

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

عقود الإرادة المنفردة

بين

الشريعة و القانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة: القانون الخاص / تخصص: القانون الخاص الشامل.

من إعداد الطالبين:

إشراف الأستاذ:

لفقيري عبد الله.

بناي سليمان.

بناي سفيان.

لجنة المناقشة

- الأستاذ(ة): نادية تياب رئيسا

- الأستاذ: لفقيري عبد الله..... مشرفا

- الأستاذ(ة): نجوم سناء..... ممتحنا

السنة الجامعية

2013 /2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ

إهداء

إلى الوالدين الكريمين؛ أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي وزوجاتهم وأبنائهم
إلى أخواتي وأزواجهن وأبنائهم
إلى زوجة عمي رحمه الله
إلى زميلي في البحث سفيان
وإلى جميع أصدقائي

أهدي هذا العمل المتواضع

سليمان بناي

إهداء

إلى صاحبة القلب

الصبور أمي

إلى إخوتي وزوجاتهم وأبنائهم
إلى سليمان رفيقي في البحث
إلى جميع أصدقائي
أهدي هكنا العمل المتواضع

سفيان بناي

كلمة شكر

نتوجه بها إلى:

أستاذنا المشرف لرحابة صدره وسداد توجيهاته

أساتذتنا في جميع أطوار تعليمنا

أساتذة قسم الحقوق بجامعة بجاية

لجنة المناقشة لقبولها قراءة ومناقشة هذه المذكرة.

عمّال المكتبات الجامعية: بجاية، الجزائر العاصمة، تيزي وزو.

و كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري.
- ق م ج : القانون المدني الجزائري.
- ج ر ج ج : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.
- د ط : دون طبعة.
- د س : دون سنة.
- ص : الصفحة.
- ق ت ع : قانون التوجيه العقاري.
- ق أ : قانون الأوقاف.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- P :page.
- Op- cit :opère – citato.

مقدمة

مقدمة

تُعدّ الإرادة المنفردة " La volonté unilatérale " عملا قانونيا صادرا من جانب واحد ينتج آثارا قانونية معينة، فهو على هذا الأساس، يتم بإرادة واحدة، ولا يمثل إلا مصلحة طرف واحد. فأما كونه يتم بإرادة واحدة، فهذا يعني أنه يتم بتعبير واحد عن الإرادة، ولا يتوقف في إنتاج آثاره إلا على إرادة من صدر منه التعبير. وأما كونه يمثل مصلحة طرف واحد، فهذا يعني أن المتصرف بالإرادة المنفردة لا يستهدف من تصرفه إلا مصلحته هو؛ من دون أن تدخل مصلحة الغير في حسابه.

وقد عدت معظم القوانين العربية الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في حالات محددة، أي إنها مصدر استثنائي له، إلى جانب العقد الذي يعد هو المصدر العام للالتزام.

وإذا كان التصرف بالإرادة المنفردة ينشأ بإرادة المتصرف وحده، فإنه ينقضي أيضا بإرادته، أما مصلحة الغير الذي كان مقصودا بآثار التصرف بالإرادة المنفردة؛ فيحميها القانون حين يجعل هذا التصرف نهائيا لا يجوز الرجوع عنه إلا من المتصرف نفسه وفي شروط معينة. وقد وردت في القوانين الوضعية العربية صور تطبيقية متفرقة للإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام. ومن بين هذه الصور نجد: الوصية والهبة والوقف والوعد بجائزة⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية الوصية وكثرة انتشارها في الحياة العملية - باعتبارها من أهم التصرفات المالية القانونية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع - فقد عالجتها الشريعة الإسلامية ووضعت شروطها وأحكامها، وتولاها الفقه الإسلامي بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف؛ حفاظا على نظام الأسرة والمجتمع، وإعطاء كل ذي حق حقه، أما قانون الأسرة الجزائري فقد سار على درب الشريعة الإسلامية وأخضع الوصية للأحكام التي جاءت بها هذه الأخيرة⁽²⁾.

أما موضوع الهبة فإنه يتسم بأهمية بالغة؛ سواء بالنسبة للعلاقات والروابط الإنسانية التي تقوم أساسا على البر والإحسان، وعلى التراحم والود والإخاء، أم بالنسبة للحياة العملية، فإن أهميته ملفتة للنظر في هذا المجال؛ فهو تصرف يكتسي خطورة في التصرفات القانونية؛ إذ يتنازل فيها الإنسان عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته و على وضعيته المالية⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة؛ دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص ص. 367-368.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث و الوصية)، الجزء الثاني؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 229.

(3) محمد بن أحمد نقيه، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى؛ الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص. 07.

أما ما يتعلق بالوقف، فهو نظام شرعي قائم بذاته، وباب من باب الفقه الإسلامي يهدف إلى حبس العين على حكم الله تعالى، فهو نوع من الصدقات الجارية تنتفع صاحبها بعد موته. لذلك، فإن البحث في هذا الموضوع ذو أهمية بالغة، كون الوقف له طابع تعدي وله أهمية كبيرة في البلدان التي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر الالتزام مثل الجزائر⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالوعد بجائزة، فهو تخصيص مقابل لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد؛ كان يعلن شخص عن جائزة لمن يصنع دواء لمعالجة مرض مستعص، فمن قام بكشف الدواء، استحق الجائزة التي أعلن عنها الواعد. والوعد بجائزة معروف في الفقه الإسلامي، وقد عالجه الفقهاء تحت عنوان «الجمالة». وهي أن يجعل أحد شيئا معلوما لمن يعمل له عملا، كما لو قال صاحب حاجة فقدت منه: من ردها إليّ فله جائزة قدرها كذا.

و الهدف من البحث هو تسليط الضوء على الثغرات الموجودة في عقود الإرادة المنفردة، وكذلك إثراء المنظومة القانونية.

أما عن الأسباب الدافعة للدراسة والبحث في هذا الموضوع، فهو ندرة الدراسات القانونية فيه، وقد أوردنا معالجة هذا الموضوع من خلال التطرق إلى مدى قدرة انسجام المنظومة القانونية الجزائرية بتشريعيها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وأما عن الدافع الشخصي، فقد كلفنا به من أجل نيل " شهادة الماستر"، تخصص: القانون الخاص الشامل.

ولدراسة موضوع عقود الإرادة المنفردة بين الشريعة والقانون، كانت الإشكالية التالية وهي:

*** فيما تكمن نظرة كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تجاه عقود الإرادة المنفردة ؟**

واعتمدنا في سبيل مناقشة هذه الإشكالية المنهج المقارن؛ الملائم للدراسات القانونية في معظم عناصر الموضوع، محاولين بذلك الجمع ما بين أهم الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المنظمة لموضوع عقود الإرادة المنفردة.

وفي سبيل ذلك قسمنا الدراسة إلى فصلين:

*** الفصل الأول:** مخصص لدراسة الوصية والهبة بين الشريعة والقانون.

*** الفصل الثاني:** مخصص لدراسة الوقف والوعد بجائزة بين الشريعة والقانون.

⁽¹⁾ رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.03.

الفصل الأول

الوصية و الهبة

بين

الشريعة و القانون

تعدّ الوصية نظاما قديما، لكنه اقترن في بعض العهود بالظلم والإجحاف؛ فالعرب في الجاهلية مثلا كانوا يوصون للأجانب تفاخرا ومباهاة، ويتركون الأقارب في الفقر والحاجة، وجاء الإسلام فصّح وجهة نظر الوصية على أساس الحق والعدل⁽¹⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري، فقد سار على درب الشريعة الإسلامية وأخضع الوصية إلى الأحكام التي جاءت بها؛ فجاء بنظام الوصية في الباب الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات؛ وذلك في المواد: 184 إلى 201 من ق أ ج⁽²⁾.

وأما الهبة فقد استأثرت على مرّ العصور باهتمام المشرع، وما يزال تأثيرها مستمرا؛ نظرا لأهمية موضوعها، وارتباطها بحقيقة الإنسان ونواياه، وعلاقاته بمحيطه، وتفاعله مع هذا المحيط، وانعكاسها على بواعث المرء وخفايا نفسه.

وتتيح معظم التشريعات العربية حرية المرء في التصرف بأمواله عن طريق الهبة في أثناء حياته؛ دون تقييد حرّيته بنصب معين، كما هو الأمر في الوصية⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس نقسّم الفصل إلى مبحثين:

- **المبحث الأول:** الوصية بين الشريعة الإسلامية والقانون.

- **المبحث الثاني:** الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون.

(1) وهبة الرّحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء الثامن، الطبعة الأولى؛ دار الفكر، دمشق، 1991، ص.07.

(2) قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ج ر ج ج عدد 24، الصادر في جوان 1984، المعدل والمتّم بالأمر رقم 05 - 02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.

(3) إلياس ناصيف، **موسوعة العقود المدنية والتجارية**، الجزء الحادي عشر؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006،

المبحث الأول

الوصية بين الشريعة الإسلامية والقانون

- سنتناول في هذا المبحث تنظيم الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون وذلك من خلال المطالب التالية:

* **المطلب الأول: الوصية في الشريعة الإسلامية.**

* **المطلب الثاني: الوصية في القانون.**

المطلب الأول:

الوصية في الشريعة الإسلامية

لقد شرع الله الوصية ليصل الإنسان بها من يجب، وتكون قرينة إلى الله Y فيمتد أثرها لما بعد الوفاة؛ من خير وبرٍّ وحسنات لا يعلمها إلا رب السموات. وهذا من محاسن الشريعة ورفقيها.

الفرع الأول

مفهوم الوصية

مفهوم الوصية يقتضي الوقوف عند تعريفها ودليل مشروعيتها أولاً، ثم التعرض لأركانها وشروط صحتها.

أولاً: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها:

1- تعريف الوصية:

لغة: الوصية تعني الإيلاء، يقال: أوصيت له أو إليه، جعلته وصياً يقوم على من بعده، وهذا المعنى اشتهر فيه لفظ: **الوصاية**⁽¹⁾.

ولقد اختلفت أقوال الفقهاء في تعريف الوصية شرعاً؛ إلا أن معناها في اصطلاحهم هو: تملك مضاف إلى ما بعد الموت؛ سواء كان الموصى به عينا أو منفعة.

ومن بين هذه التعريفات نجد: عند جمهور فقهاء الحنفية بأنها: تملك مضاف إلى ما بعد الموت على

سبيل التبرع، وعرفها المالكية والشافعية والحنابلة بما هو قريب من هذا المعنى، أو بما يستفاد منه هذا المعنى⁽¹⁾.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.8.

2- دليل مشروعية الوصية:

تثبت مشروعية الوصية في الكتاب والسنة والإجماع.

أ- في الكتاب: يقول الله سبحانه وتعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (2).

فالآية نص صريح في طلب الوصية للوالدين والأقربين، وهي للقرابة أحسن وأكثر أجراً؛ فينبغي للموصي أن يبدأ بهم لأن الله تعالى بدأ بهم (3).

قال تعالى: " وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا" (4) وَقَالَ أَيضاً: " وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ" (5).

كما نجد قوله تعالى: " وَلَكُمْ نَصْفُ مَا تَرَكَ أَرْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ النُّصْبُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ" (6). فهذه الآية دليل على أن الوصية مشروعة وجائزة؛ ولو لم تكن كذلك لما جعل استحقاق الميراث وثبوته للورثة بعد إخراجها من التركة.

ب- في السنة: فقد جاءت بالوصية كذلك؛ ففي البخاري؛ حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك بن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: " ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ له شيءٌ يوصي فيه يبيت ليلتين إلاَّ ووصيته مكتوبةً عنده" (7)، وحكم الوصية الاستحباب لمن ترك مالا كثيرا إلا لمن عليه

حقوق، لأن الوصية تجب في حقه. والله تعالى أعلم (1).

(1) أحمد فراج حسنين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص ص. 11-12.

(2) الآية رقم 180 من سورة البقرة.

(3) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع؛ دار ابن حزم، بيروت، 2008، ص. 688.

(4) الآية رقم 8 من سورة النساء.

(5) الآية رقم 177 من سورة البقرة.

(6) الآية رقم 12 من سورة النساء.

(7) رواه البخاري.

(1) أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، الجزء الرابع؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص. 425.

وعن سعد بن أبي وقاص τ قال: قلت: يا رسول الله. أوصي بمالي كله؟ قال: " لا "، قلت: فالشطر؟ قال: " لا ". قلت فالثلث؟ قال: " الثلث، والثلث كثير؛ إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ينكفون الناس أيديهم"⁽²⁾. ففي هذا الحديث نجد أن الرسول ρ أجاز الوصية بالثلث؛ ولو لم تكن مشروعة لما أجازها عليه لما أجازها ν .⁽³⁾

ج- **في الإجماع:** فقد ورد عن علماء الشريعة الإجماع على استحباب الوصية في حدود الثلث؛ حيث استقر الإجماع على منع الوصية بأزيد من الثلث، لكن اختلف فيمن ليس له وارث، فذهب الجمهور إلى منعه من الزيادة على الثلث، أما الحنفية فجوزوا الزيادة⁽⁴⁾.

ويروي تاريخ الصحابة نماذج من وصاياهم، فقد أوصى أنس بن مالك، وأوصى عبد الله بن مسعود، وأوصى أبو الدرداء، وأوصى غيرهم دون معارض أو مخالف⁽⁵⁾.

ولقد انتقل النبي ρ إلى الرفيق الأعلى ولم يوص، لأنه لم يترك مالا يوصي به⁽⁶⁾. أما الصحابة فقد كانوا يوصون ببعض أموالهم تقرباً إلى الله. وكانت لهم وصية مكتوبة لمن بعدهم من الورثة. و هكذا تواتر نقل الإجماع عن الصحابة بصحة الوصية ومشروعيتها⁽⁷⁾.

ثانياً: أركان الوصية وشروط صحتها:

1- أركان الوصية:

لقد اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركناً في الوصية، حيث إن الأحناف يرون ركن الوصية هي الصيغة، في حين أن الجمهور يرون للوصية أربعة أركان:

الصيغة، والموصي، والموصى له، والموصى به، واقتداء برأي هؤلاء الفقهاء ، فإننا سنقوم بدراسة هذه الأركان الأربعة.

أ/ الصيغة:

(2) رواه البخاري.

(3) محمود أحمد راشد، الفقه وأدلته (من الكتاب و السنة)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى؛ دار الفوائد، مصر، 2011، ص.165.

(4) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء الخامس؛ دار الهيتم، القاهرة، 2004، ص.429.

(5) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، الطبعة الأولى؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص.37.

(6) غير أن وصية الرسول ρ لم تكن في الأموال؛ بل كانت في النساء والصلاة؛ حيث قال ν : " الصلاة الصلاة وما ملكت أيما نكم " (رواه البخاري).

(7) السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث؛ دار الفتح للإعلام العربي، 1982، ص.295.

اختلف الفقهاء حول هذا الركن، من حيث توافر الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له؛ فيرى الأحناف بأن الصيغة في الوصية هو الإيجاب فقط، في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الصيغة في الوصية لا تكون إلا بإيجاب من الموصي من جهة، وقبول من الموصى له من جهة أخرى⁽¹⁾. وتكون بلفظ يدل على الإيضاء صراحة، كأوصيت، أو بأيّ لفظ تفهم منه إرادة الوصية، كأعطوا الشيء الفلاني لفلان بعد موتي، ويكون الإيجاب أيضا بالكتابة أو الإشارة المفهمة ولو لقادر على النطق. والقبول أن يقبل الموصى له الوصية باللفظ؛ كأن يقول: قبلت⁽²⁾.

ب/ الموصي:

هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته؛ حيث يصدرها اختياريا في الوصية المعتادة، وتصدر عنه إجبارا في الوصية الواجبة، مقتضاه التملك بلا عوض، والموصي لا يكون إلا شخصا طبيعيا، بخلاف الموصى له؛ الذي قد يكون طبيعيا وقد يكون معنويا⁽³⁾.

ج/ الموصى له:

الموصى له هو المستفيد من الوصية والمستحق لها، والذي صدرت لمصلحته؛ أي من أنشئت الوصية من أجله، وقصد الموصي بره وصلته وجعله خلفا له فيما أوصاه به، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا⁽⁴⁾.

د/ الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية؛ التي يظهر حكمها فيه، أو هو المال الذي أوصى به الموصي للموصى له، أو هو التصرف الذي أنشأه الموصي في وصيته.

2- شروط صحة الوصية:

يشترط لصحة الوصية ما يلي:

- أ- يشترط في الموصي: أن يكون أهلا للتبرع، وأن يكون راضيا ومختارا وأن يكون مالكا لما يوصي به.
- ب- ويشترط في الموصى له: أن يكون موجودا، وأن يكون معلوما بنفسه أو بصفته، وأن تكون الجهة الموصى لها جهة برّ لا جهة معصية، وأن يكون الموصى إليه حسن التصرف، وأن يكون الموصى له بالمال غير وارث، كما قد يكون قابلا للإيجاد مثل الجنين.

(1) دحماني فريزة، الوصية في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010، ص.01.

(2) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص.694.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.50.

(4) دحماني فريزة، المرجع السابق، ص.20.

ج- ويشترط في الموصى به: أن يكون مالاً يباح الانتفاع به شرعاً، وأن يكون مملوكاً للموصي، وأن يكون مما يصح تملكه شرعاً، وأن لا يكون الموصى به معصية أو محرماً شرعاً، وأن لا يكون بأكثر من ثلث ماله إن كان له وارث. وأن يحصل الإيجاب من الموصى بقول أو فعل أو كتابة قبل موته وقبول الموصى له⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مبطلات الوصية وحكم تعدد الوصايا

هذا الفرع يقتضي الوقوف على مبطلات الوصية أولاً ثم التعرض إلى حكم تعدد الوصايا.

أولاً: مبطلات الوصية:

من المقرر شرعاً أن الوصية إذا توفرت أركانها وشروطها كانت صحيحة؛ ما لم يوجد ما يحول دون تنفيذها، فيبطلها. والوصية تبطل بأمر كثيرة، بعضها بسبب الموصي وبعضها بسبب الموصى له، والبعض الآخر بسبب الموصى به.

1/ مبطلات الوصية من جهة الموصي:

أ- الرجوع عن الوصية:

أجمع فقهاء المسلمين على كون الوصية عقد غير لازم قبل وفاة الموصي، ومن ثم له حق الرجوع عنها كلياً أو جزئياً، وفي أي وقت شاء ما دام حياً، وذلك لأن الذي وجد من الموصي حال حياته إنما هو الإيجاب فقط؛ والأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط القبول بالإيجاب، وعقد الوصية لا يكون فيه هذا الارتباط في حال الحياة، لأن القبول يكون بعد وفاة الموصي، ولأن حكمة الوصية أن يتدارك الإنسان بها ما فاتته من عمل المعروف، فإذا طال به العمر واحتاج إلى ماله لدفع حاجاته؛ فله شرعاً أن يرجع عن وصيته، وينفق ماله فيما هو في حاجة إليه⁽²⁾.

ب- زوال أهلية الموصي بعد الوصية:

قال بعض الفقهاء إن استمرارية أهلية الموصي شرط لاستمرار الوصية، كما هو شرط لإنشائها، فإذا كان متمتعاً بأهلية التبوع وقت إنشاء التبوع، ثم طرأ عليه الجنون المطبق خلال الفترة الواقعة بين الوصية وبين وفاته بطلت الوصية؛ سواء اتصل الموت بهذا الجنون أم لا؛ وهو ما ذهب إليه الحنفية.

(1) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى؛ بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2009، ص ص. 675-676.

(2) أحمد فراج حسنين، المرجع السابق، ص. 183.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية لا تبطل بالجنون؛ سواء كان مطبقاً أم لا، ذلك لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد، ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحة العقد أو التصرف⁽¹⁾. ونحن نرى أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري هو الأجدر بالعمل به؛ حين اشترط سلامة العقل عند الانعقاد فقط، في المادة 186 من ق أ ج؛ والتي تنص على: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل"⁽²⁾.

ج- ردة الموصي بعد الوصية:

تبطل الوصية بردة الموصي إن مات على ذلك، وإن تاب وكانت مكتوبة كانت صحيحة، وإذا قتل المرتد على رده بطلت وصاياه قبل الردة وبعدها، لأن الردة تبطل الأعمال⁽³⁾، وقد قال الله تعالى: " لئن أشركت ليحبطن عملك"⁽⁴⁾.

