جامعة الشيخ العربي التبسي –تبسة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحقـوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص : قانون عقاري

بعنـوان:

التصرفات التبرعية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري

إعداد الطالبة **إشراف الأستاذ**

ريان بهلول **طارق مخلوف**

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
فيصل الوافي	أستاذ محاضر –ب-	رئيسا
طارق مخلوف	أستاذ محاضر –ب-	مشرفا و مقررا
نعيمة حاجي	أستاذ محاضر-ب-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2017-2018

جامعة الشيخ العربي التبسي –تبسة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحقـوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص : قانون عقاري

بعنـوان:

التصرفات التبرعية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري

إعداد الطالبة **إشراف الأستاذ**

ريان بهلول **طارق مخلوف**

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
فيصل الوافي	أستاذ محاضر –ب-	رئيسا
طارق مخلوف	أستاذ محاضر –ب-	مشرفا و مقررا
نعيمة حاجي	أستاذ محاضر-ب-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2017-2018

الإدارة لا تتحمل مسؤولية الآراء الموجودة في المذكرة

بسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾

الآية92من سورة آل عمران

صدق الله العظيم

شكر و عرفان

نشكر الله العلي القدير ونحمده على توفيقه بإتمام هذه المذكرة،فإن أخطأنا فمن أنفسنا و إن أصبنا فمن الله وحده، و ما توفيقي إلا من الله عز وجل.

اعترافا منا لأهل الفضل وتعبيرا عن امتناننا نتقدم بخالص الشكر و التقدير و الامتنان إلى كل من :

الدكتور المشرف طارق مخلوف الذي يشجعنا على حب البحث العلمي.

لأعضاء لجنة المناقشة الذين بالرغم من انشغالاتهم قبلوا مناقشة هذه المذكرة و تصويبها و إثراء الجانب الموضوعي فجزاهم الله عنا كل خير و جعلهم نورا ينير درب كل طالب علم.

لكل موظفي كلية الحقوق الذين ساهموا في إثراء الجانب العملي،و إلى كل من ساهم ي مساعدتنا بالمعلومات و المراجع.

لكل من أعطى من حصيلة فكره لينير دربي ولكل من قدموا لي العون وساهموا بإعداد هذه المذكرة.

لكل أفراد عائلتي الذين شجعوني و ساعدوني.

الإهداء

أقدم حصيلة عملي المتواضع إلى:

وطني العزيز الجزائر

إلى من كرس حياته من أجلي ،إلى من كان سببا في وصولي إلى هذا المستوى رعاه الله والدي العزيز

إلى من حملتني وهنا على وهن ورافقتني دعواتها طيلة مشواري والدتي الغالية

إلى سندي في هذه الحياة أخواتي

إلى جميع الأصدقاء

وفي الأخير أرجو من الله عز وجل أن يجعل هذا العمل نافعا

قائمة المختصرات:

- ص : الصفحة
- د.س.ن : دون سنة نشر
- د.ب.ن : دون بلد نشر
- ج : الجزء
- ط : الطبعة

مقدمة

يتبوأ حق الملكية على خلاف غيره من الحقوق العينية مكانة هامة في إطار الدراسات القانونية ،و لم يقصر المشرع في تعريف هذا الحق و اعتبر الملكية حق التمتع و التصرف في الأشياء، حيث يعرف التصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، وعليه فإن الإرادة هي جوهر التصرف ،ذلك أنها هي التي تنشئه وهي التي تحدد آثاره .

هذه التصرفات تصنف إلى عدة أصناف حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث البدل نجدها تقسم إلى نوعان ، تصرفات بعوض يتلقى فيها كل طرف عوضا لما أعطاه، و تصرفات تبرعية يعطي فيها أحد الطرفين شيئا دون أن يأخذ مقابل لما أعطاه ، و هذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى قسمين الأول يشمل التصرفات الصادرة بإرادة منفردة كالوصية و الوقف ، فالوصية تنشأ بإرادة الموصي و الوقف ينشأ بإرادة الواقف ، والقسم الثاني يشمل التصرفات الصادرة عن توافق إرادتين و مثال ذلك الهبة التي تنشأ بتوافق إرادة كل من الواهب و الموهوب له.

إن هذه التصرفات لها خصائص معينة تجمعها سواء في إنشاءها و تكوين أركانها،أو في أحكامها و انقضائها كالأهلية و الشكل الواجب توفرهما و إمكان الرجوع فيها ،و ما يمكن ملاحظته حول هذه التصرفات هو تشتت أحكامها ،فنجد بعضها في القانون المدني و البعض في قانون الأسرة كالوصية و الهبة و البعض الآخر له قانون خاص به كالوقف.

إن المشرع الجزائري استنبط أحكام هذه التصرفات من الشريعة الإسلامية ،فمنها ماورد بنص قرآني صريح و منها ما ورد في السنة النبوية الشريفة و عليه فإن ديننا الحنيف حثنا على فعل الخيرات و التي من بينها هذه الأعمال التي تقرب الإنسان من الله تعالى ،كما تعمل على استقرار العلاقات و تقوية الروابط الإنسانية و تكتل المجتمعات وهنا تظهر لنا **أهمية** هذا الموضوع من الناحية الدينية والاجتماعية أما من الناحية العملية فنجد أن هذه التصرفات التبرعية تتصف بالخطورة ، حيث أن صاحبها يقوم بها دون مقابل مما يستدعي فرض ضوابط قانونية و ذلك لتوفير الحماية اللازمة،سواء للمقدم عليها أو للغير الذين قد يعود عليهم هذا التصرف بالضرر كالورثة، كما تساهم هذه التصرفات في حل المشاكل الاقتصادية و التنموية مما يدفع المشرع إلى تشجيعها و تحفيز المقدمين عليها، ان **الدوافع المؤدية لاختيار هذا الموضوع ، دوافع شخصية** تتمثل في الرغبة في توسيع معرفتي بهذا الموضوع خاصة لارتباطه بمقاصد

الشريعة الإسلامية ، تسليط الضوء على هذا الموضوع لفتح النقاش فيه بشيء من التفصيل و ذلك لتعلقه بمجال تخصصي ،أما **الدوافع الموضوعية** فتتمثل في الوقوف على أحكام هذه التصرفات و كشف مدى إلمام المشرع بها و ذلك من خلال ما قرره لها من نصوص قانونية لتنظيمها، توضيح آثار هذه التصرفات للمقدمين عليها لكي لا يستغلون لجهلهم من قبل أشخاص يتحايلون على القانون لتحقيق مصالحهم و مآربهم الخاصة.

في ظل المعطيات التي سبق ذكرها فإن معالم **الإشكالية الرئيسية** لهذا الموضوع تتمثل فيما يلي إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في الإلمام بكافة قواعد وأحكام التصرفات التبرعية ؟

إن هذه الإشكالية لم تمنع من انسدال **إشكاليات متفرعة** عنها تتمثل في الآتي:

-ما هي التعريفات التي خص بها المشرع كل نوع من هذه التصرفات ؟

-هل تم تحديد الطبيعة القانونية لكل تصرف ؟

-كيف عالج المشرع عملية إنشاء كل من هذه التصرفات ؟

-هل تخضع هذه التصرفات لإجراءات الشهر كسائر العقود باعتبارها ناقلة للملكية العقارية؟

-ما هي الأحكام التي تترتب على هذه التصرفات ؟

أما فيما يخص المنهج المتبع في الدراسة، فقد ارتأينا إتباع **المنهج الوصفي التحليلي**، و ذلك من خلال قراءة و تحليل مختلف النصوص القانونية و الأحكام و القرارات القضائية،إضافة إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية ، لهذه الدراسة **أهداف** نسعى للوصول إليها تكمن في الوقوف و معرفة القواعد الكلية التي تحكم هذا النوع من التصرفات، فسح المجال أمام كل مهتم للتعرف على هذا الموضوع و ذلك لتفريق بينها و بين التصرفات التي تكون بعوض ، إزالة أي لبس حول هذا الموضوع مع إبراز الثغرات و النقائص المتعلقة به،إبراز مكانة هذه التصرفات التي حظيت **بدراسات سابقة** ولا شك أن الدراسة استفادت منها و نذكر منها على سبيل المثال:

مذكرة ماجستير بعنوان الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري، من إعداد الطالبة فريدة هلال مذكرة ماجستير بعنوان النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، من إعداد الطالبة صورية زردوم.

و لم تخلو هذه الدراسة من **الصعوبات** التي تواجه أي باحث أثناء إعداد أي بحث علمي و المتمثلة أساسا في قلة الدراسات القانونية في هذا الشأن بالرغم من أهمية الموضوع و شساعته ، كثرة المراجع التي تناولت هذا الموضوع من جانبه الشرعي فقط دون القانوني .

و للإجابة على إشكالية الموضوع اعتمدنا على **خطة** ثنائية التقسيم متكونة من فصلين ، حيث خصصنا **الفصل الأول :** للتصرفات التبرعية الصادرة بإرادة منفردة ، أما **الفصل الثاني** فخصصناه للتصرفات التبرعية الصادرة عن توافق إرادتين .

الفصل الأول:
التصرفات
التبرعية الصادرة
بإرادة منفردة

إن الوقف و الوصية من ابرز التصرفات التبرعية التي يقوم بها الإنسان بإرادته المنفردة فيعتبر الوقف نظام قانوني تبناه المشرع الجزائري في تشريعه الداخلي ، وهو الأسبق في الوجود من المؤسسات الخيرية، يهدف إلى حبس العين و التصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر، أما الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ،فمن خلال هذا الفصل سنحاول التعرض إلى أهم النقاط المتعلقة بكل منهما حيث سنتطرق إلى مجموعة من التعاريف التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري إضافة إلى استنتاج الخصائص المتعلقة بكل تصرف ثم إبراز الطبيعة القانونية ، لنصل إلى الأركان الواجب توفرها لإنشاء هذين التصرفين ، ثم سنعرج إلى الأحكام المتعلقة بكل تصرف .

مما سبق ذكره نقسم هذا الفصل للمبحثين التاليين :

المبحث الأول : الوقف

المبحث الثاني: الوصية

المبحث الأول: الوقف

الأصل في المال أنه قابل للتداول بمختلف التصرفات و المعاملات ،غير أنه هناك نوع من الأموال على سبيل الاستثناء لا تقبل التصرف و التداول، فتظل خارج دائرة التعامل فيبقى المال محبوسا أو موقوفا على أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين فينتفعون من ريعه دون أن يكون لهم الحق في التصرف في أصله ،حيث أطلق الفقه على هذا النوع من الأموال تسمية الوقف و هو من التصرفات التبرعية التي تستمد مشروعيتها من الشريعة الإسلامية و التشريع الوضعي ، هذا الأخير فرض له نصوصا وأحكاما لتنظيمه حيث، صدر أول نص قانوني بموجب المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/10/07 المتضمن الأملاك الوقفية الحبسية العامة،جريدة رسمية عدد 35 سنة 1964. ثم جاء قانون الأسرة رقم 84 -11 المؤرخ في 1984/09/09،جريدة رسمية عدد24 ،سنة 1984 ،المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 ،جريدة رسمية عدد 15،ص19. حيث تم تحديد الإطار العام للوقف في الجزائر في المواد 213 إلى 220. إلا أنه لم يتم تحديد الإطار القانوني للوقف إلا بموجب قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990،جريدة رسمية عدد 49،سنة 1990،معدل بالأمر 95-26،المؤرخ في 25-09-1995.الذي يعتبر الوقف أحد أنواع الملكية العقارية كما صدر قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في27 -04- 1991 المتعلق بالأوقاف الذي وضع الإطار العام لتكوين الوقف وتنظيمه والأحكام المتعلقة به، متقيدا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية في الحالات التي لم ينص عليها هذا القانون ،وقد عدل هذا القانون بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 -05- 2001 .

حيث سنقوم بدراسة هذا الموضوع من خلال التطرق إلى مفهوم الوقف و الأحكام المتعلقة به و ذلك وفقا للنصوص التي خصه بها المشرع و التي تعمل على تنظيمه و هذا وفقا للمطلبين التاليين :

المطلب الأول: مفهوم الوقف

المطلب الثاني: أحكام الوقف

المطلب الأول: مفهوم الوقف

من أجل الوقوف على حقيقة الوقف كنظام مالي متميز يتوجب علينا أولا تعريفه وبيان خصائصه واللذان يعتبران مدخلا أساسيا للموضوع لذلك سنتطرق لهما في الفرع الأول ثم سنقوم بتميزه عن النظم والتصرفات المشابهة له في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث سنقوم بتوضيح أنواعه.

الفرع الأول: تعريف الوقف

أولا :تعريف الوقف لغة

الوقف في اللغة يقصد به المنع والإمساك يقال وقفت الدار إذ منعتها عن التمليك ولا يقال أوقفتها لأنها لغة رديئة فالوقف بهذا الشكل هو الحبس عن التصرف و في معنى آخر للوقف هو الاطلاع نقول وقف على معنى ذلك إذ يطلع عليه [1]

ثانيا: تعريف الوقف اصطلاحا

أ/ الوقف في الفقه

الوقف في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية مختلف فيه تبعا لاختلاف حقيقته في نظرهم وكان معروفا في صدر الإسلام باسم الحبس وهو مصطلح مستعمل في شمال إفريقيا أما الوقف مصطلح مستعمل في بلدان المشرق العربي[2]

من الثابت فقها أن الوقف لم يعرف تعريفا جامعا مانعا وذلك لاختلاف نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية، مما يفرض علينا التعرض للتعريفات المنسوبة لأصحاب المذاهب الفقهية كالأتي:

تعريف الفقيه أبي حنيفة: الوقف هو حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بمنفعته على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمآل[3]

---

[1] احمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية ، د ب ن، سنة 2000، ص151.

[2] د. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، سنة 1968، ص07.

[3] د.محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط 4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، سنة 1982 ص304

تعريف الإمام مالك: الوقف هو حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر.

تعريف الإمام أبو زهرة: منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها وجعل منفعتها لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء[1]

من خلال التعريفات السابقة نجد أن الفقهاء اختلفوا في المنع والتصرف في الأوقاف

ب/ الوقف في التشريع:

عرف المشرع الجزائري الوقف في أكثر من قانون وفي مراحل زمنية مختلفة .

عرف الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة و التي نصت على: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق"[2] .

كما عرف القانون 90/ 25 المؤرخ في 18/ 11 /1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الوقف في المادة 31 منه التي نصت على :"الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته و يجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع بها فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يضيفهم المالك المذكور.[3]

وعرف المشرع الوقف في قانون 91- 10 المتعلق بالأوقاف و المؤرخ في 27 أفريل1991 في المادة 3 منه " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

من خلال مقارنة أحكام المواد أعلاه نجد أن قانون الأسرة عبر عن الوقف بكلمة مال والتي تشمل العقار والمنقول في حين أن قانون التوجيه العقاري جعله حكرا على العقار فقط. ينما جاء قانون الأوقاف شاملا للعقار والمنقولات والمنفعة [4]

---

[1] د.وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، دار الفكر، سوريا، سنة 1989 ، ص156.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية عدد 24 سنة 1984،المعدل و المتمم .

3 قانون90- 25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري ، جريدة رسمية عدد 49 سنة 1990 معدل بالأمر 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 جريدة رسمية سنة 1995.

4 قانون 91-10المؤرخ في 27-04-1991،المتضمن قانون الاوقاف ،جريدة رسمية عدد29،سنة1991،معدل و متمم بالقانون 07-01 مؤرخ في 22-05-2001،جريدة رسمية عدد29،سنة 2001.

ومنه فإن هذه القوانين تتفق جميعا على فكرة التأبيد وطابعه الخيري لكن ما يمكن ملاحظته في ما يتعلق بالتعريف الوارد في المادة 3 من قانون الأوقاف أن المشرع الجزائري وضح نوعي الوقف من وقف عام و خاص مع إضافة عبارة في الحال والمآل أو ابتداء و انتهاء حيث أن الحال والابتداء يقصد بهما الوقف العام أما المآل و الانتهاء فنقصد به أن يكون الوقف خاص في الابتداء وينتهي عاما .

ثالثا:خصائص الوقف:

من خلال مجموعة التعريفات المختلفة السابقة يمكننا استنتاج جملة من الخصائص يمكن أبرزها كالآتي:

- الوقف حق عيني: إذ لا يرد الوقف إلا على حق الملكية ويمكن بموجبه الموقوف عليه من الانتفاع بمحل الوقف شرط احترام إرادة الواقف و إن كان هناك جانب من الشراح والتشريع يرى أنه حق شخصي وليس عيني باعتباره ينقل حق الانتفاع فقط لا حق ملكية الرقبة [1].

- الوقف شخص معنوي: الشخصية المعنوية يراد بها أن تكون للشركة أو المؤسسة شخصية قانونية مستقلة عن ذمم أصحابها أو شركائها ويكون لها وحدها حقوقها والتزاماتها وتكون مسؤوليتها محدودة بأموالها فقط[2].

وبما أن الوقف شخص معنوي فهو مستقل تمام الاستقلال على الشخص المستحق له وله ممثل قانوني يتصرف باسمه ويمثله أمام القضاء هو ناظر الوقف[3].

وتكمن شخصيته المعنوية أكثر في قيام الدولة بكل مؤسساتها وما تملكه من سيادة في احترام إرادة الواقف وتنفيذها طبقا لنص المادة 5 من قانون الأوقاف التي نصت على " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها ."

---

[1] خير الدين بن مشرنن ،إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان، 2001/2002 ، ص21.

[2] أ. محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر،سنة 2006 ، ص 33.

[3] أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 المؤرخ في 01-12- 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

-الوقف عقد شكلي:

إن الوقف كسائر العقود المنصبة على العقارات اشترط المشرع لصحتها إفراغها في قالب رسمي وهذا تطبيقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري" لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي تنص عليها القوانين وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" [1]

هذه الشكلية تعد ركنا في العقد وشرطا لنفاذه وهذا حسب ما أقرته المادة 41 من قانون الأوقاف 91-10" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق"[2]

- عقد معفى من الرسوم :

إن الوقف من أعمال البر والإحسان وهدفه نيل الثواب والأجر ولذلك أعفى المشرع الجزائري أصحاب هذه الوسيلة الخيرية من رسوم التسجيل و هذا حسب نص المادة 44 من قانون الأوقاف التي تنص :" تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير ."

من خلال استقراء المادة أعلاه يتضح لنا أن المشرع قد خص الأملاك الوقفية العامة بالإعفاء وأهمل الوقف الخاص وكأنه يقلل من أهميته ويفضل بذلك بين العام والخاص رغم أن المال الموقوف يؤول في النهاية إلى جهة خيرية محددة في عقد الوقف وقد يفهم من ذلك أن المشرع ربما يتراجع عن الوقف الخاص [3]، لكن فرض هذه الميزة للوقف العام يعتبر تشجيعا من المشرع له على حساب الوقف الخاص وهو بذلك يدعم النظام الوقفي في البلاد لكن على أمل أن يعم فتشمل هذه الميزة النوع الأخر و ذلك دفعا للتفاضل.

---

[1] الأمر رقم 75-58المؤرخ 26-9-1975المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78، سنة 1975 المعدل والمتمم .

[2] أ.خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2004 ،ص 55.

[3] صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري،جامعة لحاج لخضر-باتنة-، 2009/2010 ،ص23 .

