساس أنّ " ذات الأشكال التي نشأت بها عقد الهبة ، ينبغي أن تكون في الرجوع" ، إذ أنّ المذكورة لم تتطرق إلى الشّروط الموضوعيّة ، فقد كانت عبارتها واضحة حيث أكرّر نصّها : " ... يتمّ إلغاء الحقّ بنفس الشكل الذي نشأ به " ، بمعنى آخر فإنّ الرجوع ينبغي أن يحمل الصّفة الإحتفائية التي تحملها الهبة .

2. أمّا بالنسبة لدليله الثّاني القائل بأنّ الرجوع هو حالة إستثنائية ، يجب الرجوع فيها بمعيّة القضاء ، و السّبب هو مراقبة الشّروط المنصوص عليها في المادة 211 ، فإنّ القضاء لم يكن أبدا معيار اختصاصه هو الأمور الإستثنائية . كما أنّه لا نص يعطي للقاضي الإختصاص في الرجوع ، لا في قانون الأسرة

و لا في قانون الإجراءات المدنيّة و الادارية . أضف إلى هذا أنّ المشرّع لو كان يرمي إلى إعطاء هذا الإختصاص إلى القضاء ، لأتى بعبارة : " طلب الإبطال " كما هو الحال في عيوب الرضا.

3. هذا و إنّ إتجاه أغلب التشريعات العربيّة إلى جعل الرجوع شكلا من أشكال التّفاسخ الإتفاقي ، أو الفسخ القضائي ، مبرّر بسبب وجيه و هو أنّ الهبة عندهم يمكن لكلّ واهب الرجوع فيها أخذًا بالمذهب الحنفي الذي يعتبر الهبة عقدا غير لازم ، وعليه فإنّه لضمان الإستقرار في المعاملات ، فإنّه لا يسوغ لهذا الواهب أن يرجع في هبته بإرادته المنفردة ، إلّا إذا أقاله الموهوب له ، أو إذا قدّم أعدارا مقنعة للقاضي ، كلّ هذا مع انتفاء موانع الرجوع السّبعة.

و بالمقارنة مع التّشريع الجزائري الذي اقتبس أحكام الهبة من فقه الجمهور ، و كذا اقتبس أحكام الرجوع في الهبة من عند جمهور الفقهاء ، و لاسيما فقهاء المدرسة المالكيّة ، الذين يعدّون الهبة عقدا

لازما كالبيع، و الرجوع فيها ممنعا من حيث المبدأ ، واستثناءا يبيحون الرجوع للوالدين ، ويسمونه اعتصارا ، نظرا لكونه رغما عن الإبن الموهوب له ، و ضد إرادته ، و الحالة هذه تقودنا إلى الابتعاد عن فكرة التفاسخ ، لأن مبدأ الرجوع في مفهوم جمهور الفقهاء ، و لا سيما المدرسة المالكية ، بعيدا عن فكرة التراضي ، بل يتم رغما عن الإبن العاق . و الحالة هذه لاتقتضي اللجوء إلى المحاكم، إذ لا مخافة على المراكز القانونية ، فهي مستقرة . كما أن الواهب الأجنبي¹ ممنوع عنه الرجوع مطلقا ، و أما رجوع الأبوين فلا يهدد استقرار المراكز القانونية كما أسلفنا ، لأن الأبوين لا يتهمون في شفقتهم بأولادهم² .

4. هذا و إن منطق قانون الأسرة عموما ، متأثر بالقانون الإسلامي ، و القانون الإسلامي لما أجاز رجوع الأبوين ، راعى نصا شرعيا للنبي صلى الله عليه و سلم القائل : " أنت و مالك لأبيك " ، فرجوع الأب فيما وهب لابنه ليس رجوعا بالمعنى الحقيقي ، بل هو مجاز ، تطبيقا لهذا الحديث .

5. إضافة إلى ما سبق، فإن الغاية من تشريع رجوع الأبوين في قانون الأسرة ، سببه حسبما أرى ، هو رعاية مصلحة جديدة بالحماية ، ألا و هي سلامة و مصير الوالدين ، الذين يضحيان طيلة حياتهما ، و يهبان الرحمة ، و الشفقة ، و كل ما يملكان إلى أبنائهما ؛ هؤلاء الذين قد يدفعهم هوى أنفسهم ، و قصر نظرهم إلى التنصل من كفالة الأب أو الأم عند العجز و الكبر عندهما يكون لهذين الأخيرين ورقة ضغط قوية ، تضمن كرامتهم في هذه الحياة .

6. هذا كله بالإضافة إلى أن القضاء لا ينبغي أن يلجئ إليه ، إلا عند اندلاع نزاع ناجم عن عدم احترام تطبيق القانون ، و الحالة التي يتقدم فيها واهب إلى مكتب التوثيق ، لإعمال المادة 211 ، لا يشكل مخالفة للقانون ، و إن الموثق الذي يحمل ختم الدولة و يؤتمن عليه ، و يتصف بصفة الضابط العمومي،

¹ المقصود بكلمة أجنبي : هو كل واهب لا تربطه علاقة الأبوة الموهوب له .

² و لو أن الغالب الأعم كذلك ، و مع هذا ، فإن الأمر لا يخلو من وجود حالات شاذة في المجتمع ، حيث يقصد الأب الإضرار بالإبن ، و في هذه الحالة النادرة و النادرة جدا ، يحق للإبن المتضرر من رجوع أبيه في هبته السابقة ، أن يرفع دعوى أمام القضاء ، يثبت فيها بوجود مانع من موانع الرجوع ، إن لم تراعى تلك الموانع فيبطل تصرف الرجوع .

و يعتني بإنشاء سندات تنفيذية ، حائزة للحجّة المطلقة ، لا يعقل أن يخترق إلتزاماته المهنيّة ، و يخترق القانون ، من أجل إرضاء طرف على آخر ، ممّا يعرّض السند الذي يعتني بإعطائه الرّسميّة و القوّة الثبوتية ، إلى خطر البطلان ، و بالتالي دفع التعويضات الثقيلة في هذا المجال ، عن خطأ مهنيّ و أخلاقيّ لا يكون ، و لا ينبغي أن يكون ، في شخص يحمل صفة الضابط العمومي ، و يطبع العقود بالثقة والإتقان و الصدق و المصداقيّة .

7. هذا ، و الأكثر من ذلك كلّه ، فإنّ الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة يحسم الجدل ، إذ إختلف مفسّروا القانون الإسلامي على قولين :

القول الأوّل : إذا ثبت حقّ الرجوع فإنّه يكون بإرادة الواهب وحده، فلا يتوقّف على تراض أو تقاض ، و هو مذهب الجمهور من المالكيّة و الشافعيّة و الحنابلة و الظاهريّة الإماميّة و الزيدية¹؛ على التّفصيل التّالي :

مدرسة المالكيّة و الشافعيّة : استدّلوا على أنّ الرجوع إن توافرت شروطه ، فإنّه لا يتوقّف تحقيقه على التراضي،

أو التّقاضي بناء على الأسس التالية :

أوّلا : قاسوا الرجوع في الهبة على الفسخ بخيار الشرط و الرؤية ، و الفسخ بخيار الشرط و الرؤية لا يتوقّف على تراض أو تقاض ، فكذلك الرجوع في الهبة.

و قد نوقش هذا القياس بوجود الفارق بين الرجوع في الهبة ، وبين الفسخ بخيار الشرط و الرؤية ، و وجه الفرق : أنّ من ثبت له الخيار ، إذا رجع فهو مستوف لعين حقّه ، لهذا لم يحتج في رجوعه إلى تقاض و لا إلى تراض ، بخلاف من جاز له الرجوع في الهبة ، فإنّ الهبة لما صدرت بطيب نفس ، كان حقّه في الرجوع .

القول الثاني : يتوقّف الرجوع على التراضي مع الموهوب له ، فإذا لم يتم التراضي مع الموهوب له فإنّه يتوقّف على التّقاضي ، و هذا مذهب الحنفيّة.

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.4004 ؛ وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء الرابع ، دار الفكر دمشق ، 2010 ، ص.703 ؛ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.286 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.223 ؛ محمد يوسف عمرو ، المرجع السابق ، ص.274.

و أمّا من جهة القانون المقارن قضت المادة 500 من القانون المدني المصري¹ بأن يتوقّف الرجوع على التراضي مع الموهوب له ، فإن تعذّر ، يلجأ الواهب إلى القضاء ، و ينبغي أن يقدّم تبريراً مقنعاً للقاضي . و لعلّ سبب تعليق المشرّع المصري الرجوع على تراضي الواهب مع الموهوب له ، أو اللجوء إلى التقاضي ، هو نتيجة لانتهاجه مذهب الحنفية ، في اعتبار عقد الهبة عقداً غير لازم، يجوز الرجوع عنه في كلّ حين ، و هذا سعيًا منه لإرساء الإستقرار في الأوضاع القانونية ، فتصوّر أنّه لو حوّل لكلّ من وهب هبة أن يتمسك بأعذار يراها هو مقنعة ، و يرجع في هبته متى شاء ، فأيّ استقرار للمعاملات و للمراكز القانونية ؟ هذا إضافة إلى سبب جدّيّ آخر ، ألا و هو غياب صفة الضبطية العمومية عن النظام التوثيقيّ في مصر ، إذ أنّ الموثقين في مصر لا يملكون ما يسمّى بختم الدولة يختمون به على المحرّرات التي يصدرونها . هذا و إنّ محرّراتهم لا تمتلك الحجية المطلقة كما تمتلكها المحرّرات التوثيقية في الجزائر ، إذ أنّ كلّ محام يستطيع أن يعتني بالإتفاقات التي تبرم أمامه ، و يضع لها تاريخاً مع توقعات أطرافها ، ثم يقوم بشهرها أمام مصلحة الشهر العقاري ، إن كان التصرف بشأن عقار، و لا يكتسي هذا المحرّر الرسميّ طبعاً ، إلّا إذا حاز قوّة الشيء المقضيّ فيه بموجب سند صادر عن القضاء.

لهذه الأسباب ، فإنّ المشرّع المصريّ لما جعل تصرف الرجوع إمّا بالتراضي فهو إقالة ، يستلزم إيجاباً و قبولاً جديدين ، و إمّا الإلتجاء أمام القضاء لمراقبة عدم و جود موانع الرجوع العديدة ، يكون قد أصاب في تشريعه ، حماية لاستقرار المراكز القانونية .

و كذلك انتهجت عديد من التشريعات العربية الأخرى²، منهج التشريع المصري ، إذ يقابل المادة 500 من القانون المدني المصري ، المادة 468 من القانون المدني السوري ، و المادة 489 من القانون المدني الليبي ،

و المادة 620 من القانون المدني العراقي ، و كذا المادة 576 من القانون المدني الأردني .

و عليه الرجوع في المنظومة القانونية الجزائرية ، يتمّ بذات الأشكال التي تمّت بها الهبة ، و هذا يقتضي مايلي :

¹ محمد بن أحمد تقيه ، المرجع السابق ، ص.262.

² محمد بن أحمد تقيه ، المرجع السابق ، ص.296.

تفرغ إرادة الواهب الرَّاجع في محرّر رسميّ ، و هذا لا يكون إلاّ بعناية ضابط عموميّ مختص بموجب القانون ، يختم عليه بختم الدّولة الرّسميّ ، يوقّع عليه كلّ من الواهب الرَّاجع ، و الموثّق محرّر السّند ، و شاهدي عدل ، على اعتباره عقدا إحتفائيّا ، هذا مع تعيين الشّيء الموهوب المرجوع فيه تعيينا دقيقا ، بذات الشّكل الذي عيّن به الشّيء الموهوب سابقا ؛ و لا يوقّع أحد على المحرّر إلاّ بعد التّحقّق من هويّته .

ثمّ يقوم الموثّق بتسجيله بمصلحة التّسجيل ، ليقوم بعد ذلك بتسليم نسخة من المحرّر إلى المحافظة العقاريّة، لتبدأ حينها مهمّة المحافظ العقاري، الذي يقوم بقبول الإجراء ، بأن يعطي له رقما ، ثمّ يفحص مكوّنات الملف من وثائق و شروط شكلية ، بحيث يراعي وجود بطاقة هوية الواهب الرَّاجع أو جواز سفره ، مع الاحتياط أن تكون إحدى هاتين الوثيقتين ساريّ المفعول ، و الهدف من ذلك هو التّأكد من جنسيّة الواهب الرَّاجع ، إذ كلّ تصرف ناقل للملكيّة ، يجب أن تتوافر لدى أطرافه الجنسيّة الجزائريّة ، أو ترخيصا ولائيا لمن لا يملك الجنسيّة الجزائريّة .

أمّا عن الوثيقة الثانية التي يقوم بفحصها المحافظ العقاري ، فهي شهادة الميلاد المستخرجة من سجلّات الحالة المدنيّة ، و هذا للإفادة من نسبه ، و شخصيّة بشكل دقيق .

هذا بالإضافة إلى فحص عقد الهبة المرجوع فيه ، و كذا الدّفتر العقاري ، و إرفاقه بمراسلة تتضمّن ملخصا للعقد، ترسل إلى مديرية مسح الأراضي ، من أجل استكمال التحيين .

هذا و إن كان الشّيء الموهوب المرجوع فيه ، هو عبارة عن عقار مبيّ ، أو عليه بناءات ، فإنّه ينبغي أن يرفق الملف ببوليصة التّأمين ضدّ الكوارث الطبيعيّة .

المطلب الرابع

آثار الرّجوع في الهبة و موانعه

يوجب رجوع الأبوين عن الهبة آثارا على الموهوب له المعتصر منه ، و كما هو معلوم فإن ممارسة هذا الإستثناء لا يكون إلا بقتضى النصوص ، بحيث أن الرجوع لا يكون إلا في حالات محدّدة بدقّة .

و عليه ندرس في هذا المطلب آثار الرجوع في الهبة ضمن الفرع الأوّل، أمّا بالفرع الثاني فتتولّى دراسة موانع الرجوع

الفرع الأوّل

آثار الرجوع عن الهبة

يتربّب على الرجوع في الهبة البطلان و كأنّها لم تكن ، و مع أنّ التّصوص الخاصّة بآثار الرجوع غير موجودة ، إلاّ أنّنا سنحاول معالجة آثار الرجوع من خلال الاستناد إلى اجتهاد فقهاء الشريعة الاسلاميّة ، و كذا من خلا الاستناد إلى القواعد العامّة المنظّمة لنظرية العقد في القانون المدني .

من أجل تفصيل ذلك نبدأ أولا بدراسة آثار الرجوع بين الواهب الرّاجع و المعتصر منه ، ثم نتطرّق بعد ذلك لآثار الرجوع بالنسبة للغير .

أولا. آثار الرجوع بين الواهب الرّاجع و بين الموهوب له المعتصر منه :

تنحصر آثار الرجوع في ثلاث نقاط أساسيّة : أولا إلزام الموهوب له برد الشّيء الموهوب ، ثانيا إلزام الموهوب له برد الثّمار ، ثالثا رجوع الموهوب له بالمصروفات على الواهب .

1/ إلزام الموهوب له المعتصر منه برد الشّيء الموهوب إلى الواهب :

على أية حال فإنّ أثر الرجوع الرّئيس ، هو ارجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التّعاقد ، فتكون الهبة

و العدم سواء بسواء ، إذ أنّ للرجوع أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين ، و من ثمّ ينتج عنه أن يلزم الموهوب له

المعتصر منه بإرجاع الشيء الموهوب إلى الواهب ، و ذلك بتسليمه إياه ، و يقوم مقام التسليم شهر سند الرجوع في المحافظة العقارية ، هذا إن كان الشيء الموهوب عقارا .

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

2/ إزام الموهوب له المعتصر منه برد الثمار للواهب :

هذا و تعتبر ثمار الشيء الموهوب ملكا للموهوب له إلى غاية اليوم الذي يرجع فيه الواهب عن هبته بموجب سند الرجوع ، أو من يوم رفع دعوى استرداد الشيء الموهوب إن كان منقولا ، إذ جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ما مفاده أن الزيادة المنفصلة _ و المقصود بها الثمار _ ، هي ملك للولد الموهوب له لأنها حدثت قبل الرجوع ، و هذا رأي الجمهور¹ .

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

3/ رجوع الموهوب له على الواهب المعتصر منه بالمصروفات :

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

ثانيا. آثار الرجوع بالنسبة للغير :

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

مبدئياً الرجوع بالنسبة للغير ليس له أثر رجعي ، إذ تجب حماية الغير حسن النية ، و لعلّ في المادة 211 من قانون الأسرة ما يشير إلى ذلك ، إذ تنصّ في الفقرة الثالثة على ما يلي : " ... 3 / إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرّع ، أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته " .

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

1/ الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية : لا شك أنّ الرجوع ممتنع في هذه الحالة كما سيأتي لاحقاً في موانع الرجوع ، و هذا لحماية الغير حسن النية ، و حسن النية مفترضة قبل الرجوع ، أمّا بعد اجراء الرجوع فلسنا بصدد مانع من موانع الرجوع ، إذ أنّ الغير في هذه الحالة تسقط عنه حسن النية ، و العبرة في العقارات بتاريخ شهر سند الرجوع بالمحافظة العقارية ، أمّا في المنقولات فالعبرة بتاريخ رفع دعوى الإسترداد .

2/ الموهوب له يرتب لفائدة الغير حقاً عينياً على الشيء الموهوب : قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأن يرتب عليه حقاً عينياً ، كترتيب حق انتفاع ، أو حق ارتفاق ، أو حق رهن ؛ و هذا يثير تساؤلاً حول تأثير الإعتصار على الغير الذي تعامل مع الموهوب له بحسن نية .

اعمالاً للقواعد العامة ، ينبغي حماية الغير حسن النية ، احتراماً لاستقرار المراكز القانونية ، و بالتالي فإنّ الحقوق العينية المترتبة للغير إن ترّبت قبل شهر سند الاعتصار في حالة العقار، أو قبل رفع دعوى الإسترداد إن كان الشيء الموهوب منقولاً ؛ في هذه الحالة فإنّ الشيء الموهوب ينتقل إلى الواهب محمّلاً بهذه الحقوق ، و لا مجال لتطبيق الأثر الرجعي للرجوع حماية لمصلحة الغير حسن النية .

أمّا إذا انتفت حسن النية بأنّ تمت هذه الحقوق بعد شهر سند الرجوع ، أو بعد تاريخ رفع دعوى الإسترداد ، فإنّ هذه الحقوق لا تسري على الواهب الرجوع لانتفاء حسن النية لدى الغير في هذه الحالة .

الفرع الثاني

موانع رجوع الأبوين

ذكرنا فيما سبق أن القانون الجزائري ذهب مذهب جمهور فقهاء القانون الإسلامي ، من أن الهبة عقد لازم ابتداء ، لا رجوع فيه إلا في حالة واحدة ، هي رجوع الوالد فيما وهب لولده¹ ، و حتى هذا الإستثناء جاء مقيداً ، هذه القيود هي التي سنسميها فيما يلي بموانع الرجوع.

وعليه نتولى دراسة موانع الرجوع في هذا الفرع ضمن ثلاثة نقاط فرعية ، إذ نبدأ أولاً بالموانع المتعلقة بسبب الهبة ، ثم الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له ثانياً ، فالموانع المتعلقة بالشئ الموهوب ثالثاً .

أولاً. الموانع المتعلقة بالسبب في عقد الهبة :

من قراءة النّصين 211 و 212² من قانون الأسرة ، يمكن استنباط ما يأتي :

إذا كان السبب الدافع لإنشاء عقد الهبة ، أحد الأمور التالية :

1. إمّا من أجل زواج الموهوب له.

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

² تنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلا في الحالات التالية :

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له ،

2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين ،

3. إذا تصرف الموهوب له في الشئ الموهوب ببيع أو تبرّع ، أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته ."

و تنص المادة 212 من قانون الأسرة على ما يلي : " الهبة بقصد المنفعة لا رجوع فيها ."

2. و إما كفالة عينية من الأب الواهب لأبنة الموهوب له.

3. أو كان سبب الهبة يرمي إلى خدمة المصلحة العامة.

ففي إحدى هذه الحالات - على سبيل الحصر - لا يجوز للوالد الواهب الرجوع في هبته ، و لمزيد من التحليل، ندرس هذه الحالات تباعا ، كما يأتي :

1/الهبة من أجل زواج الموهوب له :

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

هذا و إن فقهاء المالكية ، اشترطوا في هذا الشأن تحقق أربعة شروط ، حتى يتحقق المانع ، و هذه الشروط هي:

1. أن يكون سبب الزواج ، هو يسر الموهوب له الحاصل بموجب هذه الهبة ، فإن كان الموهوب له غنيا أصلا ، و لم تؤثر الهبة في نقله ، من حالة الإعسار إلى اليسر ، ففي هذه الحالة الأخيرة ، لا مانع من الرجوع.

2. أن يكون الزواج في مصلحة الموهوب له ، فإن تحقق أن الزواج لا يصب في مصلحة الموهوب له ، جاز للواهب في هذه الحالة الرجوع ، ليدراً عن ولده مفسدة جرّها عليه بهبته تلك ، و مصلحة الموهوب له في الزواج تستشف من ملابسات و ظروف كلّ حالة ، مع مراعاة المعيار العام ، لتحديد المصلحة في الزواج ، و الذي يكون بتحقيق أهداف الزواج و مقاصده في العرف و الشرع ، والتي أهمها إحصان الزوجين ، و تكوين أسرة ، و إنجاب الذرية الصالحة المصلحة . و بمفهوم المخالفة ، فكلّ ما تنتفي معه مصلحة الموهوب له ، يزيل مانع الزواج ، وبالتالي يجوز للواهب الرجوع في هبته درءاً للمفسدة عن ابنه الموهوب له ؛ كأن يكون مثلاً طالب الزواج من الموهوب له ، غير كفاء له ،

أو أن يكون مصابا بمرض يعطلّ الغاية من الزّواج ، كالإصابة بمرض فقدان المناعة ، ففي حالات كهذه ، يجب على الوالد الرجوع في هبته .

3. ينبغي أن يتوافر لدى الغير ، نية الزّواج من أجل يسر الموهوب له بالهبة ، و هذا يفترض علم الغير أولا بالهبة التي يسّرت أحوال الموهوب له المادّية ، و بناء عليه تقوم قرينة على أن الغير قد نظر إلى يسر الموهوب له بالهبة.

4. أن يكون انعقاد الهبة سابقا لانعقاد الزّواج طبعاً ، فإن كان الموهوب له متزوّجا قبل حصوله على الهبة، جاز للأب الرجوع ، لأنّ الهدف من منع الرجوع ، هو المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع الإبن ليسره بالهبة.

2/الهبة هي كفالة عينية للموهوب له:

يتمتع على الواهب في حالة هبته لولده هبة ، تضمن الوفاء بدينه ، من الرجوع في هبته ، للسبب ذاته الذي ذكرناه سابقا ، ذلك أن الغير قد حصل على ضمان لاستيفاء دينه ، الذي على عاتق الموهوب له ، حينئذ لا يجوز وفقا للمادّة 211 ، الرجوع في الهبة .

و مع ذلك يشترط لتحقيق هذا المانع شروط ثلاثة ، هي :

1. أن تكون المدائنة من أجل يسر الموهوب له بهذه الهبة ، ذلك لأنّه بمفهوم المخالفة ، إن كان الموهوب له غنياً ومليئاً قبل الهبة و بعدها ، و لم يقدّم الشّيء الموهوب له كضمان للحصول على قرض ، أو للوفاء بالدين ، فلا مانع من الرجوع.

