أهمية التمييز
بين عقود المعاوضات والتبرعات

أ/ خالد سماحي
أستاذ القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون ـ تيارت

ملخص:

في هذا البحث توضيح بتوسع لأهم تقسيم للعقود، وهو تقسيمها إلى عقود المعاوضات وعقود التبرعات.

لذلك تم تناول حقيقة كل من العقدين وأنواعهما المختلفة، وحقيقة نوع العقود التي يختلط فيها المعاوضة بالتبرع. ثم تم تناول الفروق بين العقدين من حيث الأركان أي التكوين والإنشاء، فبين البحث وجود اختلاف كبير في أطراف العقد، والتراضي، والعيوب التي تلحق الرضاء، وأيضا وجود فوارق في شروط الأركان الأخرى كالمحل والسبب، وأهم ما يميز العقدين هو ركن الشكل الذي يلزم عقود التبرع غالبا، وليس كذلك في العقود المقابلة له وهي عقود المعاوضات.

ومن جهة ثانية تناول البحث التمييز بين العقدين من حيث الآثار والأحكام، فتكلم عن ثلاثة أمور أساسية وهي اختلاف المسؤولية العقدية في كل من العقدين، وكذلك الأوصاف التي تلحق الالتزام كالشرط والأجل، وفي الأخير اختلاف النزاع إذا وجد في كل من العقدين. ومن خلالها أشار البحث إلى الثمرات العملية في التفريق والتمييز بين العقدين المذكورين محل الدراسة.

Résumé:

L'importance de distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit.

a clarification et l'expansion des principales divisions des contrats, la tenue à titre onéreux et à titre gratuit.

Lorsque nous avons abordé la réalité de chacun de ces deux contrats, leurs diverses formes et aussi le caractère mixte de certains cont
les deux contrats selon les éléments de fondation (formation et constitution).

Nous avons trouvé par la recherche, une différence significative dans les parties des deux contrats, à l'angle de l'élément de consentement et les vices qui sont la cause et le reste d'autres éléments, y compris la cause et l'objet de contrat, ainsi que la forme de contrat qui est un élément fondateur dans la plupart des contrats à titre gratuit, sans autres contrats à titre onéreux.

D'autre part, nous constatons que la recherche fait la distinction entre les deux contrats en termes d'effets et les dispositions, a inclus trois considérations qui sont fondamentales: la différence dans la responsabilité contractuelle de chacun des contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux, ainsi que dans les formes ci-joint à l'obligation, tel que le terme et la condition, également une différence au conflit - le cas échéant - dans chacun des deux contrats.

Trouvée porter ses fruits de recherche la distinction entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux dont est l'objet de cette recherche.

مقدمة:

هناك عدة تقسيمات للعقود باعتبارات شتى، يذكرونها غالبا في مستهل دراسة النظرية العامة للعقد، أو قانون العقود، ومن بين هذه التقسيمات يذكر تقسيم العقود إلى عقود معاوضات وعقود تبرع، باعتبار وجود المقابل للالتزام المقدم من أحد الأطراف من عدمه، فإن وجد سمي العقد عقد معاوضة، وإن لم يوجد كان العقد عقد تبرع.

ويلاحظ عدم الوقوف كثيرا عند أهمية هذا التقسيم، أو عدم التوسع في شأنه، بل يتناول في بضع سطور، لكن استقراء التشريعات والقضايا وبحوث الفقه والقانون في الموضوع يدعنا نقف عند نقاط كثيرة تفترق فيها عقود المعاوضات عن عقود التبرع، وتترتب على ذلك آثار عملية هامة؛ مما يجعل ضمهما مع بعض، وشملهما بأحكام موحدة في كل وقت وحال، مما لا يستسيغ ولا يناسب، خاصة وأن العقدين المذكورين قسيمان للعقد ويضمان ما لا يحصى من العقود تندرج تحتهما.

