

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أحكام الرجوع في عقود التبرع

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

إعداد الطالب:

د/ كيفاجي الضيف

لكحل حكيم

لجنة المناقشة:

الأستاذة: مقيح وسيلة..... رئيسا.

الدكتور: كيفاجي الضيف..... مشرفا ومقررا.

الأستاذة: زيان هدى..... مناقشا.

دورة: جوان 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

اهدي ثمرت جهدي المتواصل من خلال هذه المدكرة:

إلى من افنت شبابها في سهر الليالي لأجلي ولأجل إخوتي، لأثمن
جوهرة في الكون أُمي الغالية حفّضها الله وأطال في عمرها

إلى من تعب في تربيّتي وزرع في نفسي معنى الصبر والاجتهاد،
إلى من جعل مصيره مرتبطاً بمصيرنا وعمل على إسعادنا أبي أطال الله في
عمره ورعاه

إلى من شاركوني أفراحي وأوقاتي الصعبة وأحبوني دون رجاء
مقابل إخوتي الأعزاء، وهيبة، عبد الحفيظ وزوجته نجاة، فؤاد وزوجته زينب

إلى من زاد وجودهم البيت جمالا، إلى احباب قلبي أبناء أخي
الأعزاء الكتكوتين محمد الأمين وجنان
إلى جميع الأهل والأقارب

شكر وتقدير

إن الله أمرنا بالشكر على كل نعمه ، ونعم الله علينا كثيرة جد ولن نستطيع أن نحصيها وأوجب الله علينا شكر هذه النعم وجعل شرط استمرار النعمة وزيادتها شكر الله عليها، فالحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقتنا إلى انجاز هذا العمل.

لكل مبدع انجاز ولكل قصيدة شعر ولكل مقام مقال، ولكل نجاح شكر وتقدير، فجزيل الشكر نهديك ورب العرش يحميك استاذي المحترم الدكتور كيفاجي الضيف، يا من كان لي الشرف أن أعمل تحت إشرافك وتوجيهك، و يا من كرس وقتك في نصحي وانتقاء المعلومات لي، ولك مني كل التقدير والاحترام ومتمنيا لم كل التوفيق والنجاح

ولا يفوتني أن أشكر كل من ساهم في دفع عجلة البحث إلى الأمام من قريب أو بعيد، وأخص قضاة وموظفي محكمة عزابة وكذا موظفي مكتبة الكلية وقاعة المطالعة، وكذا أساتذة الكلية المحترمين والزملاء الطلبة من ساهموا في اثناء البحث ولو بشيء قليل

قائمة المختصرات

مجلة قضائية	• م ق
جريدة رسمية	• ج ر
صفحة	• ص
جزء	• ج
دون رقم طبعة	• د ر ط

مقدمة

مقدمة

يهدف الإسلام بتعاليمه وأحكامه إلى الحد من طغيان الأغنياء والإعلاء من مستوى الفقراء وجعل المجتمع الإسلامي كأنه أسرة واحدة، فيعطف فيه القادر على العاجز والغني على المعسر، فيصبح الإنسان يشعر بأن له إخواناً يجب عليه أن يحسن إليهم كما أحسن الله إليه، وذلك بأن شرع عقود التبرعات وجعلها لونا من ألوان الطاعات، و قرية من القربات، ووسيلة لتحقيق التكافل الاجتماعي وتطهير النفس والذات من البخل والشح، والاستعلاء والتكبر على الناس.

ومن أجل تحقيق هذا المقصد الذي ابتغاه الشارع الحكيم وللقضاء على التمايزات الطبقية والاجتماعية، قد أولى المشرع الجزائري عقود التبرع عناية فائقة وذلك من خلال تقنين هذه العقود والتصرفات التبرعية على اختلافها والاهتمام بتنظيمها، والحرص على أن لا تكون مخالفة للنظام العام باستنباط أحكامها من الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى إحاطتها بمجموعة من الشكليات كاشتراط الكتابة الرسمية فيما تعلق بإنشاء هذه العقود وإثباتها.

وقد جعل المشرع عقود التبرع واجبة التحقيق والتنفيذ متى نشأت مستوفية لأركانها وشروط صحتها، والذي يعرف بالقوة الملزمة للعقد والذي عبر عنها المشرع الجزائري في القانون المدني بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين"، ورغم ذلك فإن هذه القاعدة العامة ترد عليها جملة من الاستثناءات، التي من شأنها أن ترفع صفة اللزوم عن هذه العقود في حالة ما إذا نص عليها المشرع صراحة، أو تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين.

هذا ويعتبر رجوع المتعاقد في العقد بإرادته المنفردة، من أهم هذه الاستثناءات التي ترد على القوة الملزمة للعقد، والذي نظمه المشرع الجزائري بعدد من النصوص وقصره على عقود التبرع دون غيرها من العقود، وذلك بسبب ما أملت عليه طبيعة هذه العقود وكذا خطورة التصرف التبرعي وما ينتج عنه من آثار سلبية، حيث إنه قد يؤدي إلى إفسار المتبرع وانتقاص ذمته المالية، وكذا الاجحاف تجاه الورثة وانتهاك حقوقهم.

الاشكالية

وانطلاقا مما سبق وبالرغم من أن المشرع قد منح للمتعاقد الحق في تدارك الأمر والرجوع في تبرعه وقت ما شاء وبمحض إرادته المنفردة، إلا أن ممارسة هذا الحق من قبل المتبرع قد يولد جملة من الاشكاليات التي تتعلق بموضوع الرجوع في حد ذاته، والتي تتطلب لفهما والإجابة عليها طرح الاسئلة الآتية:

هل أن حق الرجوع جائز في كل عقود التبرع على اختلافها، أم يكون في البعض دون البعض الآخر؟

وماهي الآثار التي قد تترتب على ذلك؟

وهل أن ممارسة حق الرجوع يكون بصفة مطلقة وعامة، أم يكون مقيدا بشروط ويخص المتبرع فقط دون أن ينتقل للورثة؟.

أهمية الموضوع

عقود التبرع لها أهمية كبيرة في الحياة اليومية وفي المعاملات المدنية بين الأشخاص، ذلك أنها تأخذ شكل عدد كبير من العقود التي يمكن أن يبرمها الشخص في اليوم الواحد، في صورة الهبة والعارية والوديعة والوصية والقرض وغيرها.

إن عقود التبرع وإن كانت بدافع الاحسان والتقرب إلى الله تعالى، إلا أنها تصرفات خطيرة على المتبرع كونها قد تؤدي إلى افنقاره أو إعساره. كما أن ممارسة حق الرجوع في عقود التبرع من قبل المتبرع، يمكن أن يولد جملة من الآثار السلبية في العلاقة بين المتبرع، الورثة، وكذا الغير.

هناك مسائل عديدة في موضوع الرجوع في عقود التبرع كانت محل جدل وخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أن هناك بعض المسائل المهمة التي أغفل المشرع الحديث

عنها، وأخرى لم يحسن صياغتها وجاءت غامضة مما أدى إلى اختلاف شراح القانون بشأنها وخلقت عدة اشكاليات على مستوى القضاء.

الصعوبات التي واجهتها

واجهتنا صعوبات عديدة خاصة في مرحلة البحث عن المراجع على مستوى الجامعات الخارجية، حيث لا يسمح لنا إلا بتصوير الكتب باستعمال الهاتف النقال دون إمكانية اخراج الكتب وتصويرها وأخذ نسخ عليها، بالإضافة على تعنت موظفي المكتبات وعدم رغبتهم في البحث لنا عن المراجع لأكثر من مرة، الأمر الذي حتم علينا الرجوع إلى نفس الجامعات أكثر من مرة قصد الحصول على أكثر عدد من المراجع.

الفترة الممنوحة من قبل الإدارة لا تسمح لنا بدراسة الموضوع وفهمه جيدا، من أجل انجاز مذكرة تغطي الموضوع بشكل مناسب.

ولعل أكبر مشكل هو أن المراجع المتخصصة في شرح قانون الأسرة قليلة وتركز كلها على موضوعي الزواج والطلاق، دون التطرق إلى مواضيع هي الأخرى ذات أهمية كبيرة كعقود التبرع، التي تعد المراجع فيها قليلة وإن لم تكن تعد على الأصابع.

أسباب اختيار الموضوع

لقد تعددت الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع، بين الأسباب الذاتية والأسباب الموضوعية.

الأسباب الذاتية: الرغبة في التطرق ودراسة موضوع التبرعات على اعتبارها من أهم المواضيع التي تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية، بهدف الإلمام بأكبر عدد من المقاييس التي تدخل ضمن التخصص والتي لم نتطرق لها بالدراسة على مستوى الجامعة.

الأسباب الموضوعية: إن الرجوع في عقود التبرع يعتبر موضوع غير مستهلك والدراسات حوله قليلة جدا، وبالتالي فاخترنا لهذا الموضوع كان من أجل دراسته دراسة

مقدمة

تأصيلية مفصلة من الناحية الشرعية والقانونية، قصد الاسهام في إثراء الموضوع ولو بقسط من المعلومات.

الأهداف المتوخاة من البحث

تمكين الشخص الذي يريد ابرام عقد تبرع من معرفة عقود التبرع التي يمكنه الرجوع فيها من عدمه، حتى يتريث ويفكر مليا قبل الإقدام على هذا التصرف وكذا تمكينه من معرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات.

تحديد ماهية حق الرجوع في عقود التبرع، ليكون المتبرع على دراية بكيفية ممارسة هذا الحق وكذا الآثار المترتبة عنه إيجابية كانت أو سلبية.

تسليط الضوء على آراء فقهاء الشريعة الاسلامية فيما تعلق بالرجوع في عقود التبرع ومواطن الخلاف فيما بينهم، ومعرفة موقف المشرع الجزائري من ذلك.

توضيح مجمل النصوص التي تتعلق بالرجوع في عقود التبرع وحالات التعارض فيما بينها واشكاليات تطبيقها المثارة أمام القضاء، ومحاولة وضع اقتراحات وحلول قانونية، وكذا اقتراح توصيات بتعديل مواد أو إضافة مواد أخرى.

المنهج المتبع

للإجابة على ما تم طرحه من تساؤلات وللخروج بالنتائج وتحقيق الأهداف المرجوة والمتوخاة من البحث، فقد اتبعت المنهج التحليلي، حيث قمت بتحليل آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع الرجوع في عقود التبرع، وكذا تحليل النصوص المتعلقة بموضوع الرجوع في قانون الأسرة، وقانون الأوقاف، والقانون المدني.

أما من حيث المنهج الاستقرائي، فقد قمت بالتمعن وتتبع كل الجزئيات المتعلقة بموضوع الرجوع، من مراجع عامة وأخرى متخصصة في الموضوع، مقالات ودوريات، وقرارات واجتهادات قضائية للمحكمة العليا، كما قمت باستقراء آراء فقهاء القانون المقارن

مقدمة

عندما تطرقت إلى تأصيل حق الرجوع، كل ذلك من أجل الوصول إلى النتائج والأهداف المرجوة من وراء البحث.

خطة البحث

من أجل الوصول إلى النتائج المتوخاة وتحقيق الأهداف المسطرة في البحث، قسمت موضوع البحث إلى فصلين، وقسمت كل فصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

مقدمة

الفصل الأول: تأصيل حق الرجوع في عقود التبرع

المبحث الأول: مفهوم عقود التبرع ومقوماتها

المبحث الثاني: أساس الرجوع في عقود التبرع

الفصل الثاني: مدى جواز الرجوع في عقود التبرع في التشريع الجزائري

المبحث الأول: الرجوع في قانون الأسرة

المبحث الثاني: الرجوع في قانون الأوقاف والقانون المدني

خاتمة

الفصل الأول

تأصيل حق الرجوع في عقود التبرع

يعد التبرع من أخطر التصرفات المالية التي يقوم بها الشخص، ومنبع هذه الخطورة مستمد من التأثير المباشر لهذا التصرف على ذات المتصرف في حاضره ومستقبله من جهة، وعلى خلفائه من بعده من جهة أخرى.

وتتمثل عقود التبرع في الهبة والوصية والوقف والعارية والوديعة والوكالة دون أجر وغيرها من العقود التي نظمها المشرع الجزائري بجملة من الأحكام والنصوص.

ولما كان المتبرع يقوم بالتنازل عن جزء من ممتلكاته، وإنقاص ذمته المالية مما قد يؤدي إلى إفساره، كان من الطبيعي أن يكون له الحق في الرجوع عن التبرع بمحض إرادته.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنخصص المبحث الأول لبيان مفهوم عقود التبرع ومقوماتها. ونخصص المبحث الثاني لبيان أساس الرجوع في عقود التبرع.

المبحث الأول

مفهوم عقود التبرع وعناصرها

يكتسي عقد التبرع قدرا من الأهمية بما كان، كونه التزام قوامه البر والمعروف والاتساع في الإحسان إلى الناس، وتصرفا قانونيا له ما يميزه من الخصائص وما يستأثر به من المقومات عن باقي التصرفات القانونية الأخرى.

وهو ما قمنا به في هذا المبحث، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول مفهوم التبرع بما في ذلك خصائصه وتمييزه عن غيره من التصرفات، والمطلب الثاني عناصر عقد التبرع.

المطلب الأول: مفهوم عقود التبرع

تشتمل دراستنا لهذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول تعريف عقود التبرع لغة واصطلاحا، والفرع الثاني خصائص عقود التبرع، والفرع الثالث تمييز عقود التبرع عن غيرها من المفاهيم ذات الصلة بها.

الفرع الأول: تعريف عقود التبرع.

سننتقل أولا إلى التعريف اللغوي لعقود التبرع، ثم ثانيا التعريف الاصطلاحي لعقود التبرع.

أولا: التعريف اللغوي لعقود التبرع: التبرع من تبرع بالعتاء: أعطى من غير سؤال يقال: فعلت ذلك متبرعا أي متطوعا⁽¹⁾.

وجاء في القاموس المحيط: تبرع بالعتاء: تفضل بما لا يجب عليه. وفعله متبرعا:

(1) جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ج 04، ص 341.

متطوعاً⁽¹⁾.

والتبرعات جمع تبرع، وهو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو تفعله بدون أن تطلب عليه عوضاً⁽²⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لعقود التبرع: نعرف عقود التبرع في الفقه الإسلامي والفقه القانوني.

أ - تعريف عقود التبرع في الفقه الإسلامي: لم يضع أغلب الفقهاء تعريفاً للتبرع، وإنما عرفوا أنواعه كالوصية والهبة والوقف وغيرها، وكل تعريف لنوع من هذه الأنواع يحدد ماهيته فقط، ومع هذا فإن معنى التبرع عند الفقهاء كما يؤخذ من تعريفهم لهذه الأنواع لا يخرج عن كون التبرع: "بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً"⁽³⁾.

وقد عرف الحطاب من المالكية عقود التبرع بقوله: "الزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"⁽⁴⁾.

كما عرف الأستاذ أحمد إبراهيم عقود التبرع بقوله: "إنه الزام الإنسان نفسه شيئاً من المعروف وإيجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما تقرباً إلى الله تعالى ويسمى نذراً، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو جماعة من الناس أو لما يعود نفعه على الناس"⁽⁵⁾. حيث إن

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الهدى، در ط، الجزائر، 2011، ص 904.

(2) أحمد إبراهيم بك، (إلتزام التبرعات)، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد 05، لسنة 1932 ص 605.

(3) الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، دار السلاسل للطباعة، الطبعة الثانية، الكويت، 1987، ج 10، ص 65.

(4) أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، لبنان، 1984، ص 68.

(5) أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 605.

التبرعات هي العقود التي يكون فيها التملك من أحد الطرفين دون مقابل من الطرف الآخر⁽¹⁾.

ويلاحظ أن تعريف التبرع في الفقه الإسلامي جاء عاما وشاملا لكل عقود التبرع بغض النظر عن محلها، سواء كان تمليكا للعين أو للمنفعة، أو تقديم خدمة، أو تنازل عن حق، أو مجرد امتناع، نشأ من عقد أي باتفاق إرادتين أو من خلال تصرف بالإرادة المنفردة⁽²⁾، وذلك استنادا الى أمرين اثنين:

الأول: إن عقود التبرع في الفقه الإسلامي تقابل عقود المعاوضات وكلاهما من عقود التملك، وأن التصرف إن كان بدون عوض كان تبرعا بغض النظر عن نوع العقد، وهذا ما يفسر عمومية وإطلاق التعريف السابق ذكره.

الثاني: ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي والمالكي في عدم اشتراط تعيين الشيء المتبرع به، حيث قال الحنفية بصحة التبرع مع جهالة محله، أما المالكية فقد صححو التبرع بالمجهول جهالة فاحشة⁽³⁾.