2. ينبغي علم الغير الدائن بالهبة المقدّمة له كضمان ، و كذا اتّجاه نية الغير إلى التّعاقّد مع الموهوب له لامتلاء ذمّته ، نتيجة لحصوله على هذه الهبة.

3. أن تكون الهبة سابقة على عقد القرض.

3/الهبة موجّهة للمنفعة العامّة :

من قراءتنا المادة 212 من قانون الأسرة يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

1. أن الهبة التي تكون موجّهة للمنفعة العامّة لا رجوع فيها ، كأن يهب الأب لابنه مالا ، من أجل القيام ببناء مستشفى ؛ فإنّ فكرة المنفعة العامّة هي المانع من الرجوع .

2. الهبة للمنفعة العامّة ، هي هبة مقترنة بعوض : أي أنّها عقد فيه إلتزامات متقابلة ، الواهب يسلم الشيء الموهوب ، مقابل قيام الموهوب له بالإلتزام الذي قبله .

3. لا يكون للرجوع محلّ في هذا الإطار — أقصد العقود الملزمة للجانبين — و إنما ينحل العقد بالفسخ القضائي، أو التّقايل الإتفاقي ، إذ أنّه لا يتصوّر رجوع في وجود إلتزامات متقابلة.

4. تطبق على هذه الحالة إجراءات الفسخ ، و شروطه ، ذلك أنّ من يطلب الفسخ عليه أن يبيّن إستعداده لتنفيذ إلتزامه ، و عليه تبيان عدم تنفيذ إلتزام الطّرف المقابل ، و ذلك بعد إعداره.

و نلاحظ أنّ تشريع مانع المنفعة العامة ،مقتبس إلى حدّ ما من الشريعة الإسلاميّة ، مع استبدال عبارة الصدقة ، بعبارة المنفعة العامة ، و فيما يلي نذكر موقف الشريعة من الرجوع في الصدقة.

إذ إتفق كلّ فقهاء المدارس ، على عدم جواز الرجوع في الصدقة ، إن انعقدت لفائدة فقير ، و اختلفوا في إمكانية الرجوع في الصدقة ، إن كان المستفيد موسرا ، على قولين : القول الأوّل : لا يجوز الرجوع في الصدقة¹ ، و إن كانت لغنيّ ، و هذا مذهب الجمهور من المالكيّة ، و الشافعيّة ، و الحنابلة ، و الإماميّة ، و الزيدية ،

و الظاهريّة ، و وافقهم أكثر الحنفيّة ، و أدلّتهم التالية :

دليل السنّة : ما روي عن زيد بن أسلم ، عن أبيه قال : حملت على فرس في سبيل الله ، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه و ظننت أنّه باعه برخص ، فسألت عن ذلك النبيّ صلّى الله عليه و سلّم ، فقال:

¹ ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الأول ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص.1347 ؛ وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، دمشق ، 2010 ، ص.698 ؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، المجلد الرابع ، دار البصائر الجزائر ، 2006 ، ص.75 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص.225 ؛ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.284 ؛ حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، ص.136 ؛

" لا تشتريه و إن أعطاكه بدرهم واحد فإنّ العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه " ، و كذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه ، أنّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ قال : "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنّه لا يرجع".

و لعلّ الحكمة من عدم جواز الرجوع في الصدقة ، أنّها قرينة لوجه الله تعالى ، فلا يجوز الرجوع فيها ، و لو كانت لغنيّ ، فالعبرة بنية التقرّب إلى الله تعالى ، و ليست بالمستفيد منها.

القول الثاني : هو قول بعض الحنفية ، إذ أجازوا الرجوع في الصدقة على الغنيّ ، و أمّا عن دليلهم فقالوا : ثواب الآخرة لا يرجي من التصدّق على الأغنياء ، فجاز للواهب الرجوع في صدقته¹.

ثانيا. الموانع المتعلقة بتصرّف الموهوب له :

التصرّف هو كلّ تعبير عن الإرادة ، يرمي إلى إحداث أثر قانوني ما ، و التصرّف الذي ترمي إليه المادة 211، هو التصرّف الذي ينقل الملكية . بناء على قراءة النص ، فإنّ تصرّف الموهوب له في الشّيء الموهوب ، بحيث يخرج عن ملكه ، هو سبب مانع من الرجوع في الهبة ، حماية للغير حسن النية ، الذي تعامل مع الموهوب له .

أمّا عن شروط التصرّف المانع من الرجوع ، فهي :

الشّرط الأوّل : أن يكون تصرّف الموهوب له في الشّيء الموهوب ، تصرفا يزيل الملكية بأيّ سبب من الأسباب ، سواء كانت أسبابا ناقلة للملك كالبيع و الهبة ، أو مسقطه له كالوقف ، لأنّ النص جاء فيه "بيع أو تبرّع" ، و هذا يفيد أنّ التصرّفات هي البيع ، و الهبة ، و الوصية ، و الوقف .

الشّرط الثاني : أن يكون تصرّف الموهوب له نهائيا² ، بمفهوم المخالفة إن لم يكن نهائيا أمكن للواهب الرجوع ، حسب اجتهاد الحنفية و الشافعية في قول لهم ، و يكون التصرّف غير نهائيّ ، مثل البيع الذي انفسخ بعد انعقاده صحيحا . على أنّ الشافعية في القول الأصحّ عندهم و الحنابلة لا يرون بإمكانية رجوع الواهب حتّى في هذه الحالة ، و حجّتهم أنّ مجرد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، و استقراره في ملك الغير ، فإنّ

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.702.

² وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.703 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.223.

عودة الموهوب إلى الموهوب له بعد الفسخ ، لا تتيح للواهب الرجوع في هبته ، لأنه عاد إلى ذمته بسبب جديد و عقد جديد .

الشّرط الثالث : أن يكون تصرف الموهوب له في جميع الموهوب ، فإذا كان التصرف في بعض الموهوب ، كان من حقّ الواهب الرجوع في البقية ، و لأنّ من يملك الرجوع في الكلّ ، يملك الرجوع في الجزء من باب أولى .

ثالثا. الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب :

ان المادة 211 لم تأت على ذكر مصطلح الهلاك أو الإستهلاك ، بل اعتمدت مصطلح "ضاع منه" ، و مفهوم " أدخل عليه ما غير طبيعته" .

هذين المفهومين يدخلان في نطاق الهلاك ، إذ أنّ " الضياع " هو فوت الإنتفاع بالشيء الموهوب ، دون تدخل لإرادة الموهوب له ؛ و كذلك " تغيير طبيعة الشيء الموهوب " ، يفوت الإنتفاع بالشيء الموهوب على الشكل الذي كان عليه سابقا ؛ على أنّ معنى الهلاك أوسع و أعمق ، إذ عرفه أحد الفقهاء أنّه : " تلف مال معيّن كلياً أو جزئياً ، بسبب قوّة قاهرة أو حادث فجائي¹ ."

أمّا إن كان الهلاك بإرادة الموهوب له ، فإنّه يعتبر استهلاكاً ، و قد عرف بودي كلّاً من الهلاك و الإستهلاك قائلاً² : " خروج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة ، بفعل الآفات السماوية أو بفعل ماديّ من الإنسان" .

ففي كلّ هذه الحالات ينتفي الرجوع ، لإنعدام المحلّ ، و لا يضمن الموهوب له قيمة الشيء الموهوب لا كلياً و لا جزئياً ، لأننا بصدد عقد تبرّع .

هذا ، و إنّ عبارة " أدخل عليه ما غير طبيعته " الواردة في نصّ المادة ، تشعر المتمعّن فيها بأنّ الهلاك الذي يمنع الرجوع يكون في الكلّ ، كما يكون في جزء من الشيء الموهوب ، لأنّ تغيير طبيعة الشيء لا تفيد تدميره ، بل قد تتغير طبيعته كليّة ، دون أن يهلك ، و دون أن يتعطلّ ، بل يبقى صالحاً للإستعمال و الإنتفاع

¹ عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص.724.

² حسن محمد بودي ، المرجع السابق ، ص.111.

به مع ذلك ولعلّ اتّخاذ المشرّع الجزائريّ هذا الموقف ، يجعلنا نفسّر هذا التّصّ بأنّ مجرد الهلاك الجزئيّ هو مانع للرجوع، بل وحتّى وإن لم يكن هلاكا بالمعنى الدقيق للكلمة ، كأن تتغيّر طبيعته ، فهذا مانع أيضا من الرجوع ، على عكس أغلب التّشريعات العربيّة ، التي تتيح للواهب الرجوع في الجزء المتبقّي من الشّيء الموهوب ، عند هلاكه جزئيّا.

هذا ، وإنّ موقف المشرّع الجزائريّ ذلك ، مقتبس من اجتهاد المدرسة المالكيّة¹ ، التي خالفت جمهور الفقهاء عند هذه النّقطة. و حجّتهم في ذلك أنّ هلاك جزء من الموهوب ، كالانهدام الجزئيّ ، هو نقص في ذات الموهوب، و التّقص في ذات الموهوب يمنع رجوع الواهب ، تماما كما هو الحال في الزيادة فيه.

هذا كلّه مع افتراض حسن النّيّة في الموهوب له المعتصر منه ، أمّا إن تعمدّ الموهوب له إتلاف الشّيء الموهوب ، قصدا لتفويت فرصة الرجوع على الواهب ، فإنّ المنطق القانوني القائل بعدم جواز استفادة الشخص من أخطائه ، لا يمكن أن تأتي بأية نتيجة في هذا الصدد ، إذ أنّ القاضي من أجل أن يحكم بالتّعويض على الموهوب له سيء النّيّة ، يجب أن يستند في حكمه على نص بذلك².

¹ عبد الرحمان الجزائري ، المرجع السابق ، ص.225.

² محمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال التربويّة ، الطبعة الأولى ، 2003 ، ص.271.

الفصل الثاني

الرّجوع في تصريفي الوصيّة

و الوقف

يقول الله عز وجل: " إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ إِن تُؤْمِنُوا وَ تَتَّقُوا يُؤْتِكُمْ أُجُورَكُمْ وَ لَا يَسْأَلُكُم مَّا كُنْتُمْ تُكْسِبُونَ " (36) إِن يَسْأَلْكُمْ مَّا فِى حُفْرَتِكُمْ فَبِخُلُوا وَ يُخْرِجْ أَمْعَانِكُمْ (37) هَآئِنَّمْ هُوَآءُ تَدْعُونَ لِنُفْسِكُمْ فِى سَبِيلِ اللَّهِ فَمِنْكُمْ مَّن يَبْخُلُ وَ مَن يَبْخُلْ فَإِنَّمَا يَخِلْ عَن نَّفْسِهِ وَ اللَّهُ الْعَنِي وَ أَنْتُمْ الْفُقَرَاءُ وَ إِن تَتَوَكَّلُوا يَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُونُوا أَمْثَالَكُمْ (38) " ¹.

من أجل الإستجابة لهذه التحفيزات التي يزخر بها القرآن الكريم و السنة الشريفة ، كانت الوصيَّة كآخر ملجئ و آخر فرصة ينتهزها الإنسان ليستدرك ما فاته من أعمال الخير ، فما يبذله الإنسان إن هو إلَّا رصيد مذخور له . و لا يخفى على كل ذي لب حاجة المجتمعات لأعمال الخير و التبرع و التبرع ، لما فيها من التكافل و المودَّة و التراحم ، و لما كان الوقف هو تصرفا يسدّ هذه الحاجة ، فالتساؤل الذي نطرحه هو حول القوَّة الإلزامية لهذه التصرفات و مدى امكانية الرجوع فيها .

¹ القرآن الكريم الآيات من 36 إلى 38 من سورة محمد .

و قد علمنا من خلال دراستنا في الفصل الأول أنّ الرجوع في عقد الهبة ممكن في حالة واحدة و وحيدة ، ألا و هي حالة هبة الأب أو الأم لابنهما أو بنتهما ، و السؤال الذي يطرح نفسه علينا هو هل يكون الرجوع ممكنا في التصرفات التبرعية الأخرى ؟ و إن كان ممكنا فما هي شروطه و كفياته ؟

للإجابة على هذه التساؤلات نبدأ دراستنا لموضوع الرجوع عن الوصية في المبحث الأول ، لندرس في المبحث الثاني الرجوع في تصرف الوقف.

المبحث الأول

الرجوع في تصرف الوصية

علمنا مما سبق أنّ الهبة رغم قوتها الملزمة ، إلاّ أنّه يعترها الرجوع في حالة هبة الوالدين لولدهما ، و السؤال الذي يطرح نفسه علينا مجدداً هو حول القوة الإلزامية في تصرف الوصية و هل يكون رجوع في تصرف الوصية ، للإجابة على هذين السؤالين ينبغي معرفة ماهية الوصية ، ثم تبيان أحكام الرجوع فيها ، و يكون ذلك ضمن المطلبين المواليين.

المطلب الأول

ماهية الوصية

إن البحث عن ماهية الوصية يقتضي تعريفها ، و تحليل خصائصها ، و هذا ما سندرسه في الفرعين القابلين ، حيث نولي تعريفها للفرع الأول، ثمّ نتدرّج بعد ذلك إلى خصائصها في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل

تعريف الوصيّة

نبدأ أولاً بسرد تعريفات الوصيّة ، مع تمييزها عن المتشابهات ثانياً.

أولاً. تعريف الوصيّة :

تعريف الوصيّة يستلزم تعريفها في اللّغة و في الإصطلاح القانوني، لذلك نبدأ بجلب تعريفات اللّغويين للوصيّة ، ثم بعدها نحلّل تعريفات رجال القانون للوصيّة.

أ/تعريف الوصيّة اللّغويّ :

جاء في المنجد¹: الوصيّة من وصي ، و وصى يصي وصياً الشّيء به : إتّصل ، و الشّيء بآخر : وصله به ، و وصياً و وصاءة المكان : إتّصل نباته ، و وصى النّبت : كثر و اتّصل بعضه ببعض، و وصّى توصية فلانا بكذا : عهد إليه فيه ، و وصّى إلى فلان : جعله وليّاً على ماله و أطفاله بعد موته ، و وصّى فلانا بولده : استعطفه عليه ، و وصّى إليه بالصّلاة : أمره بها ، و يقال وصّيت له بكذا : أي ملكته إياه بعد موتي ، و واصى البلد البلد : واصله .

¹المنجد في اللّغة و الأعلام ، الطّبعة الأربعون ، دار المشرق ، بيروت ، ص.904.

و أوصى إيصاء فلانا بكذا : عهد إليه فيه ؛ و تَوَصَّى القوم تَوَاصِيَا : وصَّى بعضهم بعضا ،
و استوصى إستيصاء بفلان : قبل وصية من وصَّى به ؛ و الوصية قيل لها ذلك لانتصافها بأمر الميت ، و ربما سُمِّي
بها الموصى به ، يقال هذه وصيته أي الموصى به .

و سُمِّيَتْ وصية لأنَّ الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته ، و تطلق على فعل الموصي ، و على
الشئ الموصى به من مال أو عهد أو وفاء .

وجاء في القاموس¹ وصت الأرض تصي وصيا و وصيا : اتصل نباتها ، و وصى التبت : اتصل و كثر،
و وصت الفلاة : اتصلت بأخرى فهي واصية ؛ و وصَّى فلان فلانا : عهد إليه و جعله وصيه، و تَوَاصَوْا
بالشئ: أوصى بعضهم بعضا .

و يقول ابن فارس في معجم مقاييس اللغة²: "الوصية هو طلب الإنسان من غيره القيام بعمل في
غيبته،

أو بعد وفاته ، و هي مأخوذة في الأصل من وصيت الشئ بالشئ إذا وصلت به ، فكأن الموصي لما أوصى بها،
وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف ، أو وصل خير دنياه بخير آخرته. و الوصية تشمل الإيصاء بالمال
و غيره ، يقال أوصيته بولده بمعنى استعطفته عليه ، و أوصيته بالصلاة: أمرته بها".

ب/ تعريف الوصية في الإصطلاح القانوني :

نصت المادة 184 من قانون الأسرة على ما يلي : " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع
".

و عرفها قانون الوصية المصري³ ، في المادة الأولى منه على أنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت" ،

¹ محمد هادي اللحام ، و محمد سعيد ، و زهير علوان ، القاموس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 2008 ، ص. 844 .

² مقتبس عن بدران أبو العينين بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها ،
مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، بدون سنة ، ص 128 .

³ قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 .

كذلك عرفها قانون الأحوال الشخصية السوري¹ في المادة 207 منه ، و كذا جاء تعريف القانون الكويتي² مطابقا معني و لفظا لنص القانون المصري و السوري ، و كذا مجلّة الأحوال الشخصية التونسية³ عرفتها بالتعريف ذاته مع بعض التوسيع في السبب و المحل في الفصل 171 منها، ذات المعنى في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية⁴ في المادة 203 منها ، وكذلك في المادة 240 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي⁵ .

نلاحظ أنّ التشريعات العربية ، أجمعت على معنى موحد في تعريف الوصية ، و إن اختلفت الصياغة في أحيان قليلة ، و السبب يعود إلى المصدر المادي لهذه التصوص ، ألا وهو الشريعة الإسلامية ، و من هذه الزاوية الأصل في المنطق أنّ الموت يزيل الملكية ، و ينقطع عمل ابن آدم عند الوفاة ، ولكنّ المشرّع أجاز الوصية استثناء، لما فيها من مصالح للموصي ، وأقربائه الذين لا يمكنهم ميراثه ، و للمجتمع وقد ذكر الله عزّ وجلّ الوصية في ثلاث آيات :

1. قوله سبحانه و تعالى في سورة البقرة ، " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقّا على المتقين"⁶ ، و قوله تعالى : " و لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهنّ ولد فإن كان لهنّ ولد فلکم الربع ممّا تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ..."⁷ ، و قوله سبحانه و تعالى : " يا أيّها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم"⁸ .

¹ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953.

² قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 ، المادة 213 .

³ مجلّة الأحوال الشخصية التونسية ، القانون رقم 77 لسنة 1959 ، الكتاب الحادي عشر المتعلّق بالوصية ، الفصل 171: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع سواء كان عينا أو منفعة " .

⁴ مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية لسنة 2002 .

⁵ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 .

⁶ راجع سورة البقرة الآية 180 .

⁷ سورة النساء ، الآية 12 .

⁸ سورة المائدة ، الآية 106 .

و قد نزلت آية الوصية في سورة البقرة بعد آية المواريث في سورة النساء ، و قد اختلف الفقهاء في وجوب الوصية ، و الجمهور منهم على أنها غير واجبة إلا إن كانت وصية بوفاء دين ، أو بردّ وديعة ، أو غيره من وفاء الحقوق إلى أصحابها ؛ وانفرد فقهاء مدرسة الظاهر¹ بالقول بوجوب الوصية مطلقا ، و أمّا من جانب السنة الشريفة ما رواه عبد الله بن عمر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ : " ما حقّ امرئ مسلم بييت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلاّ و وصيته مكتوبة عند رأسه " ، و قال ابن عمر : " ما مرّت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك إلاّ و عندي وصيتي " ، و ما رواه سعد بن أبي وقاص عن رسول الله حين قال : " جاءني رسول الله يعودي من وجع اشتدّ بي فقلت : يا رسول الله إني قد بلغ بي الوجع ما تراه ، و أنا ذو مال و لا يرثني إلاّ ابنة لي ، أفأتصدّق بثلثي مالي ؟ قال : لا ، قلت فالشّطر يا رسول الله ، فقال : لا ، قلت : فالثلث ، قال : الثلث و الثلث كثير ، إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفّفون الناس " .

كما أنّه قد تمّ الإجماع منذ عصر الصحابة حتّى عصرنا الحاضر على جواز الوصية ، و بناء عليه فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوصية بتعريفات كثيرة أشهرها أنّ الوصية : " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن

¹ يرى الإمام داوود الظاهري ، أنّ الوصية واجبة للوالدين ، و الأقربين ، الذين لا يرثون ، و يرى الفقيه ابن حزم أنّها واجبة بإطلاق على كلّ من ترك مالا ؛ أمّا الأئمة الأربعة و أئمة الإمامية ، و كذا أئمة الزيدية ، فقد ذهبوا إلى أنّها غير واجبة ، و إنّما تعترها الأحكام التكليفية الخمسة ، فهي مرّة واجبة ، كأن يوصي أحدهم بما قد فرط من زكاة أو حجّ ، و مرّة أخرى مندوبة ، و تكون كذلك إن جعلها الموصي في القربات و الطاعات ، ثمّ هي مرّة أخرى مباحة ، و مرّة أخرى مكروهة كالوصية مع العوز ، و مرّة أخيرة تكون فيها محرّمة ، طالع وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء التاسع ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص. 20 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص. 239 ؛ سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي ، المجلد الرابع ، دار السلام ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص. 1582 ؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، المجلد الرابع ، دار البصائر الجزائر ، 2006 ، ص. 103 ؛ محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار ، دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص. 920 .

طريق التبرع¹، و هذا التعريف مطابق لتعريف الأحناف²، أما فقهاء المالكية عرفوها بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته³. وكذلك فقهاء الحنابلة يعرفون الوصية على أنها التبرع بعد الموت⁴.

ثانياً. التمييز بين الوصية و مشتبهاتها :

لتحديد ماهية الوصية ، ينبغي التمييز بينها ، و بين ما قد يتشابه معها ، من التصرفات القانونية ، فهي تشترك مع الهبة في كونها تصرفاً تبرعياً ، ينقل الملكية إلى الموصى له ، و كذا للموهوب له ، و مع ذلك تمتاز عنها في كون الهبة تصرف منجز في الحال ، غير قابل للرجوع فيه من حيث المبدأ ، بينما الوصية تصرف مؤجل بوفاة الموصي ، يستطيع أن يرجع عنه في أي حين ؛ هذا و إن الوصية شبيهة بالميراث ، في أنّهما ينقلان الملكية بموجب تحقق واقعة الوفاة ، و يختلفان في أمور كثيرة ، ينبغي بسطها و تحليلها في ما يلي :

أ/التمييز بين الوصية و الهبة : تتميز الوصية عن الهبة في العديد من الأحكام ، منها خاصة :

1/يشترط لانعقاد الهبة الإيجاب و القبول ، أما الوصية فتتعقد بمجرد الإيجاب ، و ما القبول إلا شرط لزوم⁵.

¹المبسوط للسرخسي الجزء 27 ص 142 ؛ الشافعي ، الأم ، المجلد الخامس ، ص 243 ؛ رمضان علي السيد الشرنباصي ، الوجيز في أحكام الوصية و الوقف ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ، ص 4 ؛ إلياس ناصيف ، الوصية ، ج 2 ، بدون ذكر دار النشر ، 2003 ، ص 12 .

²عن تنوير الأبصار ، مقتبس من عند إلياس ناصيف ، الوصية ، ج 2 ، بدون ذكر دار النشر ، 2003 ، ص 12 .
³إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 12 .

⁴ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الثاني ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص 1387 .
⁵الشروط في نظرية العقد عند فقهاء القانون الإسلامي أربعة: شروط الانعقاد ، و شروط الصحة ، و شروط التفاض ، و شروط اللزوم .

أما شروط الإنعقاد فهي التي يتطلبها الشرع لانعقاد العقد ، و إلا كان العقد باطلاً .

أما شروط الصحة : يكون العقد منعقداً دونها ، لكن العقد يتطلبها حتى لا يتعرض للفساد .

أما عن شروط التفاض : يترتب عن تخلف هذا الشرط أن يتوقف هذا العقد عن ترتيبه لآثاره حتى تلحقه إجازة .

