

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة غارداية - جامعة غمار ثلجي . الأتواط .

كلية الحقوق و العلوم سياسية

قسم الحقوق

أحكام عقد هبة العقار في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار حقوق
تخصص: قانون عقاري

إشراف الدكتور

الحاج محمد قاسم

إعداد الطالب

غادة أحمد

لجنة المناقشة

الرقم	إسم الاستاذ و لقبه	الدرجة	الجامعة	الصفة
01	نسيل عمر	مساعد - أ .	غارداية	رئيسا
02	نبات خديجة	مساعد - أ .	غارداية	عضوا مناقشا
03	الحاج محمد قاسم	محاضر - أ .	غارداية	مشرفا و مقررا

السنة الجامعية: 2014 / 2015

الإهداء

الحمد الكثير والشكر المديد للذي أنعم علينا بنعمه الجمة وفضله العظيم، الأحد الصمد لك الحمد
حمدا كثيرا كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، ولك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا
رضيت

ولك الحمد بعد الرضا.

إلى صاحب الخلق العظيم القائل: " طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة " محمد صلى الله عليه
وسلم.

إلى الذي كان عليه كياني ودرع أمانتي وحافظ عمدي ومطيب مهدي وهادي رشدي إلى أكرم
مخلوق على وجه الأرض إلى من تعب من أجل راحتي ورباني على الفضيلة والأخلاق وكان مصدر
فخري واعتزالي

إليك أبي الغالي.

إلى التي على بساط الأوجاع ولدتني وبأيدي الآلام ربنتني وبعيون الأتعاب رعتني وبصدر مشتاق
حلمتني، إلى أنبع زهرة تفتحت لي في هذا الوجود وألمع ثمرة تحرق لها العيون من لم تتوانى
لحظة واحدة في دعائها لي
إليك أمي الغالية.

إلى جميع إخوتي وأخواتي وأختص بالذكر أخي إسماعيل الذي لم يتوانى في مساعدتي وتحمل
مشققت عملي.

إلى كل من يؤمن بأن السعادة الحقيقية تكمن في قلبه من يشارك الآخرين فرحتهم.
إلى كل أصدقائي ومن يستحي القلب أن يقول لهم أصدقائي وعجز اللسان أمام مقولة " ربّ أخ لم
تلذه أمك".

إن من لذات الدنيا محطات نوقف عندها لنرد الجميل ولو بكلمة طيبة إلى ابنت عمي مريم
وصديقتها خديجة إلى صديقتي لى، إلى كل من ساهم من بعيد أو قريب في مد يد العون
ووقوف بجانبني.

إلى كل أساتذة وطلبة كلية الحقوق خاصة قسم القانون العقاري

تشكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء

هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل

لا يسعني وأنا أنهى هذا العمل المتواضع إلا أن أنسب

الفضل لذويه فأخص بالحمد والثناء لمن لا يتم أمر إلا بإذنه

ثم أتقدم بالشكر والعرفان للأستاذ المشرف

الدكتور حاج محمد قاسم

ولا أنسى الفضل الكبير لكل أساتذة قسم الحقوق

لتوجيهاتهم ونصائحهم القيمة

ولا أنسى أن أتقدم بالشكر والتقدير لكل إداريي وعمال جامعة حرطاية

وإلى كل من وقف بجانبني من قريب أو بعيد أقول:

شكر الله سيعيكم وسدد خطاكم وأمدكم بوافر الصحة والمهنا

وجزاكم الله عنى خير الجزاء.

الملخص:

لقد عرف الفقهاء الهبة بأنها تملك بلا عوض في الحال مجانا، وهي لا تتم إلا بين الأحياء، وعرفه المشرع الجزائري في نص المادة 202 من قانون الأسرة في قوله: "الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط"، وهو ما يميزها عن الوصية التي هي مرجاة لما بعد الموت، كما أن لها خصائص ومميزات تميزها عن غيرها من العقود سواء الملزمة لجانين كعقد البيع والإيجار، أو الملزمة لجانب واحد كالوصية والوقف... إلخ

وعقد هبة العقار يتميز بأركان و شروط عامة تتمثل في التراضي والحل والسبب، بالإضافة إلى شروط خاصة وهي الشكلية والحيازة أو القبض، وأن الهبة التي لا تكون مرفقة بالشكلية تكون باطلة بطلانا مطلقا. كما أن إنعقاد الهبة يحدث آثارا قانونية ذات أهمية بالغة، فإذا تمت صحيحة سليمة مستوفية لأركانها وشروطها، فإنه يترتب على ذلك نقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له، وهذا ينشئ إلتزاما على عاتق الواهب إذا كانت الهبة بلا عوض، وقد ينشئ إلتزاما على عاتق الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض.

وباعتبار عقد هبة العقار تصرفا خطيرا، يتجرد فيه الواهب من ماله دون مقابل على نحو يؤثر في ذمته المالية ويحدث أثرا بالغيا في نفوس أهله وأقاربه، ولهذا أجاز المشرع الرجوع في الهبة بشروط مخصوصة وفق المادة 211 من ق.أ والتي إقتضت بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- 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، بيعه أو تبرع به، أو غير طبيعته

Résumé

Les lavants savaient, ou le cadeau (don) est titrage sans compensation dans le cas gratuitement, ce qui est non seulement parmi les vivants, et le législateur algérien savait dans le texte de l'article 202 du Code de la famille en disant: «appropriation cadeau sans compensation, et que le donneur soit nécessaire pour donataire faire engagement dépend entièrement de la condition d'achèvement », ce qui le distingue du commandement qui est reporté au-delà de la mort, ils ont aussi les caractéristiques et les fonctionnalités distinguées d'autres contrats sont contraignantes pour les deux parties comme un contrat de vente et de location, ou la liaison à un côté commandement et le dotation ...etc.

Le contrat est caractérisé par le don d'éléments de propriété et les conditions générales est de faire des compromis et faire du shopping et pourquoi, en plus des conditions spéciales et un régime foncier officiel ou arrêtés, et que le don ne sera pas attaché formalisme nulle et non avenue.

La convocation du don qui se passe est d'effets juridiques d'une importance primordiale, si ont été un vrai son face à ses coins et ses conditions, il en résulte que la propriété de l'argent doué transféré au donataire, ce qui établit une obligation sur le donneur si le don sans, compensation était d'établir l'obligation sur le donataire Si les moustiques de cadeaux.

Comme une propriété de cadeau de maintien un acte grave, dans lequel le donateur se départir de son argent sans frais d'une manière affectant les déchargée financiers se produit un impact majeur dans le cœur de sa famille et des proches, et qui passait la législature de retour dans le don conformément à l'article 211de Code de la famille et qui

exigeait que les parents le recours en termes spécifiques le don de leur fils, peu importe ce que l'âge, sauf dans les cas suivants:

1- Si le cadeau de mariage au donataire

2- Si le don d'assurer le prêt ou éliminer la dette

3- Si le donataire à la disposition de chose, le vendre ou en faire don, ou est la nature

مقدمة

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء ومن ورائها القوانين الوضعية كقانون الأسرة على إطلاق حرية الشخص في التصرف في أمواله كيف ما يشاء، ومن تلك التصرفات التبرع عن طريق الهبة. ومما لا شك فيه أن للهبة تأثير في إنشاء وإستقرار العلاقات والروابط الإنسانية، وتدعيم أو اصر الأخوة والتعاون بين الأهل والأقارب، كما أن نفوس الناس تهنو إلى ما كان فيه التبرع دون مقابل فهي تصرف دون معاوضة، يتنازل الإنسان بواسطتها عن ماله أو جزء منه، وقد يكون لهذا التصرف تأثير على وضعيته المالية وعلاقته بأسرته خاصة إذا كان موضوع الهبة عقارا مما يوجب على الواهب التروي والتفكير جيدا فيما هو مقدم عليه من تصرف يؤدي إلى إفتقار الواهب وإغتناء ذمة الموهوب له على حساب ورثته المستقبليين أو بعضهم.

فمقابل هذا التصرف وخطورته، فقد أولاه المشرع بالإهتمام في قانون الأسرة، وأورد تنظيم الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع من القانون تحت عنوان التبرعات، وأفرد له أحكاما في المواد 202 إلى 213 حتى لا تخرج الهبة عن إطار المشروعية إلى الإضرار بحقوق الغير والتحايل على أحكام القانون حيث تظهر خطورة التصرف بشكل أكبر في الحالات التي ترد على هبة العقار.

وقد تم إختيار موضوع "هبة العقار" ودراسته للكشف عن ماهية هذا التصرف وبيان إختلافه عن غيره من التصرفات وتبيان أركانه وأحكامه من جانب قانوني وفقهي وقضائي، وما قد ينشأ عنه من منازعات والمتمثلة في الرجوع عن الهبة وموانعه مما يتطلب خصوصية تنظيم عقد الهبة الوارد عليه تماشيا مع المنظومة القانونية للملكية العقارية القائمة على إشتراط الرسمية والإشهار.

وترجع أهمية العقار إلى ماله من قيمة قانونية وإقتصادية جعلت منه محلا لدراسات قانونية وإقتصادية، يمكن القول أن أهمية العقار لها جذورها التاريخية تعود للقدم، أين كان يعتبر المنقول تافه القيمة والعقار يعد شيئا نفيسا وقيما، أما في الوقت الحالي فإن أهمية العقار لا تزال لها ذات القيمة، فالعقار يعد دعامة وركيزة أساسية في الرصيد الإقتصادي لأي دولة أو صاحب ملك، بالنسبة للملكية الخاصة سواء على مستوى الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كالمؤسسات والجمعيات والبلديات وغيرها من أشخاص القانون الخاص أو العام المهتمة بالعقار والملكية العقارية و الإستثمار والتعامل فيه مما جعل القانون يمنع إنتقال الملكية العقارية إلا بشرط شكلية معينة كالتسجيل والإشهار في المحافظة العقارية والحصول على شهادة الملكية العقارية وتسجيل كل الحقوق العقارية وعدم التساهل في نقل هذه الملكية حفاظا على الثروة العقارية، ومنع الأجانب من التسلط وتملك العقار والسيطرة على النشاط العقاري والإقتصادي في أي دولة من الدول المعاصرة المتنافسة على السيادة والتملك وحيازة مختلف الثروات وإستعمالها وسائل قهر وسيطرة وتغلب على الغير.

ولذلك كان الغرض من هذه الدراسة هو بلورة التصرف بالهبة من وجهة نظر القانون والشريعة الإسلامية وإبراز مكانة الهبة ومركزها في النظام القانوني، كما أن الغرض كذلك تأصيل أحكام الهبة والقواعد التي تنظمها، ولدراسة فحوى موضوع هبة العقار نظرح الإشكالية الجوهرية للبحث التالية: فيم تتمثل أحكام عقد هبة العقار في القانون الجزائري؟

وبناء على الإشكالية الرئيسية يترتب عنها عدة تساؤلات فرعية وهي:

ما مفهوم الهبة في العقار؟ وفيما تتمثل أحكامها وأركانها؟ وهل إستمدد المشرع أحكامها من الشريعة الإسلامية أم من القوانين الوضعية، أو أخذ من كل منهما؟

إن الدراسات المتخصصة في عقد الهبة بصفة عامة، وهبة العقارات بصفة خاصة قليلة جدا، وإنما تكاد تعد على أصابع اليد منها ما كان للدكتور أحمد السنهوري في مؤلفته (الوسيط في شرح القانون المدني، الهبة والشركة)، وما كان للدكتور محمد بن أحمد تقيية في رسالته (دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن).

أما فيما يخص المنهج المتبع في دراستي فقد إتبع المنهج الوصفي، والتحليلي، والإستقرائي، والموازنة والمقارنة في مضمونها لإبراز كافة الجوانب .

ولم تخلو هذه الدراسة من الصعوبات التي تواجه أي باحث والمتمثلة أساسا في قلة المراجع المتخصصة في مجال هبة العقار وفق التشريع الجزائري الخاص.

أما فيما يخص الخطة المتبعة فقد قسمتها إلى ثلاثة فصول، نحاول من خلالها التعرض إلى ماهية عقد هبة العقار، بالوقوف عند تعريفها، مقوماتها، والتمييز بينها وبين العقود المشابهة لها، بالإضافة إلى موقف التشريع الإسلامي و التشريعات الأخرى من عقد الهبة، هذا ضمن الفصل الأول مقسم إلى خمسة مباحث، أما الفصل الثاني فقد تم التطرق إلى أركان عقد هبة العقار، المتمثلة في التراضي والمحل والسبب في ثلاث مباحث على حدى، بالإضافة إلى الشكلية في هبة العقار وقبض الهبة والوعد بها عبر مبحثين منفصلين، وفي الفصل الأخير فقد تناولت الأحكام المترتبة على عقد هبة العقار والآثار المترتبة عليه في المبحث الأول في حين سأنتطرق إلى الرجوع في الهبة وموانعها عبر مبحثين منفصلين.

وقد إحتتمت دراستي البسيطة بحوصلة أو خاتمة تتضمن بعض الملاحظات والإقتراحات على مستوى الأحكام القانونية والفقهاء الإسلامي، وكانت الخطة كالتالي:

الفصل الأول: مفهوم هبة العقار

تمهيد الفصل الأول:

المبحث الأول: تعريف هبة العقار

المطلب الأول: تعريف الهبة في اللغة وفي الفقه الإسلامية

المطلب الثاني: تعريف الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات العربية و الأجنبية

المطلب الثالث: تحليل تعريف الهبة الوارد في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الرابع: أدلة مشروعية الهبة في الشريعة الإسلامية والقانون

المبحث الثاني: مقومات عقد هبة العقار

المطلب الأول: الهبة عقد ما بين الأحياء

المطلب الثاني: الهبة تصرف في مال بلا عوض

المطلب الثالث: نية التبرع

المطلب الرابع: الهبة عقد شكلي وعيني

المبحث الثالث: التمييز بين الهبة والعقود المشابهة له

المطلب الأول: التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد

المطلب الثاني: التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانبين

المبحث الرابع: موقف التشريع الإسلامي والتشريع العربي والأجنبي من عقد الهبة ومركزها في النظام

القانوني

المطلب الأول: موقف التشريع الإسلامي من الهبة

المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من الهبة

المطلب الثالث: موقف التشريع المصري من الهبة

المطلب الرابع: موقف التشريع الفرنسي من الهبة

المطلب الخامس: مركز الهبة في النظام القانوني

المبحث الخامس: مقارنة بين الهبة في الشريعة والهبة في القانون

المطلب الأول: من حيث التعريف

المطلب الثاني: من حيث المقومات

خلاصة الفصل الأول.

الفصل الثاني: أركان عقد الهبة في العقار

تمهيد الفصل الثاني.

المبحث الأول: التراضي في عقد الهبة

المطلب الأول: شروط الإنعقاد

المطلب الثاني: شروط الصحة

المبحث الثاني: المحل في عقد الهبة

المطلب الأول: الشيء الموهوب

المطلب الثاني: العوض في الهبة

المبحث الثالث: السبب في عقد الهبة

المطلب الأول: السبب في الفقه والقانون

المطلب الثاني: السبب في القضاء

المبحث الرابع: الشكلية في عقد الهبة

المطلب الأول: مبررات الشكلية في عقد الهبة

المطلب الثاني: الشكلية في هبة العقار

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالشكلية والإستثناءات من وجوبها

المبحث الخامس: قبض الهبة والوعد بها

المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الثاني: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي والقانون

خلاصة الفصل الثاني:

الفصل الثالث: أحكام عقد هبة العقار

تمهيد الفصل الثالث:

المبحث الأول: الآثار التي تترتب على عقد الهبة

المطلب الأول: إلتزامات الواهب

المطلب الثاني: إلتزامات الموهوب له

المبحث الثاني: الرجوع في الهبة

المطلب الأول: الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: موانع الرجوع في الهبة

المطلب الأول: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري

خلاصة الفصل الثالث

الخاتمة:

المراجع:

الفصل الأول

مفهوم عقد هبة العقار

تمهيد:

تعتبر الهبة من العقود التي تناولتها الشريعة الإسلامية ودعت إليها حيث جعلتها من الأعمال و التصرفات الهامة لما لها من اثر في توطيد العلاقات بين الأفراد كما أن معظم القوانين الوضعية المختلفة قد تناولت في موادها القانونية موضوع عقد الهبة ونظمت أحكامه وفق قواعد قانونية تجعل من هذا العقد يهدف إلى تحقيق غايته و التي من أجلها قد نشأ هذا العقد و أبرم.

فالهبه عقد من عقود المعاملات المشروعة والتي ارتبط تحديد ماهيتها بالأحكام الشرعية ولتحديد ماهيتها سيتم التطرق في البداية إلى توضيح مفهومها الذي يتحدد بتعريفها و مقوماتها و التمييز بينها وبين ما يشابهها أو قد يختلط بها من تصرفات ، بالإضافة إلى موقف التشريع الإسلامي والعربي والأجنبي من عقد الهبة ومركزها في النظام القانوني وفي الأخير سأقوم بمقارنة وجيزة بين الهبة في الشريعة والهبة في القانون وهذا كله وفق المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الهبة في العقار

المبحث الثاني: مقومات عقد الهبة في العقار

المبحث الثالث: التمييز بين الهبة و العقود المشابهة لها

المبحث الرابع: موقف التشريع الإسلامي والتشريع العربي و الأجنبي من عقد الهبة ومركزها في النظام القانوني

المبحث الخامس: مقارنة بين الهبة في الشريعة و الهبة في القانون

المبحث الأول: تعريف هبة العقار

تعد الهبة من العقود التبرعية التي أحلتها الشريعة الإسلامية وقد سنت القوانين الوضعية قواعد تحكم هذا العقد، ولتحديد معنى الهبة شرعا و قانونا إنطلاقا من المعنى اللغوي المنبثقة منه المصطلحات و التعاريف و بيان الأساس الفقهي و القانوني لهذا العقد والأدلة الشرعية المبنية عليها، أقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب كما يلي:

المطلب الاول: تعريف الهبة في اللغة و في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الهبة في اللغة

هي التفضيل و الإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال ، وهي مأخوذة أيضا من هب بمعنى مرّ، أو بمعنى أعطى لمرورها من يد إلى أخرى، أو بمعنى استيقظ ليتيقظ فاعلها للإحسان.

ومن ذلك قالو أن الهبة في اللغة هي التبرع و التفضل على الغير، ولو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا¹ سواء كان مالا أو غير مال.

كما أن الهبة بكسر المهاء و تخفيف الباء : هي تملك الإنسان ماله لغيره في الحيازة بلا عوض². ويقال رجل واهب و وهاب أي كثير الهبة لأمواله.

فمثلا هبة المال كهبة شخص لآخر فرسا أو سيارة أو دارا ، ومثال هبة غير مال ، قول إنسان لآخر ليهب الله لك ولدا ، مع أن ذلك الشخص حر ليس بمال، وقد ورد في الآية الكريمة قوله تعالى : "فهب لي من لدنك وليا"³ وقد ورد أيضا: "يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور"⁴.

فعلى ذلك فنقل الهبة عن معناها اللغوي إلى معناها الإصطلاحي هو نقل الإسم العام إلى الخاص، لأن الهبة بالمعنى الإصطلاحي لا تكون إلا في المال.

ومما ورد في القرآن الكريم عن الهبة قوله تعالى: "رب اغفر لي وهب لي ملكا لا ينبغي لأحد من من بعدي". وقوله تعالى : "ووهبنا لداود سليمان نعم العبد"⁵. وقوله جل شأنه : "ووهبنا له من رحمتنا أخاه هارون نبيا".

¹ المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق للطباعة و النشر، بيروت لبنان، سنة 2000، ص 239

² أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 399

³ من القرآن الكريم، سورة مريم، 5

⁴ من القرآن الكريم، سورة الشورى، 48

⁵ من القرآن الكريم، سورة ص، 30

ويطلق لفظ الهبة على الصدقة إذا كان يقصد به وجه الله، وعلى هبة التودد و الهبة إذا كان يقصد بها وجه المخلوق، وعلى هبة الثواب إذا كانت الهبة بعوض

الفرع الثاني : تعريف الهبة في الفقه الإسلامي

الهبة تملك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالقيام بالتوقف على إنجاز الشرط.

يجب أن نفرق بين ما إذا كان الواهب صحيحا أو مريض مرض الموت ، فمرض الموت هو الذي يتحقق فيه الوصفان التاليان : أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ، وأن يتصل به الموت. فإذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أو فرعا أم قريبا أم أجنبيا منه ولو مخالفا لدينه¹.

وأختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الهبة التامة لشروطها ، فقد عرفها بعض الفقهاء على أنها " تملك العين بلا عوض " ، وعرفها البعض منهم بأنها² " تملك مال بلا عوض حال الحياة "، فهي تعريفات متقاربة في المعنى بألفاظ متنوعة تجعل عقد الهبة عقد تملك بلا عوض. وكذلك عرفها بعضهم أيضا أنها " تملك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه ، موجودا مقدورا على تسلية ، غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ تملك.

أولا: تعريف الهبة في الفقه المالكي :

تعتبر الهبة في الفقه المالكي بأنها : "هي التبرع بالمال حال الحياة وهي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها" وعرفها أيضا: " هي تملك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة". فالهبة لغير ثواب هي تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله تعالى ، فأخرج بالتمليك ، العارية و الوقف وغيرها لأنهما تملك منافع دون الذات ولوجه المعطى ، أخرج به الصدقة لأنها لوجه الله تعالى ، بينما الهبة إما أن يقصد بها وجه الشخص أو مرضاة الله أو الشخص معا على الأرجح، أما الهبة لثواب فهي عطية قصد بها عوض مالي، وهي في الحقيقة بيع من البيوع.

كما عرفها خليل في مختصره بما يلي : "الهبة تملك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة". أي تملك ذات وأما تملك المنفعة فهي العارية و الوقف إن قيد بزمان ولو عرفا و إما عمري إن قيد بحياة ساكن الدار أو نحوها.

¹ نبيل صقر: تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، ص 95

² منصور نور: هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، ص 15

وتصدق الهبة على الهدية وهي نوع منها ، وأما لثواب الآخرة صدقة فيعني أن الهبة إذا قصد بتملكها ثواب الآخرة فهي صدقة¹ وأخذ عليه الفقهاء أنه تعريف غير مانع لشموله تملك الإنكاح و الطلاق و المنافع وعلى الوكالة لأنه تملك للتصرف.

ونستنتج من هذا التعريف الأخير بالنسبة للفقهاء المالكي بأن الهبة إذا أعطيت من أجل الحصول على الأجر و الثواب من الله تعالى فهذه تصبح صدقة فتخرج عن مفهوم الهبة.

ثانيا: تعريف الهبة في الفقه الشافعي:

عرفها هذا الفقه بما يلي : " التملك بلا عوض هبة"

فالهبة إلتزام من الواهب يجب أن لا يقابله عوض ، ولا يمنع ذلك من الهبات المتبادلة وهي التي يهب فيها شخص لآخر شيئا ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب فتكون الهبتان متبادلتان وتكون كلا منهما بلا عوض ، لأن كل من الهبتين ليس عوضا عن الهبة الأخرى ، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته.

ثالثا: تعريف الهبة في الفقه الحنفي:

الهبة تملك العين بلا شرط العوض في الحال ، و المعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوضا ، في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته . وهذا لا يمنع المالك من أن يشترط عوضا مقابل ما يهب من مال².

رابعا: تعريف الهبة في الفقه الحنبلي:

عرفه ابن قدامة الهبة بأنها: "الهبة و الصدقة و الهدية و العطية معانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة دون عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ، وكذلك الهبة و الصدقة و الهدية متغايران ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة : "هو عليها صدقة ولنا هدية " فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه و المحبة له فهو هدية وكل ذلك مندوب إليه ومحتوث إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " تمادو تحابو ". وأبرز ميزة في هذا التعريف هو إبرازه عنصرا هاما في الهبة وهو إيقاعها في حياة الواهب و الموهوب له ، وبهذا إمتاز عن تعاريف المذاهب الأخرى ، فقد وضح أن الهبة تقع في الحياة ما يميزها عن الوصية بصفة بارزة ، وهو يلتقي مع فقهاء القانون في أن الهبة تقع حال حياة الواهب والموهوب له ، ولذا فهو تعريف جامع يصلح اعتماده في عصرنا هذا ، فضلا عن أنه اعتبر الهبة و الصدقة و الهدية و العطية كلها معاني متقاربة ، فهو يعني بذلك أن كل واحد منها يعتبر نوعا من الهبة.

¹ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات الدردي: الأصفان، نشر الغرب الإسلامي، الجزء الرابع، ص 97

² أبي قدامة المقدسي، المغني و الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، الجزء السادس ، بيروت لبنان، سنة 1972، ص 246

ونستخلص من تعاريف المذاهب الأربعة المذكورة أعلاه أنهم متفقون على أن الهبة:

هي تملك للذات أو العين إنما بلا عوض ، وتقع في حياة كل من الواهب والموهوب له ، وإن كان عنصر الحياة لم يبرزه المذهب المالكي و الشافعي بإعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حياة كل منهما ، بينما أبرز المذهبين الحنفي و الحنبلي عنصر الحياة ، وهذا ما إمتاز بهما عن غيرهما.

المطلب الثاني: تعريف الهبة في التشريع الجزائري و التشريعات العربية و الأجنبية

لقد اختلف فقهاء القانون في تقديم تعريف لعقد الهبة وهذا يشمل كلا من التشريع الجزائري و العربي و الأجنبي وهذا ما سأتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الهبة في التشريع الجزائري

عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة¹ الصادرة تحت رقم 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 التي تنص على أن " الهبة تملك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"

الفرع الثاني: تعريف الهبة في التشريعات العربية

أولا: في التشريع التونسي:

نص الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض ، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وسمي هبة عوض"

ثانيا: في التشريع المصري:

لقد أوردت المادة 486 من التقنين المدني المصري² تعريفا لعقد الهبة و التي نصت على ما يلي : "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ، ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"

ثالثا: في التشريع العراقي:

نصت الفقرة الأولى من المادة 106 من القانون المدني العراقي على أن " الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض"

¹ مجيد خلفوني: شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر 2008، ص 123

² مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، ص 60

رابعاً: في التشريع اللبناني :

عرفت المادة 504 من قانون الموجبات و العقود اللبنانية الهبة بما يلي: " الهبة تصرف بين الأحياء ، بمقتضاها يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل " ويلاحظ أن هذا التعريف مقتبس من المادة 239 من القانون المدني السويسري ومتقارب من النص الفرنسي .

خامساً: في التشريع العثماني:

عرفت المادة 833 من مجلة الأحكام العدلية الهبة بما يلي: " الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ، ولذلك المال الموهوب ، ولمن قبله موهوب له وإلا تهاب قبول الهبة أيضاً"

سادساً: في التشريع الليبي:

نفس التعريف ورد في المادة 475 في القانون المدني وكلا القانونين متطابقين مع المادة المذكورة في القانون المدني المصري الجديد

الفرع الثالث:تعريف الهبة في التشريعات الأجنبية:

أولاً: في التشريع الفرنسي:

عرف التشريع الفرنسي عقد الهبة في نص المادة 894 من القانون المدني الفرنسي¹: " الهبة تصرف يتخلى به الواهب حالاً ، وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها "

ثانياً: في التشريع الألماني

عرفت المادة 510 من القانون الألماني الهبة بما يلي: "الهبة كل تصرف من شأنه أن يغني شخصاً آخر بأحد عناصر ثروته حينما يتفق الفريقان على هذا الأمر ، ويكون التصرف بلا مقابل " والجميل في هذا القانون أنه إعتبر كل تصرف في قيمة مالية بنية التبرع هبة بشرط موافقة الموهوب له ، وبذلك تضمن هذا التعريف العنصر المادي و العنصر المعنوي لعقد الهبة اللذين إذا تخلف أحدهما زال عن التصرف وصف الهبة ، وكان في الحقيقة عقد معاوضة²

المطلب الثالث: تحليل تعريف الهبة الوارد في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصت المادة 202 من قانون الأسرة على تعريف الهبة بما يلي: "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط" . يحسن أن نتعرض إلى تحليل هذا التعريف وأن نشير إلى بعض الملاحظات بصده وهي :

¹ محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص20

² محمد بن أحمد تقيّة: المرجع نفسه، ص 20

1 — الملاحظة الأولى:

أن المشرع الجزائري لم يذكر كلمة عقد بقصد إخراج الهبة من طائفة العقود ، أو نزع صفة العقد عنها، لأن هذا الإحتمال ينفيه نص المادة 206 من نفس القانون الذي ينص على أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول، مما يجعلها في مفهوم هذا القانون عقد كسائر العقود الأخرى تنطبق عليه القواعد العامة التي تنظم مختلف العقود سواء كانت تبرعات أو غيرها .

2 — الملاحظة الثانية:

نلاحظ أن مصدر هذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي ، وعلى الأخص أنه مأخوذ من مختصر خليل المالكي بنصه من غير زيادة ولا نقصان ، وهو نفس التعريف الذي ذكرته سابقا ، وهذا ما يدعو إلى الرجوع إلى الفقه المالكي لمعرفة المقصود منه .

3 — الملاحظة الثالثة:

يستفاد من المادة 202 ومن مضمونها و مضمون المادة 206 من قانون الأسرة مجتمعين، أنهما يبرزان مقومات عقد الهبة وهي:

1 — إن عقد الهبة عقد يقع بين الأحياء ، وهذا ما يستفاد خاصة من مجموع المادتين 202 و 206 من قانون الأسرة ، إذ الهبة عقد لا بد فيه من إيجاب و قبول متطابقين ، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بين الأحياء ، فهو يشمل التملك في الحال و التملك في المستقبل في حياة كل من الواهب و الموهوب له

2 — أنه بموجبها يتصرف الواهب في ماله بأن ينقل جزءا من ماله أو كله بلا مقابل ، وبناءا عليه يترتب على الواهب إفتقار من جانبه و إغتناء بجانب الموهوب له بسبب مجانية التصرف ، و إنعدام التعويض ومن هنا يبرز المقوم الثالث.

4 — الملاحظة الرابعة:

تميز الهبة من غيرها من عقود التبرع مثل العارية و الوديعة بأن هذه عقود تفيد تملك منفعة ، بينما الهبة تفيد تملك عين ومنفعة كما تقضي المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري ، التي تنص على أنه " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو دينا لدى الغير".

وبجانب هذه الملاحظات فإنه عندما نتناول هذا التعريف بالتحليل نجد غير مانع من دخول بعض التصرفات ليست هبة ، وذلك لشموله للوصية و العارية و الوديعة ، لأنها كلها تشبه تملك المال بلا عوض ، فتدخل فيه الوصية لأنها تملك المال بلا عوض مضاف إلى ما بعد الموت، بينما الهبة تملك مال حال حياة الواهب و الموهوب له إذا قبلها أثناء حياته ، فلو أضيف إلى التعريف حال حياة المالك لمنع دخول الوصية في مفهومه .

