جامعـة غرداية

كليـة الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص: قانون خاص معمق

إعداد الطالبة:

– كلثوم بلحاج عيسى

إشراف الأستاذ:

– د. شوقي نذير

اسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. باباواسماعيل يوسف	محاضر أ	غرداية	رئيسا
د. شوقي نذير	محاضر أ	غرداية	مشرفا ومقررا
أ. حمودين داود	مساعد أ	غرداية	مناقشا

نوقشت بتاريخ: 2021/09/21م

الموسم الجامعي:

1441-1442 هـ/2020-2021م

الآيات

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا قَدَرُواْ ٱللَّهَ حَقَّ قَدرِهِۦ وَٱلأَرضُ جَمِيعا قَبضَتُهُۥ يَومَ ٱلقِيَـٰمَةِ وَٱلسَّمَـٰوَٰتُ مَطوِيَّـٰتُۢ بِيَمِينِهِۦۚ سُبحَـٰنَهُۥ وَتَعَـٰلَىٰ عَمَّا يُشرِكُونَ﴾

[سورة الزمر الآية 67]

﴿ قَالَ رَبِّ ٱغفِر لِي وَهَب لِي مُلكا لَّا يَنبَغِي لِأَحَد مِّن بَعدِي إِنَّك أَنتَ ٱلوَهَّابُ ﴾

[سورة ص الآية 35]

الشكر والتقدير

قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذ تَأَذَّنَ رَبُّكُم لَئِن شَكَرتُم لَأَزِيدَنَّكُم** ﴾

[سورة إبراهيم، الآية 7]

بسم بالله وكفى والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى " الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنتهدي لولا أن هدانا الله".

نحمد الله عز وجل الذي لا يحمد سواه على توفيقه لنا وتمكيننا من انجاز هذا العمل وأتقدم بخالص الشكر وبالغ التقدير والاحترام للأستاذ الفاضل الدكتور شوقي نذير، وذلك لإشرافه على مذكرتي، وهذا من بدل الجهد والنصح والإرشاد.

وأتوجه أيضا بجزيل الشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل المشرفين على مناقشة موضوع المذكرة، وإلى كل الأساتذة المساهمين في تعليمي خلال مساري الدراسي.

كما أتقدم بالشكر والتقدير وعظيم الامتنان لفضيلة الشيخ لخضر الدهمة على ما قدمه لي من توجيه وإرشاد، جزآكم الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر إلى مسيري مكتبة علي بن الدبية على دعمهم لي.

وإلى كل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد.

الإهداء

إلى من بعث في نفسي العزيمة قائلا لي اعتبري غدا الامتحان، أقول له اليوم وصل النجاح عنوان.

إلى أبي العزيز رحمه الله.

إلى من الجنة تحت أقدامها، والعطاء عنوانها، وسر نجاحي دعاؤها.

إلى أمي الغالية حفظها الله ورعاها.

إلى مثلي العلى في البدل والعمل والإسرار،

إلى من كانت سند كل من قصدها قريبا أو بعيدا أو جار.

إلى أختي العزيزة رحمها الله.

إلى أشقائي وشقيقاتي وأولادهم وأزواجهم حفظهم الله ورعاهم.

وإلى كل من ساندني وأعانني و وقف إلى جانبي، جزاهم الله كل خير.

مقدمـــة

الحيازة في عقود التبرع، وعقد الهبة خاصة أولى بها الفقه الإسلامي والتشريعات أهمية كبيرة في تنظيم أحكامها, فقد انقسمت أراء المذاهب الفقهية الإسلامية حول موضوع الحيازة في عقد الهبة، مما تكون اختلاف في أحكامها أدى هذا الاختلاف إلى تمايز بين القوانين المنظمة لها.

إن المشرع الجزائري نظم أحكام الهبة المواد من 202 إلى 212 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، وحيث جاءت المواد 206، 207، 208 منه منظمة أحكام الحيازة. وتعتبر الحيازة من الضوابط القانونية الخاصة بعقد الهبة التي أحاط المشرع العقد بها لحماية الواهب من تصرفاته التي قد تؤثر على حقوق الخلف العام والخلف الخاص.

وباعتبار أن الدراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي فيما بينها وأحكام القانون الجزائري، وذلك لا يمنع الإشارة إلى بعض القوانين العربية والقانون الفرنسي لضرورة المقارنة بها وسرد أحكامها وهذا لإثراء المادة العلمية. كما أني لا أقوم بتعريف الأعلام الذين أتطرق إليهم في المتن.

وتكمن أهمية موضوع الدراسة، كون أن الهبة من عقود التبرع، ملزم لجانب واحد. فالحيازة تصرف قانوني يتجلى في مظهر مادي يكون بالسيطرة المادية على موضوع العقد، فهي إعلان وإشهار بتصرف الواهب. وبالحيازة يكون عقد الهبة أكثر استقرارا في المعاملات التعاقدية.

إن الحيازة في عقد الهبة موضوع يحتاج إلى دراسة لبيان ماهيتها وفهم أحكامها من الناحية الشرعية والقانونية، ومدى تطبيق ذلك في القضاء، ولهذا كان الدافع لدراسة هذا الموضوع هو إبراز الحيازة كتصرف قانوني يحمى به مال الواهب ويترتب على قيامها أو عدمها حقوق الدائنين والأقارب الذين لهم صلة بالواهب. وهذا كله برغبة شخصية لدراسة الموضوع عن قرب وتسليط الضوء عليه لفهمه.

تهدف الدراسة إلى إبراز أهمية الحيازة في عقد الهبة والتي نظم المشرع أحكامها في قانون الأسرة معتمدا على الفقه المالكي. ويمكن تلخيص هذه الأهداف على النحو التالي:

- ✓ تبيان أحكام الحيازة في قانون الأسرة الجزائري وأحكامها في الفقه الإسلامي والوقوف على نقاط الاختلاف والاتفاق إن وجدت؛
- ✓ المشرع الجزائري دائما يهدف إلى حماية الأطراف الضعيفة في العقود وإلى الحفاظ على استقرار المعاملات ويشدد دائما بشروط وأحكام العقود لاسيما إذا كانت تبرعية ومن هذا المنطلق أضاف الحيازة في التصرفات التبرعية؛
- ✓ بيان أن كل من الحيازة والشكلية ركنا مستقلا يشتركان في إنشاء العقد، ولا ينوب أحدهما على الآخر.

يعتبر موضوع الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي موضوع معلوماته متفرقة في مراجع دراسات سابقة. ومن بين ما اعتمد في هذا البحث من الدراسات السابقة على:

- ✓ فقه التبرعات؛
- ✓ العينية في عقود التبرعات: الهبة نموذجا؛
- ✓ تأثير الحيازة في حق الواهب في الرجوع عن الهبة؛
- ✓ الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة.

قد يصادف الباحث في إعداد المذكرة والإمام بمختلف جزئيات العمل صعوبات تعيق إنجازه. والصعوبة التي واجهتني تكمن في صياغة العناوين البحث بحيث تترجم ما يحتويه مضمون كل عنوان من معلومات.

أردنا من خلال موضوع الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي إزالة الغموض الذي حول ماهية الحيازة وأحكامها ومحاولة الإمام بالموضوع من جوانبه المختلفة وهذا يدفعنا لطرح الإشكالية التالية:

- ما هي آثار الحيازة في عقد الهبة في مرحلتي التأسيس والنفاذ؟

المناهج التي اعتمدنا عليها في الدراسة هي: المنهج المقارن والمنهج الاستقرائي التحليلي. فالمنهج المقارن هو المنهج الأنسب لهذه الدراسة كون أنها تقوم على مقارنة أحكام القانون الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي. كما أن المنهج الاستقرائي التحليلي، المنهج المناسب بالنسبة لهذه الدراسات حيث يتمثل في سرد الحكام الفقهية والمواد القانونية ثم تتبعها واستقرائها ومناقشتها وتحليلها.

كما أن منهجية البحث المتبعة في الدراسة قائمة على ما يلي:

- ✓ عدم تعريف الأعلام في البحث؛
- ✓ عزو الآيات الكريمة من المصحف الشريف على رواية ورش بالرسم العثماني ﴿ ﴾؛
- ✓ تخريج الأحاديث النبوية الشريفة.

كما أن حدود الدراسة اعتمدت على القانون الجزائري، وأحكام المذاهب الفقهية المشهورة الأربعة مع الإشارة إلى المذهب الإباضي متى تيسر لي ذاك. ولا مانع الإشارة إلى بعض أحكام القوانين العربية والقانون الفرنسي.

ولقد قسمنا الدراسة إلى فصلين حيث تطرقنا في الفصل الأول الذي جاء بعنوان ماهية الحيازة في عقد الهبة والذي يشمل على مبحثين، فخصصنا الأول مفهوم الحيازة في عقد الهبة وأركان عقد الهبة في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني فعنوانه أحكام الحيازة في عقد الهبة، والذي هو مقسم أيضا إلى مبحثين، الطبيعة الفقهية والقانونية للحيازة في عقد الهبة في المبحث الأول، أما موانع الهبة وتأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة في المبحث الثاني.

الفصل الأول: ماهية الحيازة في عقد الهبة

تمهيد:

إن الفرد له كل الحرية في التصرف بأمواله وفق ما يراه مناسبا في حدود التي حددها القانون ونظمتها الشريعة الإسلامية، ومن بين هذه التصرفات الهبة والتي تعد من عقود التبرع الناقلة للملكية.

ولمعرفة الحيازة في عقد الهبة يجب أولا تبيان مفهومهما بتعريف كلا من الحيازة والهبة وبيان أركان عقد الهبة.

لهذا فقد قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين، فخصصنا الأول مفهوم الحيازة في عقد الهبة وأركان عقد الهبة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الحيازة في عقد الهبة

لتحديد مفهوم الحيازة في عقد الهبة يوجهنا إلى دراسة كلا من الحيازة والهبة على حدا، وتمييز الفرق بين الألفاظ التي لها صلة بكل منهما بتعريفهما وتمييزهما بالتصرفات المشابهة.

المطلب الأول: المقررات الشرعية والقانونية

الهبة من التصرفات التبرعية فكل هبة تبرع ولكن ليس كل تبرع هبة، ولقد أخذت عدة تعاريف. وما سنتطرق إليه في هذا المطلب التعريف اللغوي، وفقهي، وقانوني للحيازة والهبة في كل فرع لكل منهما على حدى.

الفرع الأول: الحيازة

أولا: التعريف اللغوي للحيازة والألفاظ ذات الصلة

1) الحوز: الجمع، وضم الشيء كالحيازة والاحتياز.[1]

حزت الشيء إذا جمعته أو نحيته، وحزت الأرض إذا أعلمتها وأحييت حدودها، وحوز الدار وحيزها: ما انضم إليها من المرافق والمنافع.[2]

2) قبض، القبض: خلاف البسط، والله يقبض ويبسط أي يضيق على قوم ويوسع على قوم. هذا لما تقول هذه الدار في قبضتي ويدي أي في ملكي.

قبضت الشيء تقبيضا: جمعته وزويته. والقبضة، بالضم: ما قبضت عليه من شيء، والقبض: جمع الكف على الشيء، وقبضت الشيء قبضا: أخذته. والقبضة: ما أخذت بجمع كف فإذا كان بأصابعك فهي القبصة، بالصاد. والقبض تناول الشيء بيدك ملامسة.[3]

---

[1] الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، **القاموس المحيط**، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م، ص278.

[2] ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1994م، ص 341.

[3] المرجع نفسه، المجلد السابع، ص 214.

3) التسليم: أسلم إليه الشيء: دفعه.[1]

4) المناولة: ناولت فلانا شيئا مناولة إذا عاطيته، وتناولت من يده شيئا إذا تعاطيته، وناولته شيء متناوله. ابن سيده: تناول الأمر أخذه.[2]

ثانيا: التعريف الفقهي للحيازة والألفاظ المشابهة

1) **الحوز:** عرف ابن عرفة الحوز بقوله: "رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطى أو نائبه".

قوله: "رفع التصرف" الرفع يناسب مقولة الحوز لأن فيه إزالة الصرف.

قوله: "العطية" يعم أنواع العطية من حبس وعارية وهبة وصدقة وعمري.

قوله: "بصرف" يتعلق برفع معناه بإزالة التمكن من التصرف، وعليه يعود ضمير منه، ويتعلق بالتمكين.

قوله: " للمعطي" متعلق بالصرف. قوله: "أو نائبه "عطف على المعطى، والنائب هنا الوكيل أو الوصي، هذا المعنى الحوز الفعلي الأعم من الهبة وغيرها.[3]

2) **القبض:** هو حيازة الشيء الموهوب، والتمكن منه. وقال العز بن عبد السلام الشافعي: "يريدون بذلك (أي بقولهم: قبضت) الاستلاء والتمكن من التصرف". وقال الكاساني الحنفي: "معنى القبض هو: التخلية الممكنة من التصرف". وقال الدردير المالكي: " هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه".[4]

---

[1] ابن منظور الإفريقي، المرجع السابق، المجلد الثاني عشر، ص292.

[2] المرجع نفسه، مجلد الحادي عشر، ص 684.

[3] محمد الأنصاري الرصاع، **شرح الحدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيبان ابن عرفة الوافية**، تحقيق، محمد أبو الأجفان والطاهر المعماري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص 558.

[4] يوسف نواسة، **العينية في عقود التبرعات: الهبة نموذجا**، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ص 22. موقع رياض العلم، عبر الرابط التالي: https: //riyadhalelm. com، تاريخ الاطلاع يوم 2021/05/19 م، على الساعة 15: 20.

3) التسليم في يفيد عموما: خروج الشيء الموهوب من حوز الواهب وتمكين الموهوب له من حوزه.

4) المناولة: فهي عمل مادي يفيد العطاء وهي طريق من طرق التسليم خاصة بالمنقول المادي دون العقار.[1]

ثالثا: الفرق بين الحيازة والألفاظ المشابهة

الملاحظ أن الحيازة، القبض، التسليم والمناولة ألفاظ متقاربة في المعنى إلا أنها تختلف من حيث صدورها وعلى الشيء الذي يقع عليه التصرف. وهكذا يكون التميز بينهم على النحو التالي:

1) التسليم: هو تصرف يصدر من الواهب يمكن به الموهوب له من حيازة الشيء الموهوب.

2) القبض: هو تصرف يصدر من الموهوب له باستلامه الشيء الموهوب من الواهب ودخوله إلى حوزه.

3) الحيازة: هي انتقال الشيء الموهوب من حوز الواهب بتسليمه للموهوب له الذي يقبضه ويستقر في حوزه، أي انتقال الشيء الموهوب المعقود عليه محل التسليم من الواهب والقبض من الموهوب له.

وإذا رجعنا إلى المادة 846 من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت " من وهب ماله الذي هو في يد آخر له تتم الهبة ولا حاجة إلى القبض والتسليم مرة أخرى". كما جاء في شرح المادة لعلي حيدر"... ولا حاجة لتمام الهبة إلى تسليم جديد من طرف الواهب وإلى القبض من جانب الموهوب له... ".[2] وهنا استعمل في المادة لفظ القبض والتسليم معا وهذا يدل على أن كل تصرف يصدر من أحد طرفي العقد دون الأخر.

---

[1] أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة و كل ما يتعلق به من شروط**، موقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net، تاريخ الاطلاع يوم 03/26/ 2021 م، على الساعة 23: 16.

[2] علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الثاني الحوالة – الرهن – الأمانات– الهبة –الغصب – الحجر والإكراه والشفعة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ–2003م، ص411.

ملاحظة: يعد" القبض" الأكثر شيوعا بين الفقهاء أما المالكية فقد استخدموا لفظ" الحيازة" أو "الحوز".[1]

أما التشريعات فقد استعمل المشرع الجزائري كلمة الحيازة في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المشرع المغربي في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية، والقانون المدني المصري استعمل كلمة القبض في المادة 488، وأما المشرع التونسي فقد استعمل كلمة التسليم في الفصل201 والفصل203 من مجلة الأحوال الشخصية، أما كلمة المناولة وردت في الفصل 204 من نفس المجلة.

رابعا: التعريف القانوني للحيازة في عقد الهبة

لقد تناولنا في هذا الفرع تعريف الحيازة في عقد الهبة، ومع أن المشرع الجزائري لم يعرفها، لذا يمكن تقديم تعريفا على النحو التالي: " هي تمكين من السيطرة على المال الموهوب بالتسليم والقبض وفق ما حددته المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري".

فضلت استعمال كلمة الحيازة لشمولها عن التسليم والقبض.[2]

الفرع الثاني: الهبة

أولا: التعريف اللغوي للهبة والألفاظ ذات الصلة

1) الهبة: العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهي من أبنية المبالغة غيره: الوهاب، من صفات الله المنعم على عباده، والله تعالى الوهاب الواهب. وهبت له هبة، وموهبة، ووهبا إذا أعطيته. ورجل وهاب ووهاب و وهوب ووهابة أي كثير الهبة لأمواله. والاتهاب: قبول الهبة وأوهب لك الشيء: أمكنك أن تأخذه وتناوله. والموهبة: العطية.[3]

---

[1] مايا دقايشية، **أحكام الرجوع في عقود التبرعات**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 119.

[2] التعريف من إجتهاد الباحثة.

[3] ابن منظور الإفريقي، مرجع سابق، المجلد الأول، ص 804.

وجاء في محكم التنزيل بقوله تعالى: ﴿**رَبَّنَا لَا تُزِغ قُلُوبَنَا بَعدَ إِذ هَدَيتَنَا وَهَب لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحمَةً إِنَّكَ أَنتَ ٱلوَهَّابُ**﴾.[1] وقال الله تعالى: ﴿**وَوَهَبنَا لَهُ مِن رَّحمَتِنَا أَخَاهُ هَٰرُونَ نَبِيّا**﴾.[2]

2) **العطية**، العطى: جمع عطية، الإعطاء: هو المناولة، واستعطى: سأله، التعاطي: التناول.[3]

3) **الصدقة**: ما تصدقت به على الفقراء والصدقة: ما أعطيته في ذات الله للفقراء أو المساكين، والمتصدق: الذي يعطي الصدقة. وفي التنزيل: "و تصدق علينا" وقيل معنى تصدق ههنا تفضل بين الجيد و الردي. والمتصدق: القابل للصدقة.[4]

4) **النحل**، بالضم: إعطاؤك الإنسان شيئا بلا استعاضة، وعم به بعضهم جميع أنواع العطاء، وقيل: هي الشيئ المعطى، وقد أنحله مالا ونحله إياه، وأبى بعضهم هذه الخيرة. والنحل: العطية والهبة ابتداء من غير عوض ولا استحقاق.[5] النحلى اسم للهبة إذا كانت للأولاد، ويقال: النحل، والنحلة. وقد استعمل اسم النحلة في العطية للأولاد، خاصة بمناسبة الزواج.[6]

1) **التبرع**، تبرع بالعطاء: تفضل بما لا يجب عليه، وفعله متبرعا: متطوعا.[7]

2) **الهدية**: ما أتحف به.[8]

---

[1] سورة آل عمران، الآية 8.