ب - تعريف عقود التبرع في الفقه القانوني: عرف الأستاذ بلحاج العربي عقود التبرع بقوله: "عقد التبرع (*contrat à titre gratuit*)، هو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما يعطيه أو يقدمه، كالهبة والقرض بدون فائدة والعارية والوديعة والكفالة والوكالة غير مأجورة وغيرها"⁽⁴⁾.

(1) أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، د ر ط، مصر، 2005، ص 280.

(2) سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، ص 20.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985، ج 04، ص 180 .

(4) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، د ر ط، الجزائر، 2015، ص 70.

وذهب الأستاذ علي فلالي إلى أنه: "يعتبر العقد من عقود التبرع إذا التزم المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية حيث يلتزم المدين نحو الدائن بقصد التبرع"⁽¹⁾.

وذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري والذي عرف التبرع بقوله: "هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه"، إلا أنه من المفيد في عقود التبرع، التمييز بين عقود التفضل والهبات، فعقود التفضل يولي المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله كعقد العارية والوديعة وغيرها، أما الهبات فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب، ويتبين في ذلك أن الهبات أشد خطورة من التفضل ولذلك تحوط المشرع فاشتراط في الهبة شكلا خاصا⁽²⁾.

الفرع الثاني: خصائص عقود التبرع

التبرع تصرف قانوني، له جملة من الخصائص تميزه عن غيره تتمثل في أنه تصرف إرادي، وأن يكون بنية التبرع، وأنه عقد غير متوازن في القيمة، ونوضح هذه الخصائص فيما يلي.

أولاً: التبرع تصرف إرادي: أي أن الإرادة عنصر أساسي فيه، بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية، فلذلك قد يكون عقدا وقد يكون تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية والوقف اللذين نظمهما المشرع الجزائري في قانون الأسرة⁽³⁾، كما نظم في القانون المدني

(1) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، د ر ط، الجزائر، 2013، ص 75.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 2009، ج 01، ص 162-163.

(3) انظر المواد 184 إلى 220 المتعلقة بالوصية، والهبة، والوقف من القانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 جوان سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر 24 لسنة 1984) معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري سنة 2005 (ج ر 15 لسنة 2005) والمصادق عليه بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول الموافق 04 ماي 2005 (ج ر 43 لسنة 2005).

ما ينشأ من التبرع بموجب العقد في صورة الهبة والعارية والوديعة والقرض والوكالة بدون أجر⁽¹⁾.

ثانياً: نية التبرع: وهي خاصية تستأثر بها عقود التبرع عن غيرها من التصرفات، والتي تمثل عنصراً قسدياً ونفسياً، وهو نية التبرع من جانب المتبرع وقبول التبرع من جانب المتبرع له، ويكتفي البعض بنية التبرع من جانب المتبرع على أساس أن دور المتبرع له دور ثانوي سلبي بينما يلعب المتبرع دوراً إيجابياً. هذا ولا يختلف العنصر القسدي من نوع إلى آخر من أنواع التصرفات التبرعية، لأنه يعبر عن الطابع المشترك فيها جميعاً، وهي فكرة التبرع.

والخلاصة هي أن العبرة بما يقوم بنفس المتبرع، هل قصد تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة فتتوفر نية التبرع، حتى لو جني فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه⁽²⁾، أو قصد أن يعطي مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض بل يقصد جني منفعة مادية أو أدبية، فتتنفي في هذه الحالة نية التبرع⁽³⁾.

ثالثاً: عقد التبرع غير متوازن في القيمة: ذلك أن جوهره يقتضي أن لا يكون متوازن في الأداءات، فاختلال التوازن مبرر سلفاً وبالتالي فالعدالة العقدية تقتضي هذا التفاوت في الالتزامات المادية المتقابلة والمشرع يعترف بهذا التفاوت ولا يأبه باللاتوازن الحاصل.

حيث إن عقد التبرع منظم لفائدة أحد المتعاقدين بدون أن يكون للطرف المتبرع مقابل مادي ملائم لما قدمه فهو عقد مختل في بنيته مبرر سلفاً لما يقتضيه جوهره، فينشأ عقد

(1) أنظر المواد 450، 538، 571، 613، 644 المتعلقة بالقرض والعارية والكفالة والوديعة من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (ج ر 78 لسنة 1975) المعدل والمتمم.

(2) محمد تقيّة، دراسات عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003، ص 33، ص 36.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 05، ص 17.

التبرع مختلا في موضوعه لأنه يفترض انعدام الأداء المقابل فاختلال التوازن جوهر عقد التبرع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تمييز عقد التبرع عن المفاهيم المشابهة

في هذا الفرع تم تمييز عقد التبرع عن غيره من المفاهيم ذات الصلة، وهي عقود المعاوضة والالتزام الطبيعي.

أولاً: تمييز عقد التبرع عن عقود المعاوضة: قد يدق التمييز أحيانا بين عقد المعاوضة وعقد التبرع، ولذا يجب لتحديد نوع العقد النظر إلى التصرف القانوني في جملته وذلك بإدخال عناصر هذا التصرف المادية والنفسية في وقت واحد.

فبالنسبة للعناصر النفسية، فلا بد من النظر إلى نية التبرع لدى المتعاقد، وهدف الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فإذا كانت هذه النية هي الدافع لإبرام التصرف كان العقد تبرعا حتى لو كان هناك مقابل كما في حالة الهبة بعوض، أما إذا كان الهدف من العقد مصلحة أي كان نوعها، فنكون بصدد عقد معاوضة حتى ولو لم يتلق المتبرع أي مقابل من المتعاقد الآخر⁽²⁾.

أما فيما يخص العناصر المادية، ففي عقود المعاوضة إرادة المتعاقد متجهة نحو مقابل موضوعي وذاتي، بينما في عقد التبرع المقابل لا يهدف له المتبرع⁽³⁾.

وتظهر أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع في أوجه كثيره نذكر منها على الخصوص ما يلي:

(1) عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2015، ص 19- 20.

(2) محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، 2012، ص 65 - 66.

(3) عسالي عرعار، المرجع السابق ، ص 22.

أ - في مجال المسؤولية العقدية، فإن مسؤولية المتبرع تكون عادة أخف من مسؤولية المعاوز، فمسؤولية المودع لديه مثلا إذا كانت الوديعة بدون أجر، هي أخف من مسؤولية المستأجر حسب المادة 592 من القانون المدني، كما أن الواهب في عقد الهبة لا يضمن استحقاق العين الموهوبة على خلاف البائع الذي يلتزم بضمان الاستحقاق في عقد البيع حسب المادتين 379، 382 من القانون المدني⁽¹⁾.

ب - أن الغلط في الشخص يؤثر على صحة عقد التبرع، لأن شخصية المتبرع له تكون عادة محل اعتبار على عكس عقود المعاوضة.

ج - تسمح المادة 192 من القانون المدني بالطعن في عقود التبرع عن طريق الدعوى البوليصة حتى في الحالات التي يكون فيها المتبرع له ذا نية حسنة، في حين لا يمكن الطعن في عقود المعاوضة إلا إذا صدر عن المدين غش وكان الطرف الآخر على علم بذلك⁽²⁾.

د - يشترط المشرع الأهلية الكاملة في التبرعات وهذا مما لا يشترط في عقود المعاوضات، إذ أن التبرعات ضارة ضرراً محضاً لذا نجد في الصبي المميز تكون تبرعاته باطلة⁽³⁾، وأما عقد المعاوضة الذي يبرمه فهو موقوف على إجازة وليه الشرعي⁽⁴⁾.

ثانياً: تمييز عقد التبرع عن الالتزام الطبيعي: يعتبر الوفاء بالالتزام الطبيعي كذلك من التصرفات التي تتشابه مع عقود التبرع إلى حد ما، لكنه لا يعدو أن يكون تبرعا ذلك أنه يختلف عن التبرع في أمور عدة من ذلك ما يستقل به التبرع عن غيره من عناصر ومقومات.

(1) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2016، ج 01، ص 121.

(2) علي فلالي، المرجع السابق، ص 75.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 67.

(4) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 71.

ويعتبر وفاء بالتزام طبيعي تجهيز الأب ابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج أو إعطائه مبلغاً من المال ينشئ به متجراً أو نحو ذلك، ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفي الأب بالتزام طبيعي فهو لا يتبرع⁽¹⁾، وذلك أن المدين الذي يوفي التزامه اختيارياً، لا يعد منه تبرعاً، بل أداء لواجب قانوني في ذمته⁽²⁾.

ويتفرع على ذلك أربع نتائج:

الأولى: امتناع المطالبة برد ما دفع فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدد نية التبرع عليه.

الثانية: عدم اشتراط شكل خاص للوفاء للالتزام الطبيعي، وعلى خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك.

الثالثة: الاكتفاء في تنفيذ الالتزام بأهلية الوفاء بوجه عام دون اشتراط أهلية التبرع.

الرابعة: اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليسية وتصرفات المريض مرض الموت⁽³⁾.

المطلب الثاني: عناصر عقود التبرع

تقوم عقود التبرع على عنصرين اثنين ولا يقوم التبرع إلا بهما، ألا وهما العنصر المعنوي والذي خصصنا له الفرع الأول، والعنصر المادي والذي سندرسه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: العنصر المعنوي لعقود التبرع

بما أنه سبق وأن عالجت هذا العنصر كخاصية من خصائص عقود التبرع المميزة له عن غيره من المفاهيم المشابهة وقمت بتحديد مفهومه، فإنني سأقوم في هذا الفرع أولاً

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق، ص 36.

(2) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

(3) سماحي خالد، المرجع السابق، ص 39.

بدراسة علاقة هذا العنصر بالعنصر المادي لعقود التبرع ومدى لزوم كل منهما، وثانيا الحالات التي تنتفي فيها نية التبرع.

أولاً: علاقته بالعنصر المادي ومدى لزوم كل منهما: بالرجوع إلى معيار شخصي المتمثل في نية التبرع، وكذا إلى المعيار الاقتصادي وذلك بالنظر إلى ما يعطيه المتبرع وما يحصل عليه، فإننا نكون عندئذ في مثل هذه الحالة بصدد عقد له صفة التبرع⁽¹⁾، ويلاحظ أن الفقهاء اختلفوا حول أهمية لزوم كل من هذين العنصرين لقيام التصرف التبرعي.

فذهب البعض إلى أن العنصر الشخصي يكفي بذاته أو أنه على الأقل هو المقوم الأساسي لفكرة التبرع، بينما لا يعتبر العنصر الموضوعي إلا وسيلة للتحقق من قيام إرادة حقيقية في التبرع، ويذهب فريق آخر إلى العبرة في تكييف التصرف أساساً بالعنصر الموضوعي ولا عبرة بالعنصر الشخصي.

ولكن الفقه يجمع اليوم على لزوم توافر العنصرين القصدي والمادي لوجود التصرف التبرعي⁽²⁾.

ثانياً: الحالات التي تنتفي فيها نية التبرع: تنتفي نية التبرع إذا قصد المتصرف بإعطائه المال تحقيق منفعة مادية أو أدبية لشخصه⁽³⁾، ومن قبيل ذلك:

قد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون له نية التبرع، مثل ما هو الحال عند الالتزام الطبيعي.

تنتفي نية التبرع في عطايا المكافأة (dons rémunératoires)، وهي العطايا المقدمة للإثابة على خدمة أو صنيع.

(1) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 120.

(2) محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 36.

(3) المرجع نفسه، ص 36.

وتنتفي نية التبرع في المكافاة السنوية التي تعطيها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلي مرتباتهم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: العنصر المادي لعقود التبرع

لكي نكون أمام عقد تبرع محض، يجب أن يكمل المتبرع نيته في التبرع بتسليم الشيء المتبرع به إلي المتبرع له، سواء سلمه دون اشتراطه لأي شرط، أو قيد تسليمه للشيء المتبرع به بأي شرط من الشروط.

أولاً: تسليم التزام غير مقترن بشرط: ويعني ذلك ضرورة أن يقدم المتبرع التزاماً، أي كان نوعه، سواء كان إعطاء شيء أو القيام بأداء، فمثل إعطاء شيء بدون مقابل كمنقله حق عيني كحق الملكية أو أي حق عيني متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الاستعمال وغيرها، وهذا ما ينطبق على أنواع من التبرعات كالهبة والوصية والوقف والعمري.

ومثل الأداء بدون مقابل القيام بعمل ينفع المتبرع له بدون انتظار عوض منه كالعارية والوكالة بدون أجر⁽²⁾.

ثانياً: تقديم التزام مقترن بشرط: ومن قبيل التبرعات التي يمكن للمتبرع أن يقرنها بشروط، سواء لمصلحته أو لمصلحة المتبرع له، ما نص عليه المشرع في نص المادة 202 من قانون الأسرة، إذ أنه للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام كان مادام لم يخالف النظام العام والآداب العامة⁽³⁾.

كما أن الهبة إذا اقترنت بشرط مستحيل أو غير مشروع، فإنها تقع صحيحة ويلغى الشرط المخالف لها أو المستحيل أو غير المشروع، إلا إذا كان الشرط هو الدافع للهبة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 05، ص 17-18.

(2) سماحي خالد، المرجع السابق، ص 21.

(3) محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 31.

فتبطل الهبة والشرط معا⁽¹⁾. وهذا ما أكدته المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في قرار صادر لها بتاريخ 1998/06/16 تحت رقم 197336⁽²⁾.

كما أجاز القانون أن تكون الوصية مقرونة بشرط، وبالتالي لا يستحقها الموصي له إلا بإنجاز أو تحقق الشرط.

وإذا اقترنت الوصية بشرط غير صحيح بطل الشرط وصحت الوصية و هو ما نصت عليه المادة 199 من قانون الأسرة⁽³⁾.

أما فيما تعلق بالوقف فقد نصت المادة 218 من قانون الأسرة على أنه "ينفذ شرط الواقف ما لم يتنافى ومقتضيات الوقف شرعا وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الموجودة في قانون الأوقاف نلاحظ أن المشرع الجزائري سوى بين الشرط الباطل والشرط الفاسد، فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط ووضع شرط آخر لإبطالها وهي أن تكون الشروط متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾، وهذا ما أقرته صراحة الأحكام المتضمنة في نص المادة 29 من قانون الأوقاف⁽⁵⁾. وأكدته أيضا قرار المحكمة العليا رقم 40589 المؤرخ في 1968/02/2⁽⁶⁾.

(1) منصور نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2010، ص 35.

(2) جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ج 03، ص 1142.

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 29.

(4) رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2004، ص 93.

(5) القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 12 27 أفريل والمتعلق بالأوقاف (ج ر رقم 16 لسنة 1991) المعدل والمتمم.

(6) جمال سايس، المرجع السابق، ج 01، ص 239.

المبحث الثاني

أساس الرجوع في عقود التبرع

على الرغم من أن للمتبرع الحق في الرجوع عن تصرفه التبرعي بمحض إرادته المنفردة، إلا أن حقه فالرجوع مقيد بنشوء عقد تبرعي كامل الأركان والشروط، لأنه لا يمكن الحديث عن الرجوع في عقد لم ينشأ أصلا ولم يكن له وجود، وهو ما سندرسه في المطلب الأول، كما أن حق الرجوع في عقود التبرع في حد ذاته يتشابه مع بعض المفاهيم ذات الصلة به، لذا كان من الضروري تكييف هذا التصرف وإعطاءه وصفا قانونيا في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعليق الرجوع على انشاء عقد تبرع صحيح

سبق وأن أشرت أعلاه، إلا أن التبرع تصرف إرادي مزدوج الإنشاء، أي أنه ينشأ بالعقد وبالإرادة المنفردة وبمجموعة من الشروط والأركان ليكون صحيحا منتجا لأثاره القانونية، حيث إن هناك من التبرعات ما ينشأ بالعقد في صورة الهبة، والعارية، والوديعة والوكالة، والكفالة والقرض وهو ما سندرسه في الفرع الأول، أما ما ينشأ من التبرعات بالإرادة المنفردة، في صورة الوقف والوصية سندرسه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: عقود التبرع التي تنشأ بالعقد

اعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة، والعارية، والوديعة، والوكالة، والكفالة والقرض، من عقود التبرع التي تنشأ بالعقد، ونظم بعضها في قانون الأسرة أولا، وبعضها القانون المدني ثانيا.

أولا: عقود التبرع في قانون الأسرة: لقد نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة عقدا واحدا من بين العقود التي تنشأ بالعقد مما سبق ذكره ألا وهو عقد الهبة، وذلك في

الفصل الثاني من الكتاب الرابع منه والمخصص للتبرعات، من المادة 200 إلى المادة 212.

