

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الإجتهد القضائي في عقود التبرعات

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة

- أ.د. إقروفة زبيدة

من إعداد الطالبتين

- شريف شهرزاد

- عباسي كهينة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة: أ.د. أيت شاوش دليلة أستاذة محاضرة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ----- رئيسا

الأستاذة: أ.د. إقروفة زبيدة أستاذة محاضرة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية -- مشرفا ومقررا

الأستاذة: أ.د. مقننة مبروكة أستاذة محاضرة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ممتحنا

السنة الجامعية: 2025-2026

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

{ مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ } صدق الله العظيم .

سورة البقرة الآية 261 .

شكر وعرفان

الحمد لله الذي رزقنا نعمة العقل والدين ووفقنا لإنجاز هذا العمل والوصول لما نحن عليه آملين من الله عز وجل المزيد من النجاح والتفوق، أما بعد لا يسعنا إلا أن نتقدم بجزيل الشكر لمشرفتنا الأستاذة الدكتورة إقروفة زبيدة حفظها الله، التي تفضلت بالإشراف على هذه المذكرة، من خلال تقديمها لنصائح وتوجيهات، لنا لك منا فائق الشكر والتقدير وجزاك الله خيرًا، وكما نتقدم بجزيل الشكر لجميع أساتذتنا الأفاضل في جامعة عبد الرحمان ميرة ولأعضاء المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة بارك الله فيكم جميعًا .

إهداء

بكل فخر أهدي تخرجي وفرحتي التي انتظرتها طويلاً إلى من كانوا الدعم والعطاء
إلى أبي النور الذي أضاء دربي
إلى أمي التي كان دعائها سر نجاحي
إلى أخي الوحيد وأخواتي الذين كانوا مصدر أمانني
إلى خطيبي عبود الذي كان سنداً لي ولعائلته
وإلى صديقتي المقربة التي كانت رفيقة الروح وردة
وإلى كل صديقات العمر فيفي طاوس صارة مريم صارة نعيمة نانوش
حفظكم الله جميعاً

الطالبة شريف شهرزاد

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى أجمل هدية في الحياة نبع أُمي يا أغلى من في الوجود
حفظك الله وأطال عمرك .

إلى مثلي الأعلى في الحياة من سهر وتعب لأجلي منذ صغري إلى من أحمل اسمه
بكل افتخار الذي فتح لي طريق العلم أبي العزيز أطال الله في عمرك .
إلى إخوتي وأخواتي الذين كانوا لي سندًا بعد أبي حفظهم الله .

إلى المؤسسة التي قضيت فيها خمس سنوات من مساري الجامعي وتعلمت فيها
أبجديات البحث العلمي جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية وبالخصوص كلية الحقوق والعلوم
السياسية .

الطالبة عباسي كهينة

قائمة المختصرات

ج : الجزء

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د د ن : دون دار النشر

د ب ن : دون بلد النشر

د س ن : دون سنة النشر

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ف : الفقرة

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق إ م إ ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

م : المادة

مَقْدَمَة

عقود التبرعات تعد من التصرفات القانونية، التي تصدر من شخص معين، وتقوم على أساس التخلي والتبرع بمال أو حق، لفائدة شخص آخر، وذلك بهدف التصديق، وهذا لتحقيق اعتبارات إنسانية واجتماعية، وتجسيد مبدأ الإحسان والتبرع دون مقابل لذلك، وهذا ما يميزها عن عقود المعاوضة، والتي تكون ذات طابع تبادلي، ونظراً لأهميتها قام المشرع الجزائري بتنظيمها بعدة أحكام ونصوص قانونية سواء في القانون المدني¹، وفي قانون الأسرة الجزائري²، وذلك بتحديد شروط صحتها، وأركانها، وآثارها، بهدف تحقيق التوازن بين حماية مصالح الغير من جهة وتكريس مبدأ حرية الأفراد في تصرفهم أموالهم من جهة أخرى، وتشمل عقود التبرعات عدة صور وأبرزها الهبة، الوصية، والوقف.

بالرغم من سعي المشرع الجزائري إلى تنظيم عقود التبرعات، لكن أحياناً يكون عاجزاً عن استيعاب بعض الحالات العملية والواقعية المتعلقة بها، لأن هذه الأخيرة لها علاقة بالنية الشخصية للمتبرع، والتي قد تكون محل تحايل منه، فضلاً عن ذلك قد يشوب هذه النصوص القانونية بعض الغموض أو القصور، مما يجعلها تفتح المجال أمام تعدد التأويلات وتضارب التفسيرات، في فهمها وتطبيقها، وفي هذا السياق يبرز دور الاجتهاد القضائي كآلية فعالة لتفسير هذه النصوص والأحكام القانونية، المتعلقة بعقود التبرعات، وتطبيقها في الواقع، وتوضيح الغموض الذي قد يشوبها، حيث ساهم من خلال القرارات التي أصدرها، وتحديدًا المحكمة العليا، في تفسير وتوضيح عدة مسائل جوهرية، ومعالجة مختلف الإشكالات والنزاعات التي نشأت من تطبيقها.

وعلى هذا الأساس فإن دراسة عقود التبرعات، وعلى وجه الخصوص الهبة، الوصية، والوقف على ضوء الاجتهاد القضائي في الجزائر بصفة خاصة، تكتسي أهمية بالغة لعدة أسباب، فمثلاً هي وسيلة تكشف مدى قدرة القضاء على التوازن بين حرية الفرد في التبرع، وحماية الاستقرار

¹ - الأمر رقم 58_75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

² - القانون رقم 84_11 المؤرخ في 09 جوان 1984، ج ر ج ج العدد 24، المؤرخ في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02_05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج العدد 15، المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

القانوني، إضافةً إلى تقييم مدى فعالية هذه القرارات القضائية، في تطبيق النصوص القانونية على الوسائل والنزاعات المطروحة أمام القضاء، وتكشف كذلك عن مدى نجاحه ومساهمته في سد الفراغات، وتوضيح الغموض الذي يشوب هذه النصوص القانونية، التي تنظم عقود التبرعات.

أولاً: أهمية الموضوع

تتمثل أهمية دراسة موضوع الاجتهاد القضائي في عقود التبرعات من خلال ما يلي:

1_ الأهمية العلمية

- _ التعرض لأنواع عقود التبرعات، والمتمثلة في الهبة، الوصية، والوقف.
- _ دراسة أنواع عقود التبرعات، من تعريف، وأركان، وأنواع.
- _ معالجة النقص والغموض، الذي قد يرد على النصوص القانونية المتعلقة بعقود التبرعات، وذلك من خلال الاجتهاد القضائي في بعض مسائلها.
- _ التعرض لاجتهاد القضاة، في الربط بين أحكام القانون، وأحكام الفقه.
- _ إبراز دور الاجتهاد القضائي، في حل بعض المسائل الجوهرية المتعلقة بعقود التبرعات.

2_ الأهمية العملية

- _ صلة الموضوع بالحياة الواقعية، وحاجة المجتمع لمعرفة الأحكام المتعلقة بعقود التبرعات.
- _ الاستفادة من مضمون قرارات المحكمة العليا، وتقديمها كاستشارات قانونية، في مجال عقود التبرعات.
- _ مساعدة الأفراد على الاطلاع والإلمام، بالأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بعقود التبرعات.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

هناك أسباب عديدة دفعتنا لاختيار هذا الموضوع منها:

1_ الأسباب الذاتية

- _ الميول والرغبة للمواضيع المتعلقة بقانون الأسرة.
- _ اندراج هذا الموضوع ضمن مجال تخصصنا الدراسي.
- _ الاهتمام بدراسة التطبيقات العملية للقضاء، في معالجة مثل هذه المواضيع والمسائل.

_ الرغبة في توسيع ثقافتنا القانونية، خاصةً في موضوع هذه المذكرة المتعلق بالاجتهاد القضائي في عقود التبرعات.

2_ الأسباب العملية

_ اقتراح هذا الموضوع من طرف اللجنة العلمية لكلية الحقوق والعلوم السياسية، على طلبه السنة ثانية ماستر، تخصص القانون الخاص.

_ هذه الدراسة تبرز مدى فعالية النصوص والقواعد القانونية، وذلك من خلال التطبيق القضائي لها في بعض المسائل الجوهرية المتعلقة بعقود التبرعات.

_ أهمية هذا الموضوع محل الدراسة، في تجسيد دور الاجتهاد القضائي، في تفسير النصوص القانونية المنظمة لعقود التبرعات.

_ قلة الدراسات التي سلطت الضوء على عقود التبرعات، في إطار الاجتهاد القضائي.

ثالثاً: إشكالية الموضوع

تثير دراسة موضوع عقود التبرعات على ضوء الاجتهاد القضائي إشكالية رئيسية وهامة تتمثل في: كيف ساهم القضاء في تفسير وتحليل النصوص والأحكام القانونية المتعلقة بعقود التبرعات وتطبيقها على الواقع؟.

ويندرج تحت هذه الإشكالية عدة إشكاليات فرعية وهي:

_ ماهي الأنواع التي تندرج ضمن عقود التبرعات؟.

_ هل نجحت اجتهادات المحكمة العليا في إزالة الغموض عن بعض الأحكام المتعلقة بعقود التبرعات؟.

رابعاً: أهداف الموضوع

نسعى من خلال موضوعنا المتمثل في الاجتهاد القضائي في عقود التبرعات الوصول إلى

ما يلي:

_ دراسة الإطار القانوني والقضائي لعقود التبرعات.

_ تحليل اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود التبرعات.

_ التعرض والتعرف على الحلول القضائية التي اعتمد عليها الاجتهاد القضائي، لحل النزاعات المتعلقة بعقود التبرعات.

_ إبراز دور الاجتهاد القضائي، في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بعقود التبرعات، وتطبيقها عملياً.

خامساً: المنهج المتبع

اعتمدنا خلال بحثنا في هذا الموضوع على المنهج الوصفي، وذلك من خلال وصف طبيعة عقود التبرعات، شروطها، وأركانها، مع استخلاص المعلومات والقواعد القانونية المتعلقة بها واعتمدنا أيضاً على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل القرارات القضائية في عقود التبرعات.

سادساً: صعوبات الموضوع

من أهم الصعوبات التي واجهناها في هذا الموضوع ما يلي:

_ قلة المراجع المتعلقة بهذا الموضوع.

_ التنوع فيما يخص هذا الموضوع، كونه يشتمل على ثلاثة أنواع، لهذا كان من الصعب إدراجها في فصلين فقط، مع الحفاظ وتحقيق التوازن بكل العناصر المتعلقة بهم.

_ ضيق الوقت وخاصة كون التحليل يأخذ وقتاً كبيراً، خاصة مع قلة المراجع المتوفرة.

_ جمع القرارات المتعلقة بأنواع عقود التبرعات من سنة 2005 أي بعد تعديل قانون الأسرة ليومنا هذا.

سابعاً: تقسيم خطة الدراسة

قمنا بتقسيم هذه المذكرة إلى فصلين، حيث ورد الفصل الأول بعنوان الهبة على ضوء الاجتهاد القضائي، حيث قمنا في هذا الفصل بالإحاطة بموضوع الهبة، وذلك من خلال تعريفها وبيان خصائصها وشروطها، وأيضاً تمييزها عن التصرفات التبرعية الأخرى، بالإضافة إلى الاجتهاد القضائي في هبة العقار، وفي أحكام الهبة، وذلك في مبحثين، أما الفصل الثاني والذي جاء بعنوان الاجتهاد القضائي في الوصية والوقف، فقمنا بتقسيمه إلى مبحثين، منه تناولنا الوصية على ضوء الاجتهاد القضائي، في المبحث الأول، والمبحث الثاني تناولنا فيه الوقف، وختمنا الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

الهبة على ضوء الاجتهاد القضائي

تعتبر الهبة من التصرفات القانونية التي قام المشرع الجزائري بتنظيمها، ضمن أحكام القانون المدني، وقانون الأسرة الجزائري، لكن تطبيق هذه الأحكام عملياً قد يثير بعض الإشكالات القانونية، وهنا يبرز دور الاجتهاد القضائي، لأنه يعتبر مصدراً هاماً، يعمل على توضيح الغموض عن بعض النصوص القانونية، لهذا هذا الفصل سوف نتناول فيه الاجتهاد القضائي في بعض مسائل الهبة، حيث سيخصص المبحث الأول للإطار المفاهيمي للهبة، والمبحث الثاني نتعرض فيه لبعض القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا في بعض مسائل الهبة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للهبة

قبل التطرق إلى اجتهادات المحكمة العليا في بعض مسائل الهبة، سنتطرق أولاً إلى المقصود بالهبة (المطلب الأول)، ثم نقوم بتحديد شروط الهبة، وتمييزها عن التصرفات التبرعية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالهبة

الهبة هي عقد تبرعي، أوردها المشرع الجزائري في باب التبرعات في قانون الأسرة، لهذا سنتعرض لتعريف الهبة في (الفرع الأول)، مع تبيان أهم خصائص الهبة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الهبة

سوف نتعرض إلى تعريف الهبة لغةً، شرعاً، وقانوناً، لننتقل إلى خصائصها.

أولاً: تعريف الهبة لغةً

الهبة هي العطية الخالية من الأعراض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، فمثلاً عندما نقول وهب الناس بعضهم البعض، يفهم من سياق هذه الجملة أنهم تهادوا، أو تبادلوا الهدايا في بينهم³.

ثانياً: تعريف الهبة شرعاً

اختلفت التعريفات الفقهية حول الهبة، لكن في هذا الفرع سنقتصر على تعريف واحد فقط وهو تعريف المذهب الشافعي، حيث عرفها بأنها عقد بين شخصين، يكون محله تملك العين

3- محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 3، دار الفضيحة، القاهرة، 1999، ص 444.

الموهوبة حال الحياة، ويكون ذلك بدون عوض، أي تطوعاً⁴، والهبة مشروعة من خلال قول الله تعالى : { وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ، ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ }⁵، وعليه فإن الهبة جائزة في القرآن والسنة، لأنها تعد باباً من أبواب البر والتصدق.

ثالثاً: تعريف الهبة قانوناً

المشرع الجزائري عرف الهبة في المادة 202 من ق أ ج بأنها: (تمليك بلا عوض)، من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع عرّف الهبة بأنها عقد تبرعي، لكي يتحقق وجوده يجب أن يتم تطابق الإيجاب والقبول، ثم تنتقل بموجبه ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، بلا عوض، وعلى سبيل التبرع⁶.

الفرع الثاني: خصائص الهبة

تتميز الهبة بعدة خصائص تميزها منها:

أولاً: الهبة عقد ثنائي

عقد الهبة يتم بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه، وهما الواهب والموهوب له، وهذا التبادل لا يمكن أن يتم إلا في حياتهما، حيث نصت المادة 206 من قانون أ ج على أنه: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول)، أي لا تتعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة، بل يجب إيجاب الواهب وقبول الموهوب له⁷.

ثانياً: الهبة تصرف تبرعي

المقصود بهذه الخاصية، أنه عندما يتصرف الواهب في شيء مملوك له بنية التبرع، فإنه ينقل ملكيته إلى الموهوب له، دون عوض أو مقابل، سواء كانت هذه الملكية عقار، أو منقول، أو مثلاً أن ينقل مالا إلى الموهوب له دون مقابل، مما يؤدي إلى إفقار ذمة الواهب، وإثراء ذمة

4_ مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ط 4، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1413هـ_1992م، ص 115.

5_ سورة البقرة، الآية 177.

6_ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 17.

7_ محمد يونس عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 223.

الموهوب له، وهذا الإثراء لا يعتبر إثراء بلا سبب، ذلك لأن سببه هو الهبة⁸، أي الهبة تكون بالتزام الواهب إما بنقل حق عيني للطرف الموهوب له، مثل العقار، أو المنقول، أو حق انتفاع أو أن يلتزم بحق شخصي، مثل إعطائه شيء ما للموهوب له مثل مبلغ من النقود، لكن بقصد التبرع⁹.

ثالثاً: الهبة عقد شكلي وعيني

استناداً للمادة 324 مكرر 3 من ق م ج، التي تشترط تحرير بعض العقود في شكل رسمي وباعتبار أن الهبة من عقود التبرعات، فإن المشرع الجزائري أقر ضرورة إفراغ هذا العقد في قالب رسمي وذلك عندما يكون محله عقاراً، بالتالي فإن الهبة تعتبر عقد شكلي، لا يكفي فقط التراضي بين طرفيها لانعقاده، أما خاصية أن الهبة عقد عيني، فيقصد بها أنه لا يتم إبرام عقد الهبة بمجرد تمام تبادل الإيجاب والقبول، وتوافر الشكلية، بل يجب أيضاً أن يتم تسليم الشيء محل الهبة إلى الطرف الموهوب له، وذلك بهدف تمكين الموهوب له من حيازة الشيء الموهوب¹⁰.

المطلب الثاني: شروط الهبة وتمييزها عن التصرفات التبرعية الأخرى

بعد أن عرفنا الهبة، وبيّنا أهم خصائصها، سننتقل الآن إلى عناصر أخرى، والتي تتمثل في شروط الهبة (الفرع الأول)، وتمييز الهبة عن التصرفات التبرعية الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الهبة

باعتبار أن الهبة عقد تبرعي، فإنه لا بد من توفر عدة شروط فيها، سواء كانت هذه الشروط لانعقاد هذا العقد، أو كانت لصحته.

أولاً: شروط انعقاد عقد الهبة

لتحديد شروط انعقاد الهبة، يجب أولاً التعرض لأركان عقد الهبة والمتمثلة في:

8_ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ص 10_11.

9_ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود (عقد الهبة)، ج 8، د د ن، لبنان، د س ن، ص 22.

10_ شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 23 .

1_ التراضي في عقد الهبة: نصت المادة 206 من ق أ ج على أنه: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول)، ونصت المادة 60 من ق م ج على أنه: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مدلول صاحبه)، أما المادة 68 فقرة 2 من ق م ج فنصت على أنه: (يعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه)، إذن من خلال مضمون نصوص هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري اشترط في عقد الهبة تطابق الإيجاب والقبول، بين الواهب والموهوب له، أي تنصرف القواعد العامة المقررة في نظرية العقد فيما يخص تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة، حيث أنه يجب أن يصدر الإيجاب من الواهب وأن يقبل الموهوب له هذا الإيجاب أو الهبة حتى تتم¹¹.

2_ المحل في عقد الهبة: يقصد به الشيء الذي وهبه الواهب إلى الموهوب له، باعتبار أن الهبة هي عقد يلتزم بموجبه الواهب، بأن يهب كل أو بعضاً من ممتلكاته، لشخص ما دون مقابل، لكن يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط وتتمثل في: أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ألا يكون مستحيلاً الحصول عليه، أن يكون مما يصلح للتعامل فيه، أن يكون موجوداً وقت التعاقد، أن يكون مملوكاً للواهب.

3_ السبب في عقد الهبة: السبب هو الدافع للتعاقد، وفي عقد الهبة يكمن السبب في نية التبرع وحتى يكون هذا العقد صحيحاً، يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط، وفي حالة تخلفها تبطل الهبة نذكر منها: أن يكون السبب مشروعاً، أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ألا يكون السبب مستحيلاً¹².

4_ الحيابة في عقد الهبة: يعتبر المشرع الجزائري الحيابة ركناً في الهبة، ولكي تتحقق هذه الحيابة، يجب أن يقوم الواهب، بتمكين الموهوب له من التصرف في المال الموهوب، وهذا

11_ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، ج 5، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 28.

12_ شريفي فائزة و راجعي زهيرة، أحكام الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص : قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021 2022، ص 23_24.

التصرف لا يمكن أن يتم إلا بحيازة هذا الأخير له، وتمكينه من وضع يده عليه، وقد تكون هذه الحيازة على شكل حيازة فعلية، ويتحقق ذلك عن طريق التسليم الفعلي للشيء الموهوب للموهوب له، أو قد تكون حيازة حكمية، وتكون عن طريق وضع الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له لكن قبل إبرام العقد¹³.

5_ الشكلية في عقد الهبة: الشكلية في عقد الهبة، هي ضرورة إفراغه في قالب رسمي، أمام الموثق وبحضور شاهدين، وذلك تحت طائلة البطلان، وهذا طبقاً للمادة 206 من ق أ ج التي نصت على أنه : (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)، وتتص المادة 324 مكرر 1 من ق م على أنه: (زيادةً 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، أو عقود إيجار زراعية، أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية، أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي، الذي حرر العقد)، لكن ما يجدر الإشارة إليه أن الرسمية في الهبة، تشترط فقط في الهبة التي ترد على عقار فإذا وردت على منقول، يكفي إفراغها في قالب عرفي، مع مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات¹⁴.

ثانياً: شروط صحة عقد الهبة

1_ أهلية الواهب

يشترط في الواهب لكي تكون هبته صحيحة، أن يكون أهلاً لهذا التصرف، لأن التعاقد يقوم على الإرادة الحرة، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 203 من ق أ ج، والتي حددت

13_ بوبكر الشرنه، الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة

لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص : شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية جامعة غرداية، الجزائر، 2020_2021، ص 45.

14_ شريفي فائزة وراجعي زهيرة، مرجع سابق، ص 25 و 28.

الشروط المتعلقة بأهلية الواهب كما يلي : أن يكون الواهب سليم العقل، أن يكون بالغاً من العمر 19 سنة كامل، ألا يكون محجوراً عليه، وفي حالة تخلف هذه الشروط تبطل الهبة.

2_ ألا يكون الواهب في مرض الموت

حسب المادة 204 من ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري اشترط عدة شروط على الواهب لكي يعتبر تصرفه هبة نذكر منها : ألا يكون في مرض الموت، ألا يكون مريضاً بمرض مخيف ألا يكون في حالةٍ مخيفة، وفي حالة إصابة الواهب بأي حالة من هذه الحالات يعتبر تصرفه وصية.

3_ الخلو من عيوب التراضي

لتمام صحة الهبة يشترط في الشخص الذي صدر منه هذا التصرف القانوني، أن يكون ذو أهلية، وذو إرادة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، من غلط، وتدليس، وإكراه، واستغلال وفي حالة تخلف هذه الشروط تعتبر هبته باطلة¹⁵.