2/لا تنعقد الهبة إلاّ في مجلس العقد ، بينما نجد الوصية على خلاف ذلك ، فيصحّ التعليق و الاضافة إلى المستقبل ، لأنّها لا تنفّذ أصلاً إلاّ بعد موت الموصي مصرّاً عليها ، و القبول يتأخّر بشكل بديهيّ عن وقت الايجاب ، إذ أنّ القبول في حال حياة الموصي غير معتبر ، بخلاف الهبة إذ لا بدّ من إيجاب و قبول أثناء مجلس العقد .

3/لا يشترط لصحة الوصية القبض ، بل يكفي القبول أو عدم الردّ ، بخلاف الهبة في حالة الموهوب المنقول إذ لا بدّ فيها من القبض .

4/لا يشترط لصحة الوصية الرسمية ، بل تكفي الكتابة مطلقاً ، بينما في عقد الهبة ، فإنّ الرسمية من الشّروط الشكلية الضّرورية .

5/من حيث الأثر ، فإنّ الأثر الذي ينتجه عقد الهبة ، هو أثر فوري ، بينما يتراخى في الوصية إلى حين وفاة الموصي .

ب/التمييز بين الوصية و الوقف : كما تميّز الوصية عن الوقف بالأمر التالية :

1/تصرّف الوصية محدّد بالثلث ، فلا يسري ما فوق الثلث في حقّ الورثة ، إلاّ من أجازّه فيسري بحقه دون الباقي ؛ في حين أنّ الوقف ليس له نصاب محدّد .

2/يلحق عقد الوصية الرجوع طالما لم تصبح لازمة ، في حين أنّ تصرّف الوقف لا يلحقه الرجوع .

3/الوصية تصرّف ناقل للملكية إن تمت و نفذت بعد وفاة الموصي ، أمّا الوقف فهو تصرّف مسقط للملكية ، بحيث يخرج من ذمة الواقف ، إلى غير مالك ، إذ تتشكّل الشخصية المعنوية لمؤسسة الوقف ، بمجرد انشائه .

أمّا عن شروط اللّزوم : فالأصل في العقود اللّزوم ، لكن إن وجد أحد الخيارات التي تبطل العقد جاز للعاقده صاحب المصلحة التمسك بالخيارات و جعل العقد غير لازم ، راجع وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997 ، ص.3317 .

4/الوقف تصرف لازم أي واجب النفاذ فوراً ، على عكس الوصية التي يتأخر نفاذها حتى يتوفى الموصي مصرّاً على وصيته .

ج/التمييز بين الوصية و الميراث :

هذا وإن أوجه الشبه بين الوصية و الميراث ما يلي :

1/سبب الملكية في كل من الوصية و الميراث واحد ، هو الإستخلاف ، إذ أن الوارث يخلف مورثه فيما تركه خلفه من ميراث ، و الموصى له يخلف الموصي فيما أوصى له من وصية.

2/أن كلا من الوصية و الميراث تنتقل بموجبهما الملكية ، ووقت نفاذ هذا الإنتقال يبدأ من وقت حدوث واقعة الوفاة.

3/أن نقل الملكية في كل من الوصية و الميراث يحدث من غير عوض.

4/القتل مانع من نقل الملكية في حالة الوصية و كذا في حالة الميراث.

أما عن أوجه الاختلاف بين الوصية و الميراث :

1/الأصل أن الملكية تنتقل بالميراث من المورث إلى الوارث بشكل إجباري ، على خلاف الوصية إذ أن الملكية تنتقل بموجبهما اختياراً من الموصي ، ومن الموصى له الذي يقبلها لكي تنتقل إليه الملكية.

2/إن الملكية بالميراث تقررت بإرادة المشرع ، فلا دخل للمورث بذلك ، إذ لا يستطيع حرمان احد من ورثته، لأن الموارث من النظام العام ؛ و لا دخل لإرادة الوارث كذلك في قبول انتقال الملكية إليه عن طريق الإرث ، إذ أن انتقال الملكية إجباري في الميراث¹ ؛ على خلاف الوصية ، حيث لا تنتقل الملكية إلاّ بقبول الموصى له²، فإن لم يقبلها عادت إلى ورثة الموصي .

¹لذلك قال الفقهاء : " لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه إلا الميراث" ، محمد يوسف عمرو ، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص.26.

²نسبني من هذا الوصية الواجبة أي التبريل.

3/الميراث لا يكون إلا من حقّ الورثة ، و العكس منه : الوصيّة لا تجوز لأيّ وارث.

4/إنّ الميراث لا ينقل الملكيّة عند اختلاف الدّين ، بينما لا يعد اختلاف الدّين مانعا من موانع الوصيّة.

الفرع الثاني

خصائص الوصيّة

لما كان تصرّف الوصيّة ينعقد بإرادة منفردة هي إرادة الموصي ، و لا يشترط القبول لتمامه إذ الوصيّة قائمة صحيحة ، لكنّها مؤجّلة بموت الموصي ، عندها يقبل الموصي له الوصيّة حتّى تسري في حقّه ، أمّا إن ردّها الموصي له تصبح الوصيّة لاغية ، و عليه فهو تصرّف مؤجّل النفاذ ، و أجله وفاة الموصي ، إذ شرّعت الوصيّة لحكمة بالغة ، و هي امكانيّة الموصي من نقل ملكيّة بعض الأعيان التي يملكها ، تبرّعا منه يقتطع من تركته بعد وفاته و انقضاء أجله .

و عليه نستنتج أنّ خصائص الوصيّة أربعة : أمّا تصرّف تبرّعي ، ينشأ بإرادة منفردة ، مؤجّل النفاذ ، ناقل للملكيّة . نعالجها تباعا فيما يلي :

أولا . الوصيّة تصرّف تبرّعي :

يعد تصرّف الوصيّة من أعمال التبرّع ، الأمر الذي يستشف من نص المادة 184 من قانون الأسرة التي نصّها: " الوصيّة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع " ، و من أجل استنباط الصّفة التبرّعية في الوصيّة نستعين بمعياريين ، معيار شخصي و آخر موضوعي ، حيث أنّ المعيار الشّخصي يتمثّل في وجود نيّة التبرّع من جانب الموصي ، إذ لا يقصد من وراء وصيّته حصول منفعة عاجلة أو آجلة ، أمّا عن المعيار الموضوعي ، فلا يتحقّق إلاّ بتحقّق وفاة الموصي ، حيث يخرج من تركته قيمة ما لتدخل في ذمّة الموصي له .

ثانيا. الوصية تصرف وحيد الجانب :

الوصية تصرف ناشىء عن إرادة منفردة ، إذ أنّ الموصي لا يحتاج في إنشاء الوصية إلى قبول الموصى له، هذا وقد احتدم نقاش بين أنصار النظرية الفرنسية ، التي تنفي إمكانية الإرادة المنفردة من إنشاء الحقوق ، وبين أنصار النظرية الألمانية ، التي ترى إمكانية ذلك.

هذا وإنّ قانون الأسرة الجزائري ، هو قانون متأثر بالقانون الإسلامي ، إذ أنّه لا خلاف بين مدارس القانون الإسلامي¹ ، في إمكانية إنتاج الإرادة المنفردة لأثرها.

ثالثا. الوصية تصرف مؤجل النفاذ :

من مقتضيات الوصية أنّها تصرف موقوف التنفيذ ، إلى اجل وفاة الموصي ، الذي يبقى مالكا للشئ الموصى ، و الذي يلزم ورثته من بعده بنقل ملكية الشئ الموصى به إلى الموصى له ، الذي لا يكتسب هذا الحقّ العينيّ إلاّ بتحقق واقعة الوفاة.

رابعا. الوصية تصرف ناقل للملكية :

أول آثار الوصية هو نقل الملكية ، بحيث تنتقل ملكية الشئ الموصى به بعد وفاة الموصي إلى الموصى له الذي يسعى إلى تنفيذ الوصية ، في صورة سند جرت العادة على تسميته " الشهادة التوثيقية لنقل الملكية " ، حيث يستعمل هذا السند عادة لنقل الملك من المورث إلى الورثة .

المطلب الثاني

أحكام الرجوع في تصرف الوصية

¹ للتوسع في موضوع تقدّم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد و اتساع ميدان الإرادة المنفردة ، طالع عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، المجلد الأول ، دار الفكر ، ب.ذ.س.ن ، ص.40.

لا يعقل أن يكون رجوع عن الوصية إن كانت الوصية مختلة ، و عليه نبدأ بدراسة شرط تعليق الرجوع على صحة الوصية في الفرع الأول ثم ماهية الرجوع في الفرع الثاني ، فآثار الرجوع في الفرع الثالث

الفرع الأول

تعليق الرجوع على صحة الوصية

ككل التصرفات لا تنعقد الوصية إلا بإرادة حرّة ، صادرة من ذي أهلية، تنصبّ على محلّ ، ويكون من وراء كلّ ذلك سبب مشروع لوجودها ، مع بعض الخصوصيات التي تنفرد بها الوصية على خلاف العقود الأخرى.

وعليه نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة نقاط فرعية ، أولاً ندرس فيه وجود الرضا و سلامته ، وبعض التفاصيل التي تنفرد بها الوصية في هذا الصدد ، ثم ثانيا ندرس فيه وجود المحلّ ومشروعيته ، أمّا ثالثا ندرس فيه مشروعية السبب.

أولاً. الرضا :

لما كانت الوصية من التصرفات المضرة بالموصي ضررا محضا، على اعتبار أنها تبرّع ، فإنها لا تصحّ من دون رضا الموصي ، الذي ينبغي أن يكون كامل الأهلية ، بالغاً سنّ الرشد عاقلاً مختاراً ، حسبما تقتضيه المادة 186 من قانون الأسرة التي نصّها الآتي : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقلّ " ؛ و مع غياب النصوص الخاصة في قانون الأسرة ، وجب علينا الرجوع في مسألة وجود الرضا و سلامته من العيوب ، إلى النصوص العامة ألا و هي مجموع المواد من المادة 59 إلى المادة 91 من القانون المدني ، ذلك أن الرضا ركن أساسي في كلّ التصرفات ، بحيث أن غياب الرضا يجعل التصرف معدوما منذ البداية، كأن يساق شخص مجنون إلى مكتب التوثيق لإبرام وصية ، فهنا ينبغي على الموثّق

إستجواب كلّ من يقدم على الإمضاء ، و التّحاور معه بشكل يعطي القناعة التّامة للموتّق ، بأنّ الموصي يتمتّع بقواه الإدراكيّة المعتادة ولذلك لا تصحّ الوصيّة من ناقص الأهليّة ، أو من عديمها ، فلا يوصي القاصر ، و لا المجنون، و لا المعتوه، و لا المكره . و لا المحجور عليه ، هذا و يجب أن يصدر الرّضا من صاحبه سليما ، لا تشوبه شائبة ، و لا يعتريه عيب من عيوب الرّضا من غلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، نرجع فيها للقواعد العامة و لا حاجة إلى تفصيلها ، إلاّ حالات خاصّة منها : وصيّة المرتدّ ، وصيّة المختلف في الدين ، وصيّة المدين .

هذا و إنّ القبول في الوصيّة له تكييف خاص ، و عليه نتصدّى لدراسة الوصيّة مع اختلاف الدين، ثم

لدراسة القبول في الوصيّة

أ/الوصيّة مع اختلاف الدّين :

لم يشترط القانون لصحة الوصيّة اتّحاد الدّين ، و بالرّجوع إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة ، نجد أنّ الجمهور يميزها¹، غير أن فقهاء الحنفيّة وضعوا التّقسيمات التّالية²:

1/الوصيّة التي تعدّ قرابة في شريعة الموصي غير المسلم ، وكذا في شريعة الموصى له المسلم ، هي وصيّة صحيحة.

2/الوصيّة التي تعدّ محرّمة في نظر الشّريعة الإسلاميّة و في دين الموصى له ، كأن يوصي الموصي غير المسلم ، بمبلغ من المال لجعله للتّائحات ، فهذه وصيّة باطلة .

3/الوصيّة التي تعدّ قرابة في دين الموصى له المسلم ، و هي غير مشروعة في دين الموصي غير المسلم ، تعدّ باطلة.

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة 1997 ، ص.7474 ؛ ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الثاني ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص.1433 ؛ محمد بن علي الشوكاني ، المرجع السابق ، ص.923 ؛ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص.58.

² مصطفى السباعي و عبد الرّحمان الصّابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الجديدة ، 1977 ، ص.209 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7475 ؛ الإمام أبو زهرة ، شرح قانون الوصيّة ، دار الفكر العربي ، 1988 ، ص.62 .

4/الوصية التي تعد قربة في شريعة الموصي ، وليست بقربة في شريعة المسلمين ، صحيحة عند أبي حنيفة ، و باطلة عند صاحبيه.

هذا و تصح وصية المرتد في غير المحرم شرعا عند المالكية و الشافعية و الحنابلة ، لأن وصية الكافر للمسلم صحيحة ، و المرتد كافر ؛ لكنها موقوفة كبقية تصرفاته من معاوضات و تبرعات ، فإن عاد إلى الإسلام نفذت ، و إن مات أو قتل لردته بطلت ، تغليظا عليه بالعقوبة¹.

ب/القبول في الوصية :

من قراءة نصوص القبول في الوصية² نلاحظ ما يلي :

أن القبول يكون إما صراحة أو ضمنا ، فأما القبول الصريح يكون بطرق التعبير الصريح عن الإرادة ، أما عن التعبير الضمني فيكون بكل عمل مفاده قبول هذه الوصية ، كأن يتقدم الموصى له الى ورثة الموصي بسند الوصية ، أو بتقديمه هذا السند الى الموثق محرر الفريضة بغية ادراج وصيته في معادلة الفريضة ، أو بقيامه بالطعن أمام القضاء ضدّ الورثة سيئي النية الذين تعمدوا اغفال وصيته ، و لم يقدموها حين حساب فريضة الموصي و هم يعلمونها .

هذا من جهة ، و من جهة ثانية فإنّ القبول له توقيت خاص ، و هو وقت وفاة الموصي مصرا على وصيته ، فإن رجع الموصي في وصيته فلا مجال للقبول .

من جهة ثالثة نلاحظ أن الحق في القبول يورث إن مات الموصى له بعد وفاة الموصي و لم يتسنى له ابداء رأيه بالقبول ، فيحلّ ورثة الموصى له محلّ مورثهم في القبول³.

¹ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.234.

² تنص المادة 197 من قانون الأسرة على أن: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي " ، كما تنص المادة 198 من القانون ذاته على أنه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " ، و تنص المادة 201 من ذات القانون : " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، أو بردّها " .

³ هذا الرأي مستمد من فقه المدرسة الشافعية ، مقتبس من عند بدران أبو العينين بدران ، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، بدون سنة ، ص 139 .

و من جهة رابعة، فإن ردّ الوصية يبطلها مطلقا . و قبول الوصية لا يدخل في تكوينها و إنما هو شرط لسريانها في حق الموصى له .

و عليه فإن مفعول الوصية موقوف على أمرين ، أولهما تحقق أجلها ، و يكون ذلك بوفاة الموصي مصرا على وصيته، وثانيهما قبول الموصى له الوصية .

أما عن مفعولها ، فهو إمكانية دخول الموصى له مع ورثة الموصي، بحق لا يجاوز الثلث في التركة ، بحيث تصفى التركة كما يلي : خصم مصاريف تجهيز المتوفى أولا ، بعد ذلك ينظر هل من ديون على المتوفى تدفع من تركته لفائدة دائنيه ، ثم ينظر هل من موصى له قد قبل الوصية ، فيحسب مقدار وصيته و يترك جانبا ، ثم تحسب أنصبة أصحاب الفروض ، و ما تبقى يتقاسمه أصحاب العصباء¹ .

و بالتالي فإن للموصى له في هذه الحالة ، أن تنتقل ملكية الشيء الموصى به إن كان محددا في الوصية ، أو يدخل مع الورثة كواحد منهم ، تنتقل إليه الملكية في العقارات و المنقولات و يقتسم معهم حتى الحسابات المصرفية للموصى ، إن لم يحدد محل الوصية ، شريطة ألا يتجاوز نصيب الموصى له الثلث في الحالين. و عليه ينبغي علينا دراسة قبول الوصية.

و لما كانت تصرف الوصية مؤجلا ، و أجله محلّ بحدوث وفاة الموصي ، فإنه يبقى على الموصى له أن يقبل الوصية ، كي تسري آثارها عليه و على الغير ؛ هذا و نفرّق هنا بين حالتين : الحالة الأولى ، التي يكون فيها محل الموصى به معينا تعيينا دقيقا، و الحالة الثانية التي يكون فيها الموصى له محددا بثلاث شائع في مجمل التركة؛ أما الحالة الأولى فإن ملكية الموصى به تنتقل إلى الموصى له ، مع احترام النصاب ، و النصاب هو الثلث ؛ و أما الحالة الثانية التي أوصى فيها الموصي للموصى له بالثلث من مجمل التركة ، فهي الحالة التي يجب فيها تقويم هذا الثلث من تركة الموصي ، سواء كانت مالا نقدا ، أو عقارا ، أو منقولا ، أو حقوقا مالية يخلف فيها الورثة مع الموصى له الموصي المتوفى ، إذ لا يمكن بأي حال تقويم الثلث من تركة الموصي ، إلا وقت وفاته .

¹ محمد مصطفى شليبي ، أحكام الموارث بين الفقه و القانون ، الدار الجامعية ، 1985 ، ص.37.

هذا و لا بدّ لنقل ملكيّة الشّيء الموصى به من قبول الوصيّة ، والمرجع المؤهل لقبول الوصيّة ، هو المستفيد منها ، أي الموصى له، الذي يمارس هذا الحقّ عند حلول الأجل ؛ و عليه نبدأ بتكليف قبول الوصيّة ، ثم ندرس وقت القبول.

1/تكييف قبول الوصيّة :

تنص المادة 194 من قانون الأسرة : " إذا أوصى لشخص ثمّ أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما "، و تنص المادة 195 من قانون الأسرة على أنّه: " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدّد ما يستحقّه كلّ منهما و مات أحدهما وقت الوصيّة أو بعدها قبل وفاة الموصي ، فالوصيّة كلها للحيّ منهما .

أمّا إذا حدّد ما يستحقّه كلّ منهما فالحيّ لا يستحقّ إلاّ ما حدّد له " .

و تنص المادة 197 من القانون ذاته : " يكون قبول الوصيّة صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " ، و تنص المادة 198 من القانون ذاته : " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحقّ في القبول أو الردّ " .

من هذا نلاحظ أنّ الموصى له قد يكون شخصا معلوما يذكره الموصي في وصيّته ، يتولّى هو قبول الوصيّة أو ردّها بعد وفاة الموصي ؛ كما قد يكون جمعا من التّاس محصورين بذواتهم يتزاحمون على التّلت ، أو غير محصورين كمن يوصي بثلث ماله للعلماء ، كيف يقسم بينهم التّلت ؟ و كيف يدون القبول ؟

أجاب فقهاء القانون الإسلاميّ على هذا التّساؤل ، و اتّفقوا على أنّ الوصيّة لجمع غير محصورين ، تلزم بدون حاجة إلى القبول ؛ و اختلفوا في كيفية تقسيم الوصيّة على الجمع غير المحصورين ، فأجاز الحنابلة¹ الإقتصار على واحد منهم ، أمّا الشّافعية² أجازوا الإقتصار على ثلاثة منهم ، أمّا الحنفيّة³ يبطلون

¹ وهبة الزّحيلي ، المرجع السابق ، ص.7512 .

² وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7512 .

³ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7511 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص. 253 .

الوصية لغير معلوم، إلا الإمام محمد¹، فإنه يجيزها و تصرف على ذوي الحاجة منهم ، و لا يلزم الصّرف لهم جميعا ، و لا التّسوية بينهم في العطاء.

هذا و قد أجاز قانون الأسرة الوصية للحمل، و هذا بموجب المادة 187 منه ، أمّا عن القبول فيقبل عنه وليّه الشرعيّ أبا كان أو أمّا ، قياسا على الهبة للحمل .

هذا و قد سبق و قلنا أنّ الموصي له هو من يقبل الوصية ، بعد وفاة الموصي ، و المسألة التي تطرح هنا ، هي هل قبول الوصية ركن² داخل في تكوين الوصية ، أم هو شرط من شروطها ؟

بالنسبة للمادة 197 نلاحظ سقوط حرف الميم من كلمة "الموصي" في النصّ العربي ، فأصبحت تقرأ "الوصي" ، و بمقارنة هذا النصّ مع ترجمته بالفرنسية كما وردت في الجريدة الرّسمية نجدّه يستعمل مصطلح " testateur " ، و من هنا يفهم مرمى المشرّع ، و نستنتج أنّه كان يقصد "الموصي" ، و أنّ عبارة " الوصي " لم تكن مقصودة لذاتها ، بل العبارة المقصودة هي : " الموصي " ، وقد سقط منها حرف الميم.

من قراءة نصوص المواد السابقة الذّكر نستنتج عدّة ملاحظات ، وهي :

الملاحظة الأولى : هي أنّ القبول ليس داخلا في تكوين الوصية ، إذ الوصية تصرّف أحادي الجانب الإرادة ، ينشأ بإرادة الموصي دونما الحاجة لقبول الموصي له .

¹ وهبة الزّحيلي ، المرجع السابق ، ص.7502 .

² في القانون الاسلامي : اعتبر الفقهاء الوصية نوعا من العقود ، و لكنهم اختلفوا فيما يتعلّق بقبولها ، فاشتراط بعضهم القبول شرطا للصّحة ، و قال البعض بغير ذلك ، و نستعرض فيما يأتي آراء المذاهب في هذا الشّأن :

مذهب الحنفيّة : يرون الوصية كسائر العقود ، لا بدّ من توافر الايجاب و القبول ، فالموصي يعرض الايجاب ، أي عزمه على الايضاء ، و ينتظر القبول من الموصي له ، حتّى إذا قبل هذا الأخير ، تمّ العقد ؛ و برأيهم أنّ القبول ركن في الوصية ، وليس شرطا فيها ، إلاّ إنّ كانت الوصية موجّهة لفائدة أشخاص غير معيّنين كالعلماء ، أو طلبة العلم ، أو للفقراء ؛ فتصحّ بالايجاب من دون حاجة إلى قبول .

مذهب المالكيّة و الشافعيّة و الحنابلة : القبول ليس ركنا في عقد الوصية ، فالعقد صحيح تامّ بإرادة واحدة ، و القبول هو شرط لنفاذ الوصية ، لتتوسع طالع عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.231.

الملاحظة الثانية : توقيت القبول هو بعد تحقق واقعة وفاة الموصي، و بمفهوم المخالفة : كل قبول يسبق وفاة الموصي لا يعتدّ به ، ويعتبر كأن لم يكن.

الملاحظة الثالثة : يورث القبول لورثة الموصى له ، إن مات الموصى له بعد وفاة الموصي طبعاً ، لأن وفاة الموصى له قبل وفاة الموصي يبطل الوصية كما عبّرت بذلك المادة 201 من قانون الأسرة.

الملاحظة الرابعة : يكون التعبير عن القبول ، إمّا صراحة بالكتابة، أو بالكلام، أو بالإشارة لمن لا يحسن الكلام، و يكون التعبير كذلك ضمناً بكلّ عمل من شأنه أنّه يدلّ دلالة قطعية على قبول الوصية ، كالسعي لإظهار السند الذي كتبت فيه الوصية بغية تنفيذها ، أو الذهاب إلى أروقة المحكمة للإدعاء على ورثة الموصي الجاحدين بالوصية التي أنشأها الموصي قبل وفاته .