وعلى الرغم من أن المادة 202 من قانون الأسرة لم يرد بها لفظ عقد لكن هذا غير مقصود به أن المشرع الجزائري أراد إخراج الهبة من طائفة العقود ذلك أنه في المادة 206 قال: تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، فلا تتعد بإرادة الواهب المنفردة وبذلك تتميز الهبة عن الوصية التي تتعد بإرادة الموصي المنفردة، فهي من عقود التبرع وقوامها نية التبرع⁽¹⁾.

كما أن عقد الهبة كغيره من العقود، له شروط انعقاد وشروط صحة.

أ - شروط انعقاد عقد الهبة

الشرط الأول: التراضي في عقد الهبة: الهبة من عقود التبرعات لا يصح ولا يوجد إلا بوجود أركانه وهي الإيجاب والقبول، إيجاب من طرف الواهب والقبول من طرف الموهوب له ويفترض عقد الهبة أن يكون رضا الطرفين صحيحا وموجودا وقت التعاقد⁽²⁾.

الشرط الثاني: الحيازة في عقد الهبة: ويقصد بها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له⁽³⁾.

الشرط الثالث: المحل في عقد الهبة: يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام فيجب أن يكون موجودا، معيناً أو قابلاً للتعيين، صالحاً

(1) محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 2، لسنة 1987، ص 547، ص 552.

(2) منصور نور، المرجع السابق، ص 22، ص 25.

(3) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة والوصية والوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة جديدة مزودة ومنقحة بأحدث الأحكام والقرارات، الجزائر، 2004، ص 9.

للتعامل فيه مملوكا للواهب⁽¹⁾.

الشرط الرابع: السبب في عقد الهبة: إن نظرية السبب تسري على عقد الهبة كما تسري على غيرها من العقود، والسبب بمعنى الباعث الدافع بالمفهوم الحديث إما أن يكون مشروعاً أو غير مشروع، فإذا كان مشروعاً صحت الهبة، أما إذا كان غير مشروع بطلت بطلاناً مطلقاً⁽²⁾.

ب - شروط صحة عقد الهبة

الشرط الأول: الأهلية في عقد الهبة: يعنى بالأهلية في عقد الهبة عناية خاصة، فيفرق بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له، ويتشدد القانون في أهلية الواهب فيطلب أهلية كاملة للتبرع باعتبار أنها أقوى من أهلية المتصرف لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً، وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً⁽³⁾.

الشرط الثاني: شكل عقد الهبة: نص قانون الأسرة في المادة 206 على أن الهبة تتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، ومقتضى ذلك أن يجب توفر شرطين هما العينية والرسمية معا في هبة العقار ولا يغني أحدهما على الآخر، كما أنه يجب توفر شرطين هما العينية والإجراءات الخاصة في هبة المنقول⁽⁴⁾.

ويقصد بالرسمية في هبة العقارات، وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من موثق تحت طائلة البطلان المطلق، أما الإجراءات الخاصة بالمنقولات، يقصد

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 28.

(2) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 34-35.

(3) محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 96.

(4) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 543.

بها مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات⁽¹⁾.

ثانياً: عقود التبرع في القانون المدني: لقد نظم المشرع الجزائري ما تبقى من العقود السابق ذكرها في القانون المدني انطلاقاً من الطبيعة المدنية لهذه العقود، وذلك في الكتاب الثاني منه والمخصص للالتزامات والعقود.

وعلى الرغم من أن المشرع نص على إنشائها بالعقد⁽²⁾ لا بالإرادة المنفردة، إلا أنه لم ينظم إنشائها بأحكام تخصها عن غيرها من العقود، ما يعني تطبيق القواعد العامة بشأن ذلك.

وانطلاقاً من تطبيق القواعد العامة، فإن المشرع الجزائري اشترط التراضي في المادة 59 لقيام العقد، ولكن أضاف إليه عنصرين أساسيين فيه وهما: المحل والسبب، فللرضا موضوع أو محل محقق يرد عليه التعاقد يصلح لأن يكون محلاً للالتزام حسب المادة 92 من القانون المدني، كما أن له باعثاً يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات الناتجة عنه، وهذا هو سبب العقد حسب المادة 97 من القانون المدني⁽³⁾.

ويجب توفر الأهلية في كل من طرفي العقد، كما يجب خلو إرادة كل منهما من العيوب، وعليه نجد أن توافر أركان العقد هي شروط لانعقاده، وضرورة توفر الأهلية وسلامة الرضا من العيوب هي شروط لصحة العقد، ومن ثم فجزاء تخلف أحد شروط الانعقاد هو البطلان وهو ما تعارف الفقه على تسميته البطلان المطلق⁽⁴⁾.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13، ص 21.

(2) نص المشرع الجزائري على إنشاء عقد القرض في المادة (450)، وعقد العارية في المادة (538)، وعقد الوكالة في المادة (571)، وعقد الوديعة في المادة (590)، وعقد الكفالة في المادة (644) من القانون المدني.

(3) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 75.

أما إذا استوفى العقد أركانه ولكنه افتقد لأحد شروط صحته بأن كانت الأهلية اللازمة غير متوفرة أو شاب إرادة الطرفين عيب من عيوب الرضا، فإن العقد في هذه الحالة يكون موجودا لكنه غير صحيح، أي يكون مهددا بالزوال وهذا ما يسمى بالقابلية للإبطال (البطلان النسبي)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عقود التبرع التي تنشأ بالإرادة المنفردة

يعتبر المشرع الجزائري الإرادة المنفردة مصدر عام منشئا للالتزام، وعلى وجه الخصوص بعد تعديل القانون المدني وإضافة المادتين 123 مكرر، ومكرر 1، كما أنه قد نص في قانون الأسرة على تصرفان ينشئان بالإرادة المنفردة ويعدان من أهم التطبيقات التشريعية لها وهما الوصية والوقف، مستمدا أحكامهما من الشريعة الإسلامية، وانطلاقا من ذلك سندرس الوصية أولا، ثم الوقف ثانيا.

أولا: الوصية: عرفتها المادة 184 من قانون الأسرة بقولها "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، فهي تصرف في المال لا ينفذ إلا بعد موت الموصي وهي تصرف دون معاوضة كمبدأ عام، فهي من التبرعات⁽²⁾.

والوصية كغيرها من التصرفات القانونية، يشترط فيها المشرع جملة من الأركان والشروط لتكون صحيحة منتجة لأثارها القانونية.

أ- أركان الوصية: يستلزم لصحة الوصية أمور أساسية يمكن إجمالها في أربع عناصر لا توجد الوصية إلا بها، وهي الصيغة، والموصي، والموصي له، والموصي به.

الركن الأول: الصيغة: صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف، وهي

(1) زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014، ص 115-117.

(2) الحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2014، ص 429.

تصدر على أشكال مختلفة حسب طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من أحكام⁽¹⁾.

والأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية التي لا تكون إلا مضافة لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يوجد مانع بحظر تعليقها على الشرط ما دامت لا تفيد التملك إلا بعد الموت⁽²⁾.

الركن الثاني: الموصي: يشترط فيه الأهلية والعقل وهو ما نصت عليه المادة 186 من قانون الأسرة وتفصيلها كالآتي:

أهلية التصرف والتبرع إذ أن الوصية تصنف من التصرفات الضارة بالمركز المالي للشخص أي بالذمة المالية له، وهي إخراج نصيب من المال بلا عوض لفائدة الغير وبالتالي من المنطقي أن يكون الشخص أهلاً لإبرام التصرف.

أما وصية ناقص الأهلية ومن في حكمه كالسفيه وكذا المغفل والمحجور عليه، فإن القانون الجزائري قد سكت عن الموضوع، وبالتالي أمكن تطبيق المادة 83 من قانون الأسرة التي تنص على تصرفات المميز⁽³⁾.

وفيما يخص العقل والمراد بالعقل هنا كماله، فلا تجوز الوصية إلا من العاقل⁽⁴⁾، لأن وصية المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً، لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار التصرفات

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 57.

(2) المرجع نفسه، ص 58.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 16-17.

(4) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة الطبعة الأولى، الجزائر، 2014، ص 262.

القانونية، أما إنشاء الوصية حال الإفاقة من الجنون أو الجنون الطارئ لا يبطل الوصية⁽¹⁾.

الركن الثالث: الموصى له: يجب تصح الوصية أن تتوافر في الموصى له شروط معينة وهي:

الشرط الأول: يجب ألا يكون الموصى له جهة معصية: لأن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم وإعانة ذوي القربى أو اليتامى أو جهات البر، ولذا لا تصح وصية المسلم المراد بها حراما كالوصية لدور اللهو ولأندية القمار أو للكنايس أو للمعابد التي لا تخص المسلمين⁽²⁾.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الموصى له معلوما: فإن كان مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن رفعها فإن الوصية لا تصح⁽³⁾.

الشرط الثالث: يجب أن يكون الموصى له أهلا للتملك: وفي ذلك اتفق الفقهاء أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له من أهل الاستحقاق، وبالتالي فلا تصح الوصية لما ليس أهلا للتملك فمن أوصى لحيوان مثلا، بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق⁽⁴⁾.

الشرط الرابع: يجب ألا يكون الموصى له قاتل للموصي: حيث نصت المادة 188 من قانون الأسرة على أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا" فالعبرة هنا بالحرمان من الإيذاء بالقتل العمد، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ج 02، ص 254. و أنظر كذلك: الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 412.

(2) زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، د ر ط، الجزائر، 1991، ص 72.

(3) المرجع نفسه، ص 73.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 258-259.

شرعي⁽¹⁾.

وأخيرا أن لا يثبت ميراث الموصى له من الموصي، اللهم إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وهو ما نصت عليه المادة 189 من قانون الأسرة بقولها "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

الركن الرابع: الموصى به: يشترط في الموصى به حتى تصح الوصية ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الموصى به مما يمكن توارثه: ويندرج في ذلك كافة أموال الإنسان بأنواعها المختلفة والتي يحوزها حقيقة أو حكما، وكذا الحقوق المالية أو الملحقة بالمال والحقوق العينية على خلاف الحقوق الشخصية المحضة، كما تندرج في ذلك أيضا المنافع.

الشرط الثاني: إذا كان الموصى به مالا، فيجب أن يكون مقوما.

الشرط الثالث: أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصى وقت إبرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات وإلا فلا يشترط ذلك⁽²⁾.

ب- شروط نفاذ الوصية

الشرط الأول: أن لا يكون مستغرقا بالدين: لم يعتبر العلماء عدم الاستغراق بالدين شرطا من شروط صحة الوصية، بل اعتبروه شرط نفاذ لها، فهم يرون أنه إذا كان الموصى مدينا بدين يستغرق كل تركته فإنه يمنع من الوصية حفاظا على حقوق دائنيه، لأن القاعدة هي تقديم الدين على الوصية، أما إذا أسقط الدائنون دينهم عنه، أو أجازوا الوصية فإنها تنفذ، والمعتبر في الدين هو وقت الوفاة، وليس وقت الإيضاء⁽³⁾.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 65.

(2) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 74-75.

(3) العربي بختي، المرجع السابق، ص 266-267.

الشرط الثاني: أن تكون في حدود الثلث: تكون الوصية جائزة في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يبطل إلا إذا أجازته الورثة، وإذا أجازته البعض دون الآخر، فإن ما زاد عن الثلث ينفذ في نصيب من أجازته، ولا تكون الإجازة صحيحة إلا بعد موت المورث⁽¹⁾. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 1991/02/24، تحت رقم 75589 م ق 1993، عدد2، ص 62⁽²⁾.

ثانيا: الوقف: إن الوقف التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة الواقف تبعاً لنص المادة 04 من قانون الأوقاف المذكور أعلاه، والتي تنص على أن "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"⁽³⁾، والوقف مثله مثل الوصية له أركان وشروط نفاذ.

أ- أركان الوقف: جعل المشرع الجزائري أركان الوقف أربعة حيث نص في المادة 09 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ما يلي:

"أركان الوقف هي: 1 الواقف 2 محل الوقف 3 صيغة الوقف 4 الموقوف عليه"⁽⁴⁾.

الركن الأول: الواقف: يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً أن يكون بالغاً وعاقلاً وغير مكرهاً ولا يشترط عند جمهور الفقهاء أن يكون مسلماً، كما يشترط المشرع أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين⁽⁵⁾.

الركن الثاني: محل الوقف: يشترط في الموقوف ليصح الوقف أن يكون مالا متقوماً معلوماً مملوكاً للواقف حين وقفه ملكاً تاماً مفرزاً غير شائع، فتلك شروط أربعة فصلها فيما يلي:

(1) الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 411.

(2) سايس جمال، المرجع السابق، ج 02، ص 676.

(3) رامول خالد، المرجع السابق، ص 51.

(4) فنطازي خير الدين موسى، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، دار زهران للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ج 01، ص 47.

(5) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 91.

الشرط الأول: أن يكون مالا متقوما: لقد أجمع الفقهاء على أن الوقف لا يعد صحيحا إذا كان الموقوف ليس بمال أصلا أو لا يحل الانتفاع به شرعا.

الشرط الثاني: أن يكون معلوما وقت وقفه علما تاما: بحيث لا تشوبه جهالة تفضي إلى النزاع فلو قال: "وقفت جزءا من أرضي على فقراء بلدي، أو بعض كتبي على طلاب العلم" لا يصح الوقف، ويلحق بذلك وقف مال معلوم واستثناء قدر مجهول منه⁽¹⁾.

الشرط الثالث: أن يكون مملوكا للواقف وقت وقفه: وهذا ما ذهب إليه المادة 216 من قانون الأسرة إذ تنص على وجوب كون المال المحبس مملوكا للواقف معينا وخاليا من النزاع ولو كان مشاعا⁽²⁾.

الشرط الرابع: أن يكون مفرزا: لقد تعرض المشرع وقف المشاع في المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10/90 المؤرخ في: 1991/04/27 في فقرتها الأخيرة.⁽³⁾

الركن الثالث: صيغة الوقف: هي العبارة التي يؤد بها الوقف، وهي إحدى الأركان التي يقوم عليها الوقف حسب التشريع الجزائري الذي وافق جمهور الفقهاء في اعتبار الصيغة ركن من الأركان الأربع، ولقد ركز المشرع على الصيغة من خلال المادة 09 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي رتب المشرع البطلان على مخالفتها⁽⁴⁾.

الركن الرابع: الموقوف عليه: عرف المشرع الجزائري الموقوف عليه بأنه الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف واشترط في الموقوف عليه أن يكون معلوما سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 13 من قانون الأوقاف التي تنص على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون

(1) بن مشرني خيرالدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012، ص 43.

(2) المرجع نفسه، ص 44.

(3) فنطازي خير الدين موسى، المرجع السابق، ص 65.

(4) المرجع نفسه، ص 71.

شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً" (1).

ب- شروط نفاذ الوقف: لا يكون عقد الوقف نافذاً منتجاً لأثاره في مواجهة الغير إلا إذا قام الواقف بتسجيل عقد الوقف حسب نص المادة 44 من قانون الأوقاف، بالإضافة إلى شهر عقد الوقف أن كان واقعا على عقار حسب 45 من ذات القانون.

المطلب الثاني: تكيف الرجوع في عقود التبرع

يعتبر الرجوع طريقاً من طرق انحلال العقد وهذا يقتضي تعريفه وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة، ونوضح ذلك في فرعين.

الفرع الأول: مفهوم الرجوع في العقد

ولتحديد مفهومه سأقوم بتعريفه أولاً، وبإبراز خصائصه ثانياً.

أولاً: تعريف الرجوع في العقد

أ - التعريف اللغوي للرجوع في العقد: الرجوع من رجح يرجع رجعا ورجوعا ورجعى ورجعانا ومرجعا ومرجعة: انصرف (2).

وفي القاموس المحيط: رجح الشيء عن الشيء، وإليه رجعا ومرجعا. وصرفه ورده كأرجعه (3).

هذا ويستعمل اللغويين مصطلح الرجوع للدلالة على معاني متقاربة منها: الرد والعود والنقض، والانصراف، والتكرار، والتترك (4).

(1) بن مشرّن خيرالدين، المرجع السابق، ص 52.

(2) ابن منظور، المرجع السابق، ج 04، ص 418.

(3) الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 927.

(4) ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 5.

ب - التعريف الاصطلاحي للرجوع في العقد: يعرف الرجوع في العقد بصفة عامة على أنه: رد العقد القابل لذلك والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة⁽¹⁾. كما ذهب الأستاذ بلحاج العربي إلا أن "رجوع المتعاقد في العقد بالإرادة المنفردة، هو حق العدول عن العقد الصادر منه بالرجوع فيه، بإرادته المنفردة وحدها"⁽²⁾. والرجوع عبر عنه المشرع في قانون الأسرة بمعنيين، فتارة يستعمل بمعنى مراجعة الزوج زوجته، وتارة يستعمل بمعنى النقض في التصرفات التبرعية⁽³⁾. كما استعمله في القانون المدني بمعنى الرد، كما في عقد القرض بنص المادة 458 منه.