2/ مبطلات الوصية من جهة الموصي له:

أ- رد الموصي له الوصية:

إن رد الموصي له للوصية كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي؛ فإنها تعد باطلة باتفاق الفقهاء، وأما رده قبل موته فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء، فله أن يقبلها بعد وفاته، وأما رده بعد قبولها يبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد⁽⁵⁾.

ب- قتل الموصي له للموصي:

إن قتل الموصي له للموصي يجعل الوصية باطلة، وبما أن القتل يمنع الإرث، فإنه يمنع الوصية كذلك. وهناك قاعدة فقهية تقول: " من تعجل شيئاً قبل أوانه على وجه محرّم عوقب به." ولو قلنا بأن الوصية لا تبطل؛ لكان هذا فتح لباب شر، فكل موصي له إذا أبطى عليه موت الموصي، فقد يقتله ليأخذ الوصية⁽⁶⁾.

ج- بطلان الوصية لو ارث إلا بإجازة الورثة:

لا تجوز الوصية لو ارث من الثلث ولا غيره إلا بإذن الورثة، والأصل في معناها قوله: " إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية لو ارث."⁽¹⁾

(1) دحماني فريزة، المرجع السابق، ص.38

(2) المادة 186 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، المرجع السابق، ص.430.

(4) الآية رقم 65 من سورة الزمر.

(5) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.123.

(6) محمد بن صالح العثيمين، الجامع لأحكام فقه السنة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى؛ دار الغد الجديد، القاهرة، 2006، ص. 96.

(1) رواه الترمذي.

لأن الله تعالى جعل لكل وارث قدر معلوما من التركة، وإذا خص الميِّت (الموصي) بعضهم بالزيادة كأنه أعطاهم من حق غيرهم، فإن لم يجزها الورثة رجعت ميراثاً، لأنه لا يجوز أن ينفرد بعضهم عن البعض الآخر⁽²⁾.

3/ مبطلات الوصية من جهة الموصى به:

أ- استغراق الدين للتركة:

تبطل الوصية إذا كان على الميِّت ديون تستغرق جميع التركة، لأن الوصية لا تصح إلا بعد قضاء الديون، فدفعت الديون مقدم على تنفيذ الوصية بالإجماع، وإذا لم تبرأ ذمة الموصي من الدين، ولم يتطوع أحد الورثة أو شخص آخر لتسديد هذا الدين كله أو بعضه تبرعاً من ماله، بطلت الوصية لانعدام محلها⁽³⁾.

ب- تلف أو هلاك الموصى به:

تبطل الوصية بهلاك الموصى به؛ سواء كان بفعل الموصي أو بقوة قاهرة، كما لو أوصى الموصي بسيارة ثم احترقت السيارة؛ فإن الوصية تبطل و ذلك لانعدام محل الوصية⁽⁴⁾.

ثانياً: حكم تعدد الوصايا:

إذا تزاممت الوصايا وزادت عن ثلث التركة، ولم يجزها الورثة، أو أجازها و لم تنتسح التركة لتنفيذ جميع الوصايا، فإن التزاحم يحل كآلآتي:

1- إن كان التزاحم بين الأشخاص:

كما لو أوصى لزيد بخمسين ديناراً، و لعمر بعشرين ، ولخالد بثلاثين. ففي هذه الحالة يقسم الثلث بينهم حسب ما فرض لهم الموصي بحسب نسبته.

2- إن كان التزاحم في حقوق الله تعالى:

كفرض الحج، والزكاة، وزكاة التطوع؛ فيقدم الفرض على التطوع، فينفذ الوصية بأداء الحج عنه، وإخراج الزكاة الواجبة عنه، فإن بقي من الثلث شيء؛ أدى التطوع من صدقات، وغير ذلك.

3- إن كان التزاحم في الوصايا المشتركة بين الله وحق العباد:

إذا تزاممت في الوصية حقوق الله وحقوق العباد، قدم حق الله على غيره، لأن دين الله أحق بالوفاء⁽¹⁾.

المطلب الثاني

(2) عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب الإمام مالك بن أنس، الجزء الثالث؛ مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، 2002، ص.1150.

(3) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص.696.

(4) محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص.96.

(1) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص.679.

الوصية في القانون

نظرا لأهمية الوصية في الحياة العملية وكونها أيضا من أهم التصرفات المالية القانونية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، فقد نصت عليها معظم التشريعات العربية وذلك حفاظا على مصالح الأسرة والمجتمع، وإعطاء كل ذي حق حقه.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

سنتناول في الفرع الأول: مفهوم الوصية.

وفي الفرع الثاني: أحكام الوصية.

وفي الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية.

الفرع الأول

مفهوم الوصية في القانون

مفهوم الوصية يقتضي تعريف الوصية وإثباتها أولاً، ثم التعرض إلى نظامها القانوني.

أولاً: تعريف الوصية وإثباتها

1/ تعريف الوصية:

عرف المشرع الجزائري الوصية بموجب نص المادة 184 من ق- أ - ج ؛ والتي تنص على:

" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."⁽²⁾. وهذا التعريف جاء شاملا وجامعا لكل أنواع الوصايا، سواء كانت واجبة أم مندوبة، وسواء كانت بمال أو بغيره، فمصطلح "تمليك" يشمل ذلك كله. أما المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي.

- أما كلمة "تبرع" فتعني أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجب الموصي تطوعا بعد موته⁽³⁾.

- كما نجد في قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1964: أنه عرف الوصية في المادة الأولى من هذا القانون على أن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت. فالقانون جعل معنى الوصية شاملا، وسماها تصرفا ولم يجعله منجزا بل مضافا إلى أجل غايته موت الموصي.

- وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية: ورد تعريف الوصية في الفصل الثاني من الكتاب الخامس؛ وعرف الوصية على أنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقدة يلزم بموته⁽¹⁾.

(2) المادة 184، من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص ص. 61-62.

(1) عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا

للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2007، ص ص. 9-10.

ويبدو لنا بأن هذا الاتجاه غير صحيح من حيث التكييف، لأن الوصية لا تتعد بتطابق الإيجاب والقبول حتى تسمى عقداً، بل الوصية تتعد بالإرادة المنفردة للموصى وحده.

2/ إثبات الوصية:

تنص المادة 191 من ق أ ج على: "تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وحالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر على هامش أصل الملكية."⁽²⁾.
فمن خلال هذا النص يظهر لنا أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق، وتحرير عقد بذلك لكي تكون لها قوة ثبوتية، أما الوصية المنعقدة شفاهة أمام الشهود وفي حالة وجود مانع قاهر فإن القانون أوجب استصدار حكم قضائي لإثبات صحتها القانونية، ويؤشر به على هامش أصل الملكية⁽³⁾. ونلاحظ أن نص المادة 191 من ق أ ج أتى بخطوة حميدة للبحث على ضرورة الاهتمام بالوصايا وكتابتها في شكل رسمي؛ تفادياً للمشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين الورثة والموصى لهم⁽⁴⁾.
ولقد أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات في هذا الصدد؛ منها قرارها الصادر بتاريخ 23 - 12-1997 حيث جاء في حيثياته: "من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية. ومن ثم، فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"⁽⁵⁾.

ثانياً: النظام القانوني للوصية:

لقد سبق وأن أشرنا إلى أركان الوصية في الشريعة الإسلامية والمتمثلة فيما يلي: الصيغة، الموصي، الموصى له، الموصى به.

1- الصيغة:

فيما يخص الصيغة فقد تطرقنا سابقاً إلى اختلاف الفقهاء حول هذا الركن، حيث ذهب نفر من الأحناف إلى أن ركن الوصية هو الإيجاب فقط، وهذا الرأي أخذ به قانون الوصية المصري حين جعل

(2) المادة 191، من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) لوعل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي،

د ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص. 144 .

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 245 .

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 160350، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997، مجلة الاجتهاد

القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص. 295-296 .

الوصية تصرفا قانونيا ينشأ بإرادة منفردة؛ وإن كان يرى في قبول الموصى له بعد وفاة الموصي شرطا للزوم الوصية.

أما بالنسبة للتعبير عن الصيغة، فلا اختلاف بين الفقهاء؛ فإن الإيجاب من الموصي يجوز أن يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة⁽¹⁾. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 60 من ق م ج؛ والتي تنص على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا؛ إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"⁽²⁾. ويفهم من المادة أن المشرع يجيز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة.

2- الموصي:

الموصي هو الشخص الذي صدر عنه تصرف في التركة، إلا أنه يشترط فيه حتى تصح وصيته شروط معينة؛ إذا تخلفت أو تخلف أحدها لم تصح وصيته ونذكرها فيما يلي:

أ- أهلية التبرع:

يجب أن يكون الموصي أهلا للتبرع، وذلك بأن يكون بالغاً، وعاقلاً، ولذلك لا تصح وصية الصبي غير المميز، وكذلك الوصية الصادرة من المجنون أو المعتوه، لأنهم ليسوا من أهل التبرع⁽³⁾. ولقد اشترط المشرع الجزائري في الموصي بلوغ سن الرشد القانوني؛ وهو تسعة عشر سنة، وذلك طبقاً لنص المادة 40 من ق م ج التي تنص على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"⁽⁴⁾. وأن يكون سليم العقل أيضاً وهو ما نصت عليه المادة 186 من ق أ ج : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسعة عشر (19) سنة على الأقل."⁽¹⁾

ب- الرضا:

يجب أن يتوافر رضى الموصي بالإيصاء؛ وتكون إرادته سليمة من عيوب الإدارة، وإلا كانت وصيته باطلة، لذلك أجمع الفقه والقضاء على بطلان وصية المكره، الهازل، المخطئ والسكران؛ لأنه لا قصد لهم. والوصية هنا تضر أيضاً بورتتهم تطبيقاً لقاعدة " لا ضرر و لا ضرار"⁽²⁾.

(1) زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1976، ص ص 1-2.

(2) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975.

(3) عمار بهاليل هاني، المرجع السابق، ص 21.

(4) المادة 40، من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(1) المادة 186، من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة- الوصية-الوقف)، د ط، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004، ص 48.

3-الموصى له:

وهو المتصرف له. وحتى تصح الوصية يجب أن تتوافر في الموصى له شروط معينة وهي:
أ- أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا وقت إنشاء الوصية، فإذا كان الموصى له معرفا بالوصف، كفقراء طلبة العلم، فلا يشترط وجوده وقت الوصية أما إذا كان معينا بالاسم، أو الإشارة، فيشترط وجوده في وقت الوصية ليستقيم القول، فإن التعيين يقتضي الوجود، حتى يوجه القول نحوه توجيهها صحيحا.

ب- أن يكون الموصى له معلوما:

ويكون ذلك بتعيينه سواء بالاسم، الوصف أو الإشارة كأحمد بن أحمد، أو جهة خير كالجمعية الخيرية لتحفيظ القرآن، أو بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم. ويقصد بهذا الشرط أن لا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن إزالتها، ذلك أنه إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولا بصورة مطلقة، ولم يتم التعرف عليه بطلت الوصية⁽³⁾.

ج- ألا يكون الموصى له جهة معصية:

يقصد بجهة المعصية، الجهة المحرمة شرعا وقانونا، كالوصية لبيوت القمار مثلا، وبطلان الوصية بأمر محرم مأخوذ من المذهب الحنفي.

د- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى:

يشترط لكي يستحق الموصى له الوصية ألا يكون قاتلا للموصى، ولقد استقر جمهور الفقهاء على هذا الشرط، استنادا لما روي عن النبي p أنه قال: "لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ"⁽⁴⁾، ذلك أن من استعجل في شيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، سواء كان القتل مباشرا أو غير مباشر، وسواء كان فاعلا أصليا أم شريكا. أما إذا كان بعذر كحالة الدفاع الشرعي، فلا يحرم من الوصية⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 188 من ق أ ج على ما يلي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا."⁽²⁾

4-الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه، ويشترط فيه حتى تصح الوصية ما يلي:
أ- أن يكون الموصى به مما يمكن توارثه:

(3) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، د ط، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص ص 56-57 .

(4) رواه الدارقطني والبيهقي.

(1) دحمانى فريزة، المرجع السابق، ص.21.

(2) المادة 188، من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يشترط في الموصى به، أن يكون قابلا للانتقال من المورث إلى الوارث، ويندرج في ذلك كافة أموال الإنسان بأنواعها المختلفة والتي يجوزها حقيقة أو حكما، كالأموال العينية وحقوق الارتفاق، والديون الثابتة في ذمة الغير.

فإن لم يكن كذلك اشترط أن يكون صالحا، لأن يصبح محلا للتعاقد في حال حياة الموصي كالمنفعة، التي تملك بعقد الإجارة أو الإعارة وإن لم تكن كذلك كانت الوصية باطلة. ولقد ساير المشرع الجزائري المذهب الشافعي والمالكي الذي يجيز الوصية بالمنفعة؛ وهذا ما أكده في نص المادة 190 من ق أ ج⁽³⁾.

وبذلك أجاز الوصية بالأموال والحقوق المتعلقة بالأعيان؛ كمنزل، نقود، كما أجاز الوصية بالمنفعة كالوصية بغلات الأرض، بشرط أن تكون هذه الأموال الموصى بها مالكا لها قبل وفاته وإلا بطلت الوصية⁽⁴⁾.

ب- أن لا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

يشترط لنفذ الوصية ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة؛ وهذا بإجماع الفقهاء، عملا بالحديث النبوي الشريف، الذي رواه أصحاب السنن عن سعد بن أبي وقاص: "أنه كان مريضا، فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أوصي بجميع مالي؟ فقال: لا، فقال فبئثي مالي؟ قال: لا، قال بنصف مالي؟ قال: لا، قال فبئث مالي، فقال عليه الصلاة والسلام: التُّلُّ وَالتُّلُّ كَثِيرٌ، إِنَّكَ إِنْ تَدَعُ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ أَنْ تَدَعَهُمْ فُقَرَاءَ يَنْكَفُونَ النَّاسَ."⁽⁵⁾

ولقد أكد القانون الجزائري على هذا الشرط في المادة 185 من ق أ ج⁽¹⁾. و عليه، فمقدار الوصية هو في حدود الثلث، وإذا زاد عن ذلك، توقف على إجازة الورثة، فإن أجازها البعض ورفضها البعض الآخر؛ كانت نافذة في حق من أجازها دون البعض الآخر⁽²⁾.

ج- أن يكون الموصى به مقوما وقابلا للتمليك:

الموصى به قد يكون مالا، وقد يكون حقا من الحقوق التي في معنى المال، فإذا كان مالا وليس منفعة؛ يشترط لصحة الوصية به أن يكون:

⁽³⁾ حيث تنص على: "للموصى أن يوصي بالأموال التي يمتلكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة." المادة 190 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁽⁴⁾ عمار بهاليل هاني، المرجع السابق، ص. 38.

⁽⁵⁾ رواه أصحاب السنن.

⁽¹⁾ حيث تنص على: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث وقف على إجازة الورثة" المادة 185 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁽²⁾ دحماني فريزة، المرجع السابق، ص. 9.

- **مالا مقوما:** وهو المال الذي يحل الانتفاع به شرعا، فلا تصح الوصية بالخمير أو الخنزير أو كل ما لا يجوز شرعا، لأنها لا تعتبر مالا مقوما في حق المسلم⁽³⁾.
- **مالا قابلا للتملك:** يعني أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد ما في نظر القانون. لذلك، لا تصح الوصية بالأموال المباحة غير المملوكة بعقد في القانون كما لا تصح الوصية بالوظائف العامة وغيرها من الحقوق الشخصية لأنها لا تورث، ولا تصح أن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته⁽⁴⁾.

2- أنواع الوصايا:

الوصايا نوعان: اختيارية، وواجبة.

أ/ الوصية الاختيارية:

الوصية الاختيارية هي أن يتصرف الموصي بإرادته المنفردة كيف ما شاء، إذ يجوز الرجوع فيها في أي وقت شاء، والإنسان في هذا النوع من الوصية يريد التقرب من الله، لأن أصل القربات التي يوجبها الشرع الندب أي الاستحسان⁽⁵⁾.

ب/ الوصية الواجبة:

هي وصية جعلت للأحفاد الذين مات أبوهم في حياة جدهم، فأوجب على الجد أن يوصي لأحفاده بنصيب أبيهم الميت بشرط أن لا يزيد عن الثلث، يقسمونه قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين⁽⁶⁾. ويستند تشريع الوصية الواجبة إلى الآية الكريمة: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁽⁷⁾.

● شروط الوصية الواجبة:

ويشترط لاستحقاق الوصية الواجبة شرطان:

- **الشرط الأول:** أن يكون الفرع غير وارث لأن الوصية وجبت عوضا عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقي حيا، وإن كان وارثا ولو بمقدار قليل لا تجب له الوصية.
- **الشرط الثاني:** أن لا يكون الميت قد أعطى ذلك الفرع بغير عوض قدر ما يجب له بالوصية عن طريق تصرف آخر، كأن يهبه بدون عوض أو يبيعه بيعا صوريا، وإن أعطاه بغير عوض أقل من مقدار الوصية الواجبة، وجبت له وصيته بالقدر المتبقي⁽¹⁾.

(3) عمار بهاليل هاني، المرجع السابق، ص. 39 .

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص. 268- 269 .

(5) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 199.

(6) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص. 689.

(7) الآية رقم 180 من سورة البقرة.

(1) أحمد فراج حسنين، المرجع السابق، ص ص. 194- 195 .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 171 ق أ ج التي تنص على ما يلي: "... فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل⁽²⁾ بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة"⁽³⁾.

الفرع الثاني أحكام الوصية

أحكام الوصية يقتضي الوقوف على قبول أو رد الموصى له للوصية أولاً، ثم نتعرض لرجوع الموصي عن الوصية.

تظهر أحكام القبول والرد في إرادة كل من الموصي والموصى له، حيث يحق للموصى له قبول الوصية أو ردها، كما يمكن للموصي الرجوع عن الوصية التي قام بإنشائها.

أولاً: قبول أو ردّ الموصى له للوصية:

يعرف القبول بأنه تعبير بالموافقة على الإيجاب، وبه يتم إبرام العقد، ويجب أن يكون ذلك القبول باتاً من جهة، ومتطابقاً مع الإيجاب تطابقاً تاماً من جهة أخرى.

ولما كانت الوصية من جانب واحد، فإنه لا يتصور أن يحتاج انعقادها لغير الإيجاب، أما القبول فإن استلزامه يكون لمجرد لزوم الوصية، فهو ليس ركناً فيها، بحيث تتعقد الوصية عند صدورها من الموصي، ولكن يتوقف نفاذها على موته وعلى قبول الموصى له للوصية.

ويختلف قبول الوصية باختلاف الموصى له حول إذا ما كان معيناً أو غير معين، فإن كان غير معين كطلبة العلم، فإن القبول في هذه الحالة يؤكد إلى من يمثلهم، وإن لم يوجد لزمّت الوصية دون توقف على القبول، أما إذا كان الموصى له معيناً فإنه يشترط في ثبوت الملك للموصى له قبوله.

ويمكن أن يكون قبول الوصية وردّها في كل الموصى به، كما يمكن أن يكون في بعضه فقط، ذلك أن المستقر عليه في الشريعة الإسلامية أن من يملك الكل، يملك رد الجزء، فإذا حصل ذلك نفذت الوصية، فيما قبله وتبطل في الجزء الذي رده.

كما أن وقت قبول الموصى له للوصية أو ردها لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، وجاء المشرع الجزائري في نص المادة 197⁽¹⁾ من ق أ ج على صيغة العموم، فلم يشترط قبول الوصية على الفور بعد موت الموصي، ومن ثم لم يشترط مدة معينة لإعلان قبول الوصية⁽²⁾.

(2) التنزيل: هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة، أو هو تنزيل غير الوارث منزلة الوارث وأخذه لنصيبه. (عمار بهاليل هاني، المرجع السابق، ص. 60).

(3) المادة 171 الفقرة الثانية، من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

ثانيا: رجوع الموصي عن الوصية:

اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم، وأنه يجوز للموصي الرجوع عنها كلها أو بعضها ما دام حيا، واتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يكون صريحا أو ضمنيا.