2/ وقت القبول :

تنص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي " .

و بما أنّ تصرف الوصية يتمّ بإرادة الموصي منفردة ، و يكون مضافاً لما بعد وفاته ، و كلّ تصرف يكون مضافاً إلى زمن لاحق ، لا تظهر آثاره قبل مجيء الزمن المضاف إليه ، وطالما أنّ أثر الوصية لا يكون إلاّ بعد الوفاة ، فلا معنى لقبول الوصية قبل وقت تنفيذها ، لأنّ نقل الملكية الناتج عن الوصية ليس منجزاً كسائر العقود التاقلة للملكية ، و لهذا لو مات الموصى له قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، لأنّه مات قبل مجيء الوقت الذي أراد الموصي أن ينقل ملكية الشيء الموصى به له فيه .

أمّا من جانب الشريعة الإسلامية اختلف الشراح في مسألة توقيت القبول على مذهبين ، مذهب الإمام زفر¹ ، الذي أجاز القبول حتّى قبل وفاة الموصي ، و اعتبر أنّ عدم ردّ الوصية قبل وفاة الموصي ، ينهي حقّ الموصى له في إبداء رأي آخر بعد وفاة الموصي ، سواء بالقبول أو بالردّ ، إذ أنّ الوصية أصبحت لازمة بمجرد وفاة الموصي ؛ و ردّ عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بالردود الآتية :

¹ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص.18.

أ/أن لا شيء يثبت في ملكية الإنسان جيرا عنه سوى الميراث.

ب/أن الموصي له إذا لم يعط حق رد الوصية ، فكأنه ملزم بملكية لا خيار له في قبولها ، فقد يكون في ذلك بعض الضرر المادي و المعنوي .

ج/إن قياس الوصية على الميراث ، هو قياس غير صحيح ، لأن الميراث ثبت بحكم الشارع ، و لحكم الشارع صفة الإلزام ، أما الوصية فهي تثبت بإرادة الموصي .

و هذا الرأي - أقصد رأي الجمهور - يتماشى مع المنطق ، لأن الموصي عندما اختار أن يوصي دون أن يهب ، فهو بذلك يريد أن يتراخي أثر تصرفه هذا إلى ما بعد موته ، إذ كان قادرا على أن يهب الموصي له ، و ينجز هذه الهبة في الحال ، لكنه إختار الوصية ليكون أثر تصرفه موقوفا إلى ما بعد موته ، لأي سبب من الأسباب ، و عليه لا يجوز تغيير إرادة الموصي ، بتفسير يتنافى معها .

أما عن القوانين الوضعية فقد أجمعت على اعتبار توقيت القبول مرتبطا بواقعة وفاة الموصي ، إذ نصت المادة العشرون من القانون المدني المصري على ذلك في متنها ، وهذا نصها : " لا يشترط في القبول و لا في الرد أن يكون فور الموت ، و مع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية و طلب منه قبولها أو ردّها ، و مضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ، و لم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول " ؛ هذا و نصت المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه : " يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي ،

و خلال ثلاثين يوما منها أو من حيث علم الموصي له بالوصية ، إن لم يكن عالما بها حين الوفاة ، و إذا انقضت هذه المدة و هو ساكن عالم ، أو مات الموصي له خلالها دون أن يردّ ، و لو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلا ، و كانت الوصية تركة له " ؛ و تنص المادة 230 من القانون المدني الكويتي على أن : " الوصية تلزم بقبولها من الموصي له صراحة أو دلالة بعد موت الموصي " ، كما تنص المادة 232 على أنه " لا يشترط في القبول و لا في الرد أن يكون فور الموت ، و مع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث ، أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، و طلب منه قبولها أو ردّها ، و مضى

على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونيّة و لم يجب بالقبول أو الردّ كتابة ، دون أن يكون له عذر مقبول".

هذا ويمكن أن تحدث وفاة الموصى له قبل إبداء رأيه بالقبول أو بالردّ، و هنا تجيب المادة 198 من قانون الأسرة أنّ الحقّ في إبداء الرأي حول الوصيّة ، ينتقل إلى الورثة ، الذين يقبلون الوصيّة ، أو يرفضونها .

أمّا عن إجراءات القبول فإنّ القانون لم يبين كيفيات مخصوصة للقبول ، لكن عملا بالأحوط ، يكون القبول برسالة تعبّر عن إرادة الموصى له بالقبول ، يوجّهها إلى ورثة الموصي ، مع ضرورة بقاء أثر لهذه الرّسالة ، تيسيرا لعملية الإثبات، كما يمكن ابداء القبول ضمنا ، ويكون ذلك بالسّعي لتنفيذ فحوى هذه الوصيّة ، و هو أن يتصل الموصى له بالجهات المعنيّة لتصفية التّركة ، و يظهر عقد الوصيّة إن كان عقدا مكتوبا ، أو يناوله الوصيّة إن كانت وصيّة يدوية ، وبذلك يقوم مصفّي التّركة ، ألا و هو الموثّق بتحرير فريضة المتوفّي ، يبدأ فيها باستخراج نصيب الموصى له؛ ثمّ تأتي بعد ذلك مرحلة تنفيذ الوصيّة ، و يأتي ذلك من خلال حصر موجودات التّركة ، من منقولات و عقارات ، و تقسيمها حسب حصّة كلّ ذي حقّ في التّركة من موصى لهم ومن ورثة، حيث يكون الجميع مالكين ملكيّة شائعة ، كلّ حسب حصّته ؛ هذا في حالة ما إذا كان الموصى به غير معيّن بالذات ، أمّا في الحالة الأخرى التي يكون فيها الموصى به شيئا ، قام الموصي بتعيينه تعيينا دقيقا ، ففي هذه الحالة يستوفي الموصى له حقّه بأن تنتقل إليه ملكيّة الشّيء الموصى به ، عقارا كان أو منقولا ، مع احترام التّصاب القانوني ، ألا و هو الثلث من مجمل ما تركه الموصي بعد وفاته.

ثانيا. المحلّ :

محلّ الإلتزام عموما هو الشّيء الذي يلتزم المدين بالقيام به ، ويكون إمّا نقلا لحقّ عينيّ ، أو القيام بعمل ما ، أو الإمتناع عن عمل ما ، هذا و محلّ الإلتزام في عقد الوصيّة ، هو نقل ملكيّة الشّيء الموصى به ، من ذمّة الموصي إلى ذمّة الموصى له ، ويكون ذلك عند حلول أجله المحدّد بوفاة الموصي .

ضمن هذا المجال ، نظّم قانون الأسرة محلّ الإلتزام في الوصيّة ، بنصّين خاصّين هما نصّ المادّة 185 و التي وردت كما يلي : " تكون الوصيّة في حدود ثلث التّركة ، و ما زاد على الثلث يتوقّف على إجازة

الورثة"، و نص المادة 190 التي ورد فيها: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، حيث ذكر خصوصيات الوصية في هذا النطاق، و ترك العموميات تنظّمها النصوص العامة الواردة في القانون المدني، من المادة 92 إلى المادة 95.

وعليه نلتزم في دراستنا، الحالة الخاصّة بتصرّف الوصية، ألا وهي نصاب الوصية، و في هذا الصدد تنصّ المادة 185 من قانون الأسرة على ان: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

من خلال هذا النص، يتبيّن أنّ نصاب الوصية هو الثلث، إذ يجب ألاّ يكون الشيء الموصى به زائدا على ثلث تركة الموصي، يحتسب من وقت وفاة الموصي؛ هذا و تكون الزيادة عن الثلث موقوفة على إجازة¹ الورثة، فإن أجازوا ما زاد على النّصاب، نفذت الوصية، أمّا إن ردّوا الزيادة بطلت.

أمّا عن الإجازة، فهي تصرّف تبرّعيّ، تصدر عن ورثة الموصي كلّ حسب حصّته من الإرث، و لا يمكن أن تكون بطريق الفضالة عن الورثة الآخرين، هذا و يجب أن يكون صاحبها يتمتع بأهليّة التبرّع، و هي أن يبلغ تسعة عشر سنة كاملة، غير مجنون و لا سفيه محجور عليه، و لا محبوس مسلوب الإرادة، هذا، و ينبغي أن يكون مختارا حرا في إبداء إرادته، غير مكره، و لا مدلس عليه، و غير واقع في غلط يفسد هذه الإرادة. أمّا عن وقت صدور هذه الإجازة، فيكون عند وفاة الموصي، و كلّ إجازة قبل وفاة الموصي لا يمكن الإعتداد بها.

أمّا في حالة عدم وجود ورثة للموصي يجيزوا ما فاق النّصاب، ففي هذه الحالة نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة، لغياب النصّ عليها في القانون، بحيث وجدنا في هذه المسألة حلولا أوردها فقهاء الشريعة وفق رأيين

أولهما² رأي الاحناف القائل بجواز و نفاذ الوصية فيما يفوق النّصاب، ولو كان الموصي به جميع ما يملك

¹ موقف المشرّع هذا مستوحى من رأي الجمهور دون المالكية و الظاهرية، الذين يبطلون الزائد عن الثلث مطلقا، دونما التّظر إلى إجازة الورثة، وهذا الفهم هو نتيجة تحليلهم للحديث النبويّ الذي رواه سعد: " الثلث و الثلث كثير"، للتوسع وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.7487.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.7541.

الموصي، لأنّ المنع كان لحقّ الورثة ، و حيث أنّه لا وارث ، لم يعد يتعلّق — بما يفوق الثلث — حقّ لأحد ، و عليه تنفّذ الوصيّة بالكامل. و ثانيهما رأي الجمهور الذين لا يجيزون الوصيّة بأكثر من الثلث مطلقا ؛ ذلك أنّ الزائد عن الثلث هو حق للمسلمين، فلا تنفّذ الوصيّة.

ثالثا. السبب :

السبب هو الغرض المباشر ، الذي يقصد الملتزم الوصول إليه ، من وراء التزامه ، و هو في الوصيّة عبارة عن ما وراء نيّة التبرّع ذاتها ، و لأنّه من الصّعّب تصوّر شخص يلتزم لغير سبب ، إلّا إذا كان مكرها ، فإن كان مكرها لا يكون العقد قابلا للإبطال لفائدة المكره ، بل أبعد منه ، حيث أنّ العقد باطل بطلانا مطلقا ، لعدم وجود السبب من الأساس¹.

و كما هو معلوم فإنّ السبب وجب أن يكون مشروعا ، إذ أنّ وصيّة الضّرار — و هي الوصيّة التي لا يرمي الموصي من وراء نيّته التبرّعية فيها إلّا الإضرار بالورثة عن طريق إنقاص حصّتهم من الميراث ، و هي وصيّة باطلة بطلانا مطلقا.

و عليه ندرس فيما يلي مشروعيّة السبب في الوصيّة ، من خلال دراسة وصيّة الضّرار ، و الوصيّة لجهة معصية، فيما يلي .

أ/وصيّة الضّرار :

وصيّة الضّرار هي الوصيّة التي يراد من إبرامها إلحاق الضّرر بشخص ما ، كأن يوصي الموصي بثلث ماله، و نيّته ليست التبرّع و الإحسان إلى الآخرين ، وليس قرابة لله عزّ و جلّ ، و لكن هدفها و غايتها و سبب وجودها هو الإضرار بالورثة ، بإنقاص الثلث وإخراجه من أن تصيبه أنصبتهم ؛ في حالة كهذه الوصيّة باطلة لعدم مشروعيّة السبب تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني ،

¹ كما هو معروف ، فإنّ السبب هو الباعث ، والباعث هو شيء خارجيّ عن التصرف القانوني ، و هو شيء ذاتيّ خاص بالملتزم ، و هو شيء متغيّر .

وباطلة شرعا¹ لمخالفتها النص الشرعي القائل " لا ضرر و لا ضرار " .

ب/ الوصية لجهة معصية :

تطبيقا للقواعد العامة ، فإن الوصية لجهة تستعمله في أغراض غير مشروعة ، هي وصية باطلة لعدم مشروعية السبب² ، هذا وقد جاء في متون شرّاح القانون الإسلامي عن هذا ، و ضربوا أمثلة من بينها : الوصية ببيع السلاح لأهل الحرب ، و الوصية بكتابة كتب السحر و الشعوذة و العلوم الضارة ، و الوصية ببناء القباب على المقابر ، و الوصية بمبلغ من المال يعطى للتائبين ينحن على موت الموصي ، فهذا كله غير مشروع في الشريعة الإسلامية ؛ كذلك الوصية لدور القمار و للمراقص .

و قد انقسموا بين رأيين ، في الوصية التي محلها مشروع ، غير أنّ نية الموصي غير مشروعة فيها ، و ذلك كما يلي :

الرأي الأول : و هو رأي الحنفية و الشافعية³ ، أنّ الوصية صحيحة، عملا بظاهر العقد ، فلم يشتمل لفظ الوصية على محرّم ، و يترك أمر النية و القصد لله تعالى.

الرأي الثاني : هو رأي المالكية⁴ و الحنابلة⁵ و منهم ابن تيمية و ابن القيم ، مفاده أنّ مثل هذه الوصايا تكون باطلة، لأن العبرة في التصرفات بالقصد و النية ، و الباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة، فتكون باطلة⁶.

¹ محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، المجلد الرابع ، دار البصائر الجزائر ، 2006 ، ص.93.
² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، ب.ذ.س.ن ، ص.25 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 ، ص.443.
³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997 ، ص.7462 ؛ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.239.
⁴ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية 2002 ، ص.421 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7463.
⁵ ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1433 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7463.
⁶ نلمس من هذا الرأي توجهه إلى نظرية السبب الحديثة ، التي تأخذ بالباعث الذاتي الدافع للتصرف القانوني ، و أنّ نظرية السبب في الشريعة الإسلامية ليست نظرية مادّية ضيقة كما رأى ذلك الأستاذ السنهوري في النظرية العامة للعقد.

و يمكن إضافة إلى ما سبق ، كلّ وصيّة يراد من ورائها الوصول إلى غرض غير مشروع ، و يستوي في ذلك عدم المشروعيّة سواء كان في القانون أو في الشريعة ، على اعتبار أنّ الدين الرّسمي للجزائر هو الإسلام ، و كلّ ما يחדش مشاعر المسلمين أمكن اعتباره غير مشروعاً .

هذا ولا يمكن الإطّلاع على مشروعيّة السبب ، إلّا إذا صرّح الموصي بها ، إذ قد يحضر أمام الموثّق شخص يوصي ببعض ماله، و لا يبدو عليه أنّه يبغى من ورائه الوصول إلى غاية غير مشروعة ؛ على أنّه إذا تبين للموثّق أنّ الموصي يهدف إلى غاية غير مشروعة ، و جب عليه الإمتناع عن أخذ تصريحاته ، وتسجيلها ومنحها تاريخاً وصبغة رسميّة ، إذ أنّ تلك الوصيّة باطلة منذ البداية ، والمعيار المتّبع في هذا هو النّظام العام والآداب العامّة، إذ يجب ألاّ يجحد السبب عن هذا النّظام العام و الآداب العامّة.

الفرع الثاني

ماهية الرجوع في تصرف الوصية

نبحث عن الطبيعة القانونية الخاصّة بالرجوع في الوصية أولاً ، ثمّ بعد ذلك نتولّى إجراءاته ثانياً .

أولاً. الطبيعة القانونية الخاصّة بالرجوع في تصرف الوصية :

سبق و أنّ درسنا ماهية الرجوع في الهبة ، و خلصنا إلى أنّ الرجوع في الهبة هو : " تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة ، لسبب من الأسباب ، يكون موجبا لزوال آثار عقد الهبة " .

و كما سبق أنّ وضّحنا الفروق الجليّة بين الهبة و الوصية¹ ، حيث خلصنا إلى أنّ الوصية تصرف غير لازم في الحال ، بل موقوف على وفاة الموصي مصرّاً على وصيّته ، على خلاف الهبة التي هي عقد يوجب آثاره

¹ راجع التمييز بين الوصية و الهبة المذكور أعلاه ص.79.

في الحال تحت طائلة البطلان ، و مع ذلك فقد أجاز القانون رجوع الأبوينا استثناء ، و عليه فمن باب أولى جواز رجوع الموصي في وصيته ما دامت موقوفة التنفيذ .

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

هذا و طالما أنّ الوصية لا تشكل إلزاماً على الموصي حال حياته ، اتّجاه الموصى له ، أو أحد آخر سواه، فإنه يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته لأنها تبرّع لم يتم بعد ، و تمامها يكون بموت الموصي مصرّاً عليها ؛
و حيث أنّ الإيجاب المفرد في المعاوضات يجوز الرجوع عنه ، فمن باب أولى في التبرّعات .

1/ تعريف الرجوع في الوصية:

نصّت المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي : " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً ، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها ، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ". من قراءة النص نستشف أنّ المشرّع يريد بكلمة " الرجوع " معنى التقص ، هذا و بناء على ما سبق في بحث الرجوع في الهبة ، ودون الحاجة إلى إعادة ذكر المعاني اللغوية ، فإنّ التعريف الذي نراه مناسباً من خلال التحليل هو الآتي : " الرجوع في الوصية هو تصرف قانوني وحيد الجانب ، يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الوصية في المستقبل ".

2/ خصائص الرجوع في الوصية :

من قراءة التعريف نجد أنّ الرجوع في الوصية هو تصرف يتم بإرادة منفردة ، أثره الرئيس قطع أجل الوصية بنقضها، و عليه نستنتج أنّ خصائص الرجوع في الوصية ثلاثة : أولاً ، أنّه تصرف أحادي الجانب ؛ ثانياً ، أنّه يقطع الأجل المضاف للوصية ؛ ثالثاً ، أنّه ينقض الوصية ؛ نحللها تباعاً فيما يلي :

أ/ الرجوع في الوصية تصرف وحيد الجانب:

إذ يكفي لنقض الوصية ارادة الموصي وحده ، حيث أن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن صفة عدم نفاذ الوصية تؤدي الى هذه النتيجة بشكل تلقائي ، إذ أن ارادة الموصي ما دام الموصي حيا ، هو ايجاب غير ملزم ، و بالتالي فالموصي يستطيع التحلل من ايجابه في كل وقت ، ما دام الأجل قائما .

ب/ الرجوع يقطع الأجل المضاف للوصية :

إذ الوصية موقوفة التنفيذ الى حين وفاة الموصي حيث يسعى الموصي له لتنفيذها في فريضة الموصي المتوفى . أما إن رجع الموصي في ما وصى به ، فإن الموصي له لا يستطيع التمسك بإيجاب الموصي الذي رجع فيه، لأن ايجاب الموصي هو ايجاب غير ملزم .

ج/الرجوع ينقض الوصية :

يجوز للموصي مراجعة ما وصى به ، فيلغي الوصية كلياً ، أو يرجع في جزء منها ، و يبقى الجزء الآخر قائماً ، و هذا هو الرجوع الجزئي ؛ فإن كان الرجوع كلياً ، فإنه لا أثر للوصية كأن لم تكن . أما إن كان الرجوع جزئياً ، وتوفي الموصي مصرّاً على الجزء القائم من الوصية ، فإن الوصية تنتج آثارها في الجزء الذي لم يرجع فيه الموصي .

ثانياً. اجراءات الرجوع :

1/الرجوع الصريح :

عند قراءة نصّ المادة 192 من قانون الأسرة¹ نلمس مفهوم المشرّع للرجوع الصريح ، بأنّه الرجوع الذي يكون بوسائل إثبات الوصية . هذا و وسائل إثبات الوصية حسب ما أفادت المادة 191 ق.أ ، بأن تكون

¹ تنص المادة 192 من قانون الأسرة على ما يلي : "يجوز الرجوع في الوصية صراحة و ضمناً .

فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ."

بتصريح أمام الموثق الذي محرّر سندا بذلك ، و في غير تلك الحالة يثبت بحكم ، كأن يكون الرجوع مكتوبا في ورقة عرفية، يدلي بها صاحب المصلحة إلى القضاء بغية استصدار حكم يثبتها .

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

هذا و يشترط سلامة إرادة الرّاجع في الوصية إذ إن الموصي قد أنشأ الوصية صحيحة تامة الأركان ، ثم يتبين له أن يرجع في وصيته كلّها أو جزء منها لسبب ما . فإن كان الرجوع يتم بعناية موثقة ، فعلى هذا الأخير التحرّي في سلامة الإرادة من الغلط و التّدليس و الإكراه و الإستغلال ، بحيث يتحقق من هوية الموصي الرّاجع و أهليّته ،

و يأخذ بتصريحه بالرجوع ، السليم من عيوب الإرادة ، ليفرغه في محرّر رسمي ، يتمّ تسجيله في مصلحة التّسجيل ، ثمّ يحفظ أصله في الأرشيف عنده، ليرجع إليه أصحاب المصلحة عند الحاجة .

أمّا إن اختار الموصي الرّاجع أن يكتب تصرفه في ورقة عرفية ، فعليه تدعيم هذه الورقة بشهادة شاهدين، يسهل الرجوع إلى شهادتهما فيما بعد ، حيث ينبغي على ذي المصلحة القيام برفع دعوى إثبات الرجوع في الوصية ، و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في فحص ملاسبات القضية ، و الحكم بتثبيت الرجوع عن الوصية، أو الحكم بما يراه مناسبا في كلّ حالة.

2/الرجوع الضمني :

يصحّ الرجوع بكلّ فعل يدلّ عليه ، و تقوم القرينة أو العرف فيه على أنّه أراد بالفعل نقض الوصية ، أو أن يقتضي هذا الفعل من تلقاء تنفيذه نقضها ، كأن يكون الموصي به حلي أذاها الموصي و لبسها ، فهذه قرينة بسيطة على ارادة الرجوع .

هذا و يصحّ الرجوع بكلّ تصرف ينقل ملكية الموصي به ، إذ أن بيع الشيء الموصي به ، أو هبته ، هما فعلاّن من أفعال الرجوع ، بغضّ النظر عمّا إن عاد الشيء الموصي به إلى ذمة الموصي أم لم يعد ، لأنّ العبرة هي بالتصريف ذاته ، إذ أن مجرد اقدم الموصي بنقل ملكية الشيء الموصي به إلى الغير ، هو قرينة قاطعة

على إرادته في الرجوع عن وصيته تلك ، وجب عليه انشاءها من جديد، إن كانت نيته الداخليّة تتّجه إلى الإبقاء على الوصية .

و من التصرفات التي تدل على رجوع الموصي ، أن يوقف الشيء الموصى به ، إذ أنّ الوقف هو تصرف ناقل للملكية ، و على وجه التأييد .

و أمّا عبء الإثبات فهو ليس ثقيلًا ، إذ أنّ الرجوع الضمني هو عبارة عن تصرفات و أعمال ماديّة تجري عليها كل وسائل الإثبات ، و غالبًا ما يخرج الموصي الشيء الموصى به عن ذمته ، فيستحيل تنفيذ الوصية ، و لا حاجة لإثبات ذلك.

هذا و قد وافق هذا النصّ نصّ المادة 18 من قانون الوصية المصري¹ ، و كذا الفقرة الرابعة من المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوريّ.