– الوقف عقد التبرع من نوع خاص :

إن الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل و ذلك برا و ابتغاء لوجه الله تعالى تبعا لنوع الوقف و اشتراطات الواقف ،ويفيد التبرع كذلك خروج الملك الوقفي من المتبرع(الواقف) بما يزيل كل السلطات على الشيء وهذا ما أكدته المادة 17 من قانون الأوقاف 91 –10" إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف" وزوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني انتقالها إلى الموقوف عليهم، إن محل التبرع هو منفعة الشيء مع حبس رقبة المال وهذا يعتبر تبرع من نوع خاص مقارنة مع التبرعات المعروفة في القواعد العامة [1].

– الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة :

تلعب الأملاك الوقفية دورا بارزا في الجانب الاجتماعي والاقتصادي لذلك فهي تتحكم إلى حد بعيد في الحياة العقارية للبلاد وعليه فإن المشرع الجزائري أحاطها بترسانة من القوانين بدءا بالقانون المدني ثم الجزائي و الإداري وسنوضح ذلك فيما يلي :

1/الحماية المدنية:

عمد المشرع الجزائري إلى تقرير الحماية المدنية للأملاك الوقفية بدءا بالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة وذلك من خلال المواد (674 إلى 689) التي كرست الحماية للأملاك العقارية بوجه عام ثم جاء قانون التوجيه العقاري[2] ، وذلك في المادة 23 منه

" تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

الأملاك الوطنية

أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة

الأملاك الوقفية"

يمكن توضيح الحماية المدنية من خلال النقاط التالية:

[1] أ. خالد رمول، مرجع سابق، ص51.

[2] قانون 90–25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، سابق الذكر.

أ/ عدم اكتساب الوقف بالتقادم :

مدام أن الوقف ليس ملك لأحد بسبب زوال حق الملكية وتمتعه بالشخصية المعنوية كما أنه إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف وينحصر حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالعين فقط فبالنتيجة لا يمكن تملكه بوضع اليد (التقادم) و ذلك يتعارض وحبسه على أوجه البر والإحسان .[1]

ب/ حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع دون التصرف :

لقد حددت المادة 18 من قانون91- 10 عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من الواقف ليشمل الموقوف عليهم و حصرت حقهم في الانتفاع دون التصرف ،على انه ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة في ما تنتجه وعليه استغلالها استغلال غير متلف وحقه حق انتفاع لا حق ملكية و هذا ما أكده القضاء ممثلا في الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 188432 والذي جاء فيه:

" حيث أنه في قضية الحال أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على المال الموقوف مستندين في ذلك على نص المادة 23 من قانون الأوقاف لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير"[2]

ج/الوقف غير قابل للحجز:

القاعدة العامة المتعارف عليها في الحجوز أنها لا تكون إلا على أملاك المدين غير انه كما سبق وذكرنا عن الوقف أن الأملاك تخرج من ذمه الواقف، ومنه يصبح غير مالك كما أن الحجوز تتطلب البيع بالمزاد العلني لاستفاء قيمة الدين وهذا يؤدي إلى نقل الملكية المباعة إلى طرف آخر متقدم في بيع المزاد، إن هذه العملية تتناقض وطبيعة الوقف باعتباره يتمتع بالشخصية المعنوية ،إذا كان المشرع في نص المادة 21 أجاز

[1] أ.عمر حمدي باشا،عقود التبرعات (الهبة،الوصية ،الوقف) ،دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،سنة 2014 ،ص 121

[2] قرار 188432مؤرخ في 29-09-1999 صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، نقلا عن حمدي باشا عمر القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ط10،دار هومه، الجزائر،سنة2010 ص 280 .

التنفيذ على حق الموقوف عليهم وذلك في منفعة الشيء الموقوف أو ما يعرف بالغلة وهذا حتى لا يضيع حق الدائن [1]

2/الحماية الجزائية:

نصت المادة 38 من قانون الأوقاف سالف الذكر على" يتعرض كل شخص يقوم باستغلال الملك الوقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي وثائق ومستندات أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات".

و بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري و ذلك في المواد 386،387،388 نجده عاقب الجاني المنتهك للأملاك الوقفية بالعقوبات المقررة للجنايات والجنح .

المادة386 " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة 2000 إلى 20000دج كل من انتزع عقار مملوك للغير خلسة أو بطريقة التدليس وإذا كان انتزاع العقار قد وقع ليلا بالتهديم أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من .20.000 ألف إلى 100.000 دينار جزائري"[2]

3/ الحماية الإدارية:

أ/ العقار الوقفي الحضري :

يتم معاينة المخالفات الواقعة على العقار الحضري من طرف الإدارة المكلفة بالتعمير و المتمثلة في كل من البلدية، مديرية التهيئة والتعمير ،وذلك أثناء أو بعد الانتهاء من أشغال البناء أو تهيئة العقار، تصاغ هذه المعاينات في شكل محاضر الرسمية يحررها أعوان مؤهلون وذلك طبقا للأشكال التنظيمية و لنماذج هذه المحاضر و التي نذكر منها محضر المعاينة ،محضر الأمر بتحقيق المطابقة[3]

ب/ العقار الوقفي الفلاحي :

أكدت المادة 36 من قانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري على أن القانون وحده هو الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة أو خصبة جدا إلى صنف أرض

[1] أ.خالد رمول ،مرجع سابق، ص65.

[2] الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 جوان سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3] صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق،ص 21.

قابلة للتعمير ،كما يحدد القانون القيود المالية و التقنية التي يجب أن ترافق عملية التحويل غير أن انتشار ظاهرة تحويل الأراضي عن طابعها الفلاحي في السنوات الأخيرة أدى إلى صدور التعليمة 05 المؤرخة في 14-03-1995، والتي دعت الإدارة وباقي الأطراف للتطبيق الصارم للنصوص وتجسيدها ميدانيا و أهم نص جاء في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري التي لا تسمح بإهمال العقارات الفلاحية [1].

رابعا:الطبيعة القانونية للوقف:

هل الوقف ينشأ وفقا إرادتين أم ينشأ بإرادة منفردة ؟

نصت المادة الرابعة فقرة أولى من قانون 91-10 " الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " لقد أضفى المشرع الجزائري على التصرف المنشئ للوقف صفة العقد على الرغم من أنه يعتبره في نفس الوقت تصرف صادر عن إرادة منفردة، مما يكشف عن تناقض لا يوجد له مثيل وعدم وضوح موقف المشرع في تحديد طبيعته القانوني قد يتم بإرادتين فيسمى عقدا أو يتم بإرادة واحدة فيسمى تصرف بإرادة منفردة وهو ما لم يعكسه النص السابق [2].

في الفقه الإسلامي كل تصرف شرعي يترتب عليه التزام يعتبر عقدا حيث يأخذ هذا الأخير معنيين عام و خاص ، المعنى الخاص للعقد هو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول أما العام فهو كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بإرادة منفردة [3]وعليه فإن المشرع اعتبره عقدا بالمعنى العام للعقد في الفقه الإسلامي وذلك باعتباره تصرف يترتب عليه التزام بإرادة منفردة للواقف ولو اعتبره عكس ذلك لنص على أن الوقف عقد التزام تبرع يحتاج لتمامه صدور قبول مطابق للإيجاب .

---

[1] أ.خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية(الوقف)، ج 1، ط1، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان،سنة2011،ص 117.

[2] د.زهدي يكن ، أحكام الوقف، ط 1، المطبعة العصرية، بيروت، د س ن،ص758

[3] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف ،ط2، دار الفكر العربي، القاهرة،د س ن ص 55

إذن الصحيح هو اعتبار الوقف تصرف صادر من جانب واحد ومعنى هذا أن الوقف ينشئ بمجرد صدور الإيجاب من الواقف أما القبول يكون لتثبيت الوقف في ذمة الموقوف عليه [1]

الفرع الثاني: تمييز الوقف عن غيره من التبرعات

يتشابه الوقف مع العديد من التصرفات التي تدخل في مصاف التبرعات من بينها الهبة و الوصية هذه التصرفات غالبا تكون باردة منفردة وكلاهما لديهما نفس مقومات الوقف منها نية التبرع ومساعدة الغير، إلا أن الغاية تختلف اختلافا واضحا من حيث الملكية والانتفاع لذلك سوف نتناول أولا تميز الوقف عن الوصية وثانيا تميز الوقف عن الهبة.

أولا : تمييز الوقف عن الوصية

إن الوصية من التصرفات التبرعية كالوقف تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني وذلك في المواد 775 إلى 777 و أحال تنظيمها إلى قانون الأسرة وللمقارنة بينها وبين الوقف يقتضي ابرز أوجه التشابه والاختلاف لذلك سنقوم بتعريف كلاهما لاستخراج واستنتاج أحكامهما

– الوصية: هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع [2]

– الوقف: منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها وجعل منفعتها في لجهة من جهات الخير [3]

من خلال التعريف نجد انه من حيث نوعية التصرف فكلاهما يندرجان ضمن صنف التبرعات التي تكون دون مقابل أما من حيث المصدر فان الشريعة الإسلامية مصدر أصيل لكليهما إلا أن الوصية وردت بشأنها آيات في القران الكريم نذكر منها قوله

[1] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص101.

[2] انظر نص المادة 184 من قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة سابق الذكر.

[3] انظر نص المادة 03 من القانون91–10 المتضمن قانون الأوقاف سابق الذكر.

عز وجل : " يا أيها الذين امنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم "[1]

أما الوقف فمأخوذ من السنة النبوية الشريفة و لم يرد بشأنه نص صريح في القران الكريم

– من حيث انتقال الملكية : فنجد أن الوصية تصرف ينقل ملكية المال من الموصى إلى الموصى له لكن ليس له اثر فوري حيث أن الانتقال مؤجل إلى غاية موت الموصى أيضا فان الموصى له لديه حق التصرف في المال لأنه يملك حق الرقبة إما بالنسبة للوقف فان ملكيته لا تنتقل إلى الموقوف عليهم بل تبقى في حكم ملك الله وأيضا فان الموقوف عليهم لا يمتلكون حق الرقبة بل حق الانتفاع فقط [2]

يجوز للواقف حبس ما شاء من أملاكه سواء بعضها أو كلها إلا إذا اشترط الواقف تنفيذ وقفه بعد مماته هنا يأخذ حكم الوصية الذي يكون مقدار المال محل التصرف لا يتعدى الثلث [3]

بالنسبة لمسألة الرجوع عن التصرف أجاز المشرع للموصي الرجوع في وصيته سواء صراحة أو ضمنا وذلك تطبيقا لنص المادة 192 التي تنص على:" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها " [4]

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 54727 بقولها : " من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .[5]

---

[1] الآية 106 من سورة المائدة.

[2] الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الوصية وذلك استنادا لنص المادة 776 من القانون المدني التي تنص على " كل تصرف قانوني صادر عن شخص في حاله مرض الموت بقصد التبرع يسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف "

[3] أنظر نص المادة 185 قانون 11 –84 المتضمن قانون الأسرة،سابق الذكر.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية،ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية،1999،ص284.

[5] قرار رقم 54727 بتاريخ 24/ 01 /1990، صادر عن المحكمة العليا ، عدد 4 ،سنة 1991 ص 85.

أما الوقف فالأصل فيه التأبيد وإن كان قد وقع اختلاف في مسألة الرجوع وعدمه فهناك من يرى إمكانية الرجوع في الوقف عدا وقف المسجد وهناك من أقر الرجوع حتى إذا تعلق الأمر بالمسجد كالإمام مالك، أي يوجد إمكانية للرجوع إذا اشترط الواقف ذلك في وقفه وهذا ما قضت به المحكمة العليا و أكدته بقولها : " من المؤكد فقها أن الحبس إذا كان مطلقا أو مضافا جاز للمحبس(الواقف) التراجع عنه وإن كان منجز (أي فوري) فلا يجوز ذلك" [1]

ثانيا : تمييز الوقف عن الهبة

الهبة نظام مالي مستمد من الشريعة الإسلامية حيث جاء في قوله تعالى" قال ربي اغفر لي وهب لي ملكا لا ينبغي لأحد من بعدي إنك أنت الوهاب" [2]

الهبة تمليك العين بلا عوض في الحال[3] والمشرع الجزائري اقتبس تعريف الهبة من المذهب الحنفي وأدراجها إلى جانب الوقف والوصية باعتبارها عقد تبرعي ونظمها في المواد 202 إلى 212 من قانون الأسرة

من خلال التعريف السابق نجد أن الهبة والوقف كلاهما تصرف دون مقابل كما تتشابه مع الواقف في كون كل منهما لا يصح الاشتراط فيه فتكون الهبة منجزة و ليست معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل لأن القصد في الهبة التمليك حالا فنجدها تتفق مع الوقف في المنفعة[4].

نصت المادة 204 من قانون الأسرة" الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تأخذ حكم الوصية" كما سبق واشرنا في ذلك في الوقف.

يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته كما يجوز للواقف حبس كل ممتلكاته[5]

طبقا للأحكام العامة فنجد أن المشرع اشترط أن يكون كل من الواهب والواقف كامل الأهلية وذلك حسب المادة 40 من القانون المدني.

---

[1] قرار رقم 102230 مؤرخ في 24-07-1993 ، صادر من المحكمة العليا ،عدد 1 سنه 1998 ص 95.

[2] الآية 38 سورة آل عمران

[3] أنظر المادة 202 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة،سابق الذكر.

[4] د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،العقود التي تقع على الملكية(الهبة ،الشركة، القرض الدائم و الصلح)، ج 5، دار إحياء التراث العربي،سنة 1973، ص5.

[5] انظر المادة 205 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة،سابق الذكر.

أما فيما يخص الرجوع فيجوز الرجوع في الوقف إذا كان خاصا أما الهبة فلا يجوز الرجوع فيها إلا في حالة واحدة هي هبة الأبوين[1]

بالنسبة للاختلاف الجوهري بينهما فكما سبق و بينا أن الوقف ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الواقف أما الهبة فيشترط لانعقادها توافر كل من الإيجاب والقبول[2]

الفرع الثالث :أنواع الوقف

قسم المشرع الجزائري الوقف حسب الجهة التي يؤول إليها إلى نوعين أو قسمين هما الوقف العام و الوقف الخاص و هو ما يعرف في دول المشرق العربي بالوقف الأهلي و الخيري، و هذا التقسيم أبرزه المشرع في كل من قانون الأوقاف 91-10و أيضا المرسوم 64-283 المؤرخ في 17ديسمبر 1964 في المادة الأولى منه ، كما ذكره المشرع في قانون التوجيه العقاري 90-25 و ذلك من خلال المادة31 .

أولا: الوقف العام

لقد اختلفت التعاريف حول الوقف العام أو الخيري باختلاف المعايير التي اعتمدت كأساس في تعريف الوقف و من ضمن التعاريف التي رصدناها لبعض الدكاترة و شراح القانون ما يلي:

- الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه و يهدف إلى المساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان محدد وغير محدد.

- هو الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها ويتكون من الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبسها ،وهذا التعريف يعتمد معيار المصلحة العامة و هو المصطلح الذي أستبدل به معيار أو فكرة الخيرية [3]

---

[1] انظر المادة 211 من قانون الأسرة

[2] د.عبد الرزاق السنهوري ،مرجع سابق،ص 10

[3] د. عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي و التشريع ، دار الهدى للنشر و الطباعة ، الجزائر،د س ن ، ص 25،26

إن المشرع الجزائري اعتمد في تعريفه للوقف العام على معيار أو فكرة الخيرية وهذا ما تم ذكره في المادة 06 من 91-10 " الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات و هو قسمان

- قسم عام يحدد فيه الجهة فلا يصح صرف هذا الريع على غيره من وجوه الخير مثل وقف عقار لبناء وتجهيز مدرسة قرآنية.

- قسم لا يعرف فيه جهة الخير التي يقصد بها الواقف فيكون الوقف غير محدد الجهة حيث يصرف ريعه في شتى سبل الخيرات "[1]

ثانيا: الوقف الخاص

الوقف الخاص هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث أو على شخص يختاره الواقف بإرادته ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم لذلك يعرف عند العديد من التشريعات العربية بوقف الأهالي [2]

لقد نص المشرع الجزائري على الوقف الخاص في أول تشريع وقفي في الجزائر حيث قسم الأملاك الحبسية إلى عمومية وخاصة ،كما أشار إلى مشتملات الوقف الخاص [3] كما جاء في المادة 2/6 من قانون 91-10" الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم " [4]

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يشر إلى الوقف على النفس في سلسلة القوانين المتعلقة بالوقف، مما يجعل الأمر مبهما وكل جهة تعمل بالرأي الذي تراه مناسبا فهناك جهات ترى عدم الأخذ به حارمة بذلك الواقف من اشتراط المنفعة لنفسه وهو الرأي الذي تعمل به المحافظة العقارية .[5]

---

[1] أ.عمر حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 100

[2] أ. خالد رمول، مرجع سابق، ص46

[3] مرسوم رقم 283-64 مؤرخ في 17-09-1964 المتضمن الأملاك الحبسية العامة، جريدة رسمية عدد 35، سنة 1964.

[4] بصدور قانون رقم 02-01 المؤرخ في 14-12-2002 انتهى العمل بالوقف الخاص .

[5] خير الدين فنطازي،مرجع سابق، ص34

وعليه نستنتج تخلي المشرع عن الوقف على النفس لأنه لم يذكره في تعريفه للوقف الخاص وهذه إشارة صريحة بعدم الأخذ بالوقف على النفس،أيضا نلاحظ أن المشرع أطلق على الموقوف عليهم مصطلح العقب وقرنه بالذكور والإناث إلا أن مصطلح العقب يقصد به الولد وولد الولد أبدا ما تناسلوا من الأولاد الذكور دون الإناث ،لذلك فالمصطلح الذي يجمع الجنسين هو الولد غير أنه مهما تكن إرادة الواقف متجهة في وقفه سواء للذكور أو الإناث فيجب أن تكون بصفة صحيحة ومنجزة.[1]

المطلب الثاني: أحكام الوقف

بعد أن وقفنا على حقيقة الوقف من خلال تعريفه وتحديد خصائصه سنقوم في هذا المطلب بالتطرق إلى الأحكام العامة المتعلقة بالوقف من خلال دراسة أركانه في الفرع الأول ، وشروط نفاذه في الفرع الثاني ثم نتطرق إلى إثباته في الفرع الثالث

الفرع الأول: أركان الوقف

الركن هو كل ما يتوقف عليه الشيء و يقوم عليه ،و للوقف أركان لا بد من توفرها ليرتب آثاره القانونية ، و حسب قانون 91-10 جعل المشرع الجزائري للوقف 4 أركان[2] فسنقوم بدراسة هذه الأركان حسب لترتيب المشرع موضحا الشروط المتعلقة بكل ركن ليكون قانونيا .

أولا:الواقف

هو الشخص المالك الذي يصدر بإرادته المنفردة ومن جانب واحد تصرف قانوني من شانه جعل العقار غير مملوك لأحد من العباد، على أن ينشئ هذا التصرف حقوقا عينيه يستفيد بها من أرادهم المالك الأصلي [3] إن إرادة الواقف

[1] أ.خير الدين فنطازي ،مرجع سابق ،ص36.

[2] انظر المادة 9 من قانون 91-10 سابق الذكر.

[3] أ.مراد عزاز،عبد الرزاق عثمانية،الوقف فقها تشريعا قضاء، دار البلاغ، د س ن ،ص10 .

ليست مطلقة بل أحاطها المشرع في نص المادة 10 من قانون 91-10 و التي تنص على " يشترط في الوقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا

أن يكون الواقف من يصح تصرفه في ماله و غير محجور عليه لسفه أو دين

1/ أن يكون الواقف مالك للعين:

يشترط لصحة الوقف أن يكون مالكا للعين ملكية مطلقة مفادها أن المالك يستجمع فيها جميع السلطات المقررة له (عناصر الملكية) المتمثلة في حق الاستغلال و الاستعمال و التصرف وهذا حسب المادة 674 من القانون المدني الجزائري "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" [1].