[2] سورة مريم، الآية 53.

[3] الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 410.

[4] ابن منظور الإفريقي، مرجع سابق، المجلد العاشر، ص 196.

[5] المرجع نفسه، المجلد الحادي عشر، ص 650.

[6] محمد الحبيب التجكاني، **نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية (دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري)**، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1983م، ص24.

[7] الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 6.

[8] المرجع نفسه، الجزء الرابع، ص35.

ثانيا: الفرق بين الهبة والألفاظ المشابهة

الهبة تشمل الهدية والصدقة: لأن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج، فهي صدقة، وإن حملت إلى مكان المهدي إليه إعظاما له وتوددا، فهي هدية وإلا فهي هبة. والعطية: هبة في مرض الموت.[1]

ثالثا: التعريف الفقهي للهبة

عرفت الهبة عند الفقهاء المذاهب الأربعة بعدة تعريفات منها:

1) **عرفها الأحناف** بأنها: تمليك بلا عوض.
2) **عرفها المالكية** بأنها: تمليك بلا عوض و لثواب الآخرة صدقة.
3) **عرفها الشافعية** بأنها: التمليك بلا عوض فإن كان محتاجا لثواب الآخرة فصدقة.[2]
4) **عرفها الحنابلة** بأنها: تمليك في حياته بغير عوض.[3]

فالهبة: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا.[4] والملاحظ أن التعريفات السابقة اتفقت على أن الهبة تمليك بلا عوض.

5) **التعريف المختار وشرح**

الهبة: تمليك ذات من غير عوض، مقصود به وجه من أعطيت إليه، فيخرج ب(تمليك الذات) تمليك المنفعة، فلا يسمى هبة، مثل العارية والوقف والنكاح والعمرى، وقيد (من غير عوض) يخرج به البيع، وهبة الثواب، وقيد (مقصود به وجه من أعطيت إليه) يخرج به الصدقة فإعطاء الذات بعوض، هبة الثواب،[5] وإعطاؤها من غير عوض لوجه من أعطيت

---

[1] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء الخامس تتمة العقود، الملكية وتوابعها، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1985م، ص 5.

[2] يوسف بن مساعد الشريف، **الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في الوقف والهبة واللقطة واللقيط دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1235هـ- 2014م، ص 253.

[3] المرجع نفسه، ص 254.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 5.

[5] صادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، الجزء الرابع، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002م، ص 247.

إليه، هبة غير الثواب، وإعطاؤها لوجه الله هو الصدقة، وإذا قصد بالإعطاء الأمران معا، وجه الله ووجه من أعطيت إليه، فهو صدقة أيضا عند أكثر علمائنا.

وهبة غير الثواب، هي والهدية شيء واحد، قد يتميزان بالقرائن والمرتبة، فإذا كانت العطية للتكريم، تودد إلى من حملت إليه، فهي هدية، وإن كانت لإعانته فهي هبة.[1]

رابعا: التعريف القانوني للهبة

سنتناول تعريف الهبة في قانون الأسرة الجزائري، وتعريفها في بعض القوانين المقارنة.

1) الهبة في قانون الأسرة الجزائري

نظم المشرع أحكام الهبة في قانون الأسرة الجزائري، وتناولها في المواد من 202 إلى212 منه حيث جاء في نص المادة 202 "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط". [2] من خلال نص المادة السابقة المشرع لم يعرف الهبة بأنها عقد. وبقراءة نص المادة 206 من نفس القانون تدارك النقص، فقد جاءت المادة على نحو التالي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول،... ". النص جاء صريحا و واضحا بأن الهبة عقد وهذا بعبارة (تنعقد).

2) تعريف الهبة في بعض القوانين المقارنة

أ- **القانون المصري**: تناول القانون المدني المصري أحكام الهبة في المواد من المادة 486 إلى المادة504 وخص تعريف الهبة في المادة 486 بقوله: "الهبة عقد يتصرف به الواهب في مال دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد من عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له

[1] صادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 247.

[2] المادة 202 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد24، المؤرخ في 12 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18محرم عام 1426 الموافق 27 يونيو سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، ص 923.

القيام بالتزام معين".[1] تعريف القانون المدني المصري ورد نفس في المادة 475 من القانون المدني الليبي والمادة 454 من القانون السوري والمادة 106من القانون العراقي.[2]

ب-**القانون التونسي:** عرف المشرع التونسي في الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية الهبة بقوله "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض. ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين و تسمى هبة عوض".[3] يلاحظ هذا التعريف أقرب إلى تعريف القانون المصري.[4]

ت-**القانون المغربي:** عرف المشرع المغربي الهبة في المادة 273 من مدونة الحقوق العينية على أنها" الهبة، تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".[5]

ث-**مجلة الأحكام العدلية:** جاء في المادة 833 منها أن " الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضا".[6]

---

[1] أنور طلبة، **العقود الصغيرة الهبة والوصية**، المكتب الجامعي الحديث، بدون ذكر مكان النشر، 2004م، ص 28.

[2] عبد المالك رابح، **النظام القانوني لعقود التبرع (الوصية، الهبة، الوقف) في القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2016م-2017م، ص 82.

[3] الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية، ص37، موقع وزارة العدل التونسية، عبر الرابط التالي: http : //www. justice. dov. tv ، تاريخ الاطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة 12:24.

[4] عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص82.

[5] ظهير شريف رقم 1. 11. 178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ قانون رقم 08. 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، المادة 273، الجريدة الرسمية العدد 5998، ص5607، نشر بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، الموقع المملكة المغربية، الأمانة العامة للحكومة، عبر الرابط التالي: https: //www. sgg. gov. ma، تاريخ الاطلاع يوم 2021/03/27م، على الساعة 12:45.

[6] علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مرجع سابق، المجلد الثاني الحوالة -الرهن -الأمانات- الهبة -الغصب - الحجر والإكراه والشفعة، ص 389.

ج- **القانون الفرنسي:** فقد عرف المشرع الفرنسي الهبة في المادة 894 من القانون المدني الفرنسي بأنها" تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها".[1]

3) مقارنة بين التعاريف القانونية

جاءت المادة 2/202 من قانون الأسرة الجزائري " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط". في حالة هبة بعوض، لم يؤكد المشرع الجزائري على عدم تجرد الواهب من نية التبرع مما قد يكون التزام الذي يقوم به الموهوب له أقل مما يكسبه من قيمة الشيء الموهوب فيكون عقد تبرع، أما إذا كان العوض يساوي الشيء الموهوب أو قاربه في القيمة فيكون عقد معاوضة.

أما المادة 486 من القانون المدني المصري والفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية اتفقا على أن لا يتجرد الواهب من نية التبرع في حالة الهبة بعوض، فجاءت العبارة (... دون أن يتجرد من نية التبرع...).

أما عبارة (... يتخلى الواهب... لصالح الموهوب له...) تدل على نية التبرع في المادة 894 من القانون المدني الفرنسي. وبما هو متفق عليه أن نية التبرع هي أهم خاصية في عقد الهبة،

وكذا خاصية أن الهبة عقد بين الأحياء، وهذا عبرت جاءت في المادة 894 من القانون المدني الفرنسي بذلك(يتخلى به الواهب حالا... لصالح الموهوب له الذي قبلها). أما المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري لم ترد فيها كلمة (الأحياء) إنما تستشف من عبارة (... تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول...) وهما يمثلان ركن التراضي وهو أساس كل العقود بما فيها عقد

[1] كحيل حكيمة، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: **عقد الهبة**، موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، السنة الجامعية: 2017م-2018م، ص7.

الهبة، وذلك بتطابق الإيجاب(الواهب) وقبول(الموهوب له) بخلاف الوصية التي هي تصرف قانوني بإرادة منفردة إي الإيجاب فقط.

ونصت المادة 837 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض".[1] جاء النص مطابقا لنص " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة... " للمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، ماعدا اختلفا في كلمة الحيازة وكلمة القبض.

المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة وتمييزه من التصرفات المشابهة له

في هذا المطلب، نتناول خصائص عقد الهبة في الفرع الأول، وتمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص عقد الهبة

ومن التعاريف القانونية وفقهية السابقة، فإنه تبرز خصائص تمييز عقد الهبة عن سائر العقود.

أولا: الهبة عقد بين الأحياء

نصت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " يتضح من النص أن الهبة عقد بين الأحياء، والتعاقد بين الموجب (الواهب) والقابل (الموهوب له) لا يتم إلا في حياة الواهب والموهوب له، فيجوز للواهب تمليك الشيء الموهوب للموهوب له في الحال أو في المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حيا. وبهذا، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت، وذلك يعد هذا التصرف وصية لا هبة.[2]

ثانيا: الهبة عقد تبرع

إن عقد الهبة من عقود التبرع و حتى تتحقق الهبة يجب توفر عنصران هما:

---

[1] علي حيدر **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مرجع سابق، المجلد الثاني الحوالة –الرهن – الأمانات– الهبة –الغصب– الحجر والإكراه والشفعة، ص 396.

[2] شيخ نسيمة، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة – الوقف– الوصية)**، دار هومة للطباعة والنشر ولتوزيع، الجزائر، 2012 م، ص 18.

1) تصرف الواهب في ماله بلا عوض(العنصر المادي)

نصت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري " الهبة تمليك بلا عوض... "، الواهب يتصرف في ماله أو جزء منه دون مقابل، فيترتب على هذا التصرف افتقار في لذمته وإثراء ذمة الموهوب له.

وما يميز الهبة أنها " تبرع محض يلتزم فيه الواهب بإعطاء شيء، وبنقل ملكيته دون مقابل سواءا كان عقارا أو منقولا، وحق انتفاع، أو حق استعمال، أو حق سكنى، أو حق ارتفاق.[1] وحيث كانت الهبة تصرف في المال، فلا تندرج فيها الكفالة العينية".[2] ونصت المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري على: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير".[3] كما أنه لا تحول من قيام الهبات المتبادلة، كأن يهب الواهب شيئا، ثم يهب الموهوب له شيئا آخر للواهب فتكون الهبتان متبادلتين، فكل من الهبتين ليسا عوضا عن الهبة الأخرى لأن كلا الواهبان لم يتجردا من نية التبرع.[4]

1) نية التبرع: (العنصر المعنوي)

لقيام العنصر المعنوي في الهبة، يجب تحقق نية التبرع. قد يقدم الشخص في التصرف بماله بدون مقابل ولا تصاحب هذا التصرف نية التبرع، كأن يوفي بالتزام طبيعي، فيكون التصرف الذي أقدم عليه وفاءا لا تبرعا، أي هبة غير مباشرة لا هبة مباشرة.[5]

---

[1] بدران ابو العينين بدران، **المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها**، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1985م، ص 214.

[2] بدران ابو العينين بدران، المرجع السابق، ص 215.

[3] المادة 205 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ص923.

[4] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000م، ص 12.

[5] المرجع نفسه، ص 15.

ثالثا: الهبة عقد ملزم لجانب واحد

يتصف عقد الهبة بأنه عقد ملزم لجانب واحد، إذ أن الواهب ملزم لإعطاء شيء أو نقل ملكيته للموهوب له، مقارنة مع الموهوب له الذي لا يقع على أي التزام اتجاه الواهب إلا في حالة الهبة بعوض يكون ملزم بتنفيذ الشرط الذي اتفقا عليه في العقد.[1]

رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني

1) الشكلية

المشرع الجزائري أوجب في العقود التي يكون محلها عقارا أن تحرر وفق ما نظمه القانون وإلا كان التصرف تحت طائلة البطلان، ومن تم تعتبر الهبة من العقود الشكلية، التي يجب إفراغ إرادة الواهب والموهوب له في عقد رسمي يحرره الموثق، ويخضع العقد إلى إجراءات الشهر لنقل الملكية.[2]

2) العينية

الهبة عقد عيني، إذ لا يتم بالتراضي، وقيام الشكلية فقط، بل زيادة عليهما، يجب تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له وتمكينه من حيازته سواءا كان محل منقولا أو عقارا، الحيازة ركنا فيه.[3]

الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له

الهبة تشبه بعض التصرفات في عدة أوجه، ولتوضيح الشبه والاختلاف بين هذه التصرفات وبين عقد الهبة، تطرقنا لها كما يلي:

أولا: تمييز عقد الهبة عن الوصية

إن الهبة والوصية يعتبران من التصرفات التبرعية، إلا أن الوصية تختلف عن الهبة في أوجه عدة أهمها:

---

[1] منصوري نورة، **هبة العقار في التشريع**، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010 م، ص 24.

[2] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 23.

[3] المرجع نفسه، ص 23.

1) من حيث طبيعة التصرف

"تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."، هذا ما جاء في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، فهي عقد يوجب تطابق إرادة الواهب والموهوب له، أما الوصية فهي تصرف بإرادة واحدة.

2) من حيث الشكل

أوجب المشرع الجزائري الكتابة الرسمية في عقد الهبة إذا كان محل العقد عقارا، كونه عقد شكلي، أما الوصية فهي تصرف بإرادة منفردة و الكتابة فيها تعتبر وسيلة إثبات وفق المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري وليست ركنا لانعقادها.[1]

3) من حيث الرجوع

لا يمكن الرجوع في الهبة وفق قانون الأسرة الجزائري، باستثناء حالات محددة في المادة 211 من نفس القانون. أما الوصية يمكن للموصي أن يرجع في وصيته متى أراد ذلك، وهذا حسب المادة 192 من القانون الأسرة الجزائري.[2]

4) من حيث حدود التصرف في المال المتبرع به

إن الهبة في التشريع الجزائري مطلقة غير مقيدة بقدر معين، يجوز للواهب شرعا وقانونا أن يهب كل ماله أو جزء منه إلى الموهوب له ما لم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت، أما الوصية فهي نافذة في حدود الثلث وما زاد عنه فإنه يتوقف على إجازة الورثة، المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

5) من حيث الأثر

تنتج الهبة آثارها من وقت استكمال شروط إنقاذها، فهي عقد تمليك في الحال و هذا ما لم تكن مقترنة بشرط أو أجل يترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد حياة

---

[1] شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 25.

[2] عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 87.

[3] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص 13.

الواهب، فهي منجزة. أما الوصية، تصرف الموصي في ماله مضاف إلى ما بعد الموت، فهي غير منجزة، فهي منعدمة الأثر من وقت صدورها إلى وقت وفاة الموصي. فلا تنتقل ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي.[1]

ثانيا: تمييز عقد الهبة عن الوقف

عرفت المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري الوقف بأنه: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".[2] وعرفته المادة 31 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري بما يلي: " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواءا أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".[3]

وعرفت المادة 03 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف بأن " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".[4]

---

[1] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 26.

[2] المادة 213من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ، ص 924.

[3] المادة 31من فانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد49، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 م، ص1563.

[4] المادة 03من قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، المؤرخ في 08 أفريل 1991م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، ص 690.

بقراءة التعاريف السابقة يتضح أن الوقف يختلف عن الهبة في عدة أوجه أبرزها:

1) من حيث التمليك

الوقف هو حبس العين عن التمليك على وجه التأبيد، فالوقف عندما يستوفي كل شروط الانعقاد يتحرر الموقوف من ملكية الواقف ويكتسب الشخصية المعنوية وبالتالي لا يمكن التصرف فيه بأي وجه من أوجه التصرف الناقل للملكية، بخلاف الهبة فهي تمليك بلا عوض، أي أن الواهب يتجرد من ملكية الشيء الموهوب لصالح الموهوب له الذي تنتقل له ملكية محل عقد الهبة.[1]

2) من حيث طبيعة التصرف

يصدر الوقف من جانب واحد، وهذا يكفي لانعقاده بإرادة الواقف لوحدها، أما الهبة فهي عقد يتطلب تطابق إرادة المتعاقدين الواهب والموهوب له.

3) من حيث الأثر

كلا من الوقف والهبة متى نشآ صحيحين واستوفيا شروط الانعقاد فإنهما يرتبان أثارهما فوريا، إلا إذا جاء الوقف على صفة وصية هنا يطبق عليه أحكام الوصية، فترتب أثارها إلى ما بعد الموت.[2]

[1] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 27.

[2] المرجع نفسه، ص 28.

المبحث الثاني: أركان عقد الهبة

الهبة عقد كسائر العقود من حيث النشأة، فهو يتكون من أركان عامة والتي تتمثل في التراضي، المحل والسبب بالإضافة إلى الأركان الخاصة التي يتميز بها عن باقي العقود وهي الحيازة والشكلية.

لذا قسمنا المبحث إلى مطلبين. الأول خصصناه للأركان العامة لعقد الهبة، والثاني للأركان الخاصة لعقد الهبة.

المطلب الأول: الأركان العامة لعقد الهبة

يعد التراضي أساس كل العقود إذ يبنى على توافق إرادة طرفي العقد على موضوع العقد وهو محله الذي يكون دافع المشروع لتعاقد. فأركان العامة لعقد الهبة هي: التراضي، المحل والسبب.

الفرع الأول: التراضي في عقد الهبة

يفترض في العقود ومنها عقد الهبة أن يكون رضا الطرفين صحيحا وقت الإنعقاد، بحيث يجب تطابق الإيجاب والقبول، وكذا توجه إرادة المتعاقدين إلى إحداث آثار قانونية المرجوة من العقد، وهذا بتوفر شروط الصحة من الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.[1]

أولا: تطابق الإيجاب والقبول

جاء في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... ".

1) **الإيجاب:** الإيجاب الصادر من الواهب الذي يعبر فيه عن إرادته بأن يملك الموهوب له حالا شيئا يملكه وبدون مقابل. والإيجاب يكون بكل الألفاظ التي تدل عليه بقول الواهب "وهبتك كذا"، "ملكتك". والتعبير عن الإرادة يكون بالفظ والكتابة والإشارة وهذا حسب المادة 60 من القانون المدني الجزائري.[2]

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 25.

[2] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 34.