و قد اتفق فقهاء القانون الاسلاميّ على أنّ الوصية عقد غير لازم² ، و أنّه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عنها كلّها أو بعضها ، سواء وقع الإيضاء منه حال صحته ، أو حال مرضه ، و لأنها تبرّع موقوف ، لا ينجز إلاّ بالموت ، فإنّه يجوز الرجوع عنها قبل نفاذها³.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، نجد أنّ المشرّع قد سكت عن إبداء رأيه في مسألة جحود الموصي لوصيته ، و المراد من الجحود هو كلّ نفي للوصية في الماضي ، و السؤال المطروح هو هل يعتبر الجحود رجوعاً ضمناً أم لا؟

¹ نصّ المادة 18 من قانون الوصية المصري : " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلّها أو بعضها صراحة أو دلالة ، و يعتبر رجوعاً كلّ فعل أو تصرف يدلّ بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، و من الرجوع دلالة كلّ تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به".

² كلّ الوصايا في القانون الإسلامي غير لازمة ، إلاّ الوصية بعقود العبد فهي لازمة ، و لا يجوز الرجوع فيها .

³ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7490 ؛ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية بيروت ، 2002 ، ص.421. ابن قدامة المقدسي ، المغني ، المجلد الثاني ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص.1416 ؛ محمد رؤاس قلعه جي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، الجزء الثاني ، دار النفائس ، الطبعة الثالثة ، 2007 ، ص.1300 ؛ محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص.760 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص.210 .

و أمام سكوت نصوص قانون الأسرة عن المحجود ، فإننا نرجع بموجب المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث نجد أن الفقه الحنفي¹ هو الذي تصدّى لهذه المسألة بالتحليل و التدقيق حيث انقسم الأحناف بين رأيين ، رأي الإمام أبي يوسف و رأي الإمام محمد ، أمّا عن رأي الإمام أبي يوسف ،

الذي يعتبر المحجود رجوعاً ، فحجته هي ما يلي :

1 — حيث أنّ المحجود يدلّ على عدم رضا الموصي بوصيته ، وليس الرجوع إلّا الدافع إليه، و إذا اتحد المقصد فيهما ، فلا بد أن يتحد المعنى ، فيكون المحجود بمثابة الرجوع.

2 — و حيث أنّ المحجود نفي لوجود الوصية في الماضي و الحاضر، فكان في دلالة على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع ، لأنّ الرجوع الصحيح نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط ، فكان أولى أن يكون رجوعاً لأنّه أبلغ في نفي الوجود .

3 — هذا و إنّ الأشباه و النظائر تؤيد هذا المعنى ، فإنكار الموكل للوكالة يعدّ عزلاً للوكيل ، و انكار المتبايعين للبيع يعدّ إقالة ، فكذلك انكار الوصية يعد رجوعاً .

هذا عن الرأي الأول ، أمّا الرأي الثاني و هو رأي الإمام محمد² ، الذي لا يعتبر المحجود رجوعاً ، و حجته ما يلي :

1 — ان حقيقة الرجوع تغاير حقيقة المحجود ، إذ أنّ الرجوع إقرار بوجود الوصية في الماضي ، مع ابطال مفعولها في الحاضر والمستقبل ، أمّا المحجود فنفي لوجودها في الماضي ، و لا يصحّ أن نعتبر حكم الأمرين المتغايرين في حقيقتهم حكماً واحداً .

2 — و أنّ انكار الوصية التي وجدت يعدّ كذباً ، و لا يجوز أن يكون للكذب اعتبار شرعي ، بل الكذب في نظر الشريعة يعدّ لغواً .

¹ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.209 ؛ .

² و قد وافق هذا الرأي الفقيه ابن قدامة المقدسي ، راجع ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1417.

3 — و أنّ الأَشباه و التّظائر تزكّي ذلك ، إذ أنّ انكار الزّواج لا يعدّ طلاقا ، و الاقرار الكاذب لا ينتج أثرا ، لأنّ الكذب دائما لغو .

أمّا التّعليق عن هذه المسألة :

1 — الجحود يعتبر تغييرا للحقيقة و تزويرا لها ، و هو في نظر القانون الجزائي جريمة .

2 — الجحود لا ينتج أثرا ، لأنّه مخالف للتّظام العام ، و لأنّه لا ينبغي لأحد أن يستفيد من مخالفته القوانين و الأنظمة .

3 — استحالة الجحود في حالة الوصية المكتوبة كتابة رسميّة .

أمّا إن رجعنا إلى تحديد الأفعال المعتبرة رجوعا ، نجد أنّ القانون لم ينظّم الأفعال التي تعدّ رجوعا ، و لكن فقهاء الشريعة الاسلاميّة اجتهدوا ، و وضعوا معايير وضوابط ، يتمّ من خلالها الفصل بين ما يعدّ رجوعا ، و ما لا يعدّ ، وفق ما يأتي تفصيله .

فالقاعدة عند فقهاء المالكيّة أنّ التغيير الذي يمس الشّيء الموصى به ، من دون أن يهلكه ، أو يذهب جوهره ، أو يغيّر من حقيقته ، لا يعدّ رجوعا ؛ فتحويل القمح إلى دقيق لا يعدّ استهلاكا ، و بالتالي لا يجوز اعتباره رجوعا ، و خياطة الثياب لا تعدّ استهلاكا كذلك ، و البناء على الأرض لا يعدّ استهلاكا ، و خلط الشّيء الموصى به بغيره من أملاك الموصي ، بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر لا يعدّ استهلاكا ، و بالرجوع إلى القاعدة، فإنّ التصرّفات و الأعمال التي لا تهلك الشّيء الموصى به ، لا يمكن اعتبارها رجوعا¹.

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

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7490 ؛ ابن عبد البر ، الإستدكار ، المجلد 23 ، مكتبة الثقافة الدينية ، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص.37 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.200.

هذا ، و إن المذهب المالكي لا يوسّع من نطاق الرجوع ، فلا يعتبر كلّ شيء دالاً عليه ، لأنّ المنطق عند فقهاء المذهب أنّ الرجوع في العطايا لا يجوز ، إلّا في حالات استثنائية ، بحيث أنّهم لم يجيزوا الرجوع في الوصية إلّا لأنّها بطبيعتها لا تنفّذ إلّا بعد الوفاة ، فهي عقد لازم بموجب الوفاة ، لا قبل حدوثها.

الفرع الثالث

آثار الرجوع في تصرف الوصية

للإحاطة بجميع آثار الرجوع التي قد تترتب ، نبدأ بدراسة آثار الرجوع فيما بين الموصي الرجوع و الموصى له المرجوع ضده أولاً ، ثم نعود فندرس آثار الرجوع بين الموصي الرجوع و الغير ثانياً فيما يلي .

أولاً. آثار الرجوع فيما بين الموصي الرجوع و الموصى له المرجوع ضده :

نفرق بين الرجوع الكليّ و الرجوع الجزئيّ ، إذ يمكن أن يرجع الموصي في جزء من وصيته ، كأن يصاب بالعوز و الحاجة ، فيأخذ جزءاً من الشيء الذي كان قد رصده للوصية ، فيستهلكه ويدع الجزء الآخر ، فيكون هذا الرجوع جزئياً ، أو قد يرجع في وصيته بكاملها ، فيكون رجوعاً كلياً .

إذ أنّه في حالة الرجوع الكليّ ، فإنّ الوصية تعد لاغية في الحاضر و المستقبل ، كأن لم تكن . أمّا في حالة الرجوع الجزئيّ ، فإنّ الوصية تبقى منتجة لآثارها في الجزء الذي لم يمسه الرجوع ، و بالمقابل فإنه لا أثر ينتج عن الوصية في الجزء الذي حلّ فيه الرجوع .

هذا إن كان الشيء الموصى به مفرزاً مقسوماً ، أمّا إن كانت الوصية نسبة مشاعة في كامل التركة ، في هذه الحالة يكون الرجوع عن الوصية بتصريح أمام الموثّق ، يفرغه في ورقة رسمية للإحتجاج بها فيما بعد ، و كلّ تصرف بالبيع أو الهبة أو أيّ تصرف آخر ، لا يعد رجوعاً عن الوصية بالمعنى المحمل ، بل هو رجوع بمقدار الشيء الذي خرج عن ذمّة الموصي .

ثانياً. آثار الرجوع فيما بين الموصي الرجوع و الغير :

تنص المادة 113 من القانون المدني على ما يلي : " لا يترتب العقد التزاما في ذمّة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقًا " .

إنّ الوصيّة تصرّف موقوف التنفيذ ، مضاف إلى أجل وفاة الموصي ، فهو تصرّف لم ينتج أثرا بعد و الموصي على قيد الحياة ، و عليه و بما أنّ الموصي الرّاجع لم ينتج أثرا من خلال وصيّته لا فيما بينه و بين الموصى له ، و لا فيما بينه و بين الغير من باب أولى .

في جميع الأحوال ، فإنّ مجال تطبيق المادة 113 من القانون المدني هي الأولى بالإتباع ، بحيث أنّ نتائج الوصيّة لا تنصرف بأي حال إلى الغير ، إلّا بعد بدء تنفيذها بوفاة الموصي .

المبحث الثاني

الرّجوع في تصرّف الوقف

الوقف تصرّف تبرّعي ، و لما وجدنا أنّ التصرفات التبرعية قد يعتربها الرجوع ، فهل يكون الوقف محلاً للرّجوع ؟

من أجل الإجابة عن هذا السؤال و يجب أن نبحت عن مدى قوّة الوقف الملزمة ، و عليه نبدأ أوّلاً بدراسة تعريف الوقف و خصائصه في المطلب الأوّل ، ثمّ ندرّج إلى دراسة الرّجوع في المطلب الثاني .

المطلب الأوّل

تعريف الوقف و خصائصه

نتعرض لتعريف الوقف في الفرع الأول ، ثم إلى دراسة خصائصه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف الوقف

ندرس تعريف الوقف لغة أولا ، ثم ندرس تعريف الفقه القانوني له ثانيا .

أولا. تعريف الوقف اللغوي :

الوقف هو الحبس و الامساك ، و هو مصدر ثم أطلق و أريد به الإسم المفعول بمعنى الموقوف . و وقف يقف وقفا الدار ، حبسها في سبيل الله ، يقال : " وقفها له وعليه " ¹ و وقف بالمكان : دام قائما ، و وقف الأرض و الدار : حبسهما في سبيل الله ² ، و الوقف سوار من عاج ، و وقف يقف وقوفا : دام قائما ، و وقف الدار : حبسها ³ . و هو الحبس و المنع ، تقول وقفت الدابة أو السيارة ، إذا حبستها و منعتها عن السير ⁴ ، و يكون بمعنى الإطّلاع : إذ يقال وقف على معنى كذا أي اطّلع عليه ⁵

ثانيا. التعريف الإصطلاحي للوقف :

¹ المنجد في اللغة و الأعلام ، ص. 914.

² محمد هادي اللحام و محمد سعيد و زهير علوان ، القاموس ، ص. 854 .

³ الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ص. 860.

⁴ الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 150 .

⁵ الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 150 .

تنصّ المادة 3 من قانون الأوقاف¹ على أنّ: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد ، و التصدّق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البرّ و الخير" ، و تنص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ: "الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدّق".

و من الناحية الشرعيّة يعتمد وجود الوقف في الفقه الاسلامي على عدّة نصوص من بينها قول الله عزّ و جلّ: " لن تنالوا البرّ حتّى تنفقوا ممّا تحبون"²، و قوله سبحانه و تعالى: " يا أيّها الذين آمنوا أنفقوا من طيّبات ما كسبتم ، و ممّا أخرجنا لكم من الأرض"³.

أمّا من السنّة الشريفة نجد قول النبيّ صلّى الله عليه و سلّم: " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له"⁴، و أضيف إلى ذلك حديث ابن عمر⁵: " أنّ عمر ابن الخطّاب أصاب أرضا من أرض خبير ، فقال: يا رسول الله أصبت أرضا بخير، لم أصب مالا قطّ أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال " إن شئت حبّست أصلها وتصدّقت بها " ، فتصدّق بها عمر ، على ألاّ تباع و لا توهب و لا تورّث ، في الفقراء و ذوي القربى ، و الرّقاب ، و الضيّف ، و ابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، و يطعم غير متمول".

و أخيرا قول الصّحابيّ جابر رضي الله عنه⁶: " ما بقي أحد من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه و سلّم ، له مقدرة إلّا وقف".

¹ القانون رقم 10/91 المؤرّخ في 12 شوّال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 ، المعدّل و المتمّم بالقانون 07/01 المؤرّخ في 22 مايو سنة 2001 و المعدّل و المتمّم بالقانون 10/02 المؤرّخ في 15 ديسمبر سنة 2002 .

² سورة آل عمران ، الآية 92.

³ سورة البقرة ، الآية 267.

⁴ مقتبس عن محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربيّ ، القاهرة ، 1972 ، ص. 9 .

⁵ وهبة الزّحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7603.

⁶ محمد أبو زهرة ، المرجع السّابق ، ص. 10 .

بناء على تفسير هذه النصوص ، انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف إلى ثلاثة مذاهب : المذهب الأول هو مذهب أبي حنيفة ، و تلميذه زفر ، حيث عرفا الوقف كما يلي : " حبس العين على ملك الواقف ، و التصدق بالمنفعة على جهة الخير"¹. أمّا المذهب الثاني و هو مذهب الشافعية و الحنابلة و الصحابان و الجمهور من الحنفية² ، عرف الوقف بأنه " حبس مال يمكن الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته من الواقف و غيره ، على وجه التأييد، و صرف مباح موجود ، تقرّبا إلى الله تعالى ، وبالتالي يصير حبيسا على ملك الله تعالى³. غير أنّ المذهب الثالث و هو مذهب المالكية ، عرف الوقف بدوره بأنه " جعل منفعة مملوكة ، لمستحق بصيغة ، مدّة ما" ، و بالنتيجة فإنّ فقهاء المالكية يرون أنّ الوقف يبقى على ملك الواقف ، مع عدم قدرة هذا الأخير على التصرف فيه بأيّ تصرف ناقل للملكية ، علاوة على عدم قدرته على الرجوع فيه⁴.

و عليه فإنّه من خلال استقراء هذه التعاريف ، نلاحظ ما يلي :

الملاحظة الأولى :الوقف في مفهوم المشرّع الجزائريّ ، تبرّع وهذا التبرّع يكون على وجه التأييد⁵ ، أمّا عن الكيفية ، فهي : بأن تحبس العين الموقوفة عن التملك ، أي أنّها لا تنتقل من ذمّة إلى أخرى ، بأيّ سبب من أسباب نقل الملكية ، مع بقاء إمكانية الانتفاع بها لفائدة الفقراء ، أو في أيّ وجه من وجوه البرّ .

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7599.

² وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7601؛ عبد الرزاق بن عمّار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي و التشريع ، دار الهدى ، الجزائر ، طبعة 2010 ، ص. 28.

³ مرجعهم في هذا حديث ابن عمر عن وقف أبيه ، و الذي يدلّ على منع التصرفات الناقلة للملكية ، و بالتالي منع العين الموقوفة عن أن تكون ملكا ، لكنّ الحديث لم يفصل في مسألة أولولة ملكية العين الموقوفة ، هل تبقى على ذمّة الواقف مع حبسها عن الانتقال إلى ذمّة أخرى بأيّ طريق من طرق نقل الملكية ، أم تخرج من ذمّة الواقف و لا تدخل إلى ذمّة أحد ؟

و قد لاحظ الأستاذ وهبة الزحيلي أنّ نصّ الحديث لا يدلّ على خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، بل إنّ ألفاظ النصّ صريحة بدلالته على قطع نقل الملكية للعين الموقوفة ، و غير صريحة في مسألة ملكيتها لمن تعود ؟

⁴ عبد الرزاق بن عمّار بوضياف ، المرجع السابق ، ص. 29.

⁵ عبد الرزاق بن عمّار بوضياف ، المرجع السابق ، ص. 36.

الملاحظة الثانية: الوقف عند أبي حنيفة و زفر تبرّع غير لازم ، بل هو جائز¹ ، له أن يرجع فيه في أيّ وقت يشاء ، هذا و ينتهي مفعول الوقف بموته ، و يورث عنه ، وهو بهذا الشّكل شبيهه بعقد العارية ، مع ملاحظة أنّ هذين الفقيهين يريان أنّ العين الموقوفة لا تخرج من ملك الواقف.

الملاحظة الثالثة : الوقف عند الجمهور: — وهم الشّافعيّة ، و الحنابلة ، و الصّاحبين ، و جمهور الأحناف — لازم تامّ لا يقبل الانفاسخ ، و لا الإقالة ، و لا الرجوع ، بحيث ينقطع الحقّ في التّصرّف فيه من جديد ، و هو بذلك يخرج من ملكيّة الواقف . و قد أضاف الحنابلة شرحا بخصوص ملكيّة العين الموقوفة ، حيث فسّروا النصّ الأصليّ في هذا الخصوص ، بأنّ الملكيّة تخرج من ذمّة الواقف ، و بما أنّ الملك لله جميعا ، فإنّ العين الموقوفة تعود لهذا الأصل ، و بالتّالي فهي تعد في حكم ملك الله عزّ و جلّ².

الملاحظة الرّابعة : الوقف عند المالكيّة لازم ، وله الرجوع إن اشترط لنفسه إمكانية ذلك ، ذلك لأنّ تعريف المالكيّة لم يشترط في الوقف وصف التّأييد.

الملاحظة الخامسة : الوقف عند المالكيّة لا يقطع حقّ الملكيّة في العين الموقوفة ، و إنّما يقطع حقّ التّصرّف فيها، و دليل المالكيّة في بقاء العين الموقوفة على ذمّة الواقف هو قول الرّسول سيّدنا محمّد : " إن شئت حبّست أصلها، و تصدّقت بها " ، و في هذا إشارة للتّصدّق بالغلّة ، مع بقاء ملكيّة الموقوف على ذمّة الواقف³.

¹ لكن يلزم بأحد أمور ثلاثة:

1 . أن يحكم به الحاكم ، بأن يرفع التّأظر خصومة ضدّ الواقف ، الذي يرجع في وقفه بعلّة عدم لزوم الوقف ، فيقضي الواقف باللزوم ، فيلزم.

2 . أن يعلّقه الواقف على موته ، فيلزم بموته كالوصيّة.

3 . أن تكون العين الموقوفة مسجدا ، بشرط أن بفرزها الواقف عن ملكه ، و يأذن بالصّلاة فيها ، فإذا صلّى في العين الموقوفة شخص واحد ، خرجت عن ذمّة الواقف ، و بالتّالي يلزم و لا رجوع فيه عند أبي حنيفة.

² وهبة الزّحيلي ، المرجع السّابق ، ص. 7601.

³ وهبة الزّحيلي ، المرجع السّابق ، ص. 7602.

نستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري قد تبنت رأي الجمهور ، و هو الرأي الذي تبنته أغلبية القوانين و الأنظمة المعاصرة ، بعدما تبنته الأنظمة الاسلاميّة الماضية ، على مدى قرون ، منذ تشريعه أوّل مرّة في حياة النبيّ محمّد ، صلى الله عليه و سلّم . و هكذا فالوقف هو تصرف تبرّعيّ ، الهدف منه هو التقرب لله عزّ و جلّ ، مسقط لحقّ التصرف في رقبة الشّيء الموقوف على وجه التأييد ، مبيح للإنتفاع به وفقا لشروط الواقف ، بحيث يكون المصرف الأخير في منفعة عموم المسلمين .

الفرع الثاني

خصائص الوقف

من خلال تعريف الوقف ، نستشف خصائصه ، و هي أنّه تصرف يتمّ بإرادة منفردة ، له هدف خيري إذ لا عوض فيه ، تتصف آثاره بالأبدية ، يسقط الواقف ملكيّة رقبة الشّيء الموقوف ، ليجعل له كيانا مستقلا بذاته ؛ و عليه ندرس هذه الخصائص تباعا وفق خمس نقاط متتالية .

أوّلا. الوقف تصرف وحيد الجانب :

تنص المادة 4 من قانون الأوقاف في فقرتها الأولى على أنّه : " الوقف عقد إلتزام تبرّع صادر من ارادة منفردة . " من قراءتنا لهذا النصّ ، نصل إلى نتيجة مهمّة ، ألا وهي أنّ القبول ليس داخلا في تكوين التصرف ، إذ الوقف الذي لا يقبله الموقوف عليه ليس وقفا باطلا ، بل صحيحا وينصرف الإنتفاع به إلى الجهة التي تلي الموقوف عليه الذي ردّه ، فإن لم يحدّد مصرف بعده ، يعود للفائدة العامة و يصبح وقفا عاما .

و عليه فإنّ قبول الموقوف عليه ، هو من أجل استحقاقه الإنتفاع بالشّيء الموقوف ، ليس إلّا ، و إنّ إرادة الواقف وحدها تكفي لإنشاء الوقف . هذا و إنّ مصدر هذا الموقف هو المذهب المالكي ، حيث يرى فقهاء

المالكيّة أنّ القبول ليس شرطاً لإنشاء الوقف و لا للزومه ، و ليس شرطاً لاستحقاقه إن لم يكن الموقوف عليه آدمياً معيّناً ، أمّا إذا كان آدمياً معيّناً ، فإنّ القبول شرط الاستحقاق¹ .

ثانياً. الوقف تصرف تبرّعي :

فلسفة الوقف متمحورة على فكرة التبرّع ، إذ أنّ الواقف لا يقدم على الوقف ، إلّا و هو يعلم أنّ تصرفه هذا سيسقط عنه ملكيّة رقبة الشّيء الموقوف إلى الأبد ، و بالتالي فهو ينشئ مؤسسة الوقف لا ينتظر معاوضة من أحد ، بل ينشئها ابتغاء الأجر و الثواب من الله عزّ و جلّ .

و فكرة التبرّع تتجلّى وفق معيارين² ، الأوّل معيار شخصيّ معنوي ، و الثاني معيار موضوعيّ ماديّ . أمّا عن المعيار الشخصيّ ، فهو عبارة عن النية من وراء إبرام هذا التصرف القانوني ، بحيث تكون النية هي تقديم عين من أعيان الواقف يحبس رقبته و يرسل منفعتها بدون السعي إلى مقابل من وراء كل ذلك . و أمّا عن المعيار الموضوعي ، فهو ذلك العمل الذي ينقل قيمة مالية بحيث يخرجها من ملكيته ، و يؤسس لها شخصيّة معنويّة مستقلة .

ثالثاً. الوقف أثره أبديّ :

تنصّ المادّة 213 من قانون الأسرة على أنّ : " الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدّق ." و تنصّ المادّة 3 من قانون الأوقاف على أنّ : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدّق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ و الخير ." كما تنصّ المادّة 28 من قانون الأوقاف على أنّ : " يبطل الوقف إذا كان محدّداً بزمن ."

من قراءة هذه النصوص يتّضح جليّاً ، أنّ الوقف من وجهة نظر المشرّع الجزائريّ مؤبّد ، و لا يكون مؤقتاً بأيّ حال ، و لعلّ هذا الموقف مستقى من اجتهاد جمهور الفقهاء الإسلاميّ .

¹ محمّد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 59.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص. 573.

إذ يشترط فقهاء الشافعية التأييد المطلق من غير تقييد بزمن ، و كذا فقهاء المدرسة الحنبلية و المدرسة الحنفيّة،

و كلّ تقييد بالزمن أو إضافة شرط يتنافى و صفة التأييد هذه ، يعرض التصرف برّمته للبطلان¹.

أمّا عن الدليل فهو حديث عمر رضي الله عنه ، فقد جاءت فيه عبارة " ... حبس الأصل ... " ، و عبارة " ... لا يباع و لا يوهب و لا يورث ... " ، فالعبارة الأولى تدلّ عرفاً على التأييد ، لأنّه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف ، لم يكن محبّساً ، فالتحبيس عندهم ينافي التأييد ، فإرشاد النبيّ — عليه الصلّاة و السّلام — عمر بالتحبيس ، يدلّ على أنّه لا يمكن أن يكون ذلك التبرّع — الوقف — ، إلّا مؤبداً ، باقياً ما بقيت هذه الدّنيا .