كما يجب أن تكون العين الموقوفة غير معلقة بقيد أو محل نزاع يجعل ملكيتها غير ثابتة و باتة في ذمة الواقف وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 323 94" من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف و إلا ما جاز له أن يحبسه و أن يكون معينا غير مجهول وخالية من كل نزاع "[2]

2/ كون الوقف ممن يصح تصرفه في ماله:

أ/العقل: جميع التصرفات الإدارية والتي يعتبر الوقف من بينها يشترط القانون أن يكون صاحبها عاقلا مميزا و هذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون رقم 91-10 " لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح وقفه أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية " وفي نفس السياق نصت المادة 42 من القانون المدني : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون "

من خلال استقراء المادتين أعلاه فإننا نجد فقدان التمييز بالجنون يمنح من إنعقاد الوقف صحيحا لكن نص المادة 31 جاءت دقيقة من حيث التفرقة بين الجنون

[1] صورية زردوم ،مرجع سابق،ص61

[2] قرار رقم 94323 المؤرخ في 1993/ 09/ 28 ،صادر عن المحكمة العليا،عدد02، سنة 1994 ،ص 76.

المستمر و الجنون المتقطع هذا بخلاف المادة 42 التي جاءت بإطلاقها على الجنون ولم نفرق بين الجنون المتقطع والمستمر لذلك نجد

أنفسنا أمام نصين متعارضين في مسألة جوهرية [1]

ب/ البلوغ: المادة 30 من قانون الأوقاف تنص على : " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميزا و لو أذن بذلك الوصي "

من خلا ل استقراء المادة أعلاه نجد أنه لا بد من اكتساب الواقف أهلية التبرع وهي 19 سنة كاملة [2] ، فبدون ذلك يكون تصرفه باطلا ذلك أن الوقف الصادر من الصبي المميز وغير المميز يكون باطلا لأنه ضار به ضررا محضا ويبقى باطلا حتى بإذن الوصي.

ج/ غير محجوز عليه لسفه أو دين أو مريض مرض الموت : متى كان الشخص مصاب بجنون أو عته أو دين يجوز لأقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليميا لاستصدار حكم قضائي للحجز عليه وهذا تطبيقا للمادتين 108 -107 من قانون الأسرة الجزائري و من الآثار القانونية الهامة للحجز هي غل اليد عن التصرف وهذا ما أكدته المادة 10 صراحة و الذي يلاحظ أن المشرع أسقط حكم الشخص المغفل [3]

تطرق المشرع إلى وقف المدين في مرض الموت في المادة 32 من قانون الأوقاف 91-10" يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق كل أملاكه " .

*نلاحظ أن المشرع سكت في الحالات التالية :

- إذا كان الدين غير مستغرق لأموال المدين في مرض الموت
- إذا كان الدين مستغرقا لأموال المدين في مرض الموت ووقف كل ماله أو بعضه سواء قبل الحجز عليه أو بعد ذلك .

---

[1] صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص63 .

[2] المادة 43 من القانون المدني تنص على : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها او معتوها ان يكون ناقص اهلية لما يقرره القانون "

[3] أ.خالدرمول،مرجع سابق،ص74 .

-وقف المدين غير محجوز عليه أثناء صحته

الدين المستغرق وغير مستغرق لأموال الواقف لذلك يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما أحالتنا إليه المادة 2 من قانون الأوقاف كما سكت المشرع الجزائري عن وقف غير المسلم[1]

ثانيا : محل الوقف

محل الوقف هو العين المحبوسة التي تجرى عليها أحكام الوقف و ثاني ركن نص عليه المشرع وبين طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة 11 من نفس القانون حيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون عقار أو منقول أو منفعة [2]

إن المشرع الجزائري اشترط في محل الوقف جملة من الشروط تم ذكرها في نص المادة 11 من قانون الأوقاف 91-10

1/ أن يكون مالا تقوما : أجمع الفقهاء على أن الوقف لا يعد صحيحا إذا كان الموقوف ليس بمال أصلا أو لا يحل الانتفاع به شرعا ،فالذي يجب وقفه هو العقار وما يلحق العقار و اشترط المالكية في الموقوف سواء كان عقارا أو منقول أن لا يتعلق به حق للغير [3]

2/ أن يكون محل الوقف معلوما معينا : اشترط المشرع لصحة الوقف أن يكون الموقوف غير مجهول منعا للنزاع و معينا منافيا للجهالة و أكد ذلك في نص المادة 216 من قانون الأسرة حيث اشترط أن يكون المال معينا خاليا من النزاع فلو وقف جزء من أرض ولم يعينه كان الوقف باطلا ولو قال وقفت داري الفلانية صح الوقف مع العلم أنه لو وقف أرضا برقمها العقاري صح وقفه لأن الرقم يقوم مقام الحدود [4]

---

[1] خيرالدين بن مشرنن،مرجع سابق،47 .

[2] أ.خير الدين فنطازي ،مرجع سابق،ص62.

[3] د. عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مرجع سابق، ص77.

[4] أ.خير الدين فانطازي، مرجع سابق، ص63.

3/أن يكون محل الوقف مفرزا : يقصد بالمال الشائع أو المشاع المال المشترك والممتزج بغيره بحيث لا يمكن تمييزه أما الإفراز يقصد به تخليص الشيء من غيره بحيث يزول الإشتراك.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 216 من قانون الأسرة على أن يكون المال المحبس مشاعا و أقر ذلك في قانون الأوقاف 91-10 يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تنفيذ القسمة [1]

ثالثا: الصيغة

الوقف وكما قلنا سابقا ينعقد بالإيجاب وحده إذا كان بمعين عند الحنفية والحنابلة وكذا إذا كان على غير معين بإتفاق جمهور العلماء و بالإيجاب والقبول عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إذا كان غير معين[2]

صيغة الوقف هي العبارة التي تدل على الوقف وهي الركن الثالث لإنشاءه وذلك حسب ترتيب المشرع الجزائري والمقصود بصيغة الوقف الإيجاب الصادر عن الواقف الذي يعبر عن إرادته الكاملة وللصيغة عدة صور قد تكون لفظا او كتابة او اشارة [3]

شروط الصيغة :

1/ التأبيد : فلا يصح الوقف عند جمهور غير المالكية بما يدل على التوقيت بمدة لأنه إخراج مال على وجه القربة فإذا قال أرضي هذه وقف على فقراء بلدة مدة 10 سنوات لا يصح الوقف.

2/ أن تكون الصيغة منجزة : هي التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب أثاره في الحال مثل قول الواقف .

---

[1] أ.نسيمة الشيخ ،أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، هبة، وصية، وقف ،ط 2، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر،سنة 2014 ،ص16.

[2] أ.مراد عزاز،عبد الرزاق عثمانية ، مرجع سابق، ص12

[3] انظر نص المادة 12 من القانون91-10 المتضمن قانون الأوقاف سابق الذكر

" وقفت هذه الأرض على مسجد بلدتي " ولا خلاف بين الفقهاء في أن الصيغة يصح بها الوقف و تترتب عليه أثاره من وقت صدورها من الواقف مادامت الشروط الأخرى مستوفاة.

3/ أن لا تكون مقترنة بشرط باطل : وهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو في حكمه فإذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر [1]

رابعا:الموقوف عليه

تنص المادة 13 من قانون 91-10على أن الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا ، فالموقوف عليه هو كل من يستحق الإنتفاع بالعين الموقوفة بمقتضى الوقف سواء كان الموقوف عليه الواقف نفسه أو غيره من ذوي القربى أو مواضع البر والإحسان وهي جهات عديدة سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين [2]

شروط الموقوف عليه :

1/ أن يكون الموقوف عليه معينا معلوما : حسب نص المادة 13 من قانون الأوقاف سابقة الذكر يتضح لنا أن المشرع الجزائري لا يجيز الوقف على مجهول و اكتفى باعتبار الموقوف عليه معلوما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا[3] و الشخص الطبيعي يكون بذاته أو بصفته، والصفة التي يقصدها المشرع هي التي تكون معتبرة شرعا وقانونا ،وبزوالها يفقد الموقوف عليه استحقاقه للوقف مثل زوال الرابطة الزوجية وهذا ما قضت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 189.265 والذي جاء فيه " ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد – لما قضى – بأن طلاق المطعون ضدها من زوجها لا يحرمها من الحبس

---

[1] د. محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق،ص 333

[2] زهدور انجي هند، حماية التصرفات القانونية و إثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه في ، جامعة وهران 2 ، 2015/2016 ، ص202

[3] تم تعديل المادة 13 بموجب القانون رقم 02-01 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002

المادة 5 تعدل المادة 13 من القانون رقم 91-10 كما يلي :

المادة 13: الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية

فإنه بقضائه كما فعل خالف الشريعة الإسلامية والقانون ،ذلك أن المحبس عندما أقام الحبس موضوع النزاع على زوجته المطعون ضدها كان من أجل أنها زوجة له ولم ينظر في هذا الحبس على أنه لذات المحبس عليها وعليه فطلاقه لها بحكم يعطي بمثابة تراجع على هذا الحبس "[1]

لكن ما نلاحظه أن المادة 13 المتعلقة بالموقوف عليه جاءت غير واضحة أو شاملة حيث لم يتوسع المشرع في شروط الموقوف عليه مما تمخض عنه العديد من التساؤلات القانونية كحكم الوقف على الجنين ومدى جواز الوقف على المعتوه والمجنون والسفيه ، وهذا السكوت هو إحالة على أحكام الشريعة الإسلامية [2]

2/ أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك :

هو شرط يتفق عليه كل فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا يختلفون في مدى جواز الوقف على المعدوم والمعلوم سواء كان مسلم أو ذمي غير أنهم يبطلون وقف المسلم أو الذمي على الكنيسة لإنعدام القربة فيه [3]

المقصود بالأهلية هنا أهلية التملك والتي يكون فيها الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد وتمتعه بقواه العقلية ،وهذا هو الأصل لكن السؤال المطروح هنا في حالة الموقوف عليه القاصر أو في حال حدوث عارض من عوارض الأهلية فما هو موقف المشرع ؟سكوت المشرع هنا هو إحالة إلى احكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف .

ان فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون استحقاق القاصر لغلة الوقف بواسطة وليه وتبريرهم في ذلك هو صغر السن لا يحول دون قبول التبرعات لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا ،وقياسا على ذلك فإن السفيه وذا الغفلة يأخذان حكم القاصر وعليه يجوز الوقف على السفيه وذي الغفلة والمجنون [4]

---

[1] قرار رقم 189.265، المؤرخ في 1998/05/19، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، سنة2001، ص308.

[2] انظر المادة 2 من قانون 91-10 سابق الذكر

[3] د.وهبة الزحيلي، مرجع سابق ،ص170.

[4] صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق،ص65.

3/ أن لا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة الإسلامية : هذا النص مقرر لصحة كل المعاملات ليس الوقف فحسب و لقد أكد المشرع ذلك في المادة 13 على ضرورة موافقة الموقوف عليه للشريعة، ومفاده أن لا يكون معصية لأن أساس الوقف وهدفه هو التقرب من الله عز وجل [1]

الفرع الثاني : شروط نفاذ الوقف

إن توافر الأركان الأربعة التي تم دراستها ضروري وإلا كان الوقف باطلا غير أن صحة الوقف وحدها لا تؤدي الغرض منه حيث أن لنفاذ الوقف شروط وأحكام يتطلبها القانون حتى ينتج الوقف أثاره سنوضحها فيما يلي:

أولا: الرسمية

اشترط قانون الأوقاف 91-10 في المادة 41 على وجوب الرسمية لصحة الوقف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق " باعتبار أن الوقف في أغلبه ينصب على العقارات و الحقوق العينية العقارية لذلك فهو يخضع لإجراء الرسمية المنصوص عليه في القانون المدني [2] كما تم ذكره في المادة117 من قانون الأسرة

ثانيا :التسجيل

المشرع الجزائري اشترط التسجيل لكل معاملة ترد على عقار أو أي تصرف يقع على ملكية عقارية بكل أنواعها ،و الأملاك الوقفية معنية بهذا الشرط ليؤكد المشرع ذلك في نص المادة 41 من 91-10 "... و أن يسجل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري" ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا حتى يتمكن الأطراف من شهره في ما بعد [3]

[1] د.عبد الرزاق بن عمار بوضياف ،مرجع سابق،ص82

[2] أنظر المادة 324 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني سابق الذكر

[3] أ.خير الدين فنطازي،مرجع سابق،ص98.

ثالثا: الشهر

إن الوقف الوارد على عقار يعتبر من بين الحقوق العينية العقارية فلا يصح الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا عن طريق إشهاره وذلك تطبيقا لنص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[1] ، و هذا ما أكدته نص المادة 41 من قانون الأوقاف .

وتظهر أهمية شهر الوقف في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن أن يصدر من الغير، بل هو وسيلة قانونية تمكن الدولة من بسط مراقبتها بصفة كاملة على الأملاك الوقفية المتواجدة عبر كل ولاية [2].

الفرع الثالث: إثبات الوقف

إثبات الوقف من أهم المسائل القانونية التي يتعرض لها القاضي وبالرجوع للنصوص القانونية المتعلقة بالا ثبات في مجال الأوقاف نجد أن المشرع ترك المجال مفتوحا لإثباته بجميع الطرق وذلك ما نصت عليه المادة 35 من قانون 91-10 "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية "[3]

و عليه يخضع الوقف إلى أحكام الإثبات الواردة في المواد 323 إلى 350 من القانون المدني تحت عنوان إثبات الالتزام.

بالإضافة إلى طرق الإثبات المعروفة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري استحدث المشرع طريقة جديدة لإثبات الوقف تسمى وثيقة الإشهاد المكتوب حيث ذكرها في قانون الأوقاف في المادة 08 منه[4]

---

[1] الأمر 75-74 مؤرخ في 11-12-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 92 ، سنة 1975 .

[2] أ. خالد رمول،مرجع سابق،ص98.

[3] أ.عمر حمدي باشا،مرجع سابق،ص101.

[4] مرسوم تنفيذي رقم 336.2000 ،المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 ، يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

على وكيل الأوقاف متى تم إشعاره كتابة أو شفاهة بأن هناك عقار وقفيا، وجب عليه السعي للبحث عنه و أخذ التدابير اللازمة للوصول إليه و ذلك بإتباع الإجراءات التالية :

01/ عليه بقراءة الرسالة أو سماع التسجيل والاتصال بصاحبها للتأكد من صحتها ثم يحرر محضر بذلك مع توقيع المصرح و وكيل الأوقاف.

02/ يقوم وكيل الأوقاف بإجراء معاينة في عين المكان وذلك بالاتصال بالإمام والمواطنين ومن له معرفة بالعقار لتسجيل كل ما قام به في محضر معاينة والأجدر حضور محضر قضائي ليقدم محضر إثبات حالة.

03/ يقوم وكيل الأوقاف بالاتصال بالمواطنين لملأ وثيقة الإشهاد المكتوب التي تصادق عليها البلدية التابع لها العقار.

04/ بناءا على وثيقة الإشهاد المكتوب المصادق عليها من طرف البلدية يصدر مدير الشؤون الدينية الشهادة الرسمية لإثبات الملك الوقفي [1]

05/يتقدم وكيل الأوقاف بامرعلى عريضة إلى السيد رئيس المحكمة دائرة اختصاص موقع العقار لتعيين محضر قضائي لإجراء معاينة وإثبات صحة الوقف بناءا على مساءلة كل من له علاقة بالعقار.

06/ بناءا على كل ما سبق يمكن لمديرية الأوقاف تكليف خبير عقاري لإجراء معاينة طبوغرافية للعقار مع تحديد المساحة ومعالم العقار .

07/ تسجل الشهادة الرسمية في سجل خاص بمديرية الأوقاف ثم تحال إلى المحافظة العقارية مرفقة بنسخة من التقرير والوثائق إشهارها مجانا [2]وفقا للمادة 44 من قانون الأوقاف .

بعد كل هذه الإجراءات المذكورة ترسل نسخة من الشهادة بعد شهرها إلى الإدارة المركزية مرفقة بكل الوثائق الرسمية [3]

---

[1] قرار مؤرخ في 26 جوان 2001، يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة للملك الوقفي، جريدة رسمية 31 ،سنة 2001

[2] انظر الملحق رقم 2 .

[3] عبد الرزاق بن عمار بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه ،تخصص شريعة وقانون، 2005/2006، ص 174 .173

المبحث الثاني :الوصية

الوصية من التصرفات التبرعية التي يقوم بها الإنسان قصد تدارك ما فاته من واجبات ، وأيضا ليصل بها رحمه وذوي قرباه الذين لا يكون لهم الحق و الحظ في ماله

للوصية نظام دقيق قائم على الحق والعدل فديننا الحنيف حثنا على الوصية للأقارب و المساكين و الفقراء، فأعطى كل ذي حق حقه حتى بعد وفاته مورثه حيث خصتها الشريعة الإسلامية بأحاديث و نصوص قرآنية صريحة ، فورد في قوله تعالى" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف" وقوله صلى الله عليه وسلم" إن الله تبارك وتعالى تصدق بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شأتم" وهنا تتضح مكانة و أهمية الوصية، أما القانون الوضعي فنجد أن المشرع الجزائري نظم أحكامها في قانون الأسرة من خلال المواد184 إلى غاية 201 كما تناولها المشرع في القانون المدني وذلك في انتقال الملكية بعد الوفاة الموصي حيث سندرس أحكامها وفقا للنصوص القانونية من خلال هذا المبحث و ذلك وفقا للمطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم الوصية

المطلب الثاني: أحكام الوصية

المطلب الأول :مفهوم الوصية

لقد أعطيت للوصية عدة تعاريف فقهية و قانونية اتفقت كلها على أنها تصرف يقوم به الموصي دون مقابل فهي بذلك تشبه الوقف، لكن لها خصائص تميزها عن التصرفات التي تشابهها وهذا ما سوف نتطرق له في الفرع الأول،أما الفرع الثاني سنبين فيه كيف تنشأ الوصية فلكي نكون أمام وصية صحيحة و نافذة يجب توفر أركان و شروط ، في الفرع الثالث سنوضح الطرق التي نص المشرع على إتباعها لنتمكن من إثباتها.

الفرع الأول: تعريف الوصية

الوصية من التصرفات التبرعية التي يقوم بها الإنسان حال حياته، لكنها تنفذ بعد وفاته ولقد أعطيت لها عدة تعاريف فقهية وقانونية اجتمعت كلها على أنها تصرف تبرعي ،حيث سنحدد مفهومها أولا ثم ستنتج خصائصها لنصل في الأخير إلى معرفة طبيعتها القانونية.

أولا: التعاريف

1/لغة :

الوصية والايصاء كلمتان: الأولى منها مأخوذة من وصى يقال وصى فلان بذلك يوصي، أما الثانية مأخوذة من أوصى يقول أوصى فلان بكذا ، يوصي و كلا الكلمتين تطلق في اللغة بمعنى العهد إلى الغير للقيام بأمر من الأمور سواء في حال حياة الطالب أو كان ذلك بعد وفاته[1].

2/ فقها: يعرف ابن عابدين الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وهذا تعريف قاصر على وجوه منها أنه حصر الوصية في كل ما يعتبر ملكا فقط ، ولا يضيف التمليك إلى التركة أو إلى جزء منها[2].

[1] د.أحمد الغندور،د.زكي شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة الفلاح، سنة 1984،ص09

[2] د.أحمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر،سنة 1979 ،ص31

و يعرفها البعض على أنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو أشخاص بعد موته أو عتقه غلامه سواء صرح بالوصية أو لم يصرح بها[1]

3/ قانونا :

نص المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على ما يلي" يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة به " كما عرفها في المادة 184 من قانون الأسرة التي تنص على" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

فالوصية تصرف في المال لا ينفذ إلا بعد موت الموصي وهي تصرف دون معاوضة كمبدأ عام ،فهي من التبرعات وعلى ذلك فإن المال الموصى به يبقى تحت حيازة الموصي و الذي ينتفع به إلى غاية وفاته ، وتبعا لذلك يجوز للموصي الرجوع في الوصية [2] و نص كذلك في المادة 190 من نفس القانون على ما يلي " للموصي أن يوصي بالأموال التي يمتلكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"

كما استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد في المادة 184 من قانون الأسرة حيث قضت المحكمة العليا القرار الصادر في 02 ماي 1995 " من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع و هي مقدمة على التركة "[3].

ثانيا : خصائص الوصية

من خلال تعريف المشرع الجزائري للوصية يمكننا استخلاص جملة من الخصائص نذكر منها :

1/الوصية تمليك: المقصود بكلمة تمليك الواردة في المادة 184 من قانون الأسرة هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع من سكن دار، أراضي

[1] د. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص22

[2] لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا دراسة تفسيرية،دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر،سنة 2014،ص109.

[3] قرار رقم 116375 المؤرخ في 02-05-1995 ،صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، عدد1، سنة 1996 ،ص 108 .

زراعية وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره، ولا يدخل فيها الإيصاء على الأولاد الصغار بعد الوفاة ، إذ أن ذلك ما يختص به قانون أحكام الولاية على المال وذلك منصوص عليه في المادة 187 وما بعدها قانون الأسرة [1]

2/ عن طريق التبرع: يقصد بالتبرع أن الوصية تتم بدون عوض فهي مال أوجبه الموصي في ماله طوعا بعد الموت ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

3/ مضاف إلى ما بعد الموت: يقصد بذلك أن أثر التصرف الذي يتم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته و من ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة مثل الهبة [2] و هذا الفرق يجعل رجوع الوصي من وصيته غير مقيدة بشرط ،كما يجعل قبول الوصية غير معتبر ألا إذا صدر بعد وفاة الموصي.

ثالثا: الطبيعة القانونية للوصية:

يرى جمهور الفقهاء أن الوصية تنشأ بالإيجاب وحده أما القبول فليس ركنا فيها بل هو شرط لثبوت ملك الموصى له للموصى به بعد موت الموصي ،ومنه الوصية تصرف بالإرادة المنفردة يتم إنشاؤه بالإيجاب وحده من قبل الموصي.

ويرى البعض أن الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا وتعليلهم على هذا : أن الوصية عقد يفيد الملك كسائر العقود يكون بين طرفيه ويتم باجتماع إرادتين فلا بد فيه من الإيجاب والقبول [3]

1/موقف المشرع الجزائري: تنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، ومنه فالإرادة المنفردة وحدها كافية لنشوء الوصية لكن لا مانع من أن تتم بالإيجاب والقبول لكن هذا القبول يكون بعد وفاة الموصي حتى يتحقق له الحق في الوصية إذ القبول هنا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به ، و هذا أيضا نصت عليه المادة 197 من نفس القانون" يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" .

---

[1] العربي بلحاج، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2،مرجع سابق، ص231.

[2] أ. نسيمه الشيخ ،مرجع سابق، ص181.

[3] كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1997 ،ص19-18.

من خلال المادتين السابقتين يتضح لنا أن الوصية تصرف تبرعي صادر عن إرادة منفردة هي إرادة الموصي إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لابد أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.

الفرع الثاني :إنشاء الوصية

اختلف الفقهاء في ما يعتبر ركنا في الوصية و ما يعتبر شرطا و انقسموا إلى اتجاهين ،منهم من رأى أن الصيغة هي الركن الوحيد للوصية وهذه الصيغة متمثلة في الإيجاب فقط أما الفريق الآخر اعتبروا أن للوصية أربعة أركان ،أما المشرع الجزائري فنجده يعتبر أن الوصية تصرف صادر بإرادة منفردة يتوقف انعقادها على وجود ركن الرضا وهو الإيجاب الصادر من الموصي فقط أما البقية فاعتبرهم شروط فقط.

أولا : ركن الوصية (الصيغة)

الصيغة هي التعبير عن إرادة المتصرف تصدر على أشكال مختلفة، فتارة تكون منجزة و تارة معلقة أو مضافة حيث أن الأصل في صيغ التصرفات تكون منجزة أي وجود التصرف وحكمه في الحال و لم يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية التي تأبى طبيعتها التنجيز لأنها لا تكون إلا مضافة لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت [1].

ويعرف الإيجاب في العقود بوجه عام بأنه التعبير البات والنهائي الذي يقصد به صاحبه إحداث أثر قانوني طالما صادفه قبول [2] فيتم الإيجاب إما باللفظ الصريح كقول شخص أوصيت فلان بكذا أو يتم بكل لفظ غير صريح في الدلالة لكن يفهم منه إتجاه إرادة الموصي ضمنيا [3]

---

[1] د.محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 56.

[2] د.أنور سلطان ،الموجز في مصادر الالتزام ،منشاة المعارف،الإسكندرية،1970،ص69

[3] انظر المادة 60 الفقرة2 من القانون المدني،سابق الذكر.

كما ينعقد الإيجاب بالإشارة أو الكتابة حتى لو كان الموصي قادرا على التعبير عن إرادته بالكلام [1].

إذا كان الموصي من أصحاب العاهات أي أكثر من عاهة مثلا أبكم أصم أو أعمى أبكم و تعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب العاهة تعين له المحكمة مساعدا قضائيا[2]

ثانيا : شروط الوصية

1/ الموصي : هو من انشأ الوصية بإرادته المنفردة ويشترط فيه أن يكون عاقلا بالغا سن الرشد يملك إرادة الاختيار.

-سلامة العقل : حسب نص المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط أن يكون الموصي سليم العقل "كما أن الفقهاء جميعا متفقون على أن يكون الموصي عاقلا مميزا لتصح وصيته فإذا انعدم العقل و التميز فلا وصية، وعلى هذا فلا تصح وصية المجنون وفي حكمه من المعاتيه [3]

-الرضا : يجب أن يتوافر الرضا في الموصي فإذا كان مكرها أو هازلا أو مخطأ فلا تصح ،ولا تصح أيضا وصية السكران لأن لا قصد فيها كما أنها تضر ورثته و القاعدة المقررة في هذا الشأن " لا ضرر و لا ضرار "[4]

-البلوغ : يقصد به الرشد أي كمال العقل و تمام الإدراك ومنه متى كان الشخص غير محجوز عليه لسفه أو غفلة صحت تصرفاته سواء كانت تبرعية أو عقود معاوضة وحدد المشرع سن الرشد في المادة 40 من القانون المدني ب 19 سنة كاملة [5]

2/ الموصى له : هو المستحق للوصية سواء كانت ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معا، إذن هو من صدرت الوصية لصالحه سواء كان شخص طبيعي أو معنوي و للموصى له شروط سنذكرها كالأتي :

---

[1] انظر المادة 60 الفقرة 1 من القانون المدني،سابق الذكر.

[2] المادة 80 من القانون المدني، معدلة بالقانون 05- 10 المؤرخ في 20-06-2005 جريدة رسمية 44 ص21.

[3] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق ،ص60 .

[4] د.محمد مصطفى شلبي ،مرجع سابق، ص68.

[5] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص253.

– أن يكون الموصى له موجودا : حتى تنعقد الوصية صحيحة ونافذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية ، سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه و يعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معينا في بطن أمه وقت إنشاء الموصى للوصية حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدورها وتعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة و التي جاء فيها " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا "

الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل ونفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا إستهل صارخا أو بدت عليه علامة ظاهرة بالحياة [1]

لقد سوى المشرع في ما يخص إستحقاق الوصية بين الذكر والأنثى في المادة 187 بنصه على ما يلي " و إذا ولدت توأم يستحقونها بالتساوي ولو إختلف الجنس "

– أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القتل يمنع الوصية ويبطلها كما الإرث وذلك أخذا بقوله صلى الله عليه وسلم :"لا وصية لقاتل"

كما نصت المادة 188 من قانون الأسرة على أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا" فالعبرة هنا بالحرمان من الإيصاء بالقتل العمدي وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة الدفاع عن النفس [2]

–أن يكون الموصى له معلوما : المقصود بهذا الشرط ألا يكون مجهولا جهالة لا يمكن رفعها ومثال ذلك الوصية لرجل أو لمن لا يحصون كالمسلمين إلا إذا ذكر الموصى لفظ ينبئ عن حاجة كالوصية للفقراء [3]

– أن لا يكون الموصى له وارثا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " وقال أيضا:" لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة" و عليه فإن الوصية للوارث صحيحة في ذاتها لكنها تكون موقوفة على إجازة الوارثة فإذا أجازوها نفذت ولو حصل العكس بطلت وإن أجازها بعض دون بعض نفذت في حصة

[1] أ. نسيمة الشيخ ،مرجع سابق، ص204.

[2] أ. عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 65.

[3] كمال حمدي ،مرجع سابق، ص197.

من أجازها وبطلت في حصة من لم يجزها هذا رأي جمهور الفقهاء مهما كان مقدار الشيء الموصى به [1] وهذا رأي مشرعنا طبقا للمادة 189 من قانون الأسرة.

– أن يكون الموصى أهلا للتمليك : لم يتعرض المشرع لهذا الشرط في قانون الأسرة غير أن إغفاله له لا يفهم إجازة للوصية لمن هو ليس أهلا للتمليك، باتفاق جمهور العلماء يشرط أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الاستحقاق لصحة الوصية [2]

– أن يكون الموصى له جهة معصية : الوصية شرعت لتكون قربة أو صلة فإذا كان الموصى له جهة معصية فهذا يحول دون تحقيق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم و إعانة ذوي القربى واليتامى أو جهات البر لذا لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو أو أندية القمار أو الكنائس [3]

3/ الموصى به : هو محل الوصية يظهر حكمها فيه وتتحقق مقاصدها به حيال الموصى له ،و قد يعبر عنه بمتعلق الوصية و الموصى به قد يكون مالا حقيقيا كالأعيان أو حكما كالمنافع أو حقا من الحقوق [4]

وشروطه كما يلي :

– أن يكون مما يجري فيه الإرث : معناه أن يكون الموصى به قابلا للتمليك بعدد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصى حسب المادة 184 قانون الأسرة سواء كان مالا حقيقيا كالدراهم أو مالا حكما كالمنافع مثل سكنى الدار [5]

–أن يكون المال الموصى به مالا متقوما و قابلا للتمليك : يقصد بمتقوما أن يكون المال موضوع الوصية مما يباح الانتفاع به، فالخمر والخنزير أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي، أما قابلا للتمليك معناه أن يكون مما يجوز تملكه بعقد من عقود

---

[1] د.علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث المقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص123

[2] د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ،ط2 ،دار الفكر، سوريا، 1993 ،ص35

[3] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 65

[4] أ. نسيمة الشيخ، مرجع سابق، ص212

[5] د.رمضان علي السيد شرنباصي ،د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية و الوقف، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 2003، ص375

الملكية كالبيع و الهبة فلا تصح الوصية بالوظائف العامة و الأموال العامة و غيرها من الحقوق المهنية و الشخصية لأنها لا تورث و لا تصح أن تكون محلا لتعاقد الموصي [1]

– أن يكون الموصى به موجودا : نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي جرى نصها كالأتي " للموصي أن يوصى بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة" ، ويقصد بهذه المادة أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصى وقت إجراء الوصية إذا كان عينا معينة بالذات أما إذا كان الشيء الموصى به غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله فيشرط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية، هذا و لا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لإنعدام المحل [2]

– أن يكون الموصى به مستغرقا بالدين: و هذ ا شرط لنفاذ الوصية أي ألا يكون الموصى مدينا بدين مستغرق لجميع ماله ذلك أن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة فيما تعلق بمال الميراث على كل حق بعد مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع و ذلك حسب المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري، ولأن أداء الديون واجب على كل مسلم و الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة ،و الواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح ومنه تبقى الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة فتصح الوصية بمال مستغرق بالدين إلا في حالتين هما :

*إذا أبرأه الغرماء و أسقطوا ديونهم

*إذا أجاز الغرماء نفاذ الوصية قبل الدين[3]

–ألا يزيد الموصى به عن الثلث: يشترط لنفاذ الوصية أن لا تتعدى الثلث فإذا أوصى الموصي بأكثر من الثلث يتوقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة [4]حيث جاء في قوله صلى الله عليه وسلم" الثلث والثلث كثير" وقوله أيضا" إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم"

---

[1] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص68.

[2] أ.نسيمة شيخ، مرجع سابق ،ص 215.

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 270.

[4] انظر المادة 185 من قانون الأسرة سابق الذكر.

الفرع الثالث: إثبات الوصية

لقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية حيث نص في المادة 191 منه على ما يلي" تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و يحرر عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية" .

أولا :إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل الموثق تراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توفرها في العقود الاحتفالية حيث يحرر العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصي ، وإذا حررت بوكالة يجب حضور الوكيل و الإشارة إلى تلك الوكالة حيث يجب أن تتوفر فيها نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية [1]هذا وتسجل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت و هذا تم تنظيمه في الأمر رقم 76 –105المتضمن قانون التسجيل[2] و تسلم نسخة منها للموصي والموصى له إذا كان موجودا، أما فيما يخص الشهر فلا يوجد نص خاص يقضي بوجوب شهر الوصية إلا القواعد العامة في انتقال الملكية العقارية تقرر و ذلك في المواد 793 من القانون المدني و أيضا المادة 15و 16 من الأمر 74–75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و منه إذا قام الموصي بشهر وصيته بعد أن يتم إفراغها في قالب رسمي فإن هذا الشهر يكون مصدرا لنيل الموصى له حقا عينيا عقاريا يرد على ملكية الموصي و ذلك بعد وفاته [3] و منه فعلى الرغم من انعدام النص القانوني الملزم بشهر الوصية فإنه من مصلحة الموصى له شهر الوصية و ذلك لتكون حجة على الكافة من جهة و من جهة أخرى لضمان استقرار المعاملات العقارية.

---

[1] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 73، 74.

[2] الأمر رقم 76 –105، مؤرخ في 09/12/1976 الموافق ل 17ذي الحجة عام 1986 ،المتضمن قانون التسجيل جريدة رسمية، عدد 81 ،صادرة في 18–12–1977.

[3] مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1 ،دار هومه للطباعة و النشر، 2008 ، الجزائر، ص 141.

ثانيا :إثبات الوصية بحكم قضائي

يستصدر حكم بالوصية في حالة وجود مانع قاهر هذا المانع يقدره القاضي و إذا صدر حكم بالوصية يؤشر به على هامش أصل الملكية، هنا ترفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم[1]،وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 413209 " والذي جاء فيه يمكن في حالة وجود مانع قاهر إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات"[2]

وفي حالة تنازع القوانين من حيث المكان نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة16 من القانون المدني" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الموت".

المطلب الثاني: أحكام الوصية

عرفنا فيما سبق أن الوصية تصرف بإرادة منفردة تنشأ بإيجاب الموصي فإذا كانت مستوفية لجميع الشروط التي سبق وذكرنها تنتج آثارها بعد وفاة الموصي، وذلك إذا لم يطرأ عليها سبب يؤدي إلى إبطالها أو الرجوع عنها وهذا ما سوف نفصل فيه فيما يلي:

الفرع الأول: مبطلات الوصية

أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصي:

1/زوال أهلية الموصي:

يكون إبطال الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق ونحوه كالعته لأن الوصية عقد غير لازم ، فيكون لبقائه حكم ابتدائي بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية بالجنون سواء مطبقا أو لا،لأن شرط الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية،د.س.ن،د.ب.ن، ص409 .

[2] قرار رقم413209 المؤرخ في 16-01-2008، صادر عن المحكمة العليا، عدد 2 ،سنة 2008 ،ص303

بعده في صحة العقد أو التصرف[1] و المشرع الجزائري اشترط سلامة العقل وقت الانعقاد،وذلك حسب نص المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر 19 سنة على الأقل" ونلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت يشاء فإذا جن جنون مطلق متصل بالموت فقد طرأ احتمال رجوعه عنها فتبطل[2]

2/ ردة الموصي عن الإسلام:

إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلاحقه فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة الذي يذهب إلى أن ردة الرجل موجبة لزوال ملكه عن أمواله لكن هذا الزوال موقوف حتى يقرر مصيره[3]، إن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة و ذلك لقلة أو إنعدام حصولها في الوقت الحاضر.

3/ تعليق الوصية على شرط لم يحصل:

كأن يقول الرجل إذا مت عامي هذا فلفلان كذا من المال، فلم يمت هنا تبطل الوصية لتعليقها على شرط لم يتحقق وقد صرح المالكية والحنفية والحنابلة بذلك

4/ رجوع الموصي عن وصيته:

صرح المشرع الجزائري بجواز الرجوع عن الوصية و ذلك حسب المادة 192 من قانون الأسرة و هو نوعان رجوع صريح و رجوع فالصريح يكون بوسائل الإثبات وضمني يستخلص عن كل تصرف [4]سنتطرق إلى مسألة الرجوع بدقة في الفرع الثاني من هذا المطلب

ثانيا:مبطلات الوصية من جهة الموصى له:

1/ردالوصية:

تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي وهذا حسب نص المادة 201 من

---

[1] د. أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي ،الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي،الدار الجامعية للطباعة و النشر ،الإسكندرية،2001 ،ص187.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص317.

[3] د. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص260.

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص318.

قانون الأسرة ، فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله لها و بعد وفاة الموصي فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، أما رد الموصي له الوصية قبل موت الموصى فيعتبر الرد كأن لم يكن ولا عبرة به عند جمهور الفقهاء ، ذلك أن الوصية لم تقع بعد ،ولا حق للموصى له في حياة الموصي إذن فلا يصح رده ومنه يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي [1]

2/ موته قبل موت الموصي :

في الوصية بالأعيان أو المنافع سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم ، لأن التمليك وقع له لا لغيره و بموته أصبح غير أهل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره ، و كذلك إذا مات بعد موت الموصي و قبل ابتداء مدة الإنتفاع في الوصية [2]

3/ إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها :

و هذا يكون في حال إذا كانت الوصية في جهة غير موجودة و ستوجد في المستقبل.

4/ قتل الموصي قتلا عمدا :

سواء كان قبل الوصية أو بعدها فمن قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلا أصليا أم شريكا يحرم من الوصية قياسا على أحكام الميراث و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 قانون الأسرة التي تنص على " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"[3]

ثالثا: مبطلات الوصية من جهة الموصى به :

الموصى به هو محل الوصية أو موضوع الوصية توجد بها أسباب أو ضوابط فإذا انعكست بالسلب تصبح هذه العين في دائرة البطلان، و من الأسباب التي تؤدي إلى إبطال محل الوصية نجد هلاك الموصى به و ذلك إذا كان عينا أو مالا أو نوعا محددا

1/ هلاك الموصى به إذا كان معينا بالذات أو بالنوع :

فلو أوصى بسيارة معينة ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده لانعدام محل الوصية ،و يستحيل ثبوت حكم

[1] أ. نسيمة شيخ،مرجع سابق،ص122

[2] د.أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص 122

[3] د.رمضان علي السيد شرنباصي ، مرجع سابق، ص 464

التصرف أو بقاءه دون وجود محله ، أو لو أوصى بطيوره أو بسهم شائع كثلثها ثم هلكت الطيور قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية [1]

2/ ثبوت إستحقاقه لغير الموصي :

سواء كان ذلك قبل وفاة الموصي أو بعده ، قبل قبول الموصى له أو بعده لأنه إذا تبين يهذا الإستحقاق أن الموصي أوصى بما ليس مملوكا له [2]

و البطلان في الحالتين قد يكون كليا إذا هلك الموصى به كله او إستحق كله و قد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الإستحقاق لبعضه .

