



جامعة سعد دحلب - البليدة

كلية الحقوق

عقد الهبة في التشريع الجزائري

-دراسة وصفية تحليلية-

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
تخصص القانون العقاري والزراعي

تحت إشراف/ الدكتور محمودي مراد

مقدمة من الطالب/ علياتي محمد

لجنة المناقشة

- الدكتور: بلمامي عمر أستاذ محاضر جامعة سطيف..... رئيسا
- الدكتور: محمودي مراد أستاذ محاضر جامعة البليدة مقرر
- الدكتور: العيشاوي عبد العزيز أستاذ مكلف بالدروس -جامعة البليدة.... عضوا
- الدكتور: حداد العيد أستاذ مكلف بالدروس -جامعة البليدة..... عضوا
- الأستاذ: خليل عمرو أستاذ مكلف بالدروس -جامعة البليدة..... عضوا

تاريخ المناقشة:.....

31-340-74-2

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى << يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور >> . سورة الشورى ، آية 49 .

الشكر

﴿شكر﴾

أتقدم بتشكري الخالصة إلى أستاذي ومؤطري ، الدكتور محمودي مراد الذي شرفني بإشرافه علي وعلى النصائح والتوجيهات التي لم ييخل بها علي في سبيل إعداد هذه المذكرة .

كما أشكر الأستاذ الدكتور فوزي أوصديق عميد كلية الحقوق الذي وفر لنا أجواء البحث وسهل علينا دراساتنا العليا .

كما أشكر الأستاذ الدكتور العيد حداد مدير الدراسات كلية الحقوق الذي لم ييخل علينا بنصائحه وإرشاداته ؛ و كل أعضاء لجنة المناقشة الذين لبوا طلب مناقشة هذه المذكرة .

كما أتقدم بشكري إلى موظفي مكتبة الكلية الذين ساعدوني للحصول على بعض المراجع التي أفادتني في إعداد هذه المذكرة.

كما أشكر كل الذين ساعدوني من قريب أو بعيد لأجل أن تخرج هذه المذكرة للوجود.

الإهداء

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى :

واللهي الأمين كما نلنا الفاضل فيما وصلت إليه.

إلى إخوان الدين وقبورنا نحائي وشجعوني على إتمام هذا البحث.

إلى السيد بابا الشير الذي أشرف على طبع هذا البحث.

كما أهدى هذا العمل المتواضع إلى الضابطین ، طارق و حفتر العامرين بسلك الأمن

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة البليدة.

وإلى كل طلبة الماجستير ، فرع القانون العقاري والبرائعي.

مقدمة

مقدمة

مما لا شك فيه أن للهبية تأثير بالغ الأهمية في العلاقات و الروابط الإنسانية على إعتبار أنها باب من أبواب البر و الإحسان، و كذا تدعيم أواصر الأخوة و التعاون بين الأهل و الأقارب كما أن نفوس الناس تهفوا إلى ما كان فيه إعطاء شيء بدون مقابل فهي تصرف ذا خطورة عظيمة حيث يتنازل الإنسان بواسطته عن ماله أو جزء منه قد يكون ذو تأثير كبير على وضعيته المالية و علاقته بأسرته مما يوجب على الواهب التروي و التفكير جيدا لما هو مقدم عليه بما يعطي وصفا لعقد الهبة من أنه يعد من العقود الاحتفائية أو عقود الغرر بمعنى افتقار ذمة الواهب المالية و اغتناء ذمة الموهوب له.

كما أن دراسة هذا الموضوع من الضرورة بمكان حتى بالنسبة لمحري العقود كالموتقين الذين يتوجب عليهم التأكد من سلامة الرضا بالنسبة للطرفين و جدية إرادتهما و التثبت من هويتهم و مراعاة استقاء العقد لجميع شرائطه التي يفرضها القانون .

و على ذلك فإن تصرف الواهب هذا لا يخلو من أمرين فقد يقصد بتبرعه بها إما ابتغاء مرضاة وجه الله عز وجل فتكون الهبة صدقة توجب توافر النية الخالصة للمتبرع و الابتعاد عن الفخر و الرياء و هذا مصداقا لقوله تعالى << يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن و الأذى كالذي ينفق ماله رياء الناس >>. الآية 236 من سورة البقرة .

و إما أن يقصد المتبرع بماله التقرب و التودد إلى الغير مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم << تهادوا تحابوا >> و قوله أيضا << حبت النفوس على حب من أحسن إليها >> .

كما أنه قد يقصد - الواهب - من وراء هبته الحصول على مقابل أثمن قيمة مما أعطاه إن كان في نفسه حاجة إلى إشباع رغبة اقتصادية تدعم مركزه الاقتصادي أكثر و هذا ما يصطلح على تسميته بالهبة بمقابل، مما يؤكد مرة أخرى أهمية الهبة في علاقات الأفراد فيما بينهم سواء تعلق الأمر بالجانب الإنساني أو المالي .

و نظرا لما يكتسبه هذا التصرف وفقا لما سبق ذكره فقد أولاه المشرع الجزائري أهمية بمكان و خصص له جزءا هاما من نصوص قانون الأسرة و أفرد له أحكاما في المواد من 202 إلى 213 من قانون الأسرة الجزائري .

على أنه ما يمكن ملاحظته حول موقع هذه الأحكام الخاصة بعقد الهبة في قانون الأسرة أن المشرع أخطأ التقدير بشأن هذا الموقع و لم يرد في غير موضعه الطبيعي فالمكان الطبيعي للهبة

في النظام القانوني هو بين العقود المسماة في القانون المدني و ليس في قانون الأسرة فليس فيه شيء من الأموال الشخصية فلا صلة لها بمال الأسرة إلا باعتبارها مالا عاديا ولا حتى بالميراث إلا أن سلوك المشرع هذا المسلك بوضعه أحكام عقد الهبة في قانون الأسرة له ما يبرره بالنظر إلى الجانب العملي و التاريخي في نفس الوقت. إذ كان يطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية قبل و أثناء الاستعمار الفرنسي و حتى بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة سنة 1984، فكان القضاء يلتجأ إلى تطبيق أحكام الشريعة بشأنها و خصوصا أحكام المذهب المالكي المتعلقة بها إضافة إلى ذلك رأى المشرع أن جل مصادر أحكام الهيئة مستوحاة من الفقه الإسلامي، لذا أدرجها ضمن قانون الأسرة إلا فيما يوجب القانون كقانون الأسرة و القانون المدني و قانون التوثيق من ضرورة توافر بعض الشروط و الإجراءات القانونية . لذا سوف تكون دراستنا لهذا الموضوع دراسة وصفية في مظهرها تحليلية في مضمونها لإبراز جوانب القصور فيها و اقتراح التعديل و البديل لها أن أمكن .

وفيما يتعلق ببيان أحكام الشريعة الإسلامية فواقع الأمر أن البحث والخوض في كتب الشريعة للتعرف على المذاهب الفقهية المختلفة ، في مسألة أو موضوع ما ليس بالأمر الهين إذ يستلزم ذلك خبرة ودراسة كبيرين لا تتوافر لكل باحث ، لذلك كان لزاما علينا في هذه الدراسة الابتعاد قدر الإمكان عن ولوج الخلافات الفقهية المختلفة والمتشعبة مكتفين بأهم الآراء وتحديد المذهب الفقهي الذي أخذ ، أو اعتمد المشرع عليه في النص القانوني . على أنه يتعين التنبيه في هذا المجال أنه عندما لا يورد القانون حكما فيما يتعلق بالهبة فإنه يتعين الأخذ بأرجح الأقوال من مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية على سبيل الاستئناس والاسترشاد، و تبرز أهمية هذا الموضوع في كونه متعلق بنزاعات عديدة تحدث في الحياة العملية ، و قلة إن لم نقل انعدام الدراسات النظرية القانونية التي لم تتناوله ، ولم تسهب فيه كثيرا .

وبشير هذا الموضوع إشكاليات عديدة لعل من بينها هل يعتبر عقد الهبة كسائر العقود أم لا؟ وإن كان كذلك فما هو النظام القانوني الذي يحكمه عندئذ؟ ولماذا وضع المشرع الجزائري عقد الهبة ضمن قانون الأسرة ولم يضعه في القانون المدني على غرار مختلف التشريعات العربية كالشريع المصري مثلا . ولعل أهم إشكالية يطرحها هذا الموضوع هي مسألة الرجوع في الهبة والتي لم يفصل المشرع بشكل جيد وواضح في قانون الأسرة ، نظرا لتضارب وتناقض النصوص التي تحكم عقد الهبة في حد ذاته ، وعلى هذا الأساس سوف نتناول هذا الموضوع في بابين أساسيين حيث نتناول في الباب الأول: ماهية عقد الهبة في فصلين . الفصل الأول نتعرض فيه للتعريف بعقد الهبة ، وخصائصه وتمييزه عما يشابهه من التصرفات وتكييفه القانوني ، وفي الفصل الثاني نتناول أركان عقد الهبة .

أما الباب الثاني : فنتناول فيه آثار عقد الهبة في فصلين الأول نتعرض فيه لآثار عقد الهبة أما الفصل الثاني فنتناول فيه الرجوع في عقد الهبة .

الباب الأول

ماهية عقد الهبة

الباب الأول

ماهية عقد الهبة

نتناول هذا الباب في فصلين ، حيث أننا نخصص الفصل للتعريف بعقد الهبة ومدلولاته وكذا مقوماته ، وأهم الخصائص التي يتميز بها عن غيره من التصرفات المشابهة له ، و تكييفه القانوني أما الفصل الثاني ضمن نفس الباب فنتناول فيه أركان عقد الهبة التي تجعله صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية .

الفصل الأول

التعريف بعقد الهبة ، خصائصه ، تمييزه عما يشابهه

من التصرفات وتكييفه القانوني

الفصل الأول

التعريف بعقد الهبة ، خصائصه ، تمييزه عما يشابهه من التصرفات وتكييفه القانوني.

نتناول في هذا الفصل تعريف عقد الهبة ومدلولاته اللغوية والإصطلاحية وخصائصه التي يختص بها عن غيره من العقود ، إضافة إلى ذلك تمييزه عن التصرفات المشابهة له وتكييفه القانوني أو طبيعة هذا العقد ، لأجل كل هذا قسمنا هذا الفصل إلى مباحث ثلاث ، حيث نتعرض في المبحث الأول للمدلول اللغوي والإصطلاحى لعقد الهبة ومقوماته ، بينما نتناول في المبحث الثاني خصائص عقد الهبة ، وتمييزه عن التصرفات المشابهة له ، أما المبحث الثاني فنخصصه للتكييف القانوني لعقد الهبة وأهمية ذلك.

المبحث الأول

المدلول اللغوي والإصطلاحي لعقد الهبة ومقوماته

نتناول في هذا المبحث مدلولات عقد الهبة سواء تعلق الأمر بالمدلول اللغوي أو الإصطلاحي وذلك في مطلبين ، حيث نتعرض في المطلب الأول للمدلول اللغوي لعقد الهبة و كذلك تعريفها لدى الفقهاء وفي المطلب الثاني نتناول المدلول الإصطلاحي لعقد الهبة ومقوماته .

المطلب الأول

المدلول اللغوي والفقهي لعقد الهبة

أولا / الهبة في اللغة : تعرف الهبة لغة بمعنى التفضيل و الإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال .

كما أنها مأخوذة من فعل وهب بمعنى مر بمرورها من يد إلى يد أخرى . و من ذلك قالوا أن الهبة في اللغة هي التبرع و التفضل على الغير و لو بغير مال أي ما ينتفع به الإنسان مطلقا سواء كان ذلك مالا أو غير مال .

ثانيا/ تعريفها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية: بما أن موضوع الهبة موضوع

فقهي بالدرجة الأولى لأن جل أحكامها مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية فإنه لا بأس من ذكر أهم التعريفات التي أعطيت لهذا الموضوع في المذاهب الفقهية الأربعة - الإسلامية - حتى تتضح المفاهيم و على أي أساس عرف المشرع الهبة في نص المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري . على كل حال وردت تعريفات كثيرة للهبة في اصطلاح الفقهاء و كلها تتضمن تعريف الهبة بأنها تملك العين في الحال من غير عوض و أهم هذه التعريفات ما يلي:

1- تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب المالكي: عرفها المالكية بتعاريف مختلفة

لكن كلها متقاربة و تصب في معنى واحد فعرفت بأنها >> تملك من له التبرع ذاتا تملكا شرعيا بلا عوض لأهل بصيغة صريحة أو ما يدل على التملك و أن معطاة << (1) .

(1) راجع في ذلك : الدكتور ، محمد تقية الهبة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي ، مقال منشور بمجلة

الموقف ، العدد 03 جوان ، 1998 ، ص 18 .

و يمكن شرح هذا التعريف لأن كل لفظ وارد في التعريف له مدلوله و مفهومه للهبة .
 فقوله << تملك من له التبرع >> يقصد به من له أن تبرع بالشيء الموهوب و نحو ذلك
 من غير الهبة كمن قال هذا صدقة مني أو وقفاً، و لفظ <<أهل>> يقصد به المستحق فيخرج الحربي
 فلا تصح الهبة للحربي بأي شيء من الأموال مادام حريباً لأنه لا يجوز نفعه ولا التودد إليه.
 و قوله << ذاتا >> فهو بمثابة قيد به إخراج تملك المنفعة كالإجارة والعارية والوقف و العمرة
 و إخراج الرقيق فلا يجوز تملك ذاتهما للغير، و قوله <<بلا عوض>> لإخراج البيع و هبة الثواب.
 وقوله أيضاً : <<وان معطاة>> فهو لفظ يفيد صحة الهبة بالمعطاة لدى المالكية .
 هذا وقد ورد في الخرشي (1) تعريف يخص هبة الثواب فقط حيث جاء فيه <<الهبة لثواب
 تملك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض>>. كما أن هناك تعريف آخر أورده المالكية للهبة في
 الشرح الكبير بقولهم <<أن الهبة :هي تملك ذات بلا عوض >>. (2)
 ما يتضح لنا من مجمل التعريفات التي أوردها المالكية للهبة ، أنها كلها تصب في معنى واحد
 أي أنها تقيد تملك الغير ذاتا بلا عوض.

2- تعريف فقهاء المذهب الحنفي للهبة :لقد عرف فقهاء الشريعة في المذهب

الحنفي الهبة بتعاريف متعددة وأن اختلفت في ألفاظها، فإنها كلها تدور حول معنى الهبة الذي سبقت
 الإشارة إليه.

فقد جاء في البدائع بأنها << تملك العين بغير عوض >> (3) وورد في مجمع الأنهر بأنها
 << تملك عين بلا ذكر عوض >> (4) و عرفها البعض منهم بأنها << تملك العين في الحال
 مجاناً >> وهناك من الفقهاء من عرفها بأنها <<تملك المال بلا عوض حال حياة المالك >>. (5)

3 - تعريف الشافعية للهبة :عرف الشافعية الهبة بأنها :<<التملك لعين بلا عوض في

حال الحياة تطوعاً >>، كما جاء في تحفة المحتاج بأنها <<التملك بعين أو دين بلا عوض >>. (6)

(1) راجع في ذلك : الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل للإمام أبي ضياء سيدي خليل للعلامة أبي عبد الله محمد

الخرشي ، المطبعة الأميرية الكبرى بالقاهرة ، الطبعة الثانية 1317 هـ ، ص 102.

(2) راجع في ذلك : النسوفي ، حاشية النسوفي على الشرح الكبير ، العلامة شمس الدين محمد بن عرفة النسوفي ، دار

إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ طبعة ، ص 98.

(3) راجع في ذلك : الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الحديث القاهرة مصر الطبعة الثانية 1982 ص 394.

(4) راجع في ذلك : مجمع الأنهر، شرح ملتقى الأبحر للعلامة عبد الرحمن بن سليمان ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

بدون تاريخ طبعة، ص 35.

(5) راجع في ذلك : الأستاذ أحمد إبراهيم ، التزام التبرعات، الطبعة الثالثة 1930 ، ص 607.

(6) راجع في ذلك : شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج لشرح المنهاج ، لمحمد بن أحمد الرملي ، مطبعة الحلبي مصر

القاهرة 1967 ، ص 405.

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أضاف هبة الدين ، وشرح هذين التعريفين يكون كالآتي :
بالنسبة للتعريف الأول جاء قولهم لفظ << التملك >> فهو قيد قصد به إخراج الإيجار والعارية لأنها
منفعة تعود إلى صاحبها ، بعد الانتهاء من استعمالها ، أو نهاية أجلها .
وقولهم أيضا : << العين >> فهو بمثابة قيد ثانٍ مكمل للأول لإخراج المنفعة والدين << .
ومفهوم لفظ -بلا عوض - لإبعاد البيع ، لأنه تملك بعوض ، كما أن عبارة -في حال الحياة-
هو قيد ثالث لإقصاء الوصية لأنها تملك بطريق التبرع مضاف لما بعد الموت .
وأخيرا مصطلح -تطوعا - . هو كذلك قيد رابع لإخراج الزكاة والكفارة ، لأن في كل منهما
تمليك المال في الحياة بلا عوض ، ولكن على سبيل الوجوب ، لا على سبيل التطوع .(1)

4- تعريف الهبة عند الحنابلة : يعرف الحنابلة الهبة بأنها : <<تمليك جائز التصرف ما
لا معلوما ، أو مجهولا تعذر علمه ، موجودا مقدورا على تسليمه ، غير واجب في الحياة بلا
عوض بما يعد هبة عرفا ، من لفظ هبة وتمليك >> .(2)
كما عرفها بعض فقهاء بأنها : <<التبرع بتمليك من جائز التصرف ماله المعلوم الموجود
في حياة غيره >> .

وعلى ذلك سوف نشرح كل تعريف على حدا بما ورد فيه من ألفاظ.
بالنسبة للتعريف الأول ، فقد ذكر لفظ -تمليك- فهو قيد أول قصد به إخراج العارية.
وقوله -جائز التصرف- أي مكلف رشيد أهلا للتصرف.
وأما قوله :-مالا- لإخراج ما ليس بمال وما لا يقوم بمال وهو قيد ثان.
وقوله -غير واجب- فهو قيد ثالث لإخراج نفقة الزوجة والقريب لأنها نفقة واجبة إضافة إلى
الديون. أما بالنسبة للتعريف الثاني الذي أورده الحنابلة ، فإن ما سبق شرحه من مصطلحات بالنسبة
للتعاريف السابقة ، في المذاهب التي سبق ذكرها ينطبق عليها.

ثالثا / دليل مشروعية الهبة : لقد شرعت الهبة لجل فائدتها ، فهي تعد باب من أبواب
البر والإحسان ، وسبيل إلى التألف والمحبة بين القلوب وصلة الرحم ، وإزالة الأحقاد والضغائن
بين الأقارب ، لذا فقد ثبتت مشروعية الهبة بالقرآن والسنة والإجماع ، والمعقول ، فمن القرآن قوله

(1) راجع في ذلك : الدكتور، مصباح حماد ، الهبة .بحوث فقهية مفارئة، السلام للطباعة والنشر ، القاهرة

سبتمبر 1993 ، ص 17 .

(2) راجع في ذلك : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلتها، الجزء 05، الطبعة الثانية 1979 ، دار الفكر، ص 05.

تعالى : << فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً >> (1). فإن هذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر، وقوله تعالى أيضاً : <<... أن تبدوا الصدقات فنعماً هي >> (2) . إلى غير ذلك من الآيات التي حث الشارع فيها على الهبة والصدقة لأنها صنيع جميل من الإنسان لأخيه ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم كذلك : <<تهانوا تحابوا >> وفي رواية أخرى : << تهادوا فإن الهدية تذهب الضغائن >> (3) ، وقوله صلى الله عليه وسلم كذلك : <<العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه >> (4).

ومن الإجماع أن الصحابة رضوان الله عليهم جميعاً ، وعلى رأسهم أبو بكر الصديق ، وعمر بن الخطاب اقرروا بالهبة وعملوا بها كسنة قولية وفعلية، مما يدل على إجماعهم عليها جميعاً (5). ومن المعقول ما تبين من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ، وإجماع الصحابة ، أن من شأن الهبة التأليف بين القلوب ، والتأكيد على روابط المودة والإخاء ، وتقوية الصلة بين النفوس وهي بذلك ضرب من ضرور الإحسان ووجه من وجوه البر التي أمر بها الله عز وجل.

المطلب الثاني

المدلول الإصطلاحي لعقد الهبة ، ومقوماته.

أولاً/المدلول الإصطلاحي لعقد الهبة : لقد اختلف فقهاء القانون في تعريف عقد الهبة فنجد منهم من عرفها بأنها <<عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض >>. و عرفها آخرون بأنها <<العقد الذي يترتب عليه افتقار الواهب ، وإثراء الموهوب له >>. (6) أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرفها في المادة 202 ق. س بما يلي : << الهبة تمليك بلا عوض >>. و نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أن الهبة << تتعقد الهبة بالإيجاب ، و القبول و تتم بالحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق >> .

(1) الآية 04 من سورة النساء.

(2) الآية 270 من سورة البقرة .

(3) لمرجه الإمام مالك في باب ما جاء في السهجرة ، من كتاب حسن الخلق ، الجزء 02 ، ص 908 ، والبيهقي في السنن ، كتاب الهبات ، الجزء 06 ، ص 169 ، بدون تاريخ طبعة .

(4) لمرجه الإمام البخاري في كتاب الهبة ، باب هبة الرجل لإمرأته ، الجزء 03 ، ص 207.

راجع في ذلك : الدكتور بدران أبو العنين بدران ، الموارد ، والوصية ، والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، بدون تاريخ طبعة، ص 214.

(5) راجع في ذلك : د/ محمد نقيّة سجدة الموثق للعدد 04 ، مرجع سبق ، ص 17 و 18.

(6) راجع في ذلك : الدكتور عبد الحمي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، وفقاً للقانون الكويتي * دراسة

مقارنة * جزء 1 المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت، ص 91 .

ما يلاحظ على التعريف الوارد للهبية في نص المادة 202 من قانون الأسرة أنه لم يحدد المقصود من التمليك ، هل هو تمليك المال ، أم المنافع ، أم أشياء محددة . و في غياب هذا التفصيل يمكن حمل اللفظ على معناه العام ليشمل تمليك المال رقبية، و منفعة، أو حتى حقا شخصيا. و يستفاد من مضمون المادتين سابقتي الذكر ، أن الهبة عقد يقع في الحياة . و لقيامه لابد من وجود إيجاب و قبول متطابقين لكل من الواهب و الموهوب له حال حياتهما . بالتزام الواهب بنقل كل ملكيته أو جزء منها و مجانا إلى الموهوب له و أن عملية نقل الملكية هذه ينتج عنها افتقار ذمة الواهب المالية ، و اغتناء ذمة المتبرع له ، مما يظهر نية التبرع لدى الواهب ، و هذا ما أدى بالكثير من فقهاء القانون إلى اعتبار عقد الهبة من عقود الغرر ، أو ما يصطلح على تسميته بالعقود الاحتمالية *Les actes soloneles* بمعنى العقود التي تفقر ذمة و تعني ذمة أخرى ، لذلك أحاطها المشرع بكثير من الشكليات لتثبيته الواهب ، و حتى الموهوب له لخطورة التصرف المقدم عليه .

يتضح لنا بعدما عرضنا لمختلف تعاريف الهبة في المذاهب الفقهية الأربعة ، و التعريف القانوني لها في التشريع الجزائري . أن الفقهاء و إن اختلفوا في استعمال الألفاظ التي تعبير عن الهبة إلا أنهم اتفقوا على أن الهبة تمليك المال بلا مقابل ، أي بدون عوض ، و لا خلاف في حقيقتها و إنما الخلاف في الألفاظ و العبارات الواردة في تلك التعاريف ، كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك منذ قليل.

ما يمكن ملاحظته أيضا على هذه التعاريف ، أنها ذكرت قيودا ، حتى و أن أغفل البعض منها على ذكر هذه القيود ، و إنما الهدف منها التضييق في مفهوم الهبة الأخص عن مفهوم الصدقة الأعم.

كما أن معظم التعاريف جاءت شاملة و عامة . و الأصل في التعريف أن يكون موجزا و واضحا جامعاً مانعاً . أما المشرع الجزائري فقد عرف الهبة : "بأنها تمليك بلا عوض " . أول ملاحظة على هذا التعريف ، أن المشرع أخطأ التقدير حينما عرف الهبة ، ذلك أن تعريف الهبة منوط بفقهاء القانون ، و ليس من وظيفة المشرع ، بالإضافة إلى ذلك فنحن لا ندري من أي مذهب استقى المشرع تعريفه للهبة ، و أن كان أغلب الظن أنه أقرب إلى التعريف الذي أورده الحنفية ، حيث سبق و أن عرفوها بأنها : << تمليك العين من غير عوض >> .

فما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد المقصود من التمليك ، هل هو تمليك المال ، أم تمليك المنافع أم أشياء أخرى ، و في غياب هذا التفصيل يمكن حمل اللفظ على معناه العام ، بأن التمليك ينصرف إلى تمليك المال كيفما كانت طبيعة هذا التمليك .

بالإضافة إلى ذلك ، فإن لفظ تمليك بلا مقابل الذي أورده المشرع ، فهذا يفيد تصرف الواهب بإرادته المنفردة ، بمعنى أنها عقد تبرع ملزم لجانب واحد و هو جانب الواهب ، في حين يذكر في

نصر المادة 205 من نفس القانون . يذكر لفظ << تتعد الهبة بالإيجاب و القبول >> و في هذا يتغير وصف العقد من كونه ملزم لجانب واحد إلى عقد ملزم للجانبين مادام فيه إيجاب و قبول . لذا نخلص إلى القول في هذا المبحث ، ينبغي على المشرع تعديل هذا التعريف ، ليكون جامعاً مانعاً كالآتي : " الهبة عقد بمقتضاه يقوم الواهب بتمليك مال ، أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض . " و هو أكثر انطباقاً للتعريف الذي أورده الشافعية .

ثانياً / مقومات عقد الهبة : و مما تقدم ، فإن لعقد الهبة له مقومات ، لا يقوم إلا بها و هي أن الهبة عقد ما بين الأحياء ، و تصرف بلا عوض ، و وجود نية التبرع ، كما أنها أخيراً عقد عيني و شكلي ، و سنتناول بالشرح كل مقوم على حدة .

المقوم الأول/ الهبة عقد ما بين الأحياء : باعتبار أن عقد الهبة لقيامه لا بد فيه من إيجاب من طرف الواهب ، و قبول من طرف الموهوب له ، فإن ذلك لا يتصور إلا ما بين أشخاص أحياء ليصدر كل منهما إيجاب و قبول متطابقين وهذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة بقولها : << تتعد الهبة بالإيجاب و القبول >> .

و هذا يعني أن عقد الهبة لا يقوم إلا بين الأحياء ، و أن أثرها لا يترأخى إلى ما بعد الموت على خلاف الوصية التي تتعد بإرادة الموصي المنفردة ولا تنفذ إلا بعد موت الموصي و إمكان رجوع الموصي عن وصيته مادام حيا ، بينما الهبة فأنها تتعد في الحال ، و في حياة كل من الواهب و الموهوب له ، و لا إمكان لرجوع الواهب في هبته إلا استثناء و في أحوال معينة نرجسي الحديث عنها حين التعرض في أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون .

المقوم الثاني / الهبة تصرف في مال بلا عوض : مفهوم هذا المقوم أن الواهب حين يتصرف في ماله ، أو جزء منه فإن ذلك يكون بلا عوض أي أنه لا ينبغي من تصرفه مقابلاً لما وهبه ، و لعل ما يميز الهبة عن باقي عقود التبرع . رغم أنها تدخل ضمن عقود التبرع الأخرى كالعارية و الوديعة بغير أجر ، و التبرع بأية خدمة أو عمل آخر فالهبة تتفرد عن هذه العقود في كون أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء أو نقل ملكيته . بينما في العقود التي سبق ذكرها فالمتبرع يلتزم بعمل ، أو بالامتناع عن عمل (1) .

كما أن الهبة تمتاز بكونها أنها من عقود الغرر لما ينتج عنه افتقار ذمة الواهب و اغتناء ذمة الموهوب له المالية . و على ذلك و جب أن تكون الهبة بدون عوض و هذا ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة بقولها << الهبة تمليك بلا عوض >> .

و على الرغم من ذلك فإنه لا مانع من أن تكون الهبة بعوض ، أو بمقابل في شكل هبات متبادلة لأن كلا من الهبتين لا تعتبر عوضاً عن الأخرى ، فمن يهب لغيره شيئاً و يقوم هذا الغير

(1) راجع في ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة و الشركة ، و القرض الدائم و الصلح ، جزء 05 ، دار إحياء التراث العربي ، ص 09 .

بأن يهب شيئا لمن وهب له ، فالأمر و الحال هذه هبات متبادلة (1) .

المقوم الثالث/ نية التبرع : لا يكف لوجود الهبة ، أن يقوم الواهب بالتصرف في ماله دون عوض ، فهذا المقوم يكمل المقوم الذي سبقه لكي تتحقق الهبة ، فإلى جانب العنصر المادي في الهبة و هو التصرف في المال دون عوض ، فإن هناك عنصرا معنويا و هو جوهرى في الهبة أن تتوافر نية التبرع لدى الواهب ، فقد يحدث و أن يتصرف الواهب في ماله و تتنفي لديه نية التبرع كمن يوفي بالتزام طبيعي فهو لا يتبرع بماله ، و إنما يوفي ديناً في ذمته فتصرفه هذا وفاء لدين و ليس بهبة (2) .

و على ذلك تتنفي نية التبرع في إعطاء الأب لابنه المال ليعينه على الزواج ، أو إعطاء الخدم مكافأة على إخلاصهم في العمل ، فالأمر لا يعد و أن يكون مجرد وفاء بالتزام طبيعي . ذلك أن عطايا المكافأة و الإثابة على الخدمة تكون معاوضة إذا كانت وفاء للالتزام طبيعي (3) . و على ذلك يجب أن تتوافر لدى الواهب نية التبرع و هو أمر نفسي لدى الواهب دون أن يقصد بتصرفه في ماله أن يتلقى إثابة أو مقابلا لتصرفه هذا .

المقوم الرابع/ عقد الهبة عقد عيني و شكلي : إن هذه الخاصية ينفرد بها عقد الهبة مع أن عنصر الرضا ركنا فيه . باعتبار أن عقد الهبة من العقود الشكلية ، فلا يكف لانعقادها توافر التراضي بين المتعاقدين ، و هي عقد عيني يفرض تسليم العين محل الهبة بمعنى قبض الموهوب له للمال و حيازته و هذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة >> تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم الحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات << .

و مقتضى ذلك أنه يجب توفر شرطين هما العينية و الرسمية معا في هبة العقار ، ولا يغن أحدهما عن الآخر ، كما أنه يجب توفر شرطين هما العينية و الإجراءات الخاصة في المنقولات في هبة المنقول (4). و الهبة في المنقول هي في نفس الوقت عقد عيني لأنه لا يتم إلا بالحيازة التي هي ركن فيه لا بد من توفره و يجب أن تراعى الإجراءات الخاصة في المنقولات على حسب نص المادة 206 من قانون الأسرة . و المقصود بها هو استيفاء الإجراءات القانونية الخاصة لنقل الملكية في بعض المنقولات . كهيئات السهم و السندات التجارية ، المحل التجاري باعتباره منقول معنوي

(1) راجع في ذلك : د / محمد نقي ، مرجع سابق ، ص 19 .