يضاف إلى هذا كلّ ، ما تدلّ عليه العبارة الثانية ، " ... لا يباع و لا يوهب و لا يورث ... " ، إذ هي صريحة في التأييد ، إذ لو كان التأييد جائزاً ، لجاز بيع الموقوف ، و هبته ، و إرثه .

هذا كله ، و إنّ كلّ عبارات الواقفين من الصّحابة و التابعين تدلّ على التأييد ، و ليس بها ما يشعر بالتأييد .

و الدليل الثالث : أنّ في الوقف إسقاط للملك ، فهو كالتق ، و كلّ الإسقاطات لا تصحّ إلا مطلقاً ، و الإطلاق يتنافى مع التأييد².

أمّا المالكيّة و بعض الإماميّة هم الذين لا يشترطون التأييد في الوقف ، و لا يعتبرونه جزءاً لا يتجزأ من حقيقته ؛ أمّا عن أدلتهم فإنّهم يرون أنّ الوقف في جملة معناه صدقة ، و الصدقات كما تجوز بإنفاق الغلّات مؤبداً ، تجوز كذلك مؤقتاً³. ذلك أنّ حديث عمر — رضي الله عنه — جاءت فيه عبارات تدلّ على التأييد ،

¹ ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الأول ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 ، ص. 1322 ؛ تقيّ الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص. 20 ؛ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، 2002 ، ص. 388 ؛ محمد بن أحمد المنهاجي ، جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود ، دار اليوسف بيروت ، ب. د. س. ن ، ص. 199 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 70 و 71 .

² أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 74 و 75 .

³ أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 76 و 77 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء العاشر ، دار الفكر دمشق ، 1997 ، ص. 7602.

و مع ذلك فإنه لا شيء يدلّ على عدم جواز المؤقت ، والدليل على ذلك أنّ الحديث قد صدره النبيّ — صلى الله عليه

و سلّم — بقوله: " إن شئت ... " ، و فيه إشارة إلى أنّ المرجع في الوقف يعود إلى إرادة الواقف واختياره¹.

رابعاً. الوقف مسقط لحق الرقبة عن الملكية و التداول :

تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أنّ : "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق". و تنص المادة 5 من قانون الأوقاف على ما أنّ : "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية ، و تسهر الدولة على احترام ارادة الواقف وتنفيذها". و تضيف المادة 17 من قانون الأوقاف بأنّه : " إذا صحّ الوقف زال حقّ ملكية الواقف ، و يؤول حقّ الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه". كما أنّ المادة 18 من قانون الأوقاف تبين صراحة أنّ في الوقف : "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه ، و عليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين ، و حقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملكية". و كما أنّ المادة 23 من ذات القانون تأكيداً لذلك تنص على أنه : " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأيّ صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها".

من قراءة هذه النصوص نلاحظ أنّ عبارة " حبس المال عن التملك لأي شخص " في نص المادة 213 من قانون الأسرة ، يستفاد منها أنّ العين الموقوفة تخرج عن كونها محلّ تملك لأيّ شخص . و تؤكد هذا المنطق ، المادة 5 من قانون الأوقاف ، إذ تنص على ما يلي : "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ...". و كذا المادة 17 تقرّر تجرّد الواقف عن ملكية العين الموقوفة ، إذ ورد نصّها كما يلي : " إذا

صحّ الوقف زال حقّ ملكيّة الواقف ... " ، و تضيف المادة 18 من ذات القانون ، أنّ خروج العين الموقوفة من ذمّة الواقف ، لا يجعلها تدخل إلى ذمّة الموقوف عليه ، إذ نصّها الآتي : " ... و حقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملكيّة . "

و عليه ، فإنّ المشرّع الجزائري يخرج كلّ وقف عن ذمّة منشئيه ، ثمّ لا يضيفه إلى ملكيّة المستفيد من الوقف ، و نتيجة لذلك فإنّ الوقف لا يمكن أن يكون محلّ نقل من ذمّة إلى أخرى ، لا عن طريق البيع ، و لا الهبة ، و لا أي طريق آخر ناقل للملكيّة.

من هنا نفترض أنّ موقف المشرّع الجزائري يجد مرجعيّته في القانون الإسلامي ، تحديدا من فهم فقهاء الشافعيّة والظاهرية¹ ، إذ يرون بخروج الوقف عن ملك الواقف ، إلى غير مالك من العباد ، بل تكون الملكيّة على حكم ملك الله تعالى ، و حجّتهم في هذا الرأى ، هو حديث عمر : " ... تصدّق بأصله ، لا يباع ، و لا يوهب ، و لا يورث ... " ، و التصدّق بالشيء يفترض خروج ذات الشيء من ذمّة المتصدّق ، و التّحبيس يقتضي عدم انتقال الملكيّة ، لا بالبيع و لا بالهبة و لا عن طريق الميراث ، وهذا فهم عمر المستنبط و المرويّ مع نصّ الحديث أصل تشريع الوقف ، و عليه تخرج الرّقة من ذمّة الواقف ، إلى غير مالك حسب اجتهادهم.

أمّا عن رأى فقهاء المالكيّة² ، و يساندهم فيه بعض فقهاء الشّيعيّة الإماميّة ، بأنّ الملكيّة تبقى على ذمّة الواقف ، لكنّها ملكيّة مقيّدة ، فليس للواقف بيعها و لا التّصرّف في رقبته ؛ دليلهم حديث عمر : " ... حبّس الأصل و سبّل الثّمرة ... " ، فإنّ تفسيرهم لعبارة حبّس الأصل ، لا يقتضي إخراج ملكيّة العين الموقوفة من ذمّة الواقف ، بل تبقى و لا تنتقل إلى ذمّة أخرى ما دام الوقف ساريا ، و عليه فإنّ تصرّف الوقف يطال الإنتفاع دون الرّقة ، مع احترام إرادة الواقف في ترتيب طبقات المنتفعين ، و مدّة هذا الإنتفاع ، إذ أنّ الوقف عند المالكيّة لا يكون بالضرورة مؤبّدا ، بل يكون مؤقّتا كذلك.

¹ محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص. 103 ؛ محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، 2006 ، ص. 20 ؛ عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص. 37 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7604.

² محمد بن أحمد بن جزي ، المرجع السابق ، ص. 388 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 99.

هذا و يتوسّط هذين الرأيين رأي ثالث يتبناه فقهاء المدرسة الحنبليّة¹ و البعض من فقهاء الإماميّة ، مفاده أن تخرج العين الموقوفة عن ذمّة الواقف ، و تنتقل إلى ذمّة الموقوف عليه ، و لكنّها ملكيّة مقيدة ، لا يمكن نقلها بالبيع و الهبة ، بل سلطات الموقوف عليه محصورة في الإنتفاع فقط .

و يستخلص من هذه الآراء بخصوص ملكيّة الوقف مايلي :

1. تخرج الذات عن ملكيّة الواقف إلى غير مالك.

2. تبقى الذات على ملكيّة الواقف.

3. تخرج الذات عن ملكيّة الواقف إلى ذمّة الموقوف عليه.

و نتيجة لذلك فإنّه و مهما كان إسناد ملكيّة رقبة الذات الموقوفة ، فإنّ الحكم المتفق عليه هو أنّ ملكيّة الرقبة لا يمكن تداولها بأيّ شكل من أشكال التداول .

خامسا. الوقف له شخصيّة معنويّة مستقلة :

تنص المادة الخامسة من قانون الوقف على أنّ : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتّع بالشخصيّة المعنويّة ، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها ". من هذا النص ، يتّضح جليّا أنّ المشرّع الجزائري يعترف بالشخصيّة المعنويّة للوقف ، فالوقف من وجهة نظره مؤسّسة مستقلة ينشؤها الواقف بإرادته ، هذه الأخيرة التي يسهر القانون على احترامها من خلال تنفيذ شروط الواقف ، التي وضعها عند الإنشاء أوّل مرّة .

و لعلّ مرجعيّة اعتبار الوقف مؤسّسة خاصّة ، يعود إلى اجتهاد المدرسة المالكيّة في تفسير نصوص الشريعة الإسلاميّة ، إذ أنّ فقهاء المالكيّة يوجبون الزكاة على الواقف² ، و في هذا تأكيد لمعنى الذمّة الماليّة المستقلة للوقف ، و أكثر منه فإنّهم جعلوا لناظر الوقف أن يبيع محصول أراضي الوقف ، و أن يشتري لها ما

¹ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1313 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.103.

²عبد الرزاق بن عمّار بن ضيف ، المرجع السابق ، ص. 45.

تحتاج من آلات ، و تكون هذه المشتريات ملكا للوقف لا للمستحقين ،على خلاف جمهور الفقهاء الذين لا يقرّون الذمة الماليّة للوقف .

المطلب الثاني

أحكام الرجوع في الوقف

لمعالجة أحكام الرجوع في تصرّف الوقف ، يجب علينا التذكير بتعريفات الرجوع ، لكن قبل ذلك نبحث في مسألة شبيهة حتّى نزيل الإشتباه ، ألا وهي حالات ابطال الوقف .

و عليه يكون الفرع الأول في إبطال الوقف ، ثم يليه الفرع الثاني في ماهية الرجوع في الوقف .

الفرع الأوّل

ابطال الوقف

تسري قواعد البطلان العامّة على تصرّف الوقف ، فيكون باطلا بطلانا مطلقا عند انعدام أحد أركانه، و يكون باطلا بطلانا نسبيا ، إن توفّرت شروط القابليّة للإبطال و تمسك بها من تقرّرت لمصلحته .

و نلفت عنايتكم أنّ هنالك سبب آخر للبطلان حصري بتصرف الوقف ، ألا و هو بطلان الوقف لمخالفة إرادة الواقف .

من أجل الدخول في التفاصيل نعالج أولاً ابطال الوقف لاختلال التصرف ، ثم نبحت إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف ثانيا .

أولاً. ابطال الوقف لاختلال التصرف :

يكون ابطال الوقف عادة لاختلال شرط من شروطه الموضوعية ، أو شرط من الشروط الشكلية .

أ/ ابطال الوقف لاختلال الشروط الموضوعية :

تنص المادة 10 من قانون 91.10 المتعلق بالأوقاف على أنه : " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

1. أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا .

2. أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله ، غير محجور عليه لسفه أو دين " . و تنص المادة 11 من القانون ذاته على أنه : " يكون محل الوقف عقارا أو منقولاً أو منفعة .

و يجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا .

و يصح وقف المشاع ، و في هذه الحالة تتعين القسمة " . و تنص المادة 13 من القانون ذاته على ما يلي :

الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " .

من قراءة هذه المواد نستشف أن الواقف يقوم بالوقف و هو أهل للتصرفات القانونية ، مالكا للشيء المراد وقفه ، و يكون الشيء الموقوف عقارا أو منقولاً أو منفعة . كما يجب أن يكون الشيء الموقوف معلوما محددًا مشروعًا ، فإن كان مشاعًا يجوز وقفه ، وينبغي القيام بإجراءات القسمة .

من هنا نلاحظ أن القانون لم يذكر الشروط الموضوعية بالتفصيل المطلوب ، و لكن و بما أن القانون يحيلنا عادة إلى الشريعة الإسلامية، فإن الرجوع إلى فقه المعاملات ، لن يبعثنا كثيرا من أحكام النظرية العامة للعقد .

مع تحفظ بسيط على نص المادة 11 من قانون 91/10 ، التي تقضي بأن محل الوقف كما يكون عقارا أو منقولا ، يمكن أن يكون منفعة .

أن يكون الشيء الموقوف عقارا ، معقول لأن الحديث الذي شرع الوقف عبارته تقول : " حبس الأصل و سبب الثمرة " ، بمعنى حبس ربة الشيء فلا يتداولها أحد ، و لا تبقى في ذمة أحد ، و سبب الثمرة ، هي عبارة تدل على أن الواقف يتصدق بالثمره ، و المراد بالثمره هو المفهوم الموسع للكلمة ، أي الإنتفاع بالشيء .

و كذلك الأمر يكون إن كان الشيء الموقوف منقولا ، إذ يجبس الواقف ذات المنقول ، مع ترك الإنتفاع بها إلى الموقوف عليه .

لكن في حالة أن يكون الشيء الموقوف منفعة ، فإن تطبيق مفهوم التحبس و التصدق غير ممكن من الناحية المنطقية و العملية ، إذ المنفعة هي الشق الثاني من الملكية ، فكما هو معلوم أن ملكية الشيء يتفرع عنه حقان ، هما حق الرقة ، و حق الإنتفاع . فإن الواقف عندما يقدم على وقف شيء ما ، فإنه يجبس رقبته عن كل أشكال التملك و التداول ، و يتصدق بالمنفعة ، و العلة من وراء الوقف هو أن تظل صدقة الوقف جارية لا تنقطع أبدا .

فكيف يمكن توقيف و تحبس المنفعة بالشيء دون رقبته ، إذ أن الإنتفاع بالشيء هو سلطة استعمال الشيء و استغلاله .

إذن فإن وقف حق الإنتفاع بالشيء ، غير ممكن من الناحية المنطقية ، بل و أكثر من ذلك فإننا بوقف المنافع نخرج من فلسفة الوقف و روحه ، إذ أن الإنتفاع بالشيء هو حق أقصى مدة له هو حياة المنتفع ، ليلتحق بحق الرقة بعد موت المنتفع ؛ مما يجعل صفة الأبدية في الوقف أمرا محل نظر ، و يصبح أمام حالة من حالات الإستعارة .

قد يقول قائل أنّ المشرع الجزائري قد تعمدّ جعل المنفعة مما يمكن وقفه¹ ، على أساس مذهب الإمام أبي حنيفة — رحمه الله — ، وهذا رأي يجانب الصواب ، إذ كيف يعقل أن يأخذ المشرع بمبدأ أبدية الوقف صراحة ، ثم يستثني منه المنافع ضمنا ؟ و بلا نص !

هذا ، و إنّ المشرع الجزائري حينما عدل القانون 10/91 بموجب القانون 10/02 ، وضع قيودا على الشخص الموقوف عليه ، حيث لا يمكن الوقف على الأشخاص الطبيعيين ، و ذلك حسب ما تقضي به المادة 13 من قانون الوقف المعدلة ، هذا إضافة إلى أنّ الواقف لا يمكنه الاستفادة من ريع الوقف ، حسب ما تقضي به المادة 6 مكرّر .

ب/ ابطال الوقف لاختلال الشروط الشكلية :

تنصّ المادة 41 من قانون الوقف على أنّه : " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسّجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف " .

من هذه المادة نستشفّ أوّلا أنّها قاعدة أمرية ، إذ تبتدئ بعبارة " يجب " ، ثانيا إلام الواقف بتسجيل سند الوقف لدى المصالح المكلفة بالسّجل العقاري ، هذه الأخيرة الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

نأتي إلى تحديد المصالح المكلفة بالسّجل العقاري ، المقصود منها هي المحافظة العقارية الدّاخل في اختصاصها الإقليمي العقار محل الوقف ، و التّسجيل في هذه الحالة هو الشّهر .

و الجدير بالملاحظة أنّ هذه المادة أغفلت المنقول ، و عليه نرجع إلى الحكم العام الوارد في المادة 217 من قانون الأسرة و المتعلقة بمسألة الإثبات ، و من ثمّ فإنّ وقف المنقول لا يستلزم أي شرط شكلي فيما عدا الصّيغة .

ثانيا. ابطال الوقف لمخالفة ارادة الواقف :

¹ شيخ نسيم ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة ، 2012 ، ص.306

يبطل الوقف بخرق قانونه الأساسي الذي يثبت اشتراطات الواقف ، و عليه نقسم الدراسة في هذا المطلب فرعين ، ندرس في الفرع الأول اشتراطات الواقف ، و في الفرع الثاني ندرس اشتراط الرجوع عن الوقف .

أ/اشتراطات الواقف :

من دراسة النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن¹ نستشف أنّ اشتراطات الواقف هي كلّ ما يمليه الواقف في سند الوقف ، و هو تعبير عن إرادة الواقف ، في سبب الوقف ، و في الكيفيّة التي ينشأ بها ، و في المستفيدين من مؤسّسة الوقف التي أنشأها ، فإن اشترط الواقف كميّات معيّنة ، فإنّه يجب الوفاء بها و إلّا بطل الوقف .

هذا و إنّ شروط الواقف لا يمكن حصرها ، إلّا أنّه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول شروط باطلة ، و القسم الثاني شروط فاسدة ، و القسم الثالث شروط صحيحة . أمّا عن النوع الأول ، فهي

¹ تنص المادة 218 من قانون الأسرة على ما يلي : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا ، و إلّا بطل الشرط و بقي الوقف . "

و تنص المادة 14 من قانون 10/91 المتعلّق بالوقف على ما يلي : " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظّم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها " .

و تنص المادة 15 التي تليها من ذات القانون على ما يلي : " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشرّوط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " .

و تنص المادة 16 من القانون ذاته : " يجوز للقاضي أن يلغي أيّ شرط من الشرّوط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، أو ضارا بمحلّ الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " .

تنص المادة 27 من قانون الوقف على ما يلي : " كلّ وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل ، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه " .

و تنص المادة 28 من القانون ذاته على ما يلي : " يبطل الوقف إذا كان محدّدا بزمن " .

المادة 29 من قانون الوقف : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلّقا على شرط يتعارض مع التّصوص الشرعيّة ، فإذا وقع بطل الشرط و صحّ الوقف " .

الشروط التي تتعارض مع فلسفة الوقف ومقتضياته ، و تتنافى مع حكمه الذي هو اللزوم ، فيترتب عنه بطلان الوقف مع الشرط¹ . و من تلك الشروط ما ينافي التأييد² ، فتلك إذن شروط باطلة . و أمّا عن القسم الثاني ، فهي الشروط التي لا تؤثر في سند الوقف ، و لا تتنافى مع مقاصده و روحه ومعناه ، و لكنها مع ذلك تخلّ بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه ، أو يكون هذا الشرط فيه مخالفة شرعية ، فإنّ هذا النوع من الشروط حكمه البطلان مع بقاء الوقف قائماً . و أمّا عن شروط القسم الثالث ، فهي الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات الوقف و لا مع روحه و معناه ، هذا و تتطابق مع أحكام القوانين والأنظمة ، و لا تعطل الإنتفاع بالوقف ، و لا بمصالح الموقوف عليهم ، فهي شروط يجب تنفيذها³ ، و إلاّ كان الوقف باطلاً .

ب/ اشتراط الرجوع عن الوقف :

تنص المادة 218 من قانون الأسرة على أنّه : " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا ، و إلاّ بطل الشرط و بقي الوقف " . و تنص المادة 28 من قانون الأوقاف على ما يلي : " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن " .

من تحليل ما سبق ، نستطيع القول بأنّ اشتراط الواقف الرجوع يدخل ضمن الشروط الباطلة ، إذ أنّ اشتراط الرجوع يخلّ بمقتضى الوقف ، ألا و هو اللزوم ، و يخلّ بمبدأ التأييد ، فإن وضع هذا الشرط فإنّ الوقف باطل و كذا الشرط .

الفرع الثاني

¹ ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1315.

² ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص. 1325 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7629.

³ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص.389 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7630.

ماهية الرجوع في تصرف الوقف

لمعرفة مدى امكانية الرجوع في تصرف الوقف ، نبدأ بفحص نصوص التشريع الجزائري في مسألتين هامتين هما : لزوم الوقف ، و تأييد الوقف ، لنصل في النهاية إلى تحليل تصور المشرع الجزائري للرجوع في الوقف.

أولاً. تحليل موقف المشرع الجزائري من مبدئي اللزوم و التأييد :

نبدأ بتحليل تصور الرجوع في تصرف الوقف وفقاً لنصوص القانون الجزائري ، بحيث ندرس تمهيداً لذلك أمرين لا بد من دراستهما هما مبدئي لزوم الوقف ، و تأييد الوقف، نحللها تباعاً .

أ/مبدأ لزوم الوقف :

تنص المادة 16 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي : " يجوز للقاضي أن يلغي أيّ شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى العقد الذي هو اللزوم أو ضاراً بمحلّ الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه " .

و الواقع عند بحثنا عن ماهية اللزوم في الوقف ، وجدنا أصله في مدارس الفقه الإسلامي ، بحيث أنّ الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة . فعند المالكية الوقف يلزم¹ ، و لا يتوقف على حكم الحاكم ، حتى قبل القبض ، و حتى لو قال الواقف : " و لي الخيار " ، فإنّ الرجوع غير ممكن ، حاله حال الإعارة اللازمة ، إلاّ إذا اشترط لنفسه الرجوع . و أمّا محمد بن الحسن و الشافعية و الحنابلة فإنّهم يرون أنّ الوقف لا يفسخ و لا يستقال عنه ، و يخرج عن تصرف الواقف ، و لا يملك الرجوع عنه ، و يزول ملكه عن العين الموقوفة² . غير أنّ القاضي أبا يوسف يرى أنّ الوقف مسقط للملكية ، فتمامه بمجرد التلفظ ، كما هو الحال في باقي التصرفات

¹ محمد بن أحمد بن حزي الغرناطي ، المرجع السابق ، ص. 386 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7602.

² ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1313 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.59 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7601.

المسقطه ، من قبيل العتق و كذا الطلاق ؛ و هذا هو مذهب الأغلبية من الأحناف¹ . في حين أن الأصل العام عند الإمام أبي حنيفة أن عقد الوقف جائز ، و بمفهوم المخالفة فهو غير لازم ، و بالتالي يجوز الرجوع عنه ، و هو بمثلة الإعارة غير اللازمة، فللواقف أن يرجع في وقفه متى شاء ، و يبطل بموته ، و يورث عنه² .

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

ب/مبدأ تأييد الوقف :

تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه

التأييد

و التصدق " . و تنص المادة 3 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أن : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ و الخير " . كما تنص المادة 28 من قانون 10/91 على ما يلي : " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن " .

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

و للمزيد من التحليل ، نرجع إلى فكرة تأييد الوقف ، حيث أصولها في القانون الإسلامي ، و لكن مع هذه التفرقة بين الآراء :

بحيث نجد الفقه المؤيد لفكرة التأييد و هم المالكية و بعض الإمامية حيث لا يفتون بوجوب التأييد ، بل يجيزون الوقف مؤقتا ، كما يجيزونه مؤبدا ، مستدلّين على رأيهم بأن مغزى الوقف هو الصدقة ، والصدقات كما تجوز بإنفاق الغلات مؤبدا ، تجوز مؤقتا¹ .

¹ ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1312 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.63 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7604.

² ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1312 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7599.

أمّا الفقه المؤيّد لفكرة التأييد و هم جمهور الفقهاء ، يفتي بالتأييد الشّافعية و الحنابلة و الظاهرية و أغلب الحنفية على رأسهم الإمام محمد بن الحسن ، و القاضي أبو يوسف ، بحيث يعتبرون التأييد داخلا في مقتضاه ، مستدلّين بعبارات حديث عمر ، منها عبارة " حبّس الأصل " ، و عبارة " لا يباع و لا يوهب و لا يورث " ؛ بحيث أنّ عبارة " حبّس الأصل " تدلّ عرفا على تأييده ، لأنّه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف لم يكن محبّسا ، فالتحبيس ينافي التّأقيت . أمّا عبارة لا يباع و لا يوهب و لا يورث فهي صريحة في التأييد . و عبارة " حبّس ما دامت السّماوات و الأرض " صريحة في التأييد هي الأخرى ، و على الرّغم من أنّها من كلمات عمر — رضي الله عنه — ، إلّا أنّها ذات اعتبار ذلك لأنّها من فهمه ، إضافة إلى أنّ إقرار النبي له ، دليل على صحّة فهمه بأنّ التأييد جزء من مفهوم الوقف لا ينفصل عنه² .