الفرع الثاني: الرجوع في الوصية

حسب نص المادة 192 من القانون الأسرة نجد أن المشرع أجاز الرجوع عن الوصية و ذلك أيضا بإتفاق جمهور العلماء لأنها عقد غير لازم فيجوز للموصي الرجوع فيها متى يشاء لأنها تنشئ بالإيجاب فقط ولأنها عقد لا يثبت حكمه إلا بعد وفاة الموصي فلا يترتب على الإيجاب أي حق للموصي [3]

أولا: الرجوع الصريح:

يقصد بالرجوع الصريح ما كان بالقول الدال على العدول عن الوصية دلالة واضحة من غير احتمال لشيء آخر كأن يقول الموصي رجعت عن وصيتي أو أبطالها أو تركتها [4] ولقد نص المشرع الجزائري عن الرجوع الصريح في المادة 192 من قانون الأسرة".. الرجوع الصريع يكون بوسائل إثباتها...".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع خول للموصى ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكن قيده في حال رجع عن وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام

[1] أ.د. محمد كمال الدين إمام ، الوصية و الوقف في الإسلام:مقاصد و قواعد ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،سنة 1999، ص123

[2] د.احمد فراج حسين،مرجع سابق،ص123

[3] د.رمضان على الشرنباصي، مرجع سابق ،ص 466

[4] د. احمد الغندور، مرجع سابق، ص 184

الوصية ومن ثم لا يترتب على الرجوع أي أثر إلا إذا كان ثابتا بورقة رسمية محررة أمام موثق أو عن طريق استصدار حكم قضائي[1]

ثانيا: الرجوع الضمني :

الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل يتصرف مادي في الشيء الموصى به يصدر من الموصي بعد إبرامه وصيته ويكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عن وصيته وإعراضه عنها و هذا حسب المادة192 من قانون الأسرة.

فالرجوع الضمني هو ذلك الفعل الذي يخرج الموصى به عن ملك الموصي كبيعه أو هبته أو التصدق به أو جعله مهرا أو بدلا في الخلع ذلك أن إخراج الموصى به من ملك الموصي و قطع صلته به يدل في عرف الناس على الرجوع عن الوصية[2]

ثالثا :الحكم القانوني للرجوع في الوصية:

تنص المادة 192 من قانون الأسرة على مايلي" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل يتصرف يستخلص منه الرجوع فيها"

من خلال نص المادة يظهر لنا أن المشرع اعتبر الوصية تصرفا تبرعيا غير لازم يجوز للموصي أن يرجع فيه مادام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمنا وهذا ما استقر عليه القضاء من خلال القرار رقم 54727 والذي جاء فيه" من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابت في– قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي رجع عن وصيته بموجب وكالة رسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع ممتلكاته العقارية يكونون بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

---

[1] أ. نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص، 230

[2] د.محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ،ص 225

[3] قرار رقم 54727 المؤرخ في 24-01-1990، صادر عن المحكمة العليا، عدد 4، ص85،

خلاصة الفصل الأول

من خلال دراستنا لهذا الفصل والذي خصصناه لكل من الوقف و الوصية نجد أن الوقف نظام مالي مستقل بذاته تبناه المشرع و خصص له ترسانة من القوانين لتنظيمه أهمها قانون 91_10 المعدل و المتمم الذي يعد الإطار القانوني والمرجعي المنظم لمادة الوقف، فتم تعريفه على انه حبس العين على وجه التأبيد و التصدق على الفقراء، و حددت خصائصه نذكر منها على سبيل المثال تمتعه بحماية قانونية متميزة ،كما تم التفصيل في بيان نوعي الوقف:العام والخاص،إضافة إلى الطبيعة القانونية التي كانت محل نقاش و جدل فقهي .كما تم التطرق إلى أركان الوقف،لا يكون الوقف نافذا إلا بتوفر الرسمية ،التسجيل والشهر.

مما سبق توصلنا الى النتائج التالية:

- فالمشرع وسع من نطاق إثبات الوقف فأخضعه لقواعد الإثبات القانونية و الشرعية المتعارف عليها .
- استحدث طريقة جديدة هي الإشهاد المكتوب و التي يتم استصدارها بعد إتباع مجموعة من الإجراءات.

الوصية تصرف صادر بإرادة الموصي حيث تم تعريفها على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ولعل هذه ابرز خصائصها ، تعتبر الوصية صحيحة و نافذة بعد استفاء أركانها و شروطها ، بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده اعتبر الصيغة هي الركن الوحيد للوصية و الموصي ،الموصى له ،الموصى به و هي شروطها ،و عليه توصلنا إلى النتائج الآتية :

- لا وجود لنص خاص يلزم بشهر الوصية إلا ما جاءت به القواعد العامة لنقل الملكية العقارية .
- تم تحديد طريقتين لإثبات الوصية :العقد التوثيقي و هذا الأصل ،في حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم قضائي.

الفصل الثاني:
التصرفات
التبرعية الصادرة
عن توافق إرادتين

الهبة من أسمى التصرفات كونها تنسب إلى رب الكون فقد جاء في قوله تعالى "انك أنت العزيز الوهاب " فهي من الصفات التي وصف بها الله عز و جل نفسه ،فهي تصرف شرعي أباحته الشرائع السماوية و القوانين و الأنظمة حيث سنت لها قواعد لضبط أحكامها ،تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني و قانون الأسرة في الباب الرابع تحت عنوان التبرعات إذا هي عقد تبرعي يقوم به الواهب قصد التبرع بماله و ذلك لأمرين ، ابتغاء مرضاة الله تعالى و تطبيقا لقوله " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " ، كما قد يقصد بها الواهب التودد و توطيد العلاقات و الصداقات و هذا اقتداء بقوله صلى الله عليه و سلم تهادوا تحابوا ،حيث سنقوم في هذا الفصل بدراسة مقتضبة لكافة جوانب هذا العقد ، و ذلك لتوضيح أهم خصائصها و إبراز ما يميزها عن باقي العقود ، كما سنذكر الأركان التي يقوم عليها هذا العقد الذي له أركان عامة و هي التي يجب توفها في أي عقد كما خصه المشرع باركان خاصة به فقط ، كما يجدر بنا الإشارة إلى الأركان الشكلية الواجب توفرها لنقل ملكية العقار باعتبار ان عقد الهبة محل دراستنا منصب على عقار ، ثم سنعرج إلى الأحكام المترتبة على الهبة التي تنفرد بأحكام تميزها عن باقي العقود رغم اشتراكها في الأركان و هذه الأحكام تتمثل في الآثار المترتبة على طرفي العقد بالإضافة إلى مسالة الرجوع التي ضبط المشرع و حدد الحالات التي يجوز فيها ممارسة هذا الحق الذي خوله القانون للواهب .

مما سبق نقسم هذا الفصل للمبحثين التاليين :

المبحث الأول: عقد الهبة

المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة

المبحث الأول: عقد الهبة

في هذا المبحث سنقوم بدراسة مفهوم الهبة و ذلك من خلال تعريفها اللغوي الذي سيقودنا بدوره إلى تعريفات المذاهب الفقهية ،بالإضافة إلى التعريف القانوني ،مع إبراز أهم خصائصها و مقوماتها لنصل إلى أهم ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود ، ثم سنطرق إلى كيفية إنشاء الهبة، حيث أن لهذا عقد أركان العامة وأخرى خاصة ينفرد بها دون غيره من العقود وكل ما سبق ذكره سنقوم بدراسته وفقا للمطلبين التاليين:

المطلب الأول:مفهوم عقد الهبة

المطلب الثاني:أركان عقد الهبة

المطلب الأول: مفهوم الهبة

لتحديد معنى عقد الهبة وجب علينا تعريفها لغة وفقها وقانونا وهذا ما سنقوم به في الفرع الأول من هذا المطلب ثم سنوضح بعد ذلك مجموعة الخصائص المميزة للهبة في الفرع الثاني وبما أننا قمنا بالتمييز بين الهبة و التصرفات الملزمة لجانب واحد(الوصية و الوقف) في الفصل الأول من هذه المذكرة سنكتفي هنا بتمييزها عن العقود الملزمة لجانبين وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الهبة

أولا: تعريف الهبة لغة

هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال وهي مأخوذة أيضا من هب بمعنى مر لمرورها من يد إلى أخرى [1] بمعنى أعطى وفي ذلك قوله تعالى" يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور"[2]

ثانيا: تعريف الهبة فقها:

الهبة هي عقد يتخلى بموجبه الواهب ما يملكه لصالح شخص آخر دون مقابل[3]

حيث عرفها الحنفية على أنها تمليك العين بلا شرط العوض في الحال هذا يعني أن الشخص الذي يملك عينا معينة يحق له أن يملكها غيره بدون عوض مالي.

وعرفها الحنابلة على أنها تمليك جائز التصرف ما لا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض.

و يعرفها المالكية على أنها تمليك لذات العين بلا عوض لوجه الموهوب له وحده ويعرفها الشافعية على أنها تمليك تطوع حال الحياة[4].

---

[1] نورة منصوري، هبة العقار في التشريع ، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر،سنة 2010 ،ص 11.

[2] الآية 49 من سورة الشورى .

[3] د.عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد القضائي، الجزء 1، ط2، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، سنة 2011، ص 633

[4] د.محمد يوسف عمرو، الميراث و الوصية، دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان،سنة 2008 ، ص 221،222

ثالثا: تعريف الهبة قانونا

لقد أدرج المشرع الجزائري الهبة مع الوقف والوصية باعتبارهم تصرفات تبرعية وذلك في الكتاب الرابع من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02 حيث عرفها و حدد أحكامها في المواد 202 إلى 212 ،فعرفها في المادة 202 كما يلي" الهبة تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط" إذا قمنا بتحليل الشطر الأول من هذه المادة نلاحظ أن الهبة تمليك، ما يفهم منه أنها تنقل ملكية مال فيخرج من ذمة الواهب ليدخل في ذمة الموهوب له أي تفقر المالك الأصلي وتغني المستفاد من تصرفه[1]

الفرع الثاني: مقومات و خصائص الهبة:

أولا: مقومات عقد الهبة

1/ الهبة عقد بين الأحياء:

لابد فيه من إيجاب وقبول المتطابقين في كل عقد على العموم، إيجاب من الواهب بدافع من إراداته المنفردة وقبول من الموهوب له بإرادة قابلة هذا يعني ضرورة رضا الطرفين و في حال حياة كل منهما و برضا الواهب من جانب ورضا الموهوب له من جانب آخر وهذا ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة " أما الهبة فلا بد فيها من إيجاب وقبول عند الجميع" وذلك خلافا للوصية التي تنعقد بإرادة منفردة[2].

2/ الهبة تصرف بلا عوض:

مفهوم هذا المقوم أن الواهب عندما يتصرف في ماله أو جزء منه فإن ذلك يكون بلا عوض أي أنه لا يبغي من تصرفه مقابلا لما وهبه،ولعل ما يميز الهبة عن باقي التبرعات رغم أنها تدخل

[1] فريدة هلال ،الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري ،مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر،2010/2011،ص10.

[2] د.محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2003، ص28

ضمن عقود التبرع الأخرى، التبرع بأي خدمة أو عمل آخر فالهبة تنفرد عن هذه العقود في كون أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء أو نقل ملكيته[1]

3/نية التبرع:

هو عنصر معنوي لابد منه فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع كأن يوفي دينا على شخص فيكون هذا التصرف وفاء لا هبة فلا يستطيع الرجوع عنه وتختفي التبرع[2].

ثانيا :خصائص عقد الهبة

1/ الهبة عقد شكلي:

هذه الخاصية تعني أن عقد الهبة من العقود الشكلية،فلا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل معين و هذا ما أوجبته المادة 206 من قانون الأسرة لذلك يجب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق[3].

2/الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد:

وذلك في حالة كونها تبرعا وإذا كانت الهبة بلا مقابل فإنها لا ترتب إلا التزامات في جانب الواهب وحده، حيث يلتزم بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، فإن الهبة في هذه الحالة تكون ملزمة للجانبين إلا إذا اقترنت بشروط معينة تجب في ذمة الموهوب له فإنها تعد من العقود الملزمة للجانبين ويتعين على كل طرف الوفاء بالتزامه.

3/الهبة من العقود المسماة:

ذلك أن المشرع الجزائري أعطاه اسما و الأصل أن موقعه ضمن العقود المدنية المسماة في القانون المدني لكن المشرع أدرجه في قانون الأسرة باعتباره من قبيل الأحوال الشخصية ولأن أحكامه و أصله من الفقه[4]

[1] نورة منصوري،مرجع سابق،ص23

[2] د.محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 223.

[3] د.محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص23.

[4] نورة منصوري،مرجع سابق،ص24.

الفرع الثالث:التمييز بين الهبة و التصرفات المشابهة له:

كما سبق و ذكرنا أننا ميزنا بين الهبة و الوصية و الوقف باعتبارها تصرفات مشابهة لها وصادرة من جانب واحد ، فسنقوم الآن بتمييزها عن كل من عقد البيع والإيجار باعتبارهما عقود ملزمة لجانبين.

اولا:التمييز بين الهبة وعقد البيع:

قد يتخذ البيع ستارا للهبة ،فيذكر فيه عوضا على أنه ثمن ثم يهب البائع الثمن للمشتري مثل هذا العقد في طبيعته هبة مكشوفة، بمعنى أن نية التبرع واضحة في العقد و البيع يكون دائما بمقابل ، في حين أن الهبة تتم بدون مقابل إذا هذا الأخير هو الذي يميز أو يفرق بين العقدين ،إلا أنه قد تكون الهبة بمقابل أي عوض .

هناك رأي يذهب في هذه الحالة إلى التفرقة بناء على نية التبرع، فإذا توفرت النية لدى العاقد فهنا العقد هبة دون النظر إلى المقابل و لو كان كبيرا.

لكن هناك رأي آخر يذهب إلى الاعتداد بالمقابل فإذا كان هذا الأخير مساويا لقيمة الشيء المبيع هنا نكون بصدد بيع ، أما إذا كان المقابل أقل من الشيء المبيع فالعقد هنا هبة ،و هذا الرأي الموضوعي الأخير ينتقد فكرة النية التبرعية لأنه يصعب استنتاجها[1]

ثانيا:التمييز بين الهبة و عقد الإيجار :

الهبة هي تمليك المال بلا عوض بقصد التبرع ،بينما عقد الإيجار ينشىء التزامات شخصية في جانب كل من المستأجر و المؤجر ولا يرتب حقا في الشيء المؤجر يترتب على ذلك أن الإيجار عقد ملزم لجانبين وهو من عقود المعاوضة الذي ينقل منفعة الشيء المؤجر لمدة معينة مقابل أجر و عنصر الزمان فيه جوهري لذا فهو عقد مؤقت والأجرة فيه مقابل الانتفاع والهبة عقد الشكلية فيه واجبة إذا وقع على عقار بينما الإيجار عقد رضائي وهو من عقود الإدارة لا من عقود التصرف.[2]

[1] د.زاهية سي يوسف، عقد البيع ،ط.3، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2008 ص22،23

[2] د.محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص43

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة

الهبة عقد كسائر العقود يستلزم لإنشائه توفر أركان و شروط حتى يرتب آثره القانوني و هو نقل الملكية حيث أن للهبة أسس لازمة لوجوده أو بمعنى أركانها الموضوعية و المتمثلة في كل من (التراضي،المحل،السبب) و الشكلية (الرسمية ،التسجيل،الشهر) و بالإضافة إل هذه الأركان العامة اشترط القانون ركنين خاصين بهذا العقد هما الشكلية و الحيازة.

الفرع الأول: الأركان العامة

أولا: الأركان الموضوعية:

1/التراضي: نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" ومنه يتم التراضي بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات حسب اتفاقهما ويجب أن يصدر الإيجاب والقبول من طرفين توفرت فيهما أهلية التعاقد كما يجب أن يكون الرضا خاليا من كل العيوب التي تشوبه أثناء إبرام العقد[1]

أ/ تطابق الإيجاب والقبول:

تنص المادة 260 من قانون الأسرة على ما يلي "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول و إذا اختلت أحد الشروط السابقة بطلت الهبة"

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط طريقة معينة للتعبير عن الإيجاب و القبول وهذا يعني أنه يكون التعبير عن الإرادة إما صريح أو ضمني ويكون إما كتابة أو لفظا[2]

ب/شروط صحة التراضي:

1/ الأهلية: نصت المادة 203 من قانون الأسرة على ما يلي" يشترط في الواهب،أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة وغير محجور عليه".

---

[1] أ.علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 28.

[2] انظر المادة 60 من القانون المدني، سابق الذكر.

من خلال نص المادة نستنتج ما يلي:

1_1 شروط الواهب:

–أن يكون سليم العقل: حيث أن الهبة من التصرفات الضارة له ضرر محضا وعليه فلا يجوز للمجنون إبرام عقد هبة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها 31833 والذي جاء فيه "إذا كان من الثابت أن النزاع في قضية الحال يتعلق بعقد الهبة و أن الطاعنتين دفعتان بأن والدهن_ الواهب_ كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية و لقد كان علي قضاة الاستئناف التصدي لهذا الادعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالاعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة و موت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البت في هذا الدفع و القضاء بصحة الهبة عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب البيان والتحليل بما فيه الكفاية[1]

– أن يكون بالغا 19 سنة : إذن هذا هو سن الرشد القانوني الذي أقره المشرع الجزائري في التصرفات والعقود[2] كما رجع و أكد هذا في قانون الأسرة أنه إذا بلغ الواهب 19 سنة كاملة فهو كامل الأهلية حيث يمكن التبرع و التعاقد في الهبة ما لم يحجر عليه[3]

–أن يكون غير محجور عليه : الحجر ينشأ بالنظر إلى حالة الشخص العقلية كما هو الحال في المجنون والمعتوه والسفيه حيث أن الجنون يمنع صاحبه من التصرف بما يقضيه العقل السليم ،والعته يجعل صاحبه قليل الفهم ،مختلط الكلام ،فاسد التدبير والسفيه هو ضعيف العقل وليس مختل [4]ويصدر الحجر بموجب حكم قضائي صادر عن فرع شؤون الأسرة.

2_1شروط الموهوب له:

بالنسبة للموهوب له فالمشرع الجزائري اكتفى بأهلية التمييز أنه يقوم بعمل نافع نفعا محض و أيضا أجازها للجنين في بطن أمه استنباطا من المذهب المالكي لكنه اشترط أن يولد حيا[5]

[1] قرار رقم 31833 مؤرخ في 22–10–1984، صادر عن المحكمة العليا ،عدد 3،سنة 1989،ص65

[2] انظر نص المادة 40 من القانون المدني، سابق الذكر

[3] انظر نص المادة 86 من قانون الأسرة، سابق الذكر

[4] زكية حميدو ، بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية في القانون الجزائري و التونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3 ،سنة 2009 ص 286،

[5] انظر نص المادة 209 من قانون الأسرة.

فيتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهي الأم في حالة ما إذا كانت الهبة من الأب أو هذا الأخير إذا كانت الهبة من أجنبي[1].