1/ الرجوع الصريح:

يمكن للموصي أن يلجأ إلى الموثق الذي حرر له عقد الوصية، ويطلب منه تحرير عقد الرجوع عنها ومن دون تسيب طلبه، ويتم ذلك بحضور شاهدي عدل حسب المادة 192⁽³⁾ من ق أ ج . فالرجوع الصريح يتم بوسائل إثباتها، كما يمكن أن يلجأ الموصي لاستصدار حكم يثبت الرجوع في الوصية لأن الحكم القضائي من وسائل الإثبات أيضا⁽⁴⁾.

2/ الرجوع الضمني:

الرجوع الضمني هو كل تصرف أو فعل في الموصى به؛ يفيد رجوع الموصي عن الوصية، كأن يبيع الشيء الموصى به، أو يهبه، أو يتصدق به أو يجعله مهرا أو وقفا، وهذا متفق عليه فقها وقانونا⁽⁵⁾.

بالنسبة للاجتهد القضائي الجزائري نجد عدة قرارات للمحكمة العليا في هذا الصدد منها القرار الصادر بتاريخ 24- 01- 1990 حيث جاء في حيثياته: " من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، لما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضاوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف؛ بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية، يكونون بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذاك استوجب نقض القرار المطعون فيه."⁽¹⁾

(1) حيث تنص على: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي"، المادة 197 من القانون رقم 84- 11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

(2) دحماني فريزة، المرجع السابق، ص 4- 5.

(3) حيث تنص على: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها." المادة 192 من القانون رقم 84- 11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

(4) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 61.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 114.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 54727، الصادر بتاريخ 24- 01- 1990، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 85.

الفرع الثالث

أساس تقييد الوصية

هذا الفرع يقتضي الوقوف على منع الإضرار بالورثة أولاً، ثم التعرض إلى منع التحايل على أحكام القانون.

لقد قيد الفقه والقانون حرية الموصي في الإيضاء، وذلك من أجل حماية حقوق الورثة الذين سوف تنتقل إليهم التركة، ويظهر ذلك فيما يلي:

أولاً: منع الإضرار بالورثة:

تكون الوصية باطلة في الشرع والقانون إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، ولقد نهت الشريعة الإسلامية عن وصية الضرر في قوله تعالى: " ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ." (2) كما نهى عليه السلام عن عقد الوصية بقصد الإضرار بالورثة بقوله: "الإضرار في الوصية من الكبائر." (3)

ويتحقق عنصر الإضرار والضرر إذا قصد الموصي حرمان ورثته من بعض ماله، أو أوصى بأكثر من الثلث، ولم يشترط الفقهاء توافر نية قصد الإضرار بالورثة بل يكفي تحقق الضرر (4).

ثانياً: منع التحايل على أحكام القانون:

إذا كان المشرع قد أعطى للمورث حرية التصرف في أمواله أثناء حياته، فقد قيد حريته في تصرفاته المضافة إلى ما بعد الموت؛ ما دام قد حرم الوصية بغير القيد المذكور، فلا يمكن للوارث التحايل على أحكام الشريعة والقانون بإخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر من العقود المنجزة غير الخاضعة لإجازة الورثة، لأن هذا يعتبر تحايل؛ لحرمان الورثة من حق مقرر لهم شرعاً، فلم الاعتراض عليه وإثبات الصورية مهما كان شكل العقد (1)؛ باعتبار أن التركة حق مقرر للورثة والوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث. وبذلك يكون التجاوز في نصابها مساس بالميراث وتغيير للمراكز القانونية للورثة، وعلى هذا الأساس يكون لهم حق إثبات ذلك بكل طرق الإثبات على أساس وجود غش أو تحايل على القانون (2).

(2) الآية رقم 12 من سورة النساء.

(3) رواه النسائي.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 248.

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص. 64- 65 .

(2) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، د ط، منشأة المعارف، مصر، د س، ص. 407.

المبحث الثاني

الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون

سنتناول في هذا المبحث تنظيم الهبة في الشريعة الإسلامية والقانون وذلك من خلال المطالب التالية:

* المطلب الأول: الهبة في الشريعة الإسلامية.

* المطلب الثاني: الهبة في القانون.

المطلب الأول

الهبة في الشريعة الإسلامية

لقد شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب، ومن أجل تقوية روابط المحبة بين الناس، فقد تحصل الخصومات والانشقاقات بين الناس، وتتقطع صلة الأرحام، فشرع الله الهبة لتصفية القلوب، وإزالة كل ما يسبب الفرقة بين الناس.

الفرع الأول

مفهوم الهبة

مفهوم الهبة يفتضي الوقوف على تعريفها ودليل مشروعيتها أولاً، ثم التعرض إلى أركان الهبة وأنواعها.

أولاً: تعريف الهبة ودليل مشروعيتها:

1- تعريف الهبة:

الهبة كما يعرفها الفقهاء المسلمون هي تملك العين بلا عوض حال الحياة تطوعاً، أو تملك العين في الحال مجاناً أو تملك العين بلا عوض حال حياة المملك⁽¹⁾. والهبة في الشرع، عقد موضوعه تملك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض⁽²⁾. ولقد عرفها ابن قدامة بأنها: "الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة بلا عوض" فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله عز وجل فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه ومحبة له فهو هدية، وهذا شيء مستحب لقوله ρ : "تهادوا تحابوا..."⁽¹⁾.

وما يميز هذا التعريف هو إبرازه لعنصر مهم في الهبة وهو أن تصدر في حياة الواهب والموهوب له، وهذا ما يميزها عن الوصية، وعلى هذا الأساس فهذا التعريف جامع يصلح اعتماده في عصرنا؛ هذا فضلاً عن أنه اعتبر الهبة والصدقة والهدية والعطية كلها معاني متقاربة، فهو يعني بذلك أن كل واحد منها يعتبر نوعاً من الهبة⁽²⁾.

2 - دليل مشروعية الهبة:

الهبة عقد جائز شرعاً وقد ثبت جوازها في الكتاب والسنة.

أ- في الكتاب: يقول الله سبحانه وتعالى: "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"⁽³⁾.

(1) ضريفي الصاق، الرجوع في عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص. 02.

(2) السيد سابق، المرجع السابق، ص. 277.

(1) رواه البخاري والبيهقي.

(2) محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص. 17.

(3) الآية رقم 04 من سورة النساء .

ب- في السنة: فعن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله ﷺ: "يقبل الهدية و يثيب عليها". أخرجه البخاري.

وكان الرسول ﷺ يحث على الهبة، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن⁽⁴⁾ شاة".⁽⁵⁾
وكل هذا دليل على أن الهبة مشروعة وجائزة، فلو لم تكن كذلك لما حث الرسول ﷺ عليها⁽⁶⁾.

ثانيا: أركان الهبة وأنواعها:

1- أركان الهبة:

الهبة شأنها شأن أي عقد، ينبغي لانعقاده توافر الأركان اللازمة لإبرامه وأركان الهبة هي أربعة: الصيغة، الواهب، الموهوب له، والشئ الموهوب.

أ- الصيغة:

المراد بها الإيجاب والقبول، الذي يدل على التملك بغير عوض، كما يراد بالصيغة أيضا تعبير العاقد عن إرادته بما يدل على وجود العقد، والتعبير عن إرادة العاقدين إما أن يكون لفظا، أو كتابة أو إشارة أو أي فعل آخر يدل على ذلك، مثل السكوت الملابس.
ويشترط في الصيغة ان تكون منجزة، فان كانت معلقة على شرط غير محقق الوجود في الحال أو أضيفت إلى المستقبل كانت الهبة باطلة.
ويشترط في الصيغة أيضا ان لا تكون في صورة استفهام مثل: هل تهب لي ذلك؟، لأن صيغة الاستفهام لا ينعقد بها العقد، لأنها مجرد سؤال الإيجاب وليست بإيجاب⁽¹⁾.

ب- الواهب:

الواهب هو كل شخص صدر عنه التصرف في الهبة، إذ يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع، لأن الهبة من عقود التبرع، فيجب أن يكون الواهب بالغا، عاقلا، مختارا غير محجور عليه؛ حتى تقع هبته

(4) الفرسن: عظم قليل اللحم، وهو خف البعير كالحافر للدابة. (قاموس المحيط للفيروز أبادي ص.1315، دار الكتاب

العربي، بيروت) .

(5) رواه البخاري.

(6) محمود أحمد راشد، المرجع السابق، ص. 143.

(1) جمال الدين طه العاقل، قد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د ط، دار الهدى، مصر، د س، ص ص.

صحيحة، إذ لا تصح الهبة ممن ليس أهلاً للتبرع، وهم الصبي، والمجنون، والسكران، والمحجور عليه لسفه، فهبة هؤلاء باطلة، ولا يعتد بها، ولو أجازها الولي، لأنهم محجور عليهم في جميع أموالهم.

ج - الموهوب له:

وهو من كان أهلاً للتملك، سواء كان موجوداً، كالشخص الطبيعي (الحفيد)، أو الشخص المعنوي كطلبة المدرسة القرآنية، أو سيوجد في المستقبل، كمن سيولد من أبناء العم، أو كان جهة اعتبارية، كالمساجد والمستشفيات والمشاريع الخيرية، وتجوز الهبة لغير المسلم⁽²⁾. لقوله تعالى: " وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً"⁽³⁾؛ والأسير لا يكون إلا مشركاً.

د - الشيء الموهوب:

إن الشيء الموهوب هو محل عقد الهبة، والأصل في الهبة أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد، وهو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم، ومحل التزامه هو الشيء الموهوب. ويسري على الشيء الموهوب باعتباره محل العقد ما يسري على محل العقد بوجه عام؛ حيث يشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب ليكون عقد الهبة صحيحاً، ومنتجا لأثاره توفر الشروط التالية:

- أن يكون المحل موجوداً وقت الهبة، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه، كما يجب أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب⁽⁴⁾.

2- أنواع الهبة:

الهبة إن كانت من الغني لمتله فهي للمودة والمحبة، وإن كانت من الغني إلى الفقير فهي للإحسان والمواساة، وإن كانت من الفقير إلى الغني فهي غالباً يراد بها المكافأة وهي نوعان:

أ- الهبة المطلقة:

لا يقصد بها العوض، وإنما يقصد بها الأجر، وحصول المودة، سواءً كانت لمن دونه، أو أعلى منه، أو مثله، وهذه هي الأصل، وهي مستحبة.

ب- الهبة المقيدة:

وهي التي يقصد بها ثواب الدنيا، وهذا النوع من الهبة حكمها حكم البيع، والغالب أن المهدي يطلب بها أكثر مما أهدى، والأفضل أن يقنع بما يعطى، ولا يجعل الهدية طريقاً لا يبتزاز أموال الناس⁽¹⁾.

الفرع الثاني

(2) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 254، 256.

(3) الآية رقم 8 من سورة الإنسان.

(4) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 140-141.

(1) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص 662-663.

الرجوع في الهبة وموانعها

هذا الفرع يقتضي منا تناول موقف الفقه من الرجوع في الهبة أولاً، ثم التعرض إلى موانع الرجوع في الهبة.

أولاً: موقف الفقه من الرجوع في الهبة:

لا خلاف بأن الهبة إذا استوفت أركان وشروط صحتها، يترتب عليها انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى ذمة الموهوب له، إلا أن الفقهاء اختلفوا في صفة هذا الملك، هل هو ملك لازم لا يجوز الرجوع فيه، أم أنه ملك غير لازم (جائز) يقبل الرجوع؟

ولعل جوهر اختلاف الفقهاء يتحدد بتكييف عقد الهبة ذاته، أهو عقد لازم أم أنه عقد غير لازم؟ إذ يقصد بفكرة العقد اللازم في الفقه الإسلامي: العقد الذي لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه دون موافقة العاقد الآخر، أما العقد غير اللازم (العقد الجائز) فيقصد به: العقد الذي يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، دون توقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر⁽²⁾، وانطلاقاً من اختلاف الفقهاء حول لزوم عقد الهبة من عدمه، اختلفوا تبعاً لذلك حول جواز الرجوع فيه، وقد يكون الرجوع في الهبة قبل قبض الشيء الموهوب أو بعده، لذا سوف نقسم موقف فقهاء الشريعة الإسلامية؛ كل حالة على حدة:

1- حكم الرجوع في الهبة قبل قبض الموهوب:

أ- رأي جمهور الفقهاء:

يذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الهبة قبل القبض تعتبر عقداً جائزاً (أي غير لازم)، مما يجوز للواهب الرجوع عن هبته في هذه الحالة، ولا يحق للموهوب له إجبار الواهب على تسليم المال الموهوب إن لم يكن قد سلمه، باعتبار عقد الهبة غير لازم قبل القبض، حيث إن ملكية المال الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له إلا بالقبض التام المستوفى كل شروطه.

ويحتج الجمهور في ذلك: بأن المال الموهوب يبقى ملكاً للواهب قبل القبض، وأن رجوعه هو رجوع عن تمليك شيء لا يزال على ملكه، فيجوز له ذلك.

ب- رأي المالكية وغيرهم:

أما المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم اشتراط القبض لانتقال ملكية المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، بل تنتقل بالعقد، أي بمجرد صدور الإيجاب من الواهب واقتران قبول الموهوب له به، ومن ثمّ يجب على الواهب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له، كما يستطيع هذا الأخير إجبار الواهب على التسليم.

(2) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 47-48.

وعليه، يرون أن رجوع الواهب في هبته قبل القبض غير جائز، ويستندون في تدعيم رأيهم بقول الرسول p: " العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه." (1) والحديث جاء عاما لم يفرق بين حالة قبض الهبة وحالة عدم قبضها. كما أنهم قاسوا الهبة على البيع، باعتبار أن كلاهما تمليك حال الحياة، فكما يلزم البيع بالعقد فكذلك هو حال الهبة (2).

2- حكم الرجوع في الهبة بعد قبض الموهوب:

اختلف الفقهاء حول حكم رجوع الواهب في هبته بعد القبض، فمنهم من منعه ومنهم من أجازته، ويمكن حصر آرائهم في رأيين:

أ- الرأي الأول: الهبة بعد القبض عقد لازم؛ لا يجوز الرجوع فيه.

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن الهبة بعد القبض تصبح عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه، واستثنوا حالة واحدة هي هبة الوالد لولده، وهو ما يطلق عليه المالكية مصطلح اعتصار الهبة. ويستند الجمهور في ذلك إلى بعض الأحاديث التي رويت عن الرسول p؛ فقد روي عن أبي عمرو ابن عباس رضي الله عنهما أن: الرسول p قال " لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده " (3)، فهذا الحديث يدل على تحريم الرجوع في الهبة بعد القبض . كما استند أصحاب هذا الرأي إلى حجة أخرى؛ مفادها أن الأصل في العقود هو اللزوم، وهذا يتحقق في الهبة بعد القبض، ولا يرتفع هذا اللزوم إلا لعارض أو خلل في المعقود ولم يوجد. فتأكد اللزوم بالقبض، وعليه لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة، إلا في حالة الهبة من الوالد لولده.

ب- الرأي الثاني: الهبة بعد القبض عقد غير لازم يجوز الرجوع فيه.

ذهب الأحناف وبعض الشيعة إلى القول بأن الهبة عقد جائز في الأصل، ومن ثم يجوز الرجوع فيه إلا إذا وجد مانع من الموانع، واستندوا في ذلك إلى بعض الحجج منها:

فقد روي عن أبي هريرة r قال: قال رسول الله p: " الرجل أحق بهبته ما لم يثبت منها." (1) أي ما لم يعوض، فهذا الحديث يدل على جواز الرجوع في الهبة (2). حيث إن الرسول p أقر أحقية الواهب بهبته إن لم يقدم له عوض أو مقابل عنها، ففيه دليل على حق الواهب في الرجوع في هذه الحالة.

واستند أصحاب هذا الرأي إلى حجة أخرى؛ أن الواهب إنما قصد من هبته غرضا، فقد يهب لنيل الثواب من الله عز وجل، وقد يهب لغرض دنيوي، أو لصلة رحم، فإذا طلب الرجوع ففيه دليل على أن له

(1) رواه أصحاب السنن.

(2) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص ص 28- 29.

(3) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة.

(1) رواه ابن ماجة والدارقطني.

(2) مصطفى احمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ص 52- 53 - 54 - 55.

غرضاً دنيوياً فيما أعطى، فإن تبين أن غرضه قد تحقق لم يجز له الرجوع، أما إذا تبين أن غرضه لم يتحقق جاز له الرجوع⁽³⁾.

كما أن الهبة عطاء بلا مقابل، فلا يتضرر الموهوب له برجوع الواهب عنها وفسخها⁽⁴⁾، كما هو الحال في عقد العارية⁽⁵⁾.

ثانياً: موانع الرجوع في الهبة:

1- موانع الرجوع في الهبة عند المالكية:

وتعرف هذه الموانع لدى المالكية بموانع الاعتصار، ويسقط حق الوالدين في الاعتصار بوجود أحد الموانع التالية:

- أ- أن يزيد الشيء الموهوب أو ينقص في ذاته: كأن يكبر الصغير ويسمن الهزيل أو يهزل السمين، أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب لتغير الأسواق فذلك لا يمنع الرجوع لأن الهبة على حالها لم تتغير.
- ب - أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت: وذلك لتعلق حق وراثته بالهبة، فيمنع اعتصارها، و أيضاً نفس الحكم إذا مرض الواهب هذا المرض فإن هذا المرض يمنعه من اعتصار ما وهب لولده، لأن الاعتصار قد يكون لصالح غيره من الورثة وهو ما لا يجوز.
- ج- أن تقوت الهبة عند الموهوب له بما يخرجها عن ملكه من بيع أو هبة ونحو ذلك أو يصنع فيها ما يغيرها كجعل الدنانير حلياً⁽¹⁾.

2- موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية:

أ- العوض:

إذا أخذ الواهب عوضاً لما وهبه لا يكون من حقه الرجوع في الهبة، ويشترط أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض عن الهبة كأن يقول الواهب، خذ هذا عن هبتك أو بدلاً عنها أو مقابلها أو جزائها أو ثوابها أو نحو ذلك مما ينبئ أنه عوض عنها، لأن حق الرجوع ثابت ولا يسقط إلا بعوض يرضى به (الواهب)، ولا يتم ذلك بدون رضاه.

ب- هلاك الشيء الموهوب:

(3) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص.33.

(4) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص.56.

(5) العارية: هي إباحة نفع عين بلا عوض؛ وسميت بذلك لتعريفها عن العوض (محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويرجي، المرجع السابق، ص. 552).

(1) محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص.287.

إذا هلك الشيء الموهوب فليس للواهب الحق في الرجوع في الهبة، لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك، كما أنه لا يحق له أن يرجع وبطالب بقيمة الشيء الهالك لأن قيمته ليست بموهوبة وعقد الهبة لم يرد عليها⁽²⁾.

ج- الزوجة:

إذا وهب رجل لامرأة كانت زوجة له وقت الهبة، ولو كان ذلك قبل دخوله بها، لكن بعد عقد عليها، فليس له أن يرجع فيما وهبه لها، ولو بعد أن يطلقها. أما إذا وهب لامرأة لم تكن زوجة له وقت الهبة، ولو كانت مخطوبة وقتها ثم تزوجها فله أن يرجع عليها بما وهبه لها، حتى بعد دخوله بها.

د- موت الواهب أو الموهوب له:

إذا مات الواهب أو الموهوب له، امتنع الرجوع في الهبة لأنه إذا مات الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوا من جهة الواهب، فلا يرجع عليهم حتى ولو انتقل الملك إليهم في حال حياتهم بسبب آخر.

أما إذا مات الواهب بطل خياره في الرجوع لأنه حق شخص متعلق بإرادته المنفردة، ولا يورث⁽³⁾.

المطلب الثاني

الهبة في القانون

إن موضوع الهبة يتسم بأهمية بالغة سواء بالنسبة للعلاقات والروابط الإنسانية التي تقوم على أساس البر والإحسان، أو بالنسبة للحياة العملية؛ فهو تصرف يكتسي خطورة في التصرفات القانونية، إذ بواسطتها يتنازل الإنسان عن جزء هام من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية، لذلك وجب عليه التروي والتأني قبل إحداثه لهذا التصرف.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

-الفرع الأول: مفهوم الهبة.