إضافة لكل هذا فإنّ عبارات الواقفين من الصّحابة و التابعين تدلّ على التأييد³ .

ثانيا. تحليل تصوّر الرجوع في الوقف :

قبل أن نكتشف تصوّر المشرّع الجزائري لمسألة الرجوع في الوقف ، نتوقّف قليلا لنعيد تعريف الرجوع عموما ، ثم نحاول اسقاطه على الوقف وفق النصوص.

أ/تعريف الرجوع :

سبق و عرفنا الرجوع في الهبة بأنّه تصرف قانوني وحيد الجانب يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الهبة في الحال و الإستقبال ، وكذا عرفنا الرجوع في الوصية بأنّه تصرف قانوني وحيد الجانب يكون موجبا لإيقاف تنفيذ آثار الوصية في المستقبل.

¹ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي ، المرجع السابق ، ص.388 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.7617 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.73 .

² محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.70-72 ؛ ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.1313 .

³ قول عمر بن الخطّاب رضي الله عنه : " إني حبّست أصلها ، و جعلت ثمرتها صدقة ، لذي القربى ، و اليتامى ، و المساكين ، و ابن السبيل ، و المقيم عليها ، أن يأكل و يؤكل صديقا ، لا جناح ، و لا يباع ، و لا يوهب ، و لا يورث ، ما قامت السماوات و الأرض ، جعل ذلك إلى ابنته حفصة ، فإن ماتت فيلّى ذي الرّأس من أهلها " هذا النصّ مقتبس من عند سعد المرصفي ، أحاديث الوقف الإسلامي ، دار اليقين المنصورة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص.177 ؛ هذا مثال عن أوقاف الصحابة و غيره الكثير .

هذا وإن الرجوع هي حالة لا تعتري كل التصرفات القانونية ، إن توافرت شروط تحقيقها ، كما هو الأمر في البطلان و الفسخ ؛ بل الرجوع مفهوم خاص لا يجوز أن يتعدى عقودا و تصرفات يعينها القانون بشكل محصور و دقيق .

هذا و قد فرقنا سابقا بين الرجوع و الفسخ ، و بين الرجوع و الإلغاء ، و وضعنا أيدينا على الطبيعة القانونية للرجوع ، إذ توصلنا بأنه مكنة وضعها المشرع لتقرير و حماية مصلحة جديرة بالحماية ، و يكون ذلك في حدود ضيقة ، احتراما لاستقرار المراكز القانونية .

ب/مدى امكانية الرجوع في الوقف :

أتت المادة 15 من قانون 10/91 بمصطلح التراجع حيث نصها كما يلي : " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

من قراءة هذه المادة لا يمكن أن نسقطها على الرجوع في تصرف الوقف ، و لكن الرجوع يكون في بعض الشروط التي وضعها الواقف نفسه ، مع الأخذ بعين الإعتبار المادة 28 من قانون 10/91 التي تنص على أن الوقف يبطل إذا كان محددا بزمن . وعليه فإن المقصود من مصطلح " التراجع " الوارد ذكره في هذه المادة ليس هو الرجوع محلّ بحثنا هذا ، و إنما المقصود منه هو تعديل الواقف للوقف ، و يكون ذلك بإزالة بعض الشروط التي كان قد اشترطها سابقا ، مع اعتبار التحفظات الواردة في القانون 10/02 المعدل و المتمم للقانون 10/91 .

هذا ، و مع أن المشرع الجزائري لم يصرّح بجواز الرجوع من عدمه ، فإنه بناء على المادة 222 من قانون الأسرة و كذا المادة 2 من قانون 10/91 اللتان تحيلنا إلى أحكام القانون الإسلامي ، يمكننا أن نستشف موقفه، مع الإسترشاد برؤيته للوقف من خلال النصوص الصريحة الواردة في قانون الأسرة أو القانون 10/91 المعدل

و المتمم بالقانون 10/02 .

و بالرجوع إلى موقف القانون الإسلامي من الرجوع في الوقف ، نجد آراء الفقهاء تباينت فمنهم من يجيز الرجوع ،

و منهم من يروونه متناقضا مع فلسفة الوقف و فحواه كما يلي بيانه :

فالمالكيّة لا يشترطون التأييد في الوقف ، بل يجيزون الوقف مؤقتا ، كما يجيزونه مؤبدا ، و يجيزون الوقف بشرط البيع عند الإحتياج ، كما يجيزه بشرط العودة للواقف أو لوارثه بعد موت الموقوف ، و عليه و من تحليل وجهة نظرهم هذه ، نستنتج أنّهم يجيزون الرجوع في الوقف¹. كما أنّ فقهاء الشيعة الإمامية هم الآخرين لا يشترطون التأييد في الوقف ، و لا يروونه من مقتضياته ، و عليه أستنتج أنّ الرجوع في الوقف وفق منطقهم جائز². و كما أنّ الإمام أباحيفة يرى أنّ أثر الوقف هو التبرّع بالربيع ، و هو غير لازم ، و تظلّ العين الموقوفة على ملك الواقف ، فيجوز له التصرف بها كما يشاء ، و بهذا نعتبر أنّ الإمام يجيز الرجوع عن الوقف³.

هذا عن المدارس الفقهية التي تجيز فكرة الرجوع ، على خلاف أغلبية فقهاء المدرسة الحنفيّة الذين يرون أنّه إذا تمّ الوقف خرج عن ملكيّة الواقف ، و صار حبيسا على ملك الله تعالى ، و لم يدخل في ملك الموقوف عليه ، بدليل انتقاله عنه بشرط الواقف إلى مستفيد آخر ؛ و عليه لم يجز بيعه و لا تملكه ، و بالتالي فهم لا يجيزون الرجوع في الوقف⁴. و يؤيدهم في هذا الرأي فقهاء المدرسة الشافعيّة إذ يرون أنّ ملك الرقبة ينتقل إلى الله تعالى ، بحيث ينفكّ عن اختصاص الآدميين ، فليس في ذمّة الواقف ، و لا في ذمّة الموقوف عليه ؛ أمّا المنافع فتترتب للموقوف عليه حسب الشروط التي يضعها الواقف . و نتيجة له فهم كجمهور الحنفيّة لا يجيزون الرجوع⁵. و كذلك هو رأي فقهاء المدرسة الحنبلية في الصّحيح من مذهبهم ، أنّه يزول ملك الواقف ، لأنّ الوقف من اسقاطات الملك كالعق ، و بالتالي يزول حق التصرف في الرقبة ، و هذا وفقا لخبر " حبس الأصل و سبّل الثمرة " ، فالمراد حسب فهمهم أنّ يكون الموقوف محبوسا لا يباع ، و لا يوهب ، و لا يورث

¹ محمدأبو زهرة ، المرجع السابق ، ص. 72 ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7617

² محمدأبو زهرة المرجع السابق ، ص. 72

³ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7616

⁴ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7617.

⁵ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7617.

¹ ، هذا إضافة إلى أنّهم يشترطون التأييد المطلق ، فقد جاء في المغني : " وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه ، أو يرجع فيه لم يصحّ الشرط و لا الوقف . لا نعلم فيه خلافا ؛ لأنّه ينافي مقتضى الوقف " ² . هذا و يؤيّدهم في منع الرجوع فقهاء المدرسة الظاهرية إذ يرون لزوم التأييد كأكثر الفقهاء ، و لقد جاء في المحلى لابن حزم ³ : " من حبس و شرط أن يباع إن احتيج إليه، صحّ الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى ، و بطل الشرط لأنّه شرط ليس في كتاب الله تعالى ، و هما فعلاّن متغايران إلّا أن يقول لا أحبس هذا الحبس إلّا بشرط أن يباع ، فهذا لم يحبس شيئا ، لأنّه حبس لم ينعقد إلّا على شرط باطل فلم ينعقد " .

من كلّ ما سبق يتضح أنّ الرجوع ينافي صفتي الوقف ، إذ أنّ الوقف لازم و مؤبّد ، فكيف يمكن

الرجوع فيه؟

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص. 7617.

² ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص. 1315.

³ ورد ذكره عند محمد أبي زهرة ، المرجع السابق ، ص. 72.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة يمكن أن نضع أيدينا على عدّة نتائج أبرزها أنّ الهبة تصرف ناقل للملكية ، حال الحياة ، بغير عوض ، أيّا كانت التسمية : عطية ، هدية ، صدقة ، أمّا ما يعطى للعامل كجزء من أجره ، كمنحة أو مكافأة ، و ذلك فحماية الخدمة ، لا يمكن اعتباره هبة . هذا و إنّ قانون الأسرة الجزائري اقتبس أحكام الهبة من اجتهاد جمهور الفقهاء عموماً . أمّا عن الهبة في تصور المشرع الجزائري فهي عقد عينيّ ، شكليّ . هذا و إنّ هبة حقّ الرقبة جائز وفق قانون الأسرة ، و كذا هبة حقّ الانتفاع .

أمّا الرجوع فهو تصرف وحيد الجانب ، و هو حقّ لصيق بشخصية الواهب ، و لا يمكن أن ينتقل إلى غيره بالميراث ، كما أنّه من النظام العام ، و هو ليس بفسخ ، و ليس بإلغاء .

و الرجوع المعترف في نظر القانون الجزائري هو رجوع الأبوين في الهبة ، و هو مكنة استثنائية ، بحيث لا يجوز التوسّع في تفسيره ، و لا القياس عليه ، و هو غير محدد بمهلة ، و يكون بغضّ النظر عن سنّ الأبناء المعتصر منهم .

أمّا عن حالات التنافي عن الرجوع فإننا نجدّه ينتفي في هبات المنفعة العامة ، و ينتفي عندما يكون سبب الهبة هو زواج الموهوب له ، و ينتفي كذلك عندما يكون سبب الهبة هو ضمان قرض اقترضه الموهوب

له ، كما ينتفي الاعتصار عندما يتصرّف الموهوب له في محل الهبة بتصرّف ناقل للملكية ، و ينتفي عند هلاك محلّ الهبة و عندما يغيّر الموهوب له طبيعة الشيء الموهوب. أما التحسينات التي لا تغيّر طبيعة محلّ الشيء الموهوب ، لا تمنع الاعتصار.

هذا و يتمّ الإعتصار بموجب عقد رسميّ ، بحيث هو تصرّف قانوني وحيد الجانب يكون موجبا لزوال آثار عقد الهبة ، و مع ذلك كلّه فإنّ حق الرجوع في الهبة حقّ ضعيف و يشكّل استثناء على مبدأ القوّة الملزمة للعقد، و عليه فليس لحقّ الرجوع أثر رجعي في مواجهة الغير حسن النية .

أما عن الوصية فهي تصرّف تبرّعي ناقل للملكية ، ينتج آثاره عند وفاة الموصي مصرا على وصيته ، و قد خالصنا أنّ قانون الأسرة الجزائري اقتبس أحكام الوصية من فقه جمهور فقهاء القانون الإسلامي . و الرجوع عن الوصايا ممكن في الوصايا مادام الموصي على قيد الحياة ، و يكون الرجوع في الوصايا بالشكل الذي نشأت به الوصية و يسمّى في هذه الحالة رجوعا صريحا ، كما يكون رجوعا ضمّنيا إن مارس الموصي إحدى السلطات التي يخولها له حق الملكية ، كأن يستعمل الشيء الموصى به أو يستغله حتى يستهلك ؛ أو يقوم بنقل ملكية الشيء الموصى به إلى الغير ، سواء شمل نقل ملكية الذات لوحدها، أو ضمّ معها المنفعة. هذا و إنّ حقّ الرجوع بالوصية هو حقّ مطلق ، و هو تصرّف وحيد الجانب يكون موجبا لزوال آثار الوصية في المستقبل .

أما عن الوقف فهو تصرّف مسقط للملكية ، بحيث أنّ الواقف يخرج رقبة الشيء الموقوف إلى غير مالك. و هو يكتسب الشخصية المعنوية ، من يوم إنشائه ، و له ذمّة مالية مستقلة ، و يعيّن له ناظر يسيّره و يديره ،

و الملاحظ أنّ الوقف في التشريع الجزائري مستوحى من اجتهاد جمهور فقهاء القانون الإسلامي .

و بما أنّ الوقف هو تصرّف تبرّعيّ الهدف منه هو التقرب لله - عزّ و جلّ - ، فهو مسقط لحق التصرّف في رقبة الشيء الموقوف ، على وجه التأييد ، مبيح للإنتفاع به وفقا لشروط الواقف ، بحيث يكون المصرف الأخير في منفعة عموم المسلمين .

هذا و إنّ الوقف يبطل إن اعترته أسباب البطلان من اختلال في الشّروط الموضوعيّة أو الشّكلية للتّصرف، كما يبطل لمخالفة شرط من شروط الواقف المشروعة ، و لما كان الوقف تصرّفًا لازمًا يرتب كل آثاره فورًا من يوم تأسيسه ، بحيث تكون آثاره أبدية ، و عليه و بالنتيجة فإنّه لا محل للرجوع في تصرّف الوقف وفقا لنظرة المشرّع الجزائري الذي يشدّد على حماية الأوقاف و استرجاعها ، إذ بقاء الأوقاف أهمّ و أجلّ .

من هذا كلّه نستخلص أنّ الرجوع هو استثناء على مبدأ القوّة الملزمة ، و الإستثناءات لا يتوسّع في تفسيرها ، و مع ذلك نطرح إشكالات جديدة من بينها :

أولًا ، بالنسبة لمانع الرجوع في الهبة المتمثّل في أنّ سبب الهبة هو زواج الموهوب له ، فإن لم يتزوَّج الموهوب له ، هل يحقّ لوالده الرجوع في هبته له ؟

ثانيا ، بالنسبة للمانع المتمثّل في أنّ سبب الهبة هو ضمان دين على الموهوب له أو من أجل الإقتراض ، و مع ذلك لم يستعمل الموهوب له هذا الشّيء الموهوب كضمان ، هل يجوز لوالده الرجوع هنا ؟

ثالثا ، بالنسبة للجد و الجدّة اللذين لا يستفيدان من رخصة الرجوع ، و ذلك لاستبعاد نص المادة 211 من قانون الأسرة لهما ، و بحيث أنّ الجدّين هما في حكم الوالدين ، خصوصا عند غياب الأبوين لأي سبب من الأسباب ، فإنّ كمال شفقتهم بجفدهما قد يدفعهما إلى هبته ، ثمّ تثور ظروف ملحّة تجعل الرجوع ضرورة ، فلماذا لا يراجع المشرّع الجزائري المادة 211 ليدخل ضمن الرّاجعين في الهبة الجد و الجدّة ، و ذلك باستعمال مصطلح أوسع ، بحيث يستبدل كلمة " الأبوين " بكلمة " للوالد " ، أو بكلمة " للأصول " درءا للغموض .

نتمنّى أن نكون قد وفقنا في دراستنا لكيفيّات الرجوع و آلياته و آثاره ، كما نتمنّى أن يبقى الرجوع استثناء ضيقا على القوّة الملزمة في التصرفات التبرعيّة ، التي نرجو توسّعها و تعميمها و استقرارها ، لما فيها من أسباب الإلفة و الترابط بين أفراد المجتمع .

المراجع

أولاً. المراجع العامة

- 1- ابن عبد البر ، الإستذكار ، المجلد 23 ، مكتبة الثقافة الدينية ، الطبعة الأولى ، 1993.
- 2- ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الأول ، بيت الأفكار الدولية ، 2004.
- 3- ابن قدامة المقدسي ، المغني ، الجزء الثاني ، بيت الأفكار الدولية ، 2004.
- 4- ابن منظور ، لسان العرب ، مادّة وهب ، المجلد الرابع ، دار صادر بيروت ، الطبعة الأولى ، 1990.
- 5- أبو اسحاق الشّاطبي ، الموافقات ، المكتبة التوفيقية ، الجزء الأوّل ، 2003.
- 6- أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، المجلد الأول ، دار البيان العربي ، الطبعة الأولى ، 2005.
- 7- احسن زقور ، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى ، المجلد الثاني 2005 ، دار التراث ناشرون.
- 8- أحمد بن يحيى الونشريسي ، المعيار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوى افريقية و الأندلس و المغرب ، الجزء السابع ، دار الغرب الإسلامي بيروت ، 1981.
- 9- أحمد فراج حسين ، نظام الإرث في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2002.

- 10- أحمد محمد عسّاف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، المجلد الثاني ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، 1988.
- 11- الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس، دار الكتاب الحديث ، سنة 1974.
- 12- الإمام الشافعيّ ، الأمّ ، الجزء الثامن ، دار الوفاء ، سنة 2008.
- 13- تقيّ الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي ، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004.
- 14- السيد سابق ، فقه السنّة ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1981.
- 15- سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي، المجلد الرابع ، دار السلام ، الطبعة الثانية ، 2006.
- 16- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، الجزء السابع ، دار الفكر ، بيروت ، بدون ذكر السنّة.
- 17- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء 11 دار الكتب العلميّة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1993.
- 18- شمس الدين محمد المنهاجي الأسيوطي ، جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود ، الجزء الأول ، مطبعة السنة المحمدية القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1955.
- 19- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه غلى المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة الدينيّة ، الطبعة الأولى ، 2005.
- 20- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظريّة العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، 1998.
- 21- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظريّة العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، 1998.

- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار احياء التراث العربي ، 1952.
- 23- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بدون سنة الطبع .
- 24- عبد القادر باجي ، أحكام الوقف ، مخطوط عن الإمام يحيى بن محمد بن محمد الخطاب المالكي، دار ابن حزم بيروت ، الطبعة الأولى ، 2009.
- 25- قاسم بن عبد الله القونوي الرّومي الحنفي ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، دار الكتب العلميّة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2004 .
- 26- مجد الدين الفيروزابادي ، القاموس المحيط ، مؤسّسة الرّسالة ، الطبعة الثالثة ، 2009.
- 27- محمد ابن أحمد ابن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، 2002.
- 28- محمد الرّازي فخر الدين ، التّفسير الكبير ، المجلد الرّابع ، الجزء السابع ، دار الفكر ، الطبعة الأولى، سنة 1981.
- 29- محمد بن أحمد المنهاجي ، جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود ، دار اليوسف بيروت، بدون سنة الطبع.
- 30- محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، المجلد الرابع ، دار البصائر الجزائر، 2006.
- 31- محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار ، المتدفق على حدائق الأزهار ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 2004.
- 32- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، طبعة 2010.
- 33- محمد عبد السلام شاهين ، فتاوى السبكي ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، 2004.
- 34- محمّد هادي اللّحام ، و محمّد سعيد ، و زهير علوان ، القاموس ، دار الكتب العلميّة، بيروت ، الطبعة الثّانية ، عام 2008.

- 35- المنجد في اللغة و الأعلام ، دار المشرق بيروت ، الطبعة الأربعة 2003.
- 36- نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت ، دار الهدى عين مليلية ، الجزائر.
- 37- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997.
- 38- وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، الجزء التاسع ، دار الفكر ، 2010.
- 39- وهبة الزحيلي ، المعاملات الماليّة المعاصرة ، دار الفكر ، 2002.
- 40- وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه و الفكر المعاصر ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الأولى ، 2006.

ثانيا. المراجع الخاصّة

- 1- أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2003.
- 2- أحمد محمد علي داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى 2007.
- 3- إلياس ناصيف ، الوصية ، الجزء الثاني ، بدون ذكر دار النشر، 2003.
- 4- الإمام أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، 1988.
- 5- الإمام محمد أبو زهرة ، أحكام التركات و الموارث ، دار الفكر العربي، بدون ذكر سنة النشر.
- 6- بدران أبو العينين بدران ، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها ، مؤسّسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، بدون ذكر سنة الطبع.
- 7- بلحاج العربي ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون 1996.

- 8- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، 2005.
- 9- محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربيّ ، القاهرة ، 1972.
- 10- حسن محمدّ بودي ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 .
- 11- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2009.
- 12- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، دار هومة ، سنة 2004.
- 13- محمودي عبد العزيز ، رد التّحليل على أحكام الميراث ، قصر الكتاب البليدة ، 2006.
- 14- رمضان علي السيد الشّرنباصي ، الوجيز في أحكام الوصية و الوقف ، دار الجامعة الجديدة ، 2005.
- 15- شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التّصرّفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة ، بدون ذكر السنة.
- 16- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة 2003.
- 17- عبد الرّزاق بن عمّار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة ماليّة في الفقه الإسلامي و التّشريع ، دار الهدى ، الجزائر ، طبعة 2010.
- 18- عبد الكريم شهبون ، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، الجزء الثاني ، دار نشر المعرفة ، الطبعة الثانية ، (بدون سنة الطبع).
- 19- كمال حمدي ، المواريث و الهبة و الوصية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1998.
- 20- حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، دار هومة ، 2004.
- 21- مجاهد الإسلام القاسمي ، الوقف ، دار الكتب العلميّة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2001.

- 22- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري ، الجزء الأول ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، طبعة أولى ، 2004.
- 23- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال التربويّة ، الطبعة الأولى ، 2003.
- 24- محمد زيد الأبياني ، شرح الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2006.
- 25- محمد كمال الدين إمام ، الوصايا و الوقاف في الفقه الإسلامي منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، 2002.
- 26- محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث و الوصية و الوقف ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007.
- 27- محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، 2006.
- 28- محمد مصطفى شلي ، أحكام المواريث بين الفقه و القانون ، الدار الجامعية ، 1985.
- 29- محمد يوسف عمرو ، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمّان ، 2008.
- 30- مصطفى السباعي و عبد الرّحمان الصّابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الجديدة ، 1977.
- 31- معوض عبد التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث ، الطبعة السابعة ، منشأة توزيع المعارف ، 1997.
- 32- نزيه نعيم شلالا ، دعوى الهبة ، دراسة مقارنة من خلال الفقه و الإجتهد و النصوص القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، الطبعة الأولى 2000.

33- ضريفي الصادق ، الرجوع في عقد الهبة ، بحث مقدّم لنيل شهادة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية، تحت إشراف الدكتورة دليلة فركوس ، جامعة الجزائر ، كليّة الحقوق ، سنة 2002/2001.

ثالثا.المجلات

- 1- مجلّة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصيّة (عدد خاص) قسم الوثائق للمحكمة العليا ، بدون ذكر السنة.
- 2- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، رقم 2 ، سنة 2000.
- 3- مجلة الحقوق و الشريعة الإسلامية ، جامعة الكويت ، السنة الثانية ، يناير 1978 ، العدد الأول.
- 4- المجلة القضائية العدد 2 ، قسم الوثائق المحكمة العليا ، 2003.
- 5 - مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2009.
- 6- مجلّة الموثّق ، عدد6 ، 1999.
- 7- مجلّة الموثّق ، العدد 8 ، 1999.