وكذلك يلاحظ على التعريف أنه أغفل أهم ميزة تميز الهبة خاصة عن الوصية ، وهي وجوب نقل الملكية حال حياة كل من الواهب و الموهوب له ، وهي الميزة التي أبرزها تعريف الهبة في المذهب الحنبلي المذكور سابقا.

وعبارة الهبة توحى بأنها ليست عقدا بقدر ما هي نتيجة قانونية، ويمكن أن تتحقق بالعقد أو بغيره من الوسائل الفنية، هذه النتيجة هي الانتقال المجاني للحق من شخص لآخر بقصد التبرع، فإن كان عقد الهبة هو الطريق المباشر لتحقيقها فإن هذه النتيجة قد تتحقق بغير هذه الطريق. وإما بواسطة عقد آخر. أو بواسطة تصرف قانوني غير العقد وهذا يعني أن الهبة قد تكون بإرادة منفردة.

المطلب الرابع: أدلة مشروعية الهبة في الشريعة الاسلامية و القانون

الفرع الأول: أدلة مشروعية الهبة في الشريعة الاسلامية

أولا: من الكتاب و السنة:

الهبة عقد جائز شرعا وقد ثبتت مشروعيتها بالقرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و الاجماع، هي أدلة أسس جواز هذا العقد، ما يترتب عليه من منافع و مصالح متنوعة و روابط فردية وإجتماعية دنيوية و آخروية و هذا ما سأتناوله تاليا:

أ) الدليل من القرآن الكريم:

إن مشروعية الهبة من القرآن الكريم ما نجده و ما ورد في قوله عز وجل " إن تبدوا الصدقات فنعمنا هي"¹ فهذه الآية تدل على أن الله عز و جل شأنه قد مدح الصدقات وذلك دليل على مشروعيتها لأنها لو كانت غير مشروعة لما مدحها، ولما كانت الهبة أعم من الصدقة فقد ثبتت مشروعيتها وذلك تطبيقا لقاعدة إثبات الأخص يستلزم إثبات الأعم ، و الهبة شاملة للصدقة والهبة.

و قوله جل شأنه " و إذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها" و المراد بالتحية العطية و قيل المراد بالتحية السلام و الأول أظهر أن قوله تعالى: (أو ردوها) تناول ردها بعينها وإنما يتحقق ذلك في العطية، و قال تعالى في آية أخرى : " فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"² و إباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة و قد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الهبة منها قوله تعالى: " وآتى المال على حبه ذوي القربى و اليتامى و المساكين و ابن السبيل..."³ و منها قوله تعالى: " وامرأة مؤمنة، إن وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين"⁴

كل هذه الآيات تدل على مشروعية الهبة و جوازها.

¹ سورة البقرة، 271

² سورة النساء، 4

³ سورة البقرة، 177

⁴ سورة الأحزاب، 50

ب) الدليل من السنة:

وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه و سلم تدل على مشروعية الهبة نخص منها بالذكر ما يلي: — ما رواه الشيخان بسندهما عن بن عباس رضي الله عنهما ، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه" ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نفر من الرجوع في الهبة، و في ذلك دليل على مشروعيتها لأنها لو لم تكن مشروعة لما نفر من الرجوع فيها. — روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنه"، فهي من باب الاحسان و اكتساب التودد بين الاخوة في الايمان و إلى ذلك أشار النبي عليه الصلاة و السلام في حديث آخر: " تهادوا تحابوا " و في رواية . " تهادوا فإن الهدية تذهب الضغائن ". و في رواية. "تهادوا تحابوا تذهب الشحناء بينكم " فهذا الحديث يؤخذ منه أن الرسول الأمين صلى الله عليه وسلم يحثنا على تبادل الهدايا لما في ذلك من تقوية الروابط ، و إذكاء المودة بين الناس و لو كانت غير مشروعة لما أمرنا بذلك.

ثانيا: الدليل من الإجماع: إن الصحابة رضوان الله عليهم وعلى رأسهم أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضوان الله عليهم آثرو الهبة وعملوا بها وتبعهم في ذلك السلف الصالح ، مما يدل على إجماعهم عليها ، و إنما من التصرفات الشرعية الجائزة ومن عقود المعاملات المباحة¹ وقد روي عن أبو بكر رضي الله عنه — أنه قال للسيدة عائشة —رضوان الله عليها— "إني نخلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية ، و إنك لم تكوني قبضتيه فإنه اليوم مال الوارث"² كما روي عن عمر بن الخطاب —رضي الله عنه — أنه قال "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها ، إن لم يرضى عنها".

وقد تبعهم في ذلك الفقهاء وجموع المسلمين في شتى العصور و أفرو جواز الهبة واستحبابها بمختلف أنواعها ما لم تكن حرام .

ثالثا : من المعقول:

إن ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة من إجماع الصحابة و الفقهاء يجعل الهبة ذات حكمة بالغة فمن شأنها غرس بذور المحبة و إزالة الضغينة و الحقد بين الواهب و الموهوب له وتحت على البر و الإحسان بين أمة الإسلام كما قال تعالي "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون"³ كما أن الهبة صفة من صفات المولى عز وجل

¹ منصورى نورة : مرجع سابق، ص 18

² بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، سنة

1970، ص 217

³ سورة آل عمران، 92

لقوله تعالى: "إنك أنت العزيز الوهاب" فمن عمل بما إكتشف صفة من أشرف صفات المولى لما فيها من إستعمال الكرم وإزالة الشح عن النفس.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الهبة في القانون:

نُظمت الهبة في القانون الجزائري ضمن مسائل الأحوال الشخصية ، لذلك نجد أن أحكامها قد نظمت في باب التبرعات من قانون الأسرة ، ويبدو أن السبب الدافع إلى وضع الهبة في قانون الأسرة هو أنها موضوع فقهي تستمد أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة من زواج وطلاق و نسب و ميراث ووصية ووقف وتبرع¹ و أن الأشخاص يهبون لأغراض متعددة قد يكون منها العقدي المحض إبتغاء الأجر و الثواب ومنها الإجتماعي و الأسري و الفردي و المعاوضة وتقديم التبرعات وفعل الخير للغير لمساعدته لإعتبارات متعددة فكان الأنسب أن تضم أحكام الهبة إلى الأحكام الشرعية وترتبط بها و بالآراء الفقهية فهي من الشريعة و إليها و أن القانون مجرد تقنين لهذه الآراء إلا في مسألة التسجيل و الإشهار و التوثيق و إبطال الهبة ، فقد شرط شروطا معينة لا تصح الهبة إلا بها نظرا للآثار المتعدية و إتصال الهبة بالعقار و أن ملكية العقار و إنتقاله بين الأشخاص لا تصح إلا بالتسجيل و الإشهار في المحافظة العقارية ، ينبغي مراعاة ما قرره التشريع العقاري في مجال مادة الإشهار العقاري تطبيقا للقاعدة العامة المقررة بمقتضى نص المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل التجاري².

المبحث الثاني: مقومات عقد الهبة في العقار

المطلب الأول: الهبة عقد ما بين الأحياء

يُعتبر أن عقد الهبة من عقود التبرعات لا يصح ولا يوجد إلا بوجود أركانه بالإيجاب والقبول و تعتبر نية التبرع ميزة خاصة بها تتميز عن بقية العقود الأخرى³ ، وهذا يعني ضرورة توفر رضا الطرفين ، وفي حال حياة كل منهما برضاء الوهاب من جانب ، ورضاء الموهوب له من جانب آخر ، و هذا ما نصت عليه المادة 206 ق. أ وهو موافق لما جاء في الفقه الإسلامي الذي ورد فيه: "أما الهبة فلا بد فيها من إيجاب و قبول عند الجميع". على خلاف الوصية فإنها تنعقد بإرادة منفردة ، و أثرها مضاف إلى ما بعد الموت و للوصي أن يرجع عنها في حياته .

بينما لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في حالة معينة حددتها المادة 206 من ق. أ للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما ، وكذلك في أحوال محددة في القانون المصري و القوانين التي حذت حذوه ، و القانون اللبناني.

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة

² مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 125

³ محمود عبد العزيز: رد التحليل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، د. ط، قصر الكتاب ، بليدة الجزائر، 2006، ص 16

وأخيراً فما دامت الهبة لا تنعقد إلا ما بين الأحياء ، فإن أثر التصرف بها لا يمتد إلى ما بعد الموت كالهبة التي يعرفها القانون الروماني ولا يعرفها القانون الجزائري ولا المصري ، فلا يجوز في هذين القانونين أن يعقد الواهب هبة أو يرجح في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته فلا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية التي يجوز له الرجوع فيها ، وذلك عندما يخشى الواهب دنو المنية منه في حالة مرض خطير أو أثناء حرب فهبته لا تنقل ملكية المال الموهوب فإذا مات الواهب إنفسخت الهبة من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني: الهبة تصرف في مال بلا عوض:

إن الواهب يتصرف في مال له ، ومعنى ذلك أن للواهب أن يتصرف فيما يملكه من مال بنية التبرع ، ودون عوض ، وهذا ما يميز الهبة عن باقي العقود التبرعية باعتبار أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء ، أما في عقود التبرع الأخرى ، مثل العارية و الوديعة بغير أجر ، فالتبرع يلتزم بعمل أو بالإمتناع عن عمل ، وكل هذا لا يكون هبة ، فالهبة تشترك مع سائر العقود التبرعية في أنها تجعل الموهوب له يشري دون عوض ، وفي أنها تقتزن بنية التبرع ، وأن الواهب يقوم بنقل ملكية الموهوب له بدون عوض ، فاللواهب أن يلتزم بنقل الحق العيني إلى الموهوب له سواء كان ملكية عقارية أو منقول .ولما كانت الهبة تصرفاً في المال فلا تندرج فيها الكفالة العينية ، لأن الكفيل العيني ، وإن كان يتصرف في ماله بأن ينقل عيناً مملوكة له يرهن ضماناً لدين شخص آخر ، إلا أنه يلتزم بنقل عق عيني أصلي ، لا إلى الدائن ولا إلى المدين ، وإذا نزع ملكية العين المثقلة بالرهن وفاء للمدين ، فإن الكفيل العيني له حق الرجوع على المدين عما وفاه من دينه وإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعاً به لا بحق الرهن الذي نقل به العين.

وكالكفيل العيني الكفيل الشخصي فإنه يلتزم إلا بكفالة حق وإذا وفي الحق المكفول فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي¹.

فالهبة في أصلها هي إفتقار من الواهب ، وإثراء من جانب الموهوب له ، ونتيجة لذلك فإن طبيعتها تفرض أن تكون دون عوض ، وعلى الرغم من ذلك فإنه لا مانع من أن تكون الهبة بعوض ، وذلك بأن تكون الهبة من الهبات المتبادلة ، وهي التي يهب فيها شخص لآخر شيئاً ، ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتان ، وتكون كل منهما بلا عوض ، لأن كل من الهبتان ليس عوض عن الهبة الأخرى ، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع ، غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته ، وينطبق ذلك أيضاً على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة كالأفراح ، وحفلات القران ، و أعياد الميلاد ، ويلاحظ أن الفقهاء قد اختلفوا في تكييف الهبة

¹ — عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الهبة و الشركة، د. ط، منشورات الحلبي

الحقوقية ج5، ط3، بيروت لبنان، سنة 2000، ص 10

بعوض ، فذهب البعض إلى أنها هبة إبتداء وبيع إنتهاء ، وهناك من يرى أنها بيع في الإبتداء والإنتهاء وهو قول زفر من الأحناف.¹

وبالإضافة إلى ذلك فإنه يلاحظ أنه إذا كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سببا في إثراء الموهوب له ، فلا يمنع ذلك من أن يساغ للواهب أن يشترط على الموهوب له الشرط الذي يراه مناسب له ويحقق رغبته في الهبة ، وهذا ما ورد في المادة 202 من ق.أ "...يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامه على إنجاز الشرط".

يستفاد من ذلك أن للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام ، أي إلتزام كان ، ما دام لم يخالف النظام العام و الآداب ، عوض عن هبته ، سواء إشترط ذلك لمصلحته أو لمصلحة الموهوب له وفي هذه الحالة تكون الهبة بعوض ملزمة لجانبين ، ويتعين على كل من الواهب والموهوب له الوفاء بما التزم به ، وقد يكون المقدار الذي أعطي يعادل الإيراد ، الذي اشترطه كان العقد في هذه الحالة يبيعا لا هبة .

وإذا كان المقدار المتبرع به ، هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترط بحيث إذا تبين أن قيمة العوض المشترط تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها ، كان العقد معاوضة لا هبة.

إلا أنه كان من المفيد جدا أن يفصل المشرع الجزائري القول في ذلك ويفعل مثل ما فعل زميله المصري في القانون المدني المصري عندما فصل في حالات إشتراط الواهب شروطا على الموهوب له ، ولم يترك الأمر للفقهاء على خلاف المشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوح لإجتهد الفقهاء في هذا المجال.

المطلب الثالث: نية التبرع

لا يكفي لتحقيق الهبة أن يتصرف الواهب في مال له دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة ، وهو نية التبرع . فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع ، فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة ، فقصد التبرع أو نية التبرع مسألة نفسية² ، فالعبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، فهل قصد بالتبرع تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة ، فتتوافر نية التبرع حتى ولو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود إليه فتنتفي نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة وما عسى أن يقصده المتبرع من منفعته من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في تطابق العقد وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع ويكون ذلك فيما يوزعه التجار على عملائهم من بضائع ونماذج بقصد الإعلان ، وكذلك الحال في أغلب عروض المساهمة في تنفيذ المرافق العامة . إذ يقدم بعض الأشخاص إلى الإدارة قطعة أرض أو مبلغا من المال لإنشاء طريق أو خط حديدي يزيد من قيمة ممتلكاتهم بعد تمام إنشائه

¹ — أحمد السنهوري: نفس المرجع، ص 12

² — محمد بن أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 32

ويكون ذلك أيضا في حالة الوفاء بالتزام طبيعي المذكور أنفا ، ولا يجوز الرجوع فيه حتى في الأحوال التي يجوز الرجوع فيها في الهبة¹.

ومما يعتبر وفاء بالتزام طبيعي تجهيز الأب لابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج أو إعطاءه مبلغا من المال ينشئ متجرا أو نحو ذلك . ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفي الأب بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع ، ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة .

كما تنفي النية التبرعية في عطايا المكافأة أو هبات المجازاة لأنها معاوضة إذا كانت وفاء بالتزام طبيعي ، وتنتفي نية التبرع في المكافأة السنوية التي تمنحها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم ، فهذه عطايا لا تعتبر هبة فهي جزء من المرتب غير ثابت .

وتنتفي نية التبرع إذا قصد المتصرف بإعطائه المال تحقيق منفعة مادية أو أدبية لشخص ، فتنفي في هذه الحالة النية التبرعية ، ولا يعتبر التصرف هبة . فإذا أعطت البلدية أرضا دون مقابل لشركة لتنشأ فندقا في مصيف أو مشق ، فقد قصدت البلدية بهذه العطية رواج المصيف أو المشق ، أي قصدت جني منفعة مادية ، وأنتفت نية التبرع فلا يعتبر تصرفها هبة .

فيجب إذن في الهبة أن تتمخض فيه نية التبرع دون أن يقصد وفاء بالتزام طبيعي ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع ، أو جني منفعة مادية أو معنوية أو أدبية . ويلاحظ أن إنتفاء فكرة نية التبرع أو وجودها مسألة واقع تخضع لرقابة المحكمة العليا.

والخلاصة هي أن العبرة فيما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، هل قصد تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة

فتتوفر نية التبرع ، حتى لو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه ، أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه ، فتنفي نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة ، وما عسى أن يقصده المتبرع من منفعة من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد ، وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض في الهبة لا بنية التبرع.

المطلب الرابع: الهبة عقد شكلي

وهذه الخاصية تعني أن عقد الهبة من العقود الشكلية فلا يكفي لإنعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين ، وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل معين أوجبته المادة 206² من قانون الأسرة ، ولذلك يجب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق³.

¹ عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 15

² " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم الحيازة ، ومراعات أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"

³ مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 128

ويلاحظ بأن الفقهاء المسلمين لا يتطلبون لإنعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية وبناء على ذلك يخالفون القوانين الحديثة ، وذلك لا ينبغي أن يعتبر مخالفة لمقاصد المشرع مادامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك. لأن في تصرفاتهم خطرا كبيرا على مصالحهم و مصالح ورثتهم¹.

وهي في نفس الوقت² عقد عيني لا يتم بمجرد التراضي وتوفر الشكلية ، بل يجب لإتمام الهبة زيادة على ذلك تسليم العين محل عقد الهبة ، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له ، وفي المنقول تتسم الهبة بضرورة توفر الإجراءات الخاصة بجانب الحيازة فضلا عن الرضاء المتبادل ، كما لا يمنع أن تقع هبة المنقول في عقد رسمي³ ، والهبة في المنقول هي في نفس الوقت عقد عيني ، لأنه لا يتم إلا بالحيازة التي هي ركن فيه⁴ وما سبق نستخلص بأن الشكلية في هبة العقار ركن في العقد ، وإذا تخلفت هذه الشكلية كانت الهبة باطلة .

ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين لا يتطلبون لإنعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية ، وبناء على ذلك يخالفون القوانين الحديثة .

ورأى أن ذلك لا ينبغي أن يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع ما دامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك ، لأن في تصرفهم خطر كبيرا على مصالحهم و مصالح ورثتهم ، خاصة وأن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي متى و أين توجد المصلحة ، فثم شرع الله ، بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن ينظم المعاملات بطريقة تحفظ حقوق الناس وترعى مصالحهم.

المبحث الثالث: التمييز بين الهبة و العقود المشابهة لها

قد تلتقي الهبة مع بعض التصرفات القانونية في بعض الأوجه ، وهذا ما يجعل الإلتباس بينها وبين هذه التصرفات محتمل الحدوث ، مما يتطلب التمييز بين أوجه الشبه و الإختلاف بينهم ، وحتى يزول هذا اللبس و يبعد ذلك الإشتباه ، ولدراسة التمييز بين عقد الهبة والعقود المشابهة لها يقسم المبحث إلى مطلبين يُخصص كل مطلب إلى نوع من العقود كما يلي:

المطلب الأول: التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد

هناك بعض العقود التي تصدر من جانب واحد وتتشابه وقد تختلف عن عقد الهبة ، والمتمثلة في ، الوصية و الوقف و الإباحة بالإضافة إلى عقد العارية ، هذه التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، تتفق مع

¹ محمد بن أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 37

² محمد حنين: العقد في التشريع الجزائري، مذكرة

³ الأستاذ شيخ نسيمّة: أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة الوصية الوقف، د. ط، دار هومة، بوزريعة الجزائر،

ص23

⁴ يراجع نص المادة 206 من القانون المدني الجزائري

الهبة في صفة التبرع ولكنها تختلف عنها في نواحي عديدة . فما هي أوجه الشبه و أوجه الاختلاف الموجودة بين هذه التبرعات؟ . وهذا ما سأتناوله في الفروع التالية:

الفروع الأول: التمييز بين الهبة و الوصية

تعتبر الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع¹ وهي بهذا التعريف تعتبر تبرعا محضا. — وقد عرفها الشافعية بأنها: "تبرع بحق مضاف ولو تقديرا إلى ما بعد الموت وليست تبرع بتدبير ولا تعليق عتق وإن إلتحق بها حكما"².

— وعرفها الحنابلة بأنها: "الأمر بالتصرف بعد الموت".

والهبة تتفق مع الوصية في أن كليهما يقترن بنية التبرع ، إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في جوانب أخرى كالآتي:

أولا: من حيث الأركان:

الهبة عقد وليست تصرفا بإرادة المنفردة تتم بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له وتطابقهما ، أما الوصية فليست عقدا وإنما هي تصرف بإرادة المنفردة للموصي³ وبالتالي يلزم لإنشاء عقد الهبة توافق إرادتين و إنتفاء العين الموهوبة حال حياة كل منهما ، بينما الوصية يجب أن تتوفر فيها إرادة الموصي فقط لأنها تصرف ملزم لجانب واحد ، فهي بهذا تخرج من دائرة العقود وتنقل ملكية العين الموصى بها بعد وفاة الموصي.

ثانيا: من حيث الشكل:

الهبة عقد شكلي يستلزم فيها المشرع الرسمية في العقار و الإجراءات الخاصة في المنقول⁴ وقد أوجب المشرع أيضا الرسمية في هب العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول تحت طائلة البطلان، بينما الوصية لا تستلزم ذلك، إلا بمناسبة الإثبات وفقا للمادة 191 من قانون الأسرة ، وهذا يعني أن الشكلية في الهبة تشدد فيها المشرع بينما الشكلية في الوصية غير لازمة إلا بعد الوفاة وبعد إنتقال الملكية إلى الموصى له. وعند ذلك يمكن أن تخضع لإجراءات التسجيل لنقل العقار إن كان ، أو أي حق عقاري وفقا لما تقضي به المادة 01/324 من القانون المدني الجزائري أي التأشير في السجل العقاري بأن الملكية إنتقلت.

¹ يراجع نص المادة 184 من قانون الأسرة

² حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، سنة 2003 ، ص 19 ، 20 ، 21

³ زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991، ص 33

⁴ يراجع نص المادة 206 من قانون الأسرة

ثالثا: من حيث الرجوع :

الهبة عقد تبرع لازم والرجوع فيها أمر إستثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه¹ كما أن الأصل في الهبة إمتناع الرجوع فيها ، بينما الوصية فتتعدد بإرادة الموصي وحده ويصح له الرجوع عن وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة وفقا لنص المادة 182 من قانون الأسرة² يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

رابعا: من حيث التقييد:

إن الهبة في التشريع الجزائري مطلقة غير مقيدة بقدر معين³ ويجوز فيها شرعا و قانونا للواهب أن يهب كل أمواله للموهوب له ما لم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت⁴ فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، بينما الوصية يلزم أن تتقيد بالثلث من التركة دائما ، ومن ثم تنفذ في حدود الثلث ، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.

خامسا: من حيث الأثر:

إن الهبة تنتج آثارها في الحال لا يتراخى أثرها لحين وفات الواهب فهي عقد تمليك في الحال ما لم تقترن بشرط أو أجل ويترتب عنها إنتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد حياة الواهب ، أما الوصية فتصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ومن ثم ينعدم أثرها في الفترة الممتدة بين صدورها عن الموصي ووفاته بحيث لا يترتب عنها إنتقال ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي.

الفرع الثاني: التمييز بين الهبة و الوقف:

الوقف هو حبس العين عن التملك لأي شيء على وجه التأبيد و التصديق ، والهبة هي تمليك لمال في حياة كل من الواهب و الموهوب له ، فهو يشتهر مع الهبة في أن كل منهما يعتبر تصرفا تبرعيا⁵ بالإضافة إلى أن كليهما يخرج الواهب و الواقف من ملكه وماله ، فالواهب إلى ملك الموهوب له و الواقف يخرج ماله من ملكه ويحبس العين على ملك الوقف ، ويختلف الوقف عن الهبة فيما يلي:

أولا: من حيث الأركان:

الهبة عقد لا بد فيه من تطابق إرادتين ، بينما الوقف تصرف صادر من جانب واحد تكفي لإنعقاده إرادة الواقف

¹ أ. شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 66

² محمد بن أحمد تقيية، مرجع سابق، ص 38

³ محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 23

⁴ يراجع نص المادة 204 من ق.أ.ج

⁵ محمد بن أحمد تقيية، مرجع سابق، ص 40

ثانيا: من حيث القوة القانونية:

الهبة عقد كسائر العقود الأخرى التي تستمد قوتها القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفيها الواهب والموهوب له ، أما الوقف فيعتبر تصرف صادر من جانب واحد يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها ، حيث أن إرادة الواقف تحميها الدولة وتسهر على تنفيذها وتحمي الأملاك الوقفية من التلف و الضياع خاصة إذا تعلق الأمر بالأملاك الوقفية العامة¹.

ثالثا: من حيث الآثار:

عقد الهبة تبرع محض يلتزم بموجبه الواهب نقل ملكيته للموهوب له مع زوال ملكية الواهب ، أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف ويبقى الملك للواقف فلا تنتقل ملكيته إلى الموقوف له وهو في الوقت ذاته لا يجوز للواقف أن يتصرف في المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة وغيرها²

الفرع الثالث: التمييز بين عقد الهبة وعقد الإباحة:

الإباحة إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه بإستعماله فقد عرفها الأستاذ أحمد إبراهيم بأنها إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستملكه أو يملكه ، وهي نوع من الهبة بالمعنى الأعم ، وعرّفها الأستاذ مصطفى الزرقاء بالقول بأنها: "الإذن باستهلاك الشيء" بإستعماله وهي لا تجعله مملوكا ، بل هي دون التملك، وهي بهذا المعنى تشبه الهبة في أنها تملك للأعيان دون عوض دنيوي وأنه يجوز الرجوع فيهما قبل القبض عند الملكية ، وتتميز الهبة عن الإباحة في الأمور التالية:

أولاً: من جهة التملك فإن الهبة تفيد تملك الشيء الموهوب بمجرد القبض ، وبناء عليه يكون من حق الموهوب له التصرف فيما وهب تصرف الملاك ، وهذا خلافا لإباحة الإستعمالات لأنها لا تقتضي تملكاً يجوز للمباح له التصرف في العين المباحة إلا إذا قصد بلفظ الإباحة معنى مجازياً. ومثال ذلك من استهدى صديقاً له مديناً فقال له أجبته لك فخذته فإن التعبير في هذا المثال بلفظ الإباحة يكون مجازاً والمقصود في الحقيقة هو تملك العين³.

ثانيا : الهبة عقد يتم بالإيجاب و القبول، أما الإباحة فليست عقداً وإنما تتم الإباحة بمجرد صدور الإذن القولي أو العملي بالانتفاع ، مما يميز الهبة عن الإباحة⁴.

ويلاحظ أن الأثر المترتب على إباحة الأعيان من الأفراد لا يفيد تملكاً، أما إذن الشارع بالإباحة فإنه يفيد تملكاً واختصاصاً.

¹ رمول خالد، النظام القانوني و التنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، دار هومة ، الجزائر، 2004، ص 39

² أ. شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 187

³ جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، سنة 1978م، ص 31

⁴ جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع، ص 37

الفرع الرابع: التمييز بين عقد الهبة وعقد عارية الاستعمال:

تلتبس الهبة بعارية الإستعمال في أن كلا منهما عقد من عقود التبرع ، وفي أن المنتفع فيهما يثرى على حساب الغير بلا مقابل بحسب الأصل إلا في حالة الهبة بعوض، وتتميز الهبة عن العارية في الأوجه التالية:
أولاً: في الهبة إستلزم المشرع الرسمية وهي ركن في هبة العقار ، بينما لا يتطلب المشرع في العارية الرسمية، بل يكفي لإنعقادها رضاء المتعاقدين.

ثانياً: يترتب على الهبة تملك الشيء الموهوب للموهوب له أو منفعه أو لغير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، بينما العارية تقتصر على إباحة الإنتفاع بالشيء محل الإعارة دون تملكه.

ثالثاً: الأصل في الهبة أن يكون القصد منها التبرع بلا عوض ، وذلك بمنح الموهوب له منافع يحرم الواهب نفسه منها ، بينما العارية على خلاف ذلك لا يكون قصد المعير منها في الأصل إفادة المستعير ، بل يكون المراد منها تحقيق مصلحة نفسية وحتى إذا كان المقصود منها التبرع فإنها لا تكون هبة وذلك لضالة منفعة المتبرع بها بالإضافة إلى أن الدافع إليها في الكثير من الأحوال مراعاة حسن الجوار والمعاملة بين الناس .

المطلب الثاني: التمييز بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانبين:

الفرع الأول: التمييز بين عقد الهبة و عقد البيع

الأصل في الهبة أنها عقد من عقود التبرع ، لأنها تملك بلا عوض يتجرد عن جزء من ماله بقصد التبرع ، فإن إنتفت نية التبرع بسببه لا يعتبر العقد هبة ، وقد يكون معاوضة إذا كان بمقابل يعادل قيمة الموهوب أو يقاربها، فالهبة تتشابه مع البيع في أن كلا منهما عقد ناقل للملكية ملزم لجانبين إذا كانت الهبة بعوض ، ومن ثم لا بد من تطابق الإيجاب و القبول لإنعقادهما ، في الهبة يصدر الإيجاب من الواهب و يقابله في ذلك قبول الموهوب له وفي عقد البيع يصدر الإيجاب من البائع ويصدر القبول من المشتري ، غير أن الهبة تختلف عن البيع في عدة أوجه أبرزها:

أولاً: أن الهبة عقد من عقود التبرع فهي تملك بلا عوض يتجرد بمقتضاها الواهب من ماله كله أو بعضه لمصلحة الموهوب له بقصد التبرع ، أما البيع فهو عقد من عقود المعاوضة لأن البائع يحصل بموجبه على الثمن مقابل نقله ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي حصل بدوره على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه للبائع¹
ثانياً: إذا كانت الهبة بعوض فإن هذا العوض الذي يعتبر مقابلاً للشيء الموهوب قد يكون نقوداً أو غير ذلك من تكاليف أو إلتزامات أخرى ، أما في عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود²

¹ يراجع نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري

² جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 34

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الهبة و عقد الإيجار:

الهبة تملك مال بلا عوض بقصد التبرع ، بينما عقد الإيجار ينشئ إلتزامات شخصية في جانب كل من المؤجر و المستأجر ولا يرتب حقا عينيا في الشيء المؤجر ، ويترتب على ذلك أن الإيجار هو عقد ملزم لجانين، وأنه من عقود المعاوضات وينقل منفعة الشيء المؤجر لمدة محدودة مقابل أجر ، وعنصر الزمان فيه عنصر جوهري ، ولذا فهو عقد مؤقت ، فبمقتضاه ينشأ إرتباط بين الأجرة و المدة ، فالمدة هي مقياس الإنتفاع بالشيء المؤجر ، والأجرة فيه مقابل الإنتفاع والهبة عقد الشكلية فيه واجب إذا وقع على عقار أو منقول يتطلب إجراءات خاصة ، بينما عقد الإيجار عقد رضائي لا يتطلب فيه الشكلية، وهو من عقود الإدارة لا من عقود التصرف¹.

المبحث الرابع: موقف التشريع الإسلامي و التشريع العربي و الأجنبي من عقد الهبة ومركزها في النظام القانوني

لما كانت الهبة تصرفا يكتسي أهمية بالغة لما ينتج عنه من آثار خطيرة تمس ثروة الواهب وتنقص منها ومن الذمة المالية ، وذلك بسبب ما يتخلى عن جزء منها ، قد يكون مؤثر تائيرا بالغا في نفوس الأهل و الأقارب ، فإن أنظار المشرعين اختلفت إختلافا كبيرا في النظرة إلى الهبة ، وذلك قد يرجع إلى تباين القيم والأخلاق ، و النظرة الفلسفية من مجتمع إلى آخر ، بإعتبار أن التشريع ينبع من الحقائق الإجتماعية ويحاول تطويرها و تنظيم سلوك أفراد المجتمع ، وهو في ذلك بين مشجع على هذا التصرف و مؤثر الغير على نفسه ، وبين متشدد و حريص على كسب المال و الشح به ، وقد يكون ذلك خوفا من العاقبة وحماية له ولأفراد أسرته من العوز و الفقر . ويبدو أنه لا يخلو تنظيم قانون من التأثير بمذيين الإعتبارين ، ولكن الخلاف يظهر في تغليب أحدهما على الآخر.

ولذلك فهناك تشريعات تنظر إلى الهبة نظرة المتحفظ المحتاط ، ومن أجل ذلك فهي تسن قانونا يحد على الإقدام على هذا النوع من التصرف ، وتعتبر الهبة تصرفا من التصرفات المريبة لأنها لا تتفق مع ما جبل عليه الإنسان من الأثرة وحب الذات والمال² في حين أن هناك تشريعات أخرى تنظر إليها نظرة بر و إحسان و إكرام ، فهي تشجع على هذا النوع من التصرف ، وتحث الفرد و المجتمع على القيام به، قصد زرع المحبة و المودة و الإخاء بين الناس ، وبغية ربط علاقات التعاون على البر و الإحسان ، وهذا ما سأتناوله في المطالب الأربعة التالية ، أما المطلب الخامس فسيتم التطرق فيه إلى مركز الهبة في النظام القانوني.

¹ السنهوري، مرجع سابق، ج6، ص 4 و5

² أكنم الأمين الخولي، العقود المدنية، مطبعة النهضة ، مصر، ص 69

المطلب الأول: موقف التشريع الإسلامي من الهبة

ان الشريعة الاسلامية لا تولي اهتماما للاحتفاظ بأموال المتبرع داخل اسرته ولا تأخذ بصفة عامة بفكرة التخصيص العائلي للأموال إلا في حدود ما قاله الرسول _ عليه الصلاة والسلام _ لأحد الصحابة رضوان الله عليهم: "لئن تركت اولادك اغنياء خير من ان تتركهم فقراء" فهي تحث في كثير من الايات والأحاديث على البر و الاحسان .

ومن اجل ذلك لا تربط الشريعة الاسلامية بين الهبة و الميراث فحق الورثة لا يتعلق الا بما يتركه المورث من مال عند وفاته و الشرع لا يحميهم إلا من الوصية لوراث أو من الوصية التي تتجاوز ثلث التركة .
اما تصرف الواهب في ملكه فهو مطلق الحرية ولو شملت هبته كل أمواله ، وعلى ذلك فالرغبة في الاحتفاظ بالأموال في نطاق الاسرة ليست من عناصر التنظيم التشريعي الإلزامي للهبة على عكس ما نجد في التنظيم التشريعي الفرنسي على الخصوص الذي يجعله من العناصر الأساسية للتنظيم القانوني للهبة ، ومن هنا فإننا نرى أن نظرة التشريع الاسلامي للهبة تختلف عن نظرة التشريع الفرنسي إليها ، فبينما ينظر اليها نظرة مغايرة تماما ، فهو يعتبرها نوعا من أنواع البر و الاحسان ، فمبادئ الشريعة الاسلامية تحث على الصدقة وهي نوع من الهبة ، و تدعو الى القيام بما قال تعالى: " ان تبدوا الصدقات فنعمما هي و ان تحفوها و تؤتوها الفقراء فهو خير لكم " و قال تعالى في آية اخرى: " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " .

ولقد حثت الشريعة الاسلامية على فعل الخير و على البر و الاحسان، قال تعالى: "ان الله يأمر بالعدل و الاحسان و ايتاء ذي القربى" و قال عليه الصلاة و السلام: "تهادوا تحابوا" وقال صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن: "لو دعيت الى كراع لأجبت ولو أهدي الى كراع لقبلت" و قال عليه السلام في هذا الشأن: "جبلت النفوس على حب من أحسن اليها و بغض من أساء اليها" ، قال أحد العلماء: " الهدية تخرج الانسان من وصف البخل الذميين وتركي نفس الكريم و تدل على المروءة و تكسب الثناء الحمل و الثواب الجزيل ".
ولقد بينت الشريعة الإسلامية أن من يتق شح نفسه و يوجد بما تمتلكه من أموال يكون في مصاف المفلحين قال عز وجل: " و من يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون "¹ ذلك أن من لوازم الجود الشجاعة ، و الصدق و العدل و صون العرض الى غير ذلك من مكارم الاخلاق ، وأن من لوازم البخل الجبن و الكذب و الخساسة و عدم صون العرض و نحوها من دنائة الاخلاق . ومن كل ذلك يتبين أن الشريعة الاسلامية تحث على الهبة و تدعو اليها و لذلك أجمع فقهاء المسلمين على جوازها شرعا ، بل الشرع ندب اليها اذا كانت لوجه الله و يهدف البر و الاحسان قال تعالى: " و يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة"².

¹ سورة الحشر، 9

² سورة الحشر، نفس الآية

و قال في آية أخرى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"¹.

والفقه الإسلامي لم يخضع الملكية الفردية للتخصيص العائلي كما سبق بيانه فالرغبة في احتفاظ المالك بماله في نطاق الاسرة ليس من عناصر التنظيم الإسلامي للهبة خلافا لما هو مقرر في التشريع الفرنسي ، و يمكن التدليل على ذلك بالقواعد الفقهية التالية :

1_ لزوم الهبات التي تتفق ومقاصد الشريعة الاسلامية ، و تشجيع مثل هذه الهبات حتى يمكن تحقيق الاهداف العظيمة لشريعتنا الغراء ، وذلك مثل الهبات التي تبرم بين الازواج لتنمية الألفة و المحبة بينهم . و كذلك الهبات التي يكون الغرض منها توطيد صلة الرحم ، فهذه الهبات تكون لازمة لأن الرجوع فيها يؤدي الي صلة الرحم

2_ ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل للموهوب له إلا بالقبض و ذلك لأن الهبة وإن كانت تتحقق بالإيجاب و القبول إلا أنها لا تصبح لازمة بعد القبض و من ثم فإن الواهب يكون له حق التصرف فيما وهب قبل القبض . فيؤخذ من ذلك أن ملكية الهبة مرتبطة بشكل معين و هو القبض فقبل القبض تظل ملكية الشيء الموهوب للواهب. و يكون من حقه أن يتصرف فيه كيفما شاء، خلافا لبعض الفقهاء الذين لا يشترطون لزوم الهبة شرط القبض، و يتبين من ذلك أن نقل الملكية يرتبط بالهبة بشكلية خاصة هي القبض، و في ذلك حماية كافية للواهب مادام يحتفظ بالكلمة الاخيرة و بجرية تامة إلى حين تمام القبض².

3_ في الهبة بعوض يكون هذا العوض سببا في انعقادها، فإذا تخلف السبب هنا وهو العوض، يكون من حق الواهب الرجوع فيها ، و لا يسقط حقه في ذلك اذا تم تعويضه عنها. فالهبة لأجنبي عدا الصدقة يكون لزومها متوقفا على تحقيق قصد الواهب و هو العوض فإذا إنعدم العوض، كانت الهبة قابلة للفسخ و ذلك لتمكين الخلل في المقصود بالعقد. هذا بالنسبة إلى رأي الأحناف أما بالنسبة إلى رأي مالك و الشافعي فإن الاصل في الهبة المنح، و لا يجوز الرجوع فيها إلا للأب عند الامام، أو الأب و الجد عند الشافعي، و هذا يدل على أن الشريعة الاسلامية تهدف دائما الى الحث على الهبة و الصدقات و تدعوا الى البر و الاحسان.

المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من الهبة

كان موقف المشرع الجزائري من الهبة موقفا يتماشى و أصالة الشعب الجزائري الذي يدين الإسلام السمح و يرتبط إيمانه و سلوكه به، و تقاليده و قيمه و أخلاقه بالحضارة الإسلامية و العربية ارتباطا يضرب في أعماق التاريخ الحافل بالثقافة العربية الإسلامية . فكان لا بد من ربط حاضر أسرته بماضيها الزاخر بالعلم و المعرفة، فاستمد أحكام قانون الأسرة من تراثه الفقهي العظيم، واختار منه ما يساير العصر و يضاهي الفقه

¹ سورة النساء ، 4

² أكنم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 72

الحديث ، ويحكم روابط الأسرة. ويضبط علاقات افرادها برابط المحبة و الوداد، و يحقق المعاشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان، كما يحقق العدل و الإنصاف في الأموال بين أفرادها. ويتيح مجالاً للبر و الاحسان و التبرع و فعل الخير عن طريق الهبة و الوصية و الوقف لمن أراد أن يتبرع و يتصدق و يهدي و يوقف و يوصي. فاستمد أغلب أحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي و جمهور الفقهاء، وتعتمد أن يأتي بالمبادئ العامة من الفقه المالكي وأهم الأحكام التفصيلية منه بدون أن يتوسع فيها. بما أحال فيما يلي منها على القانون المدني بإعتباره الشريعة الأم، ما لم يتعارض مع الأحكام الموضوعية في الشريعة الاسلامية ، و ذلك بمقتضى المادة 121 كما أحال فيما لم ينص عليه على أحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة.

وهكذا يتبين أن موقف المشرع الجزائري من الهبة كان موقف إنتماء وسند وأخذ من الفقه الاسلامي الذي سبق أن اعتمد القضاء في فصله في مسائل الهبة على مبادئه و استند في احكامه على قواعده مقتفياً ما استقر عليه العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله.

المطلب الثالث: موقف التشريع المصري من الهبة

يلاحظ أن موقف التشريع المصري في التقنين المدني الملغى يختلف في تنظيمه لعقد الهبة عن القانون المدني الجديد، ففي القانون المدني القديم، لم ينظم المشرع عقد الهبة التنظيم الكامل، واقتصر في نصوصه على الأحكام الخاصة بشكل هبة و على جانب يسير من أحكامها الموضوعية، و كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه إلى قانون الأحوال الشخصية و ذلك على أساس أن الهبة ملحقة بالأحوال الشخصية ، وإن كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية ، لأن المشرع لاحظ قيامها غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فأخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التي تطبق التقنين المدني و التي ليس من شأنها النظر في المسائل التي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها.

و يلاحظ وفق قرار محكمة النقذ ، أن الرابط بين الهبة و الأحوال الشخصية تبدو و بوصفة خاصة في صلة الهبة بروابط العائلة من زواج و ميراث.

المطلب الرابع: موقف التشريع الفرنسي من الهبة

ينظر التشريع الفرنسي إلى الهبة بصفة عامة نظرة المستريب المتحفظ مما جعله يضع من القواعد ما يكفل الإقلال من الضرر المحتمل، ذلك أنه يعني أساساً بضمان الإحتفاظ بالأموال في العائلة حتى لا يكاد ينظر إلى المالك كمجرد حائز لهذه الأموال يديرها لصالح العائلة لا كمالك لها يتصرف فيها بمطلق حريته، و هكذا ترتبط هذه النظرة بملكية العهد الذي كان يقوم فيه نظام الملكية الجماعية للعائلة، و أدت هذه النظرة إلى إهتمام القانون الفرنسي أساساً بحماية الورثة من خطر الهبات التي تقذف بأموال العائلة إلى عائلة أخرى ، للإرتباط بين الهبة و الميراث و الأموال التي كان المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين يهتم بالإحتفاظ بها و هي العقارات، أساس قوة الأسرة في العصر الإقطاعي و في أوائل القرن 19 ، قبل تزايد أهمية الثروة المنقولة ،

ولذلك جاءت نصوصه التي ترمي إلى الإقلال من الهبات قاصرة الأثر في الواقع على هبات العقارات لا المنقولات مما جعل الفقه يرى وجوب تعديل قانون الهبة تعديلا شاملا يتفق و ظروف المجتمع الحاضر.

وقد إتخذ المشرع الفرنسي جملة من الوسائل الوقائية و العلاجية لتوفير حماية الورثة، و المحافظة على أموال العائلة من خطورة عقد الهبة، فمن الوسائل الوقائية التي إتخذها المشرع لتحقيق هذه الغاية إشتراط الرسمية و المبالغة في مدى القوة الملزمة لعقد الهبة إلى حد يحمل الواهب على التروي و التدبر قبل الإقدام على التبرع¹.

ومن الوسائل العلاجية التي وضعها المشرع الفرنسي فسخه للهبات أو إنقاصها لمصلحة الورثة إذا تجاوزت القدر المسموح به في التبرع وهو الثلث، لقد خول للورثة حق إسترداد القدر الزائد عن حد التبرع ذلك أن ذمة المورث التي تنتقل إلى الورثة تتضمن إلى جانب الأموال الباقية فيها وقت الوفاة الأموال التي وهبها في حياته ، فإذا كانت هذه الهبات لا تتعد القدر الذي يجوز التبرع به من هذا المجموع بقيت ، أما إذا كانت تتجاوز هذا القدر فإن للورثة حق إسترداد الأموال الموهوبة أو إنقاص الهبة فيما تزيد به عن هذا القدر ، وهنا يضحى بالموهوب له و بمن تعامل معه من الغير لمصلحة الورثة حتى ليقال أنه ليس هناك أخطر من التعامل مع الموهوب له².

ومن الوسائل العلاجية أيضا إجازة الرجوع في الهبة استثناءا إذا رزق الواهب بعد الهبة بولد و لم يكن له ولد وقت إبرامها أو ظهر من الموهوب له عقوق للواهب و جحود لإحسانه و تكرمه.

هذه هي جملة الوسائل العلاجية التي جاء بها المشرع الفرنسي لإنقاذ الخطر الذي ينجم عن إبرام الهبة و هكذا يتضح أنه ينظر إلى الهبة نظرة حذر و تحفظ و إرتياب.

المطلب الخامس : مركز الهبة في النظام القانوني

إن الهبة عقد من العقود الناقلة للملكية مثلها مثل البيع و المقايضة ، وسائر العقود المسماة ، و لذلك كان مكانها الطبيعي، في القانون المدني، بما أنها تتعلق بالمسائل المالية فهي بحسب ذلك من الأحوال العينية.

وهذا ما جعل التشريعات العربية، كالتشريع المصري و المغربي و السوري و الأردني و العراقي و الكويتي، يضعونها في موضعها الطبيعي في القانون المدني.

وهذا على الرغم من أن المشرعين العرب استمدوا أحكامهم الموضوعية من احكام الشريعة الإسلامية ، بغض النظر عن مصدر أحكام القوانين المدنية العربية.

بينما وضع المشرع الجزائري ، و المشرع التونسي الهبة في قانون الأسرة و في مجلة الأحوال الشخصية التونسي مخالفين بذلك التشريعات العربية.

¹ أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 69

² محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 51

و يبدو أن السبب الدافع لوضع الهبة في قانون الاسرة ، هو الحرص الشديد على أن تستمد أحكامها من أحكام الشريعة الاسلامية ، تبعا لكل الموضوعات قانون الاسرة من زواج و طلاق و نسب و ميراث و وصية و وقف .

فما هو مصطلح قانون الأحوال الشخصية و ما هي المسائل التي يتضمنها و ما الفرق بينها و بين قانون الاسرة ؟.

إن مصطلح الأحوال الشخصية المقابل للأحوال العينية تسمية قانونية تقليدية ، ابتكرتها مدرسة الأحوال أي المدرسة الإيطالية القديمة منذ القرن الرابع عشر وتبعتها المدرسة الفرنسية القديمة في القرن السادس عشر ، ثم المدرسة الإيطالية الجديدة بزعامة مانشيني (MANCINI).

ولقد أدمجت القوانين الغربية الأحوال الشخصية في قوانينها المدنية ، أما البلاد الاسلامية فقد استبعدت الأحوال الشخصية من قوانينها المدنية و استمدتها من الشريعة الاسلامية، و سمتهها قوانين الأحوال الشخصية، ولم تحصرها فيما يتعلق بالأسرة فقط بل جعلتها تنطبق على كل شخص بصفته إنسانا، ولو لم يكن عضوا في الأسرة ذلك أن المسائل الخاصة بالأسرة في قانون الأسرة : الزواج و الطلاق و العدة و النفقة و يمكن أن يلحق بها الميراث تجاوزا، و هذا من المفروض أن يحتويه قانون الأسرة ، في حين أن قانون الأسرة الجزائري إشمئ على مسائل خارجة عن نطاقه ، فتعرض لحالة الشخص و أهليته و للوصاية و التقديم، و الحجر، و حكم الغائب و المفقود و الكفالة و الوصية و الهبة ، و الوقف و كل هذه المواضع لا صلة لها بالأسرة، وهي تنظر إلى الشخص كفرد لا كعضو في أسرة. مما يتضح معه أن قانون الأحوال الشخصية أوسع نطاقا، لما اشتمل عليه من عديد من المسائل المذكورة ، بينما مصطلح قانون الأسرة لا يتسع إلا للبعض من هذه المسائل و لذلك، كان أضيق نطاقا من مصطلح قانون الأحوال الشخصية و مما تبين معه أخيرا أن مركز الهبة الطبيعي في النظام القانوني هو بين العقود المسماة، و في القانون المدني.

إلا أن المشرع الجزائري أعطى اعتبارا هاما للجانب الموضوعي لأحكام الهبة، و وضعها بين أحكام قانون الاسرة المستمدة أحكامه من الشريعة لتلاؤمها و انسجامها فيما بينها باعتبارها هي الأخرى مستمدة من نفس المصدر في جل أحكامها.

فقانون الأسرة لا يعتبر قانونا خاصا ، والقانون المدني قانونا عاما ، إنما هو قانون مكمل للقانون المدني، وقد أعتبر جزءا مكملا له ، فصدر القانون المدني في سنة 1975م محيلا في بعض أحكامه على ما سمي بعد قانون الأسرة، وذلك أن كلا منهما أحال على الآخر في العديد من المواد كما سيتبين فيما بعد، وبناء عليه فلا يمكن القول بأن القانون المدني قانون عام وقانون الأسرة قانون خاص بالأحوال الشخصية، باعتبار أن القاعدة اللاتينية القديمة تقضي بأن الخاص يلغي العام.

إلا أن قانون الأسرة لا يعتبر قانونا خاصا بالنسبة إلى القانون المدني ولا يلغي أحكام هذا القانون إذ لا يتصور أن قانون الأسرة يلغي أحكاما وردت في القانون المدني .
وإذن فليس لتطبيق هذه القاعدة محل هنا ، كما أنه يسوغ القول بأن الأول سابق و الثاني لاحق يعمل به دون الأول لنفس الإعتبار ، ومن أمثلة إحالة القانون المدني على قانون الأسرة ما ورد في المواد 31 — 79_744_755 من ق.م .

وهذا ما يدل أن قانون الأسرة جاء مكملا للقانون المدني ، وليس هناك أي قانون يرجع إليه بصدد هذه المواد إلا قانون الأسرة المكمل للقانون المدني ، وخاصة ما يتعلق بمسائل الميراث والوصية والهبة والوقف وهي مسائل خصصت لها القوانين العربية قوانين ملحقة بلقانون المدني أو أدمجتها في هذا القانون كالهبة التي أدمجتها القوانين العربية في ق.م فإذا لم يكن قانون الأسرة مكملا للقانون المدني فإن هذا الأخير يكون قانون أبتري.

المبحث الخامس: مقارنة بين الهبة في الشريعة والهبة في القانون

بعد تطرقنا إلى تعريف عقد الهبة من قبل بعض المذاهب الإسلامية ، بالإضافة إلى بعض القوانين الوضعية العربية والأجنبية ، وبعد ذكرنا لمقومات و خصائص عقد الهبة ، ظهرت لنا جليا فوارق من حيث التعريف ومن حيث المقومات ، وهذا ما يدفعنا إلى المقارنة بين الهبة في الشريعة الإسلامية و الهبة في القانون وستتناول هذا عن طريق مطلبين من حيث التعريف ومن حيث المقومات كالآتي:

المطلب الأول: من حيث التعريف

تعتبر الهبة لدى المذاهب التي سبق ذكرها ، بأنها تمليك عين أو منفعة بلا عوض غير أن ما نلاحظه أن كل من المذهب الحنفي و المالكي أغفلوا ذر عبارة "حال الحياة" بينما أبرزها المذهب الشافعي و الحنبلي ، حيث ذكرو عبارة " حال حياة كل من الواهب و الموهوب له".

أما المشرع الجزائري فقد تماشى و مبادئ الدين الإسلامي و شريعته لإرتباطه بها و تمسكه و شعبه بالإسلام في معاملة و أخلاقه ، وذلك من خلال قانون الأسرة و خاصة في باب الهبة ، فكان لا بد من المشرع أن يربط حاضر الأسرة الجزائرية بماضيها الزاخر بالعلم و المعرفة و يختار ما يساير العصر و يضاهي التطور ، ويضبط العلاقات الأسرية برباط المحبة و الود و البر و الإحسان و المعروف و التبرع و فعل الخير عن طريق الهبة.

فتعريف الهبة الوارد في نص المادة 206 من قانون الأسرة بقولها ".....بإيجاب وقبول...." ما يعني حال حياة كل من الواهب و الموهوب له.

المطلب الثاني: من حيث المقومات

الهبة على إتفاق كل من المشرع و القانون خاصة المذاهب الأربعة الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنبلية و المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة إعتبروها تصرف في مال بلا عوض سواء وردت على نقل ملكية أو منفعة ، مع توفر نية التبرع في الواهب.

إلا أن المذاهب الأربعة اختلفت فيما يخص مقوم أن الهبة عقد بين الأحياء حيث أبرزها كل من المذهب الشافعي و الحنبلي و أهملها كل من المذهب الحنفي و المالكي .

أما فيما يخص مقوم أن الهبة عقد شكلي فقد ألزم المشرع الجزائري تحرير الهبة في عقد رسمي إذا انصبت على عقار وإتباع الإجراءات الخاصة إذا انصبت على منقول و هذا طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة ، وبتخلف الشكلية تكون الهبة باطلة عكس المذاهب الأربعة مجتمعة التي لم توجب الرسمية في الهبة نظرا لطبيعة المعاملات السائدة آنذاك من تشجيع الناس على المحبة والود ونشر أو اصل الأخوة بينهم ومساعدة بعضهم البعض ، وذلك بتسهيل المعاملات وحث المسلمين على القيام بالأفعال التي تشد حبل الود فيما بينهم وتقربهم إلى المولى عز وجل ، ولهذا الأسباب مجتمعة كان ذلك العصر لم يعرف نظام التوثيق ونظام الشهر العقاري ، وكانت تقتصر الشكلية في الهبة على القبض أي إنتقال العين الموهوبة إلى حيازة الموهوب له.

خلاصة الفصل الأول:

نستخلص مما سبق ذكره في فصلنا بأن الهبة عقد يتم بموجبه تملك مال أو عقار أو منقول بلا عوض وذلك حال حياة كل من الواهب و الموهوب له، وهذا ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، رغم الإختلاف في بعض الأمور، وتقوم على مقومات وخصائص لا تنعقد إلا بتوافرها، وهي أن الهبة عقد ما بين الأحياء ، وتصرف بلا عوض ، بالإضافة إلى وجود نية التبرع ، وكذا أنها عقد شكلي و عيني، فيتوجب إفراغها في قالب رسمي في هبة العقار و الإجراءات الخاصة فيما يتعلق بالمنقول باعتبارها تصرف خطير يجرد الواهب من ماله دون مقابل.

كما أن الهبة تشبه بعض التصرفات القانونية في أوجه عديدة ، وتختلف عنها في أوجه أخرى ، سواءا كانت عقود ملزمة لجانب واحد كالوصية والوقف والإباحة بالإضافة إلى عقد عارية الإستعمال ، وعقود ملزمة لجانبين كعقد البيع وعقد الإيجار.

إضافة إلى كل هذا فإن عقد الهبة يمتاز بأركان و أحكام لا تقوم إلا بها ، وهذا ما سأتناوله تباعا فيما سيأتي في الفصلين القادمين.

الفصل الثاني

أركان عقد هبة العقار

تمهيد:

يعد عقد الهبة كسائر العقود الرضائية بحيث يستلزم لإنشائه توافر أركان و شروط و المتمثلة في، الرضاء و المحل و السبب ، ولما كان عقد الهبة عقدا رسميا يستوجب القانون توفر ركن الشكل ، الركن الرسمي الرابع لإنعقاده و لإحداث هذا العقد لأثاره يتطلب القانون بالإضافة إلى ذلك الشرط الحيازة أو القبض. وهكذا فالشروط المطلوبة في عقد الهبة هي شروط الإنعقاد وهي ما سميت بالأركان، أما شروط الصحة فتفترض عقدا موجودا لكنه غير صحيح بصفة نهائية ولا يصح إلا بتوفرها. و يترتب على عدم توفر شروط الإنعقاد بطلان العقد بطلانا مطلقا ، أما العقد الذي ينقصه شرط من شروط الصحة فلا يكون باطلا و إنما يكون قابل للإبطال. و شروط الإنعقاد العامة التي يجب أن تتوفر في كل العقود سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرع هي ما يعبر عنه بأركان العقد وهي الرضاء و المحل و السبب. و بما أن عقد الهبة في القانون من العقود الرسمية فيجب أن تتوفر فيه ركن آخر وهو أن يكون محررا بعقد رسمي من قبل الموثق ، و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا و بجانب ذلك يجب أن تتوفر فيه شروط الصحة وهي:

1_ الأهلية

2_ ألا يكون العقد مشوبا بعيب من العيوب المفسدة للرضاء ، أي ألا يكون العقد قابلا للإبطال. و سأبحث كلا من الرضاء ، و المحل ، و السبب ، و الشكلية ، بالإضافة إلى قبض الهبة و الوعد بها في المباحث التالية:

المبحث الأول: التراضي في عقد الهبة

المبحث الثاني: المحل في عقد الهبة

المبحث الثالث: السبب في عقد الهبة

المبحث الرابع: الشكلية في عقد الهبة

المبحث الخامس: قبض الهبة و الوعد بها

المبحث الأول: التراضي في عقد الهبة

يجب لإنعقاد الهبة مثل ما يجب لسائر العقود حصول الرضاء من كل من المتعاقدين الواهب و الموهوب له، كما يجب أن يكون الرضاء شاملا لكل الشروط الازمة لتكوين العقد ، وإلا يعتبر الرضاء معدوما والعقد لا ينعقد.

ويجب إلى جانب ذلك أن يكون رضاء أحد طرفي العقد مطابقا لرضاء الطرف الآخر تمام المطابقة ، وهو ما يسمى بتوافق الإيجاب والقبول وهو التراضي، وللتراضي في عقد الهبة شروط انعقاد و شروط صحة. وسنبحث كلا من شروط الإنعقاد وشروط الصحة في مطلبين مستقلين:

المطلب الأول: شروط إنعقاد الرضاء

الفرع الأول: تطابق الإيجاب و القبول

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة على ذلك بقوله، "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات" وإذا أحتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

ويستفاد من هذه المادة بصريح العبارة حتمية لإنعقاد الهبة إيجاب من الواهب و قبول من الموهوب له. وياعتبار أن الهبة عقد فلا بد فيه من إقتران إرادتين كسائر العقود ، ولذلك فإن وجود التراضي الذي هو ركن جوهري في كل عقد يستلزم إقتران إرادتين متطابقتين، إرادة توجب و إرادة تقبل من كل من الطرفين المذكورين ، وبما أن الهبة عقد شكلي وللشكل أهمية بالغة في خصوصها فهي لا تنعقد إلا إذا إستوفت أيضا الشروط الشكلية¹ وإذا ما توفرت كل الأركان و الشروط انعقد عقد الهبة.

وإذا تخلف ركن من الأركان ترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، و إذا توفرت شروط الصحة بجانب توفر أركان العقد بأن صدرت كل من الإرادتين عن ذي أهلية كاملة خالية من عيوب الرضاء المعروفة انعقد صحيحا ، ذلك أن أهلية التبرع خاصة تتميز عن غيرها إذا كان العقد عقد هبة ، لأن هذا الأخير يتسم بالخطورة ، فعيب الغلط في الشخص مثلا يؤثر تأثيرا خطيرا يعيب الإرادة لأن الواهب لا يهب في الغالب إلا لإعتبار شخصي.

وإذا شاب أي عيب من عيوب الإرادة الرضاء ، كان التصرف الصادر عن هذه الإرادة معيبا ، ويجعل العقد قابلا للإبطال ، أما انعدام الإرادة كلية فيترتب عليه البطلان المطلق.

ومما تقدم يتضح ان التقاضي يستلزم اتفاق إرادتين و توافقهما على إحداث أثر قانوني ، وهو بعبارة أخرى تطابق الإيجاب ، وهي الإرادة التي تصدر في الغالب أولا من الواهب ثم يليها القبول ، وهي الإرادة التي تصدر في مرحلة تالية من الموهوب له فإذا تم تطابق الإرادتين على هذا النحو ، تم وجود التراضي ، ولم يبقى

¹ السنهوري ، مرجع سابق ، ج5 ، ص 26

إلا إفراغ رضاء كل من الطرفين في الشكل الرسمي وإتمام القبض ليتم إنعقاد العقد الهبة وفق ما تقضي به المادة 206 من قانون الأسرة ، و هكذا إذا توافقت كل من إرادة الواهب و الموهوب له على إحداث أثر قانوني ، انعقد عقد الهبة ، وأنتج آثاره القانونية.

أما إذا انعدم هذا التوافق والتطابق ، بأن قرر المعطي أنه يعطي على سبيل الهبة وقرر الموهوب له أن يقبض و يقبل على سبيل آخر فهو هبة ، ولا ينعقد عقدها و كذلك إذا وهب فرسين فقال أحدهما لم تصح الهبة لإنعدام تطابق إرادة¹ كل من الواهب و الموهوب له.

ويلاحظ أن تطابق القبول للإيجاب أمر وجوبي بحيث لا يعدل منه أو يقيد منه ، أو يزيد عليه ، وإلا أعتبر إيجابا جديدا وفق ما تنص عليه المادة 66 من ق.م.ج. بقولها: " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إيجابا جديدا " وتؤكد ذلك القواعد العامة، وخاصة² المادة 59 من ق.م.ج. التي نصت بقولها : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (والصحيح إرادتيهما) المتطابقتين دون انحلال بالنصوص القانونية". ويقابل هذا النص نص المادة 89 من ق.م.ج. التي يقول : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاده" ، بيد هذا النص أدق من نص المادة 59 ق.م.ج.

وهكذا يتطلب كل من نص المادة 206 من قانون الأسرة و المادة 59 من ق.م.ج. أن يتم التراضي بإيجاب و قبول متطابقين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني . هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما. لأن الإلتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد ولا يوجد العقد إلا إذا تم توافق الإيجاب و القبول فما لم يوجد عقد فلا يكون الإلتزام³.

الفرع الثاني : هل الهبة عقد في التشريع الجزائري و التشريعات العربية

أولا : هل الهبة عقد في التشريع الجزائري؟

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه لم يذكر في تعريفه للهبة بأنها عقد و لم ينص على ذلك صراحة ، و إنما يمكن أن نستخلص من نص المادتين 202 و 206 من قانون الأسرة أن المشرع اعتبر الهبة عقدا ، وذلك أنه اشترط في الهبة أن تنعقد بالإيجاب و القبول ، و الإيجاب و القبول ركنان أساسيان في أي عقد سواء كان عقد هبة أو غيره. وبناء على ذلك فإن الهبة في واقع الأمر تعتبر عقدا كسائر العقود بإعتبار أنه يشترط في إنشائها و تكوينها ما يشترط في كل عقد من رضاء و محل و سبب و رسمية.

¹ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) ، مطبعة النهضة ، الطبعة الثانية ، مصر، سنة 1952 ، ص26

² علي علي سليمان ، النظرية العامة لإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط3 ، سنة 1992 ، ص28

³ محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، سنة 1978 ، ص204

و من ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقدا وأخذ برأي الذي إتفقت عليه المذاهب الفقهية الأربعة.

ويدل على ذلك ما جاء في البداية على الخصوص من قولها : " و أما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها و القبول عند الجميع"¹ وهذه هي نفس العناصر الأساسية التي يتكون منها العقد ، وقول البداية عند الجميع يقصد به جميع المذاهب الأربعة - أي مذاهب أهل السنة - وهي : مذهب المالكية ، و مذهب الحنفية ، و مذهب الشافعية ، و مذهب الحنابلة ، ذلك أن كل المذاهب يتطلب توفر كل من الإيجاب و القبول في عقد الهبة ، سواء كان القبول ركنا أو شرطا.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري جرى علة ما أخذت به التشريعات العربية من اعتبار الهبة عقدا يتطلب الإيجاب و القبول وفقا لمبادئ الفقه الاسلامي ، وهي عقد رسمي ، و إذا كانت تبرعا محضا فهي عقد ملزم لجانب واحد ، و إذا إلتزم فيها الموهوب له ببعض الالتزامات فهي من العقود الملزمة للجانبين.²

ثانيا : هل الهبة عقد في التشريعات العربية؟

إن التشريعات العربية و على رأسها التشريع المصري كلها تعتبر الهبة عقدا ، ما عدا التشريع العراقي و التشريع اللبناني.

ففي التشريع المصري نصت المادة 486 من القانون المدني المصري الجديد الفقرة الأولى على أن : " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " .

مما يفيد بصريح العبارة أن الهبة عقد في التشريع المصري وكذلك في التشريع السوري فنصت الفقرة الأولى من المادة 454 على أن : " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " . فجاءت هذه الفقرة صريحة في أن الهبة عقد.

وعلى نفس النهج جرى التشريع الليبي فنص في المادة 476 على أن الهبة عقد تنشأ من إرادتين متطابقتين.³

هذا بما أن هبة عقد من عقود التمليكات في التشريعات العربية فهو لا يتحقق إلا برضا كل من الواهب و الموهوب له ، أي بإيجاب و قبول كالبيع فلا يتصور وجود الهبة قبل القبول.

وقد نصت على ذلك المادة 1/487 من القانون المدني المصري الجديد بما يلي : " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه " . إذن فلا بد من قبول الموهوب له بالهبة حتى تتم ، و السبب في ذلك يقول الأستاذ السنهوري هو أن هناك شبهة في أن تتم الهبة بإيجاب الواهب وحده - أي بإرادة منفردة ، فهو المتبرع بماله ،

¹ أبي الوليد ابن رشد الحنفي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مطبعة مصطفى باي الحنبلي ، مصر ، سنة 1960 ، ج2 ، ص 329

² محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص 22

³ السنهوري ، مرجع سابق ، ج5 ، هامش رقم 2 ، ص 27

أما قبول الموهوب له فقد لا تكون هناك حاجة إليه ، إذ الهبة نافعة له نفعاً محضاً ، وكل ما يحتاج إليه ، فهو أن يقر الهبة كما يقر الموصي الوصية ، وكما يقر المنتفع الإشتراط لمصلحته ، حتى لا يتملك حقاً دون رضاه ، فجاء النص قاطعاً في أن هذا غير صحيح فالهبة عقد لا إرادة منفردة ، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له ، ومن وقت هذا القبول ، وقد يكون القبول ضمناً كما إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب لأن القبض هنا يقوم مقام القبول ، والسبب أيضاً في جعل الهبة عقداً واستلزم قبول الموهوب له ، أن الهبة وإن كانت تبرعاً ، إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب¹ .

وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة ، كما إذا إستشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها . ويلاحظ أن كل التشريعات العربية والأجنبية و الغالب منها سلمت بضرورة انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول وتوافق كل من إرادة الواهب والموهوب له على الهبة .

ومن ذلك يتبين أنه لا حرج على المشرع الجزائري عندما جرى على ذلك المنوال واعتبر الهبة عقداً ملزماً لجانب واحد ، وقد يكون ملزماً لجانبين إذا ما كانت الهبة بعوض ، وهذا ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماماً على إنجاز الشرط " هذا بالنسبة للتشريع المصري و الليبي .

أما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 601 نجده ينص على أن : " الهبة تمليك لآخر بلا عوض و الصدقة هي المال الذي وهب لأجل ثواب وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص " .

ويستفاد من هذا النص أن المشرع العراقي لم ينص بصفة صريحة لا على أن الهبة عقد ولا على أنها تصرف ، وإنما يستخلص من عناصر التعريف الذي أورده المادة السابقة الذكر أن عناصر العقد من إيجاب و قبول متوفرة فيه ، وهذا النص يتفق إلى حد كبير مع ما جاء به المشرع الجزائري وكلاهما مأخوذان من الفقه الإسلامي .

وأخيراً فإن التشريع اللبناني قد نص بصفة صريحة على أن الهبة تصرف ، وذلك ما ورد في المادة 504 ، من أن الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل² . مما يتضح معه بصفة جلية أن الهبة في التشريع اللبناني تصرف يتضمن الإيجاب و القبول ، وأن إيجاب الواهب يتوقف على قبول الموهوب له لتتم الهبة ولتنتقل ملكية المال الموهوب وهو في ذلك كالتشريع الفرنسي تجنب كلمة عقد .

¹ السنهوري ، مرجع سابق ، ص 28_29

² زهدى يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود (عقد الهبة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الجزء 8 ، ص

ثالثا: هل الهبة عقد في التشريعات الأجنبية؟ :

تعد الهبة حسب ما نصت عليه المواد و النصوص الأجنبية بأنها تصرف وليست عقدا وهذا ما سيتم التطرق له في التشريعات التالية:

1- التشريع الفرنسي:

من أهم التشريعات الأجنبية التي إعتبرت الهبة تصرفا هو التقنين المدني الفرنسي الذي نص في المادة 894 منه على أن: "الهبة تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها".

ويستفاد من هذا النص بصريح العبارة أنه إعتبر الهبة تصرفا ، ولم ينص على أنها عقد ولا ريب في أن هذا الإستعمال كان عن قصد ، فالمشرع الفرنسي أراد أن يسمي عملية إنشاء الهبة تصرفا ولم يرد تسميتها عقدا ، بما لهذه التسمية من معنى أشمل من معنى العقد ، وقد قال بعض الفقهاء : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الفرنسي ينص على أن الهبة عقد ، ولكن عندما نظر هذا المشروع أما مجلس الدولة لاحظ القنصل الأول بونابارت أن الهبة لا تلزم إلا الواهب، فالأولى تعرف بأنها تصرف لا عقد وقد أخذ بهذه الملاحظة فعرفت الهبة بأنها تصرف ، والملاحظة لا محل لها ، فإن الهبة وإن كانت لا تلزم إلا الواهب إلا أنها لا تتم إلا بإيجاب و قبول فهي إذن عقد وإن كان ملزما لجانب واحد¹.

وإذا كان المشرع الفرنسي تجنب كلمة عقد واستعمل بدلها كلمة تصرف فإنه رأى أن كلمة تصرف أعم من كلمة عقد ، فهي قد تشمل العقد والتصرف الإفرادي ، أما كلمة عقد فهي تعني فقط التصرف الناشئ عن إرادتين ولا تتسع للتصرف بإرادة المفردة.

وهذا المعنى هو ما يشمل التصرف الشرعي في الفقه الإسلامي عند أكثر الفقهاء ، لأن معنى التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل ، إذن فالعلاقة بين العقد وبين التصرف الشرعي تقوم على إعتبار أن العقد توافق إرادتين ينشأ عنه إلتزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعي فيكون التصرف الشرعي أعم من العقد ، لأن التصرف يشمل المعنى ، ويشمل غيره ، وفي الجملة ، كما قال الأستاذ أبو زهرة: إن كتب الفقه تذكر كلمة العقد وتريد بها أحيانا المعنى العام المراد للتصرف ، وتذكرها أحيانا وتريد بها المعنى الخاص².

وفي المصطلح الفقهي أن التصرف أعم من العقد مطلقا ، لأن العقد من بعض أنواع التصرف ، إذ هو تصرف قولي مخصوص ، ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الأخص يستلزم دائما المعنى الأعم ، ولا عكس ، لأن كل عقد هو تصرف وليس كل تصرف عقدا.

¹ السنهوري ، مرجع سابق ، ص 29

² محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 199 - 201

2- في التشريع الألماني:

ومن التشريعات الهامة الأجنبية أيضا التي إعتبرت الهبة تصرفا التقنين المدني الألماني ، فنص في الفقرة الأولى من المادة 510 منه على أن: " الهبة كل تصرف من شأنه أن يعي شخص آخر بأحد عناصر ثروته حينما يتفق الفريقان على هذا الأمر ويكون التصرف بلا مقابل".

ويفيد هذا النص بصفة صريحة أنه كالمشرع الفرنسي أيضا إعتبر الهبة تصرفا ولم ينص على أنها عقد ، ولا شك أن هذا الإستعمال كان هو الآخر عن قصد ، فالمشرع الألماني أراد بكل جلاء أن يسمي عملية إنشاء الهبة تصرفا ، ولم يرد تسميتها عقدا ، لما لهذه التسمية من معنى أشمل من معنى العقد.

ولقد أراد المشرع الألماني للهبة أن تنشأ بإرادتين متفقتين عليها ، وهما إغناء شخص لآخر بأحد عناصر ثروته بلا مقابل ، وليس بإرادة منفردة ، والجميل كما قال الأستاذ زهدي يكن في القانون الألماني أنه إعتبر كل تصرف قيمة مالية بنية التبرع هبة بشرط موافقة الموهوب له وقبوله له.

وبذلك شمل هذا التعريف العنصر المادي في الهبة ، والعنصر المعنوي لعقد الهبة ، اللذين إذا تخلف أحدهما زال عن التصرف وصف الهبة وكان في الحقيقة عقد معاوضة ، ومن هذا التعريف يستنتج أن هناك عنصرين أساسيين في الهبة يميزانها عن العقود وهما:

العنصر الأول : إغتناء الموهوب له بسبب افتقار الواهب لمجانبة التصرف.

العنصر الثاني: هو قصد التبرع أو نية التبرع¹.

3- في التشريع السويسري:

التشريع السويسري هو من التشريعات الأجنبية التي إعتبرت الهبة تصرفا فقد نصت المادة 239 من القانون المدني السويسري على أن : "الهبة تصرف بين الأحياء ، بمقتضاه يتنازل شخص عن أمواله كلها أو بعضها من غير أن يوجد إلتزام مقابل"².

فيستفاد من هذا النص بصفة صريحة أنه إعتبر الهبة تصرفا لم ينص على أنها عقد ، ولا ريب أن إستعمال كلمة تصرف بدلا من كلمة عقد قصد المشرع بها أن يسمي عملية إنشاء الهبة تصرفا ولم يرد تسميتها عقدا لما لهذه التسمية من معنى أشمل من معنى العقد ، وكان مثله في ذلك مثل التشريعات الأجنبية المذكورة سابقا قصدت هذا المعنى.

¹ زهدي يكن ، مرجع سابق ، ص 6

² محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص 234

الفرع الثالث: موقف المذاهب الإسلامية من الإيجاب و القبول في الهبة:

بصفة إجمالية يرى الشافعية والحنابلة ، أن كلا من الإيجاب و القبول لركنان للهبة شأنهما في ذلك شأن أي عقد آخر ، ويرى فريق من المالكية نفس الرأي والفريق الآخر منهم وعلى رأسهم الإمام مالك ، يقول: **ينعقد عقد الهبة بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء.**

أما فقهاء الحنفية فقد اختلفوا فيما بينهم في اعتبار الإيجاب و القبول ركنين من الهبة ، فمنهم من يرى بأن الإيجاب وحده هو الذي يعد ركنا في الهبة ، أما القبول فليس بركن ، ويرى الطرف الآخر بأن القبول ركن في الهبة بالإضافة إلى الإيجاب.

وبعد هذه النظرة الإجمالية يبدو أنه من المفيد أن نفصل في ذلك بالنسبة لكل مذهب من المذاهب الأربعة المذكورة:

أولاً: بالنسبة للمذهب المالكي:

يرى فريق من فقهاء هذا المذهب أن الهبة تملك بالإيجاب و القبول ، أما قبضها فليس بشرط في تملك الموهوب له على المشهور ، وجاء في البداية: **"وأما الهبة فلا بد فيها من الإيجاب و القبول من الجميع"**¹ فإذا قال المالك وهبت هذه الدار لفلان وقبلها ، أصبحت الدار مملوكة له ، بحيث لا يصح للواهب الرجوع فيها بعد ذلك ، وإذا امتنع عن تسليمها يجبر على تسليمها ولو برفع الأمر إلى القضاء.

والحاصل أن الهبة عند مالك تنزم بالقول ولكن لا يدخل الشيء الموهوب في ملك الموهوب له إلا بالحيازة أو ما يقوم مقامها قبل وجود الموانع ، فإذا تراخى الموهوب له عن الحيازة وما في حكمها حتى وجد مانع من الموانع بطلت الهبة أو توقفت على زوال الموانع. مما تقدم يتضح أن الهبة بالإيجاب و القبول ويعتبر العقد عقد تملك من دون أن يتوقف ثبوت الملك للواهب على القبض ، وهذا عند البعض من المالكية.

ثانياً: بالنسبة للمذهب الشافعي

إن المذهب الشافعي يعرف الهبة بالقول: **"التمليك بلا عوض هبة"** وهو يعني أن التملك بعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً هبة ، فخرج بالتمليك العارية و الضيافة. وبالعين الدين و المنفعة ، وينفي العوض ما فيه عوض كالبيع ، وبالحياة الوصية لأن التملك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت ، وبتطوع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما.

وشرط الهبة في المذهب إيجاب و قبول ، لفظاً ، ولا يشترطان في الهدية على الصحيح ، بل يكفي البعث من هذا و القبض من ذلك ، وفي المذهب كذلك لا يشترط الإيجاب والقبول في الهدية على الصحيح ولو في غير المطعوم ، بل يكفي البعث من هذا — أي المهدي — ويكون كالإيجاب ، والقبض من ذلك — أي المهدي إليه ويكون كالقبول كما جرى عليه الناس في الاعصار.

¹ أبي الوليد ابن رشد الحنفي ، مرجع سابق ، ص 329

وقد أهدى الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الكسوة والدواب و الجوارى ، وفي الصحيحين: (كان الناس يتحرون بمدياتهم يوم عائشة رضي الله عنها)، ولم يقل إيجاب ولا قبول.

ثالثا: بالنسبة للمذهب الحنفي:

اختلف فقهاء هذا المذهب في إعتبار الإيجاب والقبول ركنين لعقد الهبة ، فرأى الإمام أبو حنيفة وصاحبه أن الإيجاب من الواهب هو الذي يعد ركنا في الهبة ، أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، وإن كان معدودا منه ، وإنما هو شرط لثبوت الملكا شرط لوجود الهبة ، وورد في كتاب البدائع مبينا ذلك بالقول: "أما ركن الهبة وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضا ركن"¹. وهكذا يتبين أن أكثر شراح الحنفية إتفقوا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب ، وبالإيجاب وقبول في حق الموهوب له ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع كالأقرار و الوصية ، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول و القبض.

رابعا: بالنسبة للمذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة المقدسي الحنبلي في مسألة الهبة:

وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب و القبول ، والمعطاة المقترنة بما يدل عليها.

— **فالإيجاب :** أن يقول وهبتك أو أهديت إليك وملكتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى.
— **والقبول:** أن يقول قبلت أو رضيت أو نحوه.

وتصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليها إن لم يحصل إيجاب ولا قبول وأضاف قائلا: ذكر القاضي وأب الخطاب أن الهبة والعطية لا بد فيهما من الإيجاب والقبول ، ولا تصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ، لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول .
والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ اختاره ابن عقيل ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويعطي و يفرق الصدقات ويأمر ساعاته بأخذها وتفريقها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشتهرا وقد كان ابن عمر علي بعير لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر (بعينه)، فقال هو لك يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت".

الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي و القانون

لم يتعرض قانون الأسرة للتعبير عن الإرادة ولذا فسنعرض له في الفقه الإسلامي و القانون .

¹ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الفكر للنشر ، ط6 ، ص 293

إن التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي وفي القانون يتم بما يعبر عنه بالصيغة (أي اللفظ) وبالكتابة وبالإشارة، وعلى الخصوص بالطرق التي أوردتها المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، وستعرض أولاً للصيغة ، وثانياً للتعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية ، غير اللفظ الصيغة .

أولاً: الصيغة في الهبة

الصيغة هي التعبير عن الإرادة باللفظ ، ويقصد بها اللفظ الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين ويبين المراد من العقد ويبرز إرادة العاقدين إلى حيز الوجود ، إذا فالصيغة هي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول وفعل، كأن يقول الواهب: وهبت وأعطيت ونحلت ، مما يدل على التملك مجاناً ، سواء كانت دلالة اللفظ صريحة مثل ملكت ، وهبت ونحلت ، أو بإشارة مثل: خذ هذه الدار ، الذي يفهم منه الهبة والتمليك من دون تصريح.

إن هذه التعبيرات تدل على التملك بلا عوض ، فهي إيجاب للهبة أيضاً كإعطاء الزوج لزوجته قرطاً أو شيئاً آخر من الحلبي.

كما تكون بقيام الرجل بتجهيز إبنته أو تعليق حلبي أو قرطاً من رجل إلى زوجته أو قوله لها خذي هذه وعلقها.

وأفضل الصيغ في التعبير صيغة الماضي ، ذلك أن الفقهاء يؤثرون هذه الصيغة لإنعقاد العقد لأن صيغة الماضي هي الأداء ، والمظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية لأنها إرادة جاوزة دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الحزم والحسم والقطع والبث ، أما صيغ المضارع والأمر والإستقبال والإستفهام ، فإنها تحتل الحال والإستقبال ، ولأن الصيغة لا بد أن تتمحص للحال دون الإستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف و الملابسات ، فإن دلت الصيغة بطريق الإقتضاء على الحال ، انعقد، بينما صيغة الماضي فهي وإن كانت للماضي وضعا لاكنها جعلت للحال في عرف أهل اللغة ، والشرع والعرف ، كما يقول صاحب البدائع ، فهي يتمحص للحال فينعقد العقد دون بحث عن النية ، آخذاً بالإرادة الظاهرة ، لأنها واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، أما صيغة المضارع فتحتمل الحال والإستقبال ، بل أن استعمالها غلب للإستقبال إما حقيقة أو مجازاً ومن ثم لا يؤخذ في هذه الصيغة بالإرادة الظاهرة ، ويجب الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة وهذا خروج عن الفقه الإسلامي الذي تغلب عليه التزعة الموضوعية.

ويلاحظ عند الفقهاء أنه لا يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا بألفاظ مخصوصة وهذا ما جاء في شرح الخطاب علي خليل: ليس للإيجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب و القبول لزم البيع وسائر العقود، فيصبح الإيجاب بأي لفظ يفيد الهبة كأن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك، أو هو لك، أو أعطيته، أو نحلته، أو أهديته لك .

ثانيا: التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية

يتم التعبير عن الإرادة فضلا عن الصيغة المذكورة عن طريق الكتابة والإشارة ، بالكيفية التي نصت عليها المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، ويتضح الحديث عن الصيغة في الفقه الإسلامي أن أحكامها في هذا الصدد تتفق وأحكام القانون بصفة عامة ، ويتجلى ذلك في كيفية التعبير عن الإرادة من صريح المادة 60 والتي نصت على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون يتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على مقصود صاحبه " فمضمون المادة يؤكد على أن الصيغة هي التعبير عن الإرادة باللفظ من جهة ، وبالوضع أو بالكتابة أو بالإشارة والعرف من جهة أخرى ، فإرادة المتعاقدين لا بد لها ، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه الغربي ، من أن تأخذ مظهرها خارجيا حتى يعرف كل المتعاقدين إرادة الآخر ، فلا يعتد القانون بالإرادة الباطنة وإنما بالإرادة الظاهرة و التي يتجلى مظهرها الخارجي إما باللفظ أو الكتابة وإما بالإشارة المتداولة عرفا ، وفي تلك المظاهر الثلاثة المذكورة التعبير عن الإرادة يكون صريحا ، ويكون ضمنيا¹.

1 — التعبير الصريح عن الإرادة : يكون التعبير الصريح للإرادة عبر المظاهر التالية:

المظهر الأول: هو التعبير بالألفاظ في اللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين
المظهر الثاني: يكون بالكتابة ، سواء كانت بخط اليد أو بالآلة الكاتبة ، وسواء كانت عرفية أو رسمية.
المظهر الثالث: يكون بالإشارة المتداولة عرفا ، بهز الرأس عموديا يدل على الموافقة ، وعلى هز الرأس أفقيا يدل على عدم الموافقة.

2 — التعبير الضمني عن الإرادة:

التعبير الضمني هو الذي يفيد المعنى المقصود إلا بطريقة غير مباشرة ، إذ يقوم على الاستنتاج ، ذلك أن أداة التعبير لا تدل على المعنى حسب المؤلف بين الناس ، لكن ما يصاحبه من ملاسبات يجعل ذلك لغة واضحة في بيان الحقيقة المقصودة² وقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على التعبير الضمني للإرادة في قولها:

" يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" ، وبناء على هذا يجوز أن يكون التعبير ضمنيا ، فالقانون لم يأت بنص يبين التعبير الضمني وقد ترك ذلك لإجتهد الفقهاء والقضاة.

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 29

² أحمد حشمت أبو ستيت ، مصادر الإلتزام ، دار الفكر العربي ، مصر ، سنة 1963 ، ص 75

ويبدو أنه بالنسبة للهبة لا يتسنى التعبير الضمني عنها في الغالب ، لأن دلالة التصريح أقوى من دلالة الإقتضاء وفقا للقواعد الأصولية. ولذا فإن لم يكن التعبير يفصح عن الإرادة بما لا يدع مجالاً للشك في أن صاحبه يقصد به التعبير عن الهبة ، فإن القانون لا يحفل به ، وبالتالي فإن هذا التعبير لا يفسر على أنه هبة.

السكوت:

يعتبر السكوت مجرد وضع سلمي ، وقد يتضمن التعبير الضمني إيجاباً ، وقد يتضمن قبولا ، أما السكوت فلا يمكن أن يتضمن إيجاباً ، فالأصل في السكوت أنه لا يفيد شيئاً لأنه عدم ، والعدم لا ينتج إلا العدم. ولذا فإن السكوت لا يدل لا على القبول ولا على الرفض ، ولا يعد تعبيراً على الإرادة¹ ولكن القانون أورد إستثناء على عدم جواز السكوت في التعبير عن القبول ، ونصت عليه المادة 68 من ق.م.ج في ثلاثة أمثلة هي:

1 — إذا كانت طبيعة المعاملات أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول

2 — إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدي

3 — إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه كما هو الحال في سكوت الموهوب له ، أو كما يقول القانون المصري: إذا تمحض الإيجاب لمصلحة بحتة لمن وجه إليه ، فسكوت هذا الأخير يعتبر قبولا.

الفرع الخامس: رجوع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه

لم يعالج قانون الأسرة هذا الموضوع ، مما يستوجب الرجوع إلى القانون المدني بإعتباره الشريعة الأم ، ومن المعلوم أن المادة 61 من ق.م.ج تنص على أن القبول ككل تعبير عن الإرادة لا ينتج آثاره إلا في الوقت الذي الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصوله إليه قرينة على العلم به حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، ونفس هذا الحكم نصت عليه المادة 91 من ق.م.ج فمثلاً إذا صدر إيجاب من الواهب ولم يكن الإيجاب ملزماً فإن للواهب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يصل فيه قبول الموهوب له إلى علم الواهب ، ففي هذه الحالة لا تتم الهبة لأن القبول وقت ان يصل إلى علم الواهب لم يصادف إيجاباً قائماً ، فلم يقترب بالإيجاب ، وإنما يصح أن يكون هذا القبول إيجاباً جديداً من الموهوب له ، فإذا تدبر الواهب الأمر فقبله اعتزم المضي فيه ، فإن قبول الواهب له هو الذي يقترب بإيجاب الموهوب له فتتم الهبة إذ إستوفت شروطها الأخرى² هذا هو حكم القواعد العامة بالنسبة لسائر العقود وفق ما تقضي به المادة 61 من ق.م.ج وهو نفس الحكم الذي تضمنته المادة 91 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها (يحق الرجوع عن العرض مادام القبول لم يتم).

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص30

² السنهوري ، مرجع سابق ، ص 30 و31

الفرع السادس: أثر موت الشخص أو فقد أهليته على التعبير عن إرادته في القانون

لم يعالج قانون الأسرة هذا الموضوع ، مما يستوجب الرجوع إلى القانون المدني ، وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد أنه ينص في المادة 62 من ق.م.ج على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند إتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل" ويقابلها نص المادة 92 من ق. مصري ، وهنا أخذ القانون الجزائري بالإرادة الظاهرة ، فقرر أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً ، وتترتب عليه آثاراً قانونية على الرغم من موت صاحب التعبير أو فقد أهليته ، ولو كان القانون أخذ بالإرادة الباطنة لقرر أن التعبير عن الإرادة يسقط بموت من صدر عنه أو فقد أهليته ، وعلى ذلك فطبقاً لهذا النص ، يجب أن نميز بين صدور التعبير عن الإرادة من الموجب وصدوره من القابل ثم موت أحدهما أو فقد أهليته قبل وصول التعبير عن الإرادة إلى الآخر.

1 — موت الواهب أو فقد أهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له:

إذا كان التعبير عن الإرادة صادراً من الواهب ولنفترض أن الواهب قد عبر عن إيجابه ثم مات أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى القابل ، والموهوب له ، واعلم القابل قبوله دون أن يعلم بموت الواهب أو بفقد أهليته ، فإن العقد لا يتم ، إذ يشترط لتمامه أن يصل العلم بالقبول إلى الواهب¹ وهذا قد مات أو فقد أهليته فيستحيل علمه بالقبول لأنه مات قبل وصول العلم بالقبول إليه فتخلف الشرط المنصوص عليه في المادة 61 من ق.م.ج.

2 — موت الموهوب له أو فقد أهليته بعد القبول:

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، وقبل أن يصل القبول إلى علم الواهب ، فإن القبول يبقى قائماً وفقاً لما تقتضيه المادة 62 من ق.م.ج ، وينتج التعبير أثره إذا إتصل بعلم الواهب فتتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له ولا يمنع من ذلك .

إن الهبة موجهة إلى شخص ما بالذات ، وقد مات أو فقد أهليته ، فإن هذا الشخص قد قبل الهبة فعلاً ، وبقي قبوله قائماً بالرغم من موته أو فقد أهليته ، فإن على الورثة في هذه الحالة أي ورثة القابل أو نائبه أن يقوموا بما يرتبه العقد من آثار في الحدود التي يلتزم فيها الورثة بعقود مورثهم ، هذا ما لم يتبين من الإيجاب صراحة أو ضمناً أو من طبيعة التعامل ، أن شخصية القابل هي محل الإعتبار كأن يكون فناناً أو ذا كفاية

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 37

خاصة ، فعندئذ يسقط القبول بموت القابل أو فقده أهليته¹ ولا ينعقد العقد ، وغني عن البيان أنه إذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل القبول فلا يقوم ورثته أو نائبه مقامه ولا ينعقد العقد² .

المطلب الثاني: شروط الصحة

وتشمل الأهلية أولا والهبة في مرض الموت ثانيا وعيوب الرضا ثالثا وهذا ما سأتناوله وفق الفروع

التالية:

الفرع الأول: الأهلية

يعني بالأهلية في عقد الهبة عناية خاصة ، فيفرق بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له ، ويتشدد القانون في أهلية الواهب فيتطلب أهلية كاملة للتبرع بإعتبار أنها أقوى من أهلية التصرف ، لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضررا محضا ، 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 ، بل حتى الجنين كما سأبينه فيما بعد.

ومن ذلك يتبين أن القانون يعتد بالدرجة الأولى بأهلية الواهب ، ويشترط أن تكون كاملة وصحيحة

غير معيبة بالإضافة إلا هذا فإن الأهلية لها فترات و مراحل يمر بها الإنسان في حياته عندما يكون جنينا إلى

بلوغه سن الرشد ، والواهب بإعتباره إنسانا ، يعبر هذه المراحل ، فجعل الشارع لكل مرحلة حكما

خاصا بها وسأبين حكم كل مرحلة على حدة في المراحل التالية:

المرحلة الولي: عندما يكون الإنسان جنينا في بطن أمه

لقد جاء في نص المادة 128 من قانون الأسرة مايلي: "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا

أو حملا" ثم عاد في المادة 134 فقال: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا..." فهذا النص يتعارض مع نص المادة

128 من قانون الأسرة ذلك أننا بصدد البحث عن حق الحمل في الميراث وهو ا يزال جنينا ، فحقه في

الميراث يثبت له وهو ما يزال جنينا بصرف النظر عما سوف يكون من أمره بعد الميلاد ، لأنه إذا ولد حيا

كانت له شخصية قانونية كاملة وتساوى مع غيره من الوارثين.

المرحلة الثانية: الصبي الغير مميز ومن في حكمه

تعد مرحلة الصبي الغير مميز مرحلة تبدأ منذ ولادته إلى قبل بلوغه تمام السادسة عشر سنة من عمره وهذا

ما جاءت به المادة 42 من ق.م.ج فيعد في هذه المرحلة عديم الأهلية لا يستطيع إجراء أي تصرف قانوني ،

وإلى هذا الحكم أشارت المادة 82 من قانون الأسرة قائلة: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42

من ق.م.تعتبر جميع تصرفاته باطلة"³.

¹ السنهوري ، مرجع سابق ، ص 34

² محمد بن أحمد تقيية ، مرجع سابق ، ص 92

³ محمد بن أحمد تقيية ، مرجع سابق ، ص 101

المرحلة الثالثة: الصبي المميز ومن في حكمه

أشارت المادة 83 من قانون الأسرة بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ، وفي حالة التراجع يرفع الأمر إلى القضاء".

المرحلة الرابعة: مرحلة بلوغ سن الرشد

تبدأ هذه المرحلة متى بلغ القاصر سن الرشد ، وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، وعند هذا يصبح كامل الأهلية ويستطيع ممارسة جميع أنواع العقود ، النافعة نفعاً محضاً ، والضارة ضرراً محضاً ، والعقود الدائرة بين النفع والضرر ، وتزول عنه الولاية أو الوصاية بحكم القانون.

وقد جاء في نص المادة 40 من ق.م.ج : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة". وبناءً على هذا ، فإن للواهب الذي بلغ سن الرشد صحيحاً سليماً غير محجور عليه كامل الأهلية ، أن يهب كل أمواله أو بعضها ما دام بكامل أهليته ، فلقد نصت المادة 205 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير"

أولاً: الشروط الواجب توفرها في أهلية الواهب

لقد نصت المادة 203 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشر سنة وغير محجور عليه " ويستخلص من هذا النص أنه يجب توافر ثلاثة شروط في أهلية الواهب: الشرط الأول: يقتضي أن يكون الواهب سليم العقل ، بأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية غير مجنون ولا معتوه ، لأن المعتوه و المجنون عديم الأهلية في التعاقد لإنعدام التمييز بينهما ، فالهبة التي تصدر عنهما تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا تلحقها الإجازة .

الشرط الثاني: يستوجب أن يكون الواهب قد بلغ التاسعة عشر ، بأن يكون كامل الأهلية بالغا سن الرشد وفق ما تنص عليه المادة 40 من ق.م.ج " أي ليس صغيراً غير مميز ، لأن جميع تصرفاته تعتبر باطلة ، لأنه هو الآخر ناقص الأهلية ، ليس له أن يهب أو يتصرف في أمواله ، وكل تصرف بالنسبة إليه فيما عدا التصرفات النافعة له نفعاً محضاً يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً"

الشرط الثالث: يستلزم أن يبلغ الواهب سن الرشد وتكتمل أهليته ، وهو غير محجور عليه لسفه أو لغفلة ، فإذا ما توافرت لديه أهلية التبرع ، وأصبح كامل الأهلية ببلوغ سن الرشد تعتبر جميع تصرفاته صحيحة سليمة ، ما لم تصب إرادته بعيب من عيوب الإرادة ، وما لم يضر تصرفه بمن تعلق حقه بماله .

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في أهلية الموهوب له:

يلاحظ أن المشرع خفف من أهلية الموهوب له ، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف ، على عكس ما فعل بالنسبة إلى أهلية الواهب ، فيكفي في الموهوب له التمييز لأنه عندما يقبل الهبة إنما يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

ولذلك فالشروط التي تشترط في أهلية الموهوب له هي الشرطان التاليان:

الشرط الأول: أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة ، أو حكماً كالجنين ، فوجود الموهوب له حقيقة يشترط جمهور الفقهاء في الموهوب له لكي تصح الهبة له أن يكون حياً ، وموجوداً حقيقة وقت الهبة ، لأن الهبة من التمليكات التي تقع بين الحياء ، وغير الحي لا يملك¹ ولا بد للهبة من إيجاب وقبول ، ووجود الموهوب له حقيقة يتصور أن يصدر منه القبول ، أما وجود الموهوب له وجوداً حكماً لا حقيقة كوجود الجنين في بطن أمه فقد رأى الجمهور أن الهبة لا تجوز للجنين ، وإن ليس له الحق فيها ، ماعدا الحقوق الأربعة المذكورة ، وقالوا لا أهلية للحمل في إستحقاق ما سوى هذه الحقوق ، فمثلاً لو إشتري له أبوه أو غيره شيئاً ، لا يملكه الحمل لعدم الضرورة ، ولأن الشراء سيلزمه بالثمن ، وهو غير أهل للإلتزام.

الشرط الثاني:

يشترط التمييز لدى الموهوب له ، لكي يكون الموهوب له أهلاً لقبول الهبة ، يلزم توفر التمييز لديه ، وهو كاف ليكون أهلاً لقبول الهبة ، ويلحق به السفه وذو الغفلة ، أما إذا كان عديم التمييز أو مجنوناً أو معتوهاً أو أجنبياً فيقبلها نيابة عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه.

الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت

المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب المرصود ، ذلك لأن المناط الذي كان سبباً في شرع الأحكام المتعلقة بالمريض وحوافه الموت كما سبق بيانه ألحق بالمريض كل الأصحاء ، الأقوياء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ، و الموت على الحياة ، والهلاك على النجاة .

أما هبة المريض مرض الموت فحكمها حكم الوصية وهذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة و المادتان 776 و 777 من القانون المدني ، فنصت المادة 204 المذكورة على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، ويستفاد من نص هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءاً منها أو كلها وهو في مرض موته ، أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة ، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية ، وقد جاءت المادة تكريساً في الحقيقة بصفة إجمالية لما نصت عليه المادتان 776 و 777 من ق.م.ج ، فالأولى نصت على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض

¹ محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص67

الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف".

هذا وإن غرض المشرع الجزائري كالمشرع المصري هو حماية الورثة من الهبات المستترة ومن التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت ، والتي تنطوي في الحقيقة على إعتداء على حق الورثة في الإرث من الغير ، والحال أن الوارث يتلقى حقه من القانون أي من الشريعة الإسلامية التي أقرت له هذا الحق لا من المورث.

ويستفاد من المادة 776 أن التصرف الذي يصدر من المورث في مرض الموت ، سواء كان هبة أو وصية ، أو أي نوع من التصرف ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون تبرعا مضاف إلى ما بعد الموت ، أي وصية مستترة وتسري عليه أحكام الوصية ، وغرض المشرع من ذلك هو حماية الورثة من آثار هذا التصرف وهذا التصرف يصبح غير نافذ في حقهم فيما إذا تجاوز ثلث التركة إلا إذا أقره الورثة وفق ما تقضي به المادة 185 من قانون الأسرة.

الهبة التي لا تزيد على ثلث التركة:

يستخلص مما تقدم أن الموهوب الذي لا تزيد قيمته على ثلث التركة ، إذا كان التصرف صادر في مرض الموت ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبة ، ولا تتوقف على إقرار الورثة ، وذلك ما تقضي به المادة 185 من قانون الأسرة.

الموهوب الذي يزيد على ثلث التركة:

إذا كانت قيمة الموهوب تزيد على ثلث التركة ، فلا تصح الهبة فيه إلا بإقرار الورثة ، فإن لم يقروها وجب على الموهوب له أن يرد على التركة ما جاوز الثلث وفق ما تقضي به المادة 185 من قانون الأسرة ، وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث ، لم ينفذ في حق الورثة بغير إقرارهم.

الفرع الثالث: عيوب الرضا في الهبة

إن عيوب الرضا التي تعتري إرادة الواهب وإرادة الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض هي عيب الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال ، فإذا شاب عيب من هذه العيوب إرادة الواهب على خصوص أو إرادة الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض كان عقد الهبة قابلا للإبطال ، أما إذا شاب الرضا عيب معدم لها كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن الرضا كما في حال الصبي الغير مميز إذا وهب ماله لآخر لأنه فاقد التمييز وفقا لما تقضي به المادة 42 من ق.م.ج والمادة 82 من قانون الأسرة باعتباره منعدم الرضا.

وسأتكلم عن كل عيب من هذه العيوب وفق متطلبات عقد الهبة ، وهذا كالاتي:

أولاً: الغلط في عقد الهبة:

لقد نصت المواد 81 ، 82 ، 83 ، 84 ، 85 من القانون المدني على صور الغلط و أحكامه، وقد عرف الغلط بأنه وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ، ويدفعه إلى التعاقد ، فلا يكفي أن يتوهم الشخص الأمر على غير حقيقته ، بل لابد من أن يكون ذلك الوهم هو الذي حمل المتعاقد على التعاقد. فالغلط هنا يصيب الإرادة وقت تكوين العقد ، دون أن يتناول ركنا من أركانه ، وهو بذلك يتميز عن أنواع الغلط الأخرى ، كالغلط المانع الذي يمس ركنا من أركان العقد ، والغلط الذي يتعلق بعدم توافق الإرادتين والغلط المادي...إلخ.

وبما أن الهبة عقد من عقود التبرع ، فيعتبر الغلط في شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال ، وهذا ما نصت عليه المادة 81 من ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

وإذن يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا ، وقد تولت المادة 82 من ق.م.ج تعريف الغلط الجوهرى بقولها: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية ، أو يجب إعتبارها كذلك نظرا للظروف التي أبرم فيها العقد ولحسن النية الذي يجب أن يسود التعامل ، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

ويلاحظ أن عبارة الفقرة الثانية صححت على ضوء نصها الفرنسي والنص المصري¹.

وطبقا لهذا النص فإن القانون المدني الجزائري كالقوانين العربية الأخرى قد أخذ بمعيار ذاتي في الغلط وترك المعيار المادي الذي كان سائدا لدى الفقه الفرنسي القديم.

وأخيرا نلاحظ بوجه عام أن معيار الغلط في الهبة أخف من معيار البيع ، لأن الهبة عقد تبرع فجسامة الغلط فيها قد لا يرقى إلى جسامته في عقد البيع².

ثانياً: التدليس في عقد الهبة

نصت المادتان 86 و 87 من القانون المدني على التدليس وطرقه وحكمه ، فالتدليس حسب رأى الفقهاء هو: "التدليس هو إستعمال حيل وطرق لحمل شخص على إبرام عقد وذلك بإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد".

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 56

² محمد بن أحمد تقية ، مرجع سابق ، ص 129

وجاء في المادة 86 من ق.م.ج قولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد". ويستفاد من هذه المادة أن التدليس هو استعمال طرق إحتيالية¹ من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد ، فهو إذا يفترض قيام عنصرين ، عنصر مادي ، وهو استعمال حيل ، وعنصر شخصي ، وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد ، ومن حيل التدليس ومظاهره مثل إبراز أوراق مزورة ، أو إصطناع محررات ، أو التظاهر بمظهر الثراء والغنى أو نشر إعلانات كاذبة... إلخ ، وقد يكون الكذب وحده كافيا للتدليس إذا كان المدلس عليه لم يكن يستطيع إكتشافه وكان هو الدافع للتعاقد ولولاها ما أبرم العقد².

كما أنه يمكن أن يكون هناك شخص من غير المتعاقدين أي من غير الواهب والموهوب له هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه وهو الواهب مثلا إلى إبرام العقد ، فلكي يستطيع الواهب أن يبطل العقد للتدليس ، يجب أن يثبت أن المتعاقد معه ، وهو الموهوب له في هذا المثال ، كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ، إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من إستعمل الوسائل الإحتيالية أو على الأقل سيء النية ، فإذا لم يستطع المدلس عليه أن يثبت ذلك فليس له أن يطلب إبطال عقد الهبة إلا إذا كان التدليس الذي إستعمله الغير قد أوقعه في غلط بلغ من الجسامة حدا ما كان ليرم العقد لو لم يقع فيه.

ولتأكيد كلامنا فقد نصت المادة 87 من ق.م.ج بقولها "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

ثالثا: الإكراه في عقد الهبة

لقد عرف فقهاء القانون المدني الإكراه بقولها: "الإكراه هو ضغط غير مشروع يقع على إرادة شخص فيحدث في نفسه رهبة فيحمله على التعاقد". ويتضح من هذا التعريف أن الإكراه يشوب الإرادة في حريتها واختيارها ، فهو يحدث رهبة أو خوفا في نفس المكره يدفعه إلى قبول التعاقد ، والملاحظ أن الذي يسلب الإرادة حريتها واختيارها ليس هو الوسائل المستعملة في الإكراه ، بل هو الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد.

كما نصت المادة 88 من ق.م.ج على جواز إبطال العقد في حالة الإكراه ، وقد إعتبرت أنه إذا تعاقد شخص مع آخر لإنشاء أي إلتزام على عاتقه هبة كانت أو غيرها ، لإحداث أي أثر قانوني تحت ضغط مادي، جسماني أو نفسي جعل إرادته مقيدة وغير حرة مختارة بسبب ما أحدثته في نفسه من حالة الخوف والذعر فاضطر لإبرام العقد لإتقاء شر المكره ، جاز له أن يطلب إبطال العقد للإكراه.

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 60

² محمد بن أحمد تقية ، مرجع سابق ، ص 131

هذا وقد يكون الإكراه صادر من غير المتعاقدين فالإكراه الذي يرتكبه شخص ثالث غير المتعاقد ، لا يبطل العقد إلا إذا أثبت من وقع عليه الإكراه أن المتعاقد معه كان يعلم بهذا الإكراه ، فيكون متواطئا مع هذا الغير ، أو كان من المفروض حتما ان يعلم به ، كما لو كان من إرتكب الإكراه ضيفا أو قريبا للمتعاقد الآخر، وهذا ما ورد في نص المادة 89 من ق.م.ج بقولها: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الإكراه".

وخلاصة القول هي أن الإكراه الذي يعيب الإرادة ويفسد رضا الواهب ويجعل الهبة قابلة للإبطال ، هو الذي يقع الواهب تحت تأثيره بسبب ما سلطه عليه من وسائل الإكراه المادية أو المعنوية فوق وقع تحت تأثير خوف جعله نتيجة الإكراه يبرم العقد رغم إرادته ، وسواء كان هذا الإكراه من أحد المتعاقدين أو من الغير.

رابعاً: الإستغلال في الهبة

يعتبر الإستغلال حسب رأي فقهاء القانون هو الإستفادة من حالة ضعف أحد المتعاقدين بحيث يستغل المتعاقد ضعف المتعاقد الآخر فيه طيشا بينا أو هوى جامحا فيختل التعادل بين إلتزامات المتعاقدين ويقل ما يأخذه المغبون عما يعطيه. ويتبادر للذهن من خلال هذا التعريف عدم إمكان توفر التعادل بصدد عقود التبرع والعقود الإجتماعية ، فبالنسبة إلى عقود التبرع يرى البعض أنه لما كان من طبيعة العقود ألا يحصل أحد المتعاقدين على عوض عما يعطيه كان عدم التعادل يفترض أن يكون هناك إعطاء من جانب وأخذ من جانب آخر، وأنه لا يمكن الطعن في هذه العقود بعيب الإستغلال وإنما بعيب آخر ، ويرى البعض الآخر بأن التعادل ينعدم أصلا في عقود التبرع بحيث يمكن الطعن فيها بعيب الإستغلال إذا توفرت عناصره ، وهو ما يستند لما نصت عليه المادة 90 من ق.م.ج في فقرتها الثالثة بقولها: "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن" ، أي أن مفهوم المخالفة يفيد أن الطعن في عقود التبرع بعيب الإستغلال هو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش البين أو الهوى الجامح فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على إلتزامات لا تتعادل أصلا مع ما ألتزم هو به ، ويقوم الإستغلال على عنصرين ، عنصر مادي ، وهو عدم تعادل إلتزامات الطرفين مطلقا ، مثال ذلك بأن يقوم الزوج المسن بإيهاب زوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه فيحرم الزوجة الأولى ، ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة الشابة على زوجها المسن ، فتخضع الهبة لعيب الإستغلال ولا يكون هناك أي إلتزام على الزوجة ، فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة.

المبحث الثاني: المحل في عقد الهبة

إن المحل هو الركن الثاني في عقد الهبة ، وهو الشيء الموهوب ، والأصل في الهبة أن تكون عقدا ملزما لجانب واحد ، هو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم ، ومحل إلتزامه هو الشيء الموهوب ، ولكن يجوز وفقا

للمادة 202 من قانون الأسرة أن يشترط الواهب في الهبة عوضاً أو إلتزامات أخرى فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانيين ، ويكون محل الإلتزام الموهوب له هو العوض المشترط¹.

فالهبة يكون لها إذن محل هو الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل آخر هو العوض ، وسأتعرض لكل من المحلين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الشيء الموهوب:

يسري على الشيء الموهوب بإعتباره محل العقد ما يسري على محل العقد بوجه عام ، ويشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب ، ليكون عقد الهبة صحيحاً ، ، منتجا لآثاره الشروط الأربعة ، أن يكون المحل موجوداً وقت الهبة ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، ويكون صالحاً للتعامل فيه ، وأخيراً يجب أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب ، فهذه الشروط واجبة بمقتضى أحكام القانون المدني وبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما سأتناوله وفق الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول: وجود المحل وقت الهبة

يجب أن يكون المحل وهو الشيء الموهوب موجوداً وقت الهبة ، فلا تصح هبة ما ليس بوجود وقت العقد ، وعليه يجب ان يراعى وجود الشيء وقت تكوين العقد ، فإذا كان موجوداً وقت التعاقد فإن العقد يتم فثانياً ، وإن كان المحل غير موجود فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بل منعدم الوجود ، وإذا ظهر أن الشيء هلك قبل العقد ، أو وقت إبرام العقد فإن العقد لا ينعقد لعدم وجود محل له ، كأن يهب شخص لآخر منزله ثم يظهر أنه إحترق قبل ذلك ، أو يهب له ماشيته ثم يظهر أنها نفقت قبل التعاقد أو وقت حصوله ، ويعتبر الشيء في حكم غير الموجود إذا فقد وجوده القانوني كالتزول لآخر عن حق إنتفاع إنقضى قبل ذلك بإنتهاء مدته ، ولا خلاف فيما تقدم بين حكم القانون وحكم الشريعة الإسلامية².

ويلاحظ أن إشتراط أن يكون المحل موجوداً وقت العقد ، هو شرط في كل عقود التملكيات في الحال ، كالبيع و الهبة صوناً للعقد من الإلغاء ، عند فوات المحل ، ويعتبر من المعدوم ما كان موجوداً ضمن غيره ، كالدقيق في القمح ، والزيت في الزيتون ، والسكر في القصب ، فمن وهب لغيره ما يثمره نخيله في العام القادم أو ما تلده دابته ، فالهبة باطلة ، إذ الموهوب وإن كان له وجود ضمني في أجزاء الأصل ليس له وجود مشخص مستقل بإسمه يخصه وقت العقد ، وقد لا يوجد فيما بعد وقد يعجز عن تسليمه.

الفرع الثاني: ضرورة تعيين المحل

فيجب أن يكون المحل معيناً ، فلا يكفي وجود الشيء الموهوب في عقد الهبة ، بل يجب أن يكون معيناً وقت الهبة أو قابلاً للتعيين بحيث يكون معلوماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى الغرر وبالتالي إلى النزاع.

¹ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص112

² محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ج2، ص36

ولذلك يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية ماعدا الإمام مالك أن يكون الموهب معلوم المقدار في المقدرات أو معيناً بشخصه في غيرها ، فلا تصح هبة المجهول ، لأن الهبة من العقود الناقلة للملكية ، فلا يجوز أن يهب المالك بعض ماله من غير تعيين ، كما إذا وهب الإنسان أحد الفرسين أو شاة من غنمه ، أو جزءاً من نقوده ، أو بعضاً من عقاراته ، من غير أن يعين فلا تصح الهبة ، فإذا عين تصح على أن التعيين لا يشترط فيه يكون من الواهب بل يصح أن يكون من الموهوب له ، كأن يهب إنسان لآخر ما يريد من الفرسين فأختار الموهوب له واحداً منهما ، فتصح الهبة ، أي أنه يشترط أن يكون الموهوب معيناً ومعلوماً عند الواهب ، فإذا كان مجهولاً عنده فلا تصح الهبة ، لأنه غرر في حقه ، فإذا كان مجهولاً عنده فلا تصح الهبة ، لأنه غرر في حقه ، فلو كان مجهولاً عند الموهوب له لم يمنع صحة الهبة لأنه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له¹.

الفرع الثالث: أن يكون قابلاً للتعامل فيه

قد يكون الشيء موجوداً معيناً ومع ذلك لا يصلح محلاً للتعامل فيه ، وعدم قابليته للتعامل ، إما أن يرجع إلى طبيعته أو إلى الغرض الذي خصص له أو إلى القانون .

أولاً: عدم قابلية الرجوع إلى طبيعة الشيء

فالشمس والهواء والأنهار والبحار ، كل هذه الأشياء موجودة ومعينة ولكنها لا يمكن أن تكون محلاً للتعامل ، وعد قابلية هذه الأشياء للتعامل يرجع إلى إستحالتها أو إلى عدم إستطاعة أحد الإستبداد بجيازتها ، فالشمس لا يمكن تسليمها ، والبحر والهواء... إلخ لا يمكن لأحد أن يستبد بجيازتها ولكن قد يصبح التعامل بهذه الأشياء ممكناً من بعض الوجوه ، فالطير في الهواء والسماك في النهر والغزال في الصحراء... إلخ فهذه الأشياء لا مالك لها ، فلا يجوز أن تكون محلاً للتعاقد ، ولكن إذا إصطادها شخص فعندئذ يمكن التعامل فيها وتصلح لأن تكون محلاً للتعاقد.

ثانياً: عدم القابلية للتعامل الرجوع إلى الغرض الذي خصص له الشيء

وقد يرجع عدم قابلية الشيء للتعامل إلى تعارض هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له هذا الشيء ، فالأملاك العامة المخصصة للمنفعة العامة ، كالشوارع ، والطرق العامة ، والمتاحف ، والمعسكرات... إلخ لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل الذي يخرجها عن هذا الغرض الذي خصصت له ، هو التعامل الذي يرد على رقبته ، كالبيع والهبة والرهن ، فلا يجوز بيع الشارع.

ثالثاً: عدم القابلية للتعامل الرجوع إلى القانون

وقد يرجع عدم قابلية الشيء للتعامل لا إلى طبيعة الشيء ولا إلى تعارض التعامل فيه مع الغرض الذي خصص له ، بل إلى القانون ، فالقانون يخرج أحياناً بعض الأشياء من التعامل وذلك مثل التعامل في التركة

¹ ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج6 ، ص 256

المستقلة كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة 92 من ق.م.ج ، فلا يصح بيع أو هبة أموال الشركة المستقبلية وفق هذه المادة آخذاً بالإعتبار السابق الذكر ، والمشرع عندما يخرج شيئاً من التعامل إنما تدفعه إلى ذلك إعتباراً ترجع إلى المصلحة العامة ، ولكن المصلحة العامة لها معنى واسع لا يمكن حصره ، وبالتالي تعيين الأمور التي تعتبر من المصلحة العامة والنص عليها عند إصدار القانون ، والمشرع عندما لا يستطيع تحديد المصلحة التي يريد حمايتها يضع نصاً عاماً يقضي بوجوب عدم مخالفة محل الإلتزام أو العقد للنظام العام و الآداب¹.

الفرع الرابع: أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب

ويستنتج هذا الشرط من مفهوم نص المادة 205 من قانون الأسرة التي تقول: "يجوز للواهب أن يهب جميع ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً". ويقابل هذه المادة نص المادة 480 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري فهذا النص يصوغ للواهب أن يهب ما يملك فقط سواء كل ممتلكاته أو جزءاً منها أو عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير ، مما يجعل الجواز مشروطاً بأن يكون الواهب مالكا لما يهب ، أما إذا لم يكن مالكا للشيء الموهوب فلا يسوغ له أن يهبه ، وبالتالي ووفق مفهوم المخالفة لهذا النص فلا يجوز للواهب أن يهب ملك الغير.

المطلب الثاني: العوض في الهبة

سبق أن بينت أن الهبة في الأصل عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب ، ومحل الإلتزام هو الشيء الموهوب ، ولكن يجوز وفقاً للفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالإلتزام ، وهذا الإلتزام قد يكون عوضاً مقابلاً لإلتزام الواهب ، فتكون الهبة كالبيع ملزمة لجانبين ، ويكون محل لإلتزام الموهوب له هو هذا العوض المشروط.

فالهبة إذن يكون لها دائماً محل هو الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل آخر هو العوض ، ويجب لأن يكون موجوداً ، وأن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه ومملوكاً للواهب إذا كان متعلقاً بشيء معين بالذات ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو إمتناعاً عن عمل ، وعليه يتعين أن يتوفر في العوض باعتباره محلاً ، ما يجب أن يتوفر في محل الهبة من شروط².

يستفاد من نص المادة 202 من ق.م.ج أن عرض التزم على عاتق الموهوب له واشتراط شروط عليه يحول الهبة من تصرف ملزم لجانب واحد إلى تصرف ملزم لجانبين ، إلا أن هذا الإلتزام لا يؤثر دائماً على العنصر المادي في العبة ولكن يبقى التساؤل عن تأثير الإلتزام في هذه الحالة على طبيعة التصرف أهو هبة أم معاوضة ؟

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج1، ص172

² أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص129

لقد اختلف فقهاء القانون في هذا الصدد فذهب فريق إلى أن العبرة في وصف التصرف هي دائما بقصد التبرع ، فإذا وجد هذا القصد فالتصرف هبة أيا كان الإلتزام الذي يتحمل به الموهوب له ، ولو تجاوزت قيمة هذا الإلتزام قيمة المال الموهوب.

ولكن جمهور فقهاء القانون لا يرى هذا الرأي ويوافقه القضاء في ذلك ، والقضاء يقوم أساسا على الإعتداد في تكييف التصرف بالعنصر المادي في الهبة فيعتبر التصرف معاوضة إذا كانت قيمة إلتزام الموهوب له تقارب أو تساوي أو تفوق قيمة المال الموهوب ، وإلا فالتصرف هبة ، وهذا يعني أن الهبة بعوض يجب ان تكون قائمة على نية التبرع ، وإذا كانت الهبة بعوض مجردة عن نية التبرع فهي عقد آخر كالبيع و المقايضة. والمقصود بذلك هو ألا يدفع الموهوب له قيمة الهبة ، ولكن يجوز أن يقوم الموهوب له بدفع عوض ، إذا كان لا يساوي قيمة المال الموهوب أي إذا كان أقل قيمة أي أن العوض في الهبة يجب ان تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب حتى تستبقى الهبة صفتها باعتبارها تبرعا.

المبحث الثالث: السبب في عقد الهبة

إن السبب هو الباعث في عقد الهبة ، ولا سيما في عقد الهبة ، وبذلك يكون السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على التبرع ، ومن هنا سنتعرف على السبب في الفقه و القانون في مطلب والسبب في القضاء في مطلب ثاني كالاتي:

المطلب الأول: السبب في الفقه والقانون

الفرع الأول: السبب في الفقه

إن أول تشريع نص على السبب واعتبره ركنا في العقد هو التشريع الفرنسي الذي نص على عليه في المادتين 1108 و 1131 من القانون المدني الفرنسي.

فالماد 1108 نصت على الشروط اللازم توافرها لصحة العقد ، ومن بين هذه الشروط نصت على ضرورة توافر "السبب المشروع في الإلتزام" ، ونصت المادة 1131 على أن "الإلتزام لا يكون له أي أثر إذا لم يكن له سبب، أو كان قائم على سبب موهوم، أو على سبب غير مشروع" ، ولم يعرف القانون المدني الفرنسي السبب فاختلف الفقه والقضاء في تحديد معناه¹ ، وأدى هذا الإختلاف إلى كثير من الآراء والإجتهاادات للوصول إلى معرفة حقيقته وتحديد معناه، وهذا ما نتج عنه نظريتين، النظرية التقليدية للسبب، والنظرية الحديثة له.

فالسبب بمقتضى النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه، وهو بهذا المعنى المحرك أو الدافع إلى الإلتزام لا إلى العقد، وهو بالإضافة إلى ذلك جزء متمم للعقد، فهو ركن من أركانه وجزء داخلي ، وشيء واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود، ويستخلص حتما من نوع العقد وطبيعة الإلتزام،

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج2، ص122

وهكذا نصل بمقتضى هذه النظرية إلى أن سبب إلتزام أحد المتعاقدين هو إلتزام المتعاقد الآخر، لأنه الغرض المباشر أو الغاية المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقدته.

أما السبب بمقتضى النظرية الحديثة فمعناه الباعث الدافع أو الغاية البعيدة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها، فهو ليس ركنا في العقد ولا جزءا متمما له، بل هو شيء خارج عنه، والسبب بمقتضى هذه النظرية خلافا للنظرية السابقة متغير، ويختلف لا باختلاف أنواع العقود فحسب، با باختلاف أشخاص المتعاقدين أيضا، وهو بهذا المعنى الهددوف البعيد أو الباعث الدافع الذي يحمل على التعاقد¹.

الفرع الثاني: السبب في القانون

السبب هو الركن الثالث في العقد وهو ركن أساسي في سائر العقود، وقد ورد النص عليه في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري.

فنصت المادة 98 على أن: "كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقوم الدليل على ما غير ذلك" ويعتبر السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإن قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه، ويستفاد من نص المادة 97 أن المشرع أسند السبب إلى العقد ثم عاد فأسنده إلى الإلتزام في المادة 1/89 بقوله: "كل إلتزام مفترض أن له سبب مشروعاً ما لم يقوم الدليل على غير ذلك" ولكنه عاد فأسنده السبب إلى العقد في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تقول: "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك" ويستخلص من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري جاء بإزدواجية السبب فجعل كل التزم يفترض أن له سببا مشروعاً بالمعنى التقليدي وآخر بالمعنى الحديث وهو الباعث الدافع.

وعلى كل حال فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، ويشترط فيه شرط واحد هو أن يكون مشروعاً، ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، وإذا ظهر أن الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروعاً فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث، ولا يشترط أن يكون متفقاً مع هذا المتعاقد فيه، وهذا هو الرأي الراجح، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، ولا كان في إستطاعته أن يعلم به، فلا يكون العقد باطلاً ويؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة.

ويلاحظ أن القانون الجزائري قد وضع السبب والمححل معا ولم يفصل بينهما مع أنهما ركنان مختلفان، فالحل هو الجواب على من يسأل، بماذا إلتزم المدين، بينما السبب هو الجواب لمن يسأل: لماذا إلتزم المدين.

¹ عبد المجيد الحكيم، المرجع نفسه، ص 192

وبما أن القانون الجزائري قد إعتنق النظرية الحديثة للسبب واعتبره هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فإن الغلط في ههنا السبب يجب أن يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال فقط، قياسا على كل أنواع الغلط التي سبق ذكرها، وقد كانت النظرية التقليدية تقول أن الغلط في السبب يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

المطلب الثاني: السبب في القضاء

إن القضاء الجزائري قضاء حديث النشأة لا يزال يقتضي أثر القضاء الفرنسي والمصري خاصة في مجال الهبة ومادام الأمر كذلك ينبغي أن تطبق على عقد الهبة النظرية الحديثة للسبب ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث، أي الباعث الدافع للواهب على الهبة، أما نية التبرع — وهي التي تقول النظرية التقليدية بأنها السبب في الهبة — فهي تختلط إحتلاطا تاما بالرضاء فالواهب رضي بالهبة وكان رضاه هذا متضمنا لنية التبرع، وأكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية في السبب عندما تخلط هذه النظرية نية التبرع بالسبب في الهبات، فإن نية التبرع موجودة في كل هبة، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقد شيئا، وهذا ما دفع الأستاذ كبيتان، إلى أن لا يقف عند نية التبرع، بل يجاوزها إلى الباعث الدافع. فيجعله هو السبب في الهبة إذا اقترنت بشرط أن يكون هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب وبخاصة في عقد الهبة، فيكون السبب كما قدمنا هو الباعث الدافع للواهب على التبرع.

ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً، فإذا كان غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقاً ولكن يجب حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع، أن يكون الموهوب له كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له، فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، فيعتد إذن بالباعث الذي دفع الواهب إلى تبرعه، سواء كان معلوماً من الموهوب له كان مجهولاً منه، ولكن الرأي الذي ساد هو الرأي الأول، فيجب حتى في الهبة لتكون باطلة أن يكون عدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من الموهوب له.

المبحث الثاني: الشكلية في عقد الهبة

المطلب الأول: مبررات الشكلية في عقد الهبة

إذا استوفت الهبة شروط الإنعقاد، وخاصة الموضوعية منها، وشروط الصحة السابقة الذكر، فإنها لا تنعقد إلا بإستيفاء ركن آخر من طبيعة مختلفة عن الأركان السابقة وهو ركن الشكلية. والسبب في ذلك هو أن الهبة تصرف إستثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته الرضائية وفائدته إلا بتمام الشكلية، وهي الرسمية في العقد¹ إذن الهبة في الأصل عقد شكلي، وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم،

¹ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 112

بعد أن أصبحت أغلب العقود رضائية تتم بالإيجاب والقبول، ويرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا، ولدوافع قوية، على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى¹.
أما في الهبة فيتجرد الواهب عن ماله دون مقابل، فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر، وتعيه الشكلية على ذلك، والورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة، وما تستدعيه من علانية، وما تستلزمه من وقت وجهد، قد تؤدي إلى حماية الواهب وأسرته، بل إلى حماية الموهوب له نفسه، فقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلانيتها سبيل للورثة للإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيصرونه بمغبة عمله.
والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه، فالهبة عقد يسهل الطعن فيه، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه.

المطلب الثاني: الشكلية في هبة العقار

يستفاد من نص المادة 206 من ق.أ على أن الهبة في العقار تنعقد بالإيجاب والقبول، ومراعات أحكام قانون التوثيق وتتم بالحياز، ومن أحكام التوثيق ما نصت عليه المواد من 324 مكرر واحد إلى 324 مكرر أربعة، فالشكلية في هبة العقار تعني تسجيل الهبة في عقد رسمي وفق ما نصت عليه أحكام المواد المذكورة وتثبته على يد ضابط عمومي كالموثق، والمقصود بالشكلية المطلوبة في هبة العقار، هو إفراغ رضا المتعاقدين، الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد الموثق المختص بمكتب التوثيق، الذي يتولى تلقي الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له بشأن المال الموهوب في حدود سلطته واختصاصه. وفقا لما توجبه المادة 324 مكرر واحد من ق.م.ج وذلك تحت طائلة البطلان، وإلا كانت الشكلية ناقصة والهبة باطلة، وذلك تنفيذا لما توجبه المادة 324 مكرر واحد حيث تنص على: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

ويجب فضلا عن ذلك أن يتضمن العقد الرسمي جميع عناصر الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من إلتزامات على الموهوب له وأصل ملكية العقار، وطبيعته وحالات ومضمون وحدود العقارات، وأسماء المالكين الأصليين السابقين، وعند الإمكان وصف التحولات المتتالية للملكية، وذلك وفق ما توجبه المادة 324 مكرر أربعة.²

¹ أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 111

² محمد حسنين. مرجع سابق، ص 543

وبناء على ذلك يجب أن يتقدم المتعاقدان لدى مكتب التوثيق الذي يوجد في دائرته العقار الموهوب ليقوم بتوثيق عقد الهبة الذي يريده المتعاقدان، ويجب على الموثق بعد دفع الرسم المستحق من الطرفين المتعاقدين، وقبل إجراء توثيق وتسجيل العقار لديه أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ومن رضائهما، وله أن يطلب إثباتا لأهلية المتعاقدين، تقديم ما يؤيد هذه الأهلية من مستندات كشهادة الميلاد أو مستند آخر.

وإذا تم عقد الهبة وإستوفى جميع الشروط التي أوجبتها المادة 206 من ق.أ و المواد المذكورة سلفا، يصبح عقد الهبة عقدا رسميا وصحيحا نافذا في كافة التراب الوطني¹.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالشكلية والإستثناءات من وجوبها

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالشكلية

إذا إختل شكل الهبة، ولم يستوف الشروط التي بسطتها فيما تقدم، كانت الهبة باطلة لا أثر لها وهذا ما سأتناوله تاليا:

أولا: جزاء البطلان المطلق

تنص الفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة على أن: "إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" فيستفاد من نص هذه المادة ومن نص المادة 324 مكرر واحد من ق.م.ج أنه: "يختل شكل الهبة في العقار إذا لم توثق في عقد رسمي لدى مكتب التوثيق وفقا للقانون على النحو الذي سبق بيانه، أو لم تشهر لدى المحافظة العقارية، أو وثقت وكان العقد باطلا لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية، وكذلك يختل شكل الهبة في المنقول الذي يستلزم إجراءات خاصة إذا لم تستوف في الهبة هذه الإجراءات، ولم يقيم الموهوب له في الوقت ذاته بقبض المنقول وتكون الهبة باطلة".

وجزاء الإختلال هو البطلان المطلق، فإذا إختل شكل الهبة في العقار أو في المنقول على النحو المتقدم، فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا، ولا تنتج أثرا، فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب يستطيع إيهابه كما يريد ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له ولا يستطيع أن يتصرف فيه، ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان، وأن يتمسك به دفعا في دعوى يرفعها عليه الموهوب له.

ثانيا: البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة

ولما كان بطلان الهبة لعيب في الشكل هو بطلانا مطلقا، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لا تصححها الإجازة، وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد فيستوفيا الشكل المطلوب، وعند ذلك تتم الهبة، ولكنها هبة جديدة غير الهبة الباطلة، ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند إبرام العقد الجديد ولا يكفي توافرها عند إبرام العقد القديم.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18/02/1992، تحت رقم 76668

الفرع الثاني: الإستثناءات من وجوب الشكلية في الهبة

سبق أن تبين أن الهبة هي تصرف الواهب في ماله دون عوض، إما بنقل حق عيني للموهوب له، أو بإنشاء إلتزام شخصي في ذمته للموهوب له، فهذه هي الهبة المباشرة وهي التي يجب إفراغها في الشكل الواجب قانونا للهبة.

أما الهبة الغير مباشرة، فلا يلزم أن تستوفي الشكل المذكور، وحتى الهبة المباشرة ذاتها إذا لم تكن مكشوفة لا يجب أن تستوفي الشكل الرسمي إذا تمت تحت ستار عقد آخر، ويتبين من هذا أن الهبة التي يجب أن تستوفي الشكل الرسمي هي الهبة المباشرة المكشوفة، أما الهبة غير المباشرة والهبة المستترة فكلتاهما مستثناءة من وجوب الشكلية، وسأتحدث عن هاتين الهبتين فيما يلي:

أولاً: الهبة غير المباشرة

الهبة غير المباشرة هي الهبة التي تنشأ من أي عقد غير عقد الهبة، من غير أن يكون التبرع الذي تتضمنه مخفياً، والذي يميزها عن الهبات المستترة هو وجود الصورية في الهبات المستترة، أما في الهبات غير المباشرة فتظهر نية الواهب في التبرع ورغبته في الهبة¹، ومن الأمثلة عن الهبة غير المباشرة: التزول عن حق عيني فإنه يعتبر هبة غير مباشرة، والإشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع يعتبر هبة غير مباشرة، وعقود الضمان أيضا تعتبر هبة غير مباشرة...إلخ.

وهناك تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة كالإقرار وعقود المحاباة، ففي الإقرار بالدين يقر الواهب بدين عليه للموهوب له، كذلك عقود المحاباة والتي يرى الأستاذ السنهاوري أنها هبات مستترة لا هبات غير مباشرة، فإذا باع شخص عينا لآخر بثمن بخس، حاباه فيه بقصد التبرع، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثمن المدفوع، وهذه الهبة هي هبة مباشرة لأنه نقلها مباشرة من ذمته إلى ذمة المشتري، ولكنها هبة يسترها عقد البيع، فلا يشترط فيها الرسمية لا لأنها هبة مباشرة، بل لأنها هبة مستترة.

ثانياً: الهبة المستترة

يجب التمييز بين الهبة المستترة وبين الهبة غير المباشرة، فالهبة المستترة هي هبة مباشرة إذ ينقل فيه الواهب إلى الموهوب له حقا عينيا، أو يلتزم بحق شخصي، وهذا أول فرق بين الهبتين، والفرق الثاني بينهما هو أن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت إسم عقد آخر، أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر.

والهبة غير المباشرة أعفيت من الشكل بحكم النظام الخاص الذي يسري عليها، أما الهبة المستترة فهي هبة مباشرة، وكان الواجب أن تخضع لشكل الهبة، ولكن القانون أعفاها من هذا الشكل بنص صريح إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 488 القانون المدني المصري على أن: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم

¹ محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 112

تم تحت ستار عقد آخر"، ويستفاد من هذا النص بأن الهبة التي تتم تحت ستار عقد آخر، أي الهبة المستترة من الشكلية، سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول، ومن ثم تتم هبة المنقول دون حاجة إلى ورقة رسمية ودون حاجة إلى القبض إذا كانت هبة مستترة¹.

ومن الأمثلة على الهبة المستترة هو هبة في صورة عقد وهذا هو المثال الغالب في التعامل، وكذا الهبة المستترة في صورة حوالة الحق، فيجعل صاحب الحق حقه إلى المحال عليه على سبيل التبرع غير أن في الحوالة مقابلاً يستر به الهبة.

ومن ذلك أيضاً الهبة المستترة في صورة قرض، فيكتب الواهب سنداً عليه بمبلغ من النقود يقول إنه تسلمه على سبيل القرض، ويكون في الحقيقة قد إلتزم به على سبيل التبرع. والهبة المستترة هي الأخرى معفاة من الشكلية والعينية، على أنها إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية.

المبحث الخامس: قبض الهبة والوعد بها

المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي والقانون

الفرع الأول: القبض في الهبة في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في القبض، فمنهم من قال أنه شرط لزوم وتمام لا شرط صحة، ومنهم من قال أن القبض شرط لصحة الهبة، وقال آخرون ليس القبض شرط صحة ولزوم. **أولاً: المالكية:** يرون أن الهبة تلزم بالقول على المشهور، فلا يتوقف عندهم ثبوت ملك المال للموهوب على القبض، ولذلك يقولون أن الموهوب له يستطيع أن يجبر الواهب على تسليم المال الموهوب وله أن يقبضه بغير إذن الواهب كالبيع سواء، فإن تأذى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض، بطلت الهبة، وله إذا باع تفصيل فإن علم وتوانى لم يكن له الثمن، وإن قام في الفور كان له الموهوب، فعند مالك القبض من شروط صحة الهبة لا من شروط إنعقادها².

ثانياً: الحنفية: وعندهم أن ملك المال الموهوب لا يثبت بمجرد العقد، بل لا بد من القبض، والهبة عندهم عقد غير لازم، وحجتهم في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة" وهذا معنى لا يثبت الحكم وهو الملك، إذا الجواز ثابت قبل القبض بالإتفاق، والصحابة رضوان الله عليهم إتفقوا على هذا، وذلك لأن هذا العقد تبرع، فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية، وتأثيره أن عقد التبرع ضعيف في نفسه، ولهذا لا تتعلق فيه صفة اللزوم، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف

¹ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 88

² محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 222

ينضم إليه ما يتأيد به، وهو موته في الوصية، ويوضح ذلك أن له في ماله ملك العين وهو اليد، ولو أثنينا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب على الواهب تسليمه إليه، وذلك بخلاف موضوع التبرع، بخلاف المعاوضات. وهكذا يتبين أن القبض عندهم شرط للزوم الهبة، والقبض لا يكون إلا بإذن الواهب، فإذا مات الموهوب له قام ورثته مقامه في القبض، فإذا جن أو حجر عليه لسفه قام وليه مقامه، وإذا مات الواهب قام ورثته مقامه، فإن شاءوا أقبضوا الموهوب للموهب له، وبملكه من وقت القبض، وقيد من وقت العقد وبعد القبض يصبح عقد الهبة لازماً فلا يصح الرجوع فيه إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك.

ثالثاً: الحنابلة: قالت في أرجح الروايتين عن أحمد: القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون لإجماع الصحابة على ذلك، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم، بدليل قول ابن قدامة: إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة أو الهبة إلا باقبض، فالواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبض الموهوب له الشيء الموهوب وأمضى العقد، وإن شاء رجع فيما وهب، وليس للموهوب له أن يقبض الشيء الموهوب إلا بإذن صريح من الواهب، سواء أكان ذلك في المجلس أم في غيره، ولا يكفي بالإذن دلالة، وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة، سواء أكان ذلك قبل الإذن بالقبض أم بعده، وكذلك إذا مات الموهوب له بعد قبوله فإن ورثته يقومون مقامه في طلب قبض الهبة.

وأما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه، بما روي علي بن مسعود رضي الله عنهما قالاً: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أم لم تقبض"¹.

رابعاً: الشافعية: فعندهم أن الهبة عقد غير لازم أي أن الملكية لا تثبت فيه إلا بالقبض، والقبض لا يكون إلا بإذن الواهب.

فهم كالحنفية لأن القبض لسبب نقل الملك فلا يجوز من غير رضا المالك، فإن مات الموهوب له أو جن أو أغمي عليه أو حجر عليه لسفه، قام وارثه مقامه — في صورت الموت — فإن شاء قبض وإن شاء لم يقبض، وقبل أن الهبة تبطل بموته، لكن الأول هو المعتمد ويقوم ولي المجنون والسفيه مقامهما في القبض، ولا ولي على المغمى عليه إلا إذا يأس من زواله فهو كالمجنون، وإذا مات الواهب فلورثته الخيار في إقباض الهبة للموهوب له، ومتى تقبض الهبة صحيحاً ملك الموهوب له الشيء الموهوب ملكاً لازماً، ولا يستثنى من ذلك إلا هبة الوالد أو الأم أو الجد الذين لهم حق الاعتصار².

الفرع الثاني: قبض الهبة في القانون

نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أن: "الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج5، ص 120

² الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية (التزام التبرعات)، مجلة القانون، سنة 1960، ص 612

ويستفاد من هذه المادة أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات التي من طبيعتها تتطلب إجراءات خاصة.

فالقبض في العقار يكون بتسليمه وذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له لأن يتخلى الواهب عنه إلى الموهوب له فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها وأن يخرج منها أثاثه وكل الأمتعة التي فيها، وأن يسلم مفاتيحها إلى الموهوب له¹ وإن كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يخرج منها وان يتركها ويأخذ كل ماله منها، سواء من حيوانات أو الآلات أو عتاد فلاحي، ثم يمكن الواهب الموهوب له من الإستيلاء على العقار المذكور حتى يتمكن من الدخول فيه وإستغلاله من دون أي تعرض كان، وبهذا يتم القبض في العقار وتصيح الهبة تامة وفق ما تقضي به المادة 206 من ق.أ المذكورة أعلاه والتوثيق والتسجيل لا يكفيان في القبض، بل لا بد من إتمام القبض والحيازة مجتمعين ولا يغني القبض عن الرسمية كما لا تغني الرسمية عن القبض، فهما شيئان متلازمان يشكلان مجتمعين تمام الهبة وإلا فلا تعتبر الهبة تامة إذا تخلف أحدهما.

المطلب الثاني: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي و القانون

عرف الدكتور محمود جمال الدين زكي الوعد بالهبة بأنه: "إتفاق يلتزم أحد طرفيه نهائيا بمقتضاه إزاء الطرف الآخر بأن يبرم معه عقدا معينا حدد معا عناصره الأساسية إذا أفصح هذا الأخير خلال مدة معينة عن إرادته في إبرامه².

ويبدو أن هذا التعريف ينسجم مع نص المادة 71 من ق.م.ج ماعدا شرط الرسمية الذي جاءت به المادة 71 لإتمام عقد الوعد بالهبة، وهي مطابقة للمادة 101 من القانون المدني الجزائري.

وعلى هذا فالوعد بالهبة هو عقد كامل يتم بإيجاب وقبول على تصرف يقع مستقبلا، شأنه في ذلك شأن أي وعد بالتعاقد، بيد أنه لا يعدو أن يكون عقدا تمهيديا وخطوة تؤدي إلى تمام عقد الهبة النهائي عند إظهار رغبة الموعود له في ذلك، وغالبا ما يلجأ إليه في حالة عدم رغبة الواهب أو الموهوب له في إبرام عقد الهبة النهائي في إنحلال، ولكنهما يريدان إبرامه خلال مدة معينة³.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعالج الوعد بالهبة في قانون الأسرة، ولم يأت بنص يخصه كما فعل القانون المدني المصري، وإنما نص على الوعد كقاعدة عامة بالنسبة إلى سائر العقود في المادتين 71 و72 من القانون المدني، بينما أفرده القانون المدني المصري بنص خاص في المادة 490 التي جاء فيها: "الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية" ويقابل هذا النص من ق.م.س.م. 458، ولذا فإن الأمر يتطلب التعرض إلى أحكام الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري.

¹ قرارات صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/01/11، تحت رقم 25554

² محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 51

³ جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 72

الفرع الأول: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في لزوم الوعد للواعد بصفة عامة، وبالنسبة إلى سائر العقود إلى أربعة أقوال:

1 — القول الأول: وهو المشهور منها، يرى أن الموعود له إذا دخل بسبب الوعد في فعل الشيء إقتضاه إتفاقا قضى على الواعد بها، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر إني أريد ان اهدم داري أو أن أبنها أو ان أسافر وليس عندي ما يمكنني من ذلك ويقول له صاحبه أفعل وأنا أقرضك أو أعطيك كذا، فإنه يلزمه الوفاء بما وعد إذا دخل في الفعل بناء على ذلك وهذا القول قول الإمام مالك وابن قاسم وإختره الإمام سحنون.

2 — القول الثاني: قال أصبغ يقضي الوعد إذا كان على سبب وإن لم يدخل فيه فعلا وإلا فلا، وهو رأي عمر بن عبد العزيز قضى به.

3 — القول الثالث: يرى أنه لا يفي بالوعد مطلقا على أي حال لأنه تفضل وإحسان وإن أمر باوفاء به ديانة، وهذا هو مذهب الحنفية و الشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين.

4 — القول الرابع: وهو لبعض الفقهاء، وهم يرون القضاء به مطلقا، وإلى هذا ذهب عبد الله ابن شبرمة فقال: الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر عليه، واستدل بقوله تعالى: "كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون" ومما روي عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتة يدعها، ثم ذكر منها، وإذا وعد خلف"، وهكذا يتضح من أقوال الفقهاء المسلمين أنه يمكن القول بأن الوعد من جانب واحد ملزم للواعد مع بعض القيود البسيطة، كما يلاحظ من أقوالهم، ويجب القضاء به، وعند البعض الآخر أن الوفاء به من مكارم الأخلاق، وإن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به.

وقد أورد صاحب إتزام التبرعات عددا من الأمثلة على لزوم الوفاء بالوعد في التبرعات، من ذلك قوله كل من كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة وما أشبه ذلك في الوجوه المعروفة بين الناس في إحتسابهم وحسن معاشرتهم فإن صاحبها لا يرجع فيها، وإن خاصمه المتصدق بما عليه أو الموهوب له أو الموقوف عليه قضى له بما إذا كان معينا، أما إذا كان غير معين كالفقراء والمساكين، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أن المتزم له، وقيل يجبره السلطان على إخراجه، والقولان في المدول، ولكن المشهور هو الأول وعليه الإعتقاد، قالو وإنما يؤمر به ولا يقضي عليه به، لأنه لا أجر له على معروفة إذا قضى عليه به، ومن الأمثلة على ذلك أيضا قول الرجل لزوجته إن ولدت غلاما فلك كذا فولدت غلاما لزمه ما التزم به لها وقضى عليه به ما لم يمت أو يفلس... إلخ .

الفرع الثاني: الوعد بالهبة في القانون المدني الجزائري

لقد نصت المادة 71 على الوعد بما يلي: "الإتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

ويستفاد من نص هذه المادة أنه يشترط في الوعد من جانب واحد، أن يكون الواعد أهلا للتعاقد على العقد الموعود به، سواء كان عقد معاوضة، أو عقد هبة، ويكون وعده صحيحا ولو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي، بشرط ألا تزيد إلتزاماته عما كانت عليه عند الوعد، كما يشترط أن تخلو إرادة الواعد من عيوب الرضا عند صدور الوعد، أما الموعود له من جانب واحد فلا تشترط فيه الأهلية إلا عند إعلان رغبته في إبرام العقد الموعود به، ويكفي أن يكون مميزا عند صدور الوعد له.

وبالنسبة لعقد الهبة الموعود بإبرامه يجب تحديد المدة التي يتعين فيها إبرام عقد الهبة النهائي في الوعد بالهبة، سواء كان تحديد هذه المدة صراحة كالإتفاق على أنها سنة أو سنتان مثلا، أو ضمنا إذا أمكن إستخلاص ذلك من ظروف التعاقد بدلالة لا تترك مجالا للشك في تحديد المدة، لأن تحديدها واجب حتمي.

كما انه يشترط لقيام الوعد، أن يكون شكليا إذا كان العقد المراد إبرامه عقدا شكليا طبقا للفقرة الثانية من المادة 71، سواء كان عقد معاوضة أو عقد هبة، واشترط الشكل في الوعد ضروري لأنه إذا لم يشترط استطاع الطرفان أن يتفقا على إبرام عقد رسمي بمجرد الوعد، وعلى ان يرفع أحدهما دعوى بصحة التعاقد، ومتى صدر حكم فيها، قام العقد النهائي، ونقل ملكية العقار بمجرد تسجيله، وتغرب الطرفان هكذا من الشكل الرسمي المطلوب في بيع العقار أو هبته طبقا للمادة 324 مكرر واحد من ق.م.ج.

ومن ثم يجب مراعاة الرسمية في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام الهبة، إذا كان عقارا أو منقولاً يتطلب إجراءات خاصة، أما الوعد بالهبة في المنقول اليدوي فيفهم من نص المادة المذكورة أنها لا تشترط فيه الرسمية، وعلى هذا تكفي فيه الكتابة العرفية كما لا تمنع فيه الرسمية إن سجل بها.

أما القانون المصري فنصح صراحة على وجوب الرسمية في الوعد بالهبة سواء تناول عقارا أو منقولاً، المادة 490 من القانون المدني المصري.

خلاصة الفصل الثاني:

نستخلص مما سبق ذكره بأن عقد الهبة شأنه شأن العقود الرضائية الأخرى والتي يستلزم لقيامها أو إنشائها توافر أركان ثلاثة وهي: الرضاء والمحل والسبب.

فعقد الهبة عقد رسمي أوجبه القانون توفر ركن الرسمية و الشكلية، الركن الرابع لإنعقاده، بالإضافة إلى هذا الشرط يجب أن تتوفر الحيازة أو القبض.

وهكذا فالشروط المطلوبة في عقد الهبة هي شروط الإنعقاد وهي ما سميت بالأركان، أما شروط الصحة تفترض عقدا موجودا لكنه غير صحيح بصفة نهائية ولا يصح إلا بتوافرها.

ويترتب على عدم توفر شروط الإنعقاد بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما العقد الذي ينقصه شرط من شروط الصحة فلا يكون باطلا وإنما يكون قابل للإبطال، وشروط الإنعقاد العامة التي يجب أن تتوفر في كل العقود سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرع هي ما يعبر عنه بأركان العقد وهي الرضاء والمحل والسبب.

وبما أن عقد الهبة في القانون من العقود الرسمية فيجب أن يتوفر فيه ركن آخر وهو الشكلية أي أن يكون محررا بعقد رسمي من قبل الموثق ويجب أن تتوفر فيه شروط الصحة والمتمثلة في الأهلية وأن لا يكون العقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء، بالإضافة إلى توفر الحيازة أو القبض.

الفصل الثالث

أحكام عقد هبة العقار

تمهيد الفصل الثالث:

بعد تطرقنا إلى كل من مفهوم عقد الهبة في العقار، والأركان التي تقوم بها، سأقوم في هذا الفصل الثاني بتناول أحكام عقد الهبة في العقار.

فإن عقاد الهبة يحدث آثارا قانونية ذات أهمية بالغة، فإذا إستوفت شروطها وأركانها على أتم وجه، وكانت صحيحة وسليمة، فإنها تنشئ إلتزامات على الواهب إذا كانت بلا عوض، بإعتبارها عقد ملزم لجانب واحد، وقد تنشئ إلتزامات على عاتق الموهوب له إذا كانت هبة بعوض، لأنها تنشئ إلتزامات على عاتق كل من الواهب والموهوب له بإعتبار أن العوض في الهبة يحولها من عقد ملزم لجانب واحد إلى عقد ملزم لجانبين.

فقد الهبة يعد تصرفا خطيرا بحيث يفقر الواهب من ماله وملكه، في حين أنه يغني الموهوب له، ولهذا فقد أجاز المشرع الرجوع في الهبة وهذا في حالات إستثنائية، قد تتعرض إلى موانع وتصرفات تعيق رجوعها، وهذا ما سأتناوله تاليا وفق المباحث التالية:

المبحث الأول: الآثار التي تترتب على عقد الهبة

المبحث الثاني: الرجوع في عقد الهبة

المبحث الثالث: موانع الرجوع في الهبة

المبحث الأول: الآثار التي تترتب على عقد الهبة

الأصل في عقد الهبة كما ذكرت سابقا أنها عقد ملزم لجانب واحد، وهو جانب الواهب في حال كانت بلا عوض، ولكن إذا اشترط الواهب عوضا لهبته على الوجه الذي يبناه فيما تقدم، كانت الهبة ملزمة للجانبين ووجدت إلتزامات مقابلة في جانب الموهوب له.

ومن هنا سأطرق إلى إلتزامات الواهب في المطلب الأول، وإلتزامات الموهوب له في مطلب ثاني.

المطلب الأول: إلتزامات الواهب

إلتزامات الواهب، كإلتزامات البائع وهي أربعة: الإلتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب، والإلتزام بتسليم الشيء الموهوب، ضمان التعرض والإستحقاق، ضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول : الإلتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب :

نصت المادة 202 من قانون الأسرة على أن: (الهبة تملك بلا عوض) فيستفاد من هذا النص أن الهبة إذا انعقدت مستوفية الأركان والشروط وفق ما تقضي به المادة 206 من نفس القانون تنشئ التزاما على عاتق الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، سواء كان الشيء الموهوب منقولاً أو عقاراً، فعقد الهبة ينشئ التزاما في ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له، وهذا الإلتزام ينفذ فوراً بحكم القانون في الشيء المعين بالذات الذي يملكه الواهب، مع مراعاة قواعد التسجيل المنصوص عليها في المادة 206 من قانون الأسرة والمادة 324 مكرر واحد من القانون المدني، ويلتزم الواهب بأن يقوم بكل ما من شأنه أن يسهل نقل الملكية، كتقديم العقود والشهادات اللازمة والمعلومات الضرورية للتسجيل، والكف عن أي عمل يعوق نقل الملكية، فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشيء الموهوب إلا في الحالة التي يجوز له فيها الرجوع في الهبة، و يتضمن الإلتزام بنقل ملكية الموهوب الإلتزام بالمحافظة عليه والإلتزام بتسليمه في حالة ما إذا لم يتم التسليم الفعلي للشيء الموهوب¹.

ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في الموهوب، وأن تكون له ثمار الموهوب وإنما من وقت تمام الهبة، وإذا أفلس الواهب بعد الهبة جاز للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزاحمه دائنو الواهب، وتنتقل الملكية لا في حق المتعاقدين وحدهما، بل وكذلك في حق الورثة والدائنين، إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر الذي أحاط الدين بماله أضرار بدائنيه، فإن لهم الحق في الطعن في الهبة بالدعوى البولصية، بشرط أن يكون الموهوب له عالماً بإعسار المدين إذا كانت الهبة بعوض فتصبح غير نافذة في حقهم، أما إذا كانت الهبة تبرعاً فلا يشترط علم الموهوب له ما عدا الواهب وفقاً لقواعد المقررة في الدعوى البولصية وبمقتضى القواعد العامة² ومن هنا سأبين كيفية نقل الشيء الموهوب إذا كان عقاراً.

¹ محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 242

² أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص 141

كيفية نقل الشيء الموهوب إذا كان عقار :

إذا كان الشيء الموهوب عقارا وتمت الهبة مستوفية الأركان والشروط، فإن ملكية العقار الموهوب، سواء في حق الغير أو ما بين المتعاقدين، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة لدى الموثق وإشهاره لدى المحافظة العقارية، وإلا يعتبر عقد الهبة باطلا، ذلك أن نص كل من المادتين 206 من قانون الأسرة و324 مكرر واحد مدني يوجب تحت طائلة البطلان تسجيل عقد الهبة الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وبجانب ذلك تتطلب المادتان 15 و 16 من قانون التسجيل العقاري التي أحالت إليهما المادة 165 من ق.م.ج ما يلي : "إن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري" وبجانب ذلك فلا بد من الحيابة لأن الهبة في القانون الجزائري عقد رسمي وعيني في العقار والمنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة¹.

وفي القانون المقارن نجد التشريع المصري ينص على أن القواعد العامة هي التي تسري بشأن التزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب، فعقد الهبة في هذا التشريع طبقا لنص المادة 488 ق.م.م هو الآخر ينشئ التزاما في ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب له، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون في الشيء المعين بالذات الذي يملكه الواهب، مع مراعاة التسجيل في العقار وفقا للمادتين (204 و 932) ويتضمن الالتزام بالمحافظة على الشيء الموهوب والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له ويترتب على ذلك أن يكون للموهوب له حق التصرف في الموهوب قبل قبضه، ويستوي في ذلك العقار و المنقول إذا لم تكن الهبة يدوية، أما إذا كانت يدوية أي بالتقايض فتتم بالقبض الحقيقي الكامل .

وهبة العقار لا تنتقل الملكية فيه إلا بتسجيل عقد الهبة، وقد نصت على ذلك المادة 934 من القانون المدني المصري التي تقول: "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبنية في قانون تنظيم الشهر العقاري... إلخ، ويلاحظ في التشريع المصري أن الهبة غير المسجلة تبقى هبة فتنسج جميع آثارها ماعدا نقل الملكية بالفعل، ويترتب على ذلك أن الهبة غير المسجلة تنشئ التزامات في جانب الواهب بنقل ملكية الموهوب، وإلى جانب هذا الالتزام تنشئ جميع الالتزامات الأخرى التي ينشئها عقد الهبة في جانب كل من الواهب والموهوب له، فيلتزم الواهب بموجب عقد الهبة غير المسجل بتسليم العقار للموهوب له، ويضمن له الواهب التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية على الوجه الذي يضمن به كل ذلك في الهبة بعد تسجيلها².

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 525

² أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 141

وهذا يلاحظ أن هبة العقار إذا انعقدت اختيار تصيح صحيحة رغم أن الشكل الرسمي هو من النظام العام وأن جزاء تخلفه هو البطلان المطلق، فإن المادة 489 من القانون المدني المصري تنص على مايلي : "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" ويتضح من هذا النص أن الهبة تنعقد وتكون صحيحة ولو لم تتم في الشكل الرسمي إذا توافرت الشروط التالية :

1 — يجب أن يكون هناك عقد هبة توفرت جميع الشروط الموضوعية لإنعقاده وصحته

2 — أن يكون هناك تنفيذ إختياري لهذه الهبة من جانب الواهب أو ورثته بعد وفاته

3 — أن يتم هذا التنفيذ الإختياري بتسليم الشيء موضوع الهبة

يقول الدكتور اكثم الخولي إن التقنين المصري استمد هذه المادة من التقنين الألماني والبولوني¹ وفي التشريع اللبناني، القاعدة العامة المتبعة بعد إنشاء السجل العقاري هي أن العقود على العقار أو الحق العيني لا يترتب عليها مفعول بين المتعاقدين أو الغير إلا بتقييدها في السجل العقاري².

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء الموهوب:

إذا لم يكن الواهب قد سلم الشيء الموهوب إلى الموهوب له إذا كانت الهبة هبة عقار، أو هبة منقول يتطلب إجراءات خاصة فإنها لا تتم إلا بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له .

وهكذا فإن كان الموهوب عقارا فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون أولا بتخلية الواهب إياه، فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها و أن يخرج ما له من أثاث وأمتعة فيها وتسليم مفاتيحها، وإن كان أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ما له من حيوانات و آلات ونحو ذلك ثم يمكن الواهب الموهوب له منها ومن الاستيلاء على الموهوب، ويقع كثيرا أن يكون مجرد إخلاء العقار منظويا في الوقت ذاته على تمكين الواهب من الاستيلاء على الموهوب، ولكن قد يقتضي الأمر أن يسلم الواهب مفاتيح الدار إلى الموهوب له حتى يتمكن من دخولها³ وبهذا تعتبر هبة العقار هبة تامة وفق ما تنص عليه المادة 206 التي تقتضي بأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وهكذا يتبين أن هبة العقار لا تنعقد إلا بتوفر الإيجاب و القبول والتسجيل لدى الموثق ولدى المحافظة العقارية، ولا تتم إلا بالحيازة والتسليم، وبالطريقة والكيفية المبينة أعلاه ولا يغني التوثيق والتسجيل عن الحيازة، أي لا يغني أحدهما عن الآخر، هذا ما يفهم من عبارات المادة 206 المبينة آنفا، ولكن كان على المشرع الجزائري ألا يشترط الحيازة لتمام الهبة لأن التسجيل يغني عن الحيازة، وهذا ما جرت عليه التشريعات العربية والأجنبية، فينبغي عليه أن يتدارك هذا النقص وأن يزيل هذه العرقلة التي يمكن أن تكون

¹ زهدي يكن، مرجع سابق، ص 87

² محمد حسنين، مرجع سابق، ص 524

³ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 149 — 150

عائقا في إبرام عقد الهبة، اللهم إلا إذا كان يريد الإقلال من الهبة، وهذا مستبعد لأنه يناقض موقفه تجاه المصدر المستمدة منه الهبة، ويلاحظ أنه ليس هناك فرق بين القانون الجزائري و المصري في أن الشكلية ركن من هبة العقار على الخصوص .

وبجانب ذلك يلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالملحقات التي تتبعه فتلحق بالموهوب الأوراق والمستندات المتعلقة به كمستندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري على الموهوب له، وصورة المستندات التي يستقيها الواهب لتضمنها حقوقا أخرى غير حقوق الموهوب له ويلحق بالموهوب حقوق الارتفاق التي تكون له، وإذا كان الموهوب متزلا ألحقت به الأشياء المثبتة فيه ولا تدخل في الملحقات التي يمكن فصلها دون تلف .

هذا فيما يتعلق بتسليم الشيء الموهوب إذا كان عقارا، أما إذا كان الشيء الموهوب منقولاً يتطلب إجراءات خاصة فإن الهبة فيه لا تنعقد ولا تتم هي الأخرى إلا باستيفاء الإجراءات الخاصة، سواء كانت هذه الإجراءات تتم أمام الموثق أو أمام الإدارة المختصة فإن الهبة يجب لكي تصح وتتم من ضرورة استيفاء هذه الإجراءات مع تسليم الشيء المنقول إلى الموهوب له حيازته له حيازة تامة، وفق ما توجبه المادة 206 من قانون الأسرة، أما المنقول الذي لا يتطلب إجراءات خاصة فإن هبته تتم بالحيازة والقبض، أي بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب، ووضعه تحت يد الواهب وتمكينه منه من دون أي تعرض، ويلاحظ أن الشكل يعتبر ركنا جوهريا في كلا القانونين الجزائري و المصري ومطلوبا للانعقاد، ونص المادة 493 م.م خاص بالأشياء التي لم تسلم بعد، وهي مقابلة للمادة 210 من قانون الأسرة .

الفرع الثالث : الالتزامات بضمان التعرض والاستحقاق :

إن هذا الالتزام يفرض على الواهب أن يمتنع عن كل عمل من شأنه التعرض للموهوب له، كإتلاف الشيء الموهوب أو التصرف فيه لمصلحة شخص آخر، أو قبض قيمة الدين الذي يتزل عنه إلى الموهوب له... الخ وهذا يخص كل تعرض صادر عنه ما لم يكن حق الرجوع في الهبة في الأحوال التي يجيزها له القانون، كما أن عليه أن يضمن التعرض الصادر عن الغير، إلا أن المشرع الجزائري لم يعالج هذا النوع من الالتزام في قانون الأسرة وسكت عنه فلم يبق إلا الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الذي يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام هذه الشريعة الغراء نجد أنها تقضي دائما بأن لا ضمان على الواهب في حالة الاستحقاق إلا إذا كان تحت شرط خاص، أو اتفاق، أو كان الاستحقاق راجعا إلى فعل الواهب مثلها في هذا مثل البيع ابتداء فتسري عليها من أحكام الضمان ما يسري على البيع، وبالرجوع إلى القضاء المصري نجد حكم محكمة الإسكندرية قضى بأنه: "لا معدى من الرجوع إلى الشريعة الغراء في أحكام الهبة باعتبارها من المسائل التي أسسها ونظمها الشرع وقصر القانون المدني عن الإحاطة بكل أسبابها، وتقتضي أحكام الشرع بأن الواهب لا يضمن للموهوب له التعرض الحاصل من فعل الغير، والاستحقاق المترتب عليه،

فإذا استحق الشيء الموهوب لمالكه الحقيقي فليس للموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب، ويترتب على ذلك انه إذا كان العقد السائر للهبة هو بيع واستحق العقار الموهوب للغير فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بالثمن المسمى في عقد البيع المذكور" وفي التشريع المقارن نجد المادة 494 مدي مصري تنص على أنه :

- 1- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه له الموهوب له من عوض ، كل هذا ما لم يتفق على غيره.
- 2- وإذا استحق الشيء الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى ويقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى النصوص الآتية: في التقنين المدني السوري المادة 462 وفي الليي المادة 483 وفي التقنين العراقي، المادتين 614-115 ، وفي تقنين اللبناني الموجبات والعقود المادة 522.
- 3- ويتبين من ذلك كله أن الواهب لا يضمن إلا في حالتين: " الأولى في حالة ما إذا كان تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان يخفي مستندا يبين حق الغير في الموهوب أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب، وحتى في هذه الحالة لا يزال يدخل في الاعتبار فلا يعامل طبقا للقواعد العامة ، بحيث يكون مسؤولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، بناء على تعمده إخفاء سبب الاستحقاق، بل يقتصر القاضي على أن يقدر للموهوب له تعويضا عادلا يحدده بحسب الظروف ويعوضه بوجه خاص عما تحمله من خسارة بسبب الإخفاء¹.

الفرع الرابع : الالتزام بضمان العيوب الخفية :

لم يتعرض قانون الأسرة للالتزام بضمان العيوب الخفية وسكت عنها فلا بد من الرجوع إلى الأحكام الموضوعية في الفقه الإسلامي وفق ما أحالت عليه المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكامها نجد أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية، غير أن المشرع المصري ينص في المادة 495 من ق.م.بألا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب كان ملتزما بتعويض الموهوب عن الضرر الذي يسببه العيب، ويكون كذلك ملزما إن كانت الهبة بعوض، على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض، ولم يورد المشرع الجزائري نصا مماثلا فيكون الأصل هو أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية، غير أنه في حالة الهبة بعوض تطبق أحكام الشريعة وبالأخص الفقه المالكي الذي جرى العمل به و أخذ قانون الأسرة أغلب أحكامه منه وهو يطبق على الهبة أحكام البيع في هذه الحالة² فجاء في المدونة الكبرى للأمام مالك ما يلي: "قالت إن وهبت هبة للثواب، وأخذت العوض فأهاب الموهوب له بالهبة عينا إلى

¹ محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 145 - 146

² نفس المرجع

أن يرجع في عوضه ويرد الهبة قال نعم الهبة على العوض يبيع من البيوع يصنع فيها ما يصنع بالبيع، قلت وهذا قول مالك نعم الهبة على العوض في قول مالك مثل البيوع محمل واحد، وإلا أن الهبة على العوض إن لم تتغير بنماء ولا نقصان، وكانت على حالها فالذي وهبها أن يأخذها إلا أن يشبه، ولا يلزم الذي قبلها الثواب على ما يجب أن يكره، وقال مالك ولو أتا به الموهوب له بما يعلم أنه ثمن لتلك الهبة أجبر الواهب على أخذ ذلك على ما أحب أو كره، ولو أتا به بما يعلم أنه ليس ذلك للهبة بثمن ثم قام صاحب الهبة بطلبه بعد ذلك قال أرى أنه يحلف بالله لا اله إلا هو ما قبل ذلك إلا انتظارا لتمام ثواب الهبة، فإذا حلف كان له أن يأخذ الثواب من الموهوب له، وإن أبي أن يحلف رد الهبة وأخذ عوضه إن كانت هبة تتغير قال وكذلك قال مالك .

ونفس الحكم نجده في الفقه الحنفي، ففي هذا الفقه الجليل تجدهم يقولون أن العوض في الهبة نوعان، نوع مشروط في العقد وهو متأخر عن العقد، ونوع ثاني يتمثل في تطبيق إلتزام بتعويض الضرر الذي يتسبب عن عدم نقل الحق أو نقله معيبا.

المطلب الثاني : إلتزامات الموهوب له:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يرفض أي التزم على الموهوب له، ويبدو أن ذلك راجع إلى الأصل في الهبة أنها تبرع محض، ولذا فلا التزم على الموهوب له بأي شيء ما دام عقد الهبة عقدا ملزما لجانب واحد، ولكن مع ذلك فقد يتفق كل من الواهب والموهوب له على أن يلتزم الموهوب له بنفقات عقد الهبة ونفقات التسليم، وإذا لم يتفق الطرفان على ذلك، فيمكن أن يلزم الموهوب له بتحمل تلك النفقات على غرار ما يلتزم به المشتري قياسا على البيع وفقا لما تقضي به المادتان 393-395 من ق.م.

ويلاحظ غالبا من الناحية العملية أن تتجه إرادة الطرفين إلى إبقاء نفقات الهبة أو بمقابل من الإلتزامات أو شروط تفرض على الموهوب، ففي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بأداء هذا العوض أو المقابل¹ ومن ذلك يتبين أن التزامات الموهوب له المحتملة التزاما، التزم بأداء العوض أو المقابل، بنفقات الهبة، ولذلك سنتعرض لكل التزم على حدة في مطلب مستقل.

الفرع الأول: الإلتزام بأداء العوض:

يكون الإلتزام بأداء العوض في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له أن يلتزم بتقديم عوض مقابل المال الموهوب، ومثال ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه: " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط، ويستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له هذا الشرط، وقد يكون العوض المشترط لمصلحة الواهب، أو لمصلحة الغير، أو للمصلحة العامة، على أن يكون

¹ أكنم الخولي، مرجع سابق، ص 155

العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة¹ وورد النص على ذلك في القانون المقارن وعلى الخصوص في التقنين المدني المصري، والسوري، والليبي والعراقي².

فنصت المادة 497 من القانون المدني المصري على ما يأتي: " يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة "

ويقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى، في التقنين المدني السوري وفي الليبي المادتان 486 و 487 وفي المدني العراقي المادتين 465 و 466

ولا مقابل لهذا في التقنين اللبناني إلا أن المبدأ هو أن الموهوب له لا يلتزم بشيء، ومع هذا فإن نفقات الهبة تقع عليه فيلزم بتنفيذ التكاليف إذا كانت الهبة محملة بتكليف.

وكذلك نفقات تسليم الموهوب فهي على الموهوب له ويقابل النص المذكور المادة 572 من القانون الأردني

أولاً: جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض :

سبق أن تحدثت عن أن المشرع الجزائري أجاز للواهب بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 202 أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتعهد بالوفاء به، فمثلاً إذا اشترط الواهب على الموهوب له، عوضاً عما وهبه لمصلحته، ولنفرض هذا العوض يتمثل في أن الموهوب له قبل أن يدفع ديوناً على الواهب مقابل الهبة، وامتنع الموهوب له عن أداء ما التزم به من عوض، فما هو الجزاء الذي يمكن أن يوقع على الموهوب له، لعدم القيام بتنفيذ التزامه؟ هل المطالبة بالتنفيذ العيني أو القيام بطلب فسخ الهبة؟ بالرجوع إلى قانون الأسرة للجواب على ذلك، نجد أنه ساكتاً عن الإخلال بالجزاء، وما يترتب عليه... ولعدم النص على ذلك يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لمعالجة هذا الموضوع، وذلك وفقاً لما تقضي به المادة 164 من القانون المدني، وطبقاً للقواعد العامة بهذا الشأن، وبناءً على ذلك فالواهب له حق المطالبة بالتنفيذ العيني ومن بعده ورثته سواء كان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو لمصلحة عامة لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين يرد عليه الفسخ طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ولكن يستطيع الموهوب له الوفاء بالعوض عينا إذا كان ممكناً، وللأجنبي كذلك أن يطالب بالتنفيذ وفقاً لأحكام لا اشتراط لمصلحة الغير، لأنه هو المستفيد وله حق مباشر، أما المصلحة العامة فيمثلها الواهب طول حياته وهو الذي ينوب عنها في المطالبة بالتنفيذ، فإن ماتت تولت السلطة المختصة بذلك، ولها أن تطالب بذلك تبعاً له وله كذلك حق المطالبة بفسخ الهبة وحده دون غيره.

أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ، وللواهب أن يطالب بالفسخ هو وورثته من بعده إذا كان العوض لمصلحته، وله هو دون ورثته، هذا الحق إذا كان العوض لمصلحة عامة، لأن الورثة سوف يؤثران غالباً ومصالحتهما في هذه الحالة.

¹ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 167

² أكثم الخولي، مرجع سابق، ص 106

أما إذا تمخض العوض لمصلحة أجنبي فلا يجوز للواهب المطالبة بفسخ عقد الهبة ولا يبقى إلا التنفيذ بطلب الواهب أو الأجنبي.

وإذا كان العوض وفاء لديون الواهب إذا قد يشترط الواهب عوضاً وفاء ديونه، فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة انصرف إلى الديون التي كانت موجودة وقت الهبة لا إلى التي وجدت بعد ذلك، وإذا كانت العيون الموهوبة مثقلة بحق عيني أو رهن رسمي أو بحق اختصاص أو برهن حيازي أو بحق امتياز ضمانا لدين في ذمة الواهب، أو في ذمة شخص آخر، فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك فإذا وفي الموهوب له الدين، وكان في ذمة شخص آخر غير الواهب، رجع المدين الأصلي بما وفاه كما كان يرجع الواهب .

وفي ذلك تقول المادة 499 من القانون المدني المصري الجديد:

1_ " إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، هذا ما لم يتفق على غيره

2_ "وإذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب، أو في ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك¹.

ويلاحظ أن هذا هو مقتضى القواعد العامة في القانون المدني، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 497 والمادة 499 من القانون المدني، وكذلك المادة 465 والمادة 467 من القانون المدني السوري، والمادة 418 والمادة 419 من القانون المدني العراقي.

كما جاء في المادة 523 من التقنين اللبناني: "إذا كانت الهبة مقيدة بشرط إيفاء ديون الواهب فلا يدخل هذا الشرط إلى الديون التي عقدت قبل الهبة، ما لم ينص على العكس".

الفرع الثاني : الالتزام بنفقات الهبة :

الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له وذلك باعتبار ألا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة ونفقات التسليم، وذلك تفسير للهبة في أضيق حدودها، ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون هذه النفقات على الواهب، ولكن الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً أن يتحمل هذه النفقات حتى ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصاً من كل تكليف ومن أية نفقة أو مصروفات، ولذلك يجوز الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد ونفقات تسليم المال الموهوب .

ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة¹ ويلاحظ أن قانون الأسرة لم يعالج الالتزام بنفقات الهبة ولا مصروفات نقل المال الموهوب إلى الموهوب له وبالنسبة للمشروع التمهيدي المدني

¹ محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 156 – 157

المصري فإنه كان يتضمن نصا بالمادة 678 منه جاء فيه: "نفقات الهبة على الموهوب له ويدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم (الدمغة) والتسجيل وما يصرف في تسليم الشيء الموهوب ونقله، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف" فرأت لجنة مراجعة المشروع حذف النص لأنه مستفاد من القواعد العامة".

وقد نقل القانون العراقي هذا النص في المادة 617 منه التي جاء فيها: "نفقات الهبة على الموهوب له ويدخل ذلك في مصروفات العقد والرسوم وما يصرف في تسليم الموهوب وتسليمه، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف" وبالنسبة للجزائر تطبق القواعد العامة قياسا على البيع، لأنها مسألة إجرائية، ولا تمس موضوع الهبة الذي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد الهبة

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على عدة معان منها: الإنصراف، والرد، والعودة، والترك² وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: "زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانونا"³.

ومن هنا سأتطرق إلى الرجوع في عقد الهبة عبر مطلبين يمثل الأول في الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري، أما المطلب الثاني فسأتحدث عن الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية وهذا تاليا:

المطلب الأول: الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد قانون الأسرة ينص على أن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم بمجرد القول على المشهور، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، وفي حدود ما أورده المادة 211 من قانون الأسرة التي تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدها مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

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 ببيعه أو تبرع به أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

وجاءت المادة 212 بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة، تأكيدا للزوم عقد الهبة ولمبدأ عدم الرجوع في الهبة في غير الحالات المستثناة وهذا المبدأ جاء إقرارا وجريا على مبدأ عدم الرجوع عند جمهور الفقهاء وهم المالكية، الشافعية والحنابلة ماعدا الحنفية فالجمهور يرى المنع، أما الحنفية فالأصل عندهم الحق

¹ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 176

² نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم

قسم الشريعة، سنة 2001، ص 2

³ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي/ أحكام الرجوع القضائي في الهبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000 — 2001 ص

للواهب في الرجوع عن هبته، فهي عقد غير لازم ويستندون في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " الواهب أحق بمبته ما لم يثب عنها".

إن ما جاءت به المادة 212 من الهبة بمقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها فالذي تعنيه هذه المادة هو عدم جواز الرجوع بإرادة الواهب المنفردة، لكنها لا تمنع من طلب الفسخ قضاء إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، ففي هذه الحالة نكون أمام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشروط، كأن يهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية لإقامة مستشفى، فعدم قيام الجمعية الموهوب لها بتنفيذ شرط الواهب يبرز طلب حق الفسخ .

وتقدير الفسخ أو عدم الفسخ يرجع إلى سلطة القاضي حسب القواعد العامة، ولا معقب على حكمه من قبل المحكمة العليا¹.

المطلب الثاني: الرجوع في عقد الهبة في الشريعة الإسلامية

يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز الرجوع في الهبة أو عدم جوازه، فمنهم من رأى بأنها ملك لازم، وذهب فريق آخر إلى أنها ملك غير لازم، وقال بعض من الفريق الأول أنها ملك لازم لا يجوز للواهب الرجوع فيها أصلا، وذهب سائرهم إلى أنه يجوز الرجوع في الهبة على وفق ما جاء به النص، فالمذاهب المختلفة في مشروعية الرجوع في الهبة هي كالآتي:

الفرع الأول: الرجوع في الهبة في المذهب المالكي

إن المبدأ الأساسي في المذهب المالكي هو المنع أصلا من الرجوع في الهبة وعدم الإعتصار فيها، ذلك أن الإعتصار لا يكون إلا للأب أو الأم، فلهما الإعتصار فيما وهباه لأولادهما، لأن لهما ما لغيرهما في مال الولد، ولهذا إمتنع الإعتصار لغيرهما، ويلاحظ أن الهبة ثلاثة أقسام:

الأول: يقصد به التقرب إلى الله تعالى من صلة رحم أو يتيم ونحو ذلك، فحكم هذا النوع حكم الصدقة ولا رجوع فيه، وقيل أن للأب إعتصارها وإن كانت هبة لله، بخلاف ما إذا كانت بلفظ الصدقة فلا إعتصار فيها.

الثاني: أن يكون للمودة والصدقة.

الثالث: أن تكون هبة الثواب.

فحكم القسم الأول: حكمه حكم الصدقة .

وحكم القسم الثاني: لا وجه فيه إلا للأب والأم، فلهما أن يعتصراها ويرجعا فيها إذا اشترطا الإعتصار في العقد وهو أولى.

أما القسم الثالث: وهي هبة الثواب فهو مخير بين ردها أو الثواب عليها، وإن كان قد قبلها، ولذلك يلزم في ذلك لقيمتها قائمة كانت أو فائتة، وهل يلزم الثواب بالدنانير والدرهم أو لا، في ذلك إختلاف.

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة — الوصية — الوقف)، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص31

وجاء في شرح المنتقى بصدد الرجوع في الهبة قوله: إن من أعطى عطية لا يريد بها ثوابا ولا عوضا وإنما يتبليها المعطي دون عوض وأشهد عليها، فإنها بالإشهاد تثبت للمعطي الرجوع فيها، لأن الهبة تلزم بالقول خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما بأن الصدقة والهبة عقد وأنها تلزم بالقول، والدليل على ذلك قوله تعالى: "يأبىها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" والدليل على ذلك من جهة السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه".

ودليلنا من جهة القياس أن هذا العقد لم يفتقر لزومه إلى القبض المعقود عليه كسائر العقود... إلخ. وذهب مالك وجمهور علماء المدينة والشافعية وأحمد إلى أن للأب أن يرجع فيما وهب لإبنه، واحتج لحديث طاوس.

إنه قال عليه الصلاة والسلام: "ولا يحل للواهب أن يرجع في هبته إلا للوالد" وفي رواية: "لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو أن يرجع فيها إلا الوالد فيما يهبه لولده".

الفرع الثاني: الرجوع في الهبة في المذهب الحنفي

ذهب الحنفية إلى جواز الرجوع في الهبة إلا إذا حصل مانع من الرجوع، كالهبة لذى الرحم ونحو ذلك فالأصل هو الرجوع إلا إذا قام دليل على المنع، وقد إحتجوا بما يلي:

1 — قوله تعالى: "وإذا حييتم بتحية فحيو بأحسن منها أو ردوها" والتحية وإن كانت تستعمل في معاني عدة من السلام والثناء والهدية بالمال فإن الثالثة تفسير مراد بقريظة من تفسير الآية الكريمة، وهي قوله تعالى: "أو ردوها" لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الآراء، لأنه عبارة عن إعادة الشيء وهذا لا يتصور في الأعراس.

2 — بما روي عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها" أي بعوض.

3 — بما رواه مالك عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها".

ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منه، وبما روي عن عثمان وعلي وعبد الله ابن عمر وأبي الدوداء وفضالة ابن عبيد وغيرهم رضوان الله عليهم أنهم قالوا مثل ذلك ولم يرد عن غيرهم خلافة فيكون إجماعا.

فالرجوع في الهبة على قول أبي حنيفة وأصحابه لا يتم إلا برضى الموهوب له¹ أو بقضاء القاضي، وعللو ذلك بأن في غرض الواهب خفاء إذ لا يدري ما مراده بالهبة، ولأن جواز الرجوع مختلف فيه فكان لا جرم متوقفا على القضاء عنه عدم رضا الموهوب له ولا يزال الشيء الموهوب له يعد القبض، وبعد إعلان الواهب إرادته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب.

¹ الشيخ إبراهيم إبراهيم، مرجع سابق، ص 61 — 62

الفرع الثالث: الرجوع في الهبة في المذهب الشافعي

لقد منع الشافعي الرجوع في الهبة إلا للوالد والجد:

وقد جاء في المذهب: إن وهب للولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روي عن عباس رضي الله عنه رفعناه إلى النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده".

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للغير، ولأن الأب لا يهتم في رجوعه لأنه لا يرجع للضرورة أو لإصلاح الولد، وإن تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة، ومن أصحابنا من قال لا يرجع لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك. والقصد من الهبة إصلاح حال الولد وربما كان الإصلاح في إسترجاعه، فجاز له الرجوع، وإن وهب لولده ففيه وجهان، أحدهما يجوز، لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته.

والثاني لا يجوز، لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجوز، وإن وهب لولده شيئاً فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان: أحدهما يرجع، لأنه حق سابق لحقوق الغرماء والثاني لا يرجع، لأنه تعلق بحق الغرماء فلم يجوز له الرجوع، كما لو رهنه، وإن زاد الموهوب له في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس، فقد فقد بناه في التفليس.

الفرع الرابع: الرجوع في الهبة في مذهب الإمام ابن حنبل

جاء في المعنى ما خلاصته أن للأب الرجوع فيما وهب لولده، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهو مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور، وعن أحمد في رواية أخرى ليس له الرجوع فيها. ويشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط فإن تخلف واحد منها إمتنع الرجوع.

1 — الشرط الأول: أن يظل الشيء الموهوب باقياً في ملك الموهوب له، فإن خرج عن ملكه بأي سبب كان بيعاً أو هبة أو وقفاً أو إرثاً أو غير ذلك، لم يكن له الرجوع فيما وهب، لأنه إبطال ملك غير الموهوب له، وإن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث أو نحو ذلك لم يملك الرجوع لأنه عاد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه، وإن عاد إليه بفسخ البيع لعب أو إقالة أو أفلس المشتري ففيه وجهان... إلخ.

2 — الشرط الثاني: أن تكون العين باقية في تصرف الولد ويملك التصرف فيها أي في رقبته، فإن رهنها أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك إبطالا لحق غير الولد فإذا زال المانع من التصرف فله الرجوع.

3 — الشرط الثالث: ألا يتعلق بها رغبة لغير الولد، فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته وأدلوه أو أرغبوا في زواجه فزوجوه إن كان ذكراً أو تزوجه الأنتى كذلك.

الشرط الرابع: ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة كالسمين والكبر وتعلم صنعه فإن زادت فلاحمد روايتان أحدهما لا تمتنع الرجوع لأنها زيادة في الموهوب فلم تمتنع الرجوع كالزيادة قبل القبض وكالزيادة المنفصلة، والثانية تمتنع لأن الزيادة للموهوب له لكونه نماء ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل أيضا¹.

المبحث الثالث: موانع الرجوع في الهبة:

سأعرض في هذا المبحث موانع الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية في مطلب أول، ثم أحدد هذه الموانع عند المشرع الجزائري في مطلب ثاني:

المطلب الأول: موانع الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية:

موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة وهي: مانع الزيادة المتصلة في نفس العين، ومانع الموت، والعيوض، ومانع خروج الشيء عن ملك الموهوب له، وللزوجية، والقراية، وأخيرا للهلاك، وهذا ما سأتناوله تاليا:

أولا: مانع الزيادة المتصلة في نفس العين

يرى الحنفية أن زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة، ومن ثم يمتنع الرجوع فيها عن طريق القضاء حتى لو وجد عند الواهب عذر يبيح له الرجوع في الهبة. وتعتبر هذه الزيادة مانعا من موانع الرجوع في الهبة سواء كانت بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، وسواء كانت الزيادة متولدة عن الشيء الموهوب أو غير متولدة عنه².

على أن يجب التفرقة بين الزيادة المتصلة والمنفصلة، فيقصد بالأولى تلك الزيادة التي تزيد في قيمة الشيء الموهوب ولا يمكن فصلها عنه لأنها متصلة به سواء كانت متولدة عن الشيء الموهوب نفسه كالزراع والنبات أو الدقيق والخبز أو لم تكن متولدة منه كالبناء أو غرس الأشجار على الأرض الموهوبة وغيرها. أما الزيادة المنفصلة فهي زيادة تزيد من قيمة الشيء الموهوب لكنها لا تمتنع من الرجوع في الهبة لأنه يسهل فصلها عنه فيحتفظ الموهوب له بالزيادة ويرد الأصل أي الشيء الموهوب إلى الواهب.

ويجب أن تكون الزيادة في نفس العين الموهوبة فإن كانت الزيادة في قيمتها بأن إرتفع ثمن الشيء الموهوب فإن ذلك لا يمتنع الرجوع³.

¹ محمد بن أحمد تقي، مرجع سابق، ص 295

² بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 246

³ أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج 5، ص 195

ثانياً: مانع موت أحد المتعاقدين

يفرق فقهاء الحنفية بخصوص هذا المانع بين فرضيتين: أولهما موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض، وثانيهما وفاة أحدهما بعد القبض.

فإذا مات الواهب أو الموهب له قبل القبض بطلت الهبة لأن الهبة لا تتم ولا تلزم إلا بالقبض الذي بموجبه ينتقل الملك إلى الموهوب له، وعليه إذا تخلف القبض في الهبة كانت باطلة.

أما إذا مات أحد المتعاقدين بعد القبض فإن الهبة تصبح لازمة بعد أن كانت غير لازمة ويعتبر الموت عندئذ مانعاً من الرجوع.