الفرع الثاني: تمييز الهبة عن التصرفات التبرعية الأخرى

أولاً: تمييز الهبة عن الوصية

يتفق عقد الهبة مع الوصية في كون كل منهما يندرج ضمن عقود التبرعات، لكنهما يختلفان في عدة أوجه منها:

_الهبة تمليك في حال حياة الواهب والموهوب له، بينما الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت للموصى له.

_الهبة عقد يتم بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له، أما الوصية فهي ليست عقداً، بل هي تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة عن الموصي.

_الهبة تجوز للورثة، عكس الوصية، فهي لا تجوز للورثة إلا بترخيص منهم¹⁶.

15_ شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 59.

16_ قاسي ليلية و مهني ذهبية، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019_2020، ص 22_23.

ثانيًا: تمييز الهبة عن الوقف

الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص، وذلك على وجه البر والتصدق، وبالتالي فالوقف يشترك مع الهبة في صفة التبرع، غير أنهما يختلفان في عدة جوانب نذكر منها: _الهبة هو عقد يقوم على إتحاد إرادتي طرفيهما، بينما الوقف هو تصرف صادر من جانب واحد فقط وهو إرادة الواقف.

_الهبة تنتقل فيها ملكية الشيء الموهوب للموهوب له، بينما في الوقف فهو ينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف¹⁷.

المبحث الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الهبة

سوف نبين في هذا المبحث دور الاجتهاد القضائي في بعض مسائل الهبة، وبالتحديد الاجتهاد القضائي في هبة العقار (المطلب الأول)، والاجتهاد القضائي في أحكام الهبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في هبة العقار

الهبة المتعلقة بالعقار قد تنثير عدة نزاعات، سواء فيما يخص إبرام عقد الهبة (الفرع الأول) أو في حيابة الهبة (الفرع الثاني)، أو في طبيعة العقار الموهوب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في إبرام عقد الهبة

تندرج الهبة ضمن عقود التبرعات، مما يجعلها من العقود التي تخضع للشكلية، والتي اشترط المشرع الجزائري في م 324 مكرر 3 من ق م ج، إفراغها في قالب رسمي مع حضور شاهدين، وذلك عند الموثق، وهذا مراعاةً لأحكام قانون التوثيق¹⁸، وما يجدر الإشارة إليه أنه ليس من الضروري أن يكون موقع مكتب التوثيق، الذي تم إبرام عقد الهبة فيه، موجود في دائرة

17_ شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 27_28.

18_ القانون رقم 06_02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن قانون التوثيق، ج ر ج ج العدد 15، المؤرخ في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم للقانون 88_27 المؤرخ في 12 جويلية 1988.

اختصاص موقع العقار¹⁹، وفي حالة تخلف هذا الشرط تبطل الهيئة، وبعد استيفاء عقد الهيئة لكافة شروطه، يقوم الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب إلى الطرف الموهوب له، ويصبح ملكاً له، حيث نصت هذه المادة على أنه : (يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن تصرفات عقارية، أو عقود تبرع، بحضور شاهدين، إلى جانب موظف عمومي مختص).

وهذا ما أخذ به قاضي المحكمة العليا في القرارين الآتيين:

أولاً: القرار رقم 1517023 الصادر في 2022، والذي كان مضمون مبدئه : (يشترط تحرير عقد الهيئة وجوباً، بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان)²⁰.

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قام (ع.ح) بالطعن، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة، الذي قضى بتأييد الحكم الصادر عن محكمة باتنة، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه قام أطراف الدعوى، بإبرام عقد هبة أمام موثقة، والتي أدخلت في الخصام، وعلى إثر الدعوى التي أقامها الطاعن الحالي، ضد المطعون ضدهما، للمطالبة بإبطال عقد الهيئة، على أساس أنه باطل بطلاناً مطلقاً، وذلك لأنه يخلو من شهادة شاهدين، كون الهيئة من العقود الاحتفائية، أسفر ذلك عن حكم قضى برفض الدعوى موضوعاً، وبعد الاستئناف صدر هذا القرار محل الطعن.

أثار الطاعن وجهين للطعن، تقتصر على الوجه الأول الذي له صلة بموضوعنا ومضمونه:

_ مخالفة القانون الداخلي طبقاً للمادة 5/358 من قانون إ م إ ج: بدعى أنه طالب أمام قضاة الموضوع بإبطال عقد الهيئة، كونه تم تحريره دون حضور شاهدين، وبالتالي فهو مخالف لمضمون المادة 324 مكرر 3 من ق م، والتي تستلزم إعداد العقود الاحتفائية بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان، وعقد الهيئة يعتبر من العقود الاحتفائية، لكن قضاة المجلس أسسوا قضائهم بتأييد الحكم الأصلي، على أساس أن المادة 324 مكرر 3، لم تحدد ماهي العقود الاحتفائية، التي يشترط عند تحريرها حضور شاهدين.

19_ عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية ، الهيئة ، الوقف)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص : قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016_2017، ص 112.

20_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 1517023، المؤرخ في 28 أبريل 2022، قضية (ع.ح) ومن معه ضد (ي.ك) موثقة، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2022، ص 76.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأن القضاة في تسببيهم هذا خالفوا القانون، لأن المادة الأولى من ق م ج، نصت صراحةً على أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي، يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف، أو قواعد العدالة، والقانون الطبيعي، والمبادئ الفقهية، سواء الوطنية أو الأجنبية قامت بمعالجة هذه المسألة، متفقة على وجوب تحرير عقد الهيئة بحضور شاهدين، حتى الاجتهاد القضائي ذهب إلى وجوب هذا الشرط، وبالتالي فإن القضاة بقضائهم رفض الدعوى، دون الرجوع إلى ما هو متاح لهم من اجتهاد قضائي، وآراء فقهاء القانون في هذه المسألة، قد عرضوا قرارهم للنقض والبطالان.

ولهذه الأسباب قامت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلاً وموضوعاً.

ثانياً: القرار رقم 389338 الصادر في 2008، ومضمونه : (يشترط القانون تحرير الهيئة وجوباً تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين)²¹.

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام (إس) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر من مجلس قضاء الجزائر، والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه، الصادر من محكمة سيدي أمحمد، وإبطال عقد الهيئة المحرر أمام الموثق، ويتبين من وقائع القرار أن دعوى الحال، ترمي إلى طلب المطعون ضده إبطال عقد الهيئة، المتضمن هبة نصف القاعدة التجارية لبيع الملابس الرياضية، لفائدة الطاعن، بدعوى أن الطاعن أفرغ المحل من محتوياته، ولم يتحمل معه الأعباء المترتبة عن الملكية، وأن عقد الهيئة جاء خالياً من الشهود، فالتمس الطاعن رفض الدعوى، على اعتبار أنه لا يجوز الرجوع عن الهيئة.

أودع الطاعن بواسطة محاميه عريضة تتضمن وجهين للطعن وهما:

1_ انعدام ونقص التسبيب، وانعدام الأساس القانوني: وينقسم هذا الوجه إلى عدة فروع وهي:

أ_ المدعى عليه في الطعن التمس أمام المحكمة إبطال عقد الهيئة، بدعوى عدم استغلاله من طرف الطاعن، وأثناء مرحلة الاستئناف تمسك بأحكام المادة 324 مكرر 3 من ق م ج، بدعوى أن

21_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 389338، المؤرخ في 21 نوفمبر 2007، قضية (ب.س) ضد (ب.م) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 159.

العقد لم يذكر فيه الشهود، وأن قضاة المجلس بقضائهم، تجاهلوا أحكام المادة 107 من ق إ م ج كون الطلب الجديد لا يقبل من طرف المجلس.

ردت المحكمة العليا على هذا الفرع بأنه طبقاً للمادة 107 من ق إ م ج، أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، ما لم تكن خاصة بمقاصة، أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى، فإن القضاء بالاستجابة إلى طلب المطعون ضده، المقدم لأول مرة أمام المجلس، والرامي إلى إبطال عقد الهيئة لعدم حضور شاهدين، لا يعتبر قضاء في طلبات جديدة، باعتبار أنه بمثابة دفاع في الدعوى، وعليه فإن قضاة المجلس التزموا تطبيق القانون فيما قضوا به، وعليه تعين رفض هذا الفرع.

بـ من المقرر قانوناً وقضاءً أنه لا يجوز الرجوع في الهيئة، لا من طرف الواهب، ولا من طرف ذوي الحقوق، كما أن المدعى عليه في الطعن، لم يثبت تضرره من مخالفة إجراء شكلي، ومن ثم فإن الاستجابة إلى طلب المطعون ضده يعرض القرار للنقض.

ردت المحكمة العليا على هذا الفرع، بأنه ما يثيره الطاعن في هذا الفرع في غير محله، ذلك أن قضاة المجلس لم يستجيبوا لطلب المطعون ضده، على أساس أن عقد الهيئة باطلة بطلاناً مطلقاً، طبقاً للمادة 324 مكرر 3 من ق م ج، كون الموثق لم يبرم عقد الهيئة بحضور شاهدين وهم بذلك أسسوا قرارهم، لذا تعين أيضاً رفض هذا الطعن.

جـ أن قضاة المجلس عابوا على قاضي الدرجة الأولى عدم تطرقه لشكل الهيئة، رغم أن هذه المسألة لم تثر أمامه، وهم بذلك لم يعطوا الأساس القانوني لقرارهم.

ردت المحكمة العليا على هذا الفرع، بأنه خلافاً لما يثيره الطاعن، فإن قضاة المجلس أعطوا قرارهم الأساس القانوني السليم، وذلك حين ذكروا بأنه يتعين على قاضي الدرجة الأولى التطرق لمدى صحة عقد الهيئة من الناحية الشكلية، حتى وإن لم تثر هذه المسألة، طالما أن القانون اشترط لصحة عقد الهيئة أن يحرر تحت طائلة البطلان، بحضور شاهدين، وهي إذن مسألة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يتعين على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، وهذا ما فعله قضاة الاستئناف، لذا تعين رفض هذا الفرع لعدم تأسيسه.

د_ كان يتعين على المجلس الأمر بإحضار أصل عقد الهيئة الرسمي المحفوظ لدى الموثق، للتأكد من مدى حضور الشهود من عدمه.

ردت المحكمة العليا على هذا الفرع، بأنه يتبين من القرار المنتقد، أن الطاعن لم يتمسك بالطلب المحتج به في هذا الفرع، أمام قضاة الموضوع، كما أنه لا جدوى من إحضار أصل عقد الهيئة، مادامت النسخة لا تتضمن الشهود، لذا يتعين رفض هذا الفرع لعدم جديته.

2_ خرق القانون: وينقسم إلى فرعين وهما:

أ_ عقد الهيئة أبرم في 1992/10/17، وعريضة افتتاح الدعوى مؤرخة في 1995/05/02، بينما الاستئناف سجل بتاريخ 2003/09/10، أي بعد 10 سنوات من إبرام الهيئة، ومن ثم فإن المجلس في قضائه، خرق أحكام المادة 101 من ق م ج، كون دعوى البطلان تقادمت .

أجابت المحكمة العليا على هذا الفرع، أن الثابت في هذه القضية أن عقد الهيئة المطلوب إبطاله، حرر بتاريخ 1992/10/17، وعريضة افتتاح الدعوى سجلت بتاريخ 1995/05/02، أي في أقل من 3 سنوات عن إبرام عقد الهيئة، وأنه حتى بالنظر إلى تاريخ رفع الاستئناف، فإن دعوى البطلان لم تتقادم، ثم إن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام قضاة الموضوع، بالتالي فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ب_ يتعين طبقاً للمادة 85 من المرسوم 76/63، والمادة 4/17 من المرسوم 75/74 إشهار العريضة التي ترمي إلى إلغاء عقد منشئ لحق، وكان على قضاة المجلس إثارة هذه المسألة تلقائياً، لأنها من النظام العام.

أجابت المحكمة العليا على هذا الفرع، بأنه ما يثيره الطاعن هنا غير مؤسس، لأن إجراء شهر دعاوى القضاء، الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال حقوق عقارية، ناتجة عن وثائق تم إشهارها، ورد لحماية مصالح خاصة، وليس من النظام العام، فضلاً عن ذلك أن عقد الهيئة غير مشهر في المحافظة العقارية، بالتالي لا يتعين إشهار الدعوى، وعليه فإن هذا الوجه بفرعيه غير مؤسس ويتعين رفضه.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلاً، ورفضه موضوعاً.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في حيازة الهيئة

الحيازة في هبة العقار تتحقق بتسليم محل الهيئة للموهوب له، من طرف الواهب، ويتم ذلك بالتخلية، ويتمكين الموهوب له من وضع يده عليه والتصرف فيه، فمثلاً قام الواهب بالهيئة، ومحلها منزل مثلاً في هذه الحالة يجب على هذا الواهب، إخلائه وإفراغه من كل ما فيه من أغراض خاصة به، ويقوم بتسليم مفاتيحه للموهوب له، ويمكن لهذا الأخير التصرف في هذا العقار واستغلاله، ولكي تعتبر هذه الهيئة تامة يجب أن يجتمع القبض والرسمية والحيازة معاً، حيث أن القبض لا يغني عن الرسمية، أما في حالة ما كان محل الهيئة منقولاً، فإنه يجب التفريق بين حالتين، فإذا كان هذا المنقول يشترط أو يتطلب إجراءات خاصة، فالقبض فيه يتطلب القيام بهذه الإجراءات، إلى جانب تسليمه للموهوب له وحيازته له، أما إذا لم يكن من المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة، فإنه في هذه الحالة تتم الهيئة بالحيازة فقط، وذلك بالتسليم الفعلي لهذا المنقول للطرف الموهوب له²²، وهذا استناداً للمادة 206 من ق أ ج والتي تنص على أنه: (تنعقد الهيئة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد هذه القيود السابقة بطلت الهيئة)، وهذا أيضاً ما أقرته المحكمة العليا في القرارين الآتيين:

أولاً: القرار رقم 1043985 الصادر في 2016، وكان مضمونه أنه: (يصبح الموهوب له مالكاً للحقوق العقارية الموهوبة، بتمام الحيازة الفعلية والحقيقية، من يوم تحرير العقد)²³.

يتمثل إشكال هذا القرار في قيام الطاعن (م.ر) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، حيث ثبت بحسب القرار أن الطاعن وهب عقاراً بعقد رسمي، إلى حفيده المطعون ضده وزوجته، ولما أساء الحفيد التصرف معه، وضغط عليه لينفرد بالهيئة تحت تهديده بالطرد، رفع دعوى لإبطال عقد الهيئة، لعدم تحقق القبض والحيازة للموهوب له، ودفع المطعون ضده، بعدم جواز الرجوع في الهيئة، لأنه لا يصح للحفيد، بل هو مقرر للأولاد فقط.

22_ بوبكر الشرنه، مرجع سابق، ص 68.

23_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 1043985، المؤرخ في 19 ماي 2016، قضية (م.ر) ضد (م.ن)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016، ص 60.

أثار الطاعن وجه وحيد للطعن وهو :

ـ **القصور في التسبيب:** فذلك القرار حسب الطاعن، مبني على تحقق شرط الحيابة للعين الموهوبة رغم أن الواهب لم يسلمها له، وهو لازال يسكن عند والده، وقد دفع بذلك أمام المحكمة والمجلس لم يلتفت لدفعه ولا لطلبه.

ردت المحكمة العليا على هذا الطعن، بأن القرار المنتقد لم يبين طبيعة الدعوى، إن كانت تتعلق بالرجوع عن الهيئة، أو بإبطال عقد الهيئة، لتخلف أحد أركانه وهو الحيابة، حيث أنه يجب تحديد ذلك، لأن كل حالة لها أحكام خاصة بها، لهذا كان يجب على القضاة تكييف وقائع الدعوى بدقة، ومن جهة أخرى القرار أورد أسباباً تارة تتعلق بالتراجع، وتارة أخرى تتعلق بإبطال العقد، مما جعله متناقضاً ومتعدد الأسباب، وحيث أن القرار عندما أيد القرار الحكم الأصلي، الذي بني على سبب أن الحيابة والقبض ركن لتمام الهيئة، في هذه الحالة كان قضاؤه سديداً، وموافقاً لنص المادة 206 والمادة 208 من ق أ ج، لكن حيث أن القرار اعتبر أن حيابة العين الموهوبة، قد تمت فعلاً من عبارة موجودة في العقد، وهي أنه تم تسليم المال الموهوب فوراً، رغم أنه ورد في العقد شرط الملكية بالحيابة الفعلية والحقيقية، لفائدة الموهوب له، تبدأ من يوم تحريره، ويدل بحال أن الموهوب له قد انتقلت إليه الحيابة، فبالتالي القرار أساء قراءة هذا الشرط، لما اعتبره دليلاً على قيام شرط الحيابة وتحققه، واستدل بسبب خاطئ، وحيث أن القرار لم يناقش الدفع بأن الطاعن لم يغادر العين الموهوبة، وأن المطعون ضدهما لم يقيما معه، وهو دفعٌ جدّي.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

والقرار رقم 702225 الصادر في 2012، ومضمون مبدئه: (الحيابة شرط في الهيئة وليس في الحبس)²⁴.

يدور إشكال هذا القرار في حول قيام الطاعنين فريق (م)، بالطعن ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف، الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف، وتعديله بحذف التعويض المحكوم به فيه.

24_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 702225، المؤرخ في 15 مارس 2012، قضية (م) ضد (ب.م)، مجلة

المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012، ص 386.

أثار الطاعنين في هذا الطعن ثلاثة أوجه وهي:

1_ مخالفة القانون وبالتحديد المواد 204_205_206_215 من قانون الأسرة: حيث أن القرار اعتبر أن الحيازة في الحبس ليست من شروط صحته، وهذا التعليل يتناقض مع المواد السالفة الذكر التي تشترط الحيازة للشيء المحبس، وفي هذه القضية المطعون ضدهم، لم يحوزوا العقار محل النزاع فالحبس غير قائم قانوناً.

أجابت المحكمة العليا على هذا الوجه بأن المواد المتعلقة بالحبس لا تشترط الحيازة، وما أشار إليه الطاعنون بمخالفة المواد السالفة الذكر في غير محله، لأنها تتعلق بشروط وحقوق الواهب، وأن الحيازة تشترط في الهيئة، وليس في الحبس، إذن القضاة لم يخالفوا القانون، بالتالي هذا الوجه غير مؤسس .

2_ انعدام وقصور التسبيب: حيث أن القرار أهمل الإقرارات الكتابية للمتازلين عن الحبس، الذين تنازلا عن حقهما في الانتفاع بالحبس لفائدة الطاعنين، وقدمتا تصريحتهما الشرفية، لكن القرار اشترط أن يكون ذلك في شكل رسمي.

أجابت المحكمة العليا عن هذا الوجه بأنه مركب من وجهين، وهو مخالف للمادة 565 من ق إ م إ ج، فهذا الوجه غير مقبول.

3_ انعدام الأساس القانوني: حيث أن القرار لم يجب على الدفع، والوسائل التي أثارها الطاعنون لاسيما ما تعلق ببطلان الحبس، حتى إنهم لم يشيروا إليها أو يناقشوها مطلقاً.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه، بأنه قضاة الموضوع أجابوا عن كل دفع الطاعنين وناقشوها ورفضوها، مسببين تسبيحاً كافياً، وما زاد عن ذلك من أسباب، جاء من باب التزيد فقط لهذا فإن هذا الوجه غير مؤسس.

ولهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً، ورفضه موضوعاً.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في طبيعة العقار الموهوب

قيام الموهوب له بالتصرف في الشيء محل الهيئة، بأي تصرف ناقل للملكية، مثل البيع الهيئة، أو الوقف، أو في حالة ما قام بالتغيير في طبيعته، كالبناء فوق العقار الموهوب إذا كان

محل الهبة عقاراً، في هذه الحالات تكون الهبة لازمة ولا يجوز الرجوع عنها²⁵، وهذا استناداً للمادة 211 ف 3 من ق أ ج والتي نصت أنه: (للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما، مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، ببيع، أو تبرع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته)، إذن في هذه المادة نجد أن المشرع اشترط أن يحدث تصرف قد يسبب تغييراً في طبيعة العقار، وهذا أيضاً ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 0985866 الصادر في 2016، والذي كان مضمونه: (لا يشكل هدم البناية تغييراً في العقار)²⁶.

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام الطاعن، بطلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، الذي قضى بتأييد الحكم الصادر عن محكمة تيزي وزو، حيث أنه يستخلص من ملف القضية أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضده، على أساس أنه ابنه من زوجته الأولى، وقام بإبرام عقد هبة له ومحلها قطعة أرضية يملكها وعليها بناية، فقام الموهوب له بهدمها، فالتمس إلغاء العقد، وانتهت الدعوى بصدور حكم يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. أسس الطاعن طعنه على ثلاثة أوجه، نقترح على ذكر وجه واحد فقط لعلاقته بموضوعنا وهو:

مخالفة القانون وبالتحديد المادة 5/358 من ق إ م إ ج: يعيب الطاعن على القرار أن المطعون ضده قام بهدم البناية، مما اعتبره قضاة الموضوع تغييراً للعقار، في حين أن الأمر يتعلق بكوخ فقط، وهو لا يعد مساساً بالعقار.

أجابت المحكمة العليا على هذا الوجه أنه في محله، إذ إن كان هدم كوخ أو بناية لا يشكل تغييراً لطبيعة العقار، والقضاة لما قضوا خلاف ذلك عرضوا قضائهم للنقض. لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

25_ بادي أميرة ومزعاش خولة، الرجوع عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيل 2016_2017، ص 54.