أن المادة 205 من قانون الأسرة جاءت على إطلاق الهبة، فالواهب بإمكانه أن يهب جزء من ممتلكاته أو كلها، عينا كانت أو منفعة أو دينا لدى الغير، لكن التدخل في إرادته يتجاوز حدود صلاحيات القاضي،[1] و ذلك أكده القرار رقم 572205 الصادر في 25-07-2010 الذي جاء فيه(لكن حيث خلافا لمزاعم الطاعنة وبمراجعة القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة الموضوع اعتبروا أساسا في قرارهم المنتقد على احترام إرادة الواهب فيما ذهب إليه واعتبروا بذلك أن عقد الهبة التي أبرمها صحيحة).[2]

2) **القبول:** هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب، فهو الموافقة على الإيجاب لإنشاء العقد، وصدوره يتأخر غالبا عن صدور الإيجاب، ويسمى الإرادة الثانية والإيجاب الإرادة الأولى.[3] ويكون القبول بالفظ الصريح أو تسلم الشيء الموهوب أو بالإشارة المعبرة على القبول في حالة عدم القدرة على التعبير. وسكوت الموهوب له يعتبر قبولا إذا كانت هبة بدون مقابل هذا حسب ما جاءت به المادة 68 من القانون المدني الجزائري. ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية " السكوت في معرض الحاجة بيان".[4]

ويشترط لقيام ركن التراضي تطابق الإيجاب والقبول لانعقاد الهبة، فإذا انعدم هذا التطابق كإعطاء الواهب المحل على سبيل الهبة وقبله الموهوب له على سبيل العارية مثلا، لم تنعقد الهبة، فالتطابق أمر وجوبي لا يعدل عنه أو يقيد منه أو يزيد عليه وإلا اعتبر إيجابا جديدا.[5]

والتعبير عن الإرادة ينتج أثر القانوني في حين اتصاله بعلم من وجه إليه، ووصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يكون هناك دليل على عكس ذلك، هذا ما نصت به المادة

---

[1] مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 124.

[2] القرار رقم 572205 الصادر بتاريخ 2010/07/25، مجلة القضائية لسنة 2010، العدد 2، ص 272.

[3] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)**، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، 2012م، ص109.

[4] علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م، ص 32.

[5] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص36.

61 من قانون المدني الجزائري. كما أنه إذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه، الهبة لا تنعقد لعدم اقتران الإيجاب بالقبول. أما موت الموهوب له أو فقدانه للأهلية فيترتب على ذلك حالتين:

- ✓ إن مات الموهوب له قبل صدور قبوله، لا تنعقد الهبة لأن حلقة التعاقد لم تكتمل، لأن العرض موجه للموهوب له دون ورثته؛
- ✓ أما إذا مات بعد صدور القبول وقبل وصوله إلى علم من صدر منه الإيجاب، فالقبول يبقى قائما وينتج أثره إذا اتصل بعلم الواهب، فالهبة تنعقد، المادة 62 من قانون المدني الجزائري.[1]

ثانيا: شروط الصحة

لا يقتصر وجود ركن التراضي في عقد الهبة فقط، بل يشترط أن يكون صحيحا، فيصدر من هو أهلا للتعاقد، وأن يكون هذا الرضا خاليا من عيوب الإرادة.

1) الأهلية في عقد الهبة

الأهلية التي أوجبها القانون للتعاقد هي أهلية الأداء مما يمكن تمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له.

أ- **أهلية الواهب:** بما أن الواهب يقدم بالتبرع بماله، ويعد هذا التصرف مفقر لذمته المالية، فإن المشرع شدد في أهلية الواهب القانونية مقارنة بأهلية الموهوب له، إذ أوجب عليه أهلية الافتقار أو التبرع وهي أن يبلغ الواهب سن الرشد 19 سنة كاملة حسب المادة 40 من قانون المدني الجزائري وغير محجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر، ونصت المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري "تشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجوز عليه".[2] وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13

[1] شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 37.

[2] المادة 203 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ص923. ملاحظة: أصل الكلمة" محجور " وليست " محجوز". وهو خطأ مادي ورد في نص المادة في الجريدة الرسمية.

تحت رقم 273529 أنه (بأن المرض العقلي الذي يمنع التصرف القانوني يثبت بخبرة طبية تكون صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية ولا يكون إثبات ذلك بشهادة الشهود).[1]

ب-أهلية الموهوب له.

لقد اكتفى المشرع بالنسبة لأهلية الموهوب له بوجود سن التمييز، ذلك أن الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا له هذا ما نصت به المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري. كما أن ناقص الأهلية كالصبي الغير مميز والمجنون والمعتوه لا تتوفر لديهم أهلية الأداء لقبول الهبة، فينوب عنهم الولي أو الوصي أو القيم هذا حسب المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري. وفي حالة أن الموهوب له يكون جنينا، فتصح الهبة إذا ولد حيا، وهذا ما أكدته المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

2) خلو الرضا من عيوب الإرادة

تعد عيوب الإرادة كلا من الغلط، الإكراه، التدليس و الاستغلال.

أ- **الغلط:** الغلط هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد. وكي يعتد بالغلط، لا بد أن التوهم يدفع المتعاقد إلى التعاقد.[3] والغلط نصت عليه المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري، فجاءت المادة 81 منه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"،[4] كي تكون الهبة قابلة للإبطال بسبب الغلط، يجب أن يكون الغلط جوهريا. وغلط جوهري قد يكون في الشيء الموهوب، أو في شخص الموهوب له، أو في القيمة، أو في الباعث.[5]

---

[1] القرار رقم 273529 الصادر بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد2، ص289.

[2] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 29.

[3] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة)**، مرجع سابق، ص 162.

[4] المادة 81 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، ص 994.

[5] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 107.

ب-**التدليس:** هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد. والتدليس يقترن مع الغلط، في كون هذا الأخير وهما تلقائيا، أما التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليط، أي الإيقاع في الغلط.[1] فمتى استعملت طرق احتيالية لدفع الواهب للتبرع، يتحقق التدليس كعيب للإرادة، فيؤثر على رضائه ويفسده، حتى ولو كان بالكذب أو الكتمان وقد نصت عليه المادة 86 من قانون المدني الجزائري.[2] فإذا تبرع الواهب تحت تأثير التدليس، جاز له طلب إبطال العقد. أما إذا صدر التدليس من الغير، فالواهب ليس له أن يطلب إبطال العقد، إلا في حالة إذا أثبت أن الموهوب له على علم بذلك أو يفترض أن يعلم به تطبيقا لنص المادة 87 من قانون المدني الجزائري.[3]

ت-الإكراه: هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، وهذا هو الإكراه المعنوي.[4] والإكراه لا يعدم الرضا بل يفسده، فالإرادة موجودة ولكن مكرهة وتفتقد إلى أحد عناصرها الأساسية وهي الحرية والاختيار.[5] فقد يؤثر الموهوب له على نفسية الواهب بنفوذ أدبي فيحمله على هبة ماله لصالحه.[6] في هذه الحالة له إبطال الهبة طبقا للمادة 88 من القانون المدني الجزائري. أما إذا صدر كراه من شخص آخر غير الموهوب له، الهبة لا تبطل إلا في حالة إثبات الواهب أن الموهوب له متواطئا مع الغير، أو كان مفترض أن يعلم به المادة 89 من القانون المدني الجزائري.[7]

---

[1] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة)**، مرجع سابق، ص 176.

[2] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م، ص 35.

[3] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص 26.

[4] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)**، مرجع سابق، ص 186.

[5] بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، الجزء الأول، الطبعة السادسة، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008م، ص 115.

[6] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف**، مرجع سابق، ص 35.

[7] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص 27.

ث-**الاستغلال:** هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن العقد فادح به.[1] فهو استغلال لأحد أطراف العقد ضعف الطرف للآخر من أجل الحصول على مزايا منه.[2] والاستغلال من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة، فالواهب كثيرا ما يستغل من الموهوب له لطيش بينا أو هوى جامحا. فإذا أبرم العقد بإرادة معيبة من الواهب بسبب الاستغلال، جاز له إبطاله إعمالا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري.[3] وإذا تحقق الاستغلال، كان للواهب إحدى الدعوتين: الأولى دعوى الإبطال، فإذا اختارها دعوى الواهب، كان للقاضي أن يلبي طلبه، فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب أقدم على الهبة بدافع الاستغلال. أما الثانية فهي دعوى الإنقاص، إذا رأى القاضي أن إرادة الواهب لم يعيبها الاستغلال إلى هذا الحد، والواهب كان مقدم على الهبة دون الاستغلال، فالقاضي يقتصر على إنقاص الهبة إلى القدر الذي سيهبه الواهب. ويمكن للموهوب له تلقائيا إنقاص الهبة على هذا النحو، فيتدارك بذلك إبطال الهبة كلها. وإذا كانت دعوى الإنقاص اختيار الواهب منذ البداية، فالقاضي ليس له أن يبطل الهبة، وإلا فأنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب، وإنقاص الهبة يقتصر إلى حد الذي يرفع عنه أثر الاستغلال.[4]

الفرع الثاني: المحل في عقد الهبة

يعد المحل أو الشيء الموهوب ركنا في عقد الهبة، والهبة عقد ملزم لجانب واحد هذا هو الأصل، إلا إذا كانت هبة بعوض فتكون التزامات متقابلة بين الواهب والموهوب له، هذا ما نصت به المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا: شروط المحل

يشترط في محل عقد الهبة ما يشترط به في محل جميع العقود. والشروط كما يلي:

---

[1] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)**، مرجع سابق، ص 198.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 127.

[3] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص 27.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 112.

1) أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود

المحل يجب أن يكون موجود وقت إبرام العقد أو محققا الوجود مستقبلا وقت التنفيذ، أما إذا كان مستحيل التحقق وهنا الاستحالة مطلقة، فالهبة باطلة بطلانا مطلقا لأنه استحالة في ذاته، المادة 93 من القانون المدني الجزائري. [1] ويراع أن تكون الاستحالة المطلقة هي التي تقع وقت إبرام العقد كي تمنعه من أن ينشأ. [2] كما أن وهبة الأموال المستقبلية باطلة، مأخوذة من الشريعة الإسلامية التي تشترط وجود موضوع العقد عند الانعقاد في كل العقود، إلا الإمام مالك الذي يرى أن الموهوب هو كل مملوك يقبل النقل مباح في الشرع كان معلوما أو مجهولا، فهبة البعير الشارد صحيحة، والكلب المؤدون، وكذا هبة الثواب، والثمار قبل بدو صلاحها"، [3] وهذا الحكم موافق لنص المادة 1/92 من القانون المدني الجزائري.

2) أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

إذا كان محل الهبة معينا أو قابلا للتعيين تسري عليه القواعد العامة، [4] فهذا التعيين للمحل يجب أن يكون معينا بذاته مثل تحديد مساحة المنزل، موقعه وحدوده، أو أن يكون معينا بنوعه ومقداره مثل نوع القمح، وزنه، المادة 94 من قانون المدني الجزائري، وإلا كان العقد باطلا. فتعيين الشيء الموهوب يرفع عنه الجهالة. [5] يجب أن يكون الموهوب معلوما، إن كان نقودا بالعدد أو أرضا بالحدود... إلخ، أما في حالة تعدد الموضوع لزم التحديد لرفع اللبس، هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي.

أما الإمام مالك يرى هبة المجهول صحيحة، وهذا وإن لحق الموهوب له غررا لا يضره لأنه لم يدفع عوضا عن محل العقد، وأنه بالإمكان تعيين المحل بوقت لاحق. ومثل المجهول

---

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 33.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح **في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة)**، مرجع سابق، ص 207.

[3] عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص106.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 113.

[5] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 33.

عند المالكية والحنابلة، هو هبة المال المشاع، من مال معين، كنصف المسكن أو حصة معلومة من الشركة كالثلث أو الربع، لأن الجهالة من هذا النوع في عقود التبرع يتسامح فيها.[1]

3) أن يكون المحل مشروعا وصالح التعامل فيه

أن يكون الشيء الموهوب مشروعا، أي لا يخالف النظام العام والآداب العامة، فلا يجوز شرعا وقانونا أن موضوع الهبة مخدرات مثلا، وهذا وفق المادة 93 من قانون المدني الجزائري، أو الأشياء التي بحكم طبيعتها تخرج من دائرة التعامل بها.[2] ويوجد أشياء منع المتعامل بها يرجع للقانون مثل تصرف بالتركة وصاحبها على قيد الحياة، هذا التصرف يكون باطل، إلا في الحالات التي يحددها القانون في المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري.

4) أن يكون المحل مملوكا للواهب

يجب على الواهب أن يكون مالكا لما تصرف فيه، ويرى الفقهاء المسلمون قديما وحديثا على أن الواهب يمكن له هبة كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو لدا الغي، وهذا يتفق مع ما نصته المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

ثانيا: هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع

قد يهب الواهب عقارا ويشترط على الموهوب له أن ينتفع به ما دام حيا ضمانا لمستقبله، حيث يدرج هذا الشرط في العقد. والسؤال المطروح:

هل تنصب الهبة على ملكية الرقبة مع تمسك الواهب بحق الانتفاع؟

جاء في المدونة أن "الاشتراط في الهبة يخرجها من المعروف والإحسان إلى المخاطرة والغرر، فتكون باطلة، ومن الأمثلة ذلك ما يعرف عند علمائنا بالرقبى، وهي أن يكون بين شخصين عقار، فيقول كل منهما للآخر: من مات منا أولا كانت حصته للآخر، فهذا العقد فاسد، يجب رده لما فيه من الغرر، فكأن كل واحد يرقب موت صاحبه".[4] وفي الصدد نفسه

[1] محمد الحبيب التجكاني، مرجع سابق، ص 18.

[2] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 34.

[3] عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 107.

[4] صادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 259.

صدر عن المديرية العامة لأملاك الدولة مذكرة تبين فيها كيفية تطبيق نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت تحت رقم 89 بتاريخ 1995/02/12 (فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنها تمليك بلا عوض، فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل "حق الملكية" أي ملكية الرقبة وحق التمتع).[1]

الفرع الثالث: السبب في عقد الهبة

إن نظرية السبب تسري عل كل العقود من بينها عقد الهبة، والسبب هو الباعث الذي يدفع الواهب إلى التبرع بالمال بدون عوض، ويشترط فيه مشروعية وإلا كانت الهبة مآلها البطلان المطلق إذا خالفت النظام العام والآداب العامة وهذا وفق المادة 97 من القانون المدني الجزائري.[2] ومن أشهر تطبيقات عدم مشروعية السبب في الهبة ما استقر عليه القضاء المصري من أنه إذا وهب الخليل لخليلته هبة، وكان الدافع هو إيجاد علاقة غير مشروعة بينهما، فالهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث. أما إن كان الدافع هو تعويضها عن الضرر بسبب العلاقة الغير الشريفة بعد انقطاعها، فالهبة صحيحة لمشروعية السبب.[3]

أولا: الهبة المقترنة بشرط معين

للواهب الحق في أن يشترط على الموهوب له وفق ما نصت به المادة 2/202 من قانون الأسرة الجزائري. لكن لو كان هذا الشرط غير مشروع أو مستحيل؟

إذا كانت الهبة المقترنة بشرط مستحيل أو غير مشروع، الهبة تقع صحيحة ويلغى الشرط، أما إذا كان الشرط هو السبب للتبرع، في هذه الحالة الهبة باطلة، ومثل الهبة بالمقترنة بشرط غير مشروع أن يطلب شخص من طليقته عدم الزواج مقابل هبة يمنحها لها، فإن كان الشرط هو سبب الهبة، بطلت وألغي الشرط معها. أما إذا لم يكن هو الدافع إلى التبرع ألغي الشرط وصحت الهبة. ومثال الهبة المقترنة بشرط مستحيل: أن يهب شخص مسكن لآخر،[4]

---

[1] عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 108.

[2] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف**، مرجع سابق، ص 28.

[3] بدران ابو العينين بدران، مرجع سابق، ص 232.

[4] المرجع نفسه، ص 233.

ويقرن هبته بشرط فيرتب على الموهوب له دفع أموال لشخص لآخر مدى الحياة، ثم يتبين أن الشخص الذي سيستفيد من الموال قد توفي قبل صدور الهبة، وعلى هذا ينظر إلى الشرط إذا كان هو الباعث، بطلت الهبة. أما إن كان لا، فالهبة صحيحة ويلغى الشرط.[1]

ثانيا: الهبات والهدايا في الخطبة

أن ما يقدمه أحد الخاطبين للآخر، أو يقدمها أقاربهما لهما، أو لأحد منهما من الهبات والهدايا، إنما الدافع لها هو إتمام الزواج. فإن عدل عن الخطبة، انعدم السبب وبه بطلت الهبة.[2] لهذا على الموهوب له أن يرد ما قدمه الواهب بشرط أن يكون موضوع الهبة موجودا كالمجوهرات حتى يمكن ردها بذات، أما ما استهلك، فالواهب قد وهبها على أن تستهلك ومن المفروض أنها لا تسترد مهما كان مآل الخطبة.[3]

وفي الشريعة الإسلامية في مذهب أبي حنيفة، الهدية نوع من الهبة فيجوز رجوع الخاطب فيها، ولا مانع في ذلك، لأنها قبل الزواج، والرجوع يمنعه قيام الزوجية وقت الهبة – وجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز الرجوع في الهدية كما لا يجوز الرجوع في الهبة– والمختار في المذهب مالك أنه تمام الزواج يمنع الرجوع. فإن كان عدول منه فلم يعقد عليها، فإن عدل الخاطب فلا رجوع، أما إذا كان العدول من المخطوبة، فيرجع للخاطب فيما أهداه إن الهبة باقية، أو بمثلها أو قيمتها إن هلكت، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط فيعمل به.[4] وهذا موافق لما نصت به المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] بدران ابو العينين بدران، المرجع السابق، ص 233.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 132.

[3] بدران ابو العينين بدران، مرجع سابق، ص 233.

[4] المرجع نفسه، ص 234.

المطلب الثاني: الأركان الخاصة في عقد الهبة

يعد عقد الهبة من العقود الناقلة للملكية، ويختص عن باقي العقود بخصوصية كونه عقد رضائي وعيني وشكلي في آن واحد، فركنا الحيازة والشكلية يختص بهيما مجتمعتين في حالة هبة العقار دون الهبات الأخرى. لذا خصصنا في الفرع الأول للحيازة، والفرع الثاني للشكلية.

الفرع الأول: الحيازة في عقد الهبة

هي وضع يد الموهوب له على موضوع الهبة والتمكين منه قصد السيطرة المادية، فيظهر بمظهر صاحب الحق، ولا يكون ذلك إلا بالتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له.[1]

أولا: الحيازة في هبة العقار

لانعقاد الهبة لابد من توفر الحيازة، ولم يفرق المشرع في المحل الهبة، إن كان عقارا أو منقولا. فقد جاء في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة،... ". إن من بين أركان عقد الهبة، ركن الحيازة الذي في حالة انتفاءه مآل العقد البطلان المطلق وهذا وفق الفقرة الثانية من نفس المادة.

والحيازة تقوم على طريقتين هما:

1) الحيازة الفعلية (الحسية)

تقوم الحيازة الفعلية أو المادية أو الحسية بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب للموهوب له، ويمكنه من السيطرة عليه. والحيازة الحسية تعد مظهرا من مظاهر الملكية، وتتجلى بتخلي الواهب عن المال الموهوب للموهوب له وتخصيصه له لاستعماله والانتفاع به، كدار أفرغها من محتوياتها وأثاثه وتسليمه مفتاحها، أو قطعة أرض يستغلها بدون أي تعرض.[2]

2) الحيازة الحكمية

إن الحيازة الحكمية في عقد الهبة تختلف حكمها كلا من القانون والفقه المالكي.