ثانيا: خصائص الرجوع في العقد: يتميز حق الرجوع بعدة خصائص أهمها:

- أن الرجوع حق لمن تقرر وفق شروط معينة حددها القانون.
- أنه متعلقا بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه مقدما.
- أنه استثناء على القوة الملزمة للعقد.
- أنه لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانب واحد.
- أنه يرد على عقد تام صحيح⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تميز الرجوع في العقد عن المفاهيم المشابهة

-
- (1) هو تعريف الدكتور، فتح الله أكنم تفاحة، أشار إليه ضريفي الصادق، في المرجع السابق، ص 7.
- (5) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 505.
- (3) عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، ص 46.
- (4) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 18.

سأتناول في هذا الفرع تمييز الرجوع في العقد عن الفسخ أولاً، وعن الإلغاء ثانياً.

أولاً: تمييز الرجوع في العقد عن الفسخ

أ - إن محل الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانبين أما الرجوع فمحلها العقود الملزمة لجانب واحد، إذ لا يعقل أن يدفع بالفسخ في عقد ملزم لجانب واحد، كما لا يعقل أن يرجع أحد الطرفين في عقد ملزم لجانبين.

ب - إن الرجوع من النظام العام إذ لا يجوز الاتفاق على استبعاده، أما الحق في المطالبة بالفسخ فليس من النظام العام، إذ لو اتفق أطراف العلاقة العقدية التنازل عن الدفع بالفسخ يسري هذا الاتفاق بينهما تبعاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمكن نقض العقد إلا بأسباب البطلان النسبي والمطلق⁽¹⁾.

ج - يترتب على الفسخ أضرار هامة وهما: أنه ينهي العقد في المستقبل ويمحوه في الماضي،⁽²⁾ حيث يصبح العقد بعد تقرير الفسخ، منعدم الوجود فكأنه لم يكن، ويجب عندئذ إزالة ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده ويقتضي هذا الأمر أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الآخر تنفيذاً للعقد المفسوخ⁽³⁾، ويلتزم من تسبب بالفسخ بخطاه تعويض الطرف الآخر، أما الرجوع فلا ينتج أثره إلى في الماضي حيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد دون أن يترتب في ذمة من رجع عن العقد أي تعويض.

د - للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الفسخ والتي بمقتضاها يتمتع بخيارات ثلاثة وهي: أن يقضي بالفسخ، أو أن يرفض الفسخ، أو أن يمنح المدين أجلاً للتقيد حسب الظروف⁽⁴⁾، كما أن حكم القاضي يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً عنه⁽⁵⁾. غير أنه لا يتمتع

(1) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 49.

(2) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 14.

(3) علي فلالي، المرجع السابق، ص 463.

(4) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 485.

(5) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 895.

بذات السلطة التقديرية في حالة الرجوع، إذ أنه يجب عليه الحكم في حالات معينة وإذا توفرت شروط الرجوع، أما حكمه هو حكم كاشف أو مقرر وليس منشئاً⁽¹⁾.

ثانياً تمييز الرجوع عن الإلغاء: المراد به إلغاء العقد بالإرادة المنفردة (la résiliation unilatérale) في العقود التي تسمح طبيعتها بذلك، مع توافر الشروط القانونية التي روعي فيها حماية الطرف الآخر في العقد، فالأصل هو عدم جواز ذلك لأن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالإرادة المتعاقدين معا حسب المادة 106 من القانون المدني، غير أن المشرع أجاز ذلك في بعض العقود دون الإضرار بحقوق الغير، والإلغاء بالإرادة المنفردة لا ينتج أثره القانوني إلا في المستقبل⁽²⁾.

وانطلاقاً مما سبق وأن عالجته فيما تعلق بالرجوع، يمكن القول أنه على الرغم من أن كلاهما يتشابهان في أمور عديدة إلا أنهما يختلفان عن بعضهما من حيث الأثر: إذ يسري الإلغاء بأثر فوري ولا يمتد أثره إلى الماضي، على خلاف الرجوع الذي يسري بأثر رجعي فترجع المراكز القانونية إلى سابق عهدها⁽³⁾.

هذا فيما يخص الإلغاء بالإرادة المنفردة، أما فيما تعلق بالإلغاء بالإرادة المشتركة أو كما يعرف بالتقابل أو الإقالة والذي يتم باتفاق جديد أي بإيجاب وقبول جديدين، فلا ليس له أثر رجعي، كونه عقد جديد تماماً ينتج أثاره من وقت حدوثه⁽⁴⁾، وهو يختلف عن الرجوع في كون هذا الأخير لا يتوقف على صدور إيجاب وقبول من المتعاقدين وإنما يكون بمحض الإرادة المنفردة للمتعاقد.

(1) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 14.

(2) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 504.

(3) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 49.

(4) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 505.

الفصل الثاني

مدى جواز الرجوع في عقود التبوع في التشريع الجزائري

تطرق المشرع الجزائري إلى مدى لزوم عقود التبوع في حق الشخص المتبوع وإلى مدى جواز رجوعه فيها من عدمه، فنص في قانون الأسرة على جواز الرجوع في الهبة والوصية، غير أنه اعتبر الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه، أما فيما يخص عقود التبوع التي ذكرها في القانون المدني في صورة القرض، والوديعة، والوكالة، والعارية، والكفالة، فقد تباين موقف المشرع في منح حق الرجوع فيها من حيث الإجازة والآثار.

وعليه فقد تناولت في هذا الفصل أحكام الرجوع في عقود التبوع انطلاقاً من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وكذا الاجتهادات القضائية في هذا المجال، وذلك بتقسيمه إلى مبحثين، حيث خصصت المبحث الأول لبيان مدى جواز الرجوع في قانون الأسرة، وخصصت المبحث الثاني لمدى جواز الرجوع في قانون الأوقاف والقانون المدني.

المبحث الأول

الرجوع في عقود التبرع في قانون الأسرة

نص قانون الأسرة على جواز الرجوع في عقدين من عقود التبرع، وهما الهبة في المادتين 211، 212، والوصية في المادتين 192، 193، واستمد هذه الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خصصت المطلب الأول لبيان أحكام الرجوع في عقد الهبة، وخصصت المطلب الثاني لبيان أحكام الرجوع في الوصية.

المطلب الأول: الرجوع في عقد الهبة

سأتناول في هذا المطلب ما يتعلق بالرجوع في عقد الهبة، وذلك بتقسيمه إلى ثلاث فروع، الفرع الأول مدى جواز الرجوع في عقد الهبة، والفرع الثاني موانع الرجوع في عقد الهبة، والفرع الثالث آثار الرجوع في عقد الهبة.

الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في عقد الهبة

سنتناول مدى جواز الرجوع في عقد الهبة من عدة جوانب، من حيث حكم الرجوع في الهبة أولاً، وأصحاب حق الرجوع ثانياً، وأعدار الرجوع ثالثاً، وطرق الرجوع في عقد الهبة رابعاً.

أولاً: حكم الرجوع في عقد الهبة: إن الهبة قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد جائز أي غير لازم، يجوز للواهب أن يرجع فيه ولا يمكن للموهوب له أن يجبره على تسليمه الشيء الموهوب، لأن ملك الشيء الموهوب لا ينتقل إلى الموهوب له إلا بعد القبض التام المستوفي لجميع شروطه⁽¹⁾.

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2012، ص 83.

أما بعد القبض فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة والظاهرية إلى أن الهبة إذا استوفت أركانها وشروطها أضحت لازمة لا يجوز الرجوع فيها، ولم يستثنوا إلا هبة الوالد إلى ولده⁽¹⁾.

ويرى الحنفية أنه يصح للواهب أن يرجع في هبته بعد أن يقبضها الموهوب له⁽²⁾ فالهبة ثبوت ملك غير لازم في الأصل، وللواهب أن يرجع في هبته وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع لأسباب عارضة⁽³⁾.

أما في قانون الأسرة الجزائري فإن عقد الهبة من العقود اللازمة التي لا رجوع فيها ومما لا شك فيه أن اتخاذ هذا الموقف من قبل المشرع له ما يبرره، بالاعتماد على رأي جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، ويستثنى من هذا الأصل العام الأبوين دون سواهما، وهو ما يستخلص من نص المادة 211 قانون الأسرة والتي خولت للأبوين حق الرجوع في هبتهما لولدهما فكان ذلك دليل على أنه أمر استثنائي ورد على سبيل الحصر⁽⁵⁾.

ثانياً: أصحاب حق الرجوع في عقد الهبة: لا خلاف بين جمهور الفقهاء في

ثبوت حق الأب في الرجوع عن هبته لولده واستدلوا على ذلك بما روي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو أن يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده"، واستدلوا على ذلك أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العائد في

(1) مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2015، ص 132.

(2) الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، تحقيق المزيدي أحمد فريد، رشاد محمد فؤاد، دار التوفيقية للطباعة، الطبعة السابعة، مصر، 2015، ج 3، ص 270.

(3) الكساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، لبنان، 2004، ج 8، ص 115.

(4) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 84.

(5) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 135.

هبتة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه⁽¹⁾، على اعتبار أن الأب وإن رجع عن هبته لا يعدو أن يكون ذلك إلا لمصلحة ولده. إلا أن الفقهاء اختلفوا في أمرين نوجزهما كالآتي:

الأمر الأول: رجوع الأم فيما وهبت لولدها: انقسم الفقهاء حول رجوع الأم فيما وهبت لولدها إلى ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: أن الأم تقاس بالأب فيما وهبه لولده وعليه جاز لها الرجوع عن هبتها، وبذلك قال الشافعية في المعتمد عندهم والحنابلة في رواية لهم والظاهرية.

القول الثاني: وهو عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها، وبه قال الشافعية في غير المشهور عندهم والحنابلة في الصحيح من المذهب.

القول الثالث: وإليه ذهب المالكية ومفاده أن للأم أن تعتصر⁽²⁾ ما وهبت لابنها مادام الأب حيا سواء كان الولد صغيرا أو كبيرا⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية فقد رجح المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في إلحاق الأم بالأب ومنحها حق الرجوع في هبتها لولدها⁽⁴⁾، وهو ما نصت عليه المادة 211 من قانون الأسرة بقولها "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه...".

(1) الترميدي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1996، ج 2، ص 569-570.

(2) يقصد باعتصار الهبة الرجوع فيها، وهو شائع في عبارات المالكية أما غيرهم فيعبر عنه بالرجوع في الهبة. الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج 5، ص 204.

- وقد عرف ابن عرف من المالكية الاعتصار بقوله: "ارتجاع المعطي عطية دون عوض لا بطوع المعطي". عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، لبنان، 1993، ص 559.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 137-138.

(4) مايا دقايشية، المرجع نفسه، ص 138.

الأمر الثاني: رجوع الجد والجدّة في هبتهما لولد ولدهما: هذه المسألة هي الأخرى اختلف في شأنها الفقهاء، حيث قرر البعض منهم جواز رجوعهما عن الهبة طالما أنه يجوز للأب الرجوع في هبته فإنه كذلك للجدين، في حين ذهب فريق آخر إلى عدم جواز رجوع الجدين في الهبة لولد الولد، وحثتهم في ذلك أن الجد لا يلزمه النفقة على ولد الولد من ثم لا يجوز له أن يرجع فيما وهبه له قياساً على العم وتأخذ الجدّة حكم الجد⁽¹⁾.

أما من الناحية القانونية فقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني وهو عدم جواز رجوع الجد والجدّة فيما وهبا لوالد الولد، ذلك أن الاستثناء الوارد بالمادة 211 من قانون الأسرة يخص الأبوين دون سواهما والأبوين هما الأب والأم لا غير⁽²⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات، ومن ذلك القرار الصادر عنها بتاريخ 2010/07/15 تحت رقم 554347 والذي جاء فيه " أن المقصود حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بكلمة الأبوين الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة، الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجدّة ولا يحق للجدّة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها⁽³⁾".

ثالثاً: أضرار الرجوع في عقد الهبة⁽⁴⁾: أدى اختلاف الفقهاء حول لزوم عقد الهبة كما سبق بيانه، إلى اختلافهم حول ضرورة توفر أضراراً تبيح الرجوع من عدمه على رأيين:

الرأي الأول: عدم اشتراط توفر أضرار للرجوع في عقد الهبة: يري الحنفية أن الأصل هو جواز الرجوع في الهبة مطلقاً إلا إذا وجد مانع من موانعه، فمتى بدا للواهب أن يرجع فيما وهب للموهوب له جاز له ذلك دون أن يلزم بتقديم أضرار تبيح له الرجوع⁽⁵⁾.

(1) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 88-89.

(2) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 140.

(3) مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2010، ص 255-258.

(4) يعبر عنها المالكية بشروط الرجوع في الهبة.

(5) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 108.

وهو نفسه ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية⁽¹⁾.

الأمر الثاني - اشتراط توفر أعمار للرجوع في عقد الهبة: ذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري إلى أن الرجوع في الشريعة غير مطلق⁽²⁾، مؤيدا في ذلك رأي فقهاء المالكية الذين يشترطون مجموعة من الأعمار يجوز بموجبها للوالد الواهب الرجوع فيما وهب لولده، وهو ما يعني أن حق الرجوع في مذهب المالكية مقيدا بعدد من الشروط هي:

الشرط الأول: أن يريد بالهبة الصلة والعطف والحنان على الولد، أما الشرط الثاني: أن يريد بالهبة مجرد ثواب الآخرة لا لذات الولد فإن أراد ذلك كان صدقة بلفظ الهبة فلا يصح له الرجوع، ولأن حق الرجوع بالشرطين المذكورين في الأب مع زيادة شرط ثالث: وهو أن لها حق الرجوع بشرط أن يكون ولدها كبيرا أو صغيرا له أب⁽³⁾.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجدة لم يقيد حق الرجوع في الهبة المقرر للولدين دون سواهما بوجوب توافر عذر مسوغ، بل تجيز المادة 211 منه للوالدين الرجوع في هبتهما لولدهما إلا في حالات ثلاث تشكل مانعا منه⁽⁴⁾.

وترتبا على ذلك، فإنه متى عرض على القاضي الجزائري نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده، وجب عليه أولا أن ينظر في مدى توافر إحدى حالات المنع المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 المنوه عنها أعلاه، فإذا وجد المانع حكم للموهوب له وقضى بعدم الرجوع، أما إذا انتفى المانع وجب عليه الاستجابة لطلب الواهب دون اشتراط السبب المعقول من عدمه، ومن ثم القضاء بالرجوع وإعادة الحالة إلا ما كانت

(1) رغم أن كل من الحنابلة و الشافعية أوردوا شروطا لصحة الهبة إلا أنهم يقصدون بها موانع الرجوع في الهبة. أحمد ابراهيم بك، المرجع السابق، ص 54-55.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 5، الهامش 01، ص 198.

(3) الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 284-285.

(4) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 57.

عليه قبل التعاقد⁽¹⁾.

رابعاً: طرق الرجوع في عقد الهبة: اختلف الفقه حول كيفية الرجوع في الهبة وانقسموا في هذا الشأن إلى فريقين:

الفريق الأول: يري أن الرجوع في عقد الهبة لا بد أن يتخذ أحد الطريقتين: إما الرجوع بالتراضي بين الواهب والموهوب له، أو بالتقاضي أي برفع الأمر أمام القضاء للمطالبة به ويذهب إلى هذا الرأي في الفقه الإسلامي فقهاء الحنفية الذين يقررون أن الرجوع في الهبة متوقف على التراضي أو التقاضي⁽²⁾.

الفريق الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية إلى أنه متى ثبت حق الرجوع فإنه يكون بإرادة الواهب المنفردة، فهو لا يحتاج إلى حكم حاكم ولا يتوقف على التراضي فقد يتم بعلم الموهوب له أو من غير علمه⁽³⁾.

أما في القانون الجزائري وعلى الرغم من أن المشرع نص صراحة بنص المادة 211 من قانون الأسرة على حق الوالدين في الرجوع في عقد الهبة، إلا أن هذه المادة أوردت حكماً عاماً دون تحديد أي طريقة يتبعها أحد الوالدين لإثبات الرجوع في هبته لولده، هل يتوقف رجوعه فيها على قبول ولده، أي بإرادتهما المشتركة أو بمحض إرادته فقط، أو أنه يرجع فيها عن طريق اللجوء للقضاء؟

كما أنه وبالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتبين لنا أنه لم يستقر على اتجاه معين حول الطريقة التي يجب على الواهب أن يسلكها لممارسة حقه في الرجوع إذا ما أراد ذلك إلى حين صدور قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ 23 فبراير 2009⁽⁴⁾.

(1) شيخ نسيم، الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2013، ص 104.