(2) راجع في ذلك : د/ بدران أبو العين بدران ، مرجع سابق ، ص 210 .

(3) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 16 .

(4) راجع في ذلك : الدكتور محمد حسين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و

الاقتصادية و السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية 1987 ، ص 453 .

و هبة السفن و الطائرات رغم أنها منقولات ، و لقد استلزم القانون الشكلية في عقد الهبة خصوصاً ما تعلق منها بالعقارات ، كون أن عقد الهبة من العقود الخطيرة ، و ارتباط الشكلية في العقارات بنظرة تاريخية ترجع إلى عهد الرومان في اعتبار العقار مصدر الثروة ، و كون أن الواهب يتجرد في عقد الهبة عن ملكه دون مقابل حتى يدرك الواهب خطورة التصرف المقدم عليه فهي حماية للواهب و للموهوب له في نفس الوقت إذ تمنحه هاته الرسمية و الشكلية وسيلة من وسائل الدفاع عن حقه عند التعرض له فضلاً عن إعطائه سنداً تنفيذياً لا يطعن فيه إلا بالتزوير و مظنة ذلك قليلة إن لم نقل منعدمة إذا ما حرر العقد لدى موثق باعتباره ضابطاً عمومياً مما يعطي كافة الضمانات بالنسبة للواهب و الموهوب له أيضاً ، و نرجى الحديث عن الشكلية بشيء من التفصيل حين التطرق لأركان عقد الهبة باعتبار الشكل ركن في عقد الهبة و ذلك في الفصل الثاني.

المبحث الثاني

خصائص عقد الهبة ، وتمييزه عن التصرفات المشابهة له

الهبة التي سبق و أن شرحنا مقوماتها ، فيما تقدم هي الهبة المباشرة لكن على الرغم من ذلك فلا يكفي هذا لتمييزها عن غيرها من التصرفات ، فثمة خصائص و مميزات لهذا العقد ، تميزه عن غيره من التصرفات القانونية التي تشابهه ، و من أهمها أنه عقد شكلي بمعنى أن الشكل فيها ركن للإنعقاد ، إذا تعلق الأمر بهبة العقار ، لأن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل ، الأمر الذي قد يضر به و يورثه من بعده ، كما أنها عقد عيني إذا تعلق الأمر بهبة المنقول ، بحيث تصبح الحيازة ركناً في هبة المنقول ، و التزام الواهب بتسليم عين ما وهب ، كما أنها عقد ملزم لجانب واحد و هذا هو الأصل ، فلا يلتزم الموهوب له بشيء إلا إذا وجد شرط أو مقابل في متن العقد على الموهوب له ، فعندئذ يعتبر عقد الهبة ملزم لجانبين ، كما أنها عقد تبرع حيث لا ينتظر الواهب من وراء هبته مقابلاً لذلك ، إلا إذا كانت الهبة بعوض .

إضافة إلى ذلك يمكن أن تستتر الهبة في صورة وصية ، فيلجأ الموصي إلى إفراغ وصيته في صورة هبة ، لأجل استبقاء المنفعة و عدم تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ، كما قد تستتر الهبة في صورة وقف ، أو في صورة عقد بيع خاصة إذا كانت الهبة بعوض (1) ، إلى غير ذلك من الأمثلة العديدة لصورية التصرفات القانونية ، و من أجل أن تتوضح الرؤى أكثر في هذا الجانب ، ارتأينا أن نتناول هذا المبحث في مطلبين ، الأول نتناول فيه خصائص عقد الهبة ، أما الثاني فنخصصه لتمييز عقد الهبة عن غيره من التصرفات المشابهة له .

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 20 .

المطلب الأول

خصائص عقد الهبة

من خلال ما تقدم يتبين لنا بأن لعقد الهبة خصائص ومميزات يختص أهمها :

1- الهبة عقد شكلي : تعد الهبة من العقود الشكلية حيث لا يكفي لإنعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين ، وإنما يجب إفراغ هذا التراضي في شكل معين وهو تحريرها في ورقة رسمية لدى مكتب التوثيق ، وللإشارة فقط بالنسبة لهاته الخاصية أن المشرع الجزائري يتطلب الرسمية المشتركة إليها بالنسبة لهبة العقار .

أما هبة المنقول فقد أجاز المشرع إنعقادها دون حاجة إلى ورقة رسمية شرط أن يكون القبض بديلا عن الشكل الرسمي (1). وعلى ذلك فهبة المنقول تتم بالقبض وفي هذا الصدد المشرع الجزائري استعمل مصطلح الحيازة للدلالة على القبض في نص المادة 206 من قانون الأسرة كما يجوز تحريرها في ورقة رسمية وبمعنى آخر أن هبة المنقول يجوز أن تتم في ورقة رسمية كما تتم بالقبض وللإشارة كذلك فقد أطلق على هذا النوع من الهبة اسم الهبة اليدوية وذلك خلافا لهبة العقار حيث لا تتم إلا إذا حررت في ورقة رسمية .

2- الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد : وذلك في حالة كونها تبرعا محضا إذا كانت الهبة بلا مقابل ، وفي هذه الحالة لا ترتب إلا التزامات في جانب الواهب وحده ، حيث يلتزم بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، ويتفرع على هذا الإلتزام ، الإلتزام بتسليم ما وهبه والمحافظة عليه ، أما إذا كانت الهبة بمقابل أو كانت مقترنة ببعض التكاليف والإلتزامات التي يلتزم بها الموهوب له ، فإن الهبة في هذه الحالة تكون ملزمة للجانبين ويتعين على كل طرف الوفاء بما التزم به .

3- عقد الهبة من العقود المسماة : وذلك لأن المشرع أعطاه إسما والأصل أن موقعه ضمن العقود المدنية المسماة في القانون المدني ، ولكن المشرع أدرجه ضمن قانون الأسرة إلا بإعتباره من قبيل الأحوال الشخصية كما تمت الإشارة إليه سابقا .

4- الهبة عقد لا إرادة منفردة : وينبني على اعتبار الهبة عقد أنها تتعقد بتوافق إرادتي طرفي العقد ، وهما الواهب والموهوب له مع مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون ، وكونها لا تتم الإرادة المنفردة يجعلها متميزة عن الوصية ، لأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت تقشا بإرادة منفردة وهي إرادة الموصي(2).

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 20.

(2) راجع في ذلك د/ محمد حسين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ص 548 .

المطلب الثاني تمييزه عن التصرفات المشابهة له

تتشرك الهبة مع غيرها من العقود كالعارية ، والوديعة ، والوكالة بغير اجر ، والوصية أنها تدخل ضمن عقود التبرع بوجه عام ، إلا أنها تختص في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء ، أما في العقود السابق ذكرها فالمتبرع يلتزم بعمل أو بالامتناع عن عمل ، فيطلق عليها اسم عقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات . فالهبة تجعل الموهوب له يثري دون عوض ، ولا بد من أن يكون التصرف بطريق التبرع.

وتتضمن نقل الملكية أو الحق العيني من الواهب إلى الموهوب له ، مما يمكن اعتبارها من أعمال التصرف ، وهذا ما يميزها عن عقود التفضل ، ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون هبة وإن كان تبرعا (1).

ومن اعتبار الهبة تصرفا في المال ، فإنه يمكن كذلك من إخراج الكفالة العينية على أن تكون هبة فالمعروف في الكفالة العينية ، أن الكفيل يتصرف في ماله كأن يرتب رهنا على ملكه ضمانا لدين غيره إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين . وحتى وأن تم نزوح ملكية العين المثقلة بالرهن للوفاء بالدين ، فإن الكفيل العيني له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه من دين (2) .

وقد تستر الهبة بالوصية ، فيلجا الموصي إلى إفراغ وصيته في صورة هبة ويشترط استبقاء المنفعة وعدم تصرف الموهوب له في العين محل الهبة ، فإن أحكام الوصية هي التي تسري على التصرف فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة وفي حدود ثلث التركة ، وذلك إذا ما تبين من ظروف التعاقد أن التصرف الحقيقي هو وصية يسترها عقد هبة.

كما أنه يمكن أن تستر الهبة في صورة عقد بيع ، كأن يذكر في العقد ثمن صوري لا يريد البائع أن يتقاضاه ، فالحال هذه فإن العقد هبة لا بيعا ، وتسري عليه أيضا أحكام الهبة بصدد تنفيذه.

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 11

(2) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص 14

المبحث الثالث

التكليف القانوني لعقد الهبة وأهميته

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى تعريف عقد الهبة ، وكذا المقومات التي يقوم بها هذا العقد والخصائص التي يختص بها وتميزه عن التصرفات المشابهة له، فإننا نحاول في هذا المبحث تكليف عقد الهبة ، وأهمية هذا التكليف حيث نتناول في المطلب الأول التكليف القانوني لعقد الهبة في المطلب الثاني نتعرض لاهية هذا التكليف .

المطلب الأول

التكليف القانوني لعقد الهبة

تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري : <<تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول...>>. انطلاقا من نص هذه المادة ، فإن عقد الهبة لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين ، فلا تتعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة وهي تختلف عن الوصية في أنها عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة حددها المشرع على سبيل الحصر. كما أن أثرها لا يتراخي حتى إلى ما بعد موت الواهب(1) وعلى ذلك فإن تكليف عقد الهبة أو الطبيعة القانونية لهذا العقد ، هو أنه عقد كغيره من العقود التي يجب أن يتوافر فيها عنصر الرضا من إيجاب ، وقبول بالإضافة إلى الشكلية كما أنه عقد يدخل ضمن عقود التبرع وفقا لما سبق وأن تعرضنا له ، كما أنه عقد عيني بمعنى أن الحيازة فيه ضرورية كما تجب الإشارة في هذا الصدد أن الهبة المقصودة في هذا الشأن هي الهبة المباشرة وهي التي لا تتحقق إلا بالتزام الواهب بنقل حق عيني إلى الموهوب له، أو بحق شخصي ، وهي الهبة التي تسري عليها أحكام الهبة ، بما يشترط فيها الشكلية وأهلية خاصة هي أهلية التبرع وما في ذلك من ضمان الاستحقاق والعيوب ولا يجوز الرجوع فيها إلا في أحوال معينة حددها المشرع على سبيل الحصر، على أن هذا لا يمنع من أن تكون هناك هبات متبادلة بين الواهب والموهوب له. وتكون الهبة رغم العوض معتبرة من التصرفات التي تتم بطريق التبرع ، وهو ما يتم بمناسبة الأفراح والحفلات والأعراس ، كأن يقوم صديق بتقديم هدية لصديقه في إحدى هذه المناسبات فاصدا التبرع ، ولا ينفي هذا عنده أن يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية في مناسبات أخرى مقبلة (2).

(1) راجع في ذلك : الأستاذ أيوب استانبولي، و شفيق طعمة ، التقنين المدني السوري، جزء 05 الطبعة الثانية 1994 ، ص

(2) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص12.

المطلب الثاني

أهمية تكيف عقد الهبة

بعد أن تناولنا في المطلب الأول الطبيعة القانونية لعقد الهبة ، نحاول في هذا المطلب أن نبرز أهمية هذا التكيف بالنسبة لهذا العقد ، لأنه إذا كان تعريف الهبة على النحو السابق يكشف عن حقيقتها ، وبالتالي يميزها عن غيرها من التصرفات والتصرفات ، فإن ذلك لا يكفي إطلاقا ليفصل بينها وبين غيرها من العقود التي ربما قد تختلط بها نظرا لاشتراكها معها في بعض الخصائص، أو نظرا لدرجة التشابه بينها لسبب ما أو لآخر.

لذلك لابد من وضع ضابط أو معيار دقيق للترقية والتكيف لأنه كثيرا ما يلتبس الأمر على القاضي المعني بالدرجة الأولى في تكيف التصرف في كونه هبة أو معاوضة (1) وعلى ذلك فإنه إذا كان من التعريف نستشف التكيف ، فلا بد أن يكون الضابط في ذلك اسم العقد في حد ذاته لكونه من العقود المسماة ، أي أن لها اسما ، ووجوب ذكره في مضمون العقد وضرورة تحليل العقد إلى العناصر المكونة له ، ووجوب توافر شروطه فإن تخلف أحد منها فإنه والحال لا يعتبر العقد هبة ، بل يكمن إعطاء أي وصف آخر له غير عقد الهبة.

بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب التفرقة بين التبرع (*ACTE A TITRE GRATUIT*)، الهبة (*LA DONATION*) فهو بمثابة الجنس للنوع ، فالتبرع يقصد به التصرف لا ينال به المتصرف عوضا عما كسبه المتصرف إليه ، ويجب أن يفهم العقد بمعنى التصرف القانوني (*ACTE JURIDIQUE*) لأنه فيه انتقال ملكية الواهب إلى الموهوب له (2)

فإن كان هذا العقد يتحد في مصدره مع بقية العقود وخصوصا عقود الخدمات المجانية إلا أنه يمتاز عنها بخصوصية نقل الملكية ، وليس المنفعة ، مما ينتج أثر في عقد الهبة وهو انتقال ذمة الواهب واغتناء ذمة الموهوب له (3) ، إضافة إلى ذلك فإن أهمية التكيف لا تقتصر عند هذا الحد بل له آثار عملية تختلف عن عقود المعاوضة في كون الشكل يعتبر ركن في عقد الهبة وأن ضمان الواهب في المال الموهوب لأنه متبرع ، فيكون أخف من ضمان المتصرف في عقود المعاوضة كما أن الرجوع جائزا في عقد الهبة بخلاف عقود التملك الأخرى ، مع كونه عقد تملك.

(1) راجع في ذلك : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، الصلح ، الهبة ، القرض والدخل الدائم و العارية بدون تاريخ طبعة ، ص 65.

(2) راجع في ذلك : الدكتور جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني در الهدى للطباعة بدون تاريخ طبعة ، ص 30.

(3) راجع في ذلك: د/ محمود جمال الدين زكي، نفس المرجع ، ص 61.

الفصل الثاني

أركان عقد الهبة

الفصل الثاني

أركان عقد الهبة

لعقد الهبة أركان لا يقوم إلا بتوافرها شأنه في ذلك شأن أي عقد من العقود ، وهي الصفة التي يتحد فيها عقد الهبة مع هاتيه العقود ، وبذلك لقيام عقد الهبة لابد أن يشتمل على الأركان التقليدية للعقد ، وهي التراضي والمحل والشكل والسبب ، وعلى ذلك فإننا سوف نتناول هذا الفصل في مباحث أربعة ، حيث نتعرض في المبحث الأول للتراضي في عقد الهبة ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه المحل في عقد الهبة ، أما المبحث الثالث فننتعرض فيه للشكلية في عقد الهبة ، أما المبحث الرابع فنتناول فيه السبب في عقد الهبة نظرا لأهميته في عقود التبرع ، عن غيره من عقود المعاوضة .

المبحث الأول

التراضي في عقد الهبة

يفترض عقد الهبة أن يكون رضا الطرفين صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية وذلك وفق الشروط القانونية التي نص عليها القانون المدني ، ومنها أن يكونا طرفا العقد ، أي الواهب والموهوب له أهلا للتعاقد ، وأن يتطابقا إيجاب وقبول كل منهما ، وأخيرا أن يكون رضائهما خاليا من كل العيوب التي قد تشوبه أثناء أو بعد مرحلة التعاقد ، وبذلك فإننا سنتناول هذا المبحث في مطالب ثلاث ، الأول نتعرض فيه للأهلية في عقد الهبة ، أما المطلب الثاني نتناول فيه تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة ، وفي مطلب ثالث نتناول عيوب الرضا في عقد الهبة .

المطلب الأول

الأهلية في عقد الهبة

أولا / أهلية الواهب والشروط المتعلقة به : إن الحديث عن الأهلية اللازمة لإبرام عقد الهبة يسوقنا مباشرة إلى البدء في أهلية الواهب ذلك أن المشرع لم يشأ أن يسوي بين الأهليتين حيث أنه يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب فيها أهلية التبرع (التصرف) ، بينما يكفي بالنسبة إلى الموهوب له بأهلية التميز فقط لأنها نافعة له نفعاً محضاً ، بخلاف الواهب التي هي ضارة له ضرراً محضاً وبذلك فإن مناط هذه الأهلية (التبرع) هو التمييز بمعنى الإدراك(1) والمعرفة لما هو مقدم عليه من تصرفات ولما كان الشخص الواهب يمر بمراحل مختلفة بالنسبة لأهلية الأداء كما أن لكل مرحلة من هذه المراحل أحكامها الخاصة ، ولما كان ذلك له صلة بعقد الهبة من الأهمية بمكان وجب أن نتكلم عن كل هذه المراحل.

المرحلة الأولى : أن هذه المرحلة تبدأ مع ولادة الإنسان وبلوغه من السادسة فيعتبر في هذه المرحلة صبي غير مميز ، ويلحق به كذلك المجنون جنونا مطبقاً ، أو متقطعا في فترة الجنون وكذلك المعتوه ، وحكم هذه المرحلة أن الشخص عديم الأهلية لا يجوز له مباشرة التصرفات القانونية (2)، أيا كان نوعها . هذا وبالإضافة إلى ذلك ، فإنه وكما سبق وأن ذكرنا يلحق بعديم التمييز المجنون جنونا مطبقاً بمعنى متواصل ، فهبته هبة باطلة وذلك إذا صدرت الهبة بعد تسجيل قرار الحجز، فلا تعتبر الهبة في هذه الحالة باطلة فالعبرة بحالة الجنون أو عدمها هو وقت التصرف

(1) راجع في ذلك : المحلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 539.

(2) راجع في ذلك : أ / ادب استانبولي ، وشفيق طعمة ، مرجع سابق ، ص 4289 .

ووجوب إثبات ذلك ، هذا وقد صدر قرار من المحكمة العليا باعتبارها الهيئة الوحيدة لمراقبة تطبيق القانون بتاريخ 1984/10/22. نص القرار :

هبة - الادعاء بعدم تمتع الواهب بقواه العقلية وقت التصرف ، وجوب البت في الدفع بإثباته أو نفيه (1) فيتضح من خلال هذا القرار أن العبرة بحالة الشخص العقلية تكون وقت التصرف وليس بعده.

المرحلة الثانية (ناقص الأهلية): يقصد بناقص الأهلية كل من بلغ سن السادسة عشر سنة ولم يبلغ بعد سن التاسعة عشرة سنة ، كما يراد بناقص الأهلية هي صلاحية الشخص لصدور بعض الأفعال منه دون بعض (2) ، وحكم الشخص في هذه المرحلة هو تمتعه بأهلية أداء ناقصة لا تمكنه من مباشرة كل التصرفات القانونية ، فلا يستطيع التبرع بماله ، هبة الصبي المميز تقع باطلة بطلانا مطلقا ، لأنها ضارة له ضررا محضا ، أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر كالإيجار والبيع فتجوز له مباشرتها ، ولكنها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي.

أما السفية وذو الغفلة تجدر بنا الإشارة ، أنهما بالفعل يندرجان في مرحلة ناقص الأهلية وأنهما من الفئات التي حماها المشرع الجزائري لا سيما في القانون المدني ، لذلك كان من الأهمية بمكان أن نبين حكم الهيئة الصادرة عن كل منهما ، كما أنه وبصدد الحديث عنهما ، فماذا يقصد بالسفيه وذو الغفلة؟

وعلى ذلك يقصد بالسفيه الشخص الذي ينفق أمواله على غير مقتضى العقل والحكمة والشرع. أما ذو الغفلة فيقصد به من لا يحق أنواع التصرفات ، ولا ينتبه إلى ما يلحقه فيها من سوء أو خير ، فهو لاه وحتي أن كانا بالغين من الرشد إلا أنهما يلحقان بناقصي الأهلية نظرا لحالتهم ويخضعان لأحكام الولاية على المال ، بمعنى أن الهيئات الصادرة عنهما قبل صدور قرار الحجر عليهما ممن له مصلحة في ذلك ، تعتبر صحيحة أما بعد صدور القرار فتقع باطلة.

المرحلة الثالثة . كامل الأهلية: يعتبر حسب القانون المدني في مادته 40 ق.أ.ج والمادة 203 ق.س. كامل الأهلية كل شخص بلغ سن التاسع عشر (19) ولم يحجر عليه ، حيث يجوز له مباشرة كل التصرفات القانونية ن سواء كانت نافعة ، أو ضارة ، أو كانت دائرة بين النفع والضرر وبذلك فإن كامل الأهلية تقع هبته صحيحة ونافذة.

(1) راجع في ذلك : قرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 ، المجلة القضائية، العدد 03 1989 ، ص 65 .

(2) راجع في ذلك : د / جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 80.

وعلى العموم ، فإن هناك جملة من الشروط (1)، تتعلق بالواهب وهي كالتالي :

- أن يكون بالغاً ، فلا تصح هبة الصغير .
- أن يكون عاقلاً غير محجور عليه ، وبالتالي ، فلا تصح هبة المجنون، والمحجور عليه.
- أن يكون مالكا للموهوب ، فلا تصح هبة ما ليس بمملوك.

ثانيا / أهلية الموهوب له : لقد اكتفى المشرع الجزائري ، بالنسبة لأهلية الموهوب له

بوجود أهلية التمييز للموهوب له عند قبول الهبة ، لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً له وبالتالي فإن فاقد الأهلية - أي عديمي التمييز - كالمجنون والمعتوه ، والسفيه لا تتوافر لديهم الأهلية اللازمة لقبول الهبة ، لأنه وكما سبق وأن ذكرنا أن الأهلية - الهبة عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول صريحين وسالمين - ومن ثم فلا يصح منهم قبول الهبات بأنفسهم ، وإنما اشترط المشرع أن ينوب عنهم أشخاص أهل لذلك كالوصي أو القيم ، أو الولي ، وفقاً لأحكام الولاية على النفس والمال طبقاً للمادة 81 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص : >> من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم ، طبقاً لأحكام هذا القانون.<<

فهؤلاء الذين ذكرتهم هذه المادة لهم الحق وحدهم في قبول الهبة لصالحهم ، إذا كانت الهبة بلا مقابل (2) ، أما والحال إذا كانت الهبة بمقابل أو مقترنة بالتزامات، فلا يملك الولي في هذه الحالة قبول الهبة إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك أما الوصي، أو القيم فلا يجوز لهما القبول ، أو الرفض إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة.

أما بالنسبة إلى الصبي المميز أو السفيه ، أو ذو الغفلة ومتى توافرت لديهم أهلية التمييز وباعتبارهم موهوب لهم يحق لهم قبول الهبة دون حاجة إلى حصولهم على إذن من الولي أو الوصي، أو القيم (المقدم) ودون الحصول على ترخيص من المحكمة، إذا كانت الهبة بلا عوض فتعتبر نافعة نفعاً محضاً ، ولا يثور أي أشكال بالنسبة للموهوب له إذا كان بالغاً وراشداً ، فإنه والحال هذه يكون كامل الأهلية، فيكون له حق مباشرة جميع التصرفات القانونية بما فيها قبول أو رفض الهبة ، إلا إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية(3).

(1) راجع في ذلك: عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء 03 ، الطبعة

السادسة 1980، دار أحياء التراث العربي بيروت لبنان، ص 294.

(2) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 98.

(3) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع ، ص 100.

أما إذا كان الموهوب له جنينا ، فإن الهبة تكون باطلة ، لأن عقد الهبة عقد كسائر العقود ويجب لانعقاده توافر الإيجاب والقبول ، والجنين لا تتوفر لديه القدرة على القبول ويختلف الأمر لو كان التصرف وصية أو وقفا ، فإنه يجوز له ذلك باعتبارهما يتمان بإرادة منفردة (1) وهذا هو الأصل الذي يتفق مع نص المادة 206 . التي توجب انعقاد عقد الهبة بإيجاب صادر عن الواهب وقبول من الموهوب له ، إلا أن قانون الأسرة وفي مادته 209 ق.أ التي تنص : <<تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا>>. أما النص الفرنسي فيختلف عن النص العربي (2).

الملاحظ بالنسبة لكلا النصين العربي والفرنسي بالنسبة للمادة نفسها ، هو عدم تطابقها فالنص العربي يقول تصح الهبة ...بينما النص الفرنسي يقول ، أن الهبة الصادرة لصالح الجنين لا تنتج أثرا إلا إذا ولد هذا الطفل حيا ، وقابلا للحياة ، والأصح هو النص الفرنسي ، ذلك أن الهبة للجنين صحيحة بشرط أن يولد الطفل حيا وقابلا للحياة ، بمعنى أن تتوفر عناصر الحياة في الطفل الذي سيولد بالإضافة إلى هذا فإن الهبة وفقا للمادة 206 تتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات إذا فقد بقي هناك ركن متخلف في عقد الهبة إلى حين ولادة الجنين حيا ، حتى ولو تم توثيق الإيجاب ، ذلك . هو ركن الحيازة ، وعلى ذلك فإن الهبة تكون موقوفة الإنعقاد ، وليس فقط موقوفة النفاذ (3). وعلى ذلك فإن نص المادة 209 من ق.أ لا يمكن أن يفسر إلا على أنه استثناء على نص المادة 206 ق.أ.

المطلب الثاني

تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة

يتخذ التراضي في عقد الهبة كما هو في سائر العقود صورة إيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له ، وهذا ما يمكن اعتباره انعقاد العقد من حيث الموضوع. وقد نص على ذلك قانون الأسرة في المادة 206 ق.أ على أنه : <<لا بد من قبول الموهوب له للهبة لكي تكون الهبة ناجزة >> ومرد ذلك أن عقد الهبة وإن كان تبرعا فإنه والحال هذه تنقل كاهل الموهوب له

(1) راجع في ذلك : د / جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 103.

2) Voir Article 209 , Code de la famille « LA DONATION FAIT EN FAVEUR D'UN ENFANT CONÇU NE PRODUIT EFFET QUE SI CET ENFANT NAIT ET VIABLE ».

(3) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 534.

بالجميل وتوجب عليه واجبات أدبية نحو الواهب كما أنه يمكن للموهوب له رفض الهبة (1) وعلى ذلك لأجل انعقاد الهبة لا بد من تطابق الإيجاب والقبول شأنه شأن أي عقد ، فيجب أن يصدر إيجاب وهو في الغالب من الواهب ، ثم يليه القبول وهي الإرادة التي تصدر في المرحلة التالية من الموهوب له فإذا تم تطابق هاتين الإرادتين على هذا الشكل ، تم وجود التراضي، ولم يبق إلا إفراغ هاتين الإرادتين في الشكل الذي يوجبه القانون (2) وإنهاء عملية التسليم والقبض يتم عقد الهبة بصفة نهائية على حسب ما تقتضيه المادة 206 ق.س ، وهذا ما يتفق مع ما تؤكد القواعد العامة بحيث تنص المادة 59 ق.م.ج >> يتم العقد بمجرد أن يتم الطرفان التعبير عن إرادتهما (والصحيح إرادتهما) المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية << ، ونفس الشيء قررته المادة 89 ق.م.ج ويتم التعبير عن هذه الإرادة وفق ما تقضى به المادة 60 ق.م.ج. التي تنص (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على مقصود صاحبه).

ما يفهم من هذه المادة أن التعبير عن الإرادة يجب أن يتجسد في مظاهر خارجية بما هو محدد بنص المادة سالف الذكر فإن القانون لا يعتد بالإرادة الباطنة أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يمكن بأي حال من الأحوال الشك في دلالاته، فالتعبير باللفظ يكون باللغة التي يفهمها ويعرفها كلا المتعاقدين، أو بالكتابة سواء كانت بخط اليد أو بأي آلة من آلات الكتابة وسواء كانت عرفية أو رسمية، كما أن الكتابة عبارة عن كلام أو لفظ كما يقال، كما أن هناك عقودا يشترط القانون أن تكون كتابتها كتابة رسمية كالتوصية والهبة والرهن (3).

ويتم التعبير عن الإرادة بواسطة الإشارة المتداولة عرفا، فهناك من الإشارات تدل دلالة واضحة على القبول أو الرفض ، كما هو متعارف لدى الناس من هز الرأس عموديا يدل على الموافقة وهزه أفقيا على عدم الموافقة، وتعتبر الإشارة الوسيلة الوحيدة عند بعض الناس كالمكفوفين والمصابين بالبكم وهناك مظهر آخر للتعبير عن هذه الإرادة وهو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الشك في دلالاته على المقصود منه، وكما تجب الإشارة فإن هذه الوسائل هي التي تعبر عن الإرادة الصريحة، على أن هذا لا ينبغي من أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، وهو ما تعنيه الفقرة الثانية من م 60 ق.م.ج. بنصها: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون، أو لم يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

(1) راجع في ذلك : د/ بتران أبو العينين بتران ، مرجع سابق، ص220.

(2) راجع في ذلك : د/ محمد نقيب ، عقد الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مجلة الموثق العدد 04 سبتمبر 1998 ، ص38 .

(3) راجع في ذلك : الدكتور محمد نقيب ، عقد الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي ، مجلة الموثق العدد 05 1998 ، ص 36 .

لكن لا ينبغي أن يحمل التعبير الضمني في مجال ما ،على أنه هبة ،فهذا التعبير من الضمني مجاله عقود أخرى غير عقد الهبة ،ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 509 ق.م.ج.من أنه إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر بالعين المؤجرة مع علم المؤجر بانتهاء عقد الإيجار يمكن أن يعتبر تعبيراً ضمناً بموافقة على بقاء المستأجر فيما أجره إذا فالهبة عقد خطير لأن الإنسان قد يتنازل عن ماله كله أو جزء منه ،فحتى وأن كانت تبرعاً لا بد من تعبير صريح عن هذه الإرادة وفقاً لنص م 206 ق.أ.

ومما يفهم من كل هذا أنه يجب أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين ،فإذا منح الواهب شيئاً على سبيل الإعارة وقبل الموهوب له شيء على سبيل الهبة ،أو على العكس من ذلك ،فإنه والحال هذه فلا هبة لأن إرادة كل من منهما تتجه إلى إحداث الإثر القانوني الذي قصده كل منهما ،كما أنه يمكن أن يصدر القبول من شخص غير الموهوب له ،وذلك في حالة النيابة سواء كانت إنفاقية أم قانونية إلا أنه يجب أن تأخذ هذه الوكالة نفس الشكل الواجب توافره قانوناً في الهبة على حسب ما يقتضي به نص م 572 ق.م.ج.وبالتالي فإنه بصدد القيام بهذا التصرف القانوني (الهبة) من طرف وكيل أو نائب الموهوب له ،يجب أن تكون هذه الوكالة خاصة ،بمعنى تخصص المال المقصود بالهبة في الوكالة ،مما يتفق ونص المادة 574 ق.م.ج.أما بخصوص متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني وكيفية اقتران وتطابق الإيجاب والقبول فإن في ذلك تكفي بشأنه الإحالة إلى القواعد العامة وليس في ذلك إلا تطبيق لهذه القواعد.

المطلب الثالث

عيوب الرضا في عقد الهبة .

بما أن عقد الهبة عقد كسائر العقود ، فإن العيوب التي يمكن أن تشوب أطراف العلاقة في عقد الهبة هي نفسها في العقود الأخرى ، وبالتالي فإنها تخضع لتطبيق القواعد العامة في ذلك فلا شيء جديد يذكر بصدها في عقد الهبة ، وعلى ذلك تكفي بشأنها الإحالة دون التفصيل الممل في ذلك ، لأن هذا مجاله نظرية العقد.