أ- الحيازة الحكمية وفق شراح القانون

---

[1] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف**، مرجع سابق، ص 9.

[2] مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 125.

الحيازة الحكمية وفق القانون هي أن يكون العقار في حوزة الموهوب له قبل الهبة بسبب عقد آخر، كعقد إيجار أو عقد عارية، فعند إبرام العقد، وقتها الموهوب له حائزا للعقار فعلا، ولا يحتاج إلى حيازة فعلية أخرى.[1] وهذا ما جاءت به المادة 207 من قانون الأسرة الجزائري. وأكد هذا المعنى ما جاء في المادة 846 من مجلة الأحكام العدلية السالفة الذكر.

ب-الحيازة الحكمية وفق الفقه المالكي

فالحيازة الحكمية وفق الفقه المالكي تكون بحيازة الواهب للمال الموهوب لصالح المحجور، ولا يبطل الحيازة بقاء محل الهبة تحت يد الواهب، فالموهوب له إن كان صغير السن أو سفيها، فإن الواهب (الولي) يحوز له، والإشهاد يكفي عنها، ويعتبر حيازة الموهوب له حيازة حكمية.

3) ثبوت الحيازة في التبرعات و من بينها الهبة بإحدى الطريقتين:

أ- **الطريقة الأولى:** بمعاينة الحيازة والإشهاد عليها من طرف شاهدين عدلين.

ب-الطريقة الثانية: الموهوب له يتصرف بمحل الهبة بالإجارة أو الزراعة أو بأي تصرف على مسمع ومرأى الواهب ودون وجود المانع. وتثبت الحيازة بالبينة السالمة من العيوب، سواء كانت شهادة عدلين أو لفيفة مستفسرة.[2]

ثانيا: الحيازة في هبة المنقول

إن المنقولات يمكن تصنيفها على نوعين: الأشياء معينة بالذات والأشياء المعينة بالنوع.

1) الأشياء المعينة بالذات: أو القيميات، هي التي في حالة تنفيد العقد توفى بذاتها. تقوم حيازتها بتسليم الشيء الموهوب للموهوب له. ويعتبر التسليم في الهبة اليدوية سند الملكية.

2) **الأشياء المعينة بالنوع:** هي المثليات التي في حالة تنفيذ العقد تكون بما إتفقا المتعاقدين عليه أو بمثلها كالمحاصيل، فهذه الأشياء لا تنتقل ملكيتها إلا بعد فرزها هذا وفق المادة 166

[1] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص54.

[2] محمد الفرحاني، **فقه التبرعات**، الفصل الرابع، المجموعة/ 5، كلية الشريعة، جامعة سدي محمد ابن عبد الله، فاس، 2019م-2020م، ص 46،

من القانون المدني الجزائري. وبعد فرزها تنتقل من أشياء معينة بالنوع إلى أشياء معينة بالذات، وبهذا يمكن حيازتها بتسليم الشيء الموهوب. والحيازة في المنقول مثلها مثل العقار تتم بالتسليم الفعلي أو الحكمي، وانتفاءها في المنقولات يرتب عنه بطلان الهبة.[1]

ثالثا: كيفية حيازة المنقول للمحجور عليه

لقد استغنى المشرع عن الحيازة في المادة 208 من القانون الأسرة الجزائري إذا كان الواهب ولي الموهوب له. إذا كان الشيء الموهوب عقارا، فإن الشكلية تغني عن الحيازة، وتثبت بها الملكية للموهوب له. أما إذا كان الشيء الموهوب منقولا، ما يثبت ملكيته للصبي مثلا في حالة وفات الواهب؟

وبالرجوع إلى الفقه المالكي نجد الجواب المفصل.

إذا كان الواهب أبا أو غيره وهب لمحجوره هبة،[2] إذا كان المال الموهوب من المثليات، لا تصح حيازة الواهب إلا بإخراج المال الموهوب من حوزه قبل حدوث له مانع يبطل الهبة ويقلبها ميراثا،[3] فهو لا يحوز من نفسه الشيء الموهوب الذي لا يعرف بعينه إلا إن ختمه بمعاينة الشهود وطبع عليه وجعله عند شخص أمين. وينبغي له شراء به عقارا لصالح الموهوب له أو نحوه مما يعرف بعينه.[4]

رابعا: مدة الحيازة في عقد الهبة

نظمت أحكام الهبة من المادة 202 إلى المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يحدد القانون المدة التي تستوجب فيها حيازة الشيء الموهوب، وهذا أكده القرار الصادر تحت رقم 121664 بتاريخ 1995/06/07 حيث جاء في إحدى حيثياته (... وبالتالي فلا محل لأي تأويل آخر ما دام قانون الأسرة قد نظم أحكام الهبة ولم يحدد للحيازة مدة معينة وأن

---

[1] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 55.

[2] أحمد الدردير، **الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، بهامشه أحمد الصاوي المالكي، حققه وراجعه وقدم له علي الهاشم، الجزء الرابع، دار الفضيلة، بدون ذكر مكان وسنة النشر، ص 570.

[3] المرجع نفسه، ص 571.

[4] محمد الفرحاني، مرجع سابق، ص 49.

المادة 222 من القانون المدني تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة كما أن المادة 208من هذا القانون لا تطبق لها في قضية الحال ومن ثم فإن الوجه المثار غير مؤسس وقضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما وعليه يتعين رفض الطعن).[1]

أما فيما يتمثل رأي الفقه المالكي في ذلك، فقد فصل في مدة الحيازة في عقد الهبة وشروطها، حيث جاء في هذا الصدد قال أبو عمران السنة معتبرة في أربع عشرة مسألة: "حوز الهبة بخلاف الرهن، وتعريف اللقطة،...".[2]

إن الحيازة في هبة المسكن لها خصوصية، ولأهميتها احتاط الفقهاء كثيرا في الهبات التي يكون محلها عقار لسكن، ولصحة الحيازة اشترطوا شرطين أساسيين هما:

1) **معاينة الإخلاء:** لحيازة المسكن يتوجب معاينة البينة لتخليته من جميع محتوياته، فإذا أخلى الواهب جزء من المسكن وبقي مقيم في باقي أجزاءه فيميز بين حالتين:

أ- إذا كان الموهوب له محجورا عليه، يجوز للواهب أن يحوز له بالإشهاد، إلا ما لا يعرف بعينه أو دار سكنى.[3] أن يسكن الواهب اقلها وأبقى الفارغ بيده، فالأقل تابع للأكثر، فتصح الهبة في الجميع، وتكون كلها للمحجور إذا حصل بعدها مانع للواهب، وإن سكن في النصف تبطل الهبة في حدوده، وصح في الجزء الفارغ، أما إن سكن الأكثر وعقد كراء على الأقل الفارغ، يبطل الجميع. لأن الأقل تابع للأكثر كما سلف الذكر.[4]

ب-أما البالغ سن الرشد فهبته صحيحة في حدود ما أفرغ له من المسكن.

2) **عدم رجوع الواهب إلى المسكن محل الهبة مدة سنة:** ابتداء من تاريخ إخلاءه، فإذا عاد وبقي فيه إلى أن حد له مانع تبطل معها الهبة، على أن رجوعه قبل سنة ومغادرته لها قبل

---

[1] القرار رقم 121664 الصادر بتاريخ 07-06-1995، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 1، ص 111.

[2] شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، تحقيق سعيد أعراب، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، ص235. بتصرف.

[3] أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 571.

[4] المرجع نفسه، ص 572.

حدوث المانع، كذلك لو رجع لتفقده لا يؤثر على صحة الهبة. فيما لو عاد تحت وطأة الخوف أو المرض أو الفقر.[1] حيث جاء في مختصر الخليل" أو رجع متخفيا أو ضيفا فمات".[2] أما إذا رجع بعد السنة من تاريخ إفراغ المسكن، فالقول الراجح أن الهبة تبقى صحيحة، لأن هذه المدة يقع بها الإشهار.[3]

خامسا: حالات الاستغناء عن الحيازة في عقد الهبة

حددت المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري حالات الاستغناء عن الحيازة في الهبة. وهذه حالات ثلاثة هي:

1) **يكون الواهب ولي للموهوب له:** إذا كان الواهب يقوم برعاية وتربية الموهوب له ويعيش في كنفه، في هذه الحالة يستغنى عن الحيازة وإجراءات التوثيق والشهر تغني عنها في هبة العقار.

2) **أن يكون الواهب زوج للموهوب له واهب:** كون الواهب والموهوب له زوجين يعيشا في مسكن واحد يتعذر قيام الحيازة الفعلية للمحل الهبة.[4]

3) **أن يكون المال الموهوب مشاعا:** استثنى المشرع عدم حيازة المال المشاع، واكتفى بالرسمية إذا كان محل الهبة عقارا، وهذا لدفع المشقة لصعوبة تحقيق الحيازة الفعلية فيه.[5]

---

[1] محمد الفرحاني، مرجع سابق، ص 50.

[2] خليل بن إسحاق المالكي، مرجع سابق، ص223.

[3] محمد الفرحاني، مرجع سابق، ص 50.

[4] مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 126.

[5] مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 127.

الفرع الثاني: الشكلية في عقد الهبة

الهبة من العقود الشكلية إذا ورد التعاقد على عقارا. وسنتناول في هذا الفرع الشكلية المباشرة وهي التوثيق، والشكلية الغير المباشرة وهي شهر التصرف.

أولا: الشكلية المباشرة

تعتبر الشكلية ركنا في التصرفات التي ألبس القانون الإرادة فيها ثوب الرسمية، فتخلف هذا الركن يرتب على التصرف البطلان المطلق.[1] ولقد جاءت المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري على "... ، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات... وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة". هنا المادة السابقة الذكر أحالت إلى قانون التوثيق رقم70-91 حيث جاء في المادة 12 منه والتي أدرج مضمونها في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني أنه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخدعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو... ". جعل المشرع الجزاء البطلان في التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، وذلك أنه ألزم إفراغها في قالب رسمي.[2]

إذا كان موضوع الهبة عقارا أوجب القانون إفراغ العقد في شكل رسمي يحرره موثق وهذا لإعطائه الصبغة الرسمية. وحيث نصت المادة 324 من قانون المدني الجزائري على" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".[3] وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 06-02 المنضم مهنة الموثق نجده أوجب بعض الشكليات لتحرير عقد الهبة وهذا ما جاءت به المادة 26 من القانون السالف الذكر، وحيث وجب تحرير عقد الهبة

---

[1] حمدي باشا عمر، **نقل الملكية العقارية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م، ص 122.

[2] مجيد خلفوني، **نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م، ص 87.

[3] المادة 324 من قانون رقم 88-14 مؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 مايو سنة 1988، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، المؤرخ في 4 مايو 1988م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، ص 749.

باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، مع كتابة المبالغ والتواريخ الأخرى بالأرقام.

ويجب أن يحتوي العقد على عناصر الملك العقاري الموهوب من تعيين وأصل الملكية، ويجب أيضا ذكر في العقد الالتزامات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب في حالة الهبة بعوض.[1] كما ألزم المشرع حضور شاهدي عدل في العقود[2] الإحتفائية وعدم حضورهما رتب عليه البطلان المطلق،[3] إعمالا لنص المادة 324 مكرر3 من القانون المدني الجزائري. وهذا وقد أكد القرار رقم 389338 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/11/21 والذي جاء فيه (لكن حيث إن ما يثيره الطاعن في هذا الفرع في غير محله ذلك أن قضاة المجلس لم يستجيبوا لطلب المطعون ضده على أساس أن عقد الهبة باطل بطلانا مطلقا طبقا للمادة 324 مكرر3 من القانون المدني كون الموثق لم يتلقه بحضور شاهدين وهم بذلك أسسوا قرارهم، لذا تعين رفض الفرع).[4] وكما أنه يجب أن يكون الشهود كاملي الأهلية وليس لهم قرابة أو مصاهرة بالموثق أو المتعاقدين ولا مصلحة لهما في الهبة. وشهادتهما تتزامن وقت سماع صيغة العقد وكلام والشروط كي يمكن أداء الشهادة عند الاختلاف.

وعليه فإن عقد الهبة يحرر بحضور أربعة شهود، شاهدي إثبات – قد يكونا من أقرباء المتعاقدين– وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون 06-02 المتضمن مهنة الموثق على أنه " لا يجوز لأقارب وأصهار التي يحررها الموثق المذكورين في المادة السابقة، وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته، أن يكونوا شهودا في العقود غير أنه يجوز لأقارب أو

---

[1] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص35.

[2] حمدي باشا عمر، **نقل الملكية العقارية**، مرجع سابق، ص 109.

[3] المرجع نفسه، ص 110.

[4] القرار رقم 389338 الصادر بتاريخ 2007/11/21، المجلة القضائية، سنة 2008، العدد 2، ص 159.

أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات".[1] فشاهدي إثبات يضمنان هوية الطرفان المتعاقدان،[2] وشاهدي عدل يساهمان في إنشاء العقد وتكوينه.[3]

ثانيا: الشكلية الغير مباشرة

بعد تحرير عقد الهبة لذا الموثق يقوم هذا الأخير بتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب تابع لها مكتبه إقليميا وهذا وفق قانون التسجيل الصادر في 1976/12/09 بموجب الأمر 76-105حيث جاءت المادة 1/75من قانون التسجيل، كما يلزم القانون نفسه الموثق بتسجيل جميع العقود التي حرروها في أجل لا يتجاوز شهرا.[4]

بعد تحرير عقد الهبة وتسجيله، ينبغي مراعاة إشهاره لدى المحافظة العقارية تطبيقا للقاعدة العامة المقررة في المادتين 15 و16 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس التسجيل العقاري حيث نصت المادة 15 على" كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".[5]

كما أن إشهار العقد من التزامات الموثق وهذا ما جاءت به المادة 90 من المرسوم رقم 76-63 يتعلق بتأسيس السجل العقاري " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة

---

[1] المادة 20 من القانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخ في 08 مارس 2006 م، ص 17.

[2] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوقف – الوصية**، مرجع سابق، ص 16.

[3] المرجع نفسه، ص 17.

[4] حمدي باشا عمر، **نقل الملكية العقارية**، مرجع سابق، ص115.

[5] المادة 15 من الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 92، المؤرخ في 18 نوفمبر 1975م، ص 1207.

من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف".[1]

يعتبر التصرف غير موجود بعدم إشهار عقد الهبة طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام والسجل العقاري المذكورة أعلاه... وطبقا للمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر باطلا وحق ملكية العقار الموهوب يبقى في ذمة الواهب. والهبة الباطلة التي لم تستوفي الإجراءات القانونية الشكلية الجوهرية بما فيها الإشهار العقاري،[2] لا يمكن أن تنقلب إلى هبة صحيحة بالإجازة، وكذا الهبة بورقة عرفية، تأخذ نفس حكم العقد الرسمي غير المشهر. إن إشهار الهبة بالمحافظة العقارية يعتبر مصدر وجودها، وبه يتم نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له.[3]

الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بالمنقولات في عقد الهبة

حسب المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري "... ومراعاة الإجراءات الخاصة بالمنقولات... "، بعض المنقولات خصها المشرع بإجراءات خاصة في حالة التصرف فيها إذا كان محل الهبة سيارة مثلا.[4]

وبالرجوع إلى المادة 165 من القانون المدني الجزائري والتي تنص " الالتزام بنقل الملكية، أو حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو حق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".[5]

---

[1] المادة 90 من المرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، المؤرخ في 13 أفريل 1976م، ص 508.

[2] مجيد خلفوني، **شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري**، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م، ص 126.

[3] المرجع نفسه، ص127.

[4] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة – الوصية-الوقف**، مرجع سابق، ص 21.

[5] المادة 165 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ص999.

يستخلص من نص المادة أن السيارة المعينة بالذات تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد، وبالتالي الموهوب له الحق في التصرف فيها بمجرد التعاقد.[1]

يكون نقل ملكية السيارة إلى إجراء تصريح بالتصرف بيعا أو هبة مثلا وهو ما نصت عليه المادة 1/52 من قانون رقم 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها والتي نصت" يخضع تحويل ملكية المركبة أو إتلافها إلى تصريح.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".[2]

التصريح بالتصرف ليس عقد شكلي بل هو استمارة تتضمن على المعلومات المتعلقة بالمتعاقدين وبالسيارة التصريح محل العقد، وهذا التصريح بالتصرف يكون أمام مصالح البلدية.[3] وصدور البطاقة الرمادية باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية، وهذا حسب المادة 2/206 من قانون الأسرة الجزائري والتي اعتبرت أي خلل في القيود ومنها الإجراء الخاص بالمنقولات يعتبر التصرف باطلا بطلانا مطلقا، وبالتالي حسب المادة فالإجراء في عقد الهبة هو ركن. " والقاعدة العامة في المنقولات هي مبدأ الرضائية ولا يجوز الخروج على هذه القاعدة العامة إلا بنص خاص"، وأن المحكمة العليا قررت أن الإجراءات الخاصة لنقل ملكية بعض المنقولات أنها مجرد إجراءات إدارية وهذا كرسه القرار رقم 83033 المؤرخ في 1986/10/12 (حيث أن عقد بيع السيارة هو مجرد عقد رضائي أما إجراء نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد إجراء إداري).[4]

---

[1] حمراوي صباح، بوشيبان مريم، **إنتقال ملكية السيارات في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية: 2017م-2018م، ص 5.

[2] المادة 52 من القانون رقم 01-14 مؤرخ في 29جمادى الأولى عام 1422 الموافق 19 غشت سنة 2001، يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، المؤرخ في 19 غشت 2001م، المعدل والمتمم بقانون رقم 17-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، ص11.

[3] حمراوي صباح، بوشيبان مريم، مرجع سابق، ص 34.

[4] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة -الوصية -الوقف**، مرجع سابق، ص 21.

ملخص الفصل

الحيازة هي" رفع خاصية تصرف المالك فيه بصرف التمكين منه للمعطي أو نائبه". والهبة هي " تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك". كما أن الحيازة تكون فعلية وحكمية، فأما الحيازة الفعلية فهي السيطرة المادية على المال الموهوب. أما الحيازة الحكمية فلها معنيين، معنى في الفقه المالكي، هو حوز الواهب للموهوب له (لمحجوره)، فتعتبر حيازة الموهوب له حيازة حكمية. أما المعنى القانوني هي أن يكون المال الموهوب في حيازة الموهوب له قبل عقد الهبة. وتثبت الحيازة بالإشهاد العدلين وبمعاينة الحيازة بإفراغ العين الموهوبة، وتصرف الموهوب له في محل الهبة. ويشترط لصحة الحيازة في الهبة: معاينة الإخلاء المسكن، وعدم الرجوع الواهب له مدة سنة.

تناول المشرع الجزائري أحكام الهبة في المواد من 202 إلى 212 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل المتمم، ونظم أحكام الحيازة في عقد الهبة في المواد 206، 207، 208 منه، حيث اعتبر الحيازة ركنا في العقد وتخلفه يؤدي إلى البطلان المطلق وهذا حسب المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري. بالإضافة إلى الأركان العامة، يتميز عقد الهبة على سائر العقود كونه عقد رضائي وعيني وشكلي في آن واحد في هبة العقار. أما الاجراءات الخاصة بمنقولات تعتبر ركنا، وهذا حسب المادة 2/206 من قانون الأسرة الجزائري. غير أن القاعدة العامة في المنقولات هي مبدأ الرضائية ولا يجوز الخروج عنها.

الفصل الثاني: أحكام الحيازة في عقد الهبة

تمهيد:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا القبض أو الحيازة في عقد الهبة شرط من شروطها، أي أن هذا الشرط لا يرتقي أن يكون ركنا في العقد. إلا أن هذا الشرط ليس متفق عليه على وجه واحد. وهذا على غرار القانون أنه يعتبر الحيازة على غير ذلك. إن هذا التباين بين أراء الفقهاء ولد اختلاف في تكييف الحيازة في عقد الهبة فيما بينهم وبين القانون. كما أنه قد تنعقد الهبة في ظروف تمنع من نفوذها، وما قد تأثر الحيازة في الرجوع عن الهبة. ومن منطلق ما سلف ذكره، يكون الفصل الثاني على النحو التالي:

الطبيعة الفقهية والقانونية للحيازة في عقد الهبة في المبحث الأول، وموانع الهبة وتأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الطبيعة الفقهية والقانونية للحيازة في عقد الهبة

إن طبيعة الحيازة أو القبض في عقد الهبة شكلت جدلا بين الفقهاء الشريعة الإسلامية وأدى هذا الجدل إلى ظهور ثلاثة اتجاهات مذهبية، حيث كل مذهب استند إلى أدلة شرعية، مما أثرت هذه المذاهب على مسلك التشريعات العربية، التي تبنى كل تشريع اتجاه المذهب المتبع. لهذا يكون المطلب الأول حول التكييف الفقهي للحيازة في عقد الهبة والتكييف القانوني للحيازة في عقد الهبة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للحيازة في عقد الهبة

انقسم رأي الفقه الإسلامي إلى ثلاث اتجاهات حول طبيعة الحيازة في عقد الهبة، فاعتبر الاتجاه الأول القبض شرط صحة، والاتجاه الثاني الحيازة أو القبض عندهم شرط تمام، أما موفق الاتجاه الأخير القبض يعتبر لديه لا شرط صحة ولا شرط تمام. لذا سنتناول هذه الاتجاهات وموافقهم في كل فرع على حدى.

الفرع الأول: الحيازة شرط صحة

قال الحنفية والشافعية: القبض شرط لزوم الهبة، والموهوب له لا يثبت الملك له قبل القبض.[1] وروي عن النبي عليه الصلاة و السلام انه قال:« **يقول ابن آدم: مالي. مالي(قال) وهل لك، يا ابن آدم! من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت؟**».[2]

فملك الموهوب لا ينتقل للموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول، حتى يقبض.[3]

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 19.

[2] أخرجه مسلم، **صحيح مسلم**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة النشر، كتاب الزهد والرقائق، رقم الحديث: 2958، ص2273.

[3] الحمصي فريدة، **تأثير الحيازة في حق الواهب في الرجوع عن الهبة**، المجلة الدراسات والأبحاث، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مجلد 11، عدد2 جوان 2019م، السنة الحادي عشر، ص 325.

ولصحة القبض يشترط أن يتم بإذن الواهب، فلو قبض الموهوب له الموهوب بلا إذن الواهب لم يملكه، ويكون ضامنا له، لأن الواهب غير مستحق بالتسليم، فلا يصح إلا بإذنه، وشرط صحة القبض أن يكون بالإذن في البيع، ففي الهبة من باب أولى، لأنه في الهبة شرط لصحتها، بعكس البيع.[1] وكذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم« **لا تجوز الهبة إلا مقبوضة**».[2]

والراجح عند الإباضية أن الهبة لا تثبت إلا بالقبض. يقول أبو محمد ابن بركة: " تنازع الناس في حكم الهبة، فقال بعضهم تصح بلا قبول ولا قبض، وقال آخرون لا تصح إلا بقبول ولو لم يقبض، وقال بعضهم: لا تصح الهبة إلا بقبول وقبض وهذا قول أصحابنا إلا أن يكون من أحد الزوجين لصاحبه، فمنهم من أجازها بالقبول دون القبض وقول جمهورهم أنها لا تصح إلا بقبول وقبض من الزوجين وغيرهما...".[3]

واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور: عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم؛ أنها قالت: « إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة. فلما حضرته الوفاة قال: والله، يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك. ولا أعز علي فقرا بعدي منك. وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا. فلو كنت جددتيه و احتزتيه كان لك. وإنما هو اليوم مال وارث. وإنما هما أخواك وأختاك. فاقتسموه على كتاب الله. قالت عائشة: فقلت يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته. إنما هي أسماء فمن

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 21.

[2] أخرجه الألباني، **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، 1412هـ-1992م، رقم الحديث: 360، ص 536. وقال عنه لا أصل له مرفوعا.

[3] أبو محمد ابن بركة، **كتاب الجامع**، تحقيق، عيسى الباروني، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ص2. وينظر امحمد اطفيش، **شرح كتاب النيل والشفاء العليل**، الجزء التاسع، دار الفتح، بيروت، ودار التراث العربي، ليبيا، ومكتبة الإرشاد، جدة، 1392هـ-1972م، ص 22. وخميس الرستاقي، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، تحقيق، سالم الحارثي، الجزء السادس، الطبعة الثانية وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413هـ-1993 م، ص 352.

الأخرى ؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة. أراها جارية ».[1] فهذا النص في اشتراط القبض للزوم الهبة، وإن الهبة تملك بالقبض لقوله: " لو كنت جددتيه و احتزتيه كان لك ذلك"،[2] وقال ذلك بحضرة الصحابة من غير إنكار أحد عليه، فدل على موقفهم إياه.[3]

وعن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمان بن عبد القارئ؛ أن عمر بن الخطاب قال: « ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا. ثم يمسكونها. فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي. لم أعطيه أحدا. وإن مات هو، قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها، حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل».[4]

مناقشة الأدلة:

إن أصحاب هذا الرأي نوقشوا في أدلتهم: بأن حديث أبي بكر رضي الله عنه هو أدل دليل على اشتراط القبض في الهبة.

وجه الدلالة على المقصود: وذكره الشوكاني قال: " لو كنت جددتيه (و احتزتيه) وذلك لأن قبض الثمرة يكون بالجداد، وقبض الأرض يكون بالحرث" أو يقال أن أبي بكر رضي الله عنه وهبها وهو في حال صحة، ولم تقبضها حتى مرض، و الإقباض في حال مرض الموت كالعطية فيه، والعطية للوارث لا تصح، أو يقال: إنه أخبر أن الورثة حقهم ثابت في الهبة لأنها لم تحزها، ولم تقبضها، فدل على أن الهبة تلزم بالحوز.[5]

---

[1] أخرجه مالك، **الموطأ**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ-1985م، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل، رقم الحديث: 40، ص 752. و البيهقي، **السنن الكبرى**، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، رقم الحديث: 11948، ص من 280 إلى 281.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 20.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 325.

[4] أخرجه مالك، **الموطأ**، (مرجع سابق)، رقم الحديث: 41، ص 753. و البيهقي، **السنن الكبرى**، (مرجع سابق)، رقم الحديث: 11949، ص 281.

[5] يوسف نواسة، المرجع السابق، ص 23.

كما أن حديث الصديق قول صحابي واحد معارض. وما روت عائشة رضي الله عنها هي من عدة، أي أن الصديق وعد ابنته الصديقة – رضي الله عنهما– بما ذكر فكان له أن يرجع في وعده.[1]

فهذا الأثر يدل على أن هبة الواهب وهو صحيح، حق الغير لم يتعلق بها، فكان واجب عليه إقباضها للموهوب له لإتمام العقد، أما إذا كان مريضا، تعلق حق الورثة في ماله. وهذا ما أشار إليه الصديق بقوله: « إنما هو مال الوارث». قال ابن العربي: " فوجدنا لرد الهبة في المرض أصلا فحملناه عليه، وبقيت الهبة في الصحة على أصل العقود وعموم الكتاب" وهذا توجيه وجيه.[2]

أما قول عمر، فإن المراد به النهي على النحلة موقوفة على الموت، ينتفع بها الواهب طول حياته ثم تكون لولده بعد وفاته دون باقي الورثة، وهنا حيلة نهى عنها عمر.[3]

الفرع الثاني: الحيازة شرط تمام

عن الثوري، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمان، أن عليا رضي الله عنه وعبد الله ابن مسعود رضي الله عنه كانا « يجيزان الصدقة وإن لم تقبض».[4]

فمالك– رحمه الله– الهبة عنده تنعقد بالصيغة، أي بالإيجاب والقبول، فعقد الهبة يكون صحيحا ويلزم من غير قبض، لكن الحوز أو القبض شرط تمام الهبة ونفاذها.[5]

---

[1] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 326.

[2] يوسف نواسة، مرجع سابق، ص 23.

[3] علي بن سعيد الغامدي، **اختيارات ابن قدامة الفقهية في أشهر المسائل الخلافية**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، قسم المعاملات، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1418هـ، ص 549.

[4] أخرجه الصنعاني، **المصنف**، تحقيق، حبيب عبد الرحمان العظمي، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، الناشر المجلس العلمي، الهند، 1403هـ، كتاب الصدقة، باب لا يجوز الصدقة إلا بالقبض، رقم الحديث: 16595، ص 122.

[5] يوسف نواسة، مرجع سابق، ص 23.

"حيث قال مالك: " ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء"... فمالك: القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة".[1]

تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وبالعقد تملك، وقبول الموهوب له بالهبة تصح له ويملكها حتى وإن لم يحزها. فلا تصح الهبة بدون القبول، وحيازتها يعد شرطا لتمامها، أي تتم الهبة إلا بالحيازة. وهذا أن الحيازة يجب أن تتم والواهب صحيح عاقل، أي قبل حصول مانع له كموته أو مرضه أو أحاط الدين بماله، تبطل الهبة وصارت حق الورثة والدائنين.[2] ويمكن للموهوب له مطالبة الواهب من حيازة الهبة، وكذلك له أن يجبره على تمكينه من قبضها، لأنه بالعقد ملكها كما يملك المبيع. والحيازة لا يشترط فيها إذن الواهب، فلو حازها الموهوب له بدون علم الواهب لكانت الهبة تامة له واختص بها، لأن بالعقد يثبت ملكها له، والإنسان لا يحتاج إلى إذن في ملكه.[3]

واستدل الإمام مالك بالكتاب والسنة والنظر أيضا على ما يلي:

1) قال الله عز وجل: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ** ﴾.[4] الآية جاءت بصيغة عموم العقود، والهبة من بين العقود، قال ابن العربي: " والهبة عقد من العقود ومبنى العقود على اللزوم، ومحلها القول، منه يكون به ويلزم، وما الإنسان لولا اللسان. وقد بين الله ذلك بقوله: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ** ﴾. وما بقي بعد قول هذا: وهبت، وقول الآخر قبلت".[5]

---

[1] محمد ابن رشد القرطبي، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، تحقيق وتعليق ودراسة، علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م، ص 363. بتصرف.

[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 251.

[3] المرجع نفسه، ص 252.

[4] سورة المائدة، الآية 1.

[5] يوسف نواسة، مرجع سابق، ص 24.

2) عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **العائد في هبته كالعائد في قيئه**»،[1] وجه الدلالة أن الحديث جاء مطلقا، في حالة الرجوع في الهبة لم يفرق إن كان الرجوع قبل القبض أو بعده.

3) استدلوا من جهة النظر بالقياس، الهبة عقد كسائر العقود، فلزومها لم يفتقر إلى القبض مثل البيع والوقف والوصية، إنما ينعقد العقد بالصيغة أي الإيجاب والقبول، ولهذا قال القاضي عبد الوهاب: " ولأنها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول كالمقبوضة" فالهبة قبضت أو لم تقبض تنعقد بالإيجاب والقبول.

مناقشة الأدلة:

أن عموم الآية مخصوص بما ذكر من الأدلة الموجبة للقبض للزوم الهبة كأثر هبة الصديق لعائشة – رضي لله عنهما– وإجماع الصحابة – رضي الله عنهم– على ما قضى به. ويرد على الدليل الثاني بمثل ما استدل به عن الآية السابقة. أما القياس فإنه قياس مع الفرق.[2] فلا يمكن قياس عقد الهبة في هذه الآية لأنها جاءت بعموم العقود، لكن العقود تختلف من حيث موضوعها من عقد لآخر، وهذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف في الأحكام مما يمنع القياس عليها.[3]

---

[1] أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1423هـ– 2002م، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم الحديث: 2621، ص 636. ومسلم، **صحيح مسلم**، (مرجع سابق)، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، رقم الحديث: 7– 1622، ص 1241.

[2] يوسف نواسة، مرجع سابق، ص 24.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 326.

الفرع الثالث: الحيازة لا شرط صحة ولا شرط تمام

قال أحمد وأبو ثور: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلا، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة، وهو قول الظاهر. وقد روى احمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون.[1]

قال الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد: إن المكيل أو الموزون شرط لصحته القبض،[2] وهذا لإجماع الصحابة على ذلك، ويظهر أن القبض شرط صحة مراد بكون أنه شرط لزوم، بدليل قول ابن قدامة: إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء. أما في ما لا يوزن ولا يكال فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد، وقبل قبض الموهوب يثبت الملك فيه لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض".[3] وهذا "إن هبة غير المعين... تفتقر إلى القبض بلا نزاع، وفي المعين ثلاث روايات، الافتقار وعدمه... والتفرقة بين صبر المكيل والموزون فتفتقر إلى القبض دون غيرهما. وهو مختار الخرقي، وأبي محمد ومدرك الخلاف أن من قصر الحكم على غير المعين قال: مقتضى العموم الافتقار".[4]

بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « **العائد في هبته كالعائد في قيئه**».[5] " والدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها عن أبو بكر رضي الله عنه كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله في الغابة،... ، وجداد عشرين وسقا غير معين، قال احمد: " حديث أبي بكر رضي الله عنه في شيء مجهول وإذا يبقى في ما عداه على مقتضى المعلوم". ويؤيد هذا ما روي عن علي وابن

---

[1] محمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص 329.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 20.

[3] المرجع نفسه، ص 21.

[4] شمس الدين محمد الزركشي، **شرح الزركشي**، عمر بن احمد الخرقي، مختصر الخرقي، في فقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، قدم له و وضع حواشيه، عبد المنعم خليل إبراهيم، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ-2002م، ص206. بتصرف.

[5] سبق تخريجه، ص50.

مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض. ومن ألحق صبر المكيل والموزون بذلك قال: فيها أيضا نوع شياع وإبهام فتلحق به".[1]

الهبة أحد نوعي التمليك. فهبة لا تلزم قبل القبض، وأخرى تلزم قبله كالبيع، أي بمجرد العقد، فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف.[2]

استقر الفقه الإسلامي حول طبيعة الحيازة في الهبة أنها شرطا وليست ركنا، وهذا رغم اختلاف توجهات المذاهب الفقهية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحيازة في عقد الهبة

شكلت الطبيعة القانونية للحيازة في عقد الهبة اختلافا لذا شراح القانون من كونها شرط تمام أو ركنا. وسبب هذا الاختلاف يعود أولا إلى غموض النص، وثانيا تعارض ما جاء في النص القانوني وقرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول: الحيازة ركن في عقد الهبة في القانون الجزائري

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الحيازة ركنا من أركان في عقد الهبة وانتفاءها يرتب البطلان المطلق للعقد،[3] وهذا وفق المادة 206 من نفس القانون حيث جاءت على ما يلي " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".[4] فالفقرة الأولى من المادة السابقة احتوت على أركان العقد بما فيها ركن الحيازة، وهذا تأكده الفقرة الثانية والتي جاءت واضحة في حالة اختلال احد القيود تبطل الهبة.[5] وهبة العقار يختل شكلها إذا لم تحاز

---

[1] شمس الدين محمد الزركشي، مرجع سابق، ص 207.

[2] علي بن سعيد الغامدي، مرجع سابق، ص 548.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 327.

[4] المادة 206 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ص 923. ملاحظة: جاءت كلمة " الحيازة" عوض "بالحيازة "، وهو خطأ مادي ورد في نص المادة في الجريدة الرسمية.

[5] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 327.

وتقيد وتشهر، والقيام بالإجراءات الخاصة بالمنقولات. فإذا لم تحترم هذه القيود لا تنتج الهبة أثارها، وتكون باطلة بطلانا مطلقا. ولقد أكد القرار رقم 50651 " الغير منشور" الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/02/24 والذي جاء فيه (من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة. وتأسيسا على ما تقدم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية. وعليه فعلى القاضي عند الطعن ببطلان عقد الهبة لانتفاء ركن الحيازة، أن لا يكتفي بالعبارة الدارجة التي ترد في العقود التوثيقية المتمثلة في انتقال الحيازة إلى الموهوب له ابتداء من يوم تحرير العقد، بل يجب عليه أن يتحقق من حصول الحيازة الفعلية).[1]

وكذلك القرار رقم 25554 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 01/11/ 1982 إذ جاء بنفس السياق (يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم يتم فيها الحيازة، والتي هي شرط لتمام العقد).[2]

حسب القرارات السابقة، و وفق المادة 2/206 من قانون الأسرة الجزائري اعتبر الحيازة ركنا في عقد الهبة. والحيازة تمنح السلطة القانونية للموهوب له التي يباشرها على محل الهبة.[3] فالحيازة الفعلية تعد مظهرا من مظاهر الملكية، وتتجلى بتخلي الواهب عن العقار وتخصيصه له لاستعماله والانتفاع به،[4] وهذا ما أشارت إليه المادة 674 من القانون المدني حيث تنص على ما يلي: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا

[1] الحمصي فريدة، المرجع السابق، ص 327.

[2] كحيل حكيمة، مرجع سابق، ص 38.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 327.

[4] مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 125.

تحرمه القوانين والأنظمة".[1] وقد تكون الحيازة حيازة فعلية أو حكمية تستويان من حيث الأثر القانوني.[2]

وتعتبر الحيازة ركنا في الهبة سواء وردت على منقولا أو عقارا. والحيازة بهذا المعنى الرسمية لا تغني عنها. إذ أوجب اجتماعهما معا في هبة العقار وانتفاء إحداهما، العقد مآله العدم، أي كان لم يكن.[3]

إن الهبة الغير مرفقة بالحيازة هبة باطلة. هذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا بالرغم من استعمال القضاة عبارة " الحيازة شرط صحة" أحيانا، وأحيانا أخرى " الحيازة شرط تمام". ولكن اعتبار العقد باطلان لانتفائها يجعلها ركنا من أركان عقد الهبة.[4]

الفرع الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القانون المقارن

أولا: القانون التونسي

إن المشرع التونسي نظم أحكام الهبة من الفصل 200 إلى الفصل 213 من مجلة الأحوال الشخصية متأثر بكل من المذهب المالكي والمذهب الحنفي دون أن ينحاز إلى أحد منهما بتحديد موقفه اتجاه المذاهب الفقهية.[5]

لقد اختار التشريع التونسي استعمال كلمة التسليم في الفصول 201 و202 و203 من مجلة الأحوال الشخصية، أما المناولة فقد جاء في الفصل 204.