(2) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 19. و راجع كذلك: الكساني، المرجع السابق، ص 122.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 177.

(4) شيخ نسيم، الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

حيث جاء في حيثياته ما يأتي: "أن الأساس القانوني الذي اعتمدته الجهة الاستئنافية يكون غير كاف لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي كرس نهائيا حق الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي، ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمنت أحكام عامة، دونما تحديد للإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده"⁽¹⁾.

وخلص لما تقدم، أن القضاء الجزائري كرس للواهب حق الرجوع في الهبة إما عن طريق القضاء أو عن طريق عقد توثيقي⁽²⁾.

وعليه إذا ما قام أحد الوالدين الواهب، بالرجوع عن هبته لولده أمام الموثق بمحض إرادته المنفردة⁽³⁾، وقبل الموهوب له إرجاع الشيء الموهوب إلى الواهب تعين عليه إعادة المال المنقول إلى هذا الأخير ليضع حينئذ حدا لعقد الهبة المبرم بينهما لأن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة⁽⁴⁾، أما إذا تعلق الأمر بعقار تعين على الأبوين مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا والمتعلقة بالشهر العقاري حتى يتم إعادة نقل الملكية العقارية الموهوبة من الموهوب له إليهما.

أما إذ لم يتبعها هذه الإجراءات بقي ولدهما متمتعا بمركزه القانوني كموهوب له فيبقى مالكا للعقار الموهوب ومن ثم يجوز له أن يتصرف فيه كما يشاء عن طريق بيعه أو هبته أو رهنه نحوها⁽⁵⁾.

وفي حالة لم يتراض الواهب والموهوب له على الرجوع في الهبة فلا يبقى أمام الواهب سوى اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة والمطالبة باسترداد العين الموهوبة

(1) مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009، ص 107 - 111.

(2) شيخ نسيمية، الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

(3) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 65.

(4) شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 76.

(5) شيخ نسيمية، الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 94.

ويتولى القاضي في هذه الحالة مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة والقيود الواردة فيها وعليه فالقاضي يبسط رقابته ملف الدعوى قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الواهب قبل رفع الدعوى الرجوع في الهبة التي محلها عقار يتعين عليه شهر العريضة الافتتاحية للدعوى المتعلقة بالرجوع لدى المحافظة العقارية وذلك تحت طائلة رفض الدعوى شكلاً⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة

كما أشرنا إليه سابقاً فإن فقهاء المسلمين اختلفوا في حكم الهبة، ففيما ذهب الحنفية إلى القول بجواز الرجوع في الهبة فإن الجمهور قالوا بامتناع ذلك باستثناء هبة الولد لولده غير أن كلا المذهبين قيذا حق الرجوع بانتفاء موانعه التي عدوها وذكروها على سبيل الحصر⁽²⁾، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع عندما نص على هذه الموانع في المادتين 211، 212 من قانون الأسرة.

أولاً: موانع الرجوع في عقد الهبة عند الحنفية: سبق وأن رأينا أن الحنفية يرون الأصل في الهبة الجواز وعدم اللزوم سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، لكن يزول عدم اللزوم ويرتفع عندهم إذا وجد مانع من موانع الرجوع، وقد عرف فقهاء الحنفية سبعة موانع تجمعها كلمتي "دمع خزقه"، فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعين للعض والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية والقاف للقرابة والهاء للهلاك⁽³⁾.

(1) راجع في ذلك: المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية رقم 30 لسنة 1976 وراجع كذلك نص المادة 17 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(2) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 70.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 156.

ثانياً: موانع الرجوع في عقد الهبة عند جمهور الفقهاء: يقول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بعدم جواز الرجوع في الهبة كمبدأ عام، باستثناء حالة هبة الوالد لولده غير أنهم قيدوا هذا الاستثناء بعدم وجود مانع من موانع الهبة⁽¹⁾، والذين وإن انفقوا على أن استهلاك العين الموهوبة أو التصرف فيها يمنعان الرجوع في الهبة، إلا أنهم اختلفوا في بعض الموانع فيما بينهم⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذه الموانع في المادتين 211، 212 من قانون الأسرة⁽³⁾، ومن خلال هذين النصين يتضح أن المشرع الجزائري جعل الرجوع في عقد الهبة حقاً استثنائياً للأبوين دون سواهما، وهو بهذا قد أخذ برأي الجمهور من فقهاء المسلمين، إلا أنه قيد استعمال الوالدين لهذا الحق بأن أورد حالات يمتنع فيها على الوالدين استرداد الشيء الموهوب والرجوع فيه⁽⁴⁾، وهذه الموانع منها ما هو قائم منذ صدور الهبة ومنها ما يطرأ بعد صدورهما.

أ - الموانع القائمة منذ صدور عقد الهبة

الهبة من أجل زواج الموهوب له: هذا المانع مستمد من المذهب المالكي الذي كما سبق أن رأينا يقرر امتناع الرجوع في الهبة إذا تعامل الغير مع الموهوب له بسبب

(1) شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 139.

(2) انفرد المالكية بالقول: أن نكاح أو مداينة الموهوب له يعد مانعاً من موانع الرجوع في الهبة. محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 287. أما الشافعية فقالوا بامتناع الرجوع إن كان الولد حراً غير محجور عليه. الجزيري عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 274. وذهب الحنابلة إلى أنه يمتنع الرجوع في الهبة إذا تعلق بها رغبة الولد. موفق الدين ابن قدامة، المغني، تحقيق التركي عبد الله بن عبد الرحمان، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار علم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، المملكة العربية السعودية، 1997، ج 8، ص 260.

(3) جاء في نص المادة 211 من قانون الأسرة "للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات الآتية: 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له. 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين. 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه مل غير طبيعته"

- أما المادة 212 فتتص على أنه "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"

(4) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 86.

الهبة ومنها أن ينكحوه، ففي حالة ما إذا وهب الولد ولده مالا قاصدا بذلك مساعدته على الزواج حتى وإن لم يتزوج الولد في الوقت المحدد، فإن حق الواهب في الرجوع عن هذه الهبة واسترداد المال الموهوب يسقط، فالعبرة إذا بنية الوالد الواهب فإن كان ما قدمه لولده على سبيل العارية مثلا كان له الرجوع⁽¹⁾.

الهبة من أجل المنفعة العامة: يستفاد من نص المادة 212 من قانون الأسرة المذكور أعلاه أن الهبة المبرمة من أجل تحقيق منفعة عامة للمجتمع تعتبر هبة لازمة يمتنع على الواهب الرجوع فيها، فإذا وهب شخص قطعة أرضية للبلدية من أجل إنجاز مدرسة أو مستشفى أو مسجد أو نحو ذلك من أعمال البر، امتنع على الواهب الرجوع في هبته واسترجاع الأرض لأن الغرض من الهبة قد تحقق سواء أنجزت البلدية هذه المشاريع أم لم تنجزها⁽²⁾. وهو ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 116.191 المؤرخ في 19/01/1997 المنشور في م ق، العدد 02، لسنة 1997، ص 144⁽³⁾.

الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: كذلك يمتنع على الأبوين الرجوع في الهبة في هذه الحالة، إذا كان الهبة لآجل ضمان قرض يكون الموهوب له قد اقترضه أو لآجل قضاء دين عليه فقد يكون الموهوب له مدينا لسبب أو لآخر، ولا سبيل لقضاء الدين أو الوفاء به أو ضمان القرض إلا بالهبة من والديه، وبالتالي لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إن كانت هذه الهبة تساعد الابن على تحسين أوضاعه المالية وقضاء ديونه⁽⁴⁾.

ب- الموانع التي تطرأ بعد صدور الهبة

تصرف الموهوب له في الهبة: التصرف هو كل تعبير عن الإرادة يرمي إلى إحداث أثر قانوني، والتصرف الذي ترمي إليه المادة 211 وهو التصرف الذي ينقل

(1) ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص 86.

(2) شيخ نسيم، الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 108.

(3) راجع حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 46.

(4) منصور نورة، المرجع السابق، ص 86.

الملكية، وعليه بناء على قراءة النص فإن تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بحيث يخرج من ملكه هو سبب مانع من الرجوع في الهبة حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له⁽¹⁾. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2005/05/18 تحت رقم 330258 والذي جاء فيه "لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب"⁽²⁾.

ضياع العين الموهوبة: كما يتمتع عن الواهب الرجوع في هبته إذا خرج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بسبب ضياعه، سواء كان الضياع بفعله أو بسبب أجنبي عنه وذلك لأن الموهوب له لا يضمن الضياع كونه مالكا للشيء الموهوب ولأن رجوع الواهب أصبح مستحيلا لانعدام المحل موضوع الهبة الذي ضاع⁽³⁾.

التغيير في طبيعة الشيء الموهوب: وأخيرا إذا قام الموهوب له بإدخال تعديلات على الشيء الموهوب بالزيادة أو بالنقصان إن كان أرضا عارية وبنائها بناء غير من طبيعتها أو أصبحت أرضا مشجرة صرف عليها أموالا باهظة فأحيائها وأوجد بها تشجيرا وأجرى بها الماء، كل ذلك إذا غير من طبيعتها فهذا الأمر هو الآخر يمنع الواهب من حق الرجوع في هبته ويحرمه من استعمالها إذا الحق بمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة 211 من قانون الأسرة⁽⁴⁾.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري وإن كان قد منحى منحى الجمهور في إضفاء اللزوم على عقد الهبة، إلا أنه لم يدرج كل الموانع التي تسقط عن الولد حقه في اعتصار هبته لولده التي أوردها الفقهاء⁽⁵⁾.

(1) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 73.

(2) سايس جمال، المرجع السابق، ج 3، ص 1288.

(3) شيخ نسيم، الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 107.

(4) محمد تقي، المرجع السابق، ص 260.

(5) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 172.

ومن بين هذه الموانع التي أغفل المشرع الحديث عنها، مرض أحد المتعاقدين مرض الموت، فقر الولد الموهوب له، وموت أحد المتعاقدين، وإن كان القضاء الجزائري تناول هذا الأخير كمانع من الموانع في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10 تحت رقم 613091 جاء فيه "لا يملك الواهب وفقا للشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموهوب له"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار الرجوع في عقد الهبة

أهم ما يترتب على الرجوع في الهبة سواء كان هذا الرجوع بتراضي المتعاقدين أو كان عن طريق القضاء أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وذلك بانحلال عقد الهبة بأثر رجعي⁽²⁾.

ومع أن المشرع الجزائري لم ينظم الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة ولم يورد أي نص بشأنها في قانون الأسرة، إلا أننا سنحاول معالجة آثار الرجوع من خلال الاستناد إلى اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا من خلال الاستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني⁽³⁾، سواء فيما تعلق بأثار الرجوع بالنسبة للمتعاقدين، أو آثار الرجوع بالنسبة للغير.

أولاً: آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة للمتعاقدين: وتتمثل هذه الآثار فيما بين المتعاقدين، في التزام الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب، وكذا التزامه برد الثمار إليه، وأخيراً رجوع الموهوب له بالمصروفات على الواهب.

أ - التزام الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الهبة كأن لم تكن وعليه يعود الشيء الموهوب إلى الواهب، أما الحنفية وإن اتفقوا معهم في ذلك إذا تم الرجوع عن طريق التقاضي، فإنهم اختلفوا فيما بينهم إذا تم عن طريق التراضي بين اشتراط القبض إن كانت

(1) مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2011، ص 278 - 282.

(2) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 92.

(3) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 66.

مبتدأة أو تم هبة الشيء الموهوب وعدم اشتراط القبض إن كان دون ذلك⁽¹⁾، و خلاصة القول أن الموهوب له يلتزم برد الشيء الموهوب إلى الواهب من وقت الرجوع، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد ذلك الوقت فكان لهم رأيان:

الرأي الأول: وبه قال جمهور الفقهاء ومقتضاه أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب.

الرأي الثاني: وإليه ذهب الحنفية ومؤداه أن وقت الرجوع هو وقت التراضي إذا تم بتراضي الطرفين أو وقت الطلب المقدم أمام القاضي إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضي⁽²⁾.

وانطلاقا تطبيق القواعد العامة يلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب إن كان قد تسلمه منه، أما لو امتنع الموهوب له عن رد الموهوب قام الواهب بإعذاره بضرورة تسليمه الموهوب إياه، وفي هذه الحالة يتحمل الموهوب له تبعة هلاك الشيء الموهوب تطبيقا لنص المادة 369 من القانون المدني⁽³⁾، وهنا يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا وقع هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بفعله بعد تمام الرجوع في الهبة وجب على هذا الأخير تعويض الواهب لأنه ضامن لهذا الهلاك.

الحالة الثانية: إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي وقع الهلاك على الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم، فإن أعذره وقع الهلاك في هذه الحالة على الموهوب له طبقا للقواعد العامة⁽⁴⁾.

ب - التزام الموهوب له برد الثمار إلى الواهب: يقصد بالثمار الزيادة الحادثة في الشيء الموهوب بعد قبضه وتنقسم هذه الزيادة إلى قسمين منفصلة ومتصلة.

(1) الكساني، المرجع السابق، ص 134.

(2) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 184.

(3) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 93.

(4) شيخ نسيمة، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 111 - 112.

فالزيادة المنفصلة: هي التي يمكن فصلها عن الشيء الموهوب دون ضرر يلحق به أما الزيادة المتصلة: هي التي لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب وكلاهما ينقسم إلى متولدة وغير متولدة.

وعليه بعد أن اتفق الفقهاء على ملكية الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع اختلفوا في ملكية الثمار المتصلة، فذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، في رواية عنهم إلى أن هذه الثمار تكون للموهوب له، وذهب الشافعية إلى أن هذه الثمار تكون للواهب⁽¹⁾.

هذا وقد وافق القانون إعمالاً للقواعد العامة ما ذهب إليه الحنفية في اعتبار وقت الرجوع، وعليه فلا يسترد الواهب الثمرات إلا من يوم الاتفاق على الرجوع أو من رفع دعوى الرجوع في الهبة، كما أخذ بقول جمهور الفقهاء بكون ما جناه الموهوب له قبل الرجوع ملكاً له لأنه تبع لملكه الأصلي للشيء الموهوب، فإذا رجع الواهب لم يكن مسؤولاً عن رده⁽²⁾.

ج - رجوع الموهوب له بالمصرفات على الواهب: يرجع الموهوب له على

الواهب بالمصرفات التي صرفها على الشيء الموهوب، وذلك على أساس الإثراء بلا سبب إذ أن الموهوب له قد صرف على الشيء الموهوب حتى زاد في قيمته، والواهب إذ يرجع الشيء في ذمته فهو بذلك يثري على حساب الموهوب له⁽³⁾، وهذه المصرفات قد تكون ضرورية أو كمالية مادة حسب نص المادة 839 من القانون المدني، وقد تكون نافعة طبقاً للمادتين 784 و785 منه.

ثانياً: آثار الرجوع في عقد الهبة بالنسبة للغير: وهذه الآثار تختلف بين ما إذا

كان الموهوب له تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية وبين ما إذا كان رتب عليه حقا عينياً للغير.

(1) حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، د ر ط، مصر، 2015، ص 121-124.

(2) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 186.

(3) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 67.

أ - **تصرف الموهوب له في العين الموهوبة:** يكون ذلك إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك من أوجه التصرف في الملكية قبل ممارسة الواهب لحق الرجوع، ولا يقال في هذه الحالة أن الرجوع ليس أثر رجعي بل الأصح أن يقال أن الرجوع في الهبة ممتنع أصلاً، أما التصرف بعد شهر دعوى الرجوع من قبل الواهب فإن التصرف الذي اكتسب بموجبه الغير العقار الموهوب لا يسري في مواجهة الواهب الذي يسترد العين الموهوبة خالية من أي حق للغير⁽¹⁾.

ب - **ترتيب الموهوب له حقا عينيا على الشيء الموهوب:** ويجب التفريق بين حالتين:

- **ترتيب الحق العيني قبل شهر دعوى الرجوع:** إعمالاً للقواعد العامة ينبغي حماية الغير حسن النية احتراماً لاستقرار المراكز القانونية، وبالتالي فإن الحقوق العينية المترتبة للغير إن ترتبت قبل شهر سند الإعصار في حالة العقار أو قبل رفع دعوى الاسترداد إن كان الشيء الموهوب منقولاً، في هذه الحالة فإن الشيء الموهوب ينتقل إلى الواهب محملاً بهذه الحقوق، ولا مجال لتطبيق الأثر الرجعي للرجوع حماية لمصلحة الغير حسن النية⁽²⁾، أما إن كان الغير سيء النية فيعامل بسوء قصده فلا يسري حقه في مواجهة الواهب فيسترد العقار مطهراً من هذه الحقوق⁽³⁾.

- **ترتيب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع:** إذا ترتب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة في المحافظة العقارية، فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسري

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 49، ص 52.

(2) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 68.

(3) منصور نورة، المرجع السابق، ص 95.

في مواجهة الواهب، الذي يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير الذي يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الرجوع في الوصية

سنتناول في هذا المطلب الرجوع في تصرف الوصية، وذلك بتقسيمه إلى ثلاث فروع الفرع الأول مدى جواز الرجوع في الوصية، والفرع الثاني طرق الرجوع في الوصية، والفرع الثالث إثبات الرجوع في الوصية.

الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في الوصية

سنتطرق في هذا الفرع إلى حكم الرجوع الوصية، ثم لمن يثبت حق الرجوع فيها.

أولا: حكم الرجوع في الوصية: لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، وله الحق في الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، لأنه لم يتعلق بها حق الموصي له في حياة الموصي فلا يترتب على الرجوع فيها إلحاق الضرر بأحد، وليس للرجوع صيغة خاصة بل انه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصي عن وصيته⁽²⁾.

والحكمة من تشريع الرجوع عن الوصية أن الموصي إذا علم أن له الرجوع عن وصيته في حال صحته ومرضه وفي حال غناه وفقره، فإنه يكون أمنا على أن المال الذي يوصي به لا يزال في ملكه فإن عاش واحتاج إليه صرفه في حاجته، وإن مات وهو في غنى عنه فهو زيادة له في حسناته⁽³⁾.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 53.

(2) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007، ص 484.

(3) زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، 1984، ص 182.

أما فيما تعلق بالرجوع في العمرى أو الوصية بالمنفعة فيجب التفريق بين الرجوع في العمرى المطلقة والرجوع في العمرى المقيدة.

أ - الرجوع في العمرى المطلقة: ذلك إذا قال المعمر للمعمر: هي لك ولعقبك، فلا خلاف بين الفقهاء في أن العين المعمرة تدخل في ملك المعمر⁽¹⁾.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه أنه إذا كانت العمرى مطلقة، هل يكون التملك في هذه الحالة متوجها إلى ربة العين المعمرة فتكون للمعمر ولورثته من بعده لا يملك المعمر حينئذ الرجوع فيها، أم أنه متوجه إلى منفعة العين المعمرة فيكون للمعمر الرجوع فيها بعد موت المعمر؟، ما جعل الفقهاء يختلفون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: التملك متوجه إلى ربة العين المعمرة، فلا رجوع للمعمر فيها بأي حال من الأحوال بل هي ملك للمعمر ولورثته من بعده، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: التملك متوجه إلى منفعة العين المعمرة فترجع إلى صاحبها بعد موت المعمر، وهو قول المالكية⁽²⁾.

ب - الرجوع في العمرى المقيدة: كقول المعطي أعمرتك هذه الدار مدة حياتك وللعلماء قولان في هذه المسألة:

القول الأول: إن المعطي إن شرط رجوع العين المعمرة إليه عند موت المعمر صح الشرط، ويكون التملك حينئذ متوجها إلى منفعة العين المعمرة لا إلى ربتها، وهو قول المالكية ورواية عن الحنابلة.

(1) نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، جامعة القاهرة، 2001، ص 468.

(2) لبيبة أمين الاغا، الرجوع عن التبرع وصوره في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، ص 35-36.

القول الثاني: أنها تكون للمعمر وورثته ويسقط الشرط، ويكون التملك منصبا على رقة العين المعمرة وهو قول الحنفية، والأصح عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة⁽¹⁾.

أما في التشريع الجزائري نصت المادة 1/192، من قانون الأسرة على أنه "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا"، وعليه متى تمت الوصية مستوفية لركانها المتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي ولشروط صحتها ونفاذها اعتبرت صحيحة نافذة، لكنها تبقى تصرفا تبرعيا غير لازم في حياة الموصي يجوز له أن يرجع فيها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، وبالنتيجة يعود الشيء الموصي به إلى تركة الموصي كبقية أمواله ويصبح حقا للورثة⁽²⁾.

واعتبر المشرع الوصية بالمنفعة عمرى في نص المادة 196 من قانون الأسرة، التي نصت على أن الوصية منفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمرى وهكذا أمكن القول بأن العمرى تصح وفق ما جاء به قانون الأسرة أخذا برأي الامام مالك في هذا الشأن⁽³⁾، وإن كان المشرع يقصد العمرى المطلقة لا المقيدة، كما سبق بيانه أعلاه.

ثانيا: لمن يثبت حق الرجوع في الوصية: اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عنها كلها أو بعضها سواء وقع منه الإيضاء في حال صحته أو مرضه⁽⁴⁾، وبالتالي يجوز للموصي فسخها والرجوع فيها مادام حيا، فإذا مات انقلبت لازمة في حدود ثلث ماله ولا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته⁽⁵⁾، فالرجوع في الوصية حق شخصي أصيل بالموصي ولا ينتقل إلى ورثته فالوصية لأجنبي ملزمة لهم في حدود الثلث ولا يجوز لهم الرجوع عنها.

(1) نايف محمد العجمي، المرجع السابق، ص 474.

(2) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبوعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 246-247.

(3) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الأقرار، الأبراء، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، در ط، الجزائر، 2008، ص 106.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 54.

(5) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة الثانية، سوريا، 2004، ج 1، ص 528.

أما من الناحية القانونية فإن الموصي يبقى مالكا لحق إعادة النظر في وصيته مادام حيا في صحته أو مرضه، فإذا توفي مصرا عليها أصبحت لازمة في حق ورثته بعد إخراج نفقات دفنه وإيفاء ديونه⁽¹⁾، كونها ملزمة لهم إذا كانت لأجنبي بنص المادة 185 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: طرق الرجوع في الوصية

بما أن الوصية تصرف غير لازم، فيجوز للموصي الرجوع فيها صراحة أو ضمنا.

أولا: الرجوع الصريح في الوصية: وهو ما كان بالقول الدال على العدول عن الوصية دلالة واضحة من غير احتمال لشيء آخر⁽²⁾، فيعد رجوعا كل ما يتلفظ به الموصي قاصدا الرجوع قصدا واضحا كأن يقول: رجعت عن وصيتي، هي لاغية، فسختها، غيرتها لا تنفدوها، نقضتها، رفعتها، رددتها، عدلت ورغبت عنها، كما يعد رجوعا قوله أبطلتها، أو اشهدوا إنني قد أبطلت كل وصية تقدمت، و قوله تركتها، أو تنازلت عنها، لأنه يتضمن معنى الإسقاط، وكذا قوله الوصية لورثتي لأن في ذلك ينافي الوصية⁽³⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري على الرجوع الصريح كطريق يسلكه الموصي للرجوع في وصيته حال حياته في المادة 192 من قانون الأسرة والتي جرى نصها كالآتي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة... فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها..."⁽⁴⁾.

حيث إن هذا النص صريح في إجازته للموصي الرجوع في الوصية ولم يحدده بأي قيد، فإذا كانت الوصية مكتوبة ومن ثم التصريح بها على يد موثق فيكون الرجوع بالتصريح أمامه أيضا بالرجوع بنفس الكيفية، وإذا تمت بشهادة الشهود ولم تكن مكتوبة كان الرجوع

(1) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 38.

(2) زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 183.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 53.

(4) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبوعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 229.

بالإشهاد على ذلك⁽¹⁾، كما يكمن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لإستصدار حكم يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار هذا الطريق، لأن الحكم القضائي هو من وسائل إثبات الوصية إعمالاً لنص المادة 192 من قانون الأسرة⁽²⁾، وهو الذي سيأتي تفصيله لاحقاً.

ثانياً: الرجوع الضمني في الوصية: وهو ما كان بالقول أو الفعل الدال على العدول عن الوصية بواسطة العرف أو القرينة، وهذا النوع يتناول أموراً بعضها اتفق الفقهاء على أنها تعتبر رجوعاً في الوصية، وبعضها اختلف الفقهاء فيها، فبعضهم يعتبرها رجوعاً عن الوصية وبعضهم لا يعتبرها رجوعاً عنها.⁽³⁾

أ - الطرق المتفق على أنها رجوع في الوصية: كل تصرف قولي يخرج العين عن ملك الموصي: كأن يبيع الشيء الموصي به، أو يهبه، أو يتصدق به أو يجعله مهراً أو وقفاً.⁽⁴⁾

- الأفعال التي تصدر من الموصي ويترتب عليها تغيير الموصى به تغييراً اسمه ومعظم أوصافه، كما لو أوصى بشاة فذبحها، أو مقداراً من الغزل ونسجه.....، ونحو ذلك من كل فعل يغير حقيقة الموصى به ويجعله شيئاً آخر، لأن التغيير على هذا الوجه يعتبر استهلاكاً للموصى به في المعنى، فأقدام الموصي عليه يكون دليلاً على أنه قصد الرجوع عن وصيته وإبطالها⁽⁵⁾.

وهو نفس ما ذهب إليه التشريع الجزائري حيث أن الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به، يصدر من الموصي بعد إبرامه الوصية ويكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عن وصيته وإعراضه عنها مثلما تقتضي ذلك

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 31.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 75.

(3) زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 183.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 114.

(5) زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 185.

أحكام المادة 192 من قانون الأسرة⁽¹⁾، كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع الهبة، الوقف، المبادلة، أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية⁽²⁾، أو أن يقوم بتوكيل غيره ببيع العين الموصى بها، وهو أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 1990/01/24 تحت رقم 54727⁽³⁾.

ب- الطرق المختلف في كونها رجوع في الوصية

- الإيصاء بالموصى به إلى شخص آخر سواء تم ذكر الموصى عند الإيصاء الأول أم لم يذكر وفي ذلك اختلاف بين الفقهاء⁽⁴⁾.

- إحداث الموصي زيادة في الموصى به حيث لا يمكن تسليمه بدونها، أو خلط الموصى به بغيره بحيث يتعذر تمييزه أو يتعسر وهو مختلف فيه بين الفقهاء⁽⁵⁾.

- أما فيما تعلق برهن الموصى به⁽⁶⁾ وكذا جود الوصية، فقيل أنه رجوع وقيل أنه ليس برجوع وكلا القولين مصحح، لكن متون المذهب أن الجود ليس برجوع⁽⁷⁾.

(1) شيخ نسيمية، أحكام الرجوع في التصرفات التبوعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 231.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 75.

(3) سايس جمال، المرجع السابق، ج 1، ص 510.

(4) حيث ذهب الجمهور إلا أن ذلك لا يعد رجوعا في الوصية إلا إذا تم ذكر الموصى به الأول عند الإيصاء الثاني ولا يعتبره الشافعية في رجوعا الرواية الثانية عنهم، فحين اعتبره الحنابلة رجوعا حتى في حالة ذكر الموصى في ثاني روايتهم. مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 81-83.

(5) هذه الأفعال تعتبر رجوعا عن الوصية عند الجمهور، لأنها أفعال يترتب عليها تغيير اسم الموصى به، وجعله شيئا آخر، وذهب المالكية إلا أن هذه الأفعال لا تعد رجوعا عن الوصية إلا إذا قامت قرينة خارجية أو قام عرف يدل أنه قصد بفعل من هذه الأفعال الرجوع عن الوصية. زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 186-187.

(6) ذهب المالكية والشافعية، إلا أن رهن الموصى لا يعد رجوعا عن الوصية، وخالفهم في ذلك الحنابلة في الصحيح من المذهب، والشافعية في رواية ثانية عنهم. مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 60.

(7) أحمد إبراهيم بك، (التزام التبوعات)، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثالثة، العدد 01، لسنة 1933، ص 504.

ولقد نص المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة على نوعين من التصرفات التي لا تعتبر بذاتها رجوعا عن الوصية وهي: رهن الشيء الموصى به، والتصرف في الموصى به إلى شخص ثان⁽¹⁾، وذلك بإعادة الإيضاء مرة ثانية.

فحسب نص المادة 193 من قانون الأسرة فإنه لا يعتبر رهن المال الموصى به تراجعاً عن الوصية سواء كان الرهن رسمياً أو حيازياً، لأن الرهن لا يخرج المال من ملك الموصى لكنه يشكل الرهن خطراً عليه، لأنه عند وفاة الموصى فإن الدائنون يقدمون على الموصى له في حصولهم على حقوقهم من الأموال المشكلة للتركة، وقد تستغرق الديون كل التركة ولا يبقى للموصى له أي شيء⁽²⁾.

أما إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما هذا ما نصت عليه المادة 194 من قانون الأسرة⁽³⁾، والحكم الذي أتى به النص قد يصعب تطبيقه في بعض الحالات فمثلاً لو أوصى لشخص بثلاث ماله، ثم أوصى لآخر بسدس ماله فكيف يكون الموصى به لهما مشتركا بينهما، علماً أن الوصيتين قد تجاوزتا الثلث معا وبالتالي يتطلب موافقة الورثة⁽⁴⁾.

وعليه فيما عدا الحالتين المبينتين أعلاه والتي نص المشرع الجزائري صراحة على عدم اعتبارهما رجوعاً في الوصية، يعتبر كل تصرف يقوم به الموصي على الموصى به رجوعاً إذا دلت القرينة والعرف على اعتباره كذلك، سواء كان هذا التصرف جحوداً أو تغييراً في اسم الموصى به أو زيادة في العين الموصى بها وغيرها⁽⁵⁾.

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبوعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 234.

(2) لحشين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 421.

(3) عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2013، ص 150.

(4) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 44.

(5) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبوعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 237.

الفرع الثالث: إثبات الرجوع في الوصية

انطلاقاً من نص المادة 192 من قانون الأسرة فإن الرجوع في الوصية يتم إثباته بذات طرق إثبات الوصية، غير أنه وانطلاقاً من تأخر صدور قانون الأسرة حتى العام 1984، كان لزاماً الحديث عن طرق إثبات الوصية قبل صدور هذا القانون، ثم التطرق إلى طرق إثباتها في ظل هذا القانون.

أولاً: إثبات الرجوع في الوصية قبل صدور قانون الأسرة: سنتناول طرق إثبات الوصية في مرحلتين، قبل صدور قانون التوثيق وما بعده (1).

أ - قبل صدور قانون التوثيق: لقد كانت الأحوال الشخصية قبل صدور هذا القانون خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث لم يكن هناك أثناء هذه الفترة نص قانوني خاص بإثبات الوصية والرجوع فيها، وتأسيساً عليه وباعتبار الوصية من صميم الأحوال الشخصية فإنها لا تحتاج من الناحية الشرعية إلى شكل خاص تفرغ فيه كما يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وهو ما كرسه المجلس الأعلى في العديد من قراراته (2).

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن آراء الفقهاء قد اقتضت على إثبات الوصية دون الحديث على إثبات الرجوع فيها، وإن اتفق على ضرورة كتابة الوصية عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا بقله مكتوبة عنده"، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مدى لزوم الشهادة عليها من عدمه (3).

(1) أمر 91/70 مؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن تنظيم التوثيق، جريدة رسمية رقم 107 لسنة 1970.

(2) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 88.

(3) لا بد عند الجمهور لإثبات الوصية من سماع الشهود مضمونها، أو قراءتها على الموصي فيقر بما فيها، ويكفي عند المالكية الإشهاد عليها، وإن لم تقرأ على الشهود، أو لم يفتح كتاب الوصية، وتثبت لدى الحنابلة بالكتابة وحدها إذا كان الموصي مشهور الخط وعرف خطه. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص 128.

ب- بعد صدور قانون التوثيق: بعد صدور هذا القانون والذي اشترط الرسمية في التصرفات التي ترد على العقار في نص المادة 12 منه⁽¹⁾، اختلف شراح القانون حول تفسير هذا النص حول مدى خضوع تصرف الوصية للإثبات بعقد رسمي من عدمه على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلا أن الوصية تعتبر تصرفا من جانب واحد وهي بهذا المعنى ليست عقدا، ومن ثم فإن الوصية لا تدخل في مفهوم النص القانوني السابق لان نطاقه محدود من حيث نوع التصرف بالعقود والوصية ليست عقدا⁽²⁾، ومدام الأمر كذلك فإن نص المادة 12 من قانون التوثيق سالف الإشارة سوف لا يكون له سند لإعماله في الوصية، إلا إذا عدل واستبدلت كلمة التصرفات بكلمة العقود الواردة فيه، حتى يصبح النص عاما وشاملا للتصرفات الصادرة من جانبيين والتصرفات الصادرة عن جانب واحد⁽³⁾، ما يعنى أن للموصى الحرية في الرجوع عن الوصية دون ضرورة إثبات الرجوع بشكل رسمي.

الرأي الثاني: ذهب أنه فيما يتعلق الرجوع الصريح، فإنه بناء على هذا النص فرضت الكتابة الرسمية على المعاملات العقارية كركن ركين لا كشرط لإثبات العقد، وبما أن الوصية تصرف ناقل للملكية بعد الوفاة استوجب ذلك إفراغها في قالب رسمي متى انعقد

(1) ونصها كآلاتي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن سهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق." وهو ذات النص 324 مكرر 1 ق م، تم إضافته بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 (ج ر 18 ص 749).

(2) شيخ نسيم، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة " الوصية و الوقف"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009، ص. 96.

(3) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 78.

محلها على عقار وذلك تحت طائلة البطلان، أما الرجوع الضمني يثبت بإثبات التصرف محل الرجوع وذلك بكافة وسائل الإثبات⁽¹⁾.

أما فيما تعلق بالوصية بالمنقول فإن إثبات الرجوع فيها كان يخضع القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وبالتحديد نص المادة 333 قبل تعديلها والمعمول بها آنذاك⁽²⁾ وعليه وباعتبار الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، وبما أن الرجوع فيها هو نقض وإنهاء لذلك التصرف، فإن إثباته يكون بالكتابة إذا كانت الوصية بمنقول غير محددة القيمة أو تزيد على 1000 دينار جزائري، والكتابة هنا تأخذ على عمومها بمعنى أنه تتسع للرسمية وللعرفية⁽³⁾.

ثانيا: إثبات الرجوع في الوصية بعد صدور قانون الأسرة: بالرجوع إلى نص المادتين 191، 192 السابقتين، يتضح أن المشرع وحد طرق إثبات الوصية بين العقار والمنقول انطلاقا من عمومية العبارة الواردة في نص المادة، إلا أنه مع ذلك فرق بين إثبات الرجوع الصريح وإثبات الرجوع الضمني.

أ- إثبات الرجوع الصريح: وقد نصت المادة 191 على طريقتين لإثبات الرجوع الصريح، حيث يمكن إثباتها بعقد توثيقي أمام الموثق أو بحكم قضائي في حالة القوة القاهرة.

إثبات الرجوع بعقد توثيقي: فالوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، ويجب أن تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الاحتفائية التي نص عليها المشرع في المادة 324 مكرر من القانون المدني واشترط تحريرها في حضور شاهدين تحت طائلة البطلان⁽⁴⁾، كما يمكن

(1) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 94، ص 96.

(2) عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 (ج ر 44 ص.25).

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 97.

(4) شيخ نسيم، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة "الوصية والوقف"، المرجع السابق، ص 96.

للموصي أن يتقدم أمام القنصل الجزائري إذا كان يقطن بالخارج، فيحرر له عقدا بذلك، فقد أعطى المرسوم 60/77 المؤرخ في 01 مارس 77 صفة الموثق للقناصلة بنص المادة 02/03⁽¹⁾.

إثبات الرجوع بحكم قضائي: في حالة عدم تمكن الموصي من إتمام عملية تحرير الوصية بحيث منعه من ذلك مانع قاهر، كأن يلتمس من الموثق مثلا أن يحرر له العقد وبحضور شاهدي عدل ولما كان الموصي في طريقه إلى مكتب التوثيق لموعد إمضاء العقد صدمته سيارة فمات⁽²⁾، أو كتب ورقة عرفية في المستشفى أمام الطبيب قبل أن يلفظ أنفاسه الأخيرة، جاز في هذه الحالات اللجوء إلى القضاء لإثبات الرجوع بحكم، ويقع على القاضي دائما عبء التحقق من مدى سعي الموصي لتوثيق رجوعه ومدى قيام المانع القاهر الذي منعه من ذلك⁽³⁾. وهو ما أكدته المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في قرار صادر لها بتاريخ 2008/01/16 تحت رقم 413209.⁽⁴⁾

ب- إثبات الرجوع الضمني: يعتبر الرجوع الضمني في الوصية وقائع وحوادث مادية لا حصر لها، وفي هذه الحالة لا نتوقع من الموصي اللجوء إلى الموثق ليحرر له عقدا رسميا يثبت رجوعه كلما أراد التصرف في ملكه، وسيكون من الحرج تكليف الورثة بتقديم سند رسمي لإثبات الرجوع الضمني⁽⁵⁾.

وعليه وانطلاقا من أن الوقائع المادية سواء أكانت وقائع طبيعية أم أعمالا مادية فلا تسمح طبيعتها في أغلب الصور بإعداد دليل لإثباتها، فيمكن إثباتها بكافة الطرق حتى بالشهادة أو القرائن لهذا رأينا نطاق القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 333 من القانون المدني بشأن وجوب الإثبات بالكتابة أو عدم جواز الإثبات بالشهود محصورا في

(1) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 101.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 74.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 105.

(4) مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008، ص 303 - 306.

(5) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 107.

دائرة التصرفات القانونية، ويتبين من هذا أن الوقائع المادية لا تعتبر استثناء يرد على هذه القاعدة لأن الأصل فيها هو جواز الإثبات بجميع الطرق⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الرجوع في عقود التبرع في قانون الأوقاف والقانون المدني

على الرغم أن المشرع الجزائري قد نظم الوقف كتصرف تبرعي يكون بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة، إلا أن تنظيمه له اقتصر على تحديد القواعد العامة للوقف وظل الأمر كذلك إلى حين صدور القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والذي حدد أحكام الوقف والإطار القانوني له بما في ذلك ما يتعلق بإمكانية الرجوع فيه من عدمه وهو ما سنخصه بالدراسة في المطلب الأول، وأما في القانون المدني فقد نظم المشرع جملة من عقود التبرع مستتباً أحكامها من القانون المدني الفرنسي ومخالفاً في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية وإن كان موقفه في تنظيم الرجوع فيها قد تباين نوعاً ما من خلال عدة أمور، وهو ما سندرسه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الرجوع في قانون الأوقاف

بالرجوع إلى القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف نجد المشرع الجزائري قد تناول مسألتين تتعلقان بالرجوع في الوقف نوضحهما في فرعين، الفرع الأول مدى جواز الرجوع في الوقف، الفرع اشتراط الواقف الرجوع في عقد الوقف.

الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في الوقف

اعتبر المشرع الجزائري الوقف عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه، حينما نص على مبدأ تأييد الوقف أولاً، ومبدأ لزوم الوقف ثانياً.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2009، ص 133.

أولاً: مبدأ تأييد الوقف: ويقصد بذلك أن تكون الصيغة في عقد الوقف مؤيدة لا على وجه التأقيت، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يشترط تأييد الوقف ودوامه، وهو رأي جمهور الفقهاء،⁽¹⁾ الذين يقرون أن التأقيت في الصيغة هو دليل على فسادها، والأصل في الوقف هو التأييد لا التأقيت⁽²⁾.

الرأي الثاني: هو قول الإمام مالك فهو لا يشترط التأييد في الوقف بل يجيزه مؤقتاً، كما جاز مؤبداً ويجيز الوقف بشرط البيع عند الاحتياج، كما يجيزه بشرط العودة للواقف أو لوارثه بعد موت الموقوف عليه، فهو يفتي بصحة الوقف مع ما يفيد التأقيت سواء كان التأقيت لمدة محدودة معروفة مقدره بالسنين أم لمدة غير مقدره بالسنين⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية فتتص المادة 213 من قانون الأسرة على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"، وتتص المادة 3 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، كما تتص المادة 28 من قانون 10/91 على ما يلي: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".

يتضح من هذه النصوص، أن المشرع الجزائري ذهب مذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بتأييد الوقف تحت طائلة البطلان على اعتبار أن التأييد هو مقتضى الوقف⁽⁴⁾.

ثانياً: مبدأ لزوم الوقف: إن المقصود بمسألة لزوم الوقف: مدى جواز التصرف بالعين الموقوفة، ببيع أو هبة أو إرث ونحوه من قبل الواقف أو الموقوف عليه، أو المتولي على الوقف، وانحصرت أقوال الفقهاء في هذه المسألة في قولين:

(1) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 542.

(2) رامول خالد، المرجع السابق، ص 92.

(3) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الثانية، مصر، 1981، ص 64.

(4) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 126.

القول الأول: الوقف عقد غير لازم وللواقف الرجوع عن وقفه والتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الهبة وغير ذلك من التصرفات⁽¹⁾، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة في إحدى الروايات عنه، فهو وإن أجاز الوقف إلا أنه أجاز الرجوع عنه⁽²⁾ وإن كان الوقف يلزم عند أبي حنيفة في بعض الصور:

- أن يجعل الواقف جزءا من أرضه مسجدا ويأذن الناس بالصلاة فيه فهذا الوقف يكون لازما لا يجوز الرجوع فيه.

- أن يقضي القاضي بلزوم الوقف، أو أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية، بأن يضيفه إلى موته فيقول وقتت داري بعد موتي على الفقراء⁽³⁾.

القول الثاني: الوقف عقد لازم، وينسب القول بلزوم الوقف إلى جمهور الفقهاء، وهم محمد وأبو يوسف من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة والظاهرية⁽⁴⁾.

أما من الناحية القانونية، فقد استقر القضاء الجزائري على تبني مبدأ لزوم الوقف بحيث إنه طبق أحكام الشريعة الإسلامية على وقف مبرم قبل صدور قانون الأسرة، ومن ذلك مثلا ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 ديسمبر 2001⁽⁵⁾، والذي يستنتج منه أن الأوقاف التي تمت وفق أحكام المذهب الحنفي تكون قابلة للرجوع فيها، أما إذا تمت وفق ما ذهب إليه الجمهور فهي تعد لازمة الرجوع فيها غير جائز.

(1) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2015، ص 98.

(2) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 514.

(3) منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 99.

(4) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 230.

(5) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 326-327.

أما بعد صدور قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نص المادة 213 منه، وكذا قانون الأوقاف الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 تحت رقم 10/91⁽¹⁾، يتبين أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء واشترط لزوم الوقف بعد صدوره، بمعنى لا يصح للواقف الرجوع عنه وذلك ما أكدته المادة 16 من القانون 10/91⁽²⁾.

وختاماً نعتقد أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلاً بتبني مذهب الجمهور في لزوم الوقف تحقيقاً لاستمرار المنفعة ودوام البر العام المقصود شرعاً من تشريع الوقف، وبناء عليه فلا يجوز التصرف في العين المحبوسة بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها وليس الموقوف عليه إلا حق الانتفاع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 157310 الصادر في 16/07/1997 وكذلك القرار رقم 188432 الصادر في 29/09/1999⁽³⁾.

الفرع الثاني: اشتراط الرجوع عند إنشاء الوقف

وهي ما يمليه كل واقف في كتاب وقفه بمحض إرادته ليعبر بها عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه والنظام الذي يتبع فيه من تولى شئونه وتوزيع ريعه، واختلفت اختلاف الفقهاء في مدى جواز هذه الشروط⁽⁴⁾.

فالحنبلة بالنسبة للعقود عامة لا الوقف خاصة قرروا أن كل شرط لم يرد فيه نهى عنه فهو شرط صحيح يجب احترامه وكل شرط فيه نص على التحريم فهو محرم، أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلا أن كل شرط تم النص عليه أو كان موافقاً لمقتضى العقد كان

(1) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2010، ص 34.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 97.

(3) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 242.

(4) محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، لبنان، 1982، ص 371.

لازما، ويكون باطلا إن كان مخالفا لمقتضى العقد⁽¹⁾.

ولقد نصت المادة 15 من قانون 10/91 على مصطلح التراجع بقولها: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف." وعليه فإن المقصود من مصطلح التراجع الوارد ذكره في هذه المادة ليس هو الرجوع في الوقف، وإنما المقصود منه هو تعديل الواقف لشروط الوقف⁽²⁾، هذا ويجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لحكم الوقف الذي هو اللزوم إذ يبطل البند المنصوص في العقد القاضي بجواز رجوع الواقف في وقفه⁽³⁾.

المطلب الثاني: الرجوع في عقود التبرع في القانون المدني

سندرس الرجوع في باقي عقود التبرع الأخرى التي نص عليها المشرع في القانون المدني في صورة القرض، والوديعة، والعارية، والكفالة، والوكالة، والتي نظمها في أبواب ومواضع مختلفة منه وأجاز الرجوع في بعض العقود دون البعض الآخر منها الذي لم يمنح حق الرجوع فيه، حيث خصصنا الفرع الأول لعقود التبرع التي يجوز الرجوع فيها، أما الفرع الثاني فقد خصصناه إلى عقود التبرع التي لا يجوز الرجوع فيها.

الفرع الأول: عقود التبرع التي يجوز الرجوع فيها

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يصرح بجواز الرجوع من عدمه، إلا أنه بالرجوع إلى ما تعلق بعقود التبرع من نصوص نجد أن المشرع قد نص على إمكانية الرجوع في بعض العقود في صورتين، حيث أنه أجاز إمكانية الرجوع في التبرع بصورة صريحة وإن لم يعبر عنه بمصطلح الرجوع وإنما بمصطلح الرد وذلك في عقد القرض وأجاز ثانيا إمكانية الرجوع بصورة ضمنية في كل من عقد الوديعة والعارية.

(1) محمد أبو زهرة، الرجوع السابق، ص. 131.

(2) عين السبع فايزة، المرجع السابق، ص 128.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 106.

أولاً: عقد القرض: إن الأصل في عقد القرض أن يكون عقد تبرع لأن المقرض يخرج من ملكيته الشيء المقترض إلى المقترض، ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن وذلك بدون مقابل فيكون بذلك متبرعا، وهذا ما نصت عليه المادة 450 من القانون المدني⁽¹⁾.

وقد وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقهاء وشراح القانون، حينما أقر بعلاقة التماثل بين الرجوع والرد واعتبرهما بنفس المعنى بمنحه للمقرض المتبرع الحق في المطالبة برد ما منحه للمقترض على سبيل التبرع بمحض إرادته المنفردة سواء قبل حلول أجل الوفاء أو بعده، وذلك في نص المادة 458 من القانون المدني بقوله: "أما حق المقترض في الرد فإنه لا يجوز اسقاطه أو تحديده بمقتضى الاتفاق."

ففي حالة إذا لم يتم الإتفاق على أجل للرد، فإن القواعد العامة تقضي بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن، فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض وجب على المقترض أن يرد القرض بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد⁽²⁾، أما في حال الإتفاق على الأجل، فيحق للمقرض أن لا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل إذا أعسر المقترض بعد القرض أو كان معسرا قبل ذلك⁽³⁾.

ثانياً: عقد الوديعة: هي في الأصل من عقود التبرع⁽⁴⁾، وباستقراء أحكام عقد الوديعة في القانون المدني يتضح أن المشرع نص على إمكانية رجوع المودع عنده في تصرفه التبرعي، حينما ألزم المودع بتسليم الوديعة متى أراد المودع لديه الرجوع فيها، وذلك حسب مقتضيات نص المادة 494 من ذات القانون، وعليه يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة في الحالتين الأتيتين:

(1) جديني زكية، عقد القرض بين القانون الوضعي الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 26.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الرجوع السابق، ج 5، ص 480.

(3) جديني زكية، المرجع السابق، ص 128.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 677.

- إذا كان مآذونا في استعمال الوديعة، أو كان الأجل بوجه عام معيناً في مصلحة الوديع.

- إذا طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للوديعة، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر إذ يكون الوديع في هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يضار بتبرعه⁽¹⁾.

ثالثاً: عقد العارية: عرفت المادة (538) من القانون المدني العارية بقولها "العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال"، ويستفاد من نص المادة السالفة الذكر أن عقد العارية محله شيء غير قابل للاستهلاك يسلمه المعير للمستعير ليستعمله دون عوض على أن يرده عينا عند نهاية العارية، وهي من عقود التبرع لأن المستعير يستعمل الشيء المعار بلا عوض وهو الفرق بين الإيجار والعارية⁽²⁾.

ويمكن للمعير الرجوع في العارية في حالة عدم تحديد لا أجل ولا غرض معين، فإذا أعار شخص شخصاً آخر دار ليسكنها دون أن يعين مدة أو غرضاً ولم يكن هناك سبيل آخر لتعيين مدة تنتهي بانقضائها العارية، فإن العارية في هذه الحالة تنتهي في أي وقت يريده المعير بعد إمهال المستعير مدة معقولة للإخلاء دون أن يتقيد المعير بالمواعيد القانونية المقررة في الإيجار ويلاحظ أن العارية في هذا الغرض لا تلزم المعير⁽³⁾.

هذا وقد منح المشرع حق المعير في الرجوع في العارية في حالة ما إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء غير متوقعة، حيث أن المشرع الجزائري وإن نص على الإنهاء في هذه الحالة إلا أنه لم يقضي بإلغاء العقد في المستقبل، بل رتب على ذلك آثار الرجوع في

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 751.

