

قسم الحقوق

الهبة كتصرف ناقل لملكية العقار

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ :

- زبدة نور الدين

إعداد الطالب :

- عيادي محمد

أعضاء اللجنة :

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
مقروف محمد	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
نور الدين زبدة	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021 .

جامعة محمد بوضياف - المسيلة - .

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المهبة كتصرف ناقل للملكية

العقار

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ :

- زبدة نور الدين .

إعداد الطالب :

- عيدي محمد .

أعضاء اللجنة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
مقروف محمد	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
نور الدين زبدة	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021 .



استمارة معلومات

المعلومات الشخصية :

الاسم : محمد
اللقب : عيدي
اسم الأب : مبروك
اسم ولقب الأم : أم الخير بن العيضر
تاريخ الازدياد : 26/08/1999
مكان الازدياد : بوسعادة
رقم الهاتف : 0793572516
البريد الإلكتروني : mohamedaidi9099@gmail.com
العنوان الشخصي : هي سيدي سليمان / بوسعادة

البكالوريا :

معدل : 10.83
شعبة/تخصص : آداب وفلسفة
سنة الحصول على شهادة البكالوريا : 2017
ليسانس :

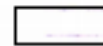
تخصص ليسانس : حقوق / قانون خاص
دفعة/ سنة التخرج : 2020
الماستر :

تخصص الماستر : قانون الأسرة
دفعة/ سنة التخرج : 2022
المعدل الترتيبي للماستر / المعدل العام :

الوصفة المهنية :



عاطل عن العمل



موظف

في حالة موظف :

وظيفة عمومي
المصلحة المستخدمة :
الرتبة في العمل :
الصيغة :
قطاع خاص
اسم المؤسسة/الشركة :

نوع العقد :

موظف في إطار عقود

موظف دائم

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم :الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) عيدي محمد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب / في طور الماستر

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 207226840

الصادرة بتاريخ 09/12/2021 عن دائرة/ بلدية بوسعادة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

..... الهبة كتصرف نافل لملكية العقار

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية

المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2022/06/11

إمضاء المعني

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى : ((لَيْسَ عَلَيْكُمْ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ)) [سورة البقرة : 273] .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((تَهَادُوا تَحَابُّوا))

أبو بكر بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الهبات ، باب شرط القبض في الهبة ،

رقم الحديث : 11946

قال تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ)) [سورة البقرة : 282] .

يسندل بعض فقها الشريعة الاسلامية لهذه الآية (آية المدائنة) في تقرير أن توثيق العقود مطلب شرعي فقول الله عز وجل : ((فَاكْتُبُوهُ)) دليل على وجوب كنب الوثائق لدفع الدعاوي وحفظ الأموال ، لما فيه من الأمان وحفظ الحقوق خاصة مع فساد الزمان وتبدل الأحوال .

إلهام

إلى طلاب العلم ،

**((إن المناصب القيادية أو الإدارية إنما هي صفات
تخلع على الذات وتخلع عنها ، المهم أن تبقى الذات
دائما سوية لأنها كلها أمور زائلة والعبرة في النهاية
بقيمة المرء الخلقية و الدينية و العلمية.))**

- اقتباس من مقولة للأساذ نيل ابراهيم سعد -

- أساذ القانون المدني -

شكر وعرفان

الحمد لله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه ، القائل في محكم قرآنه : ((وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ)) [ابراهيم : 09] ، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن ولاة ، والقائل : ((لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ)) وبعد :

بادئ ذي بدء أقدم بالشكر الجزيل للوالدين الكريمين أطال الله بقائهما في طاعته فجزاهم الله عنا كل خير ، كما نثقدم بشكرنا إلى كل الأساتذة الذين علمونا وأخذوا بأيدينا في مختلف مراحل التعليم ، وإلى كل الأهل والأصدقاء والزملاء ، وكل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد ، كما أشكر الأساذ المشرف نور الدين زبدة على تواضعه معنا وكل التوجيهات والنصائح المقدمة لنا ، كما نشكر أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة وتقييم هذا العمل المنواضع .

هذا و صلى الله وسلم على سيدنا محمد .

قائمة أهم الاختصارات

- ج : الجزء .
- د. س. ن : دون ذكر سنة النشر .
- ص : الصفحة .
- ط : الطبعة .
- ع : العدد .
- ق أ ج : القانون الأسرة الجزائري
- ق م ج : القانون المدني الجزائري
- ق م ع : قرار المحكمة العليا
- ق م م : القانون المدني المصري
- م م ع : مجلة المحكمة العليا .
- هـ : هجرية .

مقدمت

الشريعة الإسلامية ، هذه الشريعة الغراء لا تجد باب خير إلا وقد دعت إليه ، فحثت على الانفاق والتبرع وبذل العطاء في أوجه الخير والبر والاحسان ، ما يؤدي إلى شد أواصر التراحم والتلاحم وما يعود به على المجتمع من خير وتكافل وازدهار ، قال تعالى : ((لَيْسَ عَلَيْكُمْ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ)) ¹ ، وقال أيضا : ((لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ)) ² .

ومن بين أوجه التبرع والانفاق التي دعت وحثت عليها الشريعة الاسلامية هي الهدايا والهبات، والتي يكون المقصد منها غالبا هو التودد لتوطيد الصداقات والعلاقات وتعزيز المحبة، فتكون الهبات بذلك سببا لتأليف القلوب وتقوية الصلات والروابط بين أفراد المجتمع الواحد و الأسرة الواحدة .

وللأهمية البالغة التي تكتسيها الهبات في مجال العلاقات الانسانية ، فقد أولت التشريعات العربية منها والأجنبية اهتماما بالغا بها ، وذلك على غرار المشرع الجزائري والذي نظم أحكامها في نصوص القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة ³، فخصص لها فصلا خاصا بها وذلك من خلال نصوص المواد من 202 إلى 212 ق أ ج من الفصل الثاني من الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات .

وعلى خلاف معظم التشريعات العربية والتي نظمت أحكام الهبة في قوانينها المدنية باعتبار الهبة من التصرفات المالية الناقلة للملكية ، والتي يكون مكانها الطبيعي بذلك ضمن نصوص القانون المدني ، فإن المشرع الجزائري قد سلك منهاجا مخالفا لها فنظم أحكام الهبة في قانون الأسرة بالرغم من أنها من التصرفات المالية والتي لا علاقة لها بالأحوال الشخصية ، ولعل مبرر المشرع في ذلك هو حرصه على أن تقتبس الهبة أحكامها من الفقه الاسلامي والذي يستمد قانون الأسرة أغلب أحكامه منه ، بالإضافة الى رغبته في المحافظة على الطابع الديني لهذا التصرف والذي تشجع وتحث مقاصده على التبرع والانفاق والبذل والعطاء .

وتعتبر الهبة من التصرفات القانونية ، والمقصود بالتصرف القانوني هو اتجاه الارادة إلى احداث أثر قانوني معين ، وللتصرفات القانونية تقسيمات متعددة ، فمن حيث البذل – وهو ما يهمنا هنا -

1- سورة البقرة : الآية 272 .

2- سورة آل عمران : الآية 92 .

3- قانون 11/84 المؤرخ في: 1984/01/09، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية، العدد: 24 المؤرخ في: 1984/01/12 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم : 02/05 مؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية ، العدد : 15 المؤرخ في : 2005/02/27.

تنقسم إلى تصرفات بعوض وتصرفات تبرعية ، فالتصرفات بعوض يأخذ فيها كل من أطراف التصرف مقابلاً لما يعطي ، أما التصرفات التبرعية وهي التصرفات الملزمة لجانب واحد كأصل فيعطي فيها احد المتعاقدين ولا يأخذ مقابلاً لما يعطي ، والهبة تعتبر من التصرفات التبرعية لذلك تعد من التصرفات الخطيرة كونها تصرفاً مفقراً والتي تتطلب التروي والتأني وعدم الانجرار وراء انفعالات عارضة ، كما أنه على الواهب أن ينتهج منهجاً وسطاً و ذلك لما للهبة من آثار، قال تعالى : ((وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا))¹.

والهبة باعتبارها تصرفاً ناقلاً للملكية فإنها قد ترد على العقارات أو المنقولات، ولما كان موضوع دراستنا يتمحور حول : الهبة كتصرف ناقل لملكية العقار ، فإننا سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أحكام نقل ملكية العقار عن طريق الهبة وكيفية انتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له والآثار المترتبة عنه .

2- أهمية الموضوع : لموضوع الهبة عموماً وهبة العقار خصوصاً أهمية بالغة ، وتظهر هذه الأهمية بالنظر لما للهبات من دور بارز ينعكس على المجتمع بالخير والتآلف و الازدهار والرقى، هذا من زاوية ، ومن زاوية أخرى تعتبر الهبة تصرفاً خطيراً يتضمن افتقاراً في جانب الواهب ، ومنه تدخل التشريع و أخذاً منه عن الشريعة الإسلامية لحماية الواهب والغير سواء كانوا ورثة أو دائنين ، وهنا تظهر أهمية دراسة موضوع الهبة من هذه الزاوية، وذلك لما قد تنعكس عليه الهبة من اضرار، ليس بالواهب فقط بل حتى على الغير، الأمر الذي يوجب دراسة موضوع هبة العقار بين هاتين النظرتين : التشجيعية و التحفظية .

3- أسباب اختيار موضوع البحث : لعل من أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع الهبة الناقلة للملكية العقارية هو خصوصية هذا التصرف باعتباره تصرفاً تبرعياً ، صف إلى ذلك قلة الدراسات الخاصة بهذا الموضوع والتي تتناول الهبة عموماً ولا تسلط الضوء على الهبة الناقلة للملكية العقارية ، بالرغم من الأهمية البالغة التي تتميز بها العقارات منذ القدم ، أما من ناحية شخصية فقد اخترنا هذا الموضوع وذلك لميولنا للمواضيع التي يتدخل القانون المدني في تنظيمها .

4- أهداف موضوع البحث : نهدف من خلال دراستنا لهذا الموضوع لجملة من الأهداف أهمها :

- إبراز ما يميز هبة العقار عن غيرها من التصرفات .
- إبراز موقف الفقه الإسلامي من الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة الخاصة بموضوع الهبة .
- فك الغموض واللبس عن الكثير من المواضيع التي أغفل المشرع الجزائري عن ذكرها وذلك

¹ - سورة الإسراء : الآية 29 .

بالاستعانة بأحكام الفقه الاسلامي وما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا ، وكذا الاستئناس بما جاءت به بعض التشريعات العربية وفصلت فيه بخصوص موضوع الهبة الناقلة للملكية العقارية .

- بيان اجراءات نقل الملكية العقارية من خلال اجراءات التوثيق والتسجيل والشهر .

- تسليط الضوء على أحكام الرجوع في الهبة سواء من الناحية الفقهية أو العملية أي وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي .

5- إشكالية موضوع البحث : من خلال ما تقدم يظهر لنا أن موضوع هبة العقار يطرح إشكالية كبرى منها ننطلق في بحثنا هذا مفادها : **ما هي أسس وقواعد نقل ملكية العقار عن طريق الهبة ؟** . وتتفرع عن هاته الاشكالية جملة من التساؤلات أهمها : ما هو مفهوم الهبة ؟ و ما المقصود بالملكية العقارية ؟ وماذا يترتب عن الهبة الناقلة الملكية العقارية من آثار ؟ ،

6- المنهج المتبع : اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي ، وذلك بتحليل النصوص القانونية والتي جاءت قليلة وهذا من أجل الوصول الى مقصد المشرع من خلال كل نص قانوني جاء به ، كما اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك بمقارنة ما جاء به التشريع الجزائري مع أحكام الفقه الاسلامي وما جاءت به بعض التشريعات العربية وبالخصوص التشريع المصري ، كما اعتمدنا على هذ المنهج الأخير في المقارنة بين الاجتهادات القضائية للتوصل الى المعتمد والمستقر عليه قضاءً في المسائل التي أثارها البحث .

7- الصعوبات والعوائق : من خلال بحثنا هذا لا ننكر وجود مجموعة من الصعوبات والعوائق منها ما هو موضوعي كقلة المراجع المتخصصة في موضوع هبة العقار ، ومنها ما هو شخصي يشترك فيه معنا جل طلبة القانون ، إذ لم نتلقى تكويننا شرعيا يسمح لنا بالبحث في أمهات الكتب الفقهية لإثراء موضوع الهبة في التشريع الجزائري بالقدر اللازم . وذلك لقلة النصوص القانونية المنظمة للهبة والتي تتسم بالغموض في كثير من أحكامها واكتفاء المشرع بالإحالة إلى الشريعة الاسلامية في كل مالم يورد فيه نص .

8- الدراسات السابقة : محمد بن أحمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر 1996/1997 ، وهذه الدراسة جاءت عامة ولم تختص بالملكية العقارية واجراءات انتقالها عن طريق الهبة .

و للإجابة على اشكالية موضوع البحث والتساؤلات الفرعية قمنا بتقسيم بحثنا هذا إلى فصلين ، وخصصنا لكل فصل مبحثين كالآتي :

- الفصل الأول : أحكام هبة العقار.
- المبحث الأول : الاطار المفاهيمي لانتقال الملكية العقارية عن طريق الهبة .
- المبحث الثاني : تكوين عقد هبة العقار .
- الفصل الثاني : آثار انتقال الملكية العقارية بالهبة .
- المبحث الأول : اجراءات انتقال الملكية العقارية والالتزامات المترتبة عن الهبة .
- المبحث الثاني : أحكام الرجوع في هبة العقار .

الفصل الأول :

أحكام هيئة العقار

الفصل الأول : أحكام هبة العقار

تعد الهبة من التصرفات الناقلة للملكية ، وهي أيضا من التصرفات التبرعية والتي يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له دون عوض ، وهنا يظهر أن الهبة تصرف يكتسي خطورة بالغة في مجال التصرفات القانونية ، إذ تتضمن افتقارا في ذمة الواهب المالية دون حصوله على مقابل لذلك ، مما قد يؤثر سلبا على وضعيته المالية وأسرته ، وهذا الأمر يجعلنا نبحث عن مدى حماية المشرع للواهب وورثته ، بل لحماية الموهوب له والغير أيضا من الانعكاسات التي قد تنجر عن هذا التصرف ، وذلك من خلال حديثنا عن أحكام و شروط انعقاد وصحة ونفاذ هذا التصرف ، ولكن لضرورة التمهيد ولما كان موضوع دراستنا يتمحور حول هبة العقار فلا بد لنا أولا من تحديد الإطار المفاهيمي للملكية العقارية وكذلك تحديد مفهوم الهبة وتمييزها عن ما يشابهها من التصرفات حتى تتوضح لنا الأمور . وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا الفصل .

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لانتقال الملكية العقارية بالهبة

تعتبر الهبة من التصرفات المالية الواردة على الملكية ، والتي تتسم بطابعها التبرعي ، وقد تتشابه الهبة مع بعض التصرفات في عدة أوجه ، لذلك لا بد من التطرق للحديث عن مفهومها بتعريفها وبيان خصائصها والمقومات التي تقوم عليها ، ثم تمييزها عن ما يشابهها من تصرفات تفاديا لأي التباس ، ولكن قبل ذلك لا بد أولا - ليستقيم الأمر من ناحية منهجية - التطرق للحديث عن مفهوم الملكية العقارية والتي ترد عليها الهبة - في هذه الدراسة - كتصرف ناقل لها .

المطلب الأول : مفهوم الملكية العقارية :

إن الملكية العقارية تعد أحد أنواع الملكية عموما ، وفي هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء على مفهوم الملكية العقارية وذلك بتعريفها وبيان عناصرها (الفرع الأول) ، ثم نخرج في الفرع الثاني للحديث عن أصناف الملكية .

الفرع الأول : تعريف الملكية العقارية وبيان أنواعها :

يحتوي عنوان هذا الفرع كما هو واضح على متغيرين ، هما الملكية والعقار ، لذلك سنحاول تعريف الملكية ونبين العناصر التي تقوم عليها ، ثم نتطرق لتعريف العقار ونبين أنواعه .

أولا : تعريف الملكية وعناصرها : قبل أن ندخل في غمار الحديث عن الملكية لا بد من تمهيد بسيط هام حول الحقوق العينية و الحقوق الشخصية حتى ندخل في الموضوع بصورة صحيحة

ولا نفع في أي خلط¹ وعليه :

يعرف الحق عموماً بأنه الاستثناء الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين - وهذا هو الحق العيني - ، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر وهذا هو الحق الشخصي²، وهذا الحق الأخير لا يعطي صاحبه أي سلطة على الشيء إذا كان هو محل الحق، بخلاف الحق العيني، فالحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين ، هذه السلطة تخول لصاحب الحق الإفادة من هذا الشيء مباشرة دون توقف على إرادة أحد غيره ، ويعتبر حق الملكية أقوى الحقوق العينية الأصلية و أوسعها مضمونا وسلطات ، إذ لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف في حدود القانون³ .

وقد عرف المشرع الجزائري الملكية في المادة 674 ق م ج ، بنصه على أنها : " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة . " وتضيف المادة 677 : " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون . " ، ويستفاد من نص هاتين المادتين أن حق الملكية حق جامع مانع ، إلا أن المشرع لم يذكر عنصر الاستغلال كما أنه لم يشر في هذا التعريف إلى أن السلطات التي يخولها هذا الحق تكون مقصورة على صاحبه .

وحق الملكية يخول لصاحبه ثلاث سلطات (التصرف، الاستغلال ، الاستعمال)، وهذه السلطات من شأنها تمكين المالك من الحصول على جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء .

فاستعمال الشيء يكون في كافة وجوه الاستعمال التي أعد لها ، فبالنسبة للمنازل يكون بسكناها، واستغلال الشيء أو الانتفاع به يكون بالحصول على ثماره التي يكون قابلاً لإنتاجها ، فالانتفاع بالمنازل كذلك مثلاً يكون بتأجيرها وتحصيل أجزائها ، أما التصرف فيشمل كافة أعمال التصرف كأن يهب الشيء أو يبيعه وهذا عمل قانوني، أو أن يتصرف فيه بعمل مادي كتغيير شكله أو استهلاكه أو إعدامه⁴ .

وتتفرع عن حق الملكية بعض الحقوق وهي تلك الحقوق التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك ، وقد حدد القانون المدني هذه الحقوق بحق الانتفاع⁵، وحق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق .

1- مثلما وقع فيه المشرع ذاته ، عند معالجته لموضوع الوعد بالتعاقد كما سنرى في الصفحة 48 من هذه الدراسة .

2- نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط : 2010، 01 ، ص 62 .

3- رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر، 2005 ، ص 14 .

4- محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، 1936 ، ص 96

5- المشرع الجزائري يجيز هبة المنافع - كما سنرى لاحقاً - . وحق الانتفاع هو حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء مملوك للغير دون التصرف فيه ، إذ تظل سلطة التصرف في الشيء في يد المالك لأنه مازال محتقظاً بملكية الرقبة . انظر :

نبيل إبراهيم سعد ، المرجع نفسه ، ص 67 .

ثانيا : تعريف العقار وبيان أنواعه : العقار هو كل ما لا يقبل نقله وتحويله¹، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 ق م ج بأنه : " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول ، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه قصد خدمة هذا العقار واستغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص" ، ويستفاد من هذا النص أن العقار هو شيء مادي ملموس له وجود يتسم بالثبات والاستقرار ، وهذه الخاصية هي التي تميزه عن المنقول .

والعقار في القانون الجزائري ثلاثة أنواع : العقار بطبيعته والعقار تبعا لموضوعه والعقار بالتخصيص .

فالعقار بطبيعته هو الشيء المادي الثابت ، ويشتمل بدوره على ثلاثة أنواع وهي : الأرض وتشمل سطحها وطبقاتها ، والنبات ما كان متصلا اتصالا مباشرا بالأرض كالنخيل والأشجار مادامت جذورها في باطن الأرض ، وكذلك المنشآت وهي جميع المباني المقامة على سطح الأرض أو تحتها كالمنازل والعمارات ، وقد يصبح العقار منقولا بحسب المآل كالمباني إذا بيعت مستحقة الهدم والأشجار إذا بيعت أو وهبت مستحقة القلع².

وأما العقار تبعا لموضوعه فقد نصت عليه المادة 684 ق م ج بنصها : "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني عقاري . " .

وأما العقار بالتخصيص فهو كل منقول يضعه مالكه في خدمة عقاره أو استغلاله فيعتبر عقارا حسب القانون الجزائري كالمواشي والآلات الزراعية إذا خصصت لخدمة الأرض .

الفرع الثاني : أصناف الملكية :

يوجد ثلاث أصناف من الملكية حسب القانون الجزائري، وهي الأملاك الوطنية، والأملاك الوقفية، والأملاك الخاصة ، سنتناولها تباعا كالاتي :

أولا : الأملاك الوطنية : وهي مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة³.

وتنقسم الأملاك الوطنية إلى أملاك وطنية عمومية وأملاك وطنية خاصة :

1- الأملاك الوطنية العمومية : وقد عرفها المادة 12 من القانون رقم : 90-30 ، المتضمن

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، القاهرة - مصر-، 1996، ص 58
² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان- ، ط: 03، سنة 2000 ، ج 8 ، ص 20-22 .
³ - جميلة زاويدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أم البواقي ، 2012/2011 ، ص 08 .

قانون الأملاك الوطنية¹ على أنها : " الأملاك الوطنية العمومية هي الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع الموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام . " ، ويستفاد من هذا التعريف أن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون موضع تملك خاص ، ولا تقبل التصرف فيها لا بالهبة ولا بغيره ، ولا الحجز عليها ، كما أنها غير قابلة للاكتساب بالتقادم².

وتشمل الأملاك الوطنية العمومية أملاكاً وطنية عمومية طبيعية تتكون خصوصاً بفعل الطبيعة كالجبال وشواطئ البحر والثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية ... ، وأملاكاً وطنية اصطناعية تتكون بفعل الإنسان كالموانئ والمطارات والطرق والسكك الحديدية ...³.

2- الأملاك الوطنية الخاصة : وهي تلك الأملاك التي يستطيع أشخاص القانون العام التصرف فيها كما يتصرف الأفراد في ممتلكاتهم ، وتخضع مبدئياً لأحكام القانون الخاص ، غير أنه لا يستتبع ذلك التطبيق الكلي لقواعد القانون الخاص ، كونها أملاكاً وطنية تشكل ملكية خاصة لشخصية قانونية عمومية⁴، وقد بينت أحكام المواد: 38 إلى 58 من القانون رقم : 90-30 طرق تشكيل الأملاك الوطنية الخاصة إلى ثلاث طرق :

- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء القيام بوظائفها كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة .
- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء ممارستها لحق السيادة كالتأميم والأملاك التي تؤول إلى الدولة باعتبارها شاغرة ، و الأملاك التي ليس لها وارث .
- وسائل القانون الخاص ويتعلق الأمر بالمعاملات التي تقوم بها الدولة كالشراء والهبة .

ثانياً : الأملاك الوقفية : وهي الأملاك التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً على سبيل التبرع ، وتنص المادة 05 من قانون الأوقاف رقم 91-10⁵ على أن : الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها . " ، والهدف من هذه المادة هو إخراج الأوقاف من ملكية الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لا سيما الدولة ، والتي لا تملك الأوقاف ولكنها تملك حق الإدارة والرقابة⁶.

والوقف هو حبس المال عن التملك ، لذا فإن الأملاك الوقفية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ترد عليها الهبة كتصرف ناقل لمليتها ، لأن ذلك يتنافى وطبيعة الأموال المحبسة .

ثالثاً : الأملاك الخاصة : وتشمل الأملاك العقارية والمنقولة والحقوق العينية التي يمتلكها الأفراد

¹- قانون رقم : 90/30، المؤرخ في : 1990/01/12 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52، الصادرة في ديسمبر 1990 .

²- عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، ط: 04 ، 2006 ، ص 120 .

³- عمار علوي ، المرجع نفسه ، ص 120

⁴- جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري ، المرجع السابق ، ص 10 .

⁵- قانون رقم : 91/10 المؤرخ في : 1991/04/27 ، المتضمن قانون الأوقاف ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، سنة 1991 .

⁶- محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص 210 .

أو الخواص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاصا معنويين ، وتخضع الملكية الخاصة إلى أحكام القانون المدني حيث قام المشرع بتعريف حق الملكية وحدد نطاقه والقيود الواردة عليه ووسائل حمايته وكذلك طرق اكتسابه¹.

وللملكية الخاصة تقسيمات فقد تكون تامة وهذا هو الأصل فيها ، وقد تكون مجزئة أو مشاعة أو مشتركة .

فالملكية التامة هي ملك ذات الشيء (الرقبة) ومنفعته معا ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة ، فيمنح صاحبه الصلاحيات التامة من حرية الاستعمال والاستثمار والتصرف² ، فالأصل فيها أن للمالك جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية (حق الانتفاع ، وحق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق) ، فإذا جمع المالك بين حق الرقبة وباقي هذه الحقوق مجتمعة كانت الملكية تامة .

أما الملكية المجزئة أو الناقصة فتكون إذا ما امتلك شخص من الغير حقا عينيا أو أكثر من هذه الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، سواء امتلكها بمقتضى القانون أو الاتفاق ، بمعنى أن يحتفظ المالك بحق الرقبة ويتنازل عن أحد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية³.

أما الملكية المشاعة فهي حالة مؤقتة مصيرها الزوال ، فهي الملكية التي تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد ، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة دون أن يقسم المال ذاته⁴ ، والملكية الشائعة هي حق ملك تام يستجمع فيه المالك كل عناصر الملكية بحيث أباح المشرع الجزائري للمالك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة كما يشاء⁵.

أما الملكية المشتركة فيراد بها ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا فهي ملكية لكل الشركاء مجتمعين⁶ ، ولكل شريك في الملكية حسبما تنص عليه المادة 749 ق م ج أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة ل حصته كما له أن يستعمل وينتفع بالأجزاء الخاصة والمشاركة بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار .

1- سوسن بوصبيعات ، طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، محاضرات موجهة لطلبة السنة اولى ماستر تخصص قانون التوثيق، كلية الحقوق، قسنطينة، 2021/2020 ، ص 04 .

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للتوزيع والنشر ، دمشق – سوريا - ، ط : 02، 1985 ، ج : 05 ، ص 491.

3- سوسن بوصبيعات ، المرجع نفسه ، ص 04 .

4- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج 08 ، المرجع السابق ، ص 712 .

5- وهذا بموجب المادة 714 ق م ج ، والمشرع الجزائري يجيز هبة المال المشاع عقارا كان أو منقول كما سنرى لاحقا.

6- سوسن بوصبيعات ، المرجع نفسه ، ص 05.

المطلب الثاني : مفهوم الهبة

يختلف مفهوم الهبة عن غيره من المفاهيم، الأمر الذي يقتضي منا ضبط مفهومها وذلك بتعريفها وبيان خصائصها (الفرع الأول) وكذا تحديد مركزها في النظام القانوني و تمييزها عن بعض التصرفات المشابهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الهبة وبيان خصائصها

أولاً : تعريف الهبة : وفيه سنتعرض للتعريف اللغوي للهبة وكذا ما أورده الفقهاء من تعاريف كما سنخرج على تعريف المشرع الجزائري للهبة.

1/ تعريف الهبة لغة : هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال، وجاء في لسان العرب أن الهبة هي العطية الخالية من الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، ووهبت له هبةً وموهوبةً وهباً أي أعطيته ومنحته¹.

والهبة مأخوذة أيضاً من الفعل هَبَّ بمعنى مرّ لمرورها من يد إلى أخرى²، و الهبة ليست منوطة بالمال فقط ، فهبة الشيء قد يراد بها المال و قد يراد بها غيره ومنه قوله تعالى : ((وَوَهَبْنَا لَهُ مِنْ رَحْمَتِنَا أَخَاهُ هَارُونَ نَبِيًّا)) [سورة مريم : 53] ، وقوله أيضاً : ((يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ)) [سورة الشورى : 49] ، وقوله كذلك : ((فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ إِنَّهُمْ كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَاشِعِينَ)) [سورة الأنبياء : 90].

2/ تعريف الهبة في الفقه الإسلامي : وردت تعريفات فقهية عديدة للهبة ، و سنكتفي بسرد أهمها ، -أي أهم التعريفات التي أوردتها المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة – فعرفها المالكية بأنها " تملك بلا عوض و لثواب الآخرة صدقة " ، و عرفها الشافعية " بأنها تملك بلا عوض " ، - و هذين التعريفين أكثر انطباقاً على التعريف الذي أورده المشرع الجزائري و سنرى ذلك لاحقاً – و عرفها الحنفية بأنها " تملك العين بلا شرط العوض في الحال " ، كما عرفها الحنابلة بأنها تملك في الحياة بغير عوض شأنها شأن الصدقة والهدية والعطية³.

والملاحظ أن هذه التعريفات تتفق في مجملها على أن الهبة تملك و بغير عوض ، كما تتفق على اشتراط وقوع الهبة حال الحياة تطوعاً ، فهم بالتمليك يخرجون العارية و الإباحة ، و بنفي العوض

1- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، دار صادر، بيروت-لبنان، ط1968، 3، المجلد1، ص804.

2- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2003، 1، ص14.

3- نسيمه شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص16.

يخرجون ما فيه عوض كالبيع والمقايضة ، وباشتراط وقوعها حال الحياة يخرجون الوصية و ما في حكمها، وبالتطوع يخرجون الزكاة والكفارات .

3/ التعريف القانوني للهبة : الأصل أن التعريف ليس من عمل المشرع، إلا أننا نجد أن المشرع الجزائري قد عرف الهبة في المادة 202 ق أ ج والتي تنص على أن : " الهبة تمليك بلا عوض.

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط."

و من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد استمد هذا التعريف من الفقه المالكي و بالأخص من مختصر خليل المالكي¹ بنصه من غير زيادة ولا نقصان² .

و الملاحظ على هذا التعريف كذلك أن المشرع الجزائري لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية، باعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حالة حياة كل من الواهب والموهوب له ، و لم يذكر بصفة واضحة أيضاً عنصر نية التبرع، وبخلاف ذلك نجد أن القانون المصري نص صراحة على نية التبرع عندما يذكر ذلك بمناسبة نصه على تعريف الهبة، فتتص المادة 486 من التقنين المدني المصري على أن: " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ، و يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"³.

كما أن المشرع الجزائري في تكييفه للهبة - بالنظر لنص هذه المادة - يظهر و كأنه يعتبر الهبة تصرفاً بشكل عام مثله مثل بعض التشريعات التي تعتبر الهبة تصرفاً و ليست عقداً لما للتسمية السابقة من معنى أشمل ، إلا أنه بالرجوع لنص المادة 206 من قانون الأسرة نجدها تنص على أنه " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم الحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة . " و يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يعتبر الهبة عقداً كسائر العقود ، و التي تتطلب لانعقادها صحيحة توفر الأركان العامة للعقد وهي تطابق الإيجاب والقبول وتوفر ركني المحل و السبب ، و كذلك الأركان الخاصة التي تشير إليها المادة 206 ق أ ج المتعلقة بالشكلية والحيازة الأمر الذي سنفصل فيه لاحقاً في هذه الدراسة⁴.

1- وهو مختصر الشيخ خليل بن إسحاق المالكي (ت 776 هـ) ويمثل آخر خطوات التأليف الفقهي في المذهب المالكي، إذ كل من جاء بعده لم يخرج عنه وهو عمدة المالكية منذ القرن الثامن. انظر: المذاهب الفقهية الأربعة، تأليف وحدة البحث العلمي بإدارة الإفتاء، ط1، الكويت 2015، ص 102.

2- محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 22.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية) ، المجلد الثاني : الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان- د.س.ن، ج5، ص3-4.

4- الصفحة 19 وما يليها من هذه الدراسة ..

ثانياً : خصائص الهبة : تتميز الهبة بجملة من الخصائص و المقومات يمكن أن نستخلصها من نصوص المواد 202 و 206 من ق أ ج السالفة الذكر بالإضافة الى نص المادة 205 ق أ ج والتي تنص على أنه : " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً، أو منفعة، أو ديناً لدى الغير . " ، فالهبة إذن : عقد بين الأحياء (1)، بموجبها يتصرف الواهب في مال له دون عوض (2)، وبنية التبرع (3)، كما أنها تعد عقداً شكلياً وعينياً (4)، و سنتناول هذه الخصائص بشيء من التحليل كما يأتي :

1/ الهبة عقد بين الأحياء¹: فالعقد في التشريع الجزائري لا يكون إلا بين الأحياء ، إذ لا بدّ فيه من إيجاب وقبول (إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له) ، وهذا ما تنص عليه المادة 206 ق أ ج بنصها على أنه " **تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ...** " ، ويستشف كذلك من هذا النص أن الهبة لا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة، وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، إذ أن الوصية تنشئ بإرادة منفردة من الموصي ، لذلك يجوز الرجوع فيها و لا تنتج الوصية أثرها إلا بعد وفاة الموصي ، و أما الهبة فهي عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال استثنائية لا يقاس عليها ، وأثرها فوري وليس مضاف كأصل عام ولا يترأخى حتماً إلى ما بعد وفاة الواهب.²

2/الهبة تصرف في المال دون عوض : فالواهب يتصرف في مال له دون عوض ، ومعنى ذلك أن الواهب يتصرف فيما يملكه من مال سواء كان جزءاً منه أو كله بنية التبرع .³

و الأصل كما يقول الأستاذ " السنهاوري " أن: " الواهب يلتزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له، ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال، فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار – كما هو الحال في موضوع دراستنا هذه – أو منقول ، كما يجوز أن يكون الحق المنقول إلى الموهوب له حق ارتفاق أو أي حق آخر من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، و قد يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي، كان يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود " .⁴

والهبة تكون بلا عوض كأصل عام فهي من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الواهب، غير أن هذا لا يمنع من أن تكون الهبة بعوض، و هو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ ج بنصها على أنه : " **يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط .** " وسنفصل في الحديث عن العوض في عقد الهبة والشروط الواجب توافرها فيه في فرع لاحق .⁵

1- يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم 307934 الصادر بتاريخ: 2005/10/19، منشور ب م ق ، ع 2005، ص 195، حيث جاء فيه: (التصرف على أساس الهبة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية .)

2 - محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة -دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2008، ص 223.

3 - وهو ما تنص عليه المادة 205 ق أ ج .

4- عبد الزاق أحمد السنهاوري ، المرجع السابق، ص 10.

5- الصفحة 27 وما بعدها من هذه الدراسة

3/ نية التبرع : وهي من أهم خصائص الهبة ، إذ لا بد من قيام العنصر المعنوي في الهبة و هو نية التبرع ، فتصرف الواهب في ماله دون عوض لا يستلزم وجود نية التبرع ، فقد يقوم بذلك لأجل الوفاء بالتزام طبيعي ، كما هو الحال في عطايا المكافئة ، فمن يمنح خادمه عقارا مثلا مكافئة له على إخلاصه في عمله لا يعطي هبة، بل إنه في هذه الحالة يقوم بالوفاء بالتزام طبيعي ، وتنتفي نية التبرع أيضا إذا قصد الواهب جني منفعة مادية أو أدبية ، فإذا أعطت الحكومة أرضا مثلا بشرط تعميرها فإنها بذلك لا تعطي هبة، كما أنه من أعطى مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى بشرط أن تسمى باسمه فلا يكون تصرفه هنا هبة لأنه قصد من وراء ذلك جني منفعة أدبية .¹

4/ الهبة عقد شكلي وعيني : فالهبة من العقود الشكلية التي أوجب المشرع فيها الرسمية متى كان محلها عقارا ، أو منقولا خصه المشرع بنص يلزم صب أي تصرف وارد عليه في قالب رسمي كالأسهم والحصص في الشركات (المادة 324 مكرر 1 ق م ج) ، ومؤدى ذلك أنه لا يكفي لانعقاد الهبة التراضي بين المتعاقدين بل لا بد من إفراغها في عقد رسمي يحرره الموثق، وهو ما تشير إليه المادة 206 ق أ ج السالفة الذكر بنصها على أنه "تتعقد الهبة ... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة . " ، ويستشف من هذا النص أن المشرع يعتبر الشكلية ركنا من أركان عقد الهبة متى كان محلها عقارا، واختلال ركن الشكل في هبة العقار أو اختلاله في هبة أي حق من الحقوق العينية الواردة على العقار كحق الارتفاق يؤدي إلى بطلانها ، أما بالنسبة لهبة المنقول بشكل عام فيكفي أن تصب الهبة في قالب عرفي لكن يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات، وقد ذهب البعض إلى القول بأن طبيعة الأشياء المنقولة توجب تحرير الهبة على الشكل الرسمي فضلا عن خطورة التصرف ذاته ، ورد الأستاذ " حمدي باشا عمر"² على ذلك ، بقوله أنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري ينص صراحة على أن هبة المنقولات تقتضي أن تحرر بموجب عقد رسمي ، وأن القاعدة المقررة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات هي مبدأ الرضائية ، ولا يجوز الخروج عن هذه القاعدة إلا بنص خاص ، أما بشأن الإجراءات الخاصة التي تتطلبها عملية نقل ملكية بعض المنقولات فإن المحكمة العليا قد قررت بشأنها انها مجرد اجراءات إدارية لا تنفي صفة الرضائية على العقد ، وهو ما كرسه القرار رقم 83.033 المؤرخ في 1986/10/12 : (حيث أن عقد بيع السيارة هو مجرد عقد رضائي أما إجراء نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد اجراء إداري) .³

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 15.

2 - حمدي باشا عمر (قاض جزائري وأستاذ مشارك بالمعهد الوطني للقضاء)

3 - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة للنشر والتوزيع-الجزائر، 2004، ص 18-19.

كما أن الهبة في ذات الوقت عقد عيني لا يكفي لانعقادها توافق ارادتي الواهب والموهوب له، وصبها في شكل رسمي، بل لا بد من تسليم الشيء الموهوب للموهوب له لحيازته.¹

وتعد الحيازة ركنا في عقد الهبة وتخلفها يؤدي الى بطلان العقد طبقا للفقرة الثانية من المادة 206 ق أ ج ، وسنتحدث عن الحيازة بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل بمناسبة حديثنا عن الأركان الخاصة لعقد الهبة ونبين الحالات التي أجاز المشرع فيها الاستغناء عنها.²

الفرع الثاني : مركز الهبة في النظام القانوني وتمييزها عن بعض التصرفات

أولا : مركز الهبة في النظام القانوني :

من خلال تعريفنا لعقد الهبة وتحديدنا لخصائصها وفق ما اقتضته المواد 202 و205 و206 نخلص إلى أن الهبة عقد من عقود التصرف³ ، أي أنها من العقود الناقلة للملكية، والتي ترد على الحقوق العينية كأصل ، كما ترد أيضا على الحقوق الشخصية ، فهي بحسب ذلك إذن من الأحوال المالية وبالتالي كان من المفترض أن يكون مكانها الطبيعي في القانون المدني مثلها مثل العقود الأخرى الناقلة للملكية كالبيع والشركة والمقايضة

إلا أن المشرع الجزائري قد نظم أحكامها ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري، فهو بذلك يكون قد اتخذ منها مخالفا لأغلب التشريعات العربية والأجنبية على حد سواء ، والتي عالجت موضوع الهبة في قوانينها المدنية باعتباره عقدا من العقود الناقلة للملكية على غرار التشريع المصري والسوري والأردني والفرنسي

والمفترض أن قانون الأسرة بهذه التسمية لا يعالج إلا المواضيع المتعلقة بالأسرة و هي الزواج والطلاق وما تعلق بالطفل والميراث تجاوزا ، في حين نجد أن قانون الأسرة الجزائري قد عالج مواضيع لا صلة لها بالأسرة كالأهلية والوصية والوقف والهبة...، فكل هذه المواضيع خارجة عن نطاق الأسرة فهي تنظر للشخص كفرد لا كعضو من الأسرة.⁴

ولعل السبب وراء ذلك – وراء تنظيم المشرع للهبة ضمن أحكام قانون الأسرة – هو حرص المشرع الجزائري على أن تستمد الهبة أحكامها من الشريعة الإسلامية كون أن جلّ أحكام هذا القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية ، صف إلى ذلك أن قانون الأسرة يحيل الى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يورد فيه نص (وفق ما تقتضيه المادة 222 ق أ ج) ، بل الأبعد من ذلك فإن قاضي الأحوال الشخصية يمكنه اللجوء الى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غموض

1- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 22.

2- الصفحة 33 وما بعدها من هذه الدراسة ..

3- وعقود التصرف هي العقود التي ترد على ملكية العين ذاتها كالبيع والمقايضة.

4- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص53.

النص التشريعي كون أن المادة الخام التي تشكلت منها أغلب القواعد القانونية التي جاءت بها نصوص قانون الأسرة هي الشريعة الإسلامية.¹

وفي ختام هذا الجزء ولأننا قد أشرنا إلى القانون المدني فقد يثور تساؤل مفاده : هل يعتبر قانون الأسرة قانونا خاصا والقانون المدني قانونا عاما ؟ وذلك باعتبار أن القاعدة اللاتينية تقضي بأن "الخاص يقيد العام"، وإجابة على ذلك : فإنه لا يمكن القول بأن قانون الأسرة يعد قانونا خاصا والقانون المدني قانونا عاما على إطلاقه ، بل الأحرى أن يقال أن قانون الأسرة يعد مكملا للقانون للمدني والعكس صحيح والدليل على ذلك هو إحالة كل منهما على الآخر في كثير من الأحكام وأمثلة ذلك المواد 31 و 79 و 774 و 775 ق م ج ، والمواد 82 و 83 و 86 ق أ ج .²

ثانيا: تمييز الهبة عن بعض التصرفات : قد تلتقي الهبة مع بعض التصرفات المشابهة في بعض الأوجه، الأمر الذي يقتضي منا تمييزها عنها تفاديا لأي التباس ، وسنقتصر في تمييزها عنها فقط على تلك التصرفات التي تلتقي مع الهبة في كونها ترد على ملكية الشيء أو الحق العيني .

1/ التمييز بين الهبة و الوصية : تعد كل من الهبة والوصية من التصرفات التبرعية والتي تقتضي التملك بلا عوض ، كما يلتقيان في كون أن الطبيعة القانونية لكل منهما تعد مصدرا من مصادر الالتزام الارادية في التشريع الجزائري (فالهبة ناشئة عن العقد و الوصية ناشئة عن الارادة المنفردة)، غير أنهما يختلفان في عدة أوجه :

فالهبة عقد يتطلب توافق ارادتي كل من الواهب والموهوب له، بينما الوصية تصرف ينشئ بإرادة منفردة من قبل الموصي هذا من ناحية الأركان .

و من ناحية الشكل فالهبة عقد شكلي يشترط المشرع فيها إفراغها في قالب رسمي (206 ق أ ج)، بينما الوصية تعد من التصرفات الرضائية، والشكالية المتطلبة فيها هي للإثبات وليست للإنعقاد وهو ما تشير إليه المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري.³

كما أن الهبة تعتبر عقد تبرع لازم لا يجوز الرجوع فيه الا اذا اتفق الطرفان على ذلك - حالة التقايل - أو في حالات استثنائية لا يقاس عليها ورد ذكرها في المادة 211 ق أ ج ، بينما الوصية

1- والأمر ليس على إطلاقه فنبدى تحفظنا على بعض المسائل (فأمثلة مخالفة قانون الأسرة لأحكام الشريعة نجد نص الفقرة الثانية من المادة 72، نص المادة 49 والتي تثير اشكالية ازدواجية العدة الشرعية والقانونية، كما أن هناك أساتذة متخصصون في الفقه الاسلامي يأخذون على المشرع الجزائري لجوءه للتلفيق الفقهي تارة والى أضيق الأقوال في بعض المسائل تارة أخرى ... ضف الى ذلك تأثر المشرع ببعض الإتفاقيات الدولية كاتفاقيات السيداو التي صادقت عليها الجزائر والتي أثرت على قانون الأسرة بعد تعديل 2005 ومن بين أبرز انعكاساتها اسقاط ركن الولي وإلغاء قوامة الزوج ..).

2- عبد الرحمان خلادي، المركز القانوني لعقد هبة العقار، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد: 02، 2018، ص 389.

3- حيث تنص المادة 191 ق أ ج على أنه : "تثبت الوصية ب : تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك ، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، يؤشر به على هامش أصل الملكية".

4- شيخ نسيم ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 25.

هي تصرف غير لازم ويجوز الرجوع فيها بإرادة الموصي المنفردة قيد حياته دون قيد أو شرط .4

وكذلك فإن الهبة ليست مقيدة، وهو ما تشير إليه المادة 205 ق أ ج فيمكن للواهب أن يهب جميع ماله، إلا في حالات معينة كحالة الهبة في مرض الموت، كما أن الهبة تكون للوارث ولغير الوارث، بينما الوصية مقيدة ولا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة وما جاوز الثلث توقف على إجازة الورثة طبقا لمقتضيات المادة 185 ق أ ج ، ويرجع تحديد المشرع للوصية بالثلث لما ورد عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال : (جَاءَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعُودُنِي وَ أَنَا بِمَكَّةَ ، وَهُوَ يَكْرَهُ أَنْ يَمُوتَ بِالْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْهَا ، قَالَ : يَرْحَمُ اللَّهُ ابْنَ عَفْرَاءَ . قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَوْصِي بِمَالِي كُلِّهِ ؟ قَالَ : لَا . قُلْتُ فَالْشَّطْرُ . قَالَ : لَا . قُلْتُ الثَّلَثُ ؟ قَالَ : فَالْثَّلَثُ ، وَالثَّلَثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ ...) 1 ، كما أن الوصية لا تكون لوارث، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : (إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ .) 2 وهو ما أخذ به المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 189 والتي تنص على أنه : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " .

وأخيرا فإن الهبة تنتج آثارها فوراً كأصل عام، مالم تكن معلقة على شرط أو مقترنة بأجل ، بينما الوصية تصرف مضاف، و يتراخى أثرها إلى ما بعد وفاة الموصي.

2/ تمييز الهبة عن الوقف : تعرف المادة 213 ق أ ج الوقف على أنه : " حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق "، فالوقف بهذا إذن يشترك مع الهبة في صفة التبرع، إلا أنه يختلف عنها في عدة أوجه أهمها :

إن الهبة عقد لابد فيه من تطابق إرادتين (إيجاب من الواهب يقابله قبول من الموهوب له)، بينما الوقف هو تصرف ينشئ بإرادة الواقف المنفردة . هذا من حيث الأركان.

ومن حيث الآثار فإن الوقف بعد لزومه لا يدخل في ملك الموقوف عليه اتفاقا، لأنه لو دخل في ملكه لجاز للمالك أن يتصرف فيه بأي تصرف، كأن يرتب عليه رهنا أو يهبه أو يبيعه - فيكون بهذا مخالفا لطبيعة الوقف و هي حبس المال عن التملك - فالوقف إذن ليس فيه تملك الرقبة لا للوارث ولا لغيره ، بل هو تملك المنفعة ولا تتمخض للوارث ، بل هي له في الحال - المنفعة- ولغيره في الحال أو المال ، أو المال فقط .، بينما الهبة إذا انعقدت صحيحة مستوفية لجميع الأركان جاز للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب بأي تصرف كأن يبيعه أو يهبه أو يرتب عليها أي حق من الحقوق العينية .3

1- أحمد شاكور، مسند أحمد، النسخة الالكترونية، الجزء الثالث، ص: - 46

2- سليمان أبي داود ، سنن أبي داود ، باب في الوصية للوارث ، رقم الحديث : 2870 ، تحقيق : شعيب الأرنؤوطي و محمد كامل قروبللي ، دار الرسالة العالمية ، دمشق - سوريا - ، سنة 2009، الجزء الرابع ، ص 492 .

3- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 41.

ومن حيث الشكل فالهبة - كما أشرنا إليه سابقا هي - عقد شكلي يتطلب المشرع فيها أن تحرر بموجب عقد توثيقي متى كان محلها عقارا أو منقولا خصه المشرع بنص وتطلب صب أي تصرف وارد عليه في قالب رسمي ، وكذلك مراعاة الاجراءات الخاصة ببعض المنقولات (206 ق أ ج). وأما الوقف فهو تصرف رضائي والشكلية المتطلبة فيه ليست ركنا من أركانه، بل هي للإثبات فقط وليست للانعقاد ، وهو ما تشير إليه المادة 191 ق أ ج ، التي أحالت على تطبيق حكمها المادة 217 ق أ ج.

ويلاحظ أن التشريع الجزائري يلزم بإفراغ العقود الواردة على ملكية العقارات او الحقوق العقارية في قالب رسمي وهو ما تشير إليه المواد (324 مكرر 1 ق م ج ، والمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري) ، أما بالنسبة للتصرفات بشكل عام كالوصية والوقف والتي يكون محلها عقارا فلا يوجد نص يقضي بطلانها إذا لم تخضع للرسمية¹، ولو نص المشرع على مصطلح " التصرفات " بدل مصطلح "العقود" ، لاشتمل الحكم على العقود وكذلك على التصرفات بالإرادة المنفردة و لبطلت بذلك جميع العقود والوصايا والأوقاف ... التي يكون محلها عقار أو أيّا من الحقوق العقارية والتي لم تصب في قالب رسمي .

3/ التمييز بين عقد الهبة وعقد البيع : تتشابه الهبة مع عقد البيع في كون أن كلا منهما من العقود الواردة على الملكية ، كما أن كليهما من العقود المسماة (أي العقود التي خصها المشرع بتنظيم أحكامها)، إلا أنهما يختلفان في أن عقد البيع ملزم للجانبين ، في حين أن الهبة ملزمة لجانب واحد وهو الواهب، ويختلفان كذلك في أن البيع من عقود المعاوضة، بينما الهبة من عقود التبرع².

وفي الأصل أنه يسهل التفريق بين الهبة والبيع لأوجه الاختلاف الجلية التي ذكرت، لكن قد يحدث ويلتبس التفريق بينهما، كما في حالة الهبة بعوض فيكون العقد بذلك ملزما للجانبين، ففي هذه الحالة قد قرر فقهاء القانون أن ننظر الى قيمة العوض وطبيعته ، فإذا كان العوض أقل قيمة من الشيء الموهوب كان العقد هبة، أما إذا كان العوض يعادل قيمة الشيء الموهوب أو يقاربه وكان هذا العوض مبلغا من النقود، اعتبر العقد بيعا وهذا بغض النظر عن التسمية التي يعطيها المتعاقدان للعقد.

وجدير بالذكر أنه يجوز أن يستر عقد البيع عقد الهبة، ليكون العقد بذلك هبة في صورة بيع، ويذكر في العقد ثمن صوري لا ينوي البائع أن يتقاضاه ، فيكون في هذه الحالة هبة لا بيعا ، وتجري عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع³ ، وإذا أراد الواهب أن يخفي هبة عقار مثلا في صورة بيع، فيمكنه ذلك غير أن هذا لا يعفي العقد من الرسمية كون أن الشكل ركن في عقد البيع العقاري

¹- يمكن مراجعة الصفحة 68 وما يليها ، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق.

²- علي الجاسم، أمل شربا، القانون المدني 4، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018 ص 8.

³- عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 21.

شأنه شأن الهبة ، ويعتبر العقد الحقيقي هنا (أي عقد الهبة) هو العقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام¹، أما بالنسبة لدائني المتعاقدين أو الخلف الخاص فيمكنهم التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية، (ويفترض حسن نية الغير أي جهلهم بصورية التصرف ومن يدعي العكس فعليه يقع عبء الإثبات) أو الطعن في صورية التصرف برفع دعوى كشف الصورية ان كان العقد الصوري قد أضر بمصالحهم وهذا تطبيقاً لنص المادة 198 ق م ج. وأمثلة على ذلك للتوضيح، فقد يقوم الواهب المعسر بستر هبته في صورة عقد بيع حتى يتعذر على دائنيه الطعن فيها بالدعوى البوليسية، كذلك قد يتفق الموهوب له مع الواهب على اخفاء الهبة في صورة قرض وهذا لكي يزيد الموهوب له في التزاماته وينقص من نصيب دائنيه عند التنفيذ عليه²، فهنا - في المثال الثاني- يمكن لدائني الموهوب له الطعن في صورية القرض حتى لا تزيد التزامات مدينهم، كما يمكن لدائني الواهب التمسك بالعقد الظاهر متى كانوا حسني النية.

4/ التمييز بين الهبة والصدقة : تتشابه الهبة مع الصدقة في كون أن كلا منهما من التصرفات التبرعية، كما أن كلا منهما يفيد التملك بلا عوض حال الحياة، إلا أنهما يختلفان في الأوجه التالية :

الصدقة لا تكون إلا للمحتاج والهدف منها إيماني تعبدى يقصد بها ثواب الدنيا والآخرة، أما الهبة فقد تكون للمحتاج وقد تكون لغيره، والهدف منها ليس إيمانياً فقط بل قد يقصد منها الواهب التودد للموهوب له لتأليف القلوب، وقد يكون القصد من ورائها الحصول على عوض دنيوي.

الأصل أنه يمنع الرجوع في الهبة ، إلا أنه يجوز الرجوع فيها في حالة ما إذا اتفق الطرفان على ذلك - حالة النقائل- أو في الحالات الاستثنائية للرجوع في الهبة واعتصارها والتي أوردتها المادة 211 ق أ ج ، بينما لا يجوز الرجوع في الصدقة بالاتفاق لأن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : " من وهب هبة على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها . " ³

4/ تمييز الهبة عن العمرى والرقبى :

أ. **تمييز الهبة عن العمرى :** العمرى هي هبة للشيء مدة عمر الموهوب له بشرط استردادها بعد موت الموهوب له ⁴، ومثالها قول شخص لآخر أعمرت لك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمر. وتعتبر العمرى نوع من الهبة فهي هبة المنفعة عند مالك، وهي جائزة، و المشرع الجزائري أجاز

¹- راجع المادة 199 ق م ج.

²- بقعة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، أقيمت على طلبة السنة ثانية ليسانس، علوم قانونية، 2016/2017، جامعة المسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 54-55.

³- محمد بن أحمد تقي، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

⁴- علي محمد علي الجرجاني، ابراهيم الابياري، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط4، 2004 ، ص 203

هبة كل ما هو منفعة وذلك بالنص صراحة على هذا ، إذ جاء في نص المادة 205 من ق أ ج أنه: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير . " واعتبر المشرع الجزائري كل وصية بمنفعة لمدة غير محدودة عمرى وتنتهي بموت الموصى له ، وذلك ما يستشف من نص المادة 196 ق أ ج .

وبالتالي نخلص الى أن العمرى تختلف عن الهبة من حيث أن الهبة تكون مدى الحياة، ولا يسترجع الواهب الشيء الموهوب بعد وفاة الموهوب له ، على عكس العمرى التي تعد هبة أو وصية مشروطة بحياة الموهوب له فإذا مات عاد الشيء الموهوب للواهب .

(ب). تمييز الهبة عن الرقبى : الرقبى من الارتقاب وهي أن يقول : إن متُّ قبلك فهي لك، وإن متُّ قبلي فهي لي ، كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر وينتظره ¹.

و منه فإن الرقبى والهبة كلاهما من عقود التبرع ، ولكن الرقبى تصرف مشروط بموت أحد الطرفين إما بالتملك أو بالرجوع ، ومن الفقهاء من يعتبر الرقبى تمليكاً مضافاً إلى زمن المستقبل، وليست تمليكاً في الحال كالهبة .

وفي الفقه الاسلامي نجد أن مالكا لم يعرف الرقبى ففسرت له فلم يجزها ، ومن صور الرقبى الممنوعة عند المالكية الصورة التالية : كدوي دارين ، قال كل منهما لصاحبه في عقد واحد إن مت قبلي فدارك مضمونة لداري ، وإن مت قبلك فداري مضمونة لدارك، ومنع ذلك لما فيه 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 ².

والخلاصة في الفقه الإسلامي أنه أجاز أكثر العلماء العمرى والرقبى، على أنهما نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض ونحوه، وأما المالكية والحنفية فقد أجازوا العمرى ومنعوا الرقبى ³.

المبحث الثاني : تكوين عقد هبة العقار

الهبة عقد كغيرها من العقود ، تتطلب لإنشائها توفر جملة من الأركان (التراضي المحل والسبب بالإضافة إلى الشكلية والحياسة) وسنفصل فيها في المطلب الأول، كما تتطلب لصحتها ونفاذها توفر مجموعة من الشروط سنجري الحديث عنها في المطلب الثاني.

¹- علي محمد علي الجرجاني، المرجع السابق، ص 340 .

²- محمد أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ص 172-173 .

³- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص 10

المطلب الأول : أركان عقد هبة العقار

قبل حديثنا عن أركان الهبة عموما في القانون الجزائري ، نجد أنه من ناحية فقهية قد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد أركان الهبة ، فذهب الحنفية إلى أن ركنها هو الصيغة فقط ، وان اختلفوا في كون أن الإيجاب والقبول هما اللذين يشكلان هذا الركن ، فذهب البعض منهم (الامام أبو حنيفة وصاحبه وغيرهم...) إلى القول بأن القبول ليس ركنا استحسانا ، وإنما هو مجرد شرط لثبوت حكم الهبة، أي أثرها المترتب عليها وهو نقل الملكية، وذهب البعض منهم إلى القول بأن الإيجاب والقبول هما اللذان يشكلان ركن الصيغة ، باعتبار الهبة عقدا من العقود كالبيع وغيره...، أما عند جمهور الفقهاء فأركان الهبة أربعة وهي الواهب والموهوب له والشئ الموهوب و الصيغة وهي الإيجاب والقبول¹.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أن المشرع يعتبر الهبة عقدا كغيرها من العقود – كما سبق بيانه - والتي يجب أن تتوفر فيها الأركان العامة لكل عقد وهي التراضي والمحل والسبب بالإضافة إلى الأركان الخاصة التي نصت عليها المادة 206 ق أ ج وهي الشكلية والحيازة وسنتناولها بشيء من التفصيل كما يأتي :

الفرع الأول: الأركان العامة للهبة

وهي الأركان العامة لكل عقد : التراضي والمحل والسبب.

أولاً: التراضي: يعتبر التراضي ركنا من أركان عقد الهبة وانعدامه أو تخلفه يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

1/ المقصود بالتراضي في الهبة: يقصد بالتراضي تطابق إرادتين ، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين، وهو إنشاء الإلتزام².

وركن التراضي في الهبة يتمثل في الإيجاب والقبول، وهو ما تشير إليه المادة 206 ق أ ج بنصها على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ... " ، ويستفاد من هذا النص أن المشرع يعتبر الهبة عقدا، وليس تصرفا بإرادة منفردة مثل الوصية ، ولعل السبب في جعل الهبة عقدا واستلزام قبول الموهوب له أن الهبة وإن كانت تبرعا إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل ، وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمد³.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ج5، ص7، و محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، المرجع السابق، ص226.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط2000، ص3، ص143.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص28.

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/02/24، والذي جاء فيه: (من المقرر قانونا وشرعا أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول)¹.

والمشرع الجزائري باعتباره للهبة عقدا فإنه يكون بهذا قد أخذ برأي الجمهور إذ يعتبرون أن الإيجاب والقبول ركنين في الهبة و لا تتعقد الهبة بدونهما.

2/ التعبير عن الإرادة وتطابق الإيجاب والقبول :

الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يعالج ركن التراضي في عقد الهبة بنص خاص ، وبالتالي فإنه تطبق القواعد العامة المقررة في القانون المدني والمتعلقة بنظرية العقد بوجه عام على ركن التراضي في عقد الهبة .

فيجب إذن أن يصدر إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة تنطوي على قصد التملك بلا عوض حال الحياة على شيء يملكه - وهو العقار في هذه الدراسة -، ويكون ذلك بأي لفظ يدل عليه كأن يقول الواهب: وهبتك داري ، أو ملكتك ، أو أهديتك ... وغيرها من الألفاظ ، كما يكون الإيجاب بالكتابة أو بالإشارة في حال عدم القدرة على النطق.²

وقد يتصل الإيجاب بقرينة كذكر الوقت كأن يقول الواهب جعلت لك هذه الدار قيد حياتك، أو الشرط كأن يقول الواهب وهبتك أرضي على أن تبيعها لفلان، فالهبة هنا صحيحة والشرط باطل.³

ويجب أن يطابق الإيجاب قبول من المتعاقد الآخر، ولا يوجد نص يقضي بأن يكون القبول صريحا ، فيصح أن يكون ضمنيا كأن يتصرف الموهوب له في العين الموهوبة التي يحوزها بناءً على اتفاق مع الواهب ببيع أو مقايضة بعد علمه بإيجاب الواهب ، بل إن سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب إذا تمخضت الهبة لمنفعته يعتبر قبولا⁴ ، أما إذا كانت الهبة بعوض أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزامات فإن السكوت في هذه الحالة لا يعد قبولا ، إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة في الوقت المناسب.⁵

وإذا قام شخص بإصدار إيجاب ينطوي القصد منه على الهبة إلى شخص آخر، وقام هذا الأخير بالرد بتعبير يُغيّر الإيجاب، فإن الهبة في هذه الحالة لا تتعقد، ويعتبر هذا الرد بمثابة الإيجاب الجديد وهذا تطبيقا لنص المادة 66 من ق م ج ، ومثاله أن يصدر شخص إيجابا بهبة عقار يملكه

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 40651 ، الصادر بتاريخ: 1986/02/24، أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه: عقود التبرعات، مرجع سابق، هامش ص 8.

2- يراجع المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

3- نسيمة شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 35.

4- يراجع الفقرة 02 من نص المادة 68 ق م ج.

5- عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 30

إلى شخص آخر، فيرد عليه هذا الأخير بأنه قبله على سبيل الإعارة، فعقد الهبة هنا لا ينعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول، و أما إذا قبل الطرف الأول الإيجاب الجديد (المنطوي على عقد العارية)، فإن العقد الجديد ينعقد لتطابق الإيجاب مع القبول، وإن ثار نزاع بين الطرفين حول العقد وطبيعته بعد ذلك ورفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي لا يتوقف على التسمية التي أعطاه المتعاقدين للعقد، بل إنه ملزم بالبحث عن النوايا المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد دون التوقف على المعنى الحرفي للألفاظ¹.

ويعتبر قبول الهبة أمرا شخصيا خاصا بالموهوب له، فإذا لم يقبل الموهوب له الهبة -هبة العقار- لاعتبارات يراها، لم يجز لدائنيه أن يستعملوا حقه في القبول أو أن يقبلوا نيابة عنه، ولا يجوز لدائنيه كذلك أن يطعنوا في هذا الرفض بالدعوى البوليصة، لأن الرفض لا يتضمن معنى الإفتقار بل هو امتناع عن الإثراء².

وقبل ختامنا الحديث عن ركن التراضي في عقد الهبة قد تنثور أسئلة مفادها: هل يجوز للواهب التراجع عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه؟ وما هو الحكم لو مات الواهب أو فقد أهليته بعد إصداره للإيجاب ومن ذلك موت الموهوب له؟ وهل تجوز النيابة في التعاقد في عقد الهبة؟ وعليه سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة بشكل مختصر كما يلي:

أ. تراجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه: إذا تراجع الواهب عن إيجابه قبل وصول تعبيره إلى الطرف الآخر فإن هذا التعبير لا يكون له أثر وبالتالي يمكن للواهب الرجوع عن إيجابه، وكذلك الحال إذا لم يصل إلى علمه قبول الطرف الآخر، فيجوز للواهب طيلة هذه المدة - وهي المدة التي لا يصل فيها القبول إليه - التراجع عن إيجابه³، ومن ناحية فقهية فيجيز جمهور الفقهاء تراجع الواهب عن إيجابه قبل قبول الموهوب له للهبة، أما الإمام مالك وأصحابه فإنهم يرون المنع، لأن الأصل عند مالك وعند جميع أصحابه أن المعروف لازم لمن أوجبه على نفسه، مالم يوجد مانع⁴.

ب. موت الواهب أو فقد أهليته بعد إصداره للإيجاب ومن ذلك موت الموهوب له:

إذا أصدر الواهب إيجابا ثم مات أو فقد أهليته قبل وصول إيجابه إلى علم الموهوب له، فإن الهبة في هذه الحالة لا تنعقد لعدم اقتران الإيجاب بالقبول⁵، وكذلك الحال إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول، لأن الإيجاب لم يلاق قبولا من الشخص الذي وجه إليه، إذ أن الهبة أمر خاص بالموهوب له، فلا يحل ورثته محله في القبول.

1- يراجع الفقرة 02 من نص المادة 111 ق م ج.

2- عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 36.

3- يراجع نص المادة 61 ق م ج.

4- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

5- علي علي سليمان، النظرية العامة الإلتزام، مصادر الإلتزام، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 36.

أما إذا صدر قبول من الموهوب له ، ثم مات أو فقد أهليته ، ووصل القبول إلى علم الواهب فهنا ينعقد العقد ويرتب جميع آثاره ¹ إذا كان رضائيا- لا ينطبق هذا الحكم على هبة العقار – ويمكن لورثة الموهوب له المطالبة بتنفيذ العقد مالم يثبت أن شخصية الموهوب له كانت محل اعتبار ².

ج. جواز النيابة في التعاقد في عقد الهبة من عدمه : النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو ³، وبالنسبة للنيابة في عقد الهبة، فإنه إذا كان الواهب كامل الأهلية فإنه يجوز أن تصدر الهبة من وكيله والذي يشترط في وكالته حتى ينفذ التصرف وترجع آثاره على الأصيل أن تكون بموجب وكالة خاصة ، ذلك أن الهبة من التصرفات التبرعية وليست من أعمال الإدارة طبقا لنص المادة 574 ق م ج، أما بالنسبة لناقص الأهلية أو عديمها ⁴، فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته ، ولو بإذن القاضي لأن المادة 88 من ق أ ج حددت التصرفات التي يستأذن فيها القاضي وليس من بينها التصرف بالهبة لأنها من التصرفات التي تضر به ضررا محضا ، فالولاية والوصاية قد شرعا لمصلحة هذه الفئة ولا مصلحة لها في إقرار الأعمال الضارة بأفراد هذه الفئة ، لأن الغرض من الولاية على المال صيانته واستثماره بالطرق الشرعية والمحافظة عليه بما يضمن نموه وازدياده ⁵، لا التصرف فيه بما قد ينقصه أو يبدده. أما بالنسبة لصدور القبول من غير شخص الموهوب له فإنه جائز و يتحقق ذلك في حالة ما إذا صدر القبول من نائبه دون إغفال القواعد القانونية العامة المقررة في الوكالة والنيابة في القانون المدني الجزائري ⁶.

وخلاصة كل ما تقدم بالنسبة للتراضي في هبة العقار أن التراضي يستلزم اتفاق إرادتين وتوافقهما على إحداث أثر قانوني وهو نقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له، وأن هذا التراضي لا اثر له لا بين المتعاقدين ولا بين الغير مالم يفرغ في شكل رسمي، لأن الشكلية هنا مقررة لوجود هذا التراضي وليست لإثباته .

ثانيا : المحل

المحل هو الركن الثاني في عقد الهبة ، وانعدامه أو اختلال أي شرط من شروط انعقاده – والتي سنفصل فيها في هذا الفرع- يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

والأصل في الهبة أن تكون عقدا ملزما لجانب واحد وهو جانب الواهب ، فيلتزم وحده ، ويكون

¹- يراجع نص المادة 67 ق م ج.

²-عبد الزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 32 .

³-عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 157.

⁴- لتفاصيل أكثر بخصوص الأهلية يرجع للصفحة 35 وما بعدها من هذه الدراسة .

⁵- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 109

⁶- شيخ نسيمّة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 37 .

محل التزامه هو الشيء الموهوب -وهو العقار- ، ولكن يجوز أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى في جانب الموهوب - كما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ ج - فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين ويكون محل التزام الموهوب له هو العوض المشترك¹.

فالهبة إذن يكون محلها كأصل هو الشيء الموهوب فقط، ولكن يجوز أن يكون لها محل ثان إذا كانت الهبة ملزمة للجانبين وهو العوض.

1/ الشيء الموهوب (العقار الموهوب): تنص المادة 205 من ق أ ج على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير". ويستفاد من هذا النص أن الهبة غير مقيدة لأن الممتلكات قد تنصب على العقارات - وهو ما يهمن في هذه الدراسة- أو المنقولات أو الحقوق العينية كالمنافع كما تشمل أيضا الحقوق الشخصية كالديون .

ومحل هبة العقار هو العقار ذاته-كما هو واضح- ولعدم معالجة محل الهبة بنص خاص في قانون الأسرة الجزائري وجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني المقررة لمحل العقد بوجه عام .

فيجب إذن ليكون عقد الهبة صحيحا منتجا لآثاره توفر الشروط الأربعة التالية :

أولا : أن يكون المحل موجودا وقت الهبة.

ثانيا : أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.

ثالثا : أن يكون المحل صالحا للتعامل فيه .

رابعا : أن يكون المحل مملوكا للواهب .

فهذه الشروط واجبة بمقتضى أحكام القانون المدني وبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية².
وسنفصل فيها كما يأتي :

أ. وجود المحل وقت الهبة : فلا بد أن يكون العقار الموهوب موجودا أو ممكن الوجود ، فلا تصح هبة العدم ، ومعنى الوجود كما يقول الأستاذ السنهاوري-رحمه الله-: " هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك " ³، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز هبة عقار غير موجود أصلا ، أو أنه قد هلك قبل نشوء الالتزام ، ويعتبر العقد هنا باطلا بطلانا مطلقا لعدم وجود محل للالتزام، أما إذا كان ممكن الوجود فإنه يقودنا للحديث عن نقطة مهمة جدا ألا وهي :

*** هبة الأموال المستقبلية :** عندما يكون محل الهبة ممكن الوجود في المستقبل كأن يهب شخص منزلا لم يتم بناؤه ، نجد أن هذا من ناحية فقهية - أي هبة الأموال المستقبلية- يقع باطلا، وهذا عند المذاهب الثلاثة الشافعي والحنبلي والحنفي ، وقد أخذ بهذا القانون المصري والقوانين العربية

¹- عبد الزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص112.

²- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

³- عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 306.

الأخرى كالسوري واللبناني، أما عند الإمام مالك فهبة الأموال المستقبلية جائزة وصحيحة متى كانت بغير عوض ولا يضر الغرر فيها¹.

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد جاء خلوا من النص على هبة الأموال المستقبلية، الأمر الذي نستشف منه أن هبة الأموال المستقبلية تقع صحيحة في نظر القانون الجزائري وهذا لأمرين :

1- بالرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري يجيز التعامل في الأشياء المستقبلية متى كانت محققة الوجود²، والمشرع الجزائري يأخذ بهذا الحكم مثله مثل أغلب التشريعات العربية كالقانون المصري، لكن أغلب هذه القوانين تستثني هبة الأموال المستقبلية في نصوصها القانونية، على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على هذا الأمر ولم يستثني من التصرفات المستقبلية التي لا يجوز التعامل فيها الهبة، الأمر الذي نستنتج منه أن المشرع يجيز هذا النوع من الهبات لغياب النص الذي يمنع ذلك.

2- تنص المادة 222 من ق أ ج على أنه: " كل مالم يورد فيه نص يرجع فيه إلى أحكام الشريعة ". ، فالقاضي حين يعمل هذه المادة ويرجع إلى أحكام الفقه المالكي يجد أحكام هذا الفقه تجيز هبة الأموال المستقبلية -كما تم بيانه سالفًا-، وصحيح أن القاضي ليس ملزماً بمذهب معين ولكن عليه أن يراعي اعتباراً هاماً وهو أن أحكام المذهب المالكي هي السائدة في التعامل في الجزائر.

ب. وجوب تعيين المحل: فلا بد أن يكون العقار الموهوب معيناً أو قابلاً للتعيين وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً³، فلا يكفي إذن أن يكون المحل موجود بل يجب تعيينه حتى يكون معلوماً علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية للغرر وبالتالي إلى النزاع ويثار هذا بصفة جلية في الهبة بعوض ولذلك يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية ما عدا الإمام مالك أن يكون الموهوب معلوم المقدار، فلا تصح هبة المجهول، لأن الهبة عقد من العقود الناقلة للملكية فلا يجوز للواهب أن يهب جزءاً من ممتلكاته من غير تعيين كأن يهب بعضاً من عقاراته من غير أن يعين فهنا لا تصح الهبة⁴.

ويكون تعيين العقار بتعيين نوعه ومساحته وموقعه ومشتملاته... الخ، كما قد يكون قابلاً للتعيين في المستقبل إذا ما كان مشاعاً، فحالة الشيوع هي حالة مؤقتة وليست دائمة⁵.

ج. وجوب مشروعية المحل : فلا بد أن يكون المال متقوماً⁶، وقابلاً للتعامل فيه، فإذا كان

1- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص154.

2- تنص المادة 92 من ق م ج على أنه: " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً. "

3- يراجع نص المادة 94 من ق م ج.

4- محمد بن أحمد تقيّة، نفس المرجع، ص 143.

5- وسنحدث عن هبة المال المشاع في ختام حديثنا في هذا الفرع عن الشيء الموهوب.

6- والمال غير المتقوم عموماً لا يصلح أن يكون محلاً للإلتزام، فلا تتعد هبة ما ليس بمال أصلاً كالهيئة والدم والصيد الحرام... وغير ذلك، ولا تجوز هبة ما ليس بمتقوم كالخمر. انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص 13.

فإذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام كان العقد باطلا بطلانا مطلقا¹، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح أن يكون محلا للإلتزام إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع².

فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد كالشمس والبحر والهواء ... ، ويرجع عدم قابليته للتعامل إلى استحالته ، كما قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له، فلا يجوز هبة الملك العام كالشوارع و الطرق العامة ...، وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع ، وعدم المشروعية يرجع إلى نص القانون أو لمخالفة النظام العام والآداب العامة³، فلا يجوز مثلا التصرف بالهبة أو التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ويقع ذلك باطلا ولو برضائه⁴.

د. وجوب أن يكون المحل مملوكا للواهب : فلا بد أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب ، فلا يجوز للشخص أن يهب ما لا يملكه، فإذا وهب ما لا يملكه فإن هذا يقودنا للحديث عن نقطة هامة ألا وهي:

*** هبة ملك الغير :** المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يورد نصا خاصا بشأن حكم التصرف بالهبة في مال الغير⁵ ، على خلاف ذلك نجد أن القانون المصري ينص في المادة 491 من تقنينه المدني على أنه : " تسري أحكام بيع ملك الغير على هبة مال الغير." ومؤدى هذا أن هبة مال الغير قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له ، و يكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بالتزامات فرضت عليه ، ولكن ذلك لا يعني أن ملكية الموهوب تنتقل إلى الموهوب له ، لأن المالك الحقيقي لم يجز بالهبة و هو أجنبي عنها ، فلا تنتقل الملكية إلا بإقراره بذلك، أما الواهب فلا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه ، لأن الهبة ليست باطلة بطلانا مطلقا ، بل هي قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له وحده ، و عليه فهبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده على النحو الذي يكون فيه بيع عقار الغير قابلا للإبطال⁶.

ومن ناحية فقهية -بما أنه لا يوجد نص في قانون الأسرة- نجد أن جمهور الفقهاء متفقون على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وهبة ملك الغير لا تجوز ولا تصح باعتبار أن الواهب لا يملك

1- يراجع نص المادة 93 ق م ج .

2- قرار رقم: 39360 مؤرخ في : 1986/01/13 (غير منشور) أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه: عقود التبرعات، مرجع سابق، هامش ص 19، حيث جاء فيه : (من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تتنافى مع التأييد وأحكام الحبس)

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 325 .

4- يراجع نص المادة 92 ف 02 من ق م ج .

5- وفي بداية الأمر نقول أن الهبة لا تجوز في غير المملوك للواهب ، مع العلم أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة ، ولكن بالرغم من هذا الفراغ القانوني إلا أن هذا المنع يمكن أن يستخلص من نص المادة 205 ق أ ج وذلك بنصها على أنه: يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها ...، ومن ثم فإن هذا النص قد اشترط أن يكون الواهب مالكا لما يهب أما ممتلكات الغير وبمفهوم المخالفة فلا يجوز أن تكون محلا للهبة ، انظر: تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد القضائي من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ص 242.

6- عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج 5، المرجع السابق، ص 120-123 .

ما يهب، ولا تصح لأنه غير قادر على التسليم مما يجعل هبته باطلة ، فيما ذهب بعض فقهاء المالكية إلى القول بأن هبة الفضولي تقع صحيحة غير لازمة موقوفة على إجازة المالك الذي يشترط أن يكون أهلا للتبرع ، فإن أجازته نفذ بالنسبة إليه وبالنسبة للعاقدين جميعا، وإن لم يجزه كان العقد باطلا¹.

*** هبة المال المشاع :** بالنسبة لهبة المشاع فإن قانون الأسرة الجزائري لم يفصل في حكمه بصفة صريحة، وإنما يستشف من نص المادة 208 ق أ ج التي تتحدث عن الحالات التي يجوز فيها الاستغناء عن الحيابة أنه قد أجازته وهذا بنصها على أنه : "...أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والاجراءات الإدارية تغني عن الحيابة . " ، فيستفاد من هذا النص أن المشرع يجيز هبة المال المشاع، ويقصد بالمشاع هنا المال المشترك غير المقسوم، والشيوع في المالية هو الشركة، والإفراز هو تخليصه من غيره حيث يزول الاشتراك².

ومن ناحية فقهية ، قال المالكية و الشافعية و الحنابلة أن هبة المشاع جائزة كالبيع ، فإن القبض في هبة المشاع كالقبض في البيع المشاع ، ودليلهم على ذلك من السنة أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من النبي صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال : (ما كَانَ لي وَلِئني عَبْد المُطَلِّب فهو لَكُمْ .) ، أما الحنفية فيشترطون أن يكون الموهوب محرزا أي مفرزا، فلا تصح هبة المشاع إذا كان يحتل القسمة كالدار والبيت الكبير، وتكون الهبة فاسدة ، فإن قسم المشاع وسلم جازت الهبة وهذا شرط لصحة الهبة³.

2/ العوض في الهبة : تنص الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ ج على أنه : " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط." ويستفاد من هذا النص أنه يجوز أن تكون الهبة ملزمة للجانبين ، فتكون الهبة بمقابل ويصبح لها محل ثان وهو العوض المشترك ، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرارها رقم : 113781 الصادر بتاريخ 2016/09/21⁴.

قد يكون المقابل في الهبة التزاما بالإعطاء أو التزاما بعمل، أو الالتزام بالامتناع عن عمل، وسنتحدث عن شروط العوض وبعض صورته تباعا :

أ. شروط العوض : بالنسبة للعوض في الهبة فيشترط فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام - والتي تناولناها عند حديثنا عن الشيء الموهوب - ، فيجب إذن أن يكون العوض موجودا أو قابلا للوجود إذا تعلق بشيء معين بالذات، أو ممكنا إذا تعلق بعمل أو امتناع

1- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص47-48 .

2- جمال الديب، خصوصية التبرع بالمال المشاع -الهبة والوقف أنموذجا-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ص341

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص 14-15 .

4- قرار المحكمة العليا رقم 113781، الصادر بتاريخ: 2016/09/21، والذي جاء فيه: (يجوز للواهب ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف عليه تنفيذ العقد)

عن عمل ، ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون صالحاً للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، كما يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل أقل قيمة من الشيء الموهوب وهذا شرط جوهري حتى يبقى العقد هبة ، ذلك أنه إذا تعادلت قيمة المقابل أو تقاربت مع قيمة الشيء الموهوب -العقار- فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً، وأصبحت بذلك عقد معاوضة لا تبرعاً¹، ومسألة تحديد قيمة العوض مسألة موضوعية يقدرها القاضي ولا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا

ب. صور مختلفة للمقابل في الهبة : قد تتعدد صور المقابل في الهبة ، فقد تكون الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له ملحوظ فيها مصلحته هو ، كأن يهب شخص لآخر داراً ويشترط عليه عدم التصرف فيها ، وقد تكون الشروط والالتزامات مفروضة على الموهوب له لمصلحة الواهب دون أن يتجرد هذا الأخير بذلك عن نية التبرع ، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه مقابل الهبة ، فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء ديون الواهب التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك²، وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة، ومثال ذلك أن يهب الواهب عقارات يملكها للجمعيات ويشترط عليها أن تقوم بتشييد مستشفيات أو ملاجئ عليها ، كما قد يكون المقابل المفروض على الموهوب له في الهبة من طرف الواهب لصالح شخص أجنبي كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيراداً لشخص آخر غير المتعاقدين مدى حياة هذا الشخص³.

وأخيراً بالنسبة للعوض من ناحية فقهية فيشترط الشافعية والحنابلة أن يكون العوض معلوماً، فإذا كان مجهولاً فإن الهبة تكون غير صحيحة ، ويكون حكمها حكم البيع الفاسد ، ويذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يشترط الواهب العوض لفظاً وادعى أنه وهبها قاصداً العوض ، فلا يسمع قوله ولو قامت القرينة على ذلك أو كان العرف مؤيداً في ذلك ، أما بالنسبة للمالكية فيشترطون في العوض أن يكون مقارناً لصيغة الهبة، كأن يقول الواهب وهبتك هذا الشيء على أن تعوضني، ولا يلزم فيها أن يكون القبول فوراً ، ولا تعيين جنس العوض أو قدره ، وإذا لم يشترط الواهب العوض لفظاً ولكنه ادعى قصد العوض عند هبته فإنه يصدق في قوله ما لم تقم قرينة أو عرف ضده⁴.

ثالثاً : السبب : السبب هو الركن الثالث من أركان العقد بشكل عام ، ويقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالتزام⁵.

1 - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، د ط ، الناشر المعارف ، الاسكندرية، ص166

2 - عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص131.

3 - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص40.

4 - محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، المرجع السابق، ص260-261.

5 - محمد صبري السعدي، شرح ق م ج ، النظرية العامة للالتزامات دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 1993، ص114

1/ السبب في عقد الهبة : تسري نظرية السبب في عقد الهبة كما تسري على غيرها من العقود، ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث¹ أي الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله دون مقابل، أما نية التبرع - وهي التي تقول النظرية التقليدية أنها هي السبب في الهبة - فهي تختلط اختلاطا تاما بالرضاء، فالواهب عندما رضي الهبة كان رضائه هذا متضمنا لنية التبرع، فنية التبرع موجودة في كل هبة، ووصف هذه النية بأنها هي السبب في الهبة لا يقدم شيئا، فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب وخاصة في عقد الهبة²، فيكون السبب هو الباعث الدافع للواهب على التبرع، ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة³، ومثاله لو قام خليل بهبة عقار لخليلته وكان الباعث الدافع إلى تبرعه هو استدامة العلاقة غير الشرعية بينه وبين الموهوب لها، لكن العقد باطلاً بطلانا مطلقاً⁴.

وقانون الأسرة الجزائري لم يورد نصا خاصا بالسبب في عقد الهبة، وبالتالي تطبق القواعد العامة المقررة للسبب في نظرية العقد بوجه عام، فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 98 تنص على أنه: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً مالم يقيم الدليل على غير ذلك"، ويستفاد من هذا النص أنه إذا لم يذكر السبب في العقد فيفترض أن للعقد سببا مشروعاً، ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز أن يثبت عكسها بجميع طرق الإثبات ولو بالبينة إذ لا كتابة هنا⁵، وتضيف المادة 98: "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 سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"، ويستفاد من هذا أنه إذا ذكر السبب في العقد، فيفترض أن هذا السبب حقيقي وليس صوري، ويمكن لكل من له مصلحة أن يثبت أن السبب صوري في العقد أو أنه صوري يخفي سببا غير مشروع (ورثة الواهب مثلاً حتى يبطل العقد و يعود المال إلى التركة) ولكن لا بد أن يثبت بالكتابة، لأنه لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها، فإذا ثبتت صورية السبب في العقد كان عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعاً على من يدعي ذلك⁶.

2/ اقتران الهبة بشرط : قد تقترن الهبة بشرط مثلما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 200 ق أ ج، فيكون هذا الشرط هو الباعث الدافع للواهب على التعاقد غالباً، كأن يهب شخص منزلاً لآخر بشرط أن يلتزم الطرف الآخر بتقديم إيراد له مدى الحياة.

والمفترض أن الباعث الدافع على التبرع يكون مشروعاً، لكن قد تقترن الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص لمطلقة أرضاً ويشترط عليها عدم الزواج بغيره، فهذا الشرط يعتبر

1- لتفاصيل أكثر يراجع: محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 173 وما يليها.

2- عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج 5، المرجع السابق، ص 132.

3- كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، المرجع السابق، ص 167.

4- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 24.

5- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 75-76.

6- علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 76.

غير مشروع لمخالفته القانون والنظام العام ، وعليه إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على إبرام الواهب هبته ألغى الشرط وبطلت معه الهبة ، أما إذا لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ألغى الشرط وصحت الهبة .

كما قد تقتزن الهبة بشرط غير ممكن أي مستحيل ، كأن يهب شخص لآخر عقارا ويشترط عليه أن يقدم مقابلا للهبة إيرادا لشخص ثالث مدى الحياة ، فيتبين أن هذا الأخير متوفى قبل صدور الهبة، فحينئذ تكون الهبة صحيحة إذا لم يكن هذا الشرط المستحيل هو الباعث الدافع لإبرام عقد الهبة، فإن كان كذلك يبطل الشرط وتبطل معه الهبة ¹.

ومما لا يفوتنا الإشارة إليه أن العبرة في عدم مشروعية الشرط تكون من يوم صدور الهبة، ومن ثم إذا كانت الهبة مشروعة وقت إبرام العقد اعتبرت صحيحة وإن أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك ².

3 / علم المتعاقد الآخر بالقصد غير المشروع : بالنسبة لعلم المتعاقد بالباعث الذي دفع الطرف الآخر للتعاقد ، فنجد أن فقهاء القانون قد اتفقوا على بطلان العقد إذا كان القصد غير المشروع ظاهرا في العقد ، سواء كان ظاهرا بمحل التعاقد أو كان منصوبا عليه في العقد، ولكنهم اختلفوا بالنسبة لضرورة علم المتعاقد الآخر بالقصد غير المشروع إذا لم يكن ظاهرا في العقد ، فذهب رأي إلى القول بأنه حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب للتبرع بماله ، أن يكون الموهوب له على علم بهذا الباعث أو كان في استطاعته أن يعلم ، وذهب رأي آخر إلى القول بأنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوما من الموهوب له ، فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده ، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف ، فيعتد إذن بالباعث الذي دفع الواهب إلى تبرعه سواء كان معلوما من الموهوب له أو كان مجهولا منه ، ولكن الرأي الذي ساد هو الرأي الأول ، فيجب إذن حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب للتبرع أن يكون هذا الباعث غير المشروع معلوما من الموهوب له ³.

وأخيرا في الفقه الاسلامي نجد أنه إذا لم يكن القصد غير المشروع ظاهرا في العقد عموما ولكن علم به المتعاقد الآخر أو كان في استطاعته أن يعلم به ، ففقهاء المالكية والحنابلة

¹ - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 42 .

² - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 24 .

³ - عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص133.

والشيعة يبطلون العقد ، مثلما جاء في فقه المالكية في الخطاب : " بيع العنب لمن يعصره خمرًا أو يبيع حريرا لمن يلبسها غير جائزين " ¹.

الفرع الثاني : الأركان الخاصة في عقد الهبة

تنص المادة 206 ق أ ج على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، وتتم الحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة. " ، ويستفاد من هذا النص – كما بينا سابقا – أنه علاوة على الأركان العامة لعقد الهبة فقد اشترط المشرع ركنين خاصين ألا وهما الشكلية والحيازة .

أولا : الشكلية : الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، أما الشكلية فهي استثناء إذ لا بد من نص تشريعي يقررها ، وعقد الهبة الناقل للملكية العقارية قد نص المشرع فيه على وجوب الشكلية وفق ما تنص عليه المادة 206 ق أ ج سالفة الذكر ، و المقصود بالشروط الشكلية في هبة العقار هو توثيق العقد وتسجيله وشهره ².

ولعل ما يبرر الشكلية في عقد هبة العقار خصوصا ، أن الهبة تصرف خطير يتضمن إثراء للغير على حساب افتقار في جانب الواهب، فالواهب بهذا في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة ، والشكلية تعينه على ذلك ، والورقة الرسمية لما تتضمنه من إجراءات معقدة وما تستتبعه من جهر وعلانية وما تستلزمه من وقت وجهد نافعة كل النفع لحماية الواهب بل لحماية الموهوب له نفسه ، لأن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه ³.

1/ موقف الإجتهد القضائي من الشكلية في عقد الهبة قبل صدور قانون الأسرة وبعد صدوره :

قبل صدور قانون الأسرة الجزائري كانت تسري أحكام الشريعة الإسلامية على عقد الهبة، وفقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفا رضائيا ، ولا يشترطون إفراغها في شكل معين، غير أنهم يشترطون قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الإتجاه واستقر على اعتماد الرضائية في الهبات المبرمة قبل صدور قانون الأسرة ، وهو ما تؤكدته القرارات الصادرة عن القضاء الجزائري آن ذاك من بينها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/03/14 حيث جاء فيه أن : (الهبة تصح شرعا بالقول ، وكتابتها إنما هي للتوثيق فقط .) ⁴

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 190 .

² - بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية ، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/2011، ص 53.

³ - عبد الزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج 5، المرجع السابق، ص 46.

⁴ - قرار م ع غ أش ملف رقم 47072 ، الصادر بتاريخ 14 / 03 / 1988 منشور ب : م ق ع 1.، 1991. ، أشارت إليه أ. شيخ نسيمه ، في مؤلفها أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، مرجع سابق، هامش ص 44 .

وكذا قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1969/04/09 والذي جاء فيه : (القاعدة لصحة الهبة أن يليها فوراً تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو الموهوب لهم .)¹، فالملاحظ أنه لم يكن يشترط أن تتم الهبة في شكل معين سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول ، إلا أن القضاء قد سار على اشتراط الحيازة من أجل إتمام عقد الهبة، فصورة الشكالية كانت محصورة على القبض².

وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري أوجب المشرع الرسمية في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية وأحال إلى قانون التوثيق الذي كان ساري المفعول آن ذاك بموجب المادة 206 من ق أ ج سالف الذكر ، ورتب جزاء تخلف الشكالية في عقد هبة العقار بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، حتى وإن استوفت الهبة شروط الإنعقاد والصحة المقررة في الشريعة والفقه الإسلامي فلا بد من الشكالية، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا في قرارها الصادر بتاريخ : 2016/09/21 حيث جاء فيه : (و حيث أن ما يعييه الطاعنون على القرار المطعون فيه في غير محله ، ذلك أن القاضي لا يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يوجد نص .

في حين أنه وبعد الرجوع إلى قانون الأسرة وطبقاً لأحكام المادة 206 منه تنص على وجوب تحرير عقد الهبة في الشكل الرسمي وبالتالي لا تنعقد الهبة إلا إذا تم تحرير العقد في الشكل الرسمي، ومن ثم لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يطبق ما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية المتعلقة بشروط انعقاد الهبة ويطرح النص التشريعي، مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه.³

2/الشروط الشكالية في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية :

إن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، بمعنى أنه على الواهب والموهوب له أن يعطيا الطابع الرسمي لعقد الهبة وإنشائه لدى الموثق باعتباره ضابطاً عمومياً ، إذ تمتاز العقود التي يجريها الموثق بطابعها الرسمي نظراً لما تتضمنه من معلومات وإجراءات تخص موضوع العقد وأطرافه ومنها الهبة⁴، وإذا تمت عملية توثيق عقد هبة العقار وتسجيله وشهره بالمحافظة العقارية المختصة، يكون عقد الهبة قد استوفى ركن الشكل ولكن لا بد من إتمام الحيازة ، فالحيازة و الشكالية لا يغني أحدهما عن الآخر كأصل عام، وهذا المبدأ يعد من أهم التطبيقات القضائية وقد أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1995/05/28 إذ يؤكد على وجوب اجتماع الرسمية والحيازة معاً في عقد الهبة فلا تغني الرسمية عن الحيازة⁵.

1- قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية الصادر بتاريخ : 1969/04/09 أشارت إليه أ. شيخ نسيم في مؤلفها، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، مرجع سابق، هامش ص 44.

2 - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 43-44.

3- قرار المحكمة العليا : ملف رقم 1002784 ، الصادر بتاريخ 2016/09/21.

4- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1987، ص 71 .

5- قرار م ع رقم 114346 الصادر بتاريخ: 1995/05/28 ، أشار إليه: محمد بن أحمد تقي في مؤلفه ،دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، مرجع سابق، ص 207

وأخيرا فإنه بالنسبة لركن الشكل في هبة العقار فهو ركن جوهري واختلاله يؤدي إلى بطلان الهبة كما أوضحناه ، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، و يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقائها، أما بالنسبة للتفصيل في الشروط الشكلية لعقد هبة العقار فقد خصصنا له مطلباً مستقلاً في الفصل الثاني من هذه الدراسة، وسنعالج فيه الإجراءات المتعلقة بتوثيق العقد وتسجيله وشهره في المحافظة العقارية بشيء من التفصيل في حينه¹.

ثانياً : الحيابة في عقد الهبة : يقصد بالحيابة في عقد الهبة بشكل عام من ناحية قانونية تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور بمظهر صاحب الحق، ولن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له².

أما الحيابة في الإصطلاح الفقهي فيقصد بها كما قال الدردير: "وضع اليد على الشيء و الإستيلاء عليه."، والحيابة بهذا التعريف بمعنى القبض، وفي كتب المالكية استعمال كلمة حوز بدل (حيابة) والقانون الجزائري بهذا قد سار على اصطلاح المالكية³، وفي هذا الصدد سنحاول أن نتحدث عن حكم قبض الهبة في الفقه والقانون الجزائري .

1/ أقوال الفقهاء في قبض الهبة : لقد اختلف الفقهاء المسلمون في مسألة القبض في الهبة ، فمنهم من قال أن القبض شرط لزوم وتام لا شرط صحة ، ومنهم من قال أن القبض شرط لصحة الهبة، وقال آخرون ليس القبض شرط صحة ولزوم⁴، والأمر الذي يهمنا إنما هو علاقة القبض بالملك من حيث اشتراطه لانتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له ، وثبوتها لهذا الأخير، وبناءً على هذا الاعتبار يمكن إجمال أقوال الفقهاء المختلفة في قولين رئيسيين :

أ. القول الأول : اشتراط قبض الهبة لأجل ثبوت ملكيتها للموهوب له : و قال بهذا القول الحنفية والشافعية⁵، فملك المال الموهوب لا يثبت بمجرد العقد بل لا بد من القبض، ومن بين ما قد استدلوا به في ذلك ما روي عن عروة عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما مرض قال يا بنيّة، ما أحد أحب إليّ غنى بعدي منك ، ولا أحد أعز عليّ فقرا منك ، وكنت نحلّك جداد عشرين وسقا ، وددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث : أخوك وأختك فاققسموا على كتاب الله عز وجل⁶ ، فقال ذلك بحضرة من الصحابة من غير إنكار من أحد عليه فدل على موافقتهم إياه ، وكذلك أن من شروط

1- الصفحة 51 وما يليها من هذه الدراسة .

2- عمر حمدي باشا ، عقود التبرع ، المرجع السابق، ص 08

3- بكير حمودين ، قبض الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ، مجلة روافد للبحوث و الدراسات، جامعة غرداية، عدد:10، جوان 2021 ، ص 03 .

4- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع سابق ، ص 231 .

5- بكير حمودين ، القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ، المرجع نفسه، ص 09.

6- أبي بكر بن علي البيهقي ، السنن الكبرى، باب شرط القبض في الهبة ، الحديث رقم: 11948، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، لبنان، ط : 2003، 03، ج 06، ص 280.

صحة الهبة القبض والحيازة، وما يدل على أن من شرط الهبة القبض أنها تبرع ومعروف من جهة الواهب¹.

ب. القول الثاني : لا يشترط قبض الهبة لأجل ثبوت ملكيتها للموهوب له : وبهذا قال المالكية والظاهرية وهو المذهب عند الحنابلة²، وكل من أصحاب هذا القول قد استدلوا بأدلة منها :

- استدل الإمام مالك بقوله عز وجل : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [سورة : المائدة:01] ومفهوم العقود في الآية جاء شاملا لكل أنواع العقود ، وبما أن الهبة عقد من العقود ، و مبدأ العقود مبني على اللزوم ومحلها بالقول، فمنه يكون وبه يلزم³.

- استدل أصحاب هذا القول كذلك بقوله تعالى : ((وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ)) [سورة محمد : 33] ومن لفظ بالهبة فقد عمل عملا وعقد عقدا لزم الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص ولا نص⁴.

- تلزم الهبة بمجرد العقد عند الحنابلة في غير المكيل والموزون ، و يثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ، واستدلوا بما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما قالا : " الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أم لم تقبض⁵.

وبهذا نكون قد عرضنا موقف الفقهاء من اشتراط القبض في الهبة لثبوت ملك الشيء للموهوب له من عدم اشتراطه ، فإذا ما هو موقف المشرع الجزائري ؟

2. الحيازة في عقد الهبة وفق القانون الجزائري : تنص المادة 206 ق أ ج على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم الحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة. " ، و يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر الحيازة شرطا لانعقاد الهبة ودليل ذلك أنه رتب عن تخلفها أو اختلالها بطلان العقد ، فالمشرع إذن باشتراطه للقبض - أو الحيازة- لثبوت ملكية الشيء الموهوب - عقارا كان أو غيره - للموهوب له ، يكون بذلك قد أخذ بمذهب الحنفية والشافعية ومن معهم ، إلا انه اختص عن المذاهب الفقهية بزيادة اشتراط الإجراءات القانونية الخاصة بالتوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة ببعض المنقولات⁶.

1- فريدة الحمصي ، تأثير الحيازة على حق الواهب في الرجوع في الهبة ، المجلة العربية مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية و الاجتماعية ، المجلد 11، عدد 02 ، 2019 ، ص 325 .

2- بكير حمودين ، القبض في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 12

3- فريدة الحمصي ، تأثير الحيازة على حق الواهب في الرجوع في الهبة ، المرجع نفسه، ص 326.

4- بكير حمودين ، المرجع نفسه ، ص 12.

5- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع سابق ، ص 223.

6 - بكير حمودين ، المرجع نفسه ، ص 13 .

وبما أن موضوع دراستنا يتمحور حول عقد هبة العقار سنحاول الحديث بشكل مختصر عن الحيابة في العقارات وكيف تتم بالطرق القانونية ، ثم نتطرق للحديث عن الحالات التي يجوز فيها الاستغناء عن الحيابة .

أ . كيف تتم حيابة العقار بموجب عقد الهبة : تكون حيابة العقار بتسليمه ، وذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له، بأن يتخلّى الواهب عنه للموهوب له، فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها ، وأن يخرج منها أثاثه وكل الأمتعة التي فيها ، وأن يسلم مفاتيحها إلى الموهوب له، أي تمكينه من العقار حتى يتمكن من الدخول فيه واستعماله ، وبهذا يتم القبض في العقار¹، وإن تم هذا واستوفى العقار الموهوب ركن الشكل تكون الهبة تامة وفق ما تنص عليه المادة 206 ق أ ج.

وينبغي الإشارة إلى نقطة هامة وهي أنه لا بد من أن تكون الحيابة فعلية، حتى وإن أشير في العقد أن الحيابة قد تمت، فالرسمية - كما أوضحناه - لا تغني عن الحيابة تحت طائلة بطلان العقد ، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1986/02/24 ، حيث جاء فيه : (من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيابة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة ، وتأسيسا على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيابة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيابة الفعلية²)، ونفس المبدأ سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 2016/05/19 إذ جاء في : (حيث أن القرار اعتبارا لما سبق اختلت أسبابه في تحديد طبيعة الدعوى وتكييفها، وفي استنتاج قيام شرط الحيابة للعين الموهوبة دون التحقق من قيامها فعلا، وبذلك جاء مشوبا بعيب القصور في التسبب مستحقا للنقض .)³.

والحيابة في الهبة تتم إما فعليا وإما حكما ، فتكون الحيابة فعليا بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله وفق ما تنص عليه المادة 210 من ق أ ج والتي جاء فيها : " **يحوز الموهوب له الشيء الموهوب بنفسه أو وكيله .**" ، وهذا حتى يتمكن من حيابته على النحو الذي يتفق مع الشيء الموهوب ، فإذا كان العقار الموهوب أرضا زراعية وجب على الواهب إخلاؤها وتمكين الموهوب له من استغلالها من دون أي تعرض ، والتسليم الفعلي ينطوي على عنصرين : أولهما وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له ، وثانيهما إعلام الموهوب له بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه⁴.

وقد تكون الحيابة حكمية إذا كان العقار الموهوب في حيابة الموهوب له قبل الهبة ، بموجب عقد

¹ - فريدة الحمصي ، تأثير الحيابة على حق الواهب في الرجوع في الهبة ، المرجع السابق، ص 326

² - قرار المحكمة العليا رقم: 50651 الصادر بتاريخ 1986/02/24، (غير منشور) أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه: عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 09

³ - قرار: م ع ، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1043985، الصادر بتاريخ: 2016/05/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2016 ص 60.

⁴ - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، المرجع السابق، ص 53 .

إيجار أو عارية أو نحو ذلك ، ثم صدرت الهبة ، فهنا يعتبر الموهوب له حائزا فعلا للموهوب ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ، وهو ما تنص عليه المادة 207 من ق أ ج بنصها على أنه : " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة ، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا." ، ولكن الموهوب له ليتم ذلك يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى العقار الموهوب في حيازته ليس بصفته مستأجرا أو مستعيرا بل بصفته مالكا له عن طريق الهبة¹.

ب. حالات الاستغناء عن الحيازة : تعد الحيازة ركنا في عقد الهبة واختلالها أو انعدامها يؤدي إلى بطلان العقد ، وفق ما تشير إليه المادة 206 ق أ ج ، غير أنه هناك حالات أجاز المشرع فيها الاستغناء عن ركن الحيازة في الهبة وهذه الحالات ذكرتها المادة 208 ق أ ج على سبيل الحصر بنصها : " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه ، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والجراءات الإدارية تغني عن الحيازة . " ، ويستفاد من هذا النص أنه يجوز أن يتم عقد الهبة الناقل للملكية العقارية دون الحاجة إلى حيازة العقار الموهوب وهذا في حالتين هما :

1- إذا صدرت الهبة من ولي الموهوب له أو زوجه ، فهنا توثيق العقد و صبه في قالب رسمي يغني عن الحيازة ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/19 و الذي جاء فيه : (من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز ، وهبة أحد الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز.)².

2- إذا كان العقار الموهوب مشاعا فإن توثيق عقد الهبة هنا يغني عن الحيازة ، والمشرع قد راعى في هذا الاستثناء خصوصية المال المشاع الذي تأبى طبيعته القبض إلا بإفرازه وتخليصه من الاشتراك ، وبالتالي يقع القبض فيه تقديريا باعتبار الشركاء حائزين له في الشيوع .

المطلب الثاني : شروط صحة عقد هبة العقار

بعد عرضنا في المطلب الأول لأركان عقد الهبة العامة والخاصة ، سنتحدث في هذا المطلب عن شروط صحة عقد هبة العقار ، فنتطرق للحديث عن الأهلية ، و خلو الإرادة من العيوب ، كما سنتحدث عن مدى صحة الهبات الصادرة بقصد الإضرار بالورثة و الدائنين ، و نخرج أخيرا للحديث عن مدى صحة العقود المتضمنة الوعد بالهبة في القانون الجزائري .

الفرع الأول : الأهلية : قبل حديثنا عن الأهلية في عقد الهبة بشكل خاص فإنه يتوجب علينا توضيح بعض النقاط الهامة والتي لا يكتمل فهمنا لعنصر الأهلية في الهبة إلا ببيانها ، حيث لا بد من بيان المقصود من الأهلية وتدرجها والتطرق للحديث عن تقسيم العقود من حيث الأهلية بشكل مختصر وعليه فإنه:

¹ - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص10.

² - قرار م ع : رقم 58700 المؤرخ في 1990/02/19 ، أشار إليه : حمدي باشا عمر ، في مؤلفه : عقود التبرعات ، مرجع سابق ص11.

أولاً : يقصد بالأهلية الصلاحية ، وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وصحة التصرفات الصادرة منه ، و هي نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء ¹

أما أهلية الوجوب فهي قابلية الإنسان للتمتع بالحقوق وللالتزام بالواجبات ، وأهلية الوجوب تكون ناقصة وتكون كاملة ، فهي كاملة لكل مولود بمجرد ولادته ، وناقصة في الجنين ، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، فلا تلزمه حقوق لغيره ، لكن يثبت له بعض الحقوق كالميراث والوصية ² ، والهبة إذا ولد حيا في التشريع الجزائري كما سنرى .

أما أهلية الأداء فمناطها التمييز والإدراك، ويقصد بها القدرة على استعمال الحقوق، وترتكز أهلية الأداء على التمييز، فتكون كاملة إذا كان التمييز كاملاً، وقاصرة إذا كان التمييز قاصراً، ومعدومة إذا كان التمييز معدوماً ³، وتظهر أهمية التمييز بالنسبة إلى العقود التي يستطيع الإنسان أن يجريها، فالعقود من حيث الأهلية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : العقود النافعة : ويطلق عليها أيضا عقود الاغتناء، وهي العقود النافعة نفعا محضاً، حيث يغتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة للموهوب له والعارية بالنسبة للمستعير ⁴.

*** القسم الثاني : العقود الضارة :** وهي العقود الضارة ضرراً محضاً كعقود التبرع بالنسبة للمتبرع، ومثالها الهبة بالنسبة للواهب ، والعارية بالنسبة للمعير

*** القسم الثالث : العقود الدائرة بين النفع والضرر :** وهي عقود المعاوضة بصورة عامة وهذه العقود نوعين :

أ- **عقود الإدارة :** وهي العقود التي يقصد بها استغلال الشيء واستثماره كعقد الإيجار بالنسبة للمؤجر.

ب- **عقود التصرف :** وهي العقود التي ترد على ملكية العين ذاتها كالبيع والمقايضة ، والهبة بعوض بالنسبة للموهوب له ⁵.

فإن من كانت أهليته كاملة استطاع مباشرة هذه العقود جميعاً، مثلما تنص عليه المادة 40 ق م ج، ومن كانت أهليته ناقصة وهذا مثال الصبي المميز استطاع مباشرة العقود النافعة له نفعا محضاً، أما العقود الضارة به ضرراً محضاً لا يستطيع مباشرتها ، وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر

1- حمزة بن خدة، أثر الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2017 ، ص 136 .

2- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 266.

3- عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات الملقاة على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون، 1936، ص 192

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام، المرجع السابق ص 222.

5- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع سابق ، ص 97.

فتكون موقوفة على إقرار وليه أو وصيه¹، أو على إجازته هو عند بلوغه سن الرشد أو زوال سبب نقص أهليته، أما من كان عديم الأهلية بأن كان مجنونا أو معتوها أو صبيا غير مميز، فلا يستطيع مباشرة أي تصرف قانوني سواء كان نافعا له أو غير ذلك، وإن صدر منه وقع باطلا بطلانا مطلقا ولا تلحقه الإجازة².

ثانيا : الشروط الواجب توفرها في أهلية كل من الواهب والموهوب له : ويجب في هذا الصدد التمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له، والقانون يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع، وهي أقوى من أهلية التصرف، لأنه يقوم بعمل ضار به ضررا محضا، وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف، بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً³.

أ . أهلية الواهب : تنص المادة 203 ق أ ج على أنه : "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً 19 سنة، وغير محجور عليه." ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد اشترط في الواهب أهلية التبرع والتي تكون ب :

1. سلامة العقل : فيجب أن يكون الواهب متمتعاً بكامل قواه العقلية، فلا يكون مجنونا ولا معتوها، ولا سفيها ولا ذا غفلة، فالهبة بالنسبة للواهب كما قلنا من التصرفات الضارة ضرراً محضاً والتي تتطلب أهلية أداء كاملة، فإن صدرت من ناقص أهلية أو عديمها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقاً.

2. بلوغ 19 سنة : وهو سن الرشد المدني⁴، فلا تصح الهبة من القاصر مميزاً كان أو غير مميز، وإن صدرت منه اعتبرت باطلة بطلانا مطلقاً فالهبة تصرف ضار ضرراً محضاً بالتبرع تتطلب أهلية أداء كاملة تطبيقاً لأحكام المواد 82 و 83 من قانون الأسرة الجزائري .

3. أن لا يكون محجوراً عليه : فمن تم الحجر عليه بموجب حكم قضائي لجنون أو عته أو سفاهة لا يستطيع أن يباشر التصرفات القانونية بنفسه – ناهيك عن أن يكون هذا التصرف مفقراً كالهبة-، وتعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة بعد الحكم، وقبله إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها⁵.

وخلاصة ما تقدم أنه إذا توافرت في الواهب أهلية التبرع وفق القانون الجزائري جاز له أن يتبرع بأمواله وعقاراته كيف شاء مالم يكن مديناً أو مريضاً مرض موت كما سنرى لاحقاً.

¹ - يراجع نص المادة 83 ق أ ج.

² - محمد بن أحمد تقيّة ، «دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري» ، المرجع سابق ، ص 97 ..ويراجع في هذا الصدد نصوص المواد 82 و 83 و 86 ق أ ج و المواد 42 و 43 ق م ج .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - يراجع نص المادة 40 ق م ج .

⁵ - يراجع نص المادة 107 ق أ ج .

ومن ناحية فقهية يشترط المالكية في الواهب أهلية التبرع وتوجد عندهم أهلية التبرع كالاتي:

1- أن لا يكون الواهب مجنوناً أو سكراناً أو صغيراً أو سفيهاً ، فإن كان كذلك فإن هبته غير صحيحة .

2- أن لا يكون مديناً بدين مستغرق كل ماله ، فإذا كان كذلك فإن هبته تكون صحيحة ، ولكنها تكون موقوفة على إجازة الدائن ، فإن أجازوها صحت إن رفضوا الإجازة بطلت الهبة.

3- أن لا يكون الواهب مريضاً مرض الموت فيما زاد عن الثلث ، فإذا وهب المريض زيادة عن ثلث ماله انعقدت هبته على إذن الوارث.

4- أن لا يكون الواهب زوجة زادت هبتها على ثلث مالها، فإذا وهبت الزوجة أكثر من ثلث مالها، انعقدت الهبة موقوفة على إذن زوجها¹ ، أما جمهور الفقهاء - في هذه المسألة - فقد قالوا بأن الزوجة يجوز لها أن تتصرف في مالها كيف تشاء وليس للزوج أن يمنعها من ذلك² ، والمشرع قد أخذ برأي الجمهور في هذا ، ذلك لأن النصوص القانونية المقررة في الأهلية عموماً وأهلية الواهب خصوصاً في الأموال التي يكتسبها جاءت عامة دون تفرقة بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة وبين الرجل والمرأة³.

أما الشافعية والحنابلة فيشترطون في الواهب أن يكون مالكا للشيء الموهوب، ومنها ان يكون مطلق التصرف في ماله فلا تصح الهبة من المحجور عليه لصغر أو سفه أو جنون⁴.

ب. أهلية الموهوب له : خفف المشرع من أهلية الموهوب له ، كونه يقوم بعمل نافع له نفعا محضاً . - فيجوز لناقص الأهلية و هذا مثال السفيه أو الصبي المميز قبول الهبة ما لم تكن بعوض ، أما إذا كانت الهبة بعوض فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فيصح قبولها من ناقص الأهلية لكن تبقى موقوفة على إقرار الولي أو الوصي تطبيقاً لمقتضيات المادة 83 ق أ ج.

- أما بالنسبة لفاقد الأهلية بأن كان مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً غير مميز ، فلا يستطيع أن يقبل الهبة بنفسه لكن وليه أو وصيه أو المقدم يتولى قبولها نيابة عنه وفق مقتضيات المادة 81 ق أ ج .

- أما إذا كان الموهوب له موجوداً حكماً بأن كان جنيناً في بطن أمه ، فالمشرع يجيز له الهبة بشرط ان يولد حياً ، وهو ما يستشف من نص المادة 209 ق أ ج ، ويستخلص من هذا أن المشرع الجزائري قد سار على مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن، وعلق ذلك على شرط أن يولد حياً

1- محمد يوسف عمرو ، الميراث والهبة، المرجع السابق ، ص 235.

2 محمد يوسف عمرو ، الميراث والهبة، المرجع نفسه، ص 238 .

3- تشوار حميدو زكية ، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية، المرجع السابق، ص 238.

4- محمد يوسف عمرو ، الميراث والهبة، المرجع نفسه ، ص 235 .

فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب ، وإن ولد حيا ثم مات بعد ولادته كان الموهوب لورثته، ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي¹.

أما بالنسبة لحيازة العقار الموهوب فيتولاها نيابة عن ناقص الأهلية أو فاقدها من ينوب عنه قانونا وفق ما تشير إليه المادة 210 ق أ ج .

- وأما بالنسبة للبالغ الرشيد فله أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد ، حتى وإن كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، وإذا كان غائبا قبلها وكيله ، أو محكوما عليه بعقوبة جنائية قبلها عنه القيم، أو ذو عاهتين قبلها بمعاونة المساعد القضائي²، فإذا كانت بشروط والتزامات وجب إذن المحكمة³.

الفرع الثاني : خلو الإرادة من العيوب : لقيام أي عقد بما في ذلك عقد الهبة لا بد أن يصدر التصرف من ذي أهلية - كما أوضحنا- ولا بد كذلك من سلامة رضا المتعاقدين من عيوب الإرادة ولاسيما إرادة الواهب ، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وينبغي في هذا الصدد التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة ، فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره ، وإرادته تعلقت بمحلها تعلقا حقيقيا ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة ، أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها ، وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحدا من هؤلاء لا يميز ما يفعل وكذلك الإشارة الطائشة تصدر من غير قصد لا تكون إرادة ولو صدرت من شخص عاقل ، ويترتب على هذا التمييز الجوهري : أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود، أو هو عقد باطل، أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله فهو عقد قابل للإبطال⁴.

وبالنسبة لعيوب الإرادة في عقد الهبة فتطبق القواعد العامة المقررة لصحة التراضي فيجب أن يكون عقد الهبة خاليا من أي عيب قد يؤدي إلى إبطال العقد ، وسنتناوله عيوب الإرادة بشكل مختصر كما يلي :

1/ الغلط : الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وهو ما يعيب الإرادة ويجعلها في اتجاه غير الذي أراده صاحبها لو كان على بينة من أمره⁵.

1- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 27.

2- يراجع نص المادة 80 ق م ج.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص106

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص235-236.

5- حمزة بن خدة ، أثر الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص 144.

والمتعاقدين الذي وقع في غلط وقت إبرام العقد ، يجوز له أن يطلب إبطال العقد¹، و يشترط في الغلط أن يكون جوهريا ، و قد يقع الواهب في غلط جوهري إما في شخص الموهوب له، و إما في الشيء الموهوب وإما في القيمة إما في الباعث .

وأبرز غلط قد يقع فيه الواهب ليس في الشخص نفسه بل في صفة هذا الشخص ، كمن يهب عقارا لشخص معتقدا أن بينه وبينه صلة قرابة ، أو كأن يهب شخص أرضا لجمعية يعتقد أن نشاطها خيرى وهي في الحقيقة جمعية لها غايات أخرى تجارية أو سياسية، ويلاحظ أن شخصية الموهوب له في عقد الهبة ذات اعتبار رئيسي في التعاقد ، وتفوق كثيرا في الاعتبارات شخصية المتعاقد في عقود المعاوضة ، ولذلك يكون الغلط في شخص الموهوب له أشد أثرا من الغلط في شخص المشتري².

وقد يقع الغلط في الشيء الموهوب ومثاله أن يهب شخص لآخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية ، وقد يكون الغلط في قيمة المال الموهوب وقد يكون الغلط في الباعث ، كأن يهب شخص أرضا لآخر وهو مريض ويعتقد أنه مرض الموت ثم يشفى من مرضه فيجوز له إبطال الهبة للغلط الجوهري في الباعث³، غير أنه لا يمكن إبطال العقد على وجه فيه الإضرار بالطرف الآخر متى كان حسن النية وفق مقتضيات المادة 85 ق م ج.

2/ التدليس : التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد ، ما كان ليقع فيه لولا الحيل التي استعملها المتعاقد الآخر⁴، فيجوز طلب إبطال الهبة للتدليس طبقا للقواعد العامة ، وأكثر ما يقع التدليس على الواهب من الموهوب له أو باشتراكه مع أجنبي ، فأى طريق من الطرق الاحتيالية يدفع الواهب إلى الهبة يكفي لإفساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو محض الكتمان⁵، كأن يوهب شخص الواهب بالتبرع بعقار لصالح مشروع خيرى وهمي يديره، أو أن يدعي الموهوب له الفقر والحرمان من أجل الحصول على الهبة ، فيمكن للواهب في مثل هذه الأحوال أن يطلب إبطال العقد ، غير أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للواهب المدلس عليه ، أو الموهوب له المدلس عليه في حالة العكس ان كانت الهبة بعوض أن يطالب بإبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفترض أن يعلم بهذا التدليس⁶.

3/ الإكراه : يعرف فقهاء القانون المدني الإكراه على أنه ضغط غير مشروع يقع على إرادة شخص

¹ - تراجع نص المادة 81 ق م ج .

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص107-108.

³ - حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - حمزة بن خدة ، أثر الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص 154 .

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 110 .

⁶ - تراجع نص المادة 87 ق م ج .

فيحدث في نفسه رهبة فيحمله على التعاقد¹.

ويستخلص من نص المادة 88 ق م ج أنه إذا تعاقد شخص مع آخر لإنشاء أي التزام على عاتقه هبة عقار كان أو غيره ، لإحداث أثر قانوني تحت ضغط مادي أو جسماني أو نفسي جعل إرادته مقيدة وغير حرة مختارة بسبب ما أحدثته في نفسه من حالة الخوف و الذعر فاضطر لإبرام العقد لاتقاء شر المكره جاز له أن يطلب إبطال العقد للإكراه².

والإكراه المعيب للإرادة في عقد الهبة يقع غالبا عن طريق النفوذ الأدبي كالنفوذ الأدبي للزوج على زوجته ، و الأب على ابنه ، والرئيس على مرؤوسه ، فيجوز للواهب الذي لم تكن إرادته حرة طبقا للقواعد العامة أن يطالب بإبطال العقد ، غير أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للواهب المكره ، أو الموهوب له المكره في حالة العكس ويتصور هذا في حالة الهبة بعوض ، أن يطلب إبطال العقد ، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان المفروض أن يعلم بهذا الإكراه. وفقا لمقتضيات المادة 89 ق م ج .

4/ الاستغلال : وهو العيب الرابع من عيوب الإرادة الذي قد يفسد رضا أحد المتعاقدين ، أما بالنسبة للغبن فهو المظهر المادي للاستغلال ، ولا يتصور في عقود التبرع فطبيعتها تقضي بوقوع الغبن ابتداءً ففيها يعطي أحد المتعاقدين ولا يأخذ ، ويعد الاستغلال أبرز عيوب الإرادة في الهبة ، فكثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشا بينا أو هوى جامحا ، مثل ذلك أن يتزوج شيخ من فتاة فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه ، وتستكتبه من الهبات المستترة لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وعلى العكس من ذلك قد تتزوج امرأة ثرية من زوج شاب فيستغلها ويبتز أموالها عن طريق الهبات³.

والقانون يرتب للواهب في مثل هذه الحالات دعويين : دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص ، فإذا اختار الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلا لولا هذا الاستغلال ، أما إذا رفع دعوى الإنقاص إذا كان الاستغلال لم يفسد رضائه إلى حد كبير ، وأن الواهب كان يهب دون استغلال بعض المال الموهوب ، اقتصر الإنقاص إلى هذا القدر ، ويجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة ، وإذا اختار الواهب دعوى الإنقاص منذ البداية ، فلا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال الهبة ، وإلا اعتبر قد فصل بأكثر مما طلب منه⁴.

1- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، ص 64 .

2- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع سابق ، ص 135.

3- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص111-112.

4- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق، ص30

ولا بد أن ترفع دعوى الإبطال أو الانقاص خلال سنة من تاريخ إبرام عقد الهبة ، وإلا كانت غير مقبولة وفق مقتضيات المادة 90 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثالث : مدى صحة الهبات الصادرة بقصد الإضرار بالورثة أو الدائنين :

بعد حديثنا عن أركان الهبة وشروط صحتها المتمثلة في الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، فإنه قد تصدر هبات مستوفية للأركان والشروط السابقة¹ ، غير أنها تصدر بقصد الإضرار بالوارث أو الدائن ، ولا يشترط أن يكون سوء النية و القصد بالاضرار موجودا وإنما يكفي صدور الهبات في ظروف معينة يستشف منها هذا القصد ، فسوء النية فيها مفترض ، وهو ما يجعلنا نتساءل عن حكم القانون والفقه فيها ، ومدى صحة ونفاذ هذه التصرفات ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه ، والأمر يخص كلا من الهبة في مرض الموت (1) ، والهبة لوارث مع الاحتفاظ بالحياة (2) - وهبة المدين المعسر (3) و سنتناولها تباعا :

أولا : الهبة في مرض الموت : المشرع الجزائري لم يأت بتنظيم دقيق لأحكام تصرفات المريض مرض الموت ولم يبين شروطه ولا المقصود منه ، بل اكتفى بإيراد بعض أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني وقانون الأسرة ، الأمر الذي يجعلنا نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 1 من القانون المدني والمادة 222 من ق أ ج ، وعليه :

فقد قرر الفقهاء المسلمون أن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت، الدائنون ليستوفوا ديونهم ، والورثة ليسلم لهم حقهم في الثلثين ، ولكيلا يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله فقد فرض الله الفرائض وقسم الموارث بقسمته العادلة ، لهذا كان المريض ممنوعا من كل تصرف يؤدي إلى الإضرار بالدائنين أو الورثة، وقد اختلفت تعاريف الفقهاء لمرض الموت إلا أن لهم معنى لا يختلفون فيه ، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران أحدهما : أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا ، وثانيهما ، أن يموت الشخص بالفعل².

ولقد ذهب رأي من الفقه إلى أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت - وهذه جزئية هامة كون أن هناك حالات تأخذ نفس حكم مرض الموت لهذه الجزئية وهي خوف الموت واستشعار قرب الهلاك - ، ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن ، هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد³.

1- باستثناء حالة التصرف لوارث بالهبة مع الاحتفاظ بالحياة ، فهي مستوفية لكل أركان عقد الهبة باستثناء ركن الحياة..

2 - محمد أبو زهرة ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 298-299 .

3- يحي بن يحي ، تصرفات المريض مرض الموت بين الإجازة والمنع في مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014/2015، ص 06

وبناء على ما سبق يستفاد أنه ليعتبر المريض مرض موت يتطلب الأمر ثلاث شروط هي :
أن يُقعد المريض عن قضاء مصالحه ، وأن يغلب في المرض الموت ، وأن ينتهي بالموت فعلا ،
والفقهاء قد حددوا المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة ، فإذا مات بعد سنة كان في حكم
الأصحاء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة ¹ .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع قد نص على الهبة في حال مرض الموت بصفة
خاصة في المادة 204 من ق أ ج ، وبصفة عامة عند حديثه عن التصرفات التبرعية الصادرة
في حالة مرض الموت بموجب المادة 776 من ق م ج ، فنص المشرع في المادة 204 ق أ ج على
أنه : " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية " . ونفس الحكم تضمنته
المادة 776 من ق م ج بنصها على أنه : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض
الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضاف إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت
التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف " . ، ويستفاد من نص هاتين المادتين أنه :

1/ اعتبر المشرع التصرف بالهبة في حال مرض الموت باطلا ، وليس للأمر علاقة بالأهلية،
فالمريض مرض الموت لا يفقد التمييز والإدراك الذين تركز عليهما أهلية الأداء ² ، ولو كان للأمر
علاقة بالأهلية لأعدم المشرع التصرف كله ولم ينص على سريان حكم الوصية عليه ، فالوصية
تصرف تبرعي تتطلب أهلية أداء كاملة – كما أوضحناه - ، وإنما سبب إبطال المشرع للهبة حسب
تقديرنا المتواضع يرجع للبائع والمحل ، فالبائع غير مشروع في هذه الحالة ، لافتراض
قصد الإضرار بالورثة أو الدائنين بحرمانهم من حقوقهم أو تفضيل بعضهم على بعض ، ومثاله
أن يهب الأب المريض مرض الموت جميع أمواله لأبنائه الذكور قصد حرمان بناته من الميراث ،
وللمحل ، إذ أن المريض تحت هذه الظروف وفي تلك الفترة القصيرة بين مرضه وموته
يخرج المال من التركة والذي قلنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون تعلقه بحق الوارث والدائن.
وتجدر الإشارة إلى أن الهبة تبطل إذا مات الشخص بعد مرضه بتوفر الشروط المذكورة ،
أما إذا شفي المريض فهبته صحيحة ، غير أنه يمكنه طلب إبطالها لغلطه في البائع
وهو اعتقاده أنه كان في حالة مرض الموت .

2/ المشرع الجزائري من ناحية قانونية بنصه على أنه تسري على عقد الهبة في حال مرض الموت
أحكام الوصية ، يكون بذلك قد طبق نظرية تحول العقد ³ ، وقد يقال هنا أن الوصية ليست عقدا فهي
تصرف بإرادة منفردة ، فتجيب الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر ق م ج على ذلك بنصها على أنه :
" ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء أحكام القبول " . ، فإذن عقد

1- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 22.

2- هذا كأصل عام ، إلا أنه هناك بعض الأمراض قد تفقد المريض التمييز فتتقص أهليته أو قد تعدها .

3- تنص المادة 105 من ق م ج على أنه : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا
باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

الهبة الباطل لعدم مشروعية الباعث المفترض فيه قصد الإضرار والمحل ، يشكل في حقيقة الأمر وصية فلذلك تسري عليه أحكامها ، وقد يقال أنه إذا كان الباعث غير مشروع في عقد الهبة والمحل كذلك ، فإن نفس الحكم يسري على الوصية فتصبح باطلة لعدم مشروعية الباعث والمحل ، فيجاء على هذا بأن الوصية في حال مرض الموت تعتبر صحيحة ومحلها مشروع فالمرضى مرض الموت قلنا أنه لا يفقد الأهلية وتصرفه منطوي على التصرف في المال لما بعد الموت وهو مالا يتم الا بوصية ، ويزول عنها افتراض قصد الإضرار بالورثة والدائنين لثلاثة أسباب :

- 1- لا تنفذ الوصية إلا في حدود ثلث التركة ، (حسب مقتضيات المادة 185 ق أ ج)
- 2- وفاء حقوق الدائنين مقدم على تنفيذ الوصية (حسب مقتضيات المادة 180 ق أ ج .)
- 3- أنه لا وصية لوارث . (حسب مقتضيات المادة 189 ق أ ج .)

وقد استقر القضاء الجزائي على هذا الموقف بإقراره اعتبار الهبة الصادرة عن الواهب في مرض الموت أو الحالات المخيفة وصية وعدم جواز إبطال التصرف نهائيا بإعدامه ، وأكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2002/02/24 والذي جاء فيه : ((إن القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ، ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون .))¹

3/ نص المشرع على أنه تعتبر الهبة في حال مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية ، ويستفاد من هذا أن المشرع يعطي للتصرفات الصادرة في بعض الحالات نفس حكم تصرفات المريض مرض الموت حتى وإن صدرت من أشخاص أصحاء ، وهذا لاشتراكها في نفس العلة وهي خوف الموت كما أشرنا إليه سابقا واستشعار قرب الهلاك ، كالمُقَدَّم للقتل وراكب البحر المضطرب ، والمقدم على معركة حربية ... ، فلو أصدر أحدهم هبة اعتبرت باطلة ويسري عليها حكم الوصية .

وأخيرا بالنسبة لإثبات مرض الموت فهو واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها البينة و القرائن ، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه ، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم - هبة عقار كان أو هبة شيء آخر غيره - بأنه صدر في مرض الموت أن يثبتوا ذلك بكل الطرق².

ثانيا : التصرف لوارث بهبة الرقبة مع الاحتفاظ بالحياة : قد يلجأ بعض المواطنين إلى مكاتب التوثيق ملتزمين إبرام عقد هبة عقارات معينة ، إلا أنهم يشترطون الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا مما قد يعود عليهم هذا التصرف من ضرر ، ويعرض مستقبلهم للخطر بسبب إقدامهم

1- قرار المحكمة العليا : ملف رقم : 229397 بتاريخ : 2002/02/24 ، أشارت إليه : شيخ نسيم في مؤلفها : أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، مرجع سابق ، هامش : ص 58 .

2 - محمد بن أحمد تقي ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع سابق ، ص 122.

على التخلي عن أملاكهم دون مقابل لفائدة غيرهم ، وعليه من باب الاحتراز يلتمسون من الموثق إدراج الشرط ¹ .

والواهب (المتصرف) في هذه الحالة يحتفظ بحيازة الشيء الموهوب ، وينقل حق الملكية للطرف الآخر منقوصا ، فلا يخوله استغلال الشيء ولا استعماله طيلة حياة الواهب ، ولا يمكنه من قبضه لذلك يعد عقد الهبة باطلا هنا لان من أركان عقد الهبة الحيازة وفق ما تنص عليه المادة 206 ق أ.ج.

وقد عالج قانون المدني هذه المسألة في المادة 777 منه بنصه على أنه : " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك . " ، ويستفاد من هذا النص أنه حتى تبطل الهبة ويسري عليها أحكام الوصية يتطلب الأمر ثلاث شروط وهي :

1- أن يتصرف في الشيء الموهوب إلى أحد ورثته .

2- أن يحتفظ المتصرف بحيازة الشيء المتصرف فيه .

3- أن يُبقي حق الانتفاع بالشيء لنفسه مدة حياته .

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للورثة الطعن في هذا التصرف من أجل ابطال الهبة والمطالبة بإخضاعها لحكم الوصية ، فتصبح الوصية لوارث وبالتالي لا تنفذ إلا إذا أجازوها ، ولهم أن يثبتوا ذلك بكل الطرق .

والمشرع الجزائري في هذا أخذ بأحكام الفقه الإسلامي ، فهبة الرقبة دون حق الانتفاع ليست إلا من قبيل استصحاب المال في الحياة والتصرف فيه لما بعد الموت وهو مالا يجوز إلا بوصية ، فتكون هبة الرقبة باطلة لمحلها وسببها وانعدام الحوز فيها وإن صحت وصية ، ذلك لأن نتيجتها مخالفة فرائض الله في الموارث وما تنطوي عليه من تحايل على أحكام الوصية ² .

ثالثا : هبة المدين المعسر : والمدين المعسر هو المدين الذي لا تكفي ذمته المالية للوفاء بديونه ، وأي تصرف تبرعي يصدر منه في حالة إعساره بما فيه الهبة لا ينفذ في حق الدائن ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا كأن يهب المدين المعسر عقارا بقصد إخراجه من الضمان العام حتى لا يستطيع الدائنون التنفيذ عليه .

وقد أجاز القانون للدائنين الطعن في تصرف مدينهم بالهبة في حال إعساره بتوفر شروط معينة عن طريق الدعوى البولصية ³ ، حتى لا ينفذ التصرف في حقهم ، ذلك أن حق الدائن في استيفاء الدين ، أولى من حق المتبرع له الذي يتلقاه دون مقابل .

¹ - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 20 .

² - إدريس قيطوني مهدي ، عبد العزيز وصفي ، نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية ، المجلد : 2 ، العدد 12 ، 2020 ، ص 45

³ - وهي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بدائنيه ، وتنسب لبريتور روماني يسمى بولص ، لذلك يطلق عليها الدعوى البولصية .

والهدف من الطعن في هبة العقار الصادرة من المدين المعسر هو عدم نفاذ هذه الهبة في حق الدائن ، فهي إذن ليست دعوى بطلان ، ويترتب على ذلك عدم بطلان الهبة بل هي صحيحة ، ولكنه يترتب على الطعن فيها بالدعوى البولصية عدم الاعتداد بها في مواجهة الدائن أو الدائنين ، فيعود العقار الموهوب إلى الضمان العام للمدين المعسر (الواهب) ، ويقوم الدائنون بالتنفيذ على هذا المال بإجراءات التنفيذ المعتادة ¹ ، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ : 2013/11/13 حيث جاء فيه : ((عقد الهبة المحرر من الزوج الواهب إلى زوجته بعد حلول أجل الدين المنصب على عقار داخل في أصول المدين الضامنة للوفاء بالدين يعد تصرفا ضارا بالدائن يحق له المطالبة بعدم نفاذه .)) ².

الفرع الرابع : مدى صحة عقود الوعد بالهبة المنصبة على العقار :

بالنسبة للوعد بالهبة، فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يأت بنص خاص ينظمه أو يبين حكمه ، وعلى خلاف ذلك نجد أن التقنين المدني المصري في المادة 490 منه ينص على عدم انعقاد الوعد بالهبة إلا بورقة رسمية ³، ويستفاد من هذا أن القانون المصري يجيز الوعد بالهبة بشروط معينة ، وعليه بما أن المشرع لم يأت بنص خاص في قانون الأسرة فهذا يحيلنا الى القانون المدني وتطبيق القواعد المقررة للوعد بالتعاقد بوجه عام على الوعد بإبرام عقد الهبة ، لأنه لا يوجد نص قانوني يمنع من ذلك ، مثلما نجد في بعض التشريعات العربية التي تمنع إبرام عقود الوعد بالهبة على غرار القانون الأردني وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة .

وبالرجوع لنص المادة 71 ق م ج نجدها تنص على أنه : " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها .

وإذا اشترط القانون استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد. " وتضيف المادة 72 من ق م ج : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل بوعده وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة ، قام الحكم مقام العقد . " ، ويستفاد من نص هاتين المادتين أنه لإبرام عقد الوعد بهبة العقار يتطلب القانون أربعة شروط هي :

1- لا بد من تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد الهبة الموعود إبرامه ، وذلك بتعيين العقار الموعود بهبته تعيينا كافيا نافيا للجهالة ، وتعيين الالتزامات التي ستفرض على الموعود له إن كان الوعد

1- بقعة عبد الحفيظ ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، بتصرف ، ص 51. ، و لتفصيل أكثر يرجع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني المادة 191 وما يليها.

2- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم : 0799759 ، بتاريخ : 2013/11/13، مجلة المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، العدد : 02، 2013 ، ص 311.

3- عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في القانون المدني، ج5، المرجع السابق، ص 36 .

منصبا على هبة بعوض ، وغيرها من المسائل الهامة في العقد التي يرى المتعاقدين أنها ضرورية.

2- لا بد من تعيين المدة التي يجب إبرام العقد فيها ، فيعطي الواعد مدة للموعد له لقبول الوعد أو رفضه ، فإن قبل الموعد له فعليهما الاتفاق على المدة التي ينفذ فيها الوعد .

3- لا بد أن يكون العقار الموعد بهبته في حيازة الموعد له ، كأن يكون في حيازته بموجب عقد إيجار أو عارية أو نحو ذلك ، ولا يشترط هذا في الحالات التي يجوز فيها الاستغناء عن الحيازة المذكورة في المادة 208 ق أ ج ، كأن يكون العقار الموعد بهبته مشاعا ، أو أن يكون الواعد زوج الموعد له بالهبة أو وليه ¹ .

4- لا بد أن ينصب الوعد بهبة العقار في قالب رسمي كون أن الرسمية ركن في عقد هبة العقار، والقانون يشترط لصحة الوعد بالعقد أن يستوفي الشكل المطلوب للعقد المراد إبرامه .

وعليه إذا استوفى عقد الوعد بالهبة الشروط السابقة انعقد الوعد ، ولكن الوعد لا يرتب إلا حقوقا شخصية في ذمة الواعد لصالح الموعد له ، وبالتالي إذا نكل الواعد بوعده بهبة العقار وقام مثلا بالتصرف فيه للغير ، فهذا ليس للموعد له إلا الرجوع على الواعد لمطالبته بجبر الأضرار اللاحقة به نتيجة مخالفته ونقضه لوعده ، والموعد له ليس له أي سلطة على العقار فحقه شخصي وليس عيني ²، ولكن بالرغم من وضوح الطبيعة القانونية لهذا الحق باعتباره حقا شخصيا لا يلحق إطلاقا بالحق العيني العقاري الذي كان موضوعه فقط ، إلا أن المشرع قد أعطى للقضاء بموجب المادة 72 من ق م ج سلطة إحلال الحكم مقام العقد في حالة نكل الواعد من إتمام إجراءات تحقيق الوعد بالهبة ، وهذا الخلط من جانب المشرع، دفع بالجانب العملي إلى إخضاع هذا الحق الشخصي أي الوعد المنصب على عقار إلى وجوب تسجيله وشهره في المحافظة العقارية ، بالرغم من أنه مجرد حق شخصي لا ينقل الملكية ، وأن الالتزامات الناجمة عنه ما هي إلا التزامات وحقوق شخصية في حدود الذمة المالية للمتعاقدين دون أن تتعداها إلى العقار ³ .

1- بالنسبة إلى ما إذا كان الواعد بهبة العقار هو ولي الموعد له ، فله أن يتراجع في وعده حتى وإن توفرت جميع الشروط المذكورة، فالقانون يخول له الرجوع في الهبة حتى وإن تمت إلا في حالات استثنائية (سنتناولها لاحقا) ، أما بالنسبة للحيازة فإنها إذا لم تتوفر في عقد الوعد بالهبة - في غير الحالات التي يجوز فيها الاستغناء عنها - فلا التزام على الواعد كون أن القبض ركن في عقد الهبة والقانون يشترط في صحة الوعد توفر جميع شروط وركان العقد المراد إبرامه .

2- ومؤدى هذا أنه لو نكل الواعد بوعده وقام مثلا ببيع العقار الموعد بهبته ، فيمكن للمشتري أي المالك الجديد للعقار مطالبة الموعد له بإخلاء العقار إن كان في حيازته على أساس شغل الملك دون حق .

3- نسيم بلحو، أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق، مجلة الاستاذ الباحث، العدد 2017، ص 08، ص 316.

وفي ختام هذا الفصل يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض ، وقد أخذ هذا التعريف عن المذهب المالكي ، وكَيّف المشرع الهبة على أنها عقد من العقود ، واشترط في هبة العقار توفر الأركان العامة لكل عقد وهي التراضي والمحل والسبب ، بالإضافة إلى ركني الشكلية والحيازة ، كما اشترط الأهلية ، وتشدد في أهلية الواهب كونه يقوم بعمل ضار به ضررا محضا فتطلب أهلية أداء كاملة ، بينما خفف المشرع من أهلية الموهوب له كونه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا ، وذلك مالم تكن الهبة بعوض ، كما اشترط المشرع خلو ارادة المتعاقدين من العيوب وبالأخص إرادة الواهب ، فلا بد أن تصدر هبة العقار منه بإرادة سليمة خالية من أي غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

والمشرع الجزائري حماية لورثة الواهب ودائنيه من الانعكاسات والآثار الخطيرة التي قد تنجم عن الهبة أخضع الهبات الصادرة في مرض الموت لحكم الوصية ونفس الحكم بالنسبة للتصرف لو ارتت بالهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة وحق الانتفاع ، أما بالنسبة للهبة الصادرة من المدين المعسر فقد أقر المشرع بصحتها ، لكنه أعطى للدائنين الحق في الطعن فيها بالدعوى البولصية وذلك حتى لا تنفذ في مواجهتهم وبالتالي أعطاهم المشرع الحق في التنفيذ على العقار الموهوب وذلك لاستيفاء ديونهم .

أما بالنسبة للوعد بهبة العقار فلم يورد المشرع الجزائري نصا خاصا بشأنه ، لكن تطبيقا للقواعد الهبة فإنه يمكن للموثق إبرام عقد الوعد بالهبة وذلك لأن الاصل هو اختصاص هذا الأخير بإبرام العقود الارادية ولعدم وجود نص قانوني يمنع من ذلك .

الفصل الثاني :

آثار انتقال الملكية

العقارية بالهبة

بعد تحديدنا لمفهوم عقد الهبة الناقل للملكية العقارية، وإبرازنا أحكام انعقاده وشروط صحته ونفاذه في الفصل الأول، يستلزم بنا الأمر في هذا الفصل الحديث عن الآثار المترتبة عن هذا العقد وذلك ببيان الالتزامات التي تترتب عن عقد هبة العقار وقبل ذلك التطرق للحديث عن إجراءات انتقال الملكية العقارية هذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني فقد خصصناه لأحكام الرجوع في هبة العقار والقيود الواردة عليه والآثار المترتبة عنه .

المبحث الأول : إجراءات انتقال الملكية العقارية والالتزامات المترتبة عن عقد الهبة

يتطلب عقد الهبة الناقل للملكية العقارية استيفاء مجموعة من الإجراءات و الشروط الشكلية والمتعلقة بتوثيق العقد وتسجيله وشهره سنحاول التطرق للحديث عنها في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنعالج فيه الالتزامات المترتبة عن عقد الهبة .

المطلب الأول : إجراءات انتقال الملكية العقارية بالهبة :

سبق وقلنا أن القانون يشترط الرسمية في عقد هبة العقار ، فلا بد إذن من احترام الشروط والاجراءات الشكلية حتى يستوفي العقد ركن الشكل وتنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين وبين الغير، وللحديث عن اجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الهبة قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نتناول في الفرع الأول توثيق عقد الهبة الناقل للملكية العقارية ، و في الفرع الثاني تسجيل العقد وفي الفرع الثالث شهر العقد .

الفرع الأول : توثيق عقد هبة العقار :

قبل حديثنا عن توثيق عقد الهبة واجراءاته لا بأس أن نبين مدلول و المقصود بالتوثيق والعقد الرسمي أو ما يعرف بالعقد التوثيقي .

فالتوثيق في اللغة مصدره وثق الشيء توثيقاً أي أحكمه ،وتأتي مادة وثق في لغة العرب على معان تقارب هذا المعنى كالقوة والشد والربط والانتمان ومنه قوله تعالى : ((فَشَدُّوا الوثَاق)) [سورة محمد : 04]¹.

أما التوثيق من ناحية قانونية فحاول بعض شراح القانون ذكر تعريفات له لكن باعتباره مهنة لا علما ، كقول بعضهم : يقصد بالتوثيق إثبات أو تحرير أو ضبط أو إفراغ أو نقل المحررات في الدفاتر المعدة لذلك المشتملة على التصرفات والعقود التي يحررها الموثقون وهم الموظفون المختصون لتحريرها وضبطها².

1- ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، 1414 هـ ، ج 10 ، ص 37.

2-يوسف عسلمي و الأخضر الأخضر ، توثيق العقود بين الشريعة والقانون الجزائري -عقد الهبة أنموذجا - ، مجلة الإحياء ، المجلد : 10 ، العدد : 29 ، أكتوبر سنة 2021 ، ص 219 .

أما بالنسبة للوثيقة أو العقد الرسمي فقد عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري بقوله : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطاته واختصاصه . " ، وتضيف المادة 324 مكرر ق م ج أنه : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني . " ، والمستفاد من النصين السابقين أن الوثيقة تكتسي الصفة الرسمية أو الحجية بشرطين : أولهما أن يحررها شخص مختص بهذا الشأن وهو الموثق في هذه الحالة ، وأن تحرر الوثيقة وفقا للأشكال القانونية التي نص عليها القانون الجزائري .

والمشرع الجزائري لا يرى في الأصل كتابة العقد في وثيقة رسمية من الأمور اللازمة في العقود الرضائية ، بل مجرد حصول التراضي بين الطرفين يؤدي الى تمام العقد وترتيب آثاره¹ ، باستثناء بعض العقود التي ألزم كتابتها وتوثيقها وإفراغها في شكل رسمي من بينها جميع العقود الواردة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية بما في ذلك عقد الهبة ، وفي ذلك تنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج على أنه : " 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 ... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد . " ، والمستفاد من هذا النص أنه لا بد من صبب العقود الناقلة للملكية العقارية في قالب رسمي تحت طائلة بطلانها وأكدت على هذا المادة 206 من ق أ ج سالف الذكر والتي تعتبر الشكل ركنا في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية .

وبالنسبة لإجراءات توثيق عقد الهبة فهو من اختصاص الموثق كونه عقد رسمي، فتتص المادة 03 من القانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق² على أنه : " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وفي العقود التي يرغب الأشخاص إعطاؤها هذه الصبغة . " ، فتقوم مكاتب التوثيق إذن بتوثيق العقود الرسمية بما في ذلك عقد هبة العقار بعد دفع الرسم المستحق ، ويجب على الموثق التثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، ولا يجوز التوثيق في هذه الحالة إلا بحضور شاهدين³ يوقعان عقد الهبة تحت طائلة البطلان⁴ ، وعلى الموثق قبل توقيع المتعاقدين أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد وأن يبين لهما الأثر المترتب عليه وله رفض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الأهلية والرضاء لدى

1- يوسف عسلي و الأخضر الأخضر ، توثيق العقود بين الشريعة والقانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 221.

2- قانون رقم 02/06

3- وهم شهود العقد (شهود العدل) وهم الشهود الذين يساهمون في إنشاء العقد في العقود الاحتفائية كالوصية والهبة والوقف ، ويجب أن يكون الشهود كامل الأهلية ولا صالح لهما في الهبة ولا تربطهما بالموثق او بالمتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة . انظر: حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 15 .

4- تنص المادة 324 مكرر 3 ق م ج على أنه : " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين . "

المتعاقدين ، أو إن كانت الهبة ظاهرة البطلان ¹.

ويجب أن يتضمن العقد الرسمي الذي يحرره الموثق جميع العناصر الجوهرية في الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له ، كما يبين فيه طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الامكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية ².

وإذا تمت الهبة بواسطة وكيل فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يجاوز حدود الوكالة، لأن الوكالة في الهبة – كما أشرنا إليه سابقا – إذا كانت فهي وكالة خاصة ، يجب أن يتوفر فيها الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ³ ،

وعليه يمكن تجسيد وظيفة التوثيق في النقاط التالية :

1- اعتبار المشرع توثيق عقد هبة العقار ركنا ركينا من أركان ذات العقد تحت طائلة بطلانه في حال إغفال إفراغه في قالب رسمي ، فضلا عن اعتباره سنداً تنفيذياً يغني الموهوب له من رفع دعوى صحة التعاقد .

2- إلزام الرسمية في عقد هبة العقار تنبيه لأطراف العقد على خطورة الإقبال على إبرامه، ولا سيما الواهب الواجب عليه التفكير والتأني في آثار الهبة قبل مضيه لإبرام العقد .

3- حجية و نفاذ عقد الهبة بين أطرافه والغير عبر كامل التراب الوطني مالم يثبت تزويره .

4- ترتيب التزامات شخصية بين أطراف عقد هبة العقار ابتداءً من تاريخ توقيعه ، بخلاف ملكيته التي لا تنتقل إلا بعد شهر العقد في المحافظة العقارية المختصة ⁴.

وتوثيق عقد الهبة من الناحية العملية ليس بتلك السهولة التي يظهر عليها ، فهناك الكثير من الاشكالات والعقبات التي يمكن أن تعرقل أو تحول دون إبرام العقد من بينها: ما تطرحه السندات القديمة بخصوص مسألة هوية المتعاقدين فكثيرا ما يجدها المحرر غير دقيقة ، كذلك عدم تطابق تعيين العقار الموهوب بين سند الملكية والواقع فيجد محرر العقد نفسه مجبرا على إرشاد الأطراف المتعاقدين إلى تصحيح الوضعية إداريا أو تقنيا ، وقد تطول، ولربما أدى ذلك إلى ضياع حقوق المتعاقدين سيما الموهوب له لإمكانية بطلان العقد بسبب وفاة أحد المتعاقدين باعتبار أن الملكية

¹- كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص 160.

²- يراجع نص المادة 324 مكرر 4 ق م ج .

³- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 206 .

⁴- عبد الرحمن خلادي، إشكالات توثيق عقد هبة العقار في التشريع الجزائري ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، العدد : 04 ، جوان 2016 ، ص 279.

لا تنتقل إلى الموهوب له إلا بعد تمام توثيق العقد وتسجيله وشهره¹.

وعليه إذا تم تحرير العقد وكتابته كتابة رسمية، تأتي المرحلة الثانية من مراحل الاجراءات الشكلية وهي مرحلة تسجيل العقد وسنتحدث عليها في الفرع الموالي ، أما إذا لم يتم توثيق العقد وصبه في محرر رسمي كأن يحضر على الشكل العرفي فإن مآله البطلان لا محال ، وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/04/20 حيث جاء فيه : (من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة مخالف للمادة 206 ق أ ج .)².

الفرع الثاني : تسجيل عقد الهبة الناقل للملكية العقارية :

بعد اتمام إجراءات توثيق المحرر الرسمي لعقد هبة العقار أمام الموثق المكلف بالتوثيق قانونا، فإنه يجب على هذا الأخير القيام بعملية تسجيل هذا المحرر على مستوى هيئة مختصة بذلك بهدف تحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية³.

والتسجيل يقصد به ذلك الاجراء الذي يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة ، وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة⁴، فالتسجيل بذلك هو وظيفة مالية تتمثل في تحصيل الدولة للجانب لضريبي لصالح الخزينة العامة .

فالموثق إذن يقوم بتسجيل عقد الهبة امتدادا لمهامه كضابط عمومي لحساب الخزينة العمومية، مسددا رسوم تسجيلها، وفي هذا الصدد عليه أن يثبت إنجاز هذه العملية في عقده ولو كانت بالمجان، على أن يقوم هؤلاء الضباط العموميون بتسجيل العقود المحررة لدى مصالح التسجيل التابع لها مكتب الموثق إقليميا وعند الاقتضاء بمكتب الولاية⁵، ويتوجب تسجيل عقود الموثقين في أجل شهر واحد من تاريخ تحريرها ، ويتعلق الأمر بالعقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حق انتفاع تحت طائلة العقوبات التأديبية التي يمكن أن تطبقها السلطات المختصة⁶.

وتلعب عملية تسجيل العقود بما في ذلك عقد الهبة إتمام وظيفتين : أولاها مراقبة الإدارة للعقود شكلا ، وثانيها تحصيل الرسوم الضريبية على العقود ، وانطلاقا من ذلك يضطلع الموثق بمهمة تحصيل الرسوم المطلوبة قانونا على عقد هبة العقار لفائدة الخزينة العمومية بوصفه جابيا للضريبة

1- لتفاصيل أكثر يراجع مقال لـ : عبد الرحمان خلادي، إشكالات توثيق عقد هبة العقار ، المرجع السابق. ص 270 وما يليها.

2- قرار رقم : 45371 الصادر بتاريخ : 1987/04/20 ، (غير منشور)، أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه : عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 13.

3- جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري، المرجع السابق، ص 52.

4- دوة آسيا و رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومة للنشر ، الجزائر، 2008، ص 18 .

5- يراجع نص المادة 75 من قانون التسجيل .

6- يراجع نص المادة 58 من قانون التسجيل .

وعونا للإدارة مكلف بنص القانون¹.

وتخضع الهبات في الأصل العام لرسم بنسبة 05 بالمئة بدون تطبيق التخفيض ، غير أن بعض الهبات معفية من رسم التسجيل من بينها الهبات الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى، وبين الأزواج ، وكذلك الهبات المقدمة إلى المؤسسات العمومية الخيرية ما عدا تلك المشار إليها في المادة 301 من قانون التسجيل ، وكذلك الهبات المقدمة إلى الجمعيات الثقافية ...².

وأخيرا فإن مفتشية التسجيل والطابع هي المصلحة التي تقوم على عملية التسجيل المرتبطة بالتصرفات بالأموال العقارية ، فيتم بها تسجيل عقد الهبة الناقل للملكية العقارية، وهذا كله بعد احترام القواعد والشروط الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة لعملية التسجيل³.

الفرع الثالث : شهر عقد الهبة الناقل للملكية العقارية :

اعتمدت أغلب تشريعات العالم على نظام الشهر العقاري ، فهو يعتبر من أهم الأسباب التي تدعم الملكية العقارية لما يحققه من مرونة وائتمان في مجال المعاملات العقارية ، والشهر العقاري في نظامه الشخصي والعيني⁴، يدل على إعلان الحقوق العقارية وذلك من خلال إثبات التصرفات التي تقع على هذه الحقوق في سجلات علنية يسهل على كل شخص الاطلاع على محتوياتها وأخذ إفادات لما جاء فيها من بيانات ، فالشهر العقاري وسيلة وضعها القانون في متناول الدولة لإعلام الأشخاص ، وهذه الوسيلة تتكون من مجموع الاجراءات القانونية التي تبين الوصف المادي للعقارات من جهة وذلك من خلال الشكل والحدود والقياسات المادية التي تستدعي عموما عملية مسح الأراضي ، ومن جهة أخرى تبين الوصف القانوني لهذه الأخيرة وذلك من خلال تسجيل الحقوق الواردة على العقارات في السجلات العقارية⁵ ، فنظام الشهر يهدف عموما إلى تنظيم هوية

1- بغني شريف ، حقوق التسجيل المطبقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة ، جامعة الجلفة، العدد : 07، 2020 ص 139 .

2- بغني شريف، المرجع نفسه ، ص 140.

3- لتفاصيل أكثر حول عملية تسجيل العقارات وشروطه واجراءاته والجهات المختصة ، يراجع : جميلة زايدي ، إجراءات انتقال الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 52 وما بعدها .

4- أخذت جل الدول بنظام الشهر العقاري ، لكنها لم تسلك في ذلك نفس السبل ، مما أدى إلى ظهور نظامين للشهر العقاري ، نظام يكون الشهر فيه طبقا لأسماء الأشخاص من ملاك وأصحاب حقوق عينية، فالعقارات في هذا النظام لا تعرف بأرقامها ومواقعها وإنما بأسماء ملاكها ، غير أن هذا النظام كان قاصرا عن تحقيق حلول فعالة للمشاكل العقارية ، فجاء بعد هذا النظام نظام الشهر العيني هذا النظام يركز في شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها ، فهو ينظم المعاملات العقارية عن طريق تسجيل جميع التصرفات و الوقائع القانونية المنصبة على حق عقاري، سواء كان أصليا أو تبعا، في سجل خاص يعرف بالسجل العقاري لتمكين الجمهور من الاطلاع عليه، و يتولى تسييره هيئة إدارية مختصة تعرف بالمحافظة العقارية ، وقد وجدت جل التشريعات ضالتها في ظل هذا النظام لما يحققه من استقرار في المعاملات العقارية ، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النظام وذلك بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. انظر : بلحوسنسيم ، أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 314 ..

5- عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائري ، المرجع السابق ، ص 154.

لكل عقار تشبه إلى حد كبير لبطاقة الحالة المدنية للأشخاص .

والشهر في ظل نظام الشهر العيني له أهمية بالغة في مجال الحقوق العقارية، إذ لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول هذه الحقوق إلا من تاريخ شهرها ، ولا ينتج عن التصرفات العقارية التي لم تشهر سوى التزامات بين أطراف العقد متى استوفى هذا الأخير الشكالية المطلوبة لانعقاده¹، وفي ذلك تنص المادة 793 ق م ج على أنه : " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار . " ، كما تنص المادة 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه : " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى فيما بين المتعاقدين إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية . " .

والمستفاد من النصين السابقين أن عقد هبة العقار لا ينتج أثره العيني الناقل للملكية إلا بعد شهره، وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه وأكدت عليه في كثير من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ 2018-01-11 حيث جاء فيه : (شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية).² ، وبالتالي فإن شهر العقود الناقلة للملكية العقارية أمر مؤكد عليه قانوناً وقضاءً .

ولكن من ناحية عملية قد يحدث وأن يقوم شخص بإصدار عقد هبة عقار لكنه لا يقوم بمتابعة إجراءات شهره ، أو أن عملية شهره لم تتم بعد ، ثم يصدر بعد ذلك عقد هبة آخر مشهر على نفس العقار يستفيد منه شخص آخر غير الموهوب له الأول ، فهنا في هذه الحالة إلى من تنتقل الملكية و ما مصير العقد غير المشهر؟ ونجيب على ذلك بأن مثل هذه التصرفات تقع أحيانا من ناحية عملية ، وقد عرضت مثل هذه الحالة على القضاء ووصل النزاع للمحكمة العليا فقررت في هذا في قرارها الصادر بتاريخ 2014-05-15 أنه : (تنتقل ملكية العقار الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بعقد الهبة المشهر، أما بالنسبة لعقد الهبة غير المشهر فهو عقد صحيح يرتب جميع آثاره القانونية وينشئ في ذمة الواهب التزاما شخصيا بتنفيذه عينا ، وبالتالي فإنه يحق للدائن الموهوب له في الهبة غير المشهرة الرجوع على المدين الواهب لتنفيذ الالتزام بمقابل بعد استحالة تنفيذ الالتزام عينا .)³ ، والمستفاد من هذا أن الملكية لا تنتقل بمجرد كتابة العقد كتابة رسمية ، والعبرة في انتقال الملكية ليست من تاريخ تحرير العقد بل إن العبرة من تاريخ شهره، وبذلك يحتج الموهوب له المستفيد من العقد المشهر بهذا العقد على الواهب وعلى الغير الذي يدعي - في هذه الحالة - أن له حقا عينيا

¹- بلحو نسيم ، أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 315

²- قرار المحكمة العليا رقم : 1033280 الصادر بتاريخ : 2018-01-11.

³- قرار المحكمة العليا رقم: 0854885، الصادر بتاريخ : 2014-05-15، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الغرفة العقارية، ص 203.

على هذا العقار بموجب عقد الهبة غير المشهر الذي يحوزه، وما على الموهوب له في عقد الهبة غير المشهر سوى الرجوع على الواهب بالتعويض¹.

ومن خلال كل ما سبق يتضح لنا أن الهبة الناقلة للملكية العقارية إذا استوفت شروط انعقادها وشروط صحتها وكذلك الشروط الشكلية التي تم توضيحها - ولو بشكل مختصر - فإن العقار الموهوب تنتقل ملكيته من الواهب إلى الموهوب له وبذلك تتم الهبة ويترتب عنها جملة من الالتزامات سنتناولها في المطلب الموالي .

المطلب الثاني : الالتزامات المترتبة عن عقد الهبة الناقلة للملكية العقارية :

الأصل أن الهبة عقد ملزم لجانب واحد وهو جانب الواهب فيلتزم وحده بالآثار المترتبة عنها، أما الموهوب له فلا التزام عليه باستثناء ما تعلق بنفقات نقل ملكية العقار وتسلمه وذلك حتى لا يجتمع على الواهب التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة ، غير انه قد تكون الهبة ملزمة للجانبين فيلتزم الموهوب له بأداء العوض، فيترتب عن ذلك أن تكون هنالك التزامات متقابلة بين الواهب والموهوب له كما سنرى .

الفرع الأول : التزامات الواهب :

المشرع الجزائري لم يأت بأي نص خاص حول التزامات الواهب ، لذلك تطبق القواعد العامة المقررة في عقد البيع على الهبة ، فتكون التزامات الواهب كالتزامات البائع ، فيلتزم بنقل ملكية العقار الموهوب للموهوب له ، ويلتزم بتسليمه ، ويضمن التعرض والاستحقاق و العيوب الخفية في بعض الحالات كما سنوضحه من خلال هذا الفرع . .

أولاً : الالتزام بنقل ملكية العقار إلى الموهوب له : ينشئ عقد هبة العقار التزاماً في ذمة الواهب بنقل ملكية العقار إلى الموهوب له ، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون على العقار المعين بالذات الذي يملكه الواهب مع مراعاة أحكام التسجيل والاشهار العقاري²، ويلتزم الواهب بالقيام بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل والكف عن أي عمل يعرقل نقل الملكية ولا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع في الهبة³، والالتزام بنقل ملكية العقار يتضمن الالتزام بالمحافظة على العقار الموهوب والالتزام بتسليمه للموهوب له⁴ .

1- ولكن يراعى في هذه الحالة أن الواهب متبرع ، ويلتزم الواهب بتعويض الموهوب له وفق ما يفرضه التزامه بضمان التعرض والاستحقاق فيعوضه عن الضرر الذي لحق به والعوض الذي دفعه إن كانت الهبة بعوض .

2- يراجع نص المادة 165 ق م ج .

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 142.

4- يراجع نص المادة 167 ق م ج .

ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في العقار الموهوب حتى قبل قبضه وأن يكون له ثمار الموهوب ونماؤه من وقت تمام الهبة¹، وإذا أفلس الواهب بعد الهبة جاز للموهوب له أن يأخذ العين الموهوبة ولا يزاحمه في ذلك دائنو الواهب، وتنتقل الملكية في حق المتعاقدين والورثة والدائنين إذا ما استوفت الهبة أركانها وشروطها².

ثانيا : الالتزام بتسليم العقار الموهوب : يلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له، ويتبع في ذلك أحكام تسليم المبيع، فيلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب في الحالة التي كان عليها وقت الهبة³.

ويشمل التسليم ملحقات الموهوب وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع العقار الموهوب، فيشمل الموهوب الأوراق والمستندات المتعلقة به، كمستندات الملكية وعقود الإيجار، وإذا كان العقار الموهوب منزلا الحق به الأشياء المتصلة به اتصال قرار والمثبتة فيه، ولا يدخل فيه الملحقات التي يمكن فصلها دون تلف⁴، وإذا كان الموهوب أرضا زراعية دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام، والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقارا بالتخصيص والمخازن وزرابي المواشي وبيوت الفلاحين، ويلحق بالموهوب أيضا حقوق الارتفاق التي قد تكون له، كل هذا مالم يتم الاتفاق على ما يخالفه⁵.

ويلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب بالمقدار الذي عين له في العقد، فإذا نقص عن ذلك المقدار لم يكن الواهب مسؤولا في هذا النقص إلى عن فعله العمد، أو خطئه الجسيم، وإذا زاد على هذا المقدار وكان قابلا للتبعيض فالزيادة للواهب، لأن الزيادة لم تدخل في الهبة والشئ الموهوب لا يضره التبعيض، أما إذا كان الموهوب يضره التبعيض تكون الزيادة للموهوب له دون مقابل⁶.

ويتم التسليم بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يسلمه تسليمًا ماديًا مادام الواهب قد أعلمه بأنه مستعد لتسليمه، وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على الهبة وبعد توثيقها وشهرها إذا كان العقار الموهوب موجودا تحت يد الموهوب له قبل صدور الهبة، فيكون التسليم في هذه الحالة حكما⁷.

وإذا هلك العقار الموهوب قبل تسليمه بسبب لا يد للواهب فيه سقطت الهبة وإن كانت بعوض

¹- ولكن لا بد أن يتم القبض لاحقا وإلا عد عقد الهبة باطلا لاختلال ركن الحيازة وفق مقتضيات المادة 206 ق أ ج.

²- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص141.

³- يراجع نص المادة 364 ق م ج.

⁴- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، المرجع السابق، ص 263-264..

⁵- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 151.

⁶- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 150.

⁷- يراجع نص المادة 367 ق م ج.

لاستحالة تنفيذها¹، أما إذا كان سبب الهلاك يرجع لفعل الواهب نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم فهنا يستحق الموهوب له التعويض عن العوض الذي التزم به والضرر الذي لحقه ، ونفس الحكم كذلك إذا ما تقاعس الواهب عن تسليم العقار الموهوب بعد أن أعذره الموهوب له بالتسليم ولو هلك العقار بقوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد للواهب فيه²، إلا أنه يمكن للواهب في هذه الحالة الأخيرة أن يتفادى دعوى التعويض إذا أثبت أن العقار الموهوب كان ليهلك عند الموهوب له لو سلم له ، هذا ما لم يكن الواهب قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة³.

وإذا أخلّ الواهب بالتزام التسليم على النحو الذي قدمنا ، فإن الموهوب له يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا ، فيجبره على التسليم ، وذلك ما لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل هذا الحق ، أما فسخ الهبة لعدم التسليم فلا مصلحة للموهوب له من المطالبة به، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضته عليه الهبة كعوض أو شرط فيتدخل منه بفسخ العقد⁴.

ثالثا : التزام الواهب بضمان التعرض والاستحقاق : وهذا الالتزام يفرض على الواهب أن يمتنع عن كل عمل من شأنه التعرض للموهوب له كإتلاف العقار الموهوب أو التصرف فيه لمصلحة شخص آخر ، وهذا يخص كل تعرض صادر عنه ، أي ضمان التعرض الشخصي ، والمقصود بالتعرض الشخصي هو كل عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر صادر من الواهب، ويكون من شأنه حرمان الموهوب له من الانتفاع بالعقار الموهوب كليا أو جزئيا، فمثل هذا التعرض غير جائز للواهب عملا بقاعدة : (من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض .)، وإضافة إلى تعرضه الشخصي يضمن الواهب التعرض الصادر من الغير أيضا ، لكنه لا يضمن كل تعرض صادر من الغير وإنما فقط ذلك الذي يستند فيه الغير إلى حق يحميه القانون يقع على الشيء الموهوب⁵.

والمشروع الجزائري لم يعالج هذا النوع من الالتزام في قانون الأسرة ، وبالرجوع إلى نص المادة 222 ق أج التي تحيل على أحكام الشريعة والتي نجدها تقضي دائما بأن لا ضمان على الواهب في حالة الاستحقاق إلا إذا كانت تحت شرط خاص أو اتفاق ، أو كان الاستحقاق راجعا إلى فعل الواهب ، مثلها في هذا مثل البيع ، فيسري عليها من أحكام ما يسري على البيع⁶.

وفي التشريع المقارن نجد أنه في القانون المصري لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا في حالتين هما: إذا كانت الهبة بعوض أو إذا تعدد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق، لذلك إذا نجح

7- يراجع نص المادة 307 ق م ج ..

2- يراجع نص المادة 168 والمادة 369 ق م ج .

3- يراجع الفقرة الثانية من المادة 168 ق م ج (القواعد العامة) .

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 154.

4- قماز قماز ، العقود الخاصة ، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان، 20115/2014، ص 64-65 .

6- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 248

الأجنبي المتعرض في دعوى الاستحقاق وقضي له به ، فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق في جميع الأحوال كما يرجع المشتري على البائع ، ذلك أن الموهوب له بخلاف المشتري يتلقى الهبة تبرعا فلا يرجع على الواهب إلا في حالتين :

1- إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يخفي مستندا يثبت حق الغير في الموهوب أو أن يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب ، وحتى في هذه الحالة لا يزال يدخل في الاعتبار أن الواهب متبرع ، فلا يعامل طبقا للقواعد العامة بحيث يكون مسؤولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، بناء على تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، بل يقتصر القاضي على أن يقدر للموهوب له تعويضا عادلا يحدده بحسب الظروف ¹.

2- إذا كانت الهبة بعوض أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزامات أو شروطا في مقابل الهبة ، في هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه ، ولكنه لا يكون مسؤولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، وإن كانت الهبة قد فرضت على الموهوب له التزامات وشروط على الموهوب له تحلل هذا الأخير منها وبرئت ذمته ، أما إذا كان الواهب في هذه الحالة - حالة الهبة بعوض - يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه ، فإننا نعود إلى الحالة الأولى ، ولا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط بل يجب أيضا أن يعرض الموهوب له تعويضا عادلا ، ويجوز للواهب هنا إذا كان الموهوب له قد تولى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ².

وفي جميع الأحوال - أي في الحالتين السابقتين - وفي حالة مالهو كانت الهبة بغير عوض وكان الواهب يتعمد إخفاء الاستحقاق ، يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى ، ويمكن بالإضافة إلى الحالتين السابقتين أن يضمن الواهب في حالة ثالثة وذلك إذا ما وجد اتفاق صريح يقضي به ³.

ويمكن القول أن ما ورد في القانون المصري بخصوص ضمان الواهب التعرض والاستحقاق لم يخرج عن إطار القواعد العامة المقررة في القانون المدني بصفة عامة ، لذلك يمكن للقاضي الجزائي أن يطبق الأحكام السابقة بالإضافة إلى رجوعه لما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية .

رابعا : التزام الواهب بضمان العيوب الخفية : قبل حديثنا عن هذا الالتزام لا بد أن نحدد مفهوم العيب أولا ، فالقانون المدني لم يحدد صراحة معنى العيب الموجب للضمان ، وإنما يمكن أن يستخلص من النصوص المنظمة لضمان العيب ، فهو حالة يخلو منها الشيء عادة وينقص

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 159.

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 161.

3- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 249.

وجودها من قيمته أو نفعه ، ويتفق هذا مع التعريف الذي أورده الفقه الاسلامي بأنه : ما تخلو عنه الفطرة السليمة ، وينقص القيمة¹.

والعيوب الخفية في العقارات ، هي تلك العيوب التي تنقص قيمة العقار أو تنقص من نفعه ، كأن يكون العقار الموهوب منزلا هشا البناء أو مهترئ الأسقف، ولا بد أن يكون العيب مؤثرا وخفيا وقديما ومن شأنه أن يؤدي إلى نقص قيمة العقار الموهوب بحسب الغاية المقصود منه ، ويمكن تحديد هذه الغاية بالاستناد إلى ما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له²، فإذا كانت الأرض الموهوبة رخوة لا تصلح للبناء أو لإقامة مبان عليه وذكر في العقد أن الموهوب له سيقم عليها منشآت أو مبانٍ اعتبر ذلك عيب يوجب الضمان في حالة ما إذا لم يكن هذا العيب ظاهرا.

وبالنسبة للعيوب الخفية في عقد الهبة كالتزام يقع على عاتق الواهب فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعالجه بنص خاص ، الأمر الذي يحيلنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية وفق مقتضيات المادة 222 ق أ ج ، وبالرجوع إلى أحكامها نجد أن الأصل في الفقه الاسلامي أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية ، غير أنه في حالة الهبة بعوض تطبق أحكام الشريعة وبالأخص احكام الفقه المالكي والذي يطبق على الهبة أحكام البيع في مثل هذه الأحوال³.

وبخصوص الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المقارن ، نجد أن المشرع المصري في المادة 495 من ق م ينص بألا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب ، على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من هذا العيب كان ملتزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب ، ويكون كذلك ملزما إن كانت الهبة بعوض، على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض⁴.

والمستفاد مما سبق وتفصيلا له ، فإن الواهب لا يلتزم بضمان العيوب الخفية لأنه متبرع ، وهذا هو الأصل ، إلا أن لكل أصل استثناء ، فيضمن الواهب العيوب الخفية في العين الموهوبة في الحالات التي يضمن فيها الاستحقاق وهي :

1- إذا تعمد الواهب إخفاء العيب وجب عليه الضمان، فلا يكفي إذن أن يكون الواهب عالما بالعيب، بل يجب أيضا أن يتعمد إخفاءه، فإذا كان عالما بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه لم يجب عليه الضمان .

2- إذا كانت الهبة بعوض أو في مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له ، ففي هذه

1- علي الجاسم و أمل شربا ، البيع والإيجار، المرجع السابق ، ص 150 .

2- علي الجاسم و أمل شربا ، البيع والإيجار، المرجع السابق ، ص 146 .

3- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 150 .

4- محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع نفسه ، ص 150 .

الحالة يجب على الواهب ضمان العيوب الخفية حتى ولو لم يكن يعلم بها ، على ألا يجاوز التعويض قدر العوض أو المقابل .

3- إذا ضمن الواهب باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ، ثم ظهر عيب ، ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب حتى ولو لم يكن يعلم به وحتى لو كانت الهبة بغير عوض ¹.

وبخصوص ما يرجع الموهوب له في ضمان العيب ، فإنه إذا أوجب على الواهب ضمان العيب في أي حالة من الحالات متقدمة الذكر ، فإن التعويض الواجب عليه دفعه للموهوب له يراعى فيه أيضا - كما روعي في ضمان الاستحقاق - أن الواهب متبرع ، فيكون أقل من التعويض الواجب على البائع دفعه للمشتري في ضمان العيب الخفي .

فبالنسبة لحالتي تعمد الواهب إخفاء العيب وضمانه خلو العين الموهوبة من العيوب ، لا يلزم الواهب بتعويض الموهوب له عن العيب ذاته - أي عن ما نقص في قيمة العين الموهوبة بسبب العيب - ، بل يلزم بتعويضه عن الأضرار التي تلحق بالعين الموهوبة جراء ذلك العيب، كأن يكون الموهوب دارا انهدمت بسبب عيب خفي فيها فألحق انهدامها ضررا بمال للموهوب له وضعه في هذه الدار ، فيلزم الواهب بتعويضه عن ما سببه العيب من ضرر ².

أما في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض وظهر بالعين الموهوبة عيب يضمنه الواهب ، فإنه يعوض الموهوب له عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة على ألا يجاوز التعويض في كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشترك على الموهوب له ³.

الفرع الثاني : التزامات الموهوب له :

الأصل أنه لا يوجد التزامات على عاتق الموهوب له باعتبار أن الهبة عقد تبرعي محض ملزم لجانب واحد وهو جانب الواهب ، ولكن كما سبق وأن ذكرنا فإن الهبة قد تكون بعوض ، كما أن الواهب قد يفرض على الموهوب له بعض النفقات والمصاريف الخاصة بالعقد ، لذلك فإن التزامات الموهوب هي الالتزام بدفع العوض إذا كانت الهبة بعوض والالتزام بنفقات الهبة بالإضافة الى التزامه بتسليم العقار الموهوب . وسنفصل فيها كالآتي :

أولا : التزام الموهوب له بأداء العوض : تنص الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ ج على أنه : " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط . " ، ويستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط يقوم به الموهوب له أو أن يفرض الواهب عليه التزامات ، ولا تنفذ الهبة إلا بتنفيذ هذه الالتزامات ، وأن المقابل أو العوض الذي يشترطه الواهب

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 165.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص165 .

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص165

قد يكون لمصلحة الواهب أو مصلحة الموهوب له أو مصلحة الأجنب أو للمصلحة العامة ، وحتى لا تفقد الهبة طابعها التبرعي فلا بد أن تكون قيمة هذا العوض أقل قيمة من العقار أو العقارات الموهوبة وإلا اعتبر العقد معاوضة لا تبرعا¹.

أ. جزاء الإخلال بالوفاء بالعوض :

بخصوص جزاء الإخلال بالوفاء بالعوض ، فقانون الأسرة الجزائري لم يورد نصا خاص به، ولذلك يتعين علينا الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني ، وبالرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني نجد أن الهبة بعوض تكيف حسب النظرية العامة للعقد على أنها من العقود الملزمة للجانبين ، لذلك فإنه إذا أخل الموهوب له بتنفيذ الالتزام المدين به ، فإنه يحق للواهب المطالبة بالتنفيذ العيني²، ومن بعده ورثته سواء كان العوض مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الأجنبي أو للمصلحة العامة ، كما يمكن للواهب المطالبة بفسخ العقد ، لأن الهبة بعوض كما أشرنا إليه - عقد ملزم للجانبين يرد عليه الفسخ طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن³، لكن يستطيع الموهوب له تفادي الفسخ بالوفاء بالعوض عينا إذا كان ممكنا ، وللأجنبي كذلك أن يطالب بالتنفيذ وفقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير ، لأنه هو المستفيد وله حق مباشر، أما المصلحة العامة فيمثلها الواهب طيلة حياته وهو الذي ينوب عنها في المطالبة بالتنفيذ ، فإن مات تولت السلطة المختصة ذلك ، ولها أن تطالب بذلك تبعا له ، وبالنسبة للفسخ فهو حق مقرر للواهب وحده دون غيره ، أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ ، إلا أن لورثة الواهب من بعده الحق في المطالبة بالفسخ إذا كان العوض مقرر لمصلحة الواهب ، أما إذا كان العوض مقرر لمصلحة عامة فليس لهم الحق في المطالبة بفسخ الهبة لأن الورثة يؤثرون غالبا مصالحهم وفي ذلك مخالفة لإرادة الواهب المنطوية على التبرع والتي أنشئت عقد الهبة ، وهناك حالة لا يجوز للواهب فيها المطالبة بالفسخ وهي حالة ما إذا تمخض العوض المشترك لمصلحة أجنبي فهنا ليس للواهب أو للأجنبي الذي قرر العوض عن الهبة لمصلحته سوى المطالبة بالتنفيذ العيني⁴.

ب. العوض هو الوفاء بديون الواهب :

قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضا عن هبته وفاء ديونه ، وقانون الأسرة الجزائري لم يعالج هذا بنص خاص ، وبخلاف ذلك نجد أن القانون المدني المصري نص صراحة على هذه الحالة بموجب المادة 499 منه والتي جاء فيها : " إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه،

¹- يراجع ما تم معالجته في الصفحة 27 وما يليها من هذه الدراسة .

²- تنص المادة 164 ق م ج على أنه : " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزاماته تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا

³- تنص المادة 119 ق م ج على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في كلتا الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك . "

⁴- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 256 .

فلا يكون الموهوب له ملزما إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره .

وإذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .¹

وعليه تفصيلا لما سبق ، إذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاء ديونه ، وأطلق دون أن يعين هذه الديون ، فالمفروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة ، لا الديون التي ستجد بعد ذلك ، وذلك تفسير للالتزام في أضيق حدوده لمصلحة المدين ، أما إذا أراد الواهب أن يشترط على الموهوب له الوفاء بديون جدت بعد الهبة فلا بد أن يتم ذلك بموجب اتفاق خاص².

وإذا كان العقار الموهوب مثقل بحق عيني أو رهن رسمي أو بحق اختصاص أو برهن حيازي أو بحق امتياز ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، فإذا أوفى الموهوب له الدين ، وكان في ذمة شخص آخر غير الواهب ، رجع على المدين الأصلي بما وفاه كما كان يرجع على الواهب³.

ويلاحظ على أن الأحكام السابقة لم تخرج عن إطار القواعد العامة المقررة في القانون المدني بصفة عامة ، لذلك يمكن للقاضي الجزائري أن يطبق نفس الأحكام بالإضافة إلى رجوعه لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية في حالة ما إذا عرض عليه نزاع في مثل هذا الصدد .

ثانيا : التزام الموهوب له بنفقات الهبة :

الأصل أن نفقات هبة العقار كمصروفات العقد ورسوم التسجيل والشهر والتسليم على عاتق الموهوب له ، وذلك حتى لا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمله هذه المصروفات⁴.

ولكن مع ذلك إذا أراد الواهب أن يتحمل هذه النفقات والمصروفات ، فيجوز له ذلك بموجب اتفاق بينه وبين الموهوب له على أن يتحمل هذه النفقات والمصروفات ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف العقد⁵.

1- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 256

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 174.

3- محمد بن أحمد تقيّة، المرجع نفسه ، ص 256 .

4- كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص 71.

5- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة ، المرجع السابق ، 273 .

ومن ناحية عملية نجد أنه كثيرا ما يؤثر الواهب على نفسه تحمل هذه النفقات والمصاريف، كون أن الهبة تصرف تبرعي ، ويغلب فيها أن تتجه إرادة الواهب للتبرع بالعين الموهوبة للموهوب له خالصة من أي التزامات أو مصاريف وبالتالي إقالة الموهوب له من عبء هذه النفقات.

ثالثا : التزام الموهوب له بتسليم العقار الموهوب : ويقابل هذا الالتزام التزام الواهب بتسليم العقار الموهوب ، والتزام الموهوب له بتسليم العقار يعتبر التزاما جوهريا في عقد الهبة، إذ لا بد على الموهوب له من تسليم العقار الموهوب وحيازته حتى تتم الهبة ويزول عنها خطر البطلان ، فاختلال ركن الحيازة في الهبة يؤدي إلى بطلانها – كما أوضحناه – وفق مقتضيات المادة 206 ق أ ج .

ومن ناحية عملية نجد أنه نادرا جدا ما يخل الموهوب له بالالتزام بتسليم العقار الموهوب ، وذلك أن الهبة في حد ذاتها مقررة لمصلحته ، اللهم في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض ، وكان العوض المشترك مرهقا للموهوب له بأن كانت الفائدة المرجوة من وراء الهبة أقل قيمة من الالتزامات المفروضة عليه ، فإنه قد يمتنع من التسليم حتى يتحلل هذا الأخير من التزامه.

المبحث الثاني : الرجوع في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية

إن الأصل في العقود للزوم ، فمتى تم عقد الهبة مستوفيا لأركانها وشروطه لم يجز لأحد المتعاقدين وبالأخص الواهب الرجوع فيه مالم يتم الاتفاق على ذلك ، ولأن لكل أصل استثناء فيجوز للواهب الرجوع في الهبة في حالات استثنائية ، لذلك خصصنا هذا المبحث لأحكام الرجوع في الهبة، وسنحاول التحدث فيه عن مفهوم الرجوع في عقد الهبة وطرقه (المطلب الأول) ثم نتطرق للحديث عن موانع الرجوع والآثار المترتبة عليه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مفهوم الرجوع في الهبة وطرقه :

في هذا المطلب سنحاول تعريف الرجوع في عقد الهبة (الفرع الأول)، ثم نتطرق للحديث عن حكمه بين الإجازة والمنع (الفرع الثاني) ، وأخيرا نعالج كيف يتم الرجوع وذلك ببيان طرقه وكيفية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : المقصود بالرجوع في الهبة : لمعرفة مدلول الرجوع وبيان المقصود منه لا بد من تعريفه لغة واصلاحا .

أولا : تعريف الرجوع لغة : تطلق كلمة الرجوع في اللغة على عدة معان منها :

- الانصراف ، يقال رجع إلى أهله أي انصرف إليهم .

- الرد، يقال أرجعه السفر أي رده .

- الابدال ، يقال أرجع الله همه سرورا ، أي أبدله سرورا .

- المطالبة ، يقال ارتجع أو رجع على غريمه ، أي طالبه بما عليه في ذمته¹.

والمعنى الأقرب للرجوع في الهبة هو الرد ، فيقال ارتجع هبته أي ردها .

ثانيا : تعريف الرجوع اصطلاحا : وردت تعريفات كثيرة للرجوع ، منها تعريف الكاساني الحنفي في كتابه بدائع الصنائع ، حيث عرف الرجوع بأنه : (فسخ العقد بعد تمامه ويصح بدون قضاء .) ، ويؤخذ على هذا التعريف أن الامام قد حصر الرجوع في الفسخ وهذا معنى ضيق ، أما المعنى الواسع للرجوع فهو عدم إتمام العقد لأي سبب².

أما الرجوع في الهبة فيقصد به عود الواهب في هبته بالقول أو الفعل بغية ارتجاعها واستردادها من الموهوب له رضا أو قضاءً وفق شروط معينة³.

وبخصوص صيغة الرجوع ، ففي الفقه الاسلامي يكون الرجوع في الهبة في حال جوازه باللفظ الصريح الدال عليه ، نحو اعتصرت ، رددت وغيرها مما يدل عليه، ويرى المالكية أنه لا يكون اعتصار الأبوين إلا بالإشهاد ، والشافعية والمالكية يرون أن الرجوع لا يحتاج إلى حكم، فيما يرى أبو حنيفة أنه لا بد من حكم قضائي لأن ملك الموهوب له مستقر، أو بتراضي الواهب والموهوب له ويكيفونه على أنه فسخ، أما بالنسبة للرجوع الضمني فقد اختلف الفقهاء في جواز الرجوع بالفعل مثل أن يبيع الواهب العين الموهوبة أو أن يهبها لشخص آخر، فذهب المالكية إلى أن الرجوع بالفعل لا يصح إلا إذا علم أن الواهب أراد به الرجوع ، فيما يرى الأنصاري وهو من الشافعية جواز الرجوع الصريح والرجوع بالكناية ، وسئل ابن تيمية عن وهب لابنه هبة ثم تصرف فيها وادعى أنها ملكه ، فهل يتضمن هذا الرجوع في الهبة أم لا ؟ فأجاب بأن نعم ، يتضمن ذلك الرجوع⁴.

أما بالنسبة للصيغة من ناحية قانونية في الرجوع في عقد هبة العقار فلا يمكن أن يكون إلا بموجب عقد توثيقي أو حكم قضائي كما سنرى .

1- محي الدين اسطنبولي، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد: 06، 2017، ص 119 .

2- محي الدين اسطنبولي ، المرجع نفسه ، ص 119 .

3- جمال الدين طه العاقل ، الرجوع في الهبة بين الفقه الاسلامي وبين القانون المدني ، مجلة الأمن والقانون ، العدد : 01 ، الامارات العربية المتحدة ، يناير 1998 ، ص 15 .

4- مصطفى هاشمي ، التأصيل الشرعي لأحكام الرجوع في الهبة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد : 03 ، المجلد: 10 ، 2021 ، ص 457-458 .

الفرع الثاني : الرجوع في الهبة بين الإجازة والمنع :

اختلفت آراء الفقهاء والتشريعات الوضعية حول مسألة الرجوع في عقد الهبة بين مجيز لهذا التصرف ومانع له ولكل مبرراته و حججه في ذلك ، وسنعرض من خلال هذا الفرع لموقف الفقه الاسلامي من الرجوع في عقد الهبة أولا ، ثم نبين موقف المشرع الجزائري .

أولا : حكم الرجوع في عقد الهبة في الفقه الاسلامي :

لبيان حكم الرجوع في عقد الهبة عند الفقهاء المسلمين ، لا بد من التفرقة بين حالتين ، الأولى حكم الرجوع قبل القبض والثانية حكم الرجوع بعد القبض .

1/ حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض :

بالنسبة لحكم الرجوع في الهبة قبل القبض، فسبق وبيننا أن القبض عند الجمهور هو شرط لثبوت ملك الموهوب للموهوب له ، فعقد الهبة قبل القبض عقد جائز غير لازم يجوز الرجوع فيه، وبذلك أخذ المشرع الجزائري ، ولذلك نحيل إلى ما تم التطرق إليه في الفصل الأول¹، وأما الذي سنتناوله بشيء من التفصيل هو حكم الرجوع في الهبة بعد القبض .

2/ حكم الرجوع في الهبة بعد القبض :

اختلف فقهاء الشريعة في حكم الرجوع في الهبة بعد القبض ، فمنهم من أجازوه ومنهم من منعه، وسنحاول التفصيل في ذلك كما يأتي :

أ . القول الأول : عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض : فليس للواهب أن يرجع في هبته إذا قبضها الموهوب له ، وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة²، ويستثنى من هذا حالة هبة الوالد لولده مالم يوجد مانع واستدلوا على ذلك ب :

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : ((العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه .³)) ، ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الذي يعود في هبته كمثل الكلب الذي يعود في قيئه ، وهذا أبلغ وأظهر في التحريم والمنع .

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع

¹- يرجع للصفحة 33 من هذه الدراسة .

²- محي الدين اسطنبولي ، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي، المرجع السابق ، ص 123 .

³- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الهبة ، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ، رقم الحديث : 2589 ، صحيح البخاري ، تحقيق : محمد زهير ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، ط : 01 ، 1422 هـ .

فيها كَمَثَلُ الْكَلْبِ يَأْكُلُ حَتَّى إِذَا شَبَعَ قَاءَهُ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ 1.)) ، فقله صلى الله عليه وسلم : (لا يَحِلُّ) ذو دلالة ظاهرة على التحريم باستثناء الوالد فيما وهب لولده ، والقول لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو إصلاح حال الولد أو لضرورة ملحة، كما أن الولد وماله لأبيه ومن ثم فإن رجوع الأب لا يسمى رجوعاً في الحقيقة وإن كان رجوعاً في الظاهر 2.

ب. القول الثاني : جواز الرجوع في الهبة بعد القبض : وبه قال الحنفية ، ذلك بشرط عدم وجود مانع من الرجوع ، حيث قالوا بجواز رجوع الواهب في هبته بعد القبض ، وإن كان الرجوع مكروهاً تحريماً على الراجح ، و إذا أسقط الواهب حقه في الرجوع فإن حقه هذا لا يسقط بإسقاطه، كما أنهم قيدوا حق الرجوع هذا أو أسقطوه في حالة موت أحد المتعاقدين بعد القبض فيسقط حق الواهب في الرجوع ، وكذلك الأمر في حالة الزوجية فإذا وهب لزوجته شيئاً فإنه لا يصح له الرجوع فيه 3.

واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بأدلة منها :

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَالَمْ يَثْبُثْ مِنْهُ)) ، فيستفاد من هذا الحديث مشروعية الرجوع في الهبة بشرط عدم التعويض المادي أو المعنوي 4.

- ما روي عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحْرَمٍ لَمْ يَرْجَعْ فِيهَا)) ، فدل هذا الحديث على أن أحقية الواهب في الرجوع في هبته ما لم تصدر لذي رحم محرم 5.

- لقد روي عن عدد من الصحابة القول بالرجوع في الهبة ولم يثبت أن قال أحدهم بخلاف ذلك فيعتبر إجماعاً ، والذين قالوا بالرجوع فيها كبار الصحابة عمر وابنه عبد الله وعلي وأبو الدرداء رضي الله عنهم ، ولم يتصور سكوت الصحابة عن شيء فيه خلاف سنة النبي صلى الله عليه وسلم 6.

ثانياً : موقف المشرع الجزائري : فيما سبق كنا قد بينا موقف المشرع الجزائري من القبض في الهبة وذلك في الفصل الأول ، وخلصنا إلى أن الحيابة ركن في عقد الهبة ، وبالتالي فإن للواهب الحق في الرجوع في الهبة إذا لم يتم القبض كأصل عام ، أما إذا تمت الهبة مستوفية لشروط صحتها

1- الترمذي ، سنن الترمذي ، حديث رقم : 2132 ، تحقيق : أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي و إبراهيم عطوة عوض ، دار الفكر ، لبنان ، 1983 ، ط: 02 ، ج : 04 ، ص 270 .

2- فريدة الحمصي ، تأثير الحيابة على حق الواهب في الرجوع عن الهبة ، المرجع السابق ، ص 329 .

3- فريدة الحمصي ، المرجع نفسه ، ص 329

4- محمد يوسف عمرو ، الميراث والهبة ، المرجع السابق ، ص 274 .

5- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، المرجع السابق ، ص 90 .

6- محي الدين اسطنبولي ، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 123.

وأركانها ، فالمشرع الجزائري في هذه الحالة يقضي بلزومها وعدم جواز الرجوع فيها إلا باستثناء هبة أحد الوالدين ما لم يوجد مانع وفق ما تقضي به المادة 211 ق أ ج ، والتي تنص على أنه : " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له .

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين .

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته .

والمستفاد من النص السابق أن المشرع يجيز للأبوين الرجوع في الهبة دون غيرهما، غير أن هذا النص أثار إشكالية حول المقصود بالأبوين ، فهل نفس الحكم ينطبق على الجد والجدة فيما وهباه لأحفادهما أو أسبابهما ؟ ، وفي هذا الصدد لم يستقر القضاء الجزائري على موقف واحد حول هذه المسألة، فاعتبر في بعض أحكامه أن الجد والجدة يأخذان حكم الأبوين ومن ثم يجوز لهما الرجوع في هبتهما لأحفادهما مؤسسين قضائهم على نص المادة 211 ق أ ج ، مثلما كرسه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/21 والذي جاء فيه : ((إن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل أي مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 ق أ ج))¹ ، وقد انتهج فتي البعض الآخر من أحكامه منحى مخالف، حيث اعتبر الرجوع في الهبة مقررا للأبوين فقط دون سواهما² ، وهو ما استقر عليه القضاء متواترا، كقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2007-03-21 والذي قضى بما يلي : (ليس للجدة حق الرجوع في الهبة فهو حق مقرر للأبوين فقط .)³ ، وكذلك القرار الصادر بتاريخ 2010-07-15 والذي جاء فيه : إن قضاة المجلس أعطوا أساسا قانونيا سليما لما استندوا إلى نص المادة 211 من ق أ ج التي تنص على أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات نصت عليها المادة، والطاعنة بصفتها والدة لهم بمفهوم تلك المادة ولذلك فإن قضاة المجلس أصابوا بتطبيقهم تلك المادة)⁴.

ونخلص من كل ما سبق أن المشرع يعتبر الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالة استثنائية وهي حالة هبة أحد الوالدين لولدهما ، فيكون بذلك قد أخذ برأي الجمهور في هذه المسألة أي عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض كأصل . واستثناء الوالد فيما يهبه لولده.

1- قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 252350 ، الصادر بتاريخ : 2001/02/21 ، منشور ب : م ق ، العدد : 01 ، 2002.

2- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، المرجع السابق ، ص 95 .

3- ق م ع ، ملف رقم : 357544 ، بتاريخ 2007-03-21 ، مجلة المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، العدد : 01 ، 2007 ، ص 255.

4- ق م ع ، ملف رقم : 554347 ، بتاريخ 2010-07-15 ، مجلة المحكمة العليا ، غ أ ش م ، العدد : 02 ، 2010 ، ص 251.

الفرع الثالث : طرق وكيفية الرجوع في هبة العقار :

المشرع الجزائري لم ينص بصفة صريحة على الطرق التي يمكن للواهب أن يسلكها من أجل الرجوع في هبته، لكن بالرجوع إلى أقوال الفقهاء ومعظم ما ذهب إليه التشريعات العربية كالتشريع السوداني والتشريع المصري وغيرها ، فيمكن القول أن الرجوع يتم في الهبة إما بالتراضي وإما بالتقاضي وهذا ما سنفصل فيه كالاتي :

أولا : الرجوع في هبة العقار بالتراضي : إذا أراد الواهب الرجوع في هبته وتراضى مع الموهوب له على هذا الرجوع ، فإن هذا يشكل إقالة من الهبة ¹.

والتقاييل يقصد به انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين ، ويعتبر التقاييل عقدا يتم بإيجاب وقبول جديدين ²، و لذلك فالتقاييل أو التراضي على الرجوع في الهبة يتم في جميع الأحوال سواء كان هناك مانع من موانع الرجوع في الهبة أو لم يكن ³، والتقاييل يسري على عقد الهبة كما يسري على غيره من العقود ، إلا أن له أثرا رجعيا فتعتبر الهبة كأن لم تكن، ومن ثم يجب حماية الغير حسني النية ، وهو من كسب حقا عينيا من الموهوب له على الموهوب أي العقار قبل الإقالة .

وعليه إذا أراد الواهب الرجوع في هبة عقاره أو العقارات التي وهبها و تراضى مع الموهوب له على ذلك جاز للموثق أن يحرر عقدا بالرجوع في الهبة دون لجوئهما إلى القضاء ، إذ لا يشترط في التراجع عن الهبة إذا كان بالتراضي أن يتم أمام القضاء وهذا المبدأ أكدت عليه المحكمة العليا و استقر اجتهادها عليه ⁴ ، فيكفي لصحة الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب ، وعلى الواهب والموهوب له أن يلجأ إلى الموثق ويدونا إرادتيها كتابة ليتم لاحقا إعلام المحافظة العقارية بذلك وشهر التصرف ⁵.

ويشترط لصحة الرجوع في عقد الهبة بالتراضي أن يتم بإيجاب و قبول متطابقين صادرين من متعاقدين يتمتعان بأهلية كاملة ، وأن تكون إرادتيهما خالية من العيوب ، وأن لا يكون الموهوب له في حالة مرض الموت أو مدينا بدين مستغرق لكل ماله، وعلى الواهب أن يسترد حيازة العقار الموهوب، كما لا بد من الرسمية في عقد الرجوع في هبة العقار كما أشرنا إليه سابقا ، وذلك بغية تمكين أسرة الواهب والموهوب له من العلم بالرجوع ، وبأن العقار الموهوب قد عاد لملك الواهب مرة أخرى ، فلو اكتفى الواهب والموهوب له ، بالرجوع بالتراضي بينهما شفاهة

1- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 31 .

2- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 370 .

3- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 262 .

4- من بين قرارات المحكمة العليا التي أكدت على جواز تحرير الموثق عقد الرجوع في الهبة إذا كان بالتراضي ، قرار المحكمة العليا رقم : 971732 ، الصادر بتاريخ 17-03-2016 ، والقرار رقم : 927345 الصادر بتاريخ : 16-07-2015.

5- مصطفى هاشمي ، التأصيل الشرعي لأحكام الرجوع في الهبة ، المرجع السابق ، ص 465.

شفاهة أو في ورقة عرفية دون إفراغ ذلك الرجوع في عقد رسمي مثبت له لا يكون للرجوع عندئذ أي أثر قانوني¹ ، والملاحظ هنا أنه لا يجوز لورثة الواهب طلب الرجوع في الهبة التي أبرمها مورثهم بدعوى أن هذه الأخيرة قد تراضى مع الموهوب له في الرجوع قبل وفاته لكنه لم يثبت هذا الرجوع في شكل رسمي ، فإذا رفعوا الدعوى فإنه لا يمكن للقضاء الاستجابة لطلبهم لأن الرجوع حق شخصي متصل بشخص الواهب ولا تنتقل إلى ورثته بالميراث اللهم إلا إذا تعلق الأمر باختلال شرط من شروط صحة الهبة أو ركن من أركانها، وفي هذه الحالة نكون أمام دعوى إبطال الهبة وليس الرجوع فيها وبين الحكمين آثار قانونية مختلفة².

ومن ناحية عملية فإن الرجوع في الهبة بالتراضي أي حالة التقايل ، لا تكاد تثير إشكالا ، غير أن الاشكال قد ثار في حالة ما إذا كان الولد الموهوب له لم يتراضى مع الواهب على الرجوع في الهبة سواء كان هذا الواهب أباه أو أمه ، فالمادة 211 قد تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد للإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده ، وهل للموثق صلاحية إبرام عقد الرجوع دون رضا الموهوب له في هذه الحالة³ ؟ ، وأمام هذا الغموض ذهب اتجاه من القضاء إلى القول بأن المنطق يقضي خاصة في الحالات الاستثنائية أن يلتجأ الواهب إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة لأن مراقبة مدى توفر الشروط الواردة في المادة 211 والقيود الواردة بها ، يجب التأكد منها من قبل هيئة قضائية تقوم ببسط رقابتها على ملف الدعوى قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة من عدمه وهذا يعد من صميم أعمال القضاء⁴ ، وهو ما أكد عليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 13-04-2005⁵ . فيما ذهب اتجاه آخر من القضاء على أنه يجوز للموثق إبرام عقد الرجوع في الهبة ولو بدون رضا الموهوب له ، وما على هذا الأخير سوى اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى قضائية لإبطال عقد الرجوع إذا كان لديه مانع من الموانع التي تضمنها المادة 211 ق أ ج ، وهذا ما كرسه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 23-02-2009 والذي جاء فيه : ((حق الرجوع في الهبة يكون بموجب عقد رجوع توثيقي .)) ، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على هذا الاتجاه الأخير فيكون الرجوع في الهبة بالطريقة التي يختارها الواهب سواء بالتوجه للموثق أو اللجوء إلى القضاء ، وهذا يؤكد القرارات المتتالية

1- علي عمارة ، كاملي مراد ، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 785-786 .

2- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، المرجع السابق ، ص 75 .

3- والمقصود هنا إذا كان الولد الموهوب له راشدا ، أما القاصر فيمكن للأبوين التعبير عن إرادتهما في الرجوع أصالة وولاية عنه وخاصة إذا كان الرجوع من أجل العدل بين الإخوة في العطية .

4- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 33 .

5- قرار المحكمة العليا رقم : 342915 ، الصادر بتاريخ : 2005/04/13 ، مجلة المحكمة العليا ، الغرفة التجارية والبحرية ، العدد : 01 ، 2005 ، ص 179 .

الصادرة في هذا الصدد ، كقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 16-07-2015، والقرار الصادر بتاريخ : 17-03-2016¹.

ومما سبق يتضح لنا أنه يجوز للواهب أن يتراضى مع الموهوب له سواء كان الموهوب له ابنه أم أجنبيا عنه على الرجوع في الهبة وإبرام عقد رجوع توثيقي بذلك ، أما إذا كان الموهوب له ابن الواهب ولم يتراضى معه على الرجوع في الهبة فيجوز للواهب التوجه إلى الموثق وتحرير عقد رجوع توثيقي ولو بدون رضا الموهوب له ، كما يمكنه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالرجوع في الهبة كما سنرى في النقطة الموالية .

ثانيا : الرجوع في الهبة بالتقاضي :

سبق وقلنا أن الهبة عقد تبرع لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا استثناءً، وهي حالة أحد الأبوين لولدهما ، وعليه إذا لم يتم الاتفاق بين أحد الأبوين الواهب والابن الموهوب له على الرجوع في الهبة ، فيجوز للواهب في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة التي قد منحها لأحد أولاده بالشروط الواردة في المادة 211 ق أ ج².

والمشروع الجزائري لا يشترط في هذه الحالة على الواهب أن يكون له عذر مقبول لرجوعه في هبته مالم يوجد مانع من موانع المذكورة في المادة 211 ، ويرجع ذلك إلى أن الأب لا يتهم في رجوعه لشقيقته على ابنه فهو لا يرجع إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو وترتيباً على ذلك فإنه متى عرض على القاضي الجزائري نزاع حول أحقية الوالد في الرجوع في هبته لولده وجب عليه أولاً أن ينظر في مدى توافر إحدى حالات المنع المذكورة على سبيل الحصر في المادة 211 ق أ ج ، فإذا لم يوجد المانع حكم للموهوب له وقضى بعدم الرجوع ، أما إذا انتفى المانع وجب عليه الاستجابة لطلب الواهب دون اشتراط السبب المقبول من عدمه ومن ثم القضاء بالرجوع وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد³.

فإذا نجح الواهب في رجوعه في هبته بأن استصدر حكماً قضائياً يقضي بذلك ، فإن هذا الحكم يجب إخضاعه إلى الاشهار العقاري والتأشير به على هامش البطاقة العقارية المعدة للعقار الموهوب حتى يكون له أثر فيما بين المتعاقدين ويكون حجة على الغير⁴.

والملاحظ أن المشروع الجزائري وعلى خلاف معظم التشريعات العربية والتي تنص على حالة الرجوع بالتقاضي في قوانينها وخولت للواهب ممارسة هذا الحق إذا رفض الموهوب له الرجوع

¹ - سبق توثيقهما .

² - عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 33 .

³ - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، المرجع السابق ، ص 110 .

⁴ - نسيم شيخ ، المرجع نفسه ، ص 79 .

في الهبة بالتراضي ، شريطة أن يستند في ذلك إلى عذر مقبول وأن لا يوجد مانع من موانع الرجوع ، على أن السبب في إدراج هذين الشرطين هو منع الواهب من التعسف في استعمال حقه في الرجوع من أجل الحاق الضرر بالموهوب له وفق نظرة هذه التشريعات لهذه المسألة¹.

ومما تجدر بنا الإشارة إليه هنا أنه يمكن للواهب أن يلجأ إلى القضاء ليس للمطالبة بالرجوع في الهبة وإنما لفسخها ، ويتصور هذا في حالة الهبة بعوض ، و ذلك إذا أخلّ الموهوب له بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه كأن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذه ، ففي هذه الحالة يجوز للواهب اللجوء الى القضاء والمطالبة بفسخ العقد .

وأخيرا فإنه يترتب على الرجوع في الهبة سواء كان بالتراضي أو بالتقاضي انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن ، فيسترجع الواهب الشيء الموهوب ويسترد الموهوب له العوض الذي دفعه إلى الواهب إذا كانت الهبة بعوض ، لكن يتوجب حماية الغير حسني النية كما سنرى لاحقا عند حديثنا عن آثار الرجوع في الهبة².

المطلب الثاني : القيود الواردة على الرجوع الجائز في الهبة و آثار الرجوع فيها :

في هذا المطلب سنتحدث عن موانع الرجوع في الهبة ، وسنتناوله بشيء من التفصيل في الفرع الأول ، كما سنتطرق للحديث عن آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير في الفرع الثاني .

الفرع الأول : موانع الرجوع في الهبة :

سبق وقبلنا أن عقد الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه ، ويستثنى من ذلك حالة رجوع أحد الأبوين في هبته لابنه ، غير أن المشرع الجزائري قد قيد هذا الاستثناء بقيود وموانع تمنع الواهب من حق الرجوع في هبته إذا توافرت إحداها ، فتنص المادة 211 ق أ ج على أنه : " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له .
 - 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين .
 - 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه ، أو أدخل عليه ما غير طبيعته .
- ويستفاد من هذا النص بأنه لا يحق للواهب سواء كان أب الموهوب له أو أمه الرجوع في هبته إذا توافر مانع من هذه الموانع والتي سنفصل فيها تباعا كالاتي :

¹ - علي عمارة و كامل مراد ، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، 788.

² - الصفحة 76 وما يليها من هذه الدراسة .

1- الهبة من أجل زواج الموهوب له :

وتعد هذه الحالة مانعا في الرجوع في الهبة منذ صدورها ، ويرجع ذلك إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظرا لطبيعة الهبة ذاتها ، ولأن غرض الوالدين هو زواج الابن وقد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج ، فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض¹.

ويترتب على ذلك أن الهبة في هذه الحالة تكون لازمة منذ صدورها ولا يجوز للوالد الواهب الرجوع فيها ، مالم يكن الرجوع بالتراضي بينه وبين الابن الموهوب له².

ولقد استمد المشرع الجزائري هذا المانع من المذهب المالكي، فإذا وهب الأب ابنه مالا بغية مساعدته على الزواج فإن حق الواهب في الرجوع في هبته واسترجاع المال الموهوب من ابنه الموهوب له يسقط حتى ولو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب³.

2- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين :

إذا كانت الهبة وسيلة لضمان كالرهن أو الكفالة العينية أو كانت من أجل قضاء دين على الولد، فإنه لا يمكن للأبوين الرجوع في الهبة، والمشرع الجزائري بهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء حول هذا المانع⁴.

ويبرر هذا المانع من الرجوع بأن المال الموهوب عقارا كان أو غيره أصبح ضامنا للقرض المترتب في ذمة الموهوب له أو الوفاء بدين عليه ، وبأن الواهب أصبح بمثابة الكفيل الضامن لهذا القرض أو الدين الذي أبرمت الهبة من أجله ، ويقع عبء إثبات هذا المانع على الموهوب له، فإذا رجع الواهب بموجب عقد توثيقي في هبته جاز للموهوب له أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بإلغاء عقد الرجوع في الهبة مثبتا توفر هذا المانع .

3- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو أن يكون غير من طبيعته :

إضافة إلى الحالتين السابقتين ، فإنه إذا تصرف الموهوب له بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو كان قد فقد ملكيته عن طريق تملكها من طرف الغير بالتقادم المكسب أصبحت الهبة لازمة لا رجوع فيها ، وقد تقرر هذا الشرط لحماية الغير المتصرف إليه لكي يكون في مأمن من رجوع الواهب ، ويؤخذ على المشرع حصره للتصرف على البيع أو التبرع فقط ، إذ أن هناك تصرفات أخرى ترد على الملكية كالمقايضة أو الشركة وغيرها من التصرفات التي تخرج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ، لذا كان على المشرع أن يشير إليها على الأقل ، وتجدر الإشارة

1- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، 34 .

2- عمر حمدي باشا ، المرجع نفسه ، ص 34

3- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية ، ص 147 .

4- مصطفى هاشمي ، التأصيل الشرعي لأحكام الرجوع في الهبة ، المرجع السابق ، ص 471 .

إلى أنه إذا كان التصرف الذي قام به الموهوب له غير نهائي كأن يكون باع العقار الموهوب ثم فسخ العقد البيع أو أبطل لأي سبب من أسباب البطلان فهنا في هذه الحالة يرجع للواهب إمكانية ممارسة حق الرجوع¹.

وإذا قام الموهوب له بإدخال تعديلات على العقار الموهوب بالزيادة، كأن تكون الأرض الموهوبة أرضا عارية وأحدث فيها الموهوب له تغييرات كتشييد بناءات أو أن يكون قد صرف عليها ما أحيائها بأن أصبحت أرضا مشجرة ... ووغیره مما يعد تغييرا في طبيعة العقار الموهوب، فهذا الأمر هو الآخر مانع يمنع الواهب من استعماله حق الرجوع في هبته بمقتضى نص المادة 211 ق أ ج ، وينبغي هنا الإشارة إلى نقطة هامة وهي أنه إذا قام الموهوب له بإحداث تغيير في العقار الموهوب بالنقصان كأن يكون الشيء الموهوب منزلا وقام الموهوب له بهدمه فإن هذا لا يعد تغييرا في طبيعة الشيء الموهوب لذلك يجوز للواهب الرجوع في هبته في مثل هذه الأحوال فتعود الأرض التي بني عليها المنزل إلى ملكه ، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ : 2016-05-12 حيث جاء فيه : (حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، إذ أن هدم كوخ أو بناية طبقا للمواد المذكورة أعلاه لا يشكل تغيير لطبيعة الأرض ، عكس البناء الذي يعد إضافة وتغييرا لطبيعة العقار وأن قضاة الموضوع لما قضاوا بخلاف ذلك عرضوا قضاءهم للنقض .)².

4- الهبة بقصد المنفعة العامة :

بالإضافة إلى حالات المنع الوارد ذكرها في المادة 211 ق أ ج ، نص المشرع الجزائي أيضا بموجب المادة 212 ق أ ج على أنه : " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها . " ، وللوهلة الأولى عند قراءة نص هذه المادة قد يتبادر في الذهن أن هذه المادة لم تأت بجديد، كون أن المشرع نص في المادة 211 على الحالة الوحيدة التي يجوز فيها الرجوع ، وهي حالة هبة أحد الأبوين لابنهما ، أما الهبات الأخرى بين الأجانب أو للمصلحة العامة فلا يجوز الرجوع فيها لذلك ما كان على المشرع إضافة المادة 212 سالف الذكر كون أن حكمها مستفاد من نص المادة 211 ق أ ج ، ولكن في حقيقة الأمر فإن المتأمل في نص المادة 212 ق أ ج يستنتج أن المشرع يشير ويؤكد على أن الهبة من أجل المصلحة العامة لا رجوع فيها مطلقا، عكس الهبات بين الأجانب والتي لا يجوز الرجوع فيها كأصل ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على الرجوع فيها وبالتالي إقالة الواهب منها كما سبق التفصيل فيه .

ومن ناحية فقهية فقد اتفق الفقهاء على عدم الرجوع في الهبة في الحالات التالية :

¹- عمر حمدي باشا ، عقود الترتعات ، المرجع السابق ، ص 35 .
²- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم : 0985866 ، الصادر بتاريخ : 2016-05-12 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد : 01 ، الغرفة العقارية ، 2016 ، ص 106 .

- 1- عدم تغيير المالك للعين، فإذا خرجت الهبة من عند الموهوب له وتصرف فيها ببيع أو صدقة أو هبة فإن الرجوع في الهبة يزول ويسقط من الواهب .
- 2- هلاك الشيء الموهوب وهو في ملك الموهوب له .
- 3- إذا كانت الهبة بعوض وتم قبض العوض من قبل الواهب فهنا يسقط حق هذا الأخير في الرجوع في هبته متى قبض العوض ¹.

ويلاحظ أن نص المادة 211 ق أ ج لم يذكر كل حالات المنع التي أوردها الفقهاء ، لذلك يرى الأستاذ محمد بن أحمد تقيّة - رحمه الله - أن الحالات المذكورة في المادة 211 جاءت على سبيل المثال وليس الحصر ، لذلك يجوز الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي وذلك بمقتضى المادة 222 ق أ ج والأخذ بالحالات الأخرى والتي من شأنها أن تحل نزاعاً ممكن الحدوث في هذا الشأن والتي يذكرها فقهاء المالكية وهي :

- 1- زيادة الشيء الموهوب أو نقصه .
- 2- مرض الولد الموهوب له مرض الموت وذلك لتعلق حق الورثة بالهبة فيمنع اعتصارها .
- 3- مرض الواهب مرض الموت فإنه يمنعه من اعتصاره ما وهبه لولده لأن اعتصاره إياه قد يكون لغيره ما لم يكن مريضاً وقت صدورها .
- 4- الفقر ، فمن موانع الاعتصار فقر الموهوب له لأن فقره وقت الهبة قرينة تدل على أن الهبة كانت لوجه الصدقة والصدقة لا اعتصار فيها ².

وخلاصة كل ما تقدم أنه يجوز للواهب سواء كان أب الموهوب له أو أمه الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من الموانع المذكورة في المادة 211 ق أ ج ، أما إذا رجع الواهب في هبته بموجب عقد توثيقي بالرغم من وجود مانع ، فهنا يجوز للموهوب له اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإلغاء عقد الرجوع في الهبة بإثباته لوجود المانع وفق مقتضيات المادة 211 ق أ ج .

الفرع الثاني : آثار الرجوع في عقد الهبة الناقلة للملكية العقارية :

المشرع الجزائري لم يورد نصاً خاصاً بخصوص آثار الرجوع في الهبة ، على خلاف معظم التشريعات العربية ، لكن يمكن القول أن للرجوع في الهبة تترتب عليه جملة من الآثار

¹- محي الدين اسطنبولي ، المرجع السابق ، ص 127 .

²- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 261 .

فيما بين المتعاقدين وبين الغير الذي اكتسب حقا عينيا على العقار الموهوب ، سنحاول معالجتها من خلال هذا الفرع .

أولا : آثار الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين :

إذا تم الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي فإن الهبة تفسخ وتعتبر كأن لم تكن، ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم العقار الموهوب إذا كان لم يسلمه ، ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إذا كان قد سلمه ، وفي المقابل يسترد الموهوب له العوض إن كان أداه، أما إذا لم يكن قد أداه فإنه يتحلل من التزامه بأداء العوض¹.

وعليه إذا هلك الشيء في يد الموهوب له بعد أن تم الرجوع في الهبة، فإننا هنا نفرق بين حالتين :

1- إذا هلك الشيء الموهوب بفعل الموهوب له وذلك بفعله العمد أو خطئه الجسيم كان هذا الأخير ضامنا لهذا الهلاك ، ووجب عليه تعويض الواهب .

2- إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بسبب أجنبي لا يد له فهنا تقع تبعة الهلاك

على الواهب ، هذا ما لم يكن الواهب قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الشيء الموهوب بعد الاعذار ففي هذه الحالة تكون تبعة الهلاك على الموهوب له ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة².

*** بالنسبة للثمار :** بالنسبة للثمرات وكل ما انتفع به الموهوب له فتبقى ملكا لهذا الأخير إلى يوم التراضي أو التقاضي ، فإلى هذا اليوم يعتبر حسن النية ، لأنه ينتفع بشيء هو مالكة فلا يكون مسؤولا عن ردها إلى الواهب³، أما من يوم التراضي على الرجوع أو من رفع دعوى الرجوع فإن الموهوب له يلتزم برد كل الثمرات وما انتفع به إلى الواهب⁴.

*** بالنسبة للمصروفات :** بالنسبة للمصروفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب في سبيل المحافظة عليه وصيانتها فيرجع بها كلها على الواهب ويلتزم الواهب بتعويضه عنها فهي تقابل حقه في ثمار الشيء منذ الرجوع في الهبة ، أما المصروفات النافعة وهي المصروفات التي تزيد في قيمة الشيء الموهوب أو في نفعه فن الموهوب له لا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب ، أي أنه يرجع بأقل القيمتين المصروفات

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 209 .

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 209.

3- تنص المادة 676 ق م ج على أنه : "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك ."

3- جدير بالذكر أن التشريعات تختلف في هذا الحكم ، فمنها من يقضي أن حسن نية الموهوب له في هذه الحالة يزول من تاريخ الحكم بالرجوع كالقانون السوداني ، ومن التشريعات من ترى أن افتراض زوال حسن نية الموهوب له يزول من تاريخ رفع الدعوى كالشريع المصري ، والأقرب للمنطق هو الرأي الأول ذلك أن الرجوع في الهبة هنا محتمل وليس نهائيا ، والحقوق لا تؤخذ أو تسلب بالاحتمال .

أو ما ينتج عنها من زيادة في قيمة الشيء ، ويلاحظ أن هذا الحكم لا ينطبق إلا إذا اتخذت المصروفات النافعة شكل زيادة منفصلة ، لأنها إذا أنفقت لإحداث زيادة متصلة كالبناء أو الغراس امتنع الرجوع أصلاً وفق ما تقضي به المادة 211 ق أج¹ ، أما بالنسبة للمصاريف الكمالية وهي المصاريف التي تتفق من أجل تزيين الشيء كدهان العقار وزخرفته فحكمها أن يتحملها الموهوب له دون أن يرجع على الواهب بالتعويض ، ولكنه يجوز له أن ينزع ما استحدثه في الشيء الموهوب على أن يعيد الشيء إلى الحالة الأولى التي كان عليها مالم يختر الواهب استبقائها أو دفع قيمتها طبقاً للقواعد العامة².

ثانياً : آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير :

الرجوع في الهبة سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير، بل يجب حماية حقوق الغير حسني النية الذين اكتسبوا حقاً عينياً على الشيء الموهوب وفق ما تقضي به القواعد العامة .

وهنا يجب التفريق بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في العقار الموهوب عن طريق نقل ملكيته للغير بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة ، أو أنه قد رتب عليه حقاً عينياً كرهن أو حق ارتفاق أو ير ذلك من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية³.

1- تصرف الموهوب له في العقار الموهوب :

إذا تصرف الموهوب له في العقار الموهوب فإن هذا يفرض وجود حالتين :

أ. **التصرف في العقار الموهوب قبل ممارسة الواهب حق الرجوع :** إذا تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقط لها أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع ، ويمتنع الرجوع سواء عن طريق التراضي أو التقاضي ، ولا يقال في هذه الحالة أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي، بل الأصح أن يقال إن الرجوع في الهبة ممتنع أصلاً⁴.

ب. **التصرف في العقار الموهوب بعد شهر دعوى الرجوع :** يتطلب حق الرجوع إن كان عن طريق التقاضي شهر دعوى الرجوع⁵، فإذا قام الموهوب له بالتصرف في العقار الموهوب

1- محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص 299 .

2- نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية ، المرجع السابق ، ص 170.

3- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 39 .

4- الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج5، المرجع السابق، ص 212 .

3- أوجب المشرع بموجب المرسوم 63/76 المؤرخ في : 25-03-1976 إلزامية شهر الدعاوى العقارية التي ترمي إلى فسخ أو تعديل أو تصريح أو إلغاء الحق العيني العقاري حتى تجعل المتعامل على علم بحالته القانونية وذلك بمقتضى المادة 85 منه ، انظر : بلحو نسيم ، أثر الشهر العقاري على انتقال الملكية العقارية ، المرجع السابق ص 9 .

بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة ، فإن التصرف الذي اكتسب بموجبه الغير العقار الموهوب لا يسري في مواجهة الواهب الذي يسترد العقار الموهوب خالياً من أي حق للغير ، وما على المتصرف سوى الرجوع على الموهوب له إذا كان القانون يخول له هذا الحق وذلك بحسب طبيعة التصرف الذي اكتسب بموجبه الحق على العقار ¹.

2/ ترتيب الموهوب له حقاً عينياً على العقار الموهوب : وفي هذا الإطار لا يخرج الأمر عن إحدى حالتين هما :

أ. ترتيب الموهوب له حقاً عينياً على العقار الموهوب قبل ممارسة حق الرجوع : إذا ترتب للغير حق على العقار الموهوب كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن قبل شهر دعوى الرجوع فيعتبر تصرف الموهوب له هنا تصرفاً في ملكه ، لذلك يسري حق الغير الذي اكتسب الحق العيني على العقار الموهوب في مواجهة الواهب ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يسترد العقار الموهوب إلا مثقلاً بالحق العيني المترتب للغير ، ولا يرجع على الموهوب له بالتعويض عن هذا الحق ².

ب. ترتيب الموهوب له حقاً عينياً على العقار الموهوب بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة :

إذا ترتب الحق العيني بعد شهر دعوى الرجوع في الهبة في المحافظة العقارية المختصة ، فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسري في مواجهة الواهب الذي يسترد العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير ، والذي يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة ³.

¹- عمر حمدي باشا ، المرجع نفسه .، ص 41.

²- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص 213 .

³- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 42 .

من خلال هذا الفصل يتضح لنا أنه ليرتب عقد هبة العقار آثاره لا بد من احترام الاجراءات والشروط الشكلية والمتمثلة في توثيق عقد الهبة الناقل للملكية العقارية ، وتسجيله لدى مصالح التسجيل المختصة إقليميا ، ومن ثم شهره في المحافظة العقارية المختصة ، وأن هذا العقد لا ينتج آثاره بين المتعاقدين ولا الغير إلا من يوم شهره في المحافظة العقارية .

وإذا استوفى عقد هبة العقار الشروط السابقة فإنه ينفذ ويرتب جميع آثاره فينشئ التزامات على الواهب والموهوب له ، فيلتزم الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له ويلتزم بتسليمه له بالحالة التي كان عليها يوم العقد ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية في بعض الحالات فقط ، اما الموهوب له فيلتزم بنفقات العقار الموهوب كنفقات تسجيله وشهره وتسلمه ، كما يلتزم أيضا بأداء العوض وذلك إن كانت الهبة بعوض .

أما بالنسبة للرجوع في الهبة فالمشرع الجزائري قد جعل عقد الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات استثنائية وهي حالة هبة أحد الأبوين لابنه ، وقيد هذا الاستثناء بمجموعة من الموانع بموجب المادة 211 ق أ ج والتي إن توافرت إحداها فقد الواهب حقه في الرجوع ، والمشرع بإقراره لزوم عقد الهبة وعدم جواز الرجوع فيها بعد القبض الا باستثناء الوالد فيما يهب لولده يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء .

والرجوع في الهبة يمكن ان يتم بالتراضي و يستوي في ذلك أن يكون الواهب أباً للموهوب له او أن يكون اجنبيا عنه ، كما يمكن أن يتم بالتقاضي ، فإذا تم الرجوع في هبة العقار سواء تم بالتراضي او بالتقاضي فإنه يترتب عليه مجموعة من الآثار تختلف فيما بين المتعاقدين عنها عن الغير ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة وراعى المشرع الجزائري في تقريره لهذه الآثار حماية الغير الذي يكتسب حقا عينيا عن العقار الموهوب بحسن النية ، كما راعى أيضا في تقريره لها محاولة الحفاظ على استقرار المعاملات العقارية .

حالات

من خلال دراستنا لموضوع عقد هبة العقار في التشريع الجزائري و المتمثل في قانون الأسرة ونصوص القانون المدني ، وكذلك من خلال أحكام الفقه الاسلامي وبالأخص الفقه المالكي بالإضافة الى استعانتنا بما جاءت به بعض التشريعات العربية من احكام حول موضوع الهبة وكذا ما استقر عليه القضاء الجزائري من أحكام حول موضوع الهبة الناقلة للملكية العقارية نخلص إلى النتائج التالية :

1- الهبة عقد من عقود التصرف الناقلة للملكية ، وهي من العقود المالية والتي ترد على الحقوق العينية كأصل كحق الملكية في العقارات وقد ترد على الحقوق الشخصية ، ولما كانت كذلك فكان من المفترض أن يكون مركزها الطبيعي في القانون المدني إلا أن المشرع وعلى خلاف معظم التشريعات العربية نظم أحكامها في قانون الأسرة وذلك حرصا منه على أن تستمد أحكامها من الشريعة الاسلامية .

2- تبرز فلسفة المشرع من خلال عقد الهبة وأخذا منه عن الشريعة الاسلامية وتظهر انتهاجه لمبدأين بين توسيع وتضييق ، فأعطى للواهب حرية التبرع بجزء من ماله أو بماله كله ، لكنه في المقابل أحاط ذلك بمجموعة من الضمانات فشدد في شروط صحة الهبة ومن ذلك أهلية الواهب، كما اشترط الشكالية في هبة العقار وما تستتبعه هاته الأخيرة من اجراءات معقدة ومطولة وذلك حماية للواهب ومساعدة له على التروي والتأني لخطورة هذ التصرف التبرعي وماله من آثار .

3- ما تختص الهبة به كونها عقد تبرعي شكلي عيني مبرم بين الأحياء يجعلها متميزة عن غيرها من التصرفات التي قد تشبه بها .

4- عقد هبة العقار يتطلب توافر الأركان العامة لكل عقد وهي التراضي والمحل والسبب بالإضافة الى ركني الشكالية والحيازة والذي لا يغني أحدهما عن الآخر وفق نص القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي .

5- أوجب المشرع احترام الشروط الشكالية في عقد هبة العقار تحت طائلة بطلانها ، وأكد على أن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا من تاريخ شهر العقد بالمحافظة العقارية ، ومبرر المشرع وراء ذلك يكمن في أمرين ، أولهما هو خطورة التصرف في حد ذاته ، وثانيهما هو سعي المشرع الى الحفاظ على استقرار المعاملات العقارية من خلال اشتراط الرسمية على أي عقد وارد على عقار.

6- أجاز المشرع الهبة بعوض ، إلا أن فقهاء القانون قد اشترطوا أن يكون العوض المشروط أقل قيمة من المال أو العقار الموهوب وإلا اعتبر العقد معاوضة وفقدت الهبة بذلك طابعها التبرعي .

7- جاء المشرع بأحكام خاصة أخذاً عن الشريعة الإسلامية وذلك فيما يخص الهبات الصادرة بقصد الاضرار بالورثة والدائنين ، فجاءت هذه الأحكام حماية للوارث والدائن وذلك من خلال تقريره عدم نفاذ هبة المدين المعسر ، وإخضاعه للهبة في مرض الموت و التصرف للوارث بالهبة مع الاحتفاظ بالحيازة لحكم الوصية ، وهنا تظهر فلسفة المشرع في تقريره لحماية للغير من الآثار التي قد تنجر عن استعمال الهبة في غير الوجه الذي شرعت له شرعا وقانونا .

8- يمكن للموثق إبرام عقود الوعد بهبة العقار كونها من التصرفات الإرادية و التي يختص بتوثيقها و ذلك تطبيقا للقواعد العامة ولعدم وجود نص يمنع ذلك ، على نقيض بعض التشريعات والتي تجيز الوعد بالتعاقد كأصل لكن تمنع الوعد بالهبة كاستثناء .

9- يرى المشرع الجزائري أن عقد الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه ، واستثنى من ذلك هبة أحد الأبوين لابنهما مالم يوجد مانع ، وغرضه من ذلك الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الغير الذي يكتسب حقا عينيا على الشيء الموهوب عقارا كان أو غيره .

10- استقر الاجتهاد القضائي على أن للأبوين الأم والأب فقط الحق للجوء إلى الموثق لإبرام عقد رجوع توثيقي في هبة العقار ولو بدون رضا الموهوب له .

11- لم يأخذ المشرع بأحكام مذهب واحد فقط من المذاهب الفقهية الإسلامية المعروفة ، فأخذ عن الفقه المالكي تارة وأخذ عن الفقه الحنفي تارة أخرى ، كما أنه أخذ برأي الجمهور في مسائل أهمها اشتراط قبض الشيء الموهوب لثبوت الملك للموهوب له ، وعدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض كأصل ، إلا أن المذهب المالكي هو الأساس الفقهي لعقد الهبة وذلك باعتبارها عقدا تطبق عليه الأحكام العامة المقررة في القانون المدني ، هذا القانون الأخير الذي أخذت الكثير من أحكامه من الفقه المالكي وبالتحديد من كتاب شرح الدردير على مختصر خليل .

12- يعاب على المشرع الجزائري إعطائه للواهب صلاحية التبرع بكل ماله لمن أراد، وأغفل ذكر مسألة هامة وخطيرة يذكرها فقهاء الشريعة وهي حالة تفضيل أحد الأبناء عن غيره في الهبة بغير ما مبرر ودون وجه عدل ، هذا الأمر من شأنه زرع العداوة والحسد و البغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة ، مما قد يترتب عليه تفكيك هاته الأسر ، لذلك كان على المشرع الأخذ بالشريعة الإسلامية في هذه المسألة ومنع الواهب من هبة جميع أمواله لأحد أبنائه وأن يترتب على مثل هاته العقود البطلان المطلق كونها تمس بالنظام العام .

13- يعاب على المشرع الجزائري عدم تفصيله في أحكام الهبة بخلاف التشريعات العربية الأخرى والتي تذكر مسائل هامة أغفل المشرع الجزائري ذكرها أهمها : التزامات الواهب والموهوب له، أحكام الرجوع في الهبة وطرقه و الآثار المترتبة عنه ، الوعد بالهبة ... وغيرها.

14- يعاب على المشرع كذلك عدم وضعه لمبدأ أو ضابط واضح يقضي إما بالرجوع إلى أحكام الشريعة أو إلى الأحكام العامة المقررة في القانون المدني وخاصة إذا ما تعارضت الأحكام فيما بينها في المسألة الواحدة .

وبالتالي يمكن إجمال اقتراحاتنا بخصوص موضوع البحث كما يلي :

- 1- على المشرع التفصيل في أحكام الهبة عموما وهبة العقار خصوصا على نحو يزيل الغموض أو اللبس والأمر الذي من شأنه أن يخفف من وطأة تعارض الأحكام والقرارات القضائية .
- 2- على المشرع الجزائري أن يضع معيارا محددا يعتمد عليه القاضي عند الرجوع إلى أحكام الشريعة والفقهاء الاسلامي كالخيرة بين المذهب المالكي ورأي الجمهور .
- 3- على السلطات المختصة الاهتمام بالتكوين الشرعي للقضاة واعتماد نظام التخصص ، ومن ثم دعوة القضاة إلى الاجتهاد في مجال الشريعة الاسلامية .
- 4- كما نقترح أن يتم البحث والتفصيل في اجراءات انتقال الملكية العقارية بالهبة والاشكالات التي قد تنثيرها هذه العملية سواء من الناحية القانونية او العملية .

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم .

- أولا : الأحاديث النبوية :

1- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري ، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، ط : 01 ، 1422 هـ .

2- سليمان أبو داود ، سنن أبي داود ، تحقيق : شعيب الأرناؤوطي ومحمد كامل قروبللي ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، سوريا ، 2009 .

3- محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق : أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي و ابراهيم عطوة عوض، دار الفكر ، لبنان ، ط: 02 ، 1983.

4- أبو بكر بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط: 03 ، 2003.

- ثانيا : الكتب :

1- دوة آسيا ، و رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة لنشر ، الجزائر ، 2008.

2- رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، مصر ، 2005.

3- . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط : 03 ، 2000.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط: 03 ، 2000.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، د س ن .

- 6- عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة للنشر والتوزيع-الجزائر، 2004 .
- 7- عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة ، الجزائر، ط: 04 ، 2006 .
- 8- علي الجاسم، أمل شربا، القانون المدني 4، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، سوريا، 2018 .
- 9- علي محمد علي الجرجاني، ابراهيم الابياري،، التعريفات، ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ، 2004 .
- 10- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ط : 06 ، 2005 .
- 11- كمال حمدي ، المواريث والهبة والوصية ، الناشر المعارف ، الاسكندرية ، د ذ ط ، د س ن .
- 12- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر-، 1996.
- 13- محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2003، 1 .
- 14- محمد صبري السعدي، شرح ق م ج ، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1993.
- 15- محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية ،المطبعة الرحمانية ، مصر ، 1936 .
- 16- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة - دراسة مقارنة -، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، 2008 .
- 17- محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ط: 04 ، 2006 .
- 18- نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط : 01 ، 2000 .
- 19- نسيمّة شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة الوصية الوقف ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 .

20- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، دار الفكر للتوزيع والنشر ، دمشق ، سوريا ، ط : 02 ، 1995 .

21- وحدة البحث العلمي بإدارة الإفتاء ، المذاهب الفقهية الأربعة ، ط1، الكويت 2015 ،

ثالثا : المقالات :

1- إدريس قيطوني مهدي ، و عبد العزيز وصفي ، نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية ، العدد : 12 ، 2020 .

2- بكير حمودين ، قبض الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ، مجلة روافد للبحوث والدراسات ، جامعة غرداية ، العدد 10 ، 2021 .

3 – جمال الدين طه العاقل ، الرجوع في الهبة بين الفقه الاسلامي وبين القانون المدني ، مجلة الأمن والقانون ، العدد : 10 ، 1998 ، الامارات .

4- جمال الديب ، خصوصية التبرع بالمال المشاع ، الهبة والوقف أنموذجا ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية .

5- زكية تشوار حميدو ، موقف الاجتهاد القضائي من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية .

6- شريف بغني ، حقوق التسجيل المطبقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة ، جامعة الجلفة، العدد : 07، 2020 .

7- عبد الرحمان خلادي ، إشكالات توثيق عقد هبة العقار في التشريع الجزائري ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، العدد : 04 ، 2016 .

8- عبد الرحمان خلادي ، المركز القانوني لعقد هبة العقار ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد : 04 ، العدد : 02 ، 2018 .

9- علي عمارة ، و كاملي مراد ، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة بسكرة ، العدد : 02 ، أكتوبر 2020 .

10- فريدة الحمصي ، تأثير الحيابة على حق الواهب في الرجوع في الهبة، المجلة العربية، العدد : 02 ، 2019 .

- 11- محمد حسنين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، 1987 .
 - 12- محي الدين اسطنبولي، أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد: 06، 2017 .
 - 13- مصطفى هاشمي ، التأصيل الشرعي لأحكام الرجوع في الهبة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد : 03 ، المجلد: 10 ، 2021 .
 - 14- نسيم بلحو، أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق ،مجلة الاستاذ الباحث ،العدد 08،2017 .
 - 15- يوسف عسلي و الأخضر الأخضر ، توثيق العقود بين الشريعة والقانون الجزائري –عقد الهبة أنموذجا - ، مجلة الإحياء ، المجلد: 10 ، العدد: 29 ، أكتوبر سنة 2021 .
- رابعا : الرسائل العلمية الجامعية والمحاضرات :
- أ. الرسائل العلمية الجامعية :
- 1- محمد بن أحمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر 1996/1997.
 - 2- حمزة بن خدة ، أثر الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي ، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2016/2017.
 - 3- خير الدين بن مشرنن ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2011/2012 .
 - 4- جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون العقود المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أم البواقي ، 2011/2012 .
 - 5- يحي بن يحي ، تصرفات المريض مرض الموت بين الاجازة والمنع في مسائل الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014/2015 .

ب. المحاضرات :

1- سوسن بوصبيعات ، طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، محاضرات موجهة لطلبة السنة الاولى ماستر تخصص قانون التوثيق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة 2021/2020 .

2- عبد الحفيظ بقة ، محاضرات في أحكام الالتزام ، أقيت على طلبة السنة ثانية ليسانس ، علوم قانونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، 2017/2016 .

3- عبد الرزاق السنهوري ، خلاصة المحاضرات الملقاة على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون ، مصر ، سنة 1936 .

- رابعا : النصوص القانونية :

1- قانون 11/84 المؤرخ في : 1984/01/09 ، المتضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية، العدد : 24 المؤرخ في : 1984/01/12 المعدل والمتمم .

2- قانون رقم : 30/90، المؤرخ في : 1990/12/01 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52، الصادرة في ديسمبر 1990 .

3- قانون رقم : 10/91 المؤرخ في : 1991/04/27 ، المتضمن قانون الأوقاف ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، سنة 1991 .

4- قانون رقم : 10/05 المؤرخ في 20/يونيو 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في : 197/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد : 44 الصادرة في : 26 يونيو 2005.

5- قانون رقم -06-02 المؤرخ في : 20-02-2006، المتضمن مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14 الصادرة في 08/03/2006 .

6- الامر 58-75 المؤرخ في : 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية، العدد : 78 ، الصادرة في : 1975 /09/30 .

7- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية، العدد 92 ، الصادرة في 1975/11/18 .

8- الامر رقم 76-105 المؤرخ في : 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد : 81 ، الصادرة في : 1976 /12/18 .

9- الامر رقم : 02/05 مؤرخ في 2005/02/27 يعدل ويتم القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد : 15 المؤرخ في : 2005/02/27 .

*** القوانين الاجنبية :**

- القانون رقم : 132 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري .الصادر بقصر القبة ب 09 رمضان 1367 هـ الموافق ل : 16 يوليو 1948 ، الجريدة الرسمية المصرية ، الصادرة في :1948-7-29.

خامسا : المعاجم والقواميس :

1- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان ، ط3 ، 1968 .

2- علي محمد علي الجرجاني ،ابراهيم الابياري ،،التعريفات،ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ، 2004 .

فهرس الموضوعات

أ	مقدمة
49	الفصل الأول : أحكام هبة العقار
5	المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لانتقال الملكية العقارية بالهبة
5	المطلب الأول : مفهوم الملكية العقارية
5	الفرع الأول : تعريف الملكية العقارية وبيان أنواعها
7	الفرع الثاني : أصناف الملكية
10	المطلب الثاني : مفهوم الهبة
10	الفرع الأول : تعريف الهبة وبيان خصائصها
14	الفرع الثاني : مركز الهبة في النظام القانوني وتمييزها عن بعض التصرفات
19	المبحث الثاني : تكوين عقد هبة العقار
20	المطلب الأول : أركان عقد هبة العقار
20	الفرع الأول : الأركان العامة
31	الفرع الثاني : الأركان الخاصة
36	المطلب الثاني : شروط صحة عقد هبة العقار
36	الفرع الأول : الأهلية
40	الفرع الثاني : خلو الإرادة من العيوب
43	الفرع الثالث : مدى صحة الهبات الصادرة بقصد الإضرار بالورثة أو الدائنين
43	أولا : الهبة في مرض الموت
45	ثانيا : التصرف لوأرث بهبة الرقبة مع الاحتفاظ بالحياة
46	ثالثا : هبة المدين المعسر
47	الفرع الرابع : مدى صحة عقود الوعد بالهبة المنصبة على العقار

80	الفصل الثاني : آثار انتقال الملكية العقارية بالهبة
51	المبحث الأول : إجراءات انتقال الملكية العقارية والالتزامات المترتبة عن الهبة
51	المطلب الأول : إجراءات انتقال الملكية العقارية بالهبة
51	الفرع الأول : توثيق عقد هبة العقار
54	الفرع الثاني : تسجيل عقد هبة العقار
55	الفرع الثالث : شهر عقد الهبة الناقل للملكية العقارية
57	المطلب الثاني : الالتزامات المترتبة عن عقد الهبة الناقلة للملكية العقارية
57	الفرع الأول : التزامات الواهب
62	الفرع الثاني : التزامات الموهوب له
65	المبحث الثاني : الرجوع في هبة العقار
65	المطلب الأول : مفهوم الرجوع في الهبة وطرقه
65	الفرع الأول : المقصود بالرجوع في الهبة
67	الفرع الثاني : الرجوع في الهبة بين الاجازة والمنع
70	الفرع الثالث : طرق وكيفية الرجوع في هبة العقار
73	المطلب الثاني : القيود الواردة على الرجوع الجائز في الهبة وآثار الرجوع فيها
73	الفرع الأول : موانع الرجوع في الهبة
76	الفرع الثاني : آثار الرجوع في عقد الهبة الناقلة للملكية العقارية
82	خاتمة
85	قائمة المصادر والمراجع
91	فهرس الموضوعات
93	ملخص البحث

ملخص :

لما كان عقد الهبة من أخطر عقود التبرعات وأكثرها تعقيدا من الجانب الموضوعي و الاجرائي، نظرا لأن الشخص يتنازل عن جزء من ماله أو ماله كله وما يستتبع ذلك من آثار تتعكس على وضعيته المالية وربما المساس بحقوق الغير ، مما يتوجب عليه التروي والتأني ، فقد خصه المشرع وأخذاً منه عن الشريعة الاسلامية بحماية خاصة فوضع له شروطا وسن له ترتيبات ينعقد في خضمها تحت طائلة البطلان ، وتزداد خطورة الهبة خاصة إذا ما كانت منصبة على عقار والذي يكون غالبا ذو قيمة مالية باهضة مما يعود بضرر على الواهب أو ورثته أو دائنيه ، الأمر الذي جعل المشرع يفرض احترام مجموعة من الشروط الشكلية عند إبرام عقد هبة الناقلة للملكية العقارية والمتعلقة بتوثيق العقد وتسجيله وشهره .

ولأن سنة الحياة جرت على عدم الاستقرار فقد يصبح الغني فقيرا ، وقد تتحول مشاعر الحب والود إلى مشاعر الاعراض والجحود ، ولذلك قد يؤثر الواهب الرجوع في هبته ، ومن هنا أقرّ القانون ومن ورائه الاجتهاد القضائي أخذاً منه عن الشريعة الاسلامية أحكام الرجوع في الهبة فجعل الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات استثنائية ، وذلك لحماية الغير الذي يكتسب حقوقا على الشيء الموهوب ، وسعيا منه للحفاظ على استقرار المعاملات عموما والحفاظ على استقرار المعاملات العقارية خصوصا .

الكلمات المفتاحية :

هبة ، عقار ، تصرف ، ملكية ، قانون ، فقه ، اجتهاد قضائي .

summary

As the donation contract is one of the most serious and complex on the substantive and procedural side, as the person waives part or all of his or her money and the consequent effects on his or her financial situation and potentially prejudicial to the rights of others, The legislator protected him with special protection and placed strict conditions and rules under the contract .and The risk of donation increases especially if it theme is a real estate and which is often of high financial value, and may lead in damage to the donor, his heirs or creditors, This led the legislator to decide to respect a set of formal conditions and procedures when concluding the contract for the transfer of real property.

and Because life is unstable, the rich may become poor. Feelings of love and love may turn into feelings of symptoms and denial The donor may therefore influence regression in his donation. Hence, the law has adopt and with it the jurisprudence, taking from it the provisions of the Islamic sharia teversahe of regression the gift, making the donation a necessary contract in which only exceptional cases may be reverted. and that In order to protect others who acquire rights over gifted objects, and in an effort to maintain the stability of transactions in general AND maintain the stability of real estate transactions in particular.

Keywords:

donation, disposition, ownership, law, jurisprudence and jurisprudence