نص الفصل 201 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي " تتم الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن اجتهد

---

[1] المادة 674 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ص1033.

[2] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 328.

[3] شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 54.

[4] مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 124.

[5] أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة وكل ما يتعلق به من شروط**، الموقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net ،. تاريخ الاطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة 20:12.

الموهوب له في طلبه".[1] بقراءة الفصل السابق المشرع تأثر بالمذهب الحنفي إذ أنه حتى وإن استعمل عبارة " تتم الهبة بالتسليم" إلا أنه اعتبر الهبة باطلة في حالة موت الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وأن اجتهد في طلبه، ويعتبر القبض شرط صحة أي العقد لا يكون صحيحا ولا ملزما إلا به. كما أنه جعل التسليم ركنا في عقد الهبة إذ أنه رتب على انتفائه البطلان في حالة عدم تسليم الموهوب في حياة الواهب أو الموهوب له.[2]

أما الفصل 203 من نفس المجلة الذي نص " إذا لم يتم التسليم كان للموهوب له أن يطالب به".[3] يلاحظ أن المشرع جعل التسليم شرط تمام والذي يمكن للموهوب له من مطالبة بتسليم الهبة. وهذا موقف المذهب المالكي، إذ أن مالك القبض عنده شرط تمام، يصح العقد بالقول، أي بتطابق الإيجاب والقبول، وملك الموهوب له ثابت قبل التسليم، وبالتالي يمكنه مطالبة الواهب بالتسليم. فهنا التسليم شط تمام، وإن اجتهد الموهوب له بالتسليم إلى حين موت الواهب، هبته صحيحة، واجتهاده ينزل منزلة التسليم.[4] أما الفصل 204 من نفس المجلة نص على ما يلي " لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية، والحقوق العينية المترتبة عنها بالنسبة للعقارات المسجلة لا تتكون إلا بترسيمها بالسجل العقاري.

أما فيما يخص المنقولات المادية فالهبة تصح بالمناولة مع مراعاة الأحكام الخاصة المتعلقة بالمنقولات المسجلة".[5] وفق الفصل المذكور، هبة العقار عقد شكلي بالفصل 1/204 من مجلة الأحوال الشخصية. أما الفقرة الثانية من نفس الفصل اعتبرت الهبة عقد عيني في المنقول فقط، وخصت المناولة في الهبة اليدوية مع مراعاة الحكام الخاصة بالمنقولات المسجلة

---

[1] الفصل 201 من مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 37.

[2] أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة وكل ما يتعلق به من شروط**، الموقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net ، تاريخ الاطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة 20:12.

[3] الفصل 203 من مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 37.

[4] أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة وكل ما يتعلق به من شروط**، الموقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net ، تاريخ الاطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة20:12.

[5] الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 37.

كالطائرات والسفن. وبالتالي يعتبر مناولة المنقولات المادية ركنا في الهبة اليدوية. فالمشرع التونسي قد حصر المنقولات التي هبتها تصح بالمناولة أو التسليم، وهي المنقولات المادية دون المعنوية.[1]

إن هذا التراوح في تحديد طبيعة التسليم الذي تبناه المشرع التونسي هو انعكاس الاختلاف الفقهي حول موضوع التسليم أو القبض. حيث يتبين أن التسليم ركنا في عقد الهبة في الفصل 201 من مجلة الأحوال الشخصية. أما الفصلين 202 و 203 من نفس المجلة يوحيان بغير ذلك. وهذا جعل المحكمة الحرية في تطبيق أحد المذهبين المالكي والحنفي، حيث جاء في حكم المدني المؤرخ في 12 أفريل 1961 أن: " للمحكمة حق الاجتهاد في تطبيق أحد المذهبين المالكي أو الحنفي في المواضيع التي ترجع لتطبيق الفقه الإسلامي".[2]

ثانيا: القانون المغربي

رغم أن المشرع المغربي اعتمد على المذهب المالكي في تنظيم أحكام الهبة في مدونة الحقوق العينية إلا أنه استغنى عن الحيازة في عقد الهبة، فلم يعتبر عقد الهبة عقدا عينيا، إذ اكتفى بالشكلية في حالة هبة العقار إذا كان مقيد بالسجلات العقارية أي محفوظا أو في إطار التحفيظ يغني عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه، وهذا ما جاء في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية. وفيما يخص هبة المنقول، فلم يشير إلى أحكامها.

---

[1] سوسن المرابط، **عقد الهبة في القانون التونسي**، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، السنة القضائية 2010 م-2011 م، ص 28.

[2] أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة وكل ما يتعلق به من شروط**، موقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net ، تاريخ الإطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة 20:12.

إلا أنه وبالرجوع إلى المشروع التمهيدي لمدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفوظة فنص في المادة 163 على أنه "إذا وهب شخص لأولاده كبارا أو صغارا دار سكناه، وجب عليه إخلاؤها عاما كاملا بمعاينة بينة، وإلا وقعت الهبة باطلة" كما نصت المادة 164 على أنه " أذا وهب الزوج دار سكناه لزوجته، وجب عليه إخلاؤها عاما كاملا بمعاينة البينة وإلا بطلت الهبة، أما إذا وهبت الزوجة دار سكناها لزوجها فتصح هبتها دون شرط إخلاؤها الدار".[1] حسب المادتين السابقتين اعتبرت أن هبة الأب لأولاده مهما كان سنهم وكذا هبة الزوج لزوجته جعلها عقدا عينيا، وهذا بإخلاء المسكن مع معاينة حيازته بشاهدين عدل ومدة إخلاءه عاما كاملا. وهو موافق لحكم المذهب المالكي.

ثالثا: القانون المصري

نصت المادة 488 من القانون المدني المصري على ما يلي" تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية".[2]

حسب المادة السابقة الذكر، اعتبر المشرع المصري هبة العقار عقدا شكليا والذي يكون بورقة رسمية وإلا وقع باطلا وهذا وفق المادة 1/488 من القانون المدني المصري. أما الفقرة الثانية من نفس المادة اشارت إلى هبة المنقول حيث أنها عقد عيني، ذا يتم الهبة بقبض الشيء الموهوب.

---

[1] زكريا العماري، **النظام القانوني للأملاك الوقفية**، الجزء الأول، توزيع دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، بدون سنة نشر، ص 24.

[2] أنور طلبة، مرجع سابق، ص 41.

المبحث الثاني: موانع الهبة وتأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة

الأصل إذا نشأ عقد الهبة وتكون بأركانه، وصح بشروطه، فإن الملك يثبت للموهوب له. أما إذا حال مانع من قيام الحيازة، فإن الهبة تنتقل من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة. لذا سنتناول في هذا المبحث موانع الهبة في المطلب الأول، وتأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: موانع الهبة

قد تنعقد الهبة بالقول أي بالإيجاب والقبول، لكن لم يحوز الموهوب له الشيء الموهوب إلى أن أحاط الواهب مانع يحول من إتمام الهبة كأن يقدم الواهب بتبرع بماله وهو في حال مرض أو استغرق الدين ماله. وتبعا لما تقدم يكون مرض الموت في الفرع الأول، وإحاطة الدين بمال المدين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مرض الموت

مرض الموت مانع من قيام الهبة، وبه تبطل حيث قال أحمد الدردير" وبطلت بمانع قبل الحوز من إحاطة دين أو جنون أو مرض اتصلا بموته".[1]

أولا: تعريف مرض الموت

1) **التعريف اللغوي:** المرض هو: إظلام الطبيعة، واضطرابها بعد صفائها واعتدالها.[2]

2) **التعريف الفقهي:** لقد عرف الفقه الإسلامي مرض الموت بعدة تعريفات منها:

فجاء تعريف الحنفية بأنه: " هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره من الذكور ومن رؤية مصالحه داخل داره من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا ".

---

[1] أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 562.

[2] الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، مرجع سابق، ص 654.

وعرفه المالكية بأنه: " ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب". أما الشافعية فعرفوه بأنه: " كل مرض كان الأغلب منه الموت ". و الحنابلة جاء تعريفهم على أنه: " ما تصل به الموت".[1]

3) **التعريف القانوني:** أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لمرض الموت تاركا الأمر للفقه. غير أنه بالرجوع المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر تقنين للمذهب الحنفي، والتي نصت: " مرض الموت هو مرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إذا كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إذا كان من الإناث والذي يكون فيه خوف الموت الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفراش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت".[2]

ثانيا: دلالات مرض الموت والملحقون به

1) **دلالات مرض الموت:** لم يعرف القانون المدني الجزائري مرض الموت كما سبق ذكره، لذا وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حال غياب النص وهذا وفق للمادة الأولى منه. إذا وحسب التعاريف الفقهية السابقة، يمكن اعتبار مريض مرض الموت من يتحقق فيه الأمور التالية:

---

[1] مازن مصباح صباح، **الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة**، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، غزة، مجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011، ص 671.

[2] علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الرابع (الصلح والإبراء، الدعوى، البيانات والتحليف، القضاء)، دار عالم الطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ- 2003م، ص 137.

أ- أن يكون مرضا ينتهي إلى الموت غالبا؛

ب-أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به.[1]

2) **الملحقون بمرض الموت:** الملحق بمرض الموت هو من كان صحيحا، لكن يكون في حالة يغلب فيها هلاكه عن سلامته، فإنه في هذه الحالة يأخذ حكم المريض في التصرفات الصادرة منه. ويلحق الفقه بمرض الموت في توقيع الجزئي على التصرفات الصادرة عن الأصحاء. [2] وهؤلاء الأصحاء إذا كانوا في حالة غالبا يخاف هلاكهم فيها، فهم في حكم مرض الموت الذي يخاف الهلاك منه غالبا، فيتساويان في المعنى. وفقهاء الشريعة الإسلامية ذكروا عدة أحوال تأخذ حكم المريض مرض الموت.[3]

ومن بين الحالات مخوفة: المحارب عند التحام المعركة، وركوب البحر المرتج، ومن ببلده طاعون أو مرض معد قاتل، والمحكوم عليه بالإعدام عند تقديمه للتنفيذ، والحامل عند المخاض وكذا إذا بلغ حملها ستة أشهر.[4]

3) **من يلحق بالأصحاء:** إن أصحاب الأمراض المزمنة التي لا يغلب الهلاك منها يلحقون بالأصحاء والمتعافون من المرض. ولقد جاء في المادة 561 من الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا: المرض الذي يبرأ منه ملحق بالصحة.[5]

---

[1] راشد السيد إبراهيم عامر، **تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989م، ص 31.

[2] محمد الحبيب التجكاني، مرجع سابق، ص 23.

[3] راشد السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 38.

[4] محمد الحبيب التجكاني، مرجع سابق، ص 23.

[5] محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية (الوصية وتصرفات المريض مرض الموت)**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م، ص 314.

ثالثا: هبة مرض الموت

إذا شعر المريض مرض الموت باقتراب أجله فإن ذلك يؤثر على نفسيته مما يجعله مضطربا في تصرفاته ومن بين التصرفات التي يقدم عليها الهبة. فقد يقدم على هبة ماله لأحد ورثته أو أجنبي وقد يكون لا وارث له.[1]

1) الهبة في مرض الموت وفق الفقه الإسلامي

شبه الجمهور الهبة في حال المرض بالوصية تخرج من الثلث، في حالة هبة مريض مرض الموت تأخذ هبة الواهب حكم الوصية، [2] وقال ابن عرفة: "... وتصح من المريض في ثلثه إذا لا حجر عليه فيه".[3] وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر تخرج الهبة من رأس مال المريض إذا مات، وليس هناك خلاف بينهم أن في حالة شفاءه أي إذا صح من المرض، فهبته تكون صحيحة.[4] فهبة المريض لغير وارث نافذة إذا لم يكن له ورثة ولو وهبه كل ماله، أما إذا كان له ورثة، فهبته نافذة في حدود الثلث أو أقل منه، وإن جاوز الثلث، فالزيادة تنفذ إلا بإجازة الورثة. وإذا كانت الهبة لوارث فهي غير نافذة إلا بإجازة باقي الورثة، مهما كانت نسبتها، لأنها تأخذ حكم الوصية.[5]

2) الهبة في مرض الموت وفق القانون الجزائري

نصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". كما أن إي تصرف يصدر من مريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية ويسري عليه حكامها، هذا ما جاء في المادة 776 من الفانون المدني الجزائري.

---

[1] مازن مصباح صباح، مرجع سابق، ص 677.

[2] محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص 401.

[3] محمد الأنصاري الرصاع، مرجع سابق، ص 554.

[4] محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص 401.

[5] رشاد السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 114.

يستنتج من المادتين السابقتين أن الهبة في حال مرض الموت تأخذ حكم الوصية وتنقلب الهبة من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة.

غير انه وحسب المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري لم تحدد الحالات المخيفة. وعليه ومثل الحالات المخيفة يعتبر السرطان حالة مخيفة. ويؤكد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24 الذي جاء في إحدى حيثياته (حيث بالرجوع إلى أوراق الدعوى، يتبين أن الواهب مات بمرض السرطان بعد خمسة أشهر من الهبة التي صدرت منه، حيث أن المرض الذي يبطل التصرف، هو المرض الأخير إذ كان خطيرا، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه).[1]

رابعا: حيازة الهبة

قد تتم هبة من مريض مرض الموت لأجنبي. و تأخذ هذه الهبة حالتين:

الحالة الأولى: هبة مقبوضة في حياة الواهب المريض

إذا صدرت هبة من المريض لأجنبي، الذي حازها في حياة الواهب المريض. في هذه الحالة هناك ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد إلى أن الهبة لازمة وصحيحة.

القول الثاني: جاء عن الإمام مالك أن المريض إذا وهب من ماله شيئا وهو مريض وتم الحوز من قبل الموهوب له. فالهبة لا تكون نافذة، وللورثة الحق من منع الموهوب له من تملك الهبة، وهذا يتحقق بشرط ضمان حقوق الورثة في التركة.

القول الثالث: ذهب الحنابلة القول: أن الهبة المقبوضة صحيحة ونافذة إذا كانت من الموزون أو المكيل وإن لم تقبض لا تصح، وخلاف الموزون والمكيل، تصح الهبة ولو لم تقبض.

---

[1] جليلي ابتسام، **تصرفات مريض مرض الموت**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2017 م– 2018 م، ص 21.

الحالة الثانية: موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض

1) موت الواهب قبل القبض

تبطل الهبة في حال موت الواهب ولم يحوزها الموهوب له. وهذا باتفاق المذاهب الأربعة المشهورة، وحجتهم في ذلك أن الهبة مآلها البطلان في حال موت الواهب قبل حيازتها من قبل الموهوب له. ويرجع هذا الحكم كون الهبة تعد صلة من الصلات، الموت يبطلها كالنفقات، كما لا يجوز أن تنقلب إلى وصية، وذلك أن الهبة منجزة، أما الوصية مضافة إلى ما بعد الموت. كما أن الهبة عقد جائز، موت أحد المتعاقدين يبطله كالوكالة والشركة.

2) موت الموهوب له قبل حصول القبض

إن موت الموهوب له قبل قبضه للهبة. هذه المسألة للفقهاء فيها مذهبان:

أ- ذهب الحنفية، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة أن الهبة تكون باطلة. لعدم لزومها لانتفاء القبض. ولا ينتقل الملك، و ورثة الموهوب له لا يقومون مقام مورثهم في قبضها.[1]

ب-ذهب المالكية وقول للشافعية، وقول للحنابلة إلى أن الهبة التي لم يتم قبضها من الموهوب له هي هبة صحيحة وتأخذ حكم الوصية. وحجتهم في ذلك أنه يثبت الملك للموهوب له بالعقد، وللورثة الحق بأن يقومون مقامه في القبض.[2]

الفرع الثاني: إحاطة الدين بمال المدين

في هذا الفرع ندرس هبة المدين الذي أحاط الدين بماله من ناحية الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أولا: هبة المدين في الفقه الإسلامي

إن تبرع الواهب وذمته مشغولة بدين يستغرق كل ماله، يعد تصرفه مصدر ضرر لدائنين الذين لهم الحق في استفاء أموالهم التي في ذمته. فيعتبر الواهب في الشريعة الإسلامية مفلسا.

[1] مازن مصباح صباح، مرجع سابق، ص691.

[2] مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 691.

وبالتالي الفقه الإسلامي لا يفرق بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني. إذا أحاط دين بمال المدين أصبح في حكم المفلس ينتج الحجر عليه.[1] قال الشيخ ابن عرفة: " لا حجر عليه يخرج من أحاط الدين بماله".[2]

ويرى المالكية أن الهبة تبطل إذا تراخى الموهوب له في حوزها حتى ثبوت دين استغرق كل مال الواهب سواء كان الدين قبل الهبة أو استجد بعدها، ففي الحالة الأولى متفق على بطلانها، أما الحالة الثانية بطلان الهبة فهو على المشهور.[3] إذا أحاط الدين بمال المدين يمنع من تبرعه. قال في المدونة " ولا يجوز له عتق ولا صدقة ولا هبة إذا أحاط الدين بماله"، حتى لو كان أجل الديون الذي عليه بعيدا.[4]

فلا يصح تبرع المدين إذا استغرق الدين ماله بما يضر الدائنين، سواء الحاكم حجر عليه أم لا، هذا مذهب مالك. وعند الثلاثة قبل الحجر على المدين تصرفه صحيح بأنواع التصرف، والصحيح هو القول الأول، لأن حق الدائنين قد تعلق بمال المدين، ولو لا حق الدائنين المتعلق بماله، لا يحجر الحاكم عليه، فأصبح كالمريض مرض الموت لما تعلق حق الورثة في ماله.[5]

---

[1] لزرق بن عودة، **وسائل حماية الضمان العام**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2013م-2014م، ص 50.

[2] محمد الأنصاري الرصاع، مرجع سابق، ص 554.

[3] عبد الرحمان الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ص 268.

[4] محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1984م، ص 5.

[5] محمد بن أبي بكر بن أيوب، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، قراءه و قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج أحمد عبد الله احمد، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، ص 404.