أولاً / الغلط في عقد الهبة : إن الغلط هو عبارة عن وهم يقوم بذهن المتعاقد ، فيصور له الأمر على على خلاف حقيقته ويدفعه إلى التعاقد(1)، والغلط الذي يعتد به في عقد الهبة ويجعلها قابلة للإبطال هو الغلط الجوهرى ، ويلاحظ هنا أن أكثر ما يقع الغلط من جانب الواهب ، وليس الموهوب له ما لم تكن الهبة بعوض .

هذا وما يحدث غالباً أن يقع الواهب في غلط جوهرى أما في الشيء الموهوب ، وأما في شخص الموهوب له وإما في القيمة ، وإما في الباعث.

(1) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للمعلوم القانونية والاقتصادية ، والسوسية ، مرجع سابق ، ص 534.

فأما الغلط الجوهري في الشيء الموهوب كان يهب شخص لآخر أرض للبناء ، ثم يتبين أنها لا تصلح لذلك ، ففي هذه الحالة تكون الهبة قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب فيمكن للواهب أن يطلب إبطال عقد الهبة للخط الجوهري في الشيء (1)، ولكن بشرط أن يكون الخط مشتركاً بين الواهب و الموهوب له أن يعلم ، أو يستطيع أن يعلم بخط الواهب.

وأما الخط في شخص الموهوب له أن يقوم الواهب بهبة لشخص آخر شيئاً معتقداً أن هذا الشخص تربطه به قرابة ، أو مصاهرة ، ويتضح له في الأخير أن الأمر على غير ذلك ويلاحظ أن شخصية الموهوب له في عقد الهبة من الأهمية بمكان في التعاقد ، وتفق كثيراً في الأهمية شخصية المتعاقد في عقود المعاوضة كعقد البيع مثلاً. فيكون بذلك الخط في شخص الموهوب له يبلغ أثراً من الخط في شخص متعاقد آخر في أي عقد آخر غير عقد الهبة.

وبالنسبة للخط الجوهري في قيمة المال الموهوب أن يهب شخص لآخر شيء على أساس أنه من الذهب ، فإذا هو من الفضة.

ومثل الخط الجوهري في الباعث بمعنى الدافع إلى التعاقد في الهبة أن يهب شخص لآخر مالا على أساس أنه مصاب بمرض عضال ، ثم يتبين أنه لم يكن مصاب بهذا المرض العضال فيجوز للواهب أن يطلب إبطال الهبة بسبب الباعث إلى التعاقد ، كما أنه غالباً وكثيراً ما يحدث في عقود الهبة أن يكون الواهب هو الذي يقع في الخط ، في حالة ما إذا كانت الهبة بدون عوض بخلاف ما إذا كانت الهبة بعوض ، ففي كل هذه الأنواع من الخط الجوهري يجوز طلب إبطال عقد الهبة لمن تقرر البطلان لمصلحته ، أما إذا كان الخط غير جوهري فلا يجعل الهبة قابلة للإبطال (2).

ثانياً / التندليس : يعتبر التندليس نوع من الخط يصاحب التعاقد في الهبة ، ولقد عرفه البعض بأنه وقوع المتعاقد في غلط نتيجة لما يستعمله المتعاقد الآخر من حيلة (3). كما عرفه الفقيه الفرنسي PETHIER : << بأنه نوع من أنواع الخديعة يستعين بها شخص للإضرار بالآخر >>.

ما يستنتج من خلال هذين التعريفين ، أن التندليس هو استعمال طرق ووسائل احتيالية تبعث الارتياح والطمأنينة في نفس المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد ، وغالباً ما تكون هذه الوسائل ، والطرق من قبل الموهوب له ، أو نائبه، وثمة فرق بين الخط الذي سبق وأن تناولناه ، والتندليس باعتباره نوع من الخط ، فالأول يعتبر غلطاً تلقائياً صادر من الواهب، ومن تلقاء نفسه، أما الخط من النوع الثاني (التندليس) فهو لم يكن من تلقاء الواهب بنفسه، وإنما كان نتيجة الحيلة، التي يستعملها المتعاقد

(1) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 103.

(2) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 107.

(3) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع ، ص 104.

الأخر وحتى يمكن اعتبار التدليس مفسد للرضا ويجعل الهبة قابلة للإبطال ، فلا بد من أن تتوافر الشروط الآتية في التدليس وهي :

- أن يلجا الموهوب له إلى استعمال وسائل أو طرق احتيالية يكون من شأنها أن توقع الواهب في الغلط ، فيتولد وهم لدى المتعاقد المدلس عليه فيرى الأمر على خلاف حقيقته.
- أن يكون التدليس صادرا من الموهوب له أو نائبه.
- أن يكون التدليس هو الذي دفع الواهب إلى إتمام الهبة.

ثالثا / الإكراه : الإكراه هو بعث الخوف في نفس المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد وذلك بتهديده بالحق الضرر به ، أو بعبارة أخرى هو ضغط يؤثر على إرادة المتعاقد فيحمله على إتمام التعاقد. ويتجسد الإكراه في الهبة عن طريق التأثير في نفس الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه (1).

وبواسطة هذا النفوذ يجعله يتجرد من ماله لمصلحته ، وبذلك فإن النفوذ الأدبي إذا قصد به التوصل إلى غرض غير مشروع فإنه يعد إكراها، كما أن استغلال عاطفة الشخص (الواهب) وتسامحه يعد إكراها إذا استغل لايتزاز المال من الواهب كالولد اتجاه أبيه ، أو الزوجة اتجاه زوجها.

وعلى القاضي استخلاص وقوع حالة الإكراه على الواهب من ظروف الحال والزمان وصفات الشخص ومزاجه وتهيئته وجنس الشخص، كل منهما بما يجعل الرضا مفسدا.

رابعا / الاستغلال : ان الاستغلال يتحقق وفقا للقواعد العامة باختلال التعادل بين الالتزامات ، وهو الأكثر شيوعا في عقود المعاوضات ، ويثور هنا تساؤل مفاده ، هل يتحقق هذا الاستغلال والاختلال في الالتزامات في عقود التبرع ؟ لأن المتبرع غالبا ما يعطي ولا يأخذ إذا كانت الهبة بلا عوض .

للإجابة على هذا التساؤل نقول أن باعتبار الهبة عقد كغيره من العقود ، فإن الاستغلال هو أبرز العيوب التي تفسد الرضا (2) . وكثيرا ما يحدث وأن يستغل الموهوب له في الواهب طيشا أو هوى جامحا ، ومن أمثلة ذلك أن تستغل الزوجة زوجها لهواه ، أو ضعفه فتجعله يوقع هبات لها والأمثلة على ذلك عديدة وكثيرة الوقوع في الحياة العملية ، ويجب في الاستغلال الذي يجيز إبطال الهبة توافر الشروط الآتية :

(1) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق ، ص105.

(2) راجع في ذلك : د / عبد الرزاق السنهوري ، الجزء 05 ، مرجع سابق، ص110.

- أن يكون هناك طيش بين، أو هوى جامع لدى الواهب.
- أن يستغل الموهوب له هذا الطيش أو الهوى في الواهب ليحصل على أموال هذا الأخير بطريق الهبة.

وخلص القول أن الإستغلال كما يتحقق في عقود المعاوضات، فإنه يتحقق في الهبة وهي من عقود التبرع، وعلى ذلك إذا توافرت شروط الإستغلال في الهبة، فإنه يكون للواهب أن يطلب إبطال عقد الهبة للإستغلال، وللواهب في ذلك أن يستعمل دعويين، فله استعمال دعوى إبطال عقد الهبة أو دعوى الإنقاص من الالتزامات .

فإذا اتبع الواهب طريق دعوى الإبطال، فإنه تكون للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية فله أن يحكم بالإبطال، إذا تبين له أن الواهب ما كان ليتم عقد الهبة لولا هذا الإستغلال.

أما إذا اتضح للقاضي أن الإستغلال لم يصل إلى هذا الحد، وأن الواهب أتم هبته ولكن كان هناك استغلال طفيف في الموهوب له للواهب، فإن للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بإنقاص الهبة. أما إذا اختار الواهب بدءا بدعوى إنقاص الهبة، فليس للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة مما يتعين عليه أن يحكم بإنقاص الهبة، ولا يجوز له أن يحكم بإبطالها (1). لأنه لو فعل ذلك يكون قد قضى للخصم بأكثر مما يطلب، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في نظرية الالتزامات.

(1) راجع في ذلك : د / جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 112.

المبحث الثاني

المحل في عقد الهبة

المحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب، وهذا هو محل إلتزام الواهب، إذ أن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب، إلا إذا كانت الهبة بعوض، أو الإلتزامات أخرى يتوجب على الموهوب له، أدائها فحينئذ تكون الهبة ملزمة للجانبين، وهذا ما عناه في نص المادة 02/202 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالإلتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

وعلى ذلك فإن موضوع الهبة هو عبارة عن حق مالي، يجوز أن يكون حقا ماليا عينيا، كما يمكن أن يكون شخصا (1). ويسري عليه ما يفرضه القانون من ضرورة توافر شروط معينة في محل الإلتزام من حيث كونه موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين وأن يكون مشروعا، وأخيرا أن يكون المحل مملوكا للواهب.

وعلى ذلك سوف ندرس هذه الشروط بشيء من الإيضاح فيما يلي :

الشرط الأول : أن يكون محل الإلتزام بوجه عام موجودا أو قابلا للوجود، والمقصود بالوجود أن يكون الشيء محل الإلتزام موجودا وقت نشوء الإلتزام، أو يكون ممكن الوجود في المستقبل عند التنفيذ. وبالتالي فإذا كان محل الإلتزام يستحيل وجوده، فإن العقد يكون باطلا - بطلانا مطلقا - بطلان لا تكون استحالته نسبية.

الشرط الثاني : أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين، وهذا الشرط كذلك معروف في القواعد العامة، فيجب في المحل بصفة عامة، أن يكون معينا بذاته فإن لم يكن معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره وإلا كان العقد باطلا، فيجب أن يكون الشيء الموهوب معينا لا مجهولا كأن يقول الواهب وهبتك شاة من قطيعي، بل لابد من تحديد الشاة المقصودة، أما إذا قال له وهبتك الشاة التي تريدها صحت الهبة (2).

الشرط الثالث : أن يكون المحل مشروعا بمعنى أن يكون موافقا للنظام العام، أو الآداب العامة والإلا يكون مخالفا لهما، فلا يجوز شرعا وقانونا أن يكون موضوع الهبة أو محلها مخدرات أو خمر أو لحم خنزير، أو غير ذلك من الأشياء التي تخرج من دائرة التعامل بحكم طبيعتها.

(1) راجع في ذلك : د/ محسود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 135.

(2) راجع في ذلك : الأستاذ هشام قبيلان، الوصية الواجبة في الإسلام، الطبعة الأولى 1981. منشورات البحر

المتوسط بيروت باريس، ومنشورات عويدات بيروت باريس، ص 237.

الشرط الرابع : أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب ، فلا يجوز للواهب أن يهب شيئاً لا يدخل في ملكه ، فإذا كان هذا المال غير مملوك له بأن كان مملوك لغيره ، فإنه والحال هذه تطبق أحكام هبة ملك الغير(1). فقيام الواهب بإبرام عقد الهبة يوجب عليه أن يكون مالكا لما تصرف فيه، أما لو اشترط في مقابل هبته على الواهب القيام بالتزامات أو تكاليف معينة، فعندئذ تصبح الهبة عقدا ملزما لجانبيين ، إلا أنه يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب(2). فلو كان هناك تعادل في قيمة العوض ، فإن العقد يكون معاوضة وليس تبرعا، وهذا ما نصت عليه المادة 02 /202 ق.س. "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

ولتفصيل كل هذا ارتأينا أن نتناول هذا المبحث في مطالب أربع ، نتناول في المطلب الأول هبة الأموال المستقبلية ، أما المطلب الثاني فتعرض فيه لهبة ملك الغير ، أما المطلب الثالث فنتناول فيه هبة المال المشاع ، وفي المطلب الرابع والأخير نتعرض لهبة المريض مرض الموت .

المطلب الأول هبة الأموال المستقبلية

إن المراد بالمال المستقبل هو المال الذي لا يوجد وقت إبرام عقد الهبة، ومثال ذلك هبة منزل لم يتم بعد إنجازها ، أو محصول لم ينبت بعد.ومما تجدر الإشارة إليه بشأن هبة مال المستقبل، أن المشرع الجزائري، لم يورد نصا في قانون الأسرة يحكم هبة المال المستقبل مع أن المشرع المصري كان صريحا في ذلك، حيث نص في مادته 492 من القانون المدني المصري على "أن هبة الأموال المستقبلية باطلة، وذلك حماية للواهب " مع أن القاعدة العامة هي جواز التعامل في المال المستقبل تطبيقا لنص م 92/اق.م.ج التي تنص على:

" أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا". فيمكن الأعمال بهذا النص كما أن نص المادة 222 من قانون الأسرة، قد أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيما لم يورد بشأنه نص في هذا القانون وما هو معمول به في الفقه الإسلامي ، هو أنه تجوز هبة المال المستقبل، شرط أن يكون محقق الوجود مستقبلا (3).

(1) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص126.

(2) راجع في ذلك : الدكتور كمال حسني ، الموارد والهبه والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية 1998 ، ص166 .

(3) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع ، ص 119.

على أنه كان على المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن يشير إشارة واضحة إلى عدم جواز هبة المال المستقبل على غرار ما فعل المشرع المصري؛ وذلك حماية للواهب من اندفاعه بالإضافة إلى ذلك أن الهيئة تمليك في الحال ، بخلاف ما إذا كان الأمر وصية ، كما أنه لا تجوز هبة التركة المستقبلية ، تطبيقا لنص المادة 2/92 مدني جزائري التي تبتل التعامل في تركة الإنسلن على قيد الحياة ولو كان برضاها.

المطلب الثاني هبة ملك الغير

لقد أشرنا سابقا أنه من شروط الهبة أن يكون الواهب مالكا للشيء الموهوب ، لكن ما حكم أن يقوم الواهب بهبة شيء ليس مملوك له؟

بداية نشير أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يورد حكم هبة ملك الغير ، إلا أنه أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية -فيما لم- يرد به نص في هذا القانون (قانون الأسرة). وعلى ذلك فإن هبة ملك الغير في الفقه الإسلامي لا تجوز بغير إذن المالك، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك، ما ليس بمملوك للواهب (1) .

وعلى ذلك فإن هبة ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين، أي الواهب والموهوب له فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له، قياسا على أحكام بيع ملك الغير بحسب نص م.397.ق.م.ج. وبالتالي فإن للموهوب له أن يطالب بإبطال الهبة، حتى ولو لم يبادر المالك الحقيقي بذلك بعد. كما الأمر بالنسبة للمشتري تماما في ملك الغير، ومصلحة الموهوب له في إبطال الهبة ، إذا كانت الهبة محملة بشروط، أو التزامات ، أو كانت بطريق العوض فيمكن له المطالبة بإبطال الهبة .

في هذه الحالة لكي يتخلص من القيام بهذه الالتزامات أو أداء العوض(2). كما يمكن للموهوب له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إبطال الهبة، وذلك إذا تعدد الواهب إخفاء الشيء الموهوب للمملوك للغير حتى ولو كان الواهب حسن النية قياسا على نص م.399 من القانون المدني الجزائري .

(1) راجع في ذلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والاقتصادية، والسياسية، مرجع سابق، ص 531.

(2) راجع في ذلك: د/عبد الرزاق السنيوري ، جزء 05، مرجع سابق ، ص 121.

كما أنه يمكن للموهوب له أن يجيز الهبة فتعتبر صحيحة ، لكن ذلك لا ينقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له، لأن ذلك متوقف على إقرار وإجازة المالك الحقيقي للهبة (1). لأن المالك الحقيقي أجنبي عن العقد وبالتالي لا تسري في حقه إلا بإجازته، وبالتالي تعتبر سارية ونافذة في مواجهته وتعتبر الهبة صحيحة في وقت هذا الإقرار أو هذه الإجازة، إلا أنه يجب تسجيل هذا الإقرار إذا تعلق الأمر بهبة العقار، وهذا حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

المطلب الثالث هبة المال المشاع

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى حكم هبة المال الشائع، إلا أنه أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد به نص في قانون الأسرة، هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة في هبة المشاع، فيرى الحنفية أن هبة المشاع لا تجوز إذا كان يحتل القسمة كالدَّار ، والبيت الكبير فتكون الهبة فاسدة فإن قسم المشاع وسلم جازت الهبة وهذا شرط لصحة الهبة، وتجوز الهبة إذا كان مشاعا لا يحتل القسمة كالسيارة والجواهر.

ودليلهم في ذلك أي الحالة الأولى أن القبض في الهبة شرط لصحة الهبة، والشروع يمنع القبض لأن التصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، أما في الحالة الثانية فالمشاع مقسم مما يصح هبته بالقبض (2) . بينما يرى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أن هبة المشاع جائزة كالبيع، فإن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع، ودليلهم في ذلك أن وفدا من هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال رسول الله << ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم >> وهذه هبة مشاع (3).

وفي القانون المدني الجزائري أن هبة المشاع جائزة وتسري عليها القواعد العامة في التصرف في المال الشائع، حيث تنص المادة 1/714 ق.م.ج. << كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء >> .

(1) راجع في ذلك : د/ بدران أبو العيين بدران، مرجع سابق ، ص 230.

(2) راجع في ذلك : د/ هبة الزحيلي، الجزء 05 ، مرجع سابق، ص 14.

(3) راجع في ذلك : د/ هبة الزحيلي ، الجزء 05 ، نفس المرجع ، ص 15 .

فالتصرف هنا بمعناه الواسع يشمل البيع، والهبة، فالهبة تصرف في المال بطريق التبرع فيمكن للمالك في الشئوع أن يتصرف في ماله الشائع بكل التصرفات، ومنها الهبة فينتقل ما وهبه المالك شائعا إلى الموهوب له، فمن يهب نصف الدار شائعا تنتقل ملكيته بنصف الدار في الشئوع للموهوب له.

كما قد يهب المالك في الشئوع جزءا مفرزا من المال الشائع على حسب نص المادة 2/826 ق.م.ج. التي أوردت حكما عاما يشمل جميع التصرفات سواءا أكان بيعا، أو هبة أو غير ذلك مما يقع على جزء مفرز من المال الشائع. وبالتالي فإن الحكم الذي يسري على البيع هو نفسه الذي يسري على الهبة (1).

المطلب الرابع هبة المريض مرض الموت

تنص المادة 204 ق.أ.ج. >> الهبة في مرض الموت والأمراض، والحالات المخفية تعتبر وصية<<.

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت، وذلك عادة لأن التعريف متروك للفقهاء، فعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية، بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت فعلا ولو توفي المريض لسبب آخر (2).

هذا وحتى نكون بصدد مرض الموت يجب الشروط الآتية:

- أن يعتبر من الأمراض التي يستعصى الشفاء منها .
- أن يكون مقعدا لصاحبه عن مباشرة أعماله ومصالحه
- أن يقترن هذا المرض بموت كامل الأهلية.

وعلى ذلك فإذا توافرت هذه الشروط كاملة كنا بصدد مرض الموت وتعتبر الهبة الصادرة في حالة هذا المرض وصية، ولا تنفذ إلا في حدود الثلث (3). ومما تجدر الإشارة إليه أن النص سالف الذكر ما هو إلا ترديد للقاعدة العامة التي أوردها المشرع في المادة 776 ق.م.ج. والتي تنص: >> كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر

(1) راجع في ذلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، مرجع سابق، ص 531.

(2) راجع في ذلك: د / جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق، ص 86 و 87 .

(3) راجع في ذلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، نفس المرجع، ص 550.

تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم في - إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا أو إذا اثبت الورثة، أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه >>.

هذا وبالإضافة إلى مرض الموت فإن المشرع قد الحق الحالة النفسية للشخص بمرض الموت فتصرفه والحال هذه يأخذ حكم الوصية ولا يجوز أن تجاوز الثلث ، حيث أن هؤلاء الأصحاء الذين تنطبق حالة مرض الموت بالنظر إلى الحالة النفسية التي قد تصيبهم في موقف ما وتجعلهم يشعرون بدنو أجلهم، كمن حوصر في حالة حرب واعتقد أنه هالك لا محالة ، أو كمن كان على ظهر سفينة توشك على الغرق، والسبب في تقييد حدود الهبة بالثلث وتجري عليها أحكام الوصية هو لأجل حماية ورثة الواهب إن كان له ورثة (1).

وخلاصة القول في هذا المبحث أنه تصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التي عليها، وسواء كانت هذه الحقوق عينية أو شخصية كهبة دين لدى الغير، على أنه يجب لصحة الهبة أن تتوافر على جميع شروط وأركان الهبة قانونا.

وبالتالي فإن هناك عقود لا تتعقد إلا مضافة كالوصية مثلا ، لأنها لا تفيد أثرها إلا بعد الموت. فلا يمكن بحال من أن تتصل أحكامها بصيغتها ، وهناك عقود لا تصح مع الإضافة وهي العقود التي تقيّد تملك الأعيان في الحال، كالبيع وإجازته وفسخه والإبراء من الدين والهبة. ذلك أن هذه العقود تفيّد أثرها في الحال وإضافتها تسلّزم إرجاء ذلك الأثر، وفي ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر، لأنها إذا صحت مع الإضافة فلا بد أن يبقى المملك على ملكه إلى الوقت الذي أضيفت إليه (2).

(1) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 110.

(2) راجع في ذلك : الأستاذ / علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة ، ص 227.

المبحث الثالث

الشكلية في عقد الهبة

الأصل في عقد الهبة أنه من العقود الشكلية، وهو من العقود التي بقيت تحتفظ بطابعها الشكلي إلى يومنا هذا بعد أن أصبحت جل العقود رضائية (1) إلا أن ضرورة توافر الشكلية في عقد الهبة له ما يبرره، وأهم هذه المبررات هي:

- أن الشكلية في عقد الهبة تنبه الواهب إلى خطورة التصرف المقدم عليه، وأن يتدبر ويفكر مليا فيما هو مقبل عليه، ذلك أن الواهب يتجرد من ماله إلى غيره دون مقابل، وعلى ذلك فالشكلية ضرورية لحمايته، نظرا لما تتضمنه من إجراءات وأشكال طويلة ومعقدة كما أنها توفر نفس الحماية للموهوب له ليضمن تأكيد حقه في حالة نزاع له مع ورثة الواهب.
- أن إجراءات الشكلية، وما تتضمنه الورقة الرسمية من جهة والعلانية مفيدة لورثة الواهب بحيث تمكنهم من الإطلاع على ما هو مقدم عليه مورثهم، وحتى يتسنى لهم تبصير المورث إن تصرف بماله وكان فيه إضرار لهم (2).

انطلاقاً من هذين المبررين فإننا نتناول هذا المبحث في مطالب ثلاث، حيث نتناول في المطلب الأول الشكلية في هبة العقار، والشكلية في هبة المنقول بما خصه المشرع الجزائري من إجراءات خاصة في مطلب ثان، وفي مطلب ثالث الهبات المستثناة من الشكلية وجزاء الإخلال بالشكلية في عقد الهبة.

المطلب الأول

الشكلية في هبة العقار

إن هبة العقار في التشريع الجزائري، لا تتم إلا بورقة رسمية، بمعنى على الواهب والموهوب له أن يعطيا الطابع الرسمي لعقد الهبة، وذلك لدى موثق باعتباره ضابطاً عمومياً وتمتاز العقود التي يحررها الموثق بطابعها القطعي نظراً لما تتضمنه من معلومات وإجراءات تخص موضوع العقد وأطراف ومنها عقد الهبة فقبل إجراء عملية التوثيق، على الموثق أن يتثبت من الأهلية الكاملة للمتعاقدين وكذا رضائهما وله في ذلك أن يطلب منهما ما يؤكد هويتهما، كما أنه على الموثق وقبل توقيع العقد أن يقرأ الصيغة الكاملة للعقد على المتعاقدين، مع تبيان لهما الأثر

(1) راجع في ذلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية، والسياسية، مرجع سابق، ص 545 و544.

(2) راجع في ذلك: د/ عبد الرزاق السهوري، مرجع سابق، ص 47.

القانوني الذي يترتب على هذا العقد (الهيئة)، كما أنه يجب أن يتضمن هذا العقد، أي عقد الهيئة جميع العناصر المكونة للهيئة كالمال الموهوب، الوهب، والموهوب له وإلا عد العقد ناقصاً(1)، مما يوجب بطلانه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 206 ق.س (وإذا إختلت أحد القيود السابقة بطلت الهيئة) مما يفهم من هذه الفقرة أن الإخلال بالقيام بالإجراءات الشكلية يترتب عنه البطلان المطلق لعقد الهيئة، وهذا يعني أن عقد الهيئة يعتبر من العقود العينية التي يكون فيها القبض أو الحيازة ركن في العقد وبالنسبة لانتقال ملكية العقار لابد من توثيق العقد والقيام بعملية الشهر العقاري في المحافظة العقارية للحق محل عقد الهيئة، ويتم حيازة العقار لدى الوهب بتحرير عقد الهيئة لدى الموثق والقيام بالإجراءات الأخرى كما سبق شرحها، وتسليم الوهب للموهوب له المستندات والوثائق التي تثبت انتقال هذا الحق إلى الموهوب له .

وعلى ذلك إذا إختل شكل الهيئة، فإن عقد الهيئة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أي أثر فيبقى المال الموهوب ملكاً للوهاب، وله أن يتصرف فيه كيف ما شاء، ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له فلا يمكنه أن يطالب بتسليمه المال، إلا أنه يمكن تتخذ هذه الهيئة الباطلة شكل تصرفات أخرى(2) لا يشترط فيها شكل معين، أو قد تتحول الهيئة الباطلة إلى وصية وذلك بالإستناد إلى القواعد المقررة في تحول العقود والتصرفات وفقاً للقانون المدني، وبالتالي فإنه إذا لم تتم الهيئة بورقة رسمية وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، حتى أنه يمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان دون طلب من ذوي المصلحة، لأن القواعد والإجراءات المتعلقة بتوثيق العقود وشهرها تعتبر من النظام العام الإقتصادي والذي يجب حمايته، ولو بدون تدخل الأطراف .

المطلب الثاني

الشكلية في هبة المنقول

أجاز قانون الأسرة الجزائري في المادة 206. في أن تتم هبة المنقول بورقة رسمية كما هو الأمر في العقار، ومقتضى ذلك أنه يجب توفر شرطين في شكل الهيئة في المنقول هما العينية والإجراءات الخاصة في هبة المنقولات (3)، فالمعروف في هبة المنقول أن القبض أو الحيازة ركن ضروري لتمام عقد الهيئة، على اعتبار أن عقد الهيئة من العقود العينية لكن هذا لا يعني أنه لا يجوز توثيق هبة المنقول، فلا مانع في ذلك إن حدث والمقصود بالإجراءات الخاصة بالمنقولات

(1) راجع في ذلك : د / عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص49.

(2) راجع في ذلك : أ/ أيوب استانبولي وشفيق طعمة، مرجع سابق، ص 4288 و 4279 .

(3) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، مرجع سابق، ص543.

هو القيام بالإجراءات القانونية الواجبة لنقل الملكية في بعض المنقولات، كالأمر في هبة الأسهم والسندات التجارية ، وحوالة الحق أو هبة السفن والمحلات التجارية أو عنصر من عناصرها .

وعلى ذلك يجب أن تتضمن هذه الإجراءات الخاصة بجميع عناصر الهبة وشروطها وما يمكن من التزامات على الموهوب له ، وبالتالي ما يمكن قوله بشأن هبة المنقول أنها إذا وقعت في ورقة رسمية انعقدت الهبة دون اللجوء إلى إجراء آخر ويصبح شأنها في ذلك شأن هبة العقار .

فالقبض في هبة المنقول ليس إجراء واجباً إلى جانب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يغني عن الرسمية ، فلا محل إذن للجمع بين الإجراءين ، الرسمية والقبض .(1) وإذا تمت هبة المنقول بالقبض فإنه لا مجال لإعمال الرسمية ، فلو يلجا المتعاقدان إلى القبض في إبرام هبة المنقول سميت هذه الهبة عندئذ بالهبة اليدوية . وللحديث عن شروط وأنواع القبض فإنه تكفي بشأنها الإحالة إلى القواعد العامة المقررة في عقد البيع وتسليم المنقول وكيفية قبضه .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيرون أن القبض شرط لتمام وصحة الهبة ، فيرى الشافعية والحنابلة أن الهبة لا تنتقل ولا تعتبر لازمة إلا بالقبض باذن الواهب . ومعنى هذا أنه قبل القبض يجوز للواهب الرجوع ولا ينتقل الملك .(2) ، بينما يرى المالكية أن الهبة تتعد بالقبول والقبض شروط صحة وليس شرطاً من شروط الانعقاد وبالتالي يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم وليس له في ذلك قبض الهبة بغير إذن الواهب ، أما الحنفية فيتفقون مع الشافعية والحنابلة من أن الهبة لا تتم إلا بالقبض لقوله صلى الله عليه وسلم <<لا تجوز الهبة إلا مقبوضة >> .

إن كل ما قيل بشأن شكل الهبة يكون ضمن ما إذا تمت الهبة في الجزائر، أما إذا أبرمت الهبة خارج الجزائر فإن المادة 19 ق.م.ج. تنص : << تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها ، لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجب أيضاً أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين >> .

فإذا وهب فرنسي لفرنسي آخر مالا في الجزائر حيث يقيمان ، وصدر عقد الهبة في إسبانيا فإن شكل هذه الهبة يجوز أن يخضع للقانون الإسباني (3) وهو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة ، كما يجوز أن يخضع هذا التصرف للقانون الفرنسي ، إما على اعتبار القانون الفرنسي هو الذي يسري على الأحكام الموضوعية للهبة ، حيث أن الهبة تعد من قبيل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الفرنسيين ، وإما أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين ، وإما أن تخضع أخيراً للقانون الجزائري باعتباره قانون موطن المتعاقدين . ومجال الحديث عن هذا النوع من العقود في حالة وجود طرف أجنبي مجاله القانون الدولي الخاص .

(1) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 52 .

(2) راجع في ذلك : د/ بنزان أبو العينين بنزان ، مرجع سابق ، ص 222 .

(3) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص 54 .

المطلب الثالث

الهيئات المستثناة من الشكلية ، وجزاء الإخلال بشكل الهيئة

كل ما سبق الحديث عنه كان بصدد الهيئة المباشرة ، إلا أن هناك أنواع عدة لعقد الهيئة فقد تكون الهيئة غير مباشرة ، وقد تكون مستترة ، كما أنها قد تكون يدوية وهذا يعني أن هذه الأنواع مستثناة من الشكلية الواجبة في عقد الهيئة ، وبذلك نتعرض لهذه الهيئات تباعا.

أولا / الهيئات المستثناة من الشكلية : إن هذه الهيئات استثناها القانون من خضوعها للشكلية نظرا لخصوصياتها وهي كالآتي :

1- الهيئة غير المباشرة : يتحدد معنى الهيئة غير المباشرة انطلاقا من الهيئة المباشرة فكل تصرف من الواهب في ماله وبطريق التبرع مباشرة منه إلى الموهوب له ، كما لو وهب شخص لآخر مالا أو دارا أو سيارة فتكون الهيئة هبة مباشرة ، أما إذا اكتسب الموهوب له حقا عينيا ، أو حقا شخصيا ودون مقابل من الواهب . ولكن دون أن يتلقى هذا الحق مباشرة من الواهب فحينئذ تكون أمام هبة غير مباشرة ، ومن أمثلة ذلك النزول عن حق الانتفاع ، أو حق السكنى أو حق الاستعمال للموهوب له ، ففي هذه الأحوال فإن الهيئة تعتبر هبة غير مباشرة ، فالواهب لم يتلقى الشيء الموهوب من الواهب مباشرة منه وذلك بتنازله عنه وتركه للموهوب له (1) . إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة.