فهرس المحتويات

- مقدمة.....1
- الفصل الأول : الرجوع في الهبة.....6
- المبحث الأول : ماهية الهبة.....8

المطلب الأول : تعريف الهبة.....8

الفرع الأول : التعريف اللغوي للهبة.....9

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي.....9

الفرع الثالث : التمييز بين الهبة و مشتبهاتها.....15

المطلب الثاني : خصائص الهبة.....17

الفرع الأول : الهبة عقد تبرعي.....16

الفرع الثاني : الهبة عقد عيني.....17

الفرع الثالث : الهبة عقد توثيقي.....19

الفرع الرابع : الهبة عقد احتفائي.....20

المبحث الثاني : أحكام الرجوع في الهبة.....21

المطلب الأول : تعليق الرجوع على شرط صحّة الهبة.....21

الفرع الأوّل : الأركان الموضوعيّة.....22

أوّلاً. الرضا.....22

ثانياً. المحل.....33

ثالثاً. السبب.....38

الفرع الثاني : الأركان الشكلية.....39

أوّلاً. الحيّزة في المنقولات.....39

40.....ثانيا.اجراءات التوثيق فيما يخص العقارات.....

42.....**المطلب الثاني : حكم الرجوع عن الهبة.**.....

43.....الفرع الأول : الطبيعة القانونية للرجوع و خصائصه.....

44.....أولا.تعريف الرجوع.....

45.....ثانيا.خصائص الرجوع.....

46.....ثالثا.الفرقة بين الرجوع و ما يشابهه من تصرفات.....

49.....الفرع الثاني : رجوع الأبوين.....

57.....**المطلب الثالث : اجراءات الرجوع عن الهبة**.....

63.....**المطلب الرابع : آثار الرجوع في الهبة و موانعه.**.....

64.....الفرع الأول : آثار الرجوع عن الهبة.....

63.....أولا.آثار الرجوع بين الواهب الراجع و بين الموهوب له المعتصر منه.....

65.....ثانيا.آثار الرجوع بالنسبة للغير.....

66.....الفرع الثاني : موانع رجوع الأبوين.....

67.....أولا.الموانع المتعلقة بالسبب في عقد الهبة.....

71.....ثانيا. الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له.....

71.....ثالثا. الموانع بالشيء الموهوب.....

74.....**الفصل الثاني : الرجوع في تصريفي الوصية و الوقف.**.....

76.....	المبحث الأول : الرجوع في تصرف الوصية
76.....	المطلب الأول : ماهية الوصية
76.....	الفرع الأول : تعريف الوصية
77.....	أولا. تعريف الوصية.....
80.....	ثانيا. التمييز بين الوصية و مشتبهاتها
83.....	الفرع الثاني : خصائص الوصية
84.....	أولا. الوصية تصرف تبرعي.....
84.....	ثانيا. الوصية تصرف وحيد الجانب.....
84.....	ثالثا. الوصية تصرف مؤجل النفاذ.....
84.....	رابعا. الوصية تصرف ناقل للملكية.....
85.....	المطلب الثاني : أحكام الرجوع في تصرف الوصية
85.....	الفرع الأول : تعليق الرجوع على صحة الوصية
86.....	أولا. الرضا.....
93.....	ثانيا. المحل.....
95.....	ثالثا. السبب.....
97.....	الفرع الثاني : ماهية الرجوع في تصرف الوصية
97.....	أولا. الطبيعة القانونية الخاصة بالرجوع في تصرف الوصية.....

99.....	ثانيا. اجراءات الرجوع.....
104.....	الفرع الثالث: آثار الرجوع في تصرف الوصيّة
104.....	أولا. آثار الرجوع فيما بين الموصي الراجع و الموصى له المرجوع ضده.....
104.....	ثانيا . آثار الرجوع بالنسبة للغير.....
105.....	المبحث الثاني : الرجوع في تصرف الوقف
105.....	المطلب الأول : تعريف الوقف و خصائصه
106.....	الفرع الأول : تعريف الوقف
106.....	أولا. تعريف الوقف اللغوي.....
106.....	ثانيا. التعريف الإصطلاحي للوقف.....
110.....	الفرع الثاني : خصائص الوقف
110.....	أولا. الوقف تصرف وحيد الجانب.....
110.....	ثانيا. الوقف تصرف تبرعي.....
111.....	ثالثا. الوقف أثره أبدي.....
113.....	رابعا. الوقف مسقط لحق الرقبة عن الملكية و التداول.....
115.....	خامسا. الوقف له شخصية معنوية مستقلة.....
115.....	المطلب الثاني : أحكام الرجوع في الوقف
116.....	الفرع الأول : إبطال الوقف

116.....	أولاً. ابطال الوقف لاختلال التصرف.....
119.....	ثانياً. ابطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف.....
121.....	الفرع الثاني : ماهية الرجوع في تصرف الوقف.....
121.....	أولاً. تحليل موقف المشرع الجزائري من مبدأي اللزوم و التأييد.....
123.....	ثانياً. تحليل تصور الرجوع في الوقف.....
127.....	خاتمة.....
130.....	المراجع.....
136.....	الفهرس.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قــــــــــــــــرار

في القضية المنشورة :

بين: ورثة المرحومة العيدي الزهرار وهم: " 1- تونس بارية بنت مصطفى، 2- تونس مصطفى بن شريف، 3- تونس محمد بن شريف، 4- تونس نسيم، 5- تونس سعيدة، 6- تونس عقيلة، 7- تونس لطيفة، 8- تونس سهيلة، 9- تونس مفيدة، 10- تونس جبير، 11- بوشميت فاطمة أرملة تونس محمد في حقها وفي حق ابنها القاصر تونس وليد".

الساكين كلهم يحي عبد الله بن يوسف رقم 03 ولاية البليدة، مدعون في الطعن بالنقض والقائم في حقهم الأستاذ يعيش عاشور عبد الحليم المحامي المقبول لدى المحكمة العليا والكاين مقر مكتبه ب 124 شارع كريتلي مختار، الطابق الثالث، عمارة طايبي شريف البليدة.

من جهة

وبين: 1- دراعي محمد، 2- دراعي سيد علي، الساكنين بشارع 17 جوان رقم 54 ولاية البليدة. 3- ورثة المرحوم تونس عبد القادر وهم: " - أرملته سداوي نعيمة وأولاده وهم: - عبد الرحمان، - حسين، - عدلان، كريم". الساكنين بحي 105 مسكن عمارة 42 رقم 12 أولاد يعيش البليدة. مدعى عليهم في الطعن بالنقض وغير ممثلين.

من جهة أخرى

*إن المحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر بتاريخ الثالث والعشرين من شهر فيفري سنة الفين وتسعة. *ويعد المداولة القانونية أصدرت القرار الأتي نصه: بناء على المواد (239.233.231) وما يلحقها من قانون الإجراءات المدنية.

*ويعد الإطلاع على القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12/12/1989 المتعلق بصلاحيات

المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.

*ويعد الإطلاع على الأمر الصادر عن السيد/ الرئيس الأول للمحكمة العليا بتاريخ

17 فيفري 2009 المتضمن إنعقاد تشكيلة الغرفة المجتمعة للفصل في القضية المعروضة عليها حسب مقتضيات المادتين 23 و24 من القانون المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 والمذكور أعلاه.

*ويعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف القضية، وعلى عريضة الطعن المودعة

يوم 28 ماي 2006.

*ويعد الإستماع إلى السيد/ بوذي سليمان المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب

والى السيد/ قطوش محمد النائب العام لدى المحكمة العليا في طلباته الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وحيث أن الطاعنين طلبوا نقض القرار الصادر بتاريخ 2006/03/21 رقم 1665 عن

مجلس قضاء البليدة، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث إن المطعون ضدهم دراعي محمد ودراعي سيد علي وورثة تونسي عبد القادر لم

يردوا.

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى أوضاعه الشكلية.

حيث أن الأستاذ/ يعيش عاشور عبد الحليم أثار في حق الطاعنين وجهين للنقض:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات والمتفرع إلى فرعين:

الفرع الأول: مستمد من مخالفة المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية.

من حيث أنه يتضح من ديباجة القرار المطعون فيه أن المطعون ضدهم بعد إرجاع

الدعوى بعد الإحالة لم يشيروا إلى جميع أطراف النزاع المذكورين في الحكم المؤيد بموجب

القرار المؤرخ في 17 مارس 2003 وفي هذا مخالفة للمادة المذكورة.

الفرع الثاني: مأخوذ من مخالفة الفقرة التاسعة من المادة 144 من قانون الإجراءات

المدنية.

من حيث إن الطاعنين قدموا للمجلس عدة مستندات ومنها خاصة الحكم الصادر في

19/12/1998 الذي يفيد صحة الرجوع في الهيئة وكذلك القرار المؤيد له المؤرخ في

09/10/1999، الذي رفضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الطعن

الموجه ضده بموجب قرار لها بتاريخ 17/10/2000 إلا أن قضاة الموضوع تجاهلوا هذه

الوثائق ولم يردوا عليها سواء بالسلب أو الإيجاب بما يعيب القرار المطعون فيه بالتصوير في

الأسباب.

الوجه الثاني: مستمد من انعدام وقصور الأسباب ومخالفة المادة 268 من قانون

الإجراءات المدنية.

رئيسة قسم بالغرفة العقارية
 رئيس قسم بالغرفة الاجتماعية
 رئيس قسم بالغرفة الجنائية
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيس قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 رئيسة قسم بغرفة الجرح والمخالفات
 عميد المستشارين بغرفة الأحوال الشخصية
 عميد المستشارين بالغرفة التجارية والبحرية
 عميد المستشارين بالغرفة المدنية
 عميد المستشارين بالغرفة العقارية
 عميد المستشارين بالغرفة الاجتماعية
 عميد المستشارين بغرفة الجرح والمخالفات

- بوتارن فايزة
 - بوشليط رايح
 - بوسنة محمد
 - براح منيرة
 - سماير محمد
 - زمور محمد العيد
 - ياروك شريف
 - بين فغول خديجة
 - بابشير حسين
 - يحيى عبد القادر
 - حساين ايدير
 - أورزدين وردية
 - رشاش نصيرة
 - خنشول أحسن
 - الضاوي عبد القادر
 - معلم اسماعين
 - زواوي عبد الرحمان
 - زواينية عمار
 - بوعلام بوعلام
 - صواقي إبريس

- وبحضور السيد: قطوش محمد النائب العام
 - وبمساعدة السيد: سبالك رمضان أمين الضبط

أمين الضبط

رئيس قسم المقرر
 17
 18

الرئيس الأول

MINISTERE DES FINANCES

DIRECTION GENERALE
DU DOMAINE NATIONAL

وزارة المالية

المديرية العامة
للأموال الوطنية

مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي
رقم م/ع/و/م ع م م ع م ا/ع

7799 - 6

الجزائر، في

ل 04978

مذكرة

إلى السادة مديري الحفظ العقاري
كل الولايات
بالتبليغ إلى السادة المفتشين الجهويين
لأموال الدولة و الحفظ العقاري

الموضوع: هبة حقوق الملكية العقارية - ملكية الرقبة و حق الانتفاع.
تطبيق أحكام المادتين 205 و 206 من قانون الأسرة.

طرحت على الإدارة المركزية عدة تساؤلات فيما يخص التأويل الصحيح
لأحكام المادتين 205 و 206 من قانون الأسرة، و التي تعالج مسألة الهبة، عندما
يتعلق الأمر بحقوق عينية عقارية، و خاصة لما يتضمن العقد نقل حق ملكية
الرقبة.

إن الإجابة على هذا التساؤل، تستلزم تحليل المادتين المذكورتين أعلاه.

تذكر المادة 205 الحالات التي يمكن أن تكون موضوع عقد هبة:

- يمكن أن تقع هذه الأخيرة، على كل ممتلكات الواهب أو جزء منها.

الوزير
مديرية الشؤون العقارية والمسح
الرقم: 66
التاريخ: 18 AVRIL 2009

- كما يمكن أن تقع على شيء محدد بذاته، غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية.
- وأخيراً، يمكن أن يتعلق عقد الهيئة بحق شخصي: كدين مستحق لدى الغير.

كما أكدت المادة 206 تحت طائلة البطلان، على ضرورة توفر ثلاث شروط لصحة عقد الهيئة: الإيجاب، القبول واستكمالهما بالحيازة. إذا كان، بالنسبة للشرطين الأولين (الإيجاب و القبول)، لا توجد أية صعوبة لإثباتهما، فإنه يستوجب لتحقيق شرط استكمال الحيازة التفرقة فيما بين الأشياء المنقولة و الأشياء العقارية. في مجال المنقولات، يعاين استكمال الحيازة على أساس المسك (détention) المادي لموضوع عقد الهيئة.

أما فيما يخص العقارات، فالحيازة المادية تستكمل بقوة القانون، كأثر لإشهار، بالمحافظة العقارية، العقد المتضمن هذا الاتفاق (المادة 793 من القانون المدني)، و الذي يخول كامل سلطة التصرف في موضوعه للمستفيد من هذه العملية (المشتري أو الموهوب له).

و عليه، فإنه يمكن التصرف قانوناً عن طريق هيئة حق الرقبة، التي تتم حيازتها، من طرف الموهوب له بموجب العقد الرسمي، المشهر، المتضمن نقل الملكية. تسمح، مبدئياً، أحكام المادة 793⁷⁹⁵ من القانون المدني، في فقرتها الرابعة، عملية نقل ملكية الرقبة. لا يوجد أي فرق فيما يخص استكمال الحيازة بالنسبة للعمليتين.

و تبسط أحكام المادة 208 من قانون الأسرة مسألة الحيازة للوصي، للزوج و للمالك في الشياخ حسب ما سبق طرحه أعلاه.

تغير التعليمات المحتواة في النقطة 10 من المذكرة رقم 689 المؤرخة
في 1995/02/12، حسب التوجيهات المذكورة آنفا.

تغير هذه المذكرة تحرير بعض فقرات المذكرة رقم 4320 المؤرخة في
2009/03/18.

يطلب من السادة مدراء الحفظ العقاري السهر على تطبيق أحكام هذه
المذكرة.

التوقيع العام
إبراهيم الوطيان
محمد بن مزاحم



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وزارة العدل

قرار إداري

جلس قضاء تلمسان

لغرفة الإدارية

نسخة تنفيذية
11/06/10

إن مجلس قضاء تلمسان الغرفة الإدارية بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات لقصر العدالة في العاشر من شهر فيفري سنة الفين و إحدى عشر:

رقم القضية: 10/00618

رقم الملف: 11/00075

تاريخ الجلسة: 11/02/10

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
نائب عن
أمين الضبط

برئاسة السيد (ع): واضح حضري
بعضوية السيد (ع): علل شريف نورة
وبعضوية السيد (ع): مسامح أسية
وبمحضر السيد (ع): جواد عبد الناصر
وبمساعدة السيد (ع): سباعي هيب

مدعى:

الي يوسف فاطمة

صدر القرار الآتي بيانه في القضية المنشورة لسيده تحت رقم: 10/00618

بين:

حاضر

المدعى

1 (دالي يوسف فاطمة

العنوان: مختارة محل اقامتها عند الاستاذ زواوي فؤاد 23 نهج ابن خلدون تلمسان
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع) زواوي فؤاد محامي لدى المجلس

مدعى عليه:
وزارة المالية ممثلة في مدير
حفظ العقاري

من جهة

وبين:

حاضر

المدعى عليه

1 (وزارة المالية ممثلة في مدير الحفظ العقاري

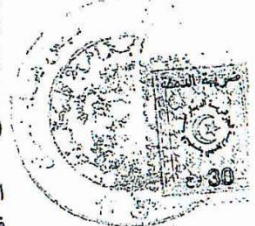
العنوان: دار المالية الكيفان تلمسان
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع): بنفسه

من جهة ثانية

** بيان وقائع الدعوى **

بناء على الدعوى المرفوعة من طرف المدعوة دالي يوسف فاطمة أمام مجلس قضاء تلمسان الغرفة الادارية بواسطة وكيلها الاستاذ زواوي محمد المحام لدى المجلس و المسجلة لدى كتابة الضبط في 2010/11/21 و التي تذكر فيها : انها و هبت لابنها سكا كائنا ببلدية تلمسان شارع الاخوة لعريبي عمارة رقم 12 الطابق الأول بموجب عقد رسمي مشهر في 2009/01/26 حجم 3213 رقم 54 و انها تراجعت عن هذه الهبة بموجب عقد رسمي آخر محرر لدى نفس الموثق (عين السبع بوزيان) و أن المحافظ العقاري رفض شهر هذا العقد بداعي عبارة لا رجوع فيها في عقد الهبة و المادة 211 من قانون الاسرة صريحة ان يمكن للواهب الرجوع عن هبته و موقف ادارة الحفظ العقاري يعد مخالفا للقانون و يضر بمصالح المدعية و انها تطلب في الخير الغاء القرار الاداري المؤرخ في 2010/10/26 تحت رقم 10/5611 و امر مديرية الحفظ العقاري لولاية تلمسان باجراء الشهر العقاري المودع في 2010/10/20 تحت رقم 2034 و المتعلق بعقد الرجوع عن الهبة. فأجاب المدعى عليه بنفسه أن الادارة رفضت اشهار العقد على أساس الشرط الصريح الوارد في عقد الهبة و المتمثل في حسم الرجوع عن الهبة و قانون الاسرة رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 عرف عقد الهبة و كل ما ينصب عليها في المواد من 202 الى 212 و اباح للواهب الرجوع عن الهبة بشروط معينة و لقد اتفق أطراف العقد عدم الرجوع عن الهبة و هذا الاتفاق يعد شريعة للمتعاقدين و على هذا الأساس رفض المحافظ العقاري شهر العقد المتضمن الرجوع عن الهبة و أنه يطلب من المجلس اتخاذ ما يراه مناسبا. بلغ الملف للنياحة العامة لابداء التماساتها في 2011/01/06 و تم ذلك في نفس اليوم و

10 1 AVR 2011



الجدول: 10/00618
الطهرس: 11/00075

الرامية الى الفصل في الدعوى طبقا للقانون.
ثم ادخلت القضية في التقرير لجلسة 2011/01/27 ثم للمداولة لجلسة 2011/02/10.

**** وعليه فإن المجلس ****

بعد الاطلاع على مجموع أوراق الإجراءات المتبعة بين الطرفين المذكورين أعلاه.
بعد الاطلاع على التكاليف بالحضور المبلغة حسب الأصول و القواعد القانونية.
بعد الاطلاع على المستندات و عريضة المدعي و طلباته.
بعد الاطلاع على المواد 800 - 815 - 838 - 844 - 845 - 846 - 852 - 874 - 884 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
بعد الاستماع إلى السيد واضح حضري ، الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب بالجلسة كما هو متطلب قانونا.
بعد الاستماع إلى السيد النائب العام.
و بعد المداولة قانونا بنفس التشكيلة المنوه عنها و هي ذاتها المشكلة أثناء المرافعة تم النطق بالقرار في التاريخ المنوه أعلاه.
من حيث الشكل: حيث أن الدعوى المرفوعة من طرف المدعية أمام مجلس قضاء تلمسان الغرفة الادارية جاءت وفقا للاجراءات والايضاح المقررة فهي بذلك مقبولة شكلا.
من حيث الموضوع: حيث يتضح من خلال عناصر الملف ان المدعية رافعت المدعى عليه أمام الغرفة الادارية طالبة الغاء القرار الاداري الصادر عن مديرية الحفظ العقاري لولاية تلمسان و المؤرخ في 2010/10/26 تحت رقم 10/5611 و أمر مديرية الحفظ العقاري باجراء الشهر العقاري المودع لديها في 2010/10/20 و المتعلق بعقد الرجوع عن الهبة.
حيث أن المدعى عليه من جهته يطلب من المجلس اتخاذ ما يراه مناسبا.
حيث أن النزاع القائم بين الطرفين يدور حول شهر عقد الرجوع عن الهبة بحيث أن المدعية وهبت لابنها بموجب عقد هبة رسمي مشهر في 2009/01/26 و انه بعد ذلك تقدمت أمام نفس الموثق لتطلب منه تحرير لها عقد يتضمن الرجوع عن الهبة لابنها و تم ذلك فعلا بموجب العقد المؤرخ في 2010/08/17.
حيث أنه لدى القيام باجراءات الشهر العقاري رفض المحافظ العقاري القيام بهذا الاجراء على أساس انه توجد عبارة لا رجوع فيها في عقد الهبة.
حيث أنه من المقرر قانونا و قضاء و لاسيما الاجتهاد القضائي (قرار مبدئي) مؤرخ في 2009/02/23 أين اجتمعت كل الغرفة و تقرر انه يمكن الرجوع عن عقد الهبة بموجب عقد رسمي و لم يثر المادة 211 من قانون الأسرة على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها عند الرجوع في الهبة لأولادهما و هذا ما كرسته غرفة الاحوال الشخصية و المواريث للمحكمة
حيث أنه و ما دام العقد المحرر من طرف الموثق و المتضمن الرجوع عن الهبة يعتبر من العقود الادارية و من حق الواهب الرجوع عن هبته متى شاء الا في الحالات الثلاثة الواردة في المادة 211 ق. الأسرة و هو الشئ غير الوارد في الهبة.
حيث أنه و الحالة هاته فان المحافظ العقاري لمقاطعة تلمسان ملزم بشهر العقد المؤرخ في 2010/08/17 و الذي يحمل رقم 2010/1362 و المتضمن الرجوع عن الهبة.
حيث أن الدعوى تبقى بدون مصاريف.

**** هذه الأسباب ****

إن المجلس (الغرفة الإدارية) يقرر بصفة علنية، حضورية و ابتدائية.

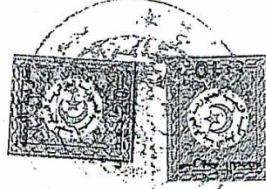
في الشكل : قبول الدعوى.
في الموضوع : الزام المحافظ العقاري لمقاطعة تلمسان بشهر العقد المؤرخ في 2010/08/17

رقم 2010/1362 و المتضمن الرجوع عن الهيئة.
- الدعوى بدون مصاريف.

بذا صدر هذا القرار و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية مع نفس الهيئة المنوه عنها بالتاريخ
المذكور أعلاه و أمضاه كل من الرئيس و المستشار المقرر و أمين الضبط.

الرئيس (ة) المقرر

أمين الضبط



الرجوع في التصرفات التبرعية

الهبة عقد تبرعي ناقل للملكية وهو عقد لازم غير قابل للرجوع إلا في حالة إعتصار الوالد هبته التي وهبها إلى ولده.

أما الوصية فهي تصرف تبرعي وحيد الجانب ناقل للملكية مؤجل النفاذ إلى حين وفاة الموصي ، وفي إنتظار ذلك فإن الوصية جائزة غير لازمة يجوز الرجوع فيها.

وأما الوقف فهو تصرف تبرعي وحيد الجانب وهو عندما ينشأ صحيحاً فإنه يؤسس شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة ، وهو تصرف لازم ومؤبد لا يعتريه الرجوع.

- La donation est un acte de libéralité, transmetteur du droit de propriété exécutoire et irrévocable sauf pour l'ascendant à l'égard des descendants.

- Le testament est un acte unilatéral de libéralité, n'engageant que le testateur et ne transmettant la propriété qu'après son décès. Le testateur peut se rétracter à tout moment.

- Le habous est un don unilatéral sans retour par lequel est constituée une institution ayant une personnalité morale jouissant d'une indépendance patrimoniale.

- Donation is a contract carrier the property which is irrevocable except for the father donating is his children or grand children.

- « Testament » is an unitateral gift contract that wouldn't. Carry the property until the testator is dead, and in the meantime this contract could be reversible as long as the testator is alive.

- Gift « habous » is a single unilateral act that gives birth to a moral personality « possessing » an independent financial « compte » an dit an irrevocable act that it no return.