ويبرر الحنفية إمتناع الرجوع في الهبة بسبب موت الواهب أو الموهوب له بعد القبض بالأسباب التالية:

- 1 — أن حق الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب
- 2 — أن حق الرجوع مجرد خيار كخيار الشرط والرؤية فلا يورث
- 3 — أن الملك ينتقل إلى الورثة بموت الموهوب له وهذا الانتقال يمنع الواهب من الرجوع لأن العين الموهوبة إنتقلت بطرق الإرث لا الهبة.
- 4 — أن تبديل الملك كتبديل العين فيصير الشيء الموهوب بعد الموت كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل.

ثالثاً: أخذ الواهب عوض عن هبته

قصد بالعوض المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب نظير هبته، وعليه إذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته وقام هذا الأخير بقبض العوض إمتنع على الواهب أن يرجع في هبته لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الواهب أحق بهبته مالم يشب عنها" أي مالم يعوض عنها.

رابعاً: مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له

من موانع الرجوع في الهبة التي ذكرها الحنفية كذلك خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب من الأسباب الناقلة أو المسقطه للملكية، كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإبراء ونحوها. وعليه إذا أخرج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وسلمه للغير سقط حق الواهب في الرجوع حتى لو عاد الشيء الموهوب بعد ذلك إلى ملك الموهوب له بسبب آخر كالإرث مثلاً وذلك لعدم زوال المانع من الرجوع¹.

خامساً: مانع الزوجية

يذهب فقهاء الحنفية إلى القول بامتناع الرجوع في الهبة إذا كانت صادرة من أحد الزوجين للآخر، ويشمل هذا المنع هبة الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها دون تفريق.

¹ أنس عبد الواحد صالح الجابر، مرجع سابق، ص 247

ويشترط لتحقيق هذا المانع أن تكون الهبة صادرة من أحد الزوجين للآخر بعد قيام الزوجية والعبارة في ذلك بإبرام الزواج الصحيح لا بالدخول بالزوجة شرعاً¹ ومنه إذا صدرت الهبة بعد إبرام عقد الزواج ولو لم يحصل دخول إمتنع على الواهب الرجوع في هبته لزوجته ويتحقق هذا المانع حتى لو وقع الطلاق بينهما.

سادساً: مانع القرابة المحرمة

يقصد بالقرابة المحرمة كل قرابة دم بين إثنين أو اثنتين تحرم زواج أحدهما بالآخر، كالأبوين والأولاد والإخوة والأخوات والأعمام والعمات والخالات والأخوال، وهذه صلة تعتبر مانعاً من موانع الرجوع عند الأحناف.

وعليه إذا كانت الهبة لذي رحم محرم إمتنع على الواهب الرجوع فيها، ولقد إستدل الحنفية في ذلك على قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها" وقوله أيضاً: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها".

سابعاً: مانع هلاك العين الموهوبة

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو إستهلاكها مانعاً آخر عند الحنفية لا يجيز للواهب أن يرجع في هبته سواء كان الهلاك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي عنه كالخريق أو الزلزال ونحوهما. ويقصد بالهلاك: "فناء مادة الشيء وطبيعته على نحو يفوت الغرض المقصود منه أو ينقص من الإنتفاع به إما بفعل أحد المتعاقدين أو لسبب أجنبي".

الفرع الثاني: موانع الرجوع في الهبة عند الجمهور

يقول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بعدم جواز الرجوع في الهبة كمبدأ عام بإستثناء حالة هبة الوالد لولده غير أنهم قيدوا هذا الإستثناء بعدم وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة على إختلاف بينهم، وهذا ما سأعرضه:

أولاً: مانع مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخيفاً

روى ابن حبيب عن مالك رضي الله عنه قال: "لا يعتصر مريض ولا يعتصر منه" والمراد بالمرض المخيف هنا: "هو كل مرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت" ومن ثم يشترط في المرض المخيف شرطان:

1 — أن يكون المرض مما يكثر فيه حدوث المرض

2 — وأن يموت الشخص من هذا المرض

¹ أنور طلبية، العقود الصغيرة (الهبة والوصية)، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان النشر، سنة 2004

ثانيا: مانع نكاح أو مداينة الموهوب

يقصد بهذا المانع أنه لا يجوز للأب إعتصار ما وهبه لولده إذا تعلق بالهبة رغبة لغير الولد بأن زوجته أو دايونه بسبب يسره بالهبة فإذا أعطى الأب ولده مالا فتزوجته امرأة ليسره بالمال الذي وهبه إياه والده فإنه في هذه الحالة يمتنع عن الأب الرجوع، وكذا الشأن في حالة ما إذا وهب الأب إبنته مالا فتزوجها رجل ويرفع عن صداقتها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها فلا يجوز لأبيها أن يرجع في هبته.

ثالثا: مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الواهب

يعتبر جمهور الفقهاء إخراج الموهوب له الشيء الموهوب عن ملكه عن طريق البيع أو الهبة أو الرهن أو نحوهما من التصرفات الناقلة أو المستقطبة للملكية أو إحداث تغيير في صورة الشيء الموهوب مانعا يمنع الواهب من الرجوع في هبته.

ولو زال ملك الموهوب له على الشيء الموهوب ثم عاد إليه بسبب جديد كالإرث مثلا امتنع على الواهب الوالد الرجوع في الهبة لأن الملك يكون غير مستفاد منه حينئذ¹.

رابعا: مانع الزيادة في ذات الشيء الموهوب

تعتبر الزيادة في ذات العين الموهوبة سواء كانت الزيادة حسية أو معنوية مانعا يمنع الواهب الوالد من الرجوع فيما وهبه لواده، ومثل الزيادة النقصان، وعلة هذا المنع هو أن الرجوع في حالة الزيادة يلحق الضرر بالموهوب وأن الضرر منهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"².

خامسا: مانع الهبة على وجه الصدقة

إذا أبرم الواهب هبة لإبنة فقيرا كان أو غنيا على سبيل الصدقة إبتغاء الثواب في الآخرة اعتبرت هبته لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا عن طريق التراضي مع الموهوب له، وعلة المنع في ذلك تتمثل في أن الواهب حقق الغرض الذي كان يصبو إليه بمجرد صدور الهبة وهو نيل الثواب فنال مقابلا أدبيا يعادل المقابل المادي الذي يشترط في الهبة بعوض.

سادسا: مانع الحجر على الولد الموهوب له

إذا حجر على الولد الموهوب له لسفه أو إفلاس إمتنع على الواهب الرجوع فيما وهب لإبنة وذلك لتعلق حق الغرماء (الدائنين) بالشيء الموهوب ولأن في إقرار الرجوع إضراراً بإبطالاً لحقوقهم³.

¹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 248

² رواه ابن عباس رضي الله عنهما

³ حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 182

أما إذا زال هذا المانع بأن أبطل الحكم بالحجر على الولد الموهوب له لسفهه أو أن خرج هذا الأخير من حالة الإفلاس عاد حق الواهب في الرجوع في هبته.

سابعاً: مانع هلاك أو إستهلاك العين الموهوبة

يعتبر هلاك العين الموهوبة أو إستهلاكها مانع من الرجوع في الهبة، فلا يجوز للواهب أن يرجع على الموهوب له بقيمتها سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً، وعلة ذلك أن رجوع الواهب أصبح مستحيلاً لإنعدام المحل موضوع الهبة الذي هلك أو إستهلك.

ثامناً: مانع هبة الدين للمدين

لا حق للواهب أن يرجع فيما وهب لإبنه إذا كان محل الهبة ديناً للأب عل ابنه لأن هبة الدين إسقاط لإبراء لا تملك حتى يملك الأب نقل الملكية إليه.

ويمتنع رجوع الواهب كذلك إذا كانت الهبة إباحة منفعة بعد إستيفائها كأن يبيع الواهب لولده إستغلال متجر أو دكان مدة معينة فيستغله الابن خلال تلك المدة، فهنا ليس للواهب أن يرجع في ملك المدة التي إستغل ابنه فيها العين إنما يبقى له الرجوع في العين الموهوبة ذاتها.

المطلب الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة في التشريع الجزائري

يستفاد من المادة 211 من قانون الأسرة ان للأبوين حق الرجوع في الهبة التي يهبانها لولديهما مهما كانت سنه صغيراً أو كبيراً بالغاً أو غير بالغ ، إلا أن نص المادة فيه حق رجوع الابوين في الفروع الثلاث الآتية:

الفرع الأول: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له:

إذا وهب الأب من أجل زواج ابنه الموهوب له ، فليس له حق الرجوع في هبته ولو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب ، ما دام الزوج الذي هو المطلوب شرعاً من الموهوب له أن يقوم به.

الفرع الثاني: إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين:

إذا وهب الأب لإبنه مالا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين . فليس له الرجوع في هبته ما دام الدين لم يسدد بها، و أصبح المال الموهوب ضماناً للدين، و الواهب بمثابة الكفيل الضامن ما دام قد إلتزم بإرادته المنفردة بقصد ضمان الدين أو قضاؤه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 211 من ق.م.

الفرع الثالث: إذا تصرف الواهب له في المال الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو غير من طبيعته:

والتي قيد حق رجوع الواهب فيها هي ما نصت عليه الفقرة الثالثة بقولها : إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع به أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته، فإذا تصرف الموهوب له ببيع الشيء الموهوب أو تبرع به ، فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع ، لأن المال خرج من تحت يد

الموهوب له بالبيع أو التبرع ، و النص في هذه الحالة لا يخول له حق الرجوع . كما أن ضياع الشيء الموهوب من الموهوب له أو هلاكه يمنع الواهب من الحق في الرجوع في هبته.

وأخيرا إذا قام الموهوب له بإدخال تعديلات على الشيء الموهوب بالزيادة أو بالنقصان إن كان أرضا عارية وبنائها بناءا غير من طبيعتها أو أصبحت أرضا مشجرة صرف عليها أموالا باهظة فأحيائها و أوجد بها تشجيرا وأجرى بها الماء ، كل ذلك إذا غير من طبيعتها فهذا الأمر هو الآخر يمنع الواهب من حق الرجوع في هبته و يجرمه من استعمال هذا الحق بمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة 211 من ق.م.

ويلاحظ أن نص المادة 211 لم يذكر كل حالات المنع الواردة في الفقه المالكي الذي هو المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة . ويمكن القول بأن الحالات التي وردت بهذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، بالنسبة إلى موانع حق الرجوع في الهبة، ذلك أن الفقه المالكي يذكر حالات أخرى إلى جانب زيادة الشيء الموهوب أو نقصه، مثل مرض الواهب أو الموهوب له ، فهل يسوغ الأخذ بها أولا ؟ إذا سلمنا أنها جاءت على سبيل المثال ، وهذا ما أراه باعتبار أنه إذا لم يوجد نص يرجع إلى أحكام الشريعة ، وذلك بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، فإننا نأخذ بهذه الحالات لأنها تحل نزاعا يمكن أن يحدث في التعامل بهذا الشأن، وهذه الحالات هي أيضا تسقط حق الأب و الأم في الأعتصار ، إذا وجدت وهي :

أولا : زيادة الشيء الموهوب أو نقصه في ذاته كأن يكبر الصغير و يسمن الهزيل أو يهزل السمين، أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب لغير سعر السوق فذلك لا يمنع الرجوع في الهبة على المشهور، لأن الهبة على حالها و لم تتغير، وزيادة القيمة أو نقصها لا أثر لها كاختلاف السعر من مكان لآخر.

ثانيا : مرض الولد الموهوب له مرض الموت و ذلك بتعلق حق الورثة بالهبة فيمتنع إعتصارها .

ثالثا : مرض الواهب مرض الموت فإنه يمنعه من إعتصاره ما وهبه لولده، لأن إعتصاره إياه قد يكون لغيره، لكن إذا وهب الوالد ولده المتزوج أو المريض أو المدين أو كان الوالد مريضا وقت الهبة فله الإعتصار، وكذلك الحكم إذا زال المرض القائم بالواهب أو الموهوب له.

رابعا : الفقر فمن موانع الاعتصار فقر الموهوب له صغيرا كان أو كبيرا لأن فقره وقت الهبة قرينة تدل على الصدقة و الصدقة لا إعتصار فيها.

خلاصة الفصل الثالث:

نستخلص مما سبق ذكره في هذا الفصل بأن عقد الهبة عقد يحدث آثارا قانونية ، وهو في الأصل عقد ملزم لجانب واحد، وهو الواهب ولكن إذا إشتراط الواهب عوضا لهبته على الوجه الذي بيناه فيما تقدم، كانت الهبة ملزمة للجانبين ووجدت إلتزامات مقابلة في جانب الموهوب له، ومنه فإن الواهب ألزمه القانون بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليم الشيء الموهوب للموهوب له بالإضافة إلى ضمان التعرض والإستحقاق وضمن العيوب الخفية، في حين ان إلتزامات الموهوب له تتلخص في إلتزامه بأداء العوض والإلتزام بنفقات الهبة.

وعقد الهبة هو في الأصل عقد لا يجوز الرجوع فيه مطلقا، غير أنه يجوز إستثناء للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما ما لم يوجد مانع من الموانع الثلاثة المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 211 من قانون الأسرة، فالرجوع في الهبة يتم إما بالتراضي بين الواهب والموهوب له أو بالتقاضي. ويترتب على الرجوع في الهبة إعتبارها كأن لم تكن، وبالنتيجة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد على أنه يجب أن لا يمس هذا الرجوع بحقوق الغير حسن النية الذي إنتقلت إليه ملكية الشيء الموهوب من الموهوب له.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لأحكام عقد هبة العقار بصفة خاصة و عقد الهبة بصفة عامة في كل من القانون الجزائري المتمثل في قانون الأسرة وبعض نصوص القانون المدني والفقهاء الإسلامي المتمثل في المذاهب الأربعة: الحنفية والشافعية والمالكية والحنبلية، تبين لنا أن الهبة من العقود التي لها أهميتها ومكانتها سواء في الفقه الوضعي أو في الفقه الشرعي، فقد أوردتها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، أما المذاهب الأربعة السالفة الذكر فقد أوردتها في باب خاص بها في كتاب المعاملات.

وبعد تطرقنا لمختلف الجوانب المتعلقة بعملية هبة العقار يمكن لنا إعطاء بعض الملاحظات حول الموضوع وإعطاء اقتراحات وتوصيات:

1 — الهبة لا يعتد بها إلا إذا توافرت فيها أركانها و الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب والموهوب له والعين الموهوبة، لأنها من التصرفات الخطيرة التي تمس بالمراكز المالية للأفراد حيث ينتج عنها إغتناء في جانب الموهوب له وفي المقابل إفتقار في جانب الواهب.

2 — كما أن الهبة ذات صلة عضوية بالأسرة إذ لها إيجابيات تتمثل في تقوية الروابط الأسرية بالحبّة والموودة ومساعدة أفراد الأسرة لبعضهم البعض، وتتمثل سلبيا عندما يستعملها الواهب كوسيلة لحرمان الورثة من ميراثهم، وقد أخذ المشرع الجزائري أحكام الهبة كلها من الشريعة الإسلامية بإعتبارها المنبع الأم وخاصة من المذهب المالكي بإعتباره المذهب المتبع في منطقة المغرب العربي وخاصة في الجزائر.

3 — إلا أنه فيما يتعلق بتعريف الهبة ومن خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة: "... بإيجاب وقبول..." فقد أبرز المشرع أن الهبة عقد يتم في حال حياة كل من الواهب والموهوب له متماشيا في ذلك مع المذهبين الشافعي والحنبلي.

4 — كما يلاحظ أن المذهبين المالكي والشافعي لم يبرز في تعريفهما للهبة أن تتم بين الأحياء، بينما أبرز هذا العنصر كل من المذهبين الحنفي والحنبلي، وفي هذا يلتقيان مع فقهاء القانون.

5 — ونتيجة لإتساع المجتمع وكثرة المعاملات وتنوعها بين أفرادها، فرض المشرع أحكام متعلقة بالهبة لم يتطرق إليها الفقهاء المسلمون سابقا والمتمثلة في الرسمية في هبة العقار وذلك بالتوثيق والشهر العقاري، والإجراءات الخاصة في هبة المنقول، ضمانا للحقوق وضبطا للمعاملات القائمة بين أفراد المجتمع.

6 — ويلاحظ من خلال المادة 208 من قانون الأسرة بأن الرسمية والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة، لكن يبدو لي أن الرأي الأفضل هو أن الرسمية تغني عن الحيازة وفق ما تأخذ به أغلب التشريعات. ولذلك على المشرع الجزائري أن يجعل الرسمية تغني عن الحيازة كما جاء به التشريع الفرنسي والتشريعات العربية.

- 7 — الوعد بالهبة، يلاحظ أن قانون الأسرة لم ينص على الوعد بالهبة، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وخاصة في المادتين 71 و72، يمكن الأخذ بالوعد بالهبة بالشروط المطلوبة قانوناً.
- 8 — الرجوع في الهبة، أخذ المشرع الجزائري بحق الرجوع في الهبة للأبوين إذا وهبا لولدهما إلا في حالات أربعة، ثلاث منها ورد ذكرها في المادة 211 من قانون الأسرة والرابعة نصت عليها المادة 212 منه.
- 9 — لقد أقرت المادة 222 من ق.أ أنه في حالة إنعدام الحكم في القانون يمكن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ويلاحظ أنه على العكس من ذلك فإن القانون المصري والقوانين التي سارت على منواله استمدت من المذهب الحنفي والكل مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء.
- 10 — كما أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل ذكر آثار الهبة ولم ينص عليها بإعتبار أنه إكتفى بإشتراط الرسمية والعينية، ومع ذلك فإنه كان ينبغي له أن ينص على تلك الآثار.
- وبإدماج المشرع عقد الهبة ضمن طائفة الأحوال الشخصية في قانون الأسرة ترتب عليه آثاراً من ناحية القانون الدولي الخاص، حيث انه يطبق قانون جنسية الواهب عند وجود عنصر اجنبي في العقد أي أن يكون كل من الواهب والموهوب له مختلفين في الجنسية.
- وبهذا الجهد المتواضع أتمنى أن أكون قد أسهمت ولو بقدر يسير في شرح أحكام عقد هبة العقار في القانون الجزائري و شرح عقد الهبة بصفة عامة والتي تحتاج إلى مزيد من البحث، وأرجو من الله أن أكون قد وفقت، فإن كان ذلك فمن الله وبعونه وإن أخطأت فأرجو الله أن يهديني سواء السبيل وبه التوفيق فنعم المولى ونعم النصير.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب القانونية

أ/ المراجع العامة:

- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عم مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبع في 2005
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، سنة 1950
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005
- محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1984
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق، بدون سنة

ب/ المراجع المختصة:

- أحمد إبراهيم، أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، مطبعة العلوم، القاهرة، 1939
- أكثم أمين الخولي، العقود المدنية، الصلح والهبة والوكالة، الطبعة الأولى، مطبعة النهضة، القاهرة، سنة 2002
- أنور طلبة/ العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان النشر، سنة 2004
- بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1970
- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، سنة 1978
- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبع في 2004
- رمول خالد، النظام القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبع في 2004

- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991
- زهدي يكن، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، المطبعة العصرية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض)، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، 2000
- عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية: الهبة (دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968
- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1977
- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2003
- نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت: الوصية، الهبة، البيع، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008
- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق سوريا، سوريا سنة 1993
- ج/ الرسائل والمجلات القانونية
- أحمد إبراهيم، مجلة القانون والإقتصاد (إلتزام التبرعات)، كلية الحقوق، مطبعة الرغائب، السنة الثانية، العدد الأول، سنة 1932
- أحمد إبراهيم، مجلة القانون والإقتصاد (في الهبة والوصية وتصرفات مريض مرض الموت)، السنة الثالثة، السنة 1939.
- محمد حسنين، مذكرة عقد الهبة في التشريع الجزائري، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1986
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1981
- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و أصوله، تحت إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحيى، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، سنة 2007

د/: المقالات:

- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول، السنة السادسة، الإمارات، 1998
- محمد بن أحمد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998
- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، العدد الثاني، سنة 1987

ه/ النصوص القانونية

1/ القوانين:

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج، العدد 24، السنة 21 الصادرة في 12 يونيو 1984).
- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق ل 03 مايو سنة 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني (ج ر ج ج، العدد 18 السنة 25 الصادرة في 4 مايو 1988).
- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو 1988، يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج، العدد 28، السنة 25 الصادرة في 13 يوليو 1988).

2/ الأوامر:

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج ر ج ج، العدد 47، السنة الثالثة، الصادرة في 9 يونيو 1966)
- الأمر رقم 91/70 المؤرخ شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج، العدد 107، السنة 7 الصادرة في 25 ديسمبر 1970).
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني (ج ر ج ج، العدد 78، السنة 12 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975).

ثانيا: الكتب الفقهية

— مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، دار الفكر، الطبعة السادسة، بيروت.

— الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1968.

- الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1977
- أبي قدامة المقدسي، المغنى والشرح الكبير، دار الكتابة العربي، بيروت، سنة 1972
- أبي الوليد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى باي الحنبلي، الصفة الثالثة، مصر،
سنة 1960

الفهرس:

إهداء:
كلمة شكر:
ملخص:
المقدمة: أ - ب - ت - ث - ج
الفصل الأول: مفهوم هبة العقار:	ص 1
تمهيد الفصل الأول:	ص 1
المبحث الأول: تعريف هبة العقار:	ص 2
المطلب الأول: تعريف الهبة في اللغة وفي الفقه الإسلامية:	ص 2
الفرع الأول: تعريف الهبة في اللغة:	ص 2
الفرع الثاني: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي:	ص 3
أولاً: تعريف الهبة في الفقه الملكي:	ص 3
ثانياً: تعريف الهبة في الفقه الشافعي:	ص 4
ثالثاً: تعريف الهبة في الفقه الحنفي:	ص 4
رابعاً: تعريف الهبة في الفقه الحنبلي:	ص 4
المطلب الثاني: تعريف الهبة في التشريع الجزائري والتشريعات العربية و الأجنبية:	ص 5
الفرع الأول: تعريف الهبة في التشريع الجزائري:	ص 5
الفرع الثاني: تعريف الهبة في التشريعات العربية:	ص 5
أولاً: في التشريع التونسي:	ص 5
ثانياً: في التشريع المصري:	ص 5
ثالثاً: في التشريع العراقي:	ص 5
رابعاً: في التشريع اللبناني:	ص 6
خامساً: في التشريع العثماني:	ص 6
سادساً: في التشريع الليبي:	ص 6
الفرع الثالث: تعريف الهبة في التشريعات الأجنبية:	ص 6
أولاً: في التشريع الفرنسي:	ص 6
ثانياً: في التشريع الألماني:	ص 6

المطلب الثالث: تحليل تعريف الهبة الوارد في قانون الأسرة الجزائري.....	ص 6
الملاحظة الأولى:.....	ص 7
الملاحظة الثانية:.....	ص 7
الملاحظة الثالثة:.....	ص 7
الملاحظة الرابعة:.....	ص 7
المطلب الرابع: أدلة مشروعية الهبة في الشريعة الإسلامية والقانون.....	ص 8
الفرع الأول: أدلة مشروعية الهبة في الشريعة الإسلامية.....	ص 8
أولا: من الكتاب والسنة.....	ص 8
ثانيا: من الإجماع.....	ص 9
ثالثا: من المعقول.....	ص 9
الفرع الثاني: أدلة ممشروعية الهبة في القانون.....	ص 10
المبحث الثاني: مقومات عقد هبة العقار.....	ص 10
المطلب الأول: الهبة عقد ما بين الأحياء.....	ص 10
المطلب الثاني: الهبة تصرف في مال بلا عوض.....	ص 11
المطلب الثالث: نية التبرع.....	ص 12
المطلب الرابع: الهبة عقد شكلي وعيني.....	ص 13
المبحث الثالث: التمييز بين الهبة والعقود المشابهة له.....	ص 14
المطلب الأول: التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد.....	ص 14
الفرع الأول: التمييز بين الهبة والوصية.....	ص 15
الفرع الثاني: التمييز بين الهبة والوقف.....	ص 16
الفرع الثالث: التمييز بين الهبة وعقد الإباحة.....	ص 17
الفرع الرابع: التمييز بين الهبة وعقد عارية الإستعمال.....	ص 18
المطلب الثاني: التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانبين.....	ص 18
الفرع الأول: التمييز بين الهبة وعقد البيع.....	ص 18
الفرع الثاني: التمييز بين الهبة وعقد الإيجار.....	ص 19
المبحث الرابع: موقف التشريع الإسلامي والتشريع العربي والأجنبي من عقد الهبة ومركزها في النظام القانوني.....	ص 19
المطلب الأول: موقف التشريع الإسلامي من الهبة.....	ص 20
المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من الهبة.....	ص 21

المطلب الثالث: موقف التشريع المصري من الهبة.....	ص 22
المطلب الرابع: موقف التشريع الفرنسي من الهبة.....	ص 22
المطلب الخامس: مركز الهبة في النظام القانوني.....	ص 22
المبحث الخامس: مقارنة بين الهبة في الشريعة والهبة في القانون.....	ص 25
المطلب الأول: من حيث التعريف.....	ص 25
المطلب الثاني: من حيث المقومات.....	ص 26
خلاصة الفصل الأول:.....	ص 27
الفصل الثاني: أركان عقد الهبة في العقار.....	ص 28
تمهيد الفصل الثاني:.....	ص 28
المبحث الأول: التراضي في عقد الهبة.....	ص 29
المطلب الأول: شروط إنعقاد الرضاء.....	ص 29
الفرع الأول: تطابق الإيجاب والقبول.....	ص 29
الفرع الثاني: هل الهبة عقد في التشريع الجزائري والتشريعات العربية.....	ص 30
أولا: هل الهبة عقد في التشريع الجزائري.....	ص 30
ثانيا: هل الهبة عقد في التشريعات العربية.....	ص 31
ثالثا: هل الهبة عقد في التشريعات الأجنبية.....	ص 33
الفرع الثالث: موقف المذاهب الإسلامية من الإيجاب والقبول.....	ص 35
الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون.....	ص 36
الفرع الخامس: رجوع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه.....	ص 39
الفرع السادس: أثر موت الشخص أو فقد أهليته على التعبير عن إرادته في القانون.....	ص 40
المطلب الثاني: شروط الصحة.....	ص 41
الفرع الأول: الأهلية.....	ص 41
الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت.....	ص 43
الفرع الثالث: عيوب الرضاء في الهبة.....	ص 44
أولا: الغلط في الهبة.....	ص 45
ثانيا: التدليس في الهبة.....	ص 45
ثالثا: الإكراه في عقد الهبة.....	ص 46
رابعا: الاستغلال في عقد الهبة.....	ص 47

المبحث الثاني: المحل في عقد الهبة.....	ص 47
المطلب الأول: الشيء الموهوب.....	ص 48
الفرع الأول: وجود المحل وقت الهبة.....	ص 48
الفرع الثاني: ضرورة تعيين المحل.....	ص 48
الفرع الثالث: أن يكون قابل للتعيين.....	ص 49
الفرع الرابع: أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب.....	ص 50
المطلب الثاني: العوض في الهبة.....	ص 50
المبحث الثالث: السبب في عقد الهبة.....	ص 51
المطلب الأول: السبب في الفقه والقانون.....	ص 51
الفرع الأول: السبب في الفقه.....	ص 51
الفرع الثاني: السبب في القانون.....	ص 52
المطلب الثاني: السبب في القضاء.....	ص 53
المبحث الرابع: الشكلية في عقد الهبة.....	ص 53
المطلب الأول: مبررات الشكلية في عقد الهبة.....	ص 53
المطلب الثاني: الشكلية في هبة العقار.....	ص 54
المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالشكلية والإستثناءات من وجوبها.....	ص 55
الفرع الأول: جزاء الإخلال بالشكلية.....	ص 55
الفرع الثاني: الإستثناءات من وجوب الشكلية.....	ص 56
أولاً: الهبة غير المباشرة.....	ص 56
ثانياً: الهبة المستترة.....	ص 56
المبحث الخامس: قبض الهبة والوعد بها.....	ص 57
المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي والقانون.....	ص 57
الفرع الأول القبض في الهبة في الفقه الإسلامي.....	ص 57
الفرع الثاني: قبض الهبة في القانون.....	ص 58
المطلب الثاني: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي والقانون.....	ص 59
الفرع الأول: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي.....	ص 60
الفرع الثاني: الوعد بالهبة في الفقه الإسلامي.....	ص 61
خلاصة الفصل الثاني:.....	ص 62

63	الفصل الثالث: أحكام عقد هبة العقار.....
63	تمهيد الفصل الثالث:.....
64	المبحث الأول: الآثار التي تترتب على عقد الهبة.....
64	المطلب الأول: إلتزامات الواهب.....
64	الفرع الأول: الإلتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب.....
66	الفرع الثاني: الإلتزام بتسليم الشيء الموهوب.....
67	الفرع الثالث: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق.....
68	الفرع الرابع: الإلتزام بضمان العيوب الخفية.....
69	المطلب الثاني: إلتزامات الموهوب له.....
69	الفرع الأول: الإلتزام بأداء العوض.....
70	أولا: جزاء الإخلال بإلتزام الوفاء بالعوض.....
71	الفرع الثاني: الإلتزام بنفقات الهبة.....
72	المبحث الثاني: الرجوع في الهبة.....
72	المطلب الأول: الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري.....
73	المطلب الثاني: الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية.....
73	الفرع الأول: الرجوع في الهبة في المذهب المالكي.....
74	الفرع الثاني: الرجوع في الهبة في المذهب الحنفي.....
75	الفرع الثالث: الرجوع في الهبة في المذهب الشافعي.....
76	المبحث الثالث: موانع الرجوع في الهبة.....
76	المطلب الأول: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي.....
76	الفرع الأول: موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية.....
76	أولا: مانع الزيادة المتصلة في نفس العين.....
77	ثانيا: مانع موت أحد المتعاقدين.....
77	ثالثا: أخذ الواهب عوض عن هبته.....
77	رابعا: مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له.....
77	خامسا: مانع الزوجية.....
78	سادسا: مانع القرابة المحرمة.....
78	سابعا: مانع هلاك العين الموهوبة.....
78	الفرع الثاني: موانع الرجوع في الهبة عند الجمهور.....

أولاً: مانع مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخيفاً.....	ص 78
ثانياً: مانع نكاح أو مداينة الموهوب.....	ص 79
ثالثاً: مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الواهب.....	ص 79
رابعاً: مانع الزيادة في ذات الشيء الموهوب.....	ص 79
خامساً: مانع الهبة على وجه الصدقة.....	ص 79
سادساً: مانع الحجر على الولد الموهوب له.....	ص 79
سابعاً: مانع هلاك أو إستهلاك العين الموهوبة.....	ص 80
ثامناً: مانع هبة الدين.....	ص 80
المطلب الثاني: موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري.....	ص 80
الفرع الأول: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.....	ص 80
الفرع الثاني: إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.....	ص 80
الفرع الثالث: إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو غير من طبيعته.....	ص 80
خلاصة الفصل الثالث:	ص 82
الخاتمة:	ص 83
المراجع:	ص 85
الفهرس:	ص 89