2/ عيوب الرضا:

إن عيوب الرضا في عقد الهبة هي عيوبه في أي عقد آخر لذلك سنكتفي بذكر المواد المؤطرة لكل عيب و ذلك في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة

أ/ الغلط: تم ذكره في المواد 81،82،83،84،85 من القانون المدني يقصد بالغلط الذي يعيب الإرادة ذلك الغلط الجوهري الذي يجعل العقد قابل للإبطال حيث قد يقع هذا الغلط على الشيء محل العقد أو صفة من صفاته قد تكون في شخصية المتعاقد والتي تكون دائما محل اعتبار عقود التبرع وتجعل العقد القابل للإبطال[2]

ب/التدليس: نص عليها المشرع في المادة 86 من القانون المدني و هو استعمال طرق احتيالية تخدع المدلس عليه و تدفعه إلى التعاقد و منه فهو يقوم على عنصرين عنصر مادي وهو استعمال الحيل وعنصر شخصي وهو أن تكون الحيل جسيمة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد[3]

ج/الاكراه: يعرف فقهاء القانون المدني الإكراه بأنه ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحدث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد فالإكراه يعيب الإرادة في حريتها واختيارها[4]

و المشرع الجزائري أورد جواز إبطال العقد للإكراه و ذلك في المادة 88 من القانون المدني.

د/ الاستغلال: نص عليه المشرع في المادة 90 من القانون المدني كما يستخلص من تعريف الفقهاء أن الاستغلال هو الاستفادة من حالة ضعف أحد المتعاقدين حيث يستغل المتعاقد الآخر فيه طيشا أو هوا جامعه في قتل التعادل بين الالتزامات المتعاقدين و يقل ما يأخذه المغبون عما يعطيه [5].

---

[1] أ.عمر حمدي باشا ،مرجع سابق، ص 32.

[2] أ.علي علي سليمان، مرجع سابق، ص57.

[3] أ.علي علي سليمان ،المرجع نفسه، ص60.

[4] د.محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإتزام مصادر الالتزام ،ج1، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 1993 ،ص 186.

[5] د. محمد بن احمد تقيه، مرجع سابق، ص138

2/المحل:

الركن الثاني الذي يجب توفره لانعقاد الهبة هو المحل الذي يسري عليه نفس الشروط الواجب توافرها في أي عقد بوجه عام حيث يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، صالح للتعامل فيه، مملوكا للواهب.

شروط المحل:

-أن يكون موجودا أو قابلا للوجود: يقصد بذلك أن يكون الشيء محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام، وممكن الوجود في المستقبل عند التنفيذ، وبالتالي إذا كان محل الالتزام يستحيل وجوده في العقد يكون باطل بطلانا مطلقا[1]

-أن يكون معينا أو قابلا للتعيين: هذا الشرط معروف في القواعد العامة ويجب أن يكون المحل معينا بذاته فإن لم يكن معينا بذاته ويجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا[2]

-أن يكون مشروعا:أن يكون صالحا للتعامل فيه غير مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

-أن يكون مملوكا للواهب: عند قيام الواهب بإبرام عقد الهبة وجب عليه أن يكون مالك لما تصرف فيه، أما لو اشترط في مقابل هبته على الواهب القيام بالتزامات أو تكاليف معينة ،عند تصبح الهبة عقد ملزم للجانبين إلا أنه يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب ،فلو كان تعادل في قيمة العوض فان العقد يكون معاوضة و ليس تبرعا و هذا ما نصت عليه المادة 202 فقرة 2 من القانون المدني "يجوز للواهب ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف عى انجاز الشرط [3]

3/السبب:

تسري نظرية السبب في القانون المدني على عقد الهبة كما تسري على غيره من العقود حيث نص المشرع في المادة 97 على ما يلي" إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا" فسبب هو الباعث والدافع الذي دفع المتعاقد لإبرام العقد و يشترط فيه ان يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام فإذا ثبت العكس

[1] أنظر المادة 92 من القانون المدني، سابق الذكر

[2] أنظر المادة94 من القانون المدني.سابق الذكر

[3] نورة منصوري،مرجع سابق ،ص 34

وثبت المتعاقد الآخر بعدم مشروعية السبب كان العقد باطلا و ذلك حسب المادة 98 من القانون المدني [1]

ثانيا: الأركان الشكلية:

1/الرسمية:

بما أن عقد الهبة ينقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فهو يخضع للشكل الرسمي لدي الموثق[2] حتى يكون حجة بين المتعاقدين و تجاه الغير حيث نصت المادة 206 من قانون الأسرة على مايلي "إن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ،لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم إستفاءها الشروط الجوهرية" وهذا أيضا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها رقم 10365 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان"[3] ومنه فإن عقد الهبة المفرغ في شكل عرفي هو عقد باطل بطلانا مطلقا يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد[4]

2/التسجيل:

بعد إبرام العقد المتضمن هبة العقار أمام الموثق و طبقا لأحكام الأمر 76-105و المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم بقوانين المالية ، عليه بعد ذلك تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا [5] وذلك في أجل لا يتجاوز شهر و هذا طبقا لنص المادة 58 من قانون التسجيل و التي جاء فيها "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها" إن عملية تسجيل العقد الوارد على عقار تهدف إلى تحصيل الرسوم والحقوق لفائدة الخزينة العمومية و أيضا إثبات تاريخ العقود العرفية[6].

---

[1] أ.علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 75.

[2] انظر الملحق رقم 3

[3] قرار رقم 10365، المؤرخ في 09-11-1994،صادر عن المحكمة العليا،عدد51،سنة 1996، ص 67

[4] انظر نص المادة 324 مكرر3 من القانون المدني.

[5] تنص المادة 75 فقرة1 من قانون التسجيل على ما يلي" لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع لدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم".

[6] أ.عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، ط.2، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع،سنة 2000،ص 115.

3/الشهر:

يعرف الشهر العقاري بأنه نظام قانوني، له مجموعة من القواعد و الإجراءات التي يضمن بها حق الملكية العقارية و كذا الحقوق العينية العقارية الأخرى و جميع العمليات القانونية الواردة على العقارات، فهو يلعب دورا هاما يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية للعقار محل الشهر [1]، كما يلعب الشهر دورا مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام عملية نقل الملكية بين الطرفين المتعاقدين.

إستنادا لأحكام المادة 14 من الأمر 74/75 يكون إلزاميا بالنسبة للعقود التالية :

-كافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلنة أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

-كافة العقود و الأحكام القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان محل تأسيس لمجموعة بالبطاقات العقارية الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري العمل به و كذا تسجيل الرهون أو الامتيازات .

-المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي و المثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المشهرة في مجموعة البطاقات العقارية.

-بصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مشهر في مجموعة البطاقات العقارية [2].

ومن ضمن العقود الرسمية التي تكون وظيفة الإشهار فيها إلزامية هي هبة العقارات و يتولى المحافظ العقاري التأكد قبل الإشهار من:

1- وجود الوثائق المتطلبة قانونا ولاسيما العقد التوثيقي للهبة.

2- التأكد من أن الواهب لديه سند ملكية مشهر بالمحافظة تطبيقا لقاعدة الأثر المسبق

3- تقديم الدفتر العقاري للعقار موضوع الهبة، إن كان هذا العقار مشمول بعملية المسح العام

4- تقديم اداة من أدوات التعمير إلزاميا أن كان العقار موضوع الهبة ،عقارا حضاريا صالحا للبناء.[3]

---

[1] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 63.

[2] أ.عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق ص119.

[3] نورة منصوري، مرجع سابق، ص64.

الفرع الثاني: الأركان الخاصة

اولا: الشكلية

بما أن هبة العقار المنصوص عليها في قانون الأسرة ليست عقد رضائيا وإنما عقدا شكليا يستلزم ذلك إفراغها في شكل رسمي وإلا كانت باطلة [1]، الشكلية يقصد بها وجوب إفراغ العقد في قالب رسمي على يد موظف أو ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة، حيث يقوم بتلقي الإيجاب من الواهب و القبول من الموهوب له بشأن الشيء الموهوب أي العقار محل العقد طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه [2] ومنه على الواهب و الموهوب له الاتجاه إلى الموثق باعتباره ضابط عمومي لإبرام عقد الهبة و الذي عليه أن يتثبت من أهلية أطراف العقد و العقار محل العقد وكل المعلومات والإجراءات المتعلقة به ،قبل أن يقوم الموثق بتحرير العقد يجب أن يقرأ الصيغة الكاملة على المتعاقدين مع تبيان الأثر القانوني المترتب على هذا العقد[3].

ثانيا:الحيازة

من خلال نص المادة 206 نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن الحيازة ركن في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو منقول و يقصد بالحيازة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة عليه ماديا بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق و ذلك بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له [4]، تتم الحيازة إما فعليا أو حكميا ، فتكون فعليا بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله [5]حيث يتمكن من حيازته على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب فإذا كان العقار الموهوب منزلا يسكنه الواهب وجب عليه أن يخليه و يسلم المفاتيح إلى الموهوب له ،أما إذا كان العقار الموهوب في حيازة الموهوب له قبل إبرام الهبة على أساس إيجار أو عارية ثم يبرم عقد الهبة هنا نكون بصدد حيازة حكمية فيحتاج

---

[1] أ.نسيمة شيخ ،مرجع سابق، ص 47.

[2] أنظر نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، سابق الذكر

3 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق–، ص49.

[4] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 9.

[5] تنص المادة 210 من قانون الأسرة " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله".

الواهب إلى اتفاق مع الموهوب له على إبقاء العقار في حيازته مع تغيير الصفة فقط فيصبح مالكا[1]، مما سبق نستنتج أن الحيازة ركن لا يمكن الاستغناء عنها فلا بد من اجتماع كل من الحيازة و الرسمية معا لتمام عقد الهبة و الذي يترتب على تخلفها البطلان المطلق و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها رقم 50651 "من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة، وتأسيسا على ما تقدم استوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية"[2].

إلا أن المشرع أورد استثناءا حيث يمكن الاستغناء عن الحيازة إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو إذا كان العقار الموهوب مشاع إجراءات التوثيق هنا تغني عن الحيازة[3]

[1] أ. نسيمه الشيخ، مرجع سابق، ص54.53

[2] قرار رقم 50651، مؤرخ في 24-02-1986صادر عن المحكمة العليا،غير منشور ،نقلا عن عمر حمدي باشا،عقود التبرعات،مرجع سابق ص10

[3] انظر نص المادة 208 من قانون الأسرة، سابق الذكر

المبحث الثاني: أحكام عقد الهبة

بعد تعرضنا إلى مفهوم الهبة و ذلك من خلال تحديد كل من خصائصها و مميزاته بالإضافة إلى الأركان التي يجب توفرها لقيام هذا العقد ،يحيلنا هذا للتطرق إلى الأحكام المترتبة على هذا العقد و التي تتمثل في الآثار التي يحدثها من جانب الواهب و الموهوب له إضافة إلى مسالة الرجوع و كيفية ذلك و الآثار التي تترتب عليه وفي الأخير سندرس بطلان هذا التصرف الخطير الذي يجرد الفرد من ممتلكاته بإرادته،و هذا ما حاولنا بحثه من خلال خلال المطالب الثلاث التالية:

المطلب الأول: آثار عقد الهبة

المطلب الثاني: الرجوع في عقد الهبة

المطلب الثالث: بطلان عقد الهبة

المطلب الأول: آثار عقد الهبة

الأصل في عقد الهبة أنه ملزم لجانب واحد هو الواهب ،إلا أنه إذا اشترط المواهب عوضا تصبح الهبة عقدا ملزما لجانبين و بالتالي سنجدها ترتب التزامات في ذمة كلا الطرفين، لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين لدراسة التزامات كل طرف.

الفرع الأول: التزامات الواهب:

يقع على على عاتق الواهب أربعة التزامات حددها القانون و تتمثل في نقل ملكية العقار الموهوب،تسليم العقار إلى الموهوب له،ضمان التعرض ،ضمان العيوب الخفية .

أ/ نقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له:

إذا تمت الهبة مستوفية الأركان و الشروط فان ملكية العقار الموهوب سواء في حق الغير أو ما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة لدا الموثق وشهره المحافظة العقارية و إلا يعتبر عقد الهبة باطلا ذلك أن نص كل من المادتين 206 من قانون الأسرة و 324 مكرر 1 من القانون المدني يوجب تحت طائلة البطلان تسجيل عقد الهبة الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري وبجانب ذلك تتطلب المادتان 15 و 16 من قانون التسجيل التي أحالة إليهما المادة 165 من القانون المدني ما يلي " إن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري " . و بجانب ذلك لابد من الحيازة لأن الهبة عقد رسمي يتطلب إجراءات خاصة به [1]

ب/الالتزام بتسليم الشيء الموهوب :

إن هذا الالتزام جزء أو فرع من الالتزام بنقل الملكية فعلى الواهب تسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة [2] و التسليم يكون بوضع العقار تحت تصرف الموهوب له وذلك بتخلية الواهب إياه و تسليم المفاتيح للواهب ، يقع كثيرا أن يكون مجرد إخلاء العقار منطويا

[1] د.محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 245.

[2] أنظر المادة 167 من القانون المدني. مرجع سابق.

على تمكين الواهب من الإستلاء على الموهوب و لكن قد يقتضي الأمر أن يسلم الواهب مفاتيح الدار إلى الموهوب له حتى يتمكن من دخولها[1]، إن تسليم العقار يكون وقت إبرام عقد الهبة و خلافا لما متعارف عليه في أحكام البيع فإن تبعات الهلاك بسبب أجنبي قبل التسليم تقع على الموهوب له لأن الواهب متبرع.

ج/ الالتزام بضمان التعرض:

على الواهب أن يضمن التعرض سواء الذي يصدر منه أو من غيره، حيث ينبغي على الواهب ضمان التعرض الصادر منه بصورتيه المادية و القانونية فالتعرض المادي كان يأتي الواهب بأفعال مادية يكون من شانها أن تحول بين الواهب و انتفاعه بالشيء الموهوب انتفاعا تاما و هادئا أما القانوني فيقصد به قيام الواهب بتصرفات قانونية مع الغير على نفس الشيء الموهوب بعد إبرام عقد الهبة كالقيام ببيع الشيء الموهوب [2] بالإضافة إلى ضمان الواهب للتعرض الصادر منه فإنه كذلك يضمن التعرض الصادر عن غيره تجاه الموهوب له لكنه يضمن التعرض القانوني فقط كإدعاء الغير بوجود حق على الشيء الموهوب ، أو رفع دعوة قضائية ضد الموهوب له ، أما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه الواهب [3]

د/ ضمان العيوب الخفية :

لا يضمن الواهب العيب الخفي إلا إذا كانت الهبة بعوض لأنه متبرع و يعتبر الشيء الموهوب معيبا إذا لحقه تلف عارض يجعله على غير حاله و تقدير وجود العيب أو عدمه لا يكون ثابتا في جميع الأحوال ،ويعرف العيب على أنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة العادية [4]

الأحوال التي يضمن فيها الواهب العيب الخفي ثلاث حالات و هي:

1/ حالة تعمد الواهب إخفاء العيب :

فانه يجب عليه الضمان فلا يكفي أن يكون عالما بالعيب لأنه إذا كان حقيقة عالما بالعيب ولكن لم يعتمد إخفاءه، فإنه لم يجب عليه الضمان ولكي يجب الضمان على الواهب أن يتعمد إخفاء

[1] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 149.

[2] نورة منصوري ،مرجع سابق ،ص 70.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 158.

[4] د.عمرو يوسف، مرجع سابق، ص 269.

العيب على الموهوب له بمعنى أنه لا يخبر الموهوب له عن العيب الذي يصيب العين الموهوبة في هذه الحالة يجب عليه الضمان وهذا تطبيق القواعد العامة في عقد البيع[1].

2/حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل:

ثم بعد عقد الهبة ظهرت العيوب الخفية فإن الواهب يلتزم بتعويض الموهوب له عن الأضرار التي نتجت بسبب العين بالإضافة إلى التعويض عن النقص الذي لحق بقيمة العين الموهوبة شرطا أن لا يتجاوز التعويض مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له [2]

3/اذا ضمن الواهب بإتفاق خاص مع الموهوب له خلو العين الموهوبة:

من العيوب ثم ظهر عيب في هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيوب التي ظهرت حتى ولو لم يكن يعلم بها و حتى لو كانت الهبة دون مقابل أو عوض[3]

الفرع الثاني: التزامات الموهوب له

الأصل أنه لا توجد التزامات على عاتق الموهوب له باعتبار أن الهبة تبرعا فتكون عقدا ملزم لجانب واحد وهو الواهب لكن كما سبق و ذكرنا أن الهبة قد تكون بعوض كما انه يمكن أن يتفق الواهب والموهوب له على ان يلتزم الموهوب له بنفقات عقد الهبة ونفقات التسليم لذلك فإن التزامات الموهوب له هي الالتزام بدفع العوض و الالتزام بنفقات الهبة

أ/الالتزام بأداء العوض:

تنص المادة 202 من قانون الأسرة على مايلي" يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز شرط"

وبالتالي فإن المشرع الجزائري أجاز تعليق الهبة على شرط إما أن يكون فاسخا أو يكون واقفا كما قد يكون هذا الشرط لمصلحة الواهب[4] أول لمصلحة الغير أو لمصلحة الموهوب له حيث لا يجب أن يكون العوض أكثر مما سيجنيه الموهوب له جراء الهبة وأن لا يعادله وإلا سنكون أمام معاوضة، وفي كل الحالات فإن الموهوب له ملزم بأداء الشرط المتفق عليه وإذا اخل

[1] نورة منصوري، مرجع سابق، ص71.72

[2] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 166.

[3] د.عمرو يوسف، مرجع سابق، ص270.

[4] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص169.

الموهوب له بتأدية العوض دون أي عذر مقبول كان للواهب أو لورثته المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ و هذا تطبيقا للقواعد العامة[1].

ب/الإلتزام بأداء نفقات الهبة:

الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له وذلك باعتبار ألا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة و نفقات التسليم وذلك تفسير للهبة في أضيق حدودها ، و لكن يجوز الإتفاق على أن تكون هذه النفقات على الواهب ، ولكن الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضا أن يتحمل هذه النفقات حتى ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصا من كل التكاليف وأية مصروفات ولذلك يجوز الإتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد ونفقات تسليم المال الموهوب[2].

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة

الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية استرجاعها واستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة و الرجوع في الهبة يتم إما باللفظ الصريح أو يتم بصدور تصرف من الواهب يدل على الرجوع، حيث سنقوم في هذا المطلب بدراسة موانع الرجوع في الهبة ،طرق الرجوع والآثار المترتبة على هذا الرجوع وفقا للمطالب التالية

الفرع الأول: موانع الرجوع في الهبة

كما سبق وذكرنا أن الهبة عقد لازم، ومنه لا يجوز الرجوع فيه كمبدأ عام ومما لاشك فيه أن المشرع الجزائري عندما ساير فقهاء الشريعة لديه ما يبرره وهو قوله عليه الصلاة والسلام" العائد في هبته كالعائد في قيئه". إن المشرع إستند في مسألة الرجوع على المذهب المالكي الذي يجيز مسألة الرجوع للأبوين إلا في الحالات التالية[3]

[1] أنظر نص المواد 164، 176 من القانون المدني، مرجع سابق.

[2] د. محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص257.

[3] انظر نص المادة 211 من قانون الأسرة، مرجع سابق

1/إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2 / إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء الدين.