أما قبل أن يصير المدين مفلسا، لا يجوز له هدر شيئا من ماله بلا مقابل، إلا ما هو من التزاماته فتصرفه جائز مثل النفقة وما جرت به العادة من أضحية ونفقة العيدين دون إسراف في الجميع.[1]

ثانيا: هبة المدين في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام تصرفات الواهب المدين في قانون الأسرة الجزائري، لذا وبالرجوع إلى القواعد العامة في حالة إعسار المدين كفل القانون حقوق الدائنين بأن شرع لهم وسيلة لحماية حقوقهم في حال إلحاقهم بضرر من تصرفات المدين، فمكنهم من رفع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين– الدعوى البولصية – يدفع بها الدائن غش المدين فيطعن فيه كي يجعل هذا التصرف غير نافذا في حقه، فيدخل بذلك ما أخرج من ماله إلى الضمان العام.[2]

نظم المشرع أحكام دعوة عدم نفاذ تصرفات المدين من المادة 191 إلى المادة 197 من القانون المدني الجزائري. وكي يلجئ الدائن لرفع الدعوى يجب أن توفر الشروط لاستعمال الدعوى البولصية. وهذه الشروط هي:

1. أن يكون حق الدائن قد نشأ قبل صدور تصرف المدين، وأن يكون هذا الحق مستحق الأداء.[3]

2. أن يكون المدين معسرا المادة 193 من القانون المدني الجزائري، وأن هذا التصرف الذي قام به المدين ينطوي على الغش أو قصد الإضرار به المادة 192 من نفس القانون.

3. وجوب رفع الدعوى قبل مرور ثلاث سنوات من يوم الذي علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بعد مرور خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف، سواء لم يعلم الدائن بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه، المادة 197 من القانون المدني

---

[1] محمد عليش، مرجع سابق، ص 5.

[2] لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 45.

[3] صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام)**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2019م، محمد ص 144.

الجزائري. إذا لم تتوفر الشروط، لا يمكن الحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين، وهذا ما جاء به القرار رقم 468751 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/04/15 لسنة 2010 العدد1.

وإذا كان التصرف معاوضة لطعن فيه يشترط أن يكون هناك غش، وعبء الإثبات يقع على الدائن. أما إذا كان التصرف تبرعا كالهبة، نية الغش محققة، وهي إلحاق الضرر بتصرفه لدائن،[1] وهذا ما أكده القرار رقم 254083 الصادر بتاريخ 06/ 0/2002 حيث جاء فيه (أما الوجه الثاني مأخوذ من خرق المادة 191 من القانون المدني وهذا كون أن المدعي في الطعن كان يهدف في قضية الحال إلى إبطال عقدي الهبة والتصرف والذي قام به المدعى عليه في الطعن للتخلص من أمواله. أن المادة 191 من القانون المدني تشير بأنه دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد إنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عن ذلك عسر المدين أو زيادة في عسره و ذلك متى توفر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية:

وأن هذه المادة تنطبق تماما على القضية الراهنة، لأن ما قام به المدعى عليه في الطعن هو تصرف ضار بالعارض وأن المحكمة كانت على صواب عندما قضت بعدم نفاذ هذا التصرف وفقا لحكام المادة 192 مدني).[2]

يعتبر التصرف صحيحا –هبة مثلا– الذي صدر من مدين معسر بعد قيام الدين، لكن المتصرف فيه يدخل في الضمان العام، لأن أموال المدين كلها ضامنة لديه. فإذا لم يستوفي الدائنين حقوقهم من أموال المدين التي هي في ذمته، فإن ملكية الموهوب له على المال الموهوب تكون غير مستقرة ومهددة بالزوال بالرغم من أنه في ذمته. أما إذا نشأ الدين بعد

[1] صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام)**، المرجع السابق، ص من 146 إلى 150.

[2] القرار رقم 254083 الصادر بتاريخ 2002/02/06، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 1، ص 183.

تصرف المدين المفقر، فإن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين لا تقبل لانتفاء شرط أسبقية الدين على التصرف، وبهذا لا يمكن التحدث على أنه هناك إضرار بحق الدائنين.

كما أن الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان، أي لا تبطل تصرف الضار للمدين، بل تصرفه صحيح. لكن المال المتصرف فيه يدخل في الضمان العام. ويؤكد هذا القرار رقم 459015 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/11/22 الذي جاء في إحدى حيثياته (حيث أن المقرر قانونا أن الدعوى البولصية أو عدم نفاذ تصرفات المدين هي ليست دعوى بطلان إذا لا يترتب عليها إبطال التصرف بل يظل التصرف قائما بين المدين والمتصرف إليه ويعود المال موضوع التصرف إلى الضمان العام ويكون للدائن الحق بالتنفيذ عليه بالطرق المعتادة).[1]

المطلب الثاني: تأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة

إن الشريعة الإسلامية والقانون أقرا حق الواهب في الرجوع عن الهبة، ولكن قيد هذا الحق بضوابط وأحكام من بينها تعلق حق الموهوب له بالمال الموهوب بحيازته له، مما اختلف رأي الفقه. فمنهم يرى أنه يجوز الرجوع عن الهبة قبل القبض، ومن رأى أنه يجوز الرجوع عنها بعد القبض.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي في الرجوع عن الهبة قبل وبعد القبض

اختلف الفقهاء في حق الواهب في الرجوع عن الهبة قبل القبض وبعدها.

أولا: حكم الرجوع عن الهبة قبل القبض

اختلف الفقهاء في جواز الرجوع في الهبة قبل قبضها إلى رأيين، منهم من أجازه و منهم من منعه.

[1] القرار رقم 459015 الصادر بتاريخ 2009/11/22، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 2، ص 147.

1) جواز الرجوع عن الهبة قبل الحيازة

إن الهبة قبل قبضها يجوز الرجوع فيها وهذا قول جمهور الفقهاء. وقد قاسوا الهبة على القرض، إذا أذن هذا الأخير لا يملك إلا بالحوز، وكذلك الهبة. واستدلوا بقول عمر رضي الله عنه "الإنحال ميراث ما لم يقبض".[1]

الحنابلة قالوا: الهبة عقد لا يتم إلا بالقبض، والواهب يحق له الرجوع فيها قبل قبضها. وإذا تصرف الواهب بالموهوب بيعا أو هبة لأخر قبل قبضها بطلت الهبة، ويعتبر ذلك رجوعا. أما بعد قبضها، تتم له فالهبة تامة الموهوب له ولا يحق للواهب الرجوع فيها إلا إذا كان أبا فقط. إذا فضل الأب أحد أبنائه بهبة، فله الحق الرجوع فيها بل هو واجب إذا كانت بغير إذن بقية الإخوة.[2]

1) عدم جواز الرجوع في الهبة قبل القبض

وهذا رأي المالكية والظاهرية. "إن الهبة إذا تمت بالفظ كان لازما الوفاء بها دون توقف على القبض". فالإمام مالك عنده القبض في الهبة شرط تمام، فالهبة يكون وجودها الشرعي بعد صدور الإيجاب والقبول، ويجبر على حوز الهبة كالبيع، وإذا تأخر الموهوب له في طلب حوز الشيء الموهوب حتى حصل مانع للهبة كإفلاس الواهب أو مرضه، تكون الهبة باطلة. [3]

يرى المالكية أن الذي وهب هبة لا يريد بها الثواب، بل دون مقابل وأشهد عليها، فإنها بالإشهاد تثبت للموهوب له، فليس للواهب الرجوع فيها، لأنها تلزم بالعقد.[4] وقد نوقشت أدلة المذهب سابقا. والمالكية يسمى عندهم الرجوع الاعتصار. فالأب يأخذ ما وهبه لولده قهرا، أي يعتصر الهبة.[5]

---

[1] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 328.

[2] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 272.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 329.

[4] محمد الفرحاني، مرجع سابق، ص 51

[5] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 177.

ويجوز للأب اعتصار الهبة مطلقا، أي أخذها قهرا بلا مقابل، وأي كان سن الولد، أو إدراكه (سفيه أو راشد)، أو حالته المادية، حاز الهبة أم لا. ويكون الاعتصار بأي لفظ يدل على الرجوع. وللأم كذلك لها اعتصار ما وهبته لولدها إن كان كبيرا كان أبوه حيا أم لا. أما إذا كان الولد صغيرا لها اعتصار هبتها إذا كان أبوه حيا عاقلا أو مجنونا، فقيرا أو غنيا. أما إذا وهبت الولد الصغير فليس لها اعتصار الهبة منه[1]، ومحل كون الأم لها الاعتصار من ذي أب ما لم يتيتم بعد الهبة، فاليتم يفوت الاعتصار على المذهب.[2]

ثانيا: حكم رجوع عن الهبة بعد القبض

إن هذه المسالة لها رأيين عند فقهاء الشريعة:

1) جواز الرجوع في الهبة بعد القبض

يرى الحنفية أن الواهب يصح له الرجوع في هبته حتى وإن قبضها الموهوب له، والأولى للواهب أن يرجع عنها قبل قبضها من الموهوب له لأنها تتم به. وإن كان الرجوع في الهبة مكروها تحريما على الراجح أو تنزيها. وإذا رجع الواهب في هبته بعد أن أسقط حقه في الرجوع صح رجوعه، لأن حقه في الرجوع لا يسقط بإسقاطه.[3] واستدلوا على جواز الرجوع عن الهبة بعد القبض إلا لمانع بما روي عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها** ».[4]

---

[1] أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 573.

[2] المرجع نفسه، ص 574.

[3] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 267.

[4] أخرجه البيهقي، **السنن الكبرى**، (مرجع سابق)، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، رقم الحديث: 12022، ص 299.

2) عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض

قال المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية والظاهرية لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة باستثناء ما وهب لولده. وقد استدلوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

« **لا يحل لرجل يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**».[1] فقوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل) ذو دلالة ظاهرة على تحريم الرجوع في الهبة باستثناء الوالد فيها وهب لولده.[2]

فيرى الشافعية إذا تمت الهبة بالقبض بإذن الواهب أو تسليمه الشيء الموهوب فإن الهبة تكون ملزمة لا يصح الرجوع فيها إلا للأب وإن علا فيصح أن يرجع في هبته، وكذا الأم وإن علت. وإي كان الموهوب له ذكرا أم أنثى، صغيرا أم كبيرا.[3]

الفرع الثاني: موقف القانون في الرجوع عن الهبة بعد الحيازة

إن الاختلاف بين التشريعات العربية في أحكام الرجوع في الهبة بعد الحيازة سببه المذهب الفقهي المتبع في التشريع العربي.

أولا: موقف القانون الجزائري في الرجوع عن الهبة بعد الحيازة

إن عقد الهبة الأصل فيه أنه عقد ملزم، فلا يصح الرجوع فيه بإرادة منفردة، إلا في حالات استثنائية منصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري. فحق الرجوع في الهبة مخول للأب والأم فقط فيما وهبا لأولادهما وهو أمر ورد على سبيل الحصر.[4] وقد جاء القرار رقم 253550 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/02/21 الذي أكد انه(لكن حيث أن النزاع لا يكون حول وقوع الهبة من عدمه لأن الهبة ثابتة بموجب عقد رسمي والمادة

---

[1] أخرجه البيهقي، **السنن الكبرى**، (المرجع السابق)، كتاب الهبات، باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب، رقم الحديث: 12011، ص297.

[2] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 329.

[3] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص. 272

[4] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 330.

324من قانون المدني لا تنطبق على الأبوين بل تنطبق المادة 211 من قانون الأسرة لأن قضية الحال تتعلق بالرجوع في الهبة خصوصا وأن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعنين بأنهما لم يثبتا حصول أي مانع من الموانع المنصوص عليها بالفقرة 3 من المادة 211 قانون الأسرة وعليه فالفرع غير مؤسس).[1] فالمشرع سد طريق الرجوع في الهبة عن دون الوالدين مطلقا، وهذا ما جاء في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

– إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛

– إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛

– إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".[2]

إن الوالدان لهما حق في الرجوع فيما وهبا لأولادهما، ولكن هذا الحق قيده باستثناءات وردت في المادة السابقة الذكر إذا تحققت تمنعهما من الرجوع. وبهذا التوجه يكون المشرع نظم أحكام الرجوع في الهبة من المذهب المالكي، دون اعتبار لركن الحيازة، ولا الرجوع ورد قبل الحيازة أو بعدها. الحيازة ركنا في عقد الهبة وفق المادة 206 من قانون الأسرة، وبهذا الموهوب له لا يكون له السيطرة على الشيء الموهوب إلا بعد حيازته له واستفاء العقد كل أركانه. أما قبل الحيازة فيمكن الرجوع في الهبة لأنه لا ينتقل الملك للموهوب له بمجرد العقد. كان من باب أولى على المشرع أن يهتم بالحيازة وقت الرجوع مقارنة بالاهتمام الذي أولاه لها عند انعقاد الهبة بالنص عليها في قانون الأسرة الجزائري.[3]

---

[1] القرار رقم 253550 الصادر بتاريخ 21 /2001/02، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1، ص 308.

[2] المادة 211 من القانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ص 924.

[3] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 330.

أما المادة 212 من نفس القانون تمنع الرجوع في هبة المصلحة العامة والتي" الهبة بقصد المنفعة العامة لا يرجع فيها".[1]

ثانيا: موقف القانون المقارن في الرجوع عن الهبة

1) القانون المغربي

باستقراء المواد المنظمة لأحكام الهبة، يلاحظ أن القانون المغربي استنبط أحكام الرجوع في الهبة من الفقه المالكي، حيث نظمت المواد 283 إلى 289 من مدونة الحقوق العينية أحكام الرجوع في الهبة. والملاحظ أن المشرع المغربي استعمل كلمة الاعتصار وفق المذهب المالكي ماعدا المادة 288 من نفس المدونة جاءت بكلمة "استرجع".

الأصل في الهبة وفق القانون المغربي أنه عقد ملزم لا يجوز الرجوع عنه. إلا أن الرجوع أجيز لبعض الأشخاص في حالات محددة تكون وفق شروط معينة. وهذا فيه توسع في حق الرجوع نوعا ما خاصة لبعض الأشخاص والذي نصت عليهم المادة 283 من مدونة الحقوق العينية مقارنة بالقانون الجزائري.[2]

2) القانون المصري

إن المذهب الحنفي يجيز الرجوع عن الهبة إلا لمانع، هذا هو الأصل، وسار على نهجه القانون المصري والسوري والعراقي والليبي، وترجع هذه تشريعات إلى الأحكام الموضوعية الخاصة بالهبة إلى المذهب الحنفي. وكذلك القانون التونسي.[3]

---

[1] المادة 212 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ص 924.

[2] الحمصي فريدة، مرجع سابق، ص 330.

[3] خالد سماحي، **النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2012م – 2013 م، ص 225.

حيث نصت المادة 500 من القانون المدني المصري والتي جاءت على "(1) يجوز للواهب أن يرجع في الهبة. (2) إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".

حسب الفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر، الرجوع في الهبة يكون بالتراضي بين الواهب والموهوب له، ويعتبر هذا إقالة من الهبة، والإقالة تتم سواءا بوجود مانع أو عذر مقبول للرجوع لذا الواهب. أما الفقرة الثانية من نفس المادة يمكن للواهب الرجوع عن الهبة إذا كان يستند لعذر يقبله القاضي، بشرط أن لا يكون هناك مانع من الرجوع.[1]

إن هذه الفقرة الرجوع بالتقاضي يكون بعذر مقبول. فالقانون المدني المصري ومن وافقه من التشريعات العربية لا يطلق للواهب الرجوع عن هبته. ولكن قيده بشروط هي:

- عدم وجود مانع من موانع الرجوع؛
- ضرورة وجود عذر مقبول للرجوع؛
- تقدير العذر المبيح للرجوع يعود إلى القضاء.

أما موانع الرجوع في الهبة نصت عليها المادة 502 من قانون المدني المصري.[2]

3) القانون الفرنسي

الهبة في القانون الفرنسي عقد لازم، أما إذا كانت بين الزوجين تكون الهبة غير لازمة.[3] إلا أن القانون المدني الفرنسي مكن الواهب من الرجوع في الهبة في حالات محددة على سبيل الحصر. فبينت المادة 955 من القانون المدني الفرنسي على الحالات التي بسبب الجحود تبطل الهبة. وهذه الحالات هي: اعتداء الموهوب له على حياة الواهب، الإساءة والمعاملة

[1] أنور طلبة، المرجع السابق، ص 93.

[2] خالد سماحي، مرجع سابق، ص 227.

[3] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص192.

الجسيمة للواهب، امتناع من إعطائه النفقة. وكذا بطلان الهبة بعذر الجحود يكون برفع دعوى به إلى القضاء، وتكون السلطة التقديرية للقاضي مدى جسامة الأفعال المرتكبة من الموهوب له وهذا ما جاءت به المادة 956 من القانون نفسه,[1] وكذلك الواهب له حق الرجوع في الهبة إذا رزق بولد وهذا العذر نصته المادة 960 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها. والهبة تكون باطلة حتى وإن كان هذا الولد حملا وقت الهبة، وهو ما جاءت به المادة 961 من نفس القانون. في هذه الحالة الهبة تنفسخ من تلقاء نفسها، ويكون الإنفساخ أثر رجعي حتى على الغير، المادة 963 من القانون المدني الفرنسي. وبذلك الفسخ لا يكون بحاجة إلى حكم.[2]

[1] خالد سماحي، مرجع سابق، ص 232.

[2] المرجع نفسه، ص233.

ملخص الفصل

اختلفت المذاهب الفقهية والقانون حول طبيعة الحيازة في عقد الهبة، حيث انقسمت المذاهب إلى ثلاثة اتجاهات، فمالكية عندهم القبض أو الحوز في الهبة هو شرط تمامها حيث قال مالك: "ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء". أما الحنفية والشافعية والإباضية أن القبض عندهم شرط لزوم الهبة أي شرط صحة. أما الاتجاه الثالث، حيث عند أحمد بن حنبل والظاهر يعتبر القبض لا شرط صحة ولا شرط تمام. أما القانون الجزائري فاعتبر الحيازة ركنا في عقد الهبة وانتفائه يؤدي إلى بطلان المطلق للعقد، وهذا ما نصت به المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري. ويعتبر مرض الموت من موانع الهبة، إذا وهب المريض فيه، يأخذ تصرفه حكم الوصية. وهذا الحكم موافق للفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري. كما أن هبة المدين الذي استغرق الدين ماله، يعتبر تصرفه باطلا عند المالكية، وعند الثلاثة قبل الحجر على المدين تصرفه صحيح بأنواع التصرف، وصحيحا بالنسبة لقانون المدني الجزائري. إلا أن ملكية الموهوب له على المال الموهوب غير مستقرة وذلك أنه يدخل ضمن الضمان العام. كما أن الحيازة تؤثر على حق الرجوع في الهبة وهذا من الناحية الفقهية. فالرجوع عن الهبة قبل الحيازة جائز عند الحنابلة. أما بعدها فجائز عند الحنفية وغير جائز عند الشافعية والإباضية. وفي الحالتين غير جائز عند المالكية. أما قانون الأسرة لم يشير إلى أحكام الرجوع في الهبة قبل أو بعد الحيازة. فالواهب له أن يرجع عن هبته هذا قبل الحيازة لعدم استفاء العقد أركانه. أما بعدما يستوفي العقد شروط الانعقاد، فإن الواهب يتجرد من حق الرجوع إلا استثناءًا للأبوين فقط فيما وهبا لأبنائهما، وهذا على سبيل الحصر، وهو حكم وافق المذهب المالكي.

خاتمـــة

النـــــتـــــائـــــج

بعد استكمال هذا البحث موضوع الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ودراسته من كل جوانبه، خلصت إلى جملة من النتائج هي:

- ✓ تعد الحيازة في عقد الهبة ركنا داعما له، كون أن الهبة من عقود التبرعات وهذا لإحاطة العقد بحماية قانونية من التصرف المفقر للواهب لحصانة ماله؛
- ✓ كلا من هبة المنقول والعقار الحيازة ركنا فيهما وفق المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا يوافق حكم الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بينهما. وبهذا التوجه انفرد المشرع الجزائري حيث اعتبر هبة العقار عقد عيني وشكلي مقارنة بالقانون التونسي والمغربي والمصري، الذين اعتبروا هبة العقار عقد شكلي فقط؛
- ✓ تثبت الحيازة بمعاينة والإشهاد عليها من طرف شاهدين عدلين. وتثبت أيضا بتصرف الموهوب له في محل الهبة؛
- ✓ ويشترط لصحة الحيازة في الهبة وفق الفقه المالكي: معاينة الإخلاء المسكن، وعدم الرجوع الواهب له مدة سنة؛
- ✓ اعتبر المشرع الحيازة ركنا في عقد الهبة خلافا للفقه الإسلامي، الذي اعتبرها شرط من شروطها لا ترقى إلى أن تكون ركنا ينشأ عنه العقد؛
- ✓ موانع الهبة هي: هبة مريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية باتفاق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. أما هبة المدين الذي استغرق الدين ماله، تبرعه باطل في الفقه المالكي وصحيحا طبق قانون الجزائري، إلا أن ملكية الموهوب له على المال الموهوب مهددة بالزوال لدخولها في الضمان العام؛
- ✓ فالرجوع عن الهبة قبل الحيازة جائز عند الحنابلة. أما بعدها فجائز عند الحنفية وغير جائز عند الشافعية والإباضية. وفي الحالتين غير جائز عند المالكية. ويمنع الرجوع في الهبة بعد الحيازة في قانون الأسرة الجزائري إلا استثناءا للأبوين فيما وهبا لأبنائهما؛

✓ هناك توافق إلى حد كبير بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام قانون الأسرة الجزائري. وهذا يؤكد أن المنهج اللاتيني للدراسات القانونية يقترب من أحكام الفقه الإسلامي كثيرا، وهو ما يدعم فكرة أن القانون المدني الفرنسي في نشأته اعتمد كثيرا على الكتب الفقه المالكي التي استولى عليها نابليون بونابرت حين غزى مصر، إذ اعتمد عليها خاصة في مجال المعاملات.

التوصيـــــات

من خلال دراسة موضوع الحيازة في عقد الهبة في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، توصلت إلى جملة من التوصيات يمكن تلخيصها في العناصر التالية:

✓ تعديل المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري؛

✓ تصحيح الخطأ المادي في عبارة " تتم الحيازة " بإضافة حرف الباء في كلمة "بالحيازة"؛

✓ إعادة صياغة العبارة " ومراعاة أحكام قانون التوثيق" بعبارة " ومراعاة الأحكام الواردة في قوانين التوثيق والشهر"، لأن التوثيق ينشأ العقد، أما الشهر فينقل الملكية، وهذا وفق المادة 793 من القانون المدني الجزائري؛

✓ إعادة النظر في حكم الإجراءات الخاصة في المنقولات، إذ اعتبرها المشرع ركنا في عقد الهبة وهذا حسب المادة 2/206 من قانون الأسرة الجزائري، أما بالرجوع إلى القرار رقم 83033 المؤرخ في 1986/10/12 أكد أن إجراءات نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد إجراء إداري؛

✓ إنشاء مواد تنظم أحكام الحيازة وكيفية قيامها في المنقول والعقار، بتوثيق الحيازة بمعاينة شاهدين عدل وبحضور محضر قضائي الذي يدون إجراءات الإفراغ إن كان عقارا، وكذا تسليم المال الموهوب إن كان منقولا. ويرفق هذا المحضر الوثائق المعتمدة قانونا في توثيق عقد الهبة.

قائمة المصادر والمراجع

أ- المصادر

أ 1/ القرآن الكريم

أ 2/ السنة النبوية:

1. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، **المصنف**، تحقيق، حبيب الرحمان الأعظمي، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، الناشر المجلس العلمي، الهند، 1403هـ.
2. أبي بكر أحمد البيهقي، **السنن الكبرى**، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م.
3. مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، المجلد الثاني، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ-1985م.
4. محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 1423هـ- 2002م.
5. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ذكر سنة النشر.
6. محمد ناصر الدين الألباني، **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، 1412هـ-1992م.

أ 3/ المعاجم:

7. ابن منظور الإفريقي، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، لبنان، 1994م.
8. الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، **القاموس المحيط**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م.

أ 4/ القوانين:

9. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، المؤرخ في12 يونيو1984م.

10.قانون رقم 88-14 مؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 مايو سنة 1988، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، المؤرخ في 4 مايو 1988م.

11.قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد49، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م.

12.قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية للجمهوري الجزائرية، العدد21، المؤرخ في 8 أفريل 1991م.

13.القانون رقم 01-14 مؤرخ في 29جمادى الأولى عام 1422 الموافق 19 غشت سنة 2001، يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، المؤرخ في 19 غشت 2001م.

14.القانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخ في 08 مارس 2006 م.

أ 5/ الأوامر:

15.الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975م.

16.الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد92، المؤرخ في 18 نوفمبر 1975م.

أ 6/ المراسيم التنظيمية:

17.المرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، المؤرخ في 13 نوفمبر 1976م.

أ 7/القرارات القضائية:

18.المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 1.

19.المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1.

20.المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 1 و2.

21.المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 2.

22.المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 2.

23.المجلة القضائية لسنة 2010، العدد 2.

ب- المراجع

ب1/ المراجع الفقهية:

24. أبو محمد ابن بركة، **كتاب الجامع**، تحقيق، عيسى الباروني، الجزء الثاني، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، بدون ذكر سنة النشر.

25. أحمد الدردير، **الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، بهامشه أحمد الصاوي المالكي، حققه وراجعه وقدم له علي الهاشم، الجزء الرابع، دار الفضيلة، بدون ذكر مكان وسنة النشر.

26. امحمد اطفيش، **شرح كتاب النيل والشفاء العليل**، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، دار الفتح، بيروت، ودار التراث العربي، ليبيا، ومكتبة الإرشاد، جدة، 1392هـ-1972م.

27. خميس الرستاقي، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، تحقيق سالم الحارثي، الجزء السادس، الطبعة الثانية، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413هـ-1993م.

28. شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، ، تحقيق، سعيد أعراب، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.

29. صادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، الجزء الرابع، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002م.
30. عبد الرحمان الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003 م.
31. علي بن سعيد الغامدي، **اختيارات ابن قدامة الفقهية في أشهر المسائل الخلافية**، المجلد الثاني قسم المعاملات، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1418هـ.
32. محمد الأنصاري الرصاع، **شرح الحدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيبان ابن عرفة الوافية**، تحقيق، محمد أبو الأجفان والطاهر المعماري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م.
33. محمد الحبيب التجكاني، **نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية (دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري)**، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1983م.
34. محمد بن أبي بكر بن أيوب، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، قراءه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج أحمد عبد الله احمد، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.
35. محمد بن رشد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق وتعليق ودراسة، علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م.
36. محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1984م.
37. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء الخامس تتمة العقود، الملكية وتوابعها، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1985م.
38. يوسف بن مساعد الشريف، **الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في الوقف والهبة واللقطة واللقيط دراسة مقارنة**، مكتبة الرشد- ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1435هـ- 2014م.

ب2/ المراجع القانونية:

39. أنور طلبة، **العقود الصغيرة الهبة والوصية**، المكتب الجامعي الحديث، بدون ذكر مكان النشر، 2004م.
40. بدران أبو العينين بدران، **المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها**، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1985م.
41. بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، الجزء الأول، الطبعة السادسة، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008م.
42. حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات الهبة- الوصية -الوقف**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م.
43. حمدي باشا عمر، **نقل الملكية العقارية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م.
44. زكريا العماري، **النظام القانوني للأملاك الوقفية**، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المطي، التوزيع دار الأفاق المغربية، دار البيضاء، بدون ذكر سنة النشر.
45. شيخ نسيمة، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة – الوقف- الوصية)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م.
46. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000م.
47. علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الثاني (الحوالة – الرهن- الأمانات- الهبة – الغصب- الحجر والإكراه والشفعة)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ- 2003م.
48. علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الرابع (الصلح والإبراء، الدعوى، البيانات والتحليف، القضاء)، دار عالم الطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ- 2003م.

49. علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008م.
50. مايا دقايشية، **أحكام الرجوع في عقود التبرعات**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.
51. مجيد خلفوني، **شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري**، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م.
52. مجيد خلفوني، **نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م.
53. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012م.
54. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام)**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2019م.
55. محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية (الوصية وتصرفات المريض مرض الموت)**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
56. منصوري نورة، **هبة العقار في التشريع**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010م.

ب3/ البحوث الجامعية:

57. جليلي إبتسام، **تصرفات مريض مرض الموت**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية: 2017م-2018 م.
58. حمراوي صباح، بوشيبان مريم، **إنتقال ملكية السيارات في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية: 2017م-2018م.

59. خالد سماحي، **النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2012 م- 2013م.

60. راشد السيد إبراهيم عامر، **تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989م.

61. عبد المالك رابح، **النظام القانوني لعقود التبرع (الوصية، الهبة، الوقف) في القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية:2016م-2017م.

62. لزرق بن عودة، **وسائل حماية الضمان العام**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2013م-2014م.

ب4/ المقالات:

63. الحمصي فريدة، **تأثير الحيازة في حق الواهب في الرجوع عن الهبة**، المجلة الدراسات والأبحاث، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مجلد 11، عدد 2 جوان 2019م، السنة الحادي عشر.

64. مازن مصباح صباح، **الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة**، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، كلية الشريعة، جامعة الزهر، غزة، مجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011م.

ب5/ المطبوعات الجامعية:

65. سوسن المرابط، **عقد الهبة في القانون التونسي**، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، السنة القضائية 2010م-2011م.

66. كحيل حكيمة، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: **عقد الهبة**، موجهة لطلبة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، السنة الجامعية: 2017م-2018م.

67. محمد الفرحاني، فقه التبرعات، الفصل الرابع، المجموعة / 5، كلية الشريعة، جامعة سدي محمد ابن عبد الله، فاس، 2019م-2020م.

ب6/- المواقع الإلكترونية:

68. أحلام العاتي، **ماهية التسليم في عقد الهبة وكل ما يتعلق به من شروط**، موقع محاماة نت، عبر الرابط التالي: https: //www. mohamah. net، تاريخ الإطلاع يوم، 03/26/ 2021م، على الساعة 23: 16.

69. ظهير شريف رقم 1. 11. 178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ قانون رقم 08. 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، المادة 273، الجريدة الرسمية العدد 5998، ص5607، نشر بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، الموقع المملكة المغربية، الأمانة العامة للحكومة، عبر الرابط التالي: https: //www. sgg. gov. ma، تاريخ الإطلاع يوم 2021/03/27م، على الساعة 12:45.

70. مجلة الأحوال الشخصية، موقع وزارة العدل التونسية، عبر الرابط التالي:
http : //www. justice. dov. tv، تاريخ الإطلاع يوم 2021/05/30م، على الساعة 12:24.

71. يوسف نواسة، **العينية في عقود التبرعات: الهبة نمودجا**، الأكادمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، موقع رياض العلم، عبر الرابط التالي:
https: //riyadhalelm. com، تاريخ الإطلاع يوم 2021/05/19م، على الساعة 15: 20.

فهـــرس

فهرس

شكر وتقدير

الإهداء

مقدمــة ..... أ – ج

الفصل الأول: ماهية الحيازة في عقد الهبة 5

تمهيد: 6

المبحث الأول: مفهوم الحيازة في عقد الهبة.....7

المطلب الأول: المقررات الشرعية والقانونية 7

الفرع الأول: الحيازة.....7

أولا: التعريف اللغوي للحيازة والألفاظ ذات الصلة.....7

ثانيا: التعريف الفقهي للحيازة والألفاظ المشابهة.....8

ثالثا: الفرق بين الحيازة والألفاظ المشابهة 9

رابعا: التعريف القانوني للحيازة في عقد الهبة..... 10

الفرع الثاني: الهبة 10

أولا: التعريف اللغوي للهبة والألفاظ ذات الصلة 10

ثانيا: الفرق بين الهبة والألفاظ المشابهة..... 12

ثالثا: التعريف الفقهي للهبة..... 12

رابعا: التعريف القانوني للهبة..... 13

المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة وتمييزه من التصرفات المشابهة له..... 16

الفرع الأول: خصائص عقد الهبة..... 16

أولا: الهبة عقد بين الأحياء 16

ثانيا: الهبة عقد تبرع..... 16

ثالثا: الهبة عقد ملزم لجانب واحد 18

رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني 18
الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له 18
أولا: تمييز عقد الهبة عن الوصية 18
ثانيا: تمييز عقد الهبة عن الوقف..... 20
المبحث الثاني: أركان عقد الهبة..... 22
المطلب الأول: الأركان العامة لعقد الهبة 22
الفرع الأول: التراضي في عقد الهبة 22
أولا: تطابق الإيجاب والقبول 22
ثانيا: شروط الصحة 24
الفرع الثاني: المحل في عقد الهبة 27
أولا: شروط المحل 27
ثانيا: هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع..... 29
الفرع الثالث: السبب في عقد الهبة..... 30
أولا: الهبة المقترنة بشرط معين..... 30
ثانيا: الهبات والهدايا في الخطبة 31
المطلب الثاني: الأركان الخاصة في عقد الهبة..... 32
الفرع الأول: الحيازة في عقد الهبة 32
أولا: الحيازة في هبة العقار 32
ثانيا: الحيازة في هبة المنقول..... 33
ثالثا: كيفية حيازة المنقول للمحجور عليه..... 34
رابعا: مدة الحيازة في عقد الهبة 34
خامسا: حالات الاستغناء عن الحيازة في عقد الهبة 36
الفرع الثاني: الشكلية في عقد الهبة 37

أولا: الشكلية المباشرة 37
ثانيا: الشكلية الغير مباشرة 39
الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بالمنقولات في عقد الهبة 40
ملخص الفصل 42
الفصل الثاني: أحكام الحيازة في عقد الهبة 43
تمهيد: 44
المبحث الأول: الطبيعة الفقهية والقانونية للحيازة في عقد الهبة 45
المطلب الأول: التكييف الفقهي للحيازة في عقد الهبة 45
الفرع الأول: الحيازة شرط صحة 45
الفرع الثاني: الحيازة شرط تمام 48
الفرع الثالث: الحيازة لا شرط صحة ولا شرط تمام 51
المطلب الثاني: التكييف القانوني للحيازة في عقد الهبة 52
الفرع الأول: الحيازة ركن في عقد الهبة في القانون الجزائري 52
الفرع الثاني: طبيعة الحيازة في عقد الهبة في القانون المقارن 54
أولا: القانون التونسي 54
ثانيا: القانون المغربي 56
ثالثا: القانون المصري 57
المبحث الثاني: موانع الهبة وتأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة 58
المطلب الأول: موانع الهبة 58
الفرع الأول: مرض الموت 58
أولا: تعريف مرض الموت 58
ثانيا: دلالات مرض الموت والملحقون به 59
ثالثا: هبة مرض الموت 61

رابعا: حيازة الهبة 62
الفرع الثاني: إحاطة الدين بمال المدين 63
أولا: هبة المدين في الفقه الإسلامي 63
ثانيا: هبة المدين في القانون الجزائري 65
المطلب الثاني: تأثير الحيازة في الرجوع عن الهبة 67
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي في الرجوع عن الهبة قبل وبعد القبض..... 67
أولا: حكم الرجوع عن الهبة قبل القبض 67
ثانيا: حكم رجوع عن الهبة بعد القبض..... 69
الفرع الثاني: موقف القانون في الرجوع عن الهبة بعد الحيازة..... 70
أولا: موقف القانون الجزائري في الرجوع عن الهبة بعد الحيازة..... 70
ثانيا: موقف القانون المقارن في الرجوع عن الهبة 72
ملخص الفصل 75
خاتمــة..... 76
التوصيـــات 78
قائمة المصادر والمراجع 79
فهـرس 79
ملخـص 94

ملخص

ملخص

تناولت الدراسة مفهوم الحيازة في عقد الهبة، وتعريف كل من الحيازة والهبة لغة وفقها وقانونا وتمييز ما يشبههما. كما تضم الأركان العامة لعقد الهبة. والأركان الخاصة، منها الحيازة، وهذا الأخيرة ينفرد عقد الهبة بها عن سائر العقود. والحيازة هي تسلط على المال الموهوب، وتثبت بإشهاد العدلين ومعاينتها، وتصرف الموهوب له في محل الهبة. تنقسم طبيعة الحيازة وفق رأي الفقه الإسلامي إلى ثلاثة مذاهب، شرط صحة، وشرط تمام، ولا شرط صحة ولا شرط تمام. أما قانون الأسرة الجزائري تعد الحيازة فيه ركنا في العقد. كما أن موانع الهبة هي التبرع في مرض الموت، ويأخذ حكم الوصية، وهبة المدين الذي أحاط الدين بماله. وفي الرجوع عن الهبة قبل الحيازة جائز عند الحنابلة، أما بعدها فجائز عند الحنفية، وغير جائز عند الشافعية، وفي الحالتين غير جائز عند المالكية. أما في قانون الأسرة الجزائري فالرجوع مقتصر على الأبوين فقط.

Abstract:

This study deals with the concept of possession in the gift contract and the definition of both terms, possession and gift in jurisprudence and law. It also includes general pillars of the gift contract, and special elements, possession is based on rules established by Islamic jurisprudence and law, since actual possession is the shedding of the gifted money and the appearance of the owner. Possession is proven by the testimony and inspection of two notaries, which are two conditions for the validity of the donation. The nature of possession, according to the opinion of jurists, is divided into three doctrines, the first being a condition of validity, the second a condition of completeness, and the third, neither of the two. As for the Algerian Family Code, possession is an element of the contract. In addition, the impediments to the gift are represented in the donation of the donor in the event of a death illness, and giving the debtor who surrounded the debt with his money. The restitution of gift before possession is permissible according to the Hanbalis, but permissible after according to the Hanafi school, and in both cases it is impermissible according to the public. As for the Algerian family code, recourse is limited to the parents only, even after fulfilling the contract pillars.