-الفرع الثاني: أحكام الهبة.

(2) جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص ص. 222 ، 226.

(3) محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص ص. 290- 291- 292.

الفرع الأول

مفهوم الهبة

مفهوم الهبة يقتضي الوقوف على تعريف الهبة و خصائصها أولاً، ثم نتعرض لنظامها القانوني.

أولاً: تعريف الهبة وخصائصها:

1-تعريف الهبة:

عرف المشرع الجزائري الهبة بموجب نص المادة 202 من ق أ ج والتي تنص على أن: " الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماماً على انجاز الشروط."⁽¹⁾

يلاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري للهبة أنه لم يذكر فيه أنها عقد، و إنما يستخلص ذلك من خلال ضم التعريف الذي أورده في المادة 202 من ق أ ج؛ و المتمثل في أن: " الهبة تمليك بلا عوض" إلى نص المادة 206⁽²⁾ من نفس القانون التي نصت على إمكانية اعتبار الهبة عقداً. بالإضافة إلى ذلك فالمشرع الجزائري لم يذكر بصفة صريحة عنصر نية التبرع الذي هو عنصر جوهري في الهبة، كما أنه لم يتناول عنصر الحياة بصفة جلية، كون الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له.

على خلاف المشرع المصري في تعريفه للهبة فقد أبرز عنصر نية التبرع، كما نص بصفة صريحة أن الهبة عقد، إلا أنه لم ينص صراحة على عنصر الحياة في تعريفه لعقد الهبة⁽¹⁾.

2- خصائص الهبة:

وتتميز الهبة بالخصائص التالية:

أ- أنها عقد يتم بين الأحياء:

(1) المادة 202 ، من القانون رقم 84 -11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) حيث تنص على: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات."، المادة 206 من القانون رقم 84 -11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص ص 20- 21.

إذ أن الهبة عبارة عن عقد لابد فيه من إيجاب وقبول متطابقين، وهذا لا يمكن أن يقع إلا بين الأحياء، فهو يشمل التملك في المستقبل أي في حياة كل من الواهب والموهوب له، خلافا للوصية التي تعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة للموصي إذ لا تنفذ ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاته.

ب- نية التبرع:

وهو العنصر المعنوي في الهبة، فمن يوفي بالتزام طبيعي لا يكون متبرعا، وإنما يوفي ديناً عليه؛ فيعتبر تصرفه في هذه الحالة وفاء وليس هبة. ومن هذه الالتزامات الطبيعية تجهيز الأب لابنته عند زواجها، أو إعطاء لابنه قيمة المهر في الزواج، وهذه التصرفات وفاء لا هبة، وبالتالي لا يستطيع الرجوع عنه، حتى في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع عن الهبة⁽²⁾.

ج- انتفاء العوض:

إذا التزم الواهب لا يجب أن يقابله عوض، فالهبة هي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له بسبب مجانية التصرف وانعدام التعويض، وسبب الإثراء في هذه الحالة هو عقد الهبة.

د- الواهب يتصرف في مال له:

فالهبة تدخل ضمن عقود التبرع إلا أنها تتميز عن باقي عقود التبرع في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء ما، أما عقود التبرع الأخرى مثل العارية و الوديعة؛ فهذه العقود تفيد تملك منفعة أو حقوق عينية أو شخصية، والهبة المقصودة بالدراسة هي الهبة المباشرة والتي لا تتحقق إلا بالتزام الواهب بنقل حق إلى الموهوب له، أو أن يلتزم بحق شخصي بالإعطاء⁽³⁾.

ثانيا: النظام القانوني للهبة.

1- أركان الهبة:

إن شروط الانعقاد العامة التي يجب أن تتوافر في كل العقود؛ سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرع هي ما يعبر عنه بركان العقد وهي: الرضا، المحل، السبب، وبما أن عقد الهبة في القانون من العقود الرسمية فيجب أن يتوافر ركن الشكل أي أن يكون محرر بعقد رسمي وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا.

أ- التراضي:

يتطلب لانعقاد الهبة حصول الرضا من كلا المتعاقدين: الواهب والموهوب له، كما يجب أن يكون الرضا شاملا لكل الشروط اللازمة لتكوين العقد، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون رضى أحد طرفي

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، الطبعة الثانية؛ د س، ص ص. 11 ، 13.

(3) كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 155.

العقد مطابق لرضا الطرف الآخر، أي أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين وهو الواهب يقابله قبولا مطابقا من الطرف الآخر وهو الموهوب له، وذلك بأي صيغة تفيد تملك المال بلا عوض، بأن يقول الواهب: وهبتك أو أعطيت ونحو ذلك، ويقول الآخر: قبلت⁽¹⁾.

ب- المحل:

محل الهبة هو الركن الثاني في عقد الهبة؛ ويتمثل في الشيء الموهوب والأصل في الهبة أن تكون عقدا ملزما لجانب واحد، وهو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم ومحل التزامه هو الشيء الموهوب، ولكن طبقا لنص المادة 202 من ق أ ج يجوز أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى فتكون الهبة في هذه الحالة كالبيع ملزمة للجانبين ويكون محل التزام الموهوب له هو العوض المشترط⁽²⁾.

ج- السبب:

السبب وفقا للنظرية التقليدية في العقد هو نية التصرف أي نية المتعاقد وهي التبرع، غير أن ما يعاب على هذا التعريف عند تطبيقه على عقد الهبة هو أنه يوقعنا في خلط بين السبب والرضا، ذلك أن إتمام الرضا يتضمن فعلا نية التبرع، ومنه فالبحث عن السبب في عقد الهبة لا بد أن يتجه إلى الباعث أي الدافع للواهب على الهبة بمعي الهدف الذي أدى بالشخص أن يلتزم بذلك، ويجب أن يكون الدافع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا خالف شيئا من ذلك كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا⁽³⁾.

د- الشكلية:

إن الهبة تصرف استثنائي غير مألوف. لا تظهر أهميته الرضائية وفائدته إلا بتمام الشكلية، وهي الرسمية في العقد؛ فالهبة في الأصل عقد شكلي وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم، بعد أن أصبحت أغلب العقود رضائية تتم بالإيجاب والقبول ويبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا، ولدوافع قوية؛ على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى. والهبة ذات أهمية ملفنة للنظر في الحياة العملية، فهي تصرف يكتسي خطورة ذات بال عظيم في التصرفات القانونية، بواسطتها يتنازل الإنسان عن جزء من ماله؛ فتكون ذات تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية يتطلب منه التروي والتأني. ذلك أن الهبة في حد ذاتها تصرف خطير يستلزم مثل ذلك التفكير، سواء من قبل الواهب أو الموهوب له⁽¹⁾.

2- أنواع الهبة:

(1) بوعروج فراح، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008، ص 3 - 4.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي، لبنان، 2000، ص 112.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 34.

(1) بوعروج فراح، المرجع السابق، ص 13.

أ- الهبة المباشرة وغير المباشرة:

تتم الهبة بطريقة مباشرة إذا وهب الواهب مالا إلى الموهوب له، كأن ينقل إليه، بدون مقابل حقا عينيا، أو ينشئ له في ذمته التزاما شخصيا، كما لو أعطاه سيارة بدون مقابل، أو التزم بان يدفع له مبلغ من النقود على سبيل التبرع، وهذه الهبة تشترط فيها الرسمية أو العينية (القبض).
وقد تتم الهبة بطريقة غير مباشرة عندما يكتسب الموهوب له حقا ماليا معيناً من الواهب، من دون مقابل، وبنية التبرع، ولكن من دون أن ينتقل هذا الحق مباشرة من الواهب إلى الموهوب له، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير كما في عقد التأمين لصالح الأولاد تعتبر هبة غير مباشرة من رب الأسرة، والهبة غير المباشرة لا يشترط فيها الرسمية ولا العينية؛ أي أن ركن الشكل غير متطلب فيها.

ب- الهبة المستترة:

تكون الهبة مستترة، عندما توضع ظاهرا، تحت عقد آخر من العقود ومن الأمثلة عليها: الهبة المستترة في صورة عقد بيع، وهو المثل الأكثر شيوعا في التعامل، والذي يتم من دون أن يدفع الثمن، أو قد يدفع الثمن ظاهرا أمام كاتب العدل، الذي ينظم عقد البيع، ثم يسترده المشتري بعد دفعه، وذلك بالاتفاق بينه وبين البائع، بعد خروجهما من مكتب كاتب العدل، بعد أن يكون هذا الأخير دون في عقد البيع أنه جرى دفع الثمن بحضوره⁽²⁾.

ج- الهبة في مرض الموت:

إذا وقعت الهبة في مرض الواهب مرض الموت فإنها تعتبر وصية، وتنفذ في حق الورثة في حدود ثلث التركة، وتتوقف على إجازتها فيما زاد عن الثلث⁽³⁾.
لقد نصت على هذا الحكم المادة 204 من ق أ ج حيث تنص على: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"⁽¹⁾.

ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته، أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية⁽²⁾.
وقد جاءت هذه المادة في حقيقة الأمر تكريسا بصفة إجمالية لما نصت عليه المادة 776 من ق م ج "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"⁽³⁾.

3- أساس الهبة (دوافعها):

(2) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51، 52، 62 .

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 33.

(1) المادة 204، من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 109.

(3) المادة 776، من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

- تختلف دوافع الهبة باختلاف مقاصد نية الواهب، إذ يمكن أن نستخلصها في النقاط التالية:
- أ- **القرابة:** كثيرا ما تكون الهبة بين أقارب الأسرة الواحدة، كهبة الأب لابنه؛ وهو الشكل الأكثر انتشارا، وفي كل الأحوال يجب مراعاة العدل بين الأولاد.
- ب- **الصدقة:** بما أن الله عز وجل شرع الهبة وألح عليها الرسول p ؛ فإنها إذن وجدت من أجل تقوية الروابط وتمتين العلاقات بين الأصدقاء والأحباب. لذا، فإن للهبة دورا في العلاقات الاجتماعية.
- ج- **الانتقام من الشريك:** في هذه الحالة، يمكن أن تكون الهبة بقصد الإضرار بالشريك وحرمانه من نصيبه؛ كأن يقوم الزوج مثلا بهبة كل أمواله انتقاما من زوجته، وهذا ما ينهى عنه ديننا الحنيف.

الفرع الثاني أحكام الهبة

هذا الفرع يقتضي منا الوقوف على الآثار التي تترتب عن الهبة أولا، ثم نتعرض لآثار الرجوع فيها.

أولا: الآثار التي تترتب عن الهبة:

الأصل في الهبة أنه عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب، ولكن إذا اشترط الواهب عوضا لهبته، كانت الهبة ملزمة للجانبين، ووجدت التزامات مقابلة في جانب الموهوب له⁽⁴⁾.

1/ التزامات الواهب:

وهي التزامات أربعة و المتمثلة في:

أ- الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب:

يستفاد من نص المادة 202 و 206 من ق أ ج ، أن عقد الهبة ينشئ التزاماً في ذمة الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون، ويلزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية، كتقديم العقود والشهادات اللازمة والمعلومات الضرورية للتسجيل، والكف عن أي عمل يعيق نقل الملكية، فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع في الهبة، كما يلتزم الواهب بالمحافظة على الشيء الموهوب والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له⁽¹⁾.

ب- الالتزام بتسليم الشيء الموهوب:

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.140.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص.242.

إن التزام الواهب بتسليم الشيء الموهوب من مقتضيات عقد الهبة، بل هو من أهم التزامات الواهب التي تترتب بمجرد العقد، ولا يكفي أن تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، بل لابد من وضعه تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به من دون مانع⁽²⁾، والتزام الواهب بالتسليم يتعلق بالشيء الموهوب في الحالة التي كان عليها وقت انعقاد الهبة وبملحقات هذا الشيء، وهذا لا يمنع من أن يشترط الواهب أن يكون التزامه بالتسليم متعلقا بالشيء في الحالة التي يكون عليها وقت التسليم⁽³⁾.

ج-الالتزام بضمان العيوب الخفية:

يضمن الواهب العيوب الخفية إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن باتفاق خاص خلو الشيء الموهوب من العيوب ثم ظهر عيب، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب، ويضمن الواهب العيوب الخفية في العين الموهوبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقابل فيعوض الموهوب له عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة؛ على أن يتجاوز التعويض في كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له⁽⁴⁾.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد نصا مماثلا. فيكون الأصل هو أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية، غير أنه في حالة الهبة بعوض؛ نطبق أحكام الشريعة الإسلامية وبالأخص الفقه المالكي الذي جرى العمل به، والذي أخذ ق أ ج أغلب أحكامه منه وهو يطبق على الهبة أحكام البيع في هذه الحالة⁽¹⁾.

د-الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:

يرتب عقد الهبة في ذمة الواهب التزاما بضمان العين الموهوبة للموهوب له وحيازتها حيازة هادئة، وهذا يعني على الواهب أن يتمتع من القيام بأي عمل من شأنه أن يعرقل أو يعيق حيازة الموهوب له سواء كان هذا العمل من الواهب شخصيا أو من الغير، وأن يضمن الواهب للموهوب له بقاء ملكيته للعين الموهوبة إذا استحق الغير استحقاقا كليا أو جزئيا عن طريق تعويضه⁽²⁾، إلا أن المشرع الجزائري لم يعالج هذا النوع من الالتزام في ق أ ج وسكت عنه ولم يبق إلا الرجوع إلى نص المادة 222 من ق أ ج التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام هذه الأخيرة نجدها تقضي دائما بأن لا ضمان

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع)، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة؛ ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، صص 121-122.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص.39.

(4) كمال حمدي، المرجع السابق، ص.170.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص.250.

(2) خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.144.

على الواهب في حالة الاستحقاق إلا إذا كان تحت شرط خاص أو اتفاق، أو كان الاستحقاق راجعا إلى فعل الواهب مثلها في هذه الحالة مثل البيع، فتسري عليها من أحكام الضمان ما يسري على البيع⁽³⁾.

2/ التزامات الموهوب له:

وهما الالتزامين المتمثلين فيما يلي:

أ- الالتزام بنفقات الهبة:

الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له، وذلك باعتبار أن لا يجمع الواهب بين التجرد من ماله من دون مقابل وبين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة، ونفقات التسليم وذلك تفسير للهبة في أضيق حدودها، ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون النفقات على الواهب، ولكن الغالب في الهبة المحضنة أن يكون الواهب قد أراد أيضا أن يتحمل هذه النفقات حتى ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصا من كل التكاليف ومن أية نفقة، ولذلك يجوز أن يتحمل الواهب مصروفات العقد⁽⁴⁾.

ب- الالتزام بأداء العوض:

يكون الالتزام بأداء العوض في هبة يشترط فيها الواهب أن يلتزم بتقديم عوض مقابل المال الموهوب، ومثال ذلك ما يستفاد من نص المادة 202 الفقرة الثانية من ق أ ج ، أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له لهذا الشرط، وقد يكون العوض المشروط لمصلحة الواهب، أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، على أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضنة⁽¹⁾.

ثانيا: آثار الرجوع في الهبة:

إذا تم الرجوع في الهبة ترتب على ذلك بعض الآثار سواء فيما بين الموهوب والموهوب له، أو بالنسبة للغير الذي اكتسب حقا على الشيء الموهوب.

1/ آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين:

حسب نص المادة 503 من القانون المدني المصري والنصوص العربية الأخرى المطابقة له فإنه يترتب على الرجوع في عقد الهبة سواء كان ذلك بالتراضي أو بالتقاضي، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن بمعنى أن الرجوع في الهبة يتم بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، و يترتب عن ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الموهوب إذا لم يكن قد سلمه، و يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه.

2/ آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير:

(3) بوعروج فراح، المرجع السابق، ص.33.

(4) كمال حمدي، المرجع السابق، ص.171.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص.254-255.

لم تنص أغلب التشريعات العربية على آثار الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير، مما يستوجب معه إعمال القواعد العامة في هذا الشأن، وبتطبيق قانون العدالة لا يكون للرجوع أثر رجعي بالنسبة إلى الغير.

كما أن فقهاء المسلمين يقررون أن حقوق الغير أقوى من أن تتأثر بالرجوع في حق شرعي صحيح اكتسبه هذا الغير⁽²⁾. ولأن حق الرجوع في الهبة هو حق ضعيف لكونه يشكل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ووجوب الوفاء به، ومن ثم فإن الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير حسن النية⁽³⁾.

(2) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص ص.105 ، 108.

(3) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص.177.

الفصل الثاني

الوقف و الوعد بجائزة

بين

الشريعة و القانون

يعدّ الوقف نظاماً شرعياً قائماً بذاته، وهو باب من أبواب الفقه الإسلامي؛ إذ يهدف إلى حبس العين على حكم الله تعالى، والتصدق بثمارها على جهة من جهات البرّ، وهو نوع من الصدقات الجارية تنفع صاحبها بعد موته.

وقد استمدت مؤسسة الوقف قوتها من نصوص الشرع ومن القوانين التي أصدرتها السلطات المتعاقبة في مختلف العصور⁽¹⁾.

أما الوعد بجائزة فإن القوانين الحديثة تجعل من يعد بجائزة يلتزم بوعده، ويكون ذلك متى قام شخص بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد، سواء علم هذا الشخص بالجائزة أم لم يعلم بها، فأصبح له الحق في تقاضيها، وكان على الواعد الالتزام بإعطاء الجائزة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: الوقف بين الشريعة الإسلامية والقانون.

المبحث الثاني: الوعد بجائزة بين الشريعة الإسلامية والقانون.

المبحث الأول

الوقف بين الشريعة الإسلامية والقانون

سنتناول في هذا المبحث تنظيم الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون، وذلك من خلال المطالب التالية:

* المطلب الأول: الوقف في الشريعة الإسلامية.

* المطلب الثاني: الوقف في القانون.

(1) رمول خالد، المرجع السابق، ص.3.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1999، ص.258.

المطلب الأول

الوقف في الشريعة الإسلامية

شرّح الله الوقف لما فيه من مصالح الدين والدنيا والآخرة، فالعبد يعظم أجره بتوقيف ماله ابتغاء وجه الله، والموقوف عليه ينتفع بذلك المال، وهذا يؤدي إلى تقوية العلاقات بين الناس وغرس روح الأخوة بينهم.

الفرع الأول

مفهوم الوقف

مفهوم الوقف يقتضي الوقوف على تعريفه ومشروعيته أولاً، ثم نتعرف على أركانه وشروطه.

أولاً: تعريف الوقف ودليل مشروعيته.

1/ تعريف الوقف:

الوقف شرعاً له في المذاهب ثلاثة تعريفات:

أ- الشافعية:

لقد عرفوا الوقف على أنه: حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح. ونستخلص من هذا التعريف ما يلي:

- أن الوقف لازم ولا يمكن التصرف في رقبته.

- خروج ملكية العين من يد الواقف إلى حكم ملك الله تعالى⁽¹⁾، وعلى ذلك، فإن الوقف وفقاً لهذا المذهب يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه ويمنعه من التصرف فيه بالبيع أو الهبة، كما لا يجوز له الرجوع فيه أيضاً⁽²⁾.

ب- الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى تعريف الوقف على أنه تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة. ويفهم من هذا التعريف التحبيس أي المنع من التصرف تمليكاً بعبارة أو بدونه، وأخذ الحنابلة بهذا التعريف من قوله ρ: "حبس الأصل وسبل المنفعة."⁽³⁾ والنبوي ρ أفصح العرب لساناً وأعلمهم بالمقصود من قوله، كما أن هذا التعريف هدفه ذكر حقيقة الشيء دون الدخول في تفصيل جزئياته.

ج- المالكية:

(1) محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.12.

(2) أحمد فراج حسنين، المرجع السابق، ص.236.

(3) رواه البخاري.

يرى فقهاء المالكية أن الوقف يبقى على ملك الواقف، إلا أن الواقف لا يحق له التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية، كما لا يحق له الرجوع عن وقفه ان أراد ذلك⁽¹⁾.
فالتعريف الذي جاء به الإمام مالك هو أن الوقف إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً، فمن نتائج هذا التعريف ما يلي:
- إن الوقف حكمه اللزوم ولا يجوز الرجوع فيه.
- أنه لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة ولكن يقطع حق التصرف فيها⁽²⁾.