26_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 0985866، المؤرخ في 12 ماي 2016، قضية (ل.م) ضد (ل.م. و) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016، ص 106.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في أحكام الهيئة

سنتعرض في هذا المطلب الاجتهاد القضائي في أحكام الهيئة، وتحديدًا الاجتهاد القضائي في أنواع الهيئة (الفرع الأول)، والاجتهاد القضائي الرجوع عن الهيئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في أنواع الهيئة

سوف نورد في هذا الفرع مجموعة من قرارات المحكمة العليا حول أنواع الهيئة

أولاً: الاجتهاد القضائي في الهيئة المباشرة

المقصود بالهيئة المباشرة، تلك الهيئة التي تكون بين طرفين على قيد الحياة، والتي يقوم بموجبها الواهب بالتبرع بكل أمواله أو بعضها لشخص ما، بدون مقابل²⁷، وقد ترد على أشكال أخرى، مثلاً أن يقوم الواهب بنقل حق عيني للموهوب له، أو أن يرتب في ذمته التزاماً شخصياً يتمثل في الالتزام بإعطائه سيارة أو عقاراً أو منزلاً بدون مقابل، أي على سبيل التبرع²⁸، حيث نصت المادة 205 من ق أ ج على أنه: (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعةً أو ديناً لدى الغير)، ويمكن أيضاً استتباط المقصود بالهيئة المباشرة من مضمون القرار رقم 572205 الصادر في 2010، والذي كان مضمون مبدئه: (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته قيد حياته)²⁹.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام (ب.أ) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة، والذي قضى بالأمر بضم القضية رقم 08/107 إلى القضية الحالية، لوحدة الأطراف والموضوع والسبب، وقضى في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد برفض الدعوى الأصلية لعدم التأسيس، وتتمثل وقائع القضية في أنه قام المرحوم بإبرام عقود هبة لبعض من ورثته، فقامت المحكمة بإبطال عقود الهيئة هذه.

استند الطاعن في طعنه بالنقض على أربعة أوجه وهي:

27_ نزيه نعيم شلالة، دعوى الهيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 261.

28_ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية عقد الهيئة، ج 11، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 51.

29_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 572205، المؤرخ في 15 جويلية 2010، قضية (ب.أ) ضد (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص 272.

1_ مخالفة نص المادة 101 من ق م ج، ومعه انعدام الأسباب: بدعى أن قضاة المجلس في قرارهم طبقوا المادة 101 من ق م ج، وهذه المادة تخص البطلان النسبي، ولا يوجد أي مجال لتطبيقها على النزاع الحالي، لأنه تتعلق وقائعه بالبطلان المطلق، ومن جهة أخرى أحكام هذه المادة، تخص صراحةً ما يشيب إرادة أحد أطرافها، عيب من عيوب الرضا، وهذه العيوب لم تكن هي موضوع النزاع المطروح عليهم، بل يتعلق النزاع بأموال عقارية، تم التصرف فيها بالهيئة من طرف المورث المشترك، وذلك بطريقة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

2_ مخالفة نص المادة 7 من ق م ج: بدعى أنه حتى لو كانت أحكام المادة 101 مطبقة على النزاع، فإن القضاة قد أساءوا تطبيقها، لأنه هناك تضارب بين مدة التقادم قبل تعديل القانون المدني وبعده، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى أحكام المادة 7، التي حسمت الموقف في حالة تضارب مدة التقادم بين النص القديم والجديد، وأن القضاة لم يحترموا المدة المتبقية من التقادم في هذا النزاع وهي سنتين، وكان عليهم عدم تطبيقه إلا بانقضائه.

أجابت المحكمة العليا على الوجهين 1 و2 معاً لارتباطهما، بأنه بمراجعة القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الموضوع اعتمدوا أساساً في قرارهم على احترام إرادة الواهب فيما ذهب إليه وبالتالي اعتبروا أن عقد الهيئة التي أبرمها صحيحة، وأنهم إذا كانوا تطرقوا في قرارهم إلى مسألة البطلان المنصوص عليها في م 101، فهذا لا يمس بصحة وسلامة هذا القرار، مادام قضائهم انصب على صحة عقود الهيئة، التي أبرمها المرحوم قيد حياته، وبالتالي هذين الوجهين غير مؤسسين، لهذا تم رفضهما.

3_ مخالفة نص المادة 102 من ق م ج، و459 من ق م ج، ومعه قصور التسبيب: بدعى أن القضاة اعتبروا أن الطاعن لم يبرر ما إذا كان صاحب حق في طلبه لإبطال العقد لأنه ليساً طرفاً فيه، بل هو وارث مثل بقية ورثة المرحوم، الذي تصرف في جميع مشتركات تركته بالهيئة، ولم يترك شيئاً يمكن أن يقسم بعد وفاته، وبهذا يكونوا قد أساءوا تطبيق نص م 102 من ق م ج. ردت المحكمة العليا على هذا الوجه، بأنه بمراجعة القرار يتبين أن قضاة الموضوع قضاوا في قرارهم برفض الدعوى الأصلية لعدم التأسيس، وهذا يفيد أن صفة الطاعن قائمة، أي هذا الوجه على غير أساس ومرفوض.

4_ مخالفة نص المادة الأولى والمادة 92 من ق م ج، ومعه انعدام الأسباب: بدعوى أن الطاعن تمسك بأن عقود الهيئة، التي أبرمها مورث الأطراف، مع بقية الورثة دون الطاعن، تعد قسمة حقيقية لتركته أثناء حياته، وهذا التصرف يخالف نص المواد 2/92 و 93 و 97 من ق م ج مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه.

أجابت المحكمة العليا أنه يتبين من القرار المطعون فيه، أن أصل النزاع يهدف إلى إبطال عقود الهيئة، المحررة من المرحوم قيد حياته لورثته، وحرمان ابنه الطاعن منها، وحيث أن الطاعن في دعواه يستند إلى عدم جواز هذا التصرف، طبقاً للمادة 92 من ق م ج، لكن بالرجوع إلى هذه العقود نجد أنها عقود هبة أبرمها المرحوم وفقاً لإرادته، وطبقاً للمادة 205 من ق أ ج نجد أنها أجازت ذلك، لهذا يتعين رفض هذا الوجه لعدم التأسيس.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً، ورفضه موضوعاً. لكن يجدر الإشارة إلى أن الهيئة تكون في حياة الواهب وإلا تعتبر وصية، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 307934 الصادر في 2005، والذي كان مضمونه أنه: (التصرف على أساس الهيئة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية)³⁰.

يتمثل إشكال هذا القرار في أنه قام الطاعن (أ.ع) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة، القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف، ويستخلص من ملف القضية أنه أبرم مورث الطاعن عقد هبة مشهر لفائدة المطعون عليها، موضحاً أنه الوريث الوحيد للمرحوم، وكان المرحوم الواهب عندما كان حياً، كان يعاني من عدة أمراض، وأنه لم يصدر منه هذا التصرف، وأنه لم يتم إشهار هذه الهيئة إلا بعد 6 أشهر من موته، مما يجعل هذا العقد غير صحيح، وانتهى إلى طلب إبطال العقد، في حين أجابت المطعون ضدها أن الواهب عند إبرامه لعقد الهيئة كان يتمتع بكل قواه العقلية، وانتهت هذه الدعوى إلى صدور حكم يقضي برفض الدعوى.

يستند هذا الطعن بالنقض إلى وجهين نذكر منه:

30_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 307934، المؤرخ في 19 أكتوبر 2005، قضية (أ.ع) ضد (د.ع) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص 195.

ـ **انعدام الأساس القانوني:** حيث يعيب الطاعن على القرار بدعوى أن عقد الهيئة لم يتم إشهاره في المحافظة العقارية، إلا بعد مرور 6 أشهر عن وفاة الواهب، مما يجعل هذا العقد باطلاً. ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه في محله، لأن عقد الهيئة تم شهره بعد وفاة الواهب، وملكية العقار حسب م 793 من ق م ج، والمادة 15 من الأمر 75/74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، لا تنتقل إلى المتصرف فيه إلا عن طريق الشهر وتبعاً لذلك يكون التصرف الذي قام به المرحوم، لم يتم تنفيذه إلا بعد وفاته، ولم يتم نقل ملكية العقار الموهوب للموهوب لها إلا بعد وفاة الواهب، وبالتالي يأخذ هذا التصرف حكم الوصية وبقضاء القضاة لخلاف ذلك فهم عرضوا قضائهم للنقض.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

ثانياً: الاجتهاد القضائي في الهيئة لضمان قرض أو قضاء دين

الهيئة لضمان قرض أو قضاء دين، هي الهيئة التي يقوم بموجبها الواهب، بالالتزام بالوفاء بدين مترتب في ذمة الموهوب له، أو أن يلتزم بتقديم ضمان لفائدة هذا الأخير، لمواجهة دائنيه مثل الرهن أو الكفالة العينية³¹، وتسمى أيضاً هبة الدين، والتي نصت عليها المادة 205 ف 3 من ق أ ج في عبارة "أو ديناً لدى الغير"، وجاء قرار في المحكمة العليا في هذه الخصوص وهو القرار رقم 0854885 الصادر في 2015، وكان مضمونه: (يحق للدائن الموهوب له في الهيئة غير المباشرة، الرجوع على المدين الواهب بتنفيذ الالتزام بمقابل، بعد استحالة تنفيذ الالتزام عينياً)³².

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام الطاعنين (ف.م) ومن معه، بطلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، الذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإبطال عقد الهيئة الثاني المحرر بتاريخ 2009/09/20، حيث يستخلص من ملف القضية أن المطعون عليه الأول رفع دعوى على الطاعنين، وقدم عريضة جاء فيها أنه سبق له أن اشترى قطعة أرض بموجب عقد

31_ بادي أميرة ومزعاش خولة، مرجع سابق، ص 54.

32_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 085488، المؤرخ في 15 ماي 2014، قضية (ف.م) ضد (ف.ب)

مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2015، ص 203.

محضر بتاريخ 1993/03/17، وأنجز فوقها بناية بأمواله الخاصة متكوّنًا من محلات تجارية وشقق، وبعد تدخل أهله قام بتحرير عقد هبة لفائدة أخويه بموجب عقد مؤرخ في 1994/11/08 وبعد نزاع حول الأنصبة صدر قرار بالمصادقة على مشروع القسمة، وتم التنفيذ الجزئي للقرار حيث أن الطاعن الأول قام بتحرير عقد هبة لفائدة ولديه الطاعنين، وهو نفس العقار الذي سبق للواهب أن حرره لفائدة المطعون عليه الأول والثاني، بعقد هبة مؤرخ في 1994/12/11، وانتهى إلى طلب إبطال عقد الهيئة المحرر في 2009/09/20، المشهر في المحافظة العقارية، وأجاب الطاعنون موضحين أن عقد الهيئة المحرر بتاريخ 1994/12/11، والذي يتمسك به المطعون عليه، يعتبر بمثابة ورقة عرفية، ولا ترقى إلى درجة العقد الرسمي، لكونها لم تتضمن جميع الشروط القانونية ولم يتم شهرها، كما أن المطعون عليه والمدخل في الخصام لا يحوزان العقار محل تلك الوثيقة، بحيث أن عقد الهيئة المحرر لفائدة الموهوب لهما صدر من المالك، فتصرف في ملكيته الخاصة، كونه يحوز عقدًا إداريًا مؤرخًا في 2002/02/09، المشهر في المحافظة العقارية، وقد أقام الواهب على هذا العقار بناية بأمواله الخاصة، وانتهوا إلى طلب رفض الدعوى مع تعويضهم بمبلغ مالي، وانتهت الدعوى إلى الحكم القاضي برفض الدعوى، وفي الاستئناف أصدر المجلس القرار محل الطعن .

استند الطاعن في طعنه بالنقض إلى وجهين نذكر منه :

_ مخالفة القانون: حيث أن الطاعن الأول قام بتحرير عقد هبة لأخويه، ولم يتم شهر هذا العقد بالمحافظة العقارية، ثم قام الطاعن الأول بتحرير عقد هبة لفائدة الطاعنين الثاني والثالث بمعرفة الموثق، وتم شهره بالمحافظة العقارية، وحيث أن الواهب قام بتحرير عقد الهيئة الأول، يتضمن التنازل عن القطعة الأرضية محل الهيئة لأخويه المطعون ضدهما، وهو عقد غير مشهر، ثم قام بتحرير عقد الهيئة الثاني والمشهر بالمحافظة العقارية، لفائدة ولديه الطاعنين الثاني والثالث وبالتالي تكون ملكية العقار قد انتقلت إلى هذين الأخيرين.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه، بأنه عقد الهيئة الأول غير المشهر صحيح، يرتب جميع آثاره القانونية، وهو ينشئ في ذمة الواهب التزامًا شخصيًا بتنفيذه عينًا، وحيث أنه يحق للدائن الموهوب له، أن يطلب من المدين الواهب تنفيذ التزامه عينًا، ولما أصبح تنفيذه مستحيلًا

بانتقال ملكية العقار إلى الغير عن طريق الشهر، فلا يبقى أمام الدائن سوى الرجوع على المدين بتنفيذ الالتزام بمقابل، طبقاً لنص المادة 176 من ق م ج، وحيث أن قضاة المجلس عندما انتهوا إلى إبطال عقد الهيئة، المبرم بين الطاعن الأول من جهة، والطاعن الثاني والثالث من جهة أخرى قد خالفوا أحكام المادة السالفة الذكر، مما يعرض قضائهم للنقض، وحيث أنه لم يبق من المسائل القانونية مما يمكن الفصل فيها، لذا يجب أن يكون النقض بدون إحالة.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً، والقضاء بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، وبدون إحالة.

لكن يجدر الإشارة إلى أن هذه الهيئة تكون هبة دين من الواهب إلى الموهوب له، وبالتالي إذا كان الواهب مدين لشخص آخر، ثم قام بهبة الشيء محل الدين الموهوب لشخص ما، وذلك بهدف الإضرار بالدائن، هنا في هذه الحالة تعتبر هذه الهيئة باطلة، وهذا ما نصت عليه المادة 188 من ق م ج، والتي نصت على أنه: (أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه)، وأيضاً نص المادة 191 من نفس القانون والتي نصت أنه: (لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...)، وهذا ما استندت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 0799759 الصادر في 2013، الذي كان مضمونه: (عقد الهيئة المحرر من الواهب لزوجته، بعد حلول أجل الدين المنصب على عقار، داخل في أصول المدين الضامنة للوفاء بالدين يعد تصرفاً ضاراً بالدائن، لهذا يحق له المطالبة بعدم نفاذه)³³.

يتمثل إشكال هذا القرار في أنه قام الطاعن (ب.ن) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن قضاء الشلف، والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء برفض الدعوى الأصلية لعدم التأسيس، وتتمثل وقائع القضية في أنه قام الزوج المطعون ضده بإبرام عقد هبة لزوجته تهرباً من دفع دينه، فقام الطاعن برفع دعوى تهدف إلى إبطال عقد الهيئة هذا.

أثار الطاعن وجهين للطعن وهما:

33_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 0799759، المؤرخ في 13 نوفمبر 2013، قضية (ب.ن) ضد (ن.م) و (ب.ر).

مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013، ص 311.

1_ مخالفة المادتين 341_342 من ق م ج: بدعوى أن القرار محل الطعن أكد عدم وجود ما يثبت أن عقد الهبة، الذي أبرمه المطعون ضده، كان إجراءً للتهرب من دفع دينه، والحال أن هذا الأخير صرح فعلاً أنه قام بإبرام عقد الهبة لصالح زوجته، بعد أن وعدته بدفع مبلغ الدين بدلاً عنه للطاعن، لكنها نقضت وعدّها، وكان هذا الاعتراف أمام القضاء، وبالتالي فهو إقرار قانوني وحجة قاطعة، على سوء نية المطعون ضده لتهريب أمواله ليتخلص من الوفاء بدينه.

2_ مخالفة المادتين 188 و191 من ق م ج: بدعوى أن قضاة المجلس اعتبروا أن شروط المادة 191 من ق م ج، غير متوفرة في دعوى الحال، وأن تصرف المطعون ضده في العقار ليس تصرفاً ضاراً بالدائن، والحال أن العقار يضمنه العقار الموهوب، كون أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء دينه حسب المادة 188 من ق م ج، وقضاة المجلس خالفوا هاتين المادتين. ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بالأولية بأنه من الملاحظ أن عقد الهبة، جاء بعد حلول أجل الدين، بالتالي كان يجدر على قضاة المجلس معالجة النزاع المطروح في إطار المادتين 188 و199 من ق م ج، لكنهم لم يفعلوا ذلك مما يجعل هذا الوجه المثار مبرراً. لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

ثالثاً: الاجتهاد القضائي في الهبة المعلقة على شرط

نصت المادة 202 من ق أ ج على أنه: (الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له، القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط)، من خلال نص هذه المادة يمكن تعريف الهبة المعلقة على شرط بأنها الهبة التي يجوز للواهب بموجبها، أن يعلق نفاذ تصرفه أو هبته، على تحقق شرط محدد، وقد يكون هذا الشرط واقفاً أو فاسخاً، على أن يكون هذا الشرط غير مستحيل أو مخالف للنظام العام، وإذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو شرط غير مشروع، في هذه الحالة تعتبر الهبة كعقد تبرعي صحيحة، لكن الشرط يلغى، إلا في حالة ما كان هذا الشرط هو السبب الدافع لهذه الهبة، في هذه الحالة تعتبر الهبة باطلة³⁴، وقد أصدرت المحكمة العليا قراراً في هذا النوع من الهبة، وهو القرار رقم 1137814 الصادر في 2016، والذي كان مضمونه

34_ بدران أبو العينين بدران، الحقوق المتعلقة بالتركة الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، ص 233.

أنه : (يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له، القيام بالتزام يتوقف عليه تنفيذ العقد، وفي حالة الإخلال بالشرط، لا يحق لغير الواهب التمسك بذلك، ولو كانوا ورثته)³⁵.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام الطاعنة بطلب نقض، القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدية، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة البلدية، والقضاء من جديد برفض دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، حيث أنه يستخلص من ملف القضية أن الطاعنة رفعت الدعوى على المطعون عليهم، وقدمت عريضة جاء فيها أنه صدر حكم قاضي برفض الدعوى الرامية إلى إبطال عقد الهبة، المحرر لفائدة (ص.ف) و(ص.خ)، وقد سبق لورثة المرحوم (ص.ع) أن رفعوا الدعوى على المطعون ضدهما، وانتهت تلك الدعوى إلى الحكم المذكور الذي قضى برفض الدعوى، وأنها لم تكن طرفاً فيها، وعليه اليوم ترفع دعوى اعتراض الغير، مطالبة بإلغاء الحكم المعترض، ونتيجة لذلك إلغاء الهبة وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، في حين أجاب المطعون ضده بطلب التصريح بعدم قبول الاعتراض، على أساس أن عقد الهبة وقع صحيحاً، ويتوفر فيه الشروط القانونية، كما أن رفع دعوى الإبطال رفعت خارج إطار الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 101 من ق م ج، وانتهوا إلى رفض الدعوى، وانتهت الخصومة إلى الحكم السابق القاضي برفض الدعوى الأصلية، ونتيجة لذلك القضاء ببطلان عقد الهبة المبرم بين المرحومة والمعترض ضدها.

استند الطاعن في الطعن بالنقض إلى ثلاثة أوجه، نذكر منهم ما هو له علاقة بموضوعنا

وهي:

1 و 2 _ انعدام الأسباب، والقصور في الأسباب: حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه، بدعوى أن قضاة الموضوع بنوا قراراتهم على القرارات السابقة، التي لم تنطق ببطلان الهبة لكنها أشارت في أسبابها إلى بطلان عقد الهبة، حيث أن هذا القرار انتهى إلى القول أن عقد الهبة عقد صحيح، غير أن الطاعنة قد قدمت أحكاماً وقرارات كلها تؤكد عدم حجية عقد الهبة، مما يعرض هذا القرار للنقض، وحيث أن ما تعيبه الطاعنة أيضاً على هذا القرار أنه في حالة ما

35_المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 1137814، المؤرخ في 21 سبتمبر 2016، قضية (ص.د) ضد ورثة

(ص.ف) ومن معهم، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 133.

أصبح الحكم أو القرار نهائياً، وأصبح المنطوق يتناقض مع الأسباب، فإن العبرة بالمنطوق وليس ما ورد في الأسباب، لأنه في حالة هذا التناقض يعتبر الحكم باطلاً، إلا إذا حاز هذا الحكم الحجية، فإنها تصحح كونها تسمو على البطلان.

ردت المحكمة العليا على هذين الوجهين، بأن قضاة الموضوع عندما تطرقوا إلى مناقشة عقد الهبة، وبَيَّنوا أن المادة 202 من ق أ ج أجازت أن يشترط الواهب على الموهوب له، القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط، علاوة على ذلك فإن الواهب هو من له الحق في التمسك بإخلال الموهوب له بهذا الشرط، وأن هذا الأخير لا ينتقل إلى الورثة، وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى رفض الدعوى التي ترمي إلى إبطال عقد الهبة، قد سببوا قضائهم بما فيه الكفاية فإنه يتعين معه رفض هذين الوجهين.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً، ورفضه موضوعاً.

رابعاً: الاجتهاد القضائي في الهبة النافذة بعد وفاة الواهب

تنص المادة 202 من ق أ ج السالفة الذكر أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط، وبالتالي وكما هو مبين في الهبة المعلقة على شرط، فإنه إذا قام الواهب بإيهاب عقار مثلاً للموهوب له، لكنه اشترط عليه أن يبقى محتفظاً بحقه في الانتفاع بهذا العقار لحين وفاته، في هذه الحالة تعتبر الهبة صحيحة، لكن لا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الواهب، أي يبقى تنفيذ هذه الهبة مؤجل النفاذ حتى وفاة هذا الأخير³⁶، والشرط محل الهبة في هذه الحالة هو شرط الاحتفاظ بحق الانتفاع، أي الهبة موجودة لكنها غير كاملة، إلا بعد تحقق الشرط الواقف فيها، وهو وفاة الواهب، وهذا ما أقره أغلب فقهاء القانون حيث اعتبروا هذا العقد موجوداً، لكن وجوده غير كامل وغير نافذ³⁷، وصدر قرار من المحكمة العليا بخصوص هذا النوع من الهبة، وهو القرار رقم 1066319 الصادر في 2017، وكان مضمونه: (يبقى عقد الهبة المتضمن شرط احتفاظ الواهب بحق الانتفاع بالعقار الموهوب لنفسه طوال حياته، عقداً صحيحاً

36_ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 131 .

37_ محمدي خديجة، <<الشرط في الهبة بين التقييد والتعليق>>، حوليات جامعة الجزائر 1، ج 3، العدد 31، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د س ن، ص 350.

وينتقل حق الانتفاع تلقائيًا إلى الموهوب لهم أو خلفهم، بمجرد تحقق الشرط الواقف، وهو وفاة الواهب³⁸.

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قام ورثة (س.أ) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البويرة، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر من محكمة البويرة. آثار الطاعنون وجهين للطعن وهما :

1_ القصور في التسبيب (المادة 10/358 من ق إ م إ ج): بدعوى أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على أحكام ق أ ج، لمناقشة عقد الهبة لكن بأثر رجعي، وفي ذلك خرقٌ لمبدأ عدم رجعية القوانين.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه بعد مراجعة القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعنين طالبوا بتعيين موثق لتحرير فريضة مورث الطرفين، تمهيدًا لقسمة تركته، فأصدرت المحكمة حكمًا بتعيين الموثق لتحرير فريضة المورث، وبعد ترجيح القضية طلب المدعون تعيين خبير لقسمة الحقوق الميراثية، التي خلفها بين الورثة، لكن المحكمة أصدرت حكمًا بالمصادقة على الفريضة المنجزة، ورفض طلب تعيين خبير لعدم التأسيس، وهو الحكم المؤيد بالقرار محل الطعن، حيث أن قضاة المجلس سببوا قرارهم بقولهم (أسس المدعون دعواهم على أن مورثهم استفاد مع أخويه من عقد هبة محرر من الواهبة، وهي أم الموهوب لهم، لكنها اشترطت في هذا العقد أن تحتفظ لنفسها باستغلال العقار الموهوب لغاية وفاتها، ولأن مورث المدعين توفي، والواهبة توفيت بعده، لذلك فهو لا يستفيد من هذه الهبة)، لكن حيث أنه من المقرر قانونًا وفقها أن عقد الهبة المستوفى لكل أركانه وشروطه يرتب كل آثاره، ومنها الانتقال الفعلي أو الحكمي لملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب لهم، والثابت في هذه القضية أن الواهبة في هذا العقد نصت بصريح العبارة، بأنه يصبح الموهوب له مالكًا للحقوق العقارية الموهوبة لهم، من تاريخ إبرام العقد، لكن الانتفاع بها لا يبدأ إلا من يوم وفاتها، أي هذا العقد متعلق بشرط واقف، وهو وفاة الواهب، لهذا فهو لا يؤثر على صحة عقد

38_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 1066319، المؤرخ في 13 جويلية 2017، قضية (س.أ) ضد ورثة

(م.م) ومن معهم، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2017، ص 64.

الهبة، فبالتالي ما حكم به قضاة الموضوع، وسببوا به قضائهم مشوب بانعدام الأساس القانوني وبالقصور بالتسبيب.

2_ الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب (م 10/358 من ق إ م إ ج): بدعوى أنه اعتبر القضاة أن عقد الهبة غير ناقل للملكية، مع أن هذه المسألة غير مثارة ولم يطلب منهم الفصل فيها، بل طلب منهم الخروج من حالة الشيوخ.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الرجوع عن الهبة

الرجوع عن الهبة هو مصطلح ورد فيه أكثر من تعريف فقهي، فهناك من عرفه أنه العودة إلى الحال ما قبل العقد، وهناك من عرفه بالعودة الواهب في هبته سواء كان ذلك قولاً أو فعلاً وذلك بهدف استردادها من الموهوب له سواء رضاءً أو قضاءً³⁹.

أولاً: الجهة المخولة بفسخ عقد الهبة

لممارسة حق الرجوع عن الهبة هناك طريقتين وهما:

1_ الرجوع عن الهبة بالتراضي

يتم الرجوع عن الهبة بالتراضي بين الواهب والموهوب له، ويتم هذا الرجوع بكل لفظ أو تعبير صريح أو كلمة تدل على رغبة الواهب في الرجوع عن هبته، وقد يكون هذا التعبير لفظاً صريحاً، وقد يكون ضمناً، وأيضاً قد يكون كتابةً، ومن جهة أخرى قد يرد الرجوع على شكل فعل مثل قيام الواهب بفعل أو تصرف يدل عن تراجع عن هذه الهبة⁴⁰.

2_ الرجوع عن الهبة بالتقاضي

يقصد بالرجوع عن الهبة بالتقاضي لجوء الواهب إلى القضاء، مطالباً استعادة هبته وتمكينه من حقه في الرجوع عنها، وذلك في حالة عدم توصله إلى اتفاق بينه وبين الموهوب له

39_ ركابي لامية، أحكام الرجوع في عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020_2021، ص 14.

40_ منسل فاطمة الزهراء، أحكام رجوع الواهب عن عقد الهبة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2018_2019، ص 27_28.

بالرجوع عنها بالتراضي، أي هو إلغاء قضائي للهيئة بناءً على طلب الواهب، ويكون هذا الرجوع برفع الواهب دعوى أمام القضاء، وإتباعه للإجراءات المعتادة عند رفع القضايا أمام هذا الأخير مطالباً بإلغاء الهيئة الصادرة منه⁴¹، ويشترط لقبول هذه الدعوى أن تتوفر فيه شروط التقاضي والمتمثلة في الصفة، المصلحة، والأهلية، بالإضافة إلى شرط خاص إذا كان محل هذه الهيئة عقاراً وهو وجوب شهر عريضة افتتاح الدعوى⁴²، وهذا حسب ما أشارت إليه المادة 85 من المرسوم رقم 63_76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم⁴³، وكذلك ما نصت عليه المادتين 17 و 519 من القانون رقم 98_09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴⁴.

هذا أيضاً ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 342915 الصادر في 2005، والذي جاء فيه ما يلي: (التراجع عن عقد الهيئة الرسمي أمام الموثق، وليس أمام القضاء، هو خرق لأحكام العقود الرسمية الموثقة المنصوص عليها في القانون المدني والتجاري وقانون التوثيق)⁴⁵.

ثانياً: الواهب المخول بالتراجع عن الهيئة

يستفاد من الأحكام الواردة في ق أ ج، أن الهيئة قانوناً هي عقد لازم لا يجوز للواهب الرجوع فيه⁴⁶، هذا كأصل عام، لكن الاستثناء في هذه القاعدة هو مضمون المادة 211 من ق أ ج والتي تنص على أنه: (للأبوين حق الرجوع في الهيئة لولدهما مهما كانت سنه، إلا في الحالات

41_ عمارة علي وكاملي مراد، << الرجوع في الهيئة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري >>، مجلة الاجتهاد لقضائي،

المجلد 12، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2020، ص 787_788.

42_ جبار جميلة، <<قراءة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري بين حرفية النص وحتمية التفسير>>، مجلة

آفاق علمية، المجلد 11، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019، ص 341.

43_ المرسوم رقم 63_76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، ج ر ج ج العدد 30

الصادر في 13 أفريل 1976، معدل ومتمم.

44_ القانون رقم 09_08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج العدد 21

المؤرخ في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم .

45_ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، القرار رقم 342915، المؤرخ في 13 أفريل 2005، قضية (د.م) ضد فريق

(ت)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص 179.

46_ بوعزة هداية، <<الرجوع في الهيئة وآثاره بين الشريعة والقانون>>، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 11، العدد 1

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، الجزائر، 2025، ص 16.

الآتية: إذا كانت الهيئة من أجل زواج الموهوب له، أو إذا كانت الهيئة لضمان قرض أو قضاء دين، أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب له، ببيع، أو تبرع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته)، يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر الأشخاص الذين يحق لهم الرجوع عن الهيئة، في الأبوين فقط، لكنه قيد هذا الحق بحالات محددة تمنعهم من الرجوع عن الهيئة في حال تحققها، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر⁴⁷، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرارين الآتيين :

1_القرار رقم 554347 الصادر في 2010، وكان مضمونه: (المقصود حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بكلمة الأبوين في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجدة، ولا يحق للجدة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها)⁴⁸.

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قامت الطاعنة (ب.خ) أرملة (ب.م) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران، والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وهران، والقضاء من جديد برفض دعوى الطاعنة، التي ترمي إلى إبطال الهيئة.

أثارت الطاعنة وجهين للطعن وهما :

_ **انعدام الأساس القانوني:** رغم مضمون نص المادة 211 من ق أ ج التي تمنح للوالدين فقط حق الرجوع في الهيئة، إلا أنه لا يستند إلى أي أساس قانوني بعدم حلول الورثة الموهوب له محله لأنه طبقاً لنص المادة 169 من ق أ نجد أنها تنزل الأحفاد منزلة أصلهم في التركة، بالتالي يقع عليهم ما يقع على أبيهم في حق الرجوع، وأيضاً لأنه حسب المادتين 108 و 109 من ق م ج فالعقد ينصرف إلى الخلف العام، وبدعوى أنها لم تتمسك بنص المادة 180 من ق م، كما جاء في

47_ قديري محمد توفيق، <>الإشكالات التي تثيرها المادة 211 من قانون الاسرة ودور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا للتصدي لها>>، مجلة البحوث الأسرية، المجلد 04، ج 1، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، الجزائر 2012، ص 82.

48_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 554347، المؤرخ في 15 جويلية 2010، قضية (ب.خ) ضد (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص 255.

حيثيات القرار، بل على المادة 108 السالفة الذكر، والمادة 206 من ق أ ج والتي تشترط الحياة لانعقاد الهيئة، والطاعة استردت منزلها الموهوب بموجب عقد التراجع.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه أعطى القضاة أساساً قانونياً سليماً لقرارهم، لما استندوا إلى المادة 211 من ق أ ج، والتي تعطي حق الرجوع عن الهيئة للأبوين فقط، والطاعة بصفتهما جدة المطعون ضدهم لا يمكن لها الرجوع، وعليه هذا الوجه غير مؤسس ومرفوض.

الخطأ في تطبيق القانون: بدعى أنه يبدو جلياً خطأ القرار المطعون فيه، حين صرح بعدم جواز حلول الورثة الموهوب لهم محله في الهيئة، وأنه من جهة أن عقد الهيئة أقرب إلى المعاملات المدنية أكثر من الأحوال الشخصية، بالتالي فهو كعقد وكالة أو حق شفعة، وخاصةً إن كانت الهيئة من أب لابنه أو أحفاده، إذ يصبح حقاً شخصياً يسقط بإرادة الواهب.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً، ورفضه موضوعاً.

صدر أيضاً قرار آخر مؤيد لما سبق وهو القرار الآتي:

2_ القرار رقم 328682 الصادر في 2006، وكان مبدئه: (للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهيئة لولدهما)⁴⁹.

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قام (ب.ن) بطلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة، الذي صادق على الحكم المستأنف لديه عن محكمة الخروب، والذي يقضي بالتصريح بتقرير رجوع المدعي عن عقد الهيئة، الذي أبرمه لفائدة المدعى عليه، ومن ثم إلغاء عقد الهيئة المبرم بينهما.

أثار الطاعن في طعنه بالنقض إلى وجهٍ وحيد وينقسم إلى 3 نقاط كما يلي :

أ_ أن قضاة الموضوع أسسوا قضائهم على المادة 206 من ق أ ج، التي تنص على الحياة كشرط لإتمام الهيئة، رغم أن الطاعن دفع بالمادة 208، التي تنص على أنه عندما يكون المال الموهوب مشاعاً، فإن حالة الشيوخ هذه تغني عن شرط الحياة، والواهب في هذا العقد وهب النصف على الشيوخ في الأرض التي يملكها للمدعي، أيضاً أن القضاة استشهدوا بمحضر معاينة

49_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 328682، المؤرخ في 15 فيفري 2006، قضية (ب.ن) ضد (ب.أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 237.

للقول بعدم حيازة المدعي للأرض الموهوبة، رغم أنه قدم رخصة بناء صادرة من البلدية، كدليل على حصول الحيازة.

ب_ أن الطاعن دفاع أمام قضاة الموضوع بأحكام المادة 211 من ق أ ج، وفي قضية الحال الواهب ليس من الوالدين، وعليه لا يحق له التراجع عن الهيئة.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه أولى بأن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المطعون ضده الواهب، وهو أخ الطاعن الموهوب له بإبطال الهيئة، بحجة أن الرجوع عن الهيئة هو حق إرادي، لكن أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 211 من ق أ ج لا تجيز الرجوع عن الهيئة، إلا في هيئة الأبوين لابنهما، مما يعرض قرار القضاة للنقض.

ت_ أن الأحكام المحتج بها حول سبق الفصل في الموضوع هي أحكام الشكل، لكن الأمر ليس كذلك بشكل مطلق، فبالنسبة للحكم التمهيدي المتعلق بالقسمة، هو حكم مبني على اعتراف القاضي بصحة الهيئة، وعدم الحق في الرجوع عنها، ومن ثم فإنه يصعب حصر الحكم التمهيدي إلا على مستوى الاستئناف لاحقاً، عندما صرح قضاة الموضوع بإلغاء عقد الهيئة، أما بالنسبة للحكم بانعدام المصلحة ولو أنه في الشكل، إلا أنه ممهور بالصيغة التنفيذية، مما يدل على عدم استئنافه من قبل الخصم ورضائه به، بالتالي يصير حجة عليه، مما يجعل قضاة الموضوع قد خالفوا المادة 338 من ق م ج.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً.

بالإضافة للقرارين السابقين والذين كانا صريحين في عدم جواز الرجوع عن الهيئة، إلا للأبوين فقط، هناك أيضاً قرارات أخرى قضت بأنه لا يجوز الرجوع عن الهيئة بين الزوجين مثلاً أو بين المحارم مثل الأجداد، حتى ورثتهم لا يجوز لهم ذلك، لأن الهيئة لازمة منذ صدورها⁵⁰ وسنبينها كما يلي : القرار رقم 357544 الصادر في 2007، وكان مضمونه: (ليس للجدة حق الرجوع في الهيئة، فهو حق مقرر للأبوين فقط)⁵¹، والقرار رقم 367996 الصادر في 2007 الذي كان

50_ عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 192_193.

51_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 357544، المؤرخ في 15 فيفري 2006، قضية (ب.ع) ضد (ب.أ) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص 237.

مضمون مبدئه : (لا حق للورثة بعد وفاة الواهب، أثناء سير دعواه الرامية إلى إبطال الهبة في إعادة السير بالقضية، والتمسك بإبطال عقد الهبة الصادر من الواهب، لأن حق الرجوع في الهبة مقرر للأبوين فقط)⁵²، والقرار رقم 577191 الصادر في 2010، مبدئه: (لا يجوز التراجع عن الهبة بين الزوجين)⁵³.

ثالثاً: موانع الرجوع عن عقد الهبة

استثنى المشرع الجزائري الوالدين من المنع من الرجوع عن الهبة، لكنه أيضاً استثنى حالات معينة تمنعهم من الرجوع عن هبتهم، وحددها في م 211 من ق أ ج كما يلي: زواج الابن الموهوب له، هبة الأب لابن مالاً بقصد ضمان قرض أو قضاء دين، تصرف الموهوب له ببيع الشيء الموهوب سواء بالزيادة أو بالنقصان⁵⁴، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 330258 الصادر في 2005، والذي كان مبدئه كما يلي: (لا يجوز للأبوين الرجوع عن الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب له)⁵⁵.

يتمثل إشكال هذا القرار في قيام (ب.ع) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة، القاضي علنياً حضورياً نهائياً بتأييد الحكم المستأنف، حيث يستخلص من حيثيات القرار أنه قام الأب بإبرام عقد هبة لابنه محلها شقة، بعدها قام الابن بالتصرف فيها عن طريق وهبها لزوجته، بموجب عقد هبة، وتم تشهيره بالمحافظة العقارية، بعدها رفع الأب دعوى الرجوع عن الهبة، فصدر حكم برفض هذه الدعوى.

أثار الطاعن وجهين للطعن وهما:

52_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 367996، المؤرخ في 14 جوان 2006، قضية (ط.ح) ضد (ط.أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص 479.

53_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 577191، المؤرخ في 16 سبتمبر 2010، قضية (د.ع) ضد (ك.م)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص 281.

54_ بوبكر الرشيد، <<الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري>>، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 6، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2016، ص 308_309.

55_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 330258، المؤرخ في 18 ماي 2005، قضية (ب.ع) ضد (ب.ع) ومن معه، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص 377.

1_ انعدام الأساس القانوني: اعتبر القرار محل الطعن تصرف الموهوب له في الشيء يكفي لخلق باب الرجوع عن الهيئة، لكن هل قيام شرط التصرف في المال الموهوب، هو شرطاً كافي ولو تم بسوء نية وبغرض إفشال دعوى الرجوع ؟ وهل تاريخ التصرف حتى لو كان بعد الدعوى لا يهم ذلك ؟ لأن أساس المعاملات هو حسن النية.

2_ القصور في الأسباب: القرار محل الطعن اكتفى بذكر نص م 211 من ق أ ج للتصريح برفض الدعوى لعدم التأسيس، ولم يرد على دفع المدعي المتعلقة بتاريخ التصرف، الذي جاء أثناء إعلان الأب عن نيته في الرجوع عن الهيئة، وتم إشهار التصرف بعد رفع الدعوى. ردت المحكمة العليا عن الوجهين مجتمعين، أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه الواهب قام بالتصرف في الشقة الموهوبة له، بهبتها لزوجته قبل رفع دعوى الرجوع، بذلك قضاة الموضوع سببوا في قرارهم بما فيه الكفاية، وعليه هذين الوجهين غير مؤسسين.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلاً، ورفضه موضوعاً.

لكن بالرجوع إلى المادة 222 من ق أ ج التي تحيلنا دائماً إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالتحديد المذهب المالكي الذي هو غالب في الجزائر، نجد أنه هناك حالات أخرى يمكن فيها الرجوع عن الهيئة، ولم ينص عليها المشرع في المادة 211 السالفة الذكر، مثل مانع موت أحد المتعاقدين، سواء كان الأب الواهب أو كان الابن الموهوب له، فإن مات الواهب امتنع على ورثته الرجوع في الهيئة، لأن هذا الحق هو حق شخصي له، أما إذا مات الموهوب له وانتقل بعدها محل الهيئة إلى ورثته، في هذه الحالة حتى لو كان الواهب حياً لا يمكنه التراجع عن هذه الهيئة⁵⁶، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم 613091 الصادر في 2011، والذي كان مبدئه: (لا يملك الواهب وفقاً للشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهيئة، بعد وفاة ولده الموهوب له)⁵⁷، والقرار

56_ عبد الرازق أحمد السنهاوي، مرجع سابق، ص 194.

57_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 613091، المؤرخ في 10 مارس 2011، قضية (غ.أ) ضد ورثة (غ. ر)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 278.

رقم 692316 الصادر في 2012، الذي كان مبدئه: (لا يجوز للأصل الواهب الرجوع عن الهبة بعد وفاة الفرع الموهوب له)⁵⁸.

58_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 692316، المؤرخ في 14 جوان 2012، قضية ورثة (ق.ح) ضد (ز.ه)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012، ص 261 .

الهبة هي تملك بلا عوض، وتتميز بأنها عقد ثنائي، وتصرف تبرعي، وبأنها عقد شكلي وعيني، وتتعدد بتوافر الرضا، المحل، السبب، الشكلية، والحياسة، ويشترط لصحتها أن يكون الواهب أهلاً للتبرع، وألا يكون مريضاً مرض الموت، والخلو من عيوب التراضي، وتختلف الهبة عن الوقف في كونها تشترط تطابق الإيجاب والقبول، عكس الوقف فهو تصرف من جانب واحد، أما الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت، عكس الهبة فهي تملك في الحال، وقد كرس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ضرورة الرسمية في إبرام عقد الهبة بحضور شاهدين، مع ضرورة الحياسة الفعلية والحقيقية لمحل الهبة، من طرف الموهوب له، كما أنه أجاز عدة أنواع وصور للهبة، مثل الهبة المباشرة، الهبة المعلقة على شرط، الهبة النافذة بعد وفاة الواهب، والهبة لقضاء دين أو ضمان قرض، مع مراعاة مبدأ عدم الإضرار بالدائن إذا كان الواهب مديناً، وقد حدد الاجتهاد القضائي أيضاً كيفية الرجوع عن الهبة، والأشخاص المخولة للرجوع عنها من عدمهم، والمحددة في المادة 211 من ق أ ج بالأبوين فقط، أي لا يحق للزوجين، أو الورثة، أو الأجداد، في الرجوع عن هبتهم، مستنداً في كل قراراته إلى أحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني

الاجتهاد القضائي في الوصية والوقف

التصرفات التبرعية هي كل تصرف قانوني يصدر من الشخص بإرادته المنفردة بنية التبرع وتكون بتمليك مال، أو منقول، أو عقار، للغير دون مقابل، ولا يشترط في هذا التصرف موافقة الطرف الآخر لإنشائها، بل تكفي فيه إيجاب الشخص الذي صدر منه، لأنه تصرف قانوني يقوم على نية التبرع، والإرادة المنفردة للمتبرع، ولهذا تعتبر من أهم المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، ولم يقتصر تنظيم أحكام هذه التصرفات القانونية على النصوص القانونية فقط، بل كان للاجتهاد القضائي أيضاً دور مهم في تفسير وتوضيح بعض أحكامها، التي قد يشوبها بعض الغموض، نظراً لما تثيره هذه المواضيع من نزاعات وإشكالات بين أطرافها، حيث ساهم الاجتهاد القضائي وعلى رأسه المحكمة العليا، في معالجة العديد من النزاعات المثارة بخصوص هذه التصرفات التبرعية، وهذا ما سنراه في هذا الفصل، حيث سوف نتطرق إلى الوصية والوقف أنموذجاً، وسنتناول الوصية على ضوء الاجتهاد القضائي (المبحث الأول) والوقف على ضوء الاجتهاد القضائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الوصية على ضوء الاجتهاد القضائي

الوصية تعتبر من بين التصرفات التبرعية التي قام المشرع الجزائري بتنظيمها في ق أ ج وهذا نظرا لأهميتها، سواء ماليًا كونه محلها قد يكون مالا، فبالتالي هي تتعلق بالذمة المالية للمتبرع، واجتماعيًا لأنها تهدف لتحقيق أغراض اجتماعية وإنسانية، تحقيقًا لمبدأ التكافل والتضامن بين الأشخاص والأقارب، ودينياً لأنها تساهم في استمرار التصديق والبر والخير من خلال التبرع ولكن هذه النصوص القانونية قد لا تكفي أحياناً لحل بعض النزاعات التي تشوب بين أطراف هذه الوصية، وهنا يظهر دور الاجتهاد القضائي الذي يقوم بتفسير النصوص القانونية لإيجاد الحلول وهذا ما سنعالجه في هذا المبحث، حيث سنتناول أولاً الإطار المفاهيمي للوصية (المطلب الأول) ثم سنتناول اجتهادات المحكمة العليا في الوصية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للوصية

قبل التطرق إلى اجتهادات المحكمة العليا في بعض المسائل المتعلقة بالوصية، يجدر بنا أولاً الإشارة إلى الإطار المفاهيمي للوصية، بدءاً بالتطرق إلى المقصود بها، وذلك بتعريفها وبذكر أهم خصائصها (الفرع الأول)، ثم سنتناول أركان الوصية (الفرع الثاني)، وأخيراً سوف نتطرق إلى أنواع الوصية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: المقصود بالوصية

أولاً: تعريف الوصية

1_ تعريف الوصية لغةً

كلمة وصى التي تتكون من واو وصاد وحرف معتل، هي أصلٌ يدل على معنى وصل شيء بشيء إذا وصله به، حيث يقال : وصَّيته توصيةً، وأوصيته إيضاء⁵⁹، والوصية لغةً هي العهد حيث يقال وصَّيته أي عهده إليه القيام بأمر، وتطلق على الموصى به، فمثلاً يقال أوصيت له بماله أي جعلته له⁶⁰.