3/إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بيعه أو تبرع به أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

أيضا إذا كانت الهبة للمنفعة العامة فلا رجوع فيها و هذا تأكيد للزوم عقد الهبة و لمبدأ عدم الرجوع في الهبة [1] و هذا ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 116.191 و الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها .ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قطعة الأرض التنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة ، و إن غلق المدرسة مؤخرا لنقص التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية و لم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها [2] و الرجوع المقصود هنا هو الرجوع بإرادة الواهب المنفردة لكن لا مانع من طلب فسخ العقد عن طريق القضاء.

الحالة الأولى: إذا وهب الأب من أجل زواج ابنه الموهوب له فليس له الحق في الرجوع في هبته ولو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب، ما دام المقصود الزواج الذي هو المطلوب شرعا من الموهوب له أن يقوم به.[3]

الحالة الثانية: إذا وهب الأب لابنه مالا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين، فليس له الرجوع في هبته ما دام الدين لم يسدد بها، و أصبح المال الموهوب ضامنا للدين، و الواهب بمثابة الكفيل الضامن ما دام قد التزم بإرادته المنفردة بقصد ضمان الدين أو قضائه

الحالة الثالثة : إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بيع أو تبرع أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته ، فإذا تصرف الموهوب له بيع الشيء الموهوب له أو تبرع به ، فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في نالرجوع ، لأن المال خرج من تحت يد الموهوب له بالبيع

[1] انظر نص المادة 212 من قانون الأسرة،سابق الذكر

[2] قرار رقم 116.191 مؤرخ في 19-01-1997، صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، عدد 2 سنة 1997، ص114.

[3] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 87

او التبرع النص في هذه الحالة لا يخول له حق الرجوع . كما ان ضياع الشيء الموهوب من الموهوب له أو هلاكه يمنع الواهب من الحق في الرجوع في هبته [1]

الفرع الثاني: كيفية الرجوع في الهبة

أولا:الرجوع عن طريق التراضي

إذا تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع أعتبر هذا الإتفاق إقالة من الهبة حيث تتم بإيجاب وقبول متطابقين جديدين ،لكن التساؤل المطروح في هذا الصدد هل أن مسألة الرجوع تشترط الرسمية كما في عقد الهبة ذاته؟ بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده قد استقر على رجوع في الهبة يتم عن طريق الرسمية[2]، و هذا أيضا ما جاء في المذكرة رقم 626 صادرة عن مديرية أملاك الدولة ".. يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة منفردة إذا التمس أحد الوالدين ذلك، حيث يتم إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به"[3]، ويترتب على هذا الرجوع انحلال العقد و اعتباره كأن لم يكن ، فيسترجع الواهب الشيء الموهوب ويسترد الموهوب له العوض الذي دفعه إلى الواهب إذا كانت الهبة التي تم الرجوع فيها بعوض.

ثانيا: الرجوع عن طريق التقاضي

إن لم يحدث اتفاق بين الواهب و الموهوب له على الرجوع في الهبة فلا سبيل في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع وذلك حسب الشروط التي أقرتها المادة 211 سالفة الذكر و التي من خلالها يمكن استخلاص ما يلي:

ا/ الرجوع في الهبة أمر استثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

ب/حق الرجوع مخول للوالدين دون سواهما.

ج/لم يشترط القانون سن معين للأبناء، كما أنه لم يحدد مهلة معينة.

د/الرجوع في الهبة يشمل العقارات ويمتد إلى المنقولات.

هـ / الهدف من وضع المشرع لهذا الاستثناء هو حماية الوالدين.[4]

---

[1] د.محمد تقية، مرجع سابق، ص 260.

[2] أ.نسيمه شيخ مرجع سابق، ص 74.

[3] مذكرة رقم 626، صادرة بتاريخ14-02-1994 عن المديرية العامة لأملاك الدولة.

[4] أ.عمر حمدي باشا مرجع سابق ،ص42.

الفرع الثالث: آثار الرجوع عن الهبة

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يعالج الآثار التي تترتب عن رجوع الواهب عن هبته سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير وقد يكون السبب في ذلك هو منع الرجوع في الهبة أصلا حيث قصر هذا الحق على الأبوين دون غيرهما .

أولا: آثار الرجوع بالنسبة للمتعاقدين

أ/ التزام الموهوب له برد الموهوب إلى الواهب:

إذا ما حدث و أن تم الرجوع في الهبة سواء بالتراضي أو بالتقاضي تصبح كأن لم تكن ويلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب إن كان قد تسلمه من الواهب، أما لو امتناع الموهوب له عن رد الموهوب قام الواهب بإعذاره بضرورة تسليمه الموهوب إياه ،فإنه يتحمل الموهوب له تبعة الهلاك ، أما إذا هلك الموهوب وهو في يد الموهوب له، وهذا بعد رجوع الواهب في هبته وسواء كان الهلاك بفعل الموهوب له أو قام باستهلاكه فإنه يجب عليه ضمان تبعة هذا الهلاك وذلك بتعويض الواهب عن الهلاك[1]

ب/إلتزام الموهوب له برد الثمار:

لا يسترد الواهب الثمرات إلا من يوم الإتفاق على الرجوع أو من يوم رفع دعوى الرجوع في الهبة أما ما جناه الموهوب له من ثمرات قبل ممارسة حق الرجوع من طرف الواهب فلا يكون مسؤولا عن رده[2]

ج/رجوع الموهوب له بالمصروفات:

يجب علينا التمييز بين الحالتين هما قبل الرجوع و بعد الرجوع:

قبل رجوع الواهب تكون الثمار ملكا للموهوب له ،لأنها نماء ملكه و المالك يجني ثمار ملكه، ومن ثم تكون المصروفات على الموهوب له حتى يكون الغنم في مقابل الغرم، أما بعد الرجوع

[1] نورة منصوري، مرجع سابق ،ص93

[2] عمر حمدي باشا ،مرجع سابق، ص48

فإنها تكون ملك الواهب فإذا أنفق الموهوب له شيئا على الموهوب بعد رجوع الواهب كان له الحق في الرجوع على الواهب بما أنفقه من مصروفات من وقت الرجوع [1].

ثانيا : آثار الرجوع بالنسبة للغير:

كأصل عام إن الرجوع بالنسبة للغير ليس له أي أثر رجعي، إذ يجب حماية الغير حسن النية وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن، مع مراعاة القواعد الخاصة بعقد الهبة

أ/ تصرف الموهوب له في الهبة:

إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرف نهائيا كالبيع أو الهبة أو سبب من الأسباب الناقلة للملكية أصبحت الهبة لازمة و امتنع على الواهب الرجوع ويستوي في ذلك العقار والمنقول، ويمتنع الرجوع سواء بالتقاضي أو بالتراضي و إذا امتنع عن الواجب الرجوع في الهبة فانه لا يستطيع حتى عند قيام العذر المقبول أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب[2]

ب/ترتيب الموهوب له حق عيني على الشيء الموهوب:

قد لا يتصرف الموهوب له في العين الموهوبة بل يقتصر على ترتيب حق عيني عليها كحق الرهن أو حق الإنتفاع هنا نرجع إلى القواعد العامة وذلك في غياب النص الخاص، إذا كان الشيء الموهوب عقار و ترتب الحق العيني للغير قبل شهر العريضة الإفتتاحية المتضمنة طلب الرجوع في الهبة فإن الواهب يسترد العقار الموهوب مثقلا بالحق العيني ،أما اذا ترتب الحق العيني بعد شهر الدعوى فان حق الغير لا يسري في مواجهة الواهب الذي سوف يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير الذي يرجع على الموهوب له بالتعويض و ذلك طبقا للقواعد العامة[3].

[1] د.محمد حسن بودي ، موانع الرجوع في الهبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004، ص103.

[2] د.محمد تقية، مرجع سابق، ص300 .

[3] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 52.

المطلب الثالث:بطلان الهبة

يقصد ببطلان عقد الهبة استرجاع محل الهبة من قبل الواهب و التجريد الموهوب له منها ومنه عودة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد و البطلان راجع إما تخلف الشكلية باعتبارها ركن في هذا العقد أو وجود أحد عيوب الإرادة كما يؤدي هلاك الشيء الموهوب إلى البطلان حيث سنقوم بدراسة هذه الأسباب وفقا للفروع الآتية

الفرع الأول: تخلف بالشكلية

لقد اشترط المشرع الجزائري وجوب إفراغ العقد المنصب على العقار في شكل رسمي لدى الموثق[1] كما أن المادة 206 من قانون الأسرة أكدت أن وجوب الشكلية لانعقاد الهبة و يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد[2] و يجوز للواهب ان يرفع دعوى البطلان و أن يتمسك به دفعا في دعوى يرفعها عليه الموهوب له كما يجوز لأي ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان كالورثة و الخلف الخاص وإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب و انقضت دعوى البطلان بالتقادم فللواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار لأنن التقادم البسيط ولو كان حسن النية لا تترتب عليه ملكية الموهوب له للعقار ولا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم لأن الهبة الباطلة لا تصلح سببا صحيحا ، وإنما يمكن أن تملك الهبة بالتقادم الطويل[3].

الفرع الثاني: عيوب الرضا

بما أن الهبة عقد كسائر العقود تطبق عليه في هذا الخصوص القواعد العامة لعيوب الرضا والتي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني حيث سبق ذكرها في المطلب الثاني من الفصل الثاني لهذه المذكرة.

---

[1] أنظر المادة 324 مكرر 1،قانون مدني

[2] أ.عمر حمدي باشا، مرجع سابق ،ص 8.

[3] نورة منصوري، مرجع سابق ،ص 76.

الفرع الثالث: هلاك الشيء الموهوب

بما أن الشيء الموهوب هو محل العقد في الهبة فانعدامه يؤدي إلى بطلان العقد وعودة الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، كما أن الموهوب له غير مطالب بضمان عدم هلاك الموهوب و لأن الملك يزول حتما بالهلاك فلا محل لرجوع الواهب في ما وهب وهلك كما أن قبض الموهوب له للموهوب من الواهب يصبح مالكا ولو قام بعد ذلك بإتلافه بنفسه، فإن ما أتلف ملكه فلم يكن متعديا[1].

[1] د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص196.

خلاصة الفصل الثاني

لقد حاولنا من خلال هذا الفصل التطرق إلى أهم النقاط التي يمكن أن يثيرها عقد الهبة عقد الذي نظم المشرع الجزائري أحكامه في كل من القانون المدني وقانون الأسرة فهي تمليك بلا عوض تنفرد بجملة من الخصائص والمقومات أبرزها، عقد شكلي بين الأحياء بلا عوض بنية التبرع.

وكسائر العقود فان للهبة أركان لابد من توفرها حتى ترتب آثارها هذه الأركان تتمثل في الأركان العامة و هي المحل والسبب والرضا بالإضافة إلى الرسمية و التوثيق والشهر أما الأركان الخاصة التي تنفرد بها دون غيرها من العقود فهي الشكلية و الحيازة، ولعل المشرع خصها بهذين الركنين نظرا لخطورتها فهي تؤدي إلى اختلال في المراكز المالية للأفراد فتغني ذمة الموهوب له و تفقر الذمة المالية للواهب الذي سيتبرع بأملاكه العقارية دون مقابل ،إلا أنه في حالات أخرى يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام حتى يتم إنجاز العقد فهنا تصبح الهبة بعوض ،حيث توصلنا إلى مايلي :

-خول المشرع حق الرجوع للوالدين فقط و ذلك وفقا لحالات محددة .

-الرجوع يتم إما بالتراضي أو التقاضي

الخاتمة

بعد تعرفنا على موضوع التصرفات التبرعية الواردة على الملكية العقارية وذلك بدراسة الوقف و الوصية في الفصل الأول والهبة في الفصل الثاني حيث تمكنا من بلورة عدة مفاهيم أهمها أن هذه التصرفات تتصف بالخطورة لما تحدثه من اختلال في المراكز المالية للأفراد باعتبارها دون عوض، حيث يمكن إنشائها إلا بتوفر مجموعة من الأركان والشروط فيوجد بينها ما هو مشترك كما نجد أركان خاصة بأحد هذه التصرفات دون غيرها، لكل من هذه التصرفات أحكام تترتب عليه.

النتائج المتوصل إليها:

1/فيما يخص الوقف:

-تزول ملكية الواقف دون انتقالها إلى الموقوف عليه .

-لا يشترط القبول لإنشاء الوقف بل لتثبيته في ذمة الواقف.

-استحدث المشرع وثيقة إشهاد مكتوب وجعلها أحد طرق الوقف.

2/فيما يخص الوصية:

-تصرف تبرعي مضاف إلى ما بعد الموت.

-لكل ركن وشرط ضوابط محددة قانونا.

-لا يوجد نص صريح يقضي بوجوب شهر الوصية إلا ما جاءت به القواعد العامة لانتقال الملكية العقارية.

3/فيما يخص الهبة:

-عقد يتم بتطابق إرادتي كل من الواهب و الموهوب له.

-شدد المشرع في شروط الواهب نظرا لخطورة التصرف المقدم عليه.

-خصها المشرع بركنين خاصين هما الرسمية والحيازة.

-يرتب هذا العقد التزامات على عاتق الواهب و الموهوب له.

-حدد المشرع حالات إسقاط حق الرجوع على سبيل الحصر.

الاقتراحات والتوصيات:

نقترح على المشرع جمع هذه التصرفات في تقنين موحد تحت عنوان التبرعات مع مراجعة الاتي:

1/فيما يخص الوقف:

-إضافة مصطلح نظام قائم بذاته في قانون الأوقاف للتأكيد على الطابع الخاص للوقف.

-ضبط تعريف الوقف لتحديد موقف المشرع وإزالة اللبس القائم.

-استبدال مصطلح عقب بمصطلح الولد وذلك لتصحيح المعني.

2/فيما يخص الوصية:

-ضرورة إضافة مادة في قانون الأسرة تنص صراحة على شهر الوصية.

-ضرورة تعديل المادة 188 من قانون الأسرة و التي تتضمن منع القاتل من استحقاق الوصية،فعلى المشرع توضيح بعض الحالات الممكن حدوثها كأن يكون القاتل مجبرا أو غير مميز.

3/فيما يخص الهبة:

-على المشرع تدارك الفراغ الحاصل فيما يخص الأركان و تحديدا المحل.

-توضيح التزامات كل من الواهب و الموهوب له.

الملاحق

الملحق رقم 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المكتب العمومي للتوثيق
للأستاذ/ بدري حسين
- وسط المدينة -
بجوار مدرسة الحياة
الشريعة

* عقد وقف *

- بتاريخ: 2017/01/03. رقم: 2017/05.

- أمام الأستاذ: بدري حسين، موثق بالشريعة، ولاية تبسة.

*حضر:

السيد: شبايكي الطاهر بن سالم، المولود بقسنطينة ولاية قسنطينة، بتاريخ: 1966/12/13، حسب شهادة ميلاده رقم: 12614، صاحب بطاقة التعريف الوطنية رقم: 101183813، سلطة الإصدار: بلدية الحراش -الجزائر، تاريخ الإصدار:2016/10/06، تاريخ الإنتهاء: 2026/10/05، الساكن بالشريعة ولاية تبسة، المهنة: تاجر، من جنسية جزائرية.

* **الذي صرح لنا حال كمال أهليته للتصرف ،بأنه تقدم لمكتبنا للقيام بوقف الحقوق التي سيأتي تعيينها،وهذا طبقا لأحكام المادة 213 من قانون الأسرة وكذا أحكام القانون رقم:10-91 المؤرخ في:1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم وخاصة المادة11 منه:**

= التعيين =

قطعة أرض كائنة ببلدية الشريعة دائرة الشريعة ولاية تبسة طريق ثليجان، تمثل **الحصة رقم:01 رمز الكتلة (ت)**، من مخطط القسمة المرفق بإيداع الحكم القضائي المعد من طرف الخبير القضائي السيد/ مسعود ناصر مساحتها: مائتان وستون مترا مربعا وثلاثة وعشرون ديسمترا مربعا (**260.23 م^2**) حدودها كمايلي:

- **من الجهة الأولى:** طريق.
- **من الجهة الثانية:** جزء من الحصة رقم: 02.
- **من الجهة الثالثة:** الحصة رقم: 03.
- **من الجهة الرابعة:** جزء (د) والقطع: 01، 02، 03 وسكنات.

= أصل الملكية =

* إنجرت ملكية العقار الموقوف للواقف عن طريق إيداع حكم قضائي محرر بمكتبنا بتاريخ:2013/09/01 تحت رقم: 2013/369.
* والمسجل بمفتشية التسجيل والطابع بتبسة بتاريخ: 2013/09/02.
- وصل رقم: 01313508، المقبوض: 00، 7.500 دج.
* والمشهر بالمحافظة العقارية بالشريعة بتاريخ: 2013/09/04. إيداع رقم: 261/17، حجم: 74، رقم:09، المقبوض:3.500,00 دج.

= الموقوف عليه =

صرح لنا الواقف بأنه يقوم بوقف الحقوق المذكورة على الأوقاف العامة ممثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية تبسة بحيث تخصص **لبناء مدرسة قرآنية.**

= شروط الوقف =

* تم هذا الوقف حسب تصريح الواقف تحت شرط خاص هو تخصيص هذا العقار لبناء مدرسة قرآنية.

= التسجيل =

* يعد أصل هذا العقد للتسجيل بمكتب التسجيل و الطابع لولاية تبسة.

= الشهر العقاري =

* ستشهر نسخة من هذا العقد بالمحافظة العقارية بالشريعة، ولاية تبسة.

=/= الصفحة الأولى =/=

* وبمحضر شاهدي العدل و التعريف:

01- السيد: صمادي عمارة، المولود بالشريعة ولاية تبسة في:1941/12/04 صاحب بطاقة التعريف الوطنية رقم: 101923338، سلطة الإصدار: بلدية الشريعة -تبسة، تاريخ الإصدار:2016/11/16، تاريخ الإنتهاء: 2026/11/15، الساكن بالشريعة ولاية تبسة، المهنة: متقاعد، من جنسية جزائرية.

02- السيد: شبوكي الصديق بن عيسى، المولود ببئرالعاتر ولاية تبسة، بتاريخ: 1973/03/05، صاحب بطاقة التعريف الوطنية رقم: 556595، الصادرة عن دائرة الشريعة ولاية تبسة، تاريخ:2013/10/30. الساكن بالشريعة ولاية تبسة. العنوان: ص.ب. رقم: 492-الشريعة- ولاية تبسة، المهنة: عامل يومي، من جنسية جزائرية.

* شاهدي العدل و التعريف المصادقان على العقد اللذان أحاطا الموثق الممضي أسفله علما بهوية و شخصية و حقيقة الواقف في نفس الوقت الذي اخطرهما فيه بأهمية و خطورة شهادتيهما وما يترتب عن تصريحاتهما المزورة.

= إثباتا لما ذكر =

*حرر وانعقد بالمكتب العمومي للتوثيق الكائن بالشريعة،ولاية تبسة،للموثق الموقع أدناه.
* سنة: ألفين وسبعة عشر . وبتاريخ: الثالث من شهر جانفي.
* بعد التلاوة، وقع وبصم الواقف، والشاهدين، ووقع الموثق.
* تتبع الإمضاءات و عبارة التسجيل التالية:
* سجل بمفتشية التسجيل والطابع بتبسة بتاريخ: 2017/01/04.
* وصل رقم: 382، صفحة: 52 حجم: 16، المقبوض: مجانا.
* إمضاء: مفتش التسجيل والطابع.
* أنا الممضي أسفله/الأستاذ: بدري حسين، موثق بالشريعة، ولاية تبسة.
* أشهد بمطابقة هذه النسخة للأصل وللنسخة المودعة لدى الشهر العقاري.
* وأؤكد أيضا بأن هوية الأطراف المذكورين في هذا العقد، سواء في أوله أو في صلبه أوفي آخره، هي محل إشهار، وبأن هؤلاء الأطراف المذكورين في هذا العقد، هم من جنسية جزائرية أصلية، ومتمتعين بكامل الأهلية المدنية وفقا لأحكام المادة: 65 من المرسوم رقم: 76/63 المؤرخ في: 25 مارس 1976.