(2) محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، د ر ط، الجزائر، 1987، ص 135.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 6، ص 1554.

العقد برجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد واعتباره كأن لم يكن على أن يسترده في حالة ما إذا كان قد سلمه للمستعير⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عقود التبرع التي لا يجوز الرجوع فيها

أغفل المشرع الحديث عن الرجوع في كل من عقد الكفالة والوكالة، ولم يمنح حق الرجوع فيهما لا صراحة ولا ضمنا، وهو ما سندرسه في هذا الفرع بشيء من التفصيل.

أولا: عقد الكفالة: إن الصورة المعتادة للكفالة أن يقوم الكفيل بالتزامه دون مقابل وبهذا تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع⁽²⁾، معنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل وهذا المعنى مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل عادة فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن⁽³⁾.

وقد أعتبر المشرع الجزائري عقد الكفالة عقد لازم، فلا يجوز للكفيل المتبرع الرجوع في تصرفه التبرعي في كفالة الدين، حيث أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام الأصلي الذي يقع على عاتق المدين ولذا فإنه يتأثر بما يؤثر في الالتزام الأصلي، فهو يدور معه وجودا وعدما⁽⁴⁾، وعليه فالتزام الكفيل المتبرع يبقى موجودا وقائما ولا مجال للرجوع عنه مادام الالتزام المكفول قائما.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 06، ص 1557. و أنظر أيضا: محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 138.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2011، ص 18.

(3) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2001، ص 20.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق ص 110.

ثانياً: عقد الوكالة: إن العمل التبرعي هو مفترض في الوكالة بصريح نص المادة 581 من القانون المدني التي تنص على أن "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من حالة الوكيل..."، فمعنى ذلك أن المبدأ في الوكالة أنها تبرعية⁽¹⁾. وعلى الرغم من أن المشرع أجاز للوكيل بأن يتنازل عن الوكالة التبرعية بنص المادة 588 من القانون المدني، بمحض إرادته المنفردة، إلا أن المشرع لم يعتبر ذلك رجوعاً منه في تصرفه التبرعي وذلك انطلاقاً من عدة نقاط تتمثل في:

- يترتب على الرجوع في عقد التبرع زوال العقد بأثر رجعي، ويعتبر العقد كأن لم يكن بعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما في حالة التنازل عن الوكالة، فإن المتبرع الوكيل وعلى الرغم من تنازله عن الوكالة إلا أنه يبقى ملزماً بأن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرض للتلف وهو ما نصت عليه المادة 589 من القانون المدني⁽²⁾.

- جعل المشرع حق الرجوع الذي أجازته في أغلب عقود التبرع حقا مطلقاً لا يتقيد المتبرع في ممارسته بأي شرط أو عذراً مسوغاً، أما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الوكالة فالمشرع قيد ممارسة هذا الحق بتوفر شروط وأسباب جدية من ذلك أنه قيد الوكيل المتبرع واشترط عليه إعلام الموكل برغبته في التنازل عن عقد الوكالة وهو ما نصت عليه المادة 588/1 من القانون المدني⁽³⁾، كما أنه إذا كانت الوكالة صادرة لأجنبي فلا يجوز حينئذ للوكيل أن يعدل عن الوكالة إلا بشرطين: أن توجد أسباب جدية تبرر العدول، وأن يخطر الوكيل

(1) بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى الجزائر، 2008، ص 10.

(2) نصها كالاتي: "مهما كان سبب انقضاء الوكالة، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرض للتلف".

(3) نصها كالاتي: "يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت على الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول".

الأجنبي بعدوله عن الوكالة، ويجب أن يتضمن ذلك الأخطار منح هذا الأجنبي وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لحماية مصالحه⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة⁽²⁾.

(1) لحسن بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015، ص 185.

(2) نصها كالآتي: "غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل وهذا بمنحه وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه."

الخاتمة

الخاتمة

في الختام فإن هذا جهد المقل وبضاعته المزجاة، فما كان من توفيق فهو من عند الله وحده، وما كان من زلة فهو من عندي ومن الشيطان، والحمد لله الذي أعانني على انجاز واتمام هذا العمل، وأتمنى أن أكون قد وفقت في تقريب المعنى وإعطاء صورة جلية حول موضوع الرجوع في عقود التبرع والتي مكنتني من خلال دراستي له من الالمام وفهم كل الجزئيات والعناصر المتعلقة بموضوع التبرعات، واثراء الرصيد المعرفي بمعلومات واشكاليات، بالإضافة إلى ادراك الأهمية الكبيرة لهذه العقود في الحياة اليومية، ومن خلال هذه الدراسة فقد استخلصنا عدة نتائج أهمها:

- حق الرجوع في العقد مرتبط بعقود التبرع ويدور معها وجودا وعدما، كما أنه لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانب واحد، ولا يرد إلا على عقود التبرع الصحيحة المستوفية للأركان والشروط، بالإضافة إلا أنه نظام مستقل له ما يميزه عن طرق انحلال العقد الأخرى.

- أخذ المشرع برأي جمهور الفقهاء واعتبر الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه، واستثنى من ذلك الوالدين ومنح لهما الحق في الرجوع في ما وهبا لولدهما بصفة مطلقة، وما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها.

- أورد المشرع في نص المادة 211 من قانون الأسرة، حكما عاما دون تحديد طريقة الرجوع في الهبة، إلا أن اجتهاد المحكمة العليا كرس للواهب حق الرجوع عن طريق القضاء أو بموجب عقد توثيقي.

- ضيق المشرع في دائرة موانع الرجوع في الهبة واستبعد بعض الموانع التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية، رغم أن المحكمة العليا وسعت في دائرة هذه الموانع حينما اعتبرت وفاة الموهوب له مانع من موانع الرجوع في عقد الهبة.

الخاتمة

- اعتبر المشرع الوصية عقدا غير لازم، يجوز للموصي الرجوع فيها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، كما أن المشرع الجزائري اعترف بالعمري في نص المادة 196 أخذا برأي الإمام مالك، إلا أنه لم يورد أي نص يتعلق بالرجوع فيها كما فعل في عقد الهبة، وأخضعها لنفس حكم الرجوع في الوصية التي أوردت حكما عاما دون التفريق بينهما مخالفا بذلك آراء فقهاء الشريعة.

- يعتبر حق الرجوع في الوصية حقا أصيلا بالموصي الذي يظل مالكا له، ولا تنتقل للورثة التي تصبح الوصية لازمة في حقهم بمجرد وفاته.

- رغم أن المشرع الجزائري أجاز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا إلا أنه استثنى نوعين من التصرفات التي لا تعد رجوعا عن الوصية، رهن الشيء الموصى به، والتصرف فيه لشخص ثاني بإعادة الإيصال.

- أخضع المشرع الجزائري اثبات الرجوع في الوصية، لنفس طرق اثبات الوصية في حد ذاتها والتي مرت بمرحلتين، مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة والتي كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون التوثيق، ومرحلة صدور قانون الأسرة الذي أخضع اثبات الرجوع الصريح بحكم قضائي أو عقد توثيقي، أما الرجوع الضمني فهو واقعة مادية تخضع للإثبات بكافة الطرق حسب القواعد العامة في القانون المدني.

- اعتبر المشرع الجزائري الوقف عقد لازم حينما نص على مبدأي اللزوم والتأبيد، وكذا حينما أبطل كل شرط يشترطه الواقف في وقفه ويكون مخالفا لأصل الوقف وهو التأبيد.

- تباين موقف المشرع في تنظيم حق الرجوع في القانون المدني، حيث نص على الرجوع صراحة أو ضمنا في كل من عقد القرض، والوديعة، والعارية، واعتبر الكفالة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه، أما الوكالة رغم أنه نص على فسخها وإلغائها إلا أنه لم ينص على جواز الرجوع فيها.

الخاتمة

وبناء على ما خلصنا له من نتائج نوصي ما يلي:

- تعديل نص المادة 211 من قانون الأسرة، و ذلك بإضافة أمرين:
- الأمر الأول: جعل كل من الجد والجددة في حكم الأب والأم وإدراجهما في ممارسة حق الرجوع في عقد الهبة.
- الأمر الثاني: إدراج كل الموانع الأخرى التي ذكرها جمهور الفقهاء مثل موت الموهوب له، فقر الولد الموهوب له، ومرض أحد المتعاقدين مرض الموت.
- توضيح طرق الرجوع في الهبة بإضافة مادة صريحة تخص كل من الرجوع في الهبة بالتقاضي وكذا الرجوع في الهبة بالتراضي، للقضاء على التناقض في قرارات المحكمة العليا حول المسألة.
- إضافة مواد جديدة تتعلق بأثار الرجوع في الهبة لتجنب تطبيق القواعد العامة، وليكون الرجوع في الهبة واضحا وكل جزئية منه منظمة بنص خاص.
- إضافة مادة تتعلق بالرجوع في العمرى كون أن الرجوع في هذه الأخيرة له حكم خاص في الفقه الإسلامي، وبالأخص في المذهب المالكي الذي استنبط منه المشرع أحكام العمرى.
- تعديل نص المادة 192 من قانون الأسرة، باشتراط الرسمية فيما تعلق بالرجوع الصريح، إذا كانت الوصية واردة على منقول تجاوزت قيمته 100.000 د ج، وذلك تطبيقا للقواعد العامة للإثبات.
- استحداث مادة في قانون الأوقاف تنص على عدم الرجوع صراحة في الوقف، على اعتبار أن كل من مبدأي اللزوم والتأبيد غامضين نوعا ما.
- مادام أن المشرع الجزائري اعتبر أحكام الشريعة الاسلامية مصدرا احتياطيا للقانون المدني، كان الأولى به الأخذ بأحكام الرجوع في عقود التبرع الواردة فيها دون الاعتماد

الخاتمة

بصورة مطلقة على القانون المدني الفرنسي الذي لا توجد لديه نظرية واضحة في أحكام الرجوع في عقود التبضع.

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

ثانياً: الكتب

- 1- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، د ر ط، مصر، 2005.
- 2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.
- 3- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2016.
- 4- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، د ر ط، الجزائر، 2015.
- 5- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
- 6- بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008.
- 7- الترميدي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1996.

قائمة المراجع

- 8- الجزيري عبد الرحمان، **الفقه على المذاهب الأربعة**، تحقيق المزيدي أحمد فريد، رشاد محمد فؤاد، دار التوفيقية للطباعة، الطبعة السابعة، مصر، 2015.
- 9- جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.
- 10- حسن محمد بودي، **موانع الرجوع في الهبة**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، در ط، مصر، 2015.
- 11- الحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الاسرة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر، 2014.
- 12- حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات، الهبة والوصية والوقف**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة جديدة مزينة ومنقحة بأحدث الأحكام والقرارات، الجزائر، 2004.
- 13- رامول خالد، **الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر.
- 14- زاهية سي يوسف، **عقد الكفالة**، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر، 2001.
- 15- زكريا سرايش، **الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014.
- 16- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، **الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية**، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، 1984.
- 17- زهدور محمد، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، در ط، الجزائر، 1991.
- 18- شيخ نسيمة، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، الهبة - الوصية - الوقف**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر، 2012.
- 19- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني المصري**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 2009.

قائمة المراجع

- 20- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر، 2010.
- 21- أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، لبنان، 1984.
- 22- عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2013.
- 23- عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، لبنان، 1993.
- 24- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة الطبعة الأولى، الجزائر، 2014.
- 25- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، در ط، الجزائر، 2013.
- 26- فنطازي خير الدين موسى، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، دار زهران للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012.
- 27- الكساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، لبنان، 2004.
- 28- لحسن بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.
- 29- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، در ط، الجزائر، 2015.
- 30- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة ثانية، مصر، 1981.
- 31- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، در ط، الجزائر، 1987.

قائمة المراجع

- 32- محمد تقيّة، دراسات عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003.
- 33- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2009.
- 34- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2011.
- 35- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، 2012.
- 36- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007.
- 37- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، لبنان، 1982.
- 38- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة الثانية، سوريا، 2004.
- 39- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2015.
- 40- منصور نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2010.
- 41- الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، دار السلاسل للطباعة، الطبعة الثانية، الكويت، 1987.

قائمة المراجع

- 42- موفق الدين ابن قدامة ، المغني، تحقيق التركي عبد الله بن عبد الرحمان، عبد الفتاح محمد الحلو، دار علم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 43- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الأقرار، الأبراء، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، د ر ط، الجزائر، 2008.
- 44- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985.

ثالثا: القواميس والمعاجم

- 1- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ر ط، الجزائر، 2011.
- 2- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، مصر، 2015.

رابعا: الرسائل و المدكرات

- 1- بن مشرّن خيرالدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012.
- 2- جديني زكية، عقد القرض بين القانون الوضعي الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
- 3- سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013.
- 4- ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- 5- عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2015.

قائمة المراجع

6- عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015.

7- لبيبة أمين الأغا، الرجوع عن التبرعات وصوره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.

8- نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، جامعة القاهرة، 2001.

خامسا: النصوص القانونية

1- أمر 91/70 مؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن تنظيم التوثيق، جريدة رسمية رقم 107 لسنة 1970.

2- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (ج ر 78 لسنة 1975).

3- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية رقم 30 لسنة 1976.

4- القانون 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 جوان سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر 24 لسنة 1984) معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري سنة 2005 (ج ر 15 لسنة 2005) والمصادق عليه بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول الموافق 04 ماي 2005 (ج ر 43 لسنة 2005).

5- القانون 10/91 المؤرخ في شوال عام 1411 الموافق 12 27 أبريل والمتعلق بالأوقاف (ج ر رقم 16 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/02 المؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002 (ج ر 83 لسنة 2002).

6- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

سادسا: المجالات القضائية

- 1- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008.
- 2- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009.
- 3- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2010.
- 4- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2011.
- 5- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2013.

سابعا: المقالات

- 1- أحمد إبراهيم بك، (إلتزام التبرعات)، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، 1932، العدد، 05.
- 2- أحمد إبراهيم بك، (التزام التبرعات)، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثالثة، 1933، العدد 01.
- 3- شيخ نسيمة، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة " الوصية و الوقف"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2009
- 4- شيخ نسيمة، الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2013.
- 5- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 2، 1987.

فهرس المحتويات

أ	مقدمة.....
1	الفصل الأول: تأصيل حق الرجوع في عقود التبرع.....
2	المبحث الأول: مفهوم عقود التبرع وعناصرها.....
2	المطلب الأول: مفهوم عقود التبرع.....
2	الفرع الأول: تعريف عقود التبرع.....
5	الفرع الثاني: خصائص عقود التبرع.....
7	الفرع الثالث: تمييز عقود التبرع عن المفاهيم المشابهة.....
9	المطلب الثاني: عناصر عقود التبرع.....
9	الفرع الأول: العنصر المعنوي لعقود التبرع.....
11	الفرع الثاني: العنصر المادي لعقود التبرع.....
13	المبحث الثاني: أساس الرجوع في عقود التبرع.....
13	المطلب الأول: تعليق الرجوع على انشاء عقد تبرع صحيح.....
13	الفرع الأول: عقود التبرع تنشأ بالعقد.....
17	الفرع الثاني: عقود التبرع تنشأ بالإرادة المنفردة.....

23	المطلب الثاني: تكيف حق الرجوع في عقود التبرع.....
23	الفرع الأول: مفهوم الرجوع في العقد.....
24	الفرع الثاني: تمييز الرجوع في العقد عن المفاهيم المشابهة.....
27	الفصل الثاني: مدى جواز الرجوع في عقود التبرع في التشريع الجزائري.....
28	المبحث الأول: الرجوع في عقود التبرع في قانون الأسرة.....
28	المطلب الأول: الرجوع في عقد الهبة.....
28	الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في عقد الهبة.....
35	الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة.....
39	الفرع الثالث: آثار الرجوع في عقد الهبة.....
43	المطلب الثاني: الرجوع في الوصية.....
43	الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في الوصية.....
46	الفرع الثاني: طرق الرجوع في الوصية.....
50	الفرع الثالث: إثبات الرجوع في الوصية.....
54	المبحث الثاني: الرجوع في عقود التبرع في قانون الأوقاف والقانون المدني...
54	المطلب الأول: الرجوع في قانون الأوقاف.....

54	الفرع الأول: مدى جواز الرجوع في الوقف.....
57	الفرع الثاني: اشتراط الرجوع عند انشاء الوقف.....
58	المطلب الثاني: الرجوع في عقود التبرع في القانون المدني.....
58	الفرع الأول: عقود التبرع التي يجوز الرجوع فيها.....
61	الفرع الثاني: عقود التبرع التي لا يجوز الرجوع فيها.....
64	خاتمة.....
68	قائمة المراجع.....
75	فهرس المحتويات.....