59_ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 6، ط 2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1392هـ-1972م، ص 116.

60_ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 11.

2_ تعريف الوصية شرعاً

لقد اختلفت تعريفات الوصية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اختلفت هذه التعريفات حسب اختلاف كل مذهب، لكن في هذا الفرع سنقتصر فقط على تعريف المذهب المالكي باعتباره المذهب المعتمد من طرف المشرع الجزائري، وعرف المالكية الوصية بأنها عقد لازم بعد الموت، أي هي تملك مضاف لما بعد الموت⁶¹، والوصية مشروعية لقوله تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }⁶².

3_ تعريف الوصية قانوناً

المشرع الجزائري فيما يخص الوصية هو لم ينظمها في القانون المدني، بل نظمها في نصوص قانون الأسرة، وبالتحديد في باب التبرعات، وهذا ما نستنبطه من المادة 775 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: (يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة)، وعرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من ق أ ج بأنها: (تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع).

المقصود بكلمة التملك الواردة في هذا النص القانوني، بأن الوصية قد ترد على صورة ملكية عقار، وأحياناً على صورة منقول، أو بالمنافع مثل السكنى أو زراعة أرض، وهذا ما أكدته م 190 من ق أ ج والتي نصت على أنه: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة)، أما عبارة إلى ما بعد الموت فيقصد بها أن هذا التصرف القانوني الذي قام به الموصي، والمتمثل في الوصية، لا يترتب إلا بعد وفاته، وإذا وقع في حياته فهي تعتبر هبة وليست وصية، أما الكلمة الأخيرة وهي التبرع فيقصد بها المشرع أن الوصية تكون دون مقابل، أي الشخص الموصي لا يأخذ مقابلاً عن وصيته⁶³.

61_ عبد الرجمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ_2003م ص277.

62_ سورة البقرة، الآية 180.

63_ شيخ سناء، <شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري>>، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثاني

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013، ص 173_174.

ثانياً: خصائص الوصية

تتميز الوصية بعدة خصائص تميزها عن غيرها من التصرفات التبرعية وتتمثل في:

1_ **الوصية تصرف تبرعي**: الوصية هي تصرف قانوني يندرج ضمن التصرفات التبرعية، ويستند على معيارين⁶⁴ وهما :

_ **المعيار الشخصي**: يقوم هذا المعيار على نية التبرع، حيث تتجه إرادة الموصي إلى تمكين منفعة معينة لفائدة الموصي، سواء كان ذلك عاجلاً أو آجلاً.

_ **المعيار الموضوعي**: أما هذا المعيار فيتمثل في وفاة الموصي، فالوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت، بالتالي هي لا يتحقق إلا بوفاة هذا الأخير.

2_ **الوصية تصرف من جانب واحد**: تتم الوصية بإرادة الموصي المنفردة لصحتها وانعقادها ويجب أن يعبر عنها بعبارة واضحة وصريحة، وأن تصدر عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا لكن هذه الوصية لا تنتج آثارها القانونية، إلا بعد وفاة الموصي، فهي تصرف مؤجل النفاذ لحين وفاة الموصي، بعدها يكون الموصى له حرّاً، إما أن يقبل هذه الوصية أو يرفضها⁶⁵.

3_ **الوصية تصرف ناقل للملكية**: الوصية هي تصرف قانوني مضاف لما بعد وفاة الموصي، إذ لا تنتج آثارها إلا بعد تحقق هذه الوفاة، حيث يبقى الموصي محتفظاً بالموصى به طول حياته وبمجرد وفاته تنتقل ملكية الشيء الموصى به، أو المال محل الوصية، إلى الطرف الموصى به والذي يكتسب بموجب هذه الوصية حق استغلاله وحق التصرف فيه، في حدود ما يقرره القانون⁶⁶ استناداً لنص المادة 674 من ق م ج التي عرفت حق الملكية بأنه: (حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا تستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة).

64_ رقان نواردة وولد أعمر جيدة، الوصية على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 9.

65_ إلياس ناصيف، الوصية لغير المسلمين، ج 1، د د ن، د ب ن، 2003، ص 30_31.

66_ رقان نواردة وولد أعمر جيدة، مرجع سابق، ص 10.

الفرع الثاني: أركان الوصية

أولاً: الموصي

الموصي هو الشخص الذي قام بإنشاء الوصية لصالح شخص آخر، وتكون بإرادته المنفردة ولصحة وصيته لابد أن تتوفر فيها بعض الشروط منها:

1_ **سلامة العقل**: يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع، ويتحقق ذلك في كونه عاقلاً وراشداً أثناء إنشائه لهذه الوصية، ومن ثم لا تصح وصية الصبي غير المميز، أو وصية المجنون، أو المعتوه، لانقضاء الأهلية فيهم⁶⁷، وهذا ما أقرته المادة 186 من ق أ ج التي نصت أنه: **(يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل)**.

2_ **الرضا**: يشترط في الوصية لصحتها، أن تصدر من إرادة الموصي الحرة، فإن كان الموصي عند إنشائه للوصية، مكرهاً، هازلاً، أو مخطئاً، في هذه الحالة لا يعتد بوصيته، كذلك الوصية التي تصدر من فاقد الإدراك مثل السكران، ليست صحيحة لأنها تصرف لا قصد له، كون صاحبها ليس في وعيه، مما قد يسبب إضراراً لورثته⁶⁸.

3_ **البلوغ والرشد**: يقصد بالرشد سلامة العقل، وكمال الإدراك والتمييز، أي متى ما كان الشخص راشداً وغير محجور عليه، فإن كل تصرفاته القانونية نافذة وصحيحة⁶⁹، واعتبار الوصية تصرف قانوني ذو صفة تبرعية مالية، فإنها لا تتم إلا توافر الإرادة والتمييز لدى الموصي، ولهذا السبب اشترط المشرع الجزائري في المادة 187 من ق أ ج أن يكون الموصي بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل، أي يتمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 ف 2 من ق م ج.

67_ أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث في التشريع الإسلامي الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي الدار الجامعية الإسكندرية، 2001، ص 50.

68_ دربالي حكيم، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014_2015، ص 10.

69_ جرادة لخضر، الوصية في قانون الأسرة الجزائري والتبرع بالأعضاء البشرية، ط1، ألفا للوثائق للنشر والتوزيع الجزائر، 2022، ص 83.

ثانيًا: الموصى له

الموصى له هو الشخص الذي تقررت له الوصية وتثبت له، وكل شخص كان موجودًا وقت إنشاء الوصية، واستمر وجوده سواء حقيقةً أو حكمًا، إلى حين وفاة الموصي، على أن لا يكون من الورثة⁷⁰، ويشترط لاستحقاق الموصى له الوصية ما يلي :

1_ **أن يكون موجودًا:** من بين شروط الوصية أن يكون الموصى له ثابت الوجود عند إنشاء الوصية، سواء كان وجوده حقيقيًا، أي الموصى له هو شخص حي وموجود فعليًا، أو أن يكون وجوده تقديرًا، ومثال الحمل الذي في بطن أمه، فهو موجود حكمًا لعدم ولادته بعد، ويتم تعيين الموصي إما بالاسم الصريح له أو إشارة تفيد تحديده أو بنحوهما، وفي حالة تعذر ذلك، اشترط وجوده وقت وفاة الموصي، ذلك لأن وقت تحقق هذه الوفاة هو وقت ثبوت الوصية⁷¹.

2_ **أن لا يكون جهة معصية:** والمراد بالمعصية في هذا السياق، كل جهة محرمة ومخالفة لأحكام الشرع والقانون، وذلك لكون الوصية تصرف شرعه الله تعالى للإصلاح والإحسان، وبالتالي إذا انطوت هذه الأخيرة على باعثٍ محرم، أو فيها ما يخالف القانون، مثل الوصية لأندية القمار فإنها تعد باطلة⁷².

3_ **أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي:** نصت م 188 من ق أ ج على أنه: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدًا)، استنادًا لهذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط عدم مساهمة الموصى له في قتل الموصي، سواء بصفته فاعلاً أصليًا، أو كان شريكًا للقاتل الأصلي أو كان شاهد زور وترتب عن شهادته صدور حكم بالإعدام على الموصي، وتم تنفيذ هذا الحكم فيه⁷³، وإذا تم إثبات الوصية للقاتل، فإنه يجب إثبات أن هذا الموصى له القاتل، عاقل، بالغ

70_ بكاي محفوظ بن عيسى و بهدي زوهير بن ناصر، عقد الوصية الناقل للملكية العقارية، مذكرة مكملة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق، تخصص : قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2017_2018، ص 26.

71_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص 255_256.

72_ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 259_260.

73_ بن عبد القادر رحمة، أحكام الوصية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2012_2013، ص 41.

وأهل للمسؤولية الجنائية، وأنه ليس من الحالات المنصوص عليها في المواد 47، 48، 49 من قانون العقوبات الجزائري⁷⁴.

ثالثاً: الموصى به

الموصى به هو الشيء أو المال الذي تنصب عليه الوصية، وهو ما يكون مملوكاً للموصي ويصح تملكه الموصى له، وبموجبه يجوز لهذا الأخير أن ينتفع به، ويشترط في الموصى به بعض الشروط منها:

1_ أن يكون مالاً قابلاً للتوارث والتمليك: نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من ق أ ج والتي نصت على أنه: (الموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها، والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة)، استناداً لهذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أجاز تملك الأموال والحقوق المملوكة للموصي، والتي تكون قابلة للتداول، للطرف الموصى له، ذلك لأن الوصية هي تملك، وما لا يقبل التملك لا تنشأ به الوصية⁷⁵.

2_ يكون موجوداً، وأن يكون مالاً متقوماً: بالنسبة لشرط الوجود فهو يقتصر على أعيان المال دون المنافع⁷⁶، فمثلاً إذا قام شخص بالوصية لشخص آخر بساعته مثلاً، فإنه يشترط شرعاً وقانوناً أن تكون موجودة في ملك الموصي عند الوصية، أما شرط أن يكون مالاً متقوماً، فيقصد به أن يكون المال محل الوصية، جائزاً شرعاً وقانوناً، فلا تصح وصية المسلم بما يعد غير مشروع، كالخمر أو لحم الخنزير⁷⁷.

3_ أن لا يزيد عن الثلث: اتفق أغلب الفقهاء على أن الحدود الشرعية والقانونية للوصية تقدر بالثلث، وهذا ما أقره المشرع الجزائري أيضاً في نص المادة 185 من ق أ ج التي نصت على أنه

74_ الأمر رقم 156_66 المؤرخ في 06 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج العدد 49، المؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

75_ دريالي حكيم، مرجع سابق، ص 20.

76_ أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 63.

77_ عبد مزيا ملامية، الوصية في قانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص : القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص

39_40.

تا: (تكون الوصية ف حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة)، إذن استناداً لهذه المادة نجد أن المشرع قيد الوصية بشرط عدم تجاوزها للثلث، وفي حالة إيصال الموصي بأكثر من الثلث، دون إجازة من طرف الورثة، تعتبر هذه الوصية باطلة، وإذا قام الورثة بإجازتها، فإنها تعتبر صحيحة قانوناً.

رابعاً: الصيغة

الصيغة هي الوسيلة التي تصدر بها الوصية من طرف الموصي، للتعبير عن إرادته، سواء كانت على شكل ألفاظ، كتابة، أو إشارة، ويشترط فيها : أن ترد على شكل لفظ أو عبارة تدل على الوصية صراحةً كانت أو ضمناً، أن يصدر القبول من طرف الموصى له، بعد تحقق وفاة الموصي، وأن يتم القبول بعبارة صريحة أو دالة عليه⁷⁸.

ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري فيما يخص أركان الصيغة، والمتمثل في الإيجاب والقبول، اعتبر أن القبول فهو شرط لنفاذ الوصية ولزومها، ولثبوت ملكية الموصى به لفائدة الموصى له، بينما الإيجاب يعتبر ركناً للصيغة⁷⁹.

الفرع الثالث: أنواع الوصية

الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بقصد التبرع، وقد ترد على عدة أشكال نذكر منها ما يلي:

أولاً: الوصية للحامل

الجنين يصلح أن يكون وارثاً، كما يصلح أن يكون موصى له، كونه موجود وقت إنشاء الوصية وجوداً حكماً، مع مراعاة توافر شروط معينة فيه نذكر منها:

78_ محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً للحصول على درجة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 59_60.

79_ بوزيان بلال، الوصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص : قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016_2018 ص 14.

1_ أن يكون الحمل الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية

فالمشرع الجزائري في المادة 42 من ق أ ج حدد مدة الحمل بأنها تكون أقل مدة 6 أشهر وأقصى مدة 10 أشهر، ومن جهة أخرى فإن الجنين ولو لم يولد بعد فإنه تصح له الوصية، لأنه معين في بطن أمه وقت إنشاء الوصية، مما يجعله موجود وجوذاً حكماً⁸⁰.

2_ أن يولد الجنين حياً وله حياة مستقرة

المقصود به أن يتحقق انفصال الجنين عن أمه، شريطة أن يولد حياً، فإن ولد الجنين توأماً قسمت الوصية بينهما بالتساوي، أما إذا مات أحدهما فإنه يستحق الجنين الحي الوصية بأكملها⁸¹ حيث نصت المادة 187 من ق أ ج على أنه: (تصح الوصية للحمل، بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأماً يستحقونها بالتساوي، ولو اختلف الجنس).

ثانياً: وصية المريض مرض الموت

يقصد بمرض الموت كل مرض قد يفقد المريض قدرته عن مباشرة مصالحه، والذي يغلب فيه احتمال الوفاة، والذي يتوّل إلى الوفاة حقاً، بالتالي إذا صدر تصرف قانوني من هذا المريض بقصد التبرع، فإنه يعتبر تصرفاً مضافاً لما بعد الموت، أي يبقى موقوف الأثر إلى ما بعد وفاته⁸²، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 776 ف 1 من ق م ج والتي نصت على أنه: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع مضافاً إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف)، وفي هذه الحالة نميز بين حالتين، إذا كان الموصى له من الورثة، لا تنفذ هذه الوصية إلا بعد إجازة الورثة أما إذا كان غير وارث، فتتخذ الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

80_ بوصابر كريمة وحلمي سليمة، أحكام الوصية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص : قانون أسرة، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022_2023، ص 11.

81_ أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 247.

82_ شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 183.

ثالثاً: وصية المدين

فيما يخص وصية المدين يجب أن نميز بين حالتين:

- _ في حالة تغطية التركة بالدين، فإن وصية الموصي المدين تبقى غير نافذة، ولا تنتج آثارها القانونية، إلا إذا أسقط دائنوه دينه، وأبرعوا ذمته، أو وافقوا على إجازة الوصية⁸³.
- _ أما إذا لم تكن التركة مثقلة بالدين، في هذه الحالة يجب أن تسدد الديون أولاً، لأنه لا يجوز الإيصاء قبل وفاء الديون، فإذا تم تسديد هذه الأخيرة، جاز تنفيذ الموصي المدين للوصية، في حدود الثلث من تركته⁸⁴.

رابعاً: الوصية لوارث مع الاحتفاظ بالحياة

إذا أقدم شخص وهو في كامل صحته على إخفاء وصيته عمداً، وذلك في صورة تصرف ناقل للملكية مثل البيع، الهبة، وغيرها، وكان هذا التصرف صادر لفائدة أحد الورثة، مع قيد هذا التصرف شرط الاحتفاظ بحياسة الشيء المتصرف فيه لنفسه من جهة، والانتفاع به لمدة حياته من جهة أخرى، فإن هذا التصرف يأخذ حكم الوصية⁸⁵، وهذا ما نص المشرع الجزائري في نص المادة 777 من ق م ج: (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه، والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هنالك ما يخالف ذلك). إذن لكي يعتبر هذا التصرف وصية يشترط فيه: أن يكون التصرف الصادر من المورث كان لفائدة أحد ورثته، أن تبقى حياة العين محل التصرف في يد المورث وأن يحتفظ بحقه في الانتفاع بها مدى حياته⁸⁶.

83_ قدري عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 507.

84_ حمدي كمال، الموارث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 204.

85_ شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 186_187.

86_ دريبيين مريم، أحكام الوبة في تقنين الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012_2013، ص 64.

المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الوصية

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى عناصر الوصية من أركان وأنواع، وبعد ما قمنا بتعريفها وخصائصها، ننتقل إلى بيان دور الاجتهاد القضائي في شروط الوصية (الفرع الأول) والاجتهاد القضائي في إجراءات الوصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في شروط الوصية

أولاً: الاجتهاد القضائي في الوصية للمكفول به

الكفالة حسب المادة 116 من ق أ ج هي أن يقوم شخص بالالتزام على وجه التبرع بالتكفل بولد قاصر، من نفقة، وتربية، ورعاية، وكل ما يقوم به الأب العادي لابنه، وتتم بعقد شرعي وباعتبار المكفول ليس وارثاً له، اتفق القانون والقضاء على أنه يجوز الإيصاء له، وهذا استناداً للمادة 123 من ق أ ج التي نصت أنه: (يمكن للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول به بكل ماله أو بعضه، في حدود ثلث التركة)، كما أن القضاء أجاز الوصية للمكفول، طبقاً للقرار رقم 620402 الصادر في 2011، حيث كان مضمون مبدئه أنه: (يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول به بماله في حدود الثلث)⁸⁷.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام الطاعن (ب.د.م) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف فيه، حيث أقام المدعين (ب.م) وشقيقته (ب.ف)، دعوى مطالبين فيها اعتبار الهبة المحررة من طرف أخيها، لفائدة الولد المكفول وصية لكونها حررت في مرض الموت، وتعيين خبير لفرز نصيب الموهوب له في حدود الثلث، وتعيين خبير لإجراء قسمة بين الورثة فيما بقي من التركة، وصدر بشأنها الحكم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، والذي أيده القرار محل هذا الطعن.

أثار الطاعن وجه وحيد مقسم إلى فرعين لتأسيس طعنه، وهو الخطأ في تطبيق القانون حيث انقسم إلى عدة نقاط وهي:

87_المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 620402، المؤرخ في 12 ماي 2011، قضية (ب.م) ضد أرملة (ب.ب) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 283.

أ_ الخطأ في تطبيق المادة 123 من ق أ ج، بدعوى أن هذه المادة تجيز للكافل التبرع للمكفول به في حدود الثلث، وأنه متى أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث، إلا إذا أجازته الورثة، والكافل في هذه القضية تبرع بكل أمواله للمكفول له، وأن المجلس بعدم استجابته للطلب الرامي إلى تعيين خبير لإجراء القسمة بين الورثة فيما زاد عن الثلث، استناداً لنص المادة 205 من ق أ ج، قد أخطأ في تطبيق القانون .

ب_ بدعوى أنه إذا كان للواهب أن يهب كل ممتلكاته، وفقاً لنص المادة 205 من ق أ ج، فإن ذلك مقيد بألا يكون كافلاً للموهوب له، لأنه مقيد بأن لا تزيد الوصية عن حدود الثلث، إلا بإجازة الورثة .

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأن قضاة الحكم اعتبروا عدم انطباق نص 123 من ق أ ج على التصرف محل النزاع، استناداً إلى وجود فرق بين أحكام الوصية والتبرع وأحكام الهبة دون تحديد ما يميز عقد الهبة عن عقد التبرع، فطالما عقد الهبة الذي أبرمه الكافل للمكفول به في هذه القضية، يدخل ضمن عقود التبرع، فإن المجلس بقضائه بخلاف ذلك، قد خالف نص المادة 123 من ق أ ج، ويكون بذلك هذا الوجه مؤسس .

ثانياً: الاجتهاد القضائي في الوصية مع اختلاف الدين

يرى فقهاء الشريعة أن الوصية نوع من البر والإحسان، مما يجعلها صحيحة، حتى لو ورد عليها اختلاف في الدين، كونها مرغوبة في كل الأديان السماوية، فتصح الوصية من مسلم لغير مسلم، والعكس صحيح، لأن الوصية تصرف تبرعي وليست ميراثاً، ولهذا لا يشترط إتحاد الدين بين طرفيها لصحتها⁸⁸، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 200 من ق أ ج: (تصح الوصية مع اختلاف الدين)، وقضاة المحكمة العليا قرار في القرار رقم 072584 الصادر في 2014، والذي كان مبدئه: (تصح الوصية مع اختلاف الدين)⁸⁹.

88_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ط 4، دار الفكر، دمشق، 1416هـ-1997م، ص 7494.

89_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، القرار رقم 072584، المؤرخ في 09 ماي 2013، قضية (ب) ضد النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2014، ص 247.

يتمثل إشكال هذا القرار في قيام (ب) بالطعن بالنقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، والقاضي حضورياً نهائياً بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة تيزي وزو وتتلخص وقائع القضية في أنه أقامت الطاعنة دعوى ضد السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة تيزي وزو، طلبت بموجبها القضاء بإضفاء الصيغة التنفيذية، على عقد الوصية الذي أبرمه لفائدتها زوجها، أمام موثق بفرنسا، وذلك طبقاً للمادة 606 من ق أ ج، وأجاب السيد وكيل الجمهورية طالباً الحكم بتطبيق القانون، ثم أصدرت المحكمة حكماً حضورياً ابتدائياً، قضت فيه برفض الدعوى لعدم التأسيس.