وبذلك فقد استثنى القانون هذا النوع من الهيئات من وجوب الشكلية ، والعينية التي تشترط في الهيئات المباشرة المكشوفة ، وبالتالي فإن الهيئة غير المباشرة تتم دون حاجة إلى ورقة رسمية . هذا وإن الهيئة غير المباشرة تسري عليها نفس الأحكام (2). الموضوعية التي تسري على الهيئات المباشرة ، كجواز الرجوع في الهيئة ، والطعن بالدعوى البوليصة وأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت ، إلى غير ذلك من الأحكام .

2- الهيئة المستترة : لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى هذا النوع من الهيئات ، على أنه كان يجب على المشرع أن يشير إلى الهيئة المستترة صراحة في نصوص قانون الأسرة والسبب في ذلك أن هذا النوع يكثر في الحياة العملية للتحايل ، وهذه الهيئة هي حقيقةً هبة مباشرة ولكنها وقعت تحت ستار تصرف آخر (3) .

(1) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 80.

(2) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص 85.

(3) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 537.

ومن أمثلة ذلك عقود المحاباة، كما قد تستتر في حوالة حق بدون مقابل، أو تظهير سفتجة أو لأمر بدون وجه حق، أو إقرار بدين دون وجود هذا الدين لذا كان ينبغي على المشرع أن يتناول هذا النوع من الهبات في نصوصه لأجل استقرار المعاملات ومن أجل حماية الغير. كما أن الهبة المستترة تخضع أيضا للأحكام الموضوعية في الهبة بصفة عامة ولكنها تعفى من العينية والشكلية سواء أكان ذلك في العقار أم في المنقول، على أنه يجب أن يكون العقد الساتر مستوف لشروط الاعتقاد الواجب توافرها فيه ظاهرا، وبالتالي تعتبر الهبة صحيحة فيما بين المتعاقدين وحتى بالنسبة للغير، وبالنسبة لإثبات أن العقد هبة وليس عقد آخر، فإن عبئ الإثبات يقع عليه بمعنى يقع على من يدعي أن العقد الظاهر هو هبة مستترة في عقد آخر أيا كانت صفته (1).

3- الهبة اليدوية: الأصل في هبة المنقول أن تكون بمحرر رسمي كهبة العقار تماما، وإلا وقع ذلك باطلا إلا أنه يستثنى من ذلك، إذا تم تسليم المنقول بالفعل إلى الموهوب له وقبضه إياه وهذا ما يسمى بالهبة اليدوية. بمعنى الهبة التي يتم فيها تناول الشيء الموهوب يدا بيد من الواهب إلى الموهوب له، كما أنه لا يشترط في هذه الهبة أي إجراء، أو شكل لتمامها فهي مستترة من الشكلية التي يفرضها القانون، لكن الشرط الأساسي فيها هو أن يتم التسليم فعلا للموهوب له فالقبض ركن ضروري لتمامها، وهذا الأخير يقوم مقام الرسمية المفروضة في الهبات الأخرى كما أنه يجب أن تستوفي كل الشروط الأخرى الخاصة بالهبة كالأهلية، ونية التبرع (2). ومما تجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة، قد اغفل عن إيراد نص يخص هبة المنقول على غرار ما هو موجود في القانون المدني المصري حيث تنص المادة 488 مدني مصري <حومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية>.

أما المنقولات التي يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية، فإنه كل منقول يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية، كالنفود والمجوهرات، أما المنقولات المعنوية، أو ما يسمى بالملكية الأدبية كحقوق المؤلف والعلامات التجارية وبراءة الاختراع، فإنها تنظمها القوانين الخاصة بها.

ثانيا / جزاء الإخلال بشكل الهبة: إذا لم تستوف الهبة الشروط الشكلية الواردة في المادة 206 ق.س. فإن الجزاء المترتب على مخالفة هاته الشروط هو البطلان المطلق وتعد كأن لم تكن، كما أنه لا تصححه الإجازة وهو ما تعرضت له المادة (206.ق.س) فقرة أولى حيث تنص <>... وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة>.

وتثور هنا مسألة التنفيذ الاختياري في عقد الهبة إذا شابها عيب في الشكل، فالملاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة جاء خاليا من الإشارة لهذه الحالة في حين كان القانون المدني

(1) راجع في ذلك: د/بنران أبو العينين بنران، مرجع سابق، ص224.

(2) راجع في ذلك: د/بنران أبو العينين بنران، نفس المرجع، ص230.

المصري واضحا وصريحا بإشارته لهذه الحالة في المادة 489 . مدني مصري حيث تنص: <<إذا قام الوارث أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه>>.

ما يمكن ملاحظته أن هذا النص يتفق مع القواعد العامة في تنفيذ العقود والالتزامات على اعتبار أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة الواهب ينبغي القيام به (1).

(1) راجع في ذلك : السجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص550.

المبحث الرابع

السبب في عقد الهبة

إن نظرية السبب تسري على عقد الهبة كما تسري على غيرها من العقود، إلا أنه يجب التفرقة بين مفهوم السبب وفقا للنظرية التقليدية، بأنه الدافع الشخصي الذي يحمل الشخص على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل عن العقد، أما السبب وفقا للنظرية الحديثة هنا، وفي عقد الهبة الباعث الدافع للواهب على الهبة وليس فقط نية التبرع الذي تقف عنده النظرية التقليدية (1).

هذا ويرى الأستاذ السنهوري أن نية التبرع ليست سوى إرادة الإيجاب، أو الإيهاب في عقد الهبة وأن السبب في سائر العقود هو الباعث، ولاسيما في عقد الهبة، وبذلك يكون السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على التبرع، وبذلك يعتبر العميد السنهوري من ألد أعداء النظرية التقليدية التي يترجمها *capitavit* (2).

وبذلك فإن السبب بمعنى الباعث الدافع بالمفهوم الحديث، إما أن يكون مشروعا أو غير مشروع. فإذا كان مشروعا صحت الهبة، أما إذا كان غير مشروع بطلت الهبة بطلانا مطلقا، لكون ذلك يتعارض مع النظام العام. ومن أشهر تطبيقات عدم مشروعية السبب في الهبة ما استقر عليه القضاء المصري، من أنه إذا كان الباعث بتبرع الخليل لخليته هو إيجاد العلاقة غير الشريفة بينهما أو استدامتها، أو تجديدها فتكون الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب.

أما إذا كان الباعث هو تعويض الخلية عما أصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعا، والهبة تكون صحيحة. (3)

وضمن هذا الموضوع نتناول هذا المبحث في مطلبين، حيث نتعرض في المطلب الأول إلى الهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، بينما نتناول في المطلب الثاني الهبات والهدايا في الخطبة كسبب للهبة.

(1) راجع في ذلك: الأستاذ/ إدسون كاسبار، الهبات والوصايا والإرث، بدون تاريخ طبعة، ص 205.

(2) راجع في ذلك: د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 132.

(3) راجع في ذلك: د/ أبو العينين بنان، مرجع سابق، ص 232.

المطلب الأول

الهيئة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع

قد تقترن الهيئة بشرط مستحيل أو غير مشروع، إذ أنه يمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له بعض الشروط مقابل الهيئة فالهيئة هنا بعوض، حيث تنص المادة 2/202 ق.س: << ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له، القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط >>.

فهذا النص ينطبق على الحالة التي يمكن فيها القيام بالشرط أو الإلتزام، لكن ماذا لو كان هذا الشرط مستحيلا، أو غير مشروع؟

تجدر الإشارة بصدد هذه الحالة أن الهيئة إذا اقترنت بشرط مستحيل أو غير مشروع، فإنها تقع صحيحة ويلغى الشرط المخالف لها أو المستحيل أو غير المشروع، إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع للهيئة فتبطل الهيئة والشرط معا (1). وما هذا إلا تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 104 ق.م.ج. والمتعلقة بإنقاص العقد حيث تنص: <<إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله >>.

أما إذا اشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء الموهوب، فيجب أن يكون شرط عدم التصرف مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة (2). وعلى ذلك إذا كان شرط عدم التصرف غير مشروع وكان هو الباعث للتبرع، فإنه يبطل الشرط والهيئة معا، أما إذا لم يكن هو الباعث فإنه يبطل وحده، وتصح الهيئة بدونه وهذا تطبيق للقواعد العامة (3). هذا ومما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن الشرط المانع من التصرف منصوص عليه في قوانين خاصة ولم يرد به نص في القانون المدني الجزائري، ولا في قانون الأسرة.

(1) راجع في ذلك: أ / بنمون كاسبار، مرجع سابق، ص 206.

(2) راجع في ذلك: د / عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 133.

(3) راجع في ذلك: د / بتران أبو العينين بتران، مرجع سابق، ص 234.

المطلب الثاني الهبات والهدايا في الخطبة

قد يحدث وأن يتبادل الخاطبان أثناء قتررة الخطوبة هبات وهدايا، إلا أن حكمها يختلف فيما إذا كانت هذه الهبات ، أو الهدايا مستهلكة أو غير مستهلكة ، وذلك فيما إذا كان العدول عن الخطبة من أحد الطرفين.

فبالنسبة للهدايا والهبات التي لم تستهلك كالجواهر والحلي ، فإنه يجوز للواهب-الخطاب- استردادها إذا فسخت الخطوبة بين الخطيبين، وكان العدول من المخطوبة وهذا ما عنته المادة 4/5 ق.س.ج. أما إذا تم الزواج بين الخطيبين ، فليس من حق الواهب الرجوع في الهبة أو الهدية التي قدمها للموهوب لها (1).

هذا ويرى الأستاذ محمود جمال الدين زكي : أن للواهب حق استرداد الهبات ، أو الهدايا القائمة أي التي لم تستهلك عند فسخ الخطبة مطلقا مبررا رأيه بأن فسخ الخطوبة يعد عذرا مسوغا للرجوع في الهبة أو الهدايا، ومستبعدا في تأصيل هذا الرجوع نظرية السبب التقليدية ، وإنما يعتمد نظرية الدافع الباعث للهدية أو الهبة ، وما دام الزواج لم يتم فإنه يجوز للخطاب استردادها(2).
أما بالنسبة للهدايا أو الهبات التي تكون محل استهلاك، ومثلها الحلوى والعطور، فإنه لا يمكن للواهب (الخطاب) أن يطالب باستردادها لأنها تكون قد استهلكت، كما أنه أخلاقيا لا يجوز لأحد أن يعطي لآخر شيء يستهلكه ، ثم يطالبه بعد ذلك باسترجاعه والأمر نفسه سواء تم الزواج أم لم يتم.
هذا ويرى الفقيه السنهوري أن نية التبرع كسبب للهبة وفقا للنظرية التقليدية أمر يجعلها مختلطة بالرضا وهذه النية توجد في كل هبة ، ووصفها بأنها السبب الذي لا يقدم شيئا (3).
وهذا مما حدا بالفقيه الفرنسي *capitant* الذي يعتبر من أشد المنتصرين للنظرية التقليدية إلى القول بأن السبب في الهبات هو السبب الباعث الدافع عليها ، ولم يقف عند نية التبرع .
ولإشارة فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أشار إشارة واضحة إلى هذه المسألة في الفقرة 1 و 2 و 3 من المادة 5 منه . وذلك في حالة العدول عن الخطبة.

(1) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، مرجع سابق ، ص 550.

(2) راجع في ذلك : د/جمال الدين العاقل، مرجع سابق ، ص 141.

(3) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 132.

الباب الثاني
أحكام عقد الهبة

الباب الثاني

أحكام عقد الهبة

إن لعقد الهبة أحكام كأي عقد وعموما تتمثل هذه الأحكام في آثار عقد الهبة ، والرجوع فيها ومن ثم فإننا سوف نتناول بالدراسة والتحليل أحكام عقد الهبة في فصلين ، بحيث نتناول في الفصل الأول آثار عقد الهبة بينما في الفصل الثاني نتعرض للرجوع في عقد الهبة .

الفصل الأول

آثار عقد الهبة

الفصل الأول آثار عقد الهبة

الأصل في عقد الهبة كما سبق وأن أشرنا ، أنها عقد ملزم بجانب واحد وإن كانت تبرعا، إلا أنها كذلك قد تقترن بشروط أو التزامات ، فتكون حينئذ بعوض أو بمقابل فتصبح عقدا ملزما لجانبين، مما يوجد تبادل للالتزامات في جانب كل من الواهب والموهوب له ، وعلى ذلك سوف نتناول هذا الفصل في مبحثين حيث نتناول التزامات الواهب في مبحث أول ، ثم التزامات الموهوب له في مبحث ثاني .

المبحث الأول

التزامات الواهب

- تعتبر التزامات الواهب كالتزامات البائع في عقد البيع لذا تعالجها في مطالب ثلاث :
- المطلب الأول : نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له.
- المطلب الثاني : تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له.
- المطلب الثالث : ضمان التعرض والعيوب الخفية .

المطلب الأول

نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له

إن عقد الهبة ينشئ التزامات في ذمة الواهب ، وذلك بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له وهذا الالتزام كمبدأ عام تسري عليه القواعد العامة التي تخص عقد البيع إلا ما استثنى بنص خاص في قانون الأسرة الجزائري، كما أن تنفيذ هذا الالتزام يختلف ما إذا كان محل الالتزام عقارا أم منقولا.

أولا/ نقل ملكية الشيء الموهوب في هبة العقار: يعتبر عقد الهبة من العقود الشكلية ومعنى ذلك أنها تعتبر ركن أساسي في تكوين هذا العقد ونشونه، ومتى تخلفت لا يكون العقد موجودا، فلا يكفي التراضي لوحدده في انعقاد العقد وتمامه بل لابد من وضعه في قالب الذي يوجب القانون وضعه فيه ونعني بذلك الإجراءات الشكلية المنصوص عنها قانونا إذا ما تعلق الأمر بعقار. وعلى لك فإن اتفاق الأطراف على إبرام العقد الرسمي مجردا من الشكلية المنصوص عليها في القانون تجعل هذا العقد لا ينشئ آثاره سواء كان ذلك بين أطرافه ، أم في مواجهة الغير، لذا فإن القانون يوجب تحرير العقود، أو التصرفات القانونية المنصبة على العقارات لدى الموثق لإضفاء الطابع الرسمي عليها -هذا- ومراعاة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني ، والمادة 15 وما بعدها من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 -المتضمن مهنة التوثيق ، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 81376 المؤرخ في 18/02/1992 وهذا نص القرار : <<من المستقر قانونا أنه يتوجب تسجيل العقود المنظمة للهيئة لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان- لأهمية مثل هذه العقود لتكون حجة بين أطرافه وإزاء الغير .

ولما ثبت أن قضاة المجلس في قضية الحال قضوا بصحة العقد العرفي الواقع سنة 1957 فإنهم بذلك تجاهلوا تطبيق القانون المدني القديم الساري العمل به ، ولم يأخذوا في الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرفه ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة >> (1).

(1) راجع في ذلك : القرار الصادر بتاريخ 18/02/1992، المحقة القضائية العدد 1993،04، ص 88.

هذا بالنسبة للعقود التي يحررها الأطراف أمام الموثق ، أما بالنسبة لعقود الهيئة التي كانت تحرر سابقا من طرف القاضي الشرعي فهي كذلك تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يضيف على العقود التي تحرر من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي ، وهو ما جسده كذلك المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1989/06/03 فنص القرار على أن :

>> من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعيان العموميين ، وتعد عنوانا على صحة ما يفورغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لخرق القانون غير مؤسس << (1) ما يفهم من نص هذا القرار أن العقود - عقود الهيئة - التي كانت تحرر من قبل القاضي الشرعي في الفترة الممتدة من الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة 84 ، حيث كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه العقود، فالقضاء أعطاهما طابع الرسمية للمحافظة على المراكز القانونية المكتسبة ولأجل الحفاظ على استقرار المعاملات بين الأفراد فتعتبر صحيحة ولها نفس الحجية بالنسبة للعقود المحررة من طرف الموثقين فالموثق يحرر عقد الهيئة بحضور الأطراف أي الواهب و الموهوب له والمستندات المثبتة للملكية (الشيء الموهوب) بدقة . كما أن الأمر يتطلب كذلك حضور شهود العقد الذين بدورهم يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه ، وشهادتهم واجبة في مثل هذا النوع من العقود الاحتقالية LES ACTES SOLONELS وذلك تحت طائلة البطلان إعمالا بنص المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني . والمادة 206 من قانون الأسرة فهذه المرحلة -توثيق العقد - تعتبر المرحلة الأولى والضرورية لتكوين وإنشاء العقد في هبة العقار ، ثم تأتي المرحلة الثانية وهي وجوب تسجيله لدى مصلحة الطابع والتسجيل لأجل تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.

وفي مرحلة أخيرة يتوجب شهر عقد الهيئة لدى مصلحة الشهر العقاري للمحافظة العقارية فطالما كان لاتفاق المتعاقدين (الواهب والموهوب له) اثر في مراكزه القانونية ، أو قد يمس بمصلحة غيرهم فيكون من الضروري كذلك شهر هذا التصرف في البطاقات العقارية لكي يرتب أثره العيني وهو نقل الملكية وإطلاع الغير على الوضع الحقيقي للعقار موضع التصرف (2) . فلا يكون للتصرف اثر إلا بعد استثناء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون .

وهذا ما أكدته المادة 793 من القانون المدني >> لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في

(1) راجع في ذلك : القرار الصادر بتاريخ 1989/06/03 المجلة القضائية ، العدد 01 1992 ، ص 119.

(2) راجع في ذلك : مجلة الشرطة ، الشكلية وأثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري والتطبيق القضائي

ثيما ، العدد 18 ، ص 29.

العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار <<.

فحسب هذا النص أن الشهر في التشريع الجزائري يرتب الأثر العيني وهو نقل ملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين ، أو بالنسبة للغير هذا من ناحية النص القانوني ، أما نحن فنرى أن الشهر ليس ركنا في التصرف و ذلك لأن التصرف يعتبر صحيحا وقائما ومنتجا لكل أثره في ما بين المتعاقدين ما عدا الأثر العيني حتى ولو لم يحدث شهر التصرف ولتجسيد عملية الشهر صدر الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري .

فقد نصت المادة 15 منه على أن << كل حق ملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...>>.

وتنص كذلك المادة 16 من نفس الأمر على <<أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية >>.

ما يفهم من هاتين المادتين أن كل حق للملكية أو عقد أو اتفاق منسوب على عقار ، لا أثر له إلا عند نشره وشهره في مجموعة البطاقات العقارية التي تمسك على مستوى كل بلدية في شكل سجل عقاري بإشراف المحافظ العقاري على ذلك ، حتى يتسنى للغير ومن يهيمه الأمر في معرفة الوضعية القانونية لعقار ما أن يرجع في ذلك إلى السجل العقاري.(1)

وقد تلى هذا الأمر صدور المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري . حيث تنص المادة 16 منه على أن : << كل عقد يكون موضوع إظهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي >>.

فهذا النص جاء لتأكيد الرسمية المفروضة على التعامل في العقارات ولأجل القيام بشهرها يجب مسبقا أن تكون في شكل رسمي ، واحترام قاعدة الإشهار المسبق المفروض بموجب نص المادة 88 من نفس - المرسوم - << لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق مقارن للعقد ، أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير >>.

ومفهوم نص هذه المادة هو إضافة مبدأ الأثر الإضافي للشهر ، والذي معناه : أنه لا يمكن إشهار حق أو عقد ينصب على عقار إلا إذا تم إشهار السند السابق للمتصرف مع استثناء القيد الأول عند المسح والعقود العرفية المكتسبة لتاريخ ثابت قبل أول مارس 1961 وقبل أول جانفي 1971.

(1) راجع في ذلك : القاضي حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى

2000، دار العلوم للنشر بآنتة ، ص98.

وخلص القول بشأن نقل ملكية الشيء الموهوب في هبة العقار ، أن عقد الهبة وباعتباره كأي عقد ناقل للملكية العقارية يمر بمجموعة من المراحل ، بدءا بعملية توثيق العقد أمام الموثق ، ثم تسجيله لدى مصلحة الطابع والتسجيل كمرحلة ثانية ، وفي مرحلة ثالثة وأخيرة يتم شهره في البطاقات العقارية لكي يرتب أثره العيني .

ثانيا /نقل ملكية الشيء الموهوب في هبة المنقول : إن انتقال الملكية في هبة

المنقول تختلف باختلاف المنقول في حد ذاته ، ففي المنقول المعين بالذات تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له فورا وبمجرد إتمام عقد الهبة ، هذا في حالة ما إذا كانت الهبة قد وثقت بورقة رسمية أو كانت في صورة هبة مستترة ويصبح القبض ركنا في الهبة المنقولة إذا كانت الهبة يدوية ، ذلك أن عقد الهبة عقد الهبة عقد عيني يتم بالقبض ، إذ تنص المادة 206 ق.س.ج. >> تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة ، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات...<<.

فمفاد هذا النص أن الحيابة أو القبض ركن في انعقاد الهبة ، وبالتالي فإن التسليم ليس التزاما ناشئا عن عقد الهبة ، بل هو شرط لتمامها (1). والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الحيابة وذلك رغبة منه للدلالة على القبض، لكن كان ينبغي تغيير هذا المصطلح الأخير حتى يصبح النص أكثر انسجاما مع غيره من النصوص القانونية ، وحتى لا يختلط مفهوم الحيابة بمعنى القبض في هذا النص بمفهوم الحيابة في المنقول والعقار كسبب لكسب الملكية وفق شروط خاصة. أما إذا كان محل الهبة منقولا معينا بالنوع فلا تنتقل ملكيته ، إلا بفرزه وتسليمه إلى الموهوب له (2) . فضلا عن ركن الحيابة أو القبض فإن المشرع اشترط مراعاة الإجراءات الخاصة في بعض الأنواع من المنقولات لانتقال ملكيتها ، إذ تنص المادة 700 من القانون التجاري الجزائري على أنه: >> يجب أن توضع إحالة الأسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وأن يتم دفع الثمن بين يدي الموثق ، الذي يقوم بتحرير العقد <<.

فهذا النص يتكلم عن حوالة الأسهم بدون مقابل بطريق الهبة ، كما تنص المادة 706 من القانون التجاري الجزائري على أنه: >> يجوز عرض إحالة الأسهم للغير بأي وجه كان على الشركة للموافقة عليه بموجب شرط من شروط القانون الأساسي، ما عدا حالة الإرث والإحالة لزوج أو أصل أو فرع <<.

(1) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 525.

(2) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 115.

بالإضافة إلى هذه الأمثلة في القانون التجاري الجزائري فإنه ثمة مثال آخر للإجراءات الخاصة في المنقولات في القانون البحري الجزائري إذ تنص المادة 49 منه على أن: «العقود المنشئة، أو الناقلات أو المسقطات لحق الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها، يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق يتضمن نوع السفينة وسعتها ومداخلها ومخارجها، وأسماء مالكيها السابقين، وبالقدر الإمكان طابع وتاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة ويكون قيدها في سجل السفينة». إذا تلك هي الإجراءات الخاصة التي عناهها المشرع الجزائري في المادة 206 من ق.س.ج. وهي عديدة ومتنوعة على حسب ما رأيناه في الأمثلة السابقة.

المطلب الثاني

تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له

يعتبر هذا الالتزام جزء من الالتزام السابق، أي الالتزام بنقل الملكية، وعلى الواهب المحافظة على الشيء الموهوب، إلى حين أن يسلمه إلى الموهوب له وقد نصت المادة 167 ق.م.ج «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم».

إذن فنقل الملكية يتضمن شقين هما المحافظة على الشيء محل العقد، وكذا القيام بعملية التسليم فإذا كان منقولاً فإن ذلك لا يتم إلا بالقبض (1) أو الحيازة وإذا كان عقاراً، فإن ذلك لا يتم إلا بتسليم الوثائق والمستندات التي تخص العقار وتمكين الموهوب له من حيازته والانتفاع به انتفاعاً هادئاً وبذلك يتم التسليم بوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له في المكان والزمان المعينين.

كما أن التسليم يتم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب وفقاً لما سبق ذكره، فيما إذا كان منقولاً أو عقاراً، كما أن التسليم يمكن أن يكون فعلياً أو حكماً على حسب ما رأيناه في القواعد الموضوعية العامة لعقد البيع، أما عن مكان التسليم ونفقاته فالأصل أن يتم في المكان الذي يكون الموهوب موجوداً فيه فإذا أكن منقولاً وعين بالذات، أو كان معيناً بالنوع ولم يعين مكان لتسليمه، فإنه والحال هذه يكون التسليم في موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم ويتم وفقاً لهذه الحالة إذا لم يتم اتفاق المتعاقدان على مكان آخر للتسليم (2).

(1) راجع في ذلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، والسياسية، مرجع سابق، ص 526.

(2) راجع في ذلك: د/ بتران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 339.

أما عن نفقات التسليم فإنها تكون على الواهب ، لأن واجب التسليم يكون عليه، على أنه يجوز الإتفاق على خلاف ذلك بأن تكون نفقات التسليم على الموهوب له ، ويمكن استنتاج هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الهبة ، وخاصة إذا لوحظ أن الواهب يتجرد عما وهبه دون مقابل (1).

أما عن تبعة الهلاك فإنه إذا هلك الموهوب قبل التسليم وكان ذلك راجع إلى سبب أجنبي فإن تبعة الهلاك تقع على الموهوب له لأعلى الواهب بخلاف عقد البيع ، حيث أن عقد الهبة يعتبر عادة عقدا ملزما لجانب واحد وهو الواهب ، فإذا استحال التنفيذ لهلاك الشيء الموهوب وانفسخت الهبة لم يكن هناك التزام على الموهوب ليتحمل منه، وبالتالي فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك على ما هو جاري الأمر بالنسبة لكل العقود الملزمة لجانب واحد.

أما إذا كانت الهبة بعوض بأن فرض على الموهوب له التزام أو شرط، فإنه يمكن له (الموهوب له) أن يتحمل من هذا الإلتزام لإستحالة التنفيذ وفقا للقواعد العامة (2).

وإذا هلك الموهوب قبل التسليم وكان ذلك بسبب خطأ الواهب، فإن الخطأ ليس جسيما أما عن الجزاء الذي يترتب على الواهب بالتسليم، فإن الموهوب له يستطيع أن يطالب الواهب بالتسليم الموهوب ، ويستطيع كذلك أن يطالب الواهب بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك يسيرا فإن تبعة الهلاك تبقى على الموهوب له ، أما إذا كانت تبعة الهلاك بسبب خطأ الواهب الحسية أو بفعل عمدي فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض الموهوب له ممكنا وذلك إذا لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل هذا الحق أما فسخ الهبة لعدم التسليم فإنه لا مصلحة للموهوب له في المطالبة بها ، إلا إذا أراد التخلص من التزام أو شرط فرض عليه في عقد الهبة (3).

(1) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 187.

(2) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 154.

(3) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع ، ص 155.

المطلب الثالث ضمان التعرض والعيوب الخفية

من بين الالتزامات التي يتوجب على الواهب ، القيام بها إضافة إلى الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه للواهب للموهوب، فإنه كذلك يضمن التعرض سواء الذي يصدر منه أو من الغير، كما أنه يضمن عدم استحقاق هذا الشيء الموهوب ، إضافة إلى ضمانه للعيوب الخفية التي قد تكون في الشيء المتهب .

أولاً/ ضمان الواهب للتعرض الصادر منه : ينبغي على الواهب ضمان التعرض الصادر منه لصورتيه المادية والقانونية ، أما التعرض المادي كأن يأتي الواهب بأفعال مادية يكون من شأنها أن تحول بين الواهب وانتفاعه بالشيء الموهوب (1) انتفاعاً تاماً وهاذا ، ومثل ذلك أن يقوم بنزع أبواب ونوافذ المنزل الموهوب ، أو نزع أشجار حديقته أو منعه من الدخول إليه إلى غير ذلك من الأمثلة العديدة عن التعرض المادي .

وأما التعرض القانوني فيقصد به قيام الواهب بتصرفات قانونية مع الغير على نفس الشيء الموهوب بعد إبرام عقد الهبة ويكون من شأن هذه التصرفات القانونية ترتيب حقوق عينية سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أصلاً أم تبعياً ، كالقيام ببيع الشيء الموهوب أو رهنه للغير ضماناً لدين شخص آخر .

ثانياً/ ضمان الواهب للتعرض الصادر من الغير : بالإضافة إلى ضمان الواهب للتعرض الصادر منه فإنه كذلك يضمن التعرض الصادر عن الغير تجاه الموهوب له . إلا أن الواهب عليه أن يضمن التعرض القانوني فقط الصادر من الغير، كإدعاء الغير بوجود حق على الشيء الموهوب، أو رفع دعوى قضائية ضد الموهوب له بدعوى أن له حق في الشيء الموهوب فهذا فقط الذي يمكن للواهب ضمانه ، أما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه الواهب لأن شأنه كشأن أي اعتداء على حق الغير ، أو بما يعتبر اعتداء على الملكية وله وسائله الخاصة لردّه. وعلى ذلك إذا رفعت على الموهوب له دعوى باستحقاق الشيء الموهوب وقام الموهوب له بإخطار الواهب ولكن إذا لم يتدخل هذا الأخير في الدعوى فإنه يجب عليه الضمان ، أي ضمان الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لخطأ جسيم من

(1) راجع في ذلك : د/جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص 192 .

الموهوب ، أو لتدليس صادر عنه كذلك أما إذا لم يخطر الموهوب له الواهب بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب ، وأدى هذا إلى صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه فيفقد حقه في الرجوع في الضمان على الواهب واثبت الواهب ، أن تدخله لو تم في الدعوى كان من الممكن ردها ورفضها (1).

وإذا استحق الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى. وللإشارة فإن الواهب يضمن استحقاق الموهوب إذا نجح الأجنبي المتعرض بدعوى الاستحقاق وقضي له فإنه والحال هذه فالموهوب له لا يرجع على الواهب إلا في حالتين:

الحالة الأولى : إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، والحكم في هذه الحالة أنه لا تطبق القواعد العامة في تقدير التعويض فيقتصر دور القاضي على تقدير تعويض عادل للموهوب له يتم تحديده على حسب الظروف.

أما إذا قام الموهوب له بدفع مبلغ من النقود ، أو أداء أي شيء آخر للأجنبي المتعرض من أجل تجنب استحقاق الموهوب كان للواهب ، ومن أجل أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له ما أداه هذا الأخير للغير من مصروفات أو نقود نظير استحقاق الموهوب من طرف الغير .

الحالة الثانية: إذا كانت الهبة بمقابل ، أو كان عقد الهبة قد تضمن شروطا أو التزامات على الموهوب له ، في هذه الحالة يضمن الواهب استحقاق الموهوب ولو كان يجهل سببها، على أنه لا يكون مسؤولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . أما إذا كان الواهب يعلم سبب الاستحقاق وكذلك تعمد إخفائه ، فإننا نعود إلى الحالة الأولى ولا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الشروط والالتزامات (2) بل يجب عليه أيضا أن يعرض الموهوب له تعويضا عادلا ولو كان يتجاوز مقدار ذلك العوض ، أو التحلل من الشروط والالتزامات ، ويلتزم الطرفان فسي هذه الحالة الوفاء كل بالتزامه. من اعتبار الضمان ليس من النظام العام فإنه يجوز للمتعاقدين وبمقتضى اتفاق خاص بأن يتفقا على تعديل ضمان الاستحقاق والتعرض وذلك بأن يزيدا في الضمان

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 158 .

(2) راجع في ذلك : أ / انيب استانبولي وشفيق طعمه، مرجع سابق ، ص 4338 .

أو ينقصا منه أو يسقطاه (1) ، ومن أمثلة الإتفاق على زيادة الضمان، كأن يتفق الموهوب له على أن يرجع على الواهب بضمان الإستحقاق حتى ولو كان الواهب يجهل سبب الإستحقاق ، أما المثال على الإتفاق بإنقاص الضمان كأن يتفق مثلا على ألا يضمن الواهب ما قد يظهر على العقار محل الهبة من حقوق ارتفاق ، أو ارتفاقات خفية لا يعلم بها الواهب حتى ولو كانت الهبة بمقابل فإذا ظهرت هذه الحقوق <<الارتفاقات >> بعد عقد الهبة فإن الواهب لا يضمنها .

كما أنه يجوز للمتعاقدين وبمقتضى اتفاق خاص ، أن يتفقا على إسقاط ضمان الاستحقاق كأن يتفقا مثلا على أن لا يرجع الموهوب له على الواهب بضمان الاستحقاق أصلا ولو كانت الهبة بمقابل أي بعوض (2).

على أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه فيما لو تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، وذلك قياسا لما ورد في عقد البيع والنصوص الخاصة بالضمان ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 377 مدني جزائري على أنه << ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان ، أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير >> .

ثالثا / ضمان العيوب الخفية : الأصل في عقد الهبة ، أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية لأنه متبرع ، إلا أنه مع ذلك فالواهب يضمن العيوب الخفية في العين الموهوبة ، وما هذا إلا تطبيق للنصوص والقواعد الموضوعية العامة المتعلقة بعقد البيع ، وذلك إذا كانت الهبة بعوض، أما عن الأحوال التي يضمن فيها الواهب العيب الخفي هي كالآتي :

- إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب ، فإذا كان الواهب عالما بالعيب ولم يتعمد إخفاءه فلا ضمان عليه.

- إذا كان الواهب قد اشترط عوض أو مقابل أو شروط والتزامات على الموهوب له فإنه يجب على الواهب ضمان العيب الخفي حتى ولو لم يكن عالما به.

- إذا وجد اتفاق خاص ضمن بموجبه الواهب خلو العين الموهوبة من العيوب الخفية ثم ظهر بعدها العيب، فعلى الواهب ضمان هذا العيب وحتى وإن لم يكن يعلم به ولو كانت الهبة بدون مقابل. فهذه الحالات الثلاث التي يثور بصددتها وجوب ضمان الواهب للعيب الخفي وتفصيل ذلك كما يأتي:

(1) راجع في ذلك : /د/ كمال حمدي ، مرجع سابق ، ص 170.

(2) راجع في ذلك : /د/ عبد الرزاق السليوي، مرجع سابق، ص 162.

أو ينقصا منه أو يسقطاه (1) ، ومن أمثلة الإتفاق على زيادة الضمان، كأن يتفق الموهوب له على أن يرجع على الواهب بضمان الإستحقاق حتى ولو كان الواهب يجهل سبب الإستحقاق ، أما المثال على الإتفاق بإنقاص الضمان كأن يتفق مثلا على الأ يضمّن الواهب ما قد يظهر على العقار محل الهبة من حقوق ارتفاق ، أو ارتفاقات خفية لا يعلم بها الواهب حتى ولو كانت الهبة بمقابل فإذا ظهرت هذه الحقوق <<الارتفاقات >> بعد عقد الهبة فإن الواهب لا يضمّنها .

كما أنه يجوز للمتعاقدين وبمقتضى اتفاق خاص ، أن يتفقا على إسقاط ضمان الاستحقاق كأن يتفقا مثلا على أن لا يرجع الموهوب له على الواهب بضمان الاستحقاق أصلا ولو كانت الهبة بمقابل أي بعوض (2).

على أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه فيما لو تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، وذلك قياسا لما ورد في عقد البيع والنصوص الخاصة بالضمان ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 377 مدني جزائري على أنه << ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان ، أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير >> .

ثالثا / ضمان العيوب الخفية : الأصل في عقد الهبة ، أن الواهب لا يضمّن العيوب الخفية لأنه متبرع ، إلا أنه مع ذلك فالواهب يضمّن العيوب الخفية في العين الموهوبة ، وما هذا إلا تطبيق للنصوص والقواعد الموضوعية العامة المتعلقة بعقد البيع ، وذلك إذا كانت الهبة بعوض، أما عن الأحوال التي يضمّن فيها الواهب العيب الخفي هي كالآتي :

- إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب ، فإذا كان الواهب عالما بالعيب ولم يتعمد إخفائه فلا ضمان عليه.

- إذا كان الواهب قد اشترط عوض أو مقابل أو شروط والتزامات على الموهوب له فإنه يجب على الواهب ضمان العيب الخفي حتى ولو لم يكن عالما به.

- إذا وجد اتفاق خاص ضمن بموجبه الواهب خلو العين الموهوبة من العيوب الخفية ثم ظهر بعدها العيب، فعلى الواهب ضمان هذا العيب وحتى وإن لم يكن يعلم به ولو كانت الهبة بدون مقابل. فهذه الحالات الثلاث التي يثور بصددّها وجوب ضمان الواهب للعيب الخفي وتفصيل ذلك كما يأتي :

(1) راجع في ذلك : د/كمال حمدي ، مرجع سابق ، ص 170.

(2) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 162.

الحالة الأولى : أي حالة تعتمد الواهب إخفاء العيب ، فإنه يجب عليه الضمان فلا يكفي أن يكون عالما بالعيب ، لأنه إذا كان حقيقة عالما بالعيب ولكن لم يعتمد إخفائه ، فإنه لم يجب عليه الضمان ، ولكي يجب الضمان على الواهب أن يعتمد إخفاء العيب على الموهوب له بمعنى أنه لا يخبر الموهوب له عن العيب الذي يشوب العين الموهوبة ، ففي هذه الحالة يجب عليه الضمان وهذا تطبيق للقواعد الموضوعية في عقد البيع .

الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل ثم بعد عقد الهبة ظهرت عيوب خفية . فإن الواهب يلتزم بتعويض الموهوب له عن الأضرار التي نتجت بسبب العيب بالإضافة إلى تعويضه عن النقص الذي لحق بقيمة العين الموهوبة شرط أن لا يتجاوز التعويض مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له (1).

أما والحال إذا تعدد الواهب إخفاء العيب في الهبة المقترنة بمقابل أو عوض فإنه يجب عليه تعويض الموهوب له عن الأضرار التي تسبب فيها العيب ، حتى ولو جاوزت هذه الأضرار مقدار المقابل أو العوض.

الحالة الثالثة: وهي حالة ما إذا كان هناك اتفاق خاص ضمن بموجبه الواهب خلو العين الموهوبة من العيوب ، ثم بعد ذلك ظهر العيب والحكم في هذه الحالة أنه يجب على الواهب ضمان العيوب التي ظهرت حتى وإن كان يجهلها وحتى ولو كانت الهبة دون مقابل أو عوض (2). بالإضافة إلى هذا كله فإنه يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تعديل الضمان سواء كان الاتفاق بالزيادة أو النقصان أو حتى إسقاط هذا الضمان ، فقد يتفقا مثلا على زيادة الضمان كأن يضم الواهب ما يحتمل أن يظهر من عيوب في الموهوب بعد عقد الهبة ، كما أنه قد يتفقا على إنقاص الضمان كأن لا يضم الواهب عيبا معينا بالذات في عقد الهبة بمقابل ، كما أنه يمكن أخيرا أن يتفقا على إسقاط الضمان ومثل ذلك أن يتفقا على أن لا يضم الواهب أي عيب ومهما كانت درجته إذا ظهر في الموهوب ولا يطبق هذا الاتفاق الأخير (حالة إسقاط الضمان) فيما لو تعدد الواهب إخفاء العيب في الشيء الموهوب.

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 166 .

(2) راجع في ذلك : الأستاذ أيوب اسدابولي ، المرشد في قانون الأحوال الشخصية ، للطبعة الثانية 1990 ، ص 246.

المبحث الثاني

التزامات الموهوب له

الأصل في الهبة أنها تبرعا بمعنى أن مسألة الالتزام لا تنثور بشأن الموهوب له ، إذا كانت تبرعا فينشأ التزام فقط في جانب الواهب ، وقد سبق وأن رأينا هذه الالتزامات بالنسبة للواهب ، إلا أنه قد تكون الهبة بعوض أو بمقابل في شكل شروط أو التزامات تعرض على الموهوب له ففي هذه الحالة يلزم الموهوب له بالقيام بتنفيذ هذه الالتزامات والشروط لذا سنبحث التزامات الموهوب له ضمن هذا المبحث في مطلبين نخصص الأول لإلتزامه بأداء العوض ، ثم نتعرض في المطلب الثاني لإلتزامه بأداء نفقات الهبة .

المطلب الأول

الالتزام بأداء العوض

تنص الفقرة الثانية من المادة 280 من قانون الأسرة الجزائري :>> ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط>> .

ما يفهم من نص هذه الفقرة ، أنه يجوز أن تقتنر الهبة بشروط أو التزامات عوضا أو مقابلا للشيء الموهوب من طرف الواهب ، وبالتالي فإنه يجوز أن يشترط الواهب في مقابل هبته على الموهوب له ما شاء من الشروط والالتزامات على نحو لا يخل بالعقد أو ما هو سائر في التعامل بين الأفراد . فقد يشترط الواهب على الموهوب له عوضا لما وهبه له .

و العوض هذا قد يكون لمصلحة الواهب (1) . كأن يهب تجارة للموهوب له ويشترط عليه أن يوفر له إيرادا مدى حياته (الواهب) أو أن يقوم بأداء نفقاته اليومية مقابلا لهبته كما أنه قد يكون المقابل أو العوض لمصلحة الموهوب له كأن يهب الواهب منزلا ، ويشترط على الموهوب له أن يسكن المنزل وحده دون مشاركة أحد من أقاربه ، كما قد يكون العوض للمصلحة العامة كأن يهب الواهب للموهوب له مستشفى ويشترط عليه أن تكون خدماته مجانا للجُمهور .

وللمحافظة على الطابع التبرعي للهبة يجب أن لا تزيد قيمة العوض عن قيمة الشيء الموهوب فإذا كانت قيمة العوض المشترط تزيد على قيمة الشيء الموهوب ، فإن الموهوب له لا يلزم بأداء العوض، إلا في حدود ما يساوي من قيمة ما تلقاه من هبة (2).

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص169 .

(2) راجع في ذلك : جمال الدين طه العاقل ، مرجع سابق ، ص204 .

وأما الجزاء المترتب على عدم قيام الموهوب له بالوفاء أو أداء العوض المشروط في عقد الهبة فإنه يطبق بشأنه القواعد العامة في الامتناع عن القيام بتنفيذ الالتزام ، أما إذا كان الواهب مدينا وليس داننا عند هبة أمواله فيما إذا كان الدين مستغرقا لكل أمواله أو غير مستغرق لذلك . هذا و إن المادة 205 ق.س.ج تنص " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته ، أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير " . ما يفهم من هذه المادة ، أن الواهب يجوز له أن يهب كل ممتلكاته رقبة أو انتفاعا و هذا ما يعتبر حقوقا عينية ، أو حقوق شخصية كدين للواهب على الغير .

إلا أنه ما يؤخذ على هذه المادة أنها لا تتماشى و الواقع العملي ، فقد ظهرت صعوبات عملية عند تطبيق هذا النص ، في حالة اشتراط الواهب على الموهوب له الإحتفاظ بحق الانتفاع أو حق الرقبة و شبهه الحيابة الفعلية ، و لأجل رفع هذا الإلتباس في نص هذه المادة . فإنه أقترح تعديل النص ليضمحل أحد الحقيين حق الرقبة أو حق الإنتفاع ، ثم بعد ذلك الكل معا وهو حق العين و المنفعة أو الدين لدى الغير ، حتى يتماشى النص مع الواقع المعروف عمليا ، لكون الواهب يسهب ثم قد يطرد الموهوب له من العقار الذي يعيش فيه أو من ريعه ، حتى يتماشى النص مع هذه الغاية الإجتماعية الأخيرة (1) .

كما أنه و لأن النصوص القانونية يجب أن تكون مترابطة ومنسقة فيما بينها ، و لأن نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري مرتبطة ارتباطا وثيقا بنص المادة 205 السالف ذكرها فإننا نقترح تعديل نص المادة 206 ق.س.ج ليكون كالآتي :

" هبة الرقبة تتعقد بالإيجاب و القبول ، و إجراءات قانون التوثيق تغني عن الحيابة " .

هبة المنفعة أو المنقولات تتعقد بالإيجاب ، وتتم بالحيابة الحقيقية أو الحكيمة (الباقي بدون تغيير) و قد أقترح هذا التعديل حتى يمكن إستبعاد الغموض الوارد على مفهوم الحيابة في العقار خاصة ذلك لأن إجراءات التوثيق تغني عن مفهوم الحيابة للرقبة والمراد بها التفريق بينها و بين المنفعة .

(1) راجع في ذلك : د / محمد نفوية ، الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي ، مقال منشور بمجلة الموثق

المطلب الثاني الإلتزام بأداء نفقات الهيئة

الأصل في الإلتزام بأداء نفقات الهيئة أن تكون على عاتق الموهوب له ، فلا يعقل أن يهب شخص لآخر ثم يتحمل تبعات و نفقات تبرعه خاصة إذا كانت الهيئة بدون عوض بمعنى آخر لا يمكن للشخص أن يجمع بين التجرد و النزول عن ماله للغير و يتحمل نفقات ذلك . و من ثم فإنه ما كان من مصروفات العقد و توابعه من أتعاب الموثق و حقوق التسجيل و الشهر و مجمل الرسوم و الضرائب . و عموما كل التكاليف المتضمنة للعقد (1) فإنها يتحملها الموهوب له إن هو تلقى الشيء الموهوب من الواهب دون عوض أو مقابل يذكر ، كما أن هذا ليس إلا تطبيق للقواعد العامة الخاصة بعقد البيع و المتضمنة لإلتزامات كل من البائع و المشتري و ذلك بالقياس على إلتزامات كل من الواهب و الموهوب له في عقد الهيئة .

على أن هذا لا يمنع من جواز الإلتفاق بين الواهب و الموهوب له من أن تكون هذه النفقات على الواهب . فكما سبق و أن رأينا في مقدمة هذا البحث أن الهيئة وجدت لأجل أعمال الخير و الإحسان خاصة إذا كان الموهوب له ميسور الحال لا يستطيع أداء نفقات ما وهب له ، أو كان الواهب يريد بهيته ابتغاء مرضاة وجه الله على سبيل الصدقة ، فعلى المتبرع إتمام هبته حتى نهاية المطاف ليصل المال الموهوب إلى الموهوب له دون عناء أو تكليف (2) .

و خلاصة القول أنه قياسا على أحكام عقد البيع تقع نفقات عقد الهيئة من تسجيل و توثيق و شهر و نفقات التسلم تكون على الموهوب له ، بينما نفقات التسليم تكون على الواهب ، و هذا كله إذا كانت الهيئة بعوض و الإستثناء في ذلك وجود إلتفاق خاص بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك.

(1) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، مرجع سابق ، ص 521.

(2) راجع في ذلك : د / عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 176.

الفصل الثاني

الرجوع في عقد الهبة

الفصل الثاني

الرجوع في عقد الهبة

بعد أن تطرقنا إلى آثار عقد الهبة في الفصل الأول ضمن باب أحكام عقد الهبة نتناول في الفصل الثاني ضمن نفس الباب ، الرجوع في عقد الهبة ، وذلك من خلال ثلاث مباحث ، حيث نخصص المبحث الأول لحق الرجوع في عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه موانع الرجوع في عقد الهبة ، وأعدار الرجوع فيها ، أما المبحث الثالث فنتناول فيه الآثار المترتبة على الرجوع في عقد الهبة .

المبحث الأول

حق الرجوع في الهبة في قانون الأسرة الجزائري .

إن المشرع الجزائري لم يوف هذا الموضوع حقه، بحيث خصه بنصوص قانونية غامضة وناقصة، وفي بعض الأحيان متضاربة، مثلما ورد في نص المادة 202 فقرة 2 والمادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع، فإنه يجب علينا لزاماً أن نبيّن مفهوم ومعنى الرجوع لغة له معان عديدة ومفردات كثيرة، ومتقاربة ومنها الرد والعود والنقض فيقال : (رجعت الكلام وغيره بمعنى رددته). ورجع في الشيء عاد فيه، ومن ثم يقال رجع في هبته أي أعادها إلى ملكه، أما مفهومه قانوناً فعرفه الدكتور جمال الدين طه العاقد. بأنه عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية استرجاعها، واستردادها من الموهوب له رضاءً ، أو قضاءً وفق شروط معينة (1).

ولأجل الإلمام أكثر بهذا الموضوع فإننا نتناول هذا المبحث في مطالب ثلاث، نتناول في المطلب الأول تكييف حق الرجوع في قانون الأسرة الجزائري، أما المطلب الثاني فنتناول فيه الرجوع في الهبة بالتراضي، أما المطلب الثالث فتعرض فيه للرجوع في الهبة بالنقاضي.

المطلب الأول

تكييف حق الرجوع في الهبة .

أولاً/ الهبة عقد لازم في التشريع الجزائري (قانون الأسرة) : يعتبر التشريع الجزائري عقد الهبة من العقود اللازمة التي لا رجوع فيها ، و مما لا شك فيه في إتخاذ هذا الموقف من قبل المشرع الجزائري له ما يبرره ، بالإعتماد على رأي جمهور الفقهاء و منهم المالكية و الشافعية و الحنابلة ، حيث يرون أن الهبة ملك لازم (2) . لا يمكن الرجوع فيها على إعتبار أن الهبة عندهم مثل عقد البيع الذي هو عقد تمليك منجز الذي يكون لازماً بعد تمامه فكذلك الأمر بالنسبة للهبة ، ولا يختلف الحال إن كانت هاته الهبة بعوض أو لم تكن . و حجتهم في ذلك قوله عليه الصلاة و السلام << العائد في هبته كالعائد في قبئه >> .

(1) راجع في ذلك : الدكتور جمال الدين طه العاقد، مجلة الأمن والقانون، العدد 01 1998، ص12.

(2) راجع في ذلك : السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الطبعة الثانية عشرة ، 1996 ، الفتح للإعلام العربي

القاهرة و مؤسسة الرسالة بيروت، ص 321 .

و كذلك في الحديث الذي رواه ابن عباس وابن عمر من أن النبي صلى الله عليه و سلم قال << لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاه ثم عاد في قيئه >> (1) وفي رواية أخرى لابن عباس <<ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه >> (2).

و هذا أبلغ دلالة على التحريم (3) ، فهذه الأحاديث كلها أجمعت على عدم الرجوع في الهبة إلا في هبة الوالد لولده ، لأن الأب لا يتهم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو إصلاح الولد فكما تكون العطية (الهبة) لإصلاح الولد فهي سبيل كذلك لإصلاحه إذا فسد ، لذا يسمى هذا الرجوع - رجوع الوالد فيما يهبه لولده - لدى المالكية باعتصار الهبة.

أي أن الأب يعتصر هبته لولده بمعنى يأخذها جبرا عنه (4)، والجدير بالذكر عند الحديث عن هذا الموضوع -عدم الرجوع في الهبة - أنه مقرر على وجه الاستثناء (5). و ذلك في حدود ما أورنته المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأنه للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات الآتية :

- 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 ، أو ضاع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته .

الملاحظ على هذا النص أنه حصر الرجوع في الهبة في حالة واحدة و هي حالة رجوع الأبوين لولدهما سواء كان نكرا أو أنثى و مهما كانت سنة حتى و لو كان صغيرا، فإنه يمكن الرجوع فيها للأسباب التي سبق ذكرها وفقا للمذهب المالكي .الجاري العمل به في بلادنا في مجال الأحوال الشخصية منذ عدة قرون ، بالإضافة إلى هذا فهذا النص استثناء للرجوع في الحالات التي عندها

(1) أخرجه الإمام الترمذي بلفظ قريب منه في باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ص 294 ، وأبو داود في السنن الجزء 02 ، ص 261 ، كتاب البيوع ، باب الرجوع في الهبة ، وابن ماجه في السنن ، الجزء 02 ، ص 795 ، سن كتاب الهبات ، باب من اعطى ولده ثم رجع فيه.

(2) أخرجه الإمام البخاري ، الجزء الثالث ، ص 207 ، وابن ماجه في باب الرجوع في الهبة ، كتاب الهبات ، الجزء 02 ، ص 797 ، كما أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، الجزء الثالث ، ص 215 و 35 ، باب الهبة والشفعة .

(3) راجع في ذلك : الدكتور محي الدين اسماعيل، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والفوانين المربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1995، ص 56.

(4) راجع في ذلك : الدكتور محمد عبد القادر أبو فراس ، فقه الإمام البخاري ، الجزء 01 ، الطبعة الأولى 1990، دار الثقافة الجزائر ، ص 423.

(5) راجع في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق ص 156 .

على سبيل الحصر ، فإنه و إن كان قد أعطى حق الرجوع للأبوين للرجوع في هبتهما ، إلا أنه منع الرجوع في الحالات السالف ذكرها ، و يعلل هذا (الرجوع في الهبة) بأن الأبوين قد يـرون من بعد الهبة إلا فضلا أي من أولادهما بالهبة دون الآخرين ووجوب التسوية فيما بينهم في الهبات و العطايا (1). و ما يمكن قوله في هذا الصدد أن المشرع الجزائري يعتبر الهبة عقد لازم لا رجوع فيه كأصل عام. إلا أنه استثنى في هذا رجوع الأبوين في الهبة لأولادهم و في هذا الرجوع استثناء كذلك بمعنى أنه استثناء على استثناء بحيث لا يمكن الرجوع للأبوين في هبتهما في الحالات التي عدتها المادة 211 من قانون الأسرة و تفصيل ذلك هو كما يلي :

ثانيا / تأكيد لزوم عقد الهبة في التشريع الجزائري : لقد أكد المشرع الجزائري على لزوم عقد الهبة بالنظر إلى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له : ففي هذه الحالة يتمتع الرجوع بالنسبة للأبوين إذا وهبا لأحد أولادهم شيئا ، و كانت هذه الهبة من أجل زواج الموهوب له ، فقد يكون الموهوب له ولدا ذكرا أو أنثى ، و السبب في ذلك أن الهبة قد تساعد الموهوب له على إتملم نصف دينه . و الكل يعلم تكاليف هذا الزواج و أعبائه وما يتطلبه من مصاريف خصوصا بالنسبة للولد (الذكر) فالهبة في هذه الحالة قد تكون من الأبوين لأجل إصلاح الولد و الزواج يدخل في إصلاح الولد و لأن تكون النعمة (الهبة) سبيل إلى النعمة ، لذا يمنع رجوع الأبوين في هذه الحالة درءا لكل مفسدة لولدهما .

و بمفهوم المخالفة بالنسبة لهذه الحالة في امتناع الرجوع في الهبة هي أن تكون لأجل زواج الموهوب له ، فإذا كان الموهوب له متزوجا و تلقى من والديه هبة فإنه لهما حق الرجوع في الهبة لأن الهبة لم تكن لأجل الزواج بل من أجل سبب آخر .

الحالة الثانية : إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين : كذلك يتمتع على الأبوين الرجوع في الهبة في هذه الحالة ، إذا كانت الهبة لأجل ضمان قرض يكون الموهوب له قد اقترضه أو لأجل قضاء دين عليه (الموهوب له) فقد يكون الموهوب له مدينا لسبب أو لآخر ، ولا سبيل لقضاء الدين أو الوفاء به أو ضمان القرض إلا بالهبة من والديه . و بالتالي لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إن كانت هذه الهبة تساعد الابن على تحسين أوضاعه المالية و قضاء ديونه (2) .

(1) راجع في ذلك : موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى، دار النفائس بيروت لبنان، الطبعة الخامسة 1981 ص 534.

(2) راجع في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 157.

الحالة الثالثة : إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ، ببيع ، أو تبرع ، أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته : بالنسبة لهذه الحالة من عدم جواز الرجوع في الهبة أنه يمكن الأبوين الرجوع في الهبة إذا قام الموهوب بالتصرف في الشيء الموهوب، كأن يقوم ببيع الموهوب إلى الغير أو يتصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية ، أو أن يقوم بهبته مرة أخرى إلى الغير ، أو عمل وصية بذلك ، كذلك و الحال إذا فقد هذا الشيء الموهوب بأن ضاع و فقد خروجه عن سلطة الموهوب له ، أو أن يقوم الموهوب له بأعمال أو تصرفات من شأنها أن تغير الموهوب من الحالة التي تلقى فيها الشيء الموهوب أو غير طبيعته و غرضه، ومثل ذلك أن يقوم الموهوب له بتغيير طابع الأرض التي وهبت له من أرض زراعية إلى أراضي بناء أو بنى عليها مصنعا. وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا (1) جاء فيه ما يلي :

- هبة إدخال تغيير عليها. - التراجع عنها لايجوز.

- رفض الطعن. - تطبيق صحيح للقانون.

المادة (3/311 ق.س). (المادة 1/233 ق.إ.م.ج.).

>> من المقرر قانونا أنه لا يحق للوالدين الرجوع في الهبة لولدهما إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته.<<.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف برفضهم دعوى الطاعنة لكونها من جهة لم تثبت وجود التزوير الذي ادعت به في عقد الهبة، ومن جهة أخرى أن المطعون ضدهما قد أدخل على المال الموهوب أعمالا غيرت في طبيعته، وهذا ما يسقط للطاعنة حقها في التراجع عن الهبة، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد سببوا قرارهم تسببا كافيا، وطبقوا القانون تطبيقا سليما.

فهذا القرار جاء تأكيدا على ما سبق شرحه من أن عقد الهبة لازم في التشريع الجزائري وبالتالي لا يمكن التراجع فيها إلا في أحوال معينة، هذا من الناحية القانونية (النص القانوني والاجتهاد القضائي). أما من الناحية الفقهية، فقد ذهب فقهاء كل من المالكية والحنابلة بخصوص مانع النكاح (زواج الموهوب له) ومدانة الموهوب له. أنه ليس من حق الأب الرجوع فيما وهبه لولده إذا تعلق الهبة برغبة الولد في زواج أو رغبة غيره من الناس في تزويجه، أو دانيوه بعض الأموال و القروض لأجل ذلك. فإذا تعلقت حقوق الغير بالهبة، فإنه لا يجوز للواهب الرجوع فيما وهبه لولده حماية وصيانة لحقوق الغير المتعلقة بهذه الهبة (2).

(1) راجع في ذلك : قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 11/03/1998، المجلة القضائية العدد 2، 1997، ص 69.

(2) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، مجلة الأمن والقانون، مرجع سابق ، ص 61.

ولكن فقهاء المالكية يشترطون شروطا ثلاث لتتحقق هذا المانع وهي :

- أن يكون النكاح أو الزواج والمداينة من أجل غنى الموهوب له بسبب الهبة، فإذا كان الأمر على خلاف ذلك فلأبوين حق الرجوع.
- أن يتوافر حسن القصد (حسن النية) لدى الغير الذي تعامل مع الموهوب له.
- ألا يقوم الوالد بهبته وهو على هذه الحال، بمعنى أن الولد كان متزوجا أو مداينا.

فإذا وهبه و الحال كذلك، فإنه لا يمكن للأب الرجوع في هبته، لأن العلة التي من أجلها منع من الرجوع في حالة زواج الولد أو مداينته بسبب الهبة، هي المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع الولد من أجل يسره بالهبة وتتفني هذه العلة إذا كانت حقوق الغير سابقة على انعقاد الهبة له، ويعبر المالكية عن هذا الشرط بقوله << ما لم ينكحوا أو يستحدثوا دينا >> (1).

ويشترطون كذلك في استرجاع هبة الأب لولده توافر الشروط الآتية:

- عدم تزوج الولد بعد الهبة.
- عدم تغير الهبة عن حالها .
- أن لا يحدث الولد دينا .
- ألا يمرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا .
- أن لا يحدث الموهوب له في الشيء حدثا .

و بالتالي فإنه يترتب على تخلف شرط من هذه الشروط امتناع الرجوع المرخص به للأب شرعا و قانونا (2). و هذا ما يبرر خلفية وجود الشروط الثلاث في امتناع الرجوع الواردة في نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري . كما أن المشرع في نص المادة لم يحدد معنى الأبوين فهل يقصد به الأب و الأم فقط . أم يشمل الجد و الجدة . (الأصل و أن علا) ، و في غياب هذا التحديد فإن النص و لفظ الأبوين مطلق و المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد .
أما الحنابلة فلهم بخصوص الرجوع في الهبة رأيان :

(1) راجع في ذلك : موطأ الإمام مالك، مرجع سابق، ص 535.

(2) راجع في ذلك : جمال الدين طه العاقل، مجلة الأمن و القانون، مرجع سابق ، ص 62 .

الرأي الأول: يرى أنه لا يمكن للأب الحق في الرجوع ، استنادا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم << لا ضرر ولا ضرار >> . وهناك جانب من فقهاءهم يرى بجواز رجوع الأب في هبته لولده لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال صلى الله عليه وسلم << لا ضرر ولا ضرار >> .

الرأي الثاني : يرى بجواز رجوع الأب في هبته لولده لما روي كذلك عن ابن عباس وابن عمر من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : << ليس لأحد أن يعطي العتية ويرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده >> . وقوله كذلك صلى الله عليه وسلم لرجل : << أنت ومالك لأبيك >> (1) .

وكخلاصة لهذا المطلب نقول أن المشرع الجزائري يعتبر عقد الهبة من العقود اللازمة التي لا رجوع فيها إلا فيما هو مستثنى بنص وإن حدث ذلك ، فإنه لا يعد أن يكون سوى إقالة للهبة من جانب الواهب هذا إن تم بالتراضي ، وإن تم بالرجوع إلى القضاء فإنه يعد فسخا للهبة وهو ما سنبينه في المطلبين الآتيين دائما ضمن مبحث الرجوع في الهبة في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثاني الرجوع في الهبة بالتراضي

أول ما تجب الإشارة إليه ، أن المشرع الجزائري في نص المادة 211 ، أنه ذكر حق الرجوع للأبوين في هبتهما ، ولكن لم يبين كيفية وطريقة هذا الرجوع ، فكان من الأجدر توضيح هذا الرجوع وكيفية حصوله .

بمعنى هل يتم هذا الرجوع بالتراضي وديا بين المتعاقدين (الواهب والموهوب له) ، وإن تعذر ذلك فهل هناك سبيل آخر للرجوع غير التراضي؟

المعروف أن الحق يزول ويسقط بنفس الطريقة التي نشأ بها ، فمادامت الهبة عقد يتم بالتراضي بين الواهب والموهوب له وبالرسمية لدى الموثق ، فإن الأمر كذلك عند الرجوع في الهبة .

(1) راجع في ذلك : جمال الدين طه العاقل، مجلة الأمن و القانون، مرجع سابق، ص 64 .

فهذا لم ينص عليه صراحة المشرع الجزائري ، كما أن تطبيق هذا النص (المادة 211 ق.س) أصبح يثير إشكالات وصعوبات عملية بسبب أن المشرع نص على حق الرجوع وحصره في الأبوين فقط، لكن لم يبين هل هذا الرجوع إرادي أم قضائي؟ (1) بالإضافة إلى ذلك فإنه يصعب معرفة عدم تحقق الحالات -التي لا يجوز الرجوع فيها في الهبة - المنصوص عليها في المادة 211 . كما أن نص هذه المادة لم يعالج مسألة الرجوع في الهبة ، أو عدم الرجوع فيها بالقدر الكافي . لذا كان من الضروري الرجوع إلى الآراء الفقهية الإسلامية والشريعة ، لأن جل أحكام الهبة مستمدة من الفقه الإسلامي . وبحسب ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه : << كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية >> .

وعلى ذلك حلي بنا أن ننظر في آراء فقهاء الشريعة والقانون ، ففي الرجوع في الهبة بالتراضي يطرح تساؤلا وهو بما يحصل الرجوع في الهبة في حالة الرجوع رضاءا .
تقول في هذا الصدد أن هذا نوع من الرجوع يتم أما بالقول أو بالفعل على النحو التالي :

أولا/ الرجوع بالقول : ويتم ذلك بكل لفظ من شأنه أن يدل دلالة واضحة على استرجاع الهبة من الموهوب له سواء كان اللفظ صراحة أم ضمنا ، والرجوع الصريح هو الذي يتم بأي لفظ يدل على معنى الرجوع ومثال ذلك قول الواهب للموهوب له رجعت في هبتي أو قوله رددت هبتي منك أو استرددتها منك ، ونحو ذلك من الألفاظ .

أما الرجوع ضمنا فيتم بالألفاظ ولكن ليست صريحة ، ولكن يكون من شأنها أنها تفيد الرجوع ضمنا كقول الواهب للموهوب له قبضته ، لذا فهو يحتاج لقصد ونية من طرف الواهب (2) وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

بينما اختلف فقهاء المالكية في صيغة الرجوع واشتراط لفظ الاعتصار في رجوع الوالد في هبته وانقسموا في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول : يرى في رجوع الواهب (الوالد) في هبته يجب أن يتم بأي لفظ يفيد استرجاع الهبة من ولده بلا مقابل جبرا ، سواء كان بلفظ الاعتصار أم كان بغيره .

(1) راجع في ذلك : د/ محمد تقي ، مجلة الموثق ، العدد 04 ، مرجع سابق ، ص 39.

(2) راجع في ذلك : د / محمد تقي ، مجلة الموثق ، العدد 04 ، نفس المرجع ، ص 42.

ونخلص إلى القول في هذا المطلب . أن المشرع الجزائري يعتبر عقد الهبة عقد لازم بمعنى أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا فيما هو مستثنى بنص خاص و أحوال معينة ، وأن هذا الرجوع يعتبر بمثابة إقالة وفسخ للهبة من جانب الواهب (1).

كما أن نص المادة 211 ق.س . جاء غامضا ولم يحدد طبيعة هذا الرجوع ، إن كان يتم بالتراضي أم بالتقاضي ، لذا نقترح تعديل هذا النص ليتماشى والحياة العملية ، ولتبسيط المسائل القانونية ليصبح كالآتي :

"للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه بعقد لدى الموثق، وبالإرادة المتفردة للواهب بعد إدلائه بتصريح أمام الموثق والشاهدين بعدم توفر الحالات التالية: (الباقى بدون تغيير) ."

المطلب الثالث الرجوع في الهبة بالتقاضي

لقد أكد المشرع الجزائري في قانون الأسرة على لزوم عقد الهبة وما يؤكد صحة هذا القول ما جاءت به المادة 212 من قانون الأسرة حيث تنص على أن : <<الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها >>.

ما يفهم من هذا النص أنها تعني عدم جواز الرجوع في الهبة بإرادة الواهب المنفردة لكنها لا تمنع من طلب الفسخ قضاء، خاصة وأن المادة الأولى من قانون الأسرة في فقرتها الثانية نصت على أنه : <<ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشوط>> والحال هذه فيما لو كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ، ولم يقم الموهوب له بتنفيذ هذا الشرط وفي هذه الحالة نكون أمام هبة بعوض ، ويجوز المطالبة بفسخها قضاء لعدم تنفيذ الشرط أو العوض ومثل ذلك أن يهب شخص لجمعية أو مؤسسة أو إدارة عمومية أرضا لبناء مدرسة أو مستشفى. وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا بتاريخ 19/01/1997 حيث جاء فيه مايلي :

(1) راجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، مرجع سابق ، ص 520 .

>> هبة ارض للبلدية قصد بناء مدرسة -مطالبته بالرد باسترجاعها- الحكم برفض الدعوى- تأييد القرار . المادة (212 ق.س) .

-من المقرر قانونا : >> أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها <<. ولما كان ثابتا -في قضية الحال - أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأففين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة.

وأن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية ، ولم يذكر أنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها ومن جهة فإن الورثة لم يثبتوا شغل البلدية لأكثر من نصف هكتار من أرضهم.

ومن ثم فإن القضاة بقضائهم برفض الدعوى طبقوا القانون وقدروا الوقائع تقديرا سليما مما يتعين تأييد القرار المطعون فيه<<. (1)

ما يفهم من هذا القرار أن الهبة بقصد المنفعة العامة ملزمة وبالتالي لا يمكن الرجوع فيها وفي هذا القرار تطبيق لما سبق قوله من أنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له عوضا (شرطا أو التزاما) في مقابل الهبة و لم يقم الموهوب له بتنفيذ هذا الشرط، يجيز له القانون طلب فسخ عقد الهبة (2)، قضاء لعدم الوفاء بالعوض أو المشتراط . و بمفهوم المخالفة بالنسبة لهذا القرار أن عدم الوفاء بالشرط أو القيام بالعمل الذي يفرضه الواهب على الموهوب له يعطيه الحق في طلب الفسخ عن طريق القضاء، ولو كانت الهبة بقصد المنفعة العامة ، لأن هذا المصطلح الأخير له مفهوم واسع و مرن .

وبطبيعة الحال فإن هذا الرجوع (الرجوع في الهبة بالتقاضي) يتم من قبل الواهب عن طريق دعوى عادية وفقا لما تنص عليه المواد 11 و 12 و 13 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و ضرورة توفر الحالات المنصوص عليها قانونا في قانون الأسرة التي تجيز الرجوع صراحة أو ضمنا . ويترك أمر تقدير الفسخ أو عدمه لقاضي الموضوع وفقا لما تقضي به القواعد العامة و بحسب ظروف كل حالة .

(1) اراجع في ذلك : قرار المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 02 1997 ، ص 144 .

(2) اراجع في ذلك : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، مرجع سابق ، ص 519 .

المبحث الثاني

موانع الرجوع في الهبة وأعدار الرجوع فيها

ثمة موانع تمنع الرجوع في عقد الهبة، بحيث يصبح وصف الهبة من الهبات اللازمة التي إن قلم بها مانع، سقط الحق في الرجوع فيها، مما تكسب عقد الهبة قوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو. وإن كان تبرعا - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود (1).

وعموما تقسم هذه الموانع إلى قسمين، الأول ويشمل الموانع التي تكون قائمة وقت صدور الهبة أما الثاني فيتضمن الموانع التي تطرأ بعد صدور وانعقاد عقد الهبة.

لذا نتناول هذا المبحث في مطالب ثلاث، نتعرض في المطلب الأول لموانع الرجوع في الهبة والتي تكون موجودة وقت صدور الهبة أما المطلب الثاني فننتاول فيه الموانع التي تطرأ وتجد بعد صدور عقد الهبة، أما المطلب الثالث فننتعرض فيه لأعدار الرجوع في عقد الهبة.

المطلب الأول

موانع قائمة وقت صدور الهبة

إن هذا النوع من الموانع مرتبط ارتباطا وثيقا بتحقيق الغرض الذي وجدت من أجل الهبة في حد ذاتها، فقد يكون هذا الغرض إما دنيويا، أو ثوابا مرضاة لوجه الله في الآخرة أو برا وإحسانا ومحبة بين الزوجين، أو صلة للرحم، فإذا ما قدم الموهوب له عوضا، أو كانت الهبة صدقة وعملا من أعمال البر والإحسان، أو كانت من الزوج لزوجته أو العكس أو كانت من أجل رحم محرم، ففي كل هاته الهبات قد تحقق غرض الواهب (2). ومما يترتب عن ذلك أن الهبة فيما سبقت الإشارة إليه بصدد كل تلك الأحوال أنها تصبح لازمة وبالتالي لا يجوز للواهب الرجوع فيها، ولو يرى الواهب رجوعه لسبب ما.

وللتذكير فإن البعض من هذه الموانع وردت في قانون الأسرة لأسيما في المادة 211. في فقرتها الثانية، بصورة واضحة، وضمنية في المادة 202 ق.س في فقرتها الثانية، وعموما يمكن إجمال هذه الأعدار - الموانع - المعروفة في الشريعة الإسلامية، والتي نقل منها المشرع الجزائري

(1) راجع في ذلك: د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 186.

(2) راجع في ذلك: المستشار/ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء 02، طبعة 1993، ص 385.

البعض منها دون الآخر ، ولا ندري لماذا فعل المشرع ذلك مادام عقد الهبة عقد لازم لا يمكن الرجوع فيه إلا في أحوال معينة ومستثناة بنص قانوني.

بخلاف التشريع المصري الذي كان واضحا في هذه الموانع ، والتي تصبح بموجبها الهبة لازمة ولا يمكن الرجوع فيها، فقد عددها في نص م 502 مدني مصري ، إلا أن عدم النص على بعضها في التشريع فهذا لا يعني أنه يمكن استبعادها وعدم الأخذ بها ، بل على العكس من ذلك ، فنص 222.ق.س . يعطي ويفتح المجال للاجتهاد والرجوع إلى أحكام الشريعة فيما لم يرد به النص في قانون الأسرة ، وعلى ذلك فإننا سوف نتناول هذه الموانع تبعا مع شئ من الشرح والتفصيل .

أولا / مانع الهبة بعوض: سبق وأن ذكرنا فيما تقدم أن الهبة قد تكون بعوض في شكل شروط والتزامات ، وهي ما يطلق عليها الهبات المتبادلة ، فإنه والحال هذه تكون الهبة لازمة منذ صدورها . بشرط أن يذكر في العقد ما يدل على أن كل منها قدم عوضا أو مقابلا لهبته (1) والأمر سياتي لو كان هذا العوض لاحقا للهبة بمعنى أن الموهوب له قدم العوض بعد إبرام عقد الهبة.

وبذلك فإن العوض المانع من الرجوع في الهبة إما أن يكون موجودا ومشروطا في العقد وإما أن يكون بعد تمام العقد يعني متأخرا والحكم في كلتا الحالتين يختلف ، فإذا كان متفقا عليه في العقد فيجوز لكل من المتعاقدين الامتناع عن الرجوع في هبته للأخر ، أما لو كان العوض لاحقا على العقد (بعد إبرام العقد) أو مضافا للعقد كأن يقول الموهوب هذا عوض عما وهبتي ، فإن هذا العوض يعتبر بمثابة هبة مبتدأة (2). فتصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به ، أما إذا لم يتم إضافة هذا العوض إلى عقد الهبة ، فيمكن لكل منهما (الواهب و الموهوب له) الرجوع بما وهب إلا أنه ثمة شروط يجب توافرها في العوض المتأخر عن العقد ، اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية لصحته وهي :

الشرط الأول : أن يكون العوض بلفظ يدل على المقابلة ، كأن يقول هذا الشيء مقابل هبتك أو عوض هبتك ، فإنه لم يتم ذلك بأي لفظ يدل على المقابل (العوض) لم يكن ذلك عوضا بل يعتبر هبة مبتدأة .

الشرط الثاني : ألا يكون العوض في العقد مملوكا بذات العقد ، بمعنى أن يكون خارج عقد الهبة ولا يعتبر كجزء على الهبة من قبل الموهوب له .

الشرط الثالث : ضمان الموهوب له لاستحقاق العوض ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بلفظ سلامة العوض للواهب . فإذا ما وقع استحقاق للغير في العوض ، لم يكن ذلك بمثابة عوض ، مما يعطي الحق للواهب الرجوع في هبته ، وإن حدث استحقاق جزئي للعوض يكون من حق الواهب

(1) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن و القانون ، مرجع سابق ، ص 39 .

(2) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 191 .

أن يرجع في هبته بقدر الجزء الذي أستحق من العوض (1) . و مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المانع في الفقرة الثانية من المادة 202 ق.س على أن فهم هذا المانع لم تتم الإشارة إليه بصورة صريحة وواضحة ، بمفهوم المخالفة للنص المادة سابقة الذكر .

ثانيا / مانع التصدق : أن الهبة إذا كانت على سبيل التصدق ، فإن الغرض منها قد تحقق وهو ابتغاء الثواب في الآخرة ، فهي بذلك تعتبر هبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها سواء كانت الهبة لغني أو فقير ، لأن القصد من الهبة هو التصدق و الحصول على الثواب (2) .

كما يمكن اعتبار الهبة للمنفعة العامة و التي لا رجوع فيها من موانع الرجوع في الهبة ، و هو ما نصت عليه المادة 212 . ق.س. >> من أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها << و يلحق بالصدقة كل أعمال البر و الإحسان ، إن تحقق غرض الواهب و نال به جزاء معنويا ، و مثال ذلك أن يتصدق (يهب) الواهب لمدرسة ، أو جمعية خيرية مالا أو أرضا ، أو ما هو متقوم ماليا فهذا كله يعتبر من قبيل أعمال البر و التصدق ، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر مجازاة لجل المذاهب الفقهية الإسلامية التي تجيز الهبة للتصدق و عمل الخير و منع الرجوع في هذا النوع من الهبة .

ثالثا / مانع الهبة بين الزوجين : يعتبر هذا المانع كذلك من الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة منذ صدورها ، فلا يمكن للواهب أن يتراجع في هبته ، دون رضا الموهوب له فإذا ما وهب الزوج لزوجته ، أو الزوجة لزوجها . فلا يمكن التراجع لكل منهما فيما وهب للآخر و السبب في ذلك أن الهبة في هذه الحالة إنما الهدف منها هو توثيق و تدعيم روابط المحبة و الألفة بين الزوجين فإذا توثقت فعلا بالهبة ، فإنه و الحال هذه لم يعد في استطاعة الواهب الرجوع في هبته لأن غرض الواهب قد تحقق ، ومن ثم يمتنع عليه الرجوع في هبته لأن رابطة الزواج رابطة قوية و الهبة سبيل إلى التآلف و المودة و الرحمة بين الأهل و الأقارب كما سبقت الإشارة إليه ، فلا تكون النعمة سبيل إلى النقمة في ثبوت الرجوع و من ثم فإن العبرة في جواز الرجوع أو عدمه، هي وجود

(1) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل عقد الهبة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي

مرجع سابق ، ص 228 .

(2) راجع في ذلك : أ / أديب استانبولي و شفيق طعمه ، التفتين المدني السوري ، مرجع سابق ، ص 4375 .

علاقة الزوجية أو عدم وجودها وقت الهبة (1) . كما أن العبرة بالعقد وليس بالدخول فإذا وهب زوج لزوجته بعد العقد عليها ، فلا يجوز له الرجوع فيما وهب حتى ولو لم يتم الدخول بها إن كان قد طلقها قبل ذلك ، و بشأن هذا المانع صدر قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19/02/1990 (2) حيث جاء فيه مايلي :

- من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز ، و هبة الزوجين لبعضهما البعض يعمل بها ولو لم يتم الحوز حتى حصول المانع و مات الواهب ، فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها ، و من ثم فإنه النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير مؤسس يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت في قضية الحال ، أن الواهب وهب لزوجته (المطعون ضدها) و أشهد على هبته ، فإن القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود و الوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من ارث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون .
و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن .

ما يمكن ملاحظته على هذا القرار أنه يعتبر الهبة عقد لازم ولا يمكن الرجوع فيه . كما أن هذا القرار يتضمن مانعين الأول يتعلق بهبة الزوجين ، أما الثاني فهو موت الواهب و هو كذلك يعتبر من الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة وهو ما سترجئ الحديث عنه عند التعرض لموانع الهبة التي تطرأ بعد صدور الهبة ، فمن المعروف أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحيازة بحسب ما نصت عليه المادة 206 ق.س.ج . و هبة الزوجين لبعضهما صحيحة . حتى ولو لم يتم الحوز وفقا لما نصت عليه المادة 208 من ق.س.ج من أنه : إذا كان الواهب ولي الموهوب له ، أو زوجه أو كلن الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الاجراءات الإدارية تغني عن الحيازة .

ففي هذه الحالة حتى و إن حدث المانع - هبة الزوجين - و وفاة الواهب ، فإن الهبة صحيحة إذا أشهد الواهب على هبته ، فيما هو ظاهر من نص هذا القرار إذ أن الواهب وهب لزوجته و أشهد على هبته ، و سواء حازت الزوجة ما وهب لها زوجها ، أو لم تحز قبل أو بعد الوفاة ، فإن الهبة صحيحة ، و لا سبيل في ذلك للمطالبة بإبطالها .

(1) راجع في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص 162 .

(2) راجع في ذلك : اقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19/02/1990 لمجلة القضائية العدد 04 1991 ، ص 113 .

أما هبة الواهب لمطلقاته ، أو المطلقة لمطلقها بعد انتهاء علاقة الزوجية ، فإنه يمكن الرجوع فيها طبقاً للقواعد العامة ، و يختلف الأمر لو وقعت الهبة حال قيام العلاقة الزوجية ، فإن الهبة لا يجوز الرجوع فيها حتى ولو أراد الواهب الرجوع بعد انتهاء علاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة (1) .

رابعاً / مانع الهبة لذي رحم محرم : تعتبر الهبة لذوي المحارم و الرحم لازمة منذ صدورهما لأن غرض الواهب قد تحقق و هو صلة الرحم - القرابة - فلو وهب الواهب لأبيه أو ابنه أو أخيه أو عمه ، أو غير ذلك من محارمه بالنسب فإن حقه في الرجوع يسقط (2) ، وذلك مصداقاً لقوله صلى الله عليه و سلم << إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها >> .

أما لو وهب لذي رحم غير محرم كأبناء الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات و أبنائهم فإن الرجوع في الهبة جائز (3) ، والحكم نفسه لو تمت الهبة بالنسبة لذي رحم غير ذي رحم من الرضاع أو المصاهرة كأم الزوجة والأخت في الرضاعة، فإنه يمكن الرجوع. أما المذاهب الفقهية الإسلامية فإنها اختلفت في شأن ذلك، ففي المذهب الحنفي فإنه يمنع الرجوع إذا كانت الهبة لذي رحم محرم. وهذا خلافاً للشافعية و المالكية و الحنابلة، حيث أجازوا الرجوع فيها، في حالة واحدة ووحيدة في الهبة لذوي الرحم، وهي إذا كانت الهبة من الوالد لولده، عملاً بقوله صلى الله عليه و سلم " لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الواهب فيما يهب لولده".

ووجه الدلالة في هذا الحديث أنه يفيد إثبات حق الرجوع في هبة الوالد لولده بنص صريح وللأحناف دليلهم في تأكيد عدم الرجوع في قوله عليه الصلاة والسلام " الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها" والثواب هنا حسب رأيهم يأخذ معنى العوض، و صلة الرحم بمثابة عوض لأن التواصل سبب التضامن والتعاون في الدنيا، فإنه كذلك يعتبر وسيلة إلى استقاء النصر والوصول على الثواب في الآخرة وهذا أقوى من المال وما يؤكد ذلك قول خاتم الأنبياء "اتقوا الله وصلوا الأرحام، فإنه أبقى لكم في الدنيا، وخير لكم في الدار الآخرة" . وما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال " من وهب هبة لصلة رحم على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها " وهو قول يتفق و رأي الأحناف (4).

(1) راجع في ذلك : م./أنور العمروسي ، مرجع سابق ، ص 376.

(2) راجع في ذلك : أ./عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 305.

(3) راجع في ذلك : د./عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 193.

(4) راجع في ذلك : موطأ الإمام مالك ، مرجع سابق ، ص 110.

والجدير بالذكر أنه يشترط في اعتبار صفة القرابة مانعا من الرجوع في الهبة توافر الشرط الآتي وهو : وجوب اجتماع وصفين في القرابة المانعة من الرجوع في الهبة وهما الرحم والمحرمية (1) فلو تخلف أحد الوصفين جاز الرجوع فيها. وفقا لما سبقت الإشارة إليه أعلاه. وعلّة المنع في الرجوع في الهبة إذا كانت لذي رحم محرم. هي أن الهدف منها (الهبة) هو صلة الرحم، وقد تحقق ذلك بها. ولو تم الرجوع فيها ترتب عنه قطع صلة الرحم، و ظهور الأحقاد والضغائن بين الأقارب والله ورسوله الكريم يأمرنا بصلة الرحم لا بقطعها.

المطلب الثاني

موانع تطراً بعد صدور الهبة

بعد أن تناولنا في المطلب الأول الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة، والتي تكون قائمة وقت صدور الهبة، فإننا سوف نتعرض كذلك لموانع أخرى في الهبة ولكنها تطراً بعد صدور الهبة، أي بعد انعقاد عقد الهبة، ولم تكن موجودة أثناء العقد وهذه الموانع كالتالي:

- موت أحد المتعاقدين.
 - زيادة الموهوب زيادة متصلة.
 - هلاك الشيء الموهوب.
 - تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب.
- لذا سوف نتعرض لهذه الموانع بالشرح و التفصيل، وإن كان لها وجود في قانون الأسرة أم لا.

أولا / موت أحد المتعاقدين : إن مانع الموت أو الوفاة بالنسبة لأحد المتعاقدين، يفترض أن

الهبة تمت ما بين متعاقدين على قيد الحياة، ثم يطرأ على أحد المتعاقدين ما يمنع من الرجوع (الوفاة) فتصبح الهبة لازمة. بوفاة الواهب أو الموهوب له، فهذا متفق عليه في اعتباره مانع من موانع الرجوع في الهبة، ولكن ماذا لو حدثت الوفاة قبل قبض الشيء الموهوب، أو كان ذلك بعده ؟ فهذا هو الاختلاف بشأنه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية لذا فإننا نتعرض لحالة الوفاة قبل القبض، وحالته بعد القبض.

(1) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 193.

ووجهة المالكية في ذلك : أن الرجوع - مع مرض الواهب المخوف - لا يكون للواهب بل يكون لورثته. وهذا يؤدي بنا إلى القول بأن المالكية يتفقون مع رأي غالبية الفقهاء ذلك لأن الورثة إذا منعوا من الرجوع بسبب المرض المخوف الذي لحق مورثهم، فمن الأولى منعهم من الرجوع بعد موته.

وبالنسبة لهذا المانع في التشريع الجزائري فإنه لم ينص عليه في اعتباره مانعا من الرجوع في الهيئة إلى أنه من الناحية العملية و الإجتهد القضائي فهو معمول به (1).
وصفة القول بالنسبة لهذا المانع ، أن الهبة تعتبر و تصبح لازمة إن مات أحد طرفي العقد بعد قبض الشيء الموهوب. فإذا حدث موت الواهب امتنع على ورثته الرجوع فيها، لأن حق الرجوع متصل بشخص الواهب وهو وحده الذي يستطيع تقدير الإعتبارات التي يراها مبررا لطلب الرجوع و بالتالي فلا ينتقل هذا الحق (الرجوع) إلى ورثته.

أما إذا مات الموهوب له وانتقلت ملكية الموهوب إلى ورثته (الموهوب له)، فلا يمكن للواهب التراجع عن هبته وذلك لأن حق ورثة الموهوب له على الشيء الموهوب، قد ثبتت بالميراث وحقهم يكون أقوى من حق الواهب في الرجوع .

ثانيا / مانع زيادة الموهوب زيادة متصلة : تلزم كذلك الهيئة إذا طرأ مانع بعد تمامها. وذلك إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته(2) بحيث تصبح الزيادة المتصلة بأصل الموهوب متولدة عنه، كما لو كان أرضا و أحدث الموهوب له عليها بناء أو غرس فيها أشجارا، و لكن ليست كل زيادة في الشيء الموهوب مانعا في الرجوع في الهبة، لأن الزيادة فيها أنواع فهي ، إما أن تكون زيادة متصلة أو منفصلة وكلاهما قد تكون متولدة عن الأصل أو غير متولدة عنه بمعنى أنها كانت نتيجة لجهد الموهوب له في الشيء الموهوب. لذا يجدر بنا أن نفصل في هذا المانع على النحو الآتي :

1- الزيادة المانعة من الرجوع في الهبة: وهي المقصودة في اعتبارها مانعا من الرجوع في الهبة فإذا كانت الزيادة متصلة بالشيء الموهوب وترتب أو نتج عنها زيادة في قيمة المتهب.

(1) راجع في ذلك : المجلة القضائية العدد 04 1991 ، مرجع سابق، ص 113.

(2) راجع في ذلك : إدمون كسبار ، مرجع سابق ، ص 267.

ولا يختلف الأمر إن كانت هذه الزيادة ناتجة عن نماء المال الموهوب أو كانت ناتجة عن جهد وفعل الموهوب له، أو فعل الغير فالعبرة هي زيادة قيمة الموهوب بعد الهبة، فهذه الزيادة -القيمة- هي التي تمنع الرجوع في الهبة سواء كانت متولدة عن الأصل أو لم تكن كذلك.

والسبب في امتناع الرجوع في الهبة عند حدوث الزيادة المتصلة بالموهوب، أن هذه الزيادة لم تكن محل محلا لعقد الهبة وقت انعقاده، ومن ثم فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ ولا يمكن الرجوع فيها (1) بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن الرجوع في الأصل دون الزيادة خصوصا إذا كانت متصلة به.

ولأن الزيادة ناتجة عن ملكه في الشيء الموهوب . أما علة المنع في وجود الزيادة المتصلة غير المتولدة عن الأصل، هي أنه إذا قام الواهب بأخذ الأصل فإنه يلحق من جراء ذلك ضرر بالموهوب له، لأن الفصل متعذر فيمنع الرجوع أصلا ويبطل حق الواهب في المطالبة به (2).

2- الزيادة المنفصلة عن الشيء الموهوب : بالنسبة لهذه الزيادة وسواء كانت متولدة

عنه أو غير متولدة، فإنها لا تعتبر مانعا لرجوع الواهب في الأصل دون الزيادة، إذ أن الضرر لا يلحق بالموهوب له. إلا أنه إذا كان الرجوع في الأصل وحده من شأنه أن يصيب الموهوب له بضرر في الزيادة، فإنه يجب على الواهب الإنتظار حتى يزول هذا الضرر.

ومجمل القول بصدد هذا المانع أن مجرد الزيادة المتصلة لا تكفي وحدها لتقرير حق الرجوع، بل يجب ثبوت هذا الحق أن يترتب عليها زيادة في قيمة العين الموهوبة، فإن لم يترتب عليها ذلك كانت الزيادة في حكم العدم، وكذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب، ذلك لأن العين الموهوبة لم تزد في ذاتها، وإنما الزيادة في قيمتها مردها إلى أمر خارج عنها (3)، وإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

ثالثا / هلاك الشيء الموهوب : إذا هلك الشيء الموهوب وهو في حيازة الموهوب له وسواء كان هذا الهلاك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي لا دخل له فيه، أو بفعل الغير فإنه يمتنع على الواهب الرجوع في هبته، أما في حالة هلاك أو استهلاك بعض العين الموهوبة دون البعض

(1) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل مجلة الامن والقانون ، مرجع سابق ، ص 230.

(2) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، نفس المرجع ، ص 234.

(3) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 195.

جاز له الرجوع في الباقي منها مما هو صالح وغير صالح متلف، لإنتفاء المانع من الرجوع في الباقي، ولا يستطيع كذلك الرجوع فيما لو هلك الموهوب وبقيت قيمته على حسب رأي بعض الفقهاء، لأنه لا سبيل إلى الرجوع في العين الهالكة ولا سبيل أيضا للرجوع في قيمة الشيء الهالك لأنها ليست بموهوبة ولأن العقد لم يرد عليها كذلك.

بالإضافة إلى ذلك فإنه غير مطلوب من الموهوب له ضمان عدم هلاك الموهوب. ولأن الملك يزول حتما بالهلاك فلا محل لرجوع الواهب فيما وهب وهلك، كما أن قبض الموهوب له للموهوب من الواهب يصبح مالكا ولو قام بعد ذلك بإتلافه بنفسه، فإنما أتلف ملكه فلم يكن متعديا (1).

ومما تقدم نقول أن فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد هذا المانع اعتبروا هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها بمثابة مانع من موانع الرجوع في الهبة شريطة أن يكون الهلاك كلياً.

أما إذا كان الهلاك جزئياً، فيرى أغلبية الفقهاء، من هذا لا يعد مانعاً من الرجوع في الهبة بالنسبة للجزء المتبقي والذي لم يطاله التلف والهلاك، وللمالكية رأي مخالف في قول جمهور الفقهاء الذي سبق ذكره، بحيث يرون أن هلاك جزء من الشيء الموهوب يمنع من الرجوع في الباقي وحثهم في ذلك أن هلاك جزء من العين الموهوبة كالإنهدام، نقص في ذات الموهوب وتقويت الغرض المقصود منه في جزء دون الآخر مما يمنع رجوع الواهب (2).

هذا وقد أشار المشرع إلى هذا المانع في الفقرة الثالثة من نص المادة 211 ق.س.ج عندما نص على رجوع الأبوين في الهبة لولدهما، واستثناءات الرجوع -موانع الرجوع- إذا ضاع أو هلك في يد الموهوب له، أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

رابعاً / تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب : يعد كذلك مانعاً من الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة، وهو بطبيعة الحال يطرأ بعد صدور الهبة وتماؤها. وهو ما يعبر عنه الفقهاء في أن خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له، بأي سبب من الأسباب الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو المسقطه لها كالإبراء والوقف، من أنه يعد مانعاً للرجوع في الهبة (3) فإذا خرج

(1) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 196.

(2) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن والقانون ، مرجع سابق ، ص 36.

(3) راجع في ذلك : الدكتور، إبراهيم الصالحى ، مضمون عقد الهبة ، وحق الرجوع فيه، بدون تاريخ طبعة ، ص 59.

بعض الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ، كان للواهب الحق في الرجوع في الجزء الذي لم يخرج و يتمتع الرجوع فيما خرج . و حجة ذلك أنه لو جاز الرجوع للواهب بعد خروج الموهوب من ملك الموهوب له لأدى ذلك إبطال لغير ملك الموهوب له ، ذلك لأن الملك يختلف بهذه التصرفات ، و اختلاف الملكين كاختلاف العينين ، فلو وهب عينا لم يكن له أن يرجع في عين أخرى ، و لأن هذا الخروج قد حدث بتسليط الواهب عندما وهبه ، فلا يجوز له أن ينقض ما تم من جهته ، إذ أن القاعدة تقول أن كل من سعى في نقض ما تم عن جهته فسعيه مردود عليه، و لأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى، فلا يمكن الرجوع فيها . (1)

و قد أشار المشرع الجزائري بخصوص هذا المانع في نص المادة 211 ق.س. في الفقرة الثالثة من أنه إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع ، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته . فإنه يعد مانعا للرجوع عندما رخص للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما ، و جدير بالذكر أنه ليس كل تصرف من طرف الموهوب له يعد مانعا للرجوع في الهبة بل يجب أن تتوفر في تصرف الموهوب له في الموهوب الشروط الآتية:

- يجب أن يكون التصرف في الشيء الموهوب تصرفا مزيلا للملك ، سواء كان تصرفا ناقلا للملك كالبيع أو الهبة ، أو مسقطا للإبراء و الوقف .
 - أن يكون تصرف الموهوب له - في العين الموهوبة - تصرفا نهائيا ، فلو لم يكن نهائيا كما لو باع الموهوب له العين الموهوبة ثم عادت إليه نتيجة الفسخ لوجود عيب أو أي سبب آخر للفسخ فإن هذا لا يمنع الواهب من الرجوع .
 - أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب كلياً و ليس جزئياً فلو كان التصرف منصبا على بعض الشيء الموهوب دون الآخر أمكن للواهب الرجوع في الجزء المتبقي .
 - أن يبقى الشيء الموهوب في سلطة الموهوب له ، بمعنى آخر أن الموهوب له يكون مالكا للعين و مالكا للتصرف و هذا الشرط الأخير قال به الشافعية و الحنابلة (2) .
- و مما تجدر الإشارة إليه أن ملكية الشيء الموهوب التي زالت عن الموهوب له بتصرفه النهائي الناقل للملكية ، ثم عادت إليه مرة ثانية بسبب جديد من أسباب كسب الملكية و انتقالها ، أو آل إليه بأي سبب من أسباب التملك ، كالإرث مثلا فإنه في هذه الحالة يتمتع على الواهب الرجوع فيما وهبه ، لأن المانع الذي حال بينه و بين الرجوع من قبل و هو التصرف النهائي ما زال قائما ، و لا ينفي عودة ملكية الشيء مرة أخرى في ملك الموهوب له بسبب جديد ناقل للملكية (3) .

(1) راجع في ذلك : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، للعلامة أمين بن عمر الشهير بابن عابدين، مطبعة الحلبي ، الطبعة الثانية ، ص 43 .

(2) راجع في ذلك : عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 308 .

(3) راجع في ذلك : د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 197 .

و نخلص إلى القول بخصوص هذا المانع ، أنه لكي يعتد به و اعتباره مانعا من الرجوع في الهبة يجب أن تتوافر فيه الشروط السابق ذكرها ، و إن تخلف أحد منها جاز الرجوع بسبب عدم توفر المانع على شروطه .

المطلب الثالث أعذار الرجوع في عقد الهبة

سبق و أن تناولنا في المطلبين السابقين موانع الرجوع في الهبة ، و قد رأينا أن هذه الموانع قد تكون قائمة وقت صدور الهبة ، و قد تطرأ بعد تمام العقد ، و بينا حكم كل منها و موقف المشرع الجزائري من ذلك ، بينما نتناول في هذا المطلب الأعذار المبيحة للرجوع في الهبة ، على أن هذا يجب ألا يفهم على أنه تناقض في اعتبار عقد الهبة لازم و بالتالي عدم الرجوع فيه إلا فيما هو مستثنى بنص خاص ، لأن المشرع قد أشار إلى حالة من الحالات التي تعتبر عذرا مقبولا للرجوع في الهبة ، حتى و إن لم تتم الإشارة صراحة إلى تلك الحالة ، بمفهوم المخالفة للنص القانوني بالإضافة إلى ذلك سوف نتعرض لهذه الأعذار من باب الاستزادة و المعرفة بكل الجوانب المحيطة بهذا العقد و من الأعذار المبيحة للرجوع في الهبة مايلي :

أولا / جحود الموهوب له : لم يتم النص على هذا العذر في قانون الأسرة الجزائري وهذا طبيعي جدا لأن التشريع الجزائري يعتبر الهبة عقد لازم، ويعتبر هذا العذر من الأعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة فمعروف أن الواهب من وراء هبته إنما يسعى إلى تحقيق غرض معين من وراء ذلك، و مهما كان هذا الغرض فإن الهبة تعد من قبيل البر والإحسان إلى الموهوب له، لهذا و على ذلك فإن ما ينتظره الواهب من الموهوب له أن يلقي منه الشكر والعرفان حتى تطيب نفسه بما أقدمت عليه. إلا أن الموهوب له قد يقابل ذلك الإحسان بالجحود و النكران للواهب و أقاربه، فلن فقهاء الشريعة الإسلامية حولوا للواهب حق الرجوع لهبته، لأن الموهوب له لم يكن أهلا للهبة ويستندون في ذلك إلى قوله تعالى " و هل جزاء الإحسان إلا الإحسان".

ومن الأعمال التي يأتيها الموهوب له وتعد من قبيل الجحود ، و التي تسوغ للواهب الرجوع في هبته ، إساءة الموهوب له إلى الواهب وأقاربه أو ذويه سواء بقذف ، أو شتم أو الإعتداء عليه (الواهب) في شخصه أو شرفه (1) ولا يمكن بأي حال من الأحوال حصر هاته الأفعال التي تعد

(1) راجع في ذلك : د / عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 201.

من قبيل الجحود و النكران بالجميل فالمهم هو أي فعل يعتبر الواهب جحودا من قبل الموهوب له و يبقى للقضاء سلطة تقدير حجم الأفعال و التصرفات التي تعد إخلالا بالواجب و نفس الأفعال إن لم تكن موجهة ضد الواهب و كانت ضد أقاربه فإنها تعد كذلك إساءة ضد الواهب فكلاهما يعد مبررا للرجوع في الهبة و الأمر متروك كما سبق و أن أشرنا إلى تقدير القضاء . فهو الذي وحده يستطيع تقدير الأفعال في كونها إن كانت تشكل جحودا من جانب الموهوب له مما يعتبر عذرا مقبولا لرجوع الواهب في هبته .

ثانيا /عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو الإنفاق على غيره: يعتبر كذلك هذا العذر من الأعذار المقبولة و المبيحة للرجوع في الهبة ، وهذا العذر يفترض أن الواهب بعد هبته يصبح عاجزا عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ، أو من هو مكلف بالإنفاق عليهم فقد تسوء حالته المالية ، و لأن الأصل في عقد الهبة أنه تبرع فنتقرر ذمته المالية .

ففقهاء الشريعة الإسلامية و على رأسهم فقهاء المذهب الحنفي يبيحون للواهب حق الرجوع في هبته إذا أصبح بعد الهبة غير قادر على الإنفاق لا على نفسه ولا على من تجب عليه نفقتهم شرعا ، فيكون من حقه إزاء هذا الوضع الرجوع في هبته ، بل إن الفقهاء يتوسعون أكثر من ذلك في عدم توفير أسباب المعيشة و هو إذا كان الواهب يعيش معيشة - بعد الهبة - لا تتناسب مع مكانته الاجتماعية ، ووضعه الاجتماعي الجديد بسبب عدم توقع سوء حالته المالية بعد الهبة (1).

فإن تحقق ذلك جاز له اللجوء إلى القضاء طالبا الترخيص له بالرجوع في هبته، وللقاضي تقدير وضعه المالي الجديد، إن كان يصلح فعلا كمبرر للرجوع في الهبة، وللإشارة فقط فإن تقدير الضائقة المالية التي أصبح عليها الواهب، يجب أن تقاس بمعيار شخصي وليس مادي أو موضوعي بمعنى آخر أن العبرة في تقدير ذلك تكون بالنظر إلى حياته هو شخصيا، و ليس بالنظر إلى حياة غيره ممن هم أقل درجة في المعيشة و الحياة (2) .

و خلاصة القول بالنسبة لهذا العذر ، نقول أن الواهب إذا عجز عن توفير المعيشة لنفسه و ممن تجب عليه نفقتهم - على النحو الذي سبق شرحه - اعتبر هذا مسوغا مقبولا للرجوع في الهبة.

ثالثا / أن يرزق الواهب بولد، أو أن يظهر له ولدا حيا: قد يتصرف الواهب في ماله بهبته إلى أحد ورثته أو إلى الغير ويكون دافعه في ذلك ، بأن لا ذرية لديه للتمتع بماله أو أنه اعتقد وقت الهبة أنه ليس له ولد ، كأن يعتقد بأن ولده البعيد عنه قد مات ثم يتضح بأنه مازال على قيد الحياة ففي كلتا هاتين الحالتين يعد هذا عذرا مقبولا للرجوع في الهبة (3)، وهذا العذر تأخذ به

(1) راجع في ذلك : د/عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص202.

(2) راجع في ذلك : د/ كمال حمدي، مرجع سابق، ص177.

(3) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، مجلة الأمن و القانون، مرجع سابق، ص 24 .

غالبية التشريعات العربية التي لا تعتبر الهبة عقد ملزم، بمعنى يمكن الرجوع فيه وفقا لهذه الأعدار، إلا أنه يشترط في رجوع الواهب لهبته وفق هذا العذر توافر الشروط الآتية :

• ألا يكون له ولد وقت انعقاد عقد الهبة فإن كان له ولد، حتى وإن كان جنينا، أو له ولد ولكن لا يعلم به، كما لو تزوج مرة ثانية لعدم إنجابه من الزوجة الأولى، وقام بطلاقها في حين أنها حملت منه. وولدت ولد، فإنه والحال هذه يسقط حقه في الرجوع.

• يجب أن يرزق الواهب بولد حال حياته - أثناء حياته - فلو رزق به بعد وفاته فلا يثبت له حق الرجوع.

• أن يظل الولد حيا حتى تاريخ إعلان الواهب الرجوع في هبته، فإن مات الولد قبل ذلك التاريخ فإن حق الواهب في الرجوع يسقط بانتفاء سببه.

بطبيعة الحال فإنه يجب أن يطلب الواهب الرجوع في هبته بالإلتجاء إلى القضاء لإستصدار حكم بفسخ الهبة باستناده على العذر الذي سبق بيانه وإثبات ذلك من السهل الممكن بشهادات الميلاد وسجلات الحالة المدنية للميلاد، وكذا الشهادات الطبية التي تثبت واقعة الميلاد باعتبارها واقعة مادية.

رابعا / عدم تنفيذ الإلتزامات والتكاليف التي يفرضها عقد الهبة : سبق وأن تمت الإشارة في المباحث السابقة أن الهبة قد تكون بعوض، ويختلف العوض باختلاف قصد و غرض الواهب، وقد يكون هذا العوض في شكل شروط والتزامات في مقابل الهبة (1) يفرضها الواهب على الموهوب له طبقا لنص المادة 202 / فقرة 02 من قانون الأسرة ففي هذه الحالة، يجب على الموهوب له أن ينفذ ما فرض عليه من التزمات أو شروط تعتبر كمقابل للهبة حيث نصت المادة سائفة الذكر على أنه "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

ولكن هذه الفقرة تطرح تساؤلا هاما، وهو هل يعتبر تنفيذ هذا الشرط مقابلا للهبة أم لا ؟ فالمعروف عن الشرط أنه لا يعتبر أساسا كمقابل للهبة، وإنما هو شرط استحقاق الهبة للموهوب له عند تنفيذ الشرط أي يكون لاحقا أو سابقا على الهبة، وعند تقاعسه، أو أن الموهوب له لم يقم بذلك جاز للواهب المطالبة بالرجوع في الهبة، وذلك بالإلتجاء إلى القضاء طالبا فسخ العقد (الهبة) لعدم تنفيذ الإلتزام أو الشروط التي كان قد فرضها على الموهوب له .

(1) راجع في ذلك : المطة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 542 .

لكن ما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا العذر يعتبر من الأعذار المبيحة للرجوع في
الهيئة في الفقه الإسلامي، و إن المشرع لم ينص عليه صراحة في نص المادة 202 / فقرة 2 من
ق.س. ولكن ذلك يتم بمفهوم المخالفة للنص القانوني سابق الذكر. وعلى ذلك فإننا نرى أن هذا
العذر الأخير مقبول كذلك في قانون الأسرة الجزائري وهذا تطبيقاً لنص المادة 202 من ق.س.ج.
وذلك عند عدم قيام الموهوب له بتنفيذ الإلتزامات و التكاليف التي فرضها عليه الواهب، أو التي
فرضت عليه بموجب عقد الهيئة.

أما بالنسبة لمن له حق المطالبة بالعرض، فإنه قد سبق و أن رأينا أن هذا العرض قد يكون
مشترطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، فإذا قام الواهب بتنفيذ مجمل
الإلتزامات التي فرضت عليه، جاز له الحق في أن يطالب الموهوب له بأداء ما فرض أو ما
اشترط عليه من عرض، وينتقل الحق في المطالبة به إلى ورثة الواهب فيما لو توفي. وثمة مسألة
تعتبر من الأهمية بمكان، ولإعتبارات عملية صادفت رجال القانون و على الأخص الموثقين و
المحافظين العقاريين، فقد شاع احتواء عقد الهبة لقيود أو شرط بالمعنى المذكور في الفقرة الثانية من
المادة 202 من قانون الأسرة. و التي تنص "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام
بالالتزام يتوقف على إجتاز الشرط".

ما يفهم من نص هذه المادة أن الهبة قد تتضمن شرط لمصلحة الواهب بإحتفاظه حيازة الموهوب
لمدى حياته، أو تضمين عقد الهبة شرط نقل ملكية الرقبة دون حق الانتفاع، على أن يجمع
الموهوب له بين شقي الملكية (رقبة وانتفاع) بعد وفاة الواهب (1).

كما أن إثارة هذا الإشكال يؤدي بنا لا محالة إلى طرح إشكال آخر له علاقة بالإشكال الأول وهو
ما مدى سريان نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على عقد الهبة التي تنص "يعتبر
التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما
حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك". لذا فأي
النصين يعمل به و كلاهما له معنى وروحا مختلفة ؟

(1) راجع في ذلك : الأستاذ شعبان محمد ، الهيئة والوصية ، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد 04 سبتمبر 1998، ص 31.

لكن ما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا العذر يعتبر من الأعذار المبيحة للرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي، و إن المشرع لم ينص عليه صراحة في نص المادة 202 / فقرة 2 من ق.س. ولكن ذلك يتم بمفهوم المخالفة للنص القانوني سابق الذكر. وعلى ذلك فإننا نرى أن هذا العذر الأخير مقبول كذلك في قانون الأسرة الجزائري وهذا تطبيقاً لنص المادة 202 من ق.س.ج. وذلك عند عدم قيام الموهوب له بتنفيذ الإلتزامات و التكاليف التي فرضها عليه الواهب، أو التي فرضت عليه بموجب عقد الهبة.

أما بالنسبة لمن له حق المطالبة بالعوض، فإنه قد سبق و أن رأينا أن هذا العوض قد يكون مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، فإذا قام الواهب بتنفيذ مجمل الإلتزامات التي فرضت عليه، جاز له الحق في أن يطالب الموهوب له بأداء ما فرض أو ما اشترط عليه من عوض، وينتقل الحق في المطالبة به إلى ورثة الواهب فيما لو توفي. وثمة مسألة تعتبر من الأهمية بمكان، ولإعتبارات عملية صادفت رجال القانون و على الأخص الموثقين و المحافظين العقاريين، فقد شاع احتواء عقد الهبة لقيد أو شرط بالمعنى المذكور في الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة. و التي تنص "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام باللتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

ما يفهم من نص هذه المادة أن الهبة قد تتضمن شرطاً لمصلحة الواهب بإحتفاظه بحيازة الموهوب لمدى حياته، أو تضمين عقد الهبة شرط نقل ملكية الرقبة دون حق الانتفاع، على أن يجمع الموهوب له بين شقي الملكية (رقبة وانتفاع) بعد وفاة الواهب (1).

كما أن إثارة هذا الإشكال يؤدي بنا لا محالة إلى طرح إشكال آخر له علاقة بالإشكال الأول وهو ما مدى سريان نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على عقد الهبة التي تنص "يعتبر المتصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك". لذا فأبي النصين يعمل به و كلاهما له معنى وروحا مختلفة؟

(1) راجع في ذلك : الأستاذ شعبان محمد ، الهبة والوصية ، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد 04 سبتمبر 1998، ص 31.

• **وجوب تطبيق الحظر القانوني على ما هو معمول به عمليا:** أول ما يجب الإشارة

إليه في هذا الصدد أن هذا القيد أو الشرط إن صح التعبير، كان موجودا ومعمولا به في ظل القانون المدني الفرنسي قبل صدور القانون المدني الجزائري وتم نقل هذه المادة حرفيا من القانون المدني الفرنسي إلى القانون المدني الجزائري بنص المادة 777. ودرج محرروا العقود على اعتباره صحيحا قانونا و أصبح خطأ شائعا ومستساغا يقوم مقام القانون، لذا فإن قيده أو شرطا كهذا أصبح يتنافى نصا و روحا مع قوانيننا وذلك من عدة نقاط وأوجه نذكرها فيما يلي (1):

- **الوجه الأول: (استحالة إثبات عكس المادة 777 من ق.م.ج):** لقد أشارت هذه

المادة و بأسلوب واضح بأن مجرد تثبيت الحيابة أو احتفاظ الواهب في عقد الهبة بحيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته (ولا أدل على ذلك من النص عليهما في العقد الرسمي) يعتبر قرينة على أن التصرف وصية و تجري عليه أحكامها وإن كان لوارث فلا الوصية لوارث.

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 1990/03/05 حيث جاء في القرار مايلي: هبة اشترط الواهب بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرفه ما بعد وفاته - وصية - وارث.

(من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد الورثة، واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، و من المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخافة القانون، غير سديد يستوجب الرفض.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضية الإستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة و عدم تنفيذ التصرف بإعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. (2).

ما يفهم من هذا القرار أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها إلا أن تضمينها من قبل الواهب في عقد الهبة بإعتباره عقد رسمي، يجعل من الصعوبة بمكان إن لم نقل أمام استحالة قانونية لمن يريد إثبات عكسها، لما يمتاز به العقد الرسمي من حجية مطلقة، بحيث لا يطعن فيه إلا بالتزوير. إلا أن البعض قد يرد على هذا التحليل بالقول أنه لا يجوز إثبات عكس هذه القرينة بأي دليل على الأقل يكون له وزن يوازي العقد الرسمي، و للرد على هذا القول نقول بأن الإثبات بهذه الدرجة لا يمكن أن يتم إلا بتعديل العقد الأصلي و ذلك بإسقاط الشرط أو القيد نفسه، و إن تم الأمر كذلك فهذا ما يتفق مع ما تنشده المادة سائلة الذكر (م 777 قانون مدني جزائري).

(1) راجع في ذلك: 1 / شعبان محمد، مرجع سابق، ص 32.

(2) راجع في ذلك: القرار الصادر بتاريخ 05 مارس 1990، المجلة القضائية، العدد 03 1992، ص 57.

بالإضافة إلى هذا قد يقول قائل ، لما كانت هذه القرينة يستحيل إثبات عكسها ، فلم يجعلها
المشرع قاطعة و يعفي مشقة من تعذر عليه إثبات عكسها .

و الرد يكون حينئذ بأن هذا النص جاء عاما ، بحيث ينصرف مدلوله لكافة التصرفات القانونية
بما فيها مالا يستوجب الكتابة (الرسمية) ، وعند ذلك يفسح المجال كليا لإثبات عكسها و بالإضافة
إلى ذلك فإن ما يتوجب على الموهوب له في الحيازة ، أن تكون هذه الحيازة فعلية و أنه فعلا
يمارسها . ذلك أنه إذا احتفظ الواهب بالحيازة بسبب تضمين العقد هذا الشرط >> الحيازة
و الإنتفاع << فإن ذلك يبقى مرتبط و مرهون بسن الواهب و وفاته، و حتى وإن وجدت هذه الحيازة
لدى الموهوب له بأذن من الواهب الذي يستطيع تجريده منها في أي وقت ، و بالتالي يجب إعتبار
التصرف المتضمن لهذا القيد أو الشرط بمثابة وصية و ليس هبة (1) .

-الوجه الثاني : (إلغاء المادة 777 من ق.م.ج أو الإبقاء عليها) : الملاحظ أن

المادة 777 من ق.م.ج جاءت تحت عنوان الوصية و بالمقابل نجد أن قانون الأسرة قد نظم الوصية
بعنوان خاص ، كما أن المادة الثانية من القانون المدني و في فقرتها الثانية تنص على أنه " و قد
يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من
جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم " . بالنظر إلى هذه المادة يفهم بأن كل المواد
الواردة في القانون المدني الجزائري و المتعلقة بالوصية و منها المادة 777 من ق.م.ج تعتبر ملغاة
بسبب صدور قانون الأسرة -1984- و تنظيمه للوصية بأحكام خاصة بها ن فهل هذا يعني أنها
فعلا ملغاة .

إن المادة 777 ق.م.ج. وإن كانت تبدو من الناحية الشكلية و التنظيمية ملغاة، فإن العيب في هذا
النص أنه ورد تحت عنوان الوصية في القانون المدني الجزائري إلا أنه من الناحية الموضوعية
و هذا هو الأهم، تعد قبيل مواد الإثبات حتى وإن لم تتطرق له أو تشير إليه إشارة واضحة، فإنها
ذكرت في مضمونها الوصية و بالقدر اللازم لخلق قرينة قانونية مما يعطي وصفا حقيقيا لهذه المادة
بكونها أنها من مواد الإثبات (2).

(1) راجع في ذلك : مجلة الموثق، العدد 04 سبتمبر 1998 ، مرجع سابق ، ص31.

(2) راجع في ذلك : مجلة الموثق، العدد 04 ، نفس المرجع ، ص32.

بالإضافة إلى هذا فإن المادة 202 من قانون الأسرة تعطي للواهب حق إدراج بعض الشروط والإلتزامات لصالحه في عقد الهبة وبالنظر إلى نص المادة 777 ق.م.ج. فهل هذا يعني بأن هذه المادة من قانون الأسرة تتعارض أو تخالف مضمون نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري، حيث أن هذه الأخيرة تقلب الهبة إلى وصية بمجرد إشتراط الواهب حيازة الموهوب أو حق الانتفاع مدى الحياة، والأدهى من ذلك أن الإجتهد القضائي (المحكمة العليا) لازال يعمل بنص المادة (777 قانون مدني جزائري). فكيف يبرم عقد هبة وفقا لنصوص قانون الأسرة ، وبالأخص نص م 202 ق.س. لينقلب فيما بعد إلى وصية والفرق بينهما واضح للعيان.

وللإشارة كذلك في هذا الصدد أن المادة (223 ق.س.) تنص بأنه " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

يرى فقهاء القانون أن النص القانوني الجديد لا يلغي القديم إلا إذا كان هناك تعارض حقيقي يستحيل بموجبه التوفيق بين كلا النصين من أي وجه أو الأخذ بهما معا. كما أنه يمكن إزالة هذا التعارض والتناقض بين النصين والرأي في ذلك أن نص المادة 202 ق.س. جاءت عامة و شاملة لكل القيود والشروط والإلتزامات التي يمكن أن يفرضها الواهب على الموهوب له.

في حين أن نص المادة 777 ق.م.ج. تضمن قيد وحيد وهو حيازة المتصرف للشئ موضوع التصرف لمدة حياته. والمعروف في القواعد القانونية و الفقهية أن القانون الخاص يقيد العام، والقاعدة التي تقضي من أن النصوص تكمل وتفسر بعضها البعض، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتضارب مع بعضها البعض. زيادة على ذلك فإن المشرع أراد بنص المادة 777 ق.م.ج. محاربة العقود و التصرفات الصورية ووجوب تسمية العقود بأسمائها لأجل المحافظة على المراكز القانونية للغير وللورثة.

-الوجه الثالث: (الهبة عقد شكلي وعيني في نفس الوقت): يعتبر عقد الهبة من

العقود الشكلية والعينية في نفس الوقت، وفقا لما أكدت عليه المادة 206 ق.س. وكذا كل المواد المتعلقة بالشكلية الواردة في القانون المدني والتي تخص مثل هذا النوع من العقود، وباعتبار أن الهبة عقد عيني فهذا يعني أن القبض فيها ركن -المشرع استعمل عبارة الحيازة- باستثناء ما أورده المادة 208 ق.س وهي في حالة ما إذا تم عقد الهبة من الأب إلى الإبن أو كان زوجه (الزوجة والزوج). وكذلك في حالة هبة المشاع ففي هذه الحالة من الهبة فإنه لا ضرورة للحيازة(1).

(1) راجع في ذلك : د / محمد نقيبة ، عقد الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي ،مقال منشور بمجلة الموثق العدد

فالتوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة مع هذه الاستثناءات ،حيازة الموهوب (الشيء). فإن الحيازة أو القبض يعتبر ركن في العقد، بحيث لو تخلف لبطل عقد الهبة مع الإشارة أن قانون الأسرة في المواد المنظمة لعقد الهبة تحدث كثيرا عن الحيازة، ولو لم تكن من الأهمية بمكان لأحجم عن الإسهاب فيها كثيرا.

وبما أن القبض أو الحيازة ركن في العقد، فإنه من واجب الموثق وغيرهم ممن لهم علاقة بتنظيم وتحرير هذا النوع من العقود (الهبة). التأكيد على انتقال الحيازة إلى الموهوب له، وليس مجرد تحرير العقد فقط، لذا وجب تعديل نص هذه المادة 206 ق.س. ليتماشى والواقع العملي لتصبح كالآتي " - هبة الرقبة تتعقد بالإيجاب والقبول وإجراءات قانون التوثيق تغني عن الحيازة (1). - هبة المنفعة أو المنقولات تتعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة الحقيقية " والباقي بدون تغيير.

-الوجه الرابع: (صور مختلفة لعقد الهبة): تنص المادة 205 ق.س على أنه "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

سبق وأن أشرنا في بداية هذا البحث لمختلف صور عقد الهبة. لكن الملاحظ على نص المادة 205 ق.س أنه لم يعدد صور ملكية الرقبة ، فالمشرع في هذا النص إهتم بالحقوق المتفرعة عن ملكية الرقبة وأهمل الأصل (ملكية الرقبة)، كما أن صياغة المادة جاءت ركيكة وغامضة ، فالأصل في النصوص القانونية أن تكون واضحة وسهلة الفهم والمدلول ، لذا ينبغي إعادة صياغة هذه المادة لتصبح كالآتي "يجوز للواهب أن يهب حق الرقبة، أو حق المنفعة أو عينا أو دينا لدى الغير" .

-الوجه الخامس : (تحول عقد الهبة من هبة إلى وصية) : تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على : " إذا كان العقد باطلا ، أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

ما يفهم من هذا النص أن المشرع تولى بنفسه محاربة العقود و التصرفات الصورية و ضرورة تسمية العقود و الأشياء بأسمائها ، والتأكيد على هذه المهمة ورد نص آخر (نص المادة 777 قانون مدني جزائري) لمحاربة العقود الصورية ، حيث وضع قرينة إدراج قيد أو شرط في عقد الهبة من نيل الواهب ، وبالأخص الانتفاع أو حيازة المتصرف فيه لمدى الحياة من أنه يعتبر وصية و تجري

(1) راجع في ذلك : أ / شعبان محمد ، مجلة الموثق، العدد 04 سبتمبر 1998 ، مرجع سابق ، ص35.

عليه أحكامها فالمشرع تولى تفسير إرادة المتصرف و معاملته بتقيض قصده ، في إعتبار رغبة المتصرف بهذا القيد أو الشرط إنما يريد وصية و ليس هبة ، بحيث أعطى حرية للمتصرف و للمتصرف إليه في انصراف نية كل منهما في إبرام أي عقد ، و ترك للقاضي سلطة تقديرية لكي يستشف (الصورية) من الوقائع المعروضة عليه .

و بالمقابل فإن الأمر في المادة 777 ق.م.ج جاهز و مفصول فيه ولا يحتاج لأي تقدير فكل شيء ثابت و مسطر في العقد الرسمي .

و بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال القضاء بإبطال شرط الحيازة لوحده و الإبقاء على عقد الهبة بدون هذا الشق (الحيازة) ، و ذلك بالإعتماد على نص المادة 104 ق.م.ج. بحيث يصبح من الواجب و الإلزام على القاضي أن يقضي بإبطال كل عقد هبة لتخلف ركن الحيازة " القبض " بوصفه من أركان عقد الهبة ، و ذلك عند إدراجه من قبل الواهب في عقد الهبة ، بحيث لولاه لما أقدم الواهب على الهبة (1).

-الوجه السادس العقد هبة أم وصية: (نص المادة 209 ق.س):

تنص هذه المادة على أنه : " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا " . ما يلاحظ على هذا النص و ما جرى به العمل واقعيًا ، أنه يمكن للواهب و بإرادته المنفردة أن يهب للجنين . فالمعروف في عقد الهبة أنه يجب توافر الإيجاب من الواهب و القبول من الموهوب له فكيف يتم ذلك و الموهوب له في هذه الحالة جنينا ؟

فالظاهر من هذا النص أن الأمر يدعو أن يكون وصية و ليس هبة ، والفرق بينهما واضح فالوصية تصرف مضاف لما بعد الموت ، أما الهبة فهي عقد ما بين الأحياء بالإضافة إلى ذلك يلاحظ عدم انسجام و تطابق النصين العربي و الفرنسي (2) ، فالنص العربي استعمل مصطلح تصح الهبة ، بينما النص الفرنسي يقول أن الهبة التي تصدر لصالح الجنين لا تنتج أثرا إلا إذا ولد هذا الطفل حيا و قابلا للحياة ، فالنص الفرنسي هو الأصح لأنه يؤكد خصوصية هامة لعقد الهبة و هي أنه عقد ما بين الأحياء في حين أن النص العربي يقول تصح هبة و شرط أن يولد

(1) راجع في ذلك : أ / محمد شعبان ، مجلة الموثق ، العدد 05 جوان 1998 ، مرجع سابق ، ص 10.

2) Voir article 209 , Code de la famille << La donation fait en faveur d'un enfant conçu ne produit effet qui si cet enfant naît vivant , et viable >>

حيا فماذا لو مات الجنين قبل ولادته، فما هو الوصف الذي يمكن أن يعطى لتصرف الواهب و بسبب هذا النص و عدم دقته و وضوحه درج محرروا العقود " الموثقين " على قبول عقود الهبة من الواهب ، و في متنها هذا الشرط أو القيد (1).

و على كل فإن إيراد هذا النص م209 من قانون الأسرة ، له ما يبرره من قبل المشرع الجزائري بإعتماده على مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للجنين و يعتبر الهبة تتم بإرادة الواهب أي بإيجاب صادر منه فقط دون الحاجة إلى قبول من طرف الموهوب له مثلها مثل الوصية و الوقف، بحيث أن الواهب يهب للحمل و يوقف الشيء الموهوب، فإن ولد حيا ملك الموهوب (الشيء) و إن نزل ميتا يبقى الشيء الموهوب على ملك الواهب (2).

من خلال تعرضنا لهذه الموانع ضمن مبحث موانع الرجوع في الهبة ، نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، لم ينص على هذه الموانع صراحة و إن كان أشار إليها ضمنا ، أو بمفهوم المخالفة للنص القانوني، إلا أن الفضل يعود للإجتهد القضائي و على وجه الخصوص إجتهد المحكمة العليا في التعرض و تناول هذه الموانع بمناسبة القضايا المرفوعة بشأنها و تفسير القوانين ، فالنص القانوني غالبا ما يأتي غامضا أو ناقصا فيعطي بذلك فرصة لتأويل القانون و إزالة الغموض من طرف الإجتهد القضائي.

و قد سبق و أن تناولنا البعض منها (القرارات) التي تعرضت كذلك للبعض من هذه الموانع فكان حلي بالمشرع الجزائري أن يتعرض لهذه الموانع في شكل مواد مستقلة ، ما دام يعتبر الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة ، على غرار بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري الذي إتخذ موقفا واضحا من هذه المواد و نظمها في شكل مواد خاصة مع أنه يعتبر الهبة عقد غير لازم ، بمعنى يجوز الرجوع فيه اعتمادا على المذهب الحنفي ، لذا فإننا نقترح إضافة نصوص قانونية نتناول هذه الموانع و تبين حكم كل مانع ، و لا يترك هذا العقد (الهبة) لأهواء المتعاقدين . و لأن نص المادة 222 من قانون الأسرة فتح المجال واسعا للإجتهد الفقهي و القضائي فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون و هذا كذلك من شأنه أن ينتج تضاربا في الآراء و القرارات بشأن مسائل قانونية معقدة ، ينبغي الفصل فيها بنصوص قانونية واضحة ، و حتى لا يعطي الفرصة لتناقض النصوص مع بعضها البعض ، فلا ينبغي إعتباطيا أن تضرب النصوص بعضها البعض ، و إن النص القانوني يكمل بعضه و يفسر بغيره من النصوص القانونية حتى تكون ميسورة الفهم للأفراد و رجال القانون .

(1) راجع في ذلك : مجلة الموثق العدد 04 سبتمبر 1998 ، مرجع سابق ، ص36 .

(2) راجع في ذلك : د / جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن ، مرجع سابق ، ص101 .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على الرجوع في عقد الهبة

أهم ما يترتب على الرجوع في الهبة سواء كان هذا الرجوع بتراضي المتعاقدين أو كان عن طريق القضاء، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، و يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بحيث يكون للرجوع آثار الفسخ و البطلان من حيث انحلال عقد الهبة بأثر رجعي، و الواقع أن الرجوع في الهبة إذا تم بالتراضي يعد بمثابة إتفاق جديد أي بمثابة هبة مبتدأة و بالتالي ليس له أي أثر رجعي وفقا للمذهب الحنفي أي أن الرجوع في حالة - الرجوع بالتراضي - يعتبر بمثابة هبة جديدة و ليس فسخا لها (1).

و من ثم فإن ما يترتب عليه انحلال العلاقة التعاقدية هو ترتيب آثار سواء فيما بين المتعاقدين أي الواهب و الموهوب له، أو في مواجهة الغير لذا سوف نتناول في مطلب أول آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين و في مطلب ثان نتناول أثر الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير.

المطلب الأول

أثر الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدین

إن الآثار التي يترتبها الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدین شأنها شأن أي عقد تطبق بشأنه النظرية العامة للإلتزام، و لكن لا بأس من التذكير بها في هذا المجال نظرا لإرتباطها بمسائل قانونية في الهبة و هي غير موجودة في النظرية العامة للإلتزام، و مثل ذلك أن الواهب لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الموهوب لو هلك في يد الموهوب له و كانت الهبة بعوض. حتى لو وجد عنده عذر يبرر رجوعه في الهبة (2). ذلك لأنه سبق و أن أشرنا أنه من بين موانع الرجوع في الهبة هو هلاك أو تلف العين محل الهبة، و على كل فإن هناك آثار تترتب في جانب كل من الواهب و الموهوب له عند الرجوع في شكل إلتزامات متقابلة و هي كالآتي:

(1) راجع في ذلك: الدكتور عبد اللطيف محمد عامر، الإقالة في العقود في الفقه الإسلامي و القانون، بدون تاريخ طبعة ص 10.

(2) راجع في ذلك: د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 209.

أولاً/ التزام الموهوب له برد الموهوب إلى الواهب: إذا ما حدث و أن تم الرجوع في الهبة و سواء كان هذا الرجوع بالتراضي ، أو بالتقاضي فتنفسخ الهبة و تعد كأن لم تكن و بالتالي ، فإن الموهوب له يلتزم برد الشيء الموهوب إلى الواهب. إن كان قد تسلمه من الواهب أما لو امتنع له عن رد الموهوب ، و قام الواهب بإعداره و بضرورة تسليمه الموهوب إياه ، فإنه و الحال هذه يتحمل الموهوب له تبعة هلاك الموهوب تطبيقاً لنص المادة 369 مدني جزائري .

أما إذا هلك الشيء الموهوب و هو في يد الموهوب له ، و هذا بعد رجوع الواهب في هبته و سواء كان الهلاك بفعل الموهوب له أو قام باستهلاكه ، فإنه يجب عليه ضمان تبعة هذا الهلاك و ذلك بتعويض الواهب عن الهلاك (1).

أما إذا كان الهلاك راجع إلى سبب أجنبي لا دخل للموهوب له فيه . فإن تبعة الهلاك تقع على الواهب ما لم يتم هذا الأخير بإعذار الموهوب له بتسليم الموهوب و حدث و أن هلك الشيء بعد الإعذار فإن الهلاك يقع على الموهوب له، و ما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في نظرية العقد .

ثانياً/ التزام الموهوب له برد الثمار و نتاج الموهوب: يلتزم الموهوب له كذلك عند الرجوع في الهبة من طرف الواهب برد الثمار و نتاج الموهوب منذ لحظة الاتفاق و ديا -التراضي- على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى إذا تم الرجوع قضاءً ، لأنه قبل تراضي الطرفين على الرجوع فإن الثمار تكون من حق الموهوب له على أساس أنه مالك و أنه حسن النية أما لو استمر في قبضها بعد الرجوع بالتراضي ، أو بعد رفع الدعوى فإنه يعتبر سيئ النية و لا يملك ثمار و نتاج الموهوب ، و بالتالي يجب عليه ردها إلى الواهب (2).

ثالثاً / التزام الواهب برد المصروفات و النفقات: الواجب أن الرجوع في الهبة بالتراضي أو بطريق القضاء ، يوجب على الواهب رد المصروفات و النفقات التي يكون الموهوب له قد أنفقها على الشيء الموهوب ، فيرجع الموهوب له على الواهب بكل المصروفات الضرورية م 839 مدني جزائري .

أما المصروفات النافعة ، فإن الموهوب له يرجع على الواهب بأقل القيمتين . أي المصروفات التي أنفقها ، أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات و تطبيق بشأن هذه المصروفات المادتان 784 و 785 مدني جزائري .

(1) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن و القانون ، مرجع سابق ، ص 68 .

(2) راجع في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص 169 .

-النقطة الثانية: (ترتيب الموهوب له على الموهوب حقا عينيا): هذه الحالة

تفترض أن الموهوب له يترتب على الموهوب حقا عينيا ، بخلاف الحالة الأولى ، أي أنه لا يتصرف في الموهوب . تصرفا نهائيا ، بل يقوم بترتيب حقوق عينيه كحقوق الانتفاع و الإرتفاق والرهن . ولا مناص في هذه الحالة من إعمال القواعد العامة في هذا الشأن ، في غياب نص قانوني خاص في القواعد المتعلقة بالهبة .

وعلي ذلك فإذا كان الموهوب عقارا ورتب الموهوب له حقوق الغير ، قبل أن يقوم الواهب بتسجيل التراضي على الرجوع في الهبة أو قبل تسجيله لدعوى الرجوع قضاء فإن حقوق الغير في هذه الحالة تبقى ثابتة ، إذا كان هذا الغير حسن النية ولا يعلم بعذر الواهب في الرجوع ، فإن هاته الحقوق تسري في حق الواهب ولا يستطيع إسترداد العقار ، إلا و هو متقل بهذه الحقوق حماية للغير حسن النية ، أما أن يعلم بقيام العذر المقبول للرجوع بالنسبة للواهب ، فإنه يعتبر في هذه الحالة سيئ النية فيعامل بسوء قصده ، فلا يسري حقه (الغير) في مواجهة الواهب فيسترد العقار مطهرا من هذه الحقوق (1) فلم يبقى للغير سوى الرجوع على الموهوب له تطبيقا للقواعد العامة .

أما إذا رتب الموهوب له حقوقا للغير على الموهوب و كان منقولا ، و رجع الواهب في هبته فإن هذا الأخير يسترد المنقول و هو متقل بهذه الحقوق ، إن تم الرجوع بالتراضي مع الموهوب له أما إذا تم ذلك قضاء و صدر الحكم بفسخ الهبة فإنه يكون له أثر بالنسبة للغير ، فيرد الموهوب إلى الواهب خاليا من هذه الحقوق شرط أن تكون حيازته لحقه بحسن نية ، بمعنى أنه كان لديه حق انتفاع ، أو رهن حيازي و حاز كذلك المنقول لينتفع به بحسن نية ففي هذه الحالة تعتبر حيازته سندا لحقه (الغير) ، فلا يمكن للواهب إسترداد المنقول إلا و هو متقل بهذه الحقوق حماية للغير .

مسألة التسوية في العطايا و الهبات بين الأولاد: إرتأينا أن نتعرض لمسألة التسوية

في العطايا و الهبات بين الأولاد سواء أكانوا ذكورا أم إناثا، نظرا للتساولات التي يطرحها هذا الموضوع بحددة في الحياة العملية ، و تعرض فقهاء الدين و العلماء له في كثير من الندوات ، حتى و إن كان الإنسان حر في التصرف في ماله و في تفضيل أحد أولاده على غيرهم أو أحدا من

(1) راجع في ذلك : د / جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن والقانون ، مرجع سابق ، ص 69.

الغير على أولاده . فهل في ذلك قيود قانونية أو فقهية للحد من هذه الحرية، لذا سوف نتناول هذا الموضوع من الجانب الفقهي فقط ، لأن التشريع الجزائري في المواد المتضمنة عقد الهبة لم يتطرق إلى هذا الموضوع بالمرّة ، لأنه موضوع فقهي بالدرجة الأولى لذا أحجم المشرع عن التعرض له نظرا للاختلافات الفقهية التي يثيرها هذا الموضوع .

-موقف الفقهاء من هبة الوالدين لأولادهم ووجوب التسوية بينهم : إن هبة الوالدين للأولاد جائزة باتفاق الفقهاء ، لكن الخلاف يظهر بينهم من حيث وجوب التسوية بين الأولاد وفي ذلك انقسموا إلى جانبين أو فريقين :

الفريق الأول: من الفقه قال به أبو يوسف من الحنفية و المالكية و الشافعية ، و هو رأي الجمهور من أنه تجب المساواة بين الأولاد ولا يستحب تميز الذكر عن الأنثى في الهبة و العطيّة و بالتالي ينبغي إعطاء الأنثى ما يعطى للذكر (1) و استند الجمهور في ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم حينما قال : " سووا بين أولادكم في العطيّة و لو كنت مؤثرا ، لاآثرت النساء على الرجال " (2) و استدلوا كذلك بما رواه النعمان بن بشير قال : تصدق على أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى (3) حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه و سلم فجاء أبي إلى رسول الله ليشهده على صدقتي فقال " أكل ولدك أعطيتَه مثله " قال : لا قال : " فاتقوا الله ، و اعدلوا بين أولادكم " . قال : فرجع أبي فرد الصدقة . و في لفظ فأشهد على هذا غيري : و في رواية لا تشهدني على جور (ظلم) . و دلالة هذا الحديث دلالة قاطعة على تحريم عدم المساواة بين الأولاد في ذلك لأن عليه الصلاة و السلام أسماء جورا و امتنع عن شهادة الظلم (4) .

بالإضافة إلى ذلك فثمة دليل عقلي و منطقي في نفس الوقت ، و هو أن التمييز بين الأولاد في الهبة و العطيّة من شأنه أن يوقع العداوة و البغضاء ، و إثارة الضغائن و الأحقاد بين الأولاد ، و قطع صلة الرحم و هذا ضد مقاصد الشريعة الإسلامية .

(2) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص 208.

(2) راجع في ذلك : د/ وهبة الزحيلي ، الجزء 05 ، مرجع سابق ، ص 34 .

(3) راجع في ذلك : الشوكاني ، نيل الأوطار ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، مكتبة دار التراث ، القاهرة ، بدون تاريخ طبعة ، ص 08 .

(4) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل ، نفس المرجع ، ص 209 .

الفريق الثاني: من الحنابلة و بعض الأحناف قالوا أن التسوية بين الأولاد في الهبة تكون بحسب قسمة الميراث بينهم فيعطى للذكر مثل حظ الأنثيين ، و يستند أصحاب هذا الرأي لما روي عن شريح أنه قال لرجل قسم ماله بين ولده و كان قد سوى بينهم ، فقال له شريح أرددهم إلى سهام الله.

بالإضافة إلى ذلك فإنهم يستندون إلى أمور عديدة فيما ذهبوا إليه منها (1) :

- أن الله تعالى تولى قسمة الميراث فجعل حظ الذكر مثل حظ الأنثيين و من ثم وجب قياس قسمة الميراث على توزيع و قسمة الهبات و العطايا على الأولاد .
 - أن الإنفاق منوط بالذكر و ليس على الأنثى نفقة ، إضافة إلى ذلك فإن تكاليف الحياة تقع أكثر على الذكر من الأنثى ، لذا كانت حاجته إلى المال أكبر و أوفر لأجل الزواج و العمل و شتى نفقات الحياة لذا وجب تفضيله و قد روعي ذلك عندما قسم الله تعالى الميراث فينبغي مراعاة ذلك عند هبة الأولاد .
 - أن الحديث الذي رواه النعمان بن بشير ليس عاما بل هو خاص بقضية معينة، و أن الرواية التي تقول أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه ، فضل زوجته عائشة فإن تفضيلها يرجع إلى حاجتها و عجزها عن الكسب .
- إضافة إلى ذلك ما روي عن الإمام أحمد ابن حنبل حيث قال : أنه يجوز التفاضل إن كان له سبب ، كان يحتاج الولد للمال بسبب مرضه ، أو قضاء دينه أو كثرة عياله دون الباقيين من إخوته(2).
- و نخلص إلى القول في هذا الموضوع بفتوى أصدرتها لجنة الفتوى بالأزهر الشريف في إجابة عن سؤال حول إمكانية التمييز بين الورثة في الهبة و العطية (3) ، و جاء في الفتوى مايلي :
- يجب على الوالدين التسوية بين الأولاد في العطية و الهدايا و الإنفاق ما استطاعا إلى ذلك سبيلا ، و لا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا لمبرر ، عملا بالأحاديث السابقة الأمرة بالتسوية.
 - إذا أنفق أحد الوالدين على أحد الأولاد نفقة ذات قيمة ، بأن زوجه و دفع له مهر الزوجة أو أنفق على تعليمه بما أوصله إلى وظيفة ذات غناء ، أو جهز إحدى بناته كان عليه أن يعوض سائر ولده الآخرين بمقدار ما أنفقه على ولده الأول .
 - يجوز تفضيل بعض الأولاد على البعض لمبرر شرعي ومن المبررات الشرعية المرض المزمن ، و العاهات المانعة من التكسب كالعمى و الشلل وكذلك العجز عن التكسب و الإشتغال بالعلم الديني .

(1) راجع في ذلك : د/ وهبة الزحيلي ، الجزء 05 ، مرجع سابق ، ص 35 .

(2) راجع في ذلك : د/ جمال الدين طه العاقل، مرجع سابق ، ص 210 .

(3) راجع في ذلك : د/ وهبة الزحيلي. نفس المرجع ، ص 36 .

الخاتمة

خاتمة.

وختاما لهذه الدراسة نقول ، أن تعديل قانون الأسرة أضحي من الضرورة بمكان خاصة ما تعلق منه بالنصوص القانونية المنظمة لعقد الهبة ، حيث أن المكان الطبيعي لعقد الهبة يجب أن يكون ضمن نصوص القانون المدني ، ذلك لأنه كما سبق وأن تمت الإشارة إليه في مقدمة هذا البحث أن الهبة لا علاقة لها بشخص الواهب ولا بمال الأسرة ، وهذا هو جوهر الخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري ، حيث اعتبرها من قبيل الأحوال الشخصية إلا أن الأمر على خلاف ذلك .

كما أنه يجب أن تعدل هذه النصوص ، لأجل أن توافق الشريعة الإسلامية في أحكامها بخصوص هذا الموضوع ، والعمل على تطويع القوانين الوضعية، لأجل أن تكون موافقة لأحكام الشريعة وليس العكس. ولا ضرورة عند وجوب تعديل هذه النصوص من إقحام مبادئ من القوانين الغربية في قواعد مستقرة في مجتمعنا منذ عدة قرون ، ولأجل أن نعطي لبحثنا هذا قيمة قانونية وعملية ارتأينا أن نورد النتائج المستخلصة من هذا البحث وهي كالتالي:

- أن المشرع الجزائري، وقف موقفا وسطا بين أغلب التشريعات التي تقر حق رجوع الواهب في هبته، والتي تخلع على الهبة الطابع الإلزامي على خلاف العقود الأخرى، ولم يجر الرجوع إلا في حالة واحدة واستثنائية وهي حالة هبة الوالد لولده، التي قررتها مختلف التشريعات الإسلامية، والمذاهب الفقهية الإسلامية.
- أن أغلب أحكام عقد الهبة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ويوجه خاص من المذهب المالكي المعمول به في بلادنا منذ عدة قرون .
- لقد أورد المشرع الجزائري حق الرجوع في الهبة -كإستثناء - بالنسبة لهبة الأب لإبنه ولكن لم يوضح كيفية هذا الرجوع، إن كان يتم بالتراضي أم بالتقاضي.
- الرجوع في الهبة في بعض صورده يمكن تكيفه على أساس أنه فسخ لعقد الهبة لعدم تنفيذ الموهوب له، للشروط والإلتزامات والتكاليف التي يفرضها الواهب، أو ما كان ينتظره من عوض من الموهوب له بمفهوم المخالفة للنص القانوني.
- أن المشرع الجزائري وإن كان استمد جل أحكام عقد الهبة من أحكام الفقه الإسلامي إلا أنه ثمة فروقا واضحة بينه وبين أحكام الشريعة، كإعتبار الشكل ركن لانعقاد في الهبة في القانون بخلاف الشريعة الإسلامية التي لا تتطلب شكلا معينا في عقد الهبة، بل يكفي فيها التراضي فقط.

• لقد ذكر المشرع الجزائري موانع الرجوع في المادة 211 ق.س/فقرة 2، واقتصر على ثلاثة منها فقط، في حين أنها عديدة في الفقه الإسلامي، فكان من الأجر تعدادها جميعاً، ما دام يعتبر عقد الهبة ملزم، وبالتالي لا رجوع فيه إلا في أحوال معينة، لأن إضافتها تزيد من لزوم عقد الهبة الذي حرص عليه المشرع في المواد المتعلقة بالهبة والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن.

• كذلك نجد أن المشرع الجزائري أغفل أثر الرجوع في الهبة بالنسبة للغير. في نص م/211 من قانون الأسرة الجزائري. عند رجوع الأبوين في هبتهما لولدهما مهما كانت سنه ... فماذا لو ترتبت حقوق للغير على الموهوب بعد الهبة، ورجع الوالد في هبته لولده.

كذلك بالتمتع في نص المادة 206 من قانون الأسرة نجد أنه يستعمل مصطلح الحيازة، وقد تكرر ذكر ذلك في نص م 207، و208 من نفس القانون، فكان حلي به أن يستعمل مصطلح القبض، لأن عقد الهبة كما سبق وأن أشرنا عقد عيني بمعنى أن القبض فيه ركن للإنعقاد وليس كآثر من آثار العقد وهو الذي قصده المشرع في هذه المواد، إضافة إلى ذلك قد يشبه هذا المصطلح "الحيازة" الذي ورد ذكره في هذه المواد، بمفهوم الحيازة العام.

لذا كان عليه أن يبين ذلك بصورة أدق وأوضح من أن الرسمية، أو الشكل يصبح ركن في العقد إذا تعلق الأمر بعقار، وأن القبض ركن إذا تعلق الأمر بمنقول، ولا بأس كذلك إن كان المنقول في شكل رسمي.

• أن المشرع وقع في تناقض واضح بين نص المادتين 202 من ق.س والمادة 206 ق.س حيث ينص في الأولى: أن الهبة تملك بلا عوض، وهذا يعني أن التصرف يتم بإرادة منفردة وهي إرادة الواهب الذي يملك الشيء الموهوب، مما يعني أن العقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب بينما ينص في المادة 206 أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وهذا يعني أن العقد ملزم لجانبين ويخضع لكافة شروط وآثار العقود الأخرى، في حين أن الفرق واليدين بينهما واضح.

كما أن هذا يثير إشكالات عديدة في الرجوع، فإن كان ملزم لجانب واحد فهذا معناه أنه لا رجوع في الهبة، إلا فيما هو مستثنى بنص خاص، وهي الصفة التي خلعتها المشرع على الهبة في نصوصه، بينما إذا كان العقد ملزم لجانبين، فإن العقد سريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه "الرجوع" أو تعديله إلا باتفاق الأطراف.

المراجع

المراجع

أولا/ الكتب

أ-الكتب القانونية

- 1 - الدكتور إبراهيم الصالحي، مضمون الهيئة، وحق الرجوع فيها، بدون طبعة.
- 2 - الأستاذ أحمد إبراهيم ، التزام التبرعات، طبعة 1930 .
- 3 - الأستاذ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، طبعة 1993.
- 4 - الأستاذ إدمون كسبار، الهيئات والوصايا، والإرث بدون طبعة.
- 5 - الدكتور بدران أبو العينين بدران، المواريث، والوصية، والهيئة في الشريعة الإسلامية والقانون مؤسسة شباب الجامعة ، بدون تاريخ طبعة .
- 6 - الدكتور جمال الدين طه العاقل عقد الهيئة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني، دار الهدى للطباعة ، بدون تاريخ طبعة.
- 7 - الدكتور جمال الدين طه العاقل مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي . العدد الأول 1998.
- 8 - القاضي حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى 2000، دار العلوم للنشر باتفنة.
- 9 - الأستاذ شفيق طعمة، والأستاذ أديب إستانبولي، التقنين المدني السوري -الجزء الخامس الطبعة الثانية 1994.
- 10 - الدكتور كمال حمدي، المواريث والهيئة والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية 1998.
- 11 - الدكتور محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، الصلح، الهيئة، القرض، والدخل الدائم، والعارية بدون تاريخ طبعة.
- 12 - الدكتور محي الدين إسماعيل، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية 1995.
- 13 - الدكتور محمد أحمد، موانع الرجوع في الهيئة بدون تاريخ طبعة.
- 14 - الدكتور مصباح حماد، الهيئة، بحوث فقهية مقارنة طبعة 1993. السلام للطباعة والنشر-القاهرة مصر.
- 15- الدكتور عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني، الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1973.

- 16 - الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، وفقا للقانون الكويتي "دراسة مقارنة" المجلد الأول مطبوعات جامعة الكويت.
- 17- الدكتور عبد اللطيف محمد عامر، الإقالة في العقود في الفقه الإسلامي والقانون ، بدون تاريخ طبعة .
- 18- الأستاذ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية . الطبعة الثالثة . دار الفكر العربي.

ب- كتب الفقه الإسلامي

- 1 - الشوكاني، نيل الأوطار ، للإمام محمد بن محمد الشوكاني ، مكتبة دار التراث ، القاهرة ، بدون تاريخ .
- 2 - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الحديث مصر 1982.
- 3 - الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل ، للإمام أبي ضياء سيدي خليل للعلامة أبي عبد الله محمد الخرشي ، المطبعة الأميرية الكبرى ، القاهرة ، الطبعة الثانية 1317هـ.
- 4 - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير ، للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ طبعة.
- 5 - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، للعلامة أمين عمر الشهير بابن عابدين مطبعة الحلبي ، الطبعة الثانية 1966 .
- 6- السيد سابق فقه السنة المجلد الثالث، الطبعة الثانية عشر 1996. الفتح للإعلام العربي القاهرة ومؤسسة الرسالة بيروت.
- 7 - الأستاذ هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، الطبعة الأولى 1981، منشورات البحر المتوسط بيروت باريس، ومنشورات عويدات، بيروت باريس.
- 8- شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج لشرح المنهاج ، لمحمد بن أحمد الرملي ، مطبعة الحلبي مصر القاهرة 1967 .
- 9- الدكتور محمد عبدالقادر أبو فارس ، فقه الإمام البخاري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 1990 دار الثقافة الجزائر .
- 10 - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، للعلامة عبد الرحمن بن سليمان المعروف بالشيخ زادة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون تاريخ طبعة.
- 11 - موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي ، دار النفائس ، بيروت لبنان ، الطبعة الخامسة 1981 .

12- الدكتور وشبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الخامس، الطبعة الثالثة 1979 دار الفكر مصر

13- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، الطبعة السابعة 1980. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

14- الإمام الترميذي ، كراهية الرجوع في الهبة ، بدون تاريخ طبعة .

15-الإمام البخاري ، كتاب الهبة ، باب هبة الرجل لإمرأته ، الجزء 03 ، بدون تاريخ طبعة .

ثانيا /المجلات والدوريات

أ-المجلات

1 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، والإقتصادية، والسياسية - مقال للدكتور محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1987.

2- المجلة القضائية، العدد الرابع 1991.

3- المجلة القضائية، العدد الأول 1992.

4- المجلة القضائية، العدد الثالث 1992.

5- المجلة القضائية، العدد الرابع 1993.

6- المجلة القضائية، العدد الثاني 1997.

7- مجلة الشرطة ، الشكائية وأثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري، والتطبيق القضائي لها.

ب-الدوريات

1 - الموثق دورية متخصصة العدد الثالث جوان 1998.

2 - الموثق دورية متخصصة العدد الرابع سبتمبر 1998.

1 - الموثق دورية متخصصة العدد الخامس ديسمبر 1998.

ثالثا / النصوص التشريعية

- 1 - الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 78 ، لسنة 1975.
- 2 - الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26/06/1975 المتضمن القانون التجاري منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 101 ، لسنة 1975.
- 3- الأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي لعام وتأسيس السجل العقاري ، منشور بالجريدة الرسمية العدد 92 ، لسنة 1975.
- 4 - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 30 ، لسنة 1976 .
- 5 - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ: 9 أوت 1984 المتضمن قانون الأسرة ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 24 ، لسنة 1984.

نشير إلى أن ترتيب المراجع تم بطريقتين :

الأولى : حسب الأحرف الأبجدية لأسماء المؤلفين (الكتب القانونية ، وكتب الفقه الإسلامي).

الثانية : حسب الترتيب الزمني ، وتاريخ الصدور بالنسبة للمجلات والدوريات ، والنصوص

التشريعية

الفهرس

2	المقدمة
5 ماهية عقد الهبة	الباب الأول:
7 التعريف بعقد الهبة، خصائصه، تمييزه عما يشابهه من التصرفات وتكييفه القانوني...	الفصل الأول:
8 المدلول اللغوي والإصطلاحي لعقد الهبة ومقوماته	المبحث الأول:
8 المدول اللغوي والفقهى لعقد الهبة	المطلب الأول:
8 الهبة في اللغة	أولا/
8 تعريفها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية	ثانيا/
8 تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب المالكي	-1
9 تعريف فقهاء المذهب الحنفي للهبة	-2
9 تعريف فقهاء الشافعية للهبة	-3
10 تعريف الهبة عند الحنابلة	-4
10 دليل مشروعية الهبة	ثالثا/
11 المدلول الإصطلاحي لعقد الهبة ، ومقوماته	المطلب الثاني:
11 المدلول الإصطلاحي لعقد الهبة	أولا/
13 مقومات عقد الهبة	ثانيا/
13 الهبة عقد ما بين الأحياء	المقوم الأول/
13 الهبة تصرف في مال بلا عوض	المقوم الثاني/
14 نية التبرع	المقوم الثالث/
14 عقد الهبة عقد عيني وشكلي	المقوم الرابع/
15 خصائص عقد الهبة ، وتميزه عن التصرفات المشابهة له	المبحث الثاني:
16 خصائص عقد الهبة	المطلب الأول:
16 الهبة عقد شكلي	-1
16 الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد	-2
16 عقد الهبة من العقود المسماة	-3
16 الهبة عقد لا إرادة منفردة	-4
17 تمييزه عن التصرفات المشابهة له	المطلب الثاني:
18 التكييف القانوني لعقد الهبة وأهميته	المبحث الثالث:
18 التكييف القانوني لعقد الهبة	المطلب الأول:
19 أهمية تكييف عقد الهبة	المطلب الثاني:
21 أركان عقد الهبة	الفصل الثاني:
22 التراضي في عقد الهبة	المبحث الأول:
22 الأهلية في عقد الهبة	المطلب الأول:
22 أهلية الواهب والشروط المتعلقة به	أولا/
24 أهلية الموهوب له	ثانيا/
25 تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة	المطلب الثاني:
27 عيوب الرضا في عقد الهبة	المطلب الثالث:
27 الغلط في عقد الهبة	أولا/
28 التدليس	ثانيا/

29	الإكراه.....	ثالثا/
29	الإستغلال.....	رابعا/
31	المحل في عقد الهبة.....	لمبحث الثاني:
32	هبة الأموال المستقبلية.....	المطلب الأول:
33	هبة ملك الغير.....	لمطلب الثاني:
34	هبة المال المشاع.....	لمطلب الثالث:
35	هبة المريض مرض الموت.....	المطلب الرابع:
37	الشكلية في عقد الهبة.....	لمبحث الثالث:
37	الشكلية في هبة العقار.....	المطلب الأول:
38	الشكلية في هبة المنقول.....	لمطلب الثاني:
40	الهيئات المستثناة من الشكلية، وجزاء الإخلال بشكل الهبة.....	المطلب الثالث:
40	الهيئات المستثناة من الشكلية.....	أولا/
40	الهبة غير المباشرة.....	-1
40	الهبة المستترة.....	-2
41	الهبة اليدوية.....	-3
41	جزاء الإخلال بشكل الهبة.....	ثانيا/
43	السبب في عقد الهبة.....	لمبحث الرابع:
44	الهبة المقترنة بشرط مستحيل، أو بشرط غير مشروع.....	مطلب الأول:
45	الهيئات والهدايا في الخطبة.....	المطلب الثاني:
47	أحكام عقد الهبة.....	لباب الثاني:
49	آثار عقد الهبة.....	الفصل الأول:
50	التزامات الواهب.....	لمبحث الأول:
50	نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له.....	لمطلب الأول:
50	نقل ملكية الشيء الموهوب في هبة العقار.....	أولا/
53	نقل ملكية الشيء الموهوب في هبة المنقول.....	ثانيا/
54	تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له.....	المطلب الثاني:
56	ضمان التعرض والعيوب الخفية.....	مطلب الثالث:
56	ضمان الواهب للتعرض الصادر منه.....	أولا/
56	ضمان الواهب للتعرض الصادر من الغير.....	ثانيا/
58	ضمان العيوب الخفية.....	ثالثا/
60	التزامات الموهوب له.....	بث الثاني:
61	الإلتزام بأداء العوض.....	مطلب الأول:
62	الإلتزام بأداء نفقات الهبة.....	لمطلب الثاني:
64	الرجوع في عقد الهبة.....	لمطلب الثاني:
65	حق الرجوع في الهبة في قانون الأسرة الجزائري.....	لمبحث الأول:
65	تكيف حق الرجوع في الهبة.....	المطلب الأول:
65	الهبة عقد لازم في التشريع الجزائري (قانون الأسرة).....	أولا/
67	تأكيد لزوم عقد الهبة في التشريع الجزائري.....	ثانيا/
70	الرجوع في الهبة بالتراضي.....	لمطلب الثاني:
71	الرجوع بالقول.....	أولا/
72	حصول الرجوع بالفعل.....	ثانيا/
73	الرجوع في الهبة بالتقاضي.....	لمطلب الثالث:
75	موانع الرجوع في الهبة وأعداء الرجوع فيها.....	لمبحث الثاني: