

الهيئة وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: الأحوال الشخصية

الأستاذ المشرف

يحياوي لعلی

اسم الطالب:

سليخ البشير

لجنة المناقشة

بلموهوب محمد الطاهر رئيساً

حجاب نصر الدين مناقشاً

السنة الجامعية

2016/2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ ﴿٨٣﴾ ﴾

سورة الشعراء الآية (83)

الإهداء

إلى حبيبي وشفيعي يوم القيامة، محمدا صلى الله عليه وسلم لتكون في ميزان الحسنات، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

إلى أعز وأغلى ما عندي، كنزي الثمين، عائلتي، وعلى رأسهم زوجتي الغالية، منبع المودة والرحمة إلى ابني خبيب الأنصاري الذي سهر الليالي معي، بجهد الثمين.

إلى من شاركت بحروفها في مذكرتي، وبهمة عالية، ابتسام.

إلى أساتذتي الكرام في كلية الحقوق بدون استثناء، ثم أخص بالذكر الأستاذ حمادي عبد الفتاح، والأستاذ مجيدي العربي، والأستاذ والي عبد اللطيف، والأستاذ رشيد الزين، والأستاذ رويصات المسعود، والأستاذ بلواضح الطيب.

إلى أخوتي عامر ومحمد يحيايوي وعمّار،

إلى كل من قال لا إله إلا الله محمد رسول الله

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

سليخ البشير

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقني إلى هذا العمل، ومكّن لي أسباب إنجازه ﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي

أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾ (١٩)

وامتثالاً لقول نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم (من لم يشكر الناس لم يشكر الله).

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أخي وأستاذي **يحياوي لعلی**، الذي تكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه

المذكّرة، وأمدني بنصائحه وتوجيهاته القيّمة ولم يبخل عليّ بوقته الثمين، فجزاه الله عني خيراً.

كما أشكر اللجنة المناقشة على قبولهم لتقويم هذا البحث فلهم مني التقدير والاحترام، وأتقدم بالشكر

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاح هذا العمل، سائلاً رب العزة أن يجازيهم عناً بالجنة

والغفران.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على المصطفى أما بعد:

لقد حثت الشريعة الإسلامية الغراء على أبواب الخير والبر والإحسان المتعددة، وجعلتها من الأفعال المقرّبة إلى الله عز وجلّ، كونها أفعال عظيمة تغدو ثمارها على المجتمع والفرد بالخير والتآلف والرحمة، وقد حث عليها رب العالمين من فوق سبع سماوات لقوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَن يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُّوقَ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَظْلُمُونَ﴾ (1) وقوله عز وجلّ ﴿لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ (2) ومن أفعال الخير التي تصبغ صاحبها بصفة الرحمة أعمال التبرع التي يكون قد قصد بها الإنسان وجه الله، فالإنسان مجبول على فعل الخير وسباق إلى الودّ والتراحم والتعاون، على اعتبار أن تكريم الإنسان لأخيه الإنسان بالهبة هو مثال على الترابط والإخاء، وذلك كله في عزة وإباء، فقد يهب الرجل كل ممتلكاته ويخرج منها عاريًا وما هذا إلا حبًا في الله وابتغاء مرضاته، وتقوية للعلاقات والروابط الأخوية أو الأسرية، فقد جاء في حديث عائشة رضي الله عنها عن القاسم بن محمد بن أبي بكر، عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "تَهَادُّوا تَحَابُّوا وَهَاجَرُوا تَوَرَّثُوا وَأَوْلَادُكُمْ مَجَدًّا وَ أَقْبِلُوا الْكِرَامَ عَنَّا تَهْمُ". (3)

وإنّ لتصرف الهبة أهمية كبرى ملفّقة للنظر، فهي تصرف يكتسي خطورة كبيرة ضمن التصرفات القانونية، فحين يتنازل الشخص عن ماله كله، أو جزء من ممتلكاته فهو ينقص من ثروته المالية التي قد تعود عليه وعلى أسرته بالفقر والعسرة، لذا فالأمر يتطلب الكثير من التفكير والتأني قبل الإقدام على تصرف من هذا القبيل مصداقا لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ (4)، وعليه فقد وجب على الواهب أخذ الحيطة والحذر قبل الشروع

(1) سورة البقرة الآية 272

(2) سورة آل عمران الآية 92

(3) رواه الطبراني، أبي محمد عبد الله الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب الهبة، باب الهبة، الحديث 1، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1393هـ-1972م، المجلد 4، ط1، ص121

(4) سورة الفرقان، الآية 67

في ذلك حتى يضع أمواله في موضعها الصحيح، فإذا استوفى هذا التصرف التبرعي أركانه وشروطه وانتقلت الملكية وترتبت آثاره، كان الشخص عالما بما أقدم عليه، وبما له وما عليه.

أهمية الموضوع:

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة لما له من دور في العلاقات الإنسانية، فهو يربط الانسان بأخيه الانسان ويلم شمل العائلات بالإضافة إلى جزاء الآخرة وما يجده المرء من ثواب عند رب العالمين، هذا من جهة ومن جهة أخرى لما له من أهمية عند المشرعين الذين أعطوا للهبة القسط الأوفر في التشريعات المختلفة بما فيهم المشرع الجزائري، حيث خصصوا لها موادا تضبطها وأحكاما تحكمها، وما كل ذلك إلا لخطورة هذا التصرف وأهميته ولما لها من أثر على الأقارب المستحقين للنفقة أو الميراث، والغير الذين قد يعود عليهم بالضرر إذا كانوا دائنين مثلا، بالإضافة لما لها من أهمية اجتماعية من خلال مشاركة الدولة في التخفيف من أعبائها ومسؤولياتها بالتبرع باللهبة وبذل المال.

الهدف من البحث:

ويهدف بحثي هذا إلى إبراز الهبة وتوضيح مركزها القانوني، ثم تبين مكانتها ضمن القانون والشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى توضيح المصدر الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكام الهبة، هذا من جهة ومن جهة ثانية كان الغرض من البحث هو مقارنة أحكام الهبة في قانون الأسرة الجزائري بالأحكام الواردة في مختلف التشريعات العربية -على الخصوص - مع إبراز أهم الاختلافات التي تميز بها التشريع الجزائري عن بقية التشريعات حيث كان أبرزها على الإطلاق كون المشرع الجزائري وضع الهبة ضمن الأحوال الشخصية مخالفا في ذلك ومعاكسا لأغلب التشريعات العربية التي وضعتها ضمن القانون المدني باعتبارها عقد من العقود وخيرا فعل - بغض النظر عن كون الهبة من الأموال العينية- وما ذاك إلا لتستمد جميع أحكامها وآثارها المترتبة عنها ونصوصها من الشريعة الإسلامية باعتبار أن لها ارتباطا وثيقا بالتدين و التمسك الشديد بالشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى توثيق مختلف القرارات الصادرة عن القضاء وعن المحكمة العليا من خلال جملة من الاجتهادات القضائية التي ارتأيت أن تكون مرجعا عما تناوله القضاء من تطبيقات لأحكام الهبة والرجوع فيها.

المناهج المتبعة:

وقد اعتمدت المنهج التحليلي في هذا البحث لما تعرض فيه من آراء مختلفة ومما تكون عرضة

للقدر، ثم استنباط الأرجح منها، وتفسير الأسباب التي جعلت المشرع يتبع هذا المذهب أو ذاك، بالإضافة إلى المنهج الوصفي من خلال ترتيب مختلف عناصر البحث وعرضها عرضاً مرتباً ترتيباً منهجياً قصد الوصول إلى إثبات أحكام معينة في البحث، ثم استعمال المنهج المقارن حيث طبق عند عرض مختلف التشريعات ومقارنتها بالتشريع الجزائري ثم مقارنة مختلف آراء الأئمة والعلماء وترجيح رأي من الآراء يكون في رأينا هو الأصوب.

وبعد تحديد مجال هذا البحث، قد تطرح عدة إشكالات والتي هي كالتالي: ما تصنيف الهبة في النظام القانوني؟ وكيف عالج الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري أحكام الهبة؟ هل الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في الهبة كافية لضبط مختلف المشاكل المطروحة في الواقع؟ وما مدى نجاح النصوص القانونية على الإلمام بأحكام الرجوع في الهبة والآثار المترتبة عنه؟ وللإجابة عن مختلف الإشكالات اتبعت الخطة التالية لهذا البحث، حيث قسمته إلى فصلين: **الفصل الأول** يتناول ماهية الهبة وكيفية انعقادها وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث، حيث المبحث الأول بعنوان ماهية الهبة وخصائصها وهو مفصل في ثلاثة مطالب، الأول يتناول مفهوم الهبة وحكمة مشروعيتها ثم المطلب الثاني الذي يوضح نظرة مختلف التشريعات للهبة ويبين موقف هذه التشريعات منها ثم المطلب الثالث الذي يتناول عقد الهبة وتميزه عن غيره من العقود المماثلة والمشباهة للهبة، أما المبحث الثاني فهو يبحث في أركان عقد الهبة وشروطها وقد قسم إلى مطلبين اثنين، يتناول الأول أركان عقد الهبة والثاني يبحث في شروط عقد الهبة ثم دراسة للقبض والحيازة في المبحث الثالث حيث قسم كذلك إلى مطلبين، الأول يتناول قبض الهبة في الفقه الإسلامي ثم المطلب الثاني يشرح الحيازة في التشريع الجزائري.

أما **الفصل الثاني** فقد جاء في ثلاثة مباحث كذلك تدور حول أحكام الهبة والرجوع فيها والآثار المترتبة عنهما، فالمبحث الأول حول أحكام الهبة، وقد قسم إلى مطلبين الأول حول مختلف الهبات أما المطلب الثاني فحول هبة المريض مرض الموت من خلال الفقه والتشريع، أما المبحث الثاني فهو يدور حول الآثار المترتبة عن عقد الهبة وقد تناولته في مطلبين، الأول حول التزامات الواهب، أما المطلب الثاني فحول التزامات الموهوب له، وفي الأخير كان المبحث الثالث حول الرجوع في الهبة والآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة وقد قسم إلى مطلبين، أولهما حول الرجوع في الهبة، وثانيهما يتناول الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة، لنهني المذكرة بخاتمة هي النتائج المستخلصة من هذه المذكرة ثم قائمة للمراجع المعتمدة ثم فهرساً للمواضيع المتناولة.

الفصل الأول

ماهية الهبة وكيفية انعقادها

الفصل الأول: ماهية الهبة وكيفية انعقادها

لقد جاءت مختلف التصرفات التي يجريها ويبرمها الشخص مع غيره وفق ضوابط ومعايير - لا يجوز مخالفتها - نظمتها الشريعة الإسلامية الغراء ونظمها التشريع الوضعي، كي يقع الانصاف والعدل وعدم ضياع حقوق الناس ومن ضمن هذه التصرفات تصرف الهبة التي سنناقشها في هذا الفصل الأول من حيث الماهية والمفهوم ثم كيفية ابرام عقدها

المبحث الأول: ماهية الهبة وخصائصها

سنتناول تعريف الهبة لغة واصطلاحاً لنخرج على خصائصها وموقف مختلف التشريعات منها.

المطلب الأول: مفهوم الهبة وحكمها الشرعي

الفرع الأول: تعريف الهبة لغةً واصطلاحاً

تعريف الهبة لغة: الهبة هي العطية الخالية من الأعراض والأغراض، فهي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له فنقول وهب لك الشيء يهبه وهبا، ووهبا بالتحريك وهبة ووهبت له هبة وموهبة و وهبا إذا أعطيته وكذا وهب الله له الشيء فهو يهب هبة قال الله تعالى: ﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾ (1) ورجل واهب، ووهاب ووهوب ووهابة فهو كثير الهبة لأمواله، ونقول: تواهب الناس أي وهب بعضهم بعضا، والاستيهاب: سؤال الهبة وواهبه فوهبه، يهبه، ويهبه: أي كان أكثر هبة منه، والموهبة هي العطية قوله تعالى ﴿ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ وَيَحْيَىٰ وَأَصْلَحْنَاهُ وَزَوَّجَهُ وَانْتَهَمُ كَانُوا يُسْرِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَاشِعِينَ ﴾ (2) وتأتي كذلك فنقول: أصبح فلان موهبا بكسر الهاء أي معدا و قادرا و أوهب لك الشيء أعده - وأوهب لك الشيء: أي دام وأوهب لك الشيء: أمكنك أن تأخذه وتنتاله. (3) قال الأصمعي تقول العرب: هبني ذلك أي احسبني ذلك واعددني، قال ولا يقال: هب، ولا يقال في الواجب: قد وهبتك، وحكى ابن الأعرابي: وهبني الله فداك أي جعلني فداك، ووهبت فداك: جعلت فداك (4) وقد سمت وهبا، و وهيبا، ووهبان، وواهبا، وموهبا، قال سيبويه: جاؤوا به على مفعل لأنه اسم ليس على الفعل،

(1) سورة آل عمران الآية 38

(2) سورة الأنبياء الآية 90

(3) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، المجلد 1، ط3، ص804

(4) المرجع نفسه، ص804

إذ لو كان على الفعل لكان مفعلاً، وقد يكون ذلك لمكان العلمية، لأن الأعلام مما تغير عن القياس.

تعريف الهبة اصطلاحاً:

أولاً: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي: لقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية كالآتي:

1- المالكية: جاء تعريف الهبة عند المالكية بعدة الفاظ مختلفة لكنها كلها متقاربة وتصب في معنى واحد فقد عرفها ابن عرفة "قال الشيخ رحمه الله الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض" (1) وكذا عرفها بنفس التعريف أبي سعيد البراذعي، وعرفت كذلك بأنها "تمليك من له التبرع ذاتاً تنتقل شرعاً بلا عوض لأهل "بصيغة أو ما يدل عليها (2) وهي "تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية" (3) فتعريف ابن عرفة جاء غير مانع لدخول الوصية في هذا التعريف، وكما أنه غير جامع لعدم دخول الهبة التي يقصد بها وجه المعطي، أو وجه الله، أعني الهبة ذات الأركان ولكن تعريف الدردير بقوله "من له التبرع" قد أخرج المجنون والصبي والسفيه، وأخرج بقوله "ذاتاً" تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة والوقف ونحو ذلك، وكذا بقوله "تنتقل شرعاً" قد أخرج أم الولد والمكاتب والمدير ويقول "بلا عوض" قد أخرج البيع الذي يشترط فيه العوض، لكن إن جاء هذا التعريف جامعاً للأركان والشروط وأولى من التعريف الأول لابن عرفة إلا أنه غير مانع للوصية فيزاد عليه قيد "في الحال". (4)

2- الشافعية: جاء تعريف الهبة عند الشافعية متطابقاً مع تعريف المالكية حيث عرفت بأنها "التمليك بلا عوض هبة" ثم شرع المصنف في تعريفها بالمعنى الأول، فقال (التمليك) لعين (بلا عوض) في حال الحياة تطوعاً (هبة) (5) وعرفت بأنها "الهبة تمليك عين بلا عوض،

(1) أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، القسم الثاني، باب الهبة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1993، ط1، ص552

(2) أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الإمام مالك، دار الفكر، بيروت لبنان، (د.س)، ج3، ط2، ص87

(3) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، (د.س)، ج3، ط6، ص290

(4) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير)، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة السعودية، 1980، ص13

(5) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000، ج3، (د.ط)، ص559

بإيجاب كوهبتك وقبول كقبلت⁽¹⁾ وعلى ذلك فإن التعريف عند أئمة الشافعية بأن الهبة تمليك العين ليخرج العارية والضيافة وغيرهما، وخرج بقوله بلا عوض الهبة بشرط العوض والبيع وخرج بقوله في حال الحياة الوصية⁽²⁾، وعرفت بأن الهبة "تمليك عين يصح بيعها غالبا أو دين من أهل تبرع بلا عوض، واحترز بقولنا: بلا" عوض " عن المبيع والهبة بثواب فإنها بيع حقيقة⁽³⁾ ويلاحظ ان التعريفين المالكي والشافعي متطابقان، وهما أكثر انطباقا على وصف الهبة في قانون الأسرة الجزائري.⁽⁴⁾

(3) عند الأحناف: لقد عرف الأحناف الهبة بأنها "تمليك العين بلا عوض"⁽⁵⁾ وأنها كذلك "تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة أيضا".⁽⁶⁾

وقد تم تعريفها كذلك بأنها " الهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"⁽⁷⁾ ومعنى ذلك ان الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوضا، في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته وهو يتماشى وتعريف الهبة في الفقه الغربي خاصة باشتراطه تمليك العين في الحال وذلك يعني حياة كل من الواهب والموهوب له⁽⁸⁾، فقوله تمليك العين فالتمليك يشمل البيع والهبة ونحوهما والعين تخرج تمليك المنافع من إجارة وعارية ووقف ونحوهم وكذلك يخرج هبة الدين لغير المدين لأن الدين لا يسمى عينا وقوله بلا شرط العوض فقد أخرج البيع وتدخل فيه الصدقة لأنها تمليك العين بلا عوض وإن كان الصدقة يلاحظ فيها وجه الله فقط، ثم قوله في الحال التي يخرج بها الوصية لأنها تمليك بلا عوض في المستقبل وهي تمليك لما بعد الموت.

(1) احمد زين الدين بن عبد العزيز المعبري المليباري، فتح المعين بشرح قرّة العين، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2004، ط1، ص 391

(2) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص14

(3) أحمد زين الدين المليباري، المرجع نفسه، ص391

(4) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ط1، ص16

(5) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق المطبعة الكبرى الأميرية، مصر 1315هـ، ج5، (د ط)، ص91

(6) علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، لبنان، 2003، ط خاصة، ص389

(7) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص289

(8) محمد تقيّة، المرجع نفسه، ص17

4) عند الحنابلة: جاء تعريف الهبة عند الحنابلة كالتالي:

"تمليك في حياته بغير عوض" (1) فبالتمليك خرجت العارية وبقوله "في حياته" خرجت الوصية ثم "بغير عوض" خرجت عقود المعاوضات كالبيع والإجارة وغيرهما كما جاء بنفس المعنى تعريف بن قدامة "وجملة ذلك ان الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة، والصدقة والهدية متغايران" (2) وقد جاءت الهبة عند الحنابلة كذلك بالتعريف الآتي "الهبة تمليك جائز التصرف، مالا معلوما، أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفا" (3)، فالهبة تمليك جائز التصرف من الحر المكلف الرشيد، بالمال الذي يكون سواء منقولاً أو عقاراً معلوماً أو مجهولاً يتعذر معرفته، ويكون مقدوراً على تسليمه في الحياة وإلا عد وصية وغير واجب كالنفقة والدين وبغير عوض عنه وإلا أصبحت عقود معاوضات كالبيع والإجارة، وبذلك يكون هذا التعريف قد اظهر ميزة وهي عنصر إيقاع الهبة في الحياة سواء للواهب أو الموهوب له وهو ما ميز الهبة عن الوصية التي تقع فيما بعد موت الواهب كونها تمليك ما بعد الموت، وهذه الميزة جعلت التعريف يلتقي في ذلك مع فقهاء القانون في أن الهبة تقع حال حياة كل من الواهب والموهوب له، ولذا فهو تعريف جامع يصلح اعتماده في عصرنا هذا. (4)

ثانياً: تعريف الهبة في القانون: لقد عرفت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط" (5) وقد نصت المادة 206 من نفس القانون على أن "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" فمن نص المادتين يستفاد أن الهبة عقد من العقود، تقع

(1) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، ج5، ط1، ص190

(2) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح الحلو، المغني، دار عالم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية، 1997، ج8، ط3، ص239

(3) عبد الرحمن بن عبد الله البعلي الحنبلي، قابله بأصل مصنفه محمد بن ناصر العجمي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، 2002، ج1، ط1، ص521

(4) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص17

(5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984 ص923

في الحياة. ولقيام هذا العقد يجب من تطابق الايجاب والقبول بين الواهب والموهوب له حال حياتهما، ويتم ذلك بالتزام الواهب بنقل الملكية كلها أو جزء منها "الموهوب" شرط أن يكون مباحاً، إلى الموهوب له، وينتج عن ذلك افتقار للواهب واثره للموهوب له، وهذا مما يظهر نية التبرع لدى الواهب، وإن كان البعض يرى خلاف ذلك كون المشرع الجزائري لم يذكر بصفة صريحة عنصر نية التبرع الذي هو عنصر جوهري في الهبة كما لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية باعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له. (1)

بخلاف ذلك نجد أن التقنين المصري ينص صراحة على نية التبرع عندما يذكر ذلك في تعريف الهبة، المادة 486 من التقنين المدني المصري "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين" (2) وقد ورد نفس التعريف في التقنين السوري المادة 454 أما المشرع اللبناني فقد أورد وحدد تعريف الهبة في المادة 504 من قانون الموجبات والعقود بأنها "تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل". (3)

أما التشريع العراقي فقد نص على الهبة في المادة 601 من التقنين المدني بقوله "الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض" (4) وكذلك نص القانون المدني الكويتي في المادة 524 على تعريف الهبة بأنها "عقد على تملك مال في الحال بغير عوض". (5)

الفرع الثاني: الأساس الشرعي والقانوني للهبة

الهبة التي تعد باب من أبواب الخير والبر والإحسان، فهي سبيل من سبل التآلف والمحبة والترابط الاجتماعي لذا حثت عليها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، وعليه فإنه يتطلب منا تناول الأدلة التي اعتمدت في إباحة الهبة وجوازها وثبتت مشروعيتها في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري.

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 20

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، المجلد 5، ط 3، ص (3-4)

(3) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ط 1، ص 9

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 4

(5) نزيه نعيم شلالا، المرجع نفسه، ص 10

أولاً: الأساس الشرعي

1- من القرآن الكريم: إن مشروعية الهبة من القرآن الكريم ما نجده في الآيات الكثيرة منه فمثلاً قال تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ٤﴾ يقول القرطبي في تفسيرها: "مخاطبة للنساء، ويدل بعمومه على أن هبة المرأة صداقها لزوجها بكرًا كانت أو ثيبًا جائزة وبه قال جمهور الفقهاء" ² وقوله تعالى ﴿إِنْ تَبَدُّوا لَصَّدَقَتِ فَنِعِمَّا هِيَ ٥ وَإِنْ تُخَفُّوهَاَوَتَوَنُّوهَاالْفُقَرَاءَ فَهُوَخَيْرٌلَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِّن سَيِّئَاتِكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ٦﴾ ^(٣) يقول الشوكاني في تفسيرها "وقد ذهب جمهور المفسرين إلى أن هذه الآية في صدقة الفرض أي في الهبة وليس الزكاة" ⁽⁴⁾ وقوله عز وجل ﴿هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ وَقَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ٣٨﴾ ⁽⁵⁾ وقوله عز من قائل ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَجَعَلْنَا فِي ذُرِّيَّتِهِ النُّبُوَّةَ وَالْكِتَابَ وَآتَيْنَاهُ أَجْرَهُ فِي الدُّنْيَا وَإِنَّهُ فِي الْآخِرَةِ لَمِنَ الصَّالِحِينَ ٢٧﴾ ⁽⁶⁾ وقوله رب العزة ﴿رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَالْحَقِّنِي بِالصَّالِحِينَ ٨٣﴾ ⁽⁷⁾

2- الدليل من السنة النبوية: لقد وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية الهبة والحض عليها منها على سبيل الذكر: ما رواه البخاري: حدثنا عاصم بن علي حدثنا ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (يا نساء المسلمين، لا تحقرن جارة جارتها، ولو فرسن شاة) ⁽⁸⁾ ووجه الدلالة في ذلك أن

(1) سورة النساء، الآية 4

(2) أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، تحقيق هشام سمير البخاري، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003، المجلد 5، ط2، ص24

(3) سورة البقرة الآية 271

(4) محمد بن علي الشوكاني، راجعه يوسف الغوش، فتح القدير، دار المعرفة، بيروت لبنان، 2007، ط4، ص186

(5) سورة آل عمران الآية 38

(6) سورة العنكبوت الآية 27

(7) سورة الشعراء الآية 83

(8) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ضبطه مصطفى البغا، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب فضلها والتحرير عليها، الحديث رقم 2427، دار ابن كثير واليامة، بيروت لبنان، 1414هـ-1993م، ج2، ط5، ص907

الحديث دلّ بعمومه على جواز الهبة وذلك بمعناه أن الجارة لا تمنع عن جارتها من الهدية بالموجود عندها حتى ولو قل، وبما تيسر وفي حديث آخر حدثنا محمد بن بشار: حدثنا ابن أبي عدي، عن شعبة، عن سليمان، عن أبي حزم، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدني إلى ذراع أو كراع لقبلت)⁽¹⁾ وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: (الواهب أحق بهبته مالم يثب منها) ولأنه من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان، وكل ذلك مندوب إليه بعد الإيمان، وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: (تهادوا تحابوا)⁽²⁾ وعليه فإباحة الأكل بطريق الهدية دليل على جواز الهبة وكذلك قبول النبي صلى الله عليه وسلم هدية المقوقس وهو كافر كما قبل هدية النجاشي وهو مسلم وتصرف بها وهدهه أيضا⁽³⁾

3) الإجماع: لقد انعقد الإجماع من السلف الصالح على مشروعية الهبة وعلى رأسهم الصحابة رضوان الله عليهم ومنهم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أقرروا الهبة وعملوا بها وتبعهم في ذلك الخلف⁽⁴⁾

ثانيا: الأساس القانوني

لقد نظمت الهبة في القانون الجزائري ضمن الأحوال الشخصية، وعليه فإن أحكامها قد وجدت في الباب الرابع من التبرعات مع الوصية والوقف وهو آخر باب في قانون الأسرة، ويظهر وكأن الدافع وراء وضع الهبة ضمن قانون الأسرة هو كونها موضوع فقهي بامتياز تستمد أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك تبعا لكل موضوعات قانون الأسرة الأخرى هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن الهبة هي أفعال الخير والبر والإحسان فالأشخاص يهبون أموالهم وأشياءهم ابتغاء الأجر والثواب من الله وكذلك ابتغاء المودة والمحبة من الطرف الخر والتودد إليه، وعليه فهم يقدمون على التبرعات وفعل الخير فكان الأصح والأنسب أن تقتن أحكام الهبة، بالإضافة إلى ما هو مستحدث بخصوص مسألة التسجيل والتوثيق والاشهار والتي لا تصح الهبة إلا بها وذلك لآثار المتعدية واتصال الهبة بالعقار، فملكية العقار وانتقاله بين الأشخاص

(1) رواه البخاري، ابي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ضبطه مصطفى البغا، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب القليل من الهبة، الحديث رقم 2429، دار ابن كثير واليمامة، بيروت لبنان، 1414هـ-1993م، ج2، ط5، ص908

(2) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1989، ج12، ط1، ص48

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطبعة الوزارة، الكويت، دولة الكويت، 2004، ج42، ط1، ص121

(4) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص26

لا تصح ولا تقبل إلا بالتسجيل والاشهار في المحافظة العقارية وغير ذلك وفي المنقول لا تتم الحيازة وانتقال المنقول إلى الموهوب له إلا بالإجراءات والتسجيلات الإدارية.

الفرع الثالث: الحكم الشرعي للهبة

الهبة مندوبة بالإجماع ولكن قد يطرأ عليها بعض الاحكام الأخرى مما يمكن أن يجعلها محرمة وذلك إذا قصد بها المعصية أو الإعانة على ظلم، أو قصد بها رشوة أصحاب النفوذ والسلطة، وقد تكون مكروهة إذا قصد بها الواهب الرياء والمباهاة والسمعة.

والهبة قد يعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك منها الهبة لأرباب الولايات والعمال فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولايتهم ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية كما هو محرر في محله، ومنها ماله كان المتهم يستعين بذلك على معصية⁽¹⁾ ويقول البهوتي: مستحبة إذا قصد بها وجه الله تعالى كالهبة للعلماء والفقراء والصالحين وما قصد به صلة الرحم ولا خير فيما قصد به رياء أو سمعة، ولا تستحب إذا قصد بها مباهاة ورياء وسمعة فتكره لقوله صلى الله عليه وسلم (من يُسْمَعُ يَسْمَعُ الله به، ومن يراء يراء الله به)⁽²⁾ متفق عليه .

الفرع الرابع: خصائص الهبة

لقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة على " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول " بمعنى أن الهبة عقد بين الأحياء، ثم إن المادة 202 من نفس القانون التي عرفت الهبة بأنها " تملك بلا عوض " أي أن اللواهب أن يتصرف في ماله وكل ما يملكه أو في جزء منه بنية التبرع ودون عوض وهو ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها أو منفعة أو ديناً لدى الغير " فمن هذه المواد يمكننا استخلاص الخصائص أو عناصر الهبة التي تجعل منها مختلفة عن بعض التصرفات المشابهة لها التي نستطيع ترتيبها في الآتي:

1) الهبة هي عقد بين الأحياء الهبة هي عقد لابد فيه من إيجاب وقبول متطابقين بمعنى أن يتم الإيجاب من الواهب بدافع من إرادته المنفردة، وقبول من الموهوب له وإرادة قابلة لذلك مما يستوجب توفر رضا الطرفين وفي حال حياة كل منهما وهو ما نصت عليه المادة 206 السالفة الذكر وما دمنا نقول بأن الهبة هي عقد بين الأحياء، فإن أثر التصرف بها وفق ذلك لا يمتد

(1) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص558

(2) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق وزارة العدل، كشاف القناع عن الإقناع، مطابع وزارة العدل، المملكة العربية السعودية،

2007، المجلد 10، ط1، ص17

إلى ما بعد الموت ومن ثم تخرج الهبة لما بعد الموت وهي الهبة التي يعرفها القانون الروماني⁽¹⁾ فلا يجوز أن تتعد الهبة إلا بآلة ثم يرجئ في الوقت نفسه نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد الموت، ولا يتم ذلك إلا في الوصية كما سنرى ذلك من خلال المقارنة بينها وبين الهبة في فرع لاحق، ومن خلال موقف التشريعات المختلفة من الهبة.

2) الهبة هي تصرف للواهب في ماله بلا عوض

كون الواهب يتصرف في ماله بلا عوض فهي افتقار للواهب وإثراء للموهوب له، ومن ثم فهو لا يمكن له أن يسترجع أو يسترد هبته إلا في حالات خاصة نظمها القانون في المادة 211 وكذلك المادة 212 من قانون الأسرة وهوما يميز الهبة عن عدة تصرفات أخرى وعقود باعتبار الواهب يلتزم بإعطاء ذلك الشيء للموهوب له، فهو بإبرامه لعقد الهبة يكون ملزماً بنقل كل ممتلكاته أو جزء منها عينا كانت أو منفعة أو ديناً لدى الغير ودون عوض، على ذلك فالواهب اذن يتصرف في مال له دون عوض ومعنى ذلك، في الأصل أنه يلتزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له⁽²⁾ فالواهب يجب أن يلتزم بنقل الحق العيني إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول وليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، وقد يكون معنى ذلك أيضاً أن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو إعطاء شيء فيجوز أن تتحقق الهبة.⁽³⁾

ثم القول بأن الهبة تكون بلا عوض هذا لا يمنع أن تكون الهبة متبادلة فيهب الشخص لآخر هبة ثم يقوم الشخص الثاني فيهب للأول هبة ثانية، فتكون الهبتان متبادلتان بشرط أن تكون كل منهما بلا عوض لأن كلا من الهبتين ليست عوضاً عن الهبة الأخرى بل كل واحد قد وهب بنية التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته.⁽⁴⁾ ويلاحظ أن الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سبباً في إثراء الموهوب له وافقاراً للواهب فلا يمنع ذلك أن تكون الهبة بعوض فيجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد هبة وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة (ويجوز للواهب أن يشترط

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 6

(2) المرجع نفسه، ص 10

(3) المرجع نفسه، ص 10

(4) المرجع نفسه، ص 12

على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط) مادام هذا الالتزام لا يخالف النظام العام والآداب، وسواء كان هذا الاشتراط لمصلحة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العام.

(3) نية التبرع

نية التبرع هي مسألة نفسية تخضع لما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع، ولذلك فإذا كان المقصود من وراء هذا الفعل هو التضحية والمساعدة دون الحصول على منفعة من وراء ذلك سواء كانت معنوية أو مادية تحققت عندها نية التبرع حتى لوجاء من بعدها منفعة خاصة دون القصد منها فإن هذا التصرف يعتبر هبة، وعليه فقد يقوم الشخص بالوفاء بالتزام طبيعي فهذا الشخص إنما هو موفيا لدين وليس متبرعا وتصرفه هذا هو وفاء وليس هبة ومثال ذلك كإعطاء الأب لأبنه مهر زواجه، وغير ذلك، ويدخل في ذلك كذلك المكافآت السنوية التي تعطيها الشركات لمستخدميها بالإضافة إلى مرتباتهم أو العطايا والمكافآت المقدمة للإثابة على صنيع معين فهذه جميعها تنتفي عنها نية التبرع، وعليه فيجب في الهبة أن تتمخض نية الواهب للتبرع دون أن يقصد وفاء بالتزام طبيعي، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع أو إلى جني منفعة مادية أو أدبية. (1)

(4) الهبة عقد شكلي وعيني

لقد أوجب المشرع الجزائري بإفراغ الهبة في شكل رسمي كون الهبة من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وعليه فعقد الهبة يجب تحريره في عقد رسمي يبرم على يد موظف العقود الرسمية وهو الموثق في الوقت ذاته فعقد الهبة هو عقد عيني يجب فيه تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له وحيازته، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له ولذلك نصت المادة 206 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على (وتتم الحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة) أما المادة 208 من نفس القانون فقد استثنيت الحيابة والتسليم إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه وكذلك إذا كان الشيء الموهوب مشاعا فنصت (إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة) ومن ذلك فإن الشكلية في هبة العقار ركن من الأركان العقد وكذا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 19

الإجراءات الخاصة والإدارية في المنقولات هي ركن وإلا بطلت الهبة، ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين لا يشترطون لانعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية وبناء على ذلك يخالفون القوانين الوضعية، ورأي أن ذلك لا ينبغي أن يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع مادامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك لأن في تصرفهم خطرا كبيرا على مصالحهم ومصالح ورثتهم. (1)

وقد فرضت الشكلية لأن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل وهذا ضار به وبورثته من بعده فالتصرف خطير ينبه المشرع إلى خطره عن طريق اقتضاء الرسمية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف، وهل يمضي فيه أو ينثني عنه. (2)

المطلب الثاني: موقف التشريعات من الهبة

كون الهبة تكتسي أهمية بالغة لما ينتج عنها من آثار خطيرة، بسبب تخلي الواهب عن جزء أو كل ثروته للموهوب له، فإن آراء المشرعين قد اختلفت في نظرتها إلى الهبة، وذلك بحسب واختلاف القيم والأخلاق، و اختلاف المجتمعات بين مؤيد على هذا التصرف و حاض عليه إلى متشدد و حذر منه، فهناك تنظيمات قانونية متحفظة و محتاطة من التصرف في المال وفق الهبة، فهي تسن قوانينا تحد من الإقدام على هذا النوع من التصرف، بينما نجد تشريعات أخرى تنظر إلى تصرف الهبة نظرة البر والإحسان والإكرام، فهي تشجع بالإقدام عليها وتحث المجتمع و الأفراد على القيام بذلك بسن قوانينا مسهلة للتصرف وفق الهبة، وعلى ذلك فسنتناول مواقف مختلف التشريعات من التصرف وفق الهبة.

الفرع الأول: موقف التشريع الإسلامي من الهبة

لقد حثت الشريعة الإسلامية على البر و الإحسان قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (3) و يقول عز و جل ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ (4) وقول رسول الله صلى الله عليه و سلم من الحديث الذي في باب القليل من الهبة المروي عن

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 37

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 20

(3) سورة النحل، الآية 90

(4) سورة آل عمران، الآية 92

أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: لو دعيت إلى ذراع، أو كراع لأجبت، و لو أهدى إلي ذراع أو كُراع لقبلت (1) و في الحديث الآخر: (حدثنا مسدد: حدثنا عيسى بن يونس عن هشام، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يقبل الهدية و يُثيب عليها لم يذكر وكيع و محاضر، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة) (2)، وعليه فالشريعة لا تولي اهتماما للاحتفاظ بالمال داخل الأسرة و العائلة و لذلك فهي لا تربط بين الهبة و الميراث، فحق الورثة لا يكون إلا بما تركه المورث بعد موته من مال، و الشرع لا يحميهم إلا في حدود لا وصية لوارث، أو من وصية تتجاوز الثلث، و بذلك فنظرة التشريع الاسلامي للهبة على أنها نوع من أنواع البر والإحسان، فهو يحث على الصدقة و يدعو إليها، و يقول بن قدامة "من دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه، و المحبة له فهو هدية، و جميع ذلك مندوب إليه، و حث عليه النبي صلى الله عليه و سلم فقال: (تَهَادُوا تَحَابُّوا)" (3) ولقول أبي بكر بن حسن الكشناوي المالكي و الحكم الندب، لأنها من انواع المعروف والإحسان و الكتاب و السنة و الإجماع دلت على ندبها قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ وقوله عز و جل ﴿وَأَتَى أُمَمَالًا عَلَى حَبِّهِ﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم "إن الصدقة تطفى غضب الرب وتدفع ميتة السوء" ثم يقول "وتأكد ندبها على الأقارب والجيران، وكونها من أنفس المال" (4)

ومن ذلك فإن "الفقه الاسلامي لم يخضع الملكية الفردية للتخصيص العائلي كما سبق بيانه، فالرغبة في احتفاظ المالك بماله في نطاق الأسرة ليس من عناصر التنظيم الإسلامي للهبة خلافاً لما هو مقرر في التشريع الفرنسي" (5)

الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من الهبة

لقد كان موقف المشرع الجزائري من الهبة موقفاً يتماشى وفق ما نصت عليه الشريعة الإسلامية، ووفق أصالة الشعب الجزائري المعروف عليه بالتضامن والتكاتف، فاستمد أحكامها

(1) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبطه ورقمه وخرج أحاديثه مصطفى ديب البغا، كتاب الهبة وفضلها، باب القليل من الهبة، حديث رقم 2429، دار ابن كثير، اليمامة دمشق بيروت، سنة 1414هـ 1993م، ج2، ط5، ص908

(2) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبطه ورقمه وخرج أحاديثه مصطفى ديب البغا، كتاب الهبة وفضلها، باب المكافأة في الهبة، حديث رقم 2445، دار ابن كثير، اليمامة دمشق بيروت، سنة 1414هـ 1993م، ج2، ط5، ص913

(3) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص (239-240)

(4) أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، مرجع سابق، ص88

(5) محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص46

من التراث الفقهي الإسلامي واختار ما يساير العصر ويضاهي الفقه الحديث، ويضبط العلاقات داخل الأسرة الواحدة من محبة وودّ وعدل وإنصاف في الأحوال بين الأفراد، ويتيح مجالاً للبر والإحسان والتبرع وفعل الخير والمعروف، فاستمد المبادئ العامة لأحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي، وبعض الأحكام التفصيلية التي فيها اختلاف بين العلماء راعى أيسرها ومسايرتها للعصر وأخذ بها من جمهور العلماء.

و هكذا فإن المشرع الجزائري كان موقفه من الهبة موقف انتماء و سند و أخذ من الفقه الاسلامي الذي سبق أن اعتمد القضاء في فصله في مسائل الهبة على مبادئه و استند في أحكامه على قواعده مقتضياً ما استقر عليه العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله (1)، إلا أنه من الجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري نظم احكام التبرعات بعنوان (كتاب التبرعات وفق الترتيب الآتي، الوصية ثم الهبة ثم الوقف و هذا ما يستغرب له حيث لو رجعنا إلى النص الفرنسي نجد عنوان " Dispositions Testamentaires " أي التبرعات الإيصائية، وكأنه جعل الوصية هي أم الباب في التبرعات و هذا خطأ كون الوصية تصرف ما بعد الموت، فعقد الهبة و الوقف في الشريعة الاسلامية مستقلان عن الوصية و لا علاقة لهما بالتبرعات المتصلة بالموت)، "بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري أغفل آثار الهبة و لم ينص عليها باعتبار أنه اكتفى باشتراط الرسمية و العينية، و مع ذلك فإنه كان ينبغي له أن ينص على تلك الآثار" و هذه الآثار متعددة كالالتزامات الواهب و الموهوب له، و الكلام في المسؤولية العقدية للواهب، وحكم ضمانه للاستحقاق و للعيوب الخفية. (2)

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من الهبة

لقد نظم المشرع المصري عقداً للهبة تنظيمًا شاملاً من حيث الشكل والموضوع على أساس أن عقد الهبة هو عقد مالي كباقي العقود، فوضعها بين العقود الأخرى في القانون المدني [والتي تسري عليها أحكام القانون المدني] هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع المصري قد نقل أحكام التقنين الملغى أساساً وهي مستمدة من القانون والقضاء الفرنسيين (3) أما الأحكام الموضوعية فاستمدتها من المذهب الحنفي حيث استمد المشرع الأحكام الموضوعية في الهبة

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 48

(2) خالد سمّاحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه)، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 55

(3) محمد تقيّة، المرجع نفسه، ص 49

من الشريعة الإسلامية و بخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقديري باشا حيث قُنتت هذه الأحكام⁽¹⁾ و قد أدخل التقنين المصري الجديد تعديلا جوهريا على أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالرجوع في الهبة إذ قُيد هذا الحق بقيام عذر مقبول و ضرب أمثلة على العذر المقبول استمدّها من التقنيات الأجنبية، و مع ذلك نقل التقنين أحكام موانع الرجوع في الهبة عن الشريعة الإسلامية نقلاً كاملاً و بذلك أكسب عقد الهبة صلابة و قوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو - و إن كان تبرعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود.⁽²⁾

وإن أغلب التشريعات العربية تناولت أحكام الهبة ونظمتها في القانون المدني على غرار التشريع المصري كالعراق وسوريا والكويت والأردن والإمارات وقطر والسودان ولبنان والبحرين، إلا أن بعض الدول العربية نظمتها في قانون الأحوال الشخصية كالجزائر وتونس واليمن. فالقانون المدني الأردني نظم أحكام عقد الهبة ضمن عقود التمليكات وهي المواد [557-581] وفيها التزامات الواهب والموهوب له والرجوع فيها.

أما العراقي فنظم أحكام الهبة ومعها الصدقة في القانون المدني ضمن المواد [601-625] وكذا فيها التزامات الواهب والموهوب له.

ويتميز قانون الأحوال الشخصية اليمني في تنظيمه لأحكام التبرع بنية القرى متتالاً نموذجين من التبرعات هما الصدقة والنذر، وانفرد التشريع المغربي في عدم تنظيمه لأحكام الهبة أصلاً، تاركاً القضاء فيها يرجع إلى المشهور في المذهب المالكي المعتمد عندهم.⁽³⁾

أما المشرع اللبناني فتكلم عن الهبة في الكتاب الثالث من قانون الموجبات والعقود حيث تناولها في المواد من [504-532] حيث فسرت طبيعة الهبة وطريقة إنشائها والأشخاص الذين يمكنهم أن يهبوا - أو يقبلوا الهبة - كما ومفاعيل الهبة وكيفية الرجوع عنها أو تخفيضها.⁽⁴⁾

والقانون اللبناني لم يوجب شكلاً خاصاً لقيام الهبة كالشكل الرسمي، مما يجعلها خاضعة للقواعد العامة للعقود والموجبات مع مراعاة بعض أحكام خاصة منصوص عليها بالمادة (507) وما يليها، وفي جميع الأحوال يقتضي التفريق بين الهبة بعوض والهبة بدون عوض من حيث وجوب تخفيضها إلى النصاب القانوني.⁽⁵⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، مرجع سابق، ص 24

(2) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 49

(3) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، الرسالة السابقة، ص 56

(4) نزيه نعيم شلالا، المرجع السابق، ص 09

(5) المرجع نفسه، ص 10

وإن قوانين الأحوال الشخصية ربطت قواعد الهبة وأركانها الرئيسية بقوانين كل طائفة مما يستدعي القول -والى حين صدور قانون موحد للأحوال الشخصية في لبنان- بوجوب توحيد الاجتهاد الصادر حول قضايا الهبة وتشعباتها وتباين بعض الأحكام مع النصوص النافذة. (1)

موقف التشريعات الغربية:

لقد أصبح الغرب في العقود الأخيرة يعنى كثيراً بالتصرفات التبرعية، وليس أدل على ذلك كثرة الدراسات في مختلف التخصصات والتي تعنى بهذا التصرف وتبرز أهميته وتعلي من شأنه في حل المشاكل الاجتماعية، فالكثير من المؤلفات والرسائل العلمية تتناول أعمال التبرع والتطوعات عموماً. فالمشرع الفرنسي نص في القانون على أن تتصل الهبة اتصالاً وثيقاً بالميراث إلى حد أنه يتقرر على الموهوب له للورثة حقان: حق الرجوع إذا كانت الهبة لوارث فيجب على الموهوب له الوارث أن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الوهاب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه وحق الإنقاص إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية، فالهبة والوصية في القانون الفرنسي متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث. (2) فاتخذ المشرع الفرنسي جملة من الوسائل الوقائية والعلاجية لتوفير الحماية للورثة والمحافظة على أموال العائلة من خطورة عقد الهبة إلى حد يحمل الوهاب على التروي والتريث قبل الإقدام على التبرع (3) ومن القيود التي اشترطها المشرع الفرنسي كذلك الإجازة بالرجوع في الهبة استثناءً إذا رزق الوهاب بولد إن لم يكن له ولد وقت إبرام عقد الهبة، أو إذا ظهر للموهوب له عقوقاً وجحوداً للواهب من إحسانه وكرمه.

أما المشرع الكندي فقد نظم مختلف أنواع التصرفات وخاصة الهبات والوصية والمؤسسة الشبيهة بالوقف، وسرد الهبة في المواد من [1806-1841]، وخص الهبة في العلاقة الزوجية بأحكام فنظم أحكام الهبة في عقد الزواج وبين الزوجين في المواد [385، 386، 415، 418، 438، 439، 450]، ونص كذلك على أثر التفرقة بين الزوجين على أحكام الهبة في المواد [510، 519، 520، 521]، وقد تميز القانون الكندي بتنظيم التبرع بأعضاء الجسم، وأكد أنه يجب أن يكون مجانياً. (4)

(1) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 11

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 22

(3) محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 51

(4) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، الرسالة السابقة، ص 61

المطلب الثالث: التمييز بين الهبة والعقود الأخرى المماثلة لها

كون الهبة تشبه بعض التصرفات الأخرى وذلك في عدة أوجه، مما يجعل الالتباس محتملاً حدوثه لذا كان من الأسلم تبين أوجه الاختلاف والتشابه بين الهبة ومجموعة من التصرفات الأخرى.

الفرع الأول: التمييز بين الهبة والتصرفات الأخرى التي من جانب واحد

1- التمييز بين الهبة والوصية

الهبة هي تملك في الحال و الوصية تملك مضاف ما بعد الموت بطريق التبرع، ثم إن الهبة عقد لإنشائه يلزم توافق إرادتي كل من الواهب و الموهوب له، أما الوصية فهي تصرف يتم بالإرادة المنفردة للموصي، و لا ينتج أثرها إلا بعد الوفاة للموصي هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فالهبة يشترط فيها المشرع الرسمية في العقار و الإجراءات الإدارية الخاصة في المنقول أما الوصية فهي تصرف رضائي و لا يشترط الكتابة المطلوبة فيها قانوناً إلا كوسيلة إثبات للوصية، فالشكلية غير لازمة إلا بعد الوفاة و بعد انتقال الملكية إلى الموصى له، و بذلك يمكن أن تخضع لإجراءات التسجيل و لا تكون الرسمية ركناً لانعقاد الوصية، وكذلك فإن الهبة يمكن أن ترد على كل مال الواهب أو كل ممتلكاته، غير أن الوصية لا تكون إلا في ثلث ماله، و ما زاد يتوقف على إجازة الورثة، و من حيث الرجوع في الهبة فهو أمر استثنائي لا يجوز الرجوع فيها حسب الأحوال المنصوص عليها شرعاً و قانوناً، بينما الوصية يجوز الرجوع فيها بدون أي قيد و في حدود ما يسمح به القانون و تكون صراحة أو ضمناً و بشرط أن يكون الرجوع في حياة الموصي متى شاء و بنفس الإجراءات التي أثبت بها الوصية، وقد تكون الهبة و هي جائزة للوارث عكس الوصية التي لا تجوز إلا بترخيص من الورثة حسب نص المادة 189 من قانون الأسرة "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" و من الحديث الذي رواه الدارقطني عن أنس بن مالك قال: إني لتحت ناقة رسول الله صلى الله عليه و سلم يسيل علي لعابها فسمعتة يقول: "إن الله عز و جل قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث،....." (1)

(1) رواه الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، ، التعليق لأبي الطيب محمد شمس الحق، سنن الدارقطني، كتاب الفرائض و السير و غير ذلك، حديث رقم 08، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 1432هـ، 2011م، ط1، ص (909-910)

2- التمييز بين الهبة و الصدقة

تتميز كل من الهبة والصدقة في أنهما تمليك بلا عوض وذلك في حياة الواهب، وأنهما من التبرعات المندوبة في شرع الله، إلا أن كلا من الهبة والصدقة تختلفان عن بعضهما، بأن الهبة تكون للمحتاج وقد تكون لغير المحتاج وإنما تقوية أواصر المحبة وتألّف القلوب وطمعاً في عوض دنيوي أو طلب الجزاء من الله في الآخرة إلا أن الصدقة تكون للمحتاج تقرباً من الله عز وجل وطمعاً في ثواب الآخرة، وأن الهبة يمكن الرجوع فيها استثناءً إذا كان الواهب أحد الواهبين، غير أن الصدقة لا يمكن الرجوع فيها بتاتاً وذلك بالإنفاق.

3- التمييز بين الهبة و الوقف

مما يلاحظ في وجه الشبه بين الهبة و الوقف أن كلا من الواهب و الواقف يخرج ماله من ملكه، حيث يخرج المال من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، و كذلك يخرج المال من ملك الواقف و يحبس العين على ملك الواقف و الوقف بعد لزومه لا يدخل في ملك الموقوف عليه اتفاقاً، لأنه لو دخل في ملكه جاز له أن يتصرف فيه تصرف المالك، بينما الهبة تدخل في ملك الموهوب له بقبوله لها، و أما الوقف فليس فيه تمليك الرقبة لا للوارث و لا لغيره، بل تمليك المنفعة، و لا تتمخض للوارث بل هي له في الحال و لغيره في الحال و المآل أو في المآل فقط. (1)

و عليه فالهبة عقد يتطلب فيه تطابق الارادتين لكل من الواهب و الموهوب له، عكس الوقف الذي هو تصرف صادر من جانب واحد هو الواقف و بذلك يكفي لانعقاده توفر إرادة واحدة هي إرادة الواقف، و بما أن الهبة عقد كسائر العقود فهي تستمد قوتها القانونية من الارادتين المتطابقتين لطرفيها الواهب و الموهوب له، أما الوقف فهو يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها، كون إرادة الواقف تحميها الدولة و تسهر على تنفيذها و تحمي الأملاك الوقفية من التلف و الضياع و خاصة إذا كان الوقف أملاكاً وقفية عامة، بالإضافة إلى ذلك فالهبة هي تبرع محض يلتزم فيه الواهب الخروج من أملاكه و إعطائه للموهوب له بدون مقابل بنية التبرع فيزول ملك الواهب عن الشيء المعطى الموهوب و تنتقل ملكيته إلى

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 41

الموهوب له ليتصرف فيه كما يشاء، أما الوقف فهو ينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف الذي يبقى ضمن ملك الواقف فلا تنتقل ملكيته إلى الموقوف عليه، وفي نفس الوقت لا يجوز للواقف أن يتصرف في الشيء الموقوف بعد صدور الوقف لا ببيع ولا هبة أو التنازل عنه وغير ذلك من التصرفات.

4- التمييز بين الهبة والإباحة

إذا كانت الإباحة هي الإذن للغير أن ينتفع بماله أو يستهلكه باستعماله فهي تشبه الهبة بأنها تملك للعين بلا عوض، غير أنهما يختلفان أن الهبة هي عقد يتطلب فيه تطابق الإرادتين بالإيجاب و القبول، إلا أن الإباحة هي ترخيص يتم بموجبها الإذن القولي أو العملي بالانتفاع بالشيء المباح أو استعماله فهي ليست عقداً و كذا يشترط في عقد الهبة أن يكون الموهوب و الموهوب له معلومين و محددين عكس الإباحة التي لا يشترط فيها ذلك، و من كون الهبة عقد تتعدّد صحبةً متى اكتملت أركانها وشروطها و تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ليتصرف فيه كما يشاء، أما الإباحة فلا يجوز للمباح له أن يتصرف في الشيء المباح لأنه ليس مالكا له.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الهبة والتصرفات الأخرى التي من جانبين

1- التمييز بين عقد الهبة و عقد البيع

يتشابه عقد البيع مع عقد الهبة أن كليهما يتطلبان و يستلزمان لانعقادهما تطابق الإيجاب و القبول، و أن كلا منهما عقد ناقل للملكية ملزم للجانبين إذا كانت الهبة بعوض، و يختلف عقد الهبة عن عقد البيع أن الهبة هي تملك بلا عوض فهي عقد من عقود التبرع بينما عقد البيع هو من عقود المعاوضة لأن البائع يحصل بموجبه على الثمن مقابل نقله ملكية الحق المبيع إلى المشتري الذي حصل بدوره على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه إلى البائع، و إذا كانت الهبة بعوض فإن هذا العوض الذي يعتبر مقابلاً للشيء الموهوب قد يكون نقوداً أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات أخرى، أما في عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود. (1)

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف)، دار هومة، بوزريعة الجزائر، 2012م، ص 30

2- التمييز بين عقد الهبة و عقد الإيجار

الهبة هي تملك مال بلا عوض بقصد التبرع، و عقد الإيجار هو عقد ينشئ التزامات شخصية من جانب كل من المستأجر والمؤجر ولا يترتب عن ذلك أي حق عيني في الشيء المؤجر، وكذا فإن كل من عقد الهبة وعقد الإيجار هو عقد ملزم لجانبين، إلا أن عقد الإيجار هو من العقود المعاوضة حيث تكون المنفعة من الشيء المؤجر مقابل أجر ولمدة محدودة فالزمن هو عنصر جوهري في هذا العقد، عكس عقد الهبة الذي هو عقد تبرع، ويتطلب فيه لزوم الشكلية إذا كان الموهوب عقاراً، والإجراءات الخاصة إذا كان منقولاً، بينما عقد الإيجار هو عقد رضائي لا يتطلب فيه الشكلية، وهو من عقود الإدارة، لا من عقود التصرف.⁽¹⁾

3- التمييز بين عقد الهبة وعقد العارية

كثيراً ما يلتبس عقد الهبة بالعارية كونهما من عقود التبرعات، وأن المنتفع فيهما يثري على حساب غيره بلا مقابل بالإضافة إلى كونهما من التصرفات القانونية التي تصدر من الجانبين الذي يتطلب فيه توافق وتطابق الإرادتين لينعقد العقد صحيحاً، و يختلف عقد الهبة عن عقد العارية أن الهبة هي تملك بلا عوض فالموهوب له يملك الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك إلا أن العارية فتقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل العارية دون تملكه، فهي تملك للمنفعة فقط، و أن الهبة بمجرد انعقادها صحيحة يخرج بموجبها ملك الشيء الموهوب إلى الموهوب له يتصرف فيه كيفما شاء على خلاف العارية التي يستلزم على المستعير إرجاع محل العارية إلى المعير، وإن الهبة تصح في شيء يستهلك أو لا يستهلك عكس العارية التي تنصب على الأشياء التي لا تستهلك وإلا كيف يعيد المستعير محل الإعارة؟ وكذا فإن عقد الهبة أوجب فيه المشرع الرسمية كونها عقد شكلي عكس العارية فهي عقد رضائي تتم بمجرد توافق الإرادتين.

خلاصة المبحث

لقد خالف المشرع الجزائري أغلب التشريعات العربية والغربية وذلك بوضع الهبة ضمن قانون الأسرة الذي هو جزء من الأحوال الشخصية التي هي أوسع نطاقاً منه، وعكس التشريعات العربية التي وضعتها ضمن القانون المدني ويبدو أن السبب وراء ذلك هو جعل الهبة تستمد

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 43

أحكامها من احكام الشريعة الإسلامية تبعاً للمواضيع الأخرى الموجودة بقانون الأسرة، ضف إلى ذلك اهتمامه الكبير بالجانب الموضوعي للهبة الذي حرص على أن يستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الهبة

باعتبار الهبة عقد من العقود الرضائية، التي يتطلب لانعقادها صحة أن تتوفر جملة من الأركان والشروط.

فالأركان هي الركائز المطلوبة في عقد الهبة لانعقادها، ويترتب على عدم توفر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وهذه الأركان هي الرضائية والمحل والسبب وهي أركان العقد عموماً بحسب الجانب القانوني بالإضافة إلى أن عقد الهبة من العقود الرسمية، مما يوجب أن يتوفر ركن آخر هو الشكلية أي أن يكون محرراً في عقد رسمي من قبل الموثق إلى جانب الحياة التي سنتناولها في فرع خاص بها.

وتختلف هذه الأركان بحسب الجانب القانوني وبحسب المذهب الفقهي، أما الشروط فهي شروط تفترض العقد موجوداً، لكنه غير صحيح بصفة نهائية، ولا يصح إلا بتوفرها، وعليه سندرس ذلك في مطلبين الأول يتناول الأركان والمطلب الثاني يتناول الشروط من وجهتي الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: أركان عقد الهبة

الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

وسنتناول ذلك من خلال المذاهب الأربعة

(1) المذهب المالكي: أركان الهبة عند المالكية هي أربعة أركان الواهب والموهوب له، والموهوب والصيغة.

حيث الواهب هو الذي يتبرع ويهب الموهوب، أما الموهوب له فهو الشخص الذي يقبل الشيء الموهوب ومن ثمّ يملكه، أما الموهوب فهو الشيء الذي ينتقل من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، بالإضافة إلى الصيغة وهو الإيجاب والقبول بين الواهب والموهوب له.

(2) المذهب الحنبلي: وهي نفس أركان المالكية من واهب وموهوب له وشيء موهوب ثم الصيغة.

(3) المذهب الشافعي: الأركان هي الواهب والموهوب له والموهوب مع الصيغة من إيجاب وقبول، فأركانها ثلاثة عاقدٌ وصيغة وموهوب. (1)

وعلى العموم فعند الجمهور هي أربعة أركان واهبًا، وموهوبًا، وموهوبًا له وصيغة دالة على الهبة.

المذهب الحنفي: فأركان الهبة ركن واحد هو الإيجاب والقبول، حيث الإيجاب ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على الرضا، والقبول ما صدر ثانياً من الآخر للدلالة على موافقته بما رضي به. (2)

ويرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد أن الإيجاب وحده هو الذي يعد ركناً في الهبة، أما القبول فليس بركن، استحساناً وإنما هو شرط لثبوت الملك لا شرطاً لوجود الهبة. (3) ويرى السنهوري نفس الرأي حيث يقول " وفي الفقه الإسلامي ذهب أبو حنيفة وصاحبه استحساناً إلى أن القبول ليس بركن، وإنما هو لازم لثبوت حكمها لا لوجودها في ذاتها، وحكمها هو نقل الملك إلى الموهوب له، والقياس أن يكون القبول ركناً في الهبة أي في وجودها لا في ثبوت حكمها فحسب، فلا تتم إلا بالقبول لأنها عقد من عقود التمليكات كالبيع، وهذا هو قول زُفر. (4)

وبذلك فتكون الأركان أربعة العاقدان، الواهب والموهوب له ثم الشيء الموهوب وأخيراً الصيغة من إيجاب وقبول، ويتبع كل ركن من هذه الأركان شروط سنتناولها في المطلب الثاني وبحسب كل مذهب من هذه المذاهب الفقهية.

الفرع الثاني: في القانون الجزائري

بما أن عقد الهبة من العقود الرضائية فيستلزم لإنشائه توفر الأركان الآتية وهي الرضاء والمحل والسبب مع الشكلية لعقد الهبة أي الرسمية التي يستوجبها القانون مع إضافة ركن خامس خاص بالهبة وهو الحيابة حسب ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة.

(1) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص 56

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت 1410 هـ 1990 م، ط1، ص243

(3) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف)، مرجع سابق، ص 33

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 29

1) الرضا: لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة على الآتي " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"

وما يستشف من هذه المادة هو أن الهبة تتعقد بالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له وإذا اختل أحدهما بطلت الهبة، فالمشرع استلزم لانعقاد عقد الهبة توفر ركن التراضي بين الطرفين وانعدامه يعدم عقد الهبة وتصبح باطلة، ويقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما لإحداث أثر قانوني وهو إنشاء عقد الهبة.

و تجدر الإشارة إلى أنّ التراضي في عقد الهبة تطبّق عليه القواعد العامة للعقد بوجه عام وذلك لعدم وجود نص في قانون الأسرة يتناول ذلك، وعليه فيجب أن يصدر الإيجاب من الواهب بنية التبرع واضحاً لا لبس فيه و يقابله القبول من الموهوب له، بحيث ان تطابق القبول للإيجاب أمر وجوبي لا يُعدل فيه أو يقيد منه أو يزيد عليه و إلاّ اعتبر ايجاباً جديداً وفق ما تنص عليه المادة 66 من القانون المدني بقولها "لا يعتبر القبول الذي يغيّر الإيجاب إلاّ ايجاباً جديداً" (1) وكذا المادة 59 من نفس القانون و التي تنص "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية"

و يجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين، فتتم في الزمان و المكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، و يعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس (2) وهو ما نصّت عليه المادة 67 من القانون المدني بقولها "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول" (3) بالإضافة إلى ما نصّت عليه المادة 61 من نفس القانون "يُنْتَج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجّه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 57

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 28

(3) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، المؤرخة في 24 رمضان 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر 1975م، ص 993

على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك" أي و لا يكون لقبول الموهوب له للهبة أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب، فإذا رجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه لم تتعد الهبة بشرط أن يكون وصول الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القبول لم يقترن بالإيجاب⁽¹⁾ تطبيقاً لنص المادة 61 من القانون المدني، بالإضافة إلى ذلك فإنه يجوز قانوناً صدور القبول من غير الشخص الموهوب له، و ذلك إذا ما صدر القبول من نائبه مع عدم إغفال القواعد القانونية المقررة في الوكالة و النيابة حسب المادة 74 و المادة 571 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية باعتباره للإيجاب والقبول ركنان من أركان عقد الهبة، وأنه ينشأ بإيجاب وقبول متطابقين فإذا تخلف أحدهما كان عقد الهبة باطلاً بطلاً مطلقاً.

(2) المحل في عقد الهبة: يقصد به الشيء الموهوب حيث أن الهبة عقد يلتزم فيه الواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها للموهوب له، دون مقابل و عوض، غير أننا نلاحظ أن الهبة الأصل فيها أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب و لكن يجوز أن يشترط الواهب في الهبة عوضاً أو التزامات أخرى في جانب الموهوب، فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط⁽²⁾ و هو ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة في الفقرة الثانية "و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط" إذن فالهبة يكون لها دائماً محل يتمثل في الشيء الموهوب، وقد يوجد لها محل ثان هو العوض.

الشيء الموهوب: يسري على الشيء الموهوب في عقد الهبة - باعتباره محل العقد - ما يسري على محل العقد بوجه عام فيشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وصالحاً للتعامل فيه، ومملوكاً للواهب، وموجوداً وقت الهبة أو قابلاً للوجود مستقبلاً.

فمن خلال نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشيء الموهوب ولا شروطه مما يحيلنا الأمر إلى الشروط العامة وهذا حسب نصوص القانون المدني، فقد ذكرت

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، المرجع السابق، ص 36

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 112

المادة 94 من القانون المدني أنه إذا لم يكن محل الالتزام معيّنًا بذاته، وجب أن يكون معيّنًا بنوعه و مقداره و إلّا كان العقد باطلاً، و عليه فيجب أن يكون الشيء الموهوب معيّنًا وقت الهبة أو قابلا للتعيين، معلومًا علمًا كافيًا نافيًا للجهالة الفاحشة المؤدية إلى الغرر ثمّ النزاع حوله، و يشترط أن يكون الشيء الموهوب معلومًا و معيّنًا عند الواهب، فإذا كان مجهولاً عنده فلا تصح الهبة لأنه غرر في حقّه، فلو كان مجهولاً عند الموهوب له لم يمنع صحة الهبة لأنها لا غرر في حقّه (1) و هذا وفق ما نصّت عليه أحكام الشريعة الإسلامية، فأحكام القانون العام جاءت موافقة لما يقرّره فقهاء الشريعة الإسلامية (ما عدا الإمام مالك) من أنه يجب أن يكون محل عقد الهبة شيئاً معيّنًا. (2)

أما من حيث كونه صالحاً للتعامل فيه، فيجب أن يكون المحل مشروعاً، غير مخالف للنظام العام والآداب، وغير مستحيل الحصول عليه، وإلا بطل بطلاناً مطلقاً وهذا ما نصّت عليه المادة 93 من القانون المدني بقولها "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" و بالتالي فلا يقع عقد الهبة صحيحاً متى كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كجعل محل الهبة للدعارة وغير ذلك من الأفعال الممنوعة، وكذلك يجب أن يكون مما يصلح محلاً للتعامل فيه، فإن عدم قابليته للتعامل يكون بسبب طبيعته أو للغرض الذي خصّص له أو بسبب القانون الذي حرم ذلك فهناك محالّ لا يمكن حيازتها و تملكها أو التعامل بها لاستحالتها و عدم استطاعة الحوز عليها و كذلك يمكن أن يرجع عدم قابلية الشيء الموهوب للتعامل به لتعارضه مع الغرض الذي خصّص له فالأحكام العامة مثلاً لا يمكن حيازتها و من ثمّ لا يمكن أن توهب و تجعل شيئاً موهوباً لعدم جوازها أن تكون محلاً للتعامل الذي يخرجها عن الغرض الذي خصّصت له و بذلك فلا يجوز أن توهب الجسور و الشوارع و الطرقات، و المتاحف و غير ذلك، و يمكن أن يكون عدم قابليتها للتعامل فيها بسبب أن القانون منع التعامل فيها و أخرجها من دائرة بيعها أو هبتها أو التصرف فيها، فمثلاً المشرع الجزائري أبطل التعامل في التركة المستقبلية وجعل التعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة باطلاً و لو كان برضاه حسب المادة 92 من القانون المدني، وبذلك فلا يصح بيع أو هبة أموال التركة المستقبلية وفق نص هذه المادة.

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 143

(2) المرجع نفسه، ص 143

وأن يكون الشيء الموهوب موجوداً وقت التعاقد، فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد، فإن وجود الشيء الموهوب وقت تكوين العقد يجعل العقد تاماً، و عدم وجوده باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل منعدم الوجود، و يعتبر الشيء في حكم غير الموجود إذا فقد وجوده القانوني كالنزول لآخر عن حق انتفاع انقضى قبل ذلك بانتهاء مدّته (1) ويجوز أن يكون الشيء الموهوب شيئاً مستقبلاً و محققاً حسب ما نصّت عليه المادة 92 من القانون المدني " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً " و هذا تماشياً مع ما ذهب إليه الإمام مالك بجواز هبة المجهول و المعدوم المتوقع الوجود.

وعلى هذا فالملاحظ أن المشرّع الجزائري على غرار المذهب المالكي وخلافاً لرأي أكثر المذاهب الفقهية والتشريعات الوضعية، اعتبر هبة الأموال المستقبلية حائزة، لأنه لم يأت نص قانوني يبطلها لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة ممّا يتعيّن معه جوازها وصحتها إعمالاً للقاعدة العامة الواردة في نصّ المادة 92 من القانون المدني.

و أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب و هو ما جاءت به المادة 205 من قانون الأسرة عندما نصّت على " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير"، بهذا النص يسوغ للواهب أن يهب ما يملك فقط، سواءً كل ممتلكاته أو جزء منها أو عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير، و هذا الجواز يكون مشروطاً بامتلاك الواهب للشيء الموهوب، و إذا كان لا يملكه لا يجوز له أن يهبه، و منه فلا يجوز له أن يهب ملك الغير، واشتراط كون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب يخرج هبة الفضولي فإن هبته موقوفة على قرار المالك إذا كان أهلاً للتبرع. (2)

العوض: هو أن يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض مقابل الهبة، سواء كان هذا العوض لمصلحة الواهب أو للمصلحة العامة أو لمصلحة شخص أجنبي، وعليه فتكون الهبة ملزمة للجانبين، ويكون محل الالتزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط، وبذلك يتعيّن في العوض أن يكون -باعتباره محلاً صالحاً للتعامل فيه، ومعلومًا وموجودًا وأن لا يخالف النظام العام والآداب العامة ومعينًا أو قابلاً للتعيين، ومملوكاً للموهوب له إذا كان متعلقاً بشيء معين بالذات، وممكنًا إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 141

(2) المرجع نفسه، ص 146

إذن الهبة قد تقتزن بمقابل، و هو شروط أو التزامات أو عوض، تفرض على الموهوب له فتكون عندئذ عقدا ملزما للجانبين إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات الواهب القائمة، ويشترط في هذا المقابل من طرف الموهوب له أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب لتكون الهبة و تستبقي على صفتها باعتبارها تبرعاً، و قد يتخذ هذا المقابل عدة صور منها أن تكون الالتزامات المفروضة على الموهوب له تنصب في مصلحته هو كأن يشترط الواهب على الموهوب له بأن يشتري الموهوب له بالمال الموهوب داراً له، أو أن يهب له داراً و يشترط عليه عدم التصرف فيها، و شرط عدم التصرف هذا قد يكون لمصلحة الموهوب له، وقد يكون لمصلحة الواهب، و قد يكون لمصلحة أجنبي اشترطت له منفعة. (1)

وأكثر ما يكون المقابل في الهبة عوض يشترطه الواهب على الموهوب له، ويكون هذا العوض إما لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي. (2) ومما يطرح على طبيعة التصرف هذا ومدى تأثير الالتزام، أهو هبة أو معاوضة؟

فيرى فريق من فقهاء القانون أن العبرة في وصف التصرف و هو قصد التبرع فالتصرف هو هبة و أيا كان الالتزام الذي يقوم به الموهوب له، حتى و لو تجاوزت قيمة الالتزام قيمة المال أو الشيء الموهوب، و لكن جمهور فقهاء القانون، و يوافقه القضاء في ذلك، يعتبر التصرف هو تصرف معاوضة مادامت قيمة الالتزام تساوي أو تفوق قيمة الشيء الموهوب، وإلا فالتصرف هو هبة، مع قصد نية التبرع و تبقى المسألة موضوعية يخضع تقديرها لقضاء الموضوع و طبقاً للظروف، و مما تجدر الإشارة إليه أن الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة جاءت عامة و شاملة من غير تحديد فلم تُبيّن الاشتراط لمن يكون أو لمصلحة من تكون؟ للواهب أو للموهوب له أو لمصلحة أجنبي.

(3) السبب: وهو الركن الثالث في العقد، وينظر إلى السبب بمقتضى إحدى النظريتين التقليدية أو الحديثة، وبذلك يكون السبب بمقتضى النظرية التقليدية هو الدافع المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه، أو هو الدافع إلى الالتزام لا إلى العقد، فهو جزء متمم للعقد، وبذلك نصل إلى أن السبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، لأنه الغرض المباشر

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 130

(2) المرجع نفسه، ص 131

أو الغاية المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقدته⁽¹⁾، أما السبب بمقتضى النظرية الحديثة فهو الباعث أو الغاية البعيدة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها، وعليه فيجب توضيح أن السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على الهبة، أما نية التبرع فهي تختلط اختلاطاً تاماً بالرضا، لأن الواهب برضائه أن يهب للموهوب له شيئاً، كان رضؤه هذا متضمناً لنية التبرع، فإن نية التبرع موجودة حتماً في كل هبة، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً.⁽²⁾

وبالنظر إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نصّ على السبب في مادتين هما 97، و 98، فنصّ في المادة 97 على "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً" ثم نصّ في المادة 98 على "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه" و من هذا يمكننا أن نستنتج أن المشرع الجزائري اسند السبب إلى العقد في المادة 97، ثم اسنده مرة ثانية للالتزام في الفقرة الأولى من المادة 98 بنصه "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك" ثم عاد فاسند السبب إلى العقد و ذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة بنصه "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك" وهذا ما يؤكد بأن المشرع الجزائري جاء بازدواجية السبب حسب النظرية التقليدية بجعل كل التزام يفترض أن له سبباً مشروعاً ثم حسب النظرية الحديثة بجعله الباعث الدافع، وبذلك اعتبرت أن السبب يكون في الدافع الشخصي و الباعث الرئيسي الذي يجعل الإنسان يتعاقد والذي يختلف باختلاف كل عقد ومع كل متعاقد، وبذلك يشترط في السبب أن يكون مشروعاً، ويفترض فيه أن يكون كذلك حتى يثبت العكس، وإذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع فيشترط لبطالته أن يكون المتعاقد الآخر على علم بذلك و إلا فلا يبطل و يؤخذ فيه الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة.

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 174

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 132

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له، فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، فيعقد إذن بالباعث الذي دفع الواهب إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو كان مجهولاً منه، ولكن الرأي الذي ساد هو الرأي الأول، فيجب حتى في الهبة لتكون باطلة أن يكون عدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من الموهوب له. (1)

(4) الشكلية في عقد الهبة: إن كون الهبة ليست بالتصرف الهين، وذلك لما ينجر عن عقدها من تجرد الواهب عن ماله دون عوض، لذا اعتبرته معظم التشريعات من العقود التي تخضع للشكلية، وهذا حفاظاً لمصلحة الطرفين، وبالأخص حماية لمصلحة الواهب، وفرضت في ذلك أن ينصب هذا العقد في شكل رسمي سواء كان عقاراً أو منقولاً الذي يخضع للإجراءات الخاصة بالمنقول. وعليه فالمشرع الجزائري نصّ في المادة 206 من قانون الأسرة على " تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" و السبب في ذلك كون الهبة تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته إلا بتمام الشكلية و هي الرسمية في العقد، و ما يبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادراً و لدوافع قويّة، حيث يتجرّد الواهب عن ماله دون مقابل، و بذلك فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل و التدبّر، و تعينه الشكلية على ذلك (2)، و الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة، نافعة كل النفع لحماية الواهب و لحماية أسرته، و نافعة للموهوب له نفسه، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه، فخير للموهوب له أن يتسلّح بهذه الرسمية للدفاع عن حقّه. (3)

ويقصد بالشكلية المطلوبة في عقد الهبة هي ضرورة إفراغ رضا الطرفين الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد الموثق المختصّ وفق أحكام قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات ومما تجدر الإشارة إليه أن الرسمية لا تغني عن الحيازة والحيازة لا تغني عن الرسمية، فلا بدّ من توفرهما معاً لينعقد عقد الهبة، مع توقّر الإجراءات الخاصة والعينية في المنقولات، وعند هبة المنقول، واستثناء يمكن الاستغناء عن الحيازة وذلك ضمن حالات

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 133

(2) المرجع نفسه، ص 45

(3) المرجع نفسه، ص 46

خاصة ذكرها المشرع في المادة 208 من قانون الأسرة بنصه "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"، وما يُستشف من نص هذه المادة أن الواهب إذا كان ولي الموهوب له أو زوجه فإن الرسمية بالتوثيق الخاصة بالعقار والإجراءات الإدارية الخاصة بالمنقول تغني عن الحيازة والقبض للموهوب، وكذلك يُطبق ذلك على المشاع، وعليه فإنه حسب نص المادة السابقة الذكر يجب أن نفرّق بين نوعين من الشكالية وذلك حسب الشيء الموهوب ما إذا كان عقاراً أو منقولاً.

(أ) **الشكالية في هبة العقار:** لقد نصّت المادة 206 من قانون الأسرة على أن هبة العقار تتعقد بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة مع مراعاة أحكام التوثيق، و من أحكام التوثيق ما نصّت عليه المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني و أحكامها هي نفس أحكام المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 17 ديسمبر 1970 المتضمّن تنظيم التوثيق و التي تنصّ "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد"⁽¹⁾، و عليه فالرسمية في هبة العقار واجبة و لا بدّ من إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي يحرر من قبل موثّق تحت طائلة البطلان المطلق، فإذا حرّر عقد الهبة على الشكل العرفي فإن مآله البطلان، وهو ما يستشف من قرار المحكمة العليا سنة 1993 "يتضح من مراجعة القرار المطعون فيه أنه غير مؤسس قانوناً و ذلك لقضائه بصحة الهبة الواقعة في 1957/10/24 بموجب عقد عرفي لصالح المستأنف المدعى عليه في الطعن الحالي مع التزام المستأنف عليه برسم الحدود بينه و بين المستأنف، و حيث أن القرار المنتقد قد اعتمد في حكمه العقد العرفي المحرّر في سنة 1957 و الذي سجله حرقياً في 1986/12/21 لدى موثّق بغرداية لإعطائه تاريخاً ثابتاً و دون حضور الواهب، و متجاهلاً أحكام القانون المدني القديم المطبق ساعة تحرير العقد العرفي للهبة موضوع النزاع و الذي تعتبر القوانين الحديثة قانون التوثيق المادة 12 منه و المادة 206 من قانون الأسرة امتداداً له

(1) قانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان 1408 هـ الموافق 03 مايو 1988م يعدّل ويتمّ الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمّن القانون المدني، ج 18 المؤرخة في 17 رمضان 1408 هـ الموافق 04 مايو 1988م، ص 750

يوجب قيام المشكلة الخاصة برسمية العقود المنظمة للهبة، لذا فإن عقد الهبة حسب أحكام القانون المدني القديم المادة 931 منه التي توجب التسجيل لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان نظراً لما يمتاز به هذا العقد من خطورة، لذا أوجب القانون فيه هذه الشكلية الخاصة حماية للواهب حتى يفكر بجدّ فيما هو قادم عليه من تصرفات، وأن العقود العرفية لا تتمتع بهذه القوة و الحال أن الواهب اعترف بالهبة بموجب عقد عرفي بنصف العقار لأخيه الموهوب له، و نظراً لاعتماد القرار المنتقد صحة الهبة على أساس العقد العرفي، بالإضافة إلى التناقض القائم و المشار إليه قد أساء تطبيق القانون مما يستوجب نقضه" (1)

و يجب أن يتضمّن العقد الرسمي للهبة جميع عناصر الهبة و شروطها، و كذا جميع ما يمكن أن يفرض من التزامات على الموهوب له، و أصل ملكية العقار، و طبيعته و حالات ومضمون و حدود العقار، و أسماء المالكين الأصليين السابقين، و ذلك وفق ما تملّيه المادة 324 مكرر 4 بنصّها "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية"(2)، مع احترام الإجراءات الشكلية الأخرى و المقصود منها الأحكام العامة التي جاءت بها المادة 324 مكرر 2، و المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني والمادة 61 و ما بعدها من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فضلاً عن اتباع إجراءات التسجيل قصد تحصيل الخزينة العمومية للجانب الضريبي و شهر العقد في المحافظة العقارية، حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين اتجاه الغير(3)، و يجب على الموثّق قبل تسجيل وتوثيق العقار لديه أن يتثبت من أهلية المتعاقدين و رضائهما بواسطة الوثائق المقدمة له، كما يتعيّن عليه تحت طائلة البطلان أن يوثّق العقد بحضور شاهدين عدلين اثنين، طبقاً لنص المادة 324 مكرر 3 التي تنص "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين"، و من التطبيقات القضائية الهامة في هذا الموضوع القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي أقرّ المبدأ "يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوباً تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين" و حيث أجاب عن الفرع الثالث "حيث أنه خلافاً لما يثبته الطاعن فأن قضاة

(1) المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، قرار رقم 81376 بتاريخ 1992/02/18، قضية بين (خ ل م) ضد (خ د)، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص 88

(2) قانون رقم 14/88، المادة 324 مكرر 4، ج ر رقم 18 المؤرخة في 17 رمضان 1408 هـ الموافق ل 04 مايو 1988، ص 750

(3) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، ط جديدة، 2004، دار هومة، الجزائر، ص 15

المجلس أعطوا قرارهم الأساس القانوني السليم، حينما ذكروا بأنه يتعين على قاضي الدرجة الأولى التطرق لمدى صحة عقد الهبة من الناحية الشكلية، حتى وإن لم تثر عليه هذه المسألة، طالما أن القانون اشترط لصحة عقد الهبة أن يحرر تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين و هي إذن مسألة تتعلق بالنظام العام و يتعين بالتالي على القاضي إثارتها و لو من تلقاء نفسه، مثلما ذهب إلى ذلك قضاة الاستئناف صائبين لذا تعين رفض هذا الفرع لعدم تأسيسه، فضلا عن أن عقد الهبة محل النزاع غير مشهر في المحافظة العقارية، ومن ثم لا يتعين اشهار الدعوى و بالنتيجة رفض الطعن بالنقض لعدم التأسيس" (1)

(ب) الشكلية في هبة المنقول: بالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة فنجد بأن الهبة تتعد بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة و مراعاة الإجراءات الخاصة في المنقولات، و بذلك فإنه يكفي أن تصبّ الهبة في قالب عرفي إذا كان محلها منقول لكن يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات (2) فمثلا إذا كان المنقول سيارة فيجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له لاستكمال نقل الملكية له، لأن المبدأ المعمول به في المنقولات، لا يتطلب الرسمية و ذلك كون أغلب المنقولات تدمج تحت ظل الهبات اليدوية فمجرد القبض يغني عن الإجراء الرسمي. و تطبق القواعد العامة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات على الهبات التي يكون محلها شيئا منقولا، فإذا كان المنقول معينا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا عن طريق فرزه و تسليمه للموهوب له، المادة 1/166 من القانون المدني، و الأصل في عقد الهبة الوارد على منقول أنه عقد رضائي ينعقد بتبادل إيجاب الواهب و قبول الموهوب له و يتم بالحيازة إذا كان المنقول عاديا و باستيفاء الإجراءات الإدارية التي تطلبها القانون لنقل ملكية بعض المنقولات و الحيازة إذا كان المنقول محل الهبة ذات طبيعة خاصة (3)، و يترتب عن عدم مراعاة الإجراءات الخاصة في المنقولات بطلان الهبة بطلاناً مطلقاً، و يبقى الشيء الموهوب بيد الواهب يتصرف فيه كما يشاء.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض المنقولات يجب أن يضاف إليها الطابع الرسمي تحت طائلة البطلان، وتقيد أو أن توثق مع تسليم سندها، كما في الأسهم الاسمية حيث تنص المادة 700

(1) المحكمة العليا، (الغرفة المدنية)، قرار رقم 389338 بتاريخ 2007/11/21، قضية بين (ب س) ضد (ب م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ص (159-165)

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، المرجع السابق، ص 21

(3) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، مرجع سابق، ص (50-51)

من القانون التجاري "يجب أن توضع إحالة الأسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي، وأن يتم دفع الثمن بين يدي الموثق الذي يقوم بتحرير العقد " وهناك مثال آخر للإجراءات الخاصة بالمنقولات حيث ورد في المادة 49 من القانون البحري "أن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق " وخلاصة القول أنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري ينص صراحة على أن هبة المنقولات تقتضي أن تحرر بموجب عقد رسمي والقاعدة العامة المقررة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات هي مبدأ الرضائية ولا يجوز الخروج على هذه القاعدة العامة إلا بنص خاص (1)

ج) الاستثناءات الواردة على وجوب الشكلية في الهبة: إن الهبة هي تصرف الواهب في ماله دون مقابل وذلك إما بنقل حق عيني للموهوب له أو بإنشاء التزام شخصي في ذمته للموهوب له وهي التي يجب إفرغها في الشكل الرسمي الواجب قانوناً للهبة، وتسمى الهبة المباشرة، إلا أنه يمكن أن توجد هبات أخرى لا يجب أن تستوفي الشكل الرسمي المذكور في الهبة المباشرة، كأن تكون هبة غير مباشرة، أو أن تكون الهبة المباشرة غير مكشوفة بل مستترة بعقد آخر وهذه الهبات هي التي لا يستلزم فيها الشكلية الرسمية.

1. الهبة غير المباشرة: و التي عرفت بأنها الهبة التي "يكسب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع عن طريق الواهب، و لكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب، فتلك هي الهبة غير المباشرة" (2)، و مثال ذلك النزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة كأن ينزل صاحب حق الانتفاع أو حق السكنى أو حق الاستعمال عن حقه، فيؤول للمالك الرقبة، أو ينزل صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق الحكر عن هذا الحق فيؤول للمالك (3)، فالموهوب له كسب هذا الحق (وهو المالك)، حقا عينيا عن طريق الواهب، و ذلك يكسب هذا الحق من الواهب إلى الموهوب له عن طريق نزول الواهب عن هذا الحق و تركه للموهوب له، و ليس عن طريق الانتقال، و كذلك بالنزول عن حق شخصي فهو هبة غير مباشرة كإبراء الدائن ذمة مدينه من الدين، فالموهوب له كسب الدين لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب، بل عن طريق نزول الواهب عنه، و كذلك الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، المرجع السابق، ص 21

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص (79-80)

(3) المرجع نفسه، ص 80

يعتبر هبة غير مباشرة كأن يبيع شخص لآخر داراً و يشترط عليه أن يدفع الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ هذا البائع مقابلاً من والده عن هذا الإيراد، فيكون هذا الاشتراط هبة غير مباشرة، و كذلك إذا أَمَّنَ شخص على حياته لمصلحة أولاده، فاستحق الأولاد مبلغ التأمين، فيكون هذا التأمين هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده، لأن هذا التأمين هو اشتراط لمصلحة الغير، و كذلك قبول المحال عليه لحالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل، لأن المحيل كسب براءته من الدين، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال، دون أن يلتزم للمحيل (1)

ولقد اختلف الرأي حول بعض التصرفات حيث يعتبرها البعض هبات غير مباشرة و آخرون اعتبروها هبات مستترة كالإقرار بالدين، وعقود المحاباة، فيرى الفقيه السنهاوري بأن الإقرار بالدين هو هبة مباشرة كون الواهب التزم مباشرة للموهوب له، و لكن الهبة هنا مستترة تحت اسم تصرف آخر هو الإقرار، فلا تجب الرسمية فيها لأن الهبة غير مباشرة بل مستترة، و كذلك عقود المحاباة كأن يبيع شخص لآخر شيئاً عينياً و بثمن بخس محاباةً له بقصد التبرع، و بذلك يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل و الثمن الموضوع، و هذه هي الهبة المباشرة لأن البائع نقلها مباشرة من ذمته إلى ذمة المشتري، و لكنها هبة مستترة بعقد البيع فلا يشترط فيها الرسمية كونها هبة مستترة.

2. الهبة المستترة: هي هبة مباشرة إذ ينقل فيها الواهب للموهوب له حقاً عينياً أو يلتزم له بحق شخصي، و بحيث يكون ظاهرياً غير حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة و لكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، و هذه الهبة هي معفاة من الرسمية سواء كانت عقاراً أو هبة منقول، و من أمثلتها، الهبة المستترة في صورة عقد بيع و هو الغالب في المعاملات، و كذلك الهبة المستترة في صورة قرض، فيكتب الواهب سنداً عليه مبلغ من النقود يقول أنه تسلمها على سبيل القرض وهو في الحقيقة قد التزم بها على سبيل التبرع، و تظهر الهبة المستترة كذلك في صورة الإقرار بدين، حيث يكتب الواهب إقراراً بدين عليه لآخر و هو في الحقيقة غير مدين، وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع، و منها عقود المحاباة حيث تظهر الهبة المستترة في القدر المحابى به، و قد سترتها عقود المعارضة.

(1) عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 81

الفرع الثالث: أركان الهبة في التشريعات العربية

أركان الهبة ثلاثة كما هي في سائر العقود، التراضي والمحل والسبب وهذا في أغلب التشريعات العربية.

أ) **التراضي:** للتراضي في عقد الهبة شروط انعقاد و شروط صحة، و ذلك شأن سائر العقود، وشروط الانعقاد تكون في الموضوع و الشكل، حيث تتعقد الهبة بإيجاب و قبول متطابقين صادرين عن الواهب و الموهوب له، وهو الانعقاد من حيث الموضوع، و بالإضافة إلى كون الهبة عقد فهي تحتاج إلى الشكلية لأهميتها البالغة في خصوصها، و هي لا تتعقد إلا إذا استوفت كذلك الشروط الشكلية: و عليه فالتقنين المدني المصري أشار إلى ذلك في المادة 487 حيث تنص الفقرة الأولى منها "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه"، و يقابله في التقنين السوري المادة 1/455 و التقنين الليبي المادة 1/476 بنفس النص، و لا يقابلها في التقنين العراقي و إن كان حكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصري، فالهبة عقد لا بد فيه من قبول الموهوب له" (1) أما في تقنين الموجبات و العقود اللبناني فتقابلها المادة 507 حيث تنص "تتم الهبة و تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة سواء كانت منقولة أم ثابتة، عندما يقف الواهب على قبول الموهوب له مع الاحتفاظ بتطبيق الأحكام الآتية" (2) و تقابل ذلك المادة 525 من القانون المدني الكويتي التي تنص "لا تتعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي" (3) أما في المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة فتقابلها المادة 615 التي تنص "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالقبض" (4)، و يسري على تطابق الإيجاب و القبول في عقد الهبة القواعد العامة المقررة في نظرية العقد، حيث يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ليقبله قبول المتعاقد الآخر، مع إيجازه أن تتعقد الهبة بين غائبين، فتتم في الزمان و المكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب.

ب) **الشكلية في عقد الهبة:** أما من حيث الشكل للهبة فإن المادة 488 من التقنين المدني المصري نصت على أن " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 27

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، مرجع سابق، ص 261

(3) المرجع نفسه، ص 287

(4) المرجع نفسه، ص 305

عقد آخر، ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية" هو ما يقابلها بنفس النص في القانون المدني السوري في المادة 456، وكذلك في التقنين المدني الليبي بالمادة 477، ويقابلها المادة 602 في التقنين المدني العراقي بنصها "إذا كان

الموهوب عقاراً، وجب لانعقاد الهبة أن يسجل في الدائرة المختصة" وكذلك المادة 603 التي تنص "لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض، و يلزم في القبض إذن الواهب صراحة" (1) أما في تقنين الموجبات و العقود اللبناني فقد ورد النص على الشكلية في المواد 509 و 510، حيث نصت المادة 509 على أن "تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء إلى الموهوب له" و أما المادة 510 فقد نصت "أن هبة العقار أو الحقوق العينية العقارية لا تتم إلا بقيدها في السجل العقاري" و قد نص كذلك التقنين الكويتي على الرسمية في المادة 525 المذكورة آنفاً، وبالقبض كذلك، أما المذكرة الإيضاحية لدولة الإمارات فقد نصت على القبض فقط حسب المادة المذكورة آنفاً كذلك أي حسب المادة 615 من المذكرة الإيضاحية.

و عليه فإن الشكلية تختلف بحسب كل تقنين حيث أن التقنين المصري و من ورائه السوري والليبي ينظر إلى الرسمية بالوجوب في العقار و يكون جزاء الإخلال بشكل الهبة في العقار البطلان المطلق، ما لم تكن مستترة بعقد آخر، أو كانت الهبة في منقول فإنه يستغنى عن الرسمية بالقبض، ليقابل ذلك أن التقنين الإماراتي يستغني بالكلية عن الرسمية و ليحل محلها القبض فقط، على عكس كل ذلك فإن التقنين اللبناني في الموجبات و العقود فإنه لا يشترط الرسمية و لا القبض بل إن الهبة تتم لمجرد وقوف الواهب على قبول الموهوب له، و تنتقل الملكية في الأموال سواء كانت منقولة أو ثابتة و عليه فالقانون اللبناني لو يوجب كالقانون الفرنسي شكلاً خاصاً لقيام الهبة كالشكل الرسمي، فتبقى خاضعة في إنجازها للقواعد العامة للعقود و الموجبات، مع مراعاة بعض أحكام خاصة منصوص عليها بالمادة 507 و ما يليها من قانون الموجبات و العقود (2)، أما في القانون المدني الكويتي فيشترط لانعقاد الهبة بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي، و شرط وجوب على الاختيار بين القبض أو تحرير العقد رسمياً.

ج) المحل في عقد الهبة: أما بالنسبة للمحل فإن الأصل في الهبة أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب، فيلتزم ومحل التزامه هو الشيء الموهوب الذي يسري عليه ما يسري

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 4

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 19

على محل العقد بوجه عام فيجب أن يكون موجودًا، معيّنًا أو قابلاً للتعيين، صالحًا للتعامل فيه ومملوكًا للواهب ولكن يجوز للواهب أن يشترط في الهبة عوضًا أو التزامات أخرى في جانب الموهوب يكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط. فقد نصّ المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 454 من تقنينه المدني على "يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نيّة التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معيّن" ثم ذكر في المادة 497 النص التالي "يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة"، و هو ما يقابل ذلك في التقنين السوري و الليبي والعراقي، إلّا أنه لا مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات و العقود اللبناني، أما في القانون المدني الكويتي فقد نصّ على ذلك في المادة 534 بالآتي "يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف، سواء كان هذا التكليف مشروطًا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير"، وهو كذلك ما نصّ عليه المشرع الإماراتي في المادة 642 بالقول "على الموهوب له أداء ما اشترط الواهب من عوض سواء أكان العوض للواهب أم للغير".

(د) السبب في عقد الهبة: أما عن السبب في عقد الهبة فإن نظرية السبب تسري في عقد الهبة كما تسري في غيرها من العقود، حيث يكون هو الباعث الدافع للواهب على الهبة حسب النظرية الحديثة للسبب، حيث يشترط في هذا الباعث بل يجب أن يكون مشروعًا، فإذا كان غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلانًا مطلقًا، ويشترط هاهنا لكي تكون الهبة باطلة بطلانًا مطلقًا أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث غير المشروع. و عليه فالمشرع المصري قنّن ذلك في المادة 136 من تقنينه المدني على ما يأتي "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفًا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً" وهو ما يقابلها مطابقة بالتقنين السوري بالمادة 137 من القانون المدني، أما التقنين الليبي فقد نصّ في المادة 136 على "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً" و هو ما يعتبر أدقًا من نصّ التقنين المصري، أما القانون المدني العراقي فقد جاء في المادة 1/132 موافقًا للنص المصري، أما في قانون الموجبات و العقود اللبناني فقد أخذ بازدواجية السبب، فاستبقى النظرية التقليدية وأكملها بالنظرية الحديثة، حيث فرّق بين سبب الالتزام و سبب العقد، فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة، أما سبب العقد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلي إبرامه⁽¹⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، 2000، ج1، ط3، ص(هـ) 517

المطلب الثاني: شروط صحة عقد الهبة

لكي يترتب على عقد الهبة آثاره فإنه يجب أن يوجد رضا صحيح صادر عن ذي أهلية، وخال من أي عيب من عيوب الرضا التي تفسده وبذلك سنعالج شروط الصحة من جانب الفقه الإسلامي ثم من جانب التشريع الجزائري.

الفرع الأول: شروط صحة عقد الهبة في الفقه الإسلامي

وتكون هذه الشروط وفق المذاهب الأربعة المشهورة

أولاً: المذهب المالكي: تصح الهبة عند مالك وأصحابه من كل بالغ غير محجور عليه ولا مريض مثبت العلة لكل من استوهبه أو قبل منه الهبة وتجب بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له، وتتم بالقبض. (1)

وعليه فإنه يشترط عدة شروط في كل ركن من أركان العقد الواهب والموهوب له والصيغة والشيء الموهوب.

شروط الواهب: ويشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع ويعني ذلك من اجتمعت فيه عدة أمور

- ألا يكون محجوراً عليه لسفه أو صغر فتبطل هبة السفه المحجور عليه رأساً
- كذلك ألا يكون مديناً بدين يستغرق ماله وهبته، وإن كانت تصح إلا أنها تقع موقوفة على إجازة رب الدين فإذا أجازها فإنها تنفذ فهذا شرط لنفاذها (2)
- ألا يكون كذلك مجنوناً أو سكراناً فلا تصح هبتهما
- وألاً يكون مرتداً فلا تصح هبته
- ثم هبة الزوجة فيما زاد على ثلث مالها فتبقى موقوفة كذلك على إجازة الزوج، أما إذا وهبت الثلث فأقل فإن هبتها تصح وتنفذ وبدون إذن زوجها فهذا شرط نفاذ فقط
- وفي الأخير ألا يكون الواهب مريضاً مرض الموت، فيما زاد على الثلث، فإذا وهب المريض زيادة عن ثلث ماله انعقدت الهبة موقوفة على إجازة الوارث (3)

(1) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، تحقيق محمد ولد ماديك، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض

الحديثة، الرياض السعودية، 1398هـ-1978م، المجلد 2، ط 1، ص 999

(2) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 296

(3) المرجع نفسه، ص 296

شروط الموهوب له: فهي تجوز لكل شخص أهلا للتمليك أي أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه وهو من شرط التمام لا من شروط الصحة عند مالك، يقول ابن جزى (وأما الموهوب له فكل انسان يجوز أن يهب الانسان ماله كله لأجنبي اتفاقا ⁽¹⁾، أما إذا وهب الرجل ماله لأحد أبنائه فإنه يجوز التفضيل بين الأبناء إلا أنه لا يجوز أن يوهب كل المال لبعضهم دون البعض الآخر (وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض) وعليه فإن هبة جميع المال لأحد الأبناء دون غيره من الأولاد هي أدعى للنهي عند مالك فيقول صاحب بداية المجتهد (وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخصص الرجل بعض أولاده بجميع ماله) ⁽²⁾

شروط الموهوب: ويشترط في الموهوب أن يكون مملوكا للواهب سواء كان المملوك ذاتا أو منفعة، فلا تصح هبة مالا يصح ملكه ولا هبة ملك الغير بدون اذنه ومثل هبة الوقف والصدقة والعق فمتى صدر واحد من هذه الأمور من فضولي لا يملك وقع باطلا وإن اجازه المالك وبعضهم يقول إن هذه الأمور كالبيع فمتى اجازها المالك نفذت لأنها تكون في الحقيقة صادرة منه في هذه الحالة ⁽³⁾ وكذلك يشترط أن يكون الموهوب من الأشياء القابلة للنقل شرعا وهذا احترازا من الذي لا يمكن نقله شرعا كهبة أم الولد فلا تصح هبتها لعدم جواز نقلها بالهبة ولا يشترط في الموهوب أن يكون معلوما فيجوز هبة مجهول العين والقدر حتى ولو كان مجهولا للواهب والموهوب له أو لأحدهما، وعليه فالمالكية يجيزون هبة المجهول خلافا للجهمور ⁽⁴⁾ ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجمله كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر ⁽⁵⁾

4 شروط الصيغة: وهي كل ما يدل على التمليك من لفظ او فعل ولا فرق أن تكون صريحة أم لا فقد تكون بلفظ صريح كوهبتك وملكتك أو تكون بلفظ يدل على التمليك كخُذْ هذه الدار أو تكون بفعل كأن يشتري الوالد لأحد أولاده شيئا ثم يمنحه له كحلي مثلا أو ساعة من ذهب وغير ذلك، كان مملوكا للابن بطريق الهبة فإذا مات الأب لا يصح لورثته أن ينازعوا الابن في

(1) أبي القاسم محمد بن جزى الكلبي، ضبطه محمد أمين الضاوي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ط1، ص271

(2) أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص859

(3) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 297

(4) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص34

(5) أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع نفسه، ص860

في ذلك يقول العلامة خليل (بصيغة أو مفهومها إن بفعل كتحلية ولده) ⁽¹⁾، وما ينطبق على الأب ينطبق على الأم في هبتها ولا يطالب الواهب بالإشهاد على هبته لأن استعمال الحلي المشتراة في حياة الأب أو الأم قرينة على التملك ويستثنى من ذلك إذا شهد الواهب على أن الحلي المعطاة هي الأب أو الأم قرينة على التملك ويستثنى من ذلك إذا شهد الواهب على أن الحلي المعطاة هي للاستمتاع بها فقط فتكون غير مملوكة.

وتملك الهبة بالإيجاب والقبول، أما القبض فهو شرط تمام على المشهور من المذهب، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع وقال مالك (ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة) ⁽²⁾ وعليه فالصيغة هي ما دل على التملك قولاً وفعلاً وقد ذكروا أن الصيغة ركن من أركان

الهبة وهو ركنه الأول وزاد ابن شاس الصيغة مع القبول، فصير القبول جزءاً من الركن ⁽³⁾ **ثانياً: المذهب الشافعي** وقد أخذ المصنف في بيان بعض ذلك فقال (وشرط الهبة) لنتحقق عاقدان كالبيع وهذا هو الركن الأول ولهما شروط فيشترط في الواهب الملك وإطلاق التصرف في ماله فلا تصح من ولي في مال محجوره ولا من مكاتب بغير إذن سيده ⁽⁴⁾ **شروط الواهب:** أن يكون مالكا حقيقة أو حكما وأن يكون مطلق التصرف في ماله فلا تصح الهبة من محجور عليه لصغر أو سفه أو جنون، وباختصار يشترط فيه كل ما يشترط في البائع.

شروط الموهوب له: أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له من تكليف وغيره أي أن يكون أهلاً للتملك بمعنى أن يكون أهلاً لأن يملك ما يوهب له أن غير المكلف يقبل له وليه فلا تصح حمل ولا لبهيمية ولا لرقيق نفسه، فإن أطلق الهبة له فهي لسيده ⁽⁵⁾ وعليه فالصغير لا يملك بالقبول ولكن لا يحرم الدفع له إلا إذا قامت قرينة بأن الولي لا يرضيه ذلك خوفاً من تعويد

(1) خليل بن إسحاق المالكي، ترجمة خليل أحمد نصر، مختصر العلامة خليل، دار الفكر لبنان، 1981، الطبعة الأخيرة، ص 253

(2) أبي الوليد محمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 860

(3) أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص 553

(4) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص 560

(5) المرجع نفسه، ص 560

الصبي على التسفل والدناءة، فإن كان كذلك فإنه يحرم إعطاء الصبي شيئاً بدون رضا وليه (1) وتصح الهبة للمحجور عليه، ويقبض ذلك وليه عنه أو الحاكم إن لم يقبل وليه انعزل إن كان وصياً أو قيماً وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لا تنفسخ الهبة ويقوم الوارث مقام الأصل في ذلك.

شروط الصيغة: أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب فلو وهب له شيئين فقبل أحدهما لا بعينه فلا تصح الهبة لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول وأن يكون القبول عقب الإيجاب فوراً فلا يفصل بين الإيجاب والقبول بفواصل أجنبي عنهما، وألاً يعلق عقد الهبة على وقت فلا يصح أن يقول له وهبت لك هذه الدار أول الشهر أو بعد شهر ولا يصح إذا وهبه شيئاً على أن يرجع فيه إذا احتاج إليه وتصح هبة العمرى والرقبي، فالهبة صحيحة والشرط لغو لا قيمة له ولا تملك الهبة إلا بالقبض وبإذن الواهب وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظاً ومن صريح الإيجاب وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ومن صريح القبول قبلت ورضيت (2) ويقبل الهبة للصغير ونحوه ممن ليس أهلاً للقبول الولي، فإن لم يقبل انعزل الوصي ومثله القيم وأثماً لتركهما الأحظ ويقبلها السفیه نفسه وكذا الرقيق لا سيده وإن وقعت له أما الأخرس فيكفيه الإشارة المفهمة، وفي "الذخائر" أن انعقاد الهبة بالكناية مع النية وبلاستيجاب على الخلاف في البيع أي فتصح ومن الكناية الكتابة. (3)

شروط الموهوب: ولا يجوز هبة المجهول ولا هبة مالا يقدر على تسليمه ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ولا بشرط ينافي مقتضاه (4) وعليه فيشتترط في الموهوب أن يكون معلوماً ومقدراً في مقداره وكيّله، ولا يصح هبة المجهول، وأن يكون مقدوراً عليه في تسليمه وما يتم ملكه، وكذلك فإنه لا تصح الهبة المعلقة على شرط محقق في المستقبل، فإنه لا يعلم ما في الغيب وتصح هبة المشاع كبيعه ولو قبل القسمة سواء وهبه للشريك أو غيره (5) فإنه يشترط في الموهوب ما يشترط في المبيع لأن كل ما جاز بيعه جازت هبته.

(1) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 299

(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 560

(3) المرجع نفسه، ص 560

(4) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي، بيروت لبنان، (د ط)، (د س)، ص 138

(5) زين الدين المليباري، فتح المعين شرح قرة العين، مرجع سابق، ص 394

ثالثاً: مذهب الأحناف: شروط الهبة أنواع، نوع يتعلق بالركن المذكور وهو الصيغة ونوع يتعلق بالموهوب، ونوع يتعلق بالواهب **1- النوع الذي يتعلق بالصيغة:** فيشترط في صيغة الهبة أن تكون منجزة غير معلقة على شرط، ولا مضافة إلى الوقت لأن الهبة تملك العين في الحال، فلو قال الواهب وهبت لك كتابي هذا إن نجحت في الامتحان فهي هبة باطلة وكذلك لو قال وهبته لك في أول السنة القادمة أما إذا اقترنت الصيغة بشرط صحيح يلزم مقتضى العقد صحت الهبة والشرط كأن يهبه كتاباً وشرط عليه أن يهديه هدية عينها أما إذا اقترنت بشرط لا يلزم مقتضى العقد صحت الهبة وبطل الشرط كأن يهبه الكتاب بشرط ألا ينتفع به، والعمرى هي هبة مقرونة بشرط باطل لذلك صحت الهبة وبطل الشرط وصورتها كأن يقول وهبتك داري مدة حياتي لأنها تقييد الملك المقصود بها بوقت، والرقبى هي باطلة لأنها هبة معلقة على شرط غير المحقق في الحال كأن يقول له داري رقبى إن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي فكل واحد يرقب موت صاحبه. **2- النوع الذي يتعلق بالموهوب:** يشترط في الشيء الموهوب الذي يوهب شروط لصحته وشروط لنفاذه وشروط لتمام ملكيته فيشترط فيه لصحة هبته أن يكون وقت عقد الهبة مالا متقوماً موجوداً معلوماً مملوكاً في نفسه سواء كان من العقارات أو المنقولات، ويشترط فيه لنفاذها أن يكون وقت عقد الهبة مملوكاً للواهب، ويشترط فيه لتمام ملكيته أن يقبضه الموهوب له ⁽¹⁾ فإذا كان الشيء الموهوب ليس له قيمة مالية أصلاً ولا يتمول كالميتة فلا تصح هبته، وأن يكون متقوماً في حق العاقلين معاً أو أحدهما كالخمر والخنزير فلا تصح هبتهما بالنسبة للمسلمين لأنه ليس بمحل وإن يكون موجوداً فالشيء المعدم وقت الهبة لا تصح هبته وكذلك معلوماً فلو كان مجهولاً في قدره أو شخصه فلا تصح هبته وكونه مملوكاً في نفسه أي يقبل التداول والانتقال في ملكيته من يد إلى يد أخرى وإلا فلا تتحقق الهبة، وأساس هذه الشروط الخمسة أن الهبة عقد تملك في الحال فلا بد أن يكون الشيء الموهوب مما يملك في وقت وجود عقد الهبة، أما كونه مملوكاً للواهب فهو شرط نفاذ لا لصحتها فإذا وهب الإنسان ما هو مملوك لغيره فهو فضولي وهبته موقوفة على إجازة المالك فإن أجازها نفذت وإن أمجزها بطلت أما قبض الموهوب من طرف الموهوب له فشرط لانتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له.

(1) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 247

3- النوع الذي يتعلق بالواهب: فيشترط لصحة هبته أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ وأن يكون غير محجوز عليه للسفه أو الغفلة وأن يكون مختارا غير مكره (1) فالشروط المتعلقة بالواهب أن يكون حرا فلا تصح هبة الرقيق وأن يكون عاقلا غير محجوز عليه فلا تصح هبة المجنون والمحجوز عليه وأن يكون بالغاً فلا تصح هبة الصغير، وأن يكون مالكا للموهوب فلا تصح هبة ما ليس بمملوك، ويشترط في الواهب لنفاذ هبته أن يكون مع توفر شروط الصحة فيه، غير محجوز عليه للدين وأن يكون صحيحا غير مريض مرض الموت، وأن يكون مالكا للعين الموهوبة (2) فإذا كان محجورا لدين فهبته صحيحة موقوفة على إجازة دائنيه وهبة مريض مرض الموت حكمها حكم الوصية وإن كان غير مالك فتنوقف على إجازة المالك.

شروط الموهوب له: ويشترط في الموهوب له أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة له، وأن يكون معينا فإن كان غير موجود فإن الهبة باطلة، وكذلك إن كان الموهوب له غير معين معلوم كما إذا قال الواهب وهبت داري لفلان أو أخيه فالهبة باطلة وذلك لأن الهبة تمليك في الحال وعلى هذا فالهبة للحمل غير صحيحة لأن الحمل غير موجود تحقيقا فلا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه وهو حمل، إذ الولاية عليه تبتدئ من حين ولادته فمتى كان الموهوب له موجودا تحقيقا ومعلوما صحت الهبة له غير إن كامل الأهلية فهو الذي يقبل الهبة ويقبضها بنفسه، أو بنائبه، وإن كان فاقده الأهلية بأن كان مجنونا أو طفلا غير مميز، فالذي يقبل الهبة ويقبضها عنهما هو الولي المالي عليهما لأنهما ليسا أهلا للقبول والقبض، وإن كان ناقص الأهلية وهو الصبي المميز والمعتوه أو المحجوز عليه لسفه أو غفلة فالذي يقبل الهبة ويقبضها هو الولي عليهم أو هم بأنفسهم لأن قبول الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا فيملكونها بأنفسهم. (3)

رابعا: المذهب الحنبلي: واشترط في الواهب أن يكون جائز التصرف فلا تصح من سفیه ولا صغير ولا عبد ونحوهم كسائر التبرعات، فالصغير والسفيه والمجنون فلا تصح هبتهم وإن أجازها الولي، اما العبد فتجوز هبته بإذن سيده.

شروط الموهوب له: بأن يكون أهلا للتصرف فلا يصح قبول الهبة من الصغير حتى ولو كان مميزا كما لا يصح قبضه للهبة ومثله المجنون فيقبض ويقبل لهما وليهما، فالأب العدل ولو ظاهرا يقوم مقامهما فإن لم يوجد لهما ولي أو وصي يقبل عنهما الحاكم أو من يقيمونه مقامهم،

(1) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 245

(2) المرجع نفسه، ص 245

(3) المرجع نفسه، ص 246

وعند عدم الأولياء يقبض لهما من يليهم أو القريب (1)

شروط الموهوب: ويشترط في الموهوب أن يكون معلوما فلا تجوز هبة المجهول، فلا تصح هبة الحمل في البطن ولا اللبن في الضرع والصوف على الظهر، وأن يكون الموهوب موجودا وقت العقد فلا تصح هبة المعدوم، ومقدورا على تسليمه فلا تصح هبة الآبق والطير في الهواء وأن يكون الموهوب مما يصح بيعه فلا يصح هبة مالا يصح بيعه وبعضهم يقول تصح هبة الكلب المأذون فيه والنجاسة التي يباح الانتفاع بها، وعليه فيجوز أن تكون الهبة مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب فلا تسمى نفقة الزوجة ونحوها هبة لوجوبها، وأن تكون في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا (2) **شروط الصيغة:** وهي كالبيع في تراخي القبول عن الإيجاب فتصح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعها، فإن تفرقا قبل القبول أو تشاغلا بما يقطعها بطل، وهي كبيع أيضا في تقدمه أي تقدم القبول على الإيجاب فتصح في الحال التي يصح فيها البيع وتبطل فيما يبطل فيه وهي كبيع أيضا في غيرهما كانعقادها بكل لفظ أدى معناها، وعليه فالصيغة يشترط فيها أن تكون بما يدل على الهبة عرفا من لفظ كوهبت وملكت ونحوهما أو فعل ويصح تعليقها على شرط مستقبل كقوله إن جاء أول الشهر وهبتك، ولا يصح توقيت الهبة بوقت ويستثنى من ذلك العمرى والرقبي فإن الهبة بهما جائزة، والهبة لا تملك إلا بالقبض فإذا تصرف الموهوب له قبل القبض لا ينعقد تصرفه (3)

الفرع الثاني: شروط صحة عقد الهبة في القانون الجزائري

إذا كان الرضا ركن من أركان عقد الهبة، فإنه يجب أن يكون هذا الرضا صادرا من أشخاص يتمتعون بكامل الأهلية وإرادتهم خالية من أي عيب من عيوب الإرادة التي يمكن أن تشوبها، وعليه سنتناول أولا أهلية كل من الواهب والموهوب له ثم نعرض على العيوب التي يمكن أن تمس إرادة المتعاقدين. **أولا الأهلية:** وهي مباشرة الشخص لحقوقه دون وسيط فهي صلاحية هذا الشخص لكسب الحقوق والتحمل لجميع الالتزامات، ومن ثم مباشرة جميع التصرفات القانونية التي يمكن أن يترتب عليها آثار في صالحه أو غير صالحه، ومناط الأهلية التمييز بالإرادة لا تصدر إلا عن مميز، ومتى كان الشخص كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه نقصت أهليته

(1) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 300

(2) عبد الرحمن بن عبد الله البعلي الحنبلي، كشف المخدرات والرياض المزهرة لشرح أخصر المختصرات، مرجع سابق، ص 521

(3) عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص 301

وعديمه عديم الأهلية، لذا شدد القانون في أهلية الواهب وطلب أهلية كاملة للتبرع، لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً، وعلى العكس من الموهوب له إذ اشترط القانون فيه أهلية التصرف حيث يكفيه التمييز وذلك كونه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً، بل حتى الجنين سن له أن يوهب له بشرط الولادة حياً وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد المادة 78 منه تنص "كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون." ثم تنص المادة 40 من نفس القانون على "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"⁽¹⁾، ثم نجد أن المادتين 42، و43 من القانون المدني توضح من يكون فاقداً الأهلية أو ناقصها حيث تنص المادة 42 على "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" أما ناقص الأهلية فهو من نصت عليه المادة 43 "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" إلا أننا نجد أن المادة 79 من القانون المدني تحيلنا على نصوص قانون الأسرة لتخضع قواعد الأهلية لها حيث تنص "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"⁽²⁾

1) أهلية الواهب: بالرجوع إلى نص المادة 203 من قانون الأسرة نجد الشروط الواجب توافرها في الواهب حيث تنص "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"⁽³⁾ وبذلك المادة السالفة الذكر قد حددت:

أ) السن القانونية: للواهب بـ 19 سنة كاملة وهي أهلية الأداء وبذلك فالواهب يتحمل مسؤوليته عن كل تصرف يصدر عنه ومن بينها التبرع بالهبة ويكون هذا التصرف تصرفاً قانونياً ومنتجاً لآثاره، وبذلك يمكن أن يهب كل ماله أو كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا كانت أو منفعة أو ديناً

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، المؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975، ص 992

(2) المواد 79.78.43 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426، الموافق 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، رقم 44، المؤرخة في 26 يونيو 2005، ص 21

(3) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، ج ر 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984، ص 923

لدى الغير حسب ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة، ولا يستثنى من ذلك إلاّ فاقد التمييز حسب ما نصت عليه المادة 42 قانون مدني السالفة الذكر من جانب السن بنصها " لا يكون أهلا لصغر في السن" وتوضح صغر السن المقصود هو من لم يبلغ السن 13 سنة فهو فاقد التمييز في الفقرة الثانية منها "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة " وبذلك لا يمكن لكل من لم يبلغ سن 13 سنة أن يباشر أي تصرف مهما كان هذا التصرف إلاّ عن طريق ولي أو وصي أو قيّم حسب المادة 44 من القانون المدني بنصها "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط المقررة في القانون "وتكون تصرفات فاقد الأهلية لعدم بلوغ السن القانونية باطلة بطلانا مطلقا حسب المادة 82 من قانون الأسرة التي تنص "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة" أما الأشخاص ناقصي الأهلية ممن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، فإن تصرفاتهم تقاس بحسب النفع والضرر واجازتها من طرف الولي كما تنص على ذلك المادة 83 من قانون الأسرة " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء" وعليه فإذا كان الشخص ناقص الأهلية هو موهوبا له فهذا نفع محض له فإن قبوله للهبة هو تصرف نافذ، أما إذا كان واهبا فتصرفه هو باطل بطلانا مطلقا.

ب) سليم العقل: وهو المتمتع بكامل قواه العقلية حتى لا تؤثر فيها كل العوارض التي من شأنها الإخلال بأهلية الشخص الراشد وهذه العوارض هي الجنون والعتة ثم السفه والغفلة حيث الأولى تعدم الأهلية والثانية تنقصها.

1-الجنون: هو اضطراب يمس العقل فيعدم للشخص الادراك والتمييز -وهذا ما يجعل صاحبه-جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حسب نص المادة 42 من القانون المدني.

2-العتة: فهو آفة تصيب العقل فتجعله مختلا ويصبح المعنوه قليل الفهم مختلط الكلام وقليل الادراك وهو كذلك جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حسب نص المادة 42 من القانون المدني، من كل نستخلص أن نص المادة 42 قانون مدني على إطلاقها قد جعلت تصرفات المجنون والمعنوه باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو قبل الحكم عليه بالحجر، إلاّ أنه بالرجوع إلى

نص المادة 107 من قانون الأسرة ⁽¹⁾ تفصل في قضية المحجور عليه حيث تكون تصرفاته باطلة بعد الحكم وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، وبالعكس إذا كانت غير ظاهرة وغير فاشية فهي نافذة وهذا يتطابق مع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حين يفرقون بين الجنون المطبق والجنون المتقطع حيث جعلوا تصرفات الشخص في حالات الصحة هي تصرفات نافذة، وباطلة في حالات الجنون المطبق ولكن بالرجوع إلى نص المادة 85 من قانون الأسرة نجد المشرع ينص صراحة على أن "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه " حيث أدرج السفيه الذي يتمتع أهلية ناقصة كالصبي المميز مع المجنون والمعتوه اللذين هما معدومي الأهلية وأعطى له نفس الحكم بالبطلان المطلق.

3-السفه: وهي آفة تؤثر على الملكات والقدرات النفسية فيبدو السفيه ذا خفة مما يجعله يبدد ماله على غير وجه حق ولا مصلحة مع علم بعاقبة هذه التصرفات كالإسراف في التبرعات، فالسفيه حسب نص المادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته تخضع لنص المادة 83 من قانون الأسرة حيث تكون باطلة إذا كانت ضارة له، والهبة هي ضرر محض له إذا كان واهبا، وتكون نافذة إذا كانت نافعة وهذا إذا كان موهوبا له، وتخضع لإجازة الولي إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين الضرر والنفع، والهبة هي ضرر له إذا كان واهبا فحتى الولي لا يجوز له أن يتصرف في ذلك ولا أن يجيز في ذلك.

4-الغفلة: وهي عدم الاهتمام إلى الأعمال النافعة والرابحة من التصرفات مما يؤدي إلى ضياع المال والحقوق، دون علم بعاقبة هذه التصرفات وبحسن نية، وما يقال على ذي الغفلة في تصرفاته هو نفس حكم السفيه، إلا أنه يجب الإشارة إلى حكم تصرفات السفيه وذا الغفلة قبل الحكم بالحجر عليهما فتكون نافذة إلا إذا ظهر ما يدل على تواطؤ واستغلال وابتزاز لمالهما فيحكم ببطلانها كذلك، وبعد الحكم تكون حكم ناقص الأهلية بالبطلان. وتجدر الإشارة في هذا المنوال إلى بعض الحالات التي تمنع الشخص من التصرف في ممتلكاته حتى ولو كان بالغاً لسن الرشد ومتمتعاً بكامل أهليته وسميت بموانع الأهلية وهي الحجر القانوني لحكم بعقوبة جنائية وشهر الإفلاس واجتماع عاهتين بالشخص من ضمن ثلاث عاهات.

(1) المادة 107 من قانون الأسرة تنص "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها "

1-الحجر القانوني لحكم بعقوبة جنائية: أو ما يسمى بالعقوبة التكميلية حيث يمنع المتهم المحكوم عليه بعقوبة جنائية من التصرف في أمواله حيث يكون الحجر القانوني وهو ما نصت عليه المادة 9 من قانون العقوبات بقولها "العقوبات التكميلية هي: 1 الحجر القانوني" أما المادة 9 مكرر 1 فتتص "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية" (1) وعليه فالواهب لا يمكن له أن يتصرف في ممتلكاته المالية بالتبرع ولا بتقديم هبة أثناء فترة العقوبة المحكوم عليه بها.

2-شهر الإفلاس: كذلك يعتبر شهر الإفلاس من الأسباب المانعة للشخص من ممارسة أي تصرف في أمواله وبالتالي هو ممنوع من أن يهب أمواله حيث نصت المادة 244 الفقرة الأولى من القانون التجاري "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بما فيها الأموال التي يكتسبها بأي سبب كان ومادام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بزمته طيلة مدة التفليسة". (2)

3-اجتماع عاهتين: إن هبة من اجتمعت فيه عاهتان تكون قابلة للإبطال في غياب المساعد القضائي حسب ما نصت عليه المادة 80 من القانون المدني "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عيّن من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

وخلاصة القول هي أن المقصود من كل هذه الشروط هو انه يجب أن يكون الواهب أهلا للتبرع سليم العقل غير محجور عليه بحسب المادة 203 آنفة الذكر من قانون الأسرة فإذا توفرت في الواهب هذه الشروط استطاع أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها حسب نص المادة 205 قانون الأسرة "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أودينا لدى الغير" وهو

(1) قانون رقم 23-06 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم، الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 24 ديسمبر 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر رقم 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006، ص 12

(2) الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر رقم 101، المؤرخة في 16 ذي الحجة 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975، ص 1331

ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره الذي نص فيه أن (التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه، أو على من وهب أو حبس أو على من حرمه من الإرث بهما هو تدخل يتجاوز حدود صلاحيات القاضي ويأخذ به بعيدا عن دوره المنوط به وهو العمل بالدليل فالشخص له حرية التصرف في أمواله في حدود الشرع بالطريقة التي يراها أصلح له وعليه فالهبة صحيحة ووقع الحوز فيها وسد باب النقاش حولها، والمجلس إذ يحكم بإبطال الهبة قد خالف القواعد الشرعية ولم يعط لقراره التسبيب الكافي الأمر يجعل طلب نقضه مقبولا لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المطعون فيه) (1)

وكذلك نجد أن المحكمة العليا في سنة 2010 قد نصت في قرار على الآتي (من حيث المبدأ يجوز قانونا للواهب أن يهب كل ممتلكاته قيد حياته وأن قضاة الموضوع اعتبروا أساسا في قراراتهم المنتقدة على احترام إرادة الواهب فيما ذهب إليه واعتبروا بذلك أن عقود الهبة التي أبرمها صحيحة، لكن بالرجوع إلى هذه العقود محل طلب الإبطال هي عقود هبة والمرحوم "ب ع" تصرف في أملاكه وفق إرادته وحيث طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير" وحتى متى كان ذلك يستوجب احترام إرادة الواهب فيما توجهت إليه مما يتعين رفض الوجه المثار لعدم التأسيس فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا) (2) وأما من حيث الصحة العقلية للواهب ومنها أهليته للتبرع وفق الهبة فقد نص المجلس الأعلى في قراره على ما يلي (أن النزاع في قضية الحال يتعلق بعقد هبة، وان الطاعنات دفعن بأن والدهن الواهب كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه ولقد كان على قضاة الاستئناف التصدي لهذا الادعاء والعمل على أثباته أو نفيه فالاعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت الواهب في صحة التصرف وإهمال الجواب على ما ذكره، يكون معه القرار المطعون فيه ناقص البيان وغير معلل بما فيه الكفاية مما يجعل قرارهم عرضة للنقض) (3)

1) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 47072، بتاريخ 1988/3/14، قضية بين فريق (ص) ضد (ص ق)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1991، ص 39

2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 572205، قرار بتاريخ 2010/7/1، قضية (ب أ) ضد ورثة (ب ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2010، ص (272-277)

3) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 31833، بتاريخ 1984/10/22، قضية فريق (غ) ضد (غ أ)، المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1989، ص 65

2) أهلية الموهوب له: في الحقيقة أن القانون الجزائري لم ينص على شروط تخص الموهوب له إلا فيما يخص استثناءين وهما ما وردا في المادة 209 والمادة 210 من قانون الأسرة وذلك إذا كان الموهوب له جنينا، لم يولد بعد، أو كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه، فالهبة مادامت هي نفعا محضا للموهوب له فلا يتطلب ذلك إلا أن تكون أهلية وجوب، ولا تتطلب أهلية الأداء، باستثناء أن تكون الهبة مشروطة بشرط فيه التزامات، فعند ذاك يتطلب وجود أهلية أداء.

وعليه فيكفي في الموهوب له التمييز لأنه عندما يقبل الهبة إنما هو يقوم بعمل نافع له نفعا محضا، وبذلك يمكننا استنتاج أن شروط الموهوب له هي شرطان، الأول أن يكون موجودا حقيقة أو حكما، فالهبة لكي تصح يجب أن يكون الموهوب له حيا يرزق، وموجودا حقيقة وقت الهبة كونها تقع بين الأحياء وغير الحي لا يملك ومن ثم يجب أن يوجد إيجاب وقبول ووجود الموهوب له حقيقة يتصور منه القبول، ويمكن أن يوجد الموهوب له حكما لا حقيقة كوجود الجنين في بطن أمه، وقد سائر المشرع الجزائري في هذه النقطة رأي الإمام مالك وأصحابه الذين يرون أن الهبة للجنين جائزة وحتى أنها جائزة للمعدوم، وعليه فمن وهب لحمل مالا، والتزم له شيئا من معروف، كل ذلك صحيح لازم، ويوقف ذلك الشيء، فإن ولد حيا وعاش، كان ذلك له، وإن استهل صارخا ثم مات كان لورثته، وإن خرج ميتا أو أنفش الحمل بقي الشيء على ملك صاحبه⁽¹⁾، بخلاف رأي الجمهور، الذين يرون أن الهبة للجنين لا يجوز ولا تصح وأن ليس له الحق فيها، إلا من حقوق أربع وهي النسب والميراث والوصية ثم الوقف عليه، ولا أهلية للجنين في استحقاق غيرها.

والشرط الثاني وهو أن يكون الموهوب له مميزا حتى يكون أهلا لقبول الهبة وبذلك يلحق به السفیه وذو الغفلة، ويقبلها نيابة عنه وليه أو وصيه أو قيمه على ذلك إذا كان الموهوب له عديم التمييز كالمجنون والمعتوه والجنين. ومما تجدر الإشارة إليه أن أغلب التشريعات العربية لم تنص على الهبة للجنين بخلاف التشريع اللبناني الذي أجاز الهبة للجنين بموجب المادة 518 من قانون الموجبات والعقود التي جاء فيها "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يتقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم"⁽²⁾ وبذلك فقد أجازت هذه المادة الهبة للأجنة في أرحام

(1) محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 111

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 263

أمهاتهم عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم، بذلك فهي هبة صحيحة سواء كان هذا الموهوب له قد ولد حيا أو كان باقيا في الرحم، ولم ينص المشرع اللبناني على الآثار التي تترتب عن الهبة كما فعل المشرع الفرنسي الذي ينص في المادة 906 من القانون المدني (Article 906. Code civil Français) على الآتي :

« Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. »⁽¹⁾

يكفي في أهلية الموهوب له للقبول أن يكون حملا وقت الهبة، يكفي في أهلية الموصى له قبول الوصية أن يكون حملا وقت وفاة الموصي، غير أنه لا يترتب على الهبة أو الوصية آثارهما إلا إذا ولد الطفل حيا" ويستفاد من صريح عبارة هذه المادة فيما يخص الهبة لتكون جائزة صحيحة وتنتج آثارها وتصبح ملزمة للواهب تجاه الموهوب له الجنين، يتعين أن يكون الجنين حملا وقت التبرع بالهبة وحين انشاء عقدها وأن يولد الطفل حيا وقابلا للحياة، وهي في هذا تعتمد على التصريح بالإيجاب وحده، على رأي بعض الفقهاء الفرنسيين، والبعض الآخر يرى أن الهبة قبل قبولها تعتبر مجرد مشروع وأنه لا يمكن وصف العقد بأنه هبة.⁽²⁾

ثانيا سلامة الرضا من العيوب

تطبيقا للقواعد العامة فإن عيوب الرضاء في عقد الهبة هي عيوبه في أي عقد آخر، فيعيب إرادة المتعاقدين-وبالأخص إرادة الواهب-أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فتفسد التراضي ويصبح العقد قابلا للإبطال.

1) الغلط: وهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم غير صحتها⁽³⁾، وعليه فحتى تكون الهبة قابلة للإبطال يجب أن يكون الغلط جوهريا وأكثر من يقع في الغلط هو الواهب، لأن الموهوب له لا يلتزم بشيء مالم تكن الهبة بعوض، ويقع الواهب في غلط جوهرى إما في الشيء الموهوب وإما في شخص الموهوب له، إما في القيمة أو الباعث ومثال الغلط الجوهرى في الشيء الموهوب أن يهب أرضا زراعية على أنها أرض بناء فإذا كان الغلط مشتركا بين

1) Institut Français d'information juridique، code civil français، droit.org، Edition 2015, Paris, France, p. 177

(2) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص113

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، مرجع سابق، ص311

الواهب والموهوب له، أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بخلط الواهب، كانت الهبة قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب ومثال الغلط الجوهري في شخص الموهوب له كأن يعتقد في الموهوب له أن له قرابة به ثم يتضح له غير ذلك، هنا يجوز للواهب أن يطلب ابطال العقد للخلط إذا كان الغلط مشتركاً أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بخلط الواهب أما الغلط الجوهري في قيمة المال كأن يهب الواهب أسهما ثم يتضح أن احداها ربح جائزة كبيرة، ومن ثم تدل الملاحظات على أن الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بخلط الواهب فيحق للواهب ابطال العقد للخلط فيما يتعلق بالسهم الرابع، ومثال الغلط الجوهري في الباعث الذي جعل الواهب يهب شيئاً هو اعتقاده أنه في مرض الموت ثم يشفى من مرضه فيجوز للواهب ابطال العقد للخلط في الباعث على الهبة بشرط أن يكون الموهوب له عالماً أو يستطيع أن يعلم بالوقوع في الغلط وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المواد 81، 82، 83، من القانون المدني وهو الغلط الجوهري والذي يكون فيه عقد الهبة قابلاً للإبطال، فالمادة 81 تنص على (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب ابطاله) أما المادة 82 فقد جاءت بـ (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد) أما المادة 83 فنصت على (يكون العقد قابلاً للإبطال لخلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81، 82، مالم يقض القانون بغير ذلك).

(2) التدليس: هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو هو إيهام الشخص بغير الحقيقة باستعمال الحيلة والخديعة لحمله على التعاقد. وللتدليس عنصران هما العنصر الموضوعي بحيث تستعمل الطرق الاحتيالية والكذب، وعنصر نفسي هو التضليل والوقوع في الغلط، وعليه فحتى يكون التدليس مفسداً للرضا يجب أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد، والتدليس متصلاً بالمتعاقد ونتاجاً عنه، وأكثر ما يقع التدليس يكون على الواهب، ويقع من الموهوب له أو باشتراكه مع أجنبي، وبذلك فإذا كان التدليس هو الذي دفع الواهب إلى هبة ماله جاز له أن يبطل الهبة، بأي طريق من الطرق الاحتيالية يدفع الواهب إلى الهبة يكفي لإفساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو محض الكتمان، وإذا صدر التدليس من غير الموهوب له فللواهب أن يطلب ابطال الهبة إذا كان الموهوب له يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم

بهذا التدليس⁽¹⁾ وقد نصت المادتين 86، 87، من القانون المدني على التدليس حيث نصت المادة 86 على (يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) أما المادة 87 فتتص (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد بما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس) وعليه فإن التدليس يجعل عقد الهبة قابلا للإبطال إذا كان بالصفة التي وصفها المشرع.

(3) الإكراه: هو ضغط مادي أو معنوي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد وهو على نوعين الإكراه المادي وهو الذي يعدم التراضي حيث ينتزع الرضاء عنوة لا رهبة كأن يمسك يد المكره حتى يوقع على وثيقة، والنوع الثاني هو المعنوي أو الأدبي ويكون ذلك باستعمال التهديد والرهبة وهذا هو المفسد للتراضي دون أن يعدمه. وعليه يكون العقد قابلا للإبطال، ويشترط في الإكراه أن يكون التعاقد تحت سلطة الرهبة التي هي الدافع للتعاقد أن يكون الإكراه متصلا بالمتعاقد وهذا ما ذكر في المادتين 88، 89، من القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 88 على (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة، يبعثها المتعاقد في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقربيه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه) أما المادة 89 فقد نصت (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد إلاّ أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه).

(4) الاستغلال: هو ان يستغل الشخص طيشا بيّنا أو هوى جامحا في شخصا آخر كي يبرم معه تصرفا يؤدي إلى غبن فاحش، فكثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشا بيّنا أو هوى جامحا كتزوج شيخ من شابة التي يقع تحت سلطانها فتستغل ضعفه وهواه وتستكتبه من الهبات المستترة لنفسها أو أبنائها، والعكس كذلك كأن تقع امرأة ثرية تحت سلطان شاب فيتزوجها من

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 110

أجل مالها ويبتزها عن طريق الهبات كذلك، أو كأن تستغل رفقة السوء شابا ثريا فيستكتبونه على هبات لهم استغلالا في طيشه ونزقه، وعليه فللواهب ابطال هذه الهبات، أو من له مصلحة في ذلك وهو ما تناولته المادتين 90، 91، من القانون المدني حيث تنص المادة 90 على (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت مقبولة.....) أما المادة 91 فتتص (يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود). وعليه إذا كان الطرف الواهب قد وقع في الاستغلال، أوفي غبن يمكنه طلب ابطال العقد أو رفع الغبن، أو طلب الإنقاص من الهبة خلال سنة.

المبحث الثالث: القبض والحيازة في عقد الهبة

بالرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من المذاهب الأربعة نجدهم يعتبرون الهبة تصرفا رضائيا ولا يشترطون إفراغها في شكل رسمي معين، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ذلك أن صورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض وهو ما يقابله بالتشريع الوضعي الحيازة للشيء الموهوب من طرف الموهوب له.

المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن القبض هو حيازة الشيء والتمكن من التصرف فيه وعند المالكية شاع عندهم التعبير عن القبض بالحيازة، أي أن القبض هو نقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له ليتصرف فيه تصرف المالك له.

حكم القبض: لقد قال المالكية بأن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول ولكنها لا تتم إلا بالقبض بمعنى أن القبض شرط تمام فيها، حيث يجبر الواهب على إقباضها للموهوب له، وتجب بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له وتتم بالقبض وتجب المطالبة بها لمن استوهبها أو طلبها إذا منعه الواهب إياها⁽¹⁾ وفي قول لمالك، قال مالك: "ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع

(1) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص 999

سواء" وعليه فالقبض عند مالك في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة (1) ولقد اعتمد الإمام مالك في الاستدلال على القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر، جعل القبض فيها من شرط التمام، ومن حق الموهوب له، وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم اعطه أحداً، وإن مات قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يجزها الذي نحلها للمنحول له و أبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة" (2)، وما روي عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر و عبد الله بن عباس أنهم قالوا "لا تجوز الهبة حتى تقبض" و لم يعرف عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً، وقالوا ونظراً لأن الصحابة رضوان الله عليهم قد اشترطوا في الهبة القبض سداً للذريعة التي ذكرها عمر بن الخطاب، و أن الهبة عقد كسائر العقود مثل البيع والوصية والبيع لا يشترط في صحته القبض فكذلك الهبة، قلنا بأن القبض شرط تمام في الهبة اعتماداً للأمرين أعني القياس وما روي عن الصحابة، فيكون توفيقاً (3)، ومن ذلك من تصدق عليه رجل بأرض، فقبضها حيازتها، فإن كان لها وجه تحاز به من كراء يكرهه، أو حرث يحرثه أو غلق يغلق عليها، فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعله حتى مات المعطي، فلا شيء له وإن كانت أرضاً قفاراً مما لا يحاز بغلق، ولا فيها كراء يكره، ولا أتى لها إبان تزرع فيه أو تمنح أو يحوزها بوجه يعرف حتى مات المعطي، فهي نافذة للمعطي، وحوز هذه الأرض بالإشهاد (4) وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط القبض في لزوم الهبة، وأن الهبة تقع جائزة ولا تلزم إلا القبض و ليس للموهوب له حق المطالبة، إلا أنهم اختلفوا في حكم عقد الهبة إذا مات أحد المتعاقدين قبل القبض، هل يبطل العقد أم لا؟ فذهب الحنفية إلى القول بالبطلان، وعلى ذلك فالهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض، فإن قبضها في المجلس بغير إذنه جاز، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه (5)، وباستيفاء جميع الشروط الخاصة بالعاقدين وصيغة

(1) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 860

(2) المرجع نفسه، ص 860

(3) خير عبد الراضي خليل، الرسالة السابقة، ص 58

(4) أبي سعيد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث وإحياء التراث، إ.ع.م، 2002، ج4، ط1، ص(348-349)

(5) عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، تعليق محمود أبو دقيقة، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (د.س)،

ج3، ص 48

العقد وفيما يوهب، ينعقد العقد ويصحّ، ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقارا أو منقولا، وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكا للواهب وأي تصرف له فيها نافذ، ولا يتعلق بها حق للموهوب له وعللوا ذلك بما ورد في الأثر "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة" (1)، وذهب الشافعية بأنه لا يصح شيء من الهبات إلا بالإيجاب و القبول، ولا يملك المال فيه إلا بالقبض، ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب فإن وهب منه شيئا في يده، أو رهنه عنده، لم يصح القبض حتى يأذن فيه (2) وأنه إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لم يفسخ العقد لأنه عقد يؤول إلى اللزوم ويقوم الوارث في هذه الحالة مقام مورثه، فإن مات الموهوب له قبض وارثه إن أقبضه الواهب، وقد جاء في كتاب التنبيه "وفي الهبة يصح من غير إذن وقيل فيهما قولان، وإن مات الواهب قبل القبض، قام الوارث مقامه إن شاء أقبض، وإن شاء لم يقبض، وقيل يفسخ العقد وليس بشيء". (3)

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الهبة تلزم بالقبض، وعنه تلزم في غير المكيل والموزون لمجرد الهبة ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب إلا ما كان في يد المتهب.

فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه، وعنه لا يصح حتى يأذن في القبض (4)، وقال المجد في "شرح الهداية": «إن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض»، وكذا صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقى يدلّ عليه أيضا، وعن ابن حامد وجه: «أن الملك في الهبة يقع مراعى، فإن وجد القبض تبيّن أنه كان للموهوب بقبوله، وإلا فهو للواهب. قلت: وهو وجه حسن» (5)، وتلزم الهبة بقبضها بإذن واهب، ولا تلزم قبلهما أي: قيل القبض بإذن الواهب ولو كانت الهبة في غير مكيل ونحوه، لما روى مالك عن عائشة "أن أبا بكر كان نحلها جادّ عشرين وسقّا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنيّة، ما من الناس أحد أحب إليّ غنىّ بعدي منك، ولا أعز عليّ من فقر بعدي منك، وإنني كنت نحلّتك جادّ عشرين وسقّا فلو كنت جدّدتي واحترتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله"، وروى ابن عينية عن عمر نحوه، وروى

(1) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، مرجع سابق، ص 249

(2) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ص 138

(3) المرجع نفسه، ص 138

(4) أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ص (192-194)

(5) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الاقتناع، مرجع سابق، ص (122-123)

أيضا نحوه عن عثمان، وابن عمر و ابن عباس، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة (1)، وعليه فإن مات الواهب فوارثه مخير بين أن يقبض الموهوب له ما كان قد وهب له، أو أن يرجع فيه، أما إذا مات الموهوب له قبل القبض فقد بطل العقد وخلاصة ذلك لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه (2)، و هو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي و الثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، والشافعي وقال مالك، وأبو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام "العائد في هبته، كالعائد في قبئه"، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد. (3)

هبة المشاع: لقد اتفق الفقهاء على جواز هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته وذلك إما للضرورة كما قال أبا حنيفة، أو لعدم ورود ما يدل على المنع كما قال جمهور العلماء، واختلفوا في هبة المشاع الذي يمكن قسمته إلى رأيين، الأول لجمهور العلماء من مالك والشافعي وأحمد، وأبو ثور وأهل الظاهر وعثمان البتي، ومعمر وإسحاق وإبراهيم النخعي وهم القائلون بجواز هبته والثاني رأي الأحناف القائلين بعدم الجواز في هبته.

رأي الأحناف: وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، وفيما يقسم لا تجوز فإن قَسَمَ وَسَلَّمَ جاز، لأن القبض شرط في الهبة لما روينا، وأنه غير ممكن في المشاع، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون إضراراً به، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفي به للضرورة، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة. قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع (4)، وبذلك يقول الأحناف بأن المشاع الذي يمكن قسمته لا تجوز هبته إلا بعد القسمة ولو وهبه لشريكه، وذلك لأن الصحابة رضوان الله عليهم قد اشترطوا القبض المطلق في صحة الهبة، والمطلق ينصرف إلى الكامل، فيلزم أن يكون القبض كاملاً وهذا هو المذهب، ولكن التحقيق أن الهبة في هذه الحالة غير تامة (5)، وقد استدلل الأحناف على جواز هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته، وعدم جوازه

(1) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 59

(2) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 239

(3) المرجع نفسه، ص (240-241)

(4) عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، المرجع السابق، ص (49-50)

(5) خير عبد الراضي خليل، الرسالة نفسها، ص 69

إن كان قابلاً للقسمة بالآتي: (1) إجماع الصحابة فيما روي عن سيدنا أبا بكر رضي الله عنهم في الحديث الذي روي عن مالك عن عائشة، فقد اعتبر الصديق رضي الله عنه القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك، لأن الحيابة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز. (2) وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حدّثني مالك، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نُحلاً، ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نُحلها، حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل (1) والمراد من الحيابة هو القبض، وبذلك أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة. (3) ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يمكن، ولأن اشتراط أصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض أو كي لا يلزمه المطالبة بالتسليم، وهذا المعنى هنا ذاته لو صحّ لوجب عليه القسمة، والمطالبة بالقسمة فيصير عقد التبرع موجباً لضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة، وهو خلاف موضوع التبرع. (2) رأي الجمهور: لقد ذهب جمهور العلماء إلى جواز هبة المشاع مطلقاً سواء كان للشريك أم للأجنبي، وسواء كان المشاع ممن يمكن قسمته أم لا، وسواء كان مما ينقل أم لا، إلا أنهم اختلفوا في كيفية قبضه، فذهب الشافعي وأحمد بن حنبل إلى القول بأن قبض الحصة الشائعة يكون بقبض الكل، لأن القبض يكون بوضع اليد والتمكن من الشيء الموهوب، وبقبضه لكل يكون قد وضع يده على حصته، والتمكن منها مع اشتراط إذن الشريك إذا كان مما يقبض بالنقل، لأن قبضه يكون بالنقل ونقله لا يتأتى إلا بنقل حصة شريكه أيضاً والتصرف في مال الغير، وهذا مما لا يجوز، وإذا لم يأذن الشريك، فللموهوب له أن يوكل الشريك في قبض حصته، وإلا فالحاكم قبض له، أو ينصب من يقبض له فينقله ليحصل القبض، أما إذا كان الشيء الموهوب مما يقبض بالتخلية فلا يشترط إذن الشريك في

(1) رواه مالك، مالك بن أنس، بتحقيق كلال حسن علي، الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل، حديث رقم 1512 و1513، مؤسسة الرسالة ناشرون، 1434هـ 2013م، دمشق سوريا، ط1، ص (571-572)

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص (93-94)

هذه الحالة وعليه فيكون قبض المشاع بقبض الجميع منقولاً كان أو غيره، فإن كان منقولاً ومنع من القبض شريكه ووكله الموهوب في قبض نصيبه صحّ، فإن لم يوكله الموهوب له قبض له الحاكم ويكون في يده لهما ويصح بيع الواهب للموهوب قبل قبضه وإن ظن لزوم الهبة بالعقد⁽¹⁾، وقال المالكية يكون قبض المشاع بوضع اليد عليه كما كان صاحبه يضع يده عليه مع شريكه ولا فرق، إلا في المرهون الذي يكون الشريك فيه الراهن، فيشترط قبض الكل كيلا تجتمع يد الراهن والمرتهن معاً سواء أذن الشريك أم لم يأذن. وخلاصة القول أنّه تصح هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي، قال الشافعي: وسواء في ذلك ما أمكن قسمته، أو لم يكن، وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته، لأن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه، ولنا أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم" رواه البخاري، وهذا هبة المشاع⁽²⁾

المطلب الثاني: حيابة الهبة في التشريع الجزائري

يقصد بالحيابة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب فيتصرف فيه تصرف المالك للشيء، والظهور بمظهر صاحب الحق، ولا تتم الحيابة بهذا المعنى إلا بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له. وعليه فإن المشرع الجزائري نص على الحيابة في المادة 206 من قانون الأسرة التي جاءت كالآتي "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة، ومع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة"، وعليه فإن المشرع الجزائري يعتبر الحيابة ركن في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو منقول⁽³⁾ وهو ما يستشف من قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986/04/21 "حيث أن النزاع يدور حول صحة الهبة وأن الحيابة شرط لإتمام عقد الهبة، حيث أنه بالرجوع إلى القرار والحكم المؤيد من طرفه وعناصر القضية يتضح أن الحيابة التي هي شرط أساسي في صحة الهبة لم تثبت بصفة قطعية إذ أن قضاة الاستئناف اكتفوا لتأسيس

(1) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 566

(2) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 247

(3) شيخ نسبية، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، مرجع سابق، ص 52

قرارهم بقولهم أن العقد يشير إلى أن الحيازة انتقلت إلى الموهوب له يوم إبرام هذا العقد، وأن الحيازة متنازع فيها، وحيث أن قضاة المجلس لما اعتبروا الهبة صحيحة من دون التأكد بوقوع الحيازة الفعلية للقطع الموهوبة والمتنازع من أجلها لم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً ولم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض، فلهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى قبول الطعن شكلاً و موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه" (1)

- كيفية إتمام حيازة المال الموهوب:

وتتم الحيازة بوضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه وهنا نميز بين حيازة العقار والمنقول، وكذلك بين ما هو موجود في حيازة الموهوب له فعلاً، وبين من لم يحزه بعد. فإذا كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة، بموجب عقد من العقود الأخرى كالإيجار أو العارية أو الوديعة أو رهن حيازي ونحو ذلك ثم تمت الهبة، كان الموهوب له حائزاً فعلاً للموهوب وقت تمام الهبة، ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم، وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته (2) كمالك له عن طريق الهبة وهو ما يسمى بالحيازة الحكيمة والذي نصت عليه المادة 207 من قانون الأسرة، وإن كان بيد الغير وجب إخباره، وتتم الحيازة في العقار بتسليمه إلى الموهوب له، ووضعه تحت تصرفه فإن كانت داراً أخلاها من أثاثها وسلم له مفاتيحها، وإن كانت أرضاً زراعية تركها للموهوب له، وأخرج منها حيواناته وآلاته أو عتاد فلاحه، ويمكن الموهوب له من الاستيلاء على العقار ليتم استغلاله من دون أي تعرض له، وبذلك يتم القبض والحيازة وتصح الهبة تامة مع التوثيق، وعليه فإن الرسمية لا تغني وحدها بل لابد من الحيازة معها فهما شيان متلازمان وباجتماعهما يشكلان تمام الهبة.

أما بالنسبة للمنقول، فإذا كان من المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة فإن الحيازة فيها تتطلب هذه الإجراءات مع تسليمها وحيازتها من قبل الموهوب له كالسفن والزوارق والسيارات والجرارات وبعض الآلات والدراجات النارية، والأسهم الاسمية فلا تتم الهبة إلا بالحيازة مع الإجراءات الخاصة. أو بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب للموهوب له في المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع إلى الإجراءات الخاصة، وهي الهبة التي تقع على

(1) المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 40457 بتاريخ 1986/04/21، قضية (م م) ضد (م أ)، المجلة القضائية العدد

02، 1989، ص 72

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، مرجع سابق، ص 11

أشياء قابلة للنقل في الملكية دون قيد أو عقد أو توثيق كالحلي والمجوهرات والساعات والكتب والآلات الالكترونية ومختلف الحيوانات، فالحياسة في هذه المنقولات تتم بالتسليم الفعلي للموهوب، ليوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له، ليتمكن من حيازته والانقاع به دون عائق، وعليه فشرط إتمام الهبة في هذه المنقولات هو حوز الموهوب من طرف الموهوب له.

متى يستغنى عن الحيازة؟

لقد نصّ المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في المادة 208 من قانون الأسرة التي نصّت على "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الادارية تغني عن الحيازة" وعليه فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مشاعاً فإن إجراءات التوثيق والرسمية تغني عن الحيازة في العقار، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 58700 المؤرخ في 19/02/1990 المنشور بالمجلة القضائية سنة 1991 عدد 04 ص 113 "من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها، ولو لم يتم الحوز"⁽¹⁾، أما بالنسبة للمنقولات فإن الإجراءات الادارية تغني عن الحيازة، ويضع الموهوب له يده على الشيء الموهوب إما بنفسه أو بواسطة وكيله وإذا كان الموهوب له قاصراً أو محجوراً عليه، فالحياسة تنفذ بواسطة ممثله القانوني. وهذا حسب ما نصّت عليه المادة 210 من قانون الأسرة التي نصّت على "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً".

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، المرجع السابق، ص 12

خلاصة الفصل الأول

في آخر هذا الفصل ارتأيت أن أسجل بعض الملاحظات فيما يخص التشريع الجزائري مما وافق أو اختلف فيها مع بعض التشريعات العربية والفقه الإسلامي:

(1) إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أن الهبة عقد، ولكن هذا يمكن استخلاصه من نصي المادتين 202 و 206 من قانون الأسرة حيث أن المرع اعتبر الهبة عقد لاشتراطه بأن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، وهما ركنان أساسيان لكل عقد، تماشيا مع الرأي السائد للنظرية العامة للعقود والمذاهب الفقهية الأربعة.

(2) لقد أوجد المشرع الجزائري تعارضا بيّنا بين نصوص مواد قانون الأسرة والقانون المدني حيث نصّت المادة 42 من القانون المدني على أن غير المميز هو من لم يبلغ سنّه 13 سنة وأنه لا يكون أهلا لمباشرة تصرفاته، وأن هذه التصرفات حسب المادة 82 من قانون الأسرة هي باطلة طبقا للمادة 42 من القانون المدني، وكذا المعتوه والمجنون ، وأما السفیه وذو الغفلة فهما ناقصا أهلية حسب المادة 43 من القانون المدني وتصرفاتهما تأخذ حكم الصبي المميز أكبر من 13 سنة وأقل من 19 سنة، إلا أن المادة 101 من قانون الأسرة قد جعلت السفیه في زمرة المجنون والمعتوه لتحجر عليهم فهو معدوم الأهلية، وبذلك جهلت لهم نفس الحكم وساوت بين عديمي الأهلية وناقصها حسب نص المادة 107 من قانون الأسرة.

(3) المشرع الجزائري أخر سن التمييز إلى السن 13 سنة مخالفا لأغلب التشريعات العربية التي حددتها بسبع سنوات ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في ذات الشأن.

(4) لقد أخذ المشرع الجزائري بالهبة للجنين وأجازها بمقتضى المادة 209 من قانون الأسرة مخالفا لأغلب التشريعات العربية وموافقا لقانون الموجبات والعقود اللبناني، وللقانون المدني الفرنسي الذي أجازها كذلك بشرط ولادة الجنين حيّا، ومخالفا لجمهور علماء الفقه، ومسايرا للمذهب المالكي، وهذا مما يحسب للمشرع الجزائري، كون الإمام مالك منسجم مع رأيه في تكيف الهبة بكونها تلزم بالإيجاب على المشهور من الرأي.

الفصل الثاني

أحكام الهبة وأحكام الرجوع فيها

الفصل الثاني: أحكام الهبة وأحكام الرجوع فيها

بعد تناولنا في الفصل الأول لماهية الهبة وكيفية انعقادها، نحاول في هذا الفصل الثاني أن نلخص أحكام الهبة وكيفية الرجوع فيها فقها وتشريعا حيث يكون المبحث الأول حول أحكام الهبة، ونتناولها في مطلبين ثمّ المبحث الثاني حول الآثار المترتبة عن الهبة، ثمّ المبحث الثالث حول الرجوع في الهبة والآثار المترتبة عن الرجوع.

المبحث الأول: أحكام الهبة

في هذا المبحث سنناقش الأحكام الخاصة بالهبات المختلفة والتي نص عليها المشرع الجزائري وجعل لها أحكاما خاصة أو التي لم ينص عليها وإنما جاءت متتالية في ثنايا القانون المدني كشرعية عامة تمس جميع العقود، أو كانت وفق ما نص عليها فقهاء المذاهب الأربعة فكان الرجوع إليها بنص المادة 222 من قانون الأسرة، والقصد الهبات: هبة ملك الغير، وهبة الأموال المستقبلية، وهبة المال المشاع، وهبة الدين، وهبة الثواب، كل في المطلب الأول تحت عنوان: فيما يصح من الهبات، ثمّ المطلب الثاني تحت عنوان: هبة المريض مرض الموت فقها وتشريعا لنتناول فيه حكم هبة المريض للوارث ولغير الوارث، والوعد بالهبة، ثمّ هبة العمرى والرقبي، والهبة للولد

المطلب الأول: فيما يصح من الهبات

في هذا المطلب سنجيب عن فيما يصح من الهبات التي يمكن أن تعرض في حياة الناس، وسنعرف حكمها في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي وهي هبة ملك الغير وهبة الأموال المستقبلية وهبة المال المشاع وهبة الدين وهبة الثواب.

الفرع الأول: هبة ملك الغير

مما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هبة ملك الغير مما يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، وكذلك من نص المادة 205 من نفس القانون نجد أنه يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها أو عينا أو منفعة أو دينا هذا مما يجعل الواهب مالكا لها يهب كيفما شاء، أما من لم يكن مالكا لها فلا يجوز له أن يهبها أي لا يجوز له أن يهب ملك الغير بمفهوم المخالفة، وهوما يستفاد من النصوص الشرعية بأنه لا يجوز هبة ملك الغير كون الواهب ليس بمالك وغير قادر على تسليم الشيء الموهوب، وبذلك فشرط القبض والحوز غير متوفر والهبة لا تجوز إلا مقبوضة، ومما

يجعل الهبة باطلة إن وقعت ولذلك فالهبة لا تصح في حر ولا ملك غير⁽¹⁾ وحاصله أن هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم، والفرق بين بيع الفضولي وهبته ما قاله الشارح من أن بيعه في نظير عوض يعود على المالك بخلاف هبته ومثلها وقفه وصدقته وعتقه فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من الفضولي كان باطلا ولو أجازته المالك⁽²⁾، وفي الفقه الحنفي نجد أنه لا يجيز هبة مال الغير، فلو وهب انسان ما هو مملوك لغيره، فهو فضولي وهبته موقوفة على إجازة المالك، فإن أجازها المالك وهو أهل لإجازتها بأن كان أهلا للتبرع نفذت وإن لم يجزها بطلت وكذلك إن كان المالك غير أهل للإجازة⁽³⁾.

الفرع الثاني: هبة الأموال المستقبلية

لقد جاء قانون الأسرة خاليا من النص على هبة الأموال المستقبلية عكس المشرع المصري الذي استثنى هبة الأموال المستقبلية من القواعد العامة باعتبارها تقع باطلة حسب نص المادة 492 من القانون المدني المصري، ولقد نص المشرع الجزائري على الأموال المستقبلية في القواعد العامة حسب نص المادة 1/92 من القانون المدني (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا)، وعليه فالمشرع الجزائري لم يأت بنص البطلان على غرار المشرع المصري، لافي قانون الأسرة ولا في القانون المدني مما يفهم منه أنه يجوز هبة الأموال المستقبلية وذلك إعمالا لنص المادة 92 من القانون المدني، وكذلك فإنه يمكن الرجوع إلى الفقه الإسلامي فيما لا نص فيه، فالمذاهب الثلاث أبي حنيفة النعمان والشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله عنهم لا يجيزون هبة الأموال المستقبلية كون أن الهبة تمليك في الحال، وتمليك المعدوم محال، ولا تصح هبة مالم يخلق ولا هبة المجهول والحرام⁽⁴⁾، وكذلك لا تجوز هبة ما يكون موجودا حكما، فلو وهب ما في بطن الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وإن قبضهما عند الولادة وعند الحلب لأنه لا وجه بتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم كون انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لمرض أصابها، وكذلك انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره، وبذلك وجد خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بإضافته إلى ما بعد زمان الحدث. ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 98

(2) المرجع نفسه، ص 98

(3) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 249

(4) أبي الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق خضر محمد خضر، الإقناع في الفقه الشافعي، دار الإحسان، إيران 1999، ط 1، ص 120

في الضرع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي أبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه (1) فلو كان الشيء الموهوب معدوما وقت عقد الهبة فلا تصح الهبة لأنه لا محل للعقد، فلو وهب انسان لآخر فرسا ثم تبين أنها ماتت قبل العقد فالهبة باطلة، ولو وهب لإنسان ما تثمره نخلته هذه السنة، أو ما تلده نعجته هذه المرة أو ما في بطن بقرته من حمل، أو ما في ضرعها من لبن فلا تصح الهبة في هذا كله لأن المعدوم لا يتحقق فيه معنى الهبة، كذلك لا تصح الهبة إذا كان الموهوب في حكم المعدوم (2) أما عند الإمام مالك رضي الله عنه فهبة المجهول والشيء المستقبل جائزة متى كانت بغير عوض ولا يضر الغرر فيها، فيجوز للشخص أن يهب نصيبه من مورثه الحي وإن كان الواهب لا يعلم مقدار نصيبه من الميراث وعليه فإنه من الأنسب الأخذ برأي الإمام مالك لأن المشرع الجزائري سكت عن هبة الأموال المستقبلية ولم ينص على المنع بالإضافة إلى وجود نص المادة 92 من القانون المدني التي هي من القواعد العامة التي تجيز التعامل في الأموال المستقبلية مع شرط التحقق، وأن الإمام مالك قد أجاز التعامل بالمجهول والأموال المستقبلية متى كانت الهبة بغير عوض، بل إنه أجاز هبة الثواب لعدم وجود الغرر فيها، مع ما هو متعارف لدينا من أن مذهب الإمام مالك هو المعمول به، فجاز الأخذ بهذا الرأي اعتبارا هو الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية التي نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: هبة الأموال المشاعة

إن قانون الأسرة لم ينص على حكم هبة المشاع بصفة موضوعية صريحة وإنما تناولها بمناسبة ذكر الحيازة في المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص (إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة) ومما يستشف من ذلك أن هبة المال المشاع ضمنيا يعني جوازها، وإلا لما نص على لزوم الرسمية فيها وجعلها تغني عن الحيازة، ومجيء النص بهذا الشكل مما يجعل دراستها يتطلب اللجوء إلى تناولها من الجانب الفقهي وهوما تناولناه في هبة المشاع (3)

الفرع الرابع: هبة الدين

لقد نصت المادة 205 من قانون الأسرة على أنه (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا

(1) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 249

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 248

(3) أنظر الصفحتان (57-59) من هذه الرسالة

منها عينا أو منفعة أودينا لدى الغير) وهذا مسائرا للمذهب المالكي، وعليه فتعتبر هبة الدين إلى المدين صحيحة بالإجماع لدى جميع المذاهب الأربعة حتى ولو كان مقداره غير معلوم. ولذلك فهبة الدين عند الأحناف جائزة إذا كانت لمن عليه الدين ولكن ليست حقيقية لأن الهبة يشترط فيها أن تكون عينا وليس دينا، وبذلك فهي مجاز عن اسقاط الدين عن المدين ولو كانت بلفظ الهبة، والقبول من المدين ليس بشرط عندهم، ومن حق الدائن أن يرجع في ذلك طالما في المجلس وقيل ولو بعد افتراقهما ⁽¹⁾ ولا يشترط القبول في هبة الدين للمدين أو إبرائه منه، ولكن يرد برده، لأن هبة الدين للمدين والابراء من الدين هما من وجه تمليك ومن وجه آخر اسقاط ⁽²⁾ أما هبة الدين للأجنبي فجائزة أيضا إذا أذن له الدائن في القبض، وقبض استحسانا ولا بد من الاذن بالقبض فيه صريحا بخلاف هبة العين فيكفي فيه القبض بحضرة الواهب ووجه القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه الدين لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة ⁽³⁾، أما في مذهب الشافعي أن الهبة الدين للمدين ابراء له منه، فلا يحتاج إلى قبول، ففي مغني المحتاج قال: (وهبة الدين للمدين ابراء، ولغيره باطلة في الأصح) لأن هبة الدين صريح في الابراء وهو كذلك وإن قال في الذخائر: إنه كناية، وترك الدين للمدين كناية ابراء وهبته لغيره وهو من لا دين عليه باطلة في الأصح، وعبر في الروضة بالمذهب، لأنه غير مقدور على تسليمه وإنما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه ⁽⁴⁾ أما الحنابلة يقولون بصحة هبة الدين لمن عليه الدين فإذا وهب الدائن الدين للمدين أو أبرأه منه أو أسقطه عنه أو تركه له أو أحله منه برأت ذمته من الدين، ولو لم يقبل ذلك على الصحيح من المذهب وعللوا ذلك بأن الابراء لا يفتقر إلى القبول وذلك كالعق والطلاق بخلاف هبة العين فلا بد من القبول فيها للتمليك. وإذا كان له في ذمة انسان دين، فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وإن ردّ ذلك ولم يقبله لأنه اسقاط، فلم يفتقر إلى القبول، وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته، أو باعه إياه لم يصح، وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري وإسحاق. ⁽⁵⁾

(1) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 44

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 414

(3) خير عبد الراضي خليل، الرسالة نفسها، ص 45

(4) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص (564-565)

(5) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص (250-251)

أما عند المالكية فتصح هبة الدين سواء كانت لمن عليه الدين أو الأجنبي فإذا كانت لمن عليه الدين فإنها إبراء يحتاج إلى قبول على الراجح لأنه نقل ملك، أما هبة الدين لغير من عليه الدين فصحيحة ولكن بشروط وهي الاشهاد وأن يدفع ذكر الحق إن كان، وأن يجمع الواهب بين الموهوب له ومن عليه الدين، فهبة الدين جائزة إن أشهد بها وجمع بين المدين والموهوب له ودفع له ذكر الحق، فإن لم يكتب ذكر الحق بأن أشهد له، وأحاله عليه فهو قبض، فإن غاب المدين كفى اشهاد، ودفع ذكر الحق وإحالته عليه، وقبول هبة الدين على غائب بإشهاد به قبض (1) وجائز هبة الدين والوديعة وحوز الدين قبض الوثيقة به والاشهاد بذلك أو الحوالة به والاشهاد بذلك. (2)

الفرع الخامس: هبة الثواب

ويقصد بها في القانون الوضعي أن ينشأ التزام لصالح الواهب في جهة الموهوب له الذي يلتزم بفعل أو الامتناع عن فعل مقابل الهبة، وبذلك فالواهب يشترط على الموهوب له حسب نص المادة 202 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة بأنه (يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط) وقد ناولنا ذلك في العوض آنفا (3) ولكن ما سنحاول التحدث عنه هو هبة الثواب في الفقه الإسلامي وكيف تناولتها المذاهب الفقهية الأربعة حيث اختلفوا في أحكامها وجوازها، وقد رأى فيها البعض هي بيعا مجهول الثمن ورأى البعض الآخر أنها من بيوع الغرر الذي لا يجوز ورأى ثالث يقول هي هبة تجوز وليست ببيع مجهول الثمن.

فالمالكية يرون أنه للواهب أن يشترط العوض المالي على هبته ويعبر عنه بالثواب ويقال للهبة "هبة الثواب" وينبغي أن يكون شرط العوض مقارنا لصيغة الهبة (4) وأنه هناك صورتان في تعيين جنس العوض وقدره فالأولى أن لا يعين جنس العوض وقدره فإذا قبل الموهوب له كان الحكم أن عقد الهبة لازم على الواهب إذا قبض الموهوب له العين الموهوبة وأما الصورة الثانية فهي أن يعين جنس العوض وقدره وحكم هذه الصورة أن العقد يلزم بمجرد القبول سواء قبض الموهوب له العين أولم يقبضها والعقد يلزم كلا منهما برضى الموهوب له، فإذا امتنع عن دفع

(1) محمد بن عرفة، تصحيح حافظ عبد الرحمن، المختصر الفقهي، مسجد الفاروق، إ.ع.م، 2014، ط1، ص523

(2) أبي عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص 1001

(3) أنظر الصفحتان (26-27) من هذه الرسالة

(4) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 311

العوض يجبر عليه، ولا يلزم أن يكون القبول فيها فوراً كما في البيع، ويجب أن يكون العوض مما يصح دفعه في بيع السلم حتى لا يفضي إلى الربا (1) فإذا وهب له عروض تجارة، يجوز أن يعوضه عنها نقوداً من فضة أو من ذهب أو طعام من قمح أو شعير ونحوهما أو عروض تجارة من غير جنس العروض الموهوبة، وإذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئاً فإنه لا يصدق في دعوى العوض إلا إذا شرطه أو قامت القرينة التي تدل على نية العوض وهذا في غير النقود المسكوكة، أما هي فلا يصدق فيها إلا بالشرط ولا تكفي القرينة.

أما الأحناف فيرون أن الهبة بشرط العوض جائزة ويصبح عقد الهبة والعوض لازماً للواهب والموهوب له إذا قبض الواهب العوض وأما إذا لم يقبضه فإنه يصح لكليهما الرجوع حتى وإن قبض الموهوب له الهبة، ويشترط في هبة الثواب أن يذكر الموهوب له لفظاً يعلم الواهب منه أن العوض يدل عن كل هبته، وإذا لم يذكر ذلك فإنه يجوز للواهب الرجوع في هبته، وكان كذلك للموهوب له الرجوع في العوض الذي دفعه ويشترط في العوض ما يشترط في الهبة فلا يتم إلا بالقبض ولا بد أن يكون مفروزا غير شائع ويجوز أن يكون موازياً للهبة أو أكثر أو أقل، ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب، وإذا وهب الأب لابنه الصغير شيئاً فلا يجوز له أن يأخذ عوضاً عن هبته من مال الصغير، ولا يجوز للمسلم أن يعوض النصراني خمرًا أو خنزيراً نظير هبته العين.

أما الشافعية فقد قالوا: الهبة بشرط العوض ويقال له الثواب صحيحة بشرط أن يكون العوض معلوماً (2) وهي تأخذ حكم البيع، أما إذا لم يشترط العوض ولا عدمه فإذا قامت القرينة على طلب العوض وجب دفعه أو ردّ الشيء الموهوب، وإذا لم تقم القرينة فلا عوض، وإذا شرط عوضاً غير معين فإذا قبضها كانت مقايضة بالشراء الفاسد فيضمنها ضمان المغصوب.

أما ما ذهب إليه الحنابلة بأن الهبة بشرط العوض تصح إذا كان العوض معلوماً (3) وتكون بيعاً لها حكم البيع تثبت فيها الشفعة ونحوها مما يثبت في البيع، أما إذا كان العوض مجهولاً فإن الهبة لا تصح أصلاً وحكمها حكم البيع الفاسد فإذا قبضها الموهوب له كان عليه ضمانها بمثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة، وإن كانت باقية وجب عليه ردّها لصاحبها

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص (311-312)

(2) المرجع نفسه، ص 314

(3) المرجع نفسه، ص 314

بزيادتها المتصلة أو المنفصلة (1) وإذا لم يشترط الواهب العوض لفظاً وادعى ذلك ناوياً العوض، فلا يسمع لقوله ولو قامت القرينة على ذلك أو كان العرف مؤيده في ذلك كون مدلول الهبة عدم العوض، والقرينة لا تساوي اللفظ الصريح.

المطلب الثاني: هبة المريض مرض الموت فقهاً وتشريعاً

لقد عرف الفقهاء مرض الموت بأنه حالة خاصة تعرض للإنسان في آخر حياته فنتأثر بسببها تصرفاته وتعطى لأجلها أحكاماً خاصة (2) وعند الأحناف (هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا) (3) أما المشرع الجزائري فقد ذكر حكماً في هذه الحالة ولم يعط تعريفاً حيث ذكر في المادة 204 من قانون الأسرة النص التالي (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية) لذا سنتناول هذا المطلب في الفروع التالية حكم هبة المريض، ثم هبة المريض للوارث وهبة المريض لغير الوارث، ثم الوعد بالهبة وهبة العمرى والقربى ثم هبة الولد، من الجانب الفقهي ثم الجانب التشريعي.

الفرع الأول: حكم هبة المريض مرض الموت

قبل التعرض لحكم هبة المريض مرض الموت نعرض على تعريف مريض مرض الموت عند الفقهاء، فقد ذكر فقهاء المالكية (أن مرض الموت هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب) أما الشافعية (فهو كل مرض كان الأغلب منه الموت)، وعرفه الحنابلة (بأنه ما اتصل به الموت) (4) ولكي نقارب بين الأقوال نقول إن مرض الموت هو كل ما يحصل به الموت غالباً، وهذا هو رأي بعض الأحناف وأكثر المالكية، والمعتمد عند الشافعية وهو قول الحنابلة (5)، أما بالنسبة لحكم هبة مريض مرض الموت، فقد اختلف الفقهاء في ذلك بحيث هل

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 314

(2) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 85

(3) مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراس فقهيّة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإسلامية)،

المجلد 19، العدد 2، يونيو 2011، ص 670، [http://www.iugaza.edu.ps/ar/periodical] أطلع عليه في 20/4/2016،

الساعة 23:00

(4) المرجع نفسه، ص 670

(5) خير عبد الراضي خليل، الرسالة نفسها، ص 86

يقيّد من تصرفاته أم أن تصرفاته صحيحة وتكون نافذة. فقد ذهب الأئمة الأربعة ومن وافقهم إلى أن مريض مرض الموت يقيّد تصرفاته وخالفهم في ذلك الظاهرية، قال الكساني (وابراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث) وقال المحلى (إذا ظنّ أن المرض مخوفاً أي يخاف عليه من الموت لم ينفذ تبرع زاد على الثلث لأنه محجور عليه في الزيادة) وقال الخرشي (يجب الحجر على مريض نزل به مرض حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت من مثله... إلى أن قال، كالعطايا والتبرعات الزائدة على الثلث لحق وارثه) (1) وعليه فإن الأئمة الأربعة يقيّدون المريض مرض الموت بالتصرف في ثلث ماله فقط واستدلوا في ذلك من السنة ما رواه أبا هريرة وأخرجه ابن ماجه في سننه عن طلحة بن عمرو المكي عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم) انتهى، ورواه البراز في مسنده وقال: لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوي انتهى (2) فمفهومه ليس لكم أكثر من الثلث، بل ظاهر النص يدل على أنه لا يجوز له أن يتصرف إلا في الثلث (3) ويؤيده الحديث الذي رواه مسلم حدّثنا علي بن حجر السعدي وأبو بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب قالوا: حدّثنا إسماعيل (وهو بن عليّة) عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمر بن حصين أنّ رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً (4) ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها كالوصية، والوصية تخرج من الثلث، واعتمد الأئمة كذلك من المعنى الفقهي، وذلك بحماية الموارث لأنه سبحانه و تعالى تولى قسمتها من فوق سبع سماوات وعليه فمن يقوم بتغييرها أو يمنع حقا من حقوقها مقصده مردود عليه، ولا يلتفت إلى إرادته بجوار قسمة الله تعالى العادلة، والحق أنه لو لم تكن إلا هذه لكانت كافية في أن يقول الأئمة بمنع تصرف المريض مرض

(1) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 88

(2) رواه أبا هريرة، جمال الدين أبي محمد عبد الله الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، فصل الشجاج، كتاب الوصايا، باب القصاص فيما دون النفس، الحديث الأول، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1399هـ-1972م، المجلد 4، ط 3، ص 400

(3) خير عبد الراضي خليل، الرسالة نفسها، ص 88

(4) رواه مسلم، الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم، اعتنى به محمد بن عيادي بن عبد الحليم، صحيح مسلم، كتاب الايمان، باب من أعتق شركا له في عبد، حديث رقم 1668، مكتبة الصفا، القاهرة مصر، 1424هـ-2004م، ج 2، ط 1، ص (181-182)

الموت من التبرع في أمواله ⁽¹⁾ بالإضافة إلى المعقول وهو أن هذه الحال الظاهر منها أنه سيموت بها فيجب ألا تتجاوز عطاياء الثلث كالوصية يقول البهوتي (ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية). ⁽²⁾

أما من حيث التشريع الجزائري فنجد بأن المشرع الجزائري قد نص في المادة 204 من قانون الأسرة على أن (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية) فإذا شخص تصرف في ماله بهبة كأن يهب لأحد ماله كله أو جزءا منها وهو مريض مرض الموت الغالب فيه الهلاك والذي اقعده عن القيام بمصالحه والذي حكم فيه أهل الطب بأنه يكثر فيه الموت، ثم انتهى بالموت فعلا فإن هذه الهبة تأخذ حكم الوصية وتسري عليها حكم المادتين 776، 777 من القانون المدني حيث الأولى تنص (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه). وهو ما يقابلها من التقنين المصري في المادتين 916، 927 وتقريبًا بنفس النص. ⁽³⁾ والذي يستفاد من نص المادة 776 قانون المدني أن التصرف الذي يصدر من المورث أي كان نوعه هبة أو وصية أو وقف أو غيرهم ويكون المقصود منه هو التبرع فالقانون يعتبره تبرعا مضافا لما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، وهذا لحماية الورثة من آثار هذا التصرف، الذي يكون غير نافذ في حقهم إذا تجاوز حد ثلث التركة إلا بإقرارهم له حسب المادة 185 من قانون الأسرة (تكون الوصية في حد ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة) بالإضافة إلى حمايتهم من الهبات المستترة والتي تتطوي على اعتداء على حق الورثة في الإرث من الغير. وبذلك فإن الهبة التي يكون الموهوب فيها قيمته لا تتجاوز الثلث من التركة وصدرت عن الواهب في مرض الموت هي هبة صحيحة تحكمها أحكام الوصية ولا دخل لإقرار الورثة في ذلك وهذا

(1) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 90

(2) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الاقتناع، المرجع السابق، ص 175

(3) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، للسنهوري، المجلد 4، فقرة (175-182)، ص 313، والمجلد 5، الفقرة 86، ص 127

تماشيا مع أحكام الفقه الإسلامي السالف الذكر وأحكام المادة 185 من قانون الأسرة، وهذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي نص على (حيث اتضح من مراجعة القرار المنتقد ومن الأوراق التي تأسس عليها، أنّ الواهب كان مريضا مرض الموت وأنّ مرضه يدخل ضمن الأمراض الخطيرة والمخيفة طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة، حيث ثبت أنّ عقد الهبة موضوع النزاع تم تحريره في حالة المرض المشار إليه، حيث أنّ المادة 204 من قانون الأسرة صريحة للغاية إذ تنص على أنّ الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية، حيث نظرا لما سلف ذكره كان على قضاة الموضوع أن يعتبروا عقد الهبة الباطل على أنه عقد وصية) قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث⁽¹⁾، ثمّ القرار رقم 33719 المؤرخ في 1984/9/7 مجلة قضائية 1989 عدد 3 ص 51 (من المقرر شرعا أنّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه⁽²⁾) وإلاّ ما كان موجها إلى غير وارث فإذا كان لوارث فهي تحتاج إلى إجازة الورثة حسب نص المادة 189 من قانون الأسرة.

أما الهبة التي تتجاوز الثلث وتزيد قيمة الموهوب فيها على ثلث التركة فلا تصح الهبة فيما زاد عن الثلث، ووجب على الموهوب له ردّ ما جاوز الثلث هذا إذا لم يقروها الورثة، وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث لم ينفذ هذا التصرف في حق الورثة بغير إقرارهم⁽³⁾ ولا يحصل إقرار الورثة إلاّ بعد الموت ولا يجوز قبل ذلك لأنّ حقهم لا يثبت إلاّ بعد موت مورثهم، ويشترط في المقر أن يكون أهلا للتبرع، ويشترط ألاّ يكون الواهب مدينا وإذا كان مدينا والدين مستغرقا لكل ماله فلا تنفذ الهبة إلاّ بإقرار الدائنين ولا عبرة بإقرار الورثة هنا، لأنّ حقهم مؤخر على قضاء الدين ويكون إقرارهم بعد إقرار الدائنين، والجدير بالملاحظة أنّ الهبة التي تعطى حكم الوصية هي الهبة التي تتعقد في مرض الموت تامة بكل شروطها فإذا وهب شخص لآخر هبة ولم يقبضها الموهوب له إلاّ بعد وفاة الواهب فهي هبة باطلة، كما لو كانت ستبطل في حالة صحته وهي لا تصبح وصية، كونها تمليك في الحال على رأي أبي حنيفة، أمّا الإمام مالك فيعتبرها كالوصية.⁽⁴⁾

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014، ط1، ص 431

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة الوصية - الوقف)، المرجع السابق، ص 26

(3) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 126

(4) المرجع نفسه، ص 128

الفرع الثاني: هبة المريض مرض الموت لوارث

انطلاقاً من نص المادة 776 من القانون المدني التي تعتبر كل تصرف تبرعي أثناء مرض الموت هو تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ومن نص المادة 189 قانون الأسرة التي جاءت بالآتي (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي) فإن الواهب الذي يهب ماله إلى أحد ورثته من فروع أو أصوله أو زوجه، فالتشريع أجاز له أن يتصرف في ثلث ماله باعتباره تصرف وصية وينفذ بعد موته، وبعد إجازة الباقي من الورثة، ولكن للتوضيح فإنه يمكن أن نميز حالتين، الأولى إذا كان الوارث شخصاً واحداً للمورث أي أن الواهب المريض مرض الموت له وارث واحد فقط فلو وهب الواهب كل ماله له فإنه لا ضير في ذلك كونه سيرته في حال وفاته وبذلك يكون قد أخذ معجلاً عن طريق الهبة ما كان مؤجلاً إلى حين وفاة الواهب أما الحالة الثانية هي حين يكون للواهب أكثر من وارث وهو مريض مرض الموت، فيكون للورثة الحق في إجازة الهبة أو عدمها، وعليه فإذا لم يجزها الورثة فالهبة تبطل ولا تنفذ وهو ما ذهب إليه الأحناف الشافعية والحنابلة، جاء في المبدع (وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام وذات الجنب..... وما قاله عدلان من أهل الطب أنه مخوف فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لوارث، ولا لأجنبي بزيادة الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة والعنق والكتابة والمحاباة) ⁽¹⁾ أما المالكية فيقولون (هبة المريض في مرضه موقوفة ليعلم هل تخرج من ثلثه أم لا، إلا أن يكون له أموال مأمونة فتكون الهبة إذا علم بخروجها من الثلث نافذة لمن وهبت له إذا قبضها، وإذا قبضت الهبة وصح الواهب كانت في رأس ماله وما تبعه من الهبات في مرضه ثم منه كانت في ثلثه قبضت أو لم تقبض إن احتملها الثلث، وإلا فما حمله الثلث منها، وإن صح نفذت كلها من رأس ماله، ولو وهبت في صحته فتأخر إقباضه إياها حتى مات أو مرض رجعت ميراثاً بين ورثته ولم تكن في ثلث ولا في غيره سواء كانت لوارث أو لأجنبي ⁽²⁾). وعليه فالخلاصة أن الفقهاء يعتبرون أنه في حالة قيام المريض مرض الموت بهبة شيء من ماله لوارث فإن الهبة تنزل منزلة الوصية وتأخذ حكمها فلا تصح مهما قلّت أو كثرت إلا بإجازة الورثة وهوما نص عليه كذلك القانون في المواد 204، 189، من قانون الأسرة و776 من القانون المدني.

(1) أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقتع، مرجع سابق، ص 212

(2) أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص (1002-1003)

الفرع الثالث: هبة المريض مرض الموت لغير وارث

بالرجوع إلى نص المادة 205 من قانون الأسرة أنه يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، وهذا في حالة إذا كان الواهب صحيحا غير مريض مرض الموت وذو أهلية كاملة وغير محجور عليه، ولكن ما يطرح التساؤل هو هبة الشخص لأجنبي عنه غير وارث له وهو في مرض الموت هل تكون الهبة من ثلث ماله أو من ماله كله؟ وعليه فالمشرع الجزائري لم يفصل في ذلك مما يجب اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث انصرف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين، **المذهب الأول** لجمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة المالكية والشافعية والحنابلة والأحناف الذين اعتبروا أن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية من ثلث المال واستدلوا في ذلك بالحديث الذي رواه أبا هريرة قال: قال رسول الله صلى عليه وسلم (إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ) ⁽¹⁾ الذي يدل بجميع رواياته المتعددة وبمنطوقه الصريح على أن الإنسان له حرية التصرف فيما يملكه من أموال ولكن في حدود الثلث فقط ولا بد من الالتزام بما حدده الشارع الحكيم، لأن هذا التقدير ليس عبثيا، ويتصرف الشخص في تلك الحدود بمعنى الثلث هو تصرف صحيح نافذ سواء كان في حالة الصحة أو المرض وهذا كون الحديث جاء بعمومه فيبقى في عموم ماله ما يرد ما يخصه وبذلك فهو يشمل الصحيح والمريض ولقد جاء في نيل الأوطار (إِنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ وَتَعَالَى لَمْ يَأْذَنْ لِلْمَرِيضِ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِي أَكْثَرِ مِنْهُ كَانَ مُخَالِفًا لِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَ مُشَابِهًا لِمَنْ وَهَبَ مَالَهُ كُلَّهُ) ⁽²⁾ ومن جهة ثانية استدلوا بالقياس على اعتبار أن الهبة تلحق بالوصية التي لا تنفذ إلا في الثلث وكذا فلا يجوز للهبة أن تنفذ إلا في حدود الثلث إلحاقا بالوصية وقد انعقد الإجماع على عدم جواز الزيادة على الثلث في الوصية.

أما المذهب الثاني فهو ما ذهب إليه الظاهرية من القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله كله وليس من الثلث، فهو أحق بالتصرف في ماله عن طريق الهبة سواء كان في حدود الثلث أو أكثر، وقد ذهب بابين حزم إلى القول بأن المريض مرض الموت إنما هو مالك لماله فله حق التصرف فيه دون أن يكون له حد في ذلك التصرف، فهو يهب الثلث أو النصف أو الربع فهو

(1) أنظر في هذه الرسالة، ص 71

(2) مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراس فقهيّة مقارنة، المرجع السابق، ص 678

حر في تصرفه، كونه مالك لماله دون أن يكون للورثة حق فيه، فهو يأكل منه ما يشاء وينفق منه ما يشاء دون أن يحجر عليه فكيف يمنع من التصرف إلا في حدود الثلث وهو يجوز له كل ما سبق؟ والراجح من المذهبين هو مذهب الجمهور كون أدلتهم واضحة في أحقية الواهب أن يتصرف ضمن حدود الثلث من المال وأن أمر إلحاق الهبة بالوصية أمر متفق عليه بين العلماء لا يجوز إغفاله وأن عدم الاحتجاج بالقياس على رأي بن حزم مردود عليه كون القياس مصدر من مصادر التشريع ومتفق على حجيته. بقي أن نشير إلى هبة المريض مرض الموت والذي لا وارث له، فهل يصح له أن يهب كل ماله؟ فيرى جمهور العلماء والفقهاء من المذاهب الأربعة المالكي والحنبلي والشافعي أن هبة مريض مرض الموت الذي لا وارث له إنما تكون فقط في حدود الثلث، وذلك لأن ما زاد عن الثلث إنما هو ميراث المسلمين عامة ولا مجيز له منهم وحتى الحاكم ليس له الحق في أن يجيز أكثر من الثلث، وهذا بسبب الضرر الذي يلحق ببيت مال المسلمين. وخالفهم الإمام أبا حنيفة في ذلك فيقول بأنه يحق للمريض مرض الموت الذي ليس له وارث أن يهب من رأس ماله، بل لو وهب كل ماله وسلمه للموهوب له صح ذلك، وليس لبيت المال الاعتراض على ذلك التصرف. وفي الأخير وجب الإشارة إلى مسألة هبة المدين وغير المدين وذلك في ذمة الواهب المريض مرض الموت فإذا وهب الواهب المريض مرض الموت أجنبيا أي غير وارث وكان الواهب غير مدين فالإبراء يعد نافذا من ثلث مال الواهب وأما في حالة الزيادة عن الثلث فإن هذا يتوقف على إجازة الورثة، وأما إذا كان المريض الواهب مدينا بدين يستغرق كل تركته فليس له الحق في أن يهب ماله من دين للمدين، لأن ذلك يلحق الضرر البين بالغرماء ويمنعهم من استيفاء حقوقهم المالية، أما إذا كان المدين وارثا والواهب المريض مدين أو غير مدين، فليس له أن يقوم بهبة دينه الذي ثبت في ذمة المدين له لأن ذلك التصرف يعد تبرعا للوارث فلا يجوز إلا إذا لم يكن ثمة دين وأجاز ذلك التصرف الورثة، أما إذا قام الواهب في مرض موته بهبة شخص ليس مدينا له-أي لم يثبت للواهب دين في ذمته- فإن إذن الواهب له بقبضه من المدين صح استحسانا عند الأحناف مع أن القياس عدم جواز قبضه وإن أذن له بذلك، كون القبض شرط لجواز الهبة وهذا لم يتم لأن ما ثبت في ذمة المدين للواهب فإنه لا يحتل القبض وقت هبته من الواهب المريض إلى الموهوب له غير المدين وبالتالي لا يصح ذلك.⁽¹⁾

(1) مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراس فقهيّة مقارنة، المرجع السابق، ص 687

الفرع الرابع: الوعد بالهبة

عرّف الدكتور محمود جمال الدين زكي الوعد بالهبة بأنه (اتفاق يلتزم أحد طرفيه نهائياً بمقتضاه إزاء الطرف الآخر بأن يبرم معه عقداً معيناً حدّد معاً عناصره الأساسية إذا أفصح هذا الأخير خلال مدة معينة عن إرادته في إبرامه) ⁽¹⁾ الذي ينسجم مع نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تنص (الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلاّ إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد). ماعدا زيادة شرط الشكلية والرسمية التي جاءت في المادة 71 وبذلك فإن المشرع الجزائري لم ينص على الوعد بالهبة في قانون الأسرة - كما نص عليها المشرع المصري في المادة 490 قانون مدني وبعض التشريعات العربية الأخرى - وإنما نص على الوعد كقاعدة عامة ولجميع العقود وذلك في المادتين 71 و72، من القانون المدني الجزائري وبذلك فسوف نتناول الوعد بالهبة من خلال المادتين ومن خلال الفقه الإسلامي.

أ) من جانب الفقه الإسلامي: لقد اختلف الفقهاء في لزوم الوعد للواعد بصفة عامة، وبالنسبة إلى العقود إلى أربعة أقوال. **القول الأول:** وهو المشهور يرى بأن الموعود إذا دخل في فعل الشيء بسبب الوعد اقتضاه اتفاقاً قضى على الواعد بها، وهذا القول قول مالك وابن القاسم.

القول الثاني: يقضي الوعد إذا كان على سبب وإن لم يدخل فيه فعلاً، وإلاّ فلا وهو رأي عمر بن عبد العزيز وقضى به. **القول الثالث:** لا يفي بالوعد مطلقاً على أية حال كونه تفضل واحسان وإن أمر بالوفاء به ديانة وهورأي الأحناف والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين. **القول الرابع:** يرى القضاء به مطلقاً وهو رأي بعض الفقهاء منهم عبد الله ابن شبرمة حيث قال (الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر عليه). ⁽²⁾ وخلاصة القول إنه يمكن الوعد من جانب واحد ملزم للواعد- كما يلاحظ من أقوال الفقهاء- مع بعض القيود البسيطة، وأنه يجب القضاء به ويجب الوفاء به كون الوفاء من مكارم الأخلاق، وإذا كان لمجرد الوعد فإنه لا يلزم به

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 229

(2) المرجع نفسه، ص 238

(ب) من الجانب التشريعي: من نص المادة 71 من القانون المدني يتضح أنه يشترط في الوعد الذي من جانبين أن تتوافر في كل من الواعد والموعود أهلية التعاقد على العقد الموعود عند صدور الوعد، وأن يخلو رضاؤهما من العيوب التي يمكن أن تشوبه كون الوعد هو عقد ابتدائي ولكي يكون الوعد صحيحا بأن تتوافر فيه عناصره الجوهرية عند إبرامه، وتعيّن وتحدّد تحديدا كافيا، فيحدد المال المراد هبته، ويوضح إن كان عقارا أو منقولا، ومحل الوعد هل هو هبة بعوض أو غيرها، مع ذكر العوض وقدره والاشتراطات التي يمكن أن تشترط، وإذا كان محل الوعد بالهبة مستقبلا فيجب أن يكون المال عند انجاز الهبة موجودا، ثمّ تحديد المدة التي يتعيّن فيها إبرام العقد للهبة النهائي في الوعد بالهبة سواء صراحة كالاتفاق على أنها سنة أو سنتين مثلا، أو ضمنا إذا أمكن استخلاص ذلك من ظروف التعاقد بدلالة لا تترك للشك في تحديد المدة.

وإذا كان الوعد من جانب واحد فيجب أن يكون الواعد أهلا للتعاقد، وعند العقد النهائي يكون وعده صحيحا ولو فقد أهليته بشرط ألاّ تزيد التزاماته عما كانت عليه عند الوعد وأن تخلو إرادته من العيوب التي يمكن أن تمس الرضا عند صدور الوعد، أمّا الموعود له فلا تشترط فيه الأهلية إلاّ عند إعلان رغبته في إبرام العقد الموعود به، وبكفيه أن يكون مميّزا عند صدور الوعد له.

ولقيام الوعد تشترط الشكلية إذا اشترط القانون ذلك كما في الهبة، إذا كان المحل الموعود به عقارا أو منقولا يتطلب إجراءات خاصة، ومن ثمّ يجب مراعاة الرسمية في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام الهبة إذا كان عقارا أو منقولا لا يتطلب إجراءات خاصة، أمّا المنقول اليدوي فيفهم من نص المادة أنها لا تشترط فيه الرسمية، وعليه فإنه تطبق الرسمية حسب المواد 206 من قانون الأسرة والمادة 324 مكرر فقرة أولى من القانون المدني الجزائري تحت طائلة البطلان.

(ج) آثار الوعد بالهبة في التشريع الجزائري

إذا اظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد في حالة الوعد من جانب واحد، أو حل الأجل المحدد لإبرام العقد النهائي في حالة الوعد من الجانبين، فإنّ العقد يكون قد تم ولا يحتاج إلى إجراءات جديدة كونه مشتملا على جميع عناصره الجوهرية للعقد، خصوصا الشكلية إذا كان العقد شكليا.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد وقبل اعلان الموعود له رغبته في الوعد، وفي الوعد من الجانبين قبل حلول الأجل المحدد، يكون الواعد ملزما بالتزام شخصي نحو

الموعد له ويمكن أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحق به فقط، وإذا هلك الشيء الموعد به في هذه الفترة كانت تبعة الهلاك على الواعد، أما عند إظهار الرغبة من طرف الموعد له في الوعد اللازم من جانب واحد أو عند حلول الأجل الموعد، فيجب على الطرفين إبرام العقد النهائي، وإذا تقاعس أحدهما أجبر على اتمامه برفع دعوى صحة التعاقد وعند صدور الحكم أصبح نهائياً وقام مقام العقد النهائي، بشرط الشكلية وإذا كان محل الوعد عقاراً جرى تسجيل الحكم وانتقلت الملكية حسب نص المادة 72 من القانون المدني التي تنص (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد). وتجدر الإشارة أنه أسقط شرطاً هاما لكي يقوم الحكم مقام العقد ويسوغ تسجيله وهو أن يصبح الحكم حائزاً القوة الأمر المقضى به أي يصبح نهائياً لا يجوز الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية المعارضة أو الاستئناف، أما قبل أن يحوز الأمر المقضى به فالحكم معرض لهدمه من المحكمة التي يطعن أمامها بالمعارضة أو الاستئناف، فينبغي تدارك هذا النقص فلا يقوم الحكم مقام العقد إلا إذا حاز قوة الأمر المقضى به. (1)

وفي الأخير وجب الإشارة إلى الوعد بالهبة في التشريعات العربية، حيث ذكر المشرع المصري في المادة 490 من التقنين المدني (الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية) (2) وهو ما نص عليه المشرع السوري في المادة 458 من القانون المدني (الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بسند رسمي) (3)، أما المشرع اللبناني فقد ذكره في المادة 511 من قانون الموجبات والعقود (لا يصح الوعد بالهبة إلا إذا كان خطياً ولا يصح الوعد بهبة العقار أو حق عقاري إلا بقيده في السجل العقاري) (4) أما في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة فقد ذكرت المادة 632 بأنه (لا يجوز الوعد بالهبة ولا هبة المال المستقبل) (5) ولا مقابل لهاته المواد في القانون المدني العراقي، ولا في القانون المدني الكويتي، أما في القانون الأردني فقد نصت المادة 563

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 233

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 280

(3) المرجع نفسه، ص 272

(4) المرجع نفسه، ص 262

(5) المرجع نفسه، ص 319

(أن الهبة لا تتعقد بالوعد ولا تتعقد على مال مستقبل) (1)

الفرع الخامس: هبة العمرى والرقبى

أ) هبة العمرى: وهي المنفعة التي تجعل للإنسان طول عمره وعمر عقبه، وقد عرفها المالكية بأنها (تمليك منفعة مملوك حياة المعطي بغير عوض) ويكونها منفعة فقد أجاز المشرع الجزائري كل هبة إذا كانت لمنفعة وقد نص عليها صراحة في المادة 205 من قانون الأسرة (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير) وعليه فالعمرى ما دامت هي منفعة فهي جائزة وصحيحة أي العمرى التي يقصد بها المنفعة المحضة والتي ليست منصبة على تمليك الرقبة وبذلك فإذا مات المعمر أو الموهوب له كان من الضروري عودة الرقبة للمعمر أو ورثته في حال وفاته، ويتأكد هذا المفهوم باعتبار هبة المنفعة كالوصية وهي عمرى كما نصت على ذلك المادة 196 من قانون الأسرة (الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى).

ويمكن القول بأن العمرى تصح وفق ما جاء به قانون الأسرة الجزائري الآخذ برأي الإمام مالك رضي الله عنه في هذا الشأن، كون المجتمع الجزائري قد تبنى الأخذ بمذهب الإمام مالك والعمل به، كما استمدت جل الأحكام في قانون الأسرة من هذا الفقه الجليل.

ولقد عرّف العمرى بن عرفة بقوله (العمرى هي تمليك المنفعة مدة حياة المعطي بغير عوض انشاء)، (2) فالعمرى قد تعني غلة الأصول من الأشجار والرياح والعقار طول حياة المعمر أو لمدة اتفق عليها فإذا مات المعمر أو انتهت المدة المتفق عليها رجع الشيء للمعمر إن كان حيا أو لورثته إذا كان ميتا وتصح العمرى بالحيازة كالهبة، وإلا لم تصح، واقد جاء في البداية (ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار، حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال: أحدها أنها هبة مبتوتة أي أنها للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري أحمد وجماعة، والقول الثاني أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه، وعنده أنه إن

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص 234

(2) المرجع نفسه، ص 168

ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو ورثته، والقول الثالث أنه إذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور. (1) وعند الأحناف ورد بأن العمرى جائزة للمعمر حال حياته، ولورثته بعد مماته، وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه (2) وأما الشافعية فيرون: فإن قال اعمرت هذه الدار، وجعلتها لك حياتك ولعقبك من بعدك صح، وإن لم يذكر العقب صح أيضا، وتكون له في حياته، ولعقبه من بعد موته، وقيل فيه قول آخر أنه باطل، وفيه قول آخر أنه يصح ويكون للمعمر في حياته، فإذا مات رجع إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان قد مات، وإن قال جعلتها لك حياتك، فإذا مت رجعت إلي بطل في أحد الوجهين ويصح في الآخر، ويرجع إليه بعد موته. (3)

ولقد جاء في كتاب المغنى (العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره. وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرت داري هذه أو هي لك عمري أو ما عشت أو مدة حياتك، أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتقيدها بالعمر) (4) ولقد كان سبب الخلاف في العمرى يرجع إلى اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر. فقد روي في الموطأ: حدثني مالك، عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أيما رجل أعمر عمرى، له ولعقبه، فإنها للذي يعطاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها أبدا) وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد، عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها، قال قاسم بن محمد (ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا) قال يحيى: سمعت مالكا يقول (وعلى ذلك الأمر عندنا: أن العمرى ترجع إلى الذي أعمرها، إذا لم يقل هي لك

(1) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 862

(2) عبد الله محمد محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ص 53

(3) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص 138

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، المغنى، مرجع سابق، ص (281-282)

ولعقبك⁽¹⁾ وفي حديث آخر رواه البخاري: حدّثنا أبو نعيم، حدّثنا شيبان عن يحيى، عن أبي سلمة، عن جابر رضي الله عنه قال: قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالعمري، أنها لمن وهبت له. وحدّثنا حفص بن عمر: حدّثنا همّام، حدّثنا قدامة قال: حدّثني النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (العمري جائزة)، وقال عطاء: حدّثني جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم: نحوه⁽²⁾ فالجمهور على أن العمري إذا وقعت كانت ملكا للأخذ ولا ترجع إلى الأول إلا إذا صرح باشتراط ذلك، ثم اختلفوا إلى من يتوجه التملك، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقبة كسائر الهبات، وقيل يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة وهو قول مالك والشافعي في القديم.

(ب) هبة الرقبي: وصورة الرقبي هي أن يقول شخص لآخر داري لك رقبي، أو أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، أي هي لمن مات آخر، وقد جاء في المغني (والرقبي أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول: هي لآخرنا موتا وبذلك سميت رقبي، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز⁽³⁾ يقصد العمري والرقبي، وقد روى ابن ماجه، عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا رقبي فمن أرقب شيئا فهو له حياته ومماته)⁽⁴⁾ وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال (لا عمري ولا رقبي، فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته وموته) وهذا صريح في ابطال الشرط، لأنّ الرقبي يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله إلى أن قال: وقال طاوس: من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث. وقال الزهري: الرقبي وصية، يعني أنّ معناها إذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة: الرقبي باطلة، لما روي أنّ

(1) رواه مالك، مالك بن أنس، تحقيق كلال حسن علي، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في العمري، الحديث رقم 1515، والحديث رقم 1516، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، 1434هـ-2013م، ط1، ص 574

(2) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، خرّج أحاديثه مصطفى ديب البغا، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب ما قيل في العمري والرقبي، حديث رقم 2482، والحديث رقم 2483، دار بن كثير واليامة، دمشق سوريا، بيروت لبنان، 1414هـ-1993م، ط5، ص 925

(3) موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ص 282

(4) المرجع نفسه، ص 284

النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى، ولأنّ معناها أنّها للآخر متّ، وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر⁽¹⁾ ولقد جاء في المذهب الحنفي أنّ الرقبى باطلة حيث يقول (والرقبى باطلة وهي أن تقول إن متّ فهي لي وإن متّ فهي لك، ومعناه إن متّ فهي لي وإن متّ فهي لك كأنّ كل واحد منهما يرقب موت الآخر، لما روى شريح (أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقبى)⁽²⁾ أمّا عند الشافعي فالرقبى هي: ولو قال: أرقبتك أو جعلتها لك رقبى: أي إن متّ قبلي عادت إليّ إن متّ قبلك استقرت لك، فالمذهب طرد القولين الجديد والقديم وما جاز بيعه جاز هبته، وفي الشرح (فالمذهب طرد القولين الجديد) وهو الصحة ويلغو الشرط (والقديم) وهو عدم الصحة، ومقابل المذهب القطع بالبطلان،⁽³⁾ وأمّا ما ورد عن المذهب المالكي بأنّ الإمام مالك بن أنس لم يعرف الرقبى إلّا أن فسّرت له فلم يجزها ومن صور الرقبى الممنوعة عند المالكية الصورة التالية كذوي دارين قال كل منهما لصاحبه في عقد واحد إن متّ قبلي فدارك مضمونة لداري وإن متّ قبلك فداري مضمونة لدارك، وإنما منع ذلك لما فيه من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة والغرر، إذ لا يدري أيهما يموت قبل الآخر ومحل المنع إذا وقع ما ذكر من القولين في عقد واحد أي بأن وقع أحدهما فور الآخر ودخلا على ذلك⁽⁴⁾ ومن الأحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ذكرت في نصب الراية، منها الحديث السابع: روي أنه عليه السلام أجاز العمرى وردّ الرقبى، قلت: غريب، وبحديث أخرجه أبو داود والنسائي عن ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا ترقبوا أو لا تعمروا، فمن أعمار عمرى، أو أرقب رقبى فهي في سبيل الميراث) انتهى وأخرجه النسائي عن عبد الكريم عن عطاء مرسلا، وأخرجه الأربعة عن أبي الزبير عن جابر، وفي سنده ومتمته اختلاف. وبحديث أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حجر المدري، عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(1) موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ص (286-287)

(2) عبد الله بن محمد بن مردود، المرجع السابق، ص 53

(3) شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص (562-563)

(4) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص (172-173)

(من أعمار شيئاً فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا فمن أرقب شيئاً فهو سبيله) انتهى، وأخرجه النسائي عن ابن طاوس عن أبيه بلفظ: العمرى للوارث، ولفظ: العمرى جائزة. (1)
أمّا من الناحية التشريعية فلم ينص على هبة الرقبي لا من بعيد ولا من قريب، لا في قانون الأسرة ولا ورد ما يشير إليها في القواعد العامة ممّا يجعلنا نطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية وخصوصاً المذهب المالكي.

الفرع السادس: حكم الهبة للأولاد

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جواز الهبة للولد، دون التصريح بها أو الدلالة عليها بنصوص قانونية توضح كيفية إتمام الهبة للولد أو التسوية بينهم، إلا أنه تستخلص الأحكام الخاصة بالهبة للولد من نصوص المواد 208، 209، 210، 211، من قانون الأسرة وخصوصاً المادة 211 التي يستشف منها أنه مادام يحق للوالدين الرجوع في الهبة فمعنى ذلك أنه يجوز أن تكون الهبة من الآباء للأبناء، وإلا لما حق لهما الرجوع في هبتهما التي أعطاها للولد مهما كان سنه، ولكن تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع نص في هذه المواد على الأحكام التي تحكم الهبة للحمل والإجراءات الشكلية للهبة والرجوع فيها، ولم ينص على الطريقة التي تحكم الهبة للولد ولا على كيفية التسوية بينهم في الهبة أو التفضيل فيها مما نرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبيان رأي المذاهب الفقهية فيها.

أولاً: تفضيل الأبناء بعضهم على بعض في الهبة

(أ) **مذهب الأحناف:** قالوا ينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى والمراد بالعدل التسوية بينهم في العطية (2) وقال أبو يوسف: تحسب التسوية إن قصد بالتفضيل الإضرار، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنّ التسوية مستحبة، فإن فضل بعضاً صح وكره، ولو نحل بعضاً وحرّم بعضاً جاز من طريق الحكم، لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه، إلا أنه لا يكون عدلاً (3) وبذلك ينبغي على الأب أن يعدل بين أولاده في الهبة ولا يفضل أحدهما على الآخر.

(1) رواه ابن ماجه وأبو داود والنسائي، جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، كتاب الهبة،

باب الرجوع في الهبة، الحديث السابع، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1393هـ-1972م، المجلد 4، ط3، ص(128-129)

(2) محمد حسين قنديل، (الهبة للولد وأحكامها في الفقه الإسلامي)، حولىة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد 7،

دولة قطر، 1409هـ-1989م، ص 256

(3) المقال نفسه، ص 256

(ب) **مذهب المالكية:** قال مالك: يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ويجب التسوية بين الأولاد في العطية عملاً بالنصوص الواردة في ذلك والتي تدل على وجوب العدل بين الأولاد في العطية ولا يكون ذلك إلا بالتسوية بينهم في العطاء، يقول صاحب البداية: وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله. (1)

(ج) **مذهب الشافعية:** قالوا ويسن للوالد العدل في عطيته أولاده بأن يسوي بين الذكر والأنثى، وقيل كقسمة الإرث، (2) والمجزوم به في الرافعي، الكراهة وهو المعتمد وأكثر العلماء على أنه لا يجب، ومحل الكراهة عند الاستواء في الحاجة أو عدمها وإلا فلا كراهة، ويستثنى العاق والفاسق إذا علم أنه يصرفه في المعاصي فلا يكره حرمانه، ويسن أيضاً أن يسوي الولد إذا وهب لوالديه شيئاً، ويكره له ترك التسوية، فإن فضل أحدهما فالأم أولى.

(د) **مذهب الحنابلة:** قالوا: ويجب على الأب وعلى الأم وعلى غيرهما من سائر الأقارب، التعديل بين من يرث بقرابة من ولد وغيره، كأب وأم وأخ وابنه وعم وابنه في عطيتهم، والتعديل الواجب أن يعطيهم بقدر ارثهم منه، اقتداء بقسمة الله تعالى، ولا يجب التعديل بينهم في شيء تافه لأنه يتسامح به فلا يحصل التأثير (3) وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل، فإن خص بعضهم بعطيته، أو فاضل بينهم فيها أتم ووجبت عليه التسوية بأحد الأمرين: إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر، قال طاوس: لا يجوز ذلك ولا برغيف محترق. (4) وخلاصة القول في ذلك أن فقهاء الأمة على ثلاثة آراء، الأول قال به مالك وهو يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض، والرأي الثاني أنه يجب التسوية بين الأولاد في العطية وبه طاوس والثوري وأحمد وإسحاق وأبو يوسف، إن قصد بالتفضيل الإضرار، وبعض المالكية والظاهرية،

(1) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 859

(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص (566-567)

(3) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ص (143-144)

(4) موفق الدين أبي محمد بن عبد الله أحمد بن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ص 256

والرأي الثالث ذهب به جمهور العلماء إلى أن التسوية مستحبة فإن خص بعضا أو فضل بعضا صح وكره وبه قال الشافعي وأحمد والثوري أبا حنيفة. وسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد، وذلك أنّ النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم، كما يقتضي الأمر الوجوب، فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس، حمل الحديث على النذب أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس، وكذلك العدول بها ظاهرها، أعني أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهة، وأمّا أهل الظاهر فلمّا لم يجر عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة. (1)

أدلة الرأي الأول: حدّثنا عبد الله بن يوسف: أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن حميد بن عبد الرحمن، ومحمد بن النعمان بن بشير أنهما حدّثاه عن النعمان بن بشير: أنّ أباه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني نحت ابنني هذا غلاما، فقال (أكلّ ولدك نحت مثله) قال: لا قال (فأرجعه) (2) حدّثنا حامد بن عمر: حدّثنا أبو عوانة، عن حصين، عن عامر قال: سمعت النعمان بن بشير رضي الله عنهما وهو على المنبر يقول: أعطاني أبي عطية فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله قال (أعطيت سائر ولدك مثل هذا) قال: لا قال (فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم). قال: فرجع فردّ عطيته، (3) وجه الدلالة من حديث النعمان عند الجمهور حملوا الأمر في قوله صلى الله عليه وسلم (فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم) على النذب، أي ليس الأمر على الإيجاب، وإنما هو من باب الفضل والإحسان، وحملوا أيضا النهي الوارد في رواية مسلم بلفظ (أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء قال بلى قال فلا إذن) على التنزيه، وهذا لا يدل على فساد عقد الهبة الذي كان عقده للنعمان، وفي الحديث أنّ هبة بعض الأولاد دون بعض صحيحة، ويستحب أن يهب

(1) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 859

(2) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، خرّج أحاديثه مصطفى ديب البغا، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب الهبة للولد، الحديث رقم 2446، دارين كثير واليمامة، دمشق سوريا، بيروت لبنان، 1414هـ-1993م، ط5، ص 913

(3) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، خرّج أحاديثه مصطفى البغا، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب الاشهاد في الهبة، الحديث رقم 2447، دارين كثير واليمامة، دمشق سوريا، بيروت لبنان، 1414هـ-1993م، ط5، ص 914

الباقيين مثل الأول، فإن لم يفعل استحب ردّ الأول ولا يجب، وقد ذكر الطحاوي والبيهقي عن الشافعي رحمه الله أنّ عمر رضي الله عنه فضل عاصما بشيء، وفضل ابن عوف ابنته من أم كلثوم فأعطاهما أربعة آلاف درهم وكان له ولد من غيرها، فدلّت النقول السابقة عن الصحابة والسلف جواز التفضيل، وهذا قرينة ظاهرة في أنّ الأمر الوارد في حديث النعمان ليس للوجوب، وإنما هو للندب، وكذلك انعقد الاجماع على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتمليك الغير، جاز أن يخرج بعض أولاده بالتمليك لبعضهم.

أدلة الرأي الثاني: قدم الإمام مالك دليلا واحدا وهو حديث النعمان بن بشير وبرواياته المتعددة، ويرى مالك أنّ النهي الوارد فيه عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده لجميع ماله. (1)

أدلة الرأي الثالث: وجه الدلالة في الأحاديث السابقة نفسها هو تمسك من أوجب التسوية بين الأولاد في العطية، وقالوا: الأمر الوارد في الحديث يقتضي الوجوب، وهو برواياته المتعددة يدل على التحريم، لأنّ المصطفى صلى الله عليه وسلم يسمي هذا جورا وامر برده وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام، فمن فاضل أو خصص بعض أولاده فهو باطل وعليه أن يرجع حتى يعدل بين أولاده، وإنّ تفضيل بعض الأولاد في العطية أو تخصيصهم يورث بينهم العداوة والبغضاء والقطيعة للرحم، ولأنّ قطع الرحم والعقوق محرمان فما يؤدي إليهما يكون محرما، والتفضيل مما يؤدي إليهما.

ومن كل ذلك فيكون الرأي الأرجح عندنا هو الرأي القائل بوجوب التسوية بين الأولاد في العطية وحرمة التفضيل أو التخصيص وهو الأولى بالقبول وذلك لقوة الأدلة ولأنّ الجواز بالتفضيل أو التخصيص هو مهلكة وعداوة بين الإخوة، ويؤدي إلى ضرر بالغ وواقع أليم بالأسرة الواحدة حيث توغر الصدور وتقطع الأرحام ولعل ذلك ما دعى بالإمام الشوكاني إلى القول (فالحق أنّ التسوية واجبة وأنّ التفضيل محرم) (2)

(1) محمد حسين قنديل، المقال السابق، ص 263

(2) المقال نفسه، ص 269

كيفية التسوية بين الأولاد في الهبة: واختلف فيها الفقهاء إلى رأيين

الرأي الأول: أنّ العدل بين الأولاد في العطية يتحقق بالتسوية بينهم فتعطى الأنثى مثل ما يعطى للذكر ولا يفضل الذكر على الأنثى وأخذ به الإمام أبو حنيفة، ومالك بن أنس، وأبو يوسف، وابن المبارك، والظاهرية وعلى رأسهم بن حزم الظاهري.

الرأي الثاني: أنّ العدل بين الأولاد أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى للميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وبهذا قال عطاء، وشريح، وإسحاق، ومحمد بن الحسن، وأحمد، وبعض المالكية، وبعض الشافعية.

والرأي الراجح، من ذلك ما قاله الجمهور من الفقهاء بالتسوية بين الذكر والأنثى في الهبة وأنه هو الأولى بالقبول، قال الإمام النووي (والصحيح المشهور أنه يسوي بينهما لظاهر الحديث)

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن عقد الهبة

إذا ما تمت الهبة صحيحة مستوفية لجميع شروطها وأركانها، فإنه مما يستوجب نقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له، وهذا ينشئ التزامات جمّة على عاتق الواهب وهي مبدئياً إذا كانت الهبة بلا عوض لأن أصل الهبة عقد ملزم من جانب واحد، إلا أنه قد ينشئ التزام آخر على عاتق الموهوب له مع الواهب باعتبار وجود العوض في الهبة مما يحولها إلى عقد ملزم لجانبين وعليه فيمكن القول أن عقد الهبة يرتب التزامات على عاتق كل من الواهب والموهوب له نستعرضها في مطلبين، الأول التزامات الواهب والمطلب الثاني التزامات الموهوب له.

المطلب الأول: التزامات الواهب

إن المشرع الجزائري لم يذكر في قانون الأسرة -على سبيل الحصر أو المثال- أي التزامات التي تقع على عاتق الواهب عكس التشريعات العربية المقارنة له، التي أفردت لذلك مواد خاصة في قوانينها المدنية، وعليه مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وهذه الالتزامات هي نفس التزامات البائع وهي:

- (أ) الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له (ب) الالتزام بتسليم الشيء الموهوب
- (ج) الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق (د) الالتزام بضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له

لقد نصّت المادة 202 من قانون الأسرة على أن "الهبة تمليك بلا عوض"، وهذا مما يستوجب أنه إذا كانت الهبة مستوفية لجميع الأركان و الشروط وفق ما جاء في نص المادة 206 من

قانون الأسرة من إيجاب وقبول، فإنه يترتب على عاتق الواهب التزام نقل الملكية للشيء الموهوب إلى الموهوب له وذلك بعد القيام بالشكلية المطلوبة قانوناً في العقار والإجراءات الخاصة والعامة للمنقول، ويتم ذلك بحيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له ليتصرف فيه تصرف المالك للشيء وينفذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون في الشيء المعين بالذات الذي يملكه الواهب ويتطلب القيام بالتسجيل أن يلتزم الواهب القيام بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية، كتقديم الشهادات والعقود اللازمة للتسجيل، والكف عن أي عمل يعوق نقل الملكية، ويتضمن كذلك الالتزام بنقل ملكية الموهوب والالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له (1) إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب التسليم الفعلي وحيازته.

ومما يترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في الموهوب، وأن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت تمام الهبة، وتنتقل الملكية في حالة إذا أفلس الواهب بعد الهبة وجاز للموهوب له أخذ عين الموهوب ولا يزاحمه في ذلك دائنو الواهب وتنتقل الملكية حتى في حق الورثة والدائنين باستثناء الواهب المعسر الذي أحاط الدين بماله إضراراً بدائنيه فلمهم الحق في الطعن في الهبة بالدعوى البوليصة، ويشترط أن يكون الموهوب له عالماً بإعسار الواهب إذا كانت الهبة بعوض، فتصبح غير نافذة في حقهم، أما إذا كانت الهبة تبرعاً فلا يشترط علم الموهوب له ما عدا الواهب (2)، ولنقل الملكية يجب أن نميز في الشيء الموهوب بين العقار والمنقول. 1) **كيفية نقل ملكية الشيء الموهوب عقاراً:** إذا كان الشيء الموهوب عقاراً وتمت فيه الهبة مستوفية لجميع الأركان والشروط فإن ملكيته لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة لدى الموثق ثم إشهاره لدى المحافظة العقارية ثم حيازته ليصبح نافذاً في حق المتعاقدين أو في حق الغير، وإلا اعتبر العقد باطلاً، حيث أن المادة 206 من قانون الأسرة والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني يوجبان تحت طائلة البطلان، التسجيل لعقد الهبة الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حق عيني على عقار بالإضافة إلى نص المادة 165 من القانون المدني التي جاء فيها أن "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري."

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 141

(2) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 242

(2) **كيفية نقل ملكية الشيء الموهوب منقولاً:** وهنا يجب أن نميّز بين الموهوب المعين بالذات والمنقول غير المعين، فإذا كان معيناً بالذات فتنقل ملكيته إلى الموهوب له بالحيازة كون الهبة في المنقول تنعقد بالإيجاب والقبول والحيازة وفق ما جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة، وهو ما يعني أن الهبة عقد عيني تتم فيه بالحيازة يداً بيد أي بالقبض⁽¹⁾، أما إذا كان المنقول غير معين بالذات كهبة مثلاً 100 قنطار من القمح أو غيره، فلا تتم الهبة إلا بإفرازه وفق نص المادة 166 من القانون المدني الجزائري "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لو يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

أما إذا كان المنقول يتطلب إجراءات خاصة به، فلا تتم هبته إلا بمراعاة هذه الإجراءات الخاصة كمثال ذلك الإجراءات الخاصة في المنقولات البحرية كالسفن وحصصها حيث ورد في المادة 49 من القانون البحري "أن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها، يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق..."، كما أنه توجد منقولات أخرى تتطلب كذلك السند الرسمي كالأسهم الاسمية التي يجب أن تقيد وأن توثق مع تسليم سندها تحت طائلة البطلان حيث جاء في نص المادة 700 من القانون التجاري "يجب أن توضع إحالة الأسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي، وأن يتم دفع الثمن بين يدي الموثق الذي يقوم بتحرير العقد"، ومع الرسمية للمنقول الذي يتطلب الإجراءات الخاصة يجب أن تتم الحيازة له من طرف الموهوب له.

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء الموهوب

إذا لم يكن الواهب قد سلّم الشيء الموهوب إلى الموهوب له فعلاً، فإنه يكون ملزماً بتسليمه، وإذا لم يسلمه يكون ملزماً بالمحافظة عليه إلى أن يسلمه له حسب نص المادة 167 من القانون المدني التي جاء فيها "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، وبذلك فهو ملزم بأن يسعى لتسليم الشيء الموهوب فإذا كان عقاراً فإنّ وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون أولاً بتجلية الواهب إياه، فإذا كانت داراً وجب إخلاؤها من الأثاث والمتاع وتسليم المفاتيح لتمكينه من تسلمها، وكذا تسليم كل ما يتعلق بها من وثائق وإذا كانت أرضاً زراعية وجب إخلاؤها وتركها للموهوب له، وبذلك تعتبر هبة العقار تامة إذا

(1) محمد نقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 243

استوفت كل ما نصت عليه المادة 206 من إيجاب وقبول وحيازة وأحكام توثيق للعقارات وإجراءات خاصة للمنقولات، ثم تسجيل في المحافظة العقارية بالنسبة للعقار وبذلك لا يغني التوثيق والتسجيل عن الحيازة وبل لابد من وجودهما الاثنين معاً. أما فيما يتعلق بالمنقول فيجب تسليم المنقول إلى الموهوب له وحيازته حيازة تامة مع استيفاء جميع الإجراءات الادارية والتوثيقية حسب نوع المنقول، وإذا كان المنقول لا يتطلب إجراءات خاصة فإن هبته تتم بحيازته وقبضه أي بالتسليم الفعلي للشيء المنقول الموهوب، ووضع يد الموهوب له وتمكينه منه دون أي تعرض.

الفرع الثالث: الالتزامات بضمان التعرض والاستحقاق

وهذا يعني أنه على الواهب أن يمتنع عن أي تعرض للموهوب له، وعلى كل عمل من شأنه المساس بالشيء الموهوب كإتلافه أو التصرف فيه لمصلحة الغير، أو قبض الدين الذي يتنازل عنه للموهوب له، كما أن عليه أن يضمن التعرض الصادر عن الغير، ولكن مما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص ولم يعالج هذا النوع من الالتزام مما استلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بعدم الضمان على الواهب في حالة الاستحقاق أو إذا كان تحت شرط خاص، أو اتفاق، أو كان الاستحقاق راجعاً إلى فعل الواهب وهذا قياساً على البيع فتسري عليها من أحكام الضمان ما يسري على البيع، وبذلك يتبين بأن الواهب لا يضمن إلا في حالتين، الأولى كأن يعتمد إخفاء سبب الاستحقاق أو يخفي مستنداً لحق الغير في الموهوب أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب، وعليه يكون الواهب مسؤولاً عن التعويض للضرر المتوقع وغير المتوقع، ويقدر هذا التعويض بأن يكون عادلاً في حقه وحق الموهوب له، أما الحالة الثانية بأن تكون الهبة بعوض فيها التزامات على الموهوب له، ويكون الواهب ضامناً للاستحقاق ولو جهل سببه، ويكون مسؤولاً بقدر العوض الذي قدمه الموهوب له، أما إذا كان الواهب لا يجهل سبب الاستحقاق بل يعلمه وتعتمد إخفاءه فتطبق عليه أحكام الحالة الأولى.

الفرع الرابع: الالتزام بضمان العيوب الخفية

الالتزام بضمان العيوب الخفية لم يتعرض لها قانون الأسرة، مما يستوجب الرجوع فيها إلى الأحكام الموضوعية في الفقه الإسلامي، وذلك بنص المادة 222 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى أحكام الفقه نجد أن الواهب غير ضامن للعيوب الخفية إلا إذا كان الواهب متعمداً لإخفاء العيب أو كان من شروط العقد ضمان العيب إذا كان بالشيء الموهوب، وبذلك يكون الواهب

ملزماً بدفع التعويض للموهوب له عن الضرر الذي لحق به من جراء العيب، ويكون ضامناً إذا كانت الهبة بعوض، بشرط ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض. إذن الأصل أن الواهب غير ضامن للعيوب الخفية، ولكن في الهبة بعوض يكون تطبيق أحكام الشريعة، وبالأخص فقه الإمام مالك، كون أغلب أحكام قانون الأسرة من المذهب المالكي، فقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك تحت عنوان الهبة للثواب يصاب بها العيب "قلت رأيت إن وهبت هبة للثواب وأخذت العوض فأصاب الموهوب له بالهبة عيباً، ألّه أن يرجع في عوضه ويرد الهبة؟ قال: نعم، الهبة على العوض بيع من البيوع، يصنع فيها وفي العوض ما يصنع بالبيع، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم، الهبة على العوض في قول مالك مثل البيع محمل واحد، إلا أن الهبة على العوض، إن لم يثبه ولم تتغير الهبة بنماء ولا نقصان وكانت على حالها، فللذي وهبها أن يأخذها إلا أن يثيبه ولا يلزم الذي قبلها الثواب على ما يحب أو يكره، وقال مالك: ولو أثابه الموهوب له بما يعلم أنه ثمن لتلك الهبة، أجبر الواهب على أخذ ذلك على ما أحب أو كره" (1)، قال مالك: ولو أثابه بما يعلم أنه ليس ذلك للهبة بثمن، ثم قام صاحب الهبة يطلبه بعد ذلك، قال: أرى أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبل ذلك إلا انتظار التمام ثواب الهبة، فإذا حلف كان له أن يأخذ تمام الثواب من الموهوب له، وإن لم يحلف ردّ الهبة وأخذ عوضه إن كانت الهبة لم تتغير. قال: وكذلك قال لي مالك (2)، وتحت عنوان "في الموهوب يجد عيباً في الهبة أو الواهب يجد عيباً بالعوض": جاء أنه إذا وجد الموهوب له بالهبة عيباً، فله ردها وأخذ العوض، وإن وجد الواهب عيباً بالعوض فإن كان عيباً فادحاً لا يتعارض بمثله كالجذام والبرص، فله رده وأخذ الهبة إن لم يفت، إلا أن يعوضه وإن لم يكن فادحاً نظر إلى قيمته بالعيب، فإن كان كقيمة الهبة فأكثر لم يجب له غيره، لأن ما زاده على القيمة تطوع غير لازم، وإن كان دون قيمتها فأتّم له القيمة برئ (3)، وأما ما ورد في المذهب الحنفي فقد جاء تقريباً بنفس الحكم وبتفصيل أكثر وأوسع حيث يقول الإمام الكاساني "فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد، أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني

(1) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، كتاب الهبات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1415 هـ 1994 م، ج4، ط1، ص (404-405)

(2) المرجع نفسه، ص 405

(3) أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، مرجع سابق، ص 365

عوضاً، والثاني في بيان ماهية هذا التعويض، أما الأول فله شرائط ثلاثة الأول مقابلة العوض بالهبة والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً والثالث سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بأن استحق من بيده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة، وأما سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة، الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى ولا يثبت في الثانية. (1)

ويستطرد الإمام الكاساني لذكر النوع الثاني بقوله وأما العوض المشروط في العقد، فإن قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم أن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع، وربما عبروا أنه هبة ابتداء وبيع انتهاء، حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضاً، وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض و غير القابض فيه سواء حتى يتقابضاً جميعاً، ولو تقابضاً كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إذا كان غير منقول. (2)

المطلب الثاني: التزامات الموهوب له

من نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أي التزامات تخص الموهوب له، كون عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد، وأن الهبة تبرع محض، إلا أنه إذا اتفق الواهب والموهوب له على التزام الموهوب له من نفقات عقد الهبة، ونفقات التسليم، أولم يتفقاً، فيكون الموهوب له ملزم بتحمل النفقات على غرار التزام المشتري في البيع وفق ما تقتضيه المادتين 393 و 395 من القانون المدني، بالإضافة إلى كون الموهوب له ملتزم بشروط العوض أو المقابل مما يلزم هنا بأداء العوض أو المقابل، وبذلك تكون التزامات الموهوب له، الالتزام بأداء العوض والتزام بدفع نفقات عقد الهبة.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 1406 هـ 1986 م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 6، ط 2، ص (130-131)

(2) علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 132

الفرع الأول: الالتزام بأداء العوض

إذا كانت الهبة بعوض أي أن الواهب يشترط على الموهوب له أن يلتزم بتقديم عوض مقابل الشيء الموهوب، حسب ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة وخصوصا في فقرتها الثانية التي جاء فيها "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، فلا تكون الهبة نافذة في حقهما إلا بتنفيذ الموهوب له هذا الشرط الذي قد يكون في مصلحة الواهب وهو الأغلب أو في مصلحة الموهوب له أو في مصلحة الغير، وبذلك كان تعليق الهبة على القيام بالالتزام هو شرط واقف أو فاسخ مع اشتراط أن يكون هذا العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين قيمة الهبة وقيمة العوض هو هبة محضة.

وإذا أخل الموهوب له بالالتزام الوفاء بالعوض، فإن قانون الأسرة لم ينص صراحة ولا ضمنا عن جزاء الإخلال بذلك، ولا عن عما يترتب عن ذلك الإخلال، مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث نصت المادة 164 من القانون المدني "يجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا"، وعليه فإنه يحق للواهب المطالبة بالتنفيذ العيني، وكذلك من بعده ورثته كون الهبة بعوض هي عقد ملزم للجانبين كما يرد عليه الفسخ سواء كان هذا الشرط مشترطا للواهب أو لمصلحة الأجنبي أو للمصلحة العامة، وينوب الواهب عن المصلحة العامة في التنفيذ العيني وفي الفسخ بعكس ورثته أو الأجنبي أو المصلحة العامة فلا يحق لهم إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ولكن الفسخ فلا يجوز لهم ذلك، ومن جهة فإنه لا يجوز للواهب الرد بالفسخ إذا كان العوض لمصلحة أجنبي، ويطلب فقط التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهبة

ويقصد بها كل ما يدخل في مصروفات العقد من مصاريف ورسوم ضريبية والتسجيل ونفقات الموثق، وكذلك كل ما يصرف في تسليم الموهوب ونقله ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك كأن يتفق على أن تكون هذه النفقات على عاتق الواهب، وهو ما نجده في الهبة المحضة التي يكون الواهب قد أراد ذلك بتحمل هذه النفقات حتى ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصا من كل تكليف ومن أية نفقة أو مصروفات، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الهبة، ومما يلاحظ بأن قانون الأسرة لم يعالج هذا الالتزام فتطبق عليه القواعد العامة

قياساً على البيع، وكونها مسألة إجرائية، لا تمس موضوع الهبة الذي يخضع لقواعد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الهبة في التشريعات العربية

بقي ان نشير في الأخير إلى ما تم إدراجه في القوانين العربية من التزامات على عاتق الواهب والموهوب له، فالمشرع المصري أدرج هذه الالتزامات تحت عنوان آثار الهبة من المادة 493 إلى المادة 499، تكلم عن تسليم الموهوب والتزام الواهب به في المادة 493، ثم عن ضمان الواهب واستحقاق الشيء الموهوب، حيث اعتبره غير ضامن وقد نص على ذلك في المادة 494، ثم نص على ضمان الواهب للموهوب من العيب بأنه غير ضامن كذلك إلا إذا تعمد إخفاء العيوب وذلك في المادة 495، ثم نص في المواد 497 إلى 499 عن التزامات الموهوب له ففي المادة 497 هو ملتزم بأداء ما اشترط عليه من عوض، ثم نص في المادة 498 بأن الموهوب له غير ملزم إذا كان الشيء الموهوب أقل من العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب وفي المادة 499 نص على أن الموهوب له ملزم بأداء الوفاء بالدين إذا اشترط ذلك.⁽¹⁾

وهذه الالتزامات هي نفسها تقابل الالتزامات التي وردت في القانون السوري من المواد 461 إلى المادة 467 من التقنين السوري تحت عنوان آثار الهبة.⁽²⁾

أما المشرع الكويتي قد نص صراحة على التزامات كل من الواهب والموهوب له تحت عنوان آثار الهبة فبدأ بالتزامات الواهب من الواهب من المادة 530 إلى المادة 533 حيث المادة 530 تنص على التسليم وهلاك المال الموهوب، أما المادة 531 فتتص على ضمان الواهب للشيء الموهوب بأنه غير ضامن له ولو نشأ بفعله إلا ما تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، ثم المادة 532 فتتص على الاستحقاق ثم المادة 533 على عدم ضمان الواهب براءة الموهوب من العيوب ثم انتهى بالتزامات الموهوب له من المادة 534 إلى 536، فالمادة 534 تنص على الالتزام بما فرض من شروط ثم المادة 535 على قيمة العوض إذا كان أقل من الموهوب ثم المادة 536 عن شرط الوفاء بالدين من طرف الموهوب له.⁽³⁾

أما المشرع الإماراتي فقد نص تحت عنوان آثار الهبة، على الالتزامات بالنسبة للواهب من المادة 637 إلى المادة 641، فالمادة 637 تنص على التسليم للمال الموهوب والمادة 638

(1) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص (280-281)

(2) المرجع نفسه، ص (272-273)

(3) المرجع نفسه، ص (288-289)

على عدم ضمان الاستحقاق للمال الموهوب ثم المادة 639 فتنص على هلاك المال الموهوب واستحقاقه، ثم المادة 640 تكملة للمادة 639 من الاستحقاق ثم المادة 641 على عدم ضمان العيب الخفي، ثم تكلم المشرع الإماراتي على التزامات الموهوب له من المادة 642 إلى المادة 645 حيث ذكرت المادة 642 على أداء الموهوب له للعوض ثم المادة 643 على العوض إذا كان وفاء للدين على الواهب هو عوض الهبة فلا يلتزم به ثم المادة 644 إذا كان المال الموهوب مثقلاً بالديون، لينتهي الالتزام بأن النفقات عند الهبة ومصرفاتها على عاتق الموهوب له بالمادة 645. (1)

المبحث الثالث: الرجوع في الهبة والآثار المترتبة عنه

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على عدة معانٍ، منها الانصراف والرد والعود، فرجع يرجع رجعا ورجوعاً ورجعى ورجعاً ورجعاً ومرجعةً: انصرف، وفي التنزيل ﴿إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ﴾ (2) أي الرجوع والمرجع، وقوله عز وجل ﴿حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ رَبِّ ارْجِعُونِ﴾ (3) لَعَلِّي أَعْمَلُ صَالِحًا فِيمَا تَرَكْتُ﴾ (3) يعني العبد إذا بعث يوم القيامة وأبصر وعرف ما كان ينكره في الدنيا يقول لربه: ارجعوني أي ردوني الى الدنيا، وفي حديث السحور: "فإنه يؤذن بليل ليرجع قائمكم ويوقظ نائمكم: القائم هو الذي يصلي الليل، ورجوعه عودُهُ الى نومه أو قعوده عن صلاته إذا سمع الأذان" (4) وإن كانت هذه المعاني متقاربة في المعنى فإن أصلها لحمل معنى الرجوع في الهبة هو الرد إلى الحال التي كان عليها قبل العقد. أما من ناحية الاصطلاح فقد ورد في ذلك عنه تعريفات أهمها: "رد العقد القابل للإبطال لذلك والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة" ويرى البعض بأن الرجوع في الهبة هو "عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية ارتجاعها واستيرادها من الموهوب له رضاءً أو قضاءً وفق شروط معينة" وأرى في هذا الصدد أن التعريف الأخير هو الأقرب إلى الصواب، ذلك أنه يشمل الرجوع بالتراضي بين الواهب والموهوب له وكذا الرجوع بالنقاضي الذي يقيد العقد والقضاء بشروط معينة" (5)

(1) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص (323-326)

(2) سورة العلق، الآية 08

(3) سورة المؤمنون، الآية (99-100)

(4) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مجلد8، ص (114-115)

(5) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، المرجع السابق، ص (63-64)

ومن الناحية القانونية فإن الرجوع في الهبة يمكن أن يكتف حسب ثلاثة آراء. الأول كونه أي الرجوع هو فسخ للهبة لأن الواهب يستوفي حق نفسه بالفسخ ومما يترتب عنه أن الهبة كأن لم تكن والرأي الثاني يقول بأن الرجوع في الهبة هو إلغاء لها مما ينهي العقد القابل للإنهاء كونه تصرف قانوني من جانب واحد. أما الرأي الثالث فهو يعتبر الرجوع في الهبة هو إقالة للموهوب له عن الهبة فهو سبب من أسباب انحلال العقد تم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين أي اتفاق الطرفين على حل الرابطة التعاقدية بينهما.

للرجوع أحكام مختلفة تناولها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي وهذا الاختلاف نشأ نتيجة اختلاف زوايا النظر لمسألة لزوم العقد وعدم لزومه وعن ممارسة هذا الحق كونه يقع بعد القبض والحيازة أم قبلها بالإضافة الى الاستثناءات الواردة عن الرجوع، وما يترتب عن هذا الرجوع من آثار.

المطلب الأول: الرجوع في الهبة

وستتناولها في فرعين، الأول في الفقه الإسلامي والثاني في التشريع الجزائري والتشريع المقارن.

الفرع الأول: الرجوع في الهبة من جانب الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الأمة الإسلامية في جواز الرجوع ومن عدمه، كما اختلفوا في طبيعة الملك، حيث رأى البعض أنه ملك لازم لا يجوز الرجوع فيه أصلا والبعض الآخر يرى أنه ملك غير لازم جائز الرجوع في هبته، ويقصد من كل ذلك أن العقد اللازم الذي لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب دون موافقة الطرف الثاني وهو الموهوب له، وعقد غير لازم هو عقد يقبل الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب دون موافقة الطرف الثاني، وعليه يمكن تقسيم ذلك الى مذهبين اثنين، المذهب الأول يرى أنه لا يجوز الرجوع في الهبة، إلا ما ورد بحقه الاستثناء وهو هبة الوالد لولده هو مذهب الجمهور، والمذهب الثاني يرى أن الأصل في ذلك هو الرجوع، إلا إذا قام الدليل على المنع منه وهي سبعة موانع، وهذا مذهب أبي حنيفة النعمان، وعلى ذلك سنتناول آراء المذاهب للأربعة كاملة.

أولا: الرجوع في الهبة عند المالكية

يرى المالكية أن المنع هو الأصل عن الرجوع في الهبة و عدم الاعتصار فيها، و أن الملك يثبت بمجرد العقد، ويصبح لازما بالقبض، والاعتصار لا يكون إلا للأب أو الأم فيما وهباه لأولادهما، وامتنع الاعتصار عن غيرهما لأن لهما ما لغيرهما في مال الولد، ولأب الرجوع في

كل ما وهبه لبنيه الصغار منهم و الكبار، ما لم ينكح الولد أو يتداين ديناً أو يموت، فيصير ذلك الى ورثته، وليس أن يعتصر ما وهبه غيره لولده، وليس لأحد أن يرجع في هبته إلا الأب وحده لولده، وقد قيل أنه ليس لأحد أن يرجع ويعتصر شيئاً وهبه إلا الوالدان جميعاً فإن لهما الرجوع فيما وهباه لولدهما (1)، وكل من وهب هبة وليس له فيها رجعة ولا عصرة إلا للوالدين خاصة فإن لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يداين أو يتزوج. (2)

وعند المالكية أن حق الاعتصار جائز فيما وهبه الأب لولده مطلقاً سواء كان الولد ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً، غنياً أو فقيراً، سفيهاً أم رشيداً، حازها الولد أم لم يحزها، وأن ليس للاعتصار لفظ يعرف به، بل بأي لفظ كان يدل على استرجاع الأب لهبته من ولده، وقد أجاز المالكية للأب الاعتصار لولدها في حالة ما إذا كان كبيراً، وإن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان وقت الهبة كبيراً كان لها الاعتصار سواء كان للولد أب وقت الهبة أم لا. وإن كان الولد وقت الهبة صغيراً كان لها الاعتصار إن كان له أب وقت الهبة سواء كان الأب عاقلاً أو مجنوناً موسراً أو معسراً، وإن كان الولد الصغير حين الهبة لا أب له فليس لها الاعتصار قولاً واحداً ولو بعد بلوغه (3)، وقد أجاز المالكية الاعتصار ما لم يحدث موانع الاعتصار حيث يسقط حق الوالدين في الاعتصار بوجود مانع واحد منهم وهي على التوالي:

1- أن يزيد الشيء الموهوب أو ينقص في ذاته: وهي كأن يسمن الهزيل، ويكبر الصغير أو يهزل السمين، وأما تغير قيمة الشيء الموهوب حسب الأسواق فلا يمنع الرجوع على المشهور لأن الهبة على حالها لم تتغير.

2- أن تكون لزواج أو قضاء دين: وبذلك فمن عقد زواجا لذكر أو أنثى لأجل يسرهما بالهبة أو أعطى أحدهما ديناً لأجل ذلك أو ليشتري شيئاً بثمن في الذمة فلا اعتصار (4)

3- أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت: وذلك لحق ورثته بالهبة فيمنع بذلك اعتصارها وكذلك إذا مرض الواهب مرض الموت فإن الحكم يمنعه من اعتصار ما وهبه لابنه، كونه يصبح الاعتصار لصالح غيره من الورثة وهذا لا يجوز، وبخلاف ذلك إذا وهب الوالد ولده

(1) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص (1004-1005)

(2) أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، تحقيق سيد كسروي حسن، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1428هـ، 2007م، ج2، ط1، ص 369

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرق الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 111

(4) محمد تقي، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 287

المتزوج أو المدين أو المريض أو كان الأب مريضاً وقت الهبة فإنّ هذه الحالة له الاعتصار ويأخذ نفس الحكم إذا زال المرض القائم بالواهب أو الموهوب له أي له الاعتصار أما إذا زال الزواج أو الدين فلا اعتصار في ذلك.

4- أن تفوت الهبة عند الموهوب له: و ذلك بما يخرجها من ملكه كبيع أو هبة أو هلاك أو ضياع أو تغييرها عن حالتها كتغير الدنانير الذهبية لتصبح حلياً وغير ذلك، وبقي أن نشير بأنه في الهبة المستثناة وهي هبة الوالد لولده لأن اعتصارها لا يتوقف على رضى الموهوب له أو حكم القضاء بل يكفي أن يقول الوالد رجعت في هبتي أو ارتجعتها، ليأخذها ويستردها، والقول قوله في نيته. (1)

ثانياً: الرجوع في الهبة عند الشافعية

لقد قال الشافعية بما قال به المالكية وذلك من حيث المبدأ، حيث لا رجوع في الهبة ويمنع ذلك إلا باستثناء الوالد الذي يمكنه الاعتصار في هبته، وأضافوا بأن أدخلوا في الوالد كل من له على الموهوب ولادة، فهو يشمل كل أصوله، فيجوز لهم الرجوع إذا كان الموهوب تحت سلطة الموهوب له باقياً. وبذلك فعندهم على المشهور يلحق سائر الأصول بالأب في جواز الرجوع، حيث وإن وهب الأب أو الأم أو أبوهما أو جدّهما شيئاً للولد، وأقبضه إيّاه، جاز له أن يرجع فيه، وإن تصرف عليه فالمنصوص أنّ له أن يرجع، وقيل لا يرجع (2) و جاء في "المغني المحتاج" كذلك أنّه "وللأب الرجوع في هبة ولده وكذا لسائر الأصول على المشهور، وشرط رجوعه بقاء الموهوب في سلطنة المتهب" (3) وبنفس المعنى جاء في المذهب أنّه "ولأصل رجوع فيما وهب لفرع إن بقي في سلطنته بنحو: رجعت" (4) والقصد في الهبة إصلاح حال الولد، وربّما كان الإصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع، وإن وهب لولده ففيه وجهان، أحدهما يجوز لأنّه ملك من يجوز له الرجوع في هبته، والثاني لا يجوز لأنّه رجوع على غير من وهب له فلم يجز، وإن وهب لولده شيئاً فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان، أحدهما يرجع لأنّه حق سابق لحقوق الغرماء و الثاني لا يرجع لأنّه تعلّق به حق الغرماء فلم يجز الرجوع (5) وقد جاء في

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 288

(2) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التنبية في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص 138

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 568

(4) أحمد زين الدين بن عبد العزيز المليباري، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، مرجع سابق، ص 396

(5) محمد تقيّة، المرجع نفسه، ص 294

المذهب أنّه يجوز الاعتصار في الهبة للولد من الأصول إلاّ قد يحدث ما يمنع الاعتصار وبه يتمتع الرجوع وذلك وفق الآتي: (1) زوال الملك وإن عاد إليه ولو بإقالة أو ردّ لعيب (2) إذا وهبه الفرع لفرعه أو أقبضه (3) إن تعلّق به حقّ لازم، كان رهنه لغير أصل وأقبضه ولم ينفكّ، وإذا استهلكه الموهوب فلا رجوع فيه. ويكره للأصل الرجوع في عطية الفرع إلاّ لعذر كأن كان الولد عاقاً، أو يصرفه في معصية (1) وخلاصة القول أنّ الاعتصار يتمتع ببيعه ووقفه، لا برهنه وهبته قبل القبض، وتعليق عتقه وتزويجها وزراعتها، وكذا الإجارة على المذهب، ولو زاد ملكه وعاد لم يرجع في الأصح ولو زاد رجوع فيه بزيادته المتّصلة لا المنفصلة، ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي الثواب. (2)

ثالثاً: الرجوع في الهبة عند الحنابلة

في المذهب أنه لا يجوز الرجوع في الهبة من طرف الواهب، إلا ما كان لولد فيمكن للوالد أن يرجع في هبته، وقد جاء في المذهب: ولا يجوز لواهب ولا يصح أن يرجع في هبته، ولو صدقة وهدية ونحلة أو نُقُوطاً وحمولة في عرس و نحوه وسواء عوّض عنها أو لم يعوّض، لأنّ الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب (3) إلاّ أنّه على غرار سائر جمهور الأئمة فإنّ الحنابلة يقولون بأنّه يجوز للأب أن يرجع في هبته أي الاعتصار فيها، وهذا ما جاء في المغنى أنّ للأب الرجوع في ما وهب لولده، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور، وعن أحمد رواية أخرى: ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري والحنبري (4)، ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته إلاّ الأب إلاّ أن يعفون، وعنه: ليس له الرجوع، وعنه: له الرجوع إلاّ أن يتعلّق به حق أو رغبة مثل أن يتزوج أو يفلس، وإن نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع و الزيادة للابن ويحتمل أنّها للأب (5)، أمّا بالنسبة للأُم هل لها الرجوع في هبتها ولدها؟ فقد جاء في المغنى، أنّ الأم كالأب في الرجوع في الهبة

(1) أحمد زين الدين عبد العزيز المليباري، فتح المعين شرح قرة العين المرجع السابق، ص 397

(2) شمس الدين الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص (569-572)

(3) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الاقتناع، المرجع السابق، ص (149-150)

(4) موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 261

(5) أبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، تحقيق محمد حسن اسماعيل، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية،

1418هـ 1997م، بيروت لبنان، ج5، ط1، ص (203-205)

لأنّ قوله: " وإذا فاضل بين أولاده " يتناول كل والد، فيدخل فيه الأم⁽¹⁾، ولأنّها ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها، ينبغي أن يساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به، تخليصاً لها من الإثم، والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال أصحابنا: والحديث حجة لنا، فإنه خصّ الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم⁽²⁾

ويشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط، فإن تخلف واحد فيها امتنع الرجوع، الأول أن يبقى الشيء الموهوب في ملك الموهوب له، فإن خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك، لم يكن له الرجوع فيها، وإن عادت من جديد لأي سبب لم يملك الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد، الثاني أن تكون العين باقية في تصرف الولد، بحيث يملك التصرف في رقبته فإن رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها. الثالث ألا يتعلق بها رغبة لغير الولد، كأن يرغب الناس في معاملته، وأدانوه ديوناً أو رغبوا في مناكحته، فزوجه إن كان ذكراً، أو تزوجت الأنثى لذلك، فليس له الرجوع. الرابع ألا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلّم الصنعة، فإن زادت فعن أحمد روايتان إحداها لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة، والثانية: تمنع وهو مذهب أبي حنيفة، لأنّ الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة. (3)

وخلاصة ذلك أنّ جمهور الفقهاء مالك و الشافعي، والظاهر من مذهب أحمد وهو رأي الأوزاعي وإسحاق وأبا ثور، وهو أنّه لا يجوز الرجوع في الهبة إلاّ الوالد يرجع فيما وهب لولده فقط، وإن اختلفوا في الرجوع مطلقاً سواء قبل القبض للزوم الهبة بمجرد العقد، وهو المشهور المالكية أم بعده فقط لأنها لا تلزم إلاّ بعد القبض فلا يتصور الرجوع إلاّ بعده وهو مذهب الشافعي وأحمد، وسواء قصد بها ثواب الآخرة أم لا خلافاً للمالكية، كما اختلفوا في الأم ترجع كالأب أم لا، والأب وإن علا أو الأب المباشر فقط وقد استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بالآتي:

(أولاً) الحديث الذي رواه طاوس عن ابن عمرو ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلاّ الوالد فيما يعطي لولده، ومثل

(1) موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص (262-263)

(2) المرجع نفسه، ص 263

(3) المرجع نفسه، ص 266

الذي يعطي عطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه" انتهى: قال الترمذي حديث حسن صحيح. (1) وهذا الحديث واضح الدلالة على عدم جواز الرجوع في الهبة إلا للوالد على ولده.

(ثانيًا) استدلوا كذلك بحديث قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا: "العائد في هبته كالعائد في قيئه" انتهى، زاد أبو داود: قال قتادة: لا نعلم القيء إلا حرامًا، انتهى (2) وهو الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه: حدثنا مسلم بن إبراهيم، حدثنا وهيب، حدثنا ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب، يقئ ثم يعود في قيئه" (3)

(ثالثًا) كما أن الرجوع على غير الولد لا يجوز، لأن الموهوب له حين قبض تملك الهبة وجاز له التصرف فيها، والرجوع فيها بهذا الشكل انتزاع لملك بغير إذنه وهذا باطل شرعاً وعقلاً. (رابعًا) كان اتفاق العلماء على أنه يجوز للأب أن يأكل من مال ابنه إذا احتاج إليه ولأن يسترجع ما وهبه لابنه لأولى بالرد.

(خامسًا) كما استدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم لبشير بن سعد "ارده" وفي رواية أخرى "فأرجعه" وفي رواية مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمان عن النعمان، فأمره بالرجوع في هبته، قالوا وأقل أحوال الأمر الجواز، فيكون الرجوع على الولد في الهبة جائزاً خلافاً للحنفية. (4)

رابعًا: الرجوع في الهبة عند الأحناف

يقول بهذا الرأي ابي حنيفة النعمان والثوري والعنبري، وفي رواية عن أحمد وهو أنه يجوز للواهب الرجوع في هبته مطلقا، ويستثنى من ذلك إذا كانت الهبة لذي رحم محرم، أو حصل مانع من موانع الرجوع، وذلك لأن الهبة إما أن تكون لأجنبي أو لذي رحم محرم، أو لذي رحم ليس بمحرم، أو محرم ليس بذي رحم، ففي جميع ذلك للواهب الرجوع قبل التسليم، أما بعده فلا

(1) رواه ابن عمر وابن عباس، جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، الحديث رقم 1، المكتب الإسلامي، 1393هـ 1972م، بيروت لبنان، المجلد 4، ط2، ص 124

(2) جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، المرجع نفسه، ص 125

(3) رواه البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبطه مصطفى ديب البغا، كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، الحديث رقم 2449، دار ابن كثير واليامة، دمشق سوريا، بيروت لبنان، 1414هـ 1993م، ط5، ص 915

(4) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، رسالة سابقة، ص 134

يرجع على الرحم المحرم ويرجع على من سواهم، وعليه فعند الأحناف أن الرجوع والجواز فيه هو الأصل وبذلك فالموهوب له يملك الشيء الموهوب ملكا غير لازم، يثبت فيه حق الواهب الرجوع في هبته، ولوجود أدلة أخرى عارضت هذا الأصل ووجب العمل بها لرجحانها، فاقتضى ذلك منع الواهب من الرجوع، مع بقاء حكم الهبة فيما عدا ذلك أي هذه المواضيع على الأصل كونه ملك الموهوب له فيها غير لازم، وهذه الموانع هي سبعة موانع، ومما تجدر الإشارة إليه أن الرجوع عند الأحناف وأصحابه لا يتم إلا برضى الموهوب له أو بقضاء القاضي، ومرجع ذلك الى عدم معرفة مراد الواهب من هبته وخفاء ذلك ولأن جواز الرجوع مختلف فيه فكان لا جرم متوقفا على القضاء عنه عدم رضا الموهوب له، ولا يزال الشيء الموهوب له بعد القبض وبعد إعلان الواهب إرادته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب. (1)

وقد ذكر صاحب "التبيين" هذه الموانع بقوله، قال رحمه الله صح الرجوع فيها، يعني إذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة، وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقربة محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة (2)، وبذلك فإنه يجوز الرجوع فيما وهبه للأجنبي، ويكره، فإن عوّضه أو زادت زيادة متصلة أو مات أحدهما أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع، ولا رجوع فيما يهبه لذي رحم محرم منه أو زوجة أو زوج، ولو قال الموهوب له خذ هذا بدلاً عن هبتك أو عوّضها أو مقابلها أو عوّضه أجنبي متبرعاً فقبضه سقط الرجوع، ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم، وإن هلك في يده بعد الحكم لم يضمن (3)، وعليه فالمعاني المانعة من الرجوع في الهبة هي: المحرمية من القرابة، الزوجية، المعاوضة، وخروجها من ملك الموهوب له، و حدوث الزيادة أو التغيير في عينها، وموت أحدهما الواهب أو الموهوب له، بالإضافة الى هلاك الشيء الموهوب.

أولاً العوض: ويقصد به إذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته فإنه يمتنع الرجوع، وذلك لحصول غرض الواهب من الهبة بأخذ البديل الذي ارتضاه عنها، ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه ليس يعوض حقيقة كونه تمليك مبتدأ وبأقل من الشيء الموهوب.

ثانياً القرابة المحرمية: كون الهبة المقصود فيها لذوي الأرحام هي صلة الرحم وتمتين القرابة وربط أواصرها والرجوع هو قطع لها وهي حرام شرعاً، ويستوي في ذلك المسلم وغير المسلم،

(1) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 289

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الحقائق، مرجع سابق، ص (97-98)

(3) عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، المرجع السابق، ص (51-53)

فلو وهب لذي رحم منه ولو كان ذمياً أو مستأماً فإنه لا يصح له الرجوع، فإذا وهب لأبيه أو ابنه أو أخيه أو عمه أو غير ذلك من محارمه بالنسب فإن حقه في الرجوع يسقط، أما إذا وهب لمحارمه من الرضاع أو المصاهرة فإن له حق الرجوع. (1)

ثالثاً الزوجية: إذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئاً فلا يجوز الرجوع فيما وهب ولو بعد الطلاق إلا إذا كان قد وهبها قبل الزواج بها فله الرجوع فيها، وذلك لأنه صلة الزوجية تجري مجرى القرابة المحرمة، بدليل أنه يجري التوارث بين الزوجين بلا حاجب، وترد شهادة كل منها للآخر، ولكن المقصود من الهبة هو التواد والرحمة بينهما دون عوض وبخلاف هبته لأجنبية أو العكس، حتى ولو تزوجها من بعد ذلك فيرجع فيها، ومما يناسب ذكره هنا ما رواه المبسوط عن علي كرم الله وجهه قال: " إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة، وليس مراده أنها كانت مكرهة مسموعة ومن الزوج لا، لاعتبار الظاهر، فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها" (2)

رابعاً هلاك العين الموهوبة: فهي مانع من الموانع للرجوع في الهبة، فإذا ادعى الموهوب له هلاك الهبة صدق ولا يمين عليه، وإذا قال الواهب هي هذه حلف المنكر أنها ليست هي ويلحق بهلاك العين الموهوبة، تغييرها من حالة إلى أخرى، حتى تزول صورتها أو يزول اسمها وتصبح على صورة جديدة واسم جديد.

خامساً موت الواهب أو الموهوب له: لكون أنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، وهم لم يستفيدوه، من جهة الواهب بل من جهة الموهوب له، وبذلك فلا يرجع عليهم، وبموت الواهب يبطل خياره لأنه وصف له وهو لا يورث أي حق الرجوع وقد أوجب الشارع الحكيم للواهب، والوارث ليس بواهب. (3)

سادساً خروج الهبة من ملك الموهوب له: وذلك بأي سبب من الأسباب الناقلة للملك كالبيع والهبة، أو إعطاء الشيء الموهوب كصداق أو بدل خلع، وكذلك العتق والوقف.

سابعاً زيادة الموهوب زيادة متصلة: ويقصد بها الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة عن

(1) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 305

(2) محمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 291

(3) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 144

الأصل أو غير متولدة فيمنع الرجوع في هبتها مما يترتب عنها زيادة في قيمة العين الموهوبة، أما السبب في المنع عند وجود الزيادة المتصلة المتولدة فذلك كون من ملك شيئاً ملك جميع نمائه تبعاً له، والنماء ناشئ من ملكه، والواهب ليس له شيئاً في ذلك والواهب حقه ثابت في الأصل، وهو حق الرجوع فيه وحده وهنا يتعارض من وجهين:

(الأول) حقيقة الملك الثابت للموهوب له و(الثاني) حق رجوع الواهب في الأصل، وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع وبه ترجح المنع، أما وجود الزيادة المتصلة غير المتولدة عن الأصل كالبناء والغرس في الأرض الموهوبة، فذلك أن رجوع الواهب في الأصل يضرّ بالموهوب له فيما بناه أو غرسه، وبذلك فلا يحق للواهب الرجوع إلا إذا زالت الزيادة في الحالتين. وقد استدلت الأحناف على رأيهم بالأدلة التالية:

(أولاً) قوله تعالى ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ٨٦﴾ (1) والتحية هنا تفسر بالهدية بقرينة قوله ﴿رُدُّوهَا﴾ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء وهو غير متصور في الأعراض كالتحية.

(ثانياً) حدثنا محمد بن القاسم بن زكريا، حدثنا أبو سعيد الأشج حدثنا إبراهيم بن اسماعيل عن عمرو بن الدينار عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الرجل أحق بهبته ما لم يثب فيها" (2) وفي رواية أخرى عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الواهب أحق بهبته ما لم يثب فيها)، ووجه الدلالة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للواهب حق الرجوع في هبته، إلا إذا أثبت أي عوض عنها (3) كما استدلووا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها" انتهى، مروى عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، انفرد به عبد الله بن جعفر (4)، وحجتهم في هذا الحديث بمفهوم الشرط لأن معناه وإذا كانت الهبة لغير

(1) سورة النساء، الآية 86

(2) رواه أبو هريرة، سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم 180، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 1432هـ 2011م، ط1، ص 633

(3) رواه أبو هريرة، علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم 181، ط1، ص 633، وذكر الحديثان في نصب الراية لأحاديث الهداية في كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، الحديث الثاني، مجلد 4، ص 125

(4) رواه سمرة، علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم 184، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 1432هـ 2011م، مجلد 4، ط1، ص 634

محرم فله الرجوع. ⁽¹⁾ (ثالثاً) واستدلوا بالإجماع ما روي عن سيدنا عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم، أنهم قالوا بذلك ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً فقد روي عن مالك: حدثني مالك عن داود بن الحصين، عن أبي غطفان أن عمر بن الخطاب قال: "من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيما إذا لم يرض منها" ⁽²⁾ ولأن الواهب قد يقصد العوض إذا وهب للأجنبي فهو إما أن يهبه احساناً أو طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة، فالموهوب له يندب في حقه أن يكافئ الواهب، لقوله تعالى ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ ﴾ ⁽³⁾، والراجح من الرأيين هو ما ذهب إليه جمهور العلماء وخلافاً لما ذهب إليه الإمام أبا حنيفة، حيث: (1) الأحاديث التي استدلت بها الجمهور صحيحة وصريحة والأخرى في الرأي الثاني ولو ثبتت لم تحل مخالفتها ووجب العمل بها (2) الشارع الحكيم جعل للأب حقوقاً كثيرة فهو ليس كغيره من الأقارب، ولأن الأب مأمون عليه غير متهم فيما يسترده من ابنه فأمره محمول في ذلك على أنه نوع من الإصلاح، ولأن الابن موهوب لأبيه بنص الآيات وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله (3) واستدلال الأحناف بالإجماع مردود لوجود من يخالف ذلك وهما عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وهما من هما بالإضافة إلى كون الأحاديث التي استدلتوا بها تتصادم مع السنة الصحيحة الصريحة المحكمة.

الفرع الثاني: الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري

لقد نظم المشرع الجزائري الرجوع في الهبة ضمن قانون الأسرة بنصه على ذلك بمادتين هما المادة 211 والمادة 212 حيث تقضي المادة 211 من قانون الأسرة بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه باستثناء ثلاث حالات لا يمكن للأبوين الرجوع فيها، ثم نصت المادة 212 على النص الصريح بعدم الرجوع مطلقاً إذا كانت الهبة لمصلحة عامة وعليه فيمكن القول بأن نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقاً وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية في الملف رقم 328682 الصادر بتاريخ

(1) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، الرسالة السابقة، ص 130

(2) رواه مالك، مالك بن أنس، تحقيق كلال حسن علي، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة، حديث رقم 1514، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، 1434هـ 2013م، ط1، ص 573

(3) سورة الرحمن، الآية 60

2006/02/15 م ب م م ع، ع، سنة 2006 ص 237، والذي جاء فيه ما يلي " للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما، ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شؤوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة 211 من قانون الأسرة، مما يعرض قرارهم للنقض" ⁽¹⁾، ولعل السبب في إدراج المشرع الجزائري للاستثناء الوارد بحق الأولاد الذي يخول الأبوين الرجوع فيما وهباه لأولادهم هو حمايتهما و توفير ضمانات لهما من الأضرار من الإسراف الذي قد يمارسه الأبناء الموهوب لهم على الأموال الموهوبة، بالإضافة الى دوائر الحال التي تجعل الآباء يحتاجون في المستقبل ويصبح الأب أو الأم معسراً بعد يسر، وعاجزا بعد قدرة على ضمان أسباب العيش له ولزوجه مما يضطر الواهب الى الرجوع في هبته، ومما يلاحظ أن القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد في أحكامه الصادرة بخصوص مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم حيث اعتبر في بعض أحكامه أن الجد و الجدة يأخذان حكم الأبوين، و من ثم يجوز لهما الرجوع في هبتهم لأحفادهما بالاعتماد على نص المادة 211 قانون الأسرة المذكور سابقاً و هذا ما نص عليه قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة في الملف رقم 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21 م ب م ق، ع، لسنة 2002 ص 308، والذي قضى بما يلي " إن الرجوع في الهبة يشمل الابن و ابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة حيث أن رجوع المطعون ضدها في الهبة بشأن ابنها (س) يشمل هذا الرجوع أيضا حفيدها(عادل)" ⁽²⁾ باعتباره تابعا لأبيه (س)، ولم يكن مقصودا بذاته فيأخذ حكم أبيه، وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس... (ق.م.ع، غ.أ.ش.م بتاريخ 21 فيفري 2001 ملف رقم 252350، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2002، ص 310) ⁽³⁾، ثم انتهج سبيلا آخر في بعض أحكامه الأخرى، وهو معاكس للأول حيث اعتبر أن الرجوع في الهبة هو مقرر للأبوين فقط، الأب والأم وليس سواهما. وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية بملف رقم 357544 الصادر بتاريخ 2007/03/21، حيث تنص المادة 211 من قانون الأسرة على أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، مرجع سابق، ص. هـ 94

(2) المرجع نفسه، ص. هـ 95

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 443

سنه، إلا في حالات ثلاث ذكرت على سبيل الحصر حيث أن ما يفهم من هذا هو أن الأبوين هما الأب والأم فقط، حيث أن الواهبة في الدعوى الحالية هي الجدة، بأن وهبت لحفدتها بعقد رسمي محرر في 29 سبتمبر 1998 عقاراً ذو طابع سكني، ثم حررت عقدا رسميا بتاريخ 17 فيفري 2002 بالعدول عن الهبة هذه وهو العقد موضوع الدعوى التي انتهت بالقرار المطعون فيه، حيث أن المجلس فسّر القانون تفسيراً خاطئاً، بل اجتهد في تفسيره، مع أنه واضح لا يحتاج إلى اجتهد، ذلك أنه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، فحق الرجوع في الهبة منحه القانون للأبوين فقط، حيث أن القرار المطعون فيه قد خرق القانون فعلاً وهو يستحق النقض والإبطال... (ق.م.ع قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا، القسم الثاني، بتاريخ 21 مارس 2007 ملف 357544، م.م.ع عدد 01، السنة 2007، ص 257-258) ⁽¹⁾

وأمام هذا الاختلاف وتماشياً مع المذهب المالكي يمكن اعتبار ما استقر عليه القضاء أخيراً بأن الرجوع هو حق للأبوين فقط الأب والأم، وحسب ما يفهم من نص المادة 211 صريحاً دون تأويل أو تفسير وأن لفظ الأبوين يشمل الأب والأم فقط دون سائر الأصول، وعليه فلا يمكن اعتبار الجدين أبوين، ومن ثم لا يجوز لهما الرجوع في هبتهما لأحفادهما، هذا من جهة ومن جهة أخرى كرسّ المشرع الجزائري عدم الرجوع في الهبة من أجل المنفعة العامة وذلك في المادة 212 بنصها "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"، حيث جاء قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 116191 الصادر بتاريخ 19/01/1997 منشور بالنبشة القضائية عدد 56 ص 74 الذي جاء فيه "ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن لم تشغل لما وهبت من أجله، لأن الهبة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكاً للبلدية" ⁽²⁾، إلا أنه مما تجدر له الإشارة أن نص المادة 212 من قانون الأسرة لا يحول دون طلب فسخ الهبة وذلك باللجوء إلى القضاء في حالة اشتراط الواهب على الموهوب له القيام بعمل يهدف هذا العمل إلى تحقيق منفعة عامة، إذا لم ينفذ هذا الشرط، ونكون أمام هبة بعوض قابلة للفسخ بسبب عدم تنفيذ الموهوب له لهذا العوض المشترط في الهبة، ثم تقدير الفسخ أو عدم الفسخ يرجع إلى سلطة القاضي حسب القواعد العامة ولا معقب لحكمه من قبل المحكمة العليا.

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص (445-446)

(2) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف)، المرجع السابق، ص. هـ (95-96)

موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري

وهي ما يمكن استخلاصها من نص المادة 211 من قانون الأسرة، حيث نصت على حق الرجوع في الهبة للأبوين اللذين وهبا لولدهما هبة مهما كان سنّه، وهذا ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه "وحيث أنه لما كان ذلك فإن الأساس القانوني الذي اعتمدته الجهة المستأنفة يكون غير كاف لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي كرّس نهائيا حق الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي، ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد للإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، ومن هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب، ومن جديد برفض الدعوى اعتمادا على أن رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية فهم بذلك قد أسأؤوا فهم المادة 211 من قانون الأسرة وأخطأوا بالتالي في تطبيقها معرضين بذلك قرارهم للنقض والإبطال" (1)،

ثم قيدت الرجوع بثلاث حالات يمنع فيها رجوع الأبوين في هبتهما، وهي:

الحالة الأولى: إذا وهب الأب لولده هبة قصد زواجه بها، فهنا ليس له الحق في الرجوع على الموهوب له لولده في هبته حتى ولو لم يتزوج بها في الوقت المطلوب.

الحالة الثانية: إذا وهب الأب هبة لولده بقصد ضمان قرض أو قضاء دين، فلا رجوع له في هبته ما دام الدين لم يسدد بها، وأصبح المال الموهوب ضامنا للدين، والواهب الكفيل الضامن.

الحالة الثالثة: وهي حالة تصرف الموهوب له بالشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو ضياع، أو أدخل عليه ما ليس من طبيعته، فكل ذلك يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع بالهبة وكذلك إذا قام الموهوب له بإدخال تعديلات على الشيء الموهوب مما غير ملامحه كأن أصبحت أرضا مشجرة، أو صرف عليها أموالا طائلة فأحياها بعد موت، فكل ذلك يمنع الواهب من حق الرجوع على الموهوب له، ومما يلاحظ أن نص المادة 211 من قانون الأسرة لم يذكر كل الحالات الواردة في الفقه المالكي باعتباره المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة، وأن الحالات التي ذكرت كانت على سبيل المثال وليس الحصر بالنسبة إلى موانع حق الرجوع في الهبة، وعليه فما دامت لم تذكر في قانون الأسرة فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية

(1) المحكمة العليا، الغرفة المجتمعة، ملف رقم 444499، قرار بتاريخ 2009/02/29، مجلة المحكمة العليا، العدد 2009/01، ص

بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، وعليه فإنه من باب الحيطة وجب الأخذ بالحالات غير المذكورة في قانون الأسرة، والتي قيدت في الفقه المالكي لعلها تحل نزاعا يمكن أن يحدث وهذه الحالات هي:

الحالة الرابعة: زيادة الشيء الموهوب أو نقصه في ذاته كان يكبر الصغير أو يسمن الهزيل أو يهزل السمين، فهذه الزيادة تمنع حق الرجوع في الهبة، أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب فلا يمنع الرجوع.

الحالة الخامسة: مرض الولد الموهوب له مرض الموت هذا يمنع حق الرجوع للوالد وذلك لتعلق حق الورثة بالهبة، وكذلك مرض الوهاب مرض الموت، فإنه يمنعه من اعتصاره ما وهبه لولده.

الحالة السادسة: موت الوهاب الوالد أو الموهوب له الولد فهذا مانع من موانع الرجوع في الهبة سواء قبضها الموهوب له أو لم يقبضها، لأنها ملك لازم، وهذا ذهب إليه قرار المحكمة العليا لسنة 2011 حيث جاء فيه "المبدأ: لا يملك الوهاب وفقا للشريعة الإسلامية، حق الرجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموهوب له" وجاء فيه كذلك "لكن حيث أنه قد ثبت من عقد الهبة المحرر بتاريخ 1968/02/27 أن المسماة (ت.خ) قد وهبت لولديها (غ.ر) و (غ.أ) الثمن الذي آل إليها عن طريق الإرث من مورثها المرحوم (غ.ع) بن (ع) وقد ثبت من عقد الهبة المحرر بتاريخ 1995/11/13 أن أصل ملكية القطع الأرضية الأربعة التي وهبتها لابنها (غ.أ) قد آل إليها عن طريق الإرث من مورثها المرحوم (غ.ع) بن (ع)، ومن ثم فإن موضوع عقد الهبة المحرر بتاريخ 95/11/13 هو نفس عقد الهبة المحرر بتاريخ 68/02/27 وحيث أنه قد ثبت من شهادة الوفاة رقم 3066 أن المدعو (غ.ر) وهو أحد الموهوب لهما في عقد الهبة بتاريخ 68/02/27 قد توفي في 1977/08/03 بعد انتقال موضوع الهبة إليه، ومن ثم فإن الواهبة المذكورة لا تملك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن تلك الهبة بعد وفاة الموهوب له وبالتالي تكون قد وهبت بموجب عقد الهبة المحرر في 95/11/13 شيئا لم تعد تملكه، وإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد الهبة المحرر في 95/11/13 يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما ولم يخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية وبنوه على أساس قانوني سليم، لهذه الأسباب قضت

المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا" (1)
الحالة السابعة: فقر الموهوب له صغيرا كان أو كبيرا فهو مانع من موانع الاعتصار، لأن فقره وقت الهبة قرينة على الصدقة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها.

وفي الأخير فإننا نشير إلى ملاحظة هبة الزوجة لزوجها والزوج لزوجته وإن كانت تدخل في عموم عدم الرجوع وليست مانعا من موانع الرجوع، بل هي أصل في عدم الرجوع على هبتها

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/09/16 حيث نص المبدأ على "لا يجوز التراجع عن الهبة بين الزوجين" وقد جاء في القرار "حيث متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كان قد استفادت منها زوجته وابنتاه القاصرتان، دون أن يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ما هو موهوب للزوجة الذي لا يجوز التراجع فيه، وبين ما هو موهوب للبننتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه، فإن قضاءهم الذي قضى بإلغائهم لعقد الهبة المحرر بتاريخ 2003/03/17 بأكمله يجعل قرارهم المنتقد مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون، الأمر الذي يستوجب نقض القرار محل الطعن" (2)

وخلاصة ذلك أن المشرع الجزائري اختار مسايرة المذهب المالكي في أحكام الرجوع في الهبة، إذ لم يجرز للواهب الرجوع في هبته، إلا في حالة هبة الوالد لولده أو الأم لولدها، وهو بذلك يجعل الرجوع في عقد الهبة أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وعلى ذلك يمكن ملاحظة الآتي:

- لقد جاءت نصوص أحكام الرجوع في الهبة قليلة ومقتضبة، حيث لم يفصل فيها
- خول للوالدين الرجوع في الهبة دون سواهما وذلك في هبة ولدهما صغيرا أو كبيرا، سفيها أو رشيدا، بالغا أو قاصرا، تمت حيازته وقبضه للشيء الموهوب أو لم يقبضه، بصفة مطلقة، وكذلك لم يوضح المشرع محل الهبة ولم يميز بين عقار ومنقول فأجاز الرجوع في كليهما.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 613091، قرار بتاريخ 2011/03/10، قضية (غ.أ) ضد ورثة (غ.ر)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2011، ص (278-282)

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 577191، قرار بتاريخ 2010/09/16، قضية (ع) ضد (ك.م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2010، ص (281-284)

- لم يتطرق لمسألة الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي على غرار التشريعات الأخرى العربية.

- لم يشترط على الوالدين طريقة معينة عند الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي أو الحكم القضائي.

- لم يتطرق إلى موانع الرجوع كلية بل أخذ بالقليل منها كمثال دون الحصر.

الفرع الثالث: الرجوع في الهبة عند التشريعات العربية

لقد سائر التقنين المدني المصري المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة، وإن اشترط في حق الرجوع بغير التراضي وجود عذر مقبول، وبذلك يكون أن الأصل هو جواز الرجوع في الهبة بالتراضي شأن جميع العقود في ذلك، إلا أن الهبة تتميز أنه يجوز للواهب الرجوع في الهبة دون رضا الموهوب له عند استناده لعذر مقبول، يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع، ويقصد بالتراضي أنه إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين إلا أن لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سيأتي، ومن ثم تجب حماية الغير حسن النية وهو من كسب حقاً عينياً من الموهوب له قبل الإقالة⁽¹⁾، أما بالتقاضي، أنه إذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب اللجوء للقضاء لترخيص الرجوع، متى استند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع، ولقد ورد ذلك في المادة 500 من القانون المدني المصري وهو يقابل المادة 468 من القانون السوري والتقنين المدني الليبي المادة 489، والعراقي المادة 620 من التقنين المدني والمادة 646 من القانون المدني الإماراتي، ولا مقابل في التقنين الكويتي إلا في الفقرة الثانية من المادة 537 من القانون المدني ولا مقابل في قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 500 من القانون المدني المصري تنص " (1) يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك (2) فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع" (2)

أما المادة 537 من القانون المدني الكويتي فتتص " (1) لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، إلاّ الأبوين فيما وهباه لولدهما (2) ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهبة والشركة)، المرجع السابق، ص 182

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 282

من القضاء إذا استند في ذلك إلى عذر مقبول" (1)

أما موانع الرجوع فهي: التي ذكرت في المادة 502 من القانون المدني المصري (1) زيادة في الشيء الموهوب زيادة متصلة (2) مات أحد طرفي العقد (3) التصرف في الشيء الموهوب (4) الهبة من أحد الزوجين (5) الهبة لذي رحم محرم (6) هلاك الشيء الموهوب (7) إذا قدم الموهوب له بدلاً عن الهبة (8) الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر (2)

وهذه الموانع تتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة في الفقه الحنفي، ويقابلها في التقنيات العربية، حيث في التقنين السوري المادة 470 والتقنين الليبي المادة 491 والعراقي المادة 623 وفي القانون الإماراتي المادة 649، ولا مقابل لها في قانون الموجبات والعقود اللبناني وكذلك لا مقابل لها في القانون الكويتي حيث نصت المادة 539 من القانون الكويتي على "يتمتع الرجوع في الهبة (1) إذا كانت الهبة من الأم وكان ولدها يتيماً وقت الرجوع (2) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين (3) إذا مات أحد المتعاقدين (4) إذا تصرف في الشيء الموهوب (5) إذا حصل تغير للشيء الموهوب (6) إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة (7) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً يخشى منه الموت (8) إذا اقترنت الهبة بتكليف (9) الهبة لغرض خيري" (3)

أما عن الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة فقد ذكرها المشرع المصري في المادة 501 وهي ثلاثة (1) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب وهو الجحود- (2) أن يصبح الواهب عاجزاً أن يوفر أسباب المعيشة (3) أن يرزق الواهب بعد الهبة بولد يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي. وهي تقابل المادة 469 من القانون المدني السوري والمادة 538 من القانون المدني الكويتي والمادة 490 من القانون الليبي والمادتين 621 و622 من التقنين العراقي، والمادة 647 من القانون المدني الإماراتي، أما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد ذكرت في عدة مواد هي المادة 524 والمادة 527 والمادة 528 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. (4)

(1) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 289

(2) المرجع نفسه، ص (282-283)

(3) المرجع نفسه، ص 290

(4) المرجع نفسه، ص (265-266)

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة

إن الرجوع عن الهبة الذي تم بالتراضي أو بالتقاضي، وسواء كان تجاه الولد أو الغير الأجنبي فإنه يترتب آثاراً على المتعاقدين، الواهب والموهوب له وكذا يترتب أثراً في حق الغير الذي يكون قد اكتسب حقاً على الشيء الموهوب، لذا سأتناول هذه الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي ثم مرة أخرى عن الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي

أ) بالنسبة للمتعاقدين: إن الرجوع يترتب آثاراً بالنسبة للواهب والموهوب له، وتتمثل في:

1) يعود الشيء الموهوب إلى ملك الواهب، وهذا كون الرجوع يترتب فسخاً للهبة وتصبح كأن لم تكن، وعليه فالواهب يسترد الشيء الموهوب، ولو لم يقبضها وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وقد وافق جمهور الأحناف ذلك إن تم الرجوع بالتقاضي، أما إذا كان بالتراضي فاختلفوا فيما بينهم فذهب أكثرهم إلى القول بأن في الهبة يترتب الفسخ بالتراضي أو بالتقاضي، إلا زُفر فيرى أن الرجوع بالتراضي هو هبة مبتدأة. وسبب الخلاف يعود إلى أن الرجوع بالتراضي هو نقص بالعقد الأصلي الأول أم هو اتفاق على إنشاء عقد جديد وعلى ذلك ورد أن بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء، فإنهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيعاء، وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كان هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض، وكذا لو وهب لإنسان شيئاً ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان لأول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زُفر أنه هبة مبتدأة⁽¹⁾ وقد ذكر كذلك قوله "أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض"⁽²⁾

2) وعليه فإذا انفسخ العقد بالرجوع يعود الشيء الموهوب للواهب يمتلكه من جديد وهذا ما جاء به في البدائع. وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب، ويملكه الواهب

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 134

(2) المرجع نفسه، ص 134

وإن لم يقبضه، لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع (1) ويتوقف على القبض عند من يرى أن الرجوع هبة مبتدأة وهو قول زُفر (3) الشيء الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة بيد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن، لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخت الهبة بقي قبض الواهب قائماً، وعلى الموهوب له أن يعيد الهبة ولا يضمن إلا بالتعدي لأنها أمانة بيده، وبذلك جاء أن الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له (2) حتى لو هلك في يده لا يضمن، لأن قبض الهبة، قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان، فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي (3). (4) والمقصود أن الشيء الموهوب قد يعطي ثماراً إذا أصبح في ملك الموهوب له، فهل تكون عند الرجوع في الهبة من حق الواهب أم الموهوب له، فإذا كانت زيادة منفصلة أي يمكن فصله على الشيء الموهوب دون إحداث ضرر به، وسواء كانت هذه الثمار متولدة عن الشيء الموهوب أو غير متولدة فهي للموهوب له، ولا حق للواهب بها ومثال كغلة الأرض بعد حرثها، والثمار المقطوفة من الأشجار وغير ذلك، أما إذا كانت زيادة متصلة بالأصل فينظر إذا كانت يمنع فيها الرجوع من قبل الواهب فهي للموهوب له تبعا للأصل، وإذا كان يجوز الرجوع فيها فهي للواهب تبعا كذلك للأصل، وهذا قول جمهور العلماء من المالكية والأحناف والحنابلة، أما الشافعية فيرون أن هذه الثمار فهي للواهب، وقد جاء في كتاب "التنبيه في الفقه الشافعي"، فإن زاد الموهوب زيادة مميزة كالولد والثمرة، رجع فيه دون الزيادة (4). (5) ويحق للموهوب له أن يطلب ما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب إذا حصل الرجوع قبل قطف الثمار، وكما يجوز له أن يأخذ ما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب بعد الرجوع، كونه بعد الرجوع يصبح الشيء الموهوب ملكا للواهب. (ب) آثار الرجوع المترتبة عن الغير وفي هذا يجب أن نفرّق بين أمرين:

1- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بصورة نهائية كبيعه أو هبته كلياً فلا يجوز الرجوع على الغير حسن النية، أما إذا تصرف في جزء منه فإن الواهب يرجع الجزء المتبقي، حفاظاً على المالك حسن النية.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 134

(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطبعة الوزارة، الكويت، 2004، ج 42، ط 1، ص 155

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع نفسه، ص 134

(4) أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ص 139

2-إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بصورة ليست نهائية كرهنه، أو منح حق للغير كمنفعة عليه وغيرها، إذ يمنع الرجوع فيه وليس هذا إلاّ حماية للذي اكتسب حقاً على الشيء الموهوب حسن النية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على عدم الرجوع في الهبة في قانون الأسرة واعتبره كأصل عام ثم أقر عليه استثناءً للوالدين-الأب والأم- دون سواهما بحقهما في الرجوع على ولدهما ما لم يوجد مانع من الموانع الثلاثة المذكورة في نص المادة 211 قانون الأسرة، غير أنه لم يخص بالذكر الآثار المترتبة عن الرجوع، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير المتعامل معهما، لما لهذه المسألة من أهمية، وما لها من تأثير على حقوق كل من الواهب و الموهوب له، وهذا بخلاف التشريعات العربية المقارنة التي عالجت آثار الرجوع في عقد الهبة بنصوص قانونية خاصة. وقد يكون السبب وراء ذلك كونه اعتبر الرجوع في الهبة هو حالة استثنائية مخوّلة للأبوين فقط بإرادتهما المنفردة ودون التوقف على رضا الموهوب له وحتى دون اللجوء إلى القضاء.

وعليه فهذا مما يتطلب حين طرح مسألة الآثار المترتبة عن الرجوع أن يرجع في ذلك إلى مقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 في قانون الأسرة أو اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة على فسخ العقود أو إبطالها.

وبناءً على كل ذلك فإنه يترتب عن الرجوع في الهبة، اعتبار هذه الهبة كأن لم تكن، ويكون الرجوع بأثر رجعي حيث يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليهما قبل إبرام عقد الهبة، و يجب على الولد إرجاع الشيء الموهوب عقاراً كان أو منقولاً جبراً إلى والده الواهب، ومن دون حكم القاضي، وبغير رضاه، حيث يجوز للوالد أن يمارس حقه في الرجوع بمجرد التصريح بهذا الرجوع في الهبة أمام الموثّق و بإرادته المنفردة فيتعين عليه إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به ولكن يمكن للولد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه بإثباته قيام مانع من موانع الرجوع، حيث إذا تصرف في الشيء الموهوب فقد فوت على والده حق الاعتصار وأصبح مانعاً من الموانع حسب المادة 211 من قانون الأسرة. أما في حالة تعنت الولد الموهوب له عن ردّ الشيء الموهوب إلى الوالد الواهب جاز لهذا الأخير كذلك اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعادة الشيء الموهوب لإرغامه قهراً على إعادة الشيء الموهوب وفق مقتضيات وإجراءات رفع الدعوى والتقاضي.

وخلاصة ذلك أنه يمكن أن تطرح إشكالات هلاك الشيء الموهوب بيد الموهوب له فهذا مما يخلق حالتين من المعالجة، الحالة الأولى إذا كان الهلاك بفعل الموهوب له و تعمدته فهنا يكون الموهوب له أن يعوّض الواهب كونه ضامن لهلاكه، والحالة الثانية إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي لا يدّ للموهوب له في هذا الأمر، فيكون الهلاك على عاتق الواهب ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم، وإلاّ أصبح ضامنا و تجدر الإشارة إلى حقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له حول الشيء الموهوب فحق الرجوع يجب ألاّ يمتسّ بهذه الحقوق، فإذا اكتسب هذا الغير الشيء الموهوب ببيع أو هبة أو وقف أو إبراء وغيرهم من التصرفات الناقلة أو المسقطة للملكية فإنه يبقى حقه محفوظا ولم يسقط عنه، وبالمقابل لم يجز للواهب استرداد الشيء الموهوب وذلك لأن الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلا طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة لقيام مانع منه، أما إذا ترتب حق الغير على الشيء الموهوب بموجب تصرف غير نهائي كحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن وغيرها فتسري عليه القواعد العامة في القانون المدني بوجه عام. (1)

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريعات العربية

لقد نصت أغلب التشريعات العربية في قوانينها المدنية على الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة و خصصت لذلك مواداً بعينها تحدد مجالها القانوني، عكس التشريع الجزائري الذي لم ينص على ذلك بتاتا، وعليه فالمشرع المصري نص في القانون المدني على الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة بالمادتين 503 و 504، حيث يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، ثم في الفقرة الثانية توضح متى يرد الموهوب له الثمرات، ومتى يرد إليه النفقات والمصروفات الضرورية هذا في المادة 503 أما المادة 504 فتتص على مسؤولية الواهب حين استيلائه على الشيء الموهوب بدون تراضي ولا تقاضي قبل الموهوب له في حالة هلاك الشيء الموهوب سواء بفعله أو بفعل أجنبي أو بالاستعمال ثم في الفقرة الثانية فتتص على مسؤولية الموهوب له حين هلاك الموهوب لديه وبعد اعذاره بالتسليم، سواء كان بفعله أو بفعل أجنبي (2) يقابل نصي المادتين 503، 504 من القانون المدني المصري، المادتين 471 والمادة 472 بنفس السياق ونقل في القانون المدني السوري. (3)

(1) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، المرجع السابق، ص (164-165)

(2) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، مرجع سابق، ص 283

(3) المرجع نفسه، ص 275

وفي التقنين الليبي بالمادتين 492 و 493، أما في القانون المدني الكويتي فقد وردت في المادة 549 التي تنص " يترتب على الرجوع إعادة الموهوب إلى ملك الواهب من حين تمامه وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" ثم المادة 542 التي تنص "نفقات الهبة على الموهوب له، ونفقات الرجوع على الواهب ما لم يتفق على ذلك" ⁽¹⁾ أما التشريع الإماراتي فقد رتب الآثار في الرجوع في الهبة بالمادتين 650 التي نصت على "(1) يعتبر للرجوع عن الهبة رضاء بإطالا لأثر العقد، (2) ولا يرد الموهوب الثمار إلا من تاريخ الرجوع رضاء أو من تاريخ الحكم، و له أن يسترد النفقات الضرورية، أما النفقات الأخرى فلا يسترد فيها إلا ما زاد في قيمة المال الموهوب" ثم المادة 651 التي تنص على نفس ما ورد في المادة 504 من القانون المصري ⁽²⁾ وقد ورد كذلك في التقنين العراقي بنفس ما ورد في مادتي التقنين المصري حيث قابلت المادة 503، المادة 624 والمادة 504 مصري قابلت المادة 625 عراقي، أما في تقنين الموجبات و العقود اللبناني فقد نص على الآثار المترتبة عن الرجوع من المادة 525 إلى المادة 530 من نفس التقنين، حيث تنص المادة 525 على إعادة الأموال الموهوبة إلى الواهب وكيفية فك رهنها إذا كانت مرهونة، أما المادة 526 فتتص على سقوط حق المطالبة بالإرجاع في حالة ظهور أو ولادة الولد وبمدة (05) سنوات، أما المادة 527 فتتص على إبطال الهبة من الواهب وعدم قيام الموهوب له بالشروط والتكاليف المفروضة عليه، ثم المادة 528 التي تبطل عقد الهبة في الحالتين: الأولى حالة ارتكاب الموهوب له جنحة أو جناية في حق الواهب أو شرفه أو ماله والثانية في حالة إخلاله بالواجبات تجاه الواهب، أما المادة 529 فتتص على أن الموهوب له لا يعيد الثمار إلا ابتداء من يوم إقامة الدعوى في حالة الجحود أو ظهور الأولاد للواهب أو عند تخفيض الهبة كونها فاحشة، وعند عدم قيام الموهوب له بالواجبات المفروضة عليه فإنه يعيد المال من الثمار التي أجنأها، ثم أخيرا المادة 530 التي تنص على عدم العدول عن الدعوى لإبطال الهبة مقدماً بسبب الجحود، وتسقط الدعوى بمرور سنة من ذلك. ⁽³⁾

(1) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، المرجع السابق، ص 291

(2) المرجع نفسه، ص (329-330)

(3) المرجع نفسه، ص (265-266)

خلاصة الفصل الثاني

مما يمكن الإشارة إليه ملخص الفصل الثاني الآتي:

(1) لقد نص المشرع الجزائري على بعض الهبات في قانون الأسرة من حيث هي هبات جائز التصرف فيها مسايرا في أغلب الأحيان المذهب المالكي، وبالمقابل بعض الهبات لم يصرح بحكمها بنص متداول، تاركا الحكم فيها لأحكام الشريعة الإسلامية والمستشفة من المذاهب الأربعة، وعليه ففي هبة ملك الغير وهبة الدين وهبة الثواب أحالنا على أحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 قانون الأسرة، وبالأخص على ما ورد في المذهب المالكي، كونه المذهب السائد في الجزائر ودول المغرب العربي، وكذا في هبة الأموال المستقبلية، إلا أنه ذكر حكما مقتضب وغير صريح عن الأموال المشاعة.

(2) وعند تناوله لهبة المريض مرض الموت، فقد نص على حكم مطلق غير مفصل، واعتبر أن الهبة تنفذ كوصية دون توضيح لمن تكون الهبة وكيف يكون المرض مخيفاً حتى تصبح هبته وصية، وغير ذلك من الأحكام إنما تطبق أحكام الفقه الإسلامي على الحالات المختلفة. بالإضافة إلى حكم الوعد بالهبة، فقد جاء قانون الأسرة خاليا منها، مما يستوجب أن تطبق أحكام الشريعة العامة عليها، وكذا أحكام الفقه الإسلامي، وكل هذا بخلاف التشريعات العربية التي وردت أحكاما عديدة ومختلفة لكل الهبات، وبنصوص مواد صريحة لذلك.

(3) بخصوص هبة العمرى والرقبي فقد جاء ذكرها في قانون الأسرة غير صريح، ولكن النص جاء مُوجِّهاً إلى ذكرها كتمليك منفعة أو في الوصية كمنفعة تنفذ كعمرى وهذا مجاريا للمذهب المالكي وأخذا برأي الإمام مالك رحمه الله، أما في الهبة للأولاد فقد جاءت الأحكام متضمنة في أربع مواد من قانون الأسرة، غير صريحة بالنص، وكذلك آخذاً بأحكامها من أحكام الفقه المالكي.

(4) وبخلاف كذلك التشريعات العربية فالمشرع الجزائري لم ينص على الآثار المترتبة عن عقد الهبة غير ذاك الالتزامات المختلفة من الواهب أو التزامات الموهوب له مما يطبق أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني.

(5) وعند ذكر الرجوع في الهبة نصّ عليه بمادتين 211، 212 من قانون الأسرة آخذاً بمبدأ عدم الرجوع في الهبة كأصل ثابت مستثنيا عليه الرجوع للأبوين، مع عدم تناول الآثار المترتبة عن الرجوع عن الهبة، وكذا دون تناول لكل الموانع التي وردت في المذهب المالكي مكتفياً بثلاث فيهما على سبيل الذكر لا الحصر.

الختام

الخاتمة

باعتبار أنّ الإرادة هي جوهر التصرف، فهي تنشئ التصرف وتحدّد آثاره القانونية، وباعتبار أنّ هذا التصرف قد يكون بعوض كالبيع وقد يكون تبرعيا كالهبّة، التي تناولناها من حيث إنشاء عقدها، وتمييزها عن مختلف التصرفات المشابهة لها، وتوضيحا لأركانها وشروطها من كل الجوانب الشرعية والتشريعية، بالإضافة إلى الأحكام التي تحكم الرجوع في الهبة مبينين ذلك فقها وقانونا مع الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة، مستخلصين من كل ذلك للنتائج التالية:

(1) لقد جاء تعريف الهبة ناقصا ومبتورا، سواء في تعريف المشرع الجزائري أو في تعريفات بقية القوانين العربية حيث لم يتم إبراز أنّ الهبة تتم في الحال وبين الأحياء، باستثناء التعريف الذي ورد في القانون الكويتي أو في قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي جاء مكتملا، وكذلك كان التعريف مكتملا في المذهبين الحنفي والحنبلي اللذين أبرزوا هذين العنصرين بخلاف المذهب المالكي والشافعي.

(2) لقد تم تناول الهبة على أساس أنها عقد مثل سائر العقود الأخرى، في مجمل التشريعات العربية والنص على ذلك صراحة، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم على ذلك صراحة وإنما يستخلص من خلال المؤشرات الدالة عليه، أمّا المشرع الفرنسي فاعتبرها تصرف.

(3) تعريف الهبة في قانون الأسرة الجزائري نقل حرفيا من حاشية الدسوقي في الشرح الكبير أو من مختصر العلامة خليل وذلك دون زيادة أو نقصان مسايرة للفقهاء المالكي، وكان على الأقل تناوله من مصدر آخر من مصادر المالكية، التي بها تعريف جامل كالمختصر الفقهي وغيره.

(4) لقد جاءت الأحكام الموضوعية للهبة في قانون الأسرة مستمدة من الفقه الإسلامي وعلى الأخص من الفقه المالكي الجليل، مع ملاحظة إصرار المشرع على الأخذ بذلك من أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم ورود نص في قانون الأسرة، ولقد جاءت مختلف التشريعات العربية مستمدة من المذاهب الأربعة كذلك، وفي هذا السياق توجد لفظة أشار إليها العلامة سيد عبد الله علي حسين في كتابه المقارنات التشريعية، أردت تسجيلها هنا وهي قوله في مقدمة الكتاب، ص62 (فترجمت فقه القانون المدني الفرنسي، وقارنت أصوله وقواعده بما يوافق أو يخالف ذلك من مذهب الإمام مالك، فكان ذلك دليلا على ما ادعيت من أنّ القانون المدني الفرنسي "وهو أصل

القوانين التشريعية الوضعية" مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه) وهذا هو خلاصة المجلدات الأربع من كتابه المقارنات التشريعية.

(5) لقد جاءت أحكام الهبة مسايرة للفكرة التي يستند عليها المشرع من مجتمعه وبيئته، وبالتالي جاءت الأحكام مختلفة بين البذل والحض على الهبة كونها من أعمال البر والإحسان والتي تقرب العبد من ربه، وبين المقيدة لها والحائثة على الاقلال والشح منها.

(6) لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة على أنّ الرسمية لا تغني عن الحيابة، وبذلك دامجا الرسمية بالحيابة وهذا مسائرا لمتطلبات العصر مع الأخذ برأي المالكية في الحيابة مستثنيا كون الموهوب له ابنا أو زوجا للواهب أو كون الشيء الموهوب مشاعا، وأرى في ذلك أنه فعل صوابا لكثرة النزاعات القضائية حول الهبات حتى ولو ملك الموهوب له الوثيقة الرسمية، فالرسمية مع الحيابة هي الأحوط.

(7) عملا بمبدأ أنّ الهبة تنشأ حقيقة بالإرادة المنفردة للواهب، وهذا مما جعل المشرع الجزائري يسكت عن هبة الأموال المستقبلية وينص على هبة الجنين، ومسائرا في ذات الوقت مذهب الإمام مالك وخيرا فعل، حيث أرى أنّ المذهب المالكي منسجما في مواقفه.

(8) لقد نص المشرع الجزائري على هبة الدين بشكل صريح لا لبس فيه وبالمقابل أغفل هبة الرهن التي جاء بها الإمام مالك وكان الأحرى به الأخذ بها اتماما لنفس العمل، وفي نفس السياق كان عليه الأخذ بالوعد بالهبة وخصوصا منصوص عليها في القانون المدني بنصي المادتين 71،72.

(9) لقد خالف المشرع الجزائري مختلف التشريعات العربية في الرجوع في الهبة، ومواكبا للمذهب المالكي، حيث اعتبر عدم الرجوع في الهبة أصلا واستثنى هبة الأبوين مع ذكر ثلاثة موانع للرجوع في الهبة، ثمّ عدم الرجوع في هبة المنفعة العامة.

(10) إغفال المشرع الجزائري لمختلف الآثار المترتبة عن عقد الهبة أو الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة وكان من الأحسن النص عليها لسد باب التأويلات المختلفة عند القضاء وتوحيدها في نصوص يخضع لها الجميع.

11) لقد فعل خيرا المشرع الجزائري بوضع أحكام الهبة ضمن الأحوال الشخصية وهذا أولا لضمان مصدر أحكامها من الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى ضمان خضوعها لقانون جنسية الواهب عند النزاع بوجود طرف أجنبي، -أي إذا كان عقد الهبة دوليا- عكس إذا كانت الهبة في طائفة العقود المالية التي تخضع لقانون الإرادة فيصبح الواهب مختارا لقانون أجنبي يطبق على العقد في حالة اختلاف جنسيتي الواهب والموهوب له أو كان الشيء الموهوب في دولة غير دولة الواهب.

12) في الأخير كان يجب، النص صراحة على تعريف للهبة يكون جامعا مانعا، ويضمنه بصريح العبارة على أنّ الهبة عقد، تماشيا مع الرأي السائد للنظرية العامة للعقود والمذاهب الفقهية الأربعة.

13) أن يزيل التضارب والتعارض بين قانوني الأسرة والمدني في المادة 85 أسرة والمادة 43 قانون مدني ثمّ المادة 101، 107، قانون أسرة، وكذلك الإنقاص من سن التمييز إلى سن أقل من ثلاثة عشر سنة كما هو معمول به الآن.

14) النص من جديد على مواد تتضمن الآثار المترتبة عن عقد الهبة والرجوع فيها لسد باب النزاعات وافساح المجال للقضاء برؤية واضحة وموحدة على غرار كل التشريعات.

المراجع

المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الأحاديث النبوية

- (1) أبي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، الجزء الثالث، طبعة أولى، مكتبة الصفا، مصر، 2004
- (2) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، طبعة خامسة، دار ابن كثير واليامة، سوريا-لبنان، 1993
- (3) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، طبعة أولى، مكتبة الملك فهد، السعودية، 2001
- (4) جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصبُ الراية لأحاديث الهداية، المجلد الرابع، طبعة ثانية، المكتب الإسلامي، لبنان، 1972
- (5) مالك بن أنس، الموطأ، طبعة أولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2013

ثانياً: النصوص القانونية والتنظيمية

- (1) الأمر 70-91، المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1970م، المتضمن قانون التوثيق، ج ر رقم 107، المؤرخة في 27 شوال 1390هـ الموافق لـ 25 ديسمبر 1970م
- (2) الأمر 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، المؤرخة في 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م
- (3) الأمر 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، يعدل ويتمم القانون 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، ج ر رقم 15، المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م
- (4) القانون 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، ج ر رقم 24، المؤرخة في 12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984م

(5) القانون 88-14، المؤرخ في 16 رمضان 1408 هـ الموافق لـ 03 مايو 1988م، يعدّل ويتمّ الأمر 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر رقم 18، المؤرخة في 17 رمضان 1408 هـ الموافق لـ 04 مايو 1988م (6) القانون 05-02، المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق لـ 06 فبراير 2005م، يعدّل ويتمّ الأمر 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون التجاري، ج ر رقم 11، المؤرخة في 30 ذي الحجة 1425 هـ الموافق لـ 09 فبراير 2005م

(7) القانون 06-23، المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م، يعدّل ويتمّ الأمر 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات، ج ر رقم 84، المؤرخة في 04 ذي الحجة 1427 هـ الموافق لـ 24 ديسمبر 2006م

(8) القانون 15-19، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015م، يعدّل ويتمّ الأمر 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات، ج ر رقم 71، المؤرخة في 18 ربيع الأول 1437 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015م

9) Code Civil Français, modifié par loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007

ثالثاً: المقالات والدراسات

- محمد حسين قنديل، الهبة للولد وأحكامها في الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 07، جامعة قطر، 1989

رابعاً: الرسائل والبحوث الأكاديمية

(1) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه)، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، 2012-2013

(2) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير)، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 1981

خامساً: المراجع المتخصصة

- (1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الهيئة والشركة)، المجلد 05، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000
- (2) عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهيئة الوصية الوقف)، طبعة جديدة، دار هومة، الجزائر، 2004
- (3) محمد تقيّة، دراسة عن الهيئة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، طبعة أولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003
- (4) نزيه نعيم شلالا، دعوى الهيئة (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000
- (5) نسيمّة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة الوصية الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2012

سادساً: المراجع العامة

- (1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، المجلد 01، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000
- (2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (البيع والمقايضة)، المجلد 04، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000
- (3) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة ثانية، دار القلم، الكويت، 1990
- (4) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014

سابعاً: الكتب الفقهية

- (1) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، كتاب التتبيه في الفقه الشافعي، دار الكتب
- (2) أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، الجزء 05، طبعة أولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997
- (3) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، طبعة أولى، دار إحسان، إيران، 2000

- (4) أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن، التفریع فی فقه الإمام مالک بن أنس، الجزء 02، طبعة أولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007
- (5) أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، طبعة أولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1989
- (6) أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبعة مصححة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2009
- (7) أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالک، الجزء 03، طبعة ثانية، دار الفكر، لبنان
- (8) أبي سعيد البراذعي خلف ابن أبي القاسم القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء 04، طبعة أولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، 2002
- (9) أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، طبعة أولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993
- (10) أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 5، طبعة ثانية، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003
- (11) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، المجلد 02، طبعة أولى، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1978
- (12) أحمد زين الدين بن عبد العزيز المليباري، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، طبعة أولى، دار ابن حزم، لبنان، 2004
- (13) الإمام مالک بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 04، طبعة أولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993
- (14) تقي الدين أحمد بن محمد بن علي الأدمي، كتاب المنور، طبعة أولى، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2003
- (15) شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، الجزء 12، طبعة أولى، دار المعرفة، لبنان، 1989
- (16) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 04، دار إحياء الكتب العربية، مصر

- 17) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 03، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000
- 18) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة (قسم المعاملات)، الجزء 03، طبعة سادسة، دار إحياء التراث العربي، لبنان
- 19) عبد الرحمان بن عبد الله البعلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، الجزء 01، طبعة أولى، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002
- 20) عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، الجزء 03، دار الكتب العلمية، لبنان
- 21) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 06، طبعة ثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986
- 22) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد 02، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، السعودية، 2003
- 23) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء 05، طبعة أولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1894
- 24) محمد بن عرفة الورغني التونسي، المختصر الفقهي، طبعة أولى، مسجد الفاروق، الإمارات العربية المتحدة، 2014
- 25) منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن الإقناع، المجلد 10، طبعة أولى، وزارة العدل، السعودية، 2007
- 26) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغنى، الجزء 08، طبعة ثالثة، دار عالم الكتب، السعودية، 1997
- 27) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء 42، طبعة أولى، مطابع الوزارة، الكويت، 2004

ثامناً: المعاجم والقواميس

1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، طبعة ثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005

2) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، طبعة ثالثة، دار صادر، لبنان، 1968

تاسعاً: المواقع الإلكترونية

1) مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد 19، العدد 02، يونيو 2001

<http://www.iugaza.edu.ps/ar/periodical/>

الفهرس

أ	مقدمة
2	الفصل الأول: ماهية الهبة وكيفية انعقادها
2	المبحث الأول: ماهية الهبة وخصائصها
2	المطلب الأول: مفهوم الهبة وحكم مشروعيتها
2	الفرع الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحا
6	الفرع الثاني: الأساس الشرعي والقانوني للهبة
9	الفرع الثالث: الحكم الشرعي للهبة
9	الفرع الرابع: خصائص الهبة
12	المطلب الثاني: موقف التشريعات من الهبة
12	الفرع الأول: موقف التشريع الإسلامي من الهبة
13	الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري من الهبة
14	الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من الهبة
17	المطلب الثالث: التمييز بين الهبة والعقود الأخرى المماثلة لها
17	الفرع الأول: التمييز بين الهبة والتصرفات الأخرى التي من جانب واحد
19	الفرع الثاني: التمييز بين عقد الهبة والتصرفات الأخرى التي من جانبين
21	المبحث الثاني: أركان عقد الهبة وشروطه
21	المطلب الأول: أركان عقد الهبة
21	الفرع الأول: في الفقه الإسلامي
22	الفرع الثاني: في القانون الجزائري
35	الفرع الثالث: أركان الهبة في التشريعات العربية
38	المطلب الثاني: شروط صحة عقد الهبة
38	الفرع الأول: شروط صحة عقد الهبة من جانب الفقه الإسلامي
44	الفرع الثاني: شروط صحة عقد الهبة في القانون الجزائري
54	المبحث الثالث: القبض والحيازة في عقد الهبة
54	المطلب الأول: قبض الهبة في الفقه الإسلامي

59	المطلب الثاني: حيازة الهبة في التشريع الجزائري
64	الفصل الثاني: أحكام الهبة وأحكام الرجوع فيها
64	المبحث الأول: أحكام الهبة
64	المطلب الأول: فيما يصح من الهبات
64	الفرع الأول: هبة ملك الغير
65	الفرع الثاني: هبة الأموال المستقبلية
66	الفرع الثالث: هبة الأموال المشاعة
66	الفرع الرابع: هبة الدين
68	الفرع الخامس: هبة الثواب
70	المطلب الثاني: هبة المريض مرض الموت فقها وتشريعا
70	الفرع الأول: حكم هبة المريض مرض الموت
74	الفرع الثاني: هبة المريض مرض الموت لوارث
75	الفرع الثالث: هبة المريض مرض الموت لغير وارث
77	الفرع الرابع: الوعد بالهبة
80	الفرع الخامس: هبة العمرى والرقبى
84	الفرع السادس: حكم الهبة للأولاد
88	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن عقد الهبة
88	المطلب الأول: التزامات الواهب
88	الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له
90	الفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء الموهوب
91	الفرع الثالث: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق
91	الفرع الرابع: الالتزام بضمان العيوب الخفية
93	المطلب الثاني: التزامات الموهوب له
94	الفرع الأول: الالتزام بأداء العوض
94	الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهبة
95	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الهبة في التشريعات العربية
96	المبحث الثالث: الرجوع في الهبة والآثار المترتبة عنه
97	المطلب الأول: الرجوع في الهبة

97		الفرع الأول: الرجوع في الهبة من جانب الفقه الإسلامي
106		الفرع الثاني: الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري
112		الفرع الثالث: الرجوع في الهبة عند التشريعات العربية
114		المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في الهبة
114		الفرع الأول: الآثار المترتبة عن الرجوع في الفقه الإسلامي
116		الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريع الجزائري
117		الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الرجوع في التشريعات العربية
121		الخاتمة
125		المراجع