الشريعة في: 2017/01/11

الموثق

الإيداع رقم 1271/12 الشهر بالمحافظة العقارية بالشريعة 12 جانفي 2017 مجلد 95 رقم 85 المقبوض مجانا

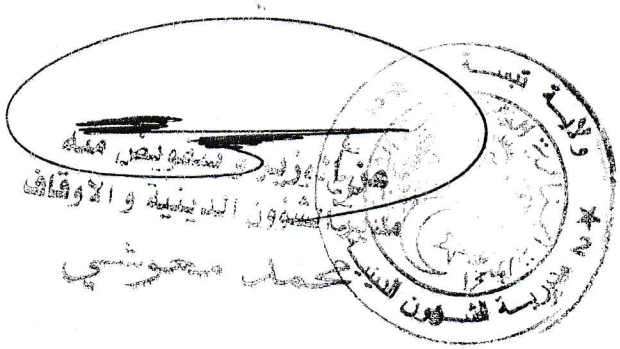
الملحق رقم (2)

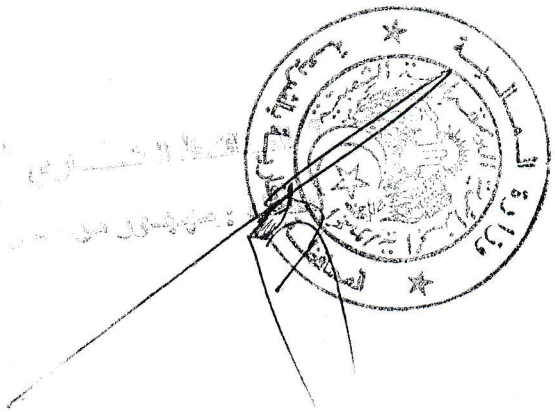
مسجل بتبسة يوم :27 صفر 1434 هـ/ الموافق لـ:09 جانفي 2013
تحت رقم 1743 /ص 139/ح 12/

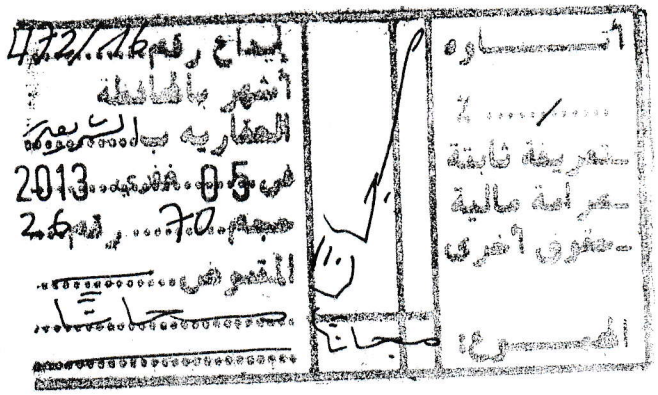
تصريـــــــــــح :

- يشـهد الموقـع أدنـاه بـأن النسـخة المودعـة بالمحافظـة العقاريـة بالشـريعة مطابقـة للأصـل و للنسخة المعدة لتلقي تأشيرة الإشهار العقاري

حرر بتبسة يـوم :27 صفر 1434 هـ / الموافق لـ : 09جانفي 2013 م







المكتب العمومي للتوثيق
الأستاذ/
موثق
حي :.....
ولاية:.....

الملحق رقم (3)

عقد هبة عقار

من/
إلى/
بتاريخ/
رقم//

بسم الله الرحمن الرحيم

أمامنا نحن الأستاذ/ .....، موثق ب .....، حضر ----------

السيد/

، شهادة ميلاده رقم

مهنته ، من جنسية جزائرية ----------

الذي صرح لنا حال كمال أهليته للتصرف بأنه يهب بموجب هذا العقد وطبقا لأحكام المادة 202 وما يليها من قانون الأسرة العقار الآتي تعيينه إلى : ----------

السيد/ ، شهادة ميلاده رقم

مهنته ، من جنسية جزائرية ----------

الحاضر بمجلس العقد والقابل بهبة الأموال العقارية الآتي تعيينها: ----------

التعييـــن

قطعة أرض معدة للبناء كائنة ببلدية ولاية تحمل رقم من مخطط التحصيص السكني المسمى " "

مساحتها متر مربع ($م^2$) حدودها كما يلي: ----------

من جهة أولى: ----------

من جهة ثانية: ----------

من جهة ثالثة: ----------

من جهة رابعة وأخيرة: ----------

كما يوجد هذا العقار ويمتد ويسترسل وما يشمل من المرافق السلبية والإيجابية دون استثناء ولا تحفظ ----

التأميـــن

قدم لنا الواهب بوليصة التأمين الصادرة عن الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي بتاريخ.....

تحت رقم ..... والمتضمنة التأمين ضد الكوارث الطبيعية -------

قدم لنا الواهب بوليصة التأمين الصادرة عن الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين بتاريخ ..... تحت رقم .....والمتضمنة التأمين ضد الكوارث الطبيعية ---

أصـل الملكيـة

آلت ملكية العقار للواهب عن طريق الشراء من

بموجب عقد محرر لدى الأستاذ/ موثق ب .....بتاريخ تحت رقم ومشهر بالمحافظة العقارية ب بتاريخ حجم رقم

أصل الملكية السابق

صرح الأطراف بأنهم يعفون صراحة الموثق الممضي أسفله من التوسع في تفاصيل أصل الملكية والرجوع بذلك إلى بيانات العقد المشار إليه في أصل الملكية أعلاه ----------

التقويـم

لأجل استيفاء جميع المصاريف الواجبة على هذا العقد قدر الطرفان قيمة العقار الموهوب ب

دينار جزائري (,00 دج) ----------

صرح الواهب طبقا للمادة 232 من قانون التسجيل أن هذه أول هبة صدرت منه مدة حياته ----------

الملكيـة والاستغـلال

يصبح الموهوب له منذ يوم شهر العقد بالمحافظة العقارية مالكا للعقار المتقدم ذكره وذلك طبقا للقانون وله

عند الحاجة ----------

تلاوة القوانين

قبل الختام تلا الموثق الممضي أسفله على الطرفين المعترفين بذلك أحكام المواد 113، 118، 119 و133،134 من قانون التسجيل، وكذا المواد 123، 124و 235 من قانون العقوبات، فصرحا بعد استجوابهما منفردين تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها بالمادة 134 من قانون التسجيل المذكور أن هذا العقد يتضمن صحة القيمة الحقيقية للعقار الموهوب حاليا، وأكد الموثق الممضي أسفله بدوره أن هذا العقد غير مغير أو مناقض بأي عقد مضاد متضمن زيادة على هذه القيمة التجارية ----------

---

الواهب الموهوب له الشاهد1 الشاهد2

التسجيـــل

يعد أصل هذا العقد للتسجيل بمكتب التسجيل بتبسة بسعي من الموثق ----------

-

الشهـر العقـاري

تودع نسخة من هذا العقد بواسطة الموثق الموقع أدناه لتشهر بالمحافظة العقارية ب تبسة، وفي حالة ما يتضح عند إتمام هذا الإجراء أو بعده أن هذا العقار موضوع هذا العقد مثقل برهن أو أية حقوق أخرى للغير، فإن الواهب يلتزم بالحضور والتقدم لفك هذه الرهون على حسابه الخاص وفي أجل لا يتجاوز مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ إبرام هذا العقد ----------

---

إثباتا لما ذكـر

حرر وانعقد بمكتب الموثق الموقع أدناه بمحضر شاهدي العدل والتعريف المؤكدان على الهوية المدنية للأطراف:

1- السيد/

، من جنسية جزائرية ----------

2- السيد/

، من جنسية جزائرية ----

وبعد التلاوة التي تمت على الحاضرين بمعرفتنا أمضوه معنا جميعا بتاريخ اليوم

سنة ألفين وخمسة عشر ---------- الصفحة الثالثة والأخيرة

PR2

أو

الدفتر العقاري + C4

انتهى ما ورد بالأصل تلته الإمضاءات وبهامشه تأشيرة التسجيل ونصها: سجل بمفتشية التسجيل والطابع بتبسة بتاريخ وصل رقم المقبوض ,00 دج ---

الإشهـاد

يشهد الموثق الموقع أدناه بأن هذه النسخة المعدة لتأشيرة الشهر العقاري مطابقة تماما للأصل وللنسخة المعدة للإيداع بالمحافظة العقارية ب

تبسة ----------

الواهب الموهوب له الشاهد1 الشاهد2 الموثـق

المكتب العمومي للتوثيق

الأستاذ/ .....

موثق:.....

حي:.....

ولاية ت

الملحق رقم (4)

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد رجوع في هبة عقار

أمامنا نحن الأستاذ/ .....، موثق با... ، حضر ----------

بين السيد/ السيد/

والسيد/ ، شهادة ميلاده رقم

بتاريخ/ مهنته ، من جنسية جزائرية -- من جهة أولى

رقم/ السيد/

، شهادة ميلاده رقم

مهنته ، من جنسية جزائرية ---------- من جهة ثانية

اللذان طلبا من إثبات اتفاقهما الرضائي والودي والقاضي بالرجوع في هبة ملكية عقارية وقبل الشروع في ذلك عرضا مايلي: ----------

العرض

بموجب عقد محرر لدى الأستاذ/ موثق ب بتاريخ ومسجل بمكتب التسجيل والطابع ب.... بتاريخ.....

وصل رقم المقبوض ,00 دج والمشهر بالمحافظة العقارية ب بتاريخ حجم رقم ----------

---

وهب بموجب السيد/ المعرف بالمقام الأول العقار الذي سيأتي تعيينه إلى السيد/ المعرف بالمقام الثاني ----------

التعييـن

قطعة أرض معدة للبناء كائنة ببلدية ا.... ولاية تبسة تحمل رقم من التحصيص المسمى " " مساحتها متر مربع (م^2) حدودها كما يلي: ----------

من جهة أولى: ----------

من جهة ثانية: حصة رقم ----------

من جهة ثالثة: ----------

من جهة رابعة وأخيرة: ----------

كما يوجد هذا العقار ويمتد ويسترسل وما يشمل من المرافق السلبية والإيجابية دون استثناء ولا تحفظ ----

أصـل الملكيـة

آلت ملكية العقار موضوع هذا العقد إلى الموهوب له عن طريق الهبة من السيد/ بموجب عقد محرر لدى الأستاذ/ موثق ب بتاريخ تحت رقم ومشهر بالمحافظة العقارية بتبسة بتاريخ حجم رقم -------

الموهوب له الشاهد1 الشاهد2

التقويـم

صرح الواهب والموهوب له للموثق الموقع أدناه أنهما قوما العقار الموهوب والمعين أعلاه بمبلغ قدره

الرجوع في الهبة

صرح لنا السيد/ المذكور بالمقام الأول كواهب بأنه يتراجع عن الهبة التي سلف ذكر تفاصيلها تراجعا اتفاقيا وديا بينه وبين ابنه السيد/ الموهوب له والمذكور بالمقام الثاني ----------

---

شرت تب على ذلك إعادة الأمر إلى ما كانت عليه بحيث تعود ملكية العقار إلى الواهب السيد/

الواهب	الموهوب له	الشاهد1	الشاهد2	الموثـق

قائمة
المصادر
والمراجع

أولا : النصوص الرسمية :

1/ القوانين و الأوامر :

01 الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

02 -الأمر رقم 75-58المؤرخ 26-9-1975المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 سنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05-10مؤرخ في 20-6-2005 جريدة رسميه عدد 44 سنة 2005 والقانون 07-05مؤرخ في 13-5-2007جريدة رسمية عدد 31 سنة 2007.

03- الأمر 75-74 مؤرخ في 11-12-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 92 ، سنة 1975.

04 -الأمر رقم 76 -105، مؤرخ في 09/12/1976 الموافق ل 17ذي الحجة عام 1986 ،المتضمن قانون التسجيل ،جريدة رسمية عدد 81 صادرة في 18-12-1977.

05- القانون رقم 84-11المؤرخ في09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 سنة 1984، المعدل و المتمم.

06-قانون90 - 25المؤرخ في 18-11-1990المتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49 سنة 1990 معدل بالأمر 95-26المؤرخ في 25-09-1995جريدة رسمية سنة 1995.

07 -قانون 91-10المؤرخ في 27-04-1991 متضمن قانون الأوقاف ، جريدة رسمية عدد 29 سنة 1991 معدل و متمم بالقانون 01/07 مؤرخ في 22-05-2001، جريدة رسمية عدد 29 سنة 2001 ، و قانون 02/10 مؤرخ في 14-12-2002 جريدة رسمية عدد 83 سنة 2002.

08- القانون 90_30 المؤرخ في 01_12_1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52 ، المؤرخة في 06_12_1990 .

2/ المراسيم التنفيذية :

01- مرسوم تنفيذي رقم 64-283مؤرخ في 17-09-1964 المتضمن الأملاك الحبسية العامة، جريدة رسمية عدد 35، سنة 1964.

02-المرسوم التنفيذي رقم 98- 381المؤرخ في 01-12- 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.
03-المرسوم تنفيذي رقم 00-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

3/ **التعليمات :**

تعليمة وزارية رقم 05المؤرخة في 14 مارس1995التي دعت الإدارة وباقي الأطراف لنص المادة 36 من قانون رقم 90-25 تجسيدها ميدانيا،سنة1995.

ثانيا : المؤلفات :

01-د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة الفلاح، 1984.
02- د.أحمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، 1979.
03- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية،د ب ن،د س ن.
04- أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ،الدار الجامعية، د ب ن، 2000.
05- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية،ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية،1999.
06- د.أنور سلطان ،الموجز في مصادر الالتزام ،منشاة المعارف،الإسكندرية،1970.
07- أ.خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2004.
08- أ.خير الدين فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية(الوقف)، ج 1، ط1، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان،سنة2011.
09- د.زاهية سي يوسف، عقد البيع ،ط.3، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2008.

10- د.زهدي يكن ، أحكام الوقف، ط 1، المطبعة العصرية، بيروت، د س ن.
11- د.زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان،سنة 1968.
12- د.رمضان على السيد شرنباصي ، مسائل الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية و الوقف، د ن، منشورات الحلبي، بيروت، 2003.
13- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،العقود التي تقع على الملكية ،الهبة و الشركة والقرض الدائم و الصلح ، الجزء 5، دار احياء التراث العربي،د س ن.
14- د.عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي و التشريع،دار الهدى للنشر و الطباعة ، الجزائر،د س ن .
15-د.عفيف شمس الدين ،المصنف في الإجتهاد القضائي،ط2،مكتبة زين الحقوقية و الأدبية،د ب ن،2011.
16- أ.عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، ط.2، دار هومه للطباعة و النشرو التوزيع،سنة 2000.
17- د.علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث المقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
18- علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 8، الجزائر، سنة 2008.
19- لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا دراسة تفسيرية ،دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2014.
20- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1،دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر،2008.
21- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف ،ط2، دار الفكر العربي، القاهرة،د س ن.
22- د.محمد بن أحمد تقية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2003.
23- د.محمد حسن بودي ، موانع الرجوع في الهبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004.
24- د.محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإتزام مصادر الالتزام ،ج1 ، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 1993.
25- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، ، دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر،سنة 2006.

26-د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط 4،الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان ،سنة 1982 ص304.
27- د.محمد يوسف عمرو، الميراث و الوصية ، دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان،2008.
28- مراد عزاز،عبد الرزاق عثمانية،الوقف فقها تشريعا قضاء، دار البلاغ،د س ن.
29-أ.نسيمة الشيخ،أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري،هبة ،وصية، وقف،ط2،دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر 2014.
30- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية ، د ط،منشأة المعارف الإسكندرية ،مصر، 1997.
31- د.وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8 ،دار الفكر ، سوريا، سنة 1989.
32-د.وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ،ط2 ،دار الفكر، سوريا، 1993.

ثالثا:المذكرات و الأطروحات:

1/الأطروحات:

01-زهدور انجي هند، حماية التصرفات القانونية و إثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة وهران 2 ، 2015/2016.

2/المذكرات:

02-خير الدين بن مشرنن، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الادارة المحلية ، جامعة تلمسان، 2001/2002 .
03-صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستيرفي القانون العقاري،جامعة لحاج لخضر-باتنة-، 2009/2010
04-فريدة هلال ،الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري ،مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر،2010/2011.

رابعا : المجلات القضائية :

01/مجلة قضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا،عدد3 ،1984، ،ص65.
02/ مجلة قضائية ، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 4،1990 ص85.
03/ مجلة قضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 1 ،1998، ص 95.
04/ المجلة القضائية ،الصادرة عن المحكمة العليا ،عدد 02 ،1994،ص76.
05/مجلة قضائية،الصادرة عن المحكمة العليا ، عدد 1، 1996 ،ص30.
06/مجلة قضائية،الصادرة عن المحكمة العليا،عدد خاص قسم الوثائق، 2001، ص30.
07/ مجلة قضائية،الصادرة عن المحكمة العليا،عدد 2، 2008 ،ص.30

فهرس المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول : التصرفات التبرعية الصادرة بإرادة منفردة	4
المبحث الأول : الوقف	5
المطلب الأول : مفهوم الوقف	6
الفرع الأول :تعريف الوقف	6
الفرع الثاني : تمييز الوقف عن غيره من التبرعات	14
الفرع الثالث:أنواع الوقف	17
المطلب الثاني :أحكام الوقف	19
الفرع الأول:أركان الوقف	19
الفرع الثاني :شروط نفاذ الوقف	26
الفرع الثالث:إثبات الوقف	27
المبحث الثاني:الوصية	29
المطلب الأول:مفهوم الوصية	30
الفرع الأول:تعريف الوصية	30
الفرع الثاني :إنشاء الوصية	33
الفرع الثالث:إثبات الوصية	38
المطلب الثاني: أحكام الوصية	39
الفرع الأول: مبطلات الوصية	39
الفرع الثاني: الرجوع في الوصية	42
خلاصة الفصل الأول	44
الفصل الثاني:التصرفات التبرعية الصادرة عن توافق إرادتين	45
المبحث الأول: عقد الهبة	46
المطلب الأول:مفهوم الهبة	47
الفرع الأول: تعريف الهبة	47
الفرع الثاني:مقومات وخصائص الهبة	48

الفرع الثالث: التمييز بين الهبة و التصرفات المشابهة لها	50
المطلب الثاني :أركان عقد الهبة	51
الفرع الأول: الأركان العامة	51
الفرع الثاني : الأركان الخاصة	57
المبحث الثاني:أحكام عقد الهبة	59
المطلب الأول:آثار عقد الهبة	60
الفرع الأول:إلتزامات الواهب	60
الفرع الثاني: إلتزامات الموهوب له	62
المطلب الثاني : الرجوع في الهبة	63
الفرع الأول:موانع الرجوع في الهبة	63
الفرع الثاني: كيفية الرجوع في الهبة	65
الفرع الثالث: آثار الرجوع في الهبة	66
المطلب الثالث: بطلان الهبة	68
الفرع الأول : تخلف الشكلية	68
الفرع الثاني : عيوب الرضا	68
الفرع الثالث : هلاك الشيء الموهوب	69
خلاصة الفصل الثاني	70
الخاتمة	71
الملاحق	
قائمة المصادر و المراجع	73
فهرس المحتويات	77