وفي الدراسة التالية محاولة وجيزة تبين أهمية التمييز بين العقدين، موضحة ما يفرق بينهما سواء من حيث الحقيقة والمفهوم، أو من حيث الإنشاء والتكوين، أو من حيث الأحكام والآثار؛ لذلك كانت هذه الدراسة من ثلاثة مباحث وفق العناصر الآتية:

المطلب الأول: حقيقة عقود المعاوضات والتبرع

المطلب الثاني: أنواع التبرعات

المطلب الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات

المطلب الأول: حقيقة عقود المعاوضات والتبرعات:

نتناول في هذا المطلب تعريف عقد المعاوضة ولا لإشكال كبير فيه، ثم تعريف التبرع وهو ما يحتاج إلى تفصيل، فنتعرض إلى ما ورد في تعريفه في القوانين العربية والغربية، وفي الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: حقيقة عقد المعاوضة:

المعاوضة هي بذل شيء بمقابل، سواء كان هذا البذل عبارة عن إعطاء مال، أو تقديم عمل أو خدمة، أو غير ذلك.

ولعل الأدق تعريف لعقد المعاوضة نص عليه في التقنين، ما جاء في التقنين المدني الكندي (كيبك) الذي عرف عقد المعاوضة في المادة 1381 ق.م للكيبك (كندا) الفقرة الأولى بما يلي: "عقد المعاوضة هو العقد الذي يستفيد فيه كل طرف مقابلا متبادلا لالتزامه"[1]

أما ما ورد من تعريفات أخرى سواء في التقنين المدني الفرنسي أو من تأثر به في ذلك من التقنينات العربية، فقاصر ومعترض عليه.[2]

ومن أمثلة عقود المعاوضات البيع والإيجار والمقايضة

---

[1] Art 1381/1 C.c.Q: Le contrat à titre onéreux est celui par lequel chaque partie retire un avantage en échange de son obligation

[2] عرفت المادة 58 من القانون المدني الجزائري عقد المعاوضة الذي يقابل عقد التبرع بما يلي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما". وهو أقرب إلى تعريف القانون المدني الفرنسي، حيث عرفه في المادة 1106 منه، بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو بفعله (السنهوري، نظرية العقد ص135). وقد انتقد هذا التعريف الأستاذ السنهوري ورأى أنه معيب لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد الملزم للجانبين والأدق في نظر الأستاذ السنهوري: "..أن يعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع. وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن. والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة للمقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل، وبالنسبة للمقترض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد. وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة في مقابل الدين الذي له، وهو بالنسبة للكفيل يكون متبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد التزم دون مقابل. ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر." انظر: السنهوري، نظرية العقد ص134، وما بعدها.

الفرع الثاني: حقيقة عقود التبرع:

التبرعات جمع تبرع، وهو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو تفعله بدون أن تطلب عليه عوضا[1].

وهناك مصطلح آخر وهو العطية جمعها عطايا libéralités، ومن خلال استقرائي لكتابات الفقه الإسلامي القديمة فإن مصطلح العطية والعطايا هو أكثر شيوعا في القرون الأولى للفقه الإسلامي، ثم أصبح مصطلح "التبرع والتبرعات" أكثر تداولا في القرون المتأخرة.

أولا: حقيقة التبرع في القانون الجزائري والقوانين العربية:

أما في القانون: فالتبرع عمل قانوني، مضمونه تقديم التزام بدون انتظار مقابل له، وقد يكون عقدا، يستدعي اتفاق إرادتين فأكثر لإنشائه، وقد يقتصر قيامه على صدور إرادة منفردة من المتبرع.

ولم يعرف القانون الجزائري التبرع، فلم يورد ق.أ.ج تعريفا لعقد التبرع مع أنه عنون ب(كتاب التبرعات) عندما ذكر أحكام ثلاثة عقود مشهورة فيه وهي: الوصية والهبة والوقف.

كذلك القوانين العربية لم تنص على تعريف للتبرع، ولم تتناوله كتصرف مستقل، وإن تناولته كما سبق ذكره مع القانون الجزائري كوصف يعرض لبعض العقود، فتترب عليه أحكام معينة نصوا عليها في مواضعها وسيأتي تفصيلها.

كذلك نصت القوانين العربية على أحكام التصرفات المنضوية تحت التبرع، وربما عرفت ذلك النوع من عقود التبرع كما فعلت مع الهبة وغيرها.

وربما يكون سبب عدم إيراد القوانين العربية لتعريف خاص بالتبرع تأثرها بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يأت بتعريف للتبرع.

لكن القانون المدني الفرنسي بالمقابل أورد تعريفا لعقد التفضل (Contrat de bienfaisance)، واستدرك في تعديل له سنة 2006 فأورد تعريفا للعطية (Libéralité)، وهما قسمان للتبرع، كما سيأتي.

---

[1] أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، 1932، س2، عدد ص605.

ثانيا: حقيقة التبرع في القوانين الغربية:

نتناول هنا تعريف التبرع في القوانين الغربية وذلك بما ورد في القانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، والقانون المدني لمنطقة الكيبك (كندا)، وما يتميز به الأخير هو أنه تعرض بالنص لتعريف عقد التبرع.

أ ـ حقيقة التبرع في القانون الفرنسي: كما سبق بيانه فإن القانون الفرنسي لم يعرف عقد التبرع، لكنه عرف عقدين يعتبران مكونين وقسيمين لعقد التبرع، وهما: العطايا، وعقد التفضل؛ بحيث إن العطايا عندهم تختص بالتبرع الذي يقتضي التمليك، وخصها في تصرفين: الهبات بين الأحياء والوصية. وجعل عقد التفضل مختصا بالتبرع بإسداء خدمة.

أما عقد التفضل contrat de bienfaisance فقد أورده منذ إصداره الأول في قانون نابليون سنة 1804م، في المادة 1105 منه بما يلي:

"عقد التفضل هو العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الآخر منفعة مجانية خالصة"[1]

ثم عرف العطايا libéralités جمع عطية بتعديل المادة 893 من ق.م الفرنسي، وذلك بإعادة صياغتها سنة 2006، وأصبح نصها كما يلي:

"العطية هي التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أو بعض أملاكه أو حقوقه لصالح شخص آخر.

لا يمكن أن تكون العطية إلا عن طريق الهبة بين الأحياء، أو بطريق الوصية"[2]

---

[1] نصها الأصلي كما يلي:

Art1105: Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

[2] نصها كما يلي:

Art 893: La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.
Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament.

وكان نصها قبل التعديل كما يلي:

Art 893: On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci après établies.

ب ـ حقيقة التبرع في القانون الكندي: من التقنينات القليلة التي تناولت تعريف التبرع القانون المدني للكيبك Québec (كندا)، حيث عرفه في م2/1381 بما يلي:

"عقد التبرع هو العقد الذي يلتزم فيه أحد أطرافه تجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يفتك أي منفعة له"[1]

وخصصت القرة الأولى من المادة لتعريف عقد المعاوضة كما سبق.

وهو كما نرى تعريفا صالحا للتصرف التبرعي، وجامع لأفراده مانع من دخول غيره فيه. فيضم عقود التبرع سواء كانت مقتضية للتمليك كالهبة والصدقة وغيرها مما فيه نقل حق عيني أو حق متفرع عن حق الملكية، أو كان الالتزام المقدم مجرد تقديم التزام بعمل، أو امتناع عن عمل، وهو ما يدخل في أنواع أخرى من التبرع لا تقتضي التمليك كالوكالة بدون أجر وغيرها.

لكن يبقى إشكال وهو أن التعريف خاص بالتبرع الذي نشأ من عقد وهو اتفاق إرادتين، ولا يتناول التبرع الناشئ من تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية؛ لذلك كان ينبغي تعريف التصرف التبرعي acte à titre gratuit، ليعم كل أفراد التبرع سواء كان عقدا أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

ثالثا: حقيقة التبرع في الفقه الإسلامي:

التبرع في الفقه الإسلامي هو أن يلزم الشخص نفسه شيئا لم يكن لازما عليه على سبيل التبرع. قال الحطاب: الالتزام (ويقصد التزام التبرع): هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية[2].

وهناك ملاحظتان على هذا التعريف:

1 ـ أن الالتزام المذكور إذا كان مطلقا أي من غير تعليق فإنه يدخل فيه كل أنواع التبرع سواء كان على شكل عقود أي باتفاق إرادتين، أم تصرفا بالإرادة المنفردة.

---

[1] نصها كما يلي:

Art 1381/2 C.c.Q: Le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans retirer d'avantage en retour.

[2] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (فتح العلي المالك 218/1)

2 ـ أنه جعل العطية libéralité بمعنى التبرع. وهذا إطلاق عام فيها، ولهم معنى لها خاص يقابل ما في القانون وهو التبرع المقتضي للتمليك فتكون بمعنى الهبة. وعرفوها على هذا المعنى بما يلي: العطية تمليك متموَّل من غير عوض إنشاء[1]. والمتموَّل: هو الأمور المتملكة أي التي يصح تملكها وهي الحقوق المالية.[2]

ويقول الشيخ أحمد إبراهيم: التزام التبرع هو إلزام الإنسان نفسه شيئا من المعروف، وإيجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما بنية القربة إلى الله تعالى ويسمى "نذرا"، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو جماعة من الناس أو لما يعود نفعه على الناس[3].

الحاصل: أن إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي هو ما يقابل المعاوضة، ويعم كل أنواع التبرع 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، يعني التصرف التبرعي أيا كان (acte à titre gratuit).

المطلب الثالث: أنواع التبرعات:

نذكر في هذا الفرع تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل، وتقسيمها إلى هبات مباشرة وغير مباشرة.

أولا: تقسيم التبرعات إلى هبات وتفضل:

تنقسم عقود التبرع contrats à titre gratuit أو تصرفات التبرع actes à titre gratuit في القانون الفرنسي إلى قسمين:

(1) الهبات (actes de libéralités) وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله، كعقد الهبة ينقص من مال الواهب بقدر ما وهب. ومعناها: أعمال التبرع التي يلتزم فيها المتبرع بإعطاء.

---

[1] شرح حدود ابن عرفة

[2] انظر شرح حدود ابن عرفة، القرافي: المتمول ما بذل العقلاء الثمن لأجله (الذخيرة)، يعني كل ما يقصد بالعوض.

[3] أحمد إبراهيم، التزام التبرعات ص605

(2) وعقود التفضل contrats à titre gracieux, actes de bienfaisance أو عقود التبرع بالخدمات contrat de services gratuits ومعناها: إذا كان المتبرع يلزم بتقديم منفعة أو خدمة أي يلزم بعمل أو بالامتناع عن عمل.[1]

فعقود التفضل هي عقود التبرع التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمة هذا المتبرع مقابل ما يؤديه من خدمة للطرف الآخر. ولهذا يمكن القول بأن التبرع في عقود التفضل يؤدي إلى افتقار افتقارا سلبيا، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارية والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر.

وأما عقود الهبات فهي تلك التي لا يترتب عليها مجرد عدم دخول عوض في ذمة المتبرع وإنما خروج مال من ذمته ينتقل إلى الطرف الآخر[2] كالهبة مثلا والوصية أيضا.

ويطلق على عقود التفضل بالفرنسية أيضا (Les contrats désintéressés)، ويقابلها الهبات (Les contrats intéressés)[3]، أي تصرفات تبرعية ذات اعتبار وغير ذات اعتبار.

وتكمن أهمية هذا التقسيم أيضا، في أنه "يرى البعض اشتراط أهلية التبرع في الهبات دون التبرعات، أما هذه فيكفي فيها أهلية التصرف"[4]

ثانيا: تقسيم التبرعات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة:

يقسم أهل القانون أيضا التبرعات تقسيما آخر، وهو تقسيمها إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة.

ويقصدون بالهبة المباشرة التبرع الذي يتصرف فيه المتبرع في ماله دون مقابل، إما بنقل حق عيني للمتبرع له، أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للمتبرع له. وهذا النوع من التبرع (الهبة المباشرة) هو وحده الذي يجب إفراغه في الشكل الواجب قانونا في الهبة.

---

[1] السنهوري: نظرية العقد ص126، الوسيط 9/5

[2] د. جلال العدوي، أصول الالتزامات 64/1.

[3] Actes juridiques à titre gratuit formes des libéralités (critères concernant leur différenciation par rapport au autres actes, revue: acta universitatis danubius juridica, n°1/2009.

[4] السنهوري: نظرية العقد هامش ص126.

أمثلة على الهبة المباشرة:

- أن يعطي شخص لآخر دارا أو سيارة بدون مقابل على سبيل التبرع، فيكون قد نقل له حقا عينيا هو حق الملكية على الدار أو على السيارة.

- أن يلتزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع.

أما الهبة غير المباشرة: أن يكسب المتبرع له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من المتبرع.

أمثلة على الهبة غير المباشرة:

- النزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة.

- النزول عن حق شخصي - أي الإبراء - يعتبر هبة غير مباشرة.

- الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر هبة غير مباشرة

- قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة.

ففي كل هذه الأمثلة يكسب المتبرع له الحق المتبرع به ولكن ليس بانتقاله مباشرة من المتبرع.[1]

وفائدة التقسيم أنه يساعد في التمييز لنا بين التبرع الذي يفتقر إلى الشكلية والعينية (الحيازة) وهو ما سموه بالهبة المباشرة المكشوفة، وبين التبرع الذي لا يحتاج إلى الشكلية وهو الهبة غير المباشرة، بالإضافة إلى الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر فلا تحتاج إلى الشكلية وإنما تأخذ شكل العقد الذي يسترها.

المطلب الثالث: الفروق بين المعاوضات والتبرع:

تتميز التبرعات عن المعاوضات بأوصاف وأحكام تفرق بينها نوجزها في ثلاث مجموعات كما يلي:

الفرع الأول: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الإنشاء

الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الآثار

الفرع الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات إجمالا

---

[1] انظر تفصيل الكلام عن هذا التقسيم ومما اختلف فيه، في السنهوري، الوسيط 78/5 إلى 84.

الفرع الأول: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الإنشاء والأركان:

تختلف تصرفات التبرع عن تصرفات المعاوضة من حيث أركانها المكونة لها، وفي كيفية إنشائها، ومن هذه الفروق ما يلي:

(1) في عقود التبرع لا يتطلب القانون نفس الأهلية أو الولاية التي يتطلبها في عقود المعاوضة.

فمن حيث الأهلية يعد الصبي المميز بالنسبة لعقود التبرع كامل الأهلية إذا كان هو المتبرع له، وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية.

ومن حيث الولاية لا يكون للجد أو الوصي أو القيم ولاية من تثبت لهم الولاية على ماله، بينما يكون لهم، على اختلاف بينهم، وفي حدود معينة، ولاية المعاوضة على ذلك المال.[1]

(2) طيبة النفس (الرضاء) المقصود في التبرعات أخص من طيبة النفس المقرر في المعاوضات، ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها.[2]

(3) لا عوض عن التزامات أحد أطراف التبرع وهو المتبرع، أما المعاوضات فمن خاصيتها وجود العوض المقدم من كل طرف فيها.

(4) في عقود التبرع يعد الغلط في شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال. أما في عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط في الشخص لا يعد غلطا جوهريا إلا في شركات الأشخاص والعقود الواردة على عمل يعتد فيه بالاعتبار الشخصي دون سواها من العقود التي لا يعد فيها الغلط في الشخص غلطا جوهريا إلا إذا ثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار في التعاقد.[3]

---

[1] جلال العدوي، أصول الالتزامات 65/1.

[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة ص362.

[3] جلال العدوي، مرجع سابق 65/1.

(5) ضرورة توثيق التبرع والتشديد في ذلك بالحيازة والشهود إضافة إلى الرسمية في بعضها، أما المعاوضات فهي عقود رضائية في الأصل. ولهذا لا يعتبر انعقاد عقد التبرع إلا بعد التحويز دون عقود المعاوضات[1]

(6) للتصرف التبرعي ركن شكل خاص لا يعرف في سائر العقود والتصرفات.

(7) خفة شروط المتبرع له أو انعدامها، بخلاف المعاوضات التي تشترط فيها تعيين أطراف التعاقد كلها وأن تكون لها أهلية التعاوض.

(8) في الفقه الإسلامي خاصة يتسامح في باب التبرعات عن الجهل والغرر الواقعين في محل التبرع كما سيأتي تفصيله، أما باب المعاوضات فيرون أنه باب المكايسات ومؤدي للنزاع والتشاحن فلابد من سد مثل هذه الأمور فيه[2].

الفرع الثاني: تمييز التبرعات عن المعاوضات من حيث الآثار:

أيضا تفترق التبرعات عن المعاوضات في الآثار والأحكام التي تترتب بعد إنشاء كل منها، ونذكر من ذلك ما يلي:

(1) المسئولية العقدية للمتبرع أخف من المسئولية العقدية للمعاوض باتفاق القانون والفقه الإسلامي.

(2) لا تبعة على المتبرع في هلاك العين التبرع بها أو المتبرع بمنفعتها، إذا لم يكن ذلك بسبب خطئه الجسيم، أو تعمده في ذلك، بخلاف المعاوضات فإنه ضامن لذلك.

(3) لا ضمان على المتبرع في تبرعه باختلاف أنواعه، يعني ضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، بخلاف المعاوض فإن شرط التعاوض أن يضمن ما يعاوض به.

(4) ديون المحاصّة لا تدخل فيها التبرعات بخلاف المعاوضات[3].

---

[1] ابن عاشور، مرجع سابق ص362.

[2] انظر مثلا: الونشريسي، المعيار 324/9

[3] انظر ابن رشد، المقدمات 333/2، وشرح حدود ابن عرفة باب في دين المحاصة.

(5) يتوسع في حرية اشتراطات المتبرع في تبرعه في القانون وفي الفقه الإسلامي، ويختلف مدى هذا التوسع حسب المذاهب، وأكثرهما توسعا المذهب المالكي، فيتوسع في وسائل انعقاد التبرعات على حسب رغبة المتبرعين، فيما يشترطونه من قيود وتعليقات في تبرعاتهم ما لم يخالف مقتضى العقد كاشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة، واشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب، وغيرها من الشروط بخلاف المعاوضات[1]

الفرع الثالث: تمييز التبرعات عن المعاوضات إجمالا:

أيضا تتميز التبرعات عن المعاوضات بأمور أخرى غير ما يخص إنشائها أو آثارها، كخصائص كل منها وغير ذلك، نضمها في مجموعة خاصة بها منما ما يلي:

(1) التبرع قد يكون تصرفا بالإرادة المنفردة، أما المعاوضة فهي عقد تبادلي يلزم فيه الطرفان، فلا تكون إلا عقدا.

(2) عقود التبرع تعتبر أعمالا مدنية فقط؛ بينما عقود المعاوضة قد تكون أعمالا مدنية أو تجارية حسب الأحوال.

(3) لا بحث عن التوازن بين أطراف العقد في حالة التبرع، خلافا للمعاوضات، فلا يبحث عن استغلال أو غبن يقع على الطرف الثاني للتبرع وهو المتبرع له.

(4) سبب التزام أحد طرفي عقد التعاوض هو وجود التزام الطرف الآخر، فله الحق بالدفع بعدم التنفيذ، أي أن يمتنع عن تنفيذ التزام عليه لمدينه حتى يقوم الطرف الآخر الذي هو مدينه بتنفيذ التزامه. لكن لا يتصور الدفع بعدم التنفيذ في عقود التبرع لعدم وجود التزامات متقابلة.

[1] انظر ابن عاشور، مرجع سابق ص364.

(5) في الفقه الإسلامي باب المعاوضة أقوى من التبرع المحض[1]، ولعلهم يقصدون قوة اقتضاء اللزوم، "فأقواها البيع إذ هو معاوضة تتم بالقول وتلزم به أحكامه على التمام..."[2]، ولذلك قالوا: نهت الشريعة عن بيع التبرعات حتى تقبض.[3]

(6) في باب فلسفة التشريع الإسلامي يقولون لابد من ترغيب وتحريض أفراد المجتمع على تصرفات التبرع، أما المعاوضات فالجبلة الخلقية والحاجة داعيان إليها.

المراجع:

- السنهوري، نظرية العقد، ط2، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ط3، 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- د. جلال العدوي، مصادر الالتزام، 1997، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية 1932، العدد: ص605- 642.

- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، بحث مقارن، محاضرات على طلبة قسم الدراسات القانونية، 2009، دار الفكر العربي.

- الحطاب المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (مدرج في كتاب: فتح العلي المالك للشيخ عليش) ط1958، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- التوزري عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، 1339هـ، المطبعة التونسية، تونس.

---

[1] انظر الذخيرة للقرافي

[2] انظر: الونشريسي، المعيار 335/9.

[3] علي الخفيف، التصرف الانفرادي ص11.

- ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة، ط1، 1999، دار النفائس، الأردن.

- الونشريسي، المعيار المعرب، تحقيق: محمد حجي، طبعة دار الغرب، بيروت.

- ابن رشد، المقدمات، ط1، 1988، دار الغرب، بيروت.

- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة المالكي، ط1، 1993، دار الغرب، بيروت.

- القانون المدني الجزائري

- قانون الأسرة الجزائري

- القانون المدني الفرنسي

- القانون المدني للكيبك (كندا)