أثارت الطاعنة وجهين لتأسيس طعنها منه :

ـ قصور التسبيب، ومخالفة القانون الداخلي: حيث تعيب الطاعنة على قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف، استناداً فقط إلى أنه الوصية المذكورة مخالفة لأحكام القانون الوطني، والذي يقتضي عدم تجاوزها ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، واستناداً إلى أنه لا وصية لوارث، بالرغم من أنها ليست وارثة لزوجها لاختلاف الدين بينهما، فبالتالي هم قد خالفوا القانون. ردت المحكمة العليا على هذين الوجهين بأنه لم يثبت لا في ملف الطعن الحالي، ولا من القرار المطعون فيه بالنقض، أن الطاعنة وارثة لزوجها، ومع ذلك استند قضاة المجلس في قضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف، مما يوحي لا محالة أنهم اعتبروها وارثة له، إلا أنهم لم يبينوا العناصر والأسباب التي اعتمدوا عليها عندما وصلوا إلى ذلك، بالرغم من اختلاف الدين بينهما ويكونوا بذلك خالفوا القانون وبالتحديد أحكام المادة 200 من ق أ ج، التي تقضي بصحة الوصية مع اختلاف الدين، الأمر الذي يجعل هذين الوجهين مؤسسين.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في إجراءات الوصية

أولاً: الاجتهاد القضائي في تحرير الوصية

تنص المادة 191 من ق أ ج على أنه: (الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد رسمي بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، يمكن إثباتها بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية)، إذن مفاد هذه المادة أن الوصية تثبت بموجب عقد رسمي يحرره الموثق ويكون بناءً على رغبة وتصريح الموصي، لكن هذا الإبرام هو وسيلة لإثبات وجود الوصية فقط

وليس لانعقادها، وذلك لكون الوصية هي تصرف رضائي، صادر من الإرادة المنفردة للموصي وليست تصرفاً شكلياً⁹⁰، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار رقم 2003697 الصادر في 2016، ومبدئه: (الأصل في الوصية وجوب تحريرها بعقد رسمي، ما لم يحل دون تحريرها في الشكل المطلوب قانوناً مانع قاهر، كدنو الآجال)⁹¹.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام ورثة (ق.خ) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر من مجلس قضاء سيدي بلعباس، والذي قضى بإفراغ القرار الصادر في 2013/02/27 والقاضي بإجراء تحقيق، واعتماد محضر التحقيق المدني المحرر في 2013/09/30، وبالنتيجة رفض اعتراض الغير الخارج عن الخصومة شكلاً، ويستخلص من ملف القضية أنه في 2011/11/14 أقامت المطعون ضدها دعوى أمام محكمة سيدي بلعباس، ضد النيابة العامة مطالبةً تثبت الوصية الصادرة لفائدتها من الهالكة (ق.خ)، المتعلقة بالسكن، وهي الدعوى التي صدر بشأنها حكم يقضي بإثبات هذه الوصية، وإثر الاستئناف من طرف النيابة، أصدر المجلس القرار محل الطعن.

أثار الطاعنون أربعة أوجه لطعنهم أهمها:

انعدام الأساس القانوني، وانعدام التسبيب: بدعى أن المادة 191 من ق أ ج تنص على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم، وبالرجوع إلى هذا القرار يتبين أنه غير مسبب تسبيباً مقبولاً، باستناده لمضمون المادة السالفة الذكر، دون التطرق إلى تبيان المانع القاهر.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه أن قاضي الدرجة الأولى أجرى تحقيقاً بشأن التصرف موضوع النزاع، ووقف على أن الموصية قامت بالوصية قبل وفاتها بخمسة عشر يوم، ولم تتمكن من تثبيت الوصية، مما يجعل المانع القاهر المنصوص عليه في المادة 191 في هذه الحالة هو دنو الأجل، بالتالي فإن القضاة سببوا تسبيباً كافياً لقضائهم.

90_ شيخ سناء، مرجع سابق، ص 185.

91_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، القرار رقم 2003697، المؤرخ في 07 سبتمبر 2016، قضية ورثة

(ق.خ) ضد (ل.ب)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 236.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً، ورفضه موضوعاً.

وفي قرار آخر وهو القرار رقم 665688 الصادر في 2011، وكان مضمونه: (تصح الوصية بمجرد تحريرها عند الموثق)⁹².

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام الطاعة (ب.ف) زوجة (ع)، بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة عنابة والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بإخلاء الفيلا.

أثارت الطاعة وجهين للنقض وهما:

_ انعدام التسبيب: بدعوى أن القضاة رفضوا إرجاء الفصل في الدعوى، لحين الفصل في الطعن بالنقض ضد القرار المحتج به، من طرف ورثة المطعون ضدهم، على أساس أنه لا قرار يتعلق بوجود تزوير أو حالة الأشخاص، وهذا التسبيب يشوبه خطأ جوهري يتعلق بصحة الوصية والمطالبة بطرد الطاعة يجعل القرار منعدم الأسباب .

_ انعدام الأساس القانوني: فالطاعة حرمت من الوصية الشرعية والقانونية في حدود الثلث من الفيلا المتنازع عليها، على أساس أن الوصية غير مشهورة، لكن الطاعة بموجب حكم باشرت إجراءات الإشهار، عن طريق كاتب الضبط الرئيسي لمجلس قضاء عنابة، كما هو ثابت من الإشهاد الذي قدمته للنقاش في المجلس، ومن ثم فإن صفتها ثابتة كمالكة في الشيوع في حدود الثلث، مما يجعلها مهددة بالطرد، ومادامت شرعت في إشهار الوصية، فإنه كان على القضاة إرجاء الفصل في الدعوى.

ردت المحكمة العليا عن هذا الوجه بأنه إذا كانت م 191 من ق أ ج، قد اكتفت بصحة الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق دون شهرها، فذلك لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والقول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الوصية، بالتالي فإن شهر الوصية يكون واجباً لنقل الملكية بعد الوفاة لا غير، وحيث أن الطاعة قدمت ما يثبت أنها بصدد القيام بإجراءات الشهر، والتست

91_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 665688، المؤرخ في 14 جويلية 2011، قضية (ب.ف) ضد ورثة

(ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 172.

من قضاة المجلس وقف الفصل في الدعوى، لغاية إتمام إجراءات الشهر، إلا أن القضاة لم يلتفتوا إلى هذا الدفع مع أنه دفع جوهري، مما يعرض قرارهم للنقض.

ثانياً: الاجتهاد القضائي في شهر الوصية

بمراجعة أحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا أن المشرع لم ينص على إلزامية قيد الوصية، متى ما كان محلها عقاراً، لأن ملكيته تنتقل إلى الموصى له، بعد تحقق ب وفاة الموصي مباشرة دون الحاجة للشهر، وذلك لكون هذا الأخير قد يترتب عليه حرمان الموصي من ممارسة حقه في الرجوع عن وصيته⁹³، لكن في حالة ما إذا أراد الموصى لهالتصرف في العقار الذي اكتسب ملكيته بموجب الوصية، وذلك بعد وفاة الموصي، فإنه توجب عليه إجراء القيد، بعد الحصول على الشهادة التوثيقية، وهذا استناداً للمادة 39 من المرسوم رقم 76_63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁹⁴، لكن ما يجدر الإشارة إليه أنه يجب شهر الوصية بعد وفاة الموصى حتى ولو لم ينص المشرع الجزائري صراحةً عن وجوب شهرها، لكونها تصرف قد يترتب آثار قانونية، مثل نقل الملكية أو انتقال المال الموصى به إلى الموصى له بعد وفاة الموصي، وهذا ما أقره اجتهاد المحكمة العليا في القرار رقم 1043542 الصادر في 2017، وكان مبدئه: (لا يشترط في عقد الوصية أن يتم الإشهار في حياة الموصي، ويمكن إتمام إجراءات الشهر بعد وفاته لانتقال المال الموصى به للموصى لهم)⁹⁵.

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام الطاعنين (ت.ش) وورثة (ت.ج) بالطعن بطريق النقض ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإبطال الوصية المحررة من طرف الموثق، والتي تمت من طرف المرحوم (ت.ع)، إلى أبناء ابنه المرحوم (ت.ج)، حيث يستخلص من ملف القضية أنه أقام المدعون المطعون ضدهم، دعوى أمام

93_حمدة لبندة ومرج إيمان، الاجتهاد القضائي في مواد الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2022، ص 43 .

94_المرسوم 76_63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج العدد30، المؤرخ في 13 أبريل 1976، معدل ومتمم .

95_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، القرار رقم 1043542، المؤرخ في 04 جانفي 2017، قضية (ت.ش)، وورثة (ت.ع)، ضد ورثة (ت.ع)، وورثة (ت.ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2017، ص 175.

محكمة الأربعاء، مطالبين بإبطال عقد الوصية المحرر من طرف الموثق، والذي بموجبه أوصى الموصي لأبناء ابنه بقطعة أرضية صالحة للبناء، استنادًا إلى مخالفة هذا التصرف لأحكام القانون المدني، وقانون الأسرة، وقانون التوجيه العقاري، فيما أجاب المدعى الموصى لهم طالبين رفض الدعوى، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم القاضي برفض الدعوى، والملغى بالقرار محل الطعن.

أثار الطاعنون 3 أوجه للطعن أهمها :

1 و 2_ قصور التسبيب، ومخالفة القانون: بدعوى أن الطاعنين قدموا لقضاة المجلس عقودًا رسمية تثبت ملكية الموصي للعقارات، وأن المجلس لم يقدر واقعة التقادم تقديرًا صحيحًا، حيث يتبين من القرار محل الطعن أنه اعتمد في إبطاله للوصية، إلى انعدام إجراءات الشهر، وإلى عدم قيام الموصى لهم بإجراءات حصر التركة، ليتسنى للمجلس مراقبة مدى تجاوز الوصية للثالث لعدم إجازة الورثة لها.

ردت المحكمة العليا على هذين الوجهين بأنه إن كان عقد الوصية واجب الإشهار، فإن هذا الوجوب لا يشترط فيه أن يتم حال حياة الموصي، لأن الوصية طبيعتها أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، ويمكن للموصى له إتباع إجراءات الشهر بعد وفاة الموصي، لتمام انتقال ملكية المال الموصى به إليه فعليًا، وعدم قيامه بذلك بعد وفاة الموصي مباشرة لا يبطل الوصية، كما أن عدم قيامه بحصر التركة لا يعدد أيضًا سببًا لبطلانها، لأنه يمكن للمجلس القيام بالتحقيقات اللازمة لبيان مدى تجاوز الموصى به لحدود الثالث، ومنها الاستعانة بالخبرة، أما سبب عدم إجازة الورثة فهو تسبيب عام وقاصر وغير كافي، للوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار، لأنه كان على القضاة إثبات أن الموصى لهم من ورثة الموصي، وبعدم تبيان ذلك في حيثيات القرار فإنه مشوب بقصور التسبيب، فضلًا عن مخالفة القانون.

إن اعتبار الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بنية التبرع، يجعلها تنتج أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين طرفيه، حتى لو كانت غير مشهورة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في

القرار رقم 581896 الصادر في 2012، والذي كان مضمونه: (تنتج الوصية ولو كانت غير مشهورة، أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى لهم)⁹⁶.

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قامت الطاعنة (ب.ف) زوجة (ع) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف، الصادر عن محكمة عنابة، حيث يستخلص من ملف القضية أنه أقام ورثة (ب.ي)، دعوى أمام محكمة عنابة مطالبين تعيين خبير لإجراء مشروع قسمة للفيلا التي تركتها مورثتهم، وفي حالة استحالة القسمة العينية، تقييمها نقدًا وتحديد السعر الافتتاحي لبيعها في المزاد العلني، وأجابت الطاعنة المدعى عليها طالبةً موافقتها على الخروج من الشيوخ، مؤكدةً أنها تملك الثلث من نصيب الورثة المدعين بموجب وصية محررة من طرف الموثق، وأجابت المدخلة في الخصام، وهي مصلحة أملاك الدولة، عدم ممانعتها في تعيين خبير، وهي الدعوى التي صدر بشأنها حكم يقضي بقبول الدعوى والإدخال في الخصام، مع إخراج المدعى عليها من النزاع لانعدام صفة المالك لديها، وفي الموضوع تعيين خبير لإعداد مشروع القسمة، معللين إخراج المدعى عليها من الخصام ببطلان الوصية لعدم استيفائها لإجراء الشهر وفق نص المادة 793 من ق م ج، وهو الحكم المؤيد بالقرار محل الطعن.

أثارت الطاعنة ستة أوجه للطعن نذكر منها :

_ انعدام الأسباب والأساس القانوني: بدعى أن الطاعنة دفعت أمام القضاة بالتقادم المكسب طبقاً لنص المادة 828 من ق م ج، كونها تحوز الثلث منذ وفاة صاحبة الوصية، دون إكراه أو خفية أو التباس، وبدون انقطاع، واستناداً لسند صحيح هو الوصية لمدة 22 سنة، وأن القضاة لم يناقشوا هذا الدفع.

ردت المحكمة العليا عن هذا الوجه بأنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن الطاعنة دفعت بالتقادم المكسب، وفقاً لأحكام المادة 828 من ق م ج، وأن القضاة قد تغاضوا عن الرد عن هذا الدفع الجوهري، مما يجعل هذا القرار مشوباً بالقصور في التسبيب.

96_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 581896، المؤرخ في 09 ديسمبر 2010، قضية

(ب.ف) ضد ورثة (ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 276.

ـ تجاوز السلطة، والخطأ في تطبيق القانون: بدعى أنه لا يوجد نص قانوني يلزم شهر الوصية، لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، وأثرها لا يترتب في حياة الموصي بل بعد موته وحق الموصى له ينشأ بمجرد وفاة الموصي، ومصدر الحق العيني الموصى به، يمكن اعتباره في الحقيقة تصرفاً قانونياً خالصاً بالوصية، وإنما هو مصدر مركب من إرادة الموصى ووفاته، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإخراجهم الطاعة الموصى لها من الخصام، بدعى انتفاء الصفة لديها، لعدم إشهار الوصية، قد جانبوا الصواب لأن الإشهار في حالة وجوبه لا يكون إلا بعد وفاة الموصي طالما أن الوصية لا تحدث أثرها إلا بعد الوفاة.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه المادة 15 من الأمر 75_74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، تستثني نقل الملكية عن طريق الوفاة، وتقرر سريان مفعولها من وقت وفاة أصحاب الحقوق العينية، لذا الوصية ولو كانت غير مشهورة، فإنها تحقق أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن، ومنها إمكانية استغلال الطاعة، للجزء الذي تحوزه بموجب الوصية مادامت ثابتة، وفقاً لنص المادة 191 من ق أ ج، لأنها تعد ديناً في ذمة التركة، وفق نص المادة 180 من ق أ ج، وأن الموصى لها بذلك يتوافر فيها الصفة، مما يجعل هذه الأوجه السابقة مؤسسة.

ثالثاً: الاجتهاد القضائي في إثبات الوصية

نصت المادة 191 من ق أ ج على أنه : (الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحريير عقد رسمي بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، يمكن إثباتها بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية)، استناداً لهذه المادة نستخلص أن المشرع أقر لإثبات الوصية طريقتين وهما :

1_ إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد رسمي، أمام الموثق متضمناً تصريح الموصي عن رغبته في الوصية، مع التزام الموثق عند تحريره للعقد، ببيان صفة كل من الموصي والموصى له

والموصى به، وذلك لتجنب أي التباس، قد يؤدي إلى اختلاط الوصايا فيما بينها⁹⁷، وتتم مرحلة التوثيق بمرحلتين وهما:

أ_ **التسجيل**: ويعد أول إجراء لنقل الملكية بعد ثبوت صحة الوصية، ويتم ذلك عن طريق تحرير سند رسمي أمام الموثق، ثم يخضع عقد الوصية للتسجيل لدى مصلحة الضرائب، والطابع بمفتشية الضرائب⁹⁸، وهذا استناداً للمادة 64 من قانون التسجيل الجزائري رقم 76_105⁹⁹، والتي نصت على أنه : (إن الوصايا المودعة لدى الموثقين، أو التي يستلمونها، تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين، بناءً على طلب الورثة الموصى لهم، أو منفذي الوصايا) .

ب_ **الشهر العقاري**: شهر الوصية يتم عقب وفاة الموصي، باعتبارها تصرف مضاف لما بعد الموت ومع أن المشرع الجزائري لم ينص صراحةً على وجوب شهرها، إلا أن ذلك لا ينفي ضرورة هذا الشهر، وذلك لكون محل الوصية عقار، ويترتب عن هذا الشهر العقاري انتقال الملكية من الموصي إلى الموصى له، باعتباره الإجراء الختامي، الذي يكتسب الموصى له بموجبه ملكية العقار بصورة نهائية¹⁰⁰.

2_ إثبات الوصية بحكم قضائي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب محرر رسمي، لكن كاستثناء يمكن إثباته بموجب حكم قضائي، وذلك في حالة حدوث مانع قاهر، والقاضي في هذه الحالة في إطار دعوى إثبات الوصية المرفوعة أمامه، ملزم بالتحقق من مدى جدية المانع القاهر، والتأكد من وجوده فعلياً¹⁰¹ وفي حال ثبوت هذا المانع القاهر كمرض الموصي، أثناء تعبيره لإرادته في الإيصاء، لفائدة

97_ ذبيح سفيان، <إثبات الوصية وإجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري>، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 01، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2022، ص 90_91.

98_ بلال بوزيان، مرجع سابق، ص 33.

99_ الأمر 76_105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل العقاري، ج ر ج ج العدد 81، الصادر في 18 ديسمبر 1976.

100_ ذبيح سفيان، مرجع سابق، ص 91 .

101_ دريالي حكيم، مرجع سابق، ص 32 .

الموصى له مما يعيقه عن الانتقال إلى مكتب الموثق، لتحرير عقد بذلك، في هذه الحالة يمكن إثبات الوصية بموجب حكم قضائي، وهذا ما نصت عليه المادة 191 من ق أ ج.

هذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 413209 الصادر في 2008، ومضمون مبدئه : (يمكن في حالة وجود مانع قاهر، إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات)¹⁰².

يتمحور إشكال هذا القرار في أنه قامت الطاعة (ف.ن) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة الحراش والذي قضى برفض دعوى الطاعة لعدم التأسيس.

ذكرت الطاعة في هذا الطعن، أنه تم مخالفة المادة 191 من ق أ ج، بدعوى أن هذا القرار استبعد إمكانية إثبات الوصية عن طريق القضاء عند حدوث مانع قاهر، والذي يسبب عدم استطاعة الموصي أن يقوم بإعداد وصيته أمام الموثق، والطاعة استطاعت أمام المحكمة والمجلس تلبية جميع الشروط، من وجود وصية شفوية، وإثبات المانع القاهر، وتقديم عقد الملكية والمانع القاهر في هذه القضية هو الوفاة المفاجئ للموصية، وقدمت شهوداً أمام المحكمة لإثبات ذلك.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى القرار، أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الوصية الشفوية، التي تطالب الطاعة لإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة، لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي، والتصريح بها أمام الموثق، وهذا التسبب خاطئ ومخالف لنص المادة 2/191 من ق أ ج، والتي تنص على أنه تثبت الوصية بحكم في حالة وجود مانع قاهر، ويمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس.

المبحث الثاني: الوقف على ضوء الاجتهاد القضائي

الوقف من التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد، وقد تثار بعض النزاعات في بعض المسائل المتعلقة به، والتي يحسمها الاجتهاد القضائي، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث

101_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 413209، المؤرخ في 16 جانفي 2008، قضية (ق.ن) ضد النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص303.

حيث سنتناول الإطار المفاهيمي للوقف (المطلب الأول)، وسنتناول اجتهادات المحكمة العليا في الوقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالوقف

سنتطرق في هذا المطلب إلى الإطار المفاهيمي للوقف، حيث سنقوم بتعريفه لغةً، شرعاً وقانوناً، مع تبيان أهم خصائصه (الفرع الأول)، ثم سنبين أركان الوقف (الفرع الثاني) ، وأخيراً سنتناول أنواعه (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : المقصود بالوقف

أولاً : تعريف الوقف

1_ تعريف الوقف لغةً

الحبس هو كل شيء وقفه صاحبه، مما يجعله لا يورث ولا يباع، مثل المتاع أو العقار¹⁰³ وكلمة الوقف هي كلمة مشتقة من كلمة وقف، ومنه وقفت الدابة، حيث يقال وقف الشيء أو أوقفه، وحبسه وأحبسه والوقوف خلاف الجلوس¹⁰⁴.

2_ تعريف الوقف شرعاً

عرف فقهاء الشريعة وتحديدًا المذهب المالكي الوقف بأنه: (حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم بربعها على جهات البر)¹⁰⁵، ويعتبر الوقف باباً من أبواب الخير والتقرب إلى الله تعالى، لهذا فهو جائز شرعاً، حيث قال الله تعالى: { لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ وَالْخَيْرَ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ }¹⁰⁶.

103_ علي بن هادية وبلحسن البلبيش والجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب معجم عربي مدرسي ألبائي، ط 7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 141هـ-1991م، ص 270.

104_ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2015، ص 4342.

105_ أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 153.

106_ سورة آل عمران، الآية 92.

3_ تعريف الوقف قانوناً

عرفت المادة 213 من ق أ ج الوقف بأنه: (هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد أو التصديق)، كما تناوله القانون رقم 90_25 المتضمن قانون التوجيه العقاري¹⁰⁷ في المادة 31 بأنه: (الأموال الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته، ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية، أو جمعية ذات منفعة عامة)، وعرف المشرع الوقف أيضاً من خلال المادة 3 من قانون الأوقاف رقم 91_10 المعدل والمتمم¹⁰⁸ كما يلي: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد، والتصرف بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير).