2/ مشروعية الوقف:

لقد ثبتت مشروعية الوقف من الكتاب و السنة والإجماع.

أ - في الكتاب: نظراً لعالمية وشمولية كتاب الله Y، وما تضمنته من تنظيم محكم في مجال المعاملات وتنظيم شؤون الحياة؛ حُصَّ الوقف - باعتباره باباً من أبواب البرِّ والخير والتقرب من الله Y بمكانة خاصة باعتباره وسيلة من وسائل الإنفاق الخيرية والبرية كذلك⁽³⁾. إذ يقول الله Y: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ، وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ".⁽⁴⁾، ويقول أيضاً: " لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ، وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ"⁽⁵⁾

ب - في السنة: اهتمت السنة النبوية بالترغيب والحث في أعمال البرِّ والإحسان عموماً، والوقف باب من أبواب الخير، ولقد جاءت السنة بأحاديث كثيرة ترغب في عمل الخير، نذكر منها على سبيل المثال حديث أبي هريرة r أن الرسول p قال: " إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له".⁽⁶⁾

ولقد فسرت الصدقة الجارية بالوقف لاستمرار منفعتها للناس وثوابها.⁽⁷⁾

ج - في الإجماع: لقد أجمعت الأمة على جواز الوقف؛ ونقل ذلك كثير من العلماء مثل ابن قدامة حيث يقول: قال جابر بن عبد الله r: لم يكن أحد من أصحاب النبي p ذو مقدرة إلا وقف، وهذا إجماع منهم،

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، صص 28-29 .

(2) محمد كنانة، المرجع السابق، ص.12.

(3) رمول خالد، المرجع السابق، ص.12 .

(4) الآية رقم 267 من سورة البقرة.

(5) الآية رقم 92 من سورة آل عمران.

(6) رواه مسلم.

(7) عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004، صص 24-25 .

فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك. فلم ينكره أحد، فكان إجماعاً، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف⁽¹⁾.

وأيضاً ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: "أصاب عمر بخبير أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق عمر؛ أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء، والقريبى، والرقاب، وفي سبيل الله، والضيف، وابن السبيل، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه."⁽²⁾

ثانياً: أركان الوقف وشروطه:

1/ أركان الوقف:

للوقف أربعة أركان وهي: الواقف، الموقوف عليه، الصيغة الدالة على إنشائه والتي تعبر عن إرادة الواقف والشئ الموقوف.

غير أنّ هناك بعض من الفقهاء؛ من قالوا أنه لا داعي من وجود كل هذه الأركان لإنشاء الوقف بل إن إنشائه يتوقف على وجود ركن واحد وهو الصيغة وهو رأي الأحناف، إلا أن هذا الرأي غير صحيح.⁽³⁾

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري؛ بنصه على ذلك في المادة 09 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف التي تنص على: " أركان الوقف هي:

- الواقف.
- محل الوقف.
- صيغة الوقف.
- الموقوف عليه."⁽⁴⁾

أ- الواقف:

(1) انتصار عبد الجبار مصطفى اليوسف، المقاصد التشريعية للأوقاف الإسلامية، رسالة جامعية للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص.27.

(2) رواه البخاري و مسلم.

(3) يعقوبى عبد الرزاق، دحماني ميلود، النظام القانوني للوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2007، ص.20.

(4) قانون رقم 91-10، المتعلق بالأوقاف، المؤرخ في 27 أبريل 1991، ج ر، العدد 21، الصادرة في 27 أبريل 1991.

الواقف هو الركن الأول في عقد الوقف، وهو الشخص المالك الذي أنشأ بإرادته المنفردة الوقف، وجعل ملكيته من بعد غير مملوكة لأحد من العباد؛ قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها للمستحقين، خاضعا في تنظيمه لأحكام الشريعة الإسلامية.

ب- المحل:

الوقف شأنه شأن باقي العقود الأخرى، يشترط فيه توافر ركن المحل؛ وهو المال الذي أسقط عنه الواقف حق ملكيته، ورفع بذلك يد التصرف فيه؛ ليجعل الانتفاع منه حقا للفقراء أو لجهة من جهات البر. ويصطلح عليه في عقد الوقف بـ " العين الموقوفة" أو الشيء الموقوف؛ وهو كل ما يحبس عن التملك ويتصدق بمنفعته⁽¹⁾.

ج- الصيغة:

الصيغة هي الركن الثالث من الوقف، ويقصد بها الإيجاب الصادر عن الواقف؛ المعبرة عن إرادته الكامنة لإنشاء الوقف، وهي كذلك التعبير الذي يصدر من طرف الواقف للدلالة على ما يريده، وما يرغب فيه. فالتعبير عن الوقف قد يكون بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة من العاجز عن التعبير؛ إذا كانت تدل على أن المراد هو الوقف⁽²⁾، وهذا ما نجده أيضا في نص المادة 12 من ق أ التي تنص على: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة؛ حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"⁽³⁾.

د- الموقوف عليه:

يقصد بالموقوف عليه الجهة التي تستحق الانتفاع بالمال الموقوف بمقتضى الوقف، وهي الجهة التي يكون الوقف عليها قرية في ذاته وعند الواقف؛ بحيث يعتقد أنه يؤجر على وقفه هذا⁽⁴⁾.

2/ شروط الوقف:

سبق التطرق للأركان التي يجب أن يتوافر عليها الوقف. لكن، هذه الأخيرة لا تكفي لوحدها لاعتبار الوقف صحيحا؛ بل لابد من توافر أوصاف في كل عنصر من العناصر المذكورة ليتحقق وجود الوقف شرعا، وتعرف هذه الأوصاف عند الفقهاء باسم: " الشروط " .

أ- شروط الواقف:

(1) رمول خالد، المرجع السابق، ص ص.72، 78.

(2) نادية براهيمي المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة جامعية لنيل شهادة

الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص.79.

(3) المادة 12، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(4) نبيل صقر، المرجع السابق، ص.116.

الواقف هو الذي ينشئ الوقف. وحتى يصبح وقفه صحيحا، لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط؛ والتي تتمثل فيما يلي:

- أهلية التبرع:

وتكون بالعقل والبلوغ، وباشتراط العقل؛ فإن المجنون لا يصح وقفه، لأن الوقف تصرف ذو تأثير سلبي على الذمة المالية، وجميع التصرفات تتوقف صحتها على التمييز، ولا تمييز عند المجنون وكذلك المعتوه⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 31 من ق أ: " لا يصح وقف المجنون والمعتوه، لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصبح أثناء إفاقته وتماثل عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية."⁽²⁾

أما في اشتراط البلوغ، فإن وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا، أم غير مميز، وسواء كان مأذونا له بذلك من وصية، أو لا؛ لأنه في جميع أحواله ليس أهلا للتبرع، والوقف من التبرعات، ووصي الصبي لا يملك التبرع بشيء من ماله فلا يملك الإذن للقاصر بالوقف⁽³⁾. وقد نصت على ذلك المادة 30 من ق أ: " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أم غير مميز ولو أذن بذلك الوصي."⁽⁴⁾

وقد حدد المشرع الجزائري سن البلوغ ب: 19 سنة كاملة طبقا ل ق م ج.

- ألا يكون محجورا عليه لسفه أو دين:

والحجر للسفه مبنى على عدم رشد الواقف، والخوف من إتلاف ماله، غير أن المشرع الجزائري قد نص على مسألة الحجر بسبب الدين متأثرا بالأراء الفقهية؛ خاصة رأي الفقهاء مالك والشافعي وابن حنبل؛ الذين يرون الدين المستغرق للمال والحال الأجل سبب للحجر؛ على الرغم من أن القانون المدني، لم يذكر الدين كسبب من أسباب الحجر، والراجح أن المشرع الجزائري كان يجب عليه أن يفرق بين الحجر على الشخص، والحجر على المال في قانون الأسرة، وهو ما يسمى بالحجز، والصحيح أن من شروط الواقف ألا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة، وألا يكون المال المراد وقفه محجورا لدين. وبذلك يصبح هذا الشرط من شروط محل الوقف وليس من شروط الواقف⁽⁵⁾.

- ألا يكون الوقف في مرض الموت:

(1) زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، د ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967، ص. 26 .

(2) المادة 31، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 27 .

(4) المادة 30 ، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(5) بن حدة مالك، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،

الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010 ، ص. 14 .

لقد أجاز قانون الأوقاف في المادة 32 للدائنين إبطال الوقف؛ حيث تنص على ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه"⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس أجمع الفقهاء بمنع تصرف المريض مرض الموت متى تبين بعد وفاته أنه كان مريض مرض الموت، فإذا كان هذا الأخير مدينا بدين يتعلق بماله فإنه لا ينفذ شيئاً من عقود معاوضته، ومن أول تبرعاته التي يعتبر الوقف من جملتها لأن الدين مقدم على حق ثابت شرعاً⁽²⁾.

– أن يكون مالكا للعين الموقوفة:

يشترط لصحة عقد الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة مطلقة غير ناقصة، وإلا كان الوقف باطلاً. وهذا بإجماع الفقهاء.⁽³⁾ الذي أكدته المادة 10، الفقرة الأولى من ق أ : "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً ما يأتي: "أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً"⁽⁴⁾.

ب- شروط المحل:

وتتمثل شروط المحل فيما يلي:

– أن يكون محل الوقف محددًا و معلوماً:

لقد اشترط الفقهاء في جميع العقود (كقاعدة عامة) في محل العقد؛ أن يكون معيناً ومحددًا⁽⁵⁾ وبالنسبة للوقف دائماً، فقد أجمع الفقهاء على شروط التحديد والعلم في محل الوقف؛ بمعنى أن محل الوقف يجب أن يكون محددًا معلوماً غير مجهول وقت انعقاد الوقف علماً نافياً للجهالة لتفادي أي نزاع قد يحدث بشأنه⁽⁶⁾.

والعلم في محل يشترط أن يكون متوفراً وقت انعقاد الوقف أي في بدايته، أما إذا انعقد الوقف بدون تعيين محل الوقف أو حتى بتعيينه لاحقاً، أو بتعيينه مع استثناء قدر مجهول منه، ففي كل هذه الحالات، لا يعتد بالوقف في نظر القانون؛ لأنه نشأ في بدايته غير صحيح.

– أن يكون محل الوقف مالا متقوماً: (مشروعاً).

أجمع الفقهاء على أن الوقف لا يكون صحيحاً إذا كان الموقوف ليس بمال أصلاً، أو لا يحل الانتفاع به شرعاً، فالمال المتقوم الممكن حيازته هو المال الذي تجيزه الشريعة والقانون، فلا يصح مثلاً وقف الأموال المسروقة.

(1) المادة 32، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(2) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 75 .

(3) رمول خالد، المرجع السابق، ص. 76 .

(4) المادة 10 الفقرة الأولى، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(5) Philippe Malaurie, Laurent aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, France, De Frénois-E.G.A, 2ème éditions 2005, P.294.

(6) GHOUTI, BENMELHA, *Le Droit Patrimoniaire Algérien de la Famille*, Publications Universitaires, P.215.

والذي يجب وقفه هو العقار وما يلحق العقار، وقد اشترط المالكية في الموقوف سواء كان عقاريا أم منقولاً أن لا يتعلق به حق للغير، فلا يصح وقف شيء مرهون، أو شيء مؤجر، بل يصح عندهم وقف المنفعة كدار استأجرها مدة معلومة، فله وقف منفعتها في تلك المدة⁽¹⁾.

ج- شروط الصيغة:

وتتمثل شروط الصيغة فيما يلي:

- أن تكون الصيغة منجزة:

معنى ذلك؛ أن تكون الصيغة تامة ومعبرة عن مراد الواقف في إنشاء الوقف في حينه، كقول الواقف " لقد قررت وقف المحل لاستعماله كمدرسة قرآنية".

ويدخل ضمن ذلك أن لا تكون معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل؛ لأن الوقف يقتضي حبس ملكيته في الحال ولا يجوز تعليقه على شرط⁽²⁾.

- أن تفيد الصيغة معنى التأبيد:

من الشروط الواجب توافرها في صيغة الوقف؛ التأبيد، ومعناه أن لا تقترن صيغة الوقف بما يدل على التآقيت أو عدم الدوام بصراحة لفظها أو باقتضاء معناها.

ويكون التأبيد صريحا وواضحا كأن يقول الواقف: وقفت مزرعتي على المحتاجين مؤبدا أو على الدوام بصورة مستمرة، بحيث إذا اقتترنت الصيغة بما يدل على أن الوقف محدد كقول الواقف: وقفت داري هذه على سنة أو شهر؛ فالوقف باطل عند الجمهور، ودليلهم في ذلك أن المقصود من شرعية الوقف التصديق الدائم وعدم انتظار المقابل من الموقوف عليهم، مما يعني إنشاء الوقف على سبيل التأبيد⁽³⁾.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 28 من ق-أ، والتي تنص على: " يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن"⁽⁴⁾.

ولعل المشرع الجزائري في حكمه هذا، قد أخذ برأي جمهور الفقهاء الذين يقرون أن التآقيت في الصيغة هو دليل على فسادها، وتأكيد على ذلك، فقد جعلها تحت طائلة البطلان من خلال نص المادة السالفة الذكر، حيث اعتبر كل صيغة للوقف تقترن بما يحمل معنى التآقيت باطلة ويبطل معها بالتبعية الوقف، وهذا ما يتوافق تماما مع رأي جمهور الفقهاء حول هذه المسألة⁽⁵⁾.

- أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل:

يعد من الشروط الباطلة؛ كل شرط أدخل بأصل الوقف أو بحكمه. كأن يقول الواقف: " لقد وقفت أرضي على فلان أو جهة معينة، مع الاحتفاظ بحقي في بيعها متى أردت أو في حالة احتياجي". فمثل هذه

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 76- 77 .

(2) يعقوبي عبد الرزاق، دحماني ميلود، المرجع السابق، ص 30 .

(3) نادية براهيمى المولودة أركام، المرجع السابق، ص 86 .

(4) المادة 28، من القانون رقم 91- 10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(5) Ghouti, Benmelha, op.cit, P.251.

الشروط تعتبر ضارة بمحل الوقف. فعند الإمام أبي حنيفة، الشرط الباطل يبطل معه الوقف إلا في حالة واحدة وهي حالة وقف المسجد حيث يصح الوقف ويبطل الشرط⁽¹⁾.

د - شروط الموقوف عليه:

ويشترط في الموقوف عليه ما يلي:

- أن يكون الموقوف عليه جهة بر وقربة:

يشترط في جهة الموقوف عليه أن يكون الوقف عليها قربة لله تعالى، كما اتفق الفقهاء على وجوب كون هذه الجهة جهة برّ وخير، إذ نجد أن هناك نوع من القربات تتفق عليها جميع الأديان؛ كالبر بالفقراء والإحسان إليهم، كما نجد نوعاً آخر من القربات هو قربة في نظر الإسلام دون الأديان الأخرى؛ كالوقف على المساجد والإنفاق عليها لصيانتها.

وهناك ما لا يعتبر قربة في جميع الأديان؛ كإنشاء الوقف على المعاصي والأشياء المحرمة⁽²⁾.

- أن يكون الموقوف عليه أهلاً للتملك:

يشترط من الجهة الموقوف عليها أن تكون موجودة حين إنشاء الوقف، فلا يمكن أن تكون معدومة، كمن أوقف شيئاً ما على من سيولد في المستقبل.

فالشافعية والحنابلة يشترطون في الموقوف عليه أن يكون أهلاً للتملك وقت إنشاء الوقف مع شرط الوجود الحقيقي للواقف، أما المالكية فيرون صحة الوقف على من سيولد، ويقف اللزوم إلى أن يولد حياً، فإن مات الحمل بطل الوقف وذلك لانعدام الأهلية، ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً- فلا يجوز الوقف على حيوان مثلاً-⁽³⁾.

الفرع الثاني

أهمية الوقف ومبطلاته

هذا الفرع يقتضي منا الوقوف على أهمية الوقف أولاً، ثم التعرض لمبطلاته.

أولاً/ أهمية الوقف:

يمثل الوقف أهمية خاصة في المحيط الاجتماعي، إذ يعدّ من أبرز خصائص التشريع الإسلامي، وأهمية الوقف عند المسلمين لا تنحصر في البر والإحسان، على الأهل أو غيرهم⁽⁴⁾. فالإسلام دين شامل لكل ما يعود بالنفع على الإنسان في دينه ودنياه. وتكمن الأهمية القصوى للأوقاف الإسلامية في طبيعة نظام الوقف وفي جوهر رسالته وعمق غايته، فهو نظام قابل للتطور وفق ما تقتضيه مصالح العباد، وما

(1) رمول خالد، المرجع السابق، ص.92 .

(2) نادية براهيمى المولودة أركام، المرجع السابق، ص.103.

(3) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.82 .

(4) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.192.

تتحقق معه المنافع العامة للبلاد، فالوقف في مضمونه ومحتواه إطار يستوعب وجوها متعددة للإنفاق العام على حياة الفرد والمجتمع.

ولقد لعبت مؤسسات الوقف دورا بارزا في حياة الأمة عبر مراحل تاريخها، وقامت بدور تنموي شهدت له العصور السابقة في العديد من المجالات.

1- **في المجال الديني:** كان للوقف دورا في بناء المساجد والمعاهد الدينية.

2- **في مجال التربية والتعليم:** لعب دورا في نشر العلوم وإقامة المدارس والمكتبات وتوفير الرواتب للمعلمين، فكلفت استقلالية التعليم وتحرير العلماء والفقهاء من التبعية والقيود لإعلاء راية الإسلام بنفوس راضية وقلوب مطمئنة.

3- **في المجال الصحي:** يظهر ذلك عبر إنشاء المستشفيات وكليات الطب.

4- **في المجال الاجتماعي:** من خلال تأهيل العنصر البشري والمشاركة في التخفيف من حدة الأزمات الاجتماعية.

5- **في المجال الاقتصادي:** من خلال تمويل النشاطات المختلفة، وتوفير المشاريع ذات المصلحة الاجتماعية⁽¹⁾.

ثانيا/ مبطلات الوقف:

وقد ذكر المالكية مبطلات الوقف وأهمها ما يأتي:

1- حدوث مانع:

يبطل الوقف إذا حصل مانع للوقف؛ مثلا: إذا مات الواقف أو أفلس، أو مرض مرضا متصلا بموته قبل أن يخرج من يده، ويحوزه الموقوف عليه. ففي هذه الحالة يبطل الوقف، ويرجع للوارث في حال الموت، وللدائنين في حال الإفلاس⁽²⁾.

2- تحبيس الواقف على نفسه:

من جعل شيئا من أملاكه وقفا على نفسه، لا يباع ولا يوهب؛ فوقفه باطل، لأنه لا فائدة منه، ولا قرينة ترتجى منه، وليس فيه سوى التحجير على نفسه، وعلى وارثه من بعده؛ فهو مجرد تضيق دون أي نفع. وإذا أشرك غيره معه في الوقف صح ما كان للغير إذا ما تم حوزته، وبطل ما كان للواقف.

3- الوقف على المعصية والمكروه:

الوقف على المعصية هو وضع الشيء في غير موضعه. فإن الوقف قرينة وطاعة؛ والقرينة والمعصية متضادتان. فمن وقف شيئا على ما يظنه خيرا؛ لجهله بحكمه، فإذا هو معصية أو معين على معصية؛ فإن وقفه باطل مردود إلى الواقف أو ورثته، إلا إذا أرادوا تحويله إلى جهة أخرى فيها طاعة وقرينة. ومن أمثلته الوقف على فسق، أو إقامة ملهى.

(1) انتصار عبد الجبار مصطفى اليوسف، المرجع السابق، ص ص 19-20.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 215.

أما الوقف على مكروه؛ كمثل الوقف على تعليق الصور والكتابات في المساجد وزخرفتها بما يشغل المصلين⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الوقف في القانون

يعدّ الوقف نظاما اجتماعيا أصيلا، وتتجلى أهميته في الدور الكبير الذي يلعبه في جميع المجالات؛ فقد نصت عليه معظم التشريعات العربية؛ مع التباين في الرؤى التطبيقية تبعا لما يتناسب وظروفها الاجتماعية ومصالحها.

الفرع الأول

مفهوم الوقف

مفهوم الوقف يقتضي الوقوف على تعريفه وطبيعته القانونية أولا ثم نتعرض إلى خصائص الوقف وأنواعه.

أولا/ تعريف الوقف وطبيعته القانونية:

1- تعريف الوقف:

عرف المشرع الجزائري الوقف في ثلاثة قوانين مختلفة وهي:

أ/ قانون الأسرة:

- تعريفه في المادة 213 من ق أ ج بأنه: "الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدق"⁽²⁾

ب/ قانون الأوقاف:

- كما عرفه في المادة 03 من ق أ أنه: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير."⁽³⁾

ج/ قانون التوجيه العقاري:

(1) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص ص. 233-234.

(2) المادة 213، من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) المادة 03، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

وثمة تعريف آخر للوقف في المادة 31 من ق ت ع التي تنص على: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، وتنتفع بها جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة؛ سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء؛ الذين يعينهم المالك المذكور"⁽¹⁾.

فمن خلال هذه التعريفات، نلاحظ أنها جاءت مطلقة فيما يخص محل الوقف، إذ إن قانون الأسرة عبر عن الوقف بكلمة "المال"؛ التي تشمل المنقول والعقار، في حين جعله قانون التوجيه العقاري حكرا على العقار وحده دون غيره. أما فيما يتعلق بالتعريف الوارد في نص المادة 03 من ق أ فقد جاء شاملا للعقار والمنقول والمنفعة، إلا أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري حتى يكون التعريف جامعا أن يوضح نوعي الوقف من وقف عام وخاص مع إضافة عبارة في "الحال والمال" أو "ابتداءً أو انتهاءً" حيث أن "الحال والابتداء" لقصد الوقف العام المباشر، أما "المال والانتهاء" فيقصد به أن يكون الوقف خاصا في الابتداء وينتهي عاما⁽²⁾.

2- الطبيعة القانونية للوقف:

نصت المادة 04 في الفقرة الأولى من ق أ على: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة."⁽³⁾ وانطلاقا من نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حسم موقفه بالنسبة للطبيعة القانونية للوقف، إذ اعتبر الوقف تبرعا⁽⁴⁾، إلا أن الأستاذ عمر حمدي باشا له رأي مخالف؛ إذ يرى أن صياغة المادة لا تؤدي المعنى المقصود، لأن اعتبار الوقف عقدا يؤدي إلى وجوب توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول بين الواقف والموقوف عليه، بالتالي يصبح الوقف مثله مثل عقد البيع والإيجار وغيره من العقود، والصحيح هو اعتبار الوقف تصرفا صادرا من جانب واحد، ومعنى هذا أن الوقف ينشأ بمجرد صدور الإيجاب من الواقف، أما القبول فيكون لتثبيت الوقف في ذمة الموقوف عليه⁽⁵⁾.

ثانيا: خصائص الوقف وأنواعه:

1- خصائص الوقف:

من أهم خصائص الوقف نجد:

أ- الوقف عقد تبرعي:

(1) قانون رقم 90-25، مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، معدل ومتمم بالأمر 26/95 مؤرخ في

25 سبتمبر 1995، ج.ر.ج.ج، عدد 55 لسنة 1995.

(2) رمول خالد، المرجع السابق، ص ص. 28- 29 .

(3) المادة 04، من القانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(4) عبد الرزاق بن عمار بوضيف، المرجع السابق، ص.38.

(5) بن حدة مالك، المرجع السابق، ص. 09 .

ومعنى ذلك أن الواقف يلتزم بتنفيذ عقد الوقف دون مقابل، وذلك يكون بنقل حق الانتفاع من العين الموقوفة إلى الجهة الموقوف عليها برا بها وابتغاءً لوجه الله، إذ أن خروج الملك الوقفي من المتبرع(الواقف) يؤدي لزوال كل سلطاته على الشيء الموقوف إذ يعتبر في كل الحالات التزام تبرعي صادر من إرادة الواقف⁽¹⁾.

ب- الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية:

تنص المادة 05 من ق أ على أن: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها."⁽²⁾ وبهذا النص يكون المشرع الجزائري أقر الشخصية المعنوية للوقف كالمؤسسة الخاصة، وطبقا للقانون الجزائري المتعلق بالوقف، لكي تثبت للوقف الشخصية المعنوية يجب أن يكون في محرر رسمي، لدى مصالح التوثيق ويقيد في السجلات الرسمية⁽³⁾، وبإضفاء المشرع الجزائري لصفة الشخصية المعنوية على الوقف يعد خيارا سليما لإنهاء الجدل الفقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى.

ج- الوقف حق عيني:

باعتباره أنه لا يرد إلا على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف، أي أنه ينشئ لهم حقوقا عينية. وإن كان جانب من شراح القانون، يرون أن الوقف هو حق شخصي وليس بحق عيني باعتباره أنه ينقل حق الانتفاع فقط لا ملكية الرقبة.

د- الوقف تصرف لازم لصاحبه:

كما هو متعارف عليه طبقا للقواعد العامة، الإيجاب يعبر به صاحبه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، وحتى يعتبر العرض إيجابا يجب أن يتضمن تحديد طبيعة العقد المراد إبرامه، كأن يقول أريد إبرام عقد وقف، وتبيان كل العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها لإبرام هذا العقد⁽⁴⁾، إذ تنص المادة 16 من ق أ التي تقيد اللزوم ومعنى عدم جواز الرجوع في الوقف إذا انعقد صحيحا والتي تنص على: "يجوز للقاضي أن يلغي أي من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم..."⁽⁵⁾

2 - أنواع الوقف:

(1) يعقوبي عبد الرزاق، دحمانى ميلود، المرجع السابق، ص 9 - 10.

(2) المادة 05، من القانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(3) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 47 .

(4) رمول خالد، المرجع السابق، ص 50-51-52.

(5) المادة 16، من القانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

ينقسم الوقف إلى نوعين:

أ- الوقف العام (الخيري):

لقد عرّف المشرع الجزائري الوقف العام في نص المادة 03 من القانون 02-10 كما يلي: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، وهو قسمان:

- وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة، ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا أستنفذ.

- وقف لا يعرف فيه الخير الذي أراده الواقف، فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم، وتشجيع البحث فيه، وفي سبيل الخيرات.⁽¹⁾

ويعرف البعض الوقف العام بأنه ما كان موقوفا على هيئة معنوية أو شخص معنوي عام قد يكون معين أو غير معين تسييره الدولة أو هيئة خيرية تستغله عن طريق الإيجاز - ان كان يؤجر - أو تستغله هيئة عامة مباشرة كمسجد أو مدرسة قرآنية أو أي نشاط خيري آخر.

وبالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد قسم الوقف العام إلى قسمين: قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه ويسمى بالوقف العام المحدد الجهة، ولا يصح صرفه إلى غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ، أما القسم الثاني فهو الوقف الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف ويسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات.

ب- الوقف الخاص (الأهلي):

يعرف الوقف الخاص بأنه ما تم رصده للذرية، أو لأهل الواقف حسب الشروط التي يضعها الواقف دون النظر إلى وصف الفقر أو الغنى أو الصحة أو المرض في الموقوف عليه.⁽²⁾ أما المشرع الجزائري فقد عرف الوقف الخاص في المادة 06 في فقرتها الثانية التي تنص على: "الوقف الخاص: هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي بعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم."⁽³⁾

ولقد كان في الماضي القريب، يستعمل هذا النوع من الوقف كذريعة لحرمان الإناث من حق الإرث، وهو ما سهل ظاهرة انتشار الأوقاف الخاصة ويستندون في وقفهم هذا على أحكام نص المادة 06 السالفة الذكر، والتي بصفة الإلزام حيث يجوز للواقف تخصيص وقفه للذكور دون الإناث، وان كان هذا يعتبر من الناحية الشرعية ظلما وتحايلا على نظام المواريث.

(1) القانون رقم 02-10 المؤرخ في 15 ديسمبر 2002، المعدل و المتمم للقانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، ج ر عدد 83.

(2) يعقوبي عبد الرزاق، دحماني ميلود، المرجع السابق، ص ص. 14-15-16.

(3) المادة 06 الفقرة الثانية، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

الفرع الثاني

شروط نفاذ الوقف وحالات انتهائه

هذا الفرع يقتضي منا الوقوف على شروط نفاذ الوقف أولاً، ثم التعرض إلى حالات انتهائه.

أولاً/ شروط نفاذ الوقف:

إن توافر أركان الوقف بمختلف شروطه وحده غير كاف لانعقاده صحيحاً، ولنفاذه إذا ما تعلق الأمر بعقار.

وكما هو معلوم، فإن أغلب الأوقاف هي عقارات أوقفها أصحابها في مختلف أوجه البر والإحسان، ومن الجدير أن نبحت في شروط نفاذ الوقف المنصب على العقار، والتي تتمثل في: الرسمية، التسجيل والإشهار.⁽¹⁾

1- الرسمية:

الوقف عقد شرعيّ، ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما ينص على وجوب توفر الرسمية فيه على سبيل التحديد⁽²⁾، ولكن في نظر القانون، فإن الوقف لا يعتد به إلا إذا أفرغ في الشكل الرسمي. إذ تنص المادة 41 من ق أ على: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف."⁽³⁾

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد سن هذه المادة على أساس أن أغلب الأوقاف منصبة على عقار أو ترتب حقوق عينية عليها.

وهذا ما تؤكدته أيضاً المادة 324 مكرر 1 من ق م ج والتي تنص على: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها،... في شكل رسمي."⁽⁴⁾ ويفهم من نص هذه المادة؛ أنها تشترط إفراغ التصرفات المنصبة على عقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

2- التسجيل:

لم يكتف المشرع بوجوب إفراغ الوقف في الشكل الرسمي فحسب، بل أخضع كل معاملة ترد على عقار وقفي أو غير وقفي إلى وجوب تسجيلها لدى مصالح التسجيل. غير أن المشرع؛ ومن أجل تشجيع الواقفين على عمل البر والخير فقد أعفيت الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم

(1) رمول خالد، المرجع السابق، ص ص. 46، 47، 96.

(2) هناك نص عام في السنة النبوية، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عند شروطهم" (رواه البخاري).

(3) المادة 41، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(4) المادة 324 مكرر 1، من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الأخرى⁽¹⁾ ، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من ق أ : " تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير."⁽²⁾

وحسب التفسير الدقيق للمادة، فإن كل وقف؛ سواء كان عقارا أم منقولا يكون خاضعا للتسجيل كقاعدة عامة، وذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا، ولا يعفى من رسوم التسجيل إلا ما كان منها وقفا عاما، وإن كان المشرع الجزائري في تسببه لهذا الإعفاء كان على أساس عبارة " لكونها عملا من أعمال البر والخير". وهي نفس الخاصية التي تتميز بها كذلك الأملاك الوقفية الخاصة، ويتضح من خلال المادة كذلك، الخلفية القانونية وراء هذا الإعفاء، وهو تشجيع الوقف العام بدل الوقف الخاص⁽³⁾.

3- الإشهار:

بالإضافة إلى الرسمية والتسجيل، فقد أوجب المشرع كذلك إشهار عقد الوقف حتى يكون نافذا فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير، بحيث لا ينتج أثره بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد⁽⁴⁾.

وتنص على ذلك المادة 793 من ق م ج على: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."⁽⁵⁾

ثانيا/ حالات انتهاء الوقف:

ثمة حالات ينتهي فيها الوقف من تلقاء نفسه؛ دون الحاجة إلى قرار من المحكمة، كما نجد حالات أخرى لا ينتهي فيها الوقف إلا بقرار من المحكمة، وهذه الحالات مشتركة بين الوقف العام والوقف الخاص.

1- حالات انتهاء الوقف دون حاجة لقرار المحكمة:

أ- انتهاء الوقف بانتهاء المدة المحددة له:

طبقا للآراء الفقهية التي سبق ذكرها في عدم اشتراط التأييد لصحة الوقف؛ ومنهم الإمام مالك الذي أجاز في الوقف أن ينشأ إما مؤقتا أو مؤبدا، وطبقا للآراء الواردة في هذا الشأن فإنّ الوقف ينتهي بانتهاء المدة المحددة له من طرف الواقف.

(1) بن حدة مالك، المرجع السابق، ص.17.

(2) المادة 44، من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المرجع السابق.

(3) رمول خالد، المرجع السابق، ص.97.

(4) محمد كنانة، المرجع السابق، ص.76.

(5) المادة 793، من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الحالة ولعل سكوته في هذا الشأن يعود إلى احترام إرادة الواقف، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري⁽¹⁾.

ب- زوال الجهة الموقوف عليها:

ينتهي الوقف كذلك بانتهاء الجهة الموقوفة عليها، مثال ذلك أن يقول الواقف: وقفت أرضي على المدرسة الفلانية التي تقع في قريتي، فإذا أغلقت هذه المدرسة أو استغني عنها، فإن الوقف ينتهي بانتهاء هذه الجهة.

ج- موت الموقوف عليهم:

إذا جعل الواقف وقفه على طبقتين؛ فبانتهاء الطبقتين الموقوف عليهم في الأهل أو الذرية يعد الوقف منتهيا بانتهائهما، ولا ينتقل الوقف إلى الطبقة الموالية. أما إذا كان الوقف على طبقتين ثم على جهة خيرية لمدة مؤقتة، اعتبر الوقف منتهيا بانتهاء المدة التي حددها الواقف عند إنشاء وقفه. وفي جميع هذه الحالات، يكون الانتهاء فيها دون حاجة إلى قرار من المحكمة لأن الانتهاء فيها عادي⁽²⁾.

2- انتهاء الوقف بقرار قضائي:

إن انتهاء الوقف في هذه الحالة؛ يكون بتدخل الهيئة القضائية التي تصدر قرارا بانتهاء الوقف. وذلك في الحالات التالية:

أ- انتهاء الوقف بسبب التلف:

من الأهداف السامية المرجوة من الوقف انتفاع الموقوف عليهم من المال الموقوف، إلا أن هذا المال قد يمس التلف بسبب معين أو غير معين؛ فيصبح من المستحيل إعادة استثمار هذا المال أو استبداله، مما يستدعي تدخل المحكمة لإنهاء الوقف بقرار منها.

ب- انتهاء الوقف لقلّة المردود:

إن الوقف يتطلب من القائمين عليه استثماره، والمحافظة عليه، وتنميته حتى يستفيد منه الموقوف عليهم، إلا أن وقف المال قد يصاب بالإهمال وقلّة الرعاية مما يؤدي إلى ضالة المردود. وبالتالي نقص في الأنصبة للموقوف عليهم، حيث يرى الإمام مالك في هذا الشأن أن ضالة النصيب تؤدي حتما إلى انتهاء الوقف وإجبار القائمين عليه ببيعه وتقسيم المردود الناتج عن البيع على الموقوف عليهم، وحتى لا يكون هذا التصرف تلقائيا، يجب أن يكون بقرار من المحكمة المختصة⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.101.

(2) نادية براهيمي المولودة أركام، المرجع السابق، ص.145.

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.102-103.

المبحث الثاني

الوعد بجائزة (الجعالة) بين الشريعة الإسلامية والقانون

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الوعد بجائزة تحت عنوان "الجعالة" خلافا للقانون الذي نص عليه تحت اسم الوعد بجائزة.

لذا سنتناول في هذا المبحث تنظيم الوعد بجائزة (الجعالة) في الشريعة الإسلامية والقانون من خلال المطالب التالية:

* المطلب الأول: الوعد بجائزة (الجعالة) في الشريعة الإسلامية.

* المطلب الثاني: الوعد بجائزة في القانون.

المطلب الأول

الوعد بجائزة (الجعالة) في الشريعة الإسلامية

قد يفقد الإنسان ماله أو دابته أو سيارته، ويكون عاجزا عن معرفة مكانها، أو البحث عنها، فأباح الشرع له أن يجعل شيئا من المال مثلا كجائزة لمن يرد عليه ضالته، أو يقضي له حاجته.

الفرع الأول

مفهوم الوعد بجائزة (الجعالة)

هذا الفرع يقتضي منا الوقوف على تعريف الوعد بجائزة (الجعالة) ودليل مشروعيته أولاً، ثم التعرض إلى صفته كما سيأتي.

أولاً/ تعريف الوعد بجائزة (الجعالة) ودليل مشروعيته:

1- تعريف الوعد بجائزة (الجعالة):

الجعالة هي جعل مال معلوم لمن يعمل له عملاً مباحاً، أو هو التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول عسر علمه؛ كقول أحدهم: من رد إليّ سيارتي المفقودة، فله كذا والجعالة التزام من جانب واحد، فهي عقد جائز⁽¹⁾.

2- دليل مشروعية الوعد بجائزة (الجعالة):

الوعد بجائزة عقد جائز شرعاً. لورود أدلته في الكتاب والسنة.

1- في الكتاب:

يقول الله Y: " قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ."⁽¹⁾

فقد أشارت الآية إلى أن الواجب على الملتزم حمل بغير من الطعام جعلاً لمن يأتي بالصواع المفقود.

⁽¹⁾ صالح حميد العلي، المؤسسات المالية الإسلامية، الطبعة الأولى؛ دار النوادر، سوريا، 2008، ص.227.

⁽¹⁾ الآية رقم 72 من سورة يوسف.

2 - في السنة:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك، إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأمر القرآن، ويجمع بزاقه ويتقل، فبراً فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه فضحك وقال: " وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ، خُدُوهَا وَاضْرِبُوا لِي بِسَهْمٍ." (2)

في الحديث: جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية، وسائر الأعمال كذلك. ومن المعقول: فإن الحاجة تدعو إلى الجعالة، في ردّ شيء ضائع وعمل لا يقدر عليه صاحبه، فجاز بذلك الجعل، كالإجارة والمضاربة، إلا أن جهالة العمل والمدة لا تضر بخلاف الإجارة لأن الجعالة غير لازمة، والإجارة لازمة وتفتقر إلى تعيين المدة لمعرفة قدر المنفعة (3).

ثانياً/ صفة الوعد بجائزة (الجعالة):

الجعالة بالاتفاق عقد جائز غير لازم، بخلاف الإجارة فهي عقد لازم لا يفسخ، فيجوز لكل من الجاعل والعامل فسخها، ويجوز عند المالكية الفسخ قبل الشروع في العمل، ويلزم الجاعل بالجعل للعامل بالشروع في العمل، وأما العامل فلا يلزم بشيء قبل العمل أو بعده. وأجاز الشافعية والحنابلة فسخ الجعالة في أي وقت شاء الجاعل والعامل، ولو بعد الشروع في العمل، كسائر العقود الجائزة (غير اللازمة) مثل الشركة والوكالة؛ لأن العامل قبل البدء في العمل لم يعمل شيئاً، وبعد الشروع في العمل لم يتحقق غرض الجاعل، لكن إن فسخ الجاعل الجعالة بعد الشروع في العمل، وجب عليه أجره مثل عمله في الأصح عند الشافعية (4).

الفرع الثاني**أركان الوعد بجائزة (الجعالة) وشروطه**

هذا الفرع يقتضي التعرض إلى أركان الوعد بجائزة أولاً، ثم تناول شروطه.

أولاً / أركان الوعد بجائزة (الجعالة):

(2) رواه البخاري .

(3) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص.544.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الأول؛ دار الكلم الطيب، دمشق، 2010، ص.519- 520 .

وهي أربعة أركان هي:

1- الصيغة:

وهي كل لفظ دال على الإذن في العمل بعوض معلوم، سواء كان هذا الإذن عاما لكل من سمعه، أم علم به؛ مثل أن يقول الجاعل: من رد علي سيارتي، فله كذا، ويمكن أن يكون الإذن خاصا بشخص معين، مثل قول الجاعل له: إن رددت إلي سيارتي، فلك كذا من المال.

2- العاقدان:

وهما: الجاعل الذي يلتزم بالجعل، والعامل الذي يستحق الجعل، والجاعل يجب أن يكون مختارا، وأهلا للتصرف. أمّا العامل يجب أن تكون له القدرة على العمل. ويمكن أن يكون العامل واحدا، أو أكثر، وإن تعددوا، فإنهم يشتركون في الجعل على عدد رؤوسهم، حتى وإن تفاوتوا في العمل.

3- العمل:

تصح الجعالة في كل عمل معلوم مباح يقابل بأجرة، وكذا تصح في العمل المجهول، ويجب أن يكون في العمل مشقة، وكلفة؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض، وكذلك لصحة العمل يجب عدم تأقيته بوقت محدد، إذ إن تقدير المدة يخل بمقصود العقد، فقد لا يجد العامل ما تعاقد عليه خلال المدة المحددة.

4- الجعل:

هو ما يستحق في الجعالة بعد إتمام العمل، إذ يجب أن يكون معلوما جنسا وقدرًا، لأن جهالته تفسد العقد، كما يجب أن يكون متقوما؛ أي: حلالا يباح الانتفاع به شرعا، ومقدورا على تسليمه، فإذا كان الجعل مجهولا، كأن يقول الجاعل: من رد سيارتي، فله مال، فالمال هنا مجهول الكمية، وكذلك، إذا كان الجعل على محرم؛ كالخمر، فإن الجعالة تبطل حينئذ. وعند بطلانها يستحق العامل أجر المثل الذي يعد بالزمان الذي حصل فيه كل العمل، لا الزمان الذي حصل فيه التسليم⁽¹⁾.

ثانيا/ شروط الوعد بجائزة:

اشتراط المالكية في الجعالة ثلاثة شروط:

1- أن تكون الأجرة معلومة:

فإن كان الجعل مجهولا فسد العقد، فلا يصح كون العوض مجهولا.

2- ألا يحدد للعمل أجل:

اشتراط المالكية ألا يحدد للجعالة أجل، أي: ألا يعين زمن محدد لإنجاز العمل، فإن عين زمن كأن يقول: على أن تأتيني بالشيء الضائع أو تحفر لي البئر ونحو ذلك في مدة كذا، فسدت الجعالة، لأن

(1) صالح حميد العلي، المرجع السابق، ص ص. 229- 230 .

العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل، وقد ينقضي الزمن قبل التمام، فيذهب عمله باطلا، فيؤدي إلى زيادة الغرر، مع أن الأصل في الجعالة الغرر أي الجهالة، وهي رخصة اتفاقا لما فيها من الجهالة، وإنما أجيّزت لإذن الشارع بها.

3- ألا يشترط نقد الجعل:

فإن شرط النقد يفسدها، لأنه سلفٌ جرّ نفعاً بطريق الاحتمال، وهذا من أبواب الربا، أما تعجيل العوض بلا شرط فلا يفسدها، فإن فسدت الجعالة لفقد شرط من شروطها، وجب للعامل جعل المثل لا أجرته إن تم العمل، فإن لم يتم العمل فلا شيء له، إلا أن يلتزم الجاعل للعامل الجعل مطلقا، سواء تم العمل أم لا، فيجب حينئذ أجر المثل، وإن لم ينجز العمل، كما إذا قال: ان أتيتني بضالتي المفقودة فلك كذا. وإن لم تأت بها فلك كذا، فيستحق أجر المثل، لخروجها عن حقيقتها؛ لأن المقرر فيها أنه لا جعل إلا بتمام العمل⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الوعد بجائزة في القانون

يعد الوعد بجائزة من التصرفات القانونية، وهو إما أن يكون من على سبيل المعاوضة؛ كمنح جائزة لمن يعثر على شيء ضائع، أو يكون على سبيل التبرع؛ كمنح جائزة لمن يحقق أكبر منتج فلاحى لموسم معين⁽²⁾.

وعليه، يكون المطلب ذي فرعين:

- الفرع الأول: مفهوم الوعد بجائزة.

- الفرع الثاني: أحكام الوعد بجائزة.

الفرع الأول

مفهوم الوعد بجائزة

مفهوم الوعد بجائزة يلتزم منا تحديد تعريفه وطبيعته القانونية أولاً، ثم التعرض إلى شروطه كما سيأتي.

أولا/ تعريف الوعد بجائزة وطبيعته القانونية:

1- تعريف الوعد بجائزة:

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ص. 518- 519 .

(2) دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د ط ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.73.

الوعد بجائزة (La promesse de récompense) تصرف قانوني بإرادة منفردة وهي إرادة الوعد، أو هو تعبير عن الإرادة يوجه إلى الجمهور؛ فيلتزم صاحبه بمقتضاه أن يقدم جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين⁽¹⁾.

وقد نص ق م ج على الوعد بجائزة في نص المادة 123 مكرر 1؛ والتي تنص على: "من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل؛ جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في اجل 06 أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور"⁽²⁾.

2- الطبيعة القانونية للوعد بجائزة:

توجد مجموعتان متعارضتان من النظريات؛ تتنازعان حول طبيعة الوعد بجائزة، الأولى تحاول إضفاء الصبغة القانونية على الوعد، والأخرى ترى أن الوعد بجائزة تصرف من جانب واحد.

أ- المجموعة الأولى: تشمل النظريات التعاقدية التالية:

- نظرية العقد مع شخص معين: تعتبر الوعد عقدا مع شخص ينبغي تحديده؛ ولكن سرعان ما هجرت هذه النظرية، لأن فكرة العقد لا تتفق مع عدم تعيين احد طرفيه.

- نظرية العقد المشروط بشرط الواقف: حيث سعى أنصار النظريات التعاقدية أن ينفذوا وجهة نظرهم فقالوا: إن الوعد بجائزة يعدّ عقدا يكون فيه استحقاق الجائزة معلقا على شرط واقف؛ وهو القيام بعمل معين.

ولكن يرد على هذه النظرية أن القيام بعمل معين هو سبب التزام الواعد، ومعلوم أن السبب ركن أصيل في الالتزام، وأن الواقعة التي تنزل منزلة الشرط يجب أن تكون واقعة عرضية خارجة عن تكوين الالتزام؛ بمعنى أن سبب الالتزام لا يصح أن ينزل منزلة الشرط لأن الشرط عنصر عرضي، والسبب عنصر أصيل.

ب- المجموعة الثانية: ترى بأن الوعد بجائزة تصرف من جانب واحد. وهكذا، فإن كثيرا من الشراح ذهبوا إلى أن الوعد بجائزة لا يقوم على أساس تعاقدي، وإنما يقوم على أساس الالتزام بإرادة منفردة في مواجهة دائن غير معين.

ولكننا نعلم أن الرابطة القانونية؛ إنما توجد بين طرف إيجابي هو الدائن وطرف سلبي هو المدين، فكيف يسوغ القول بأن ثمة رابطة قانونية؛ حيث لا يوجد الطرف الإيجابي لهذه الرابطة؟!

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.371.

(2) المادة 123 مكرر 1، من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

وحاصل القول أن الوعد بجائزة لا يقوم على الاتفاق بين الواعد والمستفيد، وإنما يقوم على أساس التزام الواعد بإرادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين وقت صدور الوعد، وإن هذا الالتزام يتكون بالتدرج. فهو قبل تعيين الدائن التزام ناقص؛ إذ توجد فيه المديونية دون المسؤولية؛ أي لا تنشأ عنه رابطة ملزمة حتى إذا ما تعين الدائن، وجدت المسؤولية إلى جوار المديونية ونشأت بذلك الرابطة القانونية وامتدحت على الواعد عندئذ أن يرجع في وعده.

وهذا هو مذهب أغلب التشريعات الحديثة التي نظمت أحكام الوعد بجائزة⁽¹⁾.

ثانيا/ شروط الوعد بجائزة:

يلزم لوجود الوعد بجائزة توافر الشروط التالية:

1- أن يوجه الوعد إلى الجمهور:

أي أن تتوجه إرادة الواعد إلى أشخاص غير معينين، لأنها إذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين فلا تكون وعدا (Une promesse) بالمفهوم القانوني المقصود في هذا المقام، وإنما تصبح إيجابا لا بد أن يقترن به القبول، وفي هذه الحالة نخرج من مجال التصرف بالإرادة المنفردة إلى مجال العقد.

2- أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة:

سواء في ذلك أن تكون الجائزة مادية ك مبلغ من النقود، أو شيئا آخر له قيمة مالية كأسهم أو سيارة أو نفقات رحلة، أو أن تكون ذات قيمة معنوية أو أدبية كوسام أو غير ذلك من علامات التقدير، ويلتزم الواعد بإعطاء الجائزة ومن ثم ينبغي كأى محل للالتزام، أن تكون معينة أو قابلة للتعيين⁽²⁾.

3- أن يكون توجيه الإرادة للجمهور بطريق علني:

ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة، كالإعلان في الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة في الطرقات، والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علني، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة. ويقصد بالجمهور ذلك العدد غير المحدد من الناس، والذين لا يعرفهم الواعد بذواتهم وإن عرفهم بصفاتهم⁽¹⁾.

(1) محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، د ط، دار الأمة للطباعة والنشر، الجزائر، 1995، ص ص. 158، 159، 161، 163.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص ص. 338- 339.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 1466.

4- وجود إرادة جدية وباتة تتجه إلى الالتزام:

لأنه في بعض الحالات تثار مسألة الوعد السلبي وهو الوعد الذي يعلن به شخص إعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين وهو يأمل أن لا يتحقق العمل الذي من أجله يمكن أن تستحق الجائزة. وأكثر ما يحصل هذا النوع من الوعد في أحوال الدعاية للبضائع كأن يعد شخص بإعطاء جائزة لمن يثبت وجود عيب في بضاعة معينة أو أن يعد شخص بإعطاء مبلغ معين لمن يثبت عدم فعالية دواء معين⁽²⁾.

ولقيام الوعد بجائزة يجب أن تصدر عن الواعد إرادة جدية وباتة، فيها معنى الالتزام النهائي، وليس فقط مجرد الدعوة إلى التفاوض، لأن مصدر الالتزام في هذه الحالة هو الإرادة المنفردة، والإرادة الباتة هي الإرادة المنفردة التي ينشأ عنها الالتزام. ويجب أن ترد هذه الإرادة على محل مستوف لشروطه من حيث الإمكان والتعيين والمشروعية، وأن يتوافر لها سبب مشروع، وأن تتوافر الأهلية اللازمة لدى الواعد، وأن تكون إرادته سليمة من العيوب التي تفسدها، كالغلط، أو التدليس، الإكراه، أو الاستغلال⁽³⁾.

الفرع الثاني**أحكام الوعد بجائزة**

هذا الفرع يستلزم منا الوقوف على أحكام الوعد بجائزة المحدد المدة أولاً، ثم التعرض إلى أحكام الوعد بجائزة غير محدد المدة.

أولاً/ أحكام الوعد المحدد المدة:**1- عدم جواز العدول:**

إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده للقيام بالعمل المطلوب؛ ففي هذه الحالة يلتزم الواعد نهائياً بهذه المدة، فلا يستطيع أن يرجع عن وعده خلال المدة المحددة، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضي التزام الواعد، ولا يحق لمن يكون قد قام بالعمل بعد المدة المحددة الحصول على جائزة ولو أنجز هذا العمل فيما بعد، وكذلك الحال إذا كان أحد الأشخاص قد بدأ في العمل ولكن لم يتمه عند حلول الأجل، فلا يحق له الرجوع بالتعويض عما قد يكون قد فاته من كسب أو لحقه من خسارة إذ أن الواعد لم يصدر من جانبه أي خطأ فهو قد طلب إتمام العمل لا البدء فيه، أما إذا تم القيام بالعمل

(2) محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 156 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 337 .

المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح من قام به دائئا بالجائزة اتجاه الواعد، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها، حتى ولو كان جاهلا بالوعد. وفي هذا ما ينفي عن الوعد بجائزة صفته العقدية⁽¹⁾.

2- استحقاق الجائزة:

يستحق الجائزة من قام بالعمل وأتمه قبل انقضاء المدة المحددة، لذا فان من قام به يصبح دائئا للواعد بجائزة، سواء كان علم بالإعلان أو لم يعلم به أي سواء كان قد قام بالعمل من أجل الجائزة أو قام به دون علمه بالجائزة وقت قيامه بالعمل المطلوب وسواءً قد أتم العمل قبل الإعلان عن الجائزة، أو بعد الإعلان عنها، وأساس ذلك التزام الواعد بإرادته المنفردة إذ يلتزم أمام من قام بالعمل حتى ولو كان هذا الأخير لا يعلم شيئاً عن الجائزة أو أتم العمل قبل الإعلان عن الجائزة.

وإذا كان هناك من قام بالعمل المطلوب قبل رجوع الواعد عن وعده، فإنه يستحق الجائزة، وله أن يطالب بها بدعوى أمام القضاء حدد لها النص ستة أشهر لرفعها، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إعلان العدول، فإذا انقضت هذه المدة دون رفع هذه الدعوى، فلا يكون لمن قام بالعمل المطلوب إلا أن يرجع على الواعد طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾. وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 123 مكرر 1 ق م ج في الفقرة الثالثة منها السالفة الذكر.

ثانياً/ أحكام الوعد غير محدد المدة:

1- حق الواعد في الرجوع:

بما أن الواعد لم يحدد مدة للقيام بالعمل، فإنه ليس من المعقول أن يظل ملتزماً إلى الأبد، خاصة وقد يحدث أيضاً أن شخصا لا يستطيع إتمام العمل المطلوب، فهنا يحق بحسب الأصل للواعد أن يرجع عن وعده في أية لحظة بشرط إعلان عدوله بنفس الطريقة التي تم بها الوعد، ولا يخلو الحال هنا من الآتي:

- أن يرجع الواعد عن وعده دون أن يقوم شخص بانجاز العمل، في مثل هذه الحالة يسقط الوعد ويتحلل الواعد من وعده.
- أن ينجز شخص ما العمل دون أن يحصل الرجوع من الواعد، فهنا يستحق المعنى الجائزة وله المطالبة بها في خلال مهلة 15 سنة من تاريخ استحقاق الدين.
- أن يتم انجاز العمل، ثم يتراجع الواعد عن وعده في هذه الحالة، يجب المطالبة في مهلة 06 أشهر من تاريخ العدول عن الوعد.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1468.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص ص. 317-318.

- أن لا ينهى الشخص العمل إلا بعد تراجع الواعد عن وعده، في هذه الحالة ليس لهذا الشخص إلا الاستناد إلى قواعد الإثراء بلا سبب، للمطالبة بالتعويض الواجب عن العمل الذي قام به⁽¹⁾.
ولقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك دائما في نص المادة 123 مكرر 1 ق-م-ج في فقرتها الثانية.

2- حماية مصالح الغير:

المقصود هنا بالغير هو الجمهور الذي وجه إليه الوعد، ومصالح الغير تتمثل في الثقة التي أحدثها الوعد لدى هذا الجمهور ولذا يجب المحافظة على هذه المصالح، وهناك ثلاثة فروض في هذه الحالة.

- الفرض الأول:

أن يكون أحد قد أتم العمل المطلوب قبل الرجوع، وفي هذه الحالة لا يوجد أي مشكل، فيستحق الجائزة كاملة ولا يؤثر رجوع الواعد في وعده وهو يستحق الجائزة على نحو ما سبق، سواء كان يعلم بها أو لا يعلم وسواء كان راغبا فيها أو لا يرغب.

- الفرض الثاني:

ألا يكون أحد قد بدأ في تنفيذ العمل، وفي هذا الفرض لا يستطيع أن يدعي أن له حقا طالما لم يبدأ في القيام بالعمل حتى رجع الواعد عن وعده.

- الفرض الثالث:

إذا كان هناك من بدأ في العمل المطلوب ولم يتمه وأدركه الرجوع فان له أن يرجع على الواعد بتعويض عادل يساوي ما أصابه من ضرر من جراء الرجوع نتيجة ما يكون قد أنفقه بشرط ألا يزيد هذا التعويض عن مقدار الجائزة. والتعويض هنا يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أساس الوعد إذ أنه قد سقط برجع الواعد⁽²⁾.

ونحن نرى أن معيار التعويض هو نص المادة 182 ق م ج في فقرتها الأولى التي أشارت إلى أن التعويض يكون على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وهذا لا يخص مصادر الالتزام الأصلية بل حتى المصدر الاستثنائي الذي خص به المشرع الجزائري في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثاني.

(1) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.75 .

(2) محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص.377 .

خاتمة

خاتمة

بعد أن تعرضنا بالبحث والتحليل لمسألة عقود الإرادة المنفردة بين الشريعة والقانون، وبالاعتماد على منهج المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وفي محاولة للإجابة على الإشكالية المثارة في مقدمة البحث؛ خلصنا إلى النتائج الآتية:

– أولاً: إن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية في القوانين العربية بصفة خاصة، وفي القانون المدني الجزائري بشكل خاص؛ إذ تناولها المشرع الجزائري في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث باعتبارها تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد موت الموصي بها. كما أن الوصية تحتل مكانة مهمة؛ باعتبارها عملاً إرادياً منحها الله Y الإنسان كي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقاً مشروعاً؛ كونها أمراً مشروعاً لا يتحقق فيه معنى الإضرار؛ الذي قد يوجد في بعض الصور الأخرى لكسب الملكية. وبيننا أن للوصية أربعة أركان تتمثل في الموصي، الموصى له، الصيغة والموصى به، وهي نفسها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ لأن المشرع الجزائري يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص بشأن الوصية.

كما ينبغي لصحة الوصية أن تتوفر شروط وأحكام في كل ركن من أركانها؛ على النحو الذي أسلفناه. ونجد المشرع الجزائري قد نص على الوصية في القانون المدني، وقانون الأسرة الجزائري كذلك. ولعلّ الأصح والأجدر أن يجمع أحكام الوصية في قانون واحد.

– ثانياً: إن الهبة عقد كسائر العقود؛ لا ينعقد إذا لم تتوفر أركانه. هي ليست تصرفاً بالإرادة المنفردة للواهب، كما هو الحال بالنسبة للوصية والوقف، ومن التشريعات الوضعية من نصّ صراحة على اعتبارها عقداً مثل التشريع المصري، والكويتي، والسوري والليبي، ومنها من نص على أن الهبة تصرف مثل المشرع الفرنسي واللبناني. ومنها من لم يصنفها لا عقداً ولا تصرفاً كالمشرع الجزائري؛ غير أنه يستخلص من المادتين 202 و206 من قانون الأسرة أن الهبة عقد، وقد ذكرناه في موضعه عند تعريفنا للهبة، وكذلك يضيف جمهور الفقهاء المسلمين صفة العقدية على الهبة؛ ولا تتعقد عندهم إلا إذا صادف إيجاب الواهب قبولاً من الموهوب له.

ونلاحظ كذلك بأن المشرع الجزائري نظم عقد الهبة في قانون الأسرة، واعتبره من الأحوال الشخصية؛ خلافاً للتشريعات الوضعية الأخرى؛ التي وضعت في طائفة الأحوال العينية، منظمها في قوانينها المدنية. وعليه، فالمشرع الجزائري يؤخذ على وضعه عقد الهبة في قانون الأسرة؛ إذ كان عليه أن ينظم عقد الهبة في القانون المدني، ضمن طائفة العقود الناقلة للملكية كأصل عام، مع النص عليها في قانون الأسرة استثناءً.

- ثالثاً: يعد الوقف ظاهرة اجتماعية ونظاماً قانونياً قائماً بذاته؛ يختلف عن غيره من الأنظمة والتصرفات القانونية القريبة منه؛ من حيث التعريف والخصائص والأركان وكذا الشروط. كما تعدّ الشريعة الإسلامية مصدراً ومرجعاً له.

ونظراً للأهمية البالغة التي يؤديها الوقف في البلدان الإسلامية، فإن المشرع الجزائري تفتن للموضوع، وقام بتشريع القانون المتعلق بالأوقاف، الصادر سنة 1991، وبذلك يكون قد أجاب عن عدة تساؤلات وسدّ كثيراً من الفجوات، وأوضح الغموض الذي علق بقانون الأسرة الذي كان قبل ذلك مرجعاً رسمياً غير كاف بالنسبة للموضوع.

ومن جهة أخرى، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع أحكاماً تفتقر كثيراً إلى التفصيل؛ كما هو الشأن في العقود المستحدثة بموجب تعديل 2001، أين نص على مجموعة من العقود واقتصر على تعريفها، تاركاً مسألة تفصيل ذلك إلى البحث في أصولها ومذاهبها، وما ينتج عن ذلك من خلاف وعدم ثبات في مواقف المذاهب الفقهية. ضف إلى ذلك، وفي إطار الغموض الذي يطبع بعض النصوص، نجد التعديل الآخر لقانون الوقف لسنة 2002 أين تم إخراج الوقف الخاص من مجال تطبيق القانون رقم 91-10، وإحالة تنظيمه إلى الأحكام التشريعية المعمول بها؛ وهي الإحالة التي تطرح الكثير من الصعوبات في إيجاد الأحكام المتعلقة بالوقف الخاص.