ثانياً: خصائص الوقف

بالرجوع إلى قانون الأوقاف رقم 91_10، والمرسوم التنفيذي رقم 98_381¹⁰⁹ المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، يتبين لنا أنه للوقف عدة خصائص منها:

1_ الوقف عقد تبرعي وحق عيني: يعتبر الوقف تصرفاً تبرعياً، إذ ينتقل بموجبه حق الانتفاع بالعين الموقوفة، من الواقف لفائدة الموقوف عليه، دون عوض، تقرباً إلى الله تعالى، وإحساناً للغير، ويعتبر حقاً عينياً لأنه لا ينصب إلا على حق الملكية، ويكتسب الموقوف عليه بموجبه حق الانتفاع بمحل الوقف، لكن مع احترام إرادة الواقف¹¹⁰.

107_ القانون رقم 90_25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر ج ج العدد 55، الصادر في 02 ديسمبر 1991.

108_ القانون رقم 91_10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر ج ج العدد 21، المؤرخ في 08 ماي 1991، معدل ومتمم.

109_ المرسوم التنفيذي 98_381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر ج ج العدد 90، المؤرخ 02 ديسمبر 1998.

110_ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2013، 50_51.

2_ الوقف آلية تكافلية: الوقف هو تبرع تعم منفعته كل أفراد المجتمع دون أي تمييز ديني، إذ قد ينصب الوقف على المسلم وغير المسلم، ، مما يؤدي إلى تحقيق مبدأ التكافل الاجتماعي بين الناس، وهذا يدل على حرص الإسلام على العناية بغير المسلمين¹¹¹.

3_ الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية: يتميز الوقف بأنه يخرج المال الموقوف، من ملكية الواقف، دون أن يؤول إلى ملك أحد، بل يظل محبوساً على حكم الله تعالى، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 5 من القانون 91_10 المتعلق بالأوقاف، حيث أقر صراحةً بتمتع الوقف بالشخصية المعنوية من جهة، وعلى حرص الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها من جهة أخرى¹¹².

الفرع الثاني: أركان الوقف

حتى ينعقد الوقف صحيحاً يجب أن تتوافر فيه كل أركانه، حيث سنتناولها مع التطرق لشروط كل ركن كما يلي:

أولاً: الواقف

الواقف هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوقف بإرادته المنفردة، حيث يقوم بحبس المال محل الوقف، وتسبيل منفعته للموقوف عليهم، ابتغاء لمرضاة الله تعالى، ويشترط فيه أن يكون مالاً للعين الموقوفة وقت إنشاء الوقف، أن يكون بالغاً، حيث لا يصح وقف الصبي غير المميز، وأن يكون عاقلاً، فلا يعتد بوقف المجنون، وأن يكون أهلاً للتبرع، بحيث لا يكون غير محجور عليه لسفه أو لغفلة¹¹³.

111_ موساوي كريمة وأورزيق نادية، إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية تخصص : قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 17.

112_ حميدة محمد، أحكام الوقف في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة ضمن متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص : أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2015_2018، ص 16.

113_ أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 163_164.

ثانيًا: العين الموقوفة

تعرف العين الموقوفة بأنها الشيء الموقوف المراد تحبيسه عن التملك، وتخصيص منفعة للتبرع، سواء كانت في صورة عقار، منقول، أو منفعة، ويشترط فيها أن يكون مالاً متقومًا، فلا يجوز أن يرد الوقف على محل محرم شرعاً أو مخالفاً للقانون، وأن يكون معلوماً، وذلك حتى لا يشوبه غموض يؤدي إلى حدوث نزاع، وأن يكون الموقوف مفرزاً، أي ألا يكون شائعاً في غيره¹¹⁴.

ثالثًا: الموقوف عليه

الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، والذي يستحق أن يكتسب حق الانتفاع بالعين الموقوفة، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويشترط فيه أن يكون جهة بر، حيث يكون بقصد التصديق تقريباً إلى الله تعالى، كالمستشفيات والمدارس، وألا يكون جهة معصية، مثل الكنائس وأندية القمار¹¹⁵.

رابعًا: الصيغة

الصيغة هي العبارة التي يصدرها الواقف، تعبيراً عن إرادته في الوقف، وقد ترد على شكل أو قد يقوم مقامها ما يدل عنها، ولا تكون هذه الصيغة صحيحة إلا إذا توافرت فيها شروط معينة منها أن تكون الصيغة منجزة، أي تدل على إنشاء الوقف، وترتيب آثاره في الحال من جهة، وبوجه مؤبد من جهة أخرى، وألا تكون مقترنة بشرط باطل، يتنافى مع الهدف من الوقف ومع مقاصده الشرعية¹¹⁶.

114_ رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 494_495_487.

115_ حواش حبيب وعبد الرحمان البشير، استرداد الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص : قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022_2023 ص 21_22.

116_ محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999، ص 249_251.

الفرع الثالث: أنواع الوقف

ينقسم الوقف إلى نوعين، وهما الوقف الخاص أو ما يسمى أيضا بالوقف الأهلي، والوقف العام أو ما يسمى بالوقف الخيري.

أولاً : الوقف الخاص

يعرف الوقف الخاص بأنه ما يحبسه الواقف، ويخصه لنفسه أو لذريته من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم بعد انقطاع الموقوف عليهم، أو وفاة الواقف إذا كان قد خصه لنفسه، ينتقل الوقف إلى جهة البر التي يعينها الواقف¹¹⁷.

ثانياً: الوقف العام

هو ما يصرف فيه الربح أو العائد في البداية، على جهة من جهات البر والإحسان، مثل مسجد أو مستشفى، حتى لو كان ذلك لمدة محددة، بعدها يؤول استحقاق هذا الوقف إلى شخص معين، أو عدة أشخاص معينين، وذلك بهدف المساهمة في سبل البر والخير¹¹⁸.

لكن بعد تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون رقم 25_06¹¹⁹، نجد أن المادة 6 منه صنف الوقف إلى 3 أنواع وهم: الوقف الخاص، الوقف العام، الوقف المشترك بينهم، ويقصد بالوقف المشترك ذلك الوقف الذي خصت منافعه لجهتين، أي جهة البر وجهة الذرية معاً¹²⁰.

المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الوقف

بعدما تناولنا في المطلب الأول تعريف الوقف وأهم خصائصه، و تطرقنا إلى أركان الوقف وأنواعه، سوف نبين في هذا المطلب الاجتهاد القضائي في الرجوع عن الوقف (الفرع الأول) والاجتهاد القضائي في تقادم الوقف (الفرع الثاني)، وأخيراً الاجتهاد القضائي في التصرف في الوقف، وفي انقضائه (الفرع الثالث).

117_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 99.

118_ أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ص 240.

119_ القانون رقم 25_06 المؤرخ في 19 جويلية 2025، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج ج العدد 47، المؤرخ سنة 2025 .

120_ حميدة محمد، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في الرجوع عن الوقف

من بين خصائص الوقف أنه عقد لازم ومؤبد بمجرد تمامه، وهذا حسب المادة 213 من ق أ ج التي نصت على أنه: (الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص، على وجه التأبد والتصدق)، وعليه فالوقف مؤبد مما يجعله لا يمكن التراجع عنه، وهذا طبقاً لما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 692342 الصادر في 2011، والذي كان مبدئه: (لا يجوز التراجع عن الوقف الصحيح باعتباره صدقة مؤبدة)¹²¹.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام الطاعنة (س.ك) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سيدي أمحمد، والقضاء من جديد برفض الدعوى موضوعاً لعدم التأسيس، حيث رفعت الطاعنة دعوى أمام محكمة سيدي أمحمد، مطالبةً بإلغاء العقد المتضمن إبطال الحبس، لعدم إدراج المحبس لشرط صريح في مضمون عقد الحبس، يتضمن الحق في الإبطال، فيما أجاب المدعي عليهم طالبين رفض الدعوى، كون المحبسة اشترطت في الحبس، التبديل والتغيير والبيع عند الاحتياج، مما أدى بها إلى إبطال رسم الحبس، ومن جهتها أجابت المدخلة في الخصام وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مطالبةً نفس المطالب التي تطالب بها المدعية، اعتماداً على أن الحبس تصرف نهائي غير قابل للتراجع، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم القاضي بعدم قبول الدعوى شكلاً، لعدم استيفائها لشرط الرسوم.

أثارت الطاعنة وجهين للطعن، وسنذكر وجه واحد لعلاقته بموضوعنا وهو:

ـ انعدام الأساس القانوني: بدعوى أن قضاة الموضوع أبدوا نقصاً في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وبالأخص أحكام التراجع عن الوقف، واكتفوا بالقول أن الحبس حرر وفقاً للمذهب الحنفي، واعتبر القضاة أن الإمام أبو يوسف يجيز التراجع عن عقد الوقف، مثله مثل الإمام أبو حنيفة، وأنه هناك خلاف جوهري فيما يتعلق بالوقف بين الإمامين المذكورين، فالأول يرى صحة الوقف ولزومه، في حين أن الإمام أبا حنيفة يرى بجواز الرجوع عن الحبس حال حياة الواقف، أي

121_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 692342، المؤرخ في 14 جويلية 2011، قضية (س.ك) ضد ورثة المرحوم (ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 302.

عكس ما صرح به قضاة المجلس، وبما أن هذا الحبس تم وفقاً لسائر الأئمة، فإنه لا يجوز التراجع عنه.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة المجلس اعتمدوا في قرارهم، أن الحابسة اختارت المذهب الحنفي، وبالتحديد رأي الإمام أبو يوسف الذي يجيز التراجع عن الوقف، كما استندوا في حيثيات قرارهم على عبارة التبديل والتغيير، وأكدوا أنها تشمل عند الفقهاء الإدخال والإخراج والحرمان في أنصبة المستحقين، وأن الإخراج هو جعل المستحق غير محبس عليه، مما يفيد حق التراجع عن الحبس، وأنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يتبين أن الوقف في حالة صحته يصبح لازماً عند الفقهاء الثلاثة، ولا يجوز للواقف الرجوع عنه، أما فقهاء الحنفية يرون أن عقد الوقف غير لازم ويجوز الرجوع عنه، أما صاحبه يوسف الذي قلده المحبسة، فإنه خلاف ما جاء به القرار يرى بلزوم الوقف، بعد أن تراجع عما كان يذهب إليه من رأي إمامه بعدم اللزوم، فضلاً عن ذلك فإنه ما ورد في عقد الحبس عن اشتراط المحبسة لنفسها لشرط التبديل، الذي أعتمد عليه المجلس كسبب ثاني لجواز التراجع عن الوقف، فإنه طالما أن الحبس وجد مستوفياً لشروطه وأركانه، أصبح لازماً ولو اشترط ذلك في عقد الحبس، لذلك قضاة المجلس عرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني، ويعتبر هذا الوجه سديداً.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في تقادم الوقف

نصت المادة 3 من القانون رقم 91_10 على أنه: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق، بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)، ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أكد صراحةً على لزوم شرط التأييد لقيام الوقف بنوعيه وبناءً على ذلك فإنه لا يعتد بالتقادم لاكتساب الأملاك الوقفية، ولا يصح اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب¹²²، خصوصاً أن القانون المدني نص على إجراءات اكتساب الملكية العقارية بالتقادم، والتي استثنى منها الأملاك الوطنية، والتي يندرج من ضمنها الوقف، إذ أنه يعتبر من

122_ خلفوني مجيد، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 44.

الأملاك الوطنية المكتسبة عن طريق التبرع¹²³، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم 1345727 الصادر في 2020، ومضمون مبدئه: (لا تطبق أحكام التقادم على الوقف)¹²⁴.

يتعلق إشكال هذا القرار بقيام الطاعنين (ب.أ) و(ب.ف) بالطعن بطريق النقض، ضد مجلس قضاء الجزائر، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بعدم قبول الدعوى الأصلية لسقوطها بالتقادم، حيث يستخلص من الوقائع والإجراءات في الدعوى، أنه رفع الطاعنين دعوى للمطالبة ببطان عقد الحبس، لمخالفته القانون ومقاصد الشريعة، وعند الفصل في القضية قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم التأسيس .

أثار الطاعنان وجهًا وحيثًا للطعن ويتكون من فرعين :

أ- **مخالفة القانون:** بدعوى أن القضاة خالفوا القانون عندما قرروا عدم قبول الدعوى لسقوطها بالتقادم، في حين أنه كان تطبيق مبدأ لا تقادم في الوقف، المنصوص عليه في ق أ ج، فضلًا عن ذلك فإن الطاعنين لم يعلموا بعقد الحبس، إلا عند رفع دعوى القسمة، ومن ثم لا يسري التقادم في حقهم، إلا من يوم هذا التاريخ.

ردت المحكمة العليا عن هذا الوجه بأنه ما ينعاه الطاعنان صحيح، ذلك أن عقد الحبس المحرر عقد التزام بتبرع صادر عن إرادة منفردة، أي عقد خاص تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية قبل صدور قانون الأوقاف، ومن ثم لا يمكن تطبيق أحكام التقادم المنصوص عليها في ق م ج كما فعل قضاة المجلس.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في التصرف في الوقف، وفي انتهائه

أولاً: الاجتهاد القضائي في التصرف في الوقف

لقد نص المشرع الجزائري صراحةً على عدم جواز التصرف في العين الموقوفة، وهذا طبقاً للمادة 17 من القانون 91_10 المتعلق بالأوقاف، والتي نصت أنه: (إذا صح الوقف زال حق

123_ بن صغير محفوظ، <نظام الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري>>، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية

العدد 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2015، ص 95.

124_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والميراث، القرار رقم 1345727، المؤرخ في 07 أكتوبر 2020، قضية

(ب.أ) و (ب.ف) ضد (ب.ز) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2020، ص 85.

ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه)، ونصت أيضاً المادة 18 من نفس القانون أنه: (ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين، وحقه حق انتفاع لا حق ملكية)، إذن من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري أقر للموقوف عليه حق الانتفاع دون حق التصرف، مما يمنعه من التصرف في العين الموقوفة، ولا بأي شكل من أشكال التصرف، كالبيع، الهبة، أو التنازل عنه¹²⁵، وقد صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا في مسألة التصرف في الوقف قبل تعديل ق أ ج وبعد التعديل صدر القرار رقم 636028 الصادر في 2011، وفق المبدأ الآتي: (لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)¹²⁶.

يتمثل إشكال هذا القرار في قيام (ق.م) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة العزازقة، والذي قضى بعدم قبول دعوى المطعون ضدهما، الذين التمسوا طرد خصميهما من القطعة الأرضية على أساس أنها محبسة، والقضاء من جديد بالمصادقة على تقرير الخبير المؤرخ في 2007/09/02، وبالنتيجة طرد المستأنف عليه الطاعن من القطعة الأرضية محل عقد الحبس.

أثار الطاعن في طلبه ثلاثة أوجه للطعن، نذكر منها:

أ_ **مخالفة القانون الداخلي:** حيث أن عقد الحبس المستظهر به، من طرف المطعون ضدهما قد تم وفقاً لأحكام المذهب الحنفي سنة 1964، الذي يعطي للحابس حرية التصرف في العين الموقوفة طول حياته، وفي دعوى أن الحابسة قامت برهن القطعة الأرضية محل النزاع، وتم شفعها من طرف الطاعن ولذا يعتبر تصرفها مشروعاً، ولا يمكن تطبيق قانون الأوقاف لسنة 1991 لعدم رجعيته.

125_ بن يحيى فاطمة الزهراء، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون عام

الملحقة الجامعية مغنية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015_2016، ص 76.

126_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية ، القرار رقم 636028 ، المؤرخ في 10 مارس 2011، قضية (ق م) ضد (ع.م)

ومن معه، مجلة محكمة العليا، العدد الثاني، ص 156.

بـ انعدام الأساس القانوني: حيث أنه يسقط الحق بمرور 15 سنة، الذي ينطبق على جميع العقود بما فيها عقد الحبس، طبقاً للمادة 102 من ق م ج، من حيث إن الحابسة تصرفت في الأرض برهنها، وثم اكتسبها الطاعن سنة 1971، ثم توفيت سنة 1986، إلا أنه تم تفسير دفع الطاعن بصفة معاكسة.

ردت المحكمة العليا على هذا الوجه، بأنه دفع الطاعن أن والدته المطعون ضدهما، قد تصرفت حال حياتها بموجب عقد، لشخص بدوره تصرف بالبيع لصالح الطاعن الذي اكتسب هذه الأرض وشيد مسكناً عليها، وحيث أن القضاة عندما أبطلوا وصادقوا على تقرير الخبير، وطرد الطاعن من العين الموقوفة، لفائدة المطعون ضدهما، على أساس أن عقد الحبس حرر على المذهب الحنفي والذي يجيز للواقفة التصرف، بالبيع أو الرهن للأموال العقارية محل العقد، وأبطلوا الشرط المخالف لذلك، هم لم يحسنوا تطبيق قانون الأوقاف، وحيث أنه تنص المادة 15 منه أنه يجوز للأوقاف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، لكن لا يجوز له المساس بأركان الوقف طبقاً للمادة 23، أي يمنع التصرف بأصل الملك بأية صفة من صفات التصرف سواء البيع، الهبة، التنازل، أو غيرها، وتصرف الواقفة لفائدة الغير للوقف قد مس بجوهره، ولا يعتبر شرطاً من عقد الحبس، بخلاف ما جاء في التسبيب وهذا التصرف أبطل الوقف.

ثانياً: الاجتهاد القضائي في انتهاء الوقف

يقصد بانتهاء الوقف زواله وذهاب كل معالمه، وقد اختلفت أقوال الفقهاء في مسألة انتهائه وسوف نبرز مواقفهم كما يلي:

ـ عند الحنفية: >> من صور انتهاء الوقف عودة الموقوف إلى ملك الواقف، سواء أكان ذلك بسبب تعطل الموقوف، أو تخريبه، أو عدم صلاحيته للانتفاع به <<، وعند الشافعية: >> كان ذلك بسبب الوقف على جهةٍ تنقطع <<¹²⁷.

127_ صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 44، ط 2، د د ن، الكويت، من

1404 هـ إلى 1427 هـ، ص 222.

_عند الحنابلة: >> أن يعلق الواقف انتهاء وقفه على شرط، نحو قوله: داري وقف إلى سنة << وعند المالكية: >> يشترط الواقف عند وقفه، أن يكون لمدة معلومة، أو إلى أجل مجهول، فإذا انتهت المدة المشروطة، انتهى الوقف <<¹²⁸.

إذن من خلال أقوال الفقهاء فإنه في حالة حدوث الحالات المذكورة أعلاه فإن الوقف ينتهي، أو ينقضي، أو يعود ملكاً قابلاً للتداول والانتقال، ويصح بيعه وهبته¹²⁹، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 1114020 الصادر في 2018، والذي كان مضمونه ما يلي: (إذا تم الوقف وفقاً للمذهب الحنفي، فإن تصرف الواقف في المال الموقوف، يؤدي إلى انقضاء الوقف)¹³⁰.

يدور إشكال هذا القرار حول قيام الطاعن (ل.أ) بالطعن بطريق النقض، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة، القاضي بتأييد الحكم المستأنف فيه، الصادر عن محكمة قسنطينة الذي قضى برفض الدعوى لعدم تأسيسها.

أثار الطاعن في طعنه أربعة أوجه للطعن منها:

أ_ قصور التسبيب: بدعوى أنه سبق له أن دفع بكون عقد حبس مازال قائماً، مادام لم يكن موضوع أي دعوى إبطال مستقلة، إلا أن قضاة الموضوع لم يردوا على هذا الدفع.

ب_ انعدام الأساس القانوني: بدعوى أن قضاة الموضوع أسسوا ما قضوا به على ذكر بعض المذاهب، دون ذكر أي نص قانوني قد استندوا إليه، لاستبعاد عقد الحبس لصالح الشهادة التوثيقية.

ردت المحكمة العليا على هذه الأوجه المثارة أنه بالرجوع إلى القرار محل الطعن، يتبين أنه المحبسين أسسا حبسهما وفقاً للمذهب الحنفي، وأكدوا على إمكانية التراجع عنه بالتبديل، التغيير الإدخال الإخراج، الزيادة، والنقصان، على أن يتم ذلك برسم شرعي، وقد ثبت في الشهادة التوثيقية

128_ إعداد الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج 3، ط 1، د د ن، الكويت، 1439هـ_2017م، ص 271.

129_ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 113_114.

130_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 114020، المؤرخ في 17 ماي 2017، قضية (ل.م) ضد (ب.ح) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2018، ص 66.

في باب تعيين العقار، أنه قام المحبسین بالتصرف في أجزاء من العقار المحبس بالبيع، بالتالي قد تحققت الشروط التي احتفظا بها لنفسيهما بها، لهذا يكونا قد تراجعوا عن الحبس الذي أبرماه، وأمام ثبوت هذا التراجع، فإن الشهادة التوثيقية محل طلب الانتقال، تكون قد نقلت إلى المستأنف والمستأنف عليهما العقار المملوك ل (ل.ع) بصفتهم ورثة له، وبذلك يكونوا قد سببوا ما قضوا به بما فيه الكفاية، وطبقوا مضمون عقد الحبس نفسه، وأحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مما يجعل الأوجه المثارة غير مؤسدة، ويتعين رفضها ومعها رفض الطعن.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلاً، ورفضه موضوعاً.

تعتبر الوصية والوقف من التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد، ويقصد بالوصية أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بنية التبرع، وتتميز بأنها تصرف تبرعي، وناقل الملكية، ويصدر من جانب واحد، وتقوم على أركان محددة، والمتمثلة في الموصي، والذي يشترط فيه أن يكون سليم العقل، وبالغ راشد، ويتوفر فيه عنصر الرضا، والموصى له، ويجب أن يكون موجوداً، وأهلاً للملك، وألا يكون جهة معصية، أو قاتلاً للموصي، والموصى به، ويشترط فيه أن يكون مالاً قابلاً للتوارث والتمليك وموجوداً ومتقوماً، وألا يزيد عن الثلث، وآخر ركن وهو الصيغة، ويتطلب أن تكون بلفظ يدل على الوصية، وأن يكون قبولها بعد وفاة الموصي، سواء صراحةً أو ضمناً، وتتعدد أنواع الوصية فقد تكون وصية للحامل، أو وصية لوارث مع الاحتفاظ بالحياة، وقد تكون وصية مدين، أو وصية مريض مرض الموت، وقد تناول الاجتهاد القضائي وبالأخص المحكمة العليا عدة مسائل متعلقة بالوصية في قراراتها، منها أنها أجازت الوصية للولد المكفول به، والوصية مع اختلاف الدين، أما تحرير الوصية فيكون أمام الموثق لكن كوسيلة للإثبات، ليس كركن لها، أما فيما يتعلق بشهرها فإنه ليس شرطاً حيث يمكن شهرها بعد وفاة الموصي، ويمكن إثباتها بطريقتين إما بسند رسمي محرر عند الموثق، أو بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر، أما الوقف وهو النموذج الثاني للتصرفات التبرعية من جانب واحد، فيقصد به حبس المال عن التملك على وجه التأبيد، ويتميز بأنه عقد تبرعي وحق عيني، وأنه آلية تكافلية، وأنه يتمتع بالشخصية المعنوية أما أركانه فتتمثل في الواقف، العين الموقوفة، الموقوف عليه، والصيغة، وتتمثل أنواع الوقف في نوعين وهما الوقف العام، والوقف الخاص، وبعد التعديل أضاف المشرع نوع آخر، وهو الوقف المشترك، وقد أصدر الاجتهاد القضائي وتحديداً المحكمة العليا، عدة قرارات في مسائل الوقف فمثلاً فيما يخص التراجع عن الوقف، فإنه أكد عدم جوازه، مع عدم جواز التقادم فيه، أما التصرف في الوقف فإن جوازه من عدمه يختلف حسب المذاهب الفقهية، فالمذهب المالكي والشافعي والحنبلي لا يجيزون التصرف في الوقف، باستثناء المذهب الحنفي، الذي أجازته في حالة الاشتراط لكن هذا التصرف يؤدي إلى انتهاء الوقف، وهذا ما أقرته اجتهادات المحكمة العليا، مستندةً إلى أحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة

في ختام الدراسة يمكن استخلاص أن عقود التبرعات تعد من التصرفات القانونية التي تقوم على أساس التبرع دون مقابل، والتي نظمها المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة في باب التبرعات، غير أن الاجتهاد القضائي كان له دور مهم وبارز، في المساهمة في تفسير هذه الأحكام، وتكييفها مع الواقع العملي، حيث ساهم في توضيح عدة أحكام ونصوص قانونية، وامتد دوره إلى معالجة بعض الفراغات التشريعية ورفع الغموض عنها.

ومن خلال البحث والدراسة في هذا الموضوع توصلنا إلى النتائج الآتية:

_ الهبة هي تملك بلا عوض، والوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، أما الوقف فهو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبير والتصدق.

_ عقد الهبة لا يتحقق إلا بتطابق الإيجاب والقبول على عكس الوصية والوقف، فالوصية تصبح نافذة بعد وفاة الموصي مع إمكانية قبول الموصى له بعدها، والوقف هو تصرف لازم بمجرد صدوره من الواقف.

_ اشترط المشرع الجزائري إفراغ الهبة في قالب شكلي مع حضور شاهدين، وأن تتم بالحيازة، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي.

_ اتفق التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي على إجازة عدة أنواع للهبة، مثل الهبة المباشرة، الهبة المعلقة على شرط، الهبة النافذة بعد وفاة الواهب، والهبة لضمان قرض أو قضاء دين، لكن هذا النوع الأخير يشترط فيه ألا يكون بهدف الإضرار بالدائن إذا كان الواهب مدينًا.

_ حدد المشرع الجزائري الجهة المخولة للرجوع عن الهبة، وهما الأبوين فقط في هبتهما لأولادها ولا يجوز للزوجين أو الأجداد أو الورثة ذلك.

_ نص المشرع الجزائري على الحالات المستثناة التي لا يجوز للأبوين الرجوع عن الهبة فيها والمتمثلة في زواج الابن الموهوب له، هبة الأب للابن مالا بقصد ضمان قرض أو قضاء دين تصرف الموهوب له في محل الهبة.

_ توجد حالة أخرى لم يدرجها المشرع الجزائري في موانع الرجوع عن الهبة، لكن أقرها الاجتهاد القضائي استنادًا إلى المذهب المالكي، وهي حالة وفاة الفرع الموهوب له.

يمكن أن ترد الوصية على عدة صور وأشكال، حيث يمكن أن تكون على شكل وصية للحامل وصية لوارث مع الاحتفاظ بالحياة، كما يمكن أن تكون وصية من طرف موصي مدين، أو موصي مريض مرض الموت.

أقر كل من التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي مشروعية الوصية للولد المكفول به، والوصية مع اختلاف الدين.

أوجب المشرع تحرير الوصية أمام الموثق، لكن كوسيلة للإثبات فقط ليس كركن للانعقاد، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أيضاً.

لم ينص المشرع الجزائري على وجوب شهر الوصية، لكن بعد وفاة الموصي، يمكن إتمام إجراءات الشهر، لانتقال المال الموصى به للموصى له، وهذا ما أقره كذلك الاجتهاد القضائي.

تثبت الوصية بتحريرها أمام الموثق، لكن في حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بموجب حكم قضائي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري، وأكدته الاجتهاد القضائي.

أقر كل من المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي، عدم جواز الرجوع عن الوقف، كونه يعد عقد لازماً ومؤبداً.

لا يجوز التقادم في الوقف، وهذا ما اتفق عليه المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي .

إذا تم إنشاء الوقف وفقاً للمذهب الحنفي، وتم إدراج شرط الرجوع عنه فيه، يجوز للواقف الرجوع عن هذا الوقف، وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي.

التوصيات

عدم إدراج المشرع لحالة موت الفرع الموهوب له ضمن موانع الرجوع عن الهبة، لهذا نقترح إضافتها إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 211 من ق أ ج.

لم ينص المشرع على شهر الوصية، لهذا نقترح إضافة مادة خاصة بالشهر في قانون الأسرة الجزائري وذلك حمايةً لحقوق الموصي.

المشرع الجزائري قيد الوصية بشرط ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي، لكن لم يوضح نوع القتل.

نوصي المشرع بإدراج نص يحمي الموصى له حسن النية من الورثة المتحايلين.

_ ضرورة بيان طرق الرجوع في الوصية.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا : الكتب

- 1_أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 6، ط 2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1392هـ-1972م.
- 2_أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1988.
- 3_أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997.
- 4_ _____، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 5_أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث في التشريع الإسلامي الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 6_أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية 2000.
- 7_إعداد الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج3، ط1، د د ن، الكويت 1439هـ-2017م.
- 8_إلياس ناصيف، الوصية لغير المسلمين، ج 1، د د ن ، د ب ن، 2003.
- 9_ _____، موسوعة العقود المدنية والتجارية عقد الهبة، ج11، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2006 .
- 10_بدران أبو العينين بدران، الحقوق المتعلقة بالتركة الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2009.
- 11_بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 12_جرادة لخضر، الوصية في قانون الأسرة الجزائري والتبرع بالأعضاء البشرية، ط1، ألفا للوثائق للنشر والتوزيع، الجزائر، 2022.

- 13_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014 .
- 14_ حمدي كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 15_ خلفوني مجيد، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 16_ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 17_ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 18_ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود (عقد الهبة)، ج 8، د د ن، لبنان، د ب ن .
- 19_ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف) ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 20_ صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 44، ط 2، د د ن، الكويت، من 1404هـ إلى 1427هـ.
- 21_ عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، ج5 ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 22_ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ_2003م .
- 23_ علي بن هادية و بلحسن البليش و الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب معجم عربي مدرسي ألباني، ط 7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1411هـ_1991م.
- 24_ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.
- 25_ محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.
- 26_ محمد يونس عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2008.

- 27_محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 3، دار الفضيلة القاهرة، 1999،
- 28_مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 29_مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ج 6، ط4، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1413هـ_1992م.
- 30_منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- 31_نزيه نعيم شلالة، دعوى الهبة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 32_وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ط 4، دار الفكر، دمشق 1416هـ_1997م.
- ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية**
- أ_رسالة الدكتوراه**
- _عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016_2017.
- ب_رسالة الماجستير**
- _محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً للحصول على درجة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2010.
- ج_مذكرات الماستر**
- 1_يادي أميرة ومزعاش خولة، الرجوع عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016_2017.

- 2_ يكاى محفوظ بن عيسى و بهدي زوهير بن ناصر، عقد الوصية الناقل للملكية العقارية، مذكرة مكملة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق، تخصص: قانون عقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2017_2018.
- 3_ بن عبد القادر رحمة، أحكام الوصية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2012_2013.
- 4_ بن يحيى فاطمة الزهراء، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون عام، الملحق الجامعية مغنية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015_2016.
- 5_ بوزيان بلال، الوصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016_2017.
- 6_ بوبكر الشرنه، الحيازة في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية، الجزائر، 2020_2021.
- 7_ بوسابر كريمة وحمدى سليمة، أحكام الوصية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص : قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022_2023
- 8_ حمدة ليندة ومرج إيمان، الاجتهاد القضائي في مواد الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2022.
- 9_ حميدة محمد، أحكام الوقف في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة ضمن متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015_2018 .
- 10_ حواش حبيب وعبد الرحمان البشير، استرداد الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022_2023.

- 11_دربالي حكيم، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2014_2015.
- 12_دريبين مريم، أحكام الوصية في تقنين الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة، 2012_2013.
- 13_رقان نواره وولد أعمر جيدة، الوصية على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
- 14_ركابي لامية، أحكام الرجوع في عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020_2021.
- 15_شريف فائزة وراجعي زهيرة، أحكام الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2021_2022.
- 16_عبد مزيام لامية، الوصية في قانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص : القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- 17_قاسي ليلية ومهني ذهبية، عقد الهبة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2019_2020.
- 18_موساوي كريمة وأورزيق نادية، إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

19_منسل فاطمة الزهراء، أحكام رجوع الواهب عن عقد الهبة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، 2018_2019.

ثالثاً : المقالات

1_بن صغير محفوظ، << نظام الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري >>، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2015 ص 78 إلى ص 99.

2_بوبر الرشيد، << الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري >>، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد6، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2016، ص 299 إلى ص 312.

3_بوعزة هداية، << الرجوع في الهبة وآثاره بين الشريعة والقانون >>، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد11، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد الجزائر، 2025، ص 13 إلى ص 22.

4_جبار جميلة، << قراءة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري بين حرفية النص وحتمية التفسير >>، مجلة آفاق علمية، المجلد11، العدد4، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، 2019، ص 336 إلى ص 348.

5_ذبيح سفيان، << إثبات الوصية وإجراءات تثبیت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري >>، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد4، العدد01، جامعة خميس مليانة الجزائر، 2022، ص77 إلى ص 107.

6_شيخ سناء، << شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري >>، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013، ص 173 إلى ص 189.

7_عمارة علي وكاملي مراد، <> الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري <> مجلة الاجتهاد لقضائي، المجلد12، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2020 ص781 إلى ص 798.

8_قديري محمد توفيق، <> الإشكالات التي تثيرها المادة 211 من قانون الاسرة ودور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا للتصدي لها <>، مجلة البحوث الأسرية، المجلد04، ج1، العدد4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، الجزائر، 2012، ص79_89.

9_محمدي خديجة، <> الشرط في الهبة بين التقييد والتعليق <>، حوليات جامعة الجزائر 1، ج3 العدد31، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، د س ن، ص347 إلى ص 365.

ثالثاً : النصوص القانونية

أ_ القوانين التشريعية

1_الأمر رقم 66_156 المؤرخ في 06 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر ج ج العدد 49، المؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم .

2_الأمر 76_105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل العقاري، ج ر ج ج العدد 81، الصادر في 18 سبتمبر 1976 .

3_الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

4_القانون رقم 84_11 المؤرخ في 09 جوان 1984، ج ر ج ج العدد 24، المؤرخ في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج العدد 15، المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

5_القانون رقم 90_25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر ج ج العدد 55، الصادر في 02 ديسمبر 1991.

6_القانون رقم 91_10 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر ج ج العدد 21 المؤرخ في 08 ماي 1991، معدل ومتمم.

قائمة المصادر والمراجع

7_القانون رقم 09_98 المؤرخ في 25 فيفري 2005، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج العدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

8_ القانون رقم 02_06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن قانون التوثيق، ج ر ج ج العدد 15، المؤرخ في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم للقانون 27_88 المؤرخ في 12 جويلية 1988.

9_القانون رقم 06_25 المؤرخ في 19 جويلية 2025، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج ج
العدد 47، المؤرخ سنة 2025.

بـ المراسيم التنظيمية

1_المرسوم 76_63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج العدد 30، المؤرخ في 13 أبريل 1976، معدل ومتمم.

2_المرسوم التنفيذي 381_98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر ج ج العدد 90، المؤرخ 02 ديسمبر 1998.

رابعًا : القرارات القضائية

1_المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 330258، المؤرخ في 18 ماي 2005
قضية (ب.ع) ضد (ب.ع) ومن معه، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.

2_المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية ، القرار رقم 342915، المؤرخ في 13 أبريل 2005
قضية (د.م) ضد فريق (ت)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005.

3_المحمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 307934، المؤرخ في 19 أكتوبر 2005، قضية (أ.ع) ضد (د.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.

4_المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 328682، المؤرخ في 15 فيفري 2006، قضية (ب.ن) ضد (ب.أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.

5_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 367996، المؤرخ في 14 جوان 2006
قضية (ط.ح) ضد (ط.أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.

- 6_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 389338، المؤرخ في 21 نوفمبر 2007، قضية (ب.س) ضد (ب.م)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.
- 7_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 413209 المؤرخ في 16 جانفي 2008، قضية (ق.ن) ضد (النيابة العامة)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.
- 8_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 572205، المؤرخ في 15 جويلية 2010 قضية (ب.أ) ضد (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
- 9_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 554347، المؤرخ في 15 جويلية 2010 قضية (ب.خ) ضد (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
- 10_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 577191، المؤرخ في 16 سبتمبر 2010 قضية (د.ع) ضد (ك.م)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
- 11_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والميراث، القرار رقم 581896، المؤرخ في 09 ديسمبر 2010، قضية (ب.ف) ضد ورثة (ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
- 12_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 636028، المؤرخ في 10 مارس 2011 قضية (ق.م) ضد (ع.م) ومن معه، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011.
- 13_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 613091، المؤرخ في 10 مارس 2011 قضية (غ. أ) ضد ورثة (غ.ر)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011.
- 14_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 620402، المؤرخ في 12 ماي 2011، قضية (ب.م) ضد أرملة (ب.ب) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2011.
- 15_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 665688، المؤرخ في 14 جويلية 2011 قضية (ب.ف) ضد ورثة (ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011 .
- 16_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 692342، المؤرخ في 14 جويلية 2011 قضية (س.ك) ضد ورثة المرحوم (ب.ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011 .
- 17_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 702225، المؤرخ في 15 مارس 2012، قضية (م) ضد (ب.م)، مجلة المحكم العليا، العدد الثاني، 2012.

- 18_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 692316، المؤرخ في 14 جوان 2012 قضية ورثة (ق.ح) ضد (ز.ه)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012.
- 19_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 072584 المؤرخ في 09 ماي 2013 قضية (ب) المولودة (ب.ر) ضد النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2014.
- 20_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 0799759، المؤرخ في 13 نوفمبر 2013 قضية (ب.ن) ضد (ن.م) و (ب.ر)، المجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013.
- 21_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 0854885، المؤرخ في 15 ماي 2014 قضية (ف.م) ضد (ف.ب)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2015.
- 22_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 0985866، المؤرخ في 12 ماي 2016، قضية (ل.م) ضد (ل.م.و)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016.
- 23_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 1043985، المؤرخ في 19 ماي 2016 قضية (م.ر) ضد (م.ن)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016.
- 24_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 2003697، المؤرخ في 07 سبتمبر 2016، قضية ورثة (ق.خ) ضد (ل.ب)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016.
- 25_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 1137814، المؤرخ في 21 سبتمبر 2016 قضية (ص.د) ضد ورثة (ص.ف) ومن معهم، مجلة المحكم العليا، العدد الثاني، 2016.
- 26_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 1043542، المؤرخ في 04 جانفي 2017، قضية (ت.ش) وورثة (ت.ع) ضد ورثة (ت.ع) وورثة (ت.ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2017.
- 27_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 114020، المؤرخ في 17 ماي 2017، قضية (ل.م) ضد (ب.ح) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2018.
- 28_ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 1066319، المؤرخ في 13 جويلية 2017 قضية (س.أ) ضد ورثة (م.م) ومن معهم، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2017.

29_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 1345727، المؤرخ في 07 أكتوبر 2020، قضية (ب.أ) و (ب.ف) ضد (ب.ز) ومن معها، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2020.

30_ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 1517023، المؤرخ في 28 أبريل 2022، قضية (ع.ح) ومن معه ضد (ي.ك) موثقة، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2022.

الفهرس

1	قائمة المختصرات.....
3	مقدمة
7	الفصل الأول: الهبة على ضوء الاجتهاد القضائي.....
8	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للهبة.....
8	المطلب الأول: المقصود بالهبة.....
8	الفرع الأول: تعريف الهبة.....
8	أولاً: تعريف الهبة لغةً.....
8	ثانياً: تعريف الهبة شرعاً.....
9	ثالثاً: تعريف الهبة قانوناً.....
9	الفرع الثاني: خصائص الهبة.....
9	أولاً: الهبة عقد ثنائي.....
9	ثانياً: الهبة تصرف تبرعي.....
10	ثالثاً: الهبة عقد شكلي وعيني.....
10	المطلب الثاني: شروط الهبة وتمييزها عن التصرفات التبرعية الأخرى.....
10	الفرع الأول: شروط الهبة.....
10	أولاً: شروط انعقاد عقد الهبة.....
12	ثانياً: شروط صحة عقد الهبة.....
13	الفرع الثاني: تمييز الهبة عن التصرفات التبرعية الأخرى.....

13.....	أولاً: تمييز الهبة عن الوصية
14.....	ثانياً: تمييز الهبة عن الوقف
14.....	المبحث الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الهبة
14.....	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في هبة العقار
14.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في إبرام عقد الهبة.....
19.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في حيازة الهبة.....
21.....	الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في طبيعة العقار الموهوب
23.....	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في أحكام الهبة.....
23.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في أنواع الهبة
23.....	أولاً: الاجتهاد القضائي في الهبة المباشرة.....
26.....	ثانياً: الاجتهاد القضائي في الهبة لضمان قرض أو قضاء دين
29.....	ثالثاً: الاجتهاد القضائي في الهبة المعلقة على شرط
31.....	رابعاً: الاجتهاد القضائي في الهبة النافذة بعد وفاة الواهب.....
33.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الرجوع عن الهبة
33.....	أولاً: الجهة المخولة بفسخ عقد الهبة
34.....	ثانياً: الواهب المخول بالتراجع عن الهبة
38.....	ثالثاً: موانع الرجوع عن عقد الهبة.....
42.....	الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في الوصية والوقف.....
44.....	المبحث الأول: الوصية على ضوء الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للوصية	44
الفرع الأول: المقصود بالوصية	44
أولاً: تعريف الوصية	44
ثانياً: خصائص الوصية	46
الفرع الثاني: أركان الوصية	47
أولاً: الموصي	47
ثانياً: الموصى له	48
ثالثاً: الموصى به	49
رابعاً: الصيغة	50
الفرع الثالث: أنواع الوصية	50
أولاً: الوصية للحامل	50
ثانياً: وصية المريض مرض الموت	51
ثالثاً: وصية المدين	52
رابعاً: الوصية لوارث مع الاحتفاظ بالحياة	52
المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الوصية	52
الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في شروط الوصية	53
أولاً: الاجتهاد القضائي في الوصية للمكفول به	53
ثانياً: الاجتهاد القضائي في الوصية مع اختلاف الدين	54
الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في إجراءات الوصية	55

55.....	أولاً: الاجتهاد القضائي في تحرير الوصية
58.....	ثانياً: الاجتهاد القضائي في شهر الوصية
61.....	ثالثاً: الاجتهاد القضائي في إثبات الوصية
63.....	المبحث الثاني: الوقف على ضوء الاجتهاد القضائي
64.....	المطلب الأول: الاطار المفاهيمي للوقف
64.....	الفرع الأول: المقصود بالوقف
64.....	أولاً: تعريف الوقف
65.....	ثانياً: خصائص الوقف
66.....	الفرع الثاني: أركان الوقف
67.....	ثانياً: العين الموقوفة
67.....	ثالثاً: الموقوف عليه
67.....	رابعاً: الصيغة
68.....	الفرع الثالث: أنواع الوقف
68.....	أولاً: الوقف الخاص
68.....	ثانياً: الوقف العام
68.....	المطلب الثاني: اجتهادات المحكمة العليا في الوقف
69.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في الرجوع عن الوقف
70.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في تقادم الوقف
71.....	الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في التصرف في الوقف، وفي انتهائه

71.....	أولاً: الاجتهاد القضائي في التصرف في الوق
73.....	ثانياً: الاجتهاد القضائي في انتهاء الوقف
77.....	الخاتمة
81.....	قائمة المصادر والمراجع
93.....	الفهرس
100.....	<u>الملخص باللغة العربية</u>
100.....	<u>الملخص باللغة الانجليزية</u>

المخلص

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة ودراسة الأحكام المتعلقة بعقود التبرعات، سواء تلك التي تكون من جانبين كالهبة، أو تلك التي تكون من جانب واحد، كالوصية والوقف، مدعمة بعدد من قرارات المحكمة العليا، التي أزلت الالتباس والغموض عن العديد من الإشكالات التي اعتبرت النصوص المنظمة لتلك العقود في الجانب التطبيقي والقضائي.

الكلمات المفتاحية: عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، الاجتهاد القضائي.

Abstract

This study aims to address and examine the provisions related to donation contracts, whether they are bilateral, such as gifts (Al_Hiba), or unilateral, such as wills (Al_Wasiyya), and endowments (Al_Waqf), supported by a number of supreme court decision that removed the ambiguity and confusion from many of the problems that effected the texts regulating those contracts in the practical and judicial aspect.

Keywords: donation contracts, gift (Hibah), wills (Al_Wasiyya), endowment (Waqf), judicial precedent