- رابعاً: نلاحظ أن هناك نوعاً من الاتفاق بين التعريف الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، والتعريف القانوني للوعد بجائزة؛ على أنه تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد. إلا أنهم اختلفوا حول تسميته؛ فقد عالجها فقهاء الشريعة تحت مسمى الجعالة.

أما المشرع الجزائري فقد عالج الوعد بجائزة في مادة واحدة؛ وهي المادة 123 مكرر 1 من ق م ج بعد التعديل، أما قبل التعديل، فقد نص عليه في المادة 115 من القانون نفسه التي تم إلغاؤها بموجب القانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

وبالرغم من ذلك، نرى أنه لا يكفي للإمام بكل جوانب موضوع الوعد بجائزة؛ الاعتماد على نص واحد؛ نظراً للتطورات التي يشهدها المجتمع، إذ على المشرع الجزائري إعطاء أهمية أكبر لهذا الموضوع حتى يتسنى لنا حل الإشكاليات التي يطرحها.

وفي الأخير نرجو أن نكون قد قاربنا جوانب الموضوع، ومنحناها ما تستحقه من جهد بالدراسة والتحليل. فإن أصبنا فمن الله، وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان.

مطابق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف.

مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف

لولاية:.....

رقم:.....

وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي (*)

المرجع: المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 الصادر في ج ر رقم 47 بتاريخ 28 رجب عام 1421 الموافق لـ 26 أكتوبر لسنة 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كيفيات إصدارها وتسليمها.

أنا الممضي أسفله:

السيد (ة):.....

المولود (ة) بتاريخ:.....

ابن (ة):..... و.....

عن:.....

المهنة:.....

أشهد بشرفي أن العقار المتمثل في:.....

الواقع بالعنوان التالي:.....

بلدية:..... دائرة:.....

المتكون من:.....

مساحته:.....

يحدّه:.....

من الشمال:.....

من الجنوب:.....

من الشرق:.....

من الغرب:.....

ملك وقفي.

و إثباتا لذلك وقعت هذه الشهادة، و أنا عي كامل قواي العقلية، و الله على ما أقول شهيد.

حرر بـ:..... في:.....

الموافق لـ:.....

إمضاء الشاهد

التصديق

(*) هذا الملحق خاص بالعقار (مشار إليه في صفحة 52)

قائمة المصادر و المراجع

! القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

أولاً: باللغة العربية.

أ/ المصادر الشرعية:

- 1- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، **سنن الدارقطني**، المحقق مجدي بن منصور بن السيد الشورى، دار الكتب العلمية، بيروت، دس.
- 2- أبوداود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمر الأزدي، **سنن أبوداود**، المحقق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دس.
- 3- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، **سنن ابن ماجة**، دار الكتب العلمية، بيروت، دس.
- 4- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبوبكر البيهقي، **سنن البيهقي** المحقق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، دس.
- 5- أحمد بن علي بن شعيب أبي عبد الرحمان النسائي، **سنن النسائي**، دار ابن الجوزي، مصر، دس.
- 6- محمد بن عيسى بن شورة بن موسى الضحاك الترمذي، **سنن الترمذي**، المحقق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، دس.
- 7- مسلم بن الحجاج ابو الحسن القشيري النسابوري، **صحيح مسلم**، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة الإيمان، مصر، دس.
- 8- فتح الباري، **صحيح البخاري**، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دس.

ب/ الكتب:

ب.1- الكتب الشرعية:

- 1- أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، **مواهب الجليل من أدلة خليل**، الجزء الرابع؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2005 .
- 2- السيد السابق، **فقه السنة**، الجزء الثالث، دار الفتح للإعلام العربي، 1982.
- 3- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، الجزء الرابع، دار ابن حزم، لبنان، 2008 .
- 4- صالح حميد العلي، **المؤسسات المالية الإسلامية**، الطبعة الأولى؛ دار النوادر، سوريا، 2008 .
- 5- عبد الوهاب البغدادي، **المعونة على مذهب الإمام مالك بن أنس**، الجزء الثالث؛ مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، 2002.

- 6- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى؛ بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2009 .
- 7- محمد بن صالح العثيمين، الجامع لأحكام فقه السنة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى؛ دار الغد الجديد، القاهرة، 2006 .
- 8- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء الخامس؛ دار ابن الهيثم، القاهرة، 2004 .
- 9- محمد أحمد راشد، الفقه و أدلته (من الكتاب والسنة)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى؛ دار الفوائد، مصر، 2011.
- 10- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الأولى؛ دار الفكر، دمشق، 1991.
- 11 - الفقه المالكي الميسر، الجزء الأول؛ دار الكلم الطيب، دمشق، 2010 .

ب.2- الكتب القانونية:

- 1- أحمد فراج حسنين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى؛ منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 2- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الحادي عشر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .
- 3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .
- 4- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .
- 5- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دط ؛ دار الهدى، مصر، 1978 .
- 6- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة-الوصية-الوقف)، دط؛ دار هومة للنشر، الجزائر، 2004 .
- 7- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري(عقد البيع)، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 .
- 8- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دط؛ دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .

- 9- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دط؛ دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .
- 10- زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دط؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998 .
- 12- — نظرية العقد، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1999 .
- 13- — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهيئة والشركة)، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 .
- 14- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دط؛ دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .
- 15- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، دط؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998 .
- 16- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دط؛ منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998 .
- 17- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دط؛ دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2010 .
- 18- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دط؛ دار الفكر العربي، مصر، 1988 .
- 19- محمد تقي، الإرادة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دط؛ دار الأمة للطباعة والنشر، الجزائر، 1995 .
- 20- — دراسة عن الهيئة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003 .
- 21- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة؛ دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009 .
- 22- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، الطبعة الأولى؛ منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999 .
- 23- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دط؛ دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 .
- 24- محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، الطبعة الثانية؛ دس .

- 25- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، الطبعة الأولى؛ دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 26- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، دط؛ منشأة المعارف، مصر، دس.
- 27- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دط؛ دار الهدى، الجزائر، 2008.

ج/ الأطروحات و المذكرات:

ج1: رسائل الدكتوراه:

- 1- عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004.

ج2: مذكرات الماجستير:

- 1- انتصار عبد الجبار مصطفى اليوسف، المقاصد التشريعية للأوقاف الإسلامية، رسالة جامعية للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007.
- 2- نادية براهيم المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة جامعية لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
- 3- ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ج3: مذكرات التخرج:

- 1- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 1976.
- 2- عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2007.
- 3- يعقوبي عبد الرزاق، دحماني ميلود، النظام القانوني للوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، 2007.
- 4- بوعروج فراح، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008.
- 5- بن حدة مالك، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010.

6- دحماني فريزة، **الوصية في القانون الجزائري**، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،
الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010 .

د/ النصوص القانونية:

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24،
الصادر في 12 جوان 1984 ،معدل ومتم بالأمر رقم 05-02 ، مؤرخ في 27 فيفري 2005
،ج.ر.ج.ج، عدد 15 ،الصادر في 27 فيفري 2005 .

2- قانون رقم 90-25، مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، معدل ومتم
بالأمر 95-26 مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، ج.ر.ج.ج، عدد 55 لسنة 1995 .

3- قانون رقم 91-10 ، المتعلق بالأوقاف، مؤرخ في 27 أبريل 1991 ،ج.ر.ج.ج، عدد 21 ،الصادر
في 27 أبريل 1991 ،معدل ومتم بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 15 ديسمبر 2002،
ج.ر.ج.ج، عدد 83 لسنة 2002.

4- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، ج.ر.ج.ج، عدد 78
،الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتم بالقانون رقم 05-10 بتاريخ 20 جوان 2005،
ج.ر.ج.ج، عدد 44 بتاريخ 26 جوان 2005.

ه/ الأحكام و القرارات القضائية:

- 1- مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991 .
- 2- مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001 .

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1-GHOUTI, BENMELHA, **Le droit Patrimonial Algérien de la Famille**,
Publications Universitaires , ALGER.

2- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, **Les
Obligations**, France, De Frénois-E.G.A, 2^o éditions, 2005 .

الفهرس

الفهرس

عقود الإرادة المنفردة بين الشريعة والقانون

1.....	مقدمة:
3.....	الفصل الأول: الوصية والهبة بين الشريعة الإسلامية و قانون
5.....	- المبحث الأول: الوصية بين الشريعة الإسلامية و القانون
5.....	- المطلب الأول: الوصية في الشريعة الإسلامية
5.....	- الفرع الأول: مفهوم لوصية
5.....	- أولاً: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها
5.....	1- تعريف الوصية
6.....	2- دليل مشروعية الوصية
6.....	أ- في الكتاب
6.....	ب- في السنة
7.....	ج- في الإجماع
7.....	- ثانياً: أركان الوصية وشروط صحتها
7.....	1- أركان الوصية
8.....	أ- الصيغة
8.....	ب- الموصي
8.....	ج- الموصى له
8.....	د- الموصى به
8.....	2- شروط صحة الوصية
9.....	- الفرع الثاني: مبطلات الوصية وحكم تعدد الوصايا
9.....	أولاً: مبطلات الوصية
9.....	1- مبطلات الوصية من جهة الموصي
9.....	أ- الرجوع عن الوصية
10.....	ب- زوال أهلية الموصى بعد الوصية
10.....	ج- ردة الموصي بعد الوصية

- 2- مبطلات الوصية من جهة الموصى له. 10.....
- أ- رد الموصى له الوصية. 10.....
- ب- قتل الموصى له الموصي. 10.....
- ج- بطلان الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة. 11.....
- 3- مبطلات الوصية من جهة الموصى به. 11.....
- أ- استغراق الدين للتركة. 11.....
- ب- تلف أو هلاك الموصى به. 11.....
- ثانيا: حكم تعدد الوصايا. 11.....
- 1- إن كان التزام بين الأشخاص. 11.....
- 2- إن كان التزام في حقوق الله تعالى. 11.....
- 3- إن كان التزام في الوصايا المشتركة بين حق الله وحق العباد. 12.....
- المطلب الثاني: الوصية في القانون. 12.....
- الفرع الأول: مفهوم الوصية في القانون. 12.....
- أولا: تعريف الوصية وإثباتها. 12.....
- 1- تعريف الوصية. 12.....
- 2- إثبات الوصية. 13.....
- ثانيا: النظام القانوني للوصية. 14.....
- 1- الصيغة. 14.....
- 2- الموصي وشروطه. 14.....
- أ- أهلية التبرع. 14.....
- ب- الرضى. 15.....
- 3- الموصى له وشروطه. 15.....
- أ- أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية. 15.....
- ب- أن يكون الموصى له معلوما. 15.....
- ج- أن لا يكون الموصى له جهة معصية. 15.....
- د- أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي. 15.....
- 4- الموصى به. 16.....
- أ- أن يكون الموصى به مما يمكن توارثه. 16.....
- ب- أن لا يزيد الموصى به عن ثلث التركة. 16.....

- ج- أن يكون الموصى به مقوما وقابلا للتمليك. 17.....
- 2- أنواع الوصايا. 17.....
- أ- الوصية الاختيارية. 17.....
- ب- الوصية الواجبة. 17.....
- الفرع الثاني: أحكام الوصية. 18.....
- أولاً: قبول أو رد الموصى له للوصية. 18.....
- ثانياً: رجوع الموصي عن الوصية. 19.....
- 1- الرجوع الصريح. 19.....
- 2- الرجوع الضمني. 19.....
- الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية. 20.....
- أولاً: منع الإضرار بالورثة. 20.....
- ثانياً: منع التحايل على أحكام القانون. 21.....
- المبحث الثاني: الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون. 22.....
- المطلب الأول: الهبة في الشريعة الإسلامية. 22.....
- الفرع الأول: مفهوم الهبة. 22.....
- أولاً: تعريف الهبة ودليل مشروعيتها. 22.....
- 1- تعريف الهبة. 22.....
- 2- دليل مشروعية الهبة. 23.....
- أ- في الكتاب. 23.....
- ب- في السنة. 23.....
- ثانياً: أركان الهبة وأنواعها. 23.....
- 1- أركان الهبة. 23.....
- أ- الصيغة. 23.....
- ب- الواهب. 24.....
- ج- الموهوب له. 24.....
- د- الشيء الموهوب. 24.....
- 2- أنواع الهبة. 24.....
- أ- الهبة المطلقة. 25.....
- ب- الهبة المقيدة. 25.....

25.....	الفرع الثاني: الرجوع في الهبة وموانعها.
25.....	أولاً: موقف الفقه من الرجوع في الهبة.
26.....	1- حكم الرجوع في الهبة قبل قبض الموهوب.
26.....	2- حكم الرجوع في الهبة بعد قبض الموهوب.
27.....	ثانياً: موانع الرجوع في الهبة.
27.....	1- موانع الرجوع في الهبة عند المالكية.
28.....	2- موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية.
29.....	المطلب الثاني: الهبة في القانون.
29.....	الفرع الأول: مفهوم الهبة.
29.....	أولاً: تعريف الهبة وخصائصها.
29.....	1- تعريف الهبة.
30.....	2- خصائص الهبة.
30.....	أ- أنها عقد يتم بين الأحياء.
30.....	ب- نية التبرع.
30.....	ج- انتفاء العوض.
30.....	د- الواهب يتصرف في ماله.
31.....	ثانياً: النظام القانوني للهبة.
31.....	1- أركان الهبة.
31.....	أ- التراضي.
31.....	ب- المحل.
31.....	ج- السبب.
32.....	د- الشكلية.
32.....	2- أنواع الهبة.
32.....	أ- الهبة المباشرة وغير المباشرة.
32.....	ب- الهبة المستترة.
32.....	ج- الهبة في مرض الموت.
33.....	د- أساس الهبة ودوافعها.
33.....	الفرع الثاني: أحكام الهبة.
33.....	أولاً: الآثار التي تترتب عن الهبة.
34.....	1- التزامات الواهب.

- أ- الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب. 34.....
- ب- الالتزام بتسليم الشيء الموهوب. 34.....
- ج- الالتزام بضمان العيوب الخفية. 34.....
- د- الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق. 35.....
- 2- التزامات الموهوب له. 35.....
- أ- الالتزام بنفقات الهبة. 35.....
- ب- الالتزام بأداء العوض. 35.....
- ثانياً: آثار الرجوع في الهبة. 36.....
- 1- آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين. 36.....
- 2- آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير. 36.....
- الفصل الثاني: الوقف و الوعد بجائزة بين الشريعة والقانون. 37.....
- المبحث الأول: الوقف بين الشريعة الإسلامية والقانون. 38.....
- المطلب الأول: الوقف في الشريعة الإسلامية. 39.....
- الفرع الأول: مفهوم الوقف. 39.....
- أولاً: تعريف الوقف ودليل مشروعيته. 39.....
- 1- تعريف الوقف. 39.....
- أ- الشافعية. 39.....
- ب- الحنابلة. 39.....
- ج- المالكية. 40.....
- 2- دليل مشروعية الوقف. 40.....
- أ- في الكتاب. 40.....
- ب- في السنة. 40.....
- ج- في الإجماع. 41.....
- ثانياً: أركان الوقف وشروطه. 41.....
- 1- أركان الوقف. 41.....
- أ- الواقف. 42.....
- ب- المحل. 42.....
- ج- الصيغة. 42.....
- د- الموقوف عليه. 42.....

42.....	2- شروط الوقف.....
43.....	أ- شروط الواقف.....
44.....	ب- شروط المحل.....
45.....	ج- شروط الصيغة.....
46.....	د- شروط الموقوف عليه.....
46.....	الفرع الثاني: أهمية الوقف ومبطلاته.....
46.....	أولاً: أهمية الوقف.....
47.....	1- المجال الديني.....
47.....	2- مجال التربية والتعليم.....
47.....	3- المجال الصحي.....
47.....	4- المجال الاجتماعي.....
47.....	ثانياً: مبطلات الوقف.....
47.....	1- حدوث مانع.....
47.....	2- تحبيس الواقف على نفسه.....
47.....	3- الوقف على المعصية والمكروه.....
48.....	المطلب الثاني: الوقف في القانون.....
48.....	الفرع الأول: مفهوم الوقف.....
48.....	أولاً: تعريف الوقف وطبيعته القانونية.....
48.....	1- تعريف الوقف.....
48.....	أ- في قانون الأسرة.....
48.....	ب- في قانون الأوقاف.....
49.....	ج- في قانون التوجيه العقاري.....
49.....	2- الطبيعة القانونية للوقف.....
49.....	ثانياً: خصائص الوقف وأنواعه.....
49.....	1- خصائص الوقف.....
50.....	أ- الوقف عقد تبرعي.....
50.....	ب- الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية.....
50.....	ج- الوقف حق عيني.....
50.....	د- الوقف تصرف لازم لصاحبه.....
51.....	2- أنواع الوقف.....

- أ- الوقف العام (الخيرى).....51
- ب- الوقف الخاص (الأهلى).....51
- الفرع الثانى: شروط نفاذ الوقف وحالات انتهائه.....52
- أولاً: شروط نفاذ الوقف.....52
- 1- الرسمية.....52
- 2- التسجيل.....53
- 3- الإشهار.....53
- ثانياً: حالات انتهاء الوقف.....53
- 1- حالات انتهاء الوقف دون حاجة لقرار المحكمة.....54
- أ- انتهاء الوقف بانتهاء المدة المحددة له.....54
- ب- زوال الجهة الموقوف عليها.....54
- ج- موت الموقوف عليهم.....54
- 2- إنتهاء الوقف بقرار قضائى.....54
- أ- إنتهاء الوقف بسبب التلف.....54
- ب- إنتهاء الوقف لقلّة المردود.....54
- المبحث الثانى: الوعد بجائزة (الجعالة) بين الشريعة الإسلامية والقانون.....56
- المطلب الأول: الوعد بجائزة (الجعالة) فى الشريعة الإسلامية.....56
- الفرع الأول: مفهوم الوعد بجائزة (الجعالة).....56
- أولاً: تعريف الوعد بجائزة (الجعالة) ودليل مشروعيته.....56
- 1- تعريف الوعد بجائزة (الجعالة).....56
- 2- دليل مشروعية الوعد بجائزة (الجعالة).....57
- أ- فى الكتاب.....57
- ب- فى السنة.....57
- ثانياً: صفة الوعد بجائزة (الجعالة).....57
- الفرع الثانى: أركان الوعد بجائزة (الجعالة) وشروطه.....58
- أولاً: أركان الوعد بجائزة (الجعالة).....58
- 1- الصيغة.....58
- 2- العاقدان.....58
- 3- العمل.....58
- 4- الجعل.....58

59.....	ثانيا: شروط الوعد بجائزة (الجمالة)
59.....	1- أن تكون الأجرة معلومة.....
59.....	2- ألا يحدد للعمل أجل.....
59.....	3- ألا يشترط نقد الجعل.....
59.....	المطلب الثاني: الوعد بجائزة في القانون.....
60.....	الفرع الأول: مفهوم الوعد بجائزة.....
60.....	أولا: تعريف الوعد بجائزة و طبيعته القانونية.....
60.....	1- تعريف الوعد بجائزة.....
60.....	2- الطبيعة القانونية للوعد بجائزة.....
61.....	ثانيا: شروط الوعد بجائزة.....
61.....	1- أن يوجه الوعد إلى الجمهور.....
61.....	2- أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة.....
62.....	3- أن يكون توجيه الإرادة للجمهور بطريق علني.....
62.....	4- وجود إرادة جدية وباتة تتجه إلى الالتزام.....
62.....	الفرع الثاني: أحكام الوعد بجائزة.....
63.....	أولا: أحكام الوعد المحدد المدة.....
63.....	1- عدم جواز العدول.....
63.....	2- استحقاق الجائزة.....
63.....	ثانيا: أحكام الوعد غير محدد المدة.....
63.....	1- حق الواعد في الرجوع.....
65.....	2- حماية مصالح الغير.....
68.....	خاتمة.....
69.....	الملحق.....
76.....	قائمة المصادر والمراجع.....
85.....